



## Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIK GENERALNEJ  
TAMARY ČAPETY  
przedstawiona w dniu 30 marca 2023 r.<sup>1</sup>

### Sprawa C-106/22

**Xella Magyarország Építőanyagipari Kft.**  
**przeciwko**  
**Innovációs és Technológiai Miniszter,**  
**przy udziale:**

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

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Fővárosi Törvényszék (sąd dla miasta stołecznego Budapeszt, Węgry)]

Odesłanie prejudycjalne – Jurysdykcja – Swoboda przedsiębiorczości – Swobodny przepływ kapitału – Rozporządzenie (UE) 2019/452 – Monitorowanie inwestycji – Decyzja blokująca nabycie przez spółkę unijną innej spółki unijnej ze względu na strukturę udziału podmiotów zagranicznych tej pierwszej spółki oraz strategiczny status spółki przejmowanej

### I. Wprowadzenie

1. Okoliczności faktyczne niniejszej sprawy rozgrywają się w miejscowości Lázi w komitacie Győr-Moson-Sopron (Węgry), gdzie znajduje się kamieniołom, w którym odbywa się wydobywanie piasku, gliny i żwiru. Węgierski minister innowacji i technologii (zwany dalej „ministrem”) zablokował planowane nabycie przez skarżącą, spółkę węgierską, innej spółki węgierskiej będącej właścicielem przedmiotowego kamieniołomu. W decyzji uzasadniającej to weto minister wyjaśnił, że zezwolenie spółce z pośrednią własnością bermudzką na przejęcie kontroli nad spółką zajmującą się wydobywaniem kruszywa budowlanego byłoby sprzeczne z węgierskim interesem narodowym.

2. Decyzję tę zaskarżono do Fővárosi Törvényszék (sądu dla miasta stołecznego Budapeszt, Węgry). W swoim odesłaniu prejudycjalnym sąd ten w szczególności zmierza do uzyskania wskazówek co do tego, czy ustawa węgierska, która umożliwiła ministrowi zawetowanie spornej transakcji, jest zgodna z art. 65 ust. 1 lit. b) TFUE i rozporządzeniem (UE) 2019/452 (zwanym dalej „rozporządzeniem w sprawie monitorowania BIZ”)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Język oryginału: angielski.

<sup>2</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19 marca 2019 r. ustanawiające ramy monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych w Unii (Dz.U. 2019, L 79I, s. 1).

3. Istotniejsze pytanie, wymagające odpowiedniego ustosunkowania się Trybunału, dotyczy tego, czy obecność udziału państwa trzeciego w przedsiębiorstwie unijnym może w pewnych okolicznościach potencjalnie zagrażać krajowemu porządkowi publicznemu lub bezpieczeństwu publicznemu państw członkowskich. Gdyby pytanie tego rodzaju przedłożono mi 20 lat temu, nie byłoby zbyt wielu powodów, by wątpić, że podniesiona kwestia jest wyrazem protekcjonizmu nie mieszczącego się w ramach wolnej i otwartej gospodarki rynkowej.

4. Jednak w owym czasie pojęcia takie jak „friend-shoring” czy „monitorowanie inwestycji zagranicznych” były mniej znane poza kręgami bezpieczeństwa narodowego i z pewnością zostałyby uznane za brudne zagrania przez zagorzałych globalistów<sup>3</sup>. Obecnie jednak koncepcje te mają kształtować nowe cele polityki handlowej Unii Europejskiej<sup>4</sup>.

5. Świat się zmienił, co każdy obywatel Unii widzi i czuje, czy to poprzez puste półki w supermarketach, czy wyższe rachunki za energię. Rosyjska agresja na Ukrainie boleśnie obnażyła bowiem niebezpieczeństwa wynikające z uzależnienia od dobrej woli dawnych partnerów handlowych<sup>5</sup>. W związku z tym, a w szczególności w przypadku środków, które prawdopodobnie stanowią krok wstecz w zakresie otwartości rynku wewnętrznego Unii Europejskiej w stosunku do handlu z państwami trzecimi, nie należy wyciągać zbyt pochopnych wniosków: przyszłe strategiczne interesy geopolityczne mogą mieć wpływ na dzisiejsze zobowiązania dotyczące wolnego handlu.

6. W jaki sposób interesy te przekładają się na prawo i jak wygląda podział kompetencji regulacyjnych między Unię Europejską i jej państwa członkowskie? Niniejsza sprawa wymaga od Trybunału rozwiązania tej konstytucyjnej kwestii kompetencji Unii w dziedzinie inwestycji bezpośrednich pochodzących z państw trzecich. Szczególne znaczenie w tej ocenie będzie miało dodanie w Traktacie z Lizbony pojęcia „*bezpośrednich inwestycji zagranicznych*” do zakresu wspólnej polityki handlowej. Jak to się ma do pojęcia „*inwestycji bezpośrednich*”, które występuje w przepisach dotyczących swobodnego przepływu kapitału? W jakim stopniu inwestycje bezpośrednie z zagranicy należą do wyłącznej kompetencji Unii Europejskiej w dziedzinie regulacji handlu, a w jakim pozostają częścią wspólnej kompetencji rynku wewnętrznego? Odpowiedź na te pytania powinna z kolei wyjaśnić, w jakim stopniu państwa członkowskie posiadają w obecnych ramach traktatowych swobodę w zakresie monitorowania i blokowania przejęć spółek znajdujących się na ich terytorium ze względów porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego.

## II. Kontekst prawny i faktyczny niniejszej sprawy oraz pytania prejudycjalne

7. Xella Magyarország Építőanyagipari Kft. (zwana dalej „skarżącą”) jest węgierską spółką produkującą wyroby betonowe dla budownictwa. Stanowi ona w 100 % własność niemieckiej spółki Xella Baustoffe GmbH (zwanej dalej „Xella Germany”). Owa niemiecka spółka należy do spółki luksemburskiej, Xella International S.A. (zwanej dalej „Xella Luxembourg”), która z kolei należy do LSF10 XL Investments Limited, zarejestrowanej na Bermudach (zwanej dalej „spółką

<sup>3</sup> Dla szerszego kontekstu politycznego tych środków zob. E. Hellendoorn, *What US outbound investment screening means for Transatlantic relations*, Atlantic Council, 8 listopada 2022 r., dostępny pod adresem: <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/econographics/what-us-outbound-investment-screening-means-for-transatlantic-relations/>.

<sup>4</sup> Zobacz w ujęciu ogólnym program prac Komisji na 2023 r. Unia zdecydowana i zjednoczona, Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów [COM(2022) 548 final], s. 7–8.

<sup>5</sup> Zobacz w tym względzie *Politico*, „Russia threatens to limit agri-food supplies only to »friendly« countries”, dostępny pod adresem: <https://www.politico.eu/article/russias-former-president-medvedev-warns-agricultural-supplies-restricted-to-friendly-countries/>.

bermudzka”). Z odesłania sądu odsyłającego wynika, że spółka bermudzka jest spółką zależną Lone Star Funds (zwanej dalej „Lone Star”), amerykańskiej spółki private equity. Założycielem i właścicielem Lone Star jest osoba fizyczna będąca obywatelem Irlandii.

8. „Janes és Társa” Szállítmányozó, Kereskedelmi és Vendéglátó Kft. (zwana dalej „Janes”) jest węgierską spółką będącą właścicielem kamieniołomu na Węgrzech. Prowadzi ona działalność w zakresie niektórych kruszyw budowlanych, mianowicie piasku, żwiru i gliny. Prowadzona przez spółkę produkcja tych kruszyw stanowi 0,52 % krajowej produkcji węgierskiej. Według sądu odsyłającego skarżąca jest największym nabywcą Janes, dokonującym zakupu około 90 % całej jej produkcji. Nabywcami pozostałych 10 % materiału wydobywanego przez Janes są lokalne przedsiębiorstwa budowlane.

9. W dniu 29 października 2020 r. skarżąca wynegocjowała przejęcie 100 % udziałów w Janes.

10. Ustawa węgierska będąca przedmiotem sporu w niniejszej sprawie (zwana dalej „ustawą LVIII 2020”)<sup>6</sup> wymaga między innymi, aby dokonywane przez „inwestorów zagranicznych” przejęcia „spółek strategicznych” były zgłaszane ministrowi. Zgodnie z § 276 pkt 2 lit. a) tej ustawy pojęcie „inwestora zagranicznego” obejmuje nie tylko obywatela lub osobę prawną państwa trzeciego, lecz także spółkę zarejestrowaną na Węgrzech lub w innym państwie członkowskim, w której osoba fizyczna lub prawna z państwa trzeciego sprawuje „kontrolę większościową”<sup>7</sup>. Ze względu na działalność objętą załącznikiem 1, kategoria 22 („surowce krytyczne”), podkategoria 8 („pozostałe górnictwo”) do dekretu rządowego 289/2020<sup>8</sup>, wydaje się, że przyjęto, iż Janes uznaje się za „spółkę strategiczną” dla celów ustawy LVIII 2020<sup>9</sup>.

11. Z uwagi na pośredni udział kapitału zagranicznego oraz uznanie Janes za „spółkę strategiczną”, skarżąca powiadomiła ministra o planowanym przejęciu.

12. Decyzją z dnia 20 lipca 2021 r. (zwaną dalej „zaskarżoną decyzją”) minister zablokował to nabycie. Decyzję tę wydano na podstawie § 283 ustawy LVIII 2020, która upoważnia ministra do zbadania, czy zgłoszona transakcja szkodzi lub grozi szkodą dla węgierskich interesów narodowych, bezpieczeństwa publicznego lub porządku publicznego. Jeżeli minister uzna, że tak jest, transakcja musi zostać zablokowana.

13. W uzasadnieniu towarzyszącym zaskarżonej decyzji minister zauważa, że struktura własnościowa skarżącej składa się z bezpośredniej własności spółki niemieckiej oraz pośredniej własności spółek luksemburskiej i bermudzkiej. Zdaniem ministra jednym z problemów charakteryzujących sektor budownictwa na Węgrzech jest brak dostępności, w wystarczających ilościach, surowców budowlanych. W zakresie produkcji kruszyw budowlanych znaczący udział w rynku jest już w posiadaniu zagranicznych spółek. Minister podkreśla również strategiczne

<sup>6</sup> Veszélyhelyzet megszüntetésével összefüggő átmeneti szabályokról és a járványügyi készségről szóló 2020. évi LVIII. törvény (ustawa nr LVIII z 2020 r. w sprawie przepisów przejściowych dotyczących zakończenia stanu wyjątkowego i kryzysu epidemiologicznego).

<sup>7</sup> W kwestii znaczenia „kontroli większościowej” ustawa LVIII 2020 odsyła do węgierskiej ustawy o kodeksie cywilnym, w której najwyraźniej za udział spełniający ten próg uznaje się ten w wysokości ponad 50 %. Nie ulega zatem wątpliwości, że w niniejszej sprawie próg ten jest spełniony.

<sup>8</sup> A Magyarországi székhelyű gazdasági társaságok gazdasági célú védelméhez szükséges tevékenységi körök meghatározásáról szóló 289/2020. (VI. 17.) Korm. rendelet (dekret rządowy 289/2020 (VI. 17) w sprawie określenia obszarów działalności niezbędnych do ochrony ekonomicznej spółek handlowych z siedzibą na Węgrzech) (zwany dalej „dekretem rządowym 289/2020”).

<sup>9</sup> Chociaż, jak zauważę w pkt 82 niniejszej opinii, można twierdzić, że piasek, żwir i glina nie stanowią (jeszcze) „krytycznie istotnych” surowców.

znaczenie bezpieczeństwa i przewidywalności wydobycia i dostaw surowców. Gdyby właścicielem Janes została spółka z siedzibą na Bermudach, wiązałoby się to z długoterminowym ryzykiem w zakresie zagwarantowania dostaw surowców dla budownictwa.

14. Skarżąca kwestionuje zaskarżoną decyzję przed sądem odsyłającym. Twierdzi ona zasadniczo, że decyzja stanowi ograniczenie swobodnego przepływu kapitału, które nie może być uzasadnione na podstawie art. 65 ust. 1 lit. b) TFUE.

