



# Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
TAMARA ČAPETA  
föredraget den 30 mars 2023<sup>1</sup>

**Mål C-106/22**

**Xella Magyarország Építőanyagipari Kft.  
mot**

**Innovációs és Technológiai Miniszter,  
ytterligare deltagare i rättegången:**

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

(begäran om förhandsavgörande från Fővárosi Törvényszék (Överdomstolen för Budapests stad, Ungern))

”Begäran om förhandsavgörande – Behörighet – Etableringsfrihet – Fri rörlighet för kapital – Förordning (EU) 2019/452 – Granskning av investeringar – Beslut att neka ett bolag i unionen tillstånd att förvärva ett annat bolag i unionen på grund av den utländska ägarstrukturen i det förstnämnda bolaget och målbolagets strategiska ställning”

## I. Inledning

1. De händelser som har gett upphov till förevarande mål utspelades i byn Lázi i provinsen Győr-Moson-Sopron (Ungern), där det ligger ett stenbrott från vilket sand, lera och grus utvinns. Den ungerska ministern för innovation och teknik (nedan kallad ministern) nekade tillstånd till klagandens, ett ungerskt bolags, tilltänkta förvärv av ett annat ungerskt bolag, som ägde stenbrottet i fråga. I ministerns beslut om att förbjuda förvärvet förklarade denne att det skulle strida mot ungerska nationella intressen att låta ett bolag med indirekt bermudiskt ägande ta kontroll över ett bolag som är verksamt inom området för utvinning av ballast för byggändamål.

2. Beslutet överklagades till Fővárosi Törvényszék (Överdomstolen för Budapests stad, Ungern). Denna vill i sin begäran om förhandsavgörande särskilt få klarhet i huruvida den ungerska lagstiftning som tillät ministern att förbjuda transaktionen i fråga är förenlig med artikel 65.1 b FEUF och förordning (EU) 2019/452 (nedan kallad förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar).<sup>2</sup>

3. Den viktigare fråga som EU-domstolen följaktligen kommer att behöva besvara är huruvida den omständigheten att personer i tredjeland innehar andelar i ett företag i unionen under vissa omständigheter eventuellt kan hota den nationella allmänna ordningen eller allmänna

<sup>1</sup> Originalspråk: engelska.

<sup>2</sup> Europaparlamentets och rådets förordning av den 19 mars 2019 om upprättande av en ram för granskning av utländska direktinvesteringar i unionen (EUT L 79I, 2019, s. 1).

säkerheten i medlemsstaterna. Om jag hade fått en sådan fråga för 20 år sedan skulle jag ha haft vissa tvivel om huruvida det handlade om protektionism av ett slag som inte tolereras av en fri och öppen marknadsekonomi.

4. På den tiden var emellertid begrepp som ”friend-shoring” (att lokalisera produktionen till likasinnade länder) eller ”granskning av utgående investeringar” mindre välkända utanför nationella säkerhetskretsar och skulle av övertygade globalister säkert ha betraktats som inte rumsrena.<sup>3</sup> Numera torde dessa begrepp emellertid forma Europeiska unionens nya handelspolitiska mål.<sup>4</sup>

5. Världen har förändrats, som alla unionsmedborgare har märkt och erfarit, i form av antingen tomma hyllor på stormarknaderna eller högre elräkningar. Den ryska aggressionen i Ukraina har på ett smärtsamt sätt blottat farorna med att vara beroende av forna handelspartners goda vilja.<sup>5</sup> Man ska följaktligen inte vara för snabb med att dra slutsatser, särskilt inte när det rör sig om åtgärder som enligt många förmenande utgör ett steg tillbaka i öppenheten på Europeiska unionens inre marknad gentemot handel med tredjeländer: morgondagens strategiska geopolitiska intressen har potential att påverka dagens åtaganden för fri handel.

6. Hur omvandlas dessa intressen till lagstiftning och hur fördelas lagstiftningsbefogenheterna mellan Europeiska unionen och medlemsstaterna? Förevarande mål kräver att domstolen tar upp denna konstitutionella fråga om unionens befogenhet avseende direktinvesteringar som härrör från tredjeländ. Av särskild vikt vid bedömningen är begreppet ”utländska direktinvesteringar”, som genom Lissabonfördraget har lagts till den gemensamma handelspolitiken. Hur kan detta begrepp förenas med begreppet ”direktinvesteringar” i bestämmelserna om fri rörlighet för kapital? I vilken utsträckning är direktinvesteringar från utlandet en fråga som omfattas av unionens exklusiva befogenhet att reglera handeln och i vilken utsträckning omfattas de fortfarande av den delade befogenheten på den inre marknaden? Svaret på dessa frågor torde i sin tur klargöra hur stort utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna har enligt den nuvarande fördragsramen att granska och neka tillstånd till förvärv av bolag belägna på deras territorium på grund av skäl som rör allmän ordning eller allmän säkerhet.

## II. Tillämpliga bestämmelser, bakgrund och tolkningsfrågorna

7. Xella Magyarországi Építőanyagipari Kft. (nedan kallad klaganden) är ett ungerskt bolag som tillverkar betongprodukter för byggändamål. Det är helägt av ett tyskt bolag, Xella Baustoffe GmbH (nedan kallat Xella Tyskland). Detta tyska bolag ägs av ett luxemburgskt bolag, Xella International SA (nedan kallat Xella Luxemburg), som i sin tur ägs av LSF10 XL Investments Limited, som är registrerat i Bermuda (nedan kallat bolaget i Bermuda). Av begäran om förhandsavgörande framgår att bolaget i Bermuda är ett dotterbolag till Lone Star Funds X (nedan kallat Lone Star), som är ett riskkapitalbolag i Förenta staterna. Grundaren och ägaren av Lone Star är en fysisk person som är irländsk medborgare.

<sup>3</sup> Beträffande det bredare politiska sammanhanget för sådana åtgärder, se Hellendoorn, E., ”What US outbound investment screening means for Transatlantic relations”, Atlantic Council, 8 november 2022, som finns på <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/econographics/what-us-outbound-investment-screening-means-for-transatlantic-relations/>.

<sup>4</sup> Se, allmänt, *Kommissionens arbetsprogram 2023: En beslutsam och enad union*, meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén (COM(2022) 548 final), s. 7 och 8.

<sup>5</sup> Se Politico, ”Russia threatens to limit agri-food supplies only to 'friendly' countries”, som finns på <https://www.politico.eu/article/russias-former-president-medvedev-warns-agricultural-supplies-restricted-to-friendly-countries/>.

8. ”Janes és Társa” Szállítmányozó, Kereskedelmi és Vendéglátó Kft. (nedan kallat Janes) är ett ungerskt bolag som äger ett stenbrott i Ungern. Det ägnar sig åt utvinning av viss ballast för byggändamål, nämligen sand, grus och lera. Dess produktion av denna ballast står för 0,52 procent av Ungerns nationella produktion. Den hänskjutande domstolen har angett att klaganden är Janes största köpare och köper omkring 90 procent av dess totala produktion. Återstående 10 procent av det material som Janes utvinner köps av lokala byggföretag.

9. Den 29 oktober 2020 träffade klaganden avtal om att ta över 100 procent av andelarna i Janes.

10. Enligt den ungerska lag som avses i förevarande mål (nedan kallad lag LVIII från år 2020)<sup>6</sup> krävs bland annat att ”utländska investerares” övertagande av ”strategiska bolag” ska anmälas till ministern. Enligt artikel 276.2 a i den lagen avses med begreppet utländsk investerare inte endast en medborgare eller juridisk person i ett tredjeland, utan även ett bolag registrerat i Ungern eller i en annan medlemsstat i vilket fysiska eller juridiska personer i tredjeland har ”majoritetskontroll”.<sup>7</sup> Av den verksamhet som omfattas av punkt 8 (”andra gruvor”) under rubrik 22 (”Råvaror av avgörande betydelse”) i bilaga 1 till regeringsdekret 289/2020<sup>8</sup> framgår det att Janes betraktas som ett strategiskt bolag i den mening som avses i lag LVIII från år 2020.<sup>9</sup>

11. På grund av det indirekta utländska ägandet och att Janes betecknas som ett ”strategiskt bolag” anmälde klaganden det tilltänkta övertagandet till ministern.

12. Genom beslut av den 20 juli 2021 nekade ministern tillstånd till detta förvärv (nedan kallat det överklagade beslutet). Beslutet antogs i enlighet med 283 § i lag LVIII från år 2020, som ger ministern befogenhet att undersöka huruvida en anmäld transaktion skadar eller hotar att skada ungerska nationella intressen, allmän ordning eller allmän säkerhet. Om ministern bedömer att så är fallet, måste tillstånd till transaktionen nekas.

13. I motiveringen till det överklagade beslutet påpekade ministern att klagandens ägarstruktur består av direkt ägande via ett tyskt bolag och indirekt ägande via ett luxemburgsk och ett bermudiskt bolag. Ett av problemen för byggsektorn i Ungern är enligt ministern bristen på byggmaterial i tillräckliga kvantiteter. Inom området för produktion av ballast för byggändamål innehas redan en betydande marknadsandel av utländska bolag. Ministern underströk också att det är av strategisk betydelse att utvinningen och tillgången på råvaror är säker och förutsebar. Om Janes skulle falla i bermudiska händer, skulle detta på lång sikt utgöra en risk när det gäller att säkerställa tillgången på byggmaterial.

14. Klaganden överklagade ministerns beslut till den hänskjutande domstolen. Klaganden hävdade i huvudsak att beslutet innebär en begränsning av den fria rörligheten för kapital som inte kan motiveras enligt artikel 65.1 b FEUF.

<sup>6</sup> A veszélyhelyzet megszűnésével összefüggő átmeneti szabályokról és a járványügyi készületségről szóló 2020. évi LVIII. törvény (lag LVIII från år 2020 om övergångsbestämmelser om upphörande av den förhöjda beredskapen och om den epidemiologiska krisen).

<sup>7</sup> För innebörden av ”majoritetskontroll” hänvisas i lag LVIII från år 2020 till den ungerska civillagen, i vilken ett innehav på mer än 50 procent betraktas som majoritetskontroll. Det råder således inget tvivel om att detta villkor är uppfyllt i förevarande fall.

