



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
TAMARA ČAPETA
apresentadas em 30 de março de 2023¹

Processo C-106/22

Xella Magyarország Építőanyagipari Kft.
contra
Innovációs és Technológiai Miniszter,
sendo interveniente:

«JANES ÉS TÁRSA» Szállítmányozó, Kereskedelmi és Vendéglátó Kft.

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Fővárosi Törvényszék (Tribunal de Budapeste-Capital, Hungria)]

«Reenvio prejudicial — Competência — Liberdade de estabelecimento — Livre circulação de capitais — Regulamento (UE) 2019/452 — Análise dos investimentos — Decisão de bloquear a aquisição por uma sociedade da União de outra sociedade da União, devido à estrutura de propriedade estrangeira da primeira sociedade e do estatuto estratégico da sociedade-alvo»

I. Introdução

1. O quadro do presente caso é a aldeia de Lázi, no Distrito de Győr-Moson-Sopron (Hungria), onde existe uma pedreira da qual se extrai areia, argila e cascalho. O ministro da Inovação e Tecnologia húngaro (a seguir «Ministro») bloqueou a aquisição proposta pela recorrente, uma sociedade húngara, de outra sociedade húngara proprietária da pedreira em questão. Na decisão em que fundamentava esse veto, o Ministro alegou que seria contrário aos interesses nacionais húngaros permitir que uma sociedade controlada indiretamente por uma sociedade das Bermudas assumisse o controlo de uma sociedade que opera no domínio da extração de agregados de construção.

2. Essa decisão foi impugnada no Fővárosi Törvényszék (Tribunal de Budapeste-Capital, Hungria). No seu pedido de decisão prejudicial, o referido órgão jurisdicional pretende, especialmente, saber se a lei húngara que permite ao Ministro vetar a operação em causa é compatível com o artigo 65.º, n.º 1, alínea b), TFUE e com o Regulamento (UE) 2019/452 (a seguir «Regulamento análise dos IDE»)².

¹ Língua original: inglês.

² Regulamento (UE) 2019/452 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de março de 2019, que estabelece um regime de análise dos investimentos diretos estrangeiros na União (JO 2019, L 791, p. 1).

3. Assim, a questão essencial a que o Tribunal de Justiça deve responder é a de saber se o facto de uma pessoa de um país terceiro deter uma participação numa empresa da União é suscetível, em determinadas circunstâncias, de ameaçar a ordem pública nacional ou a segurança pública dos Estados-Membros. Se eu tivesse sido confrontada com essa questão há 20 anos, não teria tido a mais pequena dúvida de que estava perante um tipo de protecionismo que não pode ser tolerado numa economia de mercado livre e aberta.

4. No entanto, naquela época, conceitos como «*friend-shoring*» [aprovisionamento deliberado de materiais, bens ou serviços críticos junto de aliados que partilham os mesmos valores] ou «análise do investimento externo» eram menos conhecidos fora dos círculos da segurança nacional e teriam certamente sido considerados inaceitáveis pelos globalizadores convictos³. Agora, porém, estes conceitos estão destinados a definir os novos objetivos da política comercial da União⁴.

5. O mundo mudou, como todos os cidadãos da União viram e sentiram, quer sob a forma de prateleiras de supermercado vazias ou do aumento dos preços das faturas de energia. Com efeito, a agressão russa na Ucrânia expôs dolorosamente os perigos da dependência da boa vontade dos parceiros comerciais de ontem⁵. Assim, e especialmente quando estamos perante medidas que provavelmente representam um retrocesso na abertura do mercado interno da União em relação ao comércio com países terceiros, não devemos tirar conclusões precipitadas: os interesses geopolíticos estratégicos de amanhã são suscetíveis de influenciar os compromissos de hoje em matéria de comércio livre.

6. De que modo estes interesses são transpostos para a legislação e como se divide o poder de regulamentação entre a União e os seus Estados-Membros? O presente processo exige que o Tribunal de Justiça esclareça esta questão constitucional sobre as competências da União no domínio dos investimentos diretos provenientes de países terceiros. A introdução do conceito de «investimentos *diretos estrangeiros*» pelo Tratado de Lisboa no âmbito da política comercial comum revestirá particular importância nessa avaliação. De que modo este conceito se inscreve no conceito de «investimento *direto*» utilizado nas regras sobre a livre circulação de capitais? Em que medida os investimentos diretos provenientes do estrangeiro são uma questão da competência exclusiva da União para regular o comércio, e em que medida continuam a fazer parte da competência partilhada do mercado interno? A resposta a estas questões deve, por sua vez, esclarecer qual é a margem de apreciação de que os Estados-Membros gozam, à luz do atual quadro do Tratado, para analisar e bloquear a aquisição de sociedades situadas no seu território por razões de ordem pública ou de segurança pública.

II. O contexto jurídico e factual do presente processo e as questões prejudiciais

7. A Xella Magyarország Építőanyagipari Kft. (a seguir «recorrente») é uma sociedade húngara que produz elementos de betão para construção. É 100 % detida por uma sociedade alemã, a Xella Baustoffe GmbH (a seguir «Xella Alemanha»). Essa sociedade alemã é propriedade de uma sociedade luxemburguesa, a Xella International S.A. (a seguir «Xella Luxemburgo»), que, por sua vez, é propriedade da LSF10 XL Investments Limited, registada nas Bermudas (a seguir

³ Sobre o contexto político mais vasto de tais medidas, v. Hellendoorn, E., *What US outbound investment screening means for Transatlantic relations*, Atlantic Council, 8 de novembro de 2022, disponível em: <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/econographics/what-us-outbound-investment-screening-means-for-transatlantic-relations/>.

⁴ V., de uma forma geral, o programa de trabalho da Comissão 2023: Uma União firme e unida, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões [COM(2022) 548 final], p. 7 a 8.

⁵ V., a este respeito, *Político*, «Russia threatens to limit agri-food supplies only to “friendly” countries», disponível em: <https://www.politico.eu/article/russias-former-president-medvedev-warns-agricultural-supplies-restricted-to-friendly-countries/>.

«sociedade das Bermudas»). Resulta do pedido de decisão prejudicial do órgão jurisdicional de reenvio que a sociedade das Bermudas é uma filial da Lone Star Funds X (a seguir «Lone Star»), uma sociedade de participações privadas dos Estados Unidos. O fundador e proprietário da Lone Star é uma pessoa singular de nacionalidade irlandesa.

8. A «Janes és Tárša» Szállítmányozó, Kereskedelmi és Vendéglátó Kft. (a seguir «Janes») é uma sociedade húngara proprietária de uma pedreira na Hungria. A sua atividade consiste na extração de certos agregados de construção, nomeadamente areia, cascalho e argila. A sua produção desses agregados representa 0,52 % da produção nacional da Hungria. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a recorrente é o maior comprador da Janes, dado que adquire aproximadamente 90 % da sua produção total. Os restantes 10 % dos materiais extraídos pela Janes são adquiridos por empresas de construção locais.

9. Em 29 de outubro de 2020, a recorrente negociou a aquisição de 100 % das participações da Janes.

10. A lei húngara em causa no presente processo (a seguir «Lei LVIII de 2020»)⁶ exige, entre outras coisas, que as aquisições de «sociedades estratégicas» por «investidores estrangeiros» sejam notificadas ao Ministro. Nos termos do artigo 276.º, n.º 2, alínea a), dessa lei, o conceito de «investidor estrangeiro» abrange não só os nacionais ou pessoas coletivas de um país terceiro, mas também as sociedades registadas na Hungria ou noutro Estado-Membro em que uma pessoa singular ou coletiva de um país terceiro disponha de uma «influência determinante»⁷. À luz das atividades enumeradas no Anexo 1, categoria 22 («matérias-primas de importância crucial»), subcategoria 8 («outros tipos de indústrias extrativas») do Decreto Governamental 289/2020⁸, parece consensual que a Janes é considerada uma «sociedade estratégica» na aceção da Lei LVIII de 2020⁹.

11. Tendo em conta a sua participação indireta estrangeira e a designação da Janes como uma «sociedade estratégica», a recorrente notificou ao Ministro a aquisição planeada.

12. Por Decisão de 20 de julho de 2021 (a seguir «decisão impugnada»), o Ministro bloqueou essa aquisição. Essa decisão foi adotada nos termos do artigo 283.º da Lei LVIII de 2020, que habilita o Ministro a examinar se a operação notificada prejudica ou ameaça prejudicar interesses nacionais húngaros, a segurança ou a ordem pública. Se este considerar que é esse o caso, deve bloquear a operação.

13. Na fundamentação da decisão impugnada, o Ministro salienta que a estrutura de propriedade da recorrente assenta na detenção direta por uma sociedade alemã e na sua detenção indireta por uma sociedade luxemburguesa e uma sociedade das Bermudas. Segundo o Ministro, um dos problemas que afetam o setor da construção na Hungria é a escassez de quantidades suficientes de matérias-primas para a construção. No setor da produção de agregados de construção, uma

⁶ A veszélyhelyzet megszűnésével összefüggő átmeneti szabályokról és a járványügyi készsütségről szóló 2020. évi LVIII. törvény (Lei LVIII de 2020 sobre as Normas Transitórias relativas ao Fim do Estado de Alerta e à Crise Epidemiológica).

⁷ Relativamente ao significado de «influência determinante», a Lei LVIII de 2020 remete para o Código Civil húngaro, que parece considerar que uma participação superior a 50 % satisfaz esse critério. É, portanto, inquestionável que esse limiar é atingido no presente caso.

⁸ A magyarországi székhelyű gazdasági társaságok gazdasági célú védelméhez szükséges tevékenységi körök meghatározásáról szóló 289/2020 (VI. 17) Korm. rendelet [Decreto Governamental n.º 289/2020 (VI. 17) relativo à Definição das Categorias de Atividades Necessárias para a Proteção dos Interesses Económicos das Sociedades Comerciais Estabelecidas na Hungria] (a seguir «Decreto Governamental n.º 289/2020»).

⁹ Embora, conforme observarei no n.º 82 das presentes conclusões, fosse possível argumentar que a areia, o cascalho e a argila não constituem (ainda) «matérias-primas de importância crucial».

significativa quota de mercado já é detida por sociedades estrangeiras. O Ministro salienta igualmente que é de importância estratégica que a extração e o abastecimento de matérias-primas sejam assegurados. Se a Janes ficasse nas mãos de sociedades ou de nacionais das Bermudas, isso representaria um risco a longo prazo no tocante à garantia do abastecimento de materiais de construção.