15. W tym kontekście faktycznym i prawnym Fővárosi Törvényszék (sąd dla miasta stołecznego Budapeszt) postanowił zawiesić postępowanie i skierować do Trybunału następujące pytania prejudycjalne:

- „1) Czy w świetle motywów 4 i 6 [rozporządzenia 2019/452] oraz postanowień art. 4 ust. 2 TUE postanowienie art. 65 ust. 1 lit. b) TFUE należy interpretować w ten sposób, że obejmuje ono możliwość wprowadzenia uregulowania takiego jak [tytuł] 85 [ustawy LVIII z 2020] oraz, w szczególności, takiego jak § 276 pkt 1, § 276 pkt 2 lit. a) i § 283 ust. 1 lit. b) tej ustawy?
- 2) W razie udzielania odpowiedzi twierdzącej na pierwsze pytanie prejudycjalne, czy sama okoliczność, że Komisja wszczęła postępowanie w sprawie kontroli koncentracji, skorzystała z przysługujących jej kompetencji oraz zezwoliła na koncentrację w odniesieniu do łańcucha własności zagranicznego inwestora pośredniego, wyłącza możliwość wykonywania uprawnień decyzyjnych na podstawie mającego zastosowanie prawa państwa członkowskiego?”.

16. Uwagi na piśmie przedstawili, rządy włoski i węgierski, jak również Komisja Europejska. Rząd węgierski i Komisja Europejska przedstawili argumenty ustnie podczas rozprawy, która odbyła się w dniu 8 grudnia 2022 r.

### III. Analiza

17. Niniejsza opinia ma następującą strukturę. Rozpocznę od wyjaśnienia, jak rozumiem powody, którymi kierował się sąd odsyłający formułując pierwsze pytanie skierowane do Trybunału<sup>10</sup>. W związku z tym zaproponuję zmianę brzmienia tego pytania (A). Następnie ocenię, w jaki sposób prawo Unii ma zastosowanie do mechanizmów monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych stosowanych przez państwa członkowskie (B). Odpowiedź na to pytanie ma znaczenie zarówno dla właściwości Trybunału (C), jak i dla oceny zgodności ustawy LVIII 2020 z prawem Unii, której dokonam w ostatniej części opinii (D).

#### *A. Przeformułowanie pytania pierwszego skierowanego przez sąd krajowy*

18. Sąd odsyłający stoi przed decyzją o utrzymaniu w mocy lub stwierdzeniu nieważności zaskarżonej decyzji. Jego pytanie pierwsze nie jest jednak sformułowane w taki sposób, aby uzyskać stanowisko Trybunału w kwestii zgodności tej decyzji z prawem Unii. Wydaje się ono raczej dotyczyć tylko jednego możliwego scenariusza, w którym decyzja ta zostałaby uznana za

<sup>10</sup> Z uwagi na to, że Trybunał zwrócił się do mnie o opinię jedynie w odniesieniu do pytania pierwszego, nie będę zajmować się pytaniem drugim, skierowanym przez sąd odsyłający.

nieważną: braku *kompetencji* Węgier do przyjęcia ustawy LVIII 2020. Gdyby Węgry nie mogły w pierwszej kolejności uchwalić ustawy LVIII 2020, przypuszczalnie powodowałyby to automatycznie nieważność zaskarżonej decyzji.

19. Sąd odsyłający wyraził swoje obawy przede wszystkim w sprawie zgodności z prawem Unii dwóch przepisów ustawy LVIII 2020, podnosząc tym samym dwie różne kwestie dotyczące wykładni prawa Unii. Po pierwsze, jego odniesienie do § 276 pkt 2 lit. a) tej ustawy rodzi w szczególności pytanie, czy krajowe mechanizmy monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych mogą w ogóle obejmować inwestycje bezpośrednie pochodzące z państw trzecich, które są realizowane za pośrednictwem spółek z siedzibą w Unii. Po drugie, odniesienie do § 283 pkt 1 lit. b) rodzi pytanie, jakie warunki prawo Unii nakłada w kontekście przyjmowania indywidualnych decyzji w sprawie monitorowania.

20. Moim zdaniem odpowiedź, jakiej ma udzielić Trybunał, niekoniecznie pozostawi sądowi odsyłającemu binarny wybór (to znaczy albo uznanie ustawy za ważną w kontekście kompetencji i mającą zastosowanie w niniejszej sprawie, z jednej strony, albo za sprzeczną z prawem Unii i w związku z tym niemającą zastosowania, z drugiej strony). Odpowiedź, jakiej Trybunał ma udzielić na pytanie pierwsze, powinna raczej służyć sądowi odsyłającemu również jako miernik wymogów prawa Unii, aby decyzje wydane na podstawie ustawy LVIII 2020, mogły być uznane za ważne co do istoty. W związku z tym, nawet jeśli odpowiedź wynikająca z niniejszej sprawy pozwoliłaby sądowi odsyłającemu na stwierdzenie, że ustawa LVIII 2020, w przypadku jej wykładni zgodnej z prawem Unii, mogłaby stanowić podstawę prawną monitorowania decyzji wydanych przez ministra, nie musi to prowadzić do wniosku, że konkretna decyzja będąca przedmiotem niniejszej sprawy również może zostać uznana za ważną. Sąd odsyłający winien nadal samodzielnie ustalić, czy decyzja ta spełnia wymogi nałożone przez prawo Unii.

21. Proponuję zatem przeformułować pytanie pierwsze w następujący sposób: czy art. 4 ust. 2 TUE, art. 65 ust. 1 lit. b) TFUE, jak również rozporządzenie w sprawie monitorowania BIZ pozwalają, a jeśli tak, to na jakich warunkach, państwu członkowskiemu na uchwalenie ustawy zobowiązującej przedsiębiorstwa unijne kontrolowane pośrednio przez osobę fizyczną lub prawną z państwa trzeciego do zgłoszenia zamiaru przejęcia kontroli nad przedsiębiorstwem zarejestrowanym w tym państwie członkowskiem i która, po dokonaniu tego zgłoszenia uprawnia władze do zablokowania zgłoszonego nabycia z uwagi na to, że może ono zagrozić interesom narodowym, porządkowi publicznemu lub bezpieczeństwu publicznemu państwa członkowskiego z uwagi na to, że przedsiębiorstwo, które ma być przedmiotem nabycia, wydobywa surowce takie jak piasek, żwir i glina oraz zaopatruje w te materiały lokalny sektor budowlany?

***B. W jaki sposób prawo Unii znajduje zastosowanie względem krajowych mechanizmów monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych***

22. Sąd odsyłający kwestionuje zgodność ustawy LVIII 2020 z prawem Unii, a w swoim pytaniu powołuje art. 65 ust. 1 TFUE oraz rozporządzenie w sprawie monitorowania BIZ. Komisja ze swojej strony uważa, że rozporządzenie w sprawie monitorowania BIZ nie ma zastosowania. Komisja proponuje, by niniejszą sprawę rozstrzygnąć wyłącznie na podstawie postanowień traktatu dotyczących swobody przedsiębiorczości. Należy zatem w pierwszej kolejności ustalić, które z tych różnych elementów pierwotnego i wtórnego prawa Unii są istotne dla udzielenia odpowiedzi na przedstawione Trybunałowi pytanie pierwsze.

## 1. Współzależności między kompetencjami w dziedzinie rynku wewnętrznego i wspólnej polityki handlowej

23. Traktat z Lizbony rozszerzył zakres wspólnej polityki handlowej poprzez włączenie „bezpośrednich inwestycji zagranicznych” do kompetencji wymienionych w art. 207 ust. 1 TFUE. W opinii 2/15 (umowa o wolnym handlu Unia Europejska-Singapur)<sup>11</sup> Trybunał po raz pierwszy nadał znaczenie temu uzupełnieniu. Wyjaśnił, że pojęcie to należy rozumieć jako obejmujące „inwestycj[e] realizowan[e] przez osoby fizyczne lub prawne pochodzące z [...] państwa trzeciego w Unii i vice versa, które umożliwiają im aktywny udział w zarządzaniu spółką prowadzącą działalność gospodarczą lub w sprawowaniu nad nią kontroli”<sup>12</sup>. Aby wyjaśnić pojęcie „zagranicznych inwestycji bezpośrednich” zawarte w art. 207 ust. 1 TFUE, Trybunał przyjął tę samą definicję, którą zastosował do opisu pojęcia rynku wewnętrznego „inwestycji bezpośrednich”. Stwierdził on, że „[inwestycje bezpośrednie stanowią] wszelkiego rodzaju inwestycje dokonywane przez osoby fizyczne lub prawne, które służą ustanowieniu lub utrzymaniu trwałych i bezpośrednich powiązań między osobą, która wniosła kapitał, a przedsiębiorcą, któremu udostępnia ona kapitał w celu prowadzenia działalności gospodarczej. Objęcie udziałów w przedsiębiorstwie działającym w formie spółki akcyjnej stanowi inwestycję pośrednią, jeżeli akcje znajdujące się w posiadaniu akcjonariusza umożliwiają mu aktywny udział w zarządzaniu tą spółką lub w sprawowaniu nad nią kontroli”<sup>13</sup>.

24. Z przytoczonych fragmentów tej opinii wypływają dwa bezpośrednie skutki. Po pierwsze, wykładnia Trybunału przenosi do dziedziny wspólnej polityki handlowej tę samą definicję inwestycji pośredniej, którą w orzecznictwie od pewnego czasu stosuje się w sprawach dotyczących rynku wewnętrznego<sup>14</sup>. Po drugie, pojęcie pośrednich inwestycji zagranicznych, zawarte w art. 207 ust. 1 TFUE, wyklucza z tej samej dziedziny inwestycje mniejszościowe lub krótkoterminowe<sup>15</sup>.

25. Wspólna polityka handlowa stanowi część wyłącznych kompetencji Unii Europejskiej na mocy art. 3 ust. 1 lit. e) TFUE. Włączenie pośrednich inwestycji zagranicznych w zakres tej polityki umożliwia Unii prowadzenie w sposób kompleksowy i spójny (czyli z wyłączeniem potencjalnej regulacji na poziomie państw członkowskich) polityki handlowej, która obejmuje cały cykl życia inwestycji prowadzonej za granicą. Jako taki, „rozszerzony” zakres wspólnej polityki handlowej zapewnia, by działalność handlowa Unii wobec państw trzecich pozostawała dynamiczna i zdolna do ewoluowania wraz z charakterem handlu międzynarodowego<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Opinia nr 2/15 (umowa o wolnym handlu Unia Europejska-Singapur) z dnia 16 maja 2017 r. (EU:C:2017:376).

<sup>12</sup> Ibidem, pkt 82. Wyróżnienie moje.

<sup>13</sup> Ibidem, pkt 80. W tym samym punkcie Trybunał odwołuje się do swoich wcześniejszych spraw dotyczących rynku wewnętrznego w zakresie rozróżnienia między inwestycjami bezpośrednimi a mniejszościowymi; zob. wyroki: z dnia 12 grudnia 2006 r., *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774, pkt 181, 182); z dnia 26 marca 2009 r., *Komisja/Włochy* (C-326/07, EU:C:2009:193, pkt 35); z dnia 24 listopada 2016 r., *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, pkt 75, 76).

<sup>14</sup> Zobacz wyrok z dnia 26 marca 2009 r., *Komisja/Włochy* (C-326/07, EU:C:2009:193, pkt 35, 36 i przytoczone tam orzecznictwo) (w którym dokonano rozróżnienia na inwestycje prowadzące do uzyskania aktywnego udziału w przedsiębiorstwie i mniej istotne udziały).

<sup>15</sup> Zdaniem Trybunału jedynie inwestycja umożliwiająca sprawowanie kontroli nad podmiotem lub aktywny udział w zarządzaniu tym podmiotem obejmuje działalność gospodarczą, która może „wywierać bezpośredni i natychmiastowy wpływ na wymianę handlową między [...] państwem trzecim a Unią”. Zobacz opinia 2/15 (umowa o wolnym handlu Unia Europejska-Singapur) z dnia 16 maja 2017 r. (EU:C:2017:376, pkt 84).

