



# Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS  
TAMARA ČAPETA  
30 päivänä maaliskuuta 2023<sup>1</sup>

**Asia C-106/22**

**Xella Magyarország Építőanyagipari Kft.  
vastaan**

**Innovációs és Technológiai Miniszter,  
jossa asian käsittelyyn osallistuu**

**”JANES ÉS TÁRSA” Szállítmányozó, Kereskedelmi és Vendéglátó Kft.**

(Ennakkoratkaisupyyntö – Fővárosi Törvényszék (Budapestin alioikeus, Unkari))

Ennakkoratkaisupyyntö – Toimivalta – Sijoittautumisvapaus – Pääomien vapaa liikkuvuus – Asetus (EU) 2019/452 – Sijoitusten seuranta – Päätös estää unioniin sijoittautunutta yritystä hankkimasta toista unioniin sijoittautunutta yritystä ensiksi mainitun yrityksen ulkomaisen omistusrakenteen ja kohdeyhtiön strategisen aseman vuoksi

## I Johdanto

1. Käsiteltävän asian tapahtumat sijoittuvat Győr-Moson-Sopronin läänissä (Unkari) sijaitsevaan Lázin kylään, jossa toimii maanottoaika, josta saadaan hiekkaa, savea ja soraa. Unkarin innovaatio- ja teknologiaministeri (jäljempänä ministeri) esti hankinnan, jolla muutoksenhakijana olevan unkarilaisen yrityksen oli tarkoitus ostaa kyseisen maanottoaikaan omistava toinen unkarilainen yritys. Tämän veto-oikeuden käyttöä perustelevassa päätöksessään ministeri selitti, että olisi Unkarin kansallisten etujen vastaista sallia yrityksen, joka on välillisesti bermudalaisen yhtiön omistuksessa, hankkia määräysvalta rakennuskiviainesten ottamista harjoittavassa yrityksessä.

2. Ministerin päätös riitautettiin Fővárosi Törvényszékissä (Budapestin alioikeus, Unkari). Kyseinen tuomioistuin haluaa ennakkoratkaisupyyntönsä vastauksen erityisesti siihen, voidaanko Unkarin lainsäädäntöä, joka mahdollisti ministerin veto-oikeuden käytön kyseisen liiketoimen osalta, pitää yhteensopivana SEUT 65 artiklan 1 kohdan b alakohdan ja asetuksen (EU) 2019/452 (jäljempänä ulkomaisten suorien sijoitusten seuranta koskeva asetusta)<sup>2</sup> kanssa.

<sup>1</sup> Alkuperäinen kieli: englanti.

<sup>2</sup> Unioniin tulevien ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan tarkoitettujen puitteiden perustamisesta 19.3.2019 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston asetusta (EU) 2019/452 (EUVL 2019, L 79I, s. 1).

3. Olennaisempi kysymys, johon unionin tuomioistuin joutuu näin vastaamaan, koskee sitä, voiko kolmannen maan omistusosuus unioniin sijoittautuneessa yrityksessä tietyissä olosuhteissa olla omiaan vaarantamaan yleisen järjestyksen tai yleisen turvallisuuden jäsenvaltioissa. Jos tällainen kysymys olisi esitetty 20 vuotta sitten, minulla ei olisi ollut juurikaan syytä epäillä, että kyse on sen kaltaisesta protektionismista, jota ei voida suvaita vapaassa ja avoimessa markkinataloudessa.

4. Tuolloin sellaiset käsitteet kuin ”friend-shoring” tai ”ulkomaille suuntautuvien sijoitusten seuranta” olivat vähemmän tunnettuja muualla kuin valtion turvallisuudesta huolehtivien tahojen piirissä, ja vannoutunut globalisaation kannattaja olisi varmasti pitänyt niitä epäilyttävinä.<sup>3</sup> Nyt tällaiset käsitteet ovat kuitenkin muovaamassa Euroopan unionin uusia kauppapoliittisia tavoitteita.<sup>4</sup>

5. Maailma on muuttunut, kuten jokainen unionin kansalainen on voinut huomata, olipa kyse sitten supermarkettien tyhjästä hyllyistä tai korkeammista energialaskuista. Venäjän hyökkäys Ukrainaan on nimittäin kipeästi paljastanut vaarat, joita liittyy riippuvuuteen aiempien kauppakumppaneiden hyvästä tahdosta.<sup>5</sup> Näin ollen, ja etenkin kun kyse on toimista, jotka otaksuttavasti merkitsevät askelta taaksepäin Euroopan unionin sisämarkkinoiden avoimuudessa kolmansien maiden kanssa käytävän kaupan osalta, johtopäätöksiä ei pitäisi tehdä hätiköidysti: huomisen strategiset geopoliittiset intressit voivat vaikuttaa siihen, miten vapaakauppaan sitoudutaan tänään.

6. Miten nämä intressit muuttuvat lainsäädännöksi, ja miten sääntelyvalta jakautuu Euroopan unionin ja sen jäsenvaltioiden kesken? Käsiteltävässä asiassa unionin tuomioistuimen on ratkaistava tämä perustuslaillinen kysymys unionin toimivallasta, kun kyse on kolmansista maista peräisin olevista suorista sijoituksista. Erityinen painoarvo tässä arvioinnissa on sillä, että Lissabonin sopimuksella yhteisen kauppapolitiikan alaan lisättiin käsite ”*ulkomainen suora sijoitus*”. Miten tämä sopii yhteen pääomien vapaata liikkuvuutta koskevissa määräyksissä esiintyvän käsitteen ”*suora sijoitus*” kanssa? Missä määrin ulkomailta tehtävät suorat sijoitukset kuuluvat Euroopan unionin yksinomaiseen toimivaltaan säännellä kauppaa, ja missä määrin ne kuuluvat edelleen sisämarkkinoita koskevaan jaettuun toimivaltaan? Näihin kysymyksiin vastaamiseksi olisi puolestaan selvennettävä, kuinka paljon harkintavaltaa jäsenvaltioilla on nykyisessä perussopimusten muodostamassa kehyksessä seurata alueellaan sijaitsevien yritysten hankintaa ja estää se yleiseen järjestykseen tai yleiseen turvallisuuteen liittyvistä syistä.

## II Asiassa sovellettavat oikeussäännöt, asian tosiseikat ja ennakkoratkaisukysymykset

7. Xella Magyarország Építőanyagipari Kft. (jäljempänä muutoksenhakija) on unkarilainen yhtiö, joka valmistaa rakentamiseen tarkoitettuja betonituotteita. Sen omistaa kokonaisuudessaan saksalainen Xella Baustoffe GmbH -yhtiö (jäljempänä Xella Germany). Kyseisen saksalaisen yhtiön omistaa luxemburgilainen Xella International S.A. -yhtiö (jäljempänä Xella Luxemburg), jonka puolestaan omistaa Bermudalle rekisteröity LSF10 XL Investments Limited -yhtiö (jäljempänä bermudalainen yhtiö). Ennakkoratkaisupyyntöstä ilmenee, että kyseinen

<sup>3</sup> Tällaisten toimenpiteiden laajemmasta poliittisesta asiayhteydestä ks. Hellendoorn, E., ”What US outbound investment screening means for Transatlantic relations”, Atlantic Council, 8.11.2022, saatavilla osoitteessa <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/econographics/what-us-outbound-investment-screening-means-for-transatlantic-relations/>.

<sup>4</sup> Ks. yleisesti komission työohjelma 2023: Luja ja yhtenäinen unioni, komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle (COM(2022) 548 final), s. 7 ja 8.

<sup>5</sup> Ks. tältä osin Politico, ”Russia threatens to limit agri-food supplies only to ‘friendly’ countries”, saatavilla osoitteessa <https://www.politico.eu/article/russias-former-president-medvedev-warns-agricultural-supplies-restricted-to-friendly-countries/>.

bermudalainen yhtiö on yhdysvaltalaisen Lone Star Funds -pääomasijoitusyhtiön (jäljempänä Lone Star) tytäryhtiö. Lone Starin perustaja ja omistaja on luonnollinen henkilö, jolla on Irlannin kansalaisuus.

8. ”Janes és Társa” Szállítmányozó, Kereskedelmi és Vendéglátó Kft. (jäljempänä Janes) on unkarilainen yhtiö, joka omistaa maanottokohteen Unkarissa. Se harjoittaa tiettyjen rakennuskiviainesten, kuten hiekan, soran ja saven, louhintaa. Sen näiden kiviainesten tuotannon osuus Unkarin kansallisesta tuotannosta on 0,52 prosenttia. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan muutoksenhakija on Janesin suurin asiakas, joka ostaa noin 90 prosenttia koko sen tuotannosta. Paikalliset rakennusyrietykset ostavat loput 10 prosenttia Janesin ottamasta maa-aineksesta.

9. Muutoksenhakija neuvotteli 29.10.2020 yritysostosta, jolla se hankkisi omistukseensa 100 prosenttia Janesin osuuksista.

10. Käsiteltävässä asiassa kyseessä olevassa Unkarin lainsäädännössä (jäljempänä laki nro LVIII 2020)<sup>6</sup> edellytetään muun muassa, että ”ulkomaisten sijoittajien” tekemistä ”strategisesti tärkeiden yhtiöiden” ostoista on ilmoitettava ministerille. Lain 276 §:n 2 kohdan a alakohdan mukaan ”ulkomaisella sijoittajalla” tarkoitetaan paitsi kolmannen maan kansalaista tai kolmanteen maahan sijoittautunutta oikeushenkilöä myös Unkarissa tai toisessa unionin jäsenvaltiossa rekisteröityä yhtiötä, jossa kolmannen maan luonnollisella henkilöllä tai oikeushenkilöllä on ”määräysvalta”.<sup>7</sup> Hallituksen asetuksen 289/2020<sup>8</sup> liitteessä 1 olevan 22 kohdan (”Kriittiset raaka-aineet”) 8 alakohtaan (”Muu maanotto”) kuuluvien toimintojen perusteella vaikuttaa siltä, että Janesia pidetään laissa nro LVIII 2020 tarkoitettuna ”strategisesti tärkeänä yhtiönä”.<sup>9</sup>

11. Välillisen ulkomaisen omistuksensa ja Janesin ”strategisesti tärkeäksi yhtiöksi” nimeämisen vuoksi muutoksenhakija ilmoitti ministerille suunnitellusta yritysostosta.

12. Ministeri esti kyseisen hankinnan 20.7.2021 tekemällään päätöksellä (jäljempänä riidanalainen päätös). Mainittu päätös tehtiin lain nro LVIII 2020 283 §:n nojalla, jossa ministerille annetaan toimivalta arvioida, vahingoittaako ilmoitettu liiketoimi tai uhkaako se vahingoittaa Unkarin kansallista etua, yleistä turvallisuutta tai yleistä järjestystä. Jos ministeri katsoo, että näin on, liiketoimi on estettävä.

13. Riidanalaiseen päätökseen liitetyissä perusteluissa ministeri toteaa, että muutoksenhakijan omistusrakenne muodostuu saksalaisen yhtiön suorasta omistuksesta ja luxemburgilaisen ja bermudalaisen yhtiön välillisestä omistuksesta. Ministerin mukaan yksi Unkarin rakennusalan ongelmista on, ettei rakennustoimintaan ole saatavilla riittävästi raaka-aineita. Rakennuskiviaineksen tuotannon alalla ulkomaisten yhtiöiden markkinaosuus on jo merkittävä. Ministeri korostaa myös raaka-aineiden ottamisen ja toimitusvarmuuden sekä toimitusten ennakoitavuuden merkitystä. Jos Janes joutuisi bermudalaisen yhtiön omistukseen, rakennusalan raaka-aineiden toimitusvarmuus vaarantuisi pitkällä aikavälillä.

<sup>6</sup> Poikkeustilan päättymiseen liittyvistä siirtymäsäännöksistä ja epidemiavalmiuksista annettu vuoden 2020 laki nro LVIII (a veszélyhelyzet megszűnésével összefüggő átmeneti szabályokról és a járványügyi készsülségről szóló 2020. évi LVIII. törvény).

<sup>7</sup> Käsitteen ”määräysvalta” merkityksen osalta laissa nro LVIII 2020 viitataan Unkarin siviililakiin, jonka mukaan yli 50 prosentin omistusosuus vaikuttaa riittävän tämän kynnyksen ylittämiseen. Tämä kynnyks ylittyy siten kiistatta käsiteltävässä asiassa.

<sup>8</sup> Unkariin sijoittautuneiden yhtiöiden taloudellisten intressien suojelun edellytyksenä olevien toimialojen määrittelystä 17.6.2020 annettu hallituksen asetus 289/2020 (a magyarországi székhelyű gazdasági társaságok gazdasági célú védelméhez szükséges tevékenységi körök meghatározásáról szóló 289/2020. (VI. 17.) Korm. rendelet).

<sup>9</sup> Vaikka, voitaisiin väittää, kuten tämän ratkaisuehdotuksen 82 kohdassa korostan, etteivät hiekka, sora ja savi ole (vielä) merkitykseltään ”kriittisiä” raaka-aineita.

