



JURIDISKA FAKULTETEN

VID LUNDS UNIVERSITET

Einar Dahlberg

Anmälningssplikten i 7 § UDI-lagen –
Dess proportionalitet och
förenlighet med den sekundära
etableringsfriheten

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: David Dryselius

Termin: VT24

Innehåll

Summary	4
Sammanfattning	5
Förord.....	6
1 Inledning	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte och frågeställningar.....	8
1.3 Metod och material.....	9
1.4 Forskningsläge.....	11
1.5 Avgränsningar	12
1.6 Disposition.....	12
2 Granskning av UDI i Sverige.....	14
2.1 UDI-förordningens och UDI-lagens funktion	14
2.2 Definitioner av UDI.....	16
2.3 UDI-lagens skyddsobjekt	20
2.4 Skyddsvärd verksamhet.....	21
2.5 Kringgåendeklausulen i UDI-förordningen.....	25
2.6 Anmälningsplikten i 7 § och statistik från ISP	30
2.7 UDI-förordningen som ramverk.....	30
3 Anmälningsplikten och sekundär etableringsfrihet	33
3.1 Sekundär etableringsfrihet och tillåtna inskränkningar	33
3.2 Anmälningsplikten har en gemenskapsdimension	34
3.3 Anmälningsplikten är en inskränkning.....	35
3.4 Inskränkningen kan ej rättfärdigas	36
3.5 Anmälningsplikten är oförenlig med den sekundära etableringsfriheten	41
4 Anmälningspliktens proportionalitet	43
4.1 Proportionalitet och svensk lagstiftning	43
4.2 Anmälningsplikten har ett legitimt syfte	46
4.3 Anmälningspliktens lämplighet kan ifrågasättas	47
4.4 Anmälningsplikten är mer omfattande än nödvändigt	51
4.5 Proportionaliteten stricto sensu är ännu oklar	52
4.6 Anmälningspliktens proportionalitet är bristande	54
5 Avslutande kommentar	57
Källförteckning	59
Rättsfall.....	59
Offentligt tryck	60

Sverige	60
Europeiska unionen.....	60
Litteratur	61
Övrigt.....	63

Summary

This essay problematizes the notification requirement in § 7 of the act (2023:560) on the Review of Foreign Direct Investment (FDI-act) with the help of the rules on secondary freedom of establishment on the internal market and a proportionality test. To fulfill this purpose, a broad interpretation of the legal-dogmatic method is used.

The first part of the paper presents a selection of provisions from both EU Regulation 2019/452 (the FDI Regulation), with interpretative support from the CJEU ruling in C-106/22 Xella (Xella), and the FDI-act. It is concluded that the Swedish interpretation of the anti-circumvention clause in the FDI Regulation is incorrect and that the FDI act's definition of FDI (foreign direct investments) is more extensive than its counterpart in the FDI Regulation. In addition, the FDI-act is discussed in relation to the proposal for a new UDI Regulation published in January 2024 (COM(2024) 23 final). This comparison results in the conclusion that the discrepancy between the definition of FDI in the FDI-act and the FDI Regulation will be resolved when the current UDI Regulation is replaced.

The examination of the notification requirement in relation to the freedom of establishment on the internal market shows that the notification requirement constitutes an impermissible restriction. The conclusion is reached since the requirement covers more investments than those which can constitute a genuine and sufficiently serious threat to a fundamental interest of society. This becomes particularly apparent when comparing the reasoning of the Court of Justice of the European Union in Xella and the sectors which constitute “samhällsviktig verksamhet”¹ according to the FDI-act.

It is then concluded that the proportionality of the notification requirement is flawed. This is mainly since the requirement covers more investments than necessary to protect public policy or public security. In addition, the suitability of the notification requirement for achieving the intended objective and its proportionality *stricto sensu* are called into question.

¹ Which is one of the sub-categories of sectors covered by the notification requirement.

Sammanfattning

Uppsatsen problematiserar anmälningsplikten i 7 § lag (2023:560) om granskning av utländska direktinvesteringar (UDI-lagen) med hjälp av reglerna om sekundär etableringsfrihet på den inre marknaden och proportionalitetsprincipen. För att uppfylla detta syfte används en bred tolkning av den rättsdogmatiska metoden.

I uppsatsens inledande del presenteras ett urval av bestämmelser från både EU-förordning 2019/452 (UDI-förordningen), med tolkningsstöd av EU-domstolens avgörande i C-106/22 Xella (Xella), och UDI-lagen. Deras inbördes förhållande synliggörs och det konstateras att den svenska tolkningen av kringgåendeklausulen i UDI-förordningen är inkorrekt och att UDI-lagens definition av UDI är mer omfattande än dess motsvarighet i UDI-förordningen. Därtill diskuteras UDI-lagen i förhållande till förslaget till en ny UDI-förordning som publicerades i januari 2024 (COM(2024) 23 final). Denna jämförelse resulterar i en slutsats om att diskrepansen mellan definitionen av UDI i UDI-lagen och UDI-förordningen kommer att upphöra när den nuvarande UDI-förordningen ersätts.

Granskningen av UDI-lagens anmälningsplikt i förhållande till den gemenskapsrättsliga etableringsfriheten på den inre marknaden visar att anmälningsplikten innebär en otillåten inskränkning. Eftersom den omfattar fler investeringar än de som kan utgöra ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse. Detta blir särskilt påtagligt vid en jämförelse av EU-domstolens resonemang i Xella och vilka sektorer som utgör samhällsviktig verksamhet.

Därefter konstateras att anmälningsplikten inte är proportionell. Detta grundar sig huvudsakligen i att den omfattar fler investeringar än vad som är nödvändigt för att skydda allmän ordning eller allmän säkerhet. Därutöver ifrågasätts anmälningspliktens lämplighet för att uppnå avsett mål och dess proportionalitet *stricto sensu*.

Förord

Till bergen.

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Utländska direktinvesteringar (UDI) utgör en betydande källa till ekonomisk tillväxt och utveckling, både för EU och Sverige eftersom sådana investeringar har konstaterats stimulera innovation, skapa arbetstillfällen och främja hälsosam konkurrens.² I dess enklaste form innebär UDI att en investerare köper ett bolag, helt eller delvis genom aktieköp, i ett annat land än investerarens hemstat.

Trots fördelarna med UDI har vissa trender och nyupptäckta investeringsmönster internationellt väckt oro och föranlett en mer kritisk hållning, särskilt på EU-nivå.³ En av dessa trender är en ökad närvaro av investerare från tredjeländer⁴ på den inre marknaden som förvärvar företag av icke-ekonomiska motiv.⁵ Exempel på detta inkluderar förvärv av företag som besitter kritisk teknik, infrastruktur eller känslig information.⁶ Detta har väckt frågor om risker med tekniköverföring och inflytande till tredjeländer med strategiska intressen som inte sammanfaller med EU:s. Europeiska Revisionsrätten har påpekat att sådan UDI kan medföra särskilt betydande risker när investerare med strategiska avsikter skaffar sig inflytande över strategiska områden, som kärnkraft och hamnar.⁷ Denna ökade oro för de säkerhetspolitiska riskerna med strategisk UDI motsvaras även på nationell nivå i Sverige.⁸

Som ett svar på oron för riskerna med strategisk UDI och för att möta de ovan nämnda trenderna i internationella investeringsmönster har juridiska verktyg implementerats både på EU-nivå och på nationell nivå.⁹ På EU-nivå införlivades förordning 2019/452 år 2020, vilken delegerar kompetens till

² EU-kommissionen, COM(2017) 240, Diskussionsunderlag hur vi möter globaliseringen s. 8 f.; Strategi för Sveriges utrikeshandel, investeringar och globala konkurrenskraft (2023) s. 5; EU-kommissionen, COM(2017) 487 final, Förslag till Europaparlamentets och Rådets förordning om upprättande av en ram för granskning av utländska direktinvesteringar i Europeiska unionen s. 2; Prop. 2022/23:116 s. 18; SOU 2021:87 s. 89.

³ Jfr. SOU 2019:21 s. 33 ff.; EU-kommissionen, COM(2017) 487 final, Förslag till Europaparlamentets och Rådets förordning om upprättande av en ram för granskning av utländska direktinvesteringar i Europeiska unionen s. 2; EU-kommissionen (2021) Frequently asked questions on the EU framework for FDI screening, fråga 22.

⁴ Länder som ej är medlemmar i Europeiska unionen.

⁵ EU-kommissionen, COM(2017) 240, Hur vi bemöter globaliseringen s. 14, jfr även EU-kommissionen, COM(2021) 714 final, Första årsrapporten om granskningen av utländska direktinvesteringar i unionen s. 1 & 15.

⁶ EU-kommissionen (2024) European economic security strategy, EU foreign direct investment screening 2024 revision s. 1.

⁷ Europeiska Revisionsrätten (2023) Granskning av utländska direktinvesteringar i EU s. 9.

⁸ Strategi för Sveriges utrikeshandel, investeringar och globala konkurrenskraft (2023); Prop. 2022/23:116 s. 1; SOU 2021:87 s. 24 f.

⁹ Prop. 2022/23:116 s. 21; Skälen till UDI-förordningen p. 8.

medlemsstater att reglera UDI och ställer vissa krav på dessa regler.¹⁰ Det ska också noteras redan nu att denna förordning, med utgångspunkt i ett förslag till förordning som EU-kommissionen publicerade i januari 2024 kommer att ersättas inom en överskådlig framtid.¹¹

De lagar som stiftas för att möjliggöra nationell granskning av UDI benämns i förordningens artikel 2.4 som *granskningsystem*, ett begrepp som kommer användas på samma sätt i denna uppsats. I slutet av 2023 införlivades det svenska granskningsystemet genom lagen (2023:560) om granskning av utländska direktinvesteringar (UDI-lagen) vars syfte är att förhindra UDI som kan skada svenska säkerhetsintressen.

Den grundläggande premissen för det svenska granskningsystemet är att alla investeringar i skyddsvärd verksamhet omfattas av en obligatorisk anmälningsplikt. 7 § etablerar att investerare, obeaktat identitet eller nationalitet, måste anmäla planerade investeringar i skyddsvärd verksamhet till Institutionen för strategiska produkter (ISP) som avgör om den är tillåten eller ej. Fram till att ISP slutfört sin prövning av en anmäld investering omfattas parterna av en standstill-period som i de flesta fall begränsas till 25 arbetsdagar, men som vid en förlängd granskning kan vara i ytterligare 6 månader.

Att UDI-lagen i allmänhet, men också anmälningsplikten i 7 § UDI-lagen, utgör proportionerliga åtgärder som är förenliga med EU-rätten är något som flitigt angetts i lagens förarbeten.¹² Emellertid efterfrågade ett antal remissinstanser förtydliganden av hur denna slutsats nåddes i propositionen och hur EU-rätt och proportionalitet förhåller sig till att *samtliga* investerare, inklusive EU-företag och inhemska företag omfattas.¹³ Även idag förefaller det finnas skäl att ifrågasätta anmälningspliktens omfattning i och med att en övervägande majoritet (350) av alla anmälda investeringar kunnat genomföras utan begränsningar efter ISP:s prövning och att enbart två av dem hittills villkorats.¹⁴ Avsikten med denna uppsats är att problematisera UDI-lagens anmälningsplikt i förhållande till EU-rätt och proportionalitet.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att problematisera UDI-lagens obligatoriska anmälningsplikt enligt 7 § UDI-lagen med hjälp av reglerna om inskränkningar på den fria rörligheten på den inre marknaden och ett proportionalitetstest i fyra steg.

¹⁰ Jfr. EU-kommissionen, COM(2017) 487 final Förslag till Europaparlamentets och Rådets förordning om upprättande av en ram för granskning av utländska direktinvesteringar i Europeiska unionen s. 8.

¹¹ Se EU-kommissionen, COM(2024) 23 final, Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om granskning av utländska investeringar i unionen och om upphävande av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2019/452; Information om var förslaget befinner sig i implementeringsprocessen går att nå på EU-parlamentets hemsida.

¹² Se exv. Prop. 2022/23:116 s. 60 f. & 174.

¹³ Prop 2022/23:116 s. 59 & 172.

¹⁴ Enligt statistik på ISP:s hemsida.

För att uppnå syftet ska jag besvara följande frågeställningar:

1. Hur förhåller sig UDI-lagen till UDI-förordningen och till förslaget om den nya UDI-förordningen?
2. Är anmälningsplikten i 7 § UDI-lagen förenlig med den sekundära etableringsfriheten i artikel 49 andra stycket FEUF?
3. I vilken utsträckning är anmälningsplikten i 7 § UDI-lagen en proportionerlig åtgärd?

1.3 Metod och material

Den rättsdogmatiska metoden är i många fall omdebatterad och det finns ingen definitiv bild av dess exakta innebörd.¹⁵ Detta kan innebära en utmaning, men kan också likt vad Jan Kleineman anger, utgöra en möjlighet för författaren att med egna ord ange hur metoden tillämpas för att besvara aktuella forskningsfrågor.¹⁶ Detta är min avsikt med följande kapitel.

För att fastställa gällande rätt har de erkända rättskällorna lagtext, förarbeten, rättspraxis samt doktrin använts i denna uppsats.¹⁷ UDI-lagen trädde i kraft i december 2023 och ännu saknas rättspraxis rörande hur den ska tolkas och tillämpas. Den doktrin som finns på området består huvudsakligen av kortare, mycket grundläggande, artiklar online som grundar sig på lagens förarbeten. Av detta skäl har även min framställning av relevanta bestämmelser från UDI-lagen huvudsakligen grundats på lagtext, myndighetsföreskrifter och förarbeten. Parallellt med redogörelsen för UDI-lagen är även en redogörelse för UDI-förordningens innehåll och funktion relevant eftersom den innehåller viss vägledning om UDI-lagens utformning och innehåller vissa begrepp som blir aktuella i kapitel 3 och 4. Även detta anser jag rymmas inom den rättsdogmatiska metoden av det enkla skäl att gällande rätt i Sverige även omfattar regler och principer som härstammar från förordningar och EU-rättsliga principer. Regler från Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF), eller förordningar och direktiv generellt är normhierarkiskt överordnade nationella regler. Detta är också anledningen till att de ges företräde i uppsatsen när detta är relevant.

Det ska också sägas att förslaget till upphävandet och ersättandet av UDI-förordningen som EU-kommissionen publicerade i januari 2024 används för

¹⁵ Heuman, L (2018) Metoder för rättstillämpning och lagtolkning s. 61–64; Kleineman, J. (2018) Rättsdogmatisk metod s. 21

¹⁶ Kleineman, J. (2018) Rättsdogmatisk metod s. 21; jfr även Heuman, L (2018) Metoder för rättstillämpning och lagtolkning s. 61–63.

¹⁷ Sandgren, C. (2015) Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation, tredje upplagan s. 40 ff.; Kleineman, J. (2018) Rättsdogmatisk metod s. 21

att besvara frågeställning 1.¹⁸ Anledningen till att detta är en del av uppsatsen är för att visa hur mina slutsatser rörande den nuvarande UDI-förordningen i huvudsak har bäring även efter att den ersatts.

Den rättsdogmatiska metoden har också använts för att problematisera gällande rätt, vilket är förenligt med en bredare tolkning av metoden.¹⁹ En sådan problematisering utförs i två delar, först i förhållande till fri rörlighet på den inre marknaden, sedan i förhållande till proportionalitetsprincipen. Prövningen i denna uppsats av anmälningsplikten enligt reglerna om tillåtna inskränkningar i etableringsfriheten följer samma metod som EU-domstolen regelmässigt tillämpar. För att identifiera denna metod har huvudsakligen EU-domstolens praxis, fördragsbestämmelser, och tillhörande doktrin använts. För att besvara frågeställning 3 tillämpas proportionalitetsprincipen enligt det proportionalitetstest som redovisas i kapitel 4. Principens närmare innebörd och funktion har identifierats med hjälp av rättsvetenskaplig doktrin eftersom de hänvisningar till proportionalitet som genomförs i förarbeten till UDI-lagen saknar tydlig struktur och inte lämpar sig för en gedigen, eller särskilt pedagogisk, redogörelse för principens innebörd.

Det är regelbundet så att uppgifter som inte härstammar från sedvanliga rättskällor används vid diskussioner om åtgärders förenlighet med den fria rörligheten på den inre marknaden, tillika vid diskussioner om proportionalitet.²⁰ Så är även fallet i denna uppsats. Med detta avser jag huvudsakligen två slags uppgifter.

För det första används SNI-koder²¹ och Nace rev.2-koder. SNI-koderna som jag använder är del av ett svenskt system för företagsklassificering. De svenska koderna är dock starkt influerade av det mycket likartade Nace rev.2-systemet, som till skillnad från SNI används inom hela unionen för att kategorisera företag efter verksamhetsområde.²² SNI- och Nace rev.2-koderna används för att dra slutsatser rörande anmälningspliktens förenlighet med den sekundära etableringsfriheten i kapitel 3. För det andra används statistiska uppgifter på ISP:s hemsida som rör den löpande granskningen av

¹⁸ EU-kommissionen, COM(2024) 23 final, Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om granskning av utländska investeringar i unionen och om upphävande av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2019/452.

¹⁹ Peczenik, A. (1995) Vad är rätt? s. 313; Jareborg, N. (2004) Rättsdogmatik som vetenskap, s. 4 och 9; Kleineman, J. (2018) Rättsdogmatisk metod s. 24; Peczenik, A. (2005) Juridikens allmänna läror s. 249–272.

²⁰ Jfr. ex v. hur ekonomiska hänsyn genomgående har präglat det som i förarbetena till UDI-lagen hävdas utgöra proportionalitetsbedömningar; Jfr. också C-555/19 Fussl p. 63 där EU-domstolen hänvisar till uppgifter rörande regionala programföretags interna konkurrens.

²¹ Förkortning av *Standard för svensk näringsgrensindelning*.

²² SCB:s hemsida under Swedish Standard Industrial Classification (SNI); Eurostat (2008) NACE rev. 2, Statistical classification of economic activities in the European Community s. 15.

UDI. Dessa är relevanta huvudsakligen i diskussionen om anmälningsplik-
tens proportionalitet i kapitel 4.