<sup>8</sup> A magyarországi székhelyű gazdasági társaságok gazdasági célú védelméhez szükséges tevékenységi körök meghatározásáról szóló 289/2020. (VI. 17.) Korm. rendelet (regeringsdekret nr 289/2020 (VI. 17) om fastställande av verksamhetskategorierna som är nödvändiga för att skydda de ekonomiska intressena för rörelseidkande bolag etablerade i Ungern) (nedan kallat regeringsdekret 289/2020).

<sup>9</sup> Även om det, som jag påpekar i punkt 82 nedan, skulle kunna hävdas att sand, grus och lera inte (ännu) utgör råvaror ”av avgörande betydelse”.

15. Mot denna bakgrund beslutade Fővárosi Törvényszék (Överdomstolen för Budapests stad) att vilandeförklara målet och ställa följande frågor till EU-domstolen:

- ”1) Ska artikel 65.1 b FEUF, mot bakgrund av skälen 4 och 6 i [förordning 2019/452] samt vad som föreskrivs i artikel 4.2 FEU, tolkas så, att den omfattar en möjlighet att införa en sådan reglering som den under titel 85 i [lag LVIII från år 2020], och särskilt som den i 276 § punkt 1, 276 § punkt 2 a och 283 § punkt 1 b i denna lag?
- 2) För det fall att den första frågan besvaras jakande, innebär enbart den omständigheten att kommissionen har inlett ett förfarande för kontroll av koncentrationer, utövat sina befogenheter och tillåtit en koncentration vad gäller en utländsk indirekt investerares ägandekedja att det är uteslutet att utöva beslutanderätt enligt den lagstiftning som är tillämplig i medlemsstaten?”

16. Skriftliga yttranden har inkommit från klaganden, den italienska och den ungerska regeringen samt Europeiska kommissionen. Den ungerska regeringen och kommissionen yttrade sig muntligen vid förhandlingen den 8 december 2022.

### III. Bedömning

17. Det här förslaget till avgörande är indelat på följande sätt. Jag kommer att börja med att förklara hur jag uppfattar skälen till att den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan till EU-domstolen.<sup>10</sup> Jag kommer således att föreslå att denna fråga ska omformuleras (A). Därefter kommer jag att bedöma hur unionsrätten ska tillämpas på medlemsstaternas system för granskning av utländska direktinvesteringar (B). Svaret på den frågan är relevant både för EU-domstolens behörighet (C) och för bedömningen av huruvida lag LVIII från år 2020 är förenlig med unionsrätten, vilket jag kommer att behandla i den sista delen av förslaget (D).

#### A. Omformulering av den nationella domstolens första fråga

18. Den hänskjutande domstolen har att avgöra om den ska fastställa eller ogiltigförklara det överklagade beslutet. Den första frågan är emellertid inte formulerad så, att EU-domstolen anmodas att klargöra huruvida beslutet i fråga är förenligt med unionsrätten. I stället avser frågan ett enda scenario i vilket beslutet måste anses vara ogiltigt: i det fallet att Ungern saknade *befogenhet* att anta lag LVIII från år 2020. Om Ungern till att börja med inte hade befogenhet att anta lag LVIII från år 2020, är det överklagade beslutet automatiskt ogiltigt.

19. Den hänskjutande domstolen har främst uttryckt tvivel om huruvida två bestämmelser i lag LVIII från år 2020 är förenliga med unionsrätten, vilket således föranleder två olika frågor om tolkningen av unionsrätten. Dess hänvisning till 276 § punkt 2 a i denna lag, för det första, föranleder särskilt frågan huruvida nationella system för granskning av utländska direktinvesteringar kan omfatta direktinvesteringar som härrör från tredjeland men genomförs via bolag baserade i unionen. Hänvisningen till 283 § punkt 1 b, för det andra, föranleder frågan om vilka villkor för antagandet av enskilda granskningsbeslut som ska vara uppfyllda enligt unionsrätten.

<sup>10</sup> Eftersom EU-domstolen har efterfrågat min åsikt endast avseende den första frågan, kommer jag inte att behandla den hänskjutande domstolens andra fråga.

20. EU-domstolens svar bör enligt min mening inte nödvändigtvis lämna den hänskjutande domstolen med ett binärt val (det vill säga att, till följd av frågan om befogenhet, konstatera att lagen i fråga är giltig och tillämplig i förevarande fall eller att den strider mot unionsrätten och därför inte är tillämplig). I stället bör EU-domstolens svar på den första frågan också fungera som en måttstock för den hänskjutande domstolen på vad som enligt unionsrätten krävs för att beslut som antas på grundval av lag LVIII från år 2020 ska anses vara giltiga i sak. Även om det svar som ges i förevarande mål skulle tillåta den hänskjutande domstolen att slå fast att lag LVIII från år 2020 kan användas som rättslig grund för granskningsbeslut som antas av ministern, om den tolkas i överensstämmelse med unionsrätten, innebär detta därför inte nödvändigtvis att det konkreta beslut som avses i förevarande mål också kan anses vara giltigt. Den hänskjutande domstolen måste fortfarande själv avgöra huruvida beslutet i fråga uppfyller kraven i unionsrätten.

21. Jag föreslår därför att den första frågan ska omformuleras på följande sätt: Är det enligt artikel 4.2 FEU, artikel 65.1 b FEUF och förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar möjligt för en medlemsstat, och i så fall på vilka villkor, att anta en lag som förpliktar företag i unionen som kontrolleras av en fysisk eller juridisk person i tredjeland att anmäla sin avsikt att förvärva kontroll över ett företag som är registrerat i den medlemsstaten och enligt vilken myndigheterna efter denna anmälan har befogenhet att neka tillstånd till det anmälda förvärvet av det skälet att det kan hota medlemsstatens nationella intressen, allmänna ordning eller allmänna säkerhet, eftersom målföretaget utvinner råvaror såsom sand, grus och lera och försörjer den lokala byggsektorn med dessa råvaror?

### ***B. Hur ska unionsrätten tillämpas på de nationella systemen för granskning av utländska direktinvesteringar?***

22. Den hänskjutande domstolen vill få klarhet i huruvida lag LVIII från år 2020 är förenlig med unionsrätten, och har i sin fråga hänvisat till artikel 65.1 FEUF och förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar. Kommissionen anser att förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar inte är tillämplig. Den har föreslagit att förevarande mål ska avgöras enbart på basen av fördragets bestämmelser om etableringsfrihet. Det är därför nödvändigt att först reda ut vilka av dessa olika delar av unionens primärrätt och sekundärrätt som är relevanta för svaret på den första av de frågor som har ställts till EU-domstolen.

#### ***1. Samspelet mellan befogenheterna avseende den inre marknaden och avseende den gemensamma handelspolitiken***

23. Genom Lissabonfördraget utvidgades tillämpningsområdet för den gemensamma handelspolitiken genom att ”utländska direktinvesteringar” lades till bland de befogenheter som förtecknas i artikel 207.1 FEUF. I yttrande 2/15 (Frihandelsavtal mellan EU och Singapore)<sup>11</sup> förklarade domstolen för första gången vad detta tillägg betyder. Den förklarade att detta begrepp ska förstås så, att det omfattar ”investeringar av fysiska eller juridiska personer från [ett tredjeland] i unionen, och vice versa, som ger dem möjlighet att effektivt medverka i ledningen eller kontrollen av ett bolag som utövar en ekonomisk verksamhet”.<sup>12</sup> För att förklara begreppet ”utländska direktinvesteringar” i artikel 207.1 FEUF använde domstolen samma definition som den hade använt för att beskriva begreppet ”direktinvesteringar” på området för den inre marknaden. Den konstaterade att ”[v]ad gäller direktinvesteringar ... består [de] av alla slags investeringar som

<sup>11</sup> Yttrande 2/15 av den 16 maj 2017 (EU:C:2017:376).

<sup>12</sup> Ibidem, punkt 82. Min kursivering.

fysiska eller juridiska personer gör och som har till syfte att upprätta varaktiga och direkta relationer mellan den person som tillhandahåller kapitalet och det företag som får tillgång till kapitalet för sin ekonomiska verksamhet. Förvärv av en del av ett företag som har bildats i form av ett aktiebolag är en direktinvestering när aktieägarens andelsinnehav gör det möjligt för denne att effektivt medverka i ledningen eller kontrollen av bolaget.”<sup>13</sup>

24. Två omedelbara konsekvenser följer av de citerade delarna av det yttrandet. Domstolens tolkning innebär, för det första, att den definition av direktinvesteringar som under en tid använts i rättspraxis i mål rörande den inre marknaden har överförts till området för den gemensamma handelspolitiken.<sup>14</sup> Inom nämnda område omfattar, för det andra, begreppet utländska direktinvesteringar i den mening som avses i artikel 207.1 FEUF inte minoritetsinvesteringar eller kortsiktiga investeringar.<sup>15</sup>

25. Den gemensamma handelspolitiken omfattas av Europeiska unionens exklusiva befogenheter enligt artikel 3.1 e FEUF. Att utländska direktinvesteringar har inkluderats i tillämpningsområdet för den gemensamma handelspolitiken ger unionen möjlighet att på ett heltäckande och sammanhängande sätt (det vill säga med undantag för eventuell reglering på medlemsstatsnivå) eftersträva en handelspolitik som täcker hela livscykeln för investeringar som genomförs utomlands. Det ”utvidgade” tillämpningsområdet för den gemensamma handelspolitiken säkerställer således att unionens kommersiella verksamhet gentemot tredjeländer förblir dynamisk och kan utvecklas sida vid sida med den internationella handeln.<sup>16</sup>

26. Det ska dock påpekas att detta tillägg har medfört en viss överlappning och spänning i förhållande till den delade befogenheten på den inre marknaden.

27. Direktinvesteringar är också en del av den fria rörligheten för kapital och omfattas således av tillämpningsområdet för den inre marknaden.<sup>17</sup> Om investeringar endast sker över unionens inre gränser, kan de omfattas av tillämpningsområdet för antingen etableringsfriheten (artiklarna 49 och 54 FEUF) eller den fria rörligheten för kapital (artikel 63.1 FEUF), beroende på den form av medverkan som det rör sig om.<sup>18</sup> Direktinvesteringar, å ena sidan, det vill säga andelsinnehav i ett företag som ger investeraren möjlighet att effektivt delta i ledningen eller kontrollen av företaget, regleras av bestämmelserna om etableringsfrihet.<sup>19</sup> Kortsiktiga investeringar eller

<sup>13</sup> Ibidem, punkt 80. I samma punkt hänvisade domstolen till tidigare domar i mål rörande den inre marknaden vilka avsåg skillnaden mellan direktinvesteringar och minoritetsinvesteringar. Se dom av den 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774, punkterna 181 och 182), dom av den 26 mars 2009, *kommissionen/Italien* (C-326/07, EU:C:2009:193, punkt 35), och dom av den 24 november 2016, *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, punkterna 75 och 76).