<sup>16</sup> Zobacz w tym względzie w szczególności opinia 1/78 (międzynarodowe porozumienie w sprawie kauczuku naturalnego), z dnia 4 października 1979 r. (EU:C:1979:224, pkt 44, 45) (w której wyjaśniono, że interpretacja zawężająca wspólnej polityki handlowej prowadziłaby do „stopniowej utraty znaczenia tej polityki”). Zobacz także w tym względzie opinia rzecznika generalnego N. Wahla w sprawie C-3/15 (Traktat z Marrakeszu o ułatwieniu dostępu do opublikowanych utworów) (EU:C:2016:657, pkt 43) (w której zauważono, że tak jak praktyki handlowe, struktura i trendy w handlu nieprzerwanie ewoluują, także przedmiot wspólnej polityki handlowej musi ewoluować odpowiednio).

26. W związku z tym nie można nie zauważyć pewnego pokrywania się i napięcia z kompetencjami dzielonymi rynku wewnętrznego, jakie wywołało to uzupełnienie.

27. Inwestycje bezpośrednie również stanowią część swobodnego przepływu kapitału, a zatem wchodzą w zakres rynku wewnętrznego<sup>17</sup>. Jeżeli jednak inwestycje przekraczają wyłącznie granice wewnętrzne Unii, mogą być objęte zakresem albo swobody przedsiębiorczości (art. 49 i 54 TFUE), albo swobodnego przepływu kapitału (art. 63 ust. 1 TFUE), w zależności od formy spornego udziału<sup>18</sup>. Z jednej strony, inwestycje bezpośrednie, czyli udziały w przedsiębiorstwie, które dają inwestorowi możliwość rzeczywistego udziału w zarządzaniu tym przedsiębiorstwem i sprawowaniu nad nim kontroli, podlegają przepisom dotyczącym swobody przedsiębiorczości<sup>19</sup>. Z drugiej strony, inwestycje krótkoterminowe lub mniejszościowe, czyli nabycie udziałów jedynie w celu lokaty kapitału bez zamiaru uczestniczenia w zarządzaniu przedsiębiorstwem lub sprawowania nad nim kontroli, należy analizować wyłącznie w świetle swobodnego przepływu kapitału<sup>20</sup>.

28. Podczas gdy regulacja inwestycji w przedsiębiorstwa unijne przez inne przedsiębiorstwa unijne w ramach rynku wewnętrznego jest odpowiednio rozdzielona między dwie swobody rynkowe, inwestycje przedsiębiorstw z państw trzecich są regulowane wyłącznie przez przepisy dotyczące swobodnego przepływu kapitału. Ta ostatnia koncepcja jest wyjątkowa, ponieważ jest jedyną traktatową swobodą rynkową, która przyznaje prawa nie tylko podmiotom z Unii, ale także przedsiębiorstwom z państw trzecich.

29. Z powyższego wynika, że od czasu wejścia w życie Traktatu z Lizbony inwestycje pochodzące z państw trzecich, które umożliwiają rzeczywisty udział w przedsiębiorstwie lub kontrolę nad nim, są objęte dwiema różnymi kompetencjami Unii: jedną wyłączną (wspólna polityka handlowa) i drugą dzieloną (przepisy w zakresie rynku wewnętrznego dotyczące swobodnego przepływu kapitału). W każdej z tych dziedzin państwa członkowskie dysponują innym zakresem jednostronnych działań regulacyjnych. W zasadzie nie mogą one podejmować żadnych jednostronnych działań w zakresie kompetencji wyłącznej (nawet jeśli Unia nie podjęła działań), natomiast w przypadku kompetencji dzielonej państwa członkowskie mogą działać dopóty, dopóki nie zostaną wyczerpane środki przyjęte na poziomie Unii<sup>21</sup>.

30. To nakładanie się kompetencji rodzi pytanie o granicę między tymi dwoma rodzajami kompetencji i prowadzi mnie do omówienia kwestii zastosowania rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ.

<sup>17</sup> Zobacz wyrok z dnia 22 października 2013 r., *Essent i in.* (od C-105/12 do C-107/12, EU:C:2013:677, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo).

<sup>18</sup> Wyrok z dnia 12 grudnia 2006 r., *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774, pkt 37) (w którym przedstawiono wniosek, że swoboda przedsiębiorczości ma zastosowanie, mimo że sporne przepisy mogą potencjalnie wpływać również na swobodny przepływ kapitału w przypadku mniejszych udziałów). Podejście to podtrzymano następnie w wyroku z dnia 13 listopada 2012 r., *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11, EU:C:2012:707, pkt 95 i przytoczone tam orzecznictwo).

<sup>19</sup> Zobacz przede wszystkim wyrok z dnia 13 kwietnia 2000 r., *Baars* (C-251/98, EU:C:2000:205, pkt 21, 22) (w którym stwierdzono, że wywieranie niewątpliwego wpływu na decyzje przedsiębiorstwa pozwala na określanie jego działalności, a zatem zastosowanie znajduje swoboda przedsiębiorczości).

<sup>20</sup> Zobacz między innymi wyrok z dnia 10 lutego 2011 r., *Haribo Lakritzen Hans Riegel i Österreichische Salinen* (C-436/08 i C-437/08, EU:C:2011:61, pkt 35 i przytoczone tam orzecznictwo).

<sup>21</sup> Zobacz w tym względzie moja opinia w sprawie *ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft* (C-500/20, EU:C:2022:79, pkt 64).

## 2. Wyjaśnienie rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ

31. Rozporządzenie w sprawie monitorowania BIZ, przyjęte jako środek wspólnej polityki handlowej na podstawie art. 207 ust. 1 TFUE, odzwierciedla odpowiedź prawodawcy Unii na dostrzeżoną potrzebę polityczną, która pojawiła się na tle zmian w światowym porządku gospodarczym<sup>22</sup>.

32. Rozporządzenie w sprawie monitorowania BIZ określiłabym jako swego rodzaju dziobaka, dziwny stwór w porównaniu ze „zwykłym” typem rozporządzeń przewidzianych w art. 288 TFUE<sup>23</sup>. Za pomocą tych instrumentów legislacyjnych prawodawca Unii zazwyczaj ustanawia wiążące zasady, które stosuje się bezpośrednio we wszystkich państwach członkowskich. Rozporządzenie w sprawie monitorowania BIZ nie wprowadza jednak wiążących zasad ani wspólnego mechanizmu monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych. Raczej jedynie upoważnia państwa członkowskie, a więc nawet nie zobowiązuje ich, do wprowadzenia przepisów regulujących monitorowanie bezpośrednich inwestycji zagranicznych<sup>24</sup>. Oprócz wspomnianego upoważnienia w drodze tego rozporządzenia ustanowiono również ramy wspólnych norm, których takie krajowe mechanizmy (jeśli zostaną wprowadzone) muszą przestrzegać, tym samym tylko częściowo harmonizując istniejące przepisy krajowe.

33. Jednym ze sposobów wyjaśnienia tego wyboru legislacyjnego jest postrzeganie rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ jako sposobu na wypełnienie luki między kompetencją dzieloną w dziedzinie regulowania (zagranicznych) inwestycji bezpośrednich pod kątem rynku wewnętrznego a kompetencją w dziedzinie ustanowienia jednolitego podejścia do badania „zagranicznych inwestycji bezpośrednich” w ramach wykonywania wyłącznej kompetencji Unii Europejskiej w zakresie wspólnej polityki handlowej<sup>25</sup>.

34. Moim zdaniem jest to dość silny argument. Faktem jest, że przed wejściem w życie rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ szereg państw członkowskich posiadało środki służące kontroli przepływu kapitału z państw trzecich na ich terytorium<sup>26</sup>. Mechanizmy te odzwierciedlały obawy tych państw członkowskich dotyczące porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego, które można było powiązać z niektórymi przepływami kapitału z zagranicy. Zgodnie z kompetencjami dzielonymi państw członkowskich w dziedzinie rynku wewnętrznego całkowicie uzasadnione byłoby oparcie tych środków krajowych na odstępstwach

<sup>22</sup> Zobacz w tym względzie dokument Komisji otwierający debatę w sprawie wykorzystania możliwości płynących z globalizacji [COM(2017) 240 final], s. 15 (dotyczący ryzyka związanego przede wszystkim z przejmowaniem ze względów strategicznych przez przedsiębiorstwa państwowe europejskich przedsiębiorstw działających w sektorach kluczowych technologii). Niektórzy autorzy twierdzą, że zaostrzenie kontroli nad inwestycjami wewnętrznymi jest przydatne dla stworzenia lepszej pozycji negocjacyjnej Unii w stosunkach zewnętrznych, co pozwala jej działać na rzecz otwarcia rynków zagranicznych dla inwestycji unijnych. Zobacz w ujęciu ogólnym S. Schill, *The European Union's Foreign Direct Investment Screening Paradox: Tightening Inward Investment Control to Further External Investment Liberalization*, *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 46(2), 2019, s. 105–128.

<sup>23</sup> W związku z tym jest raczej oczywiste, że prawodawca Unii posłużył się rozporządzeniem, ponieważ art. 207 ust. 2 TFUE nakazuje stosowanie rozporządzenia w celu przyjęcia środków „określających ramy realizacji wspólnej polityki handlowej”. Oznacza to, że pomimo terminów zdefiniowanych w art. 288 TFUE, ten instrument ustawodawczy przypomina bardziej dyrektywę.

<sup>24</sup> Należy zauważyć, że chociaż w motywie 8 rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ stwierdzono, że państwa członkowskie nie są zobowiązane do przyjęcia mechanizmu monitorowania, wydaje się, że są do tego zdecydowanie zachęcane. Zobacz w tym względzie komunikat Komisji, *Wytoczne dla państw członkowskich dotyczące bezpośrednich inwestycji zagranicznych, swobodnego przepływu kapitału z państw trzecich i ochrony europejskich aktywów strategicznych – sytuacja przed zastosowaniem [rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ]* (Dz.U. 2020, C 99I, s. 1, 2).

<sup>25</sup> Zobacz w tym względzie M. Cremona, *Regulating FDI in the EU Legal Framework*, w: J.H.J. Bourgeois (ed.), *EU Framework for Foreign Direct Investment Control*, Wolters Kluwer, Alphen-sur-le-Rhin, 2019, s. 35.

<sup>26</sup> Z wykazu mechanizmów monitorowania zgłoszonych przez państwa członkowskie i sporządzonego przez Komisję zgodnie z art. 3 ust. 8 rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ wynika, że wiele państw członkowskich posiadało różnego rodzaju mechanizmy monitorowania przed datą wejścia w życie tego rozporządzenia.



dopuszczonych na mocy art. 65 ust. 1 lit. b) TFUE<sup>27</sup>. Jednakże od czasu włączenia przez Traktat z Lizbony przepływów kapitałowych wchodzących w zakres „bezpośrednich inwestycji zagranicznych” do wyłącznej kompetencji w dziedzinie wspólnej polityki handlowej, te krajowe mechanizmy regulujące przepływy kapitałowe z państw trzecich stały się prawdopodobnie nieważne.

35. Oceniane w tym świetle rozporządzenie w sprawie monitorowania BIZ można rozumieć jako przywrócenie legalności istniejących mechanizmów monitorowania BIZ w państwach członkowskich<sup>28</sup>. Innymi słowy rozporządzenie w sprawie monitorowania BIZ „przekazuje” z powrotem państwu członkowskiemu kompetencje w dziedzinie, w której utraciły je wraz z wejściem w życie Traktatu z Lizbony<sup>29</sup>.

36. Powiązana kwestia dotyczy tego, czy kompetencje w dziedzinie wspólnej polityki handlowej można wykorzystać jako narzędzie harmonizacji przepisów krajowych. Jak wyjaśniono, rozporządzenie w sprawie monitorowania BIZ zawiera pewne zasady, z którymi muszą być zgodne mechanizmy monitorowania we wszystkich państwach członkowskich. W związku z tym można by stanąć na stanowisku, że harmonizacja prawa krajowego umożliwiająca monitorowanie bezpośrednich inwestycji zagranicznych powinna opierać się na przepisach dotyczących rynku wewnętrznego, takich jak art. 64 TFUE. Jestem jednak zdania, że sam fakt, iż środek Unii harmonizuje przepisy krajowe, nie musi wykluczać go z zakresu wspólnej polityki handlowej. Środek Unii może bowiem wchodzić w zakres takiej polityki, jeżeli „jego głównym zadaniem jest jej wspieranie, ułatwianie lub regulowanie [handlu z jednym lub wieloma państwami trzecimi] oraz gdy wywiera on na nią bezpośredni i natychmiastowy wpływ”<sup>30</sup>. Nie ulega wątpliwości, że harmonizacja krajowych mechanizmów kontroli bezpośrednich inwestycji zagranicznych wywiera taki wpływ<sup>31</sup>.