Sammantaget kan uppsatsen delas i två, även om delarna är integrerade sett
till kapitelindelningen. Dels innehåller den en redogörelse för relevant gäl-
lande rätt rörande UDI-lagen, UDI-förordningen, mekanismerna för in-
skränkningar i den fria rörligheten, och proportionalitetsprincipens inne-
börd. Dels problematiseras anmälningsplikten, med hjälp av reglerna om
sekundär etableringsfrihet och proportionalitetsprincipen.

1.4 Forskningsläge

Källor som behandlar UDI-lagen, eller UDI som rättsområde i Sverige, är
mycket få till antalet och som regel praktikerinriktade.²³ Det kan med för-
hållandevis stor säkerhet sägas att det fortfarande är lagens förarbeten, sär-
skilt prop. 2022/23:116 och SOU 2021:87, som är de mest användbara käl-
lorna för diskussioner om UDI-lagen.

Källorna som behandlar UDI-förordningen är också få till antalet och ofta
av grundare karaktär. Emellertid ska det sägas att EU-domstolen i juli 2023
gav ett förhandsavgörande i mål C-106/22 (Xella) rörande den ungerska
motsvarigheten till UDI-lagen och däri förtydligade vissa bestämmelser i
UDI-förordningen. EU-domstolens avgörande i Xella har också varit av stor
betydelse i denna uppsats analys av UDI-lagens förhållande till den sekun-
dära etableringsfriheten.

Till skillnad från UDI-reglering inom EU är reglerna om sekundär etable-
ringsfrihet och proportionalitet backade av mycket gedigna forskningsar-
beten och rättspraxis. Proportionalitetsprincipen är föremål för omfattande
forskning och diskussion, särskilt när det gäller dess roll i reglering av stat-
liga ingripanden i den privata sfären genom lagstiftning. Ett verk som varit
av särskild betydelse för denna uppsats är *The Constitutional Structure of
Proportionality* av Matthias Klatt och Moritz Meister där författarna presen-
terar ett strukturerat test i fyra steg för att bedöma en åtgärds proportio-
nalitet som presenteras och används i kapitel 4.

Reglerna om inskränkningar i den sekundära etableringsfriheten har genom
decennier av avgöranden utvecklats av EU-domstolen och genomgår kon-
stant utveckling. Det finns också omfattande litteratur rörande tillämpningen
av dessa regler. Bland de verk som varit särskilt relevanta för denna uppsats
kan Koen Lenaerts och Piet Van Nuffels *European Union Law*, samt Paul
Craigs *EU Administrative Law* särskilt nämnas. Dessa verk har använts i

²³ Exempelvis kan det nämnas att ett stort antal affärsjuridiska advokatbyråer publice-
rade artiklar på sina hemsidor om UDI-lagen runt årsskiftet 2023/2024 och att Carle, J. et
al. (2024) skrev artikeln Sweden: New preventative regime aims to reduce harmful foreign
investments.

min redogörelse för EU-domstolens praxis och de kriterier som används för att bedöma inskränkningar i den fria rörligheten på den inre marknaden.

1.5 Avgränsningar

Enligt OECD:s *directional principle* kan det särskiljas mellan två typer av UDI med hänsyn till riktning: utåtriktad UDI och inåtriktad UDI.²⁴ I Sverige är det enbart den sistnämnda formen av UDI som är reglerad och sålunda är det, om inte annat specificeras, enbart inåtriktad UDI som avses i denna uppsats. Inåtriktad UDI i en svensk kontext innebär att en investerare från ett annat land än Sverige investerar i ett svenskt företag. Motsatt innebär utåtriktad UDI att en svensk person eller företag genomför en investering i ett utländskt företag.

Denna uppdelning av inåt- och utåtriktad UDI enligt OECD:s definition kan även appliceras på EU:s inre marknad. När begreppet inåtriktad UDI används av olika EU-institutioner avses som regel med sådana investeringar som härstammar från tredjeland (andra än EU:s medlemsstater) men så att säga ”riktar sig” mot ett EU-företag.²⁵ Utåtriktad UDI i denna kontext avser den motsatta situationen där EU-företag investerar utanför den inre marknaden. Även i EU-rättslig kontext är det enbart inåtriktad UDI som behandlas i denna uppsats.

En viktig begränsning för UDI är att begreppet enligt både UDI-förordningen och UDI-lagen förutsätter att ett mål, och funktion, med investeringen är att investeraren förvärvar ett visst mått av *varaktigt inflytande* över investeringsobjektet.²⁶ Således är investeringar som ej orsakar en förändring av kontrollen över investeringsobjektet i allmänhet uteslutna från diskussioner av UDI.²⁷ Så är även fallet i denna uppsats. Att sådana investeringar är uteslutna från UDI-lagens och UDI-förordningens tillämpningsområde innebär vidare att den fria rörligheten för kapital inte heller är av samma relevans som etableringsfriheten.

1.6 Disposition

Denna uppsats har, utöver kapitel 1, fyra delar.

I kapitel 2 presenteras UDI-lagen och UDI-förordningen med ett delat fokus på förhållandet mellan de två regelverken och vissa bestämmelser som blir relevanta i senare kapitel. Därtill redovisas hur dessa bestämmelser förhåller

²⁴ OECD (2008) Glossary of foreign direct investment terms and definitions 4th edition s. 5.

²⁵ Exempelvis i EU-kommissionens (2021) Frequently asked questions on the EU framework for FDI screening, fråga 22.

²⁶ Jfr. SOU 2021:87 s. 90 f. & skälen till UDI-förordningen p. 9.

²⁷ Jfr. skälen till UDI-förordningen p. 9; Ett exempel på detta är s.k. *portföljinvesteringar* – definitionen av detta begrepp går att finna i SOU 2021:87 s. 90.

sig till förslaget om en ny UDI-förordning som EU-kommissionen publicerade i januari 2024.

Kapitel 3 utgör en problematisering av anmälningsplikten i 7 § UDI-lagen utifrån reglerna om inskränkningar i den sekundära etableringsfriheten hos den inre marknaden. Prövningen av anmälningsplikten enligt reglerna om sekundär etableringsfrihet genomförs stegvis i enlighet med det tillvägagångssätt som EU-domstolen regelbundet använder vid prövningen av hinder mot den fria rörligheten.

I kapitel 4 använder jag ett proportionalitetstest den svenska anmälningsplikten. Det proportionalitetstest som jag använder är uppdelat i fyra steg som behandlas i varsitt avsnitt. I detta kapitel blir vissa av de slutsatser rörande anmälningspliktens förenlighet med den sekundära etableringsfriheten relevanta och en återkoppling till kapitel 3 sker därför.

Kapitel 2,3 och 4 avslutas med enskilda avsnitt innehållandes en kapitel-sammanfattning och svaren på frågeställning 1,2 respektive 3.

Den sista delen, kapitel 5, är en avslutande kommentar rörande uppsatsens slutsatser och utmaningar för UDI-lagstiftning.

2 Granskning av UDI i Sverige

2.1 UDI-förordningens och UDI-lagens funktion

UDI-förordningen, som trädde i kraft den 11 oktober 2020, har enligt dess artikel 1 till syfte att etablera en ram för medlemsstaternas granskning av utländska direktinvesteringar med hänsyn till säkerhet och allmän ordning och att skapa en samarbetsstruktur inom Europeiska unionen för UDI-granskning. Generaladvokat Ácapeta har tidigare jämfört förordningen med ett "näbbdjur", för att beskriva dess udda karaktär i förhållande till konventionella EU-förordningar. Ácapetas uttalande grundar sig i att förordningen inte fastställer direkt tillämpbara regler, utan enbart anger de ramar som nationella granskningssystem ska förhålla sig till.²⁸ Vad som måste noteras är att UDI-förordningen inte introducerar några nya regler vad gäller inskränkningar i den fria rörligheten inom EU. Detta gäller för både etableringsfrihet och den fria rörligheten för kapital, således måste dessa två, mycket centrala funktioner hos den fria marknaden fortsatt respekteras av nationella granskningssystem i de fall den fria rörligheten aktualiseras.²⁹ Därtill innebär inte UDI-förordningen att några investeringar *måste* granskas, utan detta är något som är upp till medlemsstaterna att avgöra.³⁰

I stället för att reglera ett sådant ramverk för UDI i ett minimidirektiv, vilket annars kunnat sägas vara bättre lämpat för förordningens syfte, har sin förklaring i att UDI är en del av den gemensamma handelspolitiken och därav exklusivt måste regleras i en förordning, enligt artikel 207 punkt 2 FEUF. Förordningens frivilliga natur framstår ha sin grund i en vilja att respektera medlemsstaternas nationella suveränitet när det gäller nationella säkerhetsfrågor och möjliggöra flexibilitet för att anpassa åtgärder efter nationella behov och särdrag.³¹

Trots att medlemsstaterna hittills kunnat avstå från att införliva granskningssystem är denna möjlighet sparsamt använd och vid mitten av 2023 hade nästan samtliga medlemsstater antingen implementerat eller påbörjat processen för att införliva ett granskningssystem.³² Det ska också sägas att en

²⁸ Jfr. skälen till UDI-förordningen p. 8.

²⁹ EU-kommissionen (2021) Frequently asked questions on the EU framework for FDI screening, fråga 12; Jfr. även skälen till UDI-förordningen p. 4; EU-kommissionen, COM(2017) 487 final Förslag till Europaparlamentets och Rådets förordning om upprättande av en ram för granskning av utländska direktinvesteringar i Europeiska unionen s. 4 f.; Detta gäller även enligt förslaget till en ny UDI-förordning som ännu inte trätt i kraft, se EU-kommissionen, COM(2024) 23 final, Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om granskning av utländska investeringar i unionen och om upphävande av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2019/452 s. 3f.;

³⁰ Skälen till UDI-förordningen p. 8.

³¹ Jfr. skälen till UDI-förordningen p. 7 & 8.

³² Europeiska Revisionsrätten (2023) Granskning av utländska direktinvesteringar i EU s. 4; EU-kommissionen, COM(2023) 590 final, Tredje årsrapporten om granskningen av utländska direktinvesteringar i unionen s. 9.

väsentlig utveckling av UDI-förordningen är på väg, i och med förslaget till en ny UDI-förordning. En av de mest betydande förändringarna är att medlemsstaterna som hittills inte har ett granskningssystem kommer bli tvungna att införliva nationella granskningssystem inom 15 månader räknat från när den nya förordningen trätt i kraft.³³

Enligt den nuvarande UDI-förordningens samarbetsstruktur krävs det att medlemsstaterna rapporterar samtliga granskade fall av UDI till EU-kommissionen. Om en investering kan förväntas påverka en annan medlemsstat än den som genomför granskningen, ska den berörda staten också underrättas. Vid en sådan rapportering måste det organ som ansvarar för investeringsgranskningen, vilket i Sverige är ISP, förmedla de uppgifter som identifieras i artikel 9.2 i UDI-förordningen till både EU-kommissionen och de aktuella medlemsstaterna, enligt artikel 6 i förordningen. Dessa uppgifter innefattar information om investerarens och investeringsobjektets ägarstruktur, deras verksamheter samt en uppskattning av investeringens värde. Efter att dessa uppgifter har kommunicerats får de aktuella medlemsstaterna och kommissionen möjlighet att uttrycka sina åsikter eller tillhandahålla ytterligare information till den medlemsstat där granskningen sker, något som enligt uppgifter från EU-kommissionen varit till fördel för den unionstäckande granskningen av UDI.³⁴

Det svenska granskningssystemet, som trädde i kraft närmare fyra år efter UDI-förordningen (det vill säga UDI-lagen) har syftet att förhindra UDI i Sverige som kan ha negativa konsekvenser för antingen *Sveriges säkerhet*, eller *allmän säkerhet och allmän ordning*.³⁵ För att nå detta syfte ska alla investeringar i skyddsvärd verksamhet anmälas till ISP enligt 7 § för att genomgå en prövning som innefattar minst en, och som flest, två faser: fas 1 och fas 2, även kallade *prövningsfasen* respektive *granskningsfasen*.³⁶

Fas 1 utgör en första bedömning av anmälan, som ska avslutas inom 25 arbetsdagar efter att den har lämnats. Tidsfristen innebär dock inget undantag från den allmänna principen för svenska myndigheter att handlägga ärenden så snabbt som möjligt, och de 25 arbetsdagarna bör därav betraktas som en yttersta gräns.³⁷ Fas 1 av prövningsprocessen kan leda till två utfall: antingen avslutas anmälan utan åtgärd, vilket tillåter att investeringen kan genomföras, eller så beslutar ISP att inleda fas 2 vilket framgår i 14 §. Ett beslut från ISP:s sida att lämna anmälan utan åtgärd ska grundas på att myndigheten saknar skäl att anta att investeringen (i) utgör UDI som (ii) kan ha nega-

³³ EU-kommissionen, COM(2024) 23 final, Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om granskning av utländska investeringar i unionen och om upphävande av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2019/452 artiklarna 2.3, 23 & 24.

³⁴ Jfr. skälen till UDI-förordningen p. 13 – 19; EU-kommissionen, SWD(2024), Evaluation of regulation (EU) 2019/452 s. 34.

³⁵ Prop. 2022/23:116 s. 21.

³⁶ ISP (2024) Anvisningar för anmälan av utländsk direktinvestering, version 1.4 s. 2 f.

³⁷ Prop. 2022/23:116 s. 195.

tiva effekter på Sveriges säkerhet eller allmän ordning, enligt 19 § UDI-lagen.

Om fas 2 inleds genomförs en mer detaljerad granskning, som måste avslutas av ISP inom tre månader, eller i särskilda fall sex månader. Detta sker huvudsakligen om ISP inte kan lägga uppgifterna från fas 1 till grund för ett antagande om investeringen utgör UDI eller dess effekter. När fas 2 inleds, och en investering granskas, ska den också rapporteras inom ramen för UDI-förordningens samarbetsstruktur. Prövningen i fas 1 av en anmälan omfattas inte av detta krav vilket har att göra med att regeringen skilt mellan prövningen av en *anmälan* och *granskning av en investering* där enbart det sistnämnda omfattas av kravet på samarbete i UDI-förordningen.³⁸

Resultatet av fas 2 kan vara att investeringen antingen förbjuds, godkänns eller godkänns med villkor. Ett förbud förutsätter att investeringen bedöms utgöra UDI och att förbudet är nödvändigt för att skydda Sveriges säkerhet eller allmän ordning eller allmän säkerhet, vilket framgår i 20 §. Ett godkännande förutsätter enbart enligt 21 § att det saknas skäl att förbjuda den enligt 20 §. Om investeringen är unionsintern, det vill säga kommer från en annan EU-medlemsstat till Sverige, är ISP emellertid begränsad till två alternativ: att godkänna investeringen utan villkor eller förbjuda den.³⁹

Under hela prövningsprocessen (både för fas 1 och fas 2) får inte investeringen genomföras innan ISP har lämnat klartecken enligt 16 §. Under denna period får parterna inte genomföra ”någon form av transaktion” sinsemellan.⁴⁰ Överträdelser kan leda till allvarliga sanktioner, inklusive betydande sanktionsavgifter på upp till 100 000 000 kronor och ogiltigförklarande av rättshandlingar som krävs för investeringen. Sammantaget är UDI-lagen utformad på ett sätt som är starkt avskräckande för företag att inte respektera standstill-perioden som följer av anmälningsplikten. Vidare är det viktigt att observera att anmälningsplikten inte bara förutsätter att investerare *anmäler* en stundande investering, utan den medför även en obligatorisk standstill-period, som sträcker sig upp till och med 25 arbetsdagar för samtliga investeringar i skyddsvärd verksamhet. Denna period inleds omedelbart efter att anmälningsplikten har fullgjorts. Om investeringen också bedöms vara UDI, eller om ISP behöver mer tid för att utvärdera investeringen, kan detta resultera i en betydande förlängning av standstill-perioden.

2.2 Definitioner av UDI

UDI-förordningen och UDI-lagen inkluderar många typer av UDI, där definitionerna i respektive regelverk inte är begränsade till mer ”rättframma”

³⁸ Prop. 2022/23:116 s. 98.

³⁹ Prop. 2022/23:116 s. 97 & 199.

⁴⁰ Prop. 2023/24:116 s. 54.

investeringar som består av renodlade aktieköp.⁴¹ Kontrollförändringar på grund av bland annat inkråmsförvärv eller utgivande av fordringar av ekonomiskt värde kan nämligen också medföra anmälningsskyldighet enligt 7 § UDI-lagen, eller förbjudas om transaktionen utgör skadlig UDI.⁴² Att en stor variation av transaktioner omfattas framstår som en naturlig egenskap hos UDI-lagen med tanke på att UDI-förordningen tydligt förespråkar att granskningssystem bör vara flexibla. Det avgörande är att de på något sätt ska etablera eller upprätthålla varaktiga och direkta förbindelser mellan investeringsobjekt och investerare, snarare än den exakta formen på dessa förbindelser.⁴³

I svensk rätt benämns UDI i redan befintliga bolag ofta *brownfield-investeringar*.⁴⁴ En annan typ av UDI är vad som i svensk rätt hänvisas till som *nyetableringar* (alternativt *greenfield-investeringar*), där en utländsk investerare startar ett nytt bolag istället för att investera i ett befintligt företag.⁴⁵ I förhållande till UDI-förordningen används en liknande uppdelning mellan *nyetableringar* och *sammanslagningar och förvärv* för samma två koncept.⁴⁶ Då båda typerna av investeringar i huvudsak innebär samma implikationer för denna uppsats kommer termen *UDI* användas för att beskriva båda typerna av transaktioner om inte annat specificeras.

För att beskriva sådana kapitalrörelser som träffas av anmälningsskyldigheten i 7 § UDI-lagen, vilket inte begränsas till UDI, används termen investeringar, även denna term används utan särskilt på nyetableringar och sammanslagningar och förvärv. Med andra ord omfattar begreppet investeringar, såsom det används i denna uppsats, både UDI och rent inhemska investeringar.