<sup>14</sup> Se, exempelvis, dom av den 26 mars 2009, *kommissionen/Italien* (C-326/07, EU:C:2009:193, punkterna 35 och 36 och där angiven rättspraxis) (där det skiljs mellan investeringar som leder till effektiv medverkan i ett företag och mindre andelsinnehav).

<sup>15</sup> Enligt domstolen är endast investeringar som leder till kontroll eller effektiv medverkan i ett bolag som utövar ekonomisk verksamhet ägnade att ”direkt och omedelbart påverka handelsutbytet mellan [ett tredjeland] och unionen”. Se yttrande 2/15 (*Frihandelsavtal mellan EU och Singapore*) av den 16 maj 2017 (EU:C:2017:376, punkt 84).

<sup>16</sup> Se särskilt yttrande 1/78 (*Internationellt naturgummiavtal*) av den 4 oktober 1979 (EU:C:1979:224, punkterna 44 och 45) (där det förklaras att en restriktiv tolkning skulle göra att den gemensamma handelspolitiken var ”dömd till att gradvis minska i betydelse”). Se, i detta avseende, även förslag till avgörande av generaladvokaten Wahl 3/15 (*Marrakechfördraget om tillgång till publicerade verk*) (EU:C:2016:657, punkt 43) (där det påpekas att eftersom handelspraxis, -mönster och -trender utvecklas över tiden måste föremålet för den gemensamma handelspolitiken utvecklas samtidigt).

<sup>17</sup> Se dom av den 22 oktober 2013, *Essent m.fl.* (C-105/12–C-107/12, EU:C:2013:677, punkt 40 och där angiven rättspraxis).

<sup>18</sup> Dom av den 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-446/04, EU:C:2006:774, punkt 37) (där det konstaterades att bestämmelserna om etableringsfrihet är tillämpliga även om den aktuella lagstiftningen i det målet i fall av mindre andelsinnehav eventuellt också påverkar den fria rörligheten för kapital). Detta synsätt bekräftades senare i domen av den 13 november 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11, EU:C:2012:707, punkt 95 och där angiven rättspraxis).

<sup>19</sup> Se, ursprungligen, dom av den 13 april 2000, *Baars* (C-251/98, EU:C:2000:205, punkterna 21 och 22) (där det konstateras att då en aktieägare innehar ett betydande inflytande över ett företags beslut kan han bestämma över företagens verksamhet, vilket innebär att bestämmelserna om etableringsfrihet är tillämpliga).

minoritetsinvesteringar, å andra sidan, det vill säga förvärv av andelar uteslutande i placerings syfte utan avsikt att erhålla något inflytande på ledningen och kontrollen av företaget i fråga, ska bedömas uteslutande utifrån den fria rörligheten för kapital.<sup>20</sup>

28. Medan regleringen av investeringar i företag i unionen som görs på den inre marknaden av andra företag i unionen följaktligen är uppdelad mellan två marknadsfriheter, regleras investeringar som görs av företag i tredjeländer enbart av bestämmelserna om fri rörlighet för kapital. Sistnämnda frihet är unik, eftersom det är den enda fördragsbaserade marknadsfrihet som medför rättigheter inte endast för medborgare i unionen utan också för företag i tredjeländer.

29. Av det ovan anförda följer att sedan Lissabonfördraget trädde i kraft omfattas investeringar som härrör från tredjeländer och som möjliggör ett faktiskt deltagande eller kontroll av ett företag av två olika unionsbefogenheter: en exklusiv befogenhet (den gemensamma handelspolitiken) och en delad befogenhet (bestämmelserna om fri rörlighet för kapital på den inre marknaden). Inom vart och ett av dessa områden har medlemsstaterna olika utrymme att vidta unilaterala lagstiftningsåtgärder. Inom områden där unionen har exklusiv befogenhet är de i princip förhindrade att vidta unilaterala åtgärder (även om unionen inte har vidtagit åtgärder), medan de inom områden med delad befogenhet får vidta åtgärder så länge det inte är uteslutet på grund av åtgärder som har vidtagits på unionsnivå.<sup>21</sup>

30. Denna överlappning ger upphov till frågan om var gränsen går mellan dessa båda slag av befogenheter och frågan om huruvida förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar är tillämplig.

## 2. Förklaring av förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar

31. Förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar, som antogs som en åtgärd inom ramen för den gemensamma handelspolitiken på grundval av artikel 207.1 FEUF, är unionslagstiftarens svar på ett uppfattat politikbehov som har uppkommit mot bakgrund av förändringarna av den globala ekonomiska ordningen.<sup>22</sup>

32. Jag skulle beskriva förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar som en sorts näbbdjur, en märklig varelse jämförd med de ”vanliga” slag av förordningar som avses i artikel 288 FEUF.<sup>23</sup> Genom dessa lagstiftningsinstrument antar unionslagstiftaren vanligen bindande bestämmelser som är direkt tillämpliga i alla medlemsstater. I förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar föreskrivs emellertid inte bindande bestämmelser, inte heller införs det ett gemensamt system för granskning av utländska direktinvesteringar. I stället föreskrivs det endast att medlemsstaterna får, och således inte ens är förpliktade att, införa

<sup>20</sup> Se, bland annat, dom av den 10 februari 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel och Österreichische Salinen (C-436/08 och C-437/08, EU:C:2011:61, punkt 35 och där angiven rättspraxis).

<sup>21</sup> Se mitt förslag till avgörande i målet ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft (C-500/20, EU:C:2022:79, punkt 64).

<sup>22</sup> Se kommissionens *Diskussionsunderlag: Hur vi bemöter globaliseringen* (COM(2017) 240 final), s. 15 (där det hänvisas till riskerna i synnerhet med att statsägda företag av strategiska skäl tar över europeiska företag med nyckelteknik). Vissa upphovsmän hävdar att en skärpt kontroll av ingående investeringar är användbart för att ge Europeiska unionen en bättre förhandlingsposition i dess yttre förbindelser, eftersom det gör det möjligt att arbeta för att öppna upp utländska marknader för investeringar från unionen. Se, allmänt, 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, s. 105–128.

<sup>23</sup> Det är dock ganska självklart att unionslagstiftaren använde sig av en förordning, eftersom det i artikel 207.2 FEUF föreskrivs att förordningar ska användas för att anta åtgärder ”för att fastställa inom vilken ram den gemensamma handelspolitiken ska genomföras”. Detta är fallet trots att detta lagstiftningsinstrument enligt lydelsen i artikel 288 FEU har större likheter med ett direktiv.

lagstiftning om granskning av utländska direktinvesteringar.<sup>24</sup> Förutom tillåtelsen att införa sådan lagstiftning fastställs i förordningen också en ram med gemensamma normer som sådana nationella system måste följa (om de inrättas), vilket innebär att den befintliga nationella lagstiftningen endast delvis har harmoniserats.

33. Ett sätt att förklara detta lagstiftningsval är att betrakta förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar så, att den överbrygger klyftan mellan den delade befogenheten avseende reglering av (utländska) direktinvesteringar ur ett inre marknadsperspektiv och befogenheten att fastställa en enhetlig strategi för granskningen av ”utländska direktinvesteringar” inom ramen för utövandet av Europeiska unionens exklusiva befogenhet avseende den gemensamma handelspolitiken.<sup>25</sup>

34. Detta är enligt min mening ett mycket kraftfullt argument. Faktum är att innan förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar trädde i kraft hade ett antal medlemsstater inrättat åtgärder för att granska kapitalrörelser från tredjeland till deras territorier.<sup>26</sup> Dessa system speglade nämnda medlemsstaters oro med avseende på allmän ordning eller allmän säkerhet som kunde kopplas till vissa kapitalrörelser från utlandet. I linje med medlemsstaternas delade befogenhet i frågor som rör den inre marknaden hade det varit fullständigt legitimt att grunda dessa nationella åtgärder på de undantag som tilläts enligt artikel 65.1 b FEUF.<sup>27</sup> Enligt mitt förmenande blev dessa nationella system för reglering av kapitalrörelser från tredjeland emellertid ogiltiga i och med att de kapitalrörelser som omfattas av ”utländska direktinvesteringar” inkluderades i den exklusiva befogenheten avseende den gemensamma handelspolitiken genom Lissabonfördraget.

35. Sedd mot denna bakgrund kan förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar förstås så, att den har återställt lagligheten i medlemsstaternas befintliga system för granskning av utländska direktinvesteringar.<sup>28</sup> Genom förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar ”delegeras” med andra ord en befogenhet tillbaka till medlemsstaterna inom ett område där de förlorade sin befogenhet i och med att Lissabonfördraget trädde i kraft.<sup>29</sup>

36. En närstående fråga är huruvida befogenheten avseende den gemensamma handelspolitiken kan användas som ett verktyg för att harmonisera nationell lagstiftning. Som jag har förklarat ovan innehåller förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar vissa bestämmelser som alla granskningssystem i medlemsstaterna måste följa. Det skulle därför kunna anses att harmoniseringen av nationell lagstiftning som möjliggör granskning av utländska

<sup>24</sup> Notera att även om det i skäl 8 i förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar anges att medlemsstaterna inte är förpliktade att anta granskningssystem, framgår det att de kraftigt uppmanas att göra detta. Se meddelande från kommissionen: *Vägledning till medlemsstaterna angående utländska direktinvesteringar, fri rörlighet för kapital från tredjeländer och skydd av Europas strategiska tillgångar, inför tillämpningen av [förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar]* (EUT C 99L, 2020, s. 1 och 2).

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

<sup>26</sup> Av förteckningen över de granskningssystem som anmälts av medlemsstaterna, vilken kommissionen har sammanställt i enlighet med artikel 3.8 i förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar, framgår det att ett stort antal medlemsstater hade inrättat någon typ av granskningssystem innan förordningen trädde i kraft.