37. Biorąc powyższe pod uwagę, rozporządzenie w sprawie monitorowania BIZ, w drodze którego jednocześnie zachowano krajowe mechanizmy monitorowania i wprowadzono pewne wspólne zasady, może być rozumiane jako sposób nadania skuteczności art. 207 ust. 6 TFUE. Przepis ten stanowi, że kompetencje przyznane Unii w ramach wspólnej polityki handlowej nie naruszają podziału kompetencji między Unią i państwami członkowskiemi. Biorąc pod uwagę, że inwestycje bezpośrednie pochodzące z państw trzecich pozostają również kwestią rynku wewnętrznego (czyli kompetencją dzieloną), wprowadzenie wspólnego mechanizmu monitorowania

<sup>27</sup> Zobacz w tym względzie motyw 4 rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ, w którym wskazano, że rozporządzenie „pozostaje bez uszczerbku dla prawa państw członkowskich do zastosowania odstępstwa od zasady swobodnego przepływu kapitału, o którym to odstępstwie mowa w art. 65 ust. 1 lit. b) TFUE”, do którego sąd odsyłający czyni odniesienie swoim pytaniom pierwszym.

<sup>28</sup> Artykuł 2 ust. 1 TFUE, dotyczący wyłącznych kompetencji Unii, stanowi, że w tych dziedzinach państwa członkowskie mogą stanowić prawo wyłącznie z upoważnienia Unii.

<sup>29</sup> W przeciwnym razie, biorąc pod uwagę, że rozporządzenie w sprawie monitorowania BIZ nie wymaga nawet od państw członkowskich ustanowienia mechanizmów monitorowania, można by twierdzić, że prawnie wiążący akt nie był konieczny. Wystarczyłoby bowiem, aby Unia Europejska zastosowała pewnego rodzaju środki z zakresu prawa miękkiego, aby skłonić państwa członkowskie do działania. Dlatego wybór prawnie wiążącego aktu można również wytłumaczyć potrzebą rozwiązania problemu kompetencji, jaki stworzył Traktat z Lizbony, wymagając tym samym jakiegoś wyrazu „upoważnienia” państw członkowskich.

<sup>30</sup> Opinia 2/15 (umowa o wolnym handlu Unia Europejska-Singapur) z dnia 16 maja 2017 r. (EU:C:2017:376, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo). Zobacz także analogicznie wyrok z dnia 18 lipca 2013 r., Daiichi Sankyo and Sanofi-Aventis Deutschland (C-414/11, EU:C:2013:520, pkt 52) (w którym stwierdzono, że środki Unii w dziedzinie własności intelektualnej, „które mają konkretny związek z międzynarodową wymianą handlową, mogą zostać objęte zakresem znaczeniowym pojęcia »handlowych aspektów własności intelektualnej«, o którym mowa w art. 207 ust. 1 TFUE i w związku z tym należą do dziedziny wspólnej polityki handlowej”).

<sup>31</sup> W tym względzie zobacz opinia 2/15 (umowa o wolnym handlu Unia Europejska-Singapur) z dnia 16 maja 2017 r. (EU:C:2017:376, pkt 84), w której Trybunał wyjaśnił, że „[t]o rozgraniczenie zakresu stosowania wspólnej polityki handlowej w zakresie dotyczącym inwestycji zagranicznych odzwierciedla fakt, że każde działanie Unii wspierające, ułatwiające lub regulujące udział osoby fizycznej lub prawnej pochodzącej z danego państwa trzeciego na terytorium Unii i vice versa w zarządzaniu spółką prowadzącą działalność gospodarczą lub sprawowaniu nad nią kontroli może wywierać bezpośredni i natychmiastowy wpływ na wymianę handlową między tym państwem trzecim a Unią, podczas gdy brak jest takiego konkretnego związku z ową wymianą w wypadku inwestycji, które nie prowadzą do tego rodzaju udziału”.

„zagranicznych” inwestycji bezpośrednich, który zastąpiłby mechanizmy państw członkowskich, musiałyby być uzasadnione pod względem pomocniczości. Mogłoby to wyjaśnić wybór prawodawcy Unii, który zdecydował się (przynajmniej na razie)<sup>32</sup> na zdecentralizowany system kontroli zagranicznych inwestycji bezpośrednich, który pozostawia wybory regulacyjne państwom członkowskich. Wybory te są jednak wpisane w zasady rynku wewnętrznego, w tym te, które regulują odstępstwa od podstawowych swobód rynkowych.

3. *Czy rozporządzenie w sprawie monitorowania BIZ znajduje zastosowanie w niniejszej sprawie?*

38. Powyższe pozwala mi stwierdzić, że nie ma przeszkód, aby krajowy mechanizm monitorowania „zagranicznych” inwestycji bezpośrednich, taki jak ten ustanowiony ustawą LVIII 2020, został objęty zakresem rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ.

39. W ten sposób w rozważaniach dochodzimy do stanowiska Komisji. Uważa ona, że rozporządzenie w sprawie monitorowania BIZ nie może być stosowane w niniejszej sprawie, ponieważ przedsiębiorstwa unijne nie mogą podlegać monitorowaniu na podstawie tego rozporządzenia. Skarżąca, której planowana inwestycja została zablokowana, jest spółką z siedzibą w Unii. Zgodnie z art. 54 TFUE i odnośnym orzecznictwem „przynależność państwowa” spółki zależy jedynie od jej siedziby, natomiast jej struktura własnościowa pozostaje bez znaczenia<sup>33</sup>.

40. Podczas rozprawy Komisja wskazała, że zgodnie z art. 2 pkt 2 rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ „inwestor zagraniczny” to przedsiębiorstwo z państwa trzeciego, które zamierza dokonać lub dokonało bezpośredniej inwestycji zagranicznej. Komisja położyła szczególny nacisk na fakt, że definicja ta obejmuje jedynie osobę fizyczną lub prawną „z państwa trzeciego”. W związku z tym rozporządzenie to nie mogło co do zasady mieć zastosowania do spółek z siedzibą w Unii. Skarżąca, spółka zarejestrowana na Węgrzech, nie może być zatem uznana za przedsiębiorstwo z państwa trzeciego. Rozporządzenie w sprawie monitorowania BIZ nie miałyby zastosowania *ratione personae*.

41. Moim zdaniem, w swoich uwagach dotyczących braku możliwości zastosowania rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ, Komisja dogodnie pomija jego art. 2 pkt 1. Przepis ten określa, co do celów tego rozporządzenia jest rozumiane jako bezpośrednie inwestycje zagraniczne. Są to „wszelkiego rodzaju inwestycje inwestora zagranicznego dokonane w celu ustanowienia lub utrzymania trwałych i bezpośrednich powiązań między tym inwestorem zagranicznym a przedsiębiorcą lub przedsiębiorstwem, któremu udostępniany jest kapitał w celu prowadzenia działalności gospodarczej w danym państwie członkowskim, w tym inwestycje, które umożliwiają skuteczne uczestnictwo w zarządzaniu spółką prowadzącą działalność gospodarczą lub w jej kontrolowaniu”<sup>34</sup>.

42. Zakres rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ, określony w jego art. 1 ust. 1, obejmuje ustanowienie ram monitorowania przez państwa członkowskie bezpośrednich inwestycji zagranicznych w Unii Europejskiej. Pojęcie to z kolei obejmuje inwestycje każdego rodzaju, poprzez które inwestor zagraniczny uzyskuje rzeczywisty udział lub kontrolę nad przedsiębiorstwem unijnym.

<sup>32</sup> Należy zauważyć, że program prac Komisji na 2023 r. wydaje się mieć na celu wzmocnienie rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ. Zobacz komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, Program prac Komisji na 2023 r. Unia zdecydowana i zjednoczona [COM(2022) 548 final], s. 7, 8.

<sup>33</sup> Zobacz w szczególności wyrok z dnia 1 kwietnia 2014 r., *Felixstowe Dock and Railway Company i in.* (C-80/12, EU:C:2014:200, pkt 40).

<sup>34</sup> Wyróżnienie moje.

43. Nie ulega wątpliwości, że rozporządzenie w sprawie monitorowania BIZ jest skierowane wyłącznie do inwestorów zagranicznych. Jednakże, aby umożliwić kontrolę tych inwestorów, obejmuje ono swoim zakresem wszystkie możliwe rodzaje inwestycji, poprzez które inwestor zagraniczny przejmuje kontrolę nad przedsiębiorstwem unijnym. Innymi słowy, nie nakłada ono żadnych ograniczeń co do struktury lub samego procesu inwestycyjnego. W związku z tym, aby inwestycja wchodziła w zakres rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ, proces inwestycyjny nie musi być przeprowadzony bezpośrednio (np. gdy inwestor zagraniczny przejmuje kontrolę nad przedsiębiorstwem unijnym poprzez bezpośredni zakup jego udziałów), ale może być przeprowadzony pośrednio (np. gdy inwestor zagraniczny przejmuje kontrolę nad przedsiębiorstwem unijnym poprzez nabycie jego udziałów za pośrednictwem innego przedsiębiorstwa unijnego). Istotne jest to, *kto ostatecznie przejmuje kontrolę* nad danym przedsiębiorstwem unijnym.

44. Rząd włoski popiera taką interpretację zakresu rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ. Rząd ten wskazuje również na istotny w tym względzie argument kontekstowy. Ustanawiając w jego art. 4 ust. 2 lit. a) wykaz czynników, które mogą być brane pod uwagę przy ustalaniu, czy bezpośrednia inwestycja zagraniczna może mieć wpływ na bezpieczeństwo lub porządek publiczny, rozporządzenie w sprawie monitorowania BIZ stanowi, że można wziąć pod uwagę „czy inwestor zagraniczny jest bezpośrednio lub pośrednio kontrolowany przez rząd”. W konsekwencji, zauważa rząd włoski, jeżeli pośrednia kontrola sprawowana przez inwestora z państwa trzeciego jest istotna dla ustalenia, czy państwo trzecie jest odpowiedzialne za daną inwestycję, musi być ona również istotna w kontekście inwestora z siedzibą w Unii, który może być w rzeczywistości kontrolowany przez inwestora z państwa trzeciego. Rozporządzenie w sprawie monitorowania BIZ obejmowałoby zatem „pośrednie” bezpośrednie inwestycje zagraniczne.

45. Moim zdaniem każda inna interpretacja byłaby sprzeczna z celem rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ. Chodzi mianowicie o umożliwienie kontroli bezpośrednich inwestycji zagranicznych w celu ustalenia, czy dana inwestycja może zagrozić porządkowi publicznemu lub bezpieczeństwu Unii Europejskiej lub państw członkowskich (lub przynajmniej stanowić ryzyko takiego zagrożenia). Dotyczy to zarówno bezpośredniego nabycia z zagranicy, jak i uzgodnień, na mocy których kapitał jest przekazywany podmiotowi z siedzibą w Unii w celu nabycia określonego podmiotu. Moim zdaniem przyjęcie stanowiska Komisji i oparcie się jedynie na formalnym kryterium siedziby spółki, bez uwzględnienia tego, kto poprzez konkretną transakcję przejmuje kontrolę nad celem inwestycyjnym, miałyby się zarówno z rzeczywistością prowadzenia działalności gospodarczej, jak i z celem monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych<sup>35</sup>.