UDI-förordningen är som huvudregel begränsad till att enbart avse investeringar som utgör *UDI* enligt förordningens artikel 1.1, och således innebär övriga typer av investeringar ingen skyldighet, eller möjlighet, för medlemsstaterna att rapportera dessa inom förordningens samarbetsstruktur. Enligt förordningens artikel 2.1 förutsätter UDI att investeringen genomförs av en *utländsk investerare* enligt definitionen i artikel 2.2.

Artikel 2.1 och 2.2 är som följer.

⁴¹ Se den breda definitionen i artikel 2.1 UDI-förordningen och även 7 § UDI-lagen.

⁴² Prop. 2022/23:116 s. 190 f.

⁴³ Skälen till UDI-förordningen p. 9.

⁴⁴ Jämförbart med *M&A-transaktioner* enligt OECD:s definition eller *sammanslagningar och förvärv* enligt EU-rätten; OECD (2008) Benchmark definition of Foreign Direct Investment fjärde upplagan s. 197; EU-kommissionen, COM(2017) 714 final, Första årsrapporten om granskningen av utländska direktinvesteringar i unionen s. 3.

⁴⁵ Jfr. SOU 2021:87 s. 91; Prop. 2022/23:116 s. 79.

⁴⁶ EU-kommissionen, COM(2023) 590 final, Tredje årsrapporten om granskningen av utländska direktinvesteringar i unionen fotnot på s. 3.

1. *utländsk direktinvestering*: 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.
2. *utländsk investerare*: en fysisk person i ett tredjeland eller ett företag från ett tredjeland, som avser att göra eller har gjort en utländsk direktinvestering.

I juli 2023 gav EU-domstolen ett förhandsavgörande i Xella,⁴⁷ där definitionen av utländska direktinvesteringar enligt UDI-förordningen utvecklades. EU-domstolen klargjorde särskilt vad rekvisitet *utländsk investerare* innebär, vilket har avgörande betydelse för vad som om kan utgöra UDI enligt artikel 2.1 UDI-förordningen.

Bakgrunden till målet var i korthet att ungerska myndigheter förbjöd Xella Magyarország Építőanyagipari Kft.:s (Xella Ungerns) förvärv av samtliga aktier i ”Janes és Társa” Szállítmányozó, Kereskedelmi és Vendéglátó Kft. (Janes). Janes gruvverksamhet bedömdes vara viktig för försörjningen av råvaror inom byggindustrin på lokal nivå och myndigheterna ansåg att denna försörjning kunde riskeras om förvärvet genomfördes. Enligt ungersk rätt var den omedelbara investeraren Xella Ungern att betrakta som en utländsk investerare, trots att företaget var registrerat enligt ungersk lag och verksamt i Ungern.⁴⁸ Anledningen till att företaget betraktades som en utländsk investerare var att dess yttersta moderbolag⁴⁹ var etablerat i tredjeland. Eftersom den lokala försörjningstryggheten också ansågs vara hotad av förvärvet tillät den Ungerska motsvarigheten till UDI-lagen att investeringen förbjöds.⁵⁰

Xella Ungerns koncernstruktur var som illustrerad nedan.

⁴⁷ C-106/22 Xella.

⁴⁸ C-106/22 Xella p. 24.

⁴⁹ Det kan här skiljas mellan yttersta *ägare* och yttersta *moderbolag*. Anledningen till detta är dock inget som utvecklades i avgörandet.

⁵⁰ Jfr. C-106/22 Xella p. 15.

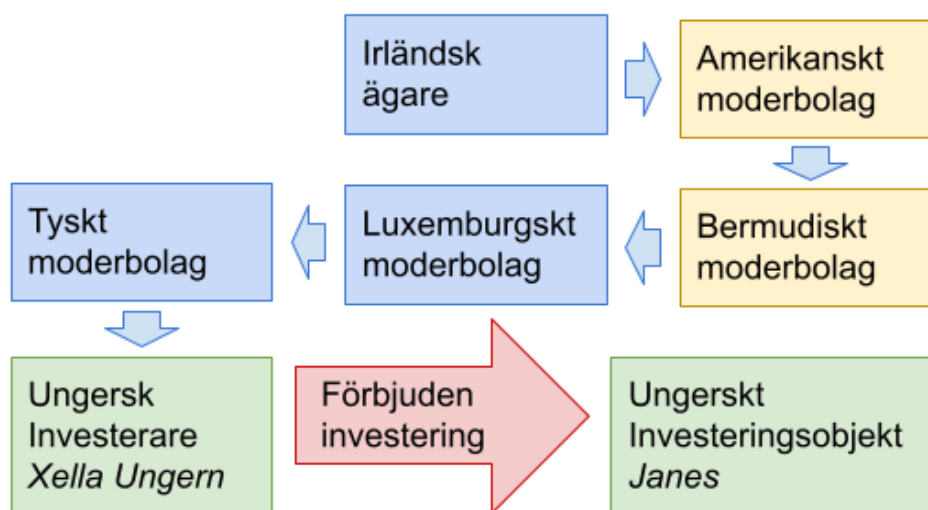


Illustration: Xella Ungerns koncernstruktur

EU-domstolen konstaterade dock att en investerare som är etablerad inom EU enligt artikel 54 FEUF, men ägs av en part i tredjeland inte ska betraktas som en utländsk investerare enligt artikel 2.1 UDI-förordningen, och således i normalfallet inte heller kan utföra UDI. Med andra ord är det inte så att ett EU-företags ägandebild kan innebära att de investeringar som företaget genomför betraktas som UDI enligt UDI-förordningen.⁵¹

Av detta skäl konstaterades också den förevarande investeringen falla utanför UDI-lagens tillämpningsområde. Att UDI-förordningen inte bär tillämpning på en särskild investering innebär emellertid inte att denna aldrig kan förbjudas eller granskas. Det innebär enbart att investeringen inte aktualiserar samarbetsstrukturen enligt UDI-förordningen. En granskning, eller till och med förbud, av sådana unionsinterna investeringar måste i stället göras enligt de sedvanliga reglerna om inskränkningar i EU-företags etableringsfrihet, vilka kommer att redovisas i kapitel 3.

UDI-lagens definition av vad som utgör en utländsk direktinvestering går att finna i 4 § UDI-lagen och är som följer.

Med utländsk direktinvestering avses i denna lag en investering som görs av

1. en fysisk person med medborgarskap i en stat utanför Europeiska unionen,
2. en juridisk person med säte i en stat utanför Europeiska unionen,

⁵¹ C-106/22 Xella p. 30–34.

3. en juridisk person som direkt eller indirekt ägs eller kontrolleras av en stat utanför Europeiska unionen, eller
4. en juridisk person som direkt eller indirekt ägs eller kontrolleras av en juridisk person med säte i en stat utanför Europeiska unionen eller av en fysisk person med medborgarskap i en sådan stat.

En investering som genomförs av en investerare till förmån för någon som nämns i första stycket utgör också en utländsk direktinvestering.

Vid en jämförelse av 4 § och EU-domstolens avgörande i Xella står det klart att den svenska definitionen av UDI är mer omfattande än dess motsvarighet i UDI-förordningen. Detta har sin grund i att UDI enligt 4 § 4 p. eller 4 § 2 st. inkluderar investeringar som är utförda av inhemska företag (eller övriga EU-företag), i det fall de ägs av parter från tredjeland.

Vad som är intressant med denna diskrepans är att den är tidsbegränsad. Förslaget till den nya UDI-förordning gäller även för unionsinterna investeringar, om den omedelbara investeraren är under inflytande från en part i tredjeland. Specifikt avser detta sådana investeringar som: (i) görs av en utländsk investerares dotterföretag i unionen, där dotterföretaget direkt eller indirekt kontrolleras av en utländsk investerare, och (ii) syftar till att etablera en varaktig förbindelse mellan den utländska investeraren och investeringsobjektet. Denna typ av investeringar är ofta hänvisat till som *indirekta investeringar*.⁵² Vidgången av förordningens tillämpningsområde kan vidare jämföras med Xella Ungern som enligt förslaget kunnat fylla rekvisiten för en utländsk investerare.

Den närmare innebörden av att definitionerna av UDI inte stämmer överens är att indirekt UDI tills vidare inte gör förordningens samarbetsstruktur gällande. Strukturen är begränsad till att gälla UDI enligt artikel 2 UDI-förordningen, obeaktat om ISP inleder en granskning i fas 2 av en indirekt investering.

2.3 UDI-lagens skyddsobjekt

Att hindra UDI som innebär, eller kan innebära skada för *Sveriges säkerhet* respektive *allmän ordning eller allmän säkerhet* är UDI-lagens syfte. Dessa två begrepp är också avgörande för om ISP ska lämna en anmälan utan åtgärd, om en investering ska förbjudas, eller om en investering ska godkännas med eller utan villkor. Detta framgår i 18-21 §§ UDI-lagen.

⁵² EU-kommissionen, COM(2024) 23 final, Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om granskning av utländska investeringar i unionen och om upphävande av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2019/452 s. 11; Jfr. Prop. 2022/23:116 s. 60; EU-kommissionen, COM(2024) 23 final, Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om granskning av utländska investeringar i unionen och om upphävande av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2019/452 s. 3.

Uttrycket *Sveriges säkerhet* avser förhållanden av grundläggande betydelse för Sverige, vilket enligt UDI-lagens proposition innefattar både militär och civil verksamhet som är av ”avgörande vikt”. Detta har mer specifikt angetts vara bland annat: central statsförvaltning, diplomatisk verksamhet och viktig civil infrastruktur såsom flygplatser och energianläggningar, Sveriges försvarsförmåga, oberoende och handlingsfrihet, samt säkerställande av grundläggande strukturer såsom det demokratiska statskicket.⁵³

Utöver investeringar som kan skada Sveriges säkerhet, ska granskningsystemet även förhindra investeringar som kan skada *allmän ordning eller allmän säkerhet* i Sverige. Detta begrepp ska i allt väsentligt motsvara begreppen *allmän ordning och allmän säkerhet* i 52 och 65 FEUF enligt både regeringens och Direktinvesteringens uttalanden med stöd av vägledning från EU-kommissionen.⁵⁴ I UDI-lagens förarbeten anges det att *allmän ordning* främst avser samhällets grundläggande intressen medan *allmän säkerhet* snarare avser skydd för samhällets institutioner eller dess invånares överlevnad.⁵⁵ Emellertid kan det konstateras att tolkningen av vad som utgör allmän ordning eller allmän säkerhet är förbehållet EU-domstolen.⁵⁶

Enbart med utgångspunkt i de samhällsfunktioner som begreppen avser är det omöjligt att särskilja skador för *Sveriges säkerhet* från skador på *allmän ordning eller allmän säkerhet*. Det finns emellertid en riktlinje avseende skadans geografiska omfattning för när en investering faller under den ena eller den andra kategorin. Skadlig inverkan på Sveriges säkerhet avser sådana investeringar i skyddsvärd verksamhet som har en nationell inverkan. Detta kan jämföras med skador på *allmän ordning och allmän säkerhet* som avser skador av regional, eller lokal natur.⁵⁷ Vilken effekt investeringen kan ha på det svenska samhället som helhet har således angetts vara avgörande för denna bedömning av vilket rekvisit som kan bli relevant. Mot bakgrund av att en skada på Sveriges säkerhet har större geografisk inverkan betraktas också sådana skador som allvarigare än en skada på allmän ordning eller allmän säkerhet.⁵⁸ Med detta sagt kan det konstateras att en negativ inverkan från en investering som inte är kvalificerad nog för att ha en skadlig inverkan på allmän ordning eller allmän säkerhet, inte heller kan innebära en skada för Sveriges säkerhet.

2.4 Skyddsvärd verksamhet

⁵³ Prop. 2022/23:116 s. 21 f.

⁵⁴ Prop. 2022/23:116 s. 22 & SOU 2021:87 s. 114; EU-kommissionen (2021) Frequently asked questions on the EU framework for FDI screening, fråga 13.

⁵⁵ Prop. 2022/23:116 s. 22.

⁵⁶ Jfr. Reichel, J. (2018) EU-rättslig metod s. 111.

⁵⁷ Prop. 2022/23:116 s. 23.

⁵⁸ Prop. 2022/23:116 s. 23.

I förhållande till vilka verksamheter som ska omfattas av nationella granskningssystem saknas det krav från UDI-förordningen.⁵⁹ Den enda indikation på vilka sektorer som kan omfattas är en lista med exempel på verksamheter som *kan* omfattas i artikel 4 UDI-förordningen. Emellertid är detta inget som är bindande för medlemsstater och den detaljerade definitionen av vilka verksamheter som ska omfattas av ett granskningssystem är inte påverkas av tvingande krav från förordningen. Emellertid kommer detta att i viss mån ändras när den nuvarande förordningen ersätts och vissa investeringar *måste* anmälas inom ramen för medlemsstaters granskningssystem och pekas ut i bilaga I och II till förslaget. Detta framtida krav innebär att granskningssystem måste täcka två typer av investeringar: i) investeringar i EU-företag som deltar i projekt eller program av EU-intresse enligt bilaga I och ii) investeringar i EU-företag som är verksamma inom områden av särskild betydelse för EU:s säkerhet eller allmänna ordning enligt bilaga II.⁶⁰ Dessa inkluderar bland annat investeringar i avancerad halvledarteknik som mikroelektronik och fotonikteknik, eller artificiell intelligens. Dessutom inkluderas investeringar i kritiska läkemedel som är nödvändiga för EU:s hälso- och sjukvårdssystem samt investeringar inom unionens finansiella system, som betalningssystem och betalningsinstitut eller institut för elektroniska pengar.⁶¹

Begreppet skyddsvärd verksamhet, som alltså anpassat exklusivt efter svenska hänsynstaganden, innefattar verksamheter som bedömts vara av särskild betydelse för Sveriges säkerhet *eller* allmän ordning och allmän säkerhet i Sverige.⁶² Begreppet är uppdelat i sju underkategorier enligt UDIlagens 3 § vilka är som följer:

1. samhällsviktig verksamhet,
2. säkerhetskänslig verksamhet enligt säkerhetsskyddslagen (2018:585),
3. prospektering, utvinning, anrikning eller försäljning av kritiska råvaror eller av metaller eller mineral som är strategiskt viktiga för Sveriges försörjning,

⁵⁹ Jfr. Europeiska Revisionsrätten (2023) Granskning av utländska direktinvesteringar i EU s. 20; EU-kommissionen, SWD(2024), Evaluation of regulation (EU) 2019/452 s. 4; konstaterades även av Direktinvesteringsutredningen, se SOU 2021:87 s. 312.

⁶⁰ EU-kommissionen, COM(2024) 23 final, Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om granskning av utländska investeringar i unionen och om upphävande av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2019/452 s. 17.

⁶¹ EU-kommissionen, COM(2024) 23 final, Bilagor till Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om granskning av utländska investeringar i unionen och om upphävande av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2019/452.

⁶² Jfr. enskilda avsnitt om de olika underkategorierna till skyddsvärd verksamhet i prop. 2022/23:116 kapitel 5.

4. behandling i stor omfattning av känsliga personuppgifter eller av lokaliseringsuppgifter i eller genom en vara eller tjänst,
5. tillverkning eller utveckling av, forskning om eller tillhandahållande av krigsmateriel enligt lagen (1992:1300) om krigsmateriel eller tillhandahållande av tekniskt stöd avseende sådan krigsmateriel,
6. tillverkning eller utveckling av, forskning om eller tillhandahållande av produkter med dubbla användningsområden eller tillhandahållande av tekniskt bistånd för sådana produkter, och
7. forskning om eller tillhandahållande av produkter eller teknik inom framväxande teknologier eller annan strategiskt skyddsvärd teknologi eller verksamhet med förmåga att tillverka eller utveckla sådana produkter eller utveckla sådan teknik.

Såsom framgår ingår en rad olika verksamheter med tydlig koppling till Sveriges försvarsförmåga. Investeringar i sådana verksamheter har också under många år i olika länder, både inom och utanför EU, förutsatt att vissa tillstånd inhämtas av myndigheter innan de kan genomföras. Emellertid finns det inom UDI-lagstiftning en global trend av att den krets med investeringsobjekt som omfattas utökas även till vissa civila verksamheter.⁶³ Detta är också en tydlig egenskap hos UDI-lagen och anmälningsplikten omfattning, vilket särskilt tydliggörs av vad som kan utgöra *samhällsviktig verksamhet* enligt 3 § 1 p.

Den första definitionen av vad som kan utgöra samhällsviktig verksamhet finns i 5 § 1 p. UDI-lagen. Där anges att begreppet omfattar sådan verksamhet, tjänst, eller infrastruktur som upprätthåller eller säkerställer samhällsfunktioner som är nödvändiga för samhällets grundläggande behov, värden eller säkerhet.

Av hänsyn till behovet att avgränsa denna krets på ett mer detaljerat sätt har MSB genom 5 § förordning (2023:624) om granskning av utländska direktinvesteringar (förordning 2023:624) fått befogenhet att utfärda föreskrifter som specificerar vilka verksamheter som omfattas.⁶⁴ Befogenheten är dock begränsad, och MSB ska inte meddela föreskrifter som inkluderar verksamheter utan betydelse för *Sveriges säkerhet* eller *allmän ordning eller allmän säkerhet*.⁶⁵ För närvarande definieras samhällsviktig verksamhet i MSB:s föreskrifter MSBFS 2023:4.

⁶³ Henschen, H. et al. (2023) Foreign Investment Regulation: Widening the Focus on Both Sides of the; Tingvall, P. et al. (2022) Perspectives on the Economic Effects of FDI and Investment Screening s. 20.

⁶⁴ Prop. 2022/23:116 s. 29 f.

⁶⁵ Prop. 2022/23:116 s. 30.