<sup>27</sup> Se skäl 4 i förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar, där det anges att denna förordning ”påverkar inte medlemsstaternas rätt att frågå den fria rörligheten för kapital i enlighet med artikel 65.1 b i EUF-fördraget”, vilken artikel den hänskjutande domstolen har hänvisat till i sin första fråga.

<sup>28</sup> I artikel 2.1 FEUF om unionens exklusiva befogenheter anges att inom de områden där unionen har exklusiv befogenhet får medlemsstaterna lagstifta endast efter bemyndigande från unionen.

<sup>29</sup> Eftersom förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar inte ens kräver att medlemsstaterna inrättar granskningssystem, skulle det i annat fall kunna hävdas att en rättsligt bindande rättsakt var onödig. Det hade varit tillräckligt för Europeiska unionen att använda någon form av icke-bindande åtgärder för att förmå medlemsstaterna att agera. Valet av en rättsligt bindande akt skulle därför också kunna förklaras med behovet av att lösa det befogenhetsproblem som skapades genom Lissabonfördraget, varför det krävdes någon form av ”bemyndigande” av medlemsstaterna.



direktinvesteringar bör grundas på bestämmelserna om den inre marknaden, såsom artikel 64 FEUF. Jag anser emellertid att enbart den omständigheten att en unionsåtgärd harmoniserar nationell lagstiftning inte nödvändigtvis utesluter att den omfattas av den gemensamma handelspolitikens tillämpningsområde. En unionsåtgärd kan nämligen omfattas av tillämpningsområdet för den gemensamma handelspolitiken, om åtgärden i fråga ”huvudsakligen syftar till att främja, underlätta eller reglera [handeln med ett eller flera tredjeländer] och direkt och omedelbart påverkar denna”.<sup>30</sup> Det står klart att harmoniseringen av de nationella systemen för granskning av utländska direktinvesteringar har en sådan påverkan.<sup>31</sup>

37. Mot bakgrund av det ovan anförda kan förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar, genom vilken de nationella granskningssystemen bevaras samtidigt som vissa gemensamma regler införs, förstås som ett sätt att genomföra artikel 207.6 FEUF. I den bestämmelsen anges att de befogenheter som unionen tilldelas inom den gemensamma handelspolitiken inte ska påverka fördelningen av befogenheterna mellan unionen och medlemsstaterna. Eftersom direktinvesteringar som härrör från tredjeland även förblir en fråga som rör den inre marknaden (det vill säga en delad befogenhet), skulle införandet av ett gemensamt system för granskning av ”utländska” direktinvesteringar som skulle ersätta medlemsstaternas egna system behöva motiveras med hänsyn till subsidiaritetsprincipen. Detta kan förklara varför unionslagstiftaren (åtminstone tills vidare)<sup>32</sup> har valt ett decentraliserat system för granskning av utländska direktinvesteringar som tar hänsyn till medlemsstaternas lagstiftningsval. Dessa lagstiftningsval ska emellertid göras med iakttagande av bestämmelserna om den inre marknaden, inbegripet bestämmelserna om undantag från de grundläggande marknadsfriheterna.

### 3. Är förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar tillämplig på förevarande mål?

38. Mot bakgrund av det ovan anförda drar jag slutsatsen att det inte finns några hinder för att inordna ett nationellt system för granskning av ”utländska” direktinvesteringar – såsom det som inrättats genom lag LVIII från år 2020 – inom ramen för förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar.

39. Detta för mig fram till kommissionens ståndpunkt. Kommissionen anser att förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar inte kan tillämpas på förevarande mål, eftersom företag i unionen inte kan vara föremål för granskning enligt den förordningen. Klaganden, vars

<sup>30</sup> Yttrande 2/15 (Frihandelsavtal mellan EU och Singapore) av den 16 maj 2017 (EU:C:2017:376, punkt 36 och där angiven rättspraxis). Se även, analogt, dom av den 18 juli 2013, Daiichi Sankyo och Sanofi-Aventis Deutschland (C-414/11, EU:C:2013:520, punkt 52) (där det konstaterades att åtgärder som unionen har vidtagit inom området immateriella rättigheter (ett område med delad befogenhet) och ”som har en särskild koppling till internationell handel [kan] falla under begreppet ’handelsrelaterade aspekter av immateriella rättigheter’ i artikel 207.1 FEUF och följaktligen under den gemensamma handelspolitiken”).

<sup>31</sup> Se yttrande 2/15 (Frihandelsavtal mellan EU och Singapore) av den 16 maj 2017 (EU:C:2017:376, punkt 84), där domstolen förklarade att ”avgränsning[en] av den gemensamma handelspolitikens tillämpningsområde vad gäller utländska investeringar ger uttryck för att varje unionsakt som främjar, underlättar eller reglerar deltagandet för en fysisk eller juridisk person från ett tredjeland i unionen, eller vice versa, i ledningen eller kontrollen av ett bolag som utövar en ekonomisk verksamhet är ägnad att direkt och omedelbart påverka handelsutbytet mellan det tredjelandet och unionen. En sådan specifik koppling till handeln saknas däremot vid investeringar som inte leder till ett sådant deltagande.”

<sup>32</sup> Det ska påpekas att det förefaller som om kommissionen i sitt arbetsprogram för 2023 siktar på en förstärkning av förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar. Se meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén, *Kommissionens arbetsprogram 2023: En beslutsam och enad union* (COM(2022) 548 final), s. 7 och 8.

tilltänkta investering det nekades tillstånd till, är ett företag baserat i unionen. Enligt artikel 54 FEUF och relevant rättspraxis beror ett bolags "nationalitet" endast på platsen för bolagets säte, medan aktieägarnas nationalitet är irrelevant.<sup>33</sup>

40. Vid förhandlingen påpekade kommissionen att enligt artikel 2.2 i förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar avses med en "utländsk investerare" ett företag från ett tredjeland, som avser att göra eller har gjort en utländsk direktinvestering. Kommissionen betonade särskilt den omständigheten att denna definition endast omfattar en fysisk eller juridisk person "i ett tredjeland". Denna förordning kan följaktligen i princip inte tillämpas på bolag baserade i unionen. Klaganden, som är ett bolag registrerat i Ungern, kan således inte betraktas som ett företag från ett tredjeland. Förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar är inte tillämplig på denna personkrets (*ratione personae*).

41. Enligt min mening har kommissionen i sina yttranden om varför förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar inte är tillämplig bekvämt nog förbisett artikel 2.1 i förordningen. I den bestämmelsen anges vad som i förordningen avses med en utländsk direktinvestering. Det är "en investering av vilket slag som helst som görs av en utländsk investerare för att etablera eller upprätthålla varaktiga och direkta förbindelser mellan den utländska investeraren och den företagare för vilken eller det företag för vilket kapitalet görs tillgängligt för bedrivande av en ekonomisk verksamhet i en medlemsstat, inbegripet investeringar som möjliggör ett faktiskt deltagande i ledningen eller kontrollen av ett företag som bedriver en ekonomisk verksamhet".<sup>34</sup>

42. Tillämpningsområdet för förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar, såsom det anges i artikel 1.1, omfattar fastställandet av en ram för medlemsstaternas granskning av *utländska direktinvesteringar* i Europeiska unionen. Detta begrepp i sin tur omfattar alla slag av investeringar som ger en utländsk investerare möjlighet till faktiskt deltagande i eller kontroll av ett företag i unionen.

43. Det står klart att förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar endast är inriktad på utländska investerare. För att möjliggöra kontrollen av dessa investerare omfattar den alla eventuella slag av investeringar genom vilka en utländsk investerare förvärvar kontroll av ett företag i unionen. I förordningen uppställs med andra ord ingen begränsning vad gäller strukturen eller själva investeringsprocessen. För att en investering ska omfattas av tillämpningsområdet för förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar behöver investeringsprocessen följaktligen inte nödvändigtvis genomföras direkt (såsom när en utländsk investerare förvärvar kontroll över ett företag i unionen genom att direkt köpa andelar i det), utan kan genomföras indirekt (såsom när en utländsk investerare förvärvar kontroll av ett företag i unionen genom att förvärva andelar i det via ett annat företag i unionen). Det som spelar roll är *vem* som ytterst *förvärvar kontroll* av det ifrågavarande företaget i unionen.

44. Den italienska regeringen stöder denna tolkning av tillämpningsområdet för förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar. Den har också anfört ett relevant kontextuellt argument i detta sammanhang. I artikel 4.2 a i förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar, där de faktorer anges som får beaktas vid fastställandet av huruvida en utländsk direktinvestering sannolikt kan inverka på säkerhet eller allmän ordning, anges att det får beaktas "[o]m den utländska investeraren direkt eller indirekt kontrolleras av ett tredjelands regering". Den italienska regeringen har påpekat att om indirekt kontroll av en investerare i tredjeland är relevant för fastställandet av huruvida ett tredjeland är ansvarigt för en viss

<sup>33</sup> Se, bland annat, dom av den 1 april 2014, Felixstowe Dock and Railway Company m.fl. (C-80/12, EU:C:2014:200, punkt 40).

<sup>34</sup> Min kursivering.

investering, måste det följaktligen också vara relevant när det gäller en investerare som är baserad i unionen, vilken de facto kan kontrolleras av en investerare från ett tredjeland. Förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar omfattar därför "indirekta" utländska direktinvesteringar.

45. Varje annan tolkning skulle enligt min mening strida mot syftet med förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar, som är att möjliggöra granskning av utländska direktinvesteringar för att fastställa huruvida investeringen i fråga kan riskera (eller åtminstone hota att riskera) Europeiska unionens eller medlemsstaternas allmänna ordning eller säkerhet. Detta omfattar direkta förvärv från utlandet likväl som arrangemang genom vilka kapital överförs till ett företag baserat i unionen i syfte att förvärva ett visst målbolag. Att godta kommissionens ståndpunkt och endast grunda sig på det formella kriterium som utgörs av ett bolags säte, utan att beakta vem som förvärvar kontroll av ett investeringsmål genom en viss transaktion, skulle enligt min mening innebära att ignorera såväl verkligheten i affärer som syftet med att granska utländska direktinvesteringar.<sup>35</sup>

46. Kommissionen har både i sina skriftliga yttrande och vid förhandlingen hävdats att "indirekta" utländska direktinvesteringar *endast* i undantagsfall kan omfattas av tillämpningsområdet för förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar, i syfte att förhindra att system för granskning kringgås. Den har påpekat att det i förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar hänvisas till kringgåenden i skäl 10, och att det enligt artikel 3.6 krävs att de medlemsstater som har infört ett granskningssystem ska anta de åtgärder som krävs för att konstatera och förhindra ett kringgående av granskningssystem och granskningsbeslut. Begreppet "kringgående" omfattar "investeringar från inom unionen" endast om de, för det första, görs "med hjälp av *artificiella arrangemang*", för det andra, "*inte återspeglar ekonomiska realiteter*" och, för det tredje, "innebär att granskningssystem och granskningsbeslut *kringgås*". Detta är inte fallet i förevarande mål.