14. Muutoksenhakija on riitauttanut riidanalaisen päätöksen ennakkoratkaisua pyytäneessä tuomioistuimessa. Se väittää pääasiallisesti, että riidanalaista päätöstä on pidettävä pääomien vapaan liikkuvuuden rajoituksena, jota ei voida oikeuttaa SEUT 65 artiklan 1 kohdan b alakohdalla.

15. Näiden tosiseikkojen ja oikeudellisten seikkojen perusteella Fővárosi Törvényszék on päättänyt lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

- ”1) Kun otetaan huomioon [asetuksen 2019/452] johdanto-osan neljäs ja kuudes perustelukappale ja SEU 4 artiklan 2 kohta, onko SEUT 65 artiklan 1 kohdan b alakohtaa tulkittava siten, että siihen sisältyy mahdollisuus ottaa käyttöön [lain nro LVIII 2020] 85 luvun ja erityisesti sen 276 §:n 1 momentin ja 2 momentin a kohdan ja 283 §:n 1 momentin b kohdan kaltainen sääntely?
- 2) Jos ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen vastataan myöntävästi, estääkö pelkästään se, että komissio on kohdistanut yrityskeskittymän valvontamenettelyn ketjutettuun omistusjärjestelyyn, jossa välillisenä omistajana on ulkomainen sijoittaja, käyttänyt toimivaltuuksiaan ja hyväksynyt yrityskeskittymän, käyttämästä jäsenvaltion sovellettavan lainsäädännön mukaista päätösvaltaa?”

16. Kirjallisia huomautuksia ovat esittäneet muutoksenhakija, Italian ja Unkarin hallitukset sekä komissio. Unkarin hallitus ja komissio ovat esittäneet suullisia lausumia 8.12.2022 pidetyssä istunnossa.

### III Asian tarkastelu

17. Ratkaisuehdotukseni rakenne on seuraavanlainen. Aloitan selittämällä käsitykseni syistä, joiden vuoksi ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on esittänyt ensimmäisen kysymyksensä unionin tuomioistuimelle.<sup>10</sup> Muotoilen tästä syystä kysymyksen uudelleen (A). Tämän jälkeen tarkastelen sitä, miten unionin oikeutta sovelletaan jäsenvaltioissa käyttöön otettujen ulkomaisten suorien sijoitusten seurantamekanismeihin (B). Vastaus tähän kysymykseen on merkityksellinen sekä unionin tuomioistuimen toimivallan (C) että lain nro LVIII 2020 ja unionin oikeuden yhteensopivuuden arvioinnin kannalta, mitä tarkastelen ratkaisuehdotukseni viimeisessä osassa (D).

#### *A Kansallisen tuomioistuimen ensimmäisen kysymyksen muotoileminen uudelleen*

18. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on ratkaistava, pysyttääkö vai kumoaako se riidanalaisen päätöksen. Sen ensimmäistä kysymystä ei kuitenkaan ole muotoiltu siten, että siinä tiedusteltaisiin unionin tuomioistuimelta, voidaanko kyseistä päätöstä pitää unionin oikeuden mukaisena. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin vaikuttaa pikemminkin pohtivan ainoastaan yhtä mahdollista skenaariota, sitä jossa riidanalainen päätös olisi kumottava pätemättömänä siksi, ettei Unkarilla ollut *toimivaltaa* ottaa käyttöön lakia nro LVIII 2020. Jos näet katsottaisiin, ettei Unkari olisi alun alkaenkaan saanut säätää lakia nro LVIII 2020, riidanalainen päätös kumoutuisi automaattisesti.

<sup>10</sup> Koska unionin tuomioistuin on pyytänyt näkemystäni ainoastaan ensimmäisestä kysymyksestä, en käsittele ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämää toista kysymystä.

19. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ilmaisi huolensa ensisijaisesti lain nro LVIII 2020 kahden säännöksen yhteensopivuudesta unionin oikeuden kanssa, mistä herää kaksi eri unionin oikeuden tulkintaan liittyvää kysymystä. Ensinnäkin sen viittauksesta erityisesti mainitun lain 276 §:n 2 kohdan a alakohtaan herää kysymys, voivatko kansalliset suorien sijoitusten seurantamekanismit lainkaan kattaa sellaisia kolmansista maista peräisin olevia suorja sijoituksia, jotka tehdään unioniin sijoittautuneiden yritysten kautta. Toiseksi viittauksesta 283 §:n 1 momentin b kohtaan herää kysymys, mitä edellytyksiä unionin oikeudessa asetetaan yksittäisten seurantapäätösten tekemiselle.

20. Unionin tuomioistuimen vastaus ei nähdäkseen välttämättä anna ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle kahta ratkaisuvaihtoehtoa (toisin sanoen joko katsoa, että kyseinen laki on pätevä toimivaltakysymyksen osalta ja että sitä voidaan soveltaa käsiteltävässä asiassa, tai katsoa, että se on unionin oikeuden vastainen ja ettei sitä näin ollen voida soveltaa). Unionin tuomioistuimen vastauksen ensimmäiseen kysymykseen olisi pikemminkin toimittava ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle myös arviointiperusteena sen osalta, mitä unionin oikeudessa edellytetään lain nro LVIII 2020 perusteella tehdyiltä päätöksiltä, jotta niitä voitaisiin pitää aineellisesti pätevinä. Näin ollen, vaikka ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin voisikin käsiteltävässä asiassa annettavan vastauksen perusteella katsoa, että lakia nro LVIII 2020 voitaisiin yhdenmukaisesti unionin oikeuden kanssa tulkittuna käyttää oikeusperustana ministerin tekemille seurantapäätöksille, tämän perusteella ei välttämättä voida katsoa, että käsiteltävässä asiassa kyseessä olevaa yksittäistä päätöstä voidaan myös pitää pätevänä. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on joka tapauksessa itse määritettävä, täyttääkö kyseinen päätös unionin oikeudessa asetetut vaatimukset.

21. Ehdotan siten, että ensimmäinen kysymys muotoillaan uudelleen seuraavasti: antavatko SEU 4 artiklan 2 kohta, SEUT 65 artiklan 1 kohdan b alakohta ja ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaa koskeva asetetus ja jos antavat, niin millä edellytyksillä, jäsenvaltiolle mahdollisuuden säätää lain, jolla sellaiset unioniin sijoittautuneet yritykset, jotka ovat välillisesti kolmannen maan luonnollisen henkilön tai oikeushenkilön määräysvallassa, veloitetaan ilmoittamaan aikeesta hankkia määräysvalta kyseisessä jäsenvaltiossa rekisteröidyssä yrityksessä ja jossa tämän ilmoittamisen jälkeen annetaan viranomaisille mahdollisuus kieltää ilmoitettu yritysosto sillä perusteella, että se voi vaarantaa jäsenvaltion kansalliset edut, yleisen järjestyksen tai yleisen turvallisuuden sen vuoksi, että ostettava yritys ottaa hiekan, soran ja saven kaltaisia maa-aineksia ja toimittaa näitä paikallisille rakennusalan toimijoille?

***B Miten unionin oikeutta sovelletaan ulkomaisten suorien sijoitusten kansallisiin seurantamekanismeihin?***

22. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ei ole varma lain nro LVIII 2020 yhteensopivuudesta unionin oikeuden kanssa ja viittaa kysymyksessään SEUT 65 artiklan 1 kohtaan ja ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaa koskevaan asetukseen. Komissio puolestaan katsoo, ettei ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaa koskevaa asetusta voida soveltaa käsiteltävässä asiassa. Se ehdottaa, että käsiteltävä asia ratkaistaan yksinomaan sijoittautumisvapautta koskevien perussopimuksen määräysten perusteella. Näin ollen on ensin selvitettävä, mitkä näistä unionin primaarioikeuden ja johdetun oikeuden eri osatekijöistä ovat merkityksellisiä unionin tuomioistuimelle esitettyyn ensimmäiseen kysymykseen vastaamisen kannalta.

## *1. Sisämarkkinoita ja yhteistä kauppapolitiikkaa koskevien toimivaltojen keskinäinen vuorovaikutus*

23. Lissabonin sopimuksella laajennettiin yhteisen kauppapolitiikan soveltamisalaa sisällyttämällä ”ulkomaiset suorat sijoitukset” SEUT 207 artiklan 1 kohdassa lueteltuihin toimivaltuuksiin. Unionin tuomioistuin antoi merkityksen tälle lisäykselle ensimmäisen kerran lausunnossaan 2/15 (EU:n ja Singaporen tasavallan välinen vapaakauppasopimus).<sup>11</sup> Se selitti, että kyseisen käsitteen on ymmärrettävä kattavan ”kolmannen valtion luonnollisten henkilöiden tai oikeushenkilöiden unionissa [tekemät sijoitukset], jotka antavat niille todellisen mahdollisuuden osallistua taloudellista toimintaa harjoittavan yhtiön johtamiseen tai määräysvallan käyttämiseen siinä, ja päinvastoin”.<sup>12</sup> Selittäessään ulkomaisen suoran sijoituksen käsitettä, sellaisena kuin se sisältyy SEUT 207 artiklan 1 kohtaan, unionin tuomioistuin käytti samaa määritelmää kuin se, jota se oli käyttänyt kuvatessaan sisämarkkinoiden alaan kuuluvaa suoran sijoituksen käsitettä. Se totesi, että ”[suorat sijoitukset] ovat kaikenlaisia luonnollisten henkilöiden tai oikeushenkilöiden tekemiä sijoituksia, joiden tarkoituksena on pysyvien ja suorien yhteyksien luominen tai ylläpitäminen pääoman sijoittajan ja sen yrityksen välillä, jonka käyttöön pääoma annetaan taloudellisen toiminnan harjoittamista varten. Osakeyhtiömuotoisen yrityksen osuuksien hankkiminen on suora sijoitus silloin, kun osakkeenomistajan omistama osakemäärä antaa sille mahdollisuuden osallistua yhtiön johtamiseen tai määräysvallan käyttöön siinä.”<sup>13</sup>

24. Näillä lausunnossa vahvistetuilla toteamuksilla, joihin edellä viitataan, on kaksi välitöntä seurausta. Ensinnäkin unionin tuomioistuimen tulkinnalla yhteisen kauppapolitiikan alaan tuodaan sama suoran sijoituksen määritelmä, jota oikeuskäytännössä on käytetty jo jonkin aikaa sisämarkkinoita koskevissa asioissa.<sup>14</sup> Toiseksi ulkomaisen suoran sijoituksen käsitteellä, sellaisena kuin se sisältyy SEUT 207 artiklan 1 kohtaan, vähemmistö-sijoitukset tai lyhytaikaiset sijoitukset jätetään yhteisen kauppapolitiikan alan ulkopuolelle.<sup>15</sup>

25. Yhteinen kauppapolitiikka kuuluu SEUT 3 artiklan 1 kohdan e alakohdan mukaisesti unionin yksinomaiseen toimivaltaan. Ulkomaisten suorien sijoitusten sisällyttäminen yhteisen kauppapolitiikan piiriin antaa unionille mahdollisuuden harjoittaa kattavasti ja johdonmukaisesti (siis sulkien pois mahdollisen sääntelyn jäsenvaltiotasolla) kauppapolitiikkaa, joka käsittää ulkomailla tehdyn sijoituksen koko elinkaaren. Yhteisen kauppapolitiikan ”laajennettu” soveltamisala varmistaa näin, että unionin kaupalliset toiminnot kolmansiin maihin nähden säilyvät dynaamisina ja voivat kehittyä yhdessä kansainvälisen kaupan luonteen kanssa.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> Lausunto 2/15 (EU:n ja Singaporen tasavallan välinen vapaakauppasopimus), 16.5.2017 (EU:C:2017:376).

<sup>12</sup> Ibid., 82 kohta. Kursivointi tässä.

<sup>13</sup> Ibid., 80 kohta. Samassa tuomion kohdassa unionin tuomioistuin viittaa aiemmin käsittelemiinsä sisämarkkinoita koskeviin tapauksiin, joissa oli kyse suorien sijoitusten ja vähemmistö-sijoitusten erottamisesta; ks. tuomio 12.12.2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774, 181 ja 182 kohta); tuomio 26.3.2009, *komissio v. Italia* (C-326/07, EU:C:2009:193, 35 kohta) ja tuomio 24.11.2016, *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, 75 ja 76 kohta).

<sup>14</sup> Ks. esim. tuomio 26.3.2009, *komissio v. Italia* (C-326/07, EU:C:2009:193, 35 ja 36 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen) (jossa erotetaan sijoitukset, jotka antavat mahdollisuuden osallistua yhtiön johtamiseen tai määräysvallan käyttämiseen siinä, merkitykseltään vähäisemmistä omistusosuuksista).

<sup>15</sup> Unionin tuomioistuimen mukaan vain sijoitukset, jotka mahdollistavat yhtiön johtamisen tai määräysvallan käytön siinä, käsittävät taloudellisen toiminnan, joka ”on omiaan vaikuttamaan suoraan ja välittömästi tämän kolmannen valtion ja unionin väliseen kauppaan”. Ks. lausunto 2/15 (EU:n ja Singaporen tasavallan välinen vapaakauppasopimus), 16.5.2017 (EU:C:2017:376, 84 kohta).