Ett sätt att sälla företag utan betydelse minst för allmän ordning eller allmän säkerhet som implementerats är att investeringsobjekt måste uppfylla tröskelvärden avseende omsättning och antal anställda, samt vara verksamt inom särskilt utpekade sektorer. Omsättnings- och anställningskraven specificeras i 3 och 4 §§ MSBFS 2023:4, där investeringsobjektet måste ha fler än fem anställda eller en årlig omsättning överstigande fem miljoner kronor vid brownfield-investeringar.⁶⁶ I undantagsfall saknas dock tröskelvärden, som för företag verksamma inom vetenskap och teknik enligt 13 kap. MSBFS 2023:4. För greenfield-investeringar saknas tröskelvärden i och med att dessa företag per definition vid anmälningstillfället inte finns. Detta innebär att samtliga nyetableringar inom de utpekade sektorerna kan bedriva samhällsviktig verksamhet.

Rörande kravet på verksamhetsområde måste investeringsobjektet vara verksamt inom någon av de 15 identifierade sektorerna i MSBFS 2023:4, eller planeras vara aktivt inom en sådan sektor vid greenfield-investeringar för att kunna bedriva samhällsviktig verksamhet. Vilka dessa sektorer är och en utveckling av dessa framgår i kapitel 2-16 i MSBFS 2023:4 och är som följer:

- Utvinning av mineral m.m.
- Tillverkning, bland annat av livsmedel och personlig skyddsutrustning
- Försörjning av el, gas, värme, kyla och drivmedel
- Vattenförsörjning, avloppsrening, avfallshantering och sanering
- Bygg, installation och underhåll
- Handel, bland annat med gödsel och foder
- Transport och magasinering
- Hotell- och restaurangområdet
- Informations- och kommunikationsområdet
- Finans- och försäkringsområdet
- Fastighetsförvaltning

⁶⁶ Gränsen avser den genomsnittliga omsättningen de senaste tre åren. Om företaget är yngre än tre år ställs i stället ett krav på att det senaste räkenskapsåret visat på en omsättning högre än 5 miljoner kronor.

- Vetenskap och teknik
- Uthyrning, fastighetsservice, resetjänster och andra stödtjänster
- Utbildning
- Vård och omsorg

I UDI-lagens förarbeten anges ingen siffra på hur många företag som kan tänkas bedriva skyddsvärd verksamhet i Sverige, tvärtom har detta ansetts vara en mycket svår, om inte omöjlig beräkning att genomföra.⁶⁷ Av samma skäl har MSB varit mycket tveksamt vid uppskattningen av antalet företag som kan tänkas bedriva samhällsviktig verksamhet och anger att sådana uppskattningar är av tvivelaktigt värde.⁶⁸ Dock har de, för att ge en ungefärlig bild av antalet företag som kan bedriva samhällsviktig verksamhet utgått från hur många svenska företag som har fler än fem anställda och innehar SNI-koder som motsvarar sektorerna i kap. 2-16 MSBFS 2023:4. Enligt denna beräkning har myndigheten uppskattat att antalet företag som kan bedriva samhällsviktig verksamhet i Sverige uppgår till cirka 100 000.⁶⁹

Det kan observeras att vissa sektorer som för närvarande endast omfattas av svenska säkerhetsintressen i framtiden kommer att utgöra obligatoriskt omfattade sektorer för alla europeiska granskningssystem på grund av innehållet i bilaga II. Överlappet är särskilt tydligt för sektorerna som omfattar försörjning av el, gas, värme, kyla och drivmedel, finans- och försäkringsområdet samt vetenskap och teknik.⁷⁰ Emellertid verkar en betydande del av de övriga sektorerna som ingår i samhällsviktig verksamhet inte påverkas av framtida, obligatoriska krav från UDI-förordningens ersättare.

2.5 Kringgåendeklausulen i UDI-förordningen

UDI-förordningen kan i vissa specifika fall även omfatta unionsinterna investeringar vilket innebär att sådana i särskilda fall aktualiserar UDI-förordningens samarbetsstruktur. Detta framgår i vad som fortsatt kommer att hänvisas till som kringgåendeklausulen.⁷¹ Kringgåendeklausulen utgörs av artikel 3.6 UDI-förordningen läst tillsammans med p. 10 i skälen till UDI-förordningen enligt nedan.

Artikel 3.6

De medlemsstater som har infört ett granskningssystem ska behålla, ändra eller anta åtgärder som krävs för att konstatera och

⁶⁷ Prop. 2022/23:116 s. 179.

⁶⁸ Konsekvensutredning MSBFS 2023-4 s. 5.

⁶⁹ Konsekvensutredning MSBFS 2023-4 s. 5.

⁷⁰ Kap. 4, 11, 13 i MSBFS 2023:4.

⁷¹ EU-kommissionens använder sig vanligen av termen *anti-circumvention clause* på engelska.

förhindra ett kringgående av granskningssystem och granskningsbeslut.

Skälen till UDI-förordningen p. 10

Medlemsstater som har ett granskningssystem bör föreskriva nödvändiga åtgärder i enlighet med unionsrätten för att förhindra att deras granskningssystem och granskningsbeslut kringgås. Detta bör omfatta unionsinterna investeringar med hjälp av artificiella arrangemang som inte återspeglar ekonomiska realiteter⁷² och som innebär att granskningssystem och granskningsbeslut kringgås och där investeraren ytterst ägs eller kontrolleras av en fysisk person eller ett företag från ett tredjeland. Detta påverkar inte den etableringsfrihet och fria rörlighet för kapital som fastställs i EUF-fördraget.

Kringgåendeklausulens räckvidd och exakta innebörd har ännu inte prövats av EU-domstolen.⁷³ Trots detta är det tydligt att klausulen huvudsakligen avser situationer där investeringar utförs med hjälp av artificiella arrangemang, och att förordningens tillämpningsområde således endast undantagsvis inkluderar unionsinterna investeringar med utgångspunkt i övrig vägledning som går att nå.⁷⁴ Ett exempel på sådant kringgående har av EU-kommissionen angetts vara när ett ekonomiskt inaktivt EU-företag grundas av tredjelandsinvesterare som ett verktyg för att investera på den inre marknaden, i syfte att undvika granskning eller granskningsbeslut.⁷⁵

Investeringar som genomförs av tredjelandsinvesterare med hjälp av ett EU-företag kallas ofta för indirekta investeringar, och omfattas för stunden inte av UDI-förordningen.⁷⁶ Detta kan med fördel jämföras med Xella Ungerns koncernstruktur, där den omedelbara investeraren var ett EU-företag, men

⁷² I engelsk översättning *artificial arrangements that do not reflect economic reality*.

⁷³ I Xella konstaterades enbart att handlingarna i målet inte kunde föranleda en slutsats om att förvärvet skett i kringgående syfte och en vidare diskussion uteblev, jfr. C-106/22 Xella p. 37–38.

⁷⁴ EU-kommissionen (2021) Frequently asked questions on the EU framework for FDI screening, fråga 12; EU-kommissionen, COM(2024) 23 final, Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om granskning av utländska investeringar i unionen och om upphävande av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2019/452 s. 11.

⁷⁵ På engelska även kallade "shell companies" eller "letterbox companies", jfr. EU-kommissionen (2021) Frequently asked questions on the EU framework for FDI screening, fråga 12.

⁷⁶ Jfr. GA Čapeta i: C-106/22 Xella p. 41 & Prop. 2022/23:116 s. 67; Det ska dock noteras att bl.a. Europeiska Revisionsrätten ej verkar använda uttrycket på detta sätt och istället talar om "utländska investeringar som kanaliseras via EU-interna förvärv", jfr. deras särskilda rapport Granskning av utländska direktinvesteringar i EU på s. 21; se även EU-kommissionen, COM(2024) 23 final, Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om granskning av utländska investeringar i unionen och om upphävande av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2019/452 s. 11 & avsnitt 2.2.

där dess ägarstruktur innefattade tredjelandsinvesteringar.⁷⁷ Det är dock värt att skilja mellan indirekta investeringar och indirekta investeringar som genomförs med hjälp av artificiella arrangemang, där endast den senare typen särskilt pekats ut av kringgåendeklausulen.⁷⁸

Artificiella arrangemang som skapas för att missbruka unionsrätt är inte ett nytt koncept utan har sedan en längre tid behandlats i EU-domstolens praxis rörande den allmänna principen om rättsmissbruk. I dagsläget ska rättsmissbruksprincipen, med stöd i senare EU-praxis, anses utgöra en allmän princip som gäller inom samtliga delar av unionsrätten.⁷⁹ Principens gäller vidare obehindrat av eventuella regler som går att finna i inhemsk lag eller EU:s sekundärrätt.⁸⁰ Rättsmissbruksprincipens roll, i förhållande till kringgåendeklausulen förefaller också ha noterats av Direktinvesteringsutredningen i SOU 2021:87 enligt nedan.⁸¹

När det gäller principerna om fri rörlighet har kommissionen hänvisat till EU-domstolens praxis där det framgår att medborgarna inte har rätt att åberopa sådana bestämmelser i gemenskapsrätten när det är fråga om missbruk eller bedrägeri

Den praxis som häri hänvisas till är C-212/97 Centros vilket är ett viktigt fall för rättsmissbruksdoktrinen. I ett senare fall på samma ämne, C-196/04 Cadbury Schweppes sammanfattades principens innebörd såsom att EU-medborgare, inklusive EU-företag,⁸² inte får:

utnyttja de möjligheter som instiftas genom [FEUF] för att på ett otillbörligt sätt försöka undandra sig den nationella lagstiftningen. De har inte heller rätt att åberopa bestämmelser i gemenskapsrätten när det är fråga om missbruk eller bedrägeri[.]⁸³

Emellertid är inte detta den fulla innebörden av principen och senare i samma avgörande förklarades att:⁸⁴

[...] en inskränkning av etableringsfriheten inte kan motiveras av behovet att bekämpa missbruk annat än om den särskilt tjä-

⁷⁷ Jfr. Illustrationen i avsnitt 2.2.

⁷⁸ Vilket också är tydligt att EU-kommissionen gör vid en jämförelse av kringgåendeklausulens räckvidd och EU-kommissionen, COM(2024) 23 final, Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om granskning av utländska investeringar i unionen och om upphävande av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2019/452 s. 11.

⁷⁹ Jfr. Fritz, M. (2020) Förbudet mot rättsmissbruk i EU-rätten s. 238 & 242; von Bahr, S. (2019) Klargörande avgörande från EU-domstolen om rättsmissbruk s. 771–783.

⁸⁰ C-116/16 och C-117/16 T och Y Danmark p. 89-92; von Bahr, S. (2019) Klargörande avgörande från EU-domstolen om rättsmissbruk s. 771–783.

⁸¹ SOU 2021:87 s. 108.

⁸² Med unionsmedborgare i förhållande till etableringsfriheten likställs företag som har sitt säte inom EU enligt reglerna i artikel 49 & 54 FEUF.

⁸³ C-196/04 Cadbury Schweppes p. 35 med vidare hänvisningar till praxis, bl.a. C-212/97 Centros.

⁸⁴ C-196/04 Cadbury Schweppes p. 55, min kursivering.

nar ändamålet att hindra beteenden som består i att *rent konstlade upplägg som inte har någon ekonomisk förankring* skapas i syfte att undvika skatt som normalt skall betalas på vinst från verksamhet som bedrivs inom det nationella territoriet.

För att principen ska göras gällande krävs det alltså att ett artificiellt, eller konstlat, arrangemang används för att missbruka exempelvis etableringsfriheten. Rent konstlade upplägg motsvaras i den engelskspråkiga versionen av den ovan nämnda termen *wholly artificial arrangements which do not reflect economic activity*. Detta är nästintill en direkt spegling av den engelska översättningen av *artificial arrangements that do not reflect economic reality* av punkt 10 i skälen till UDI-förordningen.

Med utgångspunkt i detta ovanstående är det naturligt att göra en koppling mellan (i) rättsmissbruksprincipen som innebär att rent konstlade upplägg som saknar ekonomisk förankring ej ska kunna användas för att missbruka unionsrätten och (ii) kringgåendeklausulen som särskilt hänvisar till att kringgåenden med hjälp av artificiella arrangemang ska förhindras av granskningssystem.

Enligt propositionen till UDI-lagen har kringgåendeklausulen emellertid tolkats på ett något annorlunda sätt. På sida 60 i proposition 2022/23:116 går det nämligen att läsa:

Unionsinterna direktinvesteringar omfattas, som har nämnts ovan, inte av [UDI-förordningen]. Skäl 10 och artikel 3.6 i förordningen får dock anses ge uttryck för att unionsinterna investeringar kan granskas i syfte att förhindra kringgående av ett granskningssystem. En sådan granskning ska enligt samma skäl inte anses inskränka den etableringsfrihet och den fria rörlighet för kapital som fastställs i EUF-fördraget. EU-förordningen får därmed anses ge ett visst utrymme för att låta granskningssystemet omfatta även unionsinterna investeringar.

Denna tolkning av kringgåendeklausulen verkar innebära att alla granskningar av unionsinterna investeringar kan undantas från förbudet mot att göra inskränkningar i företags etableringsfrihet eller den fria rörligheten för kapital (artikel 49 och 63 FEUF)⁸⁵, om syftet med granskningen är att förhindra kringgående. Dock anser jag att detta är en felaktig tolkning av tre skäl.⁸⁶

För det första har UDI-förordningen inte introducerat några nya regler för inskränkningar i den fria rörligheten på den inre marknaden vilket också

⁸⁵ För mer information om förbudens innebörd, se kapitel 3.

⁸⁶ För övrigt verkar den också skilja sig från Direktinvesteringsutredningens redogörelse för innebörden av kringgåendeklausulen, jfr. SOU 2021:87 s. 107 f.

påpekats tidigare i denna uppsats.⁸⁷ Att tolka kringgåendeklausulen som att denna innebär att alla granskningar av unionsinterna investeringar kategoriskt sett inte kan utgöra inskränkningar av etableringsfriheten eller den fria rörligheten för kapital förefaller vara i konflikt med en mycket grundläggande egenskap hos UDI-förordningen. Således förefaller det logiskt att tolka den sista meningen i punkt 10 i skälen till förordningen som att detta snarare är en påminnelse om att *hela stycket* inte påverkar den fria rörligheten, snarare än att *åtgärder som förhindrar kringgående* inte påverkar den fria rörligheten.

För det andra dikterar UDI-förordningen aldrig vilka investeringar som får, eller ska, granskas av medlemsstater.⁸⁸ Detta är en fråga som exklusivt ligger hos medlemsstaterna, även om de självklart måste följa övrig EU-rätt (såsom FEUF) vid granskning eller förbud. Således bör inte kringgåendeklausulen kunna tolkas som att den särskilt ”ger utrymme för att granska unionsinterna investeringar i syfte att förhindra kringgående av ett granskningssystem”.⁸⁹ Det är nämligen så att samtliga investeringar, i princip, kan granskas så länge detta förenligt med övrig EU-rätt.

För det tredje är det tydligt att kringgåendeklausulen är inriktad på unionsinterna investeringar som genomförs med hjälp av artificiella arrangemang. Artificiella arrangemang är vidare ett etablerat koncept, som behandlats i praxis rörande principen om rättsmissbruk och avser en mycket definierad typ av beteende. Således är det i min mening en alltför liberal tolkning av klausulen att använda den som en generell grund för att hävda att granskning av unionsinterna investeringar *alltid* kan genomföras utan att reglerna om etableringsfrihet eller den fria rörligheten för kapital påverkas – även om detta sker i syfte att förhindra kringgående.

En tänkbar grund för den tolkning som gjorts i förarbetena framstår vara att *detta* i sista meningen i punkt 10 i skälen till UDI-förordningen tolkats som en hänvisning till *unionsinterna investeringar snarare än unionsinterna investeringar med hjälp av artificiella arrangemang som inte återspeglar ekonomiska realiteteter*. Mot bakgrund av EU-kommissionens uttalanden förefaller dock den förstnämnda tolkningen vara felaktig.

Sammantaget är jag av åsikten att kringgåendeklausulen huvudsakligen innebär två saker: (i) ett formlöst krav på att granskningssystem måste innehålla åtgärder som förhindrar kringgåenden och (ii) att detta särskilt gäller sådana kringgåenden som genomförs med hjälp av artificiella arrangemang. I det fall ett sådant kringgående identifierats kan investeringen i fråga, trots att den direkta investeraren är ett EU-företag, omfattas av UDI-förordningens tillämpningsområde och aktualisera samarbetsstrukturen för

⁸⁷ Jfr. avsnitt 2.1.

⁸⁸ Skälen till UDI-förordningen p. 8.

⁸⁹ Prop. 2022/23:116 s. 60.

UDI. Däremot anser jag inte att klausulen innebär att medlemsstater kan ignorera övrig EU-rätt för att vidta åtgärder som förhindrar kringgående. Den framstår enbart utgöra en implicit hänvisning till att principen om rättsmissbruk är av relevans om indirekta investeringar genomförs med hjälp av artificiella arrangemang. Detsamma stämmer i min bedömning överens med innehållet i förslaget till en ny UDI-förordning från januari 2024. Den enda skillnaden i förhållande till EU-företag framstår vara att indirekt UDI som genomförs med hjälp av europeiska dotterbolag i framtiden också måste rapporteras inom förordningens samarbetsstruktur.⁹⁰

2.6 Anmälningssplikten i 7 § och statistik från ISP

Som sagt blir anmälningssplikten i 7 § UDI-lagen aktuell vid samtliga investeringar i svensk skyddsvärd verksamhet och 7 § är helt frikopplad från definitionen av UDI i 4 §.⁹¹ Således måste samtliga parter som ska investera i skyddsvärd verksamhet först lämna en anmälan till ISP och sedan avvakta under standstill-perioden som följer. I och med att anmälningssplikten inte är begränsad till investeringar från tredjeland utan gäller för samtliga investerare är det dels många anmälningar som ej rör UDI som omfattas, dels många oproblematiske investeringar från tredjeland som måste anmälas, vilket poängterats redan i lagens förarbeten.⁹²

Vid dags dato (2024-05-21) har ISP mottagit 453 anmälningar av investeringar i skyddsvärd verksamhet sedan december 2023. ISP har vidare fattat 345 beslut om att avsluta prövningen efter fas 1 i enlig 19 § UDI-lagen. När det gäller fas 2 har denna enbart inletts 11 gånger de senaste fyra månaderna. Av dessa elva anmälda investeringar som granskats i fas 2 har fem hittills godkänts utan villkor enligt 21 § 1 st. medan två har godkänts med villkor enligt 21 § 2 st. Inga investeringar har hittills förbjudits.⁹³

Alltså är det en *överbärande* majoritet av alla anmälda investeringar som lämnas utan åtgärd utan att fas 2 inleds. Detta kan i princip ha två skäl, i kombination eller enskilt: (i) Att ISP inte upptäcker skadliga UDI och således inte kan hindra den eller (ii) att ett stort antal oproblematiske investeringar omfattas av anmälningssplikten. Båda alternativen har negativa implikationer för anmälningsspliktens proportionalitet vilket utvecklas i kapitel 4.