47. Om ett kringgående inte fastställs med hjälp av ett annat instrument som särskilt utformats för det syftet, kräver emellertid själva fastställandet av att ett granskningssystem har kringgåtts att en särskild kapitaltransaktion granskas. En transaktion måste med andra ord först omfattas av tillämpningsområdet för förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar, för att det ska kunna avgöras huruvida den faktiskt är avsedd att kringgå ett nationellt granskningssystem eller granskningsbeslut.

48. Att utesluta ett slag av transaktion, såsom den som avses i förevarande mål, från tillämpningsområdet för förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar skulle i varje händelse undergräva själva målet med granskningen av utländska direktinvesteringar som inte hotar det nationella intresset eller unionens intresse. När det gäller syftet med ett verktyg för förhandsgranskning, såsom de nationella systemen för granskning av investeringar, vad är de facto skillnaden om en investerare i tredjeland förvärvar kontroll av ett strategiskt företag i unionen direkt från utlandet eller via ett annat företag i unionen? I båda fallen förvärvar den utländska investeraren kontroll över det ifrågavarande företaget i unionen och således möjligheten att avgöra företagets framtid, oavsett om det är att driva det i linje med marknadsvillkoren, plundra det på alla värdefulla tillgångar (i förevarande fall till exempel översvämma stenbrottet så att det blir oanvändbart), sälja företaget vidare eller helt enkelt fullständigt lägga ned det. Den springande punkten är att en utländsk investerare förvärvar kontroll över ett strategiskt företag i unionen.

<sup>35</sup> Som Cohen påpekade redan i sin artikel från 1935 säger ett bolags säte så gott som ingenting om dess verksamhet; se Cohen, F. S., "Transcendental Nonsense and the Functional Approach", *Columbia Law Review*, vol. 35(6), 1935, s. 809, på s. 810.

49. Förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar syftar, enligt min mening, just till att förhindra möjlig kontroll från tredjeland, om en viss investering bedöms utgöra ett hot mot säkerhet eller allmän ordning. Följaktligen föreslår jag att domstolen slår fast att "indirekta" utländska direktinvesteringar som görs via ett företag baserat i unionen kan omfattas av tillämpningsområdet för förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar, om investeringen möjliggör för den utländska investeraren att få kontroll över det förvärvade företaget.

50. Det bör emellertid påpekas att granskningen av direktinvesteringar som härrör från tredjeland och utförs via ett företag baserat i unionen inte automatiskt innebär att tillstånd till en sådan investering kan nekas utan några vidare villkor. Det kan inte förbises att redan den omständigheten i sig att bolagsförvärv i unionen som görs av investerare i tredjeland utsätts för granskning utgör ett hinder för utövandet av de fyra marknadsfriheterna.<sup>36</sup>

51. När ett område är föremål för överlappande befogenheter måste unionslagstiftaren enligt min mening ta vederbörlig hänsyn till de problem som uppkommer på båda områdena. Även om lagstiftningen antogs på grundval av artikel 207.1 FEUF som den dominerande rättsliga grunden,<sup>37</sup> var unionslagstiftaren därför skyldig att beakta de rättigheter som följer av fördragets bestämmelser om de fyra marknadsfriheterna, oavsett om dessa rättigheter gynnar företag i unionen eller i tredjeland. Med andra ord, även om förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar "bemyndigar" medlemsstaterna, med stöd av artikel 207.1 FEUF, att inrätta system för granskning av utländska direktinvesteringar, måste förordningen iaktta kraven i artikel 65.1 FEUF, eftersom sådana investeringar kan föranleda problem med avseende på allmän ordning och säkerhet. Det är just mot denna bakgrund som hänvisningen till artikel 65.1 FEUF i skäl 4 i förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar ska förstås.<sup>38</sup>

52. I förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar återspeglas de facto de möjliga motiveringarna för att begränsa en rätt till fri rörlighet som följer av undantagsbestämmelserna i fördraget och därigenom implicit också de allmänna kriterierna för att bedöma huruvida en sådan begränsning är proportionerlig. Detta framgår särskilt av artikel 4 i förordningen, som innehåller en icke uttömmande förteckning över de faktorer som medlemsstaterna får beakta vid fastställandet av huruvida en viss utländsk kapitaltransaktion sannolikt kan inverka på säkerhet eller allmän ordning.

53. Om bestämmelserna om den inre marknaden inte var inbyggda i förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar och de nationella system som tillåts på den grunden, skulle de marknadsfriheter som är tillgängliga för alla bolag i unionen kunna påverkas oproportionerligt enbart på grund av utländskt andelsägande i sådana bolag. För att undvika att dessa friheter kränks, bör nationell lagstiftning, såsom lag LVIII från år 2020, som tillåts enligt förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar, inte uteslutas från en eventuell granskning

<sup>36</sup> Se, analogt, dom av den 31 januari 1984, *Luisi och Carbone* (286/82 och 26/83, EU:C:1984:35, punkt 34), dom av den 23 februari 1995, *Bordessa m.fl.* (C-358/93 och C-416/93, EU:C:1995:54, punkterna 24–26), och dom av den 14 december 1995, *Sanz de Lera m.fl.* (C-163/94, C-165/94 och C-250/94, EU:C:1995:451, punkt 24) (där det förklaras att föregående tillstånd för valutautförsel utgör en begränsning av den fria rörligheten för kapital).

<sup>37</sup> Se, exempelvis, dom av den 22 oktober 2013, kommissionen/rådet (C-137/12, EU:C:2013:675, punkt 53) (där det konstateras att om bedömningen av en rättsakt visar att den har två syften eller att den har två beståndsdelar, och om ett av dessa syften eller en av dessa beståndsdelar är dominerande, medan det eller den andra är av underordnad betydelse, ska rättsakten ha en enda rättslig grund, nämligen den som krävs med hänsyn till det dominerande syftet eller den dominerande beståndsdelan).

<sup>38</sup> Jag finner det fölaktligen inte övertygande när det hävdas att hänvisningen till artikel 65.1 FEUF i skäl 4 i förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar innebär att medlemsstaterna kan välja att inrätta andra granskningssystem för direktinvesteringar som härrör från tredjeland, vilka inte omfattas av förordningens tillämpningsområde.

enligt fördragets bestämmelser om den inre marknaden. Jag understryker att varje transaktion som omfattas av ett granskningsystem måste kunna vara föremål för en fullständig granskning av dess proportionalitet mot bakgrund av kriterierna i artikel 65.1 FEUF.<sup>39</sup>

54. För att sammanfatta ovanstående överväganden anser jag att även om nationell lagstiftning, såsom lag LVIII från år 2020, möjliggör en granskning av "indirekta" utländska direktinvesteringar som genomförs via ett företag i unionen, omfattas den av tillämpningsområdet för förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar.

### *C. Domstolens behörighet*

55. Att förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar är tillämplig besvarar även frågan huruvida domstolen är behörig i förevarande mål.

56. Denna fråga har tagits upp av kommissionen, som ansåg att detta fall endast rörde den inre marknaden. Alla omständigheter i det nationella målet kan uppfattas så, att de är interna för Ungern: ett ungerskt bolag vill förvärva ett annat ungerskt bolag, men är enligt ungersk rätt förhindrad att göra detta. Interna situationer faller utanför tillämpningsområdet för bestämmelserna om den inre marknaden. Även om kommissionen har framställt denna invändning har den ändå dragit slutsatsen att domstolen är behörig, med hänvisning till den omständigheten att klaganden är helägd av Xella Tyskland. Detta öppnar dörren för att anse att förevarande mål inte är begränsat till en enda medlemsstat.

57. Vid förhandlingen orsakade dessa anmärkningar rörande domstolens behörighet viss diskussion om vad som gör att en situation är "intern" och om vilka omständigheter som kan beaktas för att klassificera en transaktion mellan två bolag i samma medlemsstat som "gränsöverskridande" transaktion.<sup>40</sup> Med beaktande av möjligheten att situationen i förevarande mål även kan betraktas som inter diskuterades även huruvida domstolens dom i målet *Ullens de Schooten*<sup>41</sup> är relevant.

58. Även om jag anser att dessa frågor är intressanta och endast delvis har klargjorts i domstolens praxis, ska jag motstå frestelsen att diskutera dem i det här förslaget till avgörande. Jag tror helt enkelt inte att de är relevanta under omständigheterna i förevarande mål.

59. Som jag har förklarat i punkterna 49 och 54 ovan, omfattas detta mål av tillämpningsområdet för förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar. Som jag har konstaterat kan klagandens tilltänkta förvärv av Janes betraktas som en "utländsk direktinvestering" i den mening som avses i förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar. Eftersom det nationella målet således omfattas av tillämpningsområdet för unionslagstiftning som bland annat syftar till

<sup>39</sup> Jag återkommer till denna fråga i avsnitt D.2 nedan.

<sup>40</sup> Eftersom Xella Tyskland äger 100 procent av andelarna i klaganden, ansåg kommissionen vidare att förevarande mål ska avgöras på basen av bestämmelserna om etableringsfrihet, eftersom en "utländsk" direktinvestering inom unionen som ger kontroll omfattas av tillämpningsområdet för denna marknadsfrihet. Till stöd för detta konstaterade hänvisade kommissionen till domen av den 1 februari 2001, *Mac Quen m.fl.* (C-108/96, EU:C:2001:67, punkt 16), och domen av den 17 oktober 2002, *Payroll m.fl.* (C-79/01, EU:C:2002:592, punkt 25). Den relevanta gränsöverskridande omständighet som enligt kommissionen motiverar domstolens behörighet grundas på att klaganden kan åberopa den gränsöverskridande etableringsrätten för Xella Tyskland. Vid förhandlingen kunde kommissionen emellertid inte förklara varför spärningen av ägandet ska upphöra vid Xella Tyskland och inte vid Xella Luxemburg eller det bermudiska bolaget. Om transaktionen i fråga betraktas ur det sistnämnda företags perspektiv, kan klaganden även åberopa den fria rörligheten för kapital för bolaget i Bermuda, eftersom kapitalrörelser från tredjeland till Europeiska unionen också är liberaliserade enligt artikel 63.1 FEUF.