<sup>16</sup> Ks. vastaavasti lausunto 1/78 (Kansainvälinen luonnonkumisopimus), 4.10.1979 (EU:C:1979:224, 44 ja 45 kohta) (jossa selitetään, että suppean tulkinnan seurauksena yhteinen kauppapolitiikka olisi ”tuomittu menettämään merkityksensä ajan myötä”). Ks. tältä osin myös lausunto 3/15 (Marrakeshin sopimus julkaistujen teosten saatavuudesta), 14.2.2017 (EU:C:2017:114, 43 kohta) (jossa todetaan, että koska kaupalliset menetetyt ja kaupankäynnin mallit ja suuntaukset kehittyvät ajan mittaan, yhteisen kauppapolitiikan kohteen on kehityttävä niiden mukana).

26. En voi kuitenkaan olla panematta merkille tämän lisäyksen aikaansaamaa tiettyä päällekkäisyyttä ja jännitettä suhteessa sisämarkkinoita koskevaan jaettuun toimivaltaan.

27. Suorat sijoitukset kuuluvat myös pääomien vapaan liikkuvuuden alaan ja siten sisämarkkinoiden soveltamisalaan.<sup>17</sup> Jos sijoitus kuitenkin ylittää ainoastaan EU:n sisärajoja, se voi kuulua joko sijoittautumisvapauden (SEUT 49 ja SEUT 54 artikla) tai pääoman vapaan liikkuvuuden (SEUT 63 artiklan 1 kohta) soveltamisalaan kyseessä olevan omistussuuden muodosta riippuen.<sup>18</sup> Ensinnäkin suoraan sijoitukseen, toisin sanoen sellaiseen osakkuuteen yhtiössä, joka antaa sijoittajalle mahdollisuuden osallistua tosiasiallisesti kyseisen yrityksen johtamiseen ja määräysvallan käyttämiseen siinä, sovelletaan sijoittautumisvapautta koskevia sääntöjä.<sup>19</sup> Toisekseen lyhytaikaisia sijoituksia tai vähemmistöjoiituksia, toisin sanoen osakkeiden hankkimista, jonka yksinomaisena tarkoituksena on tehdä taloudellinen investointi ilman minkäänlaista aikomusta vaikuttaa kyseisen yrityksen johtamiseen ja määräysvallan käyttämiseen siinä, on arvioitava yksinomaan pääoman vapaan liikkuvuuden valossa.<sup>20</sup>

28. Sellaisten sijoitusten sääntely, joita unioniin sijoittautuneet yritykset tekevät muissa unioniin sijoittautuneissa yrityksissä sisämarkkinoilla, jakautuukin näin kahden markkinavapauden kesken, kun taas kolmansien maiden yritysten sijoituksia säännellään yksinomaan pääomien vapaata liikkuvuutta koskevilla säännöillä. Pääomien vapaa liikkuvuus on ainutlaatuinen siinä mielessä, että se on ainoa perussopimukseen perustuva markkinavapaus, jolla taataan oikeuksia paitsi unioniin sijoittautuneille toimijoille myös kolmansien maiden yrityksille.

29. Edellä esitetystä seuraa, että Lissabonin sopimuksen voimaantulosta lähtien kolmansista maista peräisin olevat sijoitukset, jotka antavat todellisen mahdollisuuden osallistua yhtiön johtamiseen tai määräysvallan käyttämiseen siinä, ovat kuuluneet kahden eri EU:n toimivaltamuodon piiriin: yksinomaisen toimivallan (yhteinen kauppapolitiikka) ja jaetun toimivallan (pääoman vapaata liikkuvuutta koskevat sisämarkkinamääräykset). Kummallakin alalla jäsenvaltioilla on erilainen liikkumavara sääntelytoimenpiteiden yksipuolisen toteuttamisen osalta. Jäsenvaltiot eivät lähtökohtaisesti voi toteuttaa yksipuolisia toimia yksinomaisen toimivallan piiriin kuuluvissa kysymyksissä (vaikka unioni ei olisikaan säännellyt sitä), kun taas silloin, kun toimivalta on jaettu, jäsenvaltiot voivat toimia niin kauan kuin unionin tasolla toteutetut toimenpiteet eivät estä sitä.<sup>21</sup>

30. Tämä päällekkäisyys herättää kysymyksen näiden kahden toimivaltatyyppin välisestä rajasta, mistä pääsenkin ulkomaisten suorien sijoitusten seuranta koskevan asetuksen soveltamiseen.

<sup>17</sup> Ks. tuomio 22.10.2013, Essent ym. (C-105/12–C-107/12, EU:C:2013:677, 40 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

<sup>18</sup> Tuomio 12.12.2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, 37 kohta) (jonka mukaan mainitussa asiassa sovellettiin sijoittautumisvapautta siitä huolimatta, että kyseessä ollut lainsäädäntö vaikuttaa mahdollisesti myös pääomien vapaaseen liikkuvuuteen vähäisempien omistussuoksien tapauksessa). Tämä lähestymistapa vahvistettiin myöhemmin 13.11.2012 annetussa tuomiossa Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707, 95 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

<sup>19</sup> Ks. alun perin tuomio 13.4.2000, Baars (C-251/98, EU:C:2000:205, 21 ja 22 kohta) (joissa todetaan, että osuuden tai osakkeiden omistaminen antaa haltijalleen valtaa vaikuttaa yhtiön toimintaan, joten siihen sovelletaan sijoittautumisvapautta).

<sup>20</sup> Ks. mm. tuomio 10.2.2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel ja Österreichische Salinen (C-436/08 ja C-437/08, EU:C:2011:61, 35 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

<sup>21</sup> Ks. vastaavasti ratkaisuehdotuksen ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft (C-500/20, EU:C:2022:79, 64 kohta).

## 2. Ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevan asetuksen tarkastelu

31. Ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskeva asetus, joka annettiin yhteisen kauppapolitiikan toimenä SEUT 207 artiklan 1 kohdan nojalla, kuvastaa unionin lainsäätäjän vastausta koettuun poliittiseen tarpeeseen, joka on syntynyt globaalin talousjärjestyksen muutosten muodostamaa taustaa vasten.<sup>22</sup>

32. Kuvaisin ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevaa asetusta eräänlaiseksi vesinokkaeläimeksi, oudoksi luontokappaleeksi, SEUT 288 artiklassa tarkoitettuihin ”tavanomaisiin” asetuksiin verrattuna.<sup>23</sup> Näiden lainsäädäntövälineiden avulla unionin lainsäätävä vahvistaa tavallisesti sitovia sääntöjä, joita voidaan soveltaa suoraan kaikissa jäsenvaltioissa. Ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevassa asetuksessa ei kuitenkaan vahvisteta sitovia sääntöjä eikä oteta käyttöön ulkomaisten suorien sijoitusten yhteistä seurantamekanismia. Siinä annetaan jäsenvaltioille mahdollisuus – eikä siis velvoiteta niitä tähän – ottaa käyttöön ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevaa lainsäädäntöä.<sup>24</sup> Tämän valtuutuksen lisäksi kyseisessä asetuksessa luodaan myös puitteet yhteisille vaatimuksille, joita tällaisissa kansallisissa mekanismeissa (jos sellainen on otettu käyttöön) on noudatettava, ja yhdenmukaistetaan näin ainoastaan osittain olemassa olevaa kansallista lainsäädäntöä.

33. Yksi tapa selittää tätä lainsäädännöllistä valintaa on katsoa, että ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevalla asetuksella ylitetään kuilu (ulkomaisten) suorien sijoitusten sääntelyä sisämarkkinoiden näkökulmasta koskevan jaetun toimivallan ja sen välillä, että omaksutaan yhdenmukainen lähestymistapa ”ulkomaisten suorien sijoitusten” seurantaan käytettäessä unionin yhteistä kauppapolitiikkaa koskevaa yksinomaista toimivaltaa.<sup>25</sup>

34. Tällä argumentilla on mielestäni melkoinen painoarvo. Tosiasia on, että ennen ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevan asetuksen voimaantuloa useilla jäsenvaltioilla oli käytössä toimenpiteitä kolmansista maista niiden alueelle suuntautuvien pääomanliikkeiden seuraamiseksi.<sup>26</sup> Nämä mekanismit kuvastivat mainittujen jäsenvaltioiden yleiseen järjestykseen tai turvallisuuteen liittyviä huolenaiheita, joita saattoi liittyä tiettyihin ulkomailta peräisin oleviin pääomanliikkeisiin. Sisämarkkina-asioita koskevan jäsenvaltioiden jaetun toimivallan mukaisesti olisi ollut täysin oikeutettua perustaa nämä kansalliset toimenpiteet SEUT 65 artiklan 1 kohdan

<sup>22</sup> Ks. tältä osin Komission pohdinta-asiakirja globalisaation hallinnasta (COM(2017) 240 final), s. 15 (jossa viitataan riskeihin siitä, että ulkomaiset sijoittajat, varsinkin valtion omistamat yritykset, kaappaavat strategisista syistä eurooppalaisia yrityksiä, joiden hallussa on keskeisiä teknologioita). Oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että EU:hun suuntautuvien sijoitusten valvonnan tiukentaminen on hyödyllistä unionin neuvotteluaseman parantamiseksi sen ulkosuhteissa ja jotta EU voi pyrkiä avaamaan ulkomaisia markkinoita EU:sta käsin tehtäville sijoituksille. Ks. yleisesti Schill, S., ”The European Union’s Foreign Direct Investment Screening Paradox: Tightening Inward Investment Control to Further External Investment Liberalization”, *Legal Issues of Economic Integration*, osa 46(2), 2019, s. 105–128.

<sup>23</sup> On kuitenkin jokseenkin selvää, että unionin lainsäätävä käytti asetusta, koska SEUT 207 artiklan 2 kohdassa määrätään asetuksen käyttämisestä sellaisten toimenpiteiden säätämiseksi, joilla ”määritellään puitteet yhteisen kauppapolitiikan toteuttamiseksi”. Toisin sanoen, SEUT 288 artiklassa käytetyistä käsitteistä huolimatta, kyseinen lainsäädäntöväline rinnastetaan helpommin direktiiviin.

<sup>24</sup> On huomattava, että vaikka ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevan asetuksen johdanto-osan kahdeksannessa perustelukappaleessa selitetään, etteivät jäsenvaltiot ole velvollisia ottamaan käyttöön seurantamekanismia, vaikuttaa vahvasti siltä, että jäsenvaltioita kannustetaan voimakkaasti tekemään näin. Ks. tältä osin komission tiedonanto – Ulkomaisia suoria sijoituksia, pääomien vapaata liikkuvuutta kolmansista maista ja Euroopan strategisten varojen suojelua ennen [ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevan asetuksen] soveltamista koskevat ohjeet jäsenvaltioille (EUVL 2020, C 99 I, s. 1 ja 2).

<sup>25</sup> Ks. tältä osin Cremona, M., ”Regulating FDI in the EU Legal Framework” teoksessa Bourgeois, J. H. J. (toim.), *EU Framework for Foreign Direct Investment Control*, Wolters Kluwer, Alphen-sur-le-Rhin, 2019, s. 35.

<sup>26</sup> Komission ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevan asetuksen 3 artiklan 8 kohdan mukaisesti laatimasta jäsenvaltioiden ilmoittamien seurantamekanismien luettelosta ilmenee, että suurella osalla jäsenvaltioista oli käytössä jonkinlainen seurantamekanismi ennen kyseisen asetuksen voimaantuloa.



b alakohdassa sallittuihin poikkeuksiin.<sup>27</sup> Näistä kansallisista mekanismeista, joilla säänneltiin kolmansista maista peräisin olevia pääomanliikkeitä, tuli kuitenkin oletettavasti pätemättömiä siitä lähtien, kun ”ulkomaisten suorien sijoitusten” alaan kuuluvat pääomanliikkeet sisällytettiin Lissabonin sopimuksella yhteistä kauppapolitiikkaa koskevan yksinomaisen toimivallan piiriin.