2.7 UDI-förordningen som ramverk

För att sammanfatta slutsatserna i kapitel 2 vill jag säga följande.

⁹⁰ Jfr. avsnitt 2.2.

⁹¹ Prop. 2022/23:116 s. 187.

⁹² Jfr. Prop. 2022/23:116 avsnitt 6.2.

⁹³ Jfr. Statistiken på ISP:s hemsida. Anledningen till att siffrorna inte går jämnt ut är att ISP löpande prövar de inkomna anmälningarna.

UDI-förordningen fungerar som ett ramverk för etablerandet av granskningssystem, såsom UDI-lagen, och ett unionsomfattande samarbete för granskningen av UDI. Samarbetsstrukturen innebär att alla medlemsstater ska rapportera UDI som granskas inom ramen för nationella granskningssystem. I Sverige görs en särskilnad mellan prövningen av investeringar i fas 1 och fas 2 och det är enbart i det fall en investering granskas i fas 2 som den rapporteras inom UDI-förordningens samarbetsstruktur.

Förordningens samarbetsstruktur är i huvudsak begränsad till att enbart omfatta investeringar som utgör UDI enligt definitionen i artikel 2. Denna skiljer sig sett till omfattning från dess motsvarighet i 4 § UDI-lagen som även omfattar unionsinterna investeringar där den omedelbara investeraren har ägare från tredjeland, eller indirekt UDI. Denna lucka mellan vilka investeringar som kan förbjudas av ISP och vilka som ingår i samarbetsstrukturen kommer troligen att upphöra när den nuvarande UDI-förordningen ersätts i och med att förslaget som EU-kommissionen publicerade i januari 2024 även omfattar indirekt UDI.

Det finns dock investeringar som i undantagsfall kan ingå i denna samarbetsstruktur enligt kringgåendeklausulen. Emellertid är kringgåendeklausulens avsedda tillämpningsområde begränsat till att avse investeringar på den inre marknaden som genomförs med hjälp av artificiella arrangemang. Detta är inte ett nytt begrepp utan har under årtal av praxis från EU-domstolen utvecklats inom ramen för rättsmissbruksprincipen. Principen ger i korthet medlemsstater möjlighet att inskränka på ett EU-företags etableringsfrihet om företagen ingår i artificiella arrangemang och missbrukar etableringsfriheten för att tillskansa sig fördelar, såsom att undgå granskning eller granskningsbeslut. Kringgåendeklausulen ger däremot inte uttryck för att alla granskningar av unionsinterna investeringar kategoriskt är tillåtna, oaktat reglerna om fri rörlighet på den inre marknaden.

Det svenska granskningssystemet innebär att alla investeringar i skyddsvärd verksamhet måste anmälas till ISP enligt 7 § UDI-lagen, oavsett investerarens identitet. Sedan lagen trädde i kraft har ISP mottagit anmälningar av 453 investeringar, där majoriteten av dem tilläts efter fas 1. Endast ett fåtal investeringar har granskats i fas 2, och inte en enda har förbjudits. Anmälningsplikten innebär inte enbart en skyldighet att *anmäla* utan också en obligatorisk standstill-period för den anmälda investeringen av varierande längd. Under ISP:s handläggning får parterna nämligen inte genomföra investeringen och överträdelser av standstill-perioden kan leda till mycket allvarliga sanktioner. Av detta skäl är skyldigheten att *anmäla* och skyldigheten att *avvakta* under standstill-perioden inte separerade utan behandlas istället tillsammans som två egenskaper som anmälningsplikten i 7 § UDI-lagen bär.

Anmälningens omfattning är begränsad till planerade investeringar i skyddsvärd verksamhet. Skyddsvärd verksamhet omfattar ett antal sektorer som bedömts vara av särskild betydelse för *Sveriges säkerhet* eller *allmän ordning eller allmän säkerhet*.

Sett till vilka samhällsfunktioner ovanstående rekvisit avser är de i allt väsentligt desamma. Vad som skiljer dem åt är två omständigheter. För det första är *Sveriges säkerhet* ett begrepp som härstammar från svenska förarbeten och svensk lag medan *allmän ordning eller allmän säkerhet* något som är starkt influerat, och definierat, av FEUF och EU-domstolens praxis. För det andra avser de två rekvisiten skador av olika allvar där skador på Sveriges säkerhet är de mer kvalificerade och förutsätter att skadan har en nationell inverkan. Skador som uppkommer på lokal nivå kan däremot enbart innebära en skada för *allmän ordning eller allmän säkerhet*. Därav går det att konstatera att en riskfylld investering som inte är kvalificerad nog för att orsaka en skada på *allmän ordning eller allmän säkerhet* inte heller kan orsaka en skada på *Sveriges säkerhet*.

Den nuvarande UDI-förordningen innebär inga krav på att särskilda sektorer eller investeringar som måste omfattas av nationella granskningssystem. Däremot kommer detta bli gällande när den nuvarande förordningen ersätts, även om de investeringsobjekt som påverkas av den nya UDI-förordningen är mycket begränsad i jämförelse med omfattningen av skyddsvärd verksamhet enligt UDI-lagen.

Med utgångspunkt i kapitel 2 och ovanstående sammanfattning ska frågeställning 1 besvaras som följande. UDI-lagen utgör ett nationellt granskningssystem som utgår från de krav som UDI-förordningen etablerar. Emellertid är en rad centrala begrepp och funktioner i lagen mer omfattande än vad förordningen kräver eller ger mandat för. Särskilt är detta gällande för tolkningen av vad som utgör UDI och hur kringgåendeklausulen förhåller sig till den fria rörligheten på den inre marknaden.

3 Anmälningssplikten och sekundär etableringsfrihet

3.1 Sekundär etableringsfrihet och tillåtna inskränkningar

Den fria rörligheten på den inre marknaden är ett av de grundläggande och absolut viktigaste syftena med Europeiska unionens upprättande.⁹⁴ Den fria rörligheten kan i sin tur sägas ha sitt främsta stöd i de fyra marknadsfriheterna i FEUF: fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital, som uttryckligen skyddas från inskränkningar enligt korresponderande artiklar i FEUF.⁹⁵ Inbegripet i dessa friheter ryms den sekundära etableringsfriheten i artikel 49 st. 2 som stadgar att:

(...) inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium [ska] förbjudas. Detta förbud ska även omfatta inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som är etablerad i någon medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag.

Som kommenterades i avsnitt 2.2 omfattar begreppet *medborgare* i artikel 49 andra stycket också företag som enligt artikel 54 FEUF upprättats enligt en medlemsstats lagstiftning och har sin huvudsakliga verksamhet eller huvudkontor inom unionen (EU-företag). Den primära etableringsfriheten i artikel 49 första stycket är däremot begränsad till fysiska personer.⁹⁶ Investeringar som genomförs i redan befintliga bolag för att ge investeraren möjlighet att på ett effektivt sätt ta del av kontrollen över investeringsobjektet skyddas också av den sekundära etableringsfriheten.⁹⁷ Utöver detta är också EU-företags möjligheter att etablera nya filialer eller dotterbolag i andra medlemsstater skyddade av den sekundära etableringsfriheten.⁹⁸ Med andra ord omfattar den både greenfield-investeringar och brownfield-investeringar där investeraren förvärvar inflytande över investeringsobjektet.

Detta är också den typ av investeringar som huvudsakligen berörs av UDIlagens anmälningssplikt som främst riktar sig mot sådana investeringar som innebär att investeraren förvärvar något slags inflytande över investeringsobjektet. Detta kan jämföras med rena portföljinvesteringar av mindre, eller

⁹⁴ Bernitz, U. et al. (2018) Europarättens grunder s. 37; Lenaerts, K. et al. (2011) European Union Law s. 195.

⁹⁵ Jfr. Lenaerts, K. et al. (2011) European Union Law s. 195 f. & 202.

⁹⁶ Lenaerts, K. et al. (2011) European Union Law s. 247 f.

⁹⁷ Jfr. GA Čapeta i: C-106/22 Xella p. 27.

⁹⁸ Barnard, C. (2022) The substantive law of the EU, The four freedoms s. 405 f.

mycket små, ägarandelar.⁹⁹ Huvudsakligen är UDI-förordningen ämnad att ge medlemsstater möjlighet att granska investeringar som innebär att varaktiga band knyts mellan investeringsobjekt och investerare.¹⁰⁰ Etableringsfrihetens relevans vid investeringar av sådan karaktär som innebär att investeraren får inflytande över investeringsobjektet kan vidare utläsas av EU-domstolens fastställande av tillämplig rätt i Xella och förslaget till den nya UDI-förordningen.¹⁰¹ Således går det att med stor säkerhet säga att de flesta, åtminstone avsedda, investeringarna som omfattas av anmälningsplikten i 7 § UDI-lagen är sådana som sett till investeringens natur kan skyddas av etableringsfriheten enligt artikel 49 FEUF, vilket dock förutsätter ett antal andra rekvisit som kommer att redovisas i följande avsnitt.

Såsom framgår redan i artikel 49 är det som regel ej tillåtet för medlemsstater att begränsa etableringsfriheten.¹⁰² Sådana inskränkningar kan dock under vissa förutsättningar rättfärdigas och det går att skilja mellan *tillåtna inskränkningar* och *otillåtna inskränkningar*. Om en inskränkning föreligger och om den är tillåten kan med fördel avgöras enligt den struktur som Derlén et al. (2016) redovisat i tre steg som regelbundet används av EU-domstolen i mål rörande fri rörlighet.¹⁰³

1. Åtgärden ha en gemenskapsdimension.
2. Åtgärden måste utgöra en inskränkning.
3. Åtgärden måste kunna rättfärdigas.

Eftersom de enskilda stegens relevans bygger på att föregående krav i ordningen uppfyllts.¹⁰⁴ Därav kommer jag också i följande avsnitt genomföra en sådan stegvis prövning av anmälningsplikten i ordningen ovan.

3.2 Anmälningsplikten har en gemenskapsdimension

För att etableringsfriheten över huvud taget ska bli relevant krävs det åtgärden i fråga inte är begränsad till inom ett lands gränser. Således kan det kon-

⁹⁹ Prop. 2022/23:1 16 s. 66 f. för vidare information om detta begrepp; Se även avgränsningar i denna uppsats.

¹⁰⁰ Att jämföras med sk. Portföljinvesteringar vilka som regel ej innebär att sådana band knyts, se avgränsningar.

¹⁰¹ Jfr. EU-kommissionen, COM(2024) 23 final, Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om granskning av utländska investeringar i unionen och om upphävande av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2019/452 s. 3 & resonemanget i C-106/22 Xella p. 41-43.

¹⁰² Jfr. de enskilda bestämmelserna om de fyra friheterna i FEUF. För etableringsfriheten se artikel 49 FEUF.

¹⁰³ Derlén et al. (2016) Konstitutionell rätt s. 454 f.; jfr. även underrubrikerna i C-555/19 Fussl & i C-106/22 Xella där detta test avslutades redan på det andra steget i p. 74.

¹⁰⁴ Derlén et al. (2016) Konstitutionell rätt s. 455.

stateras att en investering som genomförs av en svensk investerare som enbart har svenska ägare som väljer att investera i ett svenskt företag som också enbart har svenska ägare inte skyddas av etableringsfriheten.¹⁰⁵ Ett tydligt exempel på när en investering uppfyller kravet på gemenskapsdimension är om ett EU-företag från en medlemsstat har för avsikt att etablera sig i en annan medlemsstat, det vill säga att den har en gränsöverskridande karaktär, vilket också framgår direkt i artikel 49.

Kravet på gemenskapsdimension liberalt tolkat. Det finns hittills få fall där detta krav ej ansetts vara uppfyllt, även om frågan framför EU-domstolen vid första anblick förefaller vara en inhemsk situation.¹⁰⁶ En illustration av detta gavs i Xella. Både den omedelbara investeraren och investeringsobjektet var som bekant ungerska företag som upprättats enligt med ungersk rätt. Av detta skäl hade transaktionen kunnat betraktas som inhemsk, vilket också poängterades av EU-domstolen.¹⁰⁷

Emellertid nådde EU-domstolen den motsatta slutsatsen och konstaterade att investeringen hade en gränsöverskridande karaktär och fyllde kravet på gemenskapsdimension. Anledningen till detta var att Xella Ungern hade ägare från andra medlemsstater än Ungern.¹⁰⁸ Utöver att konstatera att transaktionen fyllde kravet på gemenskapsdimension konstaterade även EU-domstolen att det helt saknas stöd för att ett EU-företags ägandebild skulle påverka bedömningen enligt artikel 54 FEUF och att Xella Ungerns etableringsfrihet måste respekteras.¹⁰⁹

I förhållande till anmälningsplikten är det mycket sannolikt att denna hittills har, och i framtiden kommer att, omfatta investeringar som har gemenskapsdimension. Detta är särskilt gällande med tanke dels på att kravet genomgående är liberalt tolkat såsom illustreras av Xella.¹¹⁰ Således är jag av uppfattningen att anmälningsplikten har en gemenskapsdimension.

Det ska dock sägas att alla investeringar som omfattas rimligen inte har en gemenskapsdimension. Detta har att göra med att anmälningsplikten även gäller för ”rent” svenska investerare som faller utanför dessa regler tillämpning. Denna omständighet kommer jag att återkomma till i kapitel 4.

3.3 Anmälningsplikten är en inskränkning

¹⁰⁵ Tomkin, J. (2019) Article 49 TFEU, i: Kellerbauer, M. et al. The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary s. 656; Lenaerts, K. et al. (2011) European Union Law s. 235 f.

¹⁰⁶ Derlén et al. (2016) Konstitutionell rätt s. 457; Tomkin, J. (2019) Article 49 TFEU, i: Kellerbauer, M. et al. The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary s. 656 f.

¹⁰⁷ C-106/22 Xella p. 5.

¹⁰⁸ C-106/22 Xella p. 50–52.

¹⁰⁹ C-106/22 Xella p. 44–47.

¹¹⁰ Jfr. avsnitt 2.7.

Begreppet *inskränkning* förutsätter inte att lagstiftning i medlemsstater ger positiv särbehandling till inhemska aktörer, utan även icke-diskriminerande åtgärder kan omfattas.¹¹¹ En klar, och allvarlig, inskränkning är ett beslut, likt det i Xella, som innebär att en EU-medborgare förbjuds från att investera på den inre marknaden.¹¹² Inskränkningar för etableringsfriheten kan dock uppkomma på ett stort antal andra sätt. Det är till och med så att samtliga åtgärder som innebär att utövandet av friheten *hindras* eller blir *mindre attraktiv* kan betraktas som en inskränkning.¹¹³ Förbudet saknar också en gräns *de minimis* vilket innebär att i princip alla hinder är förbjudna, oavsett om de är marginella eller allvarliga. Detta illustreras också väl av tidigare praxis från EU-domstolen där olika krav på förhandsregistrering, licenser, eller förhandstillstånd för att bedriva vissa sorters verksamhet bedömts vara inskränkningar.¹¹⁴

Mot bakgrund av att det saknas en gräns *de minimis*, att förhandstillstånd enligt tidigare praxis från EU-domstolen kan utgöra hinder för etableringsfriheten, att parter drabbas av kostnader om de omfattas av granskningsssystemet enligt redogörelsen nedan i avsnitt 4.5, och att anmälningsplikten inte bara utgör en förpliktelse att anmäla utan också är direkt sammanlänkad med en standstill-period är min slutsats att anmälningsplikten utgör en inskränkning av den sekundära etableringsfriheten.

Detta är dock ingen åsikt som *verkar* delas av Direktinvesteringsutredningen som angett att anmälningsplikten inte ansetts utgöra en ”så begränsande åtgärd att den strider mot EU-rätten”.¹¹⁵ Vad som ej är helt klart är ifall utredningen menade att anmälningsplikten inte är en inskränkning eller att den utgör en tillåten inskränkning. I detta avsnitt av uppsatsen är det enbart den förstnämnda tolkningen som är av relevans medan inskränkningens tillåtenhet behandlas i följande avsnitt. Oavsett vad som avsågs med uttalandet ändrar detta inte min bedömning om att anmälningsplikten utgör en inskränkning.

3.4 Inskränkningen kan ej rättfärdigas

När det sedan rör det tredje steget och om åtgärden går att rättfärdiga innefattar denna bedömning två krav. För det första måste åtgärden grundas på

¹¹¹ Craig, P. (2018) Proportionality II: Member States s. 683.

¹¹² C-106/22 Xella p. 59.

¹¹³ C-19/92 Kraus p. 32; C-442/02 CaixaBank France p. 11; Tomkin, J. (2019) Article 49 FEUF, i Manuel Kellerbauer et al. The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary s. 658.

¹¹⁴ Tomkin, J. (2019) Article 49 FEUF, i Manuel Kellerbauer et al. The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary s. 658; Lenaerts, K. et al. (2021) kapitel 7 The Internal Market s. 186; Barnard, C. (2022) The substantive law of the EU, The four freedoms, sjunde upplagan s. 414.