<sup>41</sup> Dom av den 15 november 2016 (C-268/15, EU:C:2016:874).

att harmonisera de nationella granskningsystemen, är det irrelevant huruvida situationen i fråga är intern. Domstolens behörighet följer redan av att unionens sekundärrätt är tillämplig på förevarande mål.<sup>42</sup>

60. Ett ytterligare argument för att betrakta förevarande mål på detta sätt är, som det bekräftades vid förhandlingen, att den ungerska regeringen tolkar lag LVIII från år 2020 så, att den omfattas av tillämpningsområdet för förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar. Som kommissionen också har bekräftat anmälde den ungerska regeringen denna lagstiftning till kommissionen i överensstämmelse med sin skyldighet enligt artikel 3.7 i förordningen. I linje med denna anmälan och i enlighet med artikel 3.8 i förordningen offentliggjorde kommissionen därefter den relevanta ungerska lagstiftningen som en del av förteckningen över medlemsstaternas granskningsystem. Eftersom lag LVIII från år 2020 enligt den hänskjutande domstolen är den lag som är tillämplig på det mål som den har att avgöra, eftersom den utgör den rättsliga grunden för det överklagade beslutet, är det uppenbart att unionsrätten är tillämplig och att den tolkning som efterfrågas i begäran om förhandsavgörande till domstolen är användbar. Det efterfrågade klagörandet kommer att göra det möjligt för den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida lag LVIII från år 2020 överskrider de gränser som fastställs i unionsrätten.

61. Skulle domstolen inte instämma i min uppfattning om behörighet i detta fall redogör jag nedan kortfattat för tre andra möjligheter att fastställa domstolens behörighet.

62. För det första är det, även om jag inte är en ivrig supporter av denna rättspraxis, uppenbart att domstolen skulle kunna fastställa sin behörighet på basen av de *potentiella* gränsöverskridande verkningar som följer av det ungerska granskningsystemet.<sup>43</sup> Det kan knappast råda någon diskussion om att det ”inte kan uteslutas” att ett företag i en annan medlemsstat vilket ägs av ett företag i ett tredjeland kan vara intresserat av att förvärva ett ”strategiskt” ungerskt bolag. Detta är lätt att föreställa sig i förevarande fall, eftersom förvärvet lika väl kunde ha genomförts direkt av Xella Tyskland. Den ungerska lagen i fråga har således en gränsöverskridande verkan.

63. För det andra kan inspiration även hämtas från domen i målet *Felixstowe Dock and Railway Company m.fl.*<sup>44</sup> I det målet kunde klagandena, som utgjordes av bolag baserade i Förenade kungariket, åberopa sitt luxemburgska dotterbolags etableringsfrihet, eftersom de förstnämnda ”behandla[de]s sämre i skattemässigt hänseende [på grund av det luxemburgska anknytningsbolaget] än om de varit förbundna med det förlustöverlåtande bolaget via ett i Förenade kungariket etablerat anknytningsbolag”.<sup>45</sup> Domstolens behörighet skulle således kunna fastställas både på grundval av etableringsfriheten för det/de moderbolag i unionen som avses i förevarande mål (Xella Tyskland och Xella Luxemburg) och den slutliga förvärvaren, det vill säga ägaren av Lone Star (den irländska medborgaren), och på grundval av den fria rörligheten för kapital för bolaget i tredjeland (bolaget i Bermuda).

<sup>42</sup> Som det framgår av doktrinen utgör den omständigheten att en situation är intern ett hinder för domstolens behörighet endast i mål som rör negativ integrering (den direkta tillämpningen av de grundläggande friheterna i fördraget), men inte i mål som rör positiv integrering (tillämpningen av unionens harmoniserande sekundärrätt på i övrigt interna situationer). Se, exempelvis, 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, s. 31–63, s. 37–40.

<sup>43</sup> Se dom av den 11 mars 2010, *Attanasio Group* (C-384/08, EU:C:2010:133, punkt 24), dom av den 8 maj 2013, *Libert m.fl.* (C-197/11 och C-203/11, EU:C:2013:288, punkt 34), och dom av den 5 december 2013, *Venturini m.fl.* (C-159/12–C-161/12, EU:C:2013:791, punkt 25).

<sup>44</sup> Dom av den 1 april 2014 (C-80/12, EU:C:2014:200).

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

64. Det är slutligen möjligt att fastställa en teoretisk behörighet på basen av den Dzodzi-liknande<sup>46</sup> hänvisningen i 276 § punkt 3 i lag LVIII från år 2020 rörande definitionen av ”strategiskt bolag” (i vilken definition förefaller att ha anpassats till artikel 4.1 a–e i förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar) och 283 § punkt 1 b i lag LVIII från år 2020 rörande begränsningen av ministerns skäl till att använda sin tilldelade befogenhet att förbjuda förvärv (där det hänvisas till artiklarna 52.1 och 65.1 FEUF).

65. Hur man än ser på förevarande mål har domstolen följaktligen behörighet att besvara de frågor som har ställts av den hänskjutande domstolen.

#### ***D. Villkor enligt vilka medlemsstaterna kan granska och neka tillstånd för ”indirekta” utländska direktinvesteringar***

66. Som jag har förklarat i punkterna 50–53 ovan måste medlemsstaternas granskningssystem, vilka tillåts enligt förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar, vara förenliga med de friheter på den inre marknaden som fastställs i fördraget.

67. Domstolen anser att alla åtgärder som förbjuder eller hindrar utövandet av marknadsfriheterna eller gör det mindre attraktivt utgör en begränsning av nämnda friheter.<sup>47</sup>

68. Själva förekomsten av ett granskningssystem gör direktinvesteringar som härrör från tredjeland mindre attraktiva. Det är uppenbart att det överklagade beslut genom vilket tillstånd för förvärvet av Janes nekades inte endast gör det mindre attraktivt, utan de facto helt omöjligt att utöva rätten att investera i ett företag i unionen (på basen av artikel 63.1 FEUF) och etableringsrätten (på basen av artiklarna 49 och 54 FEUF).<sup>48</sup>

69. Begränsningar i utövandet av de grundläggande friheterna är emellertid möjliga, om de motiveras av legitima mål av allmänintresse och om de är lämpliga och nödvändiga för att skydda dessa intressen. Huruvida dessa båda krav – en godtagbar motivering och proportionalitet – är uppfyllda ska prövas av domstol mot bakgrund av unionsrätten. Nationella lagar, såsom lag LVIII från år 2020, och enskilda beslut som grundar sig på dem måste uppfylla de villkor som unionsrätten ålägger dem. Med beaktande av att EU-domstolens behörighet i ett förfarande för förhandsavgörande är begränsad till att tillhandahålla en tolkning av de villkor som åläggs i unionsrätten ankommer det följaktligen på den nationella domstolen att bedöma huruvida lag LVIII från år 2020, såsom den tillämpats av ministern, uppfyller dessa villkor.

#### ***1. Legitimt mål***

70. Enligt artikel 1.1 i förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar får de nationella granskningssystemen begränsa kapitalflöden på två möjliga grunder: dels för att skydda säkerheten, dels för att skydda den allmänna ordningen. I förordningen används i detta avseende

<sup>46</sup> Dom av den 18 oktober 1990 (C-297/88 och C-197/89, EU:C:1990:360, punkt 41).

<sup>47</sup> Se, bland annat, beträffande etableringsfriheten, dom av den 25 oktober 2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, punkt 46 och där angiven rättspraxis). Vad gäller den fria rörligheten för kapital se, exempelvis, dom av den 18 juni 2020, kommissionen/Ungern (Insyn i föreningar) (C-78/18, EU:C:2020:476, punkterna 52 och 53 och där angiven rättspraxis).

<sup>48</sup> Som jag har förklarat i punkt 63 ovan beträffande domstolens behörighet kan förevarande mål, beroende på vilket synsätt som antas, anses röra en begränsning av den fria rörligheten för kapital (bolaget i Bermuda) eller av etableringsfriheten (för Xella Tyskland, Xella Luxemburg eller till och med den irländska medborgare som befinner sig ytterst i ägandekedjan i hela Xella-koncernen).

de skäl som redan anges i fördraget<sup>49</sup> och i internationella avtal som är bindande för Europeiska unionen.<sup>50</sup> Närmare bestämt anges det i skäl 35 i förordningen att unionens eller medlemsstaternas genomförande av förordningen måste uppfylla artiklarna XIV led a och XIVa i allmänna tjänstehandelsavtalet (Gats)<sup>51</sup> och unionsrätten mer allmänt.

71. Tolkningsfrågan i förevarande mål rör endast motiveringarna allmän ordning eller allmän säkerhet, vilka anges i artikel 65.1 b FEUF. Det ska påpekas att samma skäl också anges i artikel 52.1 FEUF som möjliga motiveringar för att begränsa etableringsfriheten. Jag kommer därför nu att redogöra för hur dessa motiveringar har behandlats i domstolens praxis.

72. Det är först nödvändigt att förklara att medlemsstaterna i princip är fria att utifrån nationella behov bestämma vad hänsynen till allmän ordning och allmän säkerhet kräver,<sup>52</sup> vilket enligt min mening svarar mot den hänskjutande domstolens hänvisning till artikel 4.2 FEU. Dessa hänsyn kan variera från en tid till en annan och från en medlemsstat till en annan.<sup>53</sup> Deras fastställande regleras inte i unionsrätten.

73. Unionsrätten formar emellertid de nationella politiska valen genom att kräva att de motiverande skälen ska tolkas restriktivt, eftersom de möjliggör undantag från den regel enligt vilken direktinvesteringar i princip är liberaliserade.<sup>54</sup> Dessa motiveringar kan följaktligen åberopas endast då det föreligger ett verkligt och tillräckligt allvarligt *hot* mot ett grundläggande samhällsintresse,<sup>55</sup> om så bara *sannolikt*.<sup>56</sup>

74. En medlemsstat måste därför förklara, för det första, varför det intresse som ligger till grund för begränsningen i fråga uppfattas som grundläggande i dess samhälle och, för det andra, varför den verksamhet som begränsas utgör ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot mot detta grundläggande intresse.