14. A recorrente interpôs recurso da decisão impugnada no órgão jurisdicional de reenvio. Alega, em substância, que a referida decisão constitui uma restrição à livre circulação de capitais que não pode ser justificada nos termos do artigo 65.º, n.º 1, alínea b), TFUE.

15. Foi neste contexto factual e jurídico que o Fővárosi Törvényszék (Tribunal de Budapeste-Capital) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1) Atendendo aos considerandos 4 e 6 do [Regulamento 2019/452], e ao disposto no artigo 4.º, n.º 2, TUE, deve o artigo 65.º, n.º 1, alínea b), TFUE ser interpretado no sentido de que inclui a possibilidade de criar um regime como o do [Título 85] [da Lei LVIII de 2020], e em particular como os dos seus artigos 276.º, n.ºs 1 e 2, alínea a), e 283.º, n.º 1), alínea b)?
- 2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, o simples facto de a Comissão ter iniciado um procedimento de controlo das operações de concentração, ter exercido os seus poderes e ter autorizado uma operação de concentração relativa à cadeia de propriedade de um investidor estrangeiro indireto, impede o exercício do poder decisório ao abrigo do direito do Estado-Membro aplicável?»

16. Apresentaram observações escritas a recorrente, os Governos italiano e húngaro e a Comissão Europeia. O Governo húngaro e a Comissão apresentaram alegações orais na audiência que teve lugar em 8 de dezembro de 2022.

III. Análise

17. As presentes conclusões estão estruturadas da seguinte forma. Começarei por explicar o meu entendimento sobre os motivos que levaram o órgão jurisdicional de reenvio a submeter a primeira questão prejudicial ao Tribunal de Justiça¹⁰. Consequentemente, proporei a reformulação dessa questão (A). Depois, avaliarei como é que o direito da União se aplica aos mecanismos de análise dos investimentos diretos estrangeiros dos Estados-Membros (B). A resposta a essa questão é pertinente tanto no que se refere à competência do Tribunal de Justiça (C) como para apreciar a compatibilidade da Lei LVIII de 2020 com o direito da União, sobre a qual me debruçarei na última parte das presentes conclusões (D).

A. Reformulação da primeira questão prejudicial

18. O órgão jurisdicional de reenvio é chamado a decidir se confirma ou anula a decisão impugnada. Contudo, a sua primeira questão não está formulada de modo que peça ao Tribunal de Justiça que se pronuncie sobre a compatibilidade dessa decisão com o direito da União. Pelo contrário, parece interrogar-se apenas sobre um possível cenário em que essa decisão seria

¹⁰ Uma vez que o Tribunal de Justiça solicitou a minha opinião apenas em relação à primeira questão, não examinarei a segunda questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio.

considerada inválida, a saber a falta de *competência* da Hungria para adotar a Lei LVIII de 2020. Se a Hungria não estivesse habilitada para adotar a Lei LVIII de 2020, pode-se presumir que a decisão impugnada cairia automaticamente com ela.

19. O órgão jurisdicional de reenvio expressou as suas dúvidas principalmente quanto à conformidade de duas disposições da Lei LVIII de 2020 com o direito da União, levantando assim duas questões diferentes de interpretação do direito da União. Em primeiro lugar, a referência feita ao artigo 276.º, n.º 2, alínea a), desta lei levanta, particularmente, a questão de saber se os mecanismos nacionais de análise dos investimentos diretos estrangeiros podem aplicar-se a investimentos diretos provenientes de países terceiros realizados através de sociedades estabelecidas na União. Em segundo lugar, a referência ao artigo 283.º, n.º 1), alínea b), levanta a questão de saber quais as condições que o direito da União impõe para a adoção de decisões de análise individuais.

20. Na minha opinião, a resposta do Tribunal de Justiça não deixará necessariamente ao órgão jurisdicional de reenvio uma opção binária (ou seja, por um lado, considerar que a referida lei é válida no que respeita à competência e, conseqüentemente, aplicável no presente processo ou, por outro, considerar que é contrária ao direito da União e, conseqüentemente, inaplicável). Ao invés, a resposta que o Tribunal de Justiça dará à primeira questão deve também permitir ao órgão jurisdicional de reenvio determinar o que o direito da União exige para que as decisões adotadas ao abrigo da Lei LVIII de 2020 possam ser consideradas válidas quanto ao mérito. Portanto, mesmo que a resposta dada no âmbito do presente processo permita ao órgão jurisdicional de reenvio concluir que a Lei LVIII de 2020, interpretada em conformidade com o direito da União, pode servir de base jurídica para as decisões de análise dos investimentos adotadas pelo Ministro, isso não conduz necessariamente à conclusão de que a decisão especificamente em causa no presente caso também deve ser considerada válida. O próprio órgão jurisdicional de reenvio deve ainda determinar se essa decisão satisfaz os requisitos impostos pelo direito da União.

21. Por conseguinte, proponho que a primeira questão seja reformulada da seguinte forma: o artigo 4.º, n.º 2, TUE, o artigo 65.º, n.º 1, alínea b), TFUE e o Regulamento Análise dos IDE permitem, e, em caso afirmativo, em que condições, que um Estado-Membro adote uma lei que obriga as empresas da União controladas indiretamente por uma pessoa singular ou coletiva de um país terceiro a notificar a sua intenção de adquirir o controlo de uma empresa registada nesse Estado-Membro e que, após essa notificação, habilita as autoridades a bloquear a aquisição notificada com o fundamento de que pode afetar os interesses nacionais, a ordem pública ou a segurança pública do Estado-Membro em virtude de essa empresa extrair matérias-primas como areia, cascalho e argila e fornecer esses materiais ao setor da construção local?

B. De que modo o direito da União se aplica aos mecanismos nacionais de análise dos investimentos diretos estrangeiros?

22. O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a conformidade da Lei LVIII de 2020 com o direito da União, e menciona na sua questão o artigo 65.º, n.º 1, TFUE e o Regulamento Análise dos IDE. A Comissão, por seu lado, considera que o Regulamento Análise dos IDE não é aplicável. Sugere que o presente processo deve ser decidido unicamente com base nas disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento. Portanto, é necessário em primeiro lugar determinar quais destes vários elementos do direito primário e derivado da União são pertinentes para responder à primeira questão submetida ao Tribunal de Justiça.

1. Interação entre as competências relativas ao mercado interno e à política comercial comum

23. O Tratado de Lisboa alargou o âmbito de aplicação da política comercial comum ao incluir o «investimento estrangeiro direto» nas competências enumeradas no artigo 207.º, n.º 1, TFUE. No seu Parecer 2/15 (Acordo de Comércio Livre entre a União e Singapura)¹¹, o Tribunal de Justiça esclareceu pela primeira vez o significado dessa inclusão. Indica que esse conceito deve ser entendido no sentido de englobar os «investimentos realizados por pessoas singulares ou coletivas [de um] Estado terceiro na União e inversamente, *que deem a possibilidade de participar efetivamente na gestão ou no controlo de uma sociedade* que exerça uma atividade económica»¹². Para explicar o conceito de «investimento estrangeiro direto» na aceção do artigo 207.º, n.º 1, TFUE, o Tribunal de Justiça adotou a mesma definição que tinha utilizado para descrever o conceito de «investimentos diretos» no mercado interno. Considerou que «consistem em investimentos de qualquer natureza efetuados por pessoas singulares ou coletivas e que servem para criar ou manter relações duradouras e diretas entre o investidor e a empresa a que se destinam os fundos com vista ao exercício de uma atividade económica. A aquisição de uma participação numa empresa constituída sob a forma de sociedade anónima é um investimento direto quando as ações detidas pelo acionista lhe dão a possibilidade de participar efetivamente na gestão dessa sociedade ou no seu controlo»¹³.

24. Das partes citadas do parecer decorrem duas consequências diretas. Em primeiro lugar, a interpretação do Tribunal de Justiça exporta para o domínio da política comercial comum a definição de investimento direto que a jurisprudência tem vindo a utilizar há algum tempo nos processos relativos ao mercado interno¹⁴. Em segundo lugar, o conceito de investimento direto estrangeiro consagrado no artigo 207.º, n.º 1, TFUE exclui desse domínio o investimento minoritário ou de curto prazo¹⁵.

25. A política comercial comum faz parte das competências exclusivas da União, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, alínea e), TFUE. A inclusão dos investimentos diretos estrangeiros no âmbito dessa política permite à União prosseguir, de forma global e coerente (ou seja, excluindo a eventual regulamentação dos Estados-Membros), uma política comercial que cubra todo o ciclo de vida de um investimento realizado no estrangeiro. Como tal, o âmbito «alargado» da política comercial comum assegura que as atividades comerciais da União com países terceiros se mantêm dinâmicas e capazes de evoluir a par da natureza do comércio internacional¹⁶.

26. Dito isto, não posso deixar de notar que essa inclusão criou uma certa sobreposição e tensão no âmbito da competência partilhada do mercado interno.

¹¹ Parecer de 16 de maio de 2017 (EU:C:2017:376).

¹² *Ibid.*, n.º 82. O sublinhado é meu.

¹³ *Ibid.*, n.º 80. No mesmo número, o Tribunal de Justiça remete para os seus acórdãos anteriores sobre a distinção entre investimentos diretos e minoritários; v. Acórdãos de 12 de dezembro de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774, n.ºs 181 e 182); de 26 de março de 2009, *Comissão/Itália* (C-326/07, EU:C:2009:193, n.º 35); e de 24 de novembro de 2016, *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, n.ºs 75 e 76).

¹⁴ V., por exemplo, Acórdão de 26 de março de 2009, *Comissão/Itália* (C-326/07, EU:C:2009:193, n.ºs 35 e 36 e jurisprudência referida) (que distingue o investimento que conduz ao exercício da participação efetiva numa empresa de outros tipos de participação menores).

¹⁵ Segundo o Tribunal de Justiça, apenas o investimento que conduz ao controlo ou à participação efetiva numa entidade é de molde a abranger uma atividade económica que «poderá ter efeitos diretos e imediatos nas trocas comerciais entre esse Estado terceiro e a União». V. Parecer 2/15 (Acordo de Comércio Livre entre a UE e Singapura), de 16 de maio de 2017 (EU:C:2017:376, n.º 84).