¹¹⁵ SOU 2021:87 s. 265, detta kan också jämföras med att det i prop 2022/23:116 enbart anges att anmälningsplikten är ”förenlig” med EU-rätt utan att detta diskuteras i detalj på exv. s. 59 ff.

tvingande skäl av allmänintresse och för det andra måste åtgärden vara proportionerlig.¹¹⁶ I det fall tvingande skäl av allmänintresse ej föreligger saknas det enligt EU-domstolens arbetsmetod anledning att diskutera en åtgärds proportionalitet, vilket också illustreras i Xella.¹¹⁷

Rörande kravet på tvingande skäl av allmänintresse finns det ett mycket stort antal grunder som framgångsrikt åberopats av stater och myndigheter för att rättfärdiga inskränkningar av EU-medborgares etableringsfrihet.¹¹⁸ Några rättfärdigande grunder som särskilt kan nämnas är: konsumentskydd, miljöskydd, vägsäkerhet och borgenärsskydd.¹¹⁹ Emellertid måste grunden som åberopas för att rättfärdiga en inskränkning utgöra ett grundläggande samhällsintresse, vilket bland annat utesluter rent ekonomiska hänsyn för den nationella ekonomin. Därtill måste detta grundläggande samhällsintresse också vara utsatt för ett verkligt och allvarligt hot.¹²⁰

I denna kontext vill jag åter en gång rikta uppmärksamhet till EU-domstolens avgörande i Xella och det resonemang som fördes där angående det ungerska beslutet att förbjuda Xella Ungerns förvärv av Janes. För att rättfärdiga den inskränkning i Xella Ungerns etableringsfrihet som förbudet konstaterades utgöra åberopade ungerska myndigheter försörjningstrygghet för byggsektorn på lokal nivå av basvarorna grus, sand och lera till byggindustrin.¹²¹ Det finns, såsom domstolen konstaterade, vissa fall då försörjningstrygghet kunnat användas som rättfärdigande grund för inskränkningar i etableringsfriheten. Ett sådant angavs med hänvisning till tidigare praxis kunna utgöras av behovet att säkerställa försörjningen av offentliga tjänster inom olje- telekommunikations- och energisektorn som skulle kunna riskeras om ett EU-företag oinskränkt utövar sin etableringsfrihet.¹²² EU-domstolen var dock i Xella mycket tydlig med att försörjningstryggheten av de ovan nämnda basvarorna på lokal nivå inte kunde omfattas av ett grundläggande samhällsintresse. Utöver att försörjningstryggheten måste utgöra ett grundläggande samhällsintresse måste detta också vara utsatt för ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot för att en inskränkning ska kunna motiveras.¹²³ Detta rekvisit ansågs inte heller kunna fyllas av Xella Ungerns

¹¹⁶ Jfr. C-555/19 Fussl p. 52 & C-106/22 Xella p. 60 som illustrerar att denna tågordning respekteras.

¹¹⁷ Jfr. C-106/22 Xella p. 60–74.

¹¹⁸ Tomkin, J. (2019) Article 49 TFEU, i Kellerbauer, M. et al. The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary s. 659.

¹¹⁹ Jfr. bl.a. Marzal, T. (2017) From Hercules to Pareto: Of bathos, proportionality, and EU law s. 636; Derlén et al. (2016) Konstitutionell rätt s. 464 ff.; Lenaerts, K. et al. (2021) kapitel 7 The Internal Market s. 195 f.; Tomkin, J. (2019) Article 49 FEUF, i Manuel Kellerbauer et al. The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary s. 659 f. med vidare hänvisningar till praxis.

¹²⁰ C-106/22 Xella p. 64; Barnard, C. (2022) The substantive law of the EU, The four freedoms, sjunde upplagan s. 486 f. med hänvisningar till praxis & C-106/22 Xella p. 60.

¹²¹ C-106/22 Xella p. 62.

¹²² C-106/22 Xella p. 68.

¹²³ C-106/22 Xella p. 67 och däri angiven praxis.

förvärv av Janes, då förvärvet i sig heller inte kunde anses utgöra ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot för försörjningstryggheten på lokal nivå av basvarorna.¹²⁴ Efter att ha redogjort ovanstående meddelades följande beslut:

Bestämmelserna i EUF-fördraget om etableringsfrihet

ska tolkas så,

att de utgör hinder för ett granskningsystem avseende utländska investeringar som föreskrivs i en medlemsstats lagstiftning och som gör det möjligt att förbjuda att ett inhemskt bolag som ingår i en koncern i vilken flera av de ingående bolagen har säte i medlemsstater förvärvar äganderätten till ett annat inhemskt bolag som anses vara strategiskt, när ett bolag från ett tredjeland har ett avgörande inflytande över förstnämnda inhemska bolag, på grund av att ett sådant förvärv skadar eller sannolikt kommer att skada statens intresse av att garantera försörjningstrygghet för byggsektorn, särskilt på lokal nivå, vad gäller basråvaror såsom grus, sand och lera.

Det är två slutsatser från Xella som är av särskild relevans för denna uppsats. Dessa är (i) att försörjningstryggheten av basvaror till byggindustrin på lokal nivå inte utgör ett grundläggande samhällsintresse och (ii) att etableringsfriheten innebär ett hinder för granskningsystem som tillåter att EU-företag med tredjelandsägande förbjuds att från att förvärva företag på grund av att investeringen kan hota den lokala försörjningstryggheten av ovan nämnda basvaror till byggindustrin.

Vad som också är av intresse är att domstolen i mål rörande inskränkningar i den fria rörligheten inte är bunden till att granska de *avsedda* effekterna hos en åtgärd. Dessa skäl binder varken domstolen eller parternas argumentation utan fungerar enbart som en indikation av vad en åtgärds syfte är.¹²⁵ Således kan prövningen av en lag eller bestämmelse genomföras utan att de motiv som redovisats i förarbeten eller andra källor blir av särskilt stor relevans. I stället är den avgörande faktorn vilka *effekter* som åtgärden kan visas ge upphov till.¹²⁶ Det ska dock sägas att en åtgärds syfte och effekt kan sammanfalla och att en åberopad rättfärdigandegrund som prövas överensstämmer med förarbeten eller liknande källor, vilket också var fallet i Xella.¹²⁷

¹²⁴ C-106/22 Xella p. 71.

¹²⁵ De förenade målen C-49/98 et al. Finalarte p. 40 f; Marzal, T. (2017) From Hercules to Pareto: Of bathos, proportionality, and EU law s. 634.

¹²⁶ Marzal, T. (2017) From Hercules to Pareto: Of bathos, proportionality, and EU law s. 634.

¹²⁷ Jfr. C-106/22 Xella p. 22, 24 & 27 där det framgår att det nationella förbudet grundade sig på en avsikt att motverka skador på statens intresse av att säkra försörjningen till byggsektorn och att denna grund sedan är vad EU-domstolen prövade.

Detta är relevant för min framställning då det ex ante inte *går* att veta vilka skäl som skulle komma att åberopas inför EU-domstolen för att rättfärdiga anmälningsplikten. Av detta skäl är också den fortsatta prövningen av anmälningsplikten inte nödvändigtvis representativ för hur EU-domstolen skulle pröva anmälningsplikten då andra rättfärdigande grunder än de syften som framgår i rättskällor kan bli av större relevans.

För att kontextualisera nedanstående har de sektorer som omfattas av UDI-lagen bedömts vara av särskild betydelse för Sveriges säkerhet eller allmän ordning och allmän säkerhet i Sverige. Skyddet för dessa värden är en tillåten rättfärdigande grund för inskränkningar i etableringsfriheten vilket framgår i artikel 52 FEUF. Detta har också genomgående påpekats i lagens förarbeten.¹²⁸ Emellertid förutsätter detta också att ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot för ett grundläggande samhällsintresse har uppkommit.

Syftet att skydda allmän ordning och allmän säkerhet är som sagt inte avgörande för EU-domstolens prövning, som snarare avser åtgärders *effekt*. Således är det av stor relevans huruvida anmälningspliktens omfattning begränsas till sådana investeringar som kan ge upphov till ett verkligt och allvarligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse.

Min bedömning är att anmälningspliktens nuvarande omfattning inte är begränsade till sådana investeringar och därav inte i sin helhet kan rättfärdigas. Detta har sin grund i att anmälningsplikten omfattar minst en typ av, men troligen flera, investeringsobjekt vars verksamhet inte utgör *grundläggande samhällsintressen* med utgångspunkt i Xella.

Det fall där det står särskilt klart att anmälningsplikten omfattar fler än sådana viktiga verksamheter som kan utgöra ett grundläggande samhällsintresse är kapitel 2 MSBFS 2023:4. Enligt kapitlets första och enda paragraf framgår det att *utvinning av mineral m.m.* kan utgöra samhällsviktig verksamhet. Detta definieras mer specifikt som:

Brytning, utvinning, eller stödtjänster för utvinning, av

1. kol,
2. råolja eller naturgas,
3. natursten, kalk, gipssten, krita eller skiffer, eller
4. sand, grus, berg, lera eller kaolin.

Med stödtjänster avses prospekteringsmetoder, dränerings- eller pumpningstjänster eller provborrning.

Det kan tänkas att dessa verksamheter omfattas av UDI-lagen med hänsyn till andra skäl än försörjningstrygghet av ovan nämnda basvaror. Emellertid

¹²⁸ Se exv. prop. 2022/23:116 s. 60 & SOU 2021:87 s. 115.

är det i min mening en mycket rimligt, på grund av ordvalen *brytning* och *utvinning*, att anta att försörjningstrygghet är den troligaste grunden för att verksamheterna omfattas.

Definitionen ovan från kapitel 2 MSBFS 2023:4 är påfallande likt kod 08.12 från Nace rev. 2 (och dess svenska motsvarighet i SNI-systemet) vilken är som följer:

Utvinning av sand, grus och berg; utvinning av lera och kaolin

Kod 08.12 är densamma som investeringsobjektet i Xella, det vill säga Janes, har enligt den information jag funnit.¹²⁹ Att så skulle vara fallet är vidare stöttat av Eurostats definition av kod 08.12 i Nace rev. 2, läst tillsammans med den information om Janes som går att finna i skälen till Xella.¹³⁰

Med utgångspunkt i MSBFS 2023:4, och slutsatserna från kapitel 2, går det att konstatera följande. En stundande investering i ett hypotetiskt företag (A) som har fem eller fler anställda och utvinner basvarorna sand, grus, berg, lera eller kaolin till byggindustrin på lokal nivå, ger upphov till en anmälningsplikt enligt 7 § UDI-lagen.

I det fall investeraren (B) är ett svenskt företag, eller ett EU-företag från en annan medlemsstat, men har ägare med kontrollerande inflytande från tredje land och avser att köpa A för att avveckla företaget och sälja dess tillgångar kan ISP förbjuda investeringen.

Förbudet är tillåtet enligt UDI-lagen då investeringen B tänker genomföra utgör UDI enligt definitionen i 4 § UDI-lagen och därtill kan innebära en risk för den lokala försörjningen av sand, grus och berg, lera eller kaolin.

Att den ovanstående hypotetiska investeringen kan förbjudas innebär dock att det svenska granskningssystemet är oförenligt med reglerna om etableringsfrihet på den inre marknaden enligt EU-domstolens beslut i Xella, det vill säga slutsats (ii) ovan.¹³¹

Det kan också konstateras att anmälningsplikten omfattar investeringar i investeringsobjekt som ej utgör ett grundläggande samhällsintresse med tanke på ovan nämnda slutsats (i). Vid sådana investeringar kan således inte den inskränkning som anmälningsplikten rättfärdigas eftersom en förutsättning för att rättfärdiga inskränkningar är att detta sker för att avvärja verkliga och tillräckligt allvarliga hot mot grundläggande samhällsintressen.

¹²⁹ Ceginformacios hemsida med information om Janes és Társa KFT.

¹³⁰ Eurostat (2008) NACE rev. 2, Statistical classification of economic activities in the European Community s. 109 läst med C-106/22 Xella p. 17.

¹³¹ C-106/22 Xella p. 76.

I detta sammanhang framstår onekligen uttalandet i propositionen om att UDI-lagen ”i sin helhet ska anses vara förenlig med EU-rätt” vara inkorrekt. Xella slår fast motsatsen.¹³² Det ska även sägas att den nya UDI-förordningen inte heller ger stöd för att omfatta det hypotetiska exemplet ovan av två skäl. För det första innebär den, likt den nuvarande förordningen, *inte* att medlemsstaters möjligheter att inskränka den fria rörligheten ändras.¹³³ För det andra kan inte heller investeringsobjekt lik (A) ovan sägas omfattas av de obligatoriska sektorerna som identifieras i bilaga I eller II till förslaget för den nya förordningen.

Det ska sägas att analogivärdet i Xella kan vara begränsat i och med att det rörde verksamheter som står för den lokala försörjningstryggheten av basvaror till byggindustrin. Mot bakgrund av att reglerna om tillåtna inskränkningar tillämpas restriktivt av EU-domstolen har jag emellertid svårt att se hur ett antal av de andra underkategorierna till samhällsviktig verksamhet kan utgöra grundläggande samhällsintressen med Xella som riktmärke.¹³⁴ Särskilt nämnvärda kategorier är: avloppsrening, avfallshantering, sanering, handel med gödsel, handel med foder, uthyrning, fastighetsservice och rese-tjänster. Dessa verksamheter omfattas ej heller av någon kategori i bilaga I eller II till förslaget till den nya UDI-förordningen. Således kommer investeringar i dessa verksamheter fortsatt vara oberörda av tvingande krav från UDI-förordningen, men är i dagsläget omfattade av anmälningsplikten i UDI-lagen.

Det ska dock sägas att ett antal av de övriga utpekade sektorerna inom skyddsvärd verksamhet i min bedömning omfattar verksamheter som utgör grundläggande samhällsintressen och kan rättfärdiga en inskränkning. Särskilt bör detta vara gällande rörande de sektorerna som omfattas för att skydda svensk försörjningstrygghet av el, vatten och drivmedel.¹³⁵

3.5 Anmälningsplikten är oförenlig med den sekundära etableringsfriheten

För att sammanfatta slutsatserna i kapitel 3 vill jag säga följande.

Jag har funnit att anmälningsplikten, eftersom den omfattar unionsinterna investeringar, uppfyller kravet på gemenskapsdimension. Detta krav är också liberalt tolkat av EU-domstolen vilket ytterligare stärker min slutsats

¹³² Prop. 2022/23:116 s. 174.

¹³³ Jfr. skälen till EU-kommissionen, COM(2024) 23 final, Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om granskning av utländska investeringar i unionen och om upphävande av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2019/452 p. 12 och samma källa s. 22.

¹³⁴ Jfr. bl.a. C-54/99 *Église de scientologie* p. 17 f. med vidare hänvisningar & Xella 106/22 p. 66.

¹³⁵ Jfr. särskilt samhällsviktig verksamhet enligt kap. 4 MSBFS 2023:4 om försörjning av el, gas, värme, kyla och drivmedel och C-244/11 *Grekland* p. 65.

om att en anmälningsplikt och tillhörande standstill-period som drabbar EU-företag med avsikter att investera i svensk industri uppfyller detta första krav.

Eftersom anmälningsplikten innebär ett obligatoriskt krav på att investeringar i vissa sektorer måste anmälas och inte får genomföras under standstill-perioden anser jag vidare att anmälningsplikten utgör en inskränkning. Denna slutsats grundar jag på huvudsakligen två omständigheter. För det första finns det tidigare praxis från EU-domstolen där det konstaterats att förhandstillstånd och licenser kan utgöra en inskränkning. För det andra kan samtliga åtgärder som *hindrar* eller gör utövandet av en frihet *mindre attraktivt* kan utgöra inskränkningar av företags etableringsfriheten, utan gränse minimis.

Anmälningspliktens omfattning av verksamheter som på lokal nivå bedriver utvinning av samma basvaror som Janes kan inte rättfärdigas. Detta har sin grund i att sådana verksamheter enligt Xella inte utgör ett grundläggande samhällsintresse. Analogivärdet i avgörandet är något begränsat men likväl menar jag att samma problem kan gälla för vissa andra av de verksamheter som omfattas av anmälningsplikten.

I förslaget till en ny UDI-förordning har jag också svårt att se hur vissa skyddsvärda verksamheter skulle passa in i de obligatoriska områdena enligt bilaga I och II. Detta gäller inte för samtliga sektorer inom samhällsviktig (eller skyddsvärd verksamhet i övrigt) men det är likväl klart att vissa av de sektorer som omfattas idag av UDI-lagen fortsatt kommer falla utanför obligatoriska krav på omfattade sektorer i UDI-förordningen.

Mot bakgrund av kapitel 3 och sammanfattningen ovan ska frågeställning 2 besvaras som följande. Omfattningen av anmälningsplikten i 7 § UDI-lagen är *inte* förenlig med den sekundära etableringsfriheten i artikel 49 andra stycket FEUF eftersom den (i) har gemenskapsdimension, (ii) utgör en inskränkning, och (iii) omfattar också verksamheter och företag som inte utgör grundläggande samhällsintressen.

4 Anmälningens proportionalitet

4.1 Proportionalitet och svensk lagstiftning

I förarbetena till UDI-lagen diskuteras proportionalitet i relation till olika bestämmelser och funktioner hos lagen, inklusive anmälningens plikten i 7 §.¹³⁶ I helhet har också lagen konstaterats utgöra en proportionerlig åtgärd.¹³⁷ Det är allmänt gällande att proportionalitetsprincipen fungerar som en begränsning av medlemsstaters friheter vid tolkning och införlivandet av EU-rätt, obeaktat inom vilket rättsområde som avses.¹³⁸ För att en bestämmelse, eller ett myndighetsbeslut, ska vara förenligt med EU-rätten krävs det således att åtgärden är proportionerlig.¹³⁹ Detta kan emellertid problematiseras, och kritiserats med hjälp av proportionalitetsprincipen särskilt med hänsyn till anmälningens plikten i 7 § UDI-lagen.

Proportionalitetsprincipen är en grundläggande rättsprincip som tillämpas i många länder över hela världen, inklusive medlemsstater i EU.¹⁴⁰ Principen används för att hantera och lösa intressekonflikter, ofta mellan det offentliga och det privata.¹⁴¹ Vanligtvis brukar termen *åtgärd* användas för att beskriva bestämmelser, lagar, myndighetsbeslut, eller direktiv och förordningar vars proportionalitet prövas, som gjorts i föregående kapitel för att beskriva anmälningens plikten inom ramen för reglerna om sekundär etableringsfrihet.¹⁴² Detta är också, om inte annat specificeras, ett uttryck som används för att benämna anmälningens plikten i 7 § UDI-lagen framöver.