75. Enligt den ungerska regeringen syftar lag LVIII från år 2020 till att skydda två grundläggande intressen i det ungerska samhället. Det första intresse som angetts är att förhindra spekulativa förvärv i sektorer som anses vara strategiska för den ungerska ekonomin, särskilt i kölvattnet efter covid-19-pandemin. Det andra intresse som angetts är att skydda försörjningstryggheten, i förevarande fall försörjningen av sand, grus och lera i Ungern.

<sup>49</sup> Det ska erinras om att det i skäl 4 i förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar anges att den ram som inrättas genom förordningen "påverkar inte medlemsstaternas rätt att frånga den fria rörligheten för kapital i enlighet med artikel 65.1 b i EUF-fördraget".

<sup>50</sup> Se skäl 3 i förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar, där det anges att enligt de åtaganden som gjorts inom ramen för WTO och OECD och i de handels- och investeringsavtal som ingåtts med tredjeländer är det möjligt för "unionen och medlemsstaterna att, med avseende på säkerhet eller allmän ordning, införa restriktiva åtgärder riktade mot utländska direktinvesteringar, med förbehåll för att vissa krav är uppfyllda".

<sup>51</sup> Beträffande räckvidden av undantaget avseende säkerhet och allmän ordning i nämnda bestämmelser i Gatsavtalet se Velten, J., "Screening Foreign Direct Investment in the EU. Political Rationale, Legal Limitations, Legislative Options", *European Yearbook of International Economic Law*, vol. 26, 2022, s. 59 och följande sidor.

<sup>52</sup> Se, exempelvis, dom av den 14 mars 2000, *Église de scientologie* (C-54/99, EU:C:2000:124, punkt 17 och där angiven rättspraxis).

<sup>53</sup> Som domstolen förklarade i domen av den 14 oktober 2004, *Omega* (C-36/02, EU:C:2004:614, punkt 31), inom området frihet att tillhandahålla tjänster, och i domen av den 2 juni 2016, *Bogendorff von Wolfersdorff* (C-438/14, EU:C:2016:401, punkt 68), inom området medborgarskap.

<sup>54</sup> Se, exempelvis, dom av den 14 mars 2000, *Église de scientologie* (C-54/99, EU:C:2000:124, punkt 17 och där angiven rättspraxis).

<sup>55</sup> *Ibidem* och mer nyligt dom av den 18 juni 2020, kommissionen/Ungern (Insyn i föreningar) (C-78/18, EU:C:2020:476, punkt 91 och där angiven rättspraxis).

<sup>56</sup> Se, analogt, rapporten från WTO:s tvistlösningsorgans panel i *European Union and its Member States – Certain Measures Relating to the Energy Sector* (WT/DS476/R, punkt 7.1163), där det beträffande tolkningen av begreppet "ett genuint och tillräckligt allvarligt hot" i fotnot 5 till artikel XIVa i allmänna tjänstehandelsavtalet konstateras att "begreppet 'tillräckligt allvarligt' används för att beteckna ett hot som ... ska förstås så, att det avser de potentiella följderna eller det potentiella allvaret hos verkningarna av ett hot som håller på att förverkligas".



76. Som klaganden, den italienska regeringen och kommissionen har gjort gällande kan det första av de skäl som den ungerska regeringen har hänvisat till inte godtas som ett undantag med hänsyn till allmän ordning. Av rättspraxis framgår att rent teoretiskt kan skäl av rent ekonomisk karaktär inte motivera ett hinder för en av de grundläggande friheterna.<sup>57</sup> För att vara tydlig, jag ifrågasätter inte att en hälsokris som covid-19 under vissa omständigheter kan leda till en ökning av spekulativa investeringar från utlandet. Sådana investeringar är emellertid en del av det ekonomiska livet. De är en del av affärsstrategin för investeringsfonder som Lone Star. Att skydda den ungerska nationella ekonomin från spekulativa investeringar kan därför inte i sig godtas som ett intresse som kan skyddas på grund av hänsyn till allmän ordning.<sup>58</sup>

77. Det är riktigt att domstolen har förklarat att skäl som i allmänhet inte kan godtas för att begränsa transaktioner mellan medborgare på den inre marknaden under vissa omständigheter kan motivera ett hinder för kapitalrörelser från tredjeland. I domen i målet *Test Claimants in the FII Group Litigation* förklarade domstolen således att ”det inte [kan] uteslutas att en medlemsstat lyckas visa att en restriktion av den fria rörligheten för kapital till eller från tredjeland kan motiveras av ett visst skäl under omständigheter där detta skäl inte skulle kunna utgöra en giltig motivering av en inskränkning av kapitalrörelser mellan medlemsstater”.<sup>59</sup> Det som har motiverat att domstolen i detta och andra liknande mål har godtagit att åtskillnad görs mellan godtagbara motiveringar i ett unionsinternt sammanhang respektive ett sammanhang som involverar ett tredjeland är att det föreligger en *hög grad av rättslig integration* mellan medlemsstaterna på den inre marknaden (till exempel genom skatteharmonisering) medan en sådan grad av integration inte föreligger med tredjelandet i fråga.<sup>60</sup>

78. Denna rättspraxis är inte tillämplig i förevarande mål. En hög grad av rättslig integration på den inre marknaden kan enligt min mening inte motivera åberopandet av rent ekonomiska skäl för att motivera en allmän begränsning av spekulativa ”indirekta” utländska direktinvesteringar.<sup>61</sup> Eftersom spekulativa investeringar betraktas som legitim affärsverksamhet och inte regleras särskilt på den inre marknaden, kan de inte förhindras med hänvisning till den allmänna ordningen enbart på grund av att de direkt eller indirekt härrör från tredjeland.

79. Det andra skäl som den ungerska regeringen har åberopat, nämligen försörjningstryggheten, kan enligt min mening anföras med hänvisning till antingen den allmänna ordningen eller den allmänna säkerheten.

<sup>57</sup> Se, bland annat, dom av den 21 december 2016, *AGET Iraklis* (C-201/15, EU:C:2016:972, punkt 72 och där angiven rättspraxis).

<sup>58</sup> Om investeringarna i fråga under en pandemi som covid-19 skulle inriktas på exempelvis nationella anläggningar för tillverkning av ansiktsmasker, och således skulle kunna leda till störningar i befolkningsskyddet eller tillhandahållandet av vårdrelaterade tjänster, instämmer jag emellertid fullständigt i att en begränsning av sådana investeringar kan vara motiverade med hänsyn till allmän ordning. Se även meddelande från kommissionen: *Vägledning till medlemsstaterna angående utländska direktinvesteringar, fri rörlighet för kapital från tredjeländer och skydd av Europas strategiska tillgångar, inför tillämpningen av förordning (EU) 2019/452 (förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar)* (EUT C 991, 2020, s. 1 och 2).

<sup>59</sup> Dom av den 12 december 2006 (C-446/04, EU:C:2006:774, punkt 171). Se även dom av den 18 december 2007, A (C-101/05, EU:C:2007:804, punkterna 35 och 37 och där angiven rättspraxis), och dom av den 20 maj 2008, *Orange European Smallcap Fund* (C-194/06, EU:C:2008:289, punkt 90).

<sup>60</sup> Se dom av den 24 november 2016, *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, punkt 64 och där angiven rättspraxis), och dom av den 26 februari 2019, X (*Mellanliggande bolag med hemvist i tredjeland*) (C-135/17, EU:C:2019:136, punkterna 90–92 och där angiven rättspraxis).

<sup>61</sup> Det har i detta sammanhang tidigare påpekats att unionens befintliga ram för granskning av utländska direktinvesteringar inte lämpar sig för att uppnå alla mål som medlemsstaterna och Europeiska unionen kan vilja uppnå genom införandet av sådana granskningsystem, inte minst när det gäller frågor som rör ömsesidigt marknadstillträde. Se, allmänt, Velten, J., ”Screening Foreign Direct Investment in the EU. Political Rationale, Legal Limitations, Legislative Options”, *European Yearbook of International Economic Law*, vol. 26, 2022.

80. Den ungerska regeringen har förklarat att försörjningen av ballast för byggändamål är viktig för landets industri och allmänna infrastruktur, inbegripet på lokal nivå. Klaganden, den italienska regeringen och kommissionen har påpekat att sådana hänsyn i princip och under vissa omständigheter kan motivera ett ingrepp i bestämmelserna om fri rörlighet. Klaganden och kommissionen har emellertid också påpekat att de inte anser att denna motivering kan godtas i förevarande fall.

81. Domstolen har ansett att behovet av att säkerställa försörjningstryggheten när det gäller vissa grundläggande allmänna tjänster och funktionen hos vissa nätverkstjänster som anses vara nödvändiga för en medlemsstats ekonomiska liv och samhällsliv är en godtagbar motivering vad gäller undantaget avseende allmän ordning.<sup>62</sup>

82. Enligt min mening utesluter detta följaktligen inte möjligheten att säkerställandet av försörjningen av viss ballast för byggändamål i tider av kris ur en medlemsstats perspektiv kan anses vara ett skäl som kan motivera en begränsning av en grundläggande marknadsfrihet av hänsyn till den allmänna ordningen (eller den allmänna säkerheten). Detta gäller även i fråga om sand, grus och lera, trots den omständigheten att kommissionen inte (ännu) har fört upp dessa ballaster på förteckningen över råvaror ”av avgörande betydelse”.<sup>63</sup> Det finns faktiskt studier som stöder åsikten att det råder brist på dessa råvaror och att försörjningen av dem kan vara ett problem.<sup>64</sup> Ansträngningar att säkerställa försörjningen av sand, grus och lera kan därför anses vara av grundläggande intresse för samhället.

83. Även lydelsen i förordningen om granskning av utländska direktinvesteringar stöder detta synsätt. I artikel 4 föreskrivs att vid fastställandet av huruvida en utländsk direktinvestering sannolikt kan inverka på säkerhet eller allmän ordning får medlemsstaterna (och kommissionen) överväga de potentiella effekterna av en kapitaltransaktion på bland annat tillgången på kritiska insatsvaror, däribland råvaror. Likaså får kommissionen enligt artikel 8 i förordningen rikta ett yttrande till den berörda medlemsstaten om den anser att en utländsk direktinvestering sannolikt kan inverka på projekt eller program av unionsintresse som omfattas av unionslagstiftning rörande kritiska insatsvaror som är av väsentlig betydelse för säkerhet eller allmän ordning.