¹⁶ V., neste sentido, especialmente, Parecer 1/78 (Acordo internacional sobre a borracha natural), de 4 de outubro de 1979 (EU:C:1979:224, n.ºs 44 e 45) (que explica que uma interpretação restritiva tornaria a política comercial comum «cada vez más insignificante»). V., também, a este respeito, Conclusões do advogado-geral N. Whal no Parecer 3/15 (Tratado de Marraquexe para facilitar o acesso a obras publicadas), de 14 de fevereiro de 2017 (EU:C:2016:657, n.º 43), (em que se observa que, à medida que as práticas, padrões e tendências comerciais evoluem com o tempo, o tema da política comercial comum deve evoluir com eles).

27. Os investimentos diretos também fazem parte da livre circulação de capitais e, por conseguinte, são abrangidos pelo âmbito do mercado interno¹⁷. No entanto, se o investimento atravessar apenas fronteiras internas da União, pode ser abrangido quer pela liberdade de estabelecimento (artigos 49.º e 54.º TFUE) quer pela livre circulação de capitais (artigo 63.º, n.º 1, TFUE), em função da forma de participação em causa¹⁸. Por um lado, os investimentos diretos, ou seja, a participação numa empresa que confere ao investidor a possibilidade de participar efetivamente na sua gestão e controlo, é regulado pelas regras relativas à liberdade de estabelecimento¹⁹. Por outro lado, o investimento de curto prazo ou minoritário, ou seja, a aquisição de ações com a única finalidade de realizar uma aplicação financeira sem intenção de influenciar a gestão e o controlo da empresa em causa, deve ser examinado exclusivamente à luz da liberdade de circulação de capitais²⁰.

28. Assim, embora a regulamentação dos investimentos em empresas da União por outras empresas da União no mercado interno esteja dividida entre duas liberdades de mercado, os investimentos de empresas de países terceiros são regidos unicamente pelas regras relativas à livre circulação de capitais. Esta última liberdade tem um carácter único, uma vez que é a única liberdade de mercado baseada no Tratado que não só confere direitos aos cidadãos da União mas também a empresas de países terceiros.

29. Decorre do exposto que, desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, os investimentos provenientes de países terceiros que permitem uma participação ou controlo efetivos numa empresa estão abrangidos por duas competências diferentes da União: uma exclusiva (a política comercial comum) e uma partilhada (as disposições relativas ao mercado interno sobre a livre circulação de capitais). Em cada um desses domínios, os Estados-Membros têm uma margem de manobra diferente para regular de forma unilateral. Estão, em princípio, impedidos de agir de forma unilateral no domínio das competências exclusivas (mesmo que a União não tenha agido), ao passo que, se se tratar de uma competência partilhada, os Estados-Membros podem agir desde que não sejam impedidos de o fazer por medidas adotadas a nível da União²¹.

30. Esta sobreposição suscita a questão da fronteira entre estes dois tipos de competências e conduz-me à aplicação do Regulamento Análise dos IDE.

¹⁷ V. Acórdão de 22 de outubro de 2013, *Essent e o.* (C-105/12 a C-107/12, EU:C:2013:677, n.º 40 e jurisprudência referida).

¹⁸ Acórdão de 12 de dezembro de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774, n.º 37), (que concluiu que a liberdade de estabelecimento se aplica apesar de a legislação em causa nesse processo também afetar potencialmente a livre circulação de capitais no caso de participações menores). Esta abordagem foi posteriormente confirmada no Acórdão de 13 de novembro de 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11, EU:C:2012:707, n.º 95 e jurisprudência referida).

¹⁹ V., inicialmente, Acórdão de 13 de abril de 2000, *Baars* (C-251/98, EU:C:2000:205, n.ºs 21 e 22) (que declarou que ser titular de uma influência certa sobre as decisões de uma empresa permite determinar as atividades dessa empresa, pelo que a liberdade de estabelecimento é aplicável).

²⁰ V., entre outros, Acórdão de 10 de fevereiro de 2011, *Haribo Lakritzen Hans Riegel e Österreichische Salinen* (C-436/08 e C-437/08, EU:C:2011:61, n.º 35 e jurisprudência referida).

²¹ V., neste sentido, as minhas Conclusões no processo *ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft* (C-500/20, EU:C:2022:79, n.º 64).

2. Explicação do Regulamento Análise dos IDE

31. O Regulamento Análise dos IDE, adotado como medida de política comercial comum com base no artigo 207.º, n.º 1, TFUE, reflete a resposta do legislador da União à perceção de uma necessidade política que surgiu no contexto de alterações da ordem económica global²².

32. Descreveria o Regulamento Análise dos IDE como uma espécie de ornitorrinco, uma criatura estranha comparativamente com o tipo de regulamentos «ordinários» previsto pelo artigo 288.º TFUE²³. Através desses instrumentos legislativos, o legislador da União adota habitualmente regras vinculativas que são diretamente aplicáveis em todos os Estados-Membros. No entanto, o Regulamento Análise dos IDE não impõe regras vinculativas, nem introduz um mecanismo comum de análise dos investimentos diretos estrangeiros. Em vez disso, limita-se a autorizar os Estados-Membros, sem os obrigar a tal, a adotarem legislação que regule a análise dos investimentos diretos estrangeiros²⁴. Além dessa autorização, esse regulamento também estabelece um quadro de normas comuns no qual se devem inscrever esses mecanismos nacionais (caso sejam instituídos), pelo que a legislação nacional existente está apenas parcialmente harmonizada.

33. Uma forma de explicar essa opção legislativa é considerar que o Regulamento Análise dos IDE serve para colmatar o fosso entre a competência partilhada de regulamentar os investimentos diretos (estrangeiros) do ponto de vista do mercado interno e estabelecer uma abordagem uniforme da análise dos «investimentos diretos estrangeiros» no exercício da competência exclusiva da União em matéria de política comercial comum²⁵.

34. No meu entender, esse argumento é contundente. O facto é que antes da entrada em vigor do Regulamento Análise dos IDE, vários Estados-Membros tinham adotado medidas para controlar os movimentos de capitais provenientes de países terceiros para o seu território²⁶. Estes mecanismos refletem as preocupações de ordem pública ou de segurança pública dos Estados-Membros que podem estar associadas a certos movimentos de capitais provenientes do estrangeiro. Tendo em conta a competência partilhada dos Estados-Membros em matéria de mercado interno, teria sido inteiramente legítimo basear essas medidas nacionais nas derrogações permitidas ao abrigo do artigo 65.º, n.º 1, alínea b), TFUE²⁷. No entanto, desde a

²² V., a este respeito, Documento de reflexão da Comissão — Controlar a globalização [COM(2017) 240 final], p. 15 (que faz referência aos riscos associados, nomeadamente, às empresas detidas pelo Estado que absorvem por razões estratégicas empresas europeias que dispõem de tecnologias chave). Alguns autores afirmam que um controlo mais rigoroso dos investimentos internos é útil para criar uma melhor posição negocial para a União nas suas relações externas, permitindo-lhe trabalhar no sentido da abertura dos mercados estrangeiros ao investimento europeu. V., em geral, 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*, vol. 46(2), 2019, p. 105 a 128.

²³ Dito isto, é bastante óbvio que o legislador da União recorreu a um regulamento, porque o artigo 207.º, n.º 2, TFUE prescreve a utilização de um regulamento para a adoção de medidas «que definem o quadro em que é executada a política comercial comum». Ou seja, não obstante o que dispõe o artigo 288.º TFUE, esse instrumento legislativo é mais facilmente assimilado a uma diretiva.

²⁴ Note-se que, embora o considerando 8 do Regulamento Análise dos IDE explique que os Estados-Membros não estão obrigados a adotar um mecanismo de análise, parecem ser fortemente incentivados a fazê-lo. V., a este respeito, Comunicação da Comissão, Orientações para os Estados-Membros relativas a investimento direto estrangeiro e livre circulação de capitais provenientes de países terceiros, e proteção dos ativos estratégicos da Europa, antes da aplicação do [Regulamento Análise dos IDE] (JO 2020, C 99 I, p. 1 e 2).

²⁵ V., a este respeito, Cremona, M., «Regulating FDI in the EU Legal Framework», in Bourgeois, J.H.J. (ed.), *EU Framework for Foreign Direct Investment Control*, Wolters Kluwer, Alphen-sur-le-Rhin, 2019, p. 35.

²⁶ Resulta da lista de mecanismos de análise notificados pelos Estados-Membros elaborada pela Comissão em conformidade com o artigo 3.º, n.º 8, do Regulamento Análise dos IDE, que um grande número de Estados-Membros já dispunha de algum tipo de mecanismo de análise antes da data de entrada em vigor desse regulamento.

²⁷ V., a este respeito, considerando 4 do Regulamento Análise dos IDE, que refere que esse regulamento «não prejudica o direito de os Estados-Membros derogarem a livre circulação de capitais, tal como previsto no artigo 65.º, n.º 1, alínea b), do TFUE», e que o órgão jurisdicional de reenvio invoca na sua primeira questão.

inclusão pelo Tratado de Lisboa dos movimentos de capitais que consistem em «investimentos estrangeiros diretos» na competência exclusiva de política comercial comum, é possível que esses mecanismos nacionais que regulam os movimentos de capitais provenientes de países terceiros se tenham tornado inválidos.

35. Examinado sob esse ponto de vista, pode-se considerar que o Regulamento Análise dos IDE restabelece a legalidade dos mecanismos de análise dos investimentos diretos estrangeiros existentes nos Estados-Membros²⁸. Por outras palavras, o Regulamento Análise dos IDE devolve as competências aos Estados-Membros por via de «delegação», num domínio em que estes as tinham perdido com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa²⁹.