35. Tältä kannalta arvioituna ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskeva asetus voidaan ymmärtää siten, että sillä palautetaan jäsenvaltioiden olemassa olevien ulkomaisten suorien sijoitusten seurantamekanismien laillisuus.<sup>28</sup> Toisin sanoen ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevalla asetuksella ”siirretään” toimivaltaa takaisin jäsenvaltioille alalla, jolla ne menettivät sen Lissabonin sopimuksen voimaantulon myötä.<sup>29</sup>

36. Tähän liittyy kysymys siitä, voidaanko yhteistä kauppapolitiikkaa koskevaa toimivaltaa käyttää välineenä kansallisten lainsäädäntöjen yhdenmukaistamiseksi. Kuten edellä selitettiin, ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevaan asetukseen sisältyy joitain sääntöjä, joita kaikkien jäsenvaltioiden seurantamekanismeissa on noudatettava. Voitaisiin siten katsoa, että kansallisten lainsäädäntöjen yhdenmukaistamisen, joka mahdollistaa ulkomaisten suorien sijoitusten seurannan, olisi perustuttava sisämarkkinoita koskeviin määräyksiin, kuten SEUT 64 artiklaan. Katson kuitenkin, että pelkästään se, että unionin toimella yhdenmukaistetaan kansallisia lainsäädäntöjä, ei välttämättä sulje sitä yhteisen kauppapolitiikan alan ulkopuolelle. Unionin toimi voi nimittäin kuulua yhteisen kauppapolitiikan alaan, jos sillä ”pyritään olennaisesti [yhden tai useamman kolmannen maan kanssa käytävän] kaupan edistämiseen, helpottamiseen tai sääntelyyn ja sillä on suoria ja välittömiä vaikutuksia kauppaan”.<sup>30</sup> On selvää, että ulkomaisten suorien sijoitusten kansallisten seurantamekanismien yhdenmukaistamisella on tällaisia vaikutuksia.<sup>31</sup>

37. Edellä esitetty huomioon ottaen ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskeva asetus, jolla samanaikaisesti säilytetään kansalliset seurantamekanismit ja otetaan käyttöön joitain yhteisiä sääntöjä, voidaan ymmärtää keinoksi panna täytäntöön SEUT 207 artiklan 6 kohta. Kyseisessä määräyksessä todetaan, että yhteisen kauppapolitiikan alaan kuuluvan unionin toimivallan käyttäminen ei vaikuta unionin ja jäsenvaltioiden väliseen toimivallan jakoon. Koska kolmannesta maasta peräisin olevat suorat sijoitukset ovat edelleen myös sisämarkkinoiden (toisin sanoen jaetun toimivallan) alaan kuuluva asia, sellaisen yhteisen ”ulkomaisten” suorien sijoitusten seurantamekanismin, joka syrjäyttäisi jäsenvaltioiden omat mekanismit, käyttöönoton

<sup>27</sup> Ks. tältä osin ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevan asetuksen johdanto-osan neljäs perustelukappale, jossa todetaan, että kyseinen asetus ”ei rajoita jäsenvaltioiden oikeutta poiketa pääomien vapaasta liikkuvuudesta SEUT 65 artiklan 1 kohdan b alakohdan mukaisesti”, johon ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa ensimmäisessä kysymyksessään.

<sup>28</sup> SEUT 2 artiklan 1 kohdassa, joka koskee unionin yksinomaista toimivaltaa, määrätään, että jäsenvaltiot voivat toimia lainsäätäjinä vain, jos unioni antaa siihen valtuudet.

<sup>29</sup> Muutoin, koska ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevassa asetuksessa ei edes velvoiteta jäsenvaltioita ottamaan käyttöön seurantamekanismeja, voitaisiin väittää, että oikeudellisesti sitova toimi oli tarpeeton. Olisi nimittäin riittänyt, että unioni olisi käyttänyt jonkinlaisia ei-sitovia normeja suostutellakseen jäsenvaltiot toteuttamaan vastaavia toimia. Näin ollen oikeudellisesti sitovan toimen valinta voisi selittyä myös tarpeella ratkaista Lissabonin sopimuksen myötä syntynyt toimivaltaongelma, joka on edellyttänyt jäsenvaltioille annettavan ”valtuutuksen” jonkinlaista ilmaisemista.

<sup>30</sup> Lausunto 2/15 (EU:n ja Singaporen tasavallan välinen vapaakauppasopimus), 16.5.2017 (EU:C:2017:376, 36 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Ks. myös analogisesti tuomio 18.7.2013, Daiichi Sankyo ja Sanofi-Aventis Deutschland (C-414/11, EU:C:2013:520, 52 kohta) (jonka mukaan unionin hyväksymistä, jaetun toimivallan piiriin kuuluvan teollis- ja tekijänoikeuden alan oikeussäännöistä vain ne, ”joilla on erityinen yhteys kansainväliseen vaihdantaan, voivat kuulua SEUT 207 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuun käsitteen ’teollis- ja tekijänoikeuksien kaupalliset näkökohdat’ piiriin ja näin ollen yhteisen kauppapolitiikan alaan”).

<sup>31</sup> Ks. tämän osalta lausunto 2/15 (EU:n ja Singaporen tasavallan välinen vapaakauppasopimus), 16.5.2017 (EU:C:2017:376, 84 kohta), jossa unionin tuomioistuin selitti, että ”yhteisen kauppapolitiikan soveltamisalan rajoittaminen ulkomaisten sijoitusten osalta kuvastaa sitä, että kaikki muut unionin toimet, joilla edistetään, helpotetaan tai säännellään kolmannen valtion luonnollisen henkilön tai oikeushenkilön osallistumista unionissa taloudellista toimintaa harjoittavan yhtiön johtamiseen tai määräysvallan käyttöön siinä, tai päinvastoin, ovat omiaan vaikuttamaan suoraan ja välittömästi tämän kolmannen valtion ja unionin väliseen kauppaan, kun taas tällainen erityinen yhteys tähän kauppaan puuttuu sellaisten sijoitusten tapauksessa, jotka eivät johda tällaiseen osallistumiseen”.

olisi oltava perusteltua toissijaisuuden kannalta. Tämä voisi selittää sen, että unionin lainsäätävä on päättänyt valita (ainakin toistaiseksi)<sup>32</sup> ulkomaisten suorien sijoitusten seuranta koskevan hajautetun järjestelmän, joka mukautuu jäsenvaltioiden sääntelyvalintoihin. Nämä valinnat on kuitenkin tehtävä sisämarkkinasääntöjen asettamissa rajoissa, myös niiden, joissa määrätään poikkeuksista markkinoiden perusvapauksiin.

3. *Sovelletaanko suorien ulkomaisten sijoitusten seuranta koskevaa asetusta käsiteltävään asiaan?*

38. Edellä esitetyn perusteella voin päätellä, ettei ole estettä katsoa lailla nro LVIII 2020 käyttöön otetun kaltaisen ”suorien” ulkomaisten sijoitusten kansallisen seurantamekanismin kuuluvan ulkomaisten suorien sijoitusten seuranta koskevan asetuksen soveltamisalaan.

39. Tästä pääsenkin komission näkemykseen. Komissio katsoo, ettei ulkomaisten suorien sijoitusten seuranta koskevaa asetusta voida soveltaa käsiteltävään asiaan, koska unioniin sijoittautuneet yritykset eivät voi olla kyseisessä asetuksessa säädetyn seurannan kohteena. Muutoksenhakija, jonka suunnittelema sijoitus estettiin, on unioniin sijoittautunut yritys. SEUT 54 artiklan ja asiaa koskevan oikeuskäytännön mukaan yrityksen ”kansallisuus” perustuu ainoastaan sen kotipaikan sijaintiin eikä sen osakkeenomistajien kansalaisuuteen.<sup>33</sup>

40. Istunnossa komissio huomautti, että ulkomaisten suorien sijoitusten seuranta koskevan asetuksen 2 artiklan 2 alakohdan mukaan ”ulkomaisella sijoittajalla” tarkoitetaan kolmannen maan yritystä, joka aikoo tehdä tai on tehnyt ulkomaisen suoran sijoituksen. Se painotti erityisesti sitä, että kyseisen määritelmän piiriin kuuluu ainoastaan ”kolmannen maan” luonnollinen henkilö tai oikeushenkilö. Komission mukaan kyseistä asetusta ei siten lähtökohtaisesti voida soveltaa unioniin sijoittautuneisiin yrityksiin. Muutoksenhakijaa, joka on Unkarissa rekisteröity yritys, ei siten voitaisi pitää kolmannen maan yrityksenä. Komission mukaan käsiteltävä asia ei kuulu ulkomaisten suorien sijoitusten seuranta koskevan asetuksen ”henkilölliseen soveltamisalaan”.

41. Huomautuksissaan, joiden mukaan ulkomaisten suorien sijoitusten seuranta koskevaa asetusta ei voida soveltaa käsiteltävässä asiassa, komissio sivuuttaa nähdäkseen sopivasti sen 2 artiklan 1 alakohdan. Kyseisessä säännöksessä määritellään se, mitä mainitussa asetuksessa tarkoitetaan ulkomaisella suoralla sijoituksella. Sillä tarkoitetaan ”mitä tahansa ulkomaisen sijoittajan tekemää sijoitusta, jonka tarkoituksena on luoda tai pitää yllä pysyviä ja suoria yhteyksiä ulkomaisen sijoittajan ja sen yrittäjän tai yrityksen välillä, jonka käyttöön pääoma annetaan taloudellisen toiminnan harjoittamista varten jossakin jäsenvaltiossa, mukaan luettuna sijoitukset, jotka mahdollistavat tosiasiallisen osallistumisen taloudellista toimintaa harjoittavan yhtiön johtamiseen tai määräysvallan käyttämiseen”.<sup>34</sup>

42. Ulkomaisten suorien sijoitusten seuranta koskevan asetuksen soveltamisala, sellaisena kuin se määritellään sen 1 artiklan 1 kohdassa, kattaa puitteiden perustamisen unioniin tulevien *ulkomaisten suorien sijoitusten* seurannalle, jota jäsenvaltiot toteuttavat. Kyseinen käsite puolestaan pitää sisällään minkä tahansa sijoituksen, joka mahdollistaa ulkomaiselle sijoittajalle tosiasiallisen osallistumisen unioniin sijoittautuneen yrityksen johtamiseen tai määräysvallan käyttämiseen siinä.

<sup>32</sup> Huomautan, että komission vuoden 2023 työohjelmassa pyritään ilmeisestikin parantamaan ulkomaisten suorien sijoitusten seuranta koskevan asetuksen toimintaa. Ks. Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle, Komission työohjelma 2023, Luja ja yhtenäinen unioni (COM(2022) 548 final), s. 7 ja 8.

<sup>33</sup> Ks. erityisesti tuomio 1.4.2014, Felixstowe Dock ja Railway Company ym. (C-80/12, EU:C:2014:200, 40 kohta).

<sup>34</sup> Kursivointi tässä.

43. On sanomattakin selvää, että ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskeva asetus kohdistuu ainoastaan ulkomaisiin sijoittajiin. Jotta tällaista sijoittamista kyettäisiin valvomaan, asetuksella katetaan kuitenkin kaikenlaiset sijoitukset, joilla ulkomainen sijoittaja saa määräysvallan unioniin sijoittautuneessa yrityksessä. Toisin sanoen siinä ei aseteta rajoituksia yrityksen rakenteelle tai itse sijoitusprosessille. Jotta sijoitus kuuluisi ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevan asetuksen soveltamisalaan, sijoitusprosessia ei ole välttämättä pitänyt toteuttaa suoraan (kuten silloin, kun ulkomainen sijoittaja hankkii määräysvallan unioniin sijoittautuneessa yrityksessä ostamalla suoraan sen osakkeita), vaan se on voitu toteuttaa välillisesti (kuten silloin, kun ulkomainen sijoittaja hankkii määräysvallan unioniin sijoittautuneessa yrityksessä ostamalla sen osakkeita toisen unioniin sijoittautuneen yrityksen välityksellä). Ratkaisevaa on se, *kuka* viime kädessä *saa määräysvallan* kyseisessä unioniin sijoittautuneessa yrityksessä.

44. Italian hallitus tukee tätä tulkintaa ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevan asetuksen soveltamisalasta. Se myös viittaa tältä osin asian kannalta merkitykselliseen kontekstuaaliseen argumenttiin. Kun ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevan asetuksen 4 artiklan 2 kohdan a alakohdassa luetellaan tekijöitä, jotka voidaan ottaa huomioon määrittäessä sitä, vaikuttaako ulkomainen suora sijoitus todennäköisesti turvallisuuteen tai yleiseen järjestykseen, mainitussa asetuksessa säädetään, että huomioon voidaan ottaa se, ”onko ulkomainen sijoittaja hallituksen suorassa tai epäsuorassa määräysvallassa”. Italian hallitus huomauttaakin, että jos se, että kolmannen maan sijoittaja on hallituksen epäsuorassa määräysvallassa, on merkityksellistä sen määrittämisen kannalta, onko kolmas maa vastuussa tietyistä sijoituksesta, sen on oltava merkityksellistä myös, kun kyseessä on unioniin sijoittautunut sijoittaja, joka voi tosiasiallisesti olla kolmannen maan sijoittajan määräysvallassa. Ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevan asetuksen soveltamisalaan kuuluisi näin ollen ”välillinen” suora ulkomainen sijoitus.