En grundförutsättning för att proportionalitetsprincipen ska bli relevant är att en åtgärd med ett legitimt syfte skadar ett motstående intresse eller rät-

¹³⁶ Rörande EU-bolag och granskning: prop. 2022/23:116 s. 60; Rörande enskilda beslut från ISP: prop. 2022/23:116 s. 102 & 106 f.

¹³⁷ Prop. 2022/23:116 s. 174.

¹³⁸ Lenaerts, K. et al. (2011) *European Union Law* s. 141 f.; Craig, P. (2018) *Proportionality II: Member States* s. 680 f.; Vidare hänvisningar till praxis går att finna i Craig, P. (2018) *Proportionality II: Member States* s. 670 fotnot 5. Bland annat till C-313/99 *Mulligan* där p. 35–37 & 46 är av särskild relevans; Jfr. även EU-kommissionen, COM(2017) 487 final Förslag till Europaparlamentets och Rådets förordning om upprättande av en ram för granskning av utländska direktinvesteringar i Europeiska unionen s. 4 specifikt rörande granskningssystem som antas med hjälp av UDI-förordningen.

¹³⁹ För svenska myndighetsbeslut jfr. exv. 5 § Förvaltningslag (2017:900).

¹⁴⁰ Klatt, M et al. (2012) *The Constitutional Structure of Proportionality* s. 2 f.; Sullivan, E. et al. (2009) *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions* kapitel 1 B.; Bücheler, G. (2015) *Proportionality in Investor-State Arbitration* kap. 3.2.

¹⁴¹ Harbo, T. I. (2010) *The Function of the Proportionality Principle in EU Law* s. 164; Klatt, M. et al. (2012) *The Constitutional Structure of Proportionality* s. 1.

¹⁴² Jfr. Exv. C-442/02 *CaixaBank France* p. 21; C-555/19 *Fussl* p. 43; Derlén et al. (2016) *Konstitutionell rätt* s. 468. I engelsk översättning används regelbundet begreppen *measure*, *act*, eller *action*, jfr. Klatt, M. et al. (2012) *The Constitutional Structure of Proportionality* s. 8.

tighet.¹⁴³ Om det saknas en intressekonflikt mellan två legitima värden saknas det med andra ord förutsättningar, eller behov av att tillämpa principen. Enligt föregående kapitel går det att konstatera att anmälningssplikten skadar företags sekundära etableringsfrihet. Emellertid vill jag i förhållande till följande proportionalitetstest belysa att anmälningssplikten också omfattar rent inhemska investeringar. Dessa faller, som nämnts tidigare, utanför etableringsfrihetens tillämpningsområde i och med att de saknar gemenskapsdimension.¹⁴⁴ Däremot kan dessa ingå i en diskussion rörande anmälningsspliktens proportionalitet, liksom investeringar som har en gemenskapsdimension. Den intressekonflikt som är relevant för testet i detta kapitel är således snarare strävan efter att skydda Sveriges säkerhet och allmän ordning eller allmän säkerhet i Sverige och de samhällsekonomiska kostnader som anmälningssplikten skapar, inte sett till hur den inskränker på etableringsfriheten.¹⁴⁵

För att konkretisera proportionalitetsprincipen används regelbundet olika proportionalitetstester som förenklat sätt ställer samma kumulativa krav: det ska finnas ett rimligt förhållande mellan ett mål som eftersträvas och åtgärderna som vidtas för att nå det.¹⁴⁶ Proportionalitetstester innehåller regelmässigt stegvisa bedömningsmoment som i princip delas upp i tre, eller fyra steg beroende på hur de appliceras.¹⁴⁷ Om en trestegsprocess appliceras för att avgöra proportionalitet är uttolkningen av åtgärdens syfte exkluderad från testet och tjänar i stället som en slags utgångspunkt, snarare än ett enskilt steg.¹⁴⁸ Detta är fallet vid EU-domstolens tillämpning av principen för att pröva åtgärder från EU:s håll, såsom direktiv och förordningar.¹⁴⁹ I kontrast till trestegsbedömningen utgör en åtgärds syfte ett enskilt steg i ett fyrestegstest.¹⁵⁰

¹⁴³ Klatt, M. et al. (2012) *The Constitutional Structure of Proportionality* s. 8; Kosta, V. (2019) *The Principle of Proportionality in EU Law: An Interest-Based Taxonomy* s. 2.

¹⁴⁴ Visserligen går det att ifrågasätta hur stor denna krets är i och med att detta krav ofta är mycket liberalt tolkat, jfr. kapitel 3.2.

¹⁴⁵ Jfr. formuleringen av denna balansgång rörande UDI-lagen specifikt från: SOU 2021:87 s. 90, 258 & prop. 2022/23: 116 s. 88, 174; För granskningssystem i unionen i allmänhet se Europeiska Revisionsrätten (2023) *Granskning av utländska direktinvesteringar i EU* p. 24.

¹⁴⁶ Klatt, M. et al. (2012) *The Constitutional Structure of Proportionality* s. 8; Kosta, V. (2019) *The Principle of Proportionality in EU Law: An Interest-Based Taxonomy* s. 2.

¹⁴⁷ Jfr. Klatt, M. et al. (2012) *The Constitutional Structure of Proportionality* s. 8 f.; jfr. innehållet i de tester som diskuteras i: Craig, P. (2018) *Proportionality I: EU & II: Member States*; Kosta, V. (2019) *The Principle of Proportionality in EU Law: An Interest-Based Taxonomy*; Marzal, T. (2017) *From Hercules to Pareto: Of bathos, proportionality, and EU law* s. 630 f.

¹⁴⁸ Jfr. Klatt, M. et al. (2012) *The Constitutional Structure of Proportionality* fotnoten på s. 8; Se också Harbo, T. I. (2010) *The Function of the Proportionality Principle in EU Law* s. 165.

¹⁴⁹ Kosta, V. (2019) *The Principle of Proportionality in EU Law: An Interest-Based Taxonomy* s. 2.

¹⁵⁰ Jfr. Klatt, M. et al. (2012) *The Constitutional Structure of Proportionality* fotnoten på s. 8.

Nedan följer en redogörelse för ett proportionalitetstest i fyra steg enligt den modell som sammanställts av Matthias Klatt och Moritz Meister som jag tillämpar i min följande granskning av anmälningssplikten. Klatt och Meister menar därtill att den följande uppdelningen är representativ för en väletablerad, struktur för proportionalitetstester vilket framstår vara en välunderbyggd slutsats.¹⁵¹

Testet består av följande steg:¹⁵²

1. Åtgärden ska bära ett legitimt syfte.
2. Åtgärden vara lämplig,¹⁵³ det vill säga att åtgärden måste leda till att avsett mål kan uppnås.
3. Åtgärden ska inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå sitt syfte.¹⁵⁴ Kravet innebär att den åtgärden med minst negativ inverkan på syftets motstående intresse måste väljas före andra lämpliga åtgärder.
4. Det fjärde och sista steget anges vara att åtgärden måste innebära en så kallad *net gain*. Detta sista krav är uppfyllt om åtgärden vid en vägning mellan dess negativa påverkan inte överstiger värdet på nivån av förverkligande av åtgärdens syfte. Denna regel är av författarna kallad för *proportionality in the narrow sense*.

De sista tre stegen är ofta hänvisade till som kraven på (2.) lämplighet, (3.) nödvändighet, och (4.) proportionalitet *stricto sensu*, eller balansering.¹⁵⁵

Även om proportionalitetstestet ovan vid en första anblick kan likna den bedömning som genomförts i avsnitt 3.4 rörande rättfärdigande av inskränkningar i etableringsfriheten kan de på ett grundläggande plan skiljas åt. Det är nämligen så att EU-domstolens prövning av en åtgärds rättfärdigandegrund och syfte tar avstamp i åtgärdens *effekter*. Detta innebär att deras bedömning kan liknas vid en sammanslagning av steg 1 och 2 i ovan

¹⁵¹ Klatt, M. et al. (2012) *The Constitutional Structure of Proportionality* s. 8 f.; jfr. innehållet i de tester som diskuteras i: Craig, P. (2018) *Proportionality I: EU & II: Member States*; Kosta, V. (2019) *The Principle of Proportionality in EU Law: An Interest-Based Taxonomy*; Marzal, T. (2017) *From Hercules to Pareto: Of bathos, proportionality, and EU law* s. 630.

¹⁵² Klatt, M. et al. (2012) *The Constitutional Structure of Proportionality* s. 8 ff.

¹⁵³ Översatt från engelskans *suitability*, se Klatt, M. et al. (2012) *The Constitutional Structure of Proportionality* s. 8.

¹⁵⁴ Översatt från engelskans *necessity*, se Klatt, M. et al. (2012) *The Constitutional Structure of Proportionality* s. 8.

¹⁵⁵ Kosta, V. (2019) *The Principle of Proportionality in EU Law: An Interest-Based Taxonomy* s. 2; Harbo, T. I. (2010) *The Function of the Proportionality Principle in EU Law* s. 165; Marzal, T. (2017) *From Hercules to Pareto: Of bathos, proportionality, and EU law* s. 630.

redovisat proportionalitetstest. Det som sker då är att effekten av en åtgärd används för att identifiera åtgärdens rättfärdigandegrund, obeaktat vad motiven med åtgärden varit innan den vidtogs.¹⁵⁶

Detta är inte samma metod som tillämpas inom ramen för proportionalitetstestet nedan. I stället är identifieringen UDI-lagens och anmälningens syfte i steg 1 grundad på de avsikter som uppvisats i lagens förarbeten och identifieras i avsnitt 4.2. Därefter diskuteras anmälningens lämplighet i det separata avsnittet 4.3.

4.2 Anmälningens syfte har ett legitimt syfte

Såsom lyfts tidigare i kapitel 2 är det allmänna syftet med UDI-lagen att förhindra UDI som har skadliga effekter på Sveriges säkerhet eller allmän ordning och allmän säkerhet i Sverige.¹⁵⁷ Med hänseende till anmälningens syfte i 7 § bör denna rimligtvis dela UDI-lagens generella syfte. Anmälningens syfte rymmer emellertid fler nyanser än så. Anledningen till att anmälningens syfte omfattar både inhemska såväl som unionsinterna investeringar är att detta ska motverka att indirekt och skadlig UDI undgår upptäckt.¹⁵⁸

Därtill har det angetts att unionsinterna investeringar, indirekta eller inte, kan innebära risker för Sveriges säkerhet, eller allmän ordning eller allmän säkerhet som är jämförbara med de som följer av problematisk UDI, och att anmälningens syfte är tänkta att fånga dessa.¹⁵⁹

Något som är värt att diskutera vid definierandet av anmälningens syfte är att ISP ska rapportera samtliga investeringar i skyddsvärd verksamhet till Säkerhetspolisen (Säpo) och Försvarsmakten enligt 7 § 2 st. förordning (2023:624) om granskning av utländska direktinvesteringar. Om denna funktion har något specifikt syfte framgår inte i UDI-lagens förarbeten och har heller inte gått att nå i andra källor, i brist på annat får det antas att funktionen är avsedd att fungera som en del av lagens generella syfte.¹⁶⁰ Således går det i nuläget enbart att spekulera kring rapporteringens syfte, även om det med säkerhet går att konstatera att den är en nödvändig följd av att anmälningens syfte uppfylls och därav rimligen inte bör separeras från denna prövning av anmälningens syfte.

¹⁵⁶ För utförligare diskussion om denna skillnad jfr. Marzal, T. (2017) From Hercules to Pareto: Of bathos, proportionality, and EU law kapitel 3.

¹⁵⁷ Prop. 2022/23:116 s. 21.

¹⁵⁸ Prop. 2022/23:116 s. 60; SOU 2021:87 s. 262; Med *annat inflytande* avser jag sådana kontrollsituationer som hänvisats till i Prop. 2022/23:116 s. 58.

¹⁵⁹ Prop. 2022/23:116 s. 59.

¹⁶⁰ Närmare uppgifter om samarbetsfunktionen är skyddade av sekretess enligt 18 kap. 8 § OSL enligt korrespondens med ISP.

Skyddet för Sveriges säkerhet eller allmän ordning eller säkerhet måste rimligen vara ett legitimt syfte som är förenligt med proportionalitetsprincipens första steg.¹⁶¹ Så som dessa två termer definierats i avsnitt 2.3 berör de såpass grundläggande värden som medborgarnas säkerhet, demokratins vidmakthållande och Sveriges integritet som suverän stat. Att skydda dessa värden är närmast det grundläggande existensberättigandet för en rättsstat, vilket också återspeglas i rättighetsstadgan i RF. Inom ramen för denna uppsats avser jag inte genomföra en rättsfilosofisk diskussion om dessa syften i sig är *legitima*. Jag vill bara konstatera att skyddet för Sveriges säkerhet och allmän ordning eller allmän säkerhet i Sverige avser skyddet för funktioner som är av *grundläggande betydelse* och *grundläggande intresse* för Sverige som stat och att detta rimligen måste vara legitima skyddsobjekt för svensk lag.¹⁶²

4.3 Anmälningens lämplighet kan ifrågasättas

Såsom konstaterades i kapitel två finns det två tänkbara förklaringar till att en övervägande majoritet av alla investeringar som anmäls till ISP lämnas utan åtgärd. Antingen att ISP inte upptäcker problematiska investeringar som borde förbjudas eller att många oproblematiska investeringar omfattas av anmälningens plikt. Den förstnämnda förklaringen har betydelse för anmälningens pliktens lämplighet och utforskas således i detta avsnitt. Den sistnämnda förklaringen har däremot betydelse för anmälningens pliktens nödvändighet och behandlas därav i avsnitt 4.4.

Såsom konstaterat i tidigare avsnitt är det ISP:s prövning av en anmälan och antagandet om investerarens identitet som utgör grunden för om en investering i skyddsvärd verksamhet kan genomföras. Mot bakgrund av detta är ISP:s befogenheter och tillgång till informationskanaler avgörande faktorer för om anmälningens plikt är en lämplig åtgärd för att uppfylla sitt specifika syfte; att förhindra indirekta investeringar. Särskilt förefaller de befogenheter som ISP har i fas 1 vara relevanta mot bakgrund av att en övervägande majoritet av anmälningar lämnas utan åtgärd utan att fas 2 någonsin inleds.¹⁶³

Under fas 1 är ISP i sin prövning i huvudsak begränsad till en grundläggande informationsplikt för att få parterna att avhjälpa eventuella brister i anmälan. Brister i efterlevnaden av denna från parternas sida innebär inte heller risk för sanktionsavgifter, utan den huvudsakliga åtgärden är att anmälan avvisas om inte tillräcklig information lämnas.¹⁶⁴ Sedan är det också en möjlig påföljd att ISP inleder en granskning av investeringen i det fall investerarens identitet inte är klarlagd. Utöver att inhämta information från parterna till den anmälda investeringen för att fatta ett beslut inom fas 1 kan

¹⁶¹ Prop. 2022/23:116 s. 174.

¹⁶² Jfr. prop. 2022/23:116 s. 21 f.

¹⁶³ Se statistik i avsnitt 2.7.

¹⁶⁴ ISP (2024) Anvisningar för anmälan av utländsk direktinvestering, version 1.4 s. 2.

ISP i sin handläggning också utgå från information som går att hämta i allmänt tillgängliga uppgifter.¹⁶⁵

För att komplettera de uppgifter som lämnas av parterna och offentliga uppgifter kan det som sagt också vara att Säpo och Försvarmakten deltar i prövningen i fas 1. Det är i nuläget inte möjligt att ge en exakt bild av vad denna rapportering innebär och detaljerna om samarbetets natur är av förklarliga skäl sekretessbelagda enligt 18 kap. 8 § OSL.¹⁶⁶

En rimlig slutsats är dock i min mening att rapporteringen kan ha en av två tänkbara funktioner för prövningen hos ISP i fas 1. Den första är (i) att Säpo och Försvarmakten ska få tillgång till uppgifter om en anmäld investering och att de därefter kan ta aktiv del i prövningen och bidra med kunskap och kompetens och bidra till att ISP på ett effektivt sätt kan identifiera och hindra skadlig UDI. En alternativ funktion som rapporteringen kan inneha är (ii) att samtliga investeringar i skyddsvärd verksamhet passivt registerförs hos de två myndigheterna, utan att de under fas 1 är tänkta att ta aktiv del i ISP:s prövning av anmälningar och beslut om följder på fas 1. Med andra ord att de två myndigheterna tar en (i) passiv eller (ii) aktiv roll i fas 1.

Något som talar för det sistnämnda syftet är att UDI-lagen inte innebär att ISP inom ramen för fas 1 ska samverka med andra myndigheter. Det samverkanskrav som ISP har enligt 30 § UDI-lagen gäller inte förrän fas 2 inletts och berör alltså inte, i princip, denna första rapportering i fas 1.¹⁶⁷ Om rapporteringen varit avsedd som ett sätt att ge Säpo och Försvarmakten möjligheter att aktivt samverka med ISP i fas 1 kan man tänka att en sådan avsikt borde framgått tydligare. Detta hade nämligen följt samma typ av mönster som gäller samverkan enligt 30 § UDI-lagen, vilket diskuterades mycket utförligt i förarbetena.¹⁶⁸

Ytterligare ett argument för att rapporteringen är passiv är att det i SOU:n hävdats att det finns ett intresse av att det svenska granskningssystemet vinner internationell respekt för en adekvat och seriös prövning av UDI.¹⁶⁹ Därav kan det ifrågasättas om inte ett bra sätt att uppnå sådan ”respekt i omvärlden” hade varit att tydligt utveckla hur ISP redan i fas 1 tar hjälp av Säpo och Försvarmakten vid prövningen av anmälda investeringar i skyddsvärd verksamhet.

¹⁶⁵ Enligt korrespondens med ISP.

¹⁶⁶ Bekräftat efter korrespondens med ISP.

¹⁶⁷ Jfr. prop. 2022/23:116 avsnitt 10.2, särskilt s. 114, och kommentaren till 30 § på s. 203 med hänvisning till att förordning ska definiera detta (Förordning (2023:624) om granskning av utländska direktinvesteringar); att notera är att uttrycket *granskning* uteslutande rör prövningen i fas 2.