36. Uma questão conexa é a de saber se a competência em matéria de política comercial comum pode ser utilizada como um instrumento para harmonizar as legislações nacionais. Como exposto, o Regulamento Análise dos IDE contém algumas regras que todos os mecanismos de análise dos Estados-Membros devem seguir. Como tal, poder-se-ia defender que a harmonização da legislação nacional que permite a análise dos investimentos diretos estrangeiros deve basear-se nas disposições relativas ao mercado interno, como o artigo 64.º TFUE. Porém, na minha opinião, o simples facto de um ato da União harmonizar as leis nacionais não o exclui necessariamente do âmbito da política comercial comum. Com efeito, um ato da União pode estar abrangido pelo âmbito da política comercial comum se esse ato versar sobre as trocas comerciais com um ou vários Estados terceiros, desde que se destine «essencialmente a promovê-las, a facilitá-las ou a regulá-las e tenha efeitos diretos e imediatos nelas»³⁰. É evidente que a harmonização dos mecanismos nacionais de análise dos investimentos diretos estrangeiros tem esse impacto³¹.

37. Tendo em consideração o que antecede, pode-se considerar que o Regulamento Análise dos IDE, que preserva os mecanismos nacionais de análise e, ao mesmo tempo, introduz algumas regras comuns, aplica o artigo 207.º, n.º 6, TFUE. Esta disposição estabelece que as competências atribuídas à União no âmbito da política comercial comum não afetam a delimitação de competências entre a União e os seus Estados-Membros. Uma vez que os investimentos diretos provenientes de países terceiros também continuam a ser uma questão do mercado interno (ou seja, uma competência partilhada), a introdução de um mecanismo comum de análise dos investimentos diretos «estrangeiros», que substituiria os mecanismos dos Estados-Membros, teria de ser justificada em termos de subsidiariedade. Isso poderia explicar que o legislador da

²⁸ O artigo 2.º, n.º 1, TFUE, relativo às competências exclusivas da União, estabelece que, nesses domínios, os Estados-Membros só podem legislar se habilitados pela União.

²⁹ Caso contrário, uma vez que o Regulamento Análise dos IDE nem sequer obriga os Estados-Membros a estabelecerem mecanismos de análise, poder-se-ia argumentar que era desnecessário um ato juridicamente vinculativo. Com efeito, teria sido suficiente que a União utilizasse algum tipo de medidas não vinculativas para incitar os Estados-Membros a agirem. Por conseguinte, a escolha de um ato juridicamente vinculativo poderia também ser explicada pela necessidade de resolver o problema de competência criado pelo Tratado de Lisboa, exigindo, portanto, alguma manifestação da «capacitação» dos Estados-Membros.

³⁰ Parecer 2/15 (Acordo de Comércio Livre entre a União e Singapura), de 16 de maio de 2017 (EU:C:2017:376, n.º 36 e jurisprudência referida). V. também, por analogia, Acórdão de 18 de julho de 2013, Daiichi Sankyo e Sanofi-Aventis Deutschland (C-414/11, EU:C:2013:520, n.º 52) (que declarou que as medidas pela União em matéria de propriedade intelectual, compreendida na competência partilhada, «que apresentam uma ligação específica com as trocas comerciais internacionais são suscetíveis de se integrarem no conceito de “aspectos comerciais da propriedade intelectual” referido no artigo 207.º, n.º 1, TFUE e, assim, no domínio da política comercial comum»).

³¹ A este respeito, v. Parecer 2/15 (Acordo de Comércio Livre entre a UE e Singapura), de 16 de maio de 2017 (EU:C:2017:376, n.º 84) no qual o Tribunal de Justiça explicou que a «delimitação do âmbito de aplicação da política comercial comum no que diz respeito aos investimentos estrangeiros traduz o facto de que qualquer ato da União que promova, facilite ou regule a participação, por uma pessoa singular ou coletiva de um Estado terceiro na União e inversamente, na gestão ou no controlo de uma sociedade que exerça uma atividade económica poderá ter efeitos diretos e imediatos nas trocas comerciais entre esse Estado terceiro e a União, ao passo que, no caso de investimentos que não conduzam a essa participação, esta ligação específica com essas trocas comerciais não se verifica».

União tenha optado (pelo menos por enquanto)³² por um sistema descentralizado de análise dos investimentos diretos estrangeiros que se subordina às escolhas regulamentares dos Estados-Membros. Essas escolhas são, todavia, enquadradas pelas regras relativas ao mercado interno, nomeadamente as que regem as derrogações às liberdades fundamentais do mercado.

3. O Regulamento Análise dos IDE aplica-se ao presente processo?

38. O que antecede leva-me a concluir que não existe nenhum obstáculo à inclusão de um mecanismo nacional de análise dos investimentos diretos «estrangeiros», como o previsto na Lei LVIII de 2020, no âmbito do Regulamento Análise dos IDE.

39. Isto leva-me à posição da Comissão. Esta considera que o Regulamento Análise dos IDE não pode ser aplicado no presente processo porque as empresas da União não podem ser sujeitas a análise nos termos desse regulamento. A recorrente, cujo investimento proposto foi bloqueado, é uma sociedade com sede na União. De acordo com o artigo 54.º TFUE e a jurisprudência pertinente, a «nacionalidade» de uma empresa depende apenas da sua sede social, sendo irrelevante a sua estrutura acionista³³.

40. Na audiência, a Comissão salientou que, em conformidade com o artigo 2.º, n.º 2, do Regulamento Análise dos IDE, um «investidor estrangeiro» é uma empresa de um país terceiro que pretenda realizar ou tenha realizado um investimento direto estrangeiro. A Comissão colocou especial ênfase no facto de essa definição abranger apenas pessoas singulares ou coletivas «de um país terceiro». Por conseguinte, esse regulamento não se poderia, em princípio, aplicar a sociedades com sede na União. Assim, a recorrente, uma sociedade registada na Hungria, não pode ser vista como uma empresa de um país terceiro. Por conseguinte, o Regulamento Análise dos IDE não é aplicável «*ratione personae*».

41. A meu ver, nas suas observações sobre a inaplicabilidade do Regulamento Análise dos IDE, a Comissão ignora convenientemente o seu artigo 2.º, n.º 1. Essa disposição define o que, para efeitos desse regulamento, se entende por investimento direto estrangeiro, ou seja, «um investimento *de qualquer natureza* por um investidor estrangeiro a fim de criar ou manter relações duradouras e diretas entre o investidor estrangeiro e o empresário ou a empresa à qual o capital é disponibilizado com vista ao exercício de uma atividade económica num Estado-Membro, incluindo os investimentos que permitam uma participação efetiva na gestão ou no controlo de uma empresa que exerça uma atividade económica»³⁴.

42. O âmbito de aplicação do Regulamento Análise dos IDE, como definido no seu artigo 1.º, n.º 1, abrange o estabelecimento de um regime de análise, pelos Estados-Membros, dos *investimentos diretos estrangeiros* na União. Este conceito abarca, por sua vez, investimentos de qualquer tipo através dos quais o investidor estrangeiro adquira uma participação efetiva numa empresa da União ou o seu controlo.

43. Escusado será dizer que o Regulamento Análise dos IDE visa apenas os investidores estrangeiros. Contudo, para poder controlar esses investidores, abarca todo o tipo de investimento possível através do qual um investidor estrangeiro adquire o controlo de uma

³² Constatado que o programa de trabalho da Comissão para 2023 parece ter por objetivo um reforço do Regulamento Análise dos IDE. V. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Programa de trabalho da Comissão 2023, Uma União firme e unida [COM(2022) 548 final], p. 7 e 8.

³³ V., nomeadamente, Acórdão de 1 de abril de 2014, *Felixstowe Dock and Railway Company e o.* (C-80/12, EU:C:2014:200, n.º 40).

³⁴ O sublinhado é meu.

empresa da União. Por outras palavras, não impõe nenhuma limitação quanto à estrutura ou ao próprio processo do investimento. Portanto, para que um investimento seja abrangido pelo âmbito de aplicação do Regulamento Análise dos IDE, não é necessário que o processo de investimento seja conduzido de forma direta (como quando um investidor estrangeiro adquire o controlo de uma empresa da União comprando diretamente as suas ações), mas também pode ser realizado de forma indireta (como quando um investidor estrangeiro adquire o controlo de uma empresa da União adquirindo as suas ações por intermédio de outra empresa da União). O que importa é determinar *quem*, no final de contas, *adquire o controlo* da empresa da União em causa.

44. O Governo italiano apoia essa interpretação do âmbito de aplicação do Regulamento Análise dos IDE. Esse governo também apresenta um argumento contextual pertinente a esse respeito. Ao indicar, no seu artigo 4.º, n.º 2, alínea a), os fatores que podem ser tomados em consideração para determinar se um investimento direto estrangeiro é suscetível de afetar a segurança ou a ordem pública, o Regulamento Análise dos IDE estabelece que se pode ter em conta «[s]e o investidor estrangeiro é controlado direta ou indiretamente pelo governo». Consequentemente, o Governo italiano considera que, se o controlo indireto por um investidor de um país terceiro é pertinente para determinar se um país terceiro é responsável por um determinado investimento, também deve sê-lo no caso de um investidor estabelecido na União que pode, de facto, ser controlado por um investidor de um país terceiro. O Regulamento Análise dos IDE inclui, portanto, os investimentos diretos estrangeiros «indiretos».

45. No meu entender, qualquer outra interpretação seria contrária ao objetivo do Regulamento Análise dos IDE, a saber, permitir a análise dos investimentos diretos estrangeiros para determinar se o investimento em causa é suscetível de pôr em perigo (ou pelo menos ameaçar pôr em perigo) a ordem pública ou a segurança da União ou dos Estados-Membros. Isto aplica-se tanto às aquisições diretas a partir do estrangeiro como aos acordos através dos quais o capital é transferido para uma entidade com sede na União, com o objetivo de atingir um determinado alvo. Na minha opinião, aceitar a posição da Comissão e basear-se apenas no critério formal da sede de uma empresa, sem ter em conta quem adquire o controlo do alvo do investimento através de uma determinada operação, seria ignorar tanto a realidade do mundo dos negócios como o objetivo da análise do investimento direto estrangeiro³⁵.

46. Tanto nas suas observações escritas como na audiência, a Comissão adotou a posição de que os investimentos diretos estrangeiros «indiretos» só excepcionalmente podiam ser abrangidos pelo âmbito de aplicação do Regulamento Análise dos IDE, a fim de impedir que os mecanismos de análise sejam contornados. A Comissão observa que o Regulamento Análise dos IDE faz referência a esse contorno dos mecanismos no considerando 10 e exige, por força do seu artigo 3.º, n.º 6, que os Estados-Membros que dispõem de mecanismos de análise adotem as medidas necessárias para identificar e impedir que sejam contornados os mecanismos de análise nacionais e as decisões de análise conexas. O conceito de «contornados» só se estende aos «investimentos realizados a partir da União» caso esses investimentos (i) sejam feitos «por meio de *operações artificiais*»; (ii) caso «[essas operações] não reflitam a realidade económica»; (iii) caso «contornem os mecanismos de análise e as decisões de análise». Não parece ser o que sucede no presente caso.