45. Mikä tahansa muu tulkinta olisi nähdäkseni ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevan asetuksen tarkoituksen vastainen. Asetuksella on haluttu mahdollistaa ulkomaisten suorien sijoitusten seuranta sen määrittämiseksi, voisiko kyseessä oleva sijoitus vaarantaa (tai ainakin uhata vaarantaa) unionin tai jäsenvaltioiden yleisen järjestyksen tai turvallisuuden. Tämä pätee yhtä lailla niin ulkomailta tehtäviin suoriin hankintoihin kuin järjestelyihin, joilla pääomaa siirretään unionin sijoittautuneelle taholle tietyn kohteen hankkimista varten. Katson, että jos hyväksyttäisiin komission näkemys ja perustaksi otettaisiin ainoastaan yrityksen kotipaikkaa koskevaa muodollinen kriteeri sekä jätettäisiin huomiotta se, kuka saa määräysvallan sijoituskohteesta tietyllä liiketoimella, sivuutettaisiin sekä liiketoiminnan harjoittamisen realiteetit että ulkomaisten suorien sijoitusten seurannan tarkoitus.<sup>35</sup>

46. Sekä kirjallisissa huomautuksissaan että istunnossa komissio katsoi, että ”epäsuorat” ulkomaiset suorat sijoitukset voisivat kuulua ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevan asetuksen soveltamisalaan *vain* poikkeuksellisesti seurantamekanismien kiertämisen estämiseksi. Komission mukaan ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevan asetuksen johdanto-osan kymmenennessä perustelukappaleessa viitataan tällaiseen kiertämiseen, ja sen 3 artiklan 6 kohdassa edellytetään, että jäsenvaltioiden, joilla on käytössä seurantamekanismi, on toteutettava toimenpiteitä, jotka ovat tarpeen seurantamekanismin ja siihen liittyvien seurantapäätösten kiertämisen havaitsemiseksi ja estämiseksi. Kiertämisen käsite kattaa

<sup>35</sup> Kuten Cohen jo totesi urauurtavassa artikkelissaan vuodelta 1935, yrityksen kotipaikka ei kerro juurikaan sen toiminnasta; ks. tältä osin Cohen, F. S., ”Transcendental Nonsense and the Functional Approach”, *Columbia Law Review*, osa 35(6), 1935, s. 809, sivulla 810.

sijoitukset ”unionin sisältä”, vain jos i) ne on tehty ”keinotekoisin järjestelyin”, jos ii) ne ”eivät kuvasta taloudellisia realiteetteja” ja jos iii) niillä ”kierretään seurantamekanismeja ja seurantapäätöksiä”. Näin ei vaikuta olevan nyt käsiteltävässä asiassa.

47. Ellei kiertämistä ole todettu jollakin erityisesti tätä tarkoitusta varten käyttöön otetulla muulla välineellä, seurantamekanismin kiertämisen toteaminen edellyttää, että tiettyä pääomanliikettä seurataan. Toisin sanoen pääomanliikkeen on ensin kuuluttava ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevan asetuksen soveltamisalaan, jotta voitaisiin ratkaista kysymys siitä, onko sillä todellakin tarkoitus kiertää kansallisia seurantamekanismeja tai -päätöksiä.

48. Joka tapauksessa käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisen pääomanliikkeen jättäminen ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevan asetuksen soveltamisalan ulkopuolelle heikentäisi sellaisten ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevaa tavoitetta, jotka uhkaavat kansallisia tai unionin intressejä. Kun kyse on sijoitusten seurantaan koskevien kansallisten mekanismien kaltaisesta ”ex ante” -välineestä, mitä eroa on siinä, hankkiiko kolmannen maan sijoittaja määräysvallan strategisesti tärkeässä unioniin sijoittautuneessa yrityksessä suoraan ulkomailta vai toisen unioniin sijoittautuneen yrityksen kautta? Molemmissa tapauksissa ulkomainen sijoittaja hankkii määräysvallan kyseessä olevassa unioniin sijoittautuneessa yrityksessä ja siten mahdollisuuden päättää tämän yrityksen tulevaisuudesta: harjoitetaanko yrityksen toimintaa markkinaehtojen mukaisesti, riisutaanko yritys kaikista arvokkaista omaisuuseristään (tässä tapauksessa esimerkiksi siten, että maanottopaikkaan annetaan tulvia vettä, jolloin siitä tulee käyttökelvoton), myydäänkö yritys edelleen vai suljetaanko se yksinkertaisesti kokonaan. Asian ydin on se, että ulkomainen sijoittaja saa määräysvallan strategisesti tärkeässä unioniin sijoittautuneessa yrityksessä.

49. Ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevalla asetuksella pyritään nähdäkseni juuri estämään kolmannen maan mahdollinen määräysvallan käyttäminen, jos sijoituksen arvioidaan muodostavan uhan turvallisuudelle tai yleiselle järjestykselle. Ehdotankin, että unionin tuomioistuin katsoo, että myös ”epäsuorat” ulkomaiset suorat sijoitukset, jotka tehdään unioniin sijoittautuneen yrityksen välityksellä, kuuluvat ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevan asetuksen soveltamisalaan, jos tällainen sijoitus antaisi ulkomaiselle sijoittajalle mahdollisuuden saada määräysvallan hankkimassaan yrityksessä.

50. Edellä esitetysti huolimatta olisi oltava selvää, että kolmansista maista unioniin sijoittautuneen yrityksen välityksellä tehtävien suorien sijoitusten seuranta ei automaattisesti tarkoita, että tällainen sijoitus voidaan estää ilman muita edellytyksiä. Ei voida sivuuttaa sitä, että seurannan ulottaminen koskemaan kolmansien maiden sijoittajien tekemiä unioniin sijoittautuneiden yritysten hankintoja muodostaa jo itsessään esteen neljän markkinavapauden käyttämiselle.<sup>36</sup>

51. Kun kyseessä on ala, jolla unionin toimivaltajärjestelyssä on päällekkäisyyttä, unionin lainsäätäjän on nähdäkseni otettava asianmukaisesti huomioon molemmilla aloilla ilmenevät huolenaiheet. Vaikka unionin lainsäätäjä antoi lainsäädäntöä käyttämällä SEUT 207 artiklan 1 kohtaa määräävänsä oikeusperustana,<sup>37</sup> se oli velvollinen ottamaan huomioon neljä

<sup>36</sup> Ks. analogisesti tuomio 31.1.1984, Luisi ja Carbone (286/82 ja 26/83, EU:C:1984:35, 34 kohta); tuomio 23.2.1995, Bordessa ym. (C-358/93 ja C-416/93, EU:C:1995:54, 24–26 kohta) ja tuomio 14.12.1995, Sanz de Lera ym. (C-163/94, C-165/94 ja C-250/94, EU:C:1995:451, 24 kohta) (jossa selitetään, että valuutan vientiin etukäteen annettava lupa muodostaa pääomien vapaan liikkuvuuden rajoituksen).

<sup>37</sup> Ks. esim. tuomio 22.10.2013, komissio v. neuvosto (C-137/12, EU:C:2013:675, 53 kohta) (jossa todetaan, että jos toimea tarkasteltaessa ilmenee, että sillä on kaksi eri tarkoitusta tai että siinä on kahdenlaisia tekijöitä, ja jos toinen näistä on yksilöitävissä toimen määrääväksi tarkoitukseksi tai tekijäksi, kun taas toinen on ainoastaan liitännäinen, on käytettävä yhtä oikeudellista perustaa, toisin sanoen sitä, jota toimen määräävä tarkoitus tai tekijä edellyttää).

markkinavapautta koskevista perustamissopimusten säännöistä johtuvat oikeudet riippumatta siitä, hyödyttävätkö nämä säännöt unioniin vai kolmansiin maihin sijoittautuneita yrityksiä. Toisin sanoen, vaikka ulkomaisten suorien sijoitusten seuranta koskevassa asetuksessa ”valtuutetaan” SEUT 207 artiklan 1 kohdan nojalla jäsenvaltiot ottamaan käyttöön ulkomaisten suorien sijoitusten seurantamekanismeja sillä perusteella, että tällaisiin sijoituksiin voi liittyä yleistä järjestystä ja turvallisuutta koskevia huolenaiheita, kyseinen asetus ei voi välttyä SEUT 65 artiklan 1 kohdan vaatimuksilta. Mainitun asetuksen johdanto-osan neljänteen perustelukappaleeseen sisältyvä viittaus SEUT 65 artiklan 1 kohtaan olisi ymmärrettävä juuri tässä valossa.<sup>38</sup>

52. Ulkomaisten suorien sijoitusten seuranta koskeva asetus kuvastaa nimittäin mahdollisia oikeuttamisperusteita ja siten epäsuorasti myös vapaata liikkuvuutta koskevan oikeuden rajoituksen oikeasuhteisuuden arvioinnissa käytettäviä yleisiä perusteita, jotka perustuvat perussopimuksen poikkeuslausekkeisiin. Tämä näkyy erityisesti kyseisen asetuksen 4 artiklassa, joka sisältää ei-tyhjentävän luettelon tekijöistä, jotka jäsenvaltiot voivat ottaa huomioon määrittäessään sitä, vaikuttaako ulkomainen suora sijoitus todennäköisesti turvallisuuteen tai yleiseen järjestykseen.

53. Jos sisämarkkinasäännöt eivät sisältyisi ulkomaisten suorien sijoitusten seuranta koskevaan asetukseen ja sen perusteella hyväksytyihin kansallisiin mekanismeihin, kaikkien unioniin sijoittautuneiden yritysten käytettävissä oleviin markkinavapauksiin voisi kohdistua kohtuuton rasite pelkästään siitä syystä, että näissä yrityksissä on ulkomainen omistusosuus. Näiden vapauksien loukkaamisen välttämiseksi lain nro LVIII 2020 kaltaista kansallista lainsäädäntöä, jota voidaan antaa ulkomaisten suorien sijoitusten seuranta koskevan asetuksen nojalla, ei pitäisi jättää perustamissopimuksen sisämarkkinasääntöjen mukaisen mahdollisen valvonnan ulkopuolelle. Katson pikemminkin, että minkä tahansa seurantamekanismin piiriin kuuluvan pääomanliikkeen on hyödyttävä täysimääräisestä oikeasuhteisuuden tarkastelusta SEUT 65 artiklan 1 kohdan kriteerien mukaisesti.<sup>39</sup>

54. Edellä esitetyn tarkastelun päätteeksi katson, että lain nro LVIII 2020 kaltainen kansallinen lainsäädäntö kuuluu ulkomaisten suorien sijoitusten seuranta koskevan asetuksen soveltamisalaan, vaikka se mahdollistaa unioniin sijoittautuneiden yritysten kautta tehtävien ”epäsuorien” ulkomaisten suorien sijoitusten seurannan.

### ***C Unionin tuomioistuimen toimivalta***

55. Ulkomaisten suorien sijoitusten seuranta koskevan asetuksen sovellettavuus ratkaisee myös kysymyksen unionin tuomioistuimen toimivallasta käsiteltävässä asiassa.

56. Tämän kysymyksen otti esille komissio, ja sen taustalla oli se, että kaikkia kansallisessa tuomioistuimessa käsiteltävän riita-asian osatekijöitä voidaan pitää Unkarin sisäisinä: unkarilainen yritys pyrkii hankkimaan omistukseensa toisen unkarilaisen yrityksen, mutta ei voi tehdä näin Unkarin lainsäädännön perusteella. Tämän väitteen esittämisestä huolimatta

<sup>38</sup> En näin ollen pidä vakuuttavana näkemystä, jonka mukaan ulkomaisten suorien sijoitusten seuranta koskevan asetuksen johdanto-osan neljänteen perustelukappaleeseen sisältyvä viittaus SEUT 65 artiklan 1 kohtaan tarkoittaa, että jäsenvaltiot voivat ottaa käyttöön erilaisia seurantamekanismeja, jotka kattavat kolmansista maista peräisin olevat suorat sijoitukset, jotka eivät kuulu kyseisen asetuksen soveltamisalaan.

<sup>39</sup> Palaan tähän kysymykseen tämän ratkaisuehdotuksen D.2 jaksossa.

komissio kuitenkin katsoi, että unionin tuomioistuin on toimivaltainen, ja tukeutui siihen, että muutoksenhakija on kokonaan Xella Germanyn omistuksessa. Tämä mahdollistaa komission mukaan sen, ettei käsiteltävää asiaa luokitella yhden ainoan jäsenvaltion sisäiseksi.

57. Istunnossa nämä toimivallasta esitetyt huomautukset herättivät jonkin verran keskustelua siitä, mikä tekee tietyistä tilanteista jäsenvaltion ”sisäisen”, samoin kuin siitä, mitä osatekijöitä voidaan ottaa huomioon kahden samaan jäsenvaltioon sijoittautuneen yritysten välisen liiketoimen luokitteluksi ”rajat ylittäväksi”.<sup>40</sup> Kun otetaan myös huomioon, että käsiteltävässä asiassa kyseessä oleva tilanne on mahdollista luokitella jäsenvaltion sisäiseksi, keskustelua käytiin myös tuomion Ullens de Schooten<sup>41</sup> merkityksellisyydestä.

58. Vaikka pidänkin näitä kysymyksiä kiehtovina ja niitä on nähdäkseni selvennetty ainoastaan osittain unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä, olen päättänyt olla käsittelemättä niitä tässä ratkaisuehdotuksessa. En yksinkertaisesti usko, että ne ovat merkityksellisiä käsiteltävän asian olosuhteiden kannalta.