46. Zarówno w uwagach na piśmie, jak i podczas rozprawy Komisja stanęła na stanowisku, że „pośrednie” bezpośrednie inwestycje zagraniczne mogą wejść w zakres stosowania rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ *jedynie* wyjątkowo, do celów zapobiegania obchodzeniu mechanizmów monitorowania. Zauważa ona, że rozporządzenie w sprawie monitorowania BIZ odnosi się do obchodzenia w motywie 10 i wymaga, na mocy art. 3 ust. 6 tego rozporządzenia, aby państwa członkowskie, które posiadają mechanizmy monitorowania, przyjęły środki niezbędne do rozpoznawania przypadków obchodzenia mechanizmów monitorowania i decyzji dotyczących monitorowania oraz do zapobiegania takim przypadkom. Pojęcie „obchodzenia” ma zastosowanie do „inwestycji dokonywanych z terytorium Unii” tylko wtedy, gdy inwestycje te: i) są

<sup>35</sup> Jak zauważył już F.S. Cohen w swoim przełomowym artykule z 1935 r., siedziba korporacji nie mówi prawie nic o jej działalności; zob. w tym względzie, F.S. Cohen, Transcendental Nonsense and the Functional Approach, *Columbia Law Review*, Vol. 35(6), 1935, s. 809, na s. 810.

dokonywane „za pomocą pozornych uzgodnień”; ii) „nie odzwierciedlają [one] rzeczywistości gospodarczej”; oraz iii) „obchodzą mechanizmy monitorowania i decyzje w sprawie monitorowania”. Nie wydaje się, aby taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie.

47. Jednakże, o ile obchodzenie przepisów nie zostanie stwierdzone za pomocą innego instrumentu specjalnie ustanowionego w tym celu, sam akt stwierdzenia obchodzenia mechanizmu monitorowania wymaga monitorowania konkretnej transakcji kapitałowej. Innymi słowy, transakcja musi najpierw mieścić się w zakresie rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ, aby można było ustalić, czy rzeczywiście ma ona na celu obejście krajowych mechanizmów monitorowania lub decyzji.

48. W każdym razie wyłączenie rodzaju transakcji, takiej jak ta będąca przedmiotem niniejszej sprawy, z zakresu rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ podważyłoby sam cel monitorowania bezpośredniej inwestycji zagranicznej, która zagraża krajowemu lub unijnemu interesowi. Dla celów narzędzia „ex ante”, jakim są krajowe mechanizmy monitorowania inwestycji, jaka jest bowiem różnica między inwestorem z państwa trzeciego przejmującym kontrolę nad strategicznym przedsiębiorstwem unijnym bezpośrednio z zagranicy lub za pośrednictwem innego przedsiębiorstwa unijnego? W obu przypadkach inwestor zagraniczny przejmuje kontrolę nad danym przedsiębiorstwem unijnym, a tym samym zyskuje możliwość decydowania o przyszłości tego przedsiębiorstwa: o jego ewentualnym działaniu zgodnie z warunkami rynkowymi, czy też pozbawieniu go wszystkich wartościowych aktywów (w rozpatrywanej sprawie na przykład zalaniu kamieniołomu, przez co stałby się on niezdatny do użytku), odsprzedaniu przedsiębiorstwa lub po prostu całkowitym jego zamknięciu. Sedno sprawy leży w tym, że dochodzi do przejęcia przez inwestora zagranicznego kontroli nad strategicznym przedsiębiorstwem unijnym.

49. Moim zdaniem rozporządzenie w sprawie monitorowania BIZ ma właśnie na celu zapobieganie ewentualnej kontroli ze strony państwa trzeciego, jeżeli dana inwestycja zostanie uznana za stanowiącą zagrożenie dla bezpieczeństwa lub porządku publicznego. W związku z tym sugeruję, aby Trybunał przyjął, że również „pośrednie” bezpośrednie inwestycje zagraniczne dokonywane za pośrednictwem przedsiębiorstwa mającego siedzibę w Unii mogą również wchodzić w zakres rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ, jeżeli takie inwestycje umożliwiłyby inwestorowi zagranicznemu uzyskanie kontroli nad nabytym przedsiębiorstwem.

50. W związku z powyższym powinno być jasne, że monitorowanie inwestycji bezpośredniej pochodzącej z państwa trzeciego, dokonywanej za pośrednictwem przedsiębiorstwa z siedzibą w Unii, nie oznacza automatycznie, że taka inwestycja może być zablokowana bez żadnych dodatkowych warunków. Nie można pominąć faktu, że monitorowanie nabycia przedsiębiorstw unijnych przez inwestorów z państw trzecich już samo w sobie stanowi przeszkodę w korzystaniu z czterech swobód rynkowych<sup>36</sup>.

51. Moim zdaniem, gdy dana dziedzina jest przedmiotem nakładających się kompetencji Unii, prawodawca Unii musi należycie uwzględnić problemy wynikające z obu dziedzin. W związku z tym, nawet jeżeli stanowienie prawa odbywa się na podstawie art. 207 ust. 1 TFUE jako głównej

<sup>36</sup> Zobacz analogicznie wyroki: z dnia 31 stycznia 1984 r., Luisi i Carbone (286/82 i 26/83, EU:C:1984:35, pkt 34); z dnia 23 lutego 1995 r., Bordessa i in. (C-358/93 i C-416/93, EU:C:1995:54, pkt 24–26); a także z dnia 14 grudnia 1995 r., Sanz de Lera i in. (C-163/94, C-165/94 i C-250/94, EU:C:1995:451, pkt 24) (w których wyjaśniono, że uprzednie zezwolenie na wywóz waluty stanowi ograniczenie swobodnego przepływu kapitału).

podstawy prawnej<sup>37</sup>, prawodawca Unii był zobowiązany do uwzględnienia praw wynikających z postanowień traktatu dotyczących czterech swobód rynkowych, niezależnie od tego, czy postanowienia te są korzystne dla przedsiębiorstw unijnych, czy dla przedsiębiorstw z państw trzecich. Innymi słowy, nawet jeśli rozporządzenie w sprawie monitorowania BIZ „upoważnia”, na podstawie art. 207 ust. 1 TFUE, państwa członkowskie do wprowadzenia mechanizmów monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych na tej podstawie, że inwestycje te mogą budzić obawy co do porządku i bezpieczeństwa publicznego, rozporządzenie to nie może wymykać się wymogom art. 65 ust. 1 TFUE. Właśnie w tym świetle należy rozumieć odniesienie do art. 65 ust. 1 TFUE w motywie 4 rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ<sup>38</sup>.

52. Rozporządzenie w sprawie monitorowania BIZ rzeczywiście odzwierciedla możliwe uzasadnienia, a tym samym pośrednio również ogólne kryteria oceny proporcjonalności ograniczenia prawa do swobodnego przemieszczania się, które wynikają z klauzul derogacyjnych traktatu. Jest to szczególnie widoczne w art. 4 tego rozporządzenia, w którym określono niewyczerpujący wykaz czynników, które państwa członkowskie mogą wziąć pod uwagę przy ustalaniu, czy dana transakcja z udziałem kapitału zagranicznego może mieć wpływ na bezpieczeństwo lub porządek publiczny.

53. Jeżeli zasady dotyczące rynku wewnętrznego nie zostałyby wbudowane w rozporządzenie w sprawie monitorowania BIZ i zatwierdzone na tej podstawie mechanizmy krajowe, swobody rynkowe dostępne dla wszystkich przedsiębiorstw unijnych mogłyby zostać nieproporcjonalnie obciążone z samego powodu posiadania przez nie zagranicznych udziałów. Aby uniknąć naruszenia tych swobód, nie należy wykluczać przepisów krajowych, takich jak ustawa LVIII 2020, do której przyjęcia upoważnia rozporządzenie w sprawie monitorowania BIZ, z potencjalnej kontroli na mocy traktatowych zasad rynku wewnętrznego. Zdecydowanie uważam, że każda transakcja objęta mechanizmem monitorowania powinna podlegać pełnej kontroli proporcjonalności zgodnie z kryteriami określonymi w art. 65 ust. 1 TFUE<sup>39</sup>.

54. Podsumowując powyższe rozważania, jestem zdania, że przepisy krajowe, takie jak ustawa LVIII 2020, wchodzą w zakres rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ, nawet jeśli dopuszczają monitorowanie „pośrednich” bezpośrednich inwestycji zagranicznych realizowanych za pośrednictwem przedsiębiorstwa unijnego.

### **C. Właściwość Trybunału**

55. Możliwość zastosowania rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ rozstrzyga również kwestię właściwości Trybunału w niniejszej sprawie.

56. Kwestia ta została podniesiona przez Komisję, która uważa, że niniejsza sprawa dotyczy wyłącznie rynku wewnętrznego. Wszystkie elementy sporu przed sądem krajowym można ująć jako kwestie o charakterze wewnętrznym dla Węgier: węgierska spółka dąży do nabycia innej węgierskiej spółki, ale nie może tego dokonać na mocy prawa węgierskiego. Wewnętrzne sytuacje

<sup>37</sup> Zobacz na przykład wyrok z dnia 22 października 2013 r., Komisja/Rada (C-137/12, EU:C:2013:675, pkt 53) (w którym stwierdzono, że jeżeli analiza danego aktu wykaże, że wyznaczono mu dwa cele lub ma on dwa elementy składowe i jeden z tych celów lub elementów składowych można zidentyfikować jako główny lub dominujący, podczas gdy drugi jest jedynie pomocniczy, wówczas ten akt prawny należy wydać na tej podstawie prawnej, która jest wymagana z racji głównego lub dominującego celu lub elementu składowego).

<sup>38</sup> W związku z tym nie wydaje mi się przekonująca sugestia, że odniesienie do art. 65 ust. 1 TFUE w motywie 4 rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ oznacza, że państwa członkowskie mogą zdecydować się na wprowadzenie różnych mechanizmów monitorowania obejmujących inwestycje bezpośrednie pochodzące z państw trzecich, które nie są objęte zakresem tego rozporządzenia.

<sup>39</sup> Powróć do tej kwestii w części D.2 niniejszej opinii.

nie są objęte zakresem zasad rynku wewnętrznego. Pomimo podniesienia tego zarzutu Komisja stwierdziła jednak, że Trybunał jest właściwy, powołując się na okoliczność, że skarżąca należy w całości do Xella Germany. Otwiera to – zdaniem Komisji – drogę do niezakwalifikowania niniejszej sprawy jako wewnętrznej dla jednego państwa członkowskiego.

57. Podczas rozprawy wspomniane uwagi dotyczące właściwości wywołały pewną dyskusję na temat przesłanek przemawiających za uznaniem danej sytuacji za „wewnętrzną”, a także w kwestii tego, jakie elementy można wziąć pod uwagę, aby zakwalifikować transakcję między dwiema spółkami w tym samym państwie członkowskim jako „transgraniczną” transakcję<sup>40</sup>. Biorąc pod uwagę również możliwość zakwalifikowania sytuacji w niniejszej sprawie jako wewnętrznej, dyskusja dotyczyła również znaczenia wyroku Trybunału w sprawie Ullens de Schooten<sup>41</sup>.

58. Mimo że uważam te kwestie za intrygujące i tylko częściowo wyjaśnione w orzecznictwie Trybunału, oprę się pokusie omówienia ich w niniejszej opinii. Po prostu nie uważam, że są one istotne dla okoliczności niniejszej sprawy.

59. Jak wyjaśniono w pkt 49 i 54 niniejszej opinii niniejsza sprawa wchodzi w zakres stosowania rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ. Jak stwierdzono planowane nabycie Janes przez skarżącą można zakwalifikować jako „bezpośrednią inwestycję zagraniczną” w rozumieniu rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ. Ponieważ spór w postępowaniu głównym mieści się w zakresie stosowania przepisów prawa Unii mających na celu, między innymi, harmonizację krajowych mechanizmów monitorowania, kwestia, czy rozpatrywana sytuacja ma charakter wewnętrzny, staje się bez znaczenia. Właściwość Trybunału wynika z samej możliwości zastosowania wtórnego prawa Unii do rozpatrywanego sporu<sup>42</sup>.