³⁵ Como Cohen já afirmou no seu artigo de referência de 1935, a sede de uma empresa não diz quase nada sobre as suas atividades; v., a este respeito, Cohen, F. S., «Transcendental Nonsense and the Functional Approach», *Columbia Law Review*, vol. 35(6), 1935, p. 809, ponto 810.

47. Ora, a menos que os mecanismos de análise sejam contornados através de um instrumento distinto especificamente concebido para o efeito, o próprio ato de determinar que um mecanismo de análise foi contornado exige a análise de uma determinada operação de capital. Por outras palavras, é preciso que uma operação seja abrangida pelo âmbito de aplicação do Regulamento Análise dos IDE para determinar se se destina efetivamente a contornar os mecanismos ou decisões de análise nacionais.

48. Em qualquer caso, excluir um tipo de operação como a que está em causa no presente processo do âmbito de aplicação do Regulamento Análise dos IDE prejudicaria o próprio objetivo de análise dos investimentos diretos estrangeiros que não são do interesse nacional ou do interesse da União. De facto, para efeitos de um instrumento «*ex ante*» como os mecanismos nacionais de análise do investimento, qual é a diferença entre um investidor de um país terceiro que adquire o controlo de uma empresa estratégica da União diretamente a partir do estrangeiro e aquele que adquire o controlo através de outra empresa da União? Em ambos os casos, o investidor estrangeiro adquire o controlo da empresa da União em causa e, conseqüentemente, a possibilidade de determinar o seu futuro: seja para a explorar em conformidade com as condições do mercado, para a despojar de todos os ativos de valor (no nosso caso, por exemplo, para inundar a pedreira, tornando-a assim inutilizável), para a revender, ou simplesmente para a encerrar. O cerne da questão é que um investidor estrangeiro adquire o controlo sobre uma empresa estratégica da União.

49. No meu entender, o Regulamento Análise dos IDE visa precisamente impedir o exercício de um controlo por parte de países terceiros quando se considera que um determinado investimento representa uma ameaça para a segurança ou a ordem pública. Por conseguinte, sugiro que o Tribunal de Justiça considere que os investimentos diretos estrangeiros «indiretos» realizados através de uma empresa com sede na União também estão abrangidos pelo âmbito de aplicação do Regulamento Análise dos IDE, quando permitam que um investidor estrangeiro obtenha o controlo sobre a empresa adquirida.

50. No entanto, deve ficar claro que a análise dos investimentos diretos provenientes de países terceiros realizados por intermédio de uma empresa com sede na União não implica automaticamente que esse investimento possa ser bloqueado sem mais condições. Não se pode ignorar que submeter a análise da aquisição de empresas da União por investidores de países terceiros já é, em si, um obstáculo ao exercício das quatro liberdades do mercado³⁶.

51. Na minha opinião, quando num determinado domínio, existe uma sobreposição de competências da União, o legislador da União tem de prestar a devida atenção às preocupações que suscitam os dois domínios. Portanto, apesar de legislar tendo como base jurídica predominante o artigo 207.º, n.º 1, TFUE³⁷, o legislador da União estava obrigado a ter em consideração os direitos decorrentes das regras do Tratado sobre as quatro liberdades do mercado, quer essas regras beneficiem as empresas da União ou de países terceiros. Por outras palavras, ainda que o Regulamento Análise dos IDE «habilite» os Estados-Membros, sob os auspícios do artigo 207.º, n.º 1, TFUE, a instituir mecanismos de análise do investimento direto estrangeiro com base no facto de tal investimento poder suscitar preocupações de ordem e

³⁶ V., por analogia, Acórdãos de 31 de janeiro de 1984, Luisi e Carbone (286/82 e 26/83, EU:C:1984:35, n.º 34); de 23 de fevereiro de 1995, Bordessa e o. (C-358/93 e C-416/93, EU:C:1995:54, n.ºs 24 a 26); e de 14 de dezembro de 1995, Sanz de Lera e o. (C-163/94, C-165/94 e C-250/94, EU:C:1995:451, n.º 24) (nas quais se explica que a autorização prévia de exportação de divisas representa uma restrição à livre circulação de capitais).

³⁷ V., por exemplo, Acórdão de 22 de outubro de 2013, Comissão/Conselho (C-137/12, EU:C:2013:675, n.º 53) (no qual se declara que quando um ato demonstra que prossegue uma dupla finalidade ou que tem duas componentes, sendo uma preponderante e a outra acessória, este ato deve ter por fundamento a base jurídica exigida pela finalidade ou componente preponderante).

segurança públicas, esse regulamento não pode contornar as exigências do artigo 65.º, n.º 1, TFUE. É precisamente nesta ótica que deve ser entendida a referência feita ao artigo 65.º, n.º 1, TFUE no considerando 4 do referido regulamento³⁸.

52. Com efeito, o Regulamento Análise dos IDE reflete as possíveis justificações, e implicitamente também os critérios gerais para avaliar a proporcionalidade de uma restrição a um direito de livre circulação que decorra das cláusulas derogatórias do Tratado. Isto decorre especialmente do artigo 4.º desse regulamento, que estabelece uma lista não exaustiva de fatores que os Estados-Membros podem ter em consideração para determinar se uma dada operação de capital estrangeiro é suscetível de afetar a segurança ou a ordem pública.

53. Se as regras relativas ao mercado interno não fossem integradas no Regulamento Análise dos IDE e os mecanismos nacionais autorizados nessa base, as liberdades de mercado disponíveis para todas as empresas da União poderiam ser afetadas de forma desproporcionada devido simplesmente à participação estrangeira no capital dessas empresas. Para evitar a violação dessas liberdades, não se deve excluir a legislação nacional, como a Lei LVIII de 2020, que o Regulamento Análise dos IDE autoriza, de um eventual controlo à luz das regras do Tratado relativas ao mercado interno. Gostaria de salientar que, qualquer operação a que se aplique um mecanismo de análise deve ser alvo de um exame completo da proporcionalidade, de acordo com os critérios do artigo 65.º, n.º 1, TFUE³⁹.

54. Em resumo, considero que uma legislação nacional como a Lei LVIII de 2020 está abrangida pelo âmbito de aplicação do Regulamento Análise dos IDE mesmo que permita a análise dos investimentos diretos estrangeiros «indiretos» realizados por intermédio de uma empresa da União.

C. Competência do Tribunal de Justiça

55. A aplicabilidade do Regulamento Análise dos IDE também resolve a questão da competência do Tribunal de Justiça no presente caso.

56. Esta questão foi suscitada pela Comissão, que entendeu que se tratava de uma questão exclusivamente de mercado interno. Todos os elementos do litígio no órgão jurisdicional nacional podem ser entendidos como sendo internos da Hungria: uma sociedade húngara tenta adquirir outra sociedade húngara, mas é impedida de o fazer nos termos do direito húngaro. As situações internas estão fora do âmbito das regras do mercado interno. No entanto, apesar de ter deduzido essa exceção, a Comissão concluiu, ainda assim, que o Tribunal de Justiça era competente, com base no facto de a recorrente ser integralmente detida pela Xella Alemanha. Segundo a Comissão, essa circunstância permite não classificar o presente caso como circunscrito a um único Estado-Membro.

57. Na audiência, estas observações sobre a competência suscitaram alguma discussão sobre o que caracteriza uma situação «interna», bem como sobre os elementos que podem ser tomados em consideração para qualificar uma operação entre duas sociedades do mesmo Estado-Membro

³⁸ Consequentemente, não considero convincente a sugestão de que a referência ao artigo 65.º, n.º 1, TFUE no considerando 4 do Regulamento Análise dos IDE signifique que os Estados-Membros podem optar por pôr em prática diferentes mecanismos de análise que abranjam o investimento direto a partir de países terceiros e estejam fora do âmbito de aplicação do referido regulamento.

³⁹ Voltarei a esta questão na secção D.2 das presentes conclusões.

como operação «transfronteiriça»⁴⁰. Tendo igualmente em conta a possibilidade de qualificar a situação no presente caso como interna, a discussão versou também sobre a pertinência do Acórdão do Tribunal de Justiça, Ullens de Schooten⁴¹.

58. Ainda que considere estas questões interessantes e apenas parcialmente esclarecidas na jurisprudência do Tribunal de Justiça, resistirei à tentação de as debater nas presentes conclusões. Simplesmente não creio que sejam pertinentes nas circunstâncias do caso vertente.

59. Como exposto nos n.ºs 49 e 54 das presentes conclusões, o presente caso está abrangido pelo âmbito de aplicação do Regulamento Análise dos IDE. Conforme concluí, a aquisição da Janes proposta pela recorrente pode ser qualificada como «investimento direto estrangeiro» na aceção do Regulamento Análise dos IDE. Uma vez que o litígio no processo principal está compreendido no âmbito de aplicação da legislação da União que visa, entre outras coisas, harmonizar os mecanismos nacionais de análise, é irrelevante a questão de saber se a situação em causa é interna. A competência do Tribunal de Justiça é determinada pela mera aplicabilidade do direito derivado da União ao litígio em causa⁴².

60. Como confirmado na audiência, um argumento adicional para qualificar assim o caso em apreço é o Governo húngaro considerar que a Lei LVIII de 2020 está abrangida pelo âmbito de aplicação do Regulamento Análise dos IDE. Com efeito, como também foi confirmado pela Comissão, o Governo húngaro notificou essa legislação a esta última em conformidade com a obrigação que lhe incumbe por força do artigo 3.º, n.º 7, do referido regulamento. Na sequência dessa notificação e nos termos do artigo 3.º, n.º 8, do mesmo regulamento, a Comissão publicou depois a legislação húngara em causa na lista de mecanismos de análise dos Estados-Membros. Dado que, de acordo com o órgão jurisdicional de reenvio, a Lei LVIII de 2020 é a lei aplicável ao caso que lhe foi submetido porque serviu de base jurídica da decisão impugnada, a aplicabilidade do direito da União e a utilidade da interpretação solicitada ao Tribunal de Justiça no pedido de decisão prejudicial são evidentes. A clarificação pedida permitirá ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar se a Lei LVIII de 2020 ultrapassou os limites impostos pelo direito da União.