59. Kuten tämän ratkaisuehdotuksen 49 ja 54 kohdassa selitettiin, käsiteltävä asia kuuluu ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevan asetuksen soveltamisalaan. Kuten olen todennut, muutoksenhakijan suunnittelemaa Janesin hankintaa voidaan pitää ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevassa asetuksessa tarkoitettuna ulkomaisena suorana sijoituksena. Pääasian oikeudenkäynnissä käsiteltävä riita-asia kuuluu siten sen unionin lainsäädännön soveltamisalaan, jolla pyritään muun muassa yhdenmukaistamaan kansallisia seurantamekanismeja, minkä vuoksi sillä, onko nyt tarkasteltava tilanne jäsenvaltion sisäinen, ei ole merkitystä. Unionin tuomioistuimen toimivalta määräytyy jo pelkästään sen perusteella, että unionin johdettua oikeutta voidaan soveltaa nyt tarkasteltavaan riita-asiaan.<sup>42</sup>

60. Kuten istunnossa vahvistettiin, lisäargumentti sille, että käsiteltävää asiaa voidaan luonnehtia tällä tavalla, on se, että Unkarin hallituksen näkemyksen mukaan laki nro LVIII 2020 kuuluu ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevan asetuksen soveltamisalaan. Kuten myös komissio vahvisti, Unkarin hallitus ilmoitti kyseisestä lainsäädännöstä komissiolle mainitun asetuksen 3 artiklan 7 kohdassa asetetun velvoitteensa mukaisesti. Mainitun ilmoituksen ja saman asetuksen 3 artiklan 8 kohdan mukaisesti komissio sisällytti tämän jälkeen asiaa koskevan Unkarin lainsäädännön julkaisemaansa luetteloon jäsenvaltioiden seurantamekanismeista. Koska laki nro LVIII 2020 muodostaa ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan siinä vireillä olevassa asiassa sovellettavan lainsäädännön, koska se oli riidanalaisen päätöksen oikeusperusta, unionin oikeuden sovellettavuus ja unionin tuomioistuimelta

<sup>40</sup> Sen seikan perusteella, että Xella Germany omistaa 100 prosenttia muutoksenhakijan osakkeista, komissio katsoi lisäksi, että käsiteltävä asia olisi ratkaistava sijoittautumisvapautta koskevien sääntöjen perusteella, koska unionin sisäinen ”ulkomainen” suora sijoitus, joka antaa määräysvallan kohdeyrityksessä, kuuluu kyseisen markkinavapauden piiriin. Tämän toteamuksen tueksi komissio vetosi 1.2.2001 annettuun tuomioon Mac Quen ym. (C-108/96, EU:C:2001:67, 16 kohta) ja 17.10.2002 annettuun tuomioon Payroll ym. (C-79/01, EU:C:2002:592, 25 kohta). Komission mukaan asian kannalta merkityksellinen rajat ylittävä osatekijä, joka oikeuttaa unionin tuomioistuimen toimivallan, perustuu siihen seikkaan, että muutoksenhakija voisi vedota Xella Germanyn rajat ylittävään sijoittautumisoikeuteen. Komissio ei kuitenkaan pystynyt istunnossa selittämään, miksi omistusketjun jäljittämisen pitäisi pysähtyä Xella Germanyn eikä Xella Luxemburgiin tai bermudalaiseen yritykseen. Jos kyseessä olevaa liiketoimea tarkastellaan viimeksi mainitun yrityksen näkökulmasta, muutoksenhakija voisi yhtä lailla vedota sen Bermudalle sijoittautuneen emoyhtiön pääomien vapaaseen liikkuvuuteen, sillä SEUT 63 artiklan 1 kohdan nojalla kolmansista maista unioniin suuntautuvat pääomanliikkeet on myös vapautettu.

<sup>41</sup> Tuomio 15.11.2016 (C-268/15, EU:C:2016:874).

<sup>42</sup> Kuten oikeuskirjallisuudesta ilmenee, tilanteen sijoittuminen täysin yhden jäsenvaltion sisälle muodostaa esteen unionin tuomioistuimen toimivallalle ainoastaan tapauksissa, joissa on kyse negatiivisesta integraatiosta (perustamissopimuksessa annettujen perusvapauksien suorasta soveltamisesta), muttei tapauksissa, joissa on kyse positiivisesta integraatiosta (yhdenmukaistavan unionin johdetun oikeuden soveltamisesta muutoin jäsenvaltion sisäisiin tilanteisiin). Ks. esim. Mataija, M., ”Internal Situations in Community Law: An Uncertain Safeguard of Competences Within the Internal Market”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, osa 5, 2009, s. 31–63, s. 37–40.

ennakkoratkaisumenettelyssä pyydetyn tulkinnan hyödyllisyys ovat ilmeisiä. Pyydetyn selvennyksen avulla ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin voi arvioida, ylitettiinkö lailla nro LVIII 2020 unionin oikeudessa asetetut rajat.

61. Siltä varalta, ettei unionin tuomioistuin kuitenkaan yhdy näkemykseeni toimivalta-asiasta, esitän lyhyesti kolme muuta mahdollisuutta toimivallan määrittämiseksi.

62. Ensinnäkin – ja vaikka en ole kyseisen oikeuskäytännön innokas kannattaja – on selvää, että unionin tuomioistuin voisi perustaa toimivaltansa Unkarin seurantamekanismin *mahdollisiin* rajat ylittäviin vaikutuksiin.<sup>43</sup> On jokseenkin selvää, että ”ei ole mahdotonta”, että kolmannen maan yrityksen omistama toiseen jäsenvaltioon sijoittautunut yritys voi olla kiinnostunut hankkimaan ”strategisesti tärkeän” unkarilaisen yrityksen. Tämä on helppo kuvitella nyt tarkasteltavassa tapauksessa, koska hankinnan olisi aivan yhtä hyvin voinut tehdä Xella Germany suoraan. Kyseessä olevalla Unkarin lainsäädännöllä on siten mahdollinen rajat ylittävä vaikutus.

63. Toiseksi innoituksen lähteenä voisi yhtä hyvin toimia tuomio *Felixstowe Dock ja Railway Company ym.*<sup>44</sup> Minitussa asiassa muutoksenhakijoina olleiden yhtiöiden, jotka olivat sijoittautuneet Yhdistyneeseen kuningaskuntaan, oli mahdollista vedota Luxemburgiin sijoittautuneen tytäryhtiönsä sijoittautumisvapauteen, koska ensiksi mainittujen ”[verotuskohtelu oli] epäedullisempaa [kyseisen Luxemburgiin sijoittautuneen yhteyden muodostavan yhtiön vuoksi] kuin siinä tapauksessa, että niiden yhteyden tappioita siirtävään yhtiöön muodostaisi Yhdistyneeseen kuningaskuntaan sijoittautunut yhteyden muodostava yhtiö”.<sup>45</sup> Toimivalta voisi siten perustua käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan unioniin sijoittautuneen emoyhtiön (sijoittautuneiden emoyhtiöiden) (Xella Germany ja Xella Luxemburg) ja Lone Starin tosiasiallisen omistajan ja edunsaajan (Irlannin kansalaisen) osalta sijoittautumisvapauteen ja kolmanteen maahan sijoittautuneen emoyhtiön emoyhtiön (bermudalainen yhtiö) osalta pääomien vapaaseen liikkuvuuteen.

64. Toimivalta on jopa mahdollista perustaa abstraktisti tuomiossa *Dzodzi*<sup>46</sup> tarkastellun kaltaiseen, lain nro LVIII 2020 276 §:n 3 kohdassa olevaan viittaukseen strategisesti tärkeän yhtiön määritelmään (jolla tämä määritelmä saatetaan ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevan asetuksen 4 artiklan 1 kohdan a–e alakohdan mukaiseksi) ja lain nro LVIII 2020 283 §:n 1 momentin b kohtaan, jossa rajataan oikeutusperusteet, joihin ministeri voi tukeutua käyttääkseen veto-toimivaltaansa (ja jossa viitataan SEUT 53 artiklan 1 kohtaan ja SEUT 65 artiklan 1 kohtaan).

65. Omaksuttavasta lähestymistavasta riippumatta unionin tuomioistuin on siis toimivaltainen vastaamaan ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kysymyksiin.

<sup>43</sup> Ks. vastaavasti tuomio 11.3.2010, *Attanasio Group* (C-384/08, EU:C:2010:133, 24 kohta); tuomio 8.5.2013, *Libert ym.* (C-197/11 ja C-203/11, EU:C:2013:288, 34 kohta) ja tuomio 5.12.2013, *Venturini ym.* (C-159/12–C-161/12, EU:C:2013:791, 25 kohta).

<sup>44</sup> Tuomio 1.4.2014 (C-80/12, EU:C:2014:200).

<sup>45</sup> *Ibid.*, 24 kohta.

<sup>46</sup> Tuomio 18.10.1990 (C-297/88 ja C-197/89, EU:C:1990:360, 41 kohta).

***D Edellytykset, joiden täyttyessä jäsenvaltiot voivat seurata ”epäsuoraa” ulkomaista sijoitusta ja estää sen***

66. Kuten tämän ratkaisuehdotuksen 50–53 kohdassa selitettiin, kaikissa jäsenvaltioiden seurantamekanismeissa, joita ne voivat ottaa käyttöön ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevan asetuksen perusteella, on noudatettava perustamissopimuksessa annettuja sisämarkkinavapauksia.

67. Unionin tuomioistuin pitää näiden vapauksien rajoituksina kaikkia toimia, joilla kielletään näiden markkinavapauksien käyttäminen, haitataan sitä tai tehdään se vähemmän houkuttelevaksi.<sup>47</sup>

68. Pelkkä seurantamekanismin olemassaolo sellaisenaan tekee kolmansista maista peräisin olevat suorat sijoitukset vähemmän houkutteleviksi. Riidanalaisella päätöksellä, jolla estettiin Janesin hankinta, tehdään selvästikin unioniin sijoittautuneeseen yritykseen sijoittamista koskevan oikeuden (joka perustuu SEUT 63 artiklan 1 kohtaan) ja sijoittautumisoikeuden (joka perustuu SEUT 49 ja SEUT 54 artiklaan) käyttäminen paitsi vähemmän houkuttelevaksi myös tosiasiaa täysin mahdottomaksi.<sup>48</sup>

69. Perusvapauksien käyttämistä voidaan kuitenkin rajoittaa, jos rajoitukset ovat oikeutettuja yleistä etua koskevista pakottavista syistä ja jos ne ovat asianmukaisia ja tarpeen näiden etujen suojaamiseksi. Se, täytyvätkö nämä kaksi vaatimusta – hyväksyttävä oikeuttamisperuste ja oikeasuhteisuus –, kuuluu unionin oikeuden perusteella harjoitettavan tuomioistuINVALVONNAN piiriin. Kansallisen lainsäädännön, kuten lain nro LVIII 2020, ja siihen perustuvien yksittäisten päätösten on noudatettava vaatimuksia, joita niille asetetaan unionin oikeudessa. Kun otetaan huomioon, että ennakkoratkaisumenettelyssä unionin tuomioistuimen toimivalta rajoittuu unionin oikeudessa asetettujen vaatimusten tulkintaan, on näin ollen kansallisen tuomioistuimen tehtävä arvioida, täyttääkö laki nro LVIII 2020, sellaisena kuin ministeri on sitä soveltanut, nämä vaatimukset.

*1. Oikeutettu tavoite*

70. Ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevan asetuksen 1 artiklan 1 kohta mahdollistaa kansalliset seurantamekanismit pääomavirtojen rajoittamiseksi kahdella mahdollisella perusteella: yhtäältä turvallisuuden ja toisaalta yleisen järjestyksen suojelemiseksi. Tältä osin kyseisessä asetuksessa käytetään oikeuttamisperusteita, jotka sisältyvät jo perussopimukseen<sup>49</sup> ja unionia sitoviin kansainvälisiin sopimuksiin.<sup>50</sup> Tarkemmin ottaen kyseisen asetuksen

<sup>47</sup> Ks. mm. sijoittautumisvapaudesta tuomio 25.10.2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, 46 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Pääomien vapaasta liikkuvuudesta ks. esim. tuomio 18.6.2020, komissio v. Unkari (Järjestöjen avoimuus) (C-78/18, EU:C:2020:476, 52 ja 53 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

<sup>48</sup> Kuten olen edellä 63 kohdassa toimivaltakysymyksen osalta todennut, tarkasteltavasta oikeussubjektista riippuen voitaisiin katsoa, että käsiteltävässä asiassa rajoitetaan pääomien vapaata liikkuvuutta (bermulalainen yhtiö) tai (Xella Germanyn, Xella Luxembourgin tai jopa koko Xella-konsernin omistusketjun ylimpänä lenkinä olevan Irlannin kansalaisen) sijoittautumisvapautta.

<sup>49</sup> Muistutan, että ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevan asetuksen johdanto-osan neljännessä perustelukappaleessa selitetään, että asetuksella luotavat puitteet ”[eivät] rajoita jäsenvaltioiden oikeutta poiketa pääomien vapaasta liikkuvuudesta SEUT 65 artiklan 1 kohdan b alakohdan mukaisesti”.

<sup>50</sup> Ks. tästä ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevan asetuksen johdanto-osan kolmas perustelukappale, jossa todetaan, että Maailman kauppajärjestössä (WTO), Taloudellisen yhteistyön ja kehityksen järjestössä (OECD) sekä kolmansien maiden kanssa tehdyissä kauppaj- ja investointisopimuksissa tehtyjen kansainvälisten sitoumusten nojalla ”unionin ja jäsenvaltioiden on mahdollista hyväksyä ulkomaisiin suoriin sijoituksiin liittyviä rajoittavia toimenpiteitä turvallisuuteen tai yleiseen järjestykseen liittyvistä syistä tiettyjen vaatimusten mukaisesti”.



johdanto-osan 35 perustelukappaleessa selitetään, että asetuksen täytäntöönpanossa unionissa ja jäsenvaltioissa olisi noudatettava palvelukaupan yleissopimuksen (GATS)<sup>51</sup> XIV artiklan a kohtaa ja XIV bis artiklaa samoin kuin unionin oikeutta yleisemminkin.