60. Jak potwierdzono na rozprawie dodatkowym argumentem przemawiającym za takim zakwalifikowaniem sprawy jest fakt, że rząd węgierski interpretuje ustawę LVIII 2020 jako wchodzącą w zakres rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ. Jak bowiem potwierdziła również Komisja, zgodnie ze swoim obowiązkiem wynikającym z art. 3 ust. 7 tego rozporządzenia, rząd węgierski powiadomił Komisję o tej ustawie. Zgodnie z tym powiadomieniem i zgodnie z art. 3 ust. 8 tego rozporządzenia Komisja opublikowała następnie odpowiednie przepisy węgierskie jako część wykazu mechanizmów monitorowania państw członkowskich. Zważywszy, że ustawa LVII 2020 jest według sądu odsyłającego prawem właściwym w zawisłej przed nim sprawie, ponieważ posłużyła za podstawę prawną zaskarżonej decyzji, zastosowanie prawa Unii i przydatność wykładni, o którą zwrócono się do Trybunału

<sup>40</sup> Z uwagi na fakt, że Xella Germany posiada 100 % udziałów skarżącej, Komisja uznała ponadto, że sprawę tę należy rozstrzygnąć na podstawie przepisów dotyczących swobody przedsiębiorczości, ponieważ wewnątrzunijne bezpośrednie inwestycje „zagraniczne” wprowadzające kontrolę wchodzi w zakres tej swobody rynkowej. Na poparcie tego stwierdzenia Komisja oparła się na wyrokach: z dnia 1 lutego 2001 r., *Mac Quen i in.* (C-108/96, EU:C:2001:67, pkt 16); z dnia 17 października 2002 r., *Payroll i in.* (C-79/01, EU:C:2002:592, pkt 25). Jej zdaniem istotny element transgraniczny, który uzasadnia właściwość Trybunału, wynika z faktu, że skarżąca mogła powołać się na transgraniczne prawo przedsiębiorczości Xella Germany. Podczas rozprawy Komisja nie potrafiła jednak wyjaśnić, dlaczego przesłedzenie struktury własności miałyby się zatrzymać na Xella Germany, a nie na Xella Luxembourg czy spółce bermudzkiej. Gdyby rozpatrywać sporną transakcję z perspektywy tego ostatniego przedsiębiorstwa, skarżąca mogłaby również dobrze powoływać się na swobodny przepływ kapitału swojej spółki „babki” na Bermudach, ponieważ na mocy art. 63 ust. 1 TFUE przepływ kapitału z państw trzecich do Unii Europejskiej jest również zliberalizowany.

<sup>41</sup> Wyrok z dnia 15 listopada 2016 r., *Ullens de Schooten* (C-268/15, EU:C:2016:874).

<sup>42</sup> Jak dowodzi doktryna, wewnętrzny charakter sytuacji stanowi przeszkodę dla właściwości Trybunału jedynie w sprawach dotyczących integracji negatywnej (bezpośrednie zastosowanie podstawowych wolności Traktatu), ale nie w sprawach dotyczących integracji pozytywnej (zastosowanie harmonizującego wtórnego prawa Unii do sytuacji skądinąd wewnętrznych). Zobacz na przykład M. Mataija, *Internal Situations in Community Law: An Uncertain Safeguard of Competences Within the Internal Market*, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, Vol. 5, 2009, s. 31–63, s. 37–40.

w ramach procedury prejudycjalnej, są niekwestionowalne. Wyjaśnienie, o które zwrócił się sąd odsyłający, pozwole mu ocenić, czy ustawa LVIII 2020 przekroczyła granice wyznaczone przez prawo Unii.

61. Gdyby Trybunał mimo wszystko nie zgodził się z moim rozumieniem kwestii właściwości w niniejszej sprawie, proponuję pokrótce trzy inne możliwości ustalenia właściwości.

62. Po pierwsze, i choć nie jestem gorącą zwolenniczką tego orzecznictwa, oczywiste jest, że Trybunał mógłby ustanowić właściwość na podstawie *potencjalnych* skutków transgranicznych wynikających z węgierskiego mechanizmu monitorowania<sup>43</sup>. Nie ulega wątpliwości, że „nie jest niewyobrażalne”, iż przedsiębiorstwo z innego państwa członkowskiego należące do przedsiębiorstwa z państwa trzeciego może być zainteresowane nabyciem „strategicznej” spółki węgierskiej. W rozpatrywanej sprawie można to sobie łatwo wyobrazić, biorąc pod uwagę, że przejęcie mogło równie dobrze zostać przeprowadzone bezpośrednio przez Xella Germany. Przedmiotowa ustawa węgierska wywołuje zatem potencjalny skutek transgraniczny.

63. Po drugie, inspirację można równie dobrze czerpać z wyroku *Felixstowe Dock and Railway Company i in.*<sup>44</sup> W tej sprawie skarżące, spółki z siedzibą w Zjednoczonym Królestwie, mogły powołać się na swobodę przedsiębiorczości swojej luksemburskiej spółki zależnej, ponieważ te pierwsze pod względem podatkowym [były] gorzej traktowane [z uwagi na luksemburską spółkę łącznika] niż gdyby były powiązane ze spółką przekazującą straty za pośrednictwem spółki łącznika mającej siedzibę w Zjednoczonym Królestwie<sup>45</sup>. Właściwość mogłaby zatem zostać ustalona zarówno w odniesieniu do unijnej spółki dominującej (spółek dominujących) będących przedmiotem niniejszej sprawy (Xella Germany i Xella Luxembourg) oraz ostatecznego rzeczywistego właściciela Lone Star (obywatela irlandzkiego) na podstawie swobody przedsiębiorczości, jak i „spółki babki” z państwa trzeciego (spółki bermudzkiej) na podstawie swobodnego przepływu kapitału.

64. Wreszcie, istnieje nawet możliwość ustanowienia właściwości abstrakcyjnej na podstawie zbliżonego do tego z wyroku *Dzodzi*<sup>46</sup> odniesienia w § 276 pkt 3 ustawy LVIII 2020 do definicji „spółki strategicznej” (która wydaje się dostosowywać tę definicję do art. 4 ust. 1 lit. a)–e) rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ) oraz do § 283 pkt 1 lit. b) ustawy LVIII 2020 dotyczącego granic uzasadnienia uciekania się przez ministra do przyznanego mu uprawnień w zakresie weta (które odwołuje się do art. 53 ust. 1 i art. 65 ust. 1 TFUE).

65. Niezależnie od sposobu ujęcia sprawy, Trybunał jest w konsekwencji właściwy do udzielenia odpowiedzi na pytania skierowane przez sąd odsyłający.

<sup>43</sup> Zobacz w tym względzie wyroki: z dnia 11 marca 2010 r., *Attanasio Group* (C-384/08, EU:C:2010:133, pkt 24); z dnia 8 maja 2013 r., *Libert i in.* (C-197/11 i C-203/11, EU:C:2013:288, pkt 34); z dnia 5 grudnia 2013 r., *Venturini i in.* (od C-159/12 do C-161/12, EU:C:2013:791, pkt 25).

<sup>44</sup> Wyrok z dnia 1 kwietnia 2014 r., *Felixstowe Dock and Railway Company i in.* (C-80/12, EU:C:2014:200).

<sup>45</sup> *Ibidem*, pkt 24.

<sup>46</sup> Wyrok z dnia 18 października 1990 r., *Dzodzi* (C-297/88 i C-197/89, EU:C:1990:360, pkt 41).

#### ***D. Warunki monitorowania i blokowania przez państwa członkowskie „pośrednich” bezpośrednich inwestycji zagranicznych***

66. Jak wyjaśniono w pkt 50–53 niniejszej opinii wszystkie mechanizmy monitorowania stosowane przez państwa członkowskie, dopuszczone na mocy rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ, muszą być zgodne ze swobodami rynku wewnętrznego ustanowionymi w traktacie.

67. Trybunał uznaje wszystkie środki, które zakazują, utrudniają lub czynią mniej atrakcyjnym korzystanie ze swobód rynkowych, za ograniczenia tych swobód<sup>47</sup>.

68. Samo istnienie mechanizmu monitorowania czyni mniej atrakcyjnymi inwestycje bezpośrednie pochodzące z państw trzecich. Zaskarżona decyzja blokująca nabycie Janes w oczywisty sposób czyni korzystanie z prawa do inwestowania w przedsiębiorstwo unijne (wywodzonego z art. 63 ust. 1 TFUE) oraz prawa przedsiębiorczości (opartego na art. 49 i 54 TFUE) nie tylko mniej atrakcyjnym, ale wręcz całkowicie niemożliwym<sup>48</sup>.

69. Ograniczenia w korzystaniu z podstawowych swobód są jednak możliwe, jeśli są uzasadnione słusznymi względami interesu publicznego oraz jeśli są właściwe i konieczne dla ochrony tego interesu. To, czy te oba wymogi – odpowiedniego uzasadnienia i proporcjonalności – są spełnione, podlega kontroli sądowej na podstawie prawa Unii. Ustawy krajowe, takie jak ustawa LVIII 2020, a także oparte na nich decyzje indywidualne, muszą spełniać warunki, jakie nakłada na nie prawo Unii. W związku z tym oraz biorąc pod uwagę, że w procedurze prejudycjalnej właściwość Trybunału jest ograniczona do przedstawienia wykładni warunków nałożonych przez prawo Unii, do sądu krajowego będzie należała ocena, czy ustawa LVIII 2020, zastosowana przez ministra, spełnia te warunki.

#### ***1. Uzasadniony cel***

70. Artykuł 1 ust. 1 rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ umożliwia ograniczenie przepływów kapitału na mocy krajowych mechanizmów monitorowania z dwóch możliwych powodów: ochrony bezpieczeństwa z jednej strony i porządku publicznego z drugiej. W tym względzie rozporządzenie to korzysta z uzasadnień określonych już w traktacie<sup>49</sup> oraz w wiążących Unię Europejską umowach międzynarodowych<sup>50</sup>. Dokładniej rzecz ujmując,

<sup>47</sup> Zobacz ex multis w odniesieniu do swobody przedsiębiorczości wyroki: z dnia 25 października 2017 r., Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, pkt 46 i przytoczone tam orzecznictwo). Co się tyczy swobodnego przepływu kapitału zob. na przykład wyrok z dnia 18 czerwca 2020 r., Komisja/Węgry (Przejrzystość stowarzyszeń) (C-78/18, EU:C:2020:476, pkt 52, 53 i przytoczone tam orzecznictwo).

<sup>48</sup> Jak wyjaśniono w pkt 63 niniejszej opinii dotyczącej kwestii właściwości w zależności od podmiotu, niniejsza sprawa może być rozumiana jako ograniczenie swobodnego przepływu kapitału (spółki bermudzkiej) lub swobody przedsiębiorczości (spółki Xella Germany, Xella Luxembourg lub nawet obywatela irlandzkiego znajdującego się na końcu łańcucha własności korporacyjnej całej grupy Xella).

<sup>49</sup> Należy przypomnieć, że w motywie 4 rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ wyjaśniono, że ustanowione w nim ramy pozostają „bez uszczerbku dla prawa państw członkowskich do zastosowania odstępstwa od zasady swobodnego przepływu kapitału, o którym to odstępstwie mowa w art. 65 ust. 1 lit. b) TFUE”.

<sup>50</sup> Zobacz w tym względzie motyw 3 rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ, w którym zauważa się, że międzynarodowe zobowiązania podjęte na forum Światowej Organizacji Handlu (WTO), Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju oraz zobowiązania określone w umowach handlowych i inwestycyjnych zawartych z państwami trzecimi umożliwiają „Uni[i] i państw[om] członkowski[m] przyjmowani[e] środków ograniczających w odniesieniu do bezpośrednich inwestycji zagranicznych ze względu na bezpieczeństwo lub porządek publiczny, pod warunkiem spełnienia określonych wymogów”.



w motywie 35 tego rozporządzenia wyjašniono, że jego wdrażanie przez Unię Europejską lub jej państwa członkowskie musi być zgodne z art. XIV lit. a) i art. XIV bis układu ogólnego w sprawie handlu usługami (GATS)<sup>51</sup>, jak również z prawem Unii w ujęciu ogólnym.

71. W niniejszej sprawie pytanie prejudycjalne dotyczy wyłącznie uzasadnień ze względu na porządek publiczny lub bezpieczeństwo publiczne przewidzianych w art. 65 ust. 1 lit. b) TFUE. Warto zauważyć, że te same przyczyny są również przewidziane jako możliwe uzasadnienia ograniczenia swobody przedsiębiorczości zawartego w art. 52 ust. 1 TFUE. Przejdę zatem do omówienia sposobów przedstawienia tych uzasadnień w orzecznictwie Trybunału.