61. No entanto, se o Tribunal de Justiça não concordar com o meu entendimento sobre a competência no presente caso, indico sucintamente três outras possibilidades para determinar a competência.

⁴⁰ Apoiando-se no facto de a Xella Alemanha deter 100 % das ações da recorrente, a Comissão considerou ainda que este caso deveria ser resolvido com base nas regras relativas à liberdade de estabelecimento, dado que os investimentos diretos «estrangeiro» na União que permitem adquirir o controlo da empresa estão abrangidos pelo âmbito dessa liberdade de mercado. Em apoio desta conclusão, a Comissão invoca os Acórdãos de 1 de fevereiro de 2001, *Mac Quen e o.* (C-108/96, EU:C:2001:67, n.º 16) e de 17 de outubro de 2002, *Payroll e o.* (C-79/01, EU:C:2002:592, n.º 25). Na sua opinião, o elemento transfronteiriço pertinente, que justifica a competência do Tribunal de Justiça, é o facto de a recorrente poder invocar o direito transfronteiriço da liberdade de estabelecimento da Xella Alemanha. Porém, na audiência, a Comissão não conseguiu explicar por que razão a linha de demarcação da propriedade deveria parar na Xella Alemanha, e não na Xella Luxemburgo ou na sociedade das Bermudas. Se a transação em causa for vista da perspetiva desta última sociedade, a recorrente poderia igualmente invocar a livre circulação de capitais da sua «empresa-avó» nas Bermudas, uma vez que, em virtude do artigo 63.º, n.º 1, TFUE, os movimentos de capitais de países terceiros para a União também são liberalizados.

⁴¹ Acórdão de 15 de novembro de 2016 (C-268/15, EU:C:2016:874).

⁴² Como revela a doutrina, a natureza interna de uma situação só constitui um obstáculo à competência do Tribunal de Justiça nos casos relacionados com a integração negativa (a aplicação direta das liberdades fundamentais do Tratado), mas não nos casos de integração positiva (a aplicação do direito derivado de harmonização da União a situações que seriam internas). V., por exemplo, Mataija, M., «Internal Situations in Community Law: An Uncertain Safeguard of Competences Within the Internal Market», *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, vol. 5, 2009, pp. 31-63, especialmente pp. 37 a 40.

62. Em primeiro lugar, e uma vez que não sou uma defensora acérrima desta jurisprudência, é evidente que o Tribunal de Justiça poderia determinar a sua competência com base nos *potenciais* efeitos transfronteiriços decorrentes do mecanismo de análise húngaro⁴³. Não pode haver grandes dúvidas de que «não se pode excluir» que empresas de outro Estado-Membro propriedade de uma empresa de um país terceiro possam estar interessadas em adquirir uma sociedade «estratégica» húngara. Isto é fácil de imaginar no caso em apreço, dado que a aquisição poderia muito bem ter sido realizada diretamente pela Xella Alemanha. Por conseguinte, a lei húngara em causa tem um potencial efeito transfronteiriço.

63. Em segundo lugar, também poderia inspirar-se no Acórdão *Felixstowe Dock and Railway Company e o.*⁴⁴. Nesse processo, as recorrentes, sociedades com sede no Reino Unido, puderam invocar a liberdade de estabelecimento da sua filial do Luxemburgo, uma vez que as primeiras eram «tratadas de forma menos vantajosa do ponto de vista fiscal [devido à sociedade de ligação luxemburguesa] do que seriam se estivessem ligadas a uma sociedade cedente das perdas através de uma sociedade de ligação com sede no Reino Unido»⁴⁵. Assim, a competência poderia ser declarada tanto em relação à(s) sociedade(s)-mãe da União em causa no presente processo (a Xella Alemanha e a Xella Luxemburgo) e ao beneficiário efetivo final da Lone Star (o nacional irlandês), com base na liberdade de estabelecimento, como em relação à «empresa-avó» do país terceiro (a sociedade das Bermudas) com base na livre circulação de capitais.

64. Por último, existe até a possibilidade de declarar uma competência abstrata com base na remissão, na esteira do Acórdão *Dzodzi*⁴⁶, feita no artigo 276.º, n.º 3, da Lei LVIII de 2020 à definição de «sociedade estratégica» [que parece alinhada com o artigo 4.º, n.º 1, alíneas a) a e), do Regulamento Análise dos IDE] e ao artigo 283.º, n.º 1, alínea b), da Lei LVIII de 2020 sobre os limites da justificação do Ministro para recorrer aos poderes de veto que lhe são atribuídos (que remete para os artigos 52.º, n.º 1, e 65.º, n.º 1, TFUE).

65. Assim, independentemente do enquadramento deste processo, o Tribunal de Justiça é competente para responder às questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio.

D. Condições em que os Estados-Membros podem analisar e bloquear os investimentos diretos estrangeiros «indiretos»

66. Como exposto nos números 50 a 53 das presentes conclusões, todos os mecanismos de análise dos Estados-Membros autorizados pelo Regulamento Análise dos IDE devem respeitar as liberdades relativas ao mercado interno consagradas no Tratado.

67. O Tribunal de Justiça considera que todas as medidas que proíbam, dificultem, ou tornem menos atrativo o exercício das liberdades de mercado constituem restrições a essas liberdades⁴⁷.

⁴³ V., neste sentido, Acórdãos de 11 de março de 2010, *Attanasio Group* (C-384/08, EU:C:2010:133, n.º 24); de 8 de maio de 2013, *Libert e o.* (C-197/11 e C-203/11, EU:C:2013:288, n.º 34); e de 5 de dezembro de 2013, *Venturini e o.* (C-159/12 a C-161/12, EU:C:2013:791, n.º 25).

⁴⁴ Acórdão de 1 de abril de 2014 (C-80/12, EU:C:2014:200).

⁴⁵ *Ibid.*, n.º 24.

⁴⁶ Acórdão de 18 de outubro de 1990 (C-297/88 e C-197/89, EU:C:1990:360, n.º 41).

⁴⁷ V., *ex multis*, no que respeita à liberdade de estabelecimento, Acórdão de 25 de outubro de 2017, *Polbud — Wykonawstwo* (C-106/16, EU:C:2017:804, n.º 46 e jurisprudência referida). No que diz respeito à livre circulação de capitais, v., por exemplo, Acórdão de 18 de junho de 2020, *Comissão/Hungria (Transparência associativa)* (C-78/18, EU:C:2020:476, n.ºs 52 e 53 e jurisprudência referida).

68. A mera existência de um mecanismo de análise, só por si, torna menos atrativos os investimentos diretos provenientes de países terceiros. É evidente que a decisão impugnada que bloqueou a aquisição da Janes torna não só menos atrativo, mas até totalmente impossível o exercício do direito de investir numa empresa da União (baseado no artigo 63.º, n.º 1, TFUE) e o direito de estabelecimento (baseado nos artigos 49.º e 54.º TFUE)⁴⁸.

69. Contudo, as restrições ao exercício das liberdades fundamentais são possíveis se forem justificadas por razões legítimas de interesse público, e se forem adequadas e necessárias para a proteção desses interesses. O cumprimento destes dois requisitos — de justificação aceitável e de proporcionalidade — está sujeito a fiscalização jurisdicional nos termos do direito da União. As leis nacionais, como a Lei LVIII de 2020, bem como as decisões individuais nelas baseadas, devem cumprir os requisitos que o direito da União lhes impõe. Consequentemente, e dado que num processo de decisão prejudicial a competência do Tribunal de Justiça se limita a dar uma interpretação das condições impostas pelo direito da União, caberá ao órgão jurisdicional nacional avaliar se a Lei LVIII de 2020, conforme aplicada pelo Ministro, preenche essas condições.

1. *Objetivo legítimo*

70. O artigo 1.º, n.º 1, do Regulamento Análise dos IDE permite que os mecanismos nacionais de análise restrinjam os fluxos de capitais com dois fundamentos possíveis: a proteção da segurança, por um lado, e da ordem pública, por outro. A este respeito, esse regulamento recorre às justificações já enunciadas no Tratado⁴⁹, bem como os acordos internacionais vinculativos para a União⁵⁰. Mais especificamente, o considerando 35 do referido regulamento indica que a sua execução pela União ou pelos seus Estados-Membros deve cumprir os artigos XIV, alínea a), e XIV-A do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS)⁵¹, bem como o direito da União de um modo geral.

71. No presente caso, a questão prejudicial tem por objeto apenas as justificações relativas à ordem ou à segurança pública, conforme previsto no artigo 65.º, n.º 1, alínea b), TFUE. Cabe salientar que as mesmas razões constituem também possíveis justificações para uma restrição à liberdade de estabelecimento prevista no artigo 52.º, n.º 1, TFUE. Passarei, portanto, à análise dessas justificações na jurisprudência do Tribunal de Justiça.

72. Antes de mais, é necessário indicar, e isto responde, a meu ver, à referência feita pelo órgão jurisdicional de reenvio ao artigo 4.º, n.º 2, TUE, que quanto ao essencial, os Estados-Membros continuam a ser livres de determinar, em conformidade com as suas necessidades nacionais, as

⁴⁸ Conforme expus no n.º 63 das presentes conclusões a propósito da questão da competência, consoante o assunto a tratar, a situação do presente caso poderia ser entendida como uma restrição à livre circulação de capitais (da empresa das Bermudas) ou à liberdade de estabelecimento (da Xella Alemanha, da Xella Luxemburgo ou mesmo do cidadão irlandês no fim da cadeia de propriedade empresarial de todo o grupo Xella).

⁴⁹ Recorde-se que o considerando 4 do Regulamento Análise dos IDE enuncia que o regime que estabelece «não prejudica o direito de os Estados-Membros derogarem a livre circulação de capitais, tal como previsto no artigo 65.º, n.º 1, alínea b), do TFUE».