71. Käsiteltävässä asiassa ennakkoratkaisukysymys koskee ainoastaan yleiseen järjestykseen tai turvallisuuteen perustuvia oikeuttamisperusteita, sellaisina kuin niistä määrätään SEUT 65 artiklan 1 kohdan b alakohdassa. On paikallaan huomauttaa, että samat syyt mainitaan myös SEUT 52 artiklan 1 kohdassa mahdollisina oikeuttamisperusteina sijoittautumisvapauden rajoittamiselle. Käsitelenkin seuraavaksi näiden oikeuttamisperusteiden tarkastelua unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä.

72. Ensinnäkin on tarpeen selittää – ja tällä voidaan nähdäkseni vastata ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen viittaukseen SEU 4 artiklan 2 kohtaan –, että jäsenvaltiot ovat periaatteessa vapaita määrittelemään kansallisten tarpeidensa mukaisesti yleisen järjestyksen ja turvallisuuden asettamat vaatimukset.<sup>52</sup> Nämä huolenaiheet voivat vaihdella jäsenvaltiosta ja aikakaudesta toiseen.<sup>53</sup> Unionin oikeudessa ei puututa näiden tarpeiden arviointiin.

73. Unionin oikeudessa asetetaan kuitenkin rajoja kansallisille poliittisille valinnoille edellyttämällä, että oikeuttamisperusteita tulkitaan suppeasti, koska ne mahdollistavat poikkeamisen säännöstä, jonka perusteella suorat sijoitukset on lähtökohtaisesti vapautettu.<sup>54</sup> Näihin oikeuttamisperusteisiin voidaan siten vedota vain, kun on kyse yhteiskunnan perustavanlaatuisista etua uhkaavasta todellisesta ja riittävän vakavasta vaarasta<sup>55</sup> tai vaikka vain sen todennäköisyydestä.<sup>56</sup>

74. Jäsenvaltion on näin ollen pystyttävä selittämään ensinnäkin, miksi kyseessä olevan rajoituksen perusteena oleva etu mielletään perustavanlaatuisiksi sen yhteiskunnassa, ja toiseksi, miksi rajoitettu toiminta muodostaa todellisen ja riittävän vakavan vaaran tälle perustavanlaatuiselle edulle.

75. Unkarin hallituksen mukaan lailla nro LVIII 2020 pyritään suojelemaan Unkarin yhteiskunnan kahta perustavanlaatuisista etua. Ensimmäinen näistä koskee spekulatiivisten hankintojen estämistä aloilla, joita pidetään strategisesti tärkeinä Unkarin taloudelle etenkin covid-19-pandemian jälkeen. Toinen näistä koskee – käsiteltävässä asiassa hiekan, soran ja saven – toimitusvarmuuden suojelua Unkarissa.

<sup>51</sup> Näihin GATS-sopimuksen määräyksiin sisältyvän turvallisuutta ja yleistä järjestystä koskevan poikkeuksen ulottuvuudesta ks. Velten, J., ”Screening Foreign Direct Investment in the EU – Political Rationale, Legal Limitations, Legislative Options”, *European Yearbook of International Economic Law*, osa 26, 2022, s. 59–.

<sup>52</sup> Ks. esim. tuomio 14.3.2000, *Église de scientologie* (C-54/99, EU:C:2000:124, 17 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

<sup>53</sup> Kuten unionin tuomioistuin selitti palvelujen tarjoamisen vapauden yhteydessä 14.10.2004 antamassaan tuomiossa *Omega* (C-36/02, EU:C:2004:614, 31 kohta) ja kansalaisuuden yhteydessä 2.6.2016 antamassaan tuomiossa *Bogendorff von Wolfersdorff* (C-438/14, EU:C:2016:401, 68 kohta).

<sup>54</sup> Ks. esim. tuomio 14.3.2000, *Église de scientologie* (C-54/99, EU:C:2000:124, 17 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

<sup>55</sup> *Ibid.* ja uudemmassa oikeuskäytännössä tuomio 18.6.2020, komissio v. Unkari (Järjestöjen avoimuus) (C-78/18, EU:C:2020:476, 91 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

<sup>56</sup> Ks. analogisesti Panel Report of the WTO Dispute Settlement Body in *European Union and its Member States – Certain Measures Relating to the Energy Sector* (WT/DS476/R, 7.1169 kohta), jossa todetaan palvelukaupan yleissopimuksen (GATS) XIV artiklan a kohtaa koskevaan alaviitteeseen 5 sisältyvän käsitteen ”aito ja riittävän vakava uhka” tulkinnasta, että ”käsitettä ’riittävän vakava’ käytetään luonnehtimaan uhkaa, jolla – – oli ymmärrettävä tarkoitettavan realisoituvan uhan vaikutusten mahdollisia seurauksia tai mahdollista vakavuutta”.

76. Katson muutoksenhakijan, Italian hallituksen ja komission tavoin, ettei ensimmäistä perustetta, johon Unkarin hallitus on vedonnut, voida hyväksyä yleistä järjestystä koskevan poikkeuksen nojalla. Oikeuskäytännön perusteella on selvää, että abstraktisti puhtaasti taloudellisilla syillä ei voida perustella jonkin perusvapauden rajoitusta.<sup>57</sup> Selvyyden vuoksi en kiistä sitä, että tietyissä olosuhteissa covid-19:n kaltainen terveyskriisi voi johtaa ulkomailta tehtävien spekulatiivisten sijoitusten lisääntymiseen. Tällaiset sijoitukset kuuluvat kuitenkin talouselämään. Ne ovat osa Lone Starin kaltaisten sijoitusrahastojen liiketoimintastrategiaa. Näin ollen Unkarin kansallisen talouden suojaamista spekulatiivisilta sijoituksilta ei sellaisenaan voida hyväksyä eduksi, jota voidaan suojella yleiseen järjestykseen liittyvistä syistä.<sup>58</sup>

77. Unionin tuomioistuin on tosin täsmentänyt, että tietyissä olosuhteissa syyt, joiden perusteella ei muutoin voida rajoittaa sisämarkkinoiden subjektien välisiä liiketoimia, voivat oikeuttaa kolmannesta maasta peräisin olevien pääomanliikkeiden rajoittamisen. Tuomiossa *Test Claimants in the FII Group Litigation* selitettiin, että ”on mahdollista, että jäsenvaltio voi osoittaa pääomanliikkeitä kolmansiin maihin ja kolmansista maista koskevan rajoituksen olevan tietystä syystä perusteltu tilanteessa, jossa tätä syytä ei pidettäisi pätevänä perusteluna jäsenvaltioiden välisten pääomanliikkeiden rajoitukselle”.<sup>59</sup> Mainitussa asiassa ja muissa samankaltaisissa asioissa syynä siihen, miksi unionin tuomioistuin hyväksyi hyväksyttävien oikeuttamisperusteiden eriyttämisen sen mukaan, onko kyseessä unionin sisäinen vai sen ulkopuolinen tilanne, oli jäsenvaltioiden välinen *pitkälle edennyt oikeudellinen yhdentyminen* sisämarkkinoilla (esimerkiksi verojen yhdenmukaistamisen avulla), kun taas kyseessä olevan kolmannen maan kanssa saman tasoista yhdentymistä ei ollut tapahtunut.<sup>60</sup>

78. Tätä oikeuskäytäntöä ei voida soveltaa käsiteltävään asiaan. Pitkälle edennyt oikeudellinen yhdentyminen sisämarkkinoilla ei mielestäni voi oikeuttaa puhtaasti taloudellisiin syihin vetoamista spekulatiivisten ”epäsuorien” suorien ulkomaisten sijoitusten yleisen rajoittamisen oikeuttamiseksi.<sup>61</sup> Vaikka spekulatiivisia sijoituksia pidetäänkin oikeutettuna liiketoimintana ja vaikka niitä ei säännellä erityisesti sisämarkkinoilla, niitä ei voida estää yleistä järjestystä koskevan oikeuttamisperusteen verukkeella yksinomaan siksi, että ne ovat lähtöisin suoraan tai epäsuorasti kolmansista maista.

79. Toiseen perusteeseen, johon Unkarin hallitus on vedonnut, eli toimitusvarmuuteen voidaan nähdäkseni tukeutua joko yleiseen järjestykseen tai yleiseen turvallisuuteen liittyvänä seikkana.

<sup>57</sup> Ks. mm. tuomio 21.12.2016, *AGET Iraklis* (C-201/15, EU:C:2016:972, 72 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

<sup>58</sup> Jos covid-19:n kaltaisen pandemian aikana nämä sijoitukset olisivat kohdistuneet esimerkiksi kasvomaskien kansallisiin tuotantolaitoksiin, jolloin väestön suojeleminen tai terveydenhuoltoon liittyvien palvelujen tarjonta saattaisi häiriintyä, olisin kuitenkin täysin samaa mieltä siitä, että tällaisten sijoitusten rajoittaminen voi olla oikeutettua yleiseen järjestykseen liittyvistä syistä. Ks. myös tältä osin Komission tiedonanto – Ulkomaisia suoria sijoituksia, pääomien vapaata liikkuvuutta kolmansista maista ja Euroopan strategisten varojen suojeleminen ennen asetuksen (EU) 2019/452 (ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskeva asetus) soveltamista koskevat ohjeet jäsenvaltioille (C(2020) 1981 final), s. 1 ja 2.

<sup>59</sup> Tuomio 12.12.2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774, 171 kohta). Ks. myös tuomio 18.12.2007, *A* (C-101/05, EU:C:2007:804, 35 ja 37 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen) ja tuomio 20.5.2008, *Orange European Smallcap Fund* (C-194/06, EU:C:2008:289, 90 kohta).

<sup>60</sup> Ks. vastaavasti tuomio 24.11.2016, *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, 64 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen) ja tuomio 26.2.2019, *X* (Kolmansiin maihin sijoittautuneet väliyritykset) (C-135/17, EU:C:2019:136, 90–92 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

<sup>61</sup> Tältä osin aiemmin on todettu, että ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskeva unionin nykyinen kehys ei soveltuisi kaikkien niiden tavoitteiden saavuttamiseen, joita jäsenvaltiot ja unioni mahdollisesti haluavat saavuttaa ottamalla käyttöön tällaisia seurantamekanismeja, ei vähiten hälventämään markkinoille pääsyn vastavuoroisuuteen liittyviä huolenaiheita. Ks. yleisesti Velten, J., ”Screening Foreign Direct Investment in the EU – Political Rationale, Legal Limitations, Legislative Options”, *European Yearbook of International Economic Law*, osa 26, 2022.

80. Käsiteltävässä asiassa Unkarin hallitus vetoaa pääasiallisesti siihen, että rakennuskiviainesten toimitusvarmuus on tärkeää maan teolliselle ja julkiselle infrastruktuurille myös paikallistasolla. Muutoksenhakija, Italian hallitus ja komissio toteavat, että tällainen huolenaihe voi lähtökohtaisesti tietyissä olosuhteissa oikeuttaa vapaata liikkuvuutta koskeviin sääntöihin puuttumisen. Muutoksenhakija ja komissio kuitenkin huomattavat myös, ettei tämä oikeuttamisperuste voi niiden mielestä menestyä käsiteltävässä asiassa.

81. Unionin tuomioistuin on toistaiseksi katsonut, että tarvetta varmistaa tiettyjen julkisten peruspalvelujen saatavuus ja sellaisten tiettyjen verkkopalvelujen asianmukainen toiminta, joita pidetään välttämättöminä jäsenvaltion talous- ja yhteiskuntaelämän kannalta, voidaan pitää yleistä järjestystä koskevan poikkeuksen mukaisina hyväksyttävänä oikeuttamisperusteina.<sup>62</sup>

82. Pois ei nähdäkseni siis voida sulkea sitä, että tiettyjen rakennuskiviainesten toimitusten turvaamista voitaisiin kriisiaikoina pitää jäsenvaltion näkökulmasta huolenaiheena, joka voi oikeuttaa perustavanlaatuisen markkinavapauden rajoittamisen yleiseen järjestykseen (tai yleiseen turvallisuuteen) liittyvistä syistä. Tämä pätee myös hiekkaan, soraan ja saveen huolimatta siitä, ettei komissio ole (vielä) sisällyttänyt näitä aineksia ”kriittisten” raaka-aineiden luetteloon.<sup>63</sup> On nimittäin tutkimuksia, jotka tukevat näkemystä siitä, että näitä aineksia on niukasti ja että niiden saatavuus voi aiheuttaa huolta.<sup>64</sup> Pyrkimyksiä turvata hiekan, soran ja saven toimitukset voidaan siten pitää yhteiskunnan perustavanlaatuisena etuna.