72. W pierwszej kolejności należy wyjaśnić – i to według mnie stanowi odpowiedź na powołanie się przez sąd odsyłający na art. 4 ust. 2 TUE – że państwa członkowskie zachowują co do zasady swobodę określania wymogów porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego w świetle ich potrzeb krajowych<sup>52</sup>. Potrzeby te mogą się różnić w zależności od okresu i państwa członkowskiego<sup>53</sup>. Prawo Unii nie reguluje tych ustaleń.

73. Prawo Unii nadaje jednak ramy krajowym decyzjom politycznym, wymagając, aby uzasadnienia były interpretowane w sposób ścisły, ponieważ pozwalają one na odstępstwa od zasady, na podstawie której inwestycje bezpośrednie są co do zasady liberalizowane<sup>54</sup>. W związku z tym na względy te można się powołać jedynie w obliczu rzeczywistego, aktualnego i dostatecznie poważnego zagrożenia dla jednego z podstawowych interesów społecznych<sup>55</sup>, nawet jeśli jest ono tylko *prawdopodobne*<sup>56</sup>.

74. Państwo członkowskie powinno zatem wyjaśnić, po pierwsze, dlaczego interes powodujący przedmiotowe ograniczenie jest postrzegany w jego społeczeństwie jako podstawowy, a po drugie, dlaczego ograniczona działalność stanowi aktualne i dostatecznie poważne zagrożenie dla tego podstawowego interesu.

75. Według rządu węgierskiego ustawa LVIII 2020 służy ochronie dwóch podstawowych interesów społeczeństwa węgierskiego. Pierwszym deklarowanym interesem jest zapobieganie spekulacyjnym przejściom w sektorach uznanych za strategiczne dla gospodarki węgierskiej, w szczególności w następstwie pandemii COVID-19. Drugim deklarowanym interesem jest ochrona bezpieczeństwa dostaw, w rozpatrywanej sprawie piasku, żwiru i gliny na Węgrzech.

<sup>51</sup> W temacie zakresu wyjątku dotyczącego bezpieczeństwa i porządku publicznego w przepisach GATS zob. J. Velten, „Screening Foreign Direct Investment in the EU. Political Rationale, Legal Limitations, Legislative Options”, *European Yearbook of International Economic Law*, Vol. 26, 2022, s. 59 i nast.

<sup>52</sup> Zobacz na przykład wyrok z dnia 14 marca 2000 r., *Église de scientologie* (C-54/99, EU:C:2000:124, pkt 17 i przytoczone tam orzecznictwo).

<sup>53</sup> Jak wyjaśnił Trybunał w kontekście swobody świadczenia usług w swoim wyroku z dnia 14 października 2004 r., *Omega* (C-36/02, EU:C:2004:614, pkt 31) oraz, w kontekście przynależności państwowej, w wyroku z dnia 2 czerwca 2016 r., *Bogendorff von Wolfersdorff* (C-438/14, EU:C:2016:401, pkt 68).

<sup>54</sup> Zobacz na przykład wyrok z dnia 14 marca 2000 r., *Église de scientologie* (C-54/99, EU:C:2000:124, pkt 17 i przytoczone tam orzecznictwo).

<sup>55</sup> *Ibid.*, a także ostatnio wyrok z dnia 18 czerwca 2020 r., *Komisja/Węgry (Przejrzystość stowarzyszeń)* (C-78/18, EU:C:2020:476, pkt 91 i przytoczone tam orzecznictwo).

<sup>56</sup> Zobacz analogicznie raport zespołu orzekającego WTO przyjęty przez Organ Rozstrzygania Sporów WTO, Unia Europejska i jej państwa członkowskie – niektóre środki dotyczące sektora energetycznego (WT/DS476/R, pkt 7.1163), w którym stwierdzono w odniesieniu do interpretacji pojęcia „rzeczywistego i dostatecznie poważnego zagrożenia” zawartego w przypisie 5 do art. XIV lit a) Układu ogólnego w sprawie handlu usługami, że „termin »dostatecznie poważny« służy do kwalifikacji zagrożenia, które [...] należy rozumieć jako odnoszące się do potencjalnych konsekwencji lub potencjalnej wagi skutków urzeczywistnienia się zagrożenia”.

76. W moim przekonaniu, podzielanym przez skarżącą, rząd włoski i Komisję, pierwszy powód powołany przez rząd węgierski nie może zostać zaakceptowany w ramach wyjątku dotyczącego porządku publicznego. Z orzecznictwa wynika bowiem, że abstrakcyjne powody o charakterze wyłącznie gospodarczym nie mogą uzasadniać przeszkody dla jednej z podstawowych wolności<sup>57</sup>. Dla jasności nie kwestionuję, że w pewnych okolicznościach kryzys zdrowotny, taki jak ten związany z COVID-19, może prowadzić do wzrostu inwestycji spekulacyjnych z zagranicy. Takie inwestycje są jednak częścią życia gospodarczego. Są one częścią strategii biznesowej funduszy inwestycyjnych, takich jak Lone Star. Dlatego też osłanianie węgierskiej gospodarki narodowej przed inwestycjami spekulacyjnymi nie może być samo w sobie przyjęte jako interes, który może być chroniony ze względów porządku publicznego<sup>58</sup>.

77. Prawdą jest, że Trybunał wyjaśnił, iż w pewnych okolicznościach powody, których w innych sytuacjach nie można zaakceptować jako uzasadnienie dla ograniczenia transakcji między podmiotami rynku wewnętrznego, mogą być w stanie uzasadnić przeszkodę dla przepływu kapitału pochodzącego z państwa trzeciego. I tak w wyroku *Test Claimants in the FII Group Litigation* Trybunał wyjaśnił, iż „nie można wykluczyć, że państwo członkowskie wykaże, iż ograniczenie w przepływie kapitału do lub z państw trzecich jest uzasadnione przez pewną okoliczność w określonej sytuacji, mimo że okoliczność ta nie może stanowić dopuszczalnego uzasadnienia dla ograniczenia przepływu kapitału między państwami członkowskimi”<sup>59</sup>. Jednakże w rozpatrywanej sprawie jak i innych podobnych przesłanką, którą kierował się Trybunał przyjmując rozróżnienia między dopuszczalnymi uzasadnieniami w kontekście wewnątrz- i poza-unijnym, było istnienie *wysokiego stopnia integracji prawnej* między państwami członkowskimi na rynku wewnętrznym (np. poprzez harmonizację podatkową) w przeciwieństwie do braku podobnego poziomu integracji z państwem trzecim będącym przedmiotem sporu<sup>60</sup>.

78. Orzecznictwo to nie ma zastosowania do niniejszej sprawy. Moim zdaniem wysoki stopień integracji prawnej w ramach rynku wewnętrznego nie może uzasadniać oparcia się na względach o charakterze wyłącznie gospodarczym w celu ograniczenia spekulacyjnych „pośrednich” bezpośrednich inwestycji zagranicznych w ujęciu ogólnym<sup>61</sup>. O ile bowiem inwestycje spekulacyjne są postrzegane jako legalna działalność gospodarcza i nie są szczególnie regulowane na rynku wewnętrznym, o tyle nie można im zapobiegać pod pozorem uzasadnienia względami porządku publicznego tylko dlatego, że pochodzą bezpośrednio lub pośrednio z państwa trzeciego.

<sup>57</sup> Zobacz ex multis wyrok z dnia 21 grudnia 2016 r., *AGET Iraklis* (C-201/15, EU:C:2016:972, pkt 72 i przytoczone tam orzecznictwo).

<sup>58</sup> W związku z tym, jeżeli podczas pandemii takiej jak COVID-19 inwestycje te byłyby skierowane na przykład do krajowych zakładów produkujących maseczki ochronne, powodując potencjalnie zakłócenia w ochronie ludności lub świadczeniu usług związanych z opieką zdrowotną, wówczas całkowicie zgodziłabym się, że ograniczenie takich inwestycji może być uzasadnione względami porządku publicznego. Zobacz także w tym względzie komunikat Komisji, *Wytoczne dla państw członkowskich dotyczące bezpośrednich inwestycji zagranicznych, swobodnego przepływu kapitału z państw trzecich i ochrony europejskich aktywów strategicznych – sytuacja przed zastosowaniem rozporządzenia (UE) 2019/452 (rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ)* (Dz.U. 2020, C 991, s. 1, 2).

<sup>59</sup> Wyrok z dnia 12 grudnia 2006 r. (C-446/04, EU:C:2006:774, pkt 171). Zobacz także wyroki: z dnia 18 grudnia 2007 r., *A* (C-101/05, EU:C:2007:804, pkt 35, 37 i przytoczone tam orzecznictwo); i z dnia 20 maja 2008 r., *Orange European Smallcap Fund* (C-194/06, EU:C:2008:289, pkt 90).

<sup>60</sup> Zobacz w tym względzie wyroki: z dnia 24 listopada 2016 r., *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, pkt 64 i przytoczone tam orzecznictwo); a także z dnia 26 lutego 2019 r., *X* (spółki pośrednie z siedzibą w państwach trzecich) (C-135/17, EU:C:2019:136, pkt 90–92 i przytoczone tam orzecznictwo).

<sup>61</sup> W tym względzie zauważono wcześniej, że istniejące ramy unijne w zakresie monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych nie byłyby odpowiednie do osiągnięcia wszystkich celów, które państwa członkowskie i Unia Europejska mogą chcieć osiągnąć poprzez wprowadzenie takich mechanizmów monitorowania, zwłaszcza jeśli chodzi o obawy towarzyszące kwestii wzajemnego dostępu do rynku. Zobacz w ujęciu ogólnym J. Velten, „Screening Foreign Direct Investment in the EU. Political Rationale, Legal Limitations, Legislative Options”, *European Yearbook of International Economic Law*, Vol. 26, 2022.

79. Drugi ze względów powołanych przez rząd węgierski, bezpieczeństwo dostaw, może być moim zdaniem podniesiony albo jako kwestia porządku publicznego, albo bezpieczeństwa publicznego.

80. W niniejszej sprawie rząd węgierski zasadniczo wyjaśnia, że bezpieczeństwo dostaw kruszyw budowlanych jest ważne dla infrastruktury przemysłowej i publicznej kraju, w tym na poziomie lokalnym. Skarżąca, rząd włoski i Komisja zauważają, że taka obawa może, co do zasady i w pewnych okolicznościach, uzasadniać ingerencję w zasady dotyczące swobodnego przepływu. Jednakże skarżąca i Komisja zauważają również, że ich zdaniem takie uzasadnienie sprawdziłoby się w niniejszej sprawie.

81. Trybunał uznał już potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa dostaw niektórych podstawowych usług publicznych oraz prawidłowego funkcjonowania niektórych usług sieciowych uznanych za niezbędne dla życia gospodarczego i społecznego państwa członkowskiego jako dopuszczalne uzasadnienia w ramach wyjątku dotyczącego porządku publicznego<sup>62</sup>.

82. W związku z tym moim zdaniem nie wyklucza to możliwości, że zabezpieczenie dostaw niektórych kruszyw budowlanych może w czasach kryzysu być postrzegane z perspektywy państwa członkowskiego jako problem mogący uzasadnić ograniczenie podstawowej swobody rynkowej ze względów porządku publicznego (lub bezpieczeństwa publicznego). Jest tak również w przypadku piasku, żwiru i gliny, mimo że Komisja nie uwzględniła (jeszcze) tych kruszyw w wykazie surowców „krytycznych”<sup>63</sup>. Istnieją bowiem badania, które potwierdzają pogląd, że materiały te są rzadkie i że ich podaż może budzić obawy<sup>64</sup>. Dlatego też wysiłki służące zabezpieczeniu dostaw piasku, żwiru i gliny mogą być postrzegane jako leżące w podstawowym interesie społeczeństwa.