⁵⁰ V., a este respeito, considerando 3 do Regulamento Análise dos IDE, que refere que em conformidade com os compromissos assumidos no âmbito da OMC e da OCDE, e nos acordos comerciais e de investimento celebrados com países terceiros, «a União e os Estados-Membros têm a possibilidade de adotar medidas restritivas relacionadas com o investimento direto estrangeiro por razões de segurança ou de ordem pública, mediante a observância de determinados requisitos».

⁵¹ Acerca do alcance da exceção de segurança e ordem pública prevista nessas disposições do GATS, v. Velten, J., «Screening Foreign Direct Investment in the EU. Political Rationale, Legal Limitations, Legislative Options», *European Yearbook of International Economic Law*, vol. 26, 2022, p. 59 e seguintes.

exigências de ordem pública e de segurança pública⁵². Estas preocupações podem variar de uma época para outra e de um Estado-Membro para outro⁵³. O direito da União não regula estas questões.

73. No entanto, o direito da União enquadra as escolhas políticas nacionais, exigindo que as razões justificativas sejam entendidas estritamente, dado que permitem derrogações à regra com base na qual os investimentos diretos são, em princípio, liberalizados⁵⁴. Como tal, estas justificações só podem ser invocadas se existir uma *ameaça* real e suficientemente grave que afete um interesse fundamental da sociedade⁵⁵, ainda que exista apenas a *probabilidade* de isso acontecer⁵⁶.

74. Por conseguinte, um Estado-Membro deve explicar, em primeiro lugar, por que razão o interesse que determina a restrição em causa é considerado fundamental na sua sociedade; e, em segundo lugar, por que razão a atividade objeto da restrição representa uma ameaça real e suficientemente grave a esse interesse fundamental.

75. Segundo o Governo húngaro, a Lei LVIII de 2020 visa proteger dois interesses fundamentais da sociedade húngara. O primeiro interesse declarado é o de evitar aquisições especulativas em setores considerados estratégicos para a economia húngara, especialmente na sequência da pandemia da COVID-19. O segundo interesse declarado é a proteção da segurança do abastecimento, no caso vertente, o abastecimento de areia, cascalho e argila na Hungria.

76. Na minha opinião, partilhada pela recorrente, pelo Governo italiano e pela Comissão, o primeiro fundamento invocado pelo Governo húngaro não pode ser aceite ao abrigo da exceção da ordem pública. Resulta claramente da jurisprudência que, em abstrato, razões de natureza puramente económica não são suscetíveis de justificar entraves a uma das liberdades fundamentais⁵⁷. Para que fique claro, não contesto que, em certas circunstâncias, uma crise sanitária como a da COVID-19 possa levar a um aumento dos investimentos especulativos vindos do estrangeiro. No entanto, tais investimentos fazem parte da vida económica. Fazem parte da estratégia empresarial dos fundos de investimento, como a Lone Star. Por conseguinte, a defesa da economia nacional húngara contra investimentos especulativos não pode, por si só, ser aceite como um interesse que pode ser protegido por razões de ordem pública⁵⁸.

⁵² V., por exemplo, Acórdão de 14 de março de 2000, *Église de scientologie* (C-54/99, EU:C:2000:124, n.º 17 e jurisprudência referida).

⁵³ Como indica o Tribunal de Justiça, no contexto da livre prestação de serviços, no seu Acórdão de 14 de outubro de 2004, *Omega* (C-36/02, EU:C:2004:614, n.º 31), e no contexto da cidadania, no seu Acórdão de 2 de junho de 2016, *Bogendorff von Wolfersdorff* (C-438/14, EU:C:2016:401, n.º 68).

⁵⁴ V., por exemplo, Acórdão de 14 de março de 2000, *Église de scientologie* (C-54/99, EU:C:2000:124, n.º 17 e jurisprudência referida).

⁵⁵ *Ibidem* e mais recentemente, Acórdão de 18 de junho de 2020, *Comissão/Hungria (Transparência associativa)* (C-78/18, EU:C:2020:476, n.º 91 e jurisprudência referida).

⁵⁶ V., por analogia, Relatório do painel do Órgão de Recurso da OMC — Diversas medidas relativas ao setor da energia (processo WT/DS476/R, n.º 7.1163), que conclui, no que respeita à interpretação do conceito de «uma ameaça real e suficientemente grave» na nota 5 do artigo XIV(a) do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços, que «o termo “suficientemente grave” é utilizado para qualificar uma ameaça, e deve ser entendido no sentido de se referir às potenciais consequências ou à potencial gravidade dos efeitos de uma ameaça que se concretiza».

⁵⁷ V., *ex multis*, Acórdão de 21 de dezembro de 2016, *AGET Iraklis* (C-201/15, EU:C:2016:972, n.º 72 e jurisprudência referida).

⁵⁸ Todavia, se, durante uma pandemia como a da COVID-19, esses investimentos tivessem como objetivo, por exemplo, instalações nacionais de produção de máscaras faciais, podendo perturbar assim a proteção da população ou a prestação de serviços relacionados com os cuidados de saúde, então concordaria plenamente que a restrição desses investimentos pode ser justificada por razões de ordem pública. V. também, a este respeito, Comunicação da Comissão — Orientações para os Estados-Membros relativas a investimento direto estrangeiro e livre circulação de capitais provenientes de países terceiros, e proteção dos ativos estratégicos da Europa, antes da aplicação do Regulamento (UE) 2019/452 (Regulamento Análise dos IDE) (JO 2020, C 991, p. 1 e 2).

77. É verdade que o Tribunal de Justiça já precisou que, em determinadas circunstâncias, razões que de outro modo não podem justificar restrições às transações entre os operadores do mercado interno podem ser suscetíveis de justificar um entrave à circulação de capitais provenientes de países terceiros. Assim, no seu Acórdão *Test Claimants in the FII Group Litigation*, o Tribunal de Justiça declarou que «não se pode excluir que um Estado-Membro possa demonstrar que uma restrição dos movimentos de capitais com destino a países terceiros ou deles provenientes se justifique por uma determinada razão em circunstâncias em que essa razão não seria suscetível de constituir uma justificação válida para uma restrição dos movimentos de capitais entre Estados-Membros»⁵⁹. Contudo, nesse e noutros casos semelhantes, o que motivou a aceitação pelo Tribunal de Justiça da diferenciação entre justificações aceitáveis num contexto interno da União e externo à mesma, foi a existência de um *elevado grau de integração jurídica* entre os Estados-Membros no mercado interno (por exemplo, através da harmonização fiscal), face à ausência de um nível semelhante de integração com o Estado terceiro em causa⁶⁰.

78. Essa jurisprudência não é aplicável no presente caso. No meu entender, um elevado grau de integração jurídica no mercado interno não pode justificar que se invoquem razões puramente económicas para justificar uma restrição geral dos investimentos diretos estrangeiros «indiretos» especulativos⁶¹. Dado que os investimentos especulativos são considerados atividades comerciais legítimas e não são especificamente regulados no mercado interno, não podem ser proibidos sob o pretexto de uma justificação de ordem pública apenas porque provêm direta ou indiretamente de países terceiros.

79. O segundo fundamento invocado pelo Governo húngaro, a segurança do abastecimento, pode, a meu ver, ser invocado quer como uma questão de ordem pública quer de segurança pública.

80. A este propósito, o Governo húngaro explica, em substância, que a segurança do abastecimento de agregados de construção é importante para as infraestruturas industriais e públicas do país, nomeadamente a nível local. A recorrente, o Governo italiano e a Comissão observam que tal preocupação pode, em princípio e em certas circunstâncias, justificar uma interferência nas regras da livre circulação. No entanto, a recorrente e a Comissão também referem que não consideram que essa justificação possa ser admitida no presente caso.

⁵⁹ Acórdão de 12 de dezembro de 2006 (C-446/04, EU:C:2006:774, n.º 171). V. também Acórdãos de 18 de dezembro de 2007, A (C-101/05, EU:C:2007:804, n.ºs 35 e 37 e jurisprudência referida) e de 20 de maio de 2008, *Orange European Smallcap Fund* (C-194/06, EU:C:2008:289, n.º 90).

⁶⁰ V., para esse efeito, Acórdãos de 24 de novembro de 2016, *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, n.º 64 e jurisprudência referida) e de 26 de fevereiro de 2019, X (*Sociedades intermediárias estabelecidas em países terceiros*) (C-135/17, EU:C:2019:136, n.ºs 90 a 92 e jurisprudência referida).

⁶¹ A este respeito, já foi anteriormente referido que o atual quadro da União em matéria de análise do investimento direto estrangeiro não é adequado para alcançar todos os objetivos que os Estados-Membros e a União podem querer alcançar através da introdução de tais mecanismos de análise, sobretudo no que diz respeito à reciprocidade do acesso ao mercado. V., em geral, Velten, J., «Screening Foreign Direct Investment in the EU. Political Rationale, Legal Limitations, Legislative Options», *European Yearbook of International Economic Law*, vol. 26, 2022.

81. Até agora, o Tribunal de Justiça tem reconhecido a necessidade de garantir a segurança do abastecimento de certos serviços públicos básicos e o bom funcionamento de certos serviços de rede considerados necessários para a vida económica e social de um Estado-Membro como uma justificação aceitável ao abrigo da exceção de ordem pública⁶².

82. Consequentemente, na minha opinião, isso não exclui a possibilidade de a garantia do abastecimento de certos agregados de construção possa, em tempos de crise, ser vista da perspetiva de um Estado-Membro como uma preocupação capaz de justificar a restrição de uma liberdade fundamental do mercado por razões de ordem pública (ou de segurança pública). O mesmo se aplica à areia, gravilha e argila, apesar de a Comissão não ter (ainda) incluído esses agregados na lista de matérias-primas «de importância crucial»⁶³. Com efeito, existem estudos que defendem que estes materiais são escassos e que o seu aprovisionamento pode constituir um problema⁶⁴. Portanto, os esforços para assegurar o abastecimento de areia, cascalho e argila podem ser considerados do interesse fundamental da sociedade.

83. Este entendimento é também corroborado pelo texto do Regulamento Análise dos IDE. O seu artigo 4.º estabelece que, para determinar se um investimento direto estrangeiro é suscetível de afetar a segurança ou a ordem pública, os Estados-Membros e a Comissão podem considerar os efeitos potenciais de uma operação de capital sobre o aprovisionamento de fatores de produção críticos, incluindo as matérias-primas. Do mesmo modo, ao abrigo do artigo 8.º do referido regulamento, a Comissão pode emitir um parecer dirigido ao Estado-Membro em causa, informando que considera que um investimento direto estrangeiro é suscetível de afetar projetos e programas do interesse da União que estão abrangidos pelo direito da União em matéria de fatores de produção críticos e que são essenciais para a segurança ou a ordem pública.