83. Näkemykseni saa tukea myös ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan koskevan asetuksen sanamuodosta. Sen 4 artiklassa säädetään nimenomaisesti, että määrittäessään sitä, vaikuttaako ulkomainen suora sijoitus todennäköisesti turvallisuuteen tai yleiseen järjestykseen, jäsenvaltiot (ja komissio) voivat ottaa huomioon sen mahdolliset vaikutukset muun muassa kriittisten tuotantopanosten toimituksiin, mukaan lukien raaka-aineet. Saman asetuksen 8 artiklan mukaan komissio voi antaa asianomaiselle jäsenvaltiolle osoitetun lausunnon, jonka mukaan ulkomainen suora sijoitus vaikuttaa todennäköisesti unionin etua koskeviin hankkeisiin tai ohjelmiin, jotka kuuluvat kriittisiä tuotantopanoksia koskevan unionin lainsäädännön soveltamisalaan ja jotka ovat olennaisia turvallisuuden tai yleisen järjestyksen kannalta.

<sup>62</sup> Ks. esim. tuomio 20.6.2002, *Radiosistemi* (C-388/00 ja C-429/00, EU:C:2002:390, 44 kohta) (joka koskee yleisen televiestintäverkon moitteetonta toimintaa); tuomio 28.9.2006, komissio v. Alankomaat (C-282/04 ja C-283/04, EU:C:2006:608, 38 kohta) (joka koskee postin yleispalvelun takaamista); tuomio 22.10.2013, *Essent ym.* (C-105/12–C-107/12, EU:C:2013:677, 53 kohta) (joka koskee sähkön tai kaasun jakeluverkonhaltijan julkista tai yksityistä omistusjärjestelmää) ja tuomio 27.2.2019, *Associação Peço a Palavra ym.* (C-563/17, EU:C:2019:144, 72 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen) (joka koskee yksityistämisasiakirjoja, joilla pyrittiin varmistamaan riittävät säännölliset lentoliikenteen palvelut sellaisiin portugalkielisiin kolmansiiin maihin ja näistä portugalkielisistä kolmansista maista, joihin Portugalilla on erityiset suhteet).

<sup>63</sup> Ks. komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle, Kriittisiin raaka-aineisiin liittyvä häiriönsietokyky: miten lisätä toimitusvarmuutta ja kestävyyttä (COM/2020/474 final), s. 3.

<sup>64</sup> Ks. esim. United Nations Environment Programme Global Environmental Alert Services, ”Sand, rarer than one thinks” (maaliskuu 2014), saatavilla osoitteessa [https://na.unep.net/geas/archive/pdfs/GEAS\\_Mar2014\\_Sand\\_Mining.pdf](https://na.unep.net/geas/archive/pdfs/GEAS_Mar2014_Sand_Mining.pdf) (jossa todetaan, että ”hiekkä ja sora ovat maapallolla eniten käytettyjä raaka-aineita veden jälkeen – niiden käyttö ylittää moninkertaisesti luontaiset uusiutumistasot”; siinä myös huomautetaan, että ”suurinta osaa aavikoilta saatavasta hiekasta ei voida käyttää sementin valmistukseen – koska tuulieroosio pyöristää hiekanjyviä ja heikentää niiden sidoskykyä”). Ks. myös BBC Future, ”Why the world is running out of sand” (marraskuu 2019), saatavilla osoitteessa: <https://www.bbc.com/future/article/20191108-why-the-world-is-running-out-of-sand> (jossa selitetään, että Intiassa kaupallisesti hyödyllistä hiekkaa on nykyään niin vähän, että ”hiekkamafiat” hallitsevat sen markkinoita). Ks. myös yleisemmin Ioannidou, D., Meylan, G., Sonnemann, G. ja Habert, G., ”Is gravel becoming scarce? Evaluating the local criticality of construction aggregates”, *Resources, Conservation and Recycling*, osa 126 (2017), s. 26–33 (jonka mukaan kaupallisesti hyödynnettävää soraa on niukasti erityisesti paikallistasolla).

84. Vaikka jäsenvaltioilla on tämä yleinen mahdollisuus vedota tarpeeseen turvata tiettyjen raaka-aineiden toimitusvarmuus, käsiteltävässä asiassa kyseessä olevassa tapauksessa on vaikea katsoa, että yrityksen, jonka osuus Unkarin kansallisesta hiekan, soran ja saven tuotannosta on vain 0,52 prosenttia, ulkomainen omistus muodostaisi todellisen ja riittävän vakavan vaaran toimitusvarmuutta koskevalle perustavanlaatuiselle edulle Unkarissa.

85. Kun asiaa tiedusteltiin Unkarin hallitukselta istunnossa, se ei pystynyt esittämään vakuuttavaa syytä sille, miksi Janesin suojaaminen ulkomaiselta omistukselta muodostaisi Unkarin yhteiskunnan (joko kokonaan tai osittain) *perustavanlaatuisen* edun. Vaille selitystä jää myös se, miten tällainen ulkomainen omistus vaarantaa näiden raaka-aineiden *toimittamisen* paikallisille rakennusyrityksille. Onhan niin, että Janes myy jo nykyisin 90 prosenttia tuotannostaan muutoksenhakijalle, samalla kun ainoastaan 10 prosenttia menee paikallisille yrityksille.<sup>65</sup>

86. Kantaani ei horjuta Unkarin hallituksen näkemys, jonka mukaan mikä tahansa maanottoipaikan tai tällaista maanottoa harjoittavan yrityksen ulkomainen omistus voi sellaisenaan muodostaa toimitusvarmuudelle vaaran, joka oikeuttaisi siten tällaisiin yrityksiin kohdistuvien ulkomaisten suorien sijoitusten rajoittamisen yleisen järjestyksen perusteella. Vaikka otetaan huomioon erilaiset oikeudelliset ja poliittiset olosuhteet unionissa ja sen ulkopuolella, en näe mitään järkevää tai vakuuttavaa syytä, miksi jäsenvaltiot voisivat toimia kaikkia suoria ulkomaisia sijoituksia koskevan yleisen epäilyn perusteella, kun kyse on kolmansista maista peräisin olevista pääomanliikkeistä.<sup>66</sup>

87. Näin ollen, vaikka lain nro LVIII 2020 kaltaisessa kansallisessa lainsäädännössä voitaisiinkin lähtökohtaisesti säätää, että ”epäsuorien” ulkomaisten suorien sijoitusten seuranta on oikeutettua tiettyjen raaka-aineiden toimitusvarmuuden turvaamistarpeen kannalta, tähän oikeuttamisperusteeseen voidaan vedota vain, jos ulkomaisen omistuksen tällaisten raaka-aineiden lähteellä voidaan osoittaa muodostavan todellisen ja riittävän vakavan vaaran toimitusvarmuudelle joko tietyllä alueella tai koko Unkarissa.

88. Samalla kun on kansallisen tuomioistuimen tehtävä varmistua siitä, esitettykö riidanalaisessa päätöksessä tällainen perustelu, huomautan, ettei asian aineistosta ilmene, että ministeri olisi selittänyt, muodostaako Janesin epäsuora ulkomainen omistus todellisen ja vakavan vaaran soran, hiekan ja saven toimitusvarmuudelle Unkarissa (joko koko maassa tai kyseisellä alueella) ja jos, niin miten.

89. Tämä ei välttämättä tarkoita, että laki nro LVIII 2020 olisi sellaisenaan unionin oikeuden vastainen. Tältä osin voisi riittää kyseiseen lakiin sisältyvä viittaus niihin perussopimuksen artikloihin, joissa määrätään poikkeuksista perustaviin markkinavapauksiin, joiden mukaisesti ministerin on toimittava.<sup>67</sup> Näin voi kuitenkin olla vain, jos Unkarin oikeudessa tällainen viittaus muodostaa riittävän selkeän velvoitteen ministerille selittää kussakin yksittäisessä seurantapäätöksessä, *miksi* tietty ulkomainen suora sijoitus muodostaa todellisen ja riittävän vakavan vaaran Unkarin perustavanlaatuiselle edulle. Se, onko tällainen velvoite muotoiltu riittävän yksityiskohtaisesti, riippuu mielestäni kunkin jäsenvaltion oikeuskulttuurista, minkä vuoksi tämä on asia, jota ainoastaan kansallinen tuomioistuin voi arvioida.

<sup>65</sup> Ks. ennakkoratkaisupyyntö 2 kohta.

<sup>66</sup> Vastaavasti Hindelang, S., *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment – The Scope of Protection in EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 238 (jossa todetaan lisäksi, että ”väite, jonka mukaan Amerikan yhdysvalloista peräisin olevat pääomanliikkeet aiheuttavat keskimäärin kansallisen lainsäädännön ja sääntelyn rikkomiseen liittyvän vakavamman vaaran kuin – sanotaan vaikka – Romaniasta peräisin olevat pääomanliikkeet, on vähintäänkin erittäin spekulatiivinen”).

<sup>67</sup> Lain nro LVIII 2020 283 §:n 1 momentin b kohdassa edellytetään ministerin arvioivan, vaarantaako tietty sijoitus Unkarin kansallisen edun, ”SEUT 36 artiklan, SEUT 52 artiklan 1 kohdan ja SEUT 65 artiklan 1 kohdan mukaisesti”.

## 2. Oikeasuhteisuus

90. Ulkomaisten suorien sijoitusten seurantamekanismeja koskevaan kansalliseen lainsäädäntöön olisi myös sisällyttävä vaatimus, jonka mukaan jokainen ministerin kyseisen lainsäädännön perusteella tekemä seurantapäätös on *asianmukainen* ja *tarpeen* jäsenvaltion perustavanlaatuisen yhteiskunnalliseen etuun kohdistuvalta todelliselta vaaralta suojautumiseksi.

91. Samalla tavalla kuin sen vaatimuksen osalta, että oikeuttamisperuste itsessään on perustamissopimuksen mukainen (ks. edellä 89 kohta), voi riittää, että kansallisessa lainsäädännössä pelkästään viitataan vapaata liikkuvuutta koskeviin määräyksiin, joissa edellytetään näihin vapauksiin kohdistuvien rajoitusten täysimääräistä oikeasuhteisuuden arviointia. Tärkeää on se, että kyseisessä lainsäädännössä asetetaan kansallisille täytäntöönpanoviranomaisille velvoite selittää, miksi hyväksyty toimenpide (kuten käsiteltävässä asiassa unioniin sijoittautuneen yrityksen hankinnan kieltäminen) on oikeasuhteinen.

92. Kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on arvioida, onko tietty toimenpide oikeasuhteinen. Toisin sanoen, jos ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsoo, että hiekan, soran ja saven toimittaminen muodostaa unkarilaisen yhteiskunnan perustavanlaatuisen edun, johon kohdistuu todellinen vaara, sen olisi lisäksi arvioitava, torjutaanko tätä vaaraa kieltämällä muutoksenhakijaa hankkimasta Janesia. Tämä tarkoittaa, että riidanalaisen päätöksen on oltava asianmukainen ja tarpeen väitetyn vaaran hälventämiseksi.

93. Tyydyn vain huomauttamaan, että asian aineistoon sisältyvien tietojen perusteella on epäselvää, miten Janesin epäsuoran ulkomaisen omistuksen kieltäminen myötävaikuttaa siihen, että turvataan hiekan, soran ja saven rajoittamattomat toimitukset paikallisille rakennusyrityksille. Kuten myös unionin tuomioistuin istunnossa totesi, mikään ei estä myös unkarilaista yritystä myymästä kaikkea maanottoaikasta louhittavaa rakennuskiviainesta ulkomaisille yrityksille. Vaikka oletettaisiin, että tämä yhteys julkituotuun tavoitteeseen voitaisiin jotenkin osoittaa, jäljelle jää edelleen (yhtä lailla avoin) kysymys siitä, miksi kiellon sijasta ei olisi voitu käyttää vähemmän rajoittavaa toimenpidettä, kuten paikallista jakelukiintiötä markkinaehdoin.

94. Kuten jo todettiin, on kuitenkin viime kädessä kansallisen tuomioistuimen asia arvioida, onko ministeri perustellut riittävästi, miten kyseessä oleva toimenpide oli asianmukainen ja tarpeen (jollainen se ei nähdäkseni ollut).

## IV Ratkaisuehdotus

95. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Fővárosi Törvényszékin esittämään ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen seuraavasti:

SEU 4 artiklan 2 kohta, SEUT 65 artiklan 1 kohdan b alakohta ja unioniin tulevien ulkomaisten suorien sijoitusten seurantaan tarkoitettujen puitteiden perustamisesta 19.3.2019 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) 2019/452

eivät ole esteenä kansalliselle lainsäädännölle, joka mahdollistaa kolmannelta maasta unioniin sijoittautuneeseen yritykseen kohdistuvan, toisen unioniin sijoittautuneen yrityksen tekemän ulkomaisen suoran sijoituksen seurannan, jos tämä sijoitus johtaa kolmannen maan yrityksen tosiasialliseen osallistumiseen unioniin sijoittautuneen yhtiön, johon se on sijoittanut, johtamiseen tai määräysvallan käyttämiseen siinä.

Tällaisessa kansallisessa lainsäädännössä voidaan säätää, että tietyn pääomanliikkeen seurannan oikeuttaa tarve turvata tiettyjen raaka-aineiden toimitusvarmuus.

Tällaisessa kansallisessa lainsäädännössä on säädettävä, että yksittäisissä seurantapäätöksissä selitetään, miksi tietty ulkomainen suora sijoitus muodostaa todellisen ja riittävän vakavan vaaran toimitusvarmuudelle ja miksi tietty seurantapäätös on asianmukainen ja tarpeen tämän vaaran torjumiseksi.