83. Stanowisko to znajduje również potwierdzenie w tekście rozporządzenia w sprawie monitorowania BIZ. Jego art. 4 stanowi, że przy ustalaniu, czy bezpośrednia inwestycja zagraniczna może mieć wpływ na bezpieczeństwo lub porządek publiczny, państwa członkowskie i Komisja mogą uwzględniać ewentualny wpływ transakcji kapitałowej między innymi na dostawy nakładów krytycznych, w tym energii lub surowców. Podobnie na mocy art. 8 tego rozporządzenia Komisja może skierować do danego państwa członkowskiego opinię, że bezpośrednia inwestycja

<sup>62</sup> Zobacz na przykład wyroki: z dnia 20 czerwca 2002 r., *Radiosistemi* (C-388/00 i C-429/00, EU:C:2002:390, pkt 44) (dotyczący właściwego funkcjonowania publicznej sieci telekomunikacyjnej); z dnia 28 września 2006 r., *Komisja/Niderlandy* (C-282/04 i C-283/04, EU:C:2006:608, pkt 38) (odnoszący się do gwarancji powszechnych usług pocztowych); z dnia 22 października 2013 r., *Essent i in.* (od C-105/12 do C-107/12, EU:C:2013:677, pkt 53) (dotyczący zasad własności publicznej lub prywatnej operatora systemu dystrybucyjnego energii elektrycznej lub gazu); a także z dnia 27 lutego 2019 r., *Associação Peço a Palavra i in.* (C-563/17, EU:C:2019:144, pkt 72 i przytoczone tam orzecznictwo) (dotyczący specyfikacji warunków zamówienia mających na celu zapewnienie wystarczającej liczby regularnych usług transportu lotniczego do i z portugalskojęzycznych państw trzecich, z którymi Portugalię łączą szczególne więzi).

<sup>63</sup> Zobacz komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów, *Odporność w zakresie surowców krytycznych: wytyczanie drogi do większego bezpieczeństwa i bardziej zrównoważonego rozwoju* [COM(2020) 474 final], s. 3.

<sup>64</sup> Zobacz na przykład Program Ochrony Środowiska Narodów Zjednoczonych *Global Environmental Alert Services*, „Sand, rarer than one thinks” (March, 2014), dostępny pod adresem: [https://na.unep.net/geas/archive/pdfs/GEAS\\_Mar2014\\_Sand\\_Mining.pdf](https://na.unep.net/geas/archive/pdfs/GEAS_Mar2014_Sand_Mining.pdf) (w którym stwierdzono, że „piasek i żwir stanowią największą po wodzie ilość surowców wykorzystywanych na ziemi [...] [ich] zużycie znacznie przekracza wskaźniki naturalnej odnowy”; zauważając również, że „większość piasku z pustyń nie może być wykorzystywana do produkcji betonu [...] ponieważ proces erozji wietrznej tworzy okrągłe ziarna, które nie wiążą się dobrze”). Zobacz także BBC Future, „Why the world is running out of sand” (listopad, 2019), dostępny pod adresem: <https://www.bbc.com/future/article/20191108-why-the-world-is-running-out-of-sand> (w którym wyjaśniono, że w Indiach piasek przydatny do użytku handlowego jest obecnie tak rzadki, że rynki jego sprzedaży są zdominowane przez „mafie piaskowe”). Zobacz także w ujęciu bardziej ogólnym D. Ioannidou; G. Meylan; G. Sonnemann; a także G. Habert, *Is gravel becoming scarce? Evaluating the local criticality of construction aggregates*, *Resources, Conservation and Recycling*, Volume 126 (2017), s. 26–33 (w którym stwierdza się niedobór żwiru użytecznego z punktu widzenia handlowego, szczególnie na poziomie lokalnym).

zagraniczna może mieć wpływ na projekty i programy leżące w interesie Unii, które są ustanowione na mocy prawa Unii w zakresie nakładów krytycznych i które są niezbędne dla zapewnienia bezpieczeństwa lub porządku publicznego.

84. Pomimo tej ogólnej możliwości powołania się na potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa dostaw niektórych surowców, w okolicznościach niniejszej sprawy trudno mi stwierdzić, że własność zagraniczna producenta stanowiącego zaledwie 0,52 % węgierskiej krajowej produkcji piasku, żwiru i gliny stanowi aktualne i dostatecznie poważne zagrożenie dla podstawowego interesu, jakim jest bezpieczeństwo łańcucha dostaw na Węgrzech.

85. Pytany o to podczas rozprawy rząd węgierski nie był w stanie przedstawić przekonującego powodu, dla którego ochrona Janes przed zagraniczną własnością miałaby stanowić *podstawowy* interes społeczeństwa węgierskiego (czy to na szczeblu lokalnym czy też krajowym). Nie wyjaśniono również, w jaki sposób taka zagraniczna własność zagraża *dostawom* tych materiałów dla lokalnych przedsiębiorstw budowlanych. Przecież Janes już teraz sprzedaje skarżącej 90 % swojej produkcji, a jedynie 10 % jest sprzedawane lokalnym przedsiębiorstwom<sup>65</sup>.

86. Zdecydowanie nie przekonuje mnie argument rządu węgierskiego, zgodnie z którym jakakolwiek zagraniczna własność kamieniołomu lub spółki prowadzącej taki kamieniołom może sama w sobie stanowić zagrożenie dla bezpieczeństwa dostaw, które w związku z tym uzasadniałoby ograniczenie bezpośrednich inwestycji zagranicznych w takie obiekty docelowe ze względów porządku publicznego. Moim zdaniem nawet z uwzględnieniem różnych kontekstów prawnych i politycznych w Unii Europejskiej i poza nią, nie istnieje żaden rozsądny ani przekonujący powód, dla którego państwa członkowskie powinny zachować ogólną podejrzliwość wobec wszystkich bezpośrednich inwestycji zagranicznych w związku z transakcjami pochodzącymi z państw trzecich<sup>66</sup>.

87. W związku z tym nawet jeśli prawo krajowe, takie jak ustawa LVIII 2020, mogłoby co do zasady stanowić, że monitorowanie „pośrednich” bezpośrednich inwestycji zagranicznych jest uzasadnione koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa dostaw niektórych surowców, na takie uzasadnienie można powołać się tylko wówczas, gdy można udowodnić, że własność zagraniczna nad źródłem takich materiałów stanowi aktualne i dostatecznie poważne zagrożenie dla bezpieczeństwa dostaw dla określonego regionu albo dla całego Węgier.

88. O ile do sądu krajowego należy potwierdzenie, czy takie uzasadnienie zostało przedstawione w zaskarżonej decyzji, to należy zwrócić uwagę, że z akt sprawy nie wynika, aby minister wyjaśnił, czy i w jaki sposób pośrednia własność zagraniczna Janes stanowi aktualne i dostateczne zagrożenie dla bezpieczeństwa dostaw żwiru, piasku i gliny na Węgrzech (w całym kraju lub danym regionie).

89. Nie musi to oznaczać, że ustawa LVIII 2020 sama w sobie jest sprzeczna z prawem Unii. Mogłoby wystarczyć zawarte w tej ustawie odesłanie do artykułów traktatu regulujących odstępstwa od podstawowych swobód rynkowych, do których minister musi się stosować<sup>67</sup>. Jednakże może to mieć miejsce tylko wtedy, gdy w rozumieniu prawa węgierskiego odesłanie to

<sup>65</sup> Zobacz pkt 2 postanowienia sądu odsyłającego.

<sup>66</sup> W tym względzie S. Hindelang, *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment. The Scope of Protection in EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 238 (który twierdzi, iż „utrzymywanie, że przepływy kapitałowe pochodzące ze Stanów Zjednoczonych stanowią średnio poważniejsze niebezpieczeństwo naruszenia prawa krajowego i regulacji niż – na potrzeby argumentacji powiedzmy – przepływy z Rumunii, jest co najmniej wysoce spekulatywne”).

<sup>67</sup> Artykuł 283 ust. 1 lit. b) ustawy LVIII z 2020 r. wymaga od ministra zbadania, czy dana inwestycja zagraża węgierskiemu interesowi narodowemu zgodnie z art. 36, art. 52 ust. 1 i art. 65 ust. 1 TFUE.

stanowi wystarczająco jasny obowiązek ministra do wyjaśnienia w każdej indywidualnej decyzji w sprawie monitorowania, *dlatego* dana bezpośrednia inwestycja zagraniczna stanowi aktualne i dostatecznie poważne zagrożenie dla podstawowego interesu Węgier. Ponieważ niezbędny stopień precyzji, z jakim nałożony został ten obowiązek w samym tekście ustawy, zależy, moim zdaniem, od kultury prawnej danego państwa członkowskiego, kwestię tę może ocenić jedynie sąd krajowy.

## 2. Proporcjonalność

90. Prawo krajowe regulujące mechanizmy monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych powinno również przewidywać wymóg, aby każda decyzja w sprawie monitorowania wydawana przez ministra na podstawie tego prawa była *właściwa* i *konieczna* dla ochrony przed aktualnym zagrożeniem podstawowego interesu społeczeństwa państwa członkowskiego.

91. Podobnie jak wymóg, aby samo uzasadnienie było zgodne z traktatem (zob. pkt 89 niniejszej opinii), może okazać się wystarczające, by prawo krajowe jedynie odwoływało się do postanowień o swobodnym przepływie, które wymagają pełnej kontroli proporcjonalności ograniczeń tych swobód. Istotne jest, że prawo to nakłada na wykonujące władze krajowe obowiązek wyjaśnienia, *dlatego* przyjęty środek (taki jak, w rozpatrywanej sprawie, zablokowanie nabycia przedsiębiorstwa unijnego) jest proporcjonalny.

92. Ocena, czy dany środek jest proporcjonalny, należy do sądu krajowego. Innymi słowy, gdyby sąd krajowy uznał, że dostawa piasku, żwiru i gliny stanowi podstawowy interes społeczeństwa węgierskiego, który jest rzeczywiście zagrożony, powinien w dalszej kolejności ocenić, czy zablokowanie nabycia Janes przez skarżącą stanowiłoby odpowiedź na to zagrożenie. Oznacza to, że zaskarżona decyzja musi być odpowiednia i konieczna dla usunięcia zarzucanego zagrożenia.

93. Ograniczę się do odnotowania, że z informacji zawartych w aktach sprawy nie wynika jasno, w jaki sposób zakaz pośredniej własności zagranicznej Janes przyczynia się do zabezpieczenia niezakłóconego zaopatrzenia lokalnych przedsiębiorstw budowlanych w piasek, żwir i glinę. Jak podniósł również Trybunał podczas rozprawy nic nie stoi na przeszkodzie, aby nawet węgierska spółka sprzedawała cały materiał wydobywany z kamieniołomu przedsiębiorstwom zagranicznym. Jednakże zakładając nawet, że powiązanie z wyznaczonym celem zostałoby w jakiś sposób ustalone, nadal pozostaje (równie niezbadana) kwestia, *dlatego* nie można było zamiast tego zastosować mniej restrykcyjnego środka, takiego jak lokalny kontyngent dystrybucyjny na warunkach rynkowych.

94. Jak już jednak stwierdzono do sądu krajowego należy ostatecznie ocena, czy minister wystarczająco uzasadnił, w jaki sposób przedmiotowy środek był *właściwy* i *konieczny* (czego nie dostrzegam).

#### IV. Wnioski

95. W świetle powyższego proponuję, aby na pierwsze pytanie skierowane przez Fővárosi Törvényszék (sąd dla miasta stołecznego Budapeszt, Węgry) Trybunał odpowiedział w następujący sposób:

Artykuł 4 ust. 2 TUE, art. 65 ust. 1 lit. b) TFUE oraz rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/452 z dnia 19 marca 2019 r. ustanawiające ramy monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych w Unii nie stoją na przeszkodzie przepisom krajowym, które umożliwiają monitorowanie bezpośrednich inwestycji zagranicznych pochodzących z państwa trzeciego w przedsiębiorstwo unijne, dokonywanych za pośrednictwem innego przedsiębiorstwa unijnego, jeżeli inwestycja ta skutkuje rzeczywistym udziałem przedsiębiorstwa z państwa trzeciego w zarządzaniu przedsiębiorstwem unijnym, w które zainwestowało, lub uzyskaniem nad nim kontroli.

Takie przepisy krajowe mogą stanowić, że monitorowanie transakcji jest uzasadnione koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa dostaw określonych surowców.

Takie przepisy krajowe muszą przewidywać, że indywidualne decyzje w sprawie monitorowania zawierają wyjaśnienie, dlaczego dana bezpośrednia inwestycja zagraniczna stanowi aktualne i dostatecznie poważne zagrożenie dla bezpieczeństwa dostaw oraz dlaczego dana decyzja w sprawie monitorowania jest właściwa i niezbędna do przeciwdziałania temu zagrożeniu.