84. Apesar dessa possibilidade geral de invocar a necessidade de garantir a segurança do aprovisionamento em certas matérias-primas, tenho dificuldade em concluir, nas circunstâncias do presente caso, que a propriedade estrangeira de um produtor que apenas representa 0,52 % da produção nacional húngara de areia, gravilha e argila constitua uma ameaça real e suficientemente grave ao interesse fundamental da segurança da cadeia de aprovisionamento na Hungria.

85. Quando instado na audiência, o Governo húngaro não conseguiu apresentar uma razão convincente quanto ao motivo pelo qual a proteção da Janes contra uma propriedade estrangeira constituía um interesse *fundamental* da sociedade húngara (a nível local ou nacional). Também

⁶² V., por exemplo, Acórdãos de 20 de junho de 2002, Radiosistemi (C-388/00 e C-429/00, EU:C:2002:390, n.º 44) (relativo ao bom funcionamento da rede pública de telecomunicações); de 28 de setembro de 2006, Comissão/Países Baixos (C-282/04 e C-283/04, EU:C:2006:608, n.º 38) (relativo à garantia do serviço postal universal); de 22 de outubro de 2013, Essent e o. (C-105/12 a C-107/12, EU:C:2013:677, n.º 53) (relativo ao regime de propriedade pública ou privada do operador da rede de distribuição de eletricidade ou de gás); e de 27 de fevereiro de 2019, Associação Peço a Palavra e o. (C-563/17, EU:C:2019:144, n.º 72 e jurisprudência referida) (relativo ao caderno de encargos destinado a garantir a suficiência dos serviços regulares de transporte aéreo com destino ou proveniência de países terceiros lusófonos com os quais Portugal tem laços específicos).

⁶³ V. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões — Resiliência em matérias-primas essenciais: o caminho a seguir para mais segurança e sustentabilidade [COM(2020) 474 final], p. 3.

⁶⁴ V., por exemplo, Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, Global Environmental Alert Services, *Sand, rarer than one thinks* (março de 2014), disponível em: https://na.unep.net/geas/archive/pdfs/GEAS_Mar2014_Sand_Mining.pdf (que conclui que «a areia e o cascalho representam o maior volume de matéria-prima utilizada na terra depois da água [...] a sua utilização excede largamente as taxas de renovação natural»; e que observa ainda que «a maior parte da areia dos desertos não pode ser utilizada para betão, uma vez que o processo de erosão do vento forma grãos redondos que não se ligam bem»). V. também BBC Future, *Why the world is running out of sand* (novembro de 2019), disponível em: <https://www.bbc.com/future/article/20191108-why-the-world-is-running-out-of-sand> (que explica que, na Índia, a areia com utilidade comercial é agora tão escassa que os seus mercados são dominados pelas «máfias da areia»). V. também, de um modo mais geral, Ioannidou, D., Meylan, G., Sonnemann, G., e Habert, G., «Is gravel becoming scarce? Evaluating the local criticality of construction aggregates», *Resources, Conservation and Recycling*, vol. 126 (2017), pp. 26-33 (que identifica a escassez do cascalho com utilidade comercial, particularmente a nível local).

continua por explicar de que forma essa participação estrangeira nessa sociedade ameaçaria o *abastecimento* dos referidos materiais às empresas de construção locais. Afinal, a Janes vende atualmente 90 % da sua produção à recorrente, e apenas 10 % às empresas locais⁶⁵.

86. Não me convence o argumento do Governo húngaro de que a participação estrangeira numa pedreira ou numa sociedade que explore uma pedreira, possa representar, por si só, uma ameaça para a segurança do abastecimento suscetível de justificar a restrição dos investimentos diretos estrangeiros em tais objetivos-alvos por razões de ordem pública. Na minha opinião, mesmo em diferentes contextos jurídicos e políticos, dentro e fora da União, razões que de outra forma não podem ser aceites como sendo suscetíveis de justificar restrições às transações entre operadores do mercado interno, podem ser suscetíveis de justificar um obstáculo ao movimento de capitais proveniente de países terceiros, porque os Estados-Membros devem agir com base numa suspeição geral em relação a qualquer investimento direto estrangeiro proveniente de países terceiros⁶⁶.

87. Por conseguinte, mesmo que a legislação nacional como a Lei LVIII de 2020 pudesse, em princípio, estabelecer que a análise do investimento direto estrangeiro «indireto» se justifica pela necessidade de garantir a segurança do aprovisionamento de certas matérias-primas, essa justificação só pode ser invocada se for possível provar que a propriedade estrangeira da fonte de tais materiais representa uma ameaça real e suficientemente grave para a segurança do aprovisionamento numa determinada região ou em toda a Hungria.

88. Embora caiba ao órgão jurisdicional nacional confirmar se esse raciocínio foi seguido na decisão impugnada, observo que não parece resultar dos autos do processo que o Ministro tenha explicado se e de que forma a propriedade estrangeira indireta da Janes representa uma ameaça real e grave à segurança do abastecimento de cascalho, areia e argila na Hungria (na totalidade do país ou na região específica em causa).

89. Isto não significa necessariamente que a Lei LVIII de 2020, em si mesma, seja contrária ao direito da União. Uma remissão nessa lei para os artigos do Tratado que estabelecem derrogações às liberdades fundamentais do mercado e que o Ministro deve respeitar⁶⁷, poderá ser suficiente. Contudo, esse só pode ser o caso se, para efeitos da legislação húngara, essa referência constituir uma obrigação suficientemente clara para o Ministro de explicar, em cada decisão de análise individual, por que razão um determinado investimento direto estrangeiro representa uma ameaça real e suficientemente grave para um interesse fundamental da Hungria. Uma vez que o grau de precisão necessário para a imposição dessa obrigação no próprio texto legislativo depende, a meu ver, da cultura jurídica de um determinado Estado-Membro, trata-se de uma questão que só os órgãos jurisdicionais nacionais podem apreciar.

⁶⁵ V. ponto 2 do despacho de reenvio.

⁶⁶ Neste sentido, Hindelang, S., *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment. The Scope of Protection in EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 238, (que indica que «sustentar que os movimentos de capitais provenientes dos Estados Unidos da América constituem, em média, um perigo mais grave de violação da legislação e regulamentação nacionais do que — digamos, a título exemplificativo — os da Roménia é, no mínimo, altamente especulativo»).

⁶⁷ O artigo 283.º, n.º 1, alínea b), da Lei LVIII de 2020 exige que o Ministro examine se determinado investimento compromete um interesse do Estado húngaro «em conformidade com os artigos 36.º, 52.º, n.º 1, e 65.º, n.º 1, TFUE».

2. *Proporcionalidade*

90. A lei nacional que rege os mecanismos de análise do investimento direto estrangeiro deve também estabelecer a exigência de que cada decisão de análise adotada pelo Ministro com base nessa lei seja *adequada e necessária* para proteger um interesse fundamental da sociedade de um Estado-Membro de uma ameaça real.

91. Da mesma forma que o próprio requisito da justificação deve ser conforme com o Tratado (v. n.º 89 das presentes conclusões), pode ser suficiente que a legislação nacional remeta apenas para as disposições relativas à livre circulação que exigem um exame completo da proporcionalidade das restrições a essas liberdades. O que é importante é que essa lei imponha às autoridades nacionais de execução a obrigação de explicar por que razão a medida adotada (como, no caso em apreço, o bloqueio da decisão de aquisição de uma empresa da União) é proporcionada.

92. Cabe ao órgão jurisdicional nacional apreciar se uma determinada medida é proporcionada. Por outras palavras, se o órgão jurisdicional de reenvio considerar que o fornecimento de areia, gravilha e argila constitui um interesse fundamental da sociedade húngara que é objeto de uma ameaça real, deverá apreciar ainda se bloquear a aquisição da Janes pela recorrente evitaria essa ameaça. Isso significa que a decisão impugnada deve ser adequada e necessária para eliminar a ameaça invocada.

93. Limitar-me-ei a observar que, das informações constantes dos autos do processo, não decorre claramente de que modo proibir a propriedade estrangeira indireta da Janes contribui para garantir o fornecimento sem restrições de areia, cascalho e argila às empresas de construção locais. Conforme também salientou o Tribunal de Justiça na audiência, não existe nada que impeça que uma sociedade húngara venda todo o material extraído da pedreira a sociedades no estrangeiro. Contudo, mesmo supondo que a ligação ao objetivo declarado fosse de algum modo estabelecida, subsiste ainda a questão (igualmente inexplorada) da razão pela qual não poderia ter sido utilizada uma medida menos restritiva, como a imposição de uma quota de distribuição local em condições de mercado.

94. Contudo, como referido, em última análise cabe ao órgão jurisdicional nacional apreciar se o Ministro justificou suficientemente que a medida em causa era adequada e necessária (o que, na minha opinião, não fez).

IV. Conclusão

95. À luz das considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça responda à primeira questão prejudicial submetida pelo Fővárosi Törvényszék (Tribunal de Budapeste-Capital, Hungria) da seguinte forma:

O artigo 4.º, n.º 2, TUE, o artigo 65.º, n.º 1, alínea b), TFUE e o Regulamento (UE) 2019/452 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de março de 2019, que estabelece um regime de análise dos investimentos diretos estrangeiros na União

não se opõem a uma legislação nacional que permite a análise do investimento direto estrangeiro proveniente de países terceiros numa empresa da União efetuado através de outra empresa da União se esse investimento resultar na participação efetiva da empresa do país terceiro na gestão ou controlo da empresa da União em que investiu.

Essa legislação nacional pode estabelecer que a análise de uma operação seja justificada pela necessidade de garantir a segurança do aprovisionamento de certas matérias-primas.

Essa legislação nacional deve estabelecer que as decisões de análise individuais indiquem a razão pelas quais um determinado investimento direto estrangeiro representa uma ameaça real e suficientemente grave para a segurança do abastecimento e por que razão uma determinada decisão de análise é adequada e necessária para combater essa ameaça.