<sup>62</sup> Se, exempelvis, dom av den 20 juni 2002, Radiosistemi (C-388/00 och C-429/00, EU:C:2002:390, punkt 44) (avseende det allmänna telekommunikationsnätets funktion), dom av den 28 september 2006, kommissionen/Nederländerna (C-282/04 och C-283/04, EU:C:2006:608, punkt 38) (avseende säkerställande av samhällsomfattande posttjänster), dom av den 22 oktober 2013, Essent m.fl. (C-105/12–C-107/12, EU:C:2013:677, punkt 53) (avseende ordningen för offentligt och privat ägande för systemansvariga för distributionssystem för el eller gas), och dom av den 27 februari 2019, Associação Peço a Palavra m.fl. (C-563/17, EU:C:2019:144, punkt 72 och där angiven rättspraxis) (avseende förfrågningsunderlag som syftar till att säkerställa tillräckliga och regelbundna flygtransporter till och från portugisisktalande tredjeländer med vilka Portugal har särskilda band).

<sup>63</sup> Se meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén, *Resiliens för råvaror av avgörande betydelse: Att staka ut vägen mot ökad trygghet och hållbarhet* (COM(2020) 474 final), s. 3.

<sup>64</sup> Se, exempelvis, United Nations Environment Programme Global Environmental Alert Services, ”Sand, rarer than one thinks” (mars 2014), som finns på: [https://na.unep.net/geas/archive/pdfs/GEAS\\_Mar2014\\_Sand\\_Mining.pdf](https://na.unep.net/geas/archive/pdfs/GEAS_Mar2014_Sand_Mining.pdf) (där det konstateras att ”efter vatten står sand och grus för de största volymerna av råvaror som används på jorden ... [d]eras användning överstiger kraftigt deras naturliga förnyelsetakt” och även påpekas att ”den mesta sanden från öknar kan inte användas till betong ... eftersom det i vinderosionsprocessen bildas runda korn som inte binder väl till varandra”). Se även BBC Future, ”Why the world is running out of sand” (november 2019), som finns på: <https://www.bbc.com/future/article/20191108-why-the-world-is-running-out-of-sand> (där det förklaras att i Indien är rådet nu en sådan brist på kommersiellt användbar sand att marknaderna för sådan sand domineras av ”sandmaffior”). Se även, mer allmänt, Ioannidou, D., Meylan, G., Sonnemann, G. och Habert, G., ”Is gravel becoming scarce? Evaluating the local criticality of construction aggregates”, *Resources, Conservation and Recycling*, vol. 126 (2017), s. 26–33 (där det konstateras att det särskilt på lokal nivå råder brist på kommersiellt användbart grus).

84. Trots denna allmänna möjlighet att åberopa behovet av försörjningstrygghet för vissa råvaror anser jag det vara svårt att under omständigheterna i förevarande mål dra slutsatsen att utländskt ägande av en producent som står för 0,52 procent av den ungerska nationella produktionen av sand, grus och lera utgör ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot mot det grundläggande intresset att säkerställa försörjningskedjan i Ungern.

85. När den ungerska regeringen tillfrågades om detta vid förhandlingen kunde den inte ange ett övertygande skäl till varför det skulle utgöra ett *grundläggande* intresse (lokalt eller nationellt) för det ungerska samhället att skydda Janes från utländskt ägande. Det har inte heller förklarats hur ett sådant utländskt ägande skulle hota *försörjningen* av dessa råvaror till de lokala byggföretagen. När allt kommer omkring säljer Janes redan nu 90 procent av sin produktion till klaganden, medan endast 10 procent säljs till de lokala företagen.<sup>65</sup>

86. Denna åsikt påverkas absolut inte av den ungerska regeringens argument att varje utländskt ägande av ett stenbrott eller ett bolag som driver ett stenbrott i sig kan utgöra ett hot mot försörjningstryggheten som således motiverar en begränsning av utländska direktinvesteringar i sådana målbolag av hänsyn till den allmänna ordningen. Inte ens mot bakgrund av de olika rättsliga och politiska sammanhangen inom och utanför Europeiska unionen finns det enligt min mening något rimligt eller övertygande skäl till att medlemsstaterna på grundval av en allmän misstanke mot alla utländska direktinvesteringar borde vidta åtgärder mot transaktioner som härrör från tredjeland.<sup>66</sup>

87. Även om det i nationell lagstiftning, såsom lag LVIII från år 2020, i princip skulle kunna föreskrivas att granskning av ”indirekta” utländska direktinvesteringar är motiverad på grund av nödvändigheten att säkerställa försörjningstryggheten för vissa råvaror, kan denna motivering endast anföras om ett utländskt ägande av källan till sådana råvaror utgör ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot mot försörjningstryggheten för antingen en särskild region eller för Ungern som helhet.

88. Även om det ankommer på den nationella domstolen att bekräfta huruvida sådana argument anfördes i det överklagade beslutet, ska det påpekas att det av handlingarna i målet inte framgår att ministern förklarade huruvida och på vilket sätt det indirekta utländska ägandet av Janes utgör ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot mot försörjningstryggheten för grus, sand och lera i Ungern (som helhet eller i den berörda regionen).

89. Detta betyder inte nödvändigtvis att lag LVIII från år 2020 i sig strider mot unionsrätten. En hänvisning i den lagen till fördragets artiklar om undantag från de grundläggande marknadsfriheterna, vilka ministern måste följa,<sup>67</sup> kan räcka. Detta kan emellertid endast vara fallet om denna hänvisning i ungersk rätt utgör en tillräckligt tydlig skyldighet för ministern att i varje enskilt granskningsbeslut förklara *varför* en särskild utländsk direktinvestering utgör ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot mot Ungerns grundläggande intressen. Eftersom den nödvändiga grad av precision med vilken denna skyldighet åläggs i själva lagtexten enligt min mening är beroende av den särskilda medlemsstatens rättskultur, är detta en fråga som endast den nationella domstolen kan bedöma.

<sup>65</sup> Se punkt 2 i begäran om förhandsavgörande.

<sup>66</sup> Se, Hindelang, S., *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment. The Scope of Protection in EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 238 (där det anges att ”att hävda att kapitalrörelser med ursprung i Förenta staterna i genomsnitt utgör en allvarligare risk för överträdelse av nationell lagstiftning och reglering än – låt säga, för argumentets skull – kapitalrörelser från Rumänien är högst spekulativt, för att säga det minsta”).

<sup>67</sup> Enligt 283 § punkt 1 b i lag LVIII från år 2020 ska ministern ”i enlighet med artiklarna 36, 52.1 och 65.1 FEUF” undersöka om en särskild investering skadar ungerska statliga intressen.

## 2. Proportionalitet

90. I den nationella lagstiftning som reglerar systemet för granskning av utländska direktinvesteringar bör det också föreskrivas ett krav på att varje granskningsbeslut som ministern antar med stöd av den lagstiftningen ska vara *lämpligt* och *nödvändigt* för att skydda mot ett verkligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse i medlemsstaten.

91. På samma sätt som kravet att motiveringen i sig ska vara i överensstämmelse med fördraget (se punkt 89 ovan), kan det vara tillräckligt att det i den nationella lagstiftningen endast hänvisas till de bestämmelser om fri rörlighet enligt vilka det krävs en fullständig granskning av huruvida begränsningarna av friheterna i fråga är proportionerliga. Det som är viktigt är att det i lagstiftningen i fråga föreskrivs en skyldighet för de verkställande nationella myndigheterna att förklara varför den vidtagna åtgärden (såsom i förevarande fall beslutet att neka tillstånd till förvärvet av ett företag i unionen) är proportionerlig.

92. Det ankommer på den nationella domstolen att bedöma huruvida en särskild åtgärd är proportionerlig. Om den hänskjutande domstolen anser att försörjningen av sand, grus och lera utgör ett grundläggande intresse för det ungerska samhället som verkligen hotas, bör den med andra ord även bedöma huruvida beslutet att neka tillstånd till klagandens förvärv av Janes svarar mot detta hot. Detta innebär att det överklagade beslutet måste vara lämpligt och nödvändigt för att undanröja det påstådda hotet.

93. Det ska endast påpekas att det av handlingarna i målet är oklart på vilket sätt förbudet mot indirekt utländskt ägande av Janes bidrar till att säkerställa en fri försörjning av sand, grus och lera till de lokala byggföretagen. Som domstolen också påpekade vid förhandlingen finns det inget som hindrar att ett ungerskt bolag säljer alla råvaror som utvinns från stenbrottet till företag utomlands. Men även under antagandet att denna koppling till det angivna syftet på något sätt skulle fastställas kvarstår fortfarande (den likaså utforskade) frågan om varför en mindre begränsande åtgärd, såsom en kvot för den lokala distributionen till marknadsvillkor, inte kunde ha använts i stället.

94. Som jag redan har angett ankommer det emellertid slutligen på den nationella domstolen att bedöma huruvida ministern angav ett tillräckligt skäl till varför åtgärden i fråga var lämplig och nödvändig (vilket jag inte anser att han gjorde).

## IV. Förslag till avgörande

95. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar den första av de frågor som ställts av Fővárosi Törvényszék (Överdomstolen för Budapests stad, Ungern) på följande sätt:

Artikel 4.2 FEU, artikel 65.1 b FEUF och Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2019/452 av den 19 mars 2019 om upprättande av en ram för granskning av utländska direktinvesteringar i unionen

utgör inte hinder för nationell lagstiftning som tillåter granskning av utländska direktinvesteringar som härrör från tredjeland i ett företag i unionen och som genomförs via ett annat företag i unionen, om investeringen i fråga leder till att det utländska företaget faktiskt deltar i ledningen eller kontrollen av det företag i unionen som det har investerat i.

I sådan nationell lagstiftning får det föreskrivas att granskningen av en transaktion motiveras av behovet av att säkerställa försörjningstryggheten för vissa råvaror.

I sådan nationell lagstiftning måste det föreskrivas att det i enskilda granskningsbeslut ska förklaras varför en särskild utländsk direktinvestering utgör ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot mot försörjningstryggheten och varför ett särskilt granskningsbeslut är lämpligt och nödvändigt för att motverka detta hot.