¹⁶⁸ Jfr. prop. 2022/23:116 s. 203, 605, 608 f. & avsnitt 10.2.

¹⁶⁹ SOU 2021:87 s. 255.

I nuläget är denna funktion enbart angiven i 7 § 2 st. förordning (2023:624) om granskning av utländska direktinvesteringar, utan att någon förklaring i förordningsmotiv eller liknande publicerats. Trots att dessa argument kan väga för att rapporteringen är passiv, är detta inget som kan anses vara klart och det går inte enbart med hjälp av dessa skäl göra något välunderbyggt uttalande om vilken funktion rapporteringen har. Dock framstår det finnas visst stöd för ett antagande om att rapporteringen inte innebär ett aktivt deltagande från de två myndigheterna enligt ovan. Att notera är att parterna i en investering i alla lägen under prövningen kan välja att avstå från att genomföra investeringen, vilket också innebär att ISP:s prövning av densamma avbryts – i och med att det inte längre finns någon investering som måste prövas.

När fas 2 påbörjas får ISP emellertid tillgång till en mycket större mängd verktyg för att granska en anmäld investering. För det första är det vid granskningen av investeringar som ISP kan nå information via UDI-förordningens samarbetsstruktur och först då som investeringar ska rapporteras enligt förordningen.¹⁷⁰ Emellertid kan indirekt UDI enligt 4 § UDI-lagen, såsom fastställts i kapitel 2, inte aktualisera UDI-förordningens samarbetsstruktur. Därav är ISP vid granskningen av sådana investeringar begränsade till övriga informationskanaler de besitter utanför de som UDI-förordningen etablerar. Undantaget i kringgåendeklausulen är begränsad till indirekt UDI som genomförs med hjälp av artificiella arrangemang och luckorna mellan UDI-lagens och UDI-förordningens tillämpningsområden är påtagliga.

I detta sammanhang ska det sägas att dessa luckor med stor sannolikhet kommer upphöra eftersom kravet på artificiella arrangemang ej begränsar tillämpningsområdet för den nya UDI-förordningen, vilket diskuterades i avsnitt 2.2. I stället används en definition av UDI som är mer snarlik den svenska och inkluderar koncernstrukturer likt den som diskuterats i Xella. Således är just denna bristande tillgång till samarbetsstrukturen tidsbegränsad och gäller enbart till dess att UDI-förordningen ersatts. För det andra har ISP i fas 2 behörigheter och skyldigheter gentemot andra svenska myndigheter som kan besitta information av intresse för en prövning. ISP får nämligen enligt 29 § UDI-lagen behörighet att inhämta information från andra svenska myndigheter och ska enligt 30 § också samverka med vissa andra myndigheter. De myndigheter som ISP kan inhämta information från är många och en komplett lista går att finna i 6 § förordning (2023:624) om granskning av utländska direktinvesteringar. Särskilt nämnvärda myndigheter som ISP kan inhämta uppgifter från under granskningen i fas 2 är Bolagsverket, Finansinspektionen, Konkurrensverket och Skatteverket. Vidare kan ISP ges tillgång till sekretessbelagda uppgifter. Detta ska emellertid ske om den utlämnande myndigheten bedömer att ISP:s förfrågan uppfyller rek-

¹⁷⁰ Prop. 2022/23:116 s. 98.

visiten för sekretessgenombrott enligt 10 kap. 28 § OSL.¹⁷¹ De myndigheter som ISP ska samverka med enligt 30 § UDI-lagen identifieras i 7 § Förordning (2023:624) om granskning av utländska direktinvesteringar. Dessa är bland annat Försvarsmakten och Säkerhetspolisen. Det är även först vid inledandet av fas 2 som ISP kan använda sina fulla befogenheter att inhämta information från parterna enligt 25–28 §§. Förelägganden om att lämna information kan därtill i fas 2 förenas med viten mellan 25 000 och 100 000 000 kronor vilket enligt 28 och 32 §§ UDI-lagen.

Sammantaget kan det konstateras att ISP under fas 1 enbart kan tillgå grundläggande verktyg för att pröva en anmälan jämfört med vad myndigheten har i fas 2 för att granska en investering. Detta behöver inte vara ett problem per se. Det framstår nämligen som naturligt att en skillnad förekommer mellan de två faserna eftersom handläggningen i fas 2 genomförs med högre intensitet för att ISP i fas 1 av olika skäl misstänker att investeringen är problematisk eller för att parterna varit otydliga i sin kommunikation. Emellertid anser jag att lämpligheten i hur stor denna skillnad är kan ifrågasättas och hur stor möjlighet ISP har att upptäcka problematisk UDI i allmänhet, men indirekt och problematisk UDI i synnerhet. Anledningen är enkel; i fas 1 verkar samtliga, eller i vart fall majoriteten av, de uppgifter som ISP grundar sitt beslut enligt 19 § på vara sådana som parterna själva uppger eller delat.

Ett effektivt granskningssystem kan rimligen inte grundas på att investerare med strategiska avsikter sanningsenligt lämnar samtliga efterfrågade uppgifter till svenska myndigheter. Detta är också något som regeringen uttryckligen konstaterat i proposition 2022/23:116.¹⁷²

Därtill förefaller det problematiskt att de uppgifter som ISP rimligen kan nå i ramen för fas 1 enbart täcker en investerares ”formella” ägandebild av dess aktier och inkråm. Den typ av ”informell” kontroll¹⁷³ som kan utövas genom icke-bolagsrättsliga påtryckningar är däremot inget som rimligen framgår i offentliga handlingar, och heller inget som ISP troligen kan kontrollera självständigt.

Uppgifter om informell kontroll kan generellt sett antas vara mycket svåra att nå, men kan rimligen i vissa fall vara sådant som Säpo har en uppfattning om. Emellertid finns det anledning att anta att samverkan mellan ISP och Säpo vara passiv i fas 1, särskilt i kontrast mot samverkan i fas 2. Således förefaller det sammantaget finnas skäl att ifrågasätta de förutsättningar ISP har för att i fas 1, som är en nödvändig följd på att anmälningsplikten i 7 § UDI-lagen uppfylls, ska kunna upptäcka indirekta investeringar, särskilt om sådana bygger på informell kontroll och huruvida denna åtgärd är lämplig.

¹⁷¹ Prop. 2022/23:116 s. 203.

¹⁷² Prop. 2022/23:116 s. 115.

¹⁷³ För vidare om detta begrepp jfr. Prop. 2022/23:116 s. 58.

Därtill kan det konstateras att samarbetsstrukturen tills vidare inte omfattar indirekt UDI som kan komma att granskas inom ramen för fas 2. Även om jag anser att det finns skäl att ifrågasätta lämpligheten är jag inte av åsikten att de i dagsläget tillgängliga uppgifterna om anmälningsplikten och den sammanlänkade prövningen i fas 1 är tillräckliga för ett definitivt ställningstagande om huruvida åtgärden är lämplig eller ej. För att avgöra detta behövs tillgång till närmare, men sekretessbelagda, uppgifter om ISP:s arbets sätt.

4.4 Anmälningsplikten är mer omfattande än nödvändigt

Anmälningsplikten omfattning av oproblematiska investeringar, vilket är ett av de möjliga skälen till att så många anmälningar lämnas utan åtgärd och kommenterats i avsnitt 2.7, har inte ansetts vara ett problem i förhållande till lagens proportionalitet. Denna slutsats verkar grundas på att anmälningsplikten enbart berör investeringar som ska genomföras i en begränsad krets med investeringsobjekt, det vill säga skyddsvärd verksamhet.¹⁷⁴ Denna slutsats verkar tala för att anmälningsplikten inte sträcker sig längre än nödvändigt – alltså att nödvändighetskravet är uppfyllt. Emellertid anser jag inte att denna slutsats är korrekt och att anmälningsplikten för nuvarande inte kan anses vara en lämplig åtgärd som också har den *minsta möjliga negativa inverkan* för samhällsekonomin. Denna slutsats grundas på vilka investeringsobjekt som omfattas av lagens anmälningsplikt.

Såsom konstaterats i kapitel 2 är det enbart verksamheter som har betydelse för antingen Sveriges säkerhet eller allmän ordning och säkerhet i Sverige som ska omfattas av UDI-lagen. Därtill är de investeringar med en negativ inverkan på *allmän ordning och allmän säkerhet* mindre allvarliga än de som orsakar skador på Sveriges säkerhet. Av denna anledning borde rimligen samtliga investeringar som riktar sig mot investeringsobjekt vars verksamhet inte utgör grundläggande samhällsintressen inte omfattas av anmälningsplikten, om inte så sträcker sig anmälningsplikten längre än vad som är nödvändigt.

Som sagt avser jag inte i detta kapitel att problematisera anmälningsplikten med hjälp av reglerna om sekundär etableringsfrihet som jag gjort i kapitel 3. Likväl är allmän ordning och allmän säkerhet begrepp som hämtats från FEUF. Således finns det även i rent inhemska situationer viss bäring för EU-domstolens avgöranden, såsom Xella.

Med utgångspunkt i slutsatserna som jag redovisat i kapitel 2 går det att konstatera att minst en av underkategorierna till *samhällsviktig verksamhet* innebär att verksamheter som ej kan utgöra ett grundläggande samhällsintresse omfattas av anmälningsplikten. Redan där finns det därav grund för

¹⁷⁴ Prop. 2022/23:116 s. 58 ff.

att konstatera att anmälningsplikts nuvarande omfattning sträcker sig utöver vad som är nödvändigt. Därtill kan det också, likt vad jag gjorde i kapitel 3, ifrågasättas huruvida samtliga kategorier av samhällsviktig verksamhet i övrigt verkliga bör omfattas av UDI-lagens anmälningsplikt.

Om rapporteringen till Säpo och Försvarsmakten enbart innebär att ett register skapas och inte att Säpo och Försvarsmakten ska ta del av prövningen i fas 1 förefaller det självklart att ett sådant register, oavsett dess vikt, inte förutsätter att investeringsparter måste avvakta i upp till 25 arbetsdagar med att genomföra en investering.

4.5 Proportionaliteten *stricto sensu* är ännu oklar

Proportionalitet *stricto sensu* utgör såsom Klatt och Meister angett en balansering mellan de negativa effekterna av en åtgärd och värdet på den nivå av syftesförverkligande som den innebär. Detta krav har också formulerats på så sätt att en åtgärd inte är proportionerlig om den innebär en överflödigt börd för enskilda.¹⁷⁵ En sådan vägning innebär att både syftet med en åtgärd och syftets motstående intresse tilldelas ett värde.¹⁷⁶ Dessa används sedan i en formel för att på matematisk väg se om en åtgärd kan anses nå kravet på proportionalitet *stricto sensu*. Inbegripet i en sådan modell är alltså att både syftet och motstående intresse måste tilldelas ett värde. Detta kan ske enligt ett antal olika modeller där vissa rättigheter eller intressen regelmässigt har ett högre eller lägre värde.¹⁷⁷ En formelbaserad balansering är inget som jag ska göra i denna uppsats. Däremot är det så att värdet av landets grundläggande intressen, såsom säkerhet och demokratiska statskick, måste anses vara överordnade hänsyn till transaktionskostnaderna för investeringar i skyddsvärd verksamhet.¹⁷⁸

En ansats till balansering har genomförts i lagens förarbeten. Då har en vägning skett av å den ena sidan kostnader som parter kan drabbas av på grund av UDI-lagen och å den andra sidan behovet av att förhindra säkerhetsrisker.¹⁷⁹ En sådan balansering är dock, likt min framställning i detta avsnitt, begränsad eftersom det saknas tillräcklig empiri för att fastställa vilken grad av syftesförverkligande som anmälningsplikten innebär. Det går endast att säga att den hittills framstår nå en viss grad av syftesförverkligande i och med att två anmälda investeringar blivit godkända med villkor för att motverka deras skadliga effekter. Emellertid är detta inte i sig vara nog för att

¹⁷⁵ Harbo, T. I. (2010) The Function of the Proportionality Principle in EU Law s. 165.

¹⁷⁶ Formeln innebär, förenklat, att syftets värde multipliceras med graden av syftesförverkligande och vägs mot det motstående intressets värde multiplicerat med graden av skada som åtgärden orsakar.

¹⁷⁷ Klatt, M. et al. (2012) The Constitutional Structure of Proportionality s. 10 ff.; För utförligare resonemang om balansering och *värdet* på olika rättigheter och intressen se bl.a. kapitel 2 i verket av Klatt, M. et al. tidigare i denna fotnot.

¹⁷⁸ Jfr. resonemang om detta i prop. 2022/23:116 s. 174.

¹⁷⁹ Prop. 2022/23:116 s. 58 & 174.

någon mer betydande diskussion rörande anmälningspliktens proportionalitet *stricto sensu*.

De exakta kostnader som ska vägas mot anmälningspliktens syftesförverkligande är också mycket svåra att definiera, varierar från fall till fall, och ämnet är i stort behov av empiri.¹⁸⁰ Detta har inte bara konstaterats i svenska förarbeten utan även i OECD:s rapport rörande 62 länders granskningssystem.¹⁸¹ Emellertid har vissa kostnader, som ej är önskvärda, identifierats som kan antas uppkomma på grund av att parter omfattas av ett granskningssystem enligt nedan.¹⁸²

Företag som bedriver skyddsvärd verksamhet och investerare som ska etablera sådan verksamhet måste lägga tid och resurser på att förstå sina skyldigheter enligt UDI-lagen. Därtill måste de också under tiden som ISP prövar en anmälan uppfylla en informationsplikt och på andra sätt vara behjälpliga under processens gång vilket kan innebära ytterligare kostnader. Sådana direkta kostnader kan även ökas av deras behov av att anlita ombud för att identifiera och efterleva sina skyldigheter enligt lagen. Dessa kostnader kan vidare stegras om en investering ska granskas i fas 2 eller om parterna överklagar ett förbud från ISP.¹⁸³

Ett antal indirekta kostnader som kan uppstå till följd av att parter omfattas av granskningssystemet har också identifierats. Bland annat har det påpekats att den fördröjning som standstill-perioden medför kan resultera i minskade intäkter för parterna i en anmäld investering.¹⁸⁴ Vidare har det också angetts att granskningssystemet kan leda till en viss minskning av möjligheterna för svenska företag att anskaffa kapital.¹⁸⁵

Utöver dessa negativa effekter har också ett antal fler identifierats i en rapport från OECD som också använts som källa av Direktinvesteringsutredningen. Dessa potentiella kostnader är som följer:¹⁸⁶

- Investeringar kan undvikas på grund av hög risk för förbud, höga granskningkostnader, dålig publicitet som kan följa på en gransk-

¹⁸⁰ SOU 2021:87 s. 616 & 618.

¹⁸¹ Pohl, J. et al. (2020) Acquisition- and ownership-related policies to safeguard essential security interests Current and emerging trends, observed designs, and policy practice in 62 economies.

¹⁸² SOU 2021:87 s. 616; Pohl, J. et al. (2020) Acquisition- and ownership-related policies to safeguard essential security interests Current and emerging trends, observed designs, and policy practice in 62 economies s. 99-102.

¹⁸³ Prop. 2022/23:116 s. 179; SOU 2021:87 s. 613 f.

¹⁸⁴ Prop. 2022/23:116 s. 179; SOU 2021:87 s. 614.

¹⁸⁵ Prop. 2022/23:116 s. 181.

¹⁸⁶ SOU 2021:87 s. 616 ff. med hänvisningar till Pohl, J. et al. (2020) Acquisition- and ownership-related policies to safeguard essential security interests Current and emerging trends, observed designs, and policy practice in 62 economies.

ning. Detta har angetts ha en större sannolik påverkan för statligt ägda företag.

- Kostnader för granskning kan överstiga värdet på mindre investeringar eller på annat sätt bli oproportionerligt stora. Detta kan leda till att investerare blir avskräckta även om de är säkra på att anmälan kommer godkännas.
- Vissa investerare kan missgynnas om granskningssystemet inte gäller för samtliga investerare eller på ojämlika villkor för olika investerare.
- Om antalet investerare som kan tillåtas genomföra en investering minskas kan detta sänka verksamhetens värdering och försvåra kapitalanskaffning för investeringsobjektet.
- Företag kan välja att placera kapital i länder med mindre strikt reglering för att undvika framtida granskning. Särskilt när det gäller placering av kapital inom forskning och utveckling.

Såsom konstaterats ovan är det rimligt att vissa ekonomiska kostnader kan vägas upp av säkerhetshänsyn. Emellertid är det enligt mina slutsatser i föregående kapitel så att vissa investeringar, och därav vissa kostnader, uppstår helt utan att detta bidrar till anmälningsplikts syftesförverkligande. De fall jag hänvisar till är investeringar i investeringsobjekt vars verksamheter inte utgör ett grundläggande samhällsintresse. Varje gång en investering i sådan verksamhet måste anmälas och bromsas under standstill-perioden innebär detta kostnader. Dessa kostnader vägs dock inte upp av säkerhetsfördelar som är kvalificerade nog för att nå upp till rekvisitet *allmän ordning eller allmän säkerhet* och kan då, rimligen, inte heller bidra till att skydda *Sveriges säkerhet*. Detta innebär med andra ord att en skada balanseras mot ett värde på syftesförverkligande om noll, även om värdet på Sveriges säkerhet, generellt är högre än de kostnader detta innebär.

Med utgångspunkt i att anmälningsplikten i nuläget omfattar sådana investeringar som saknar positiv inverkan för anmälningsplikts syftesförverkligande, men likväl innebär en börda för de berörda parterna kan den inte, i helhet, sägas vara förenlig med kravet på proportionalitet *stricto sensu*.

4.6 Anmälningsplikts proportionalitet är bristande

För att sammanfatta slutsatserna i kapitel 4 vill jag säga följande.

Syftet att skydda grundläggande intressen och grundläggande behov för Sverige och svenska medborgare är UDI-lagens generella syfte som delas av anmälningsplikten. Inom detta syfte är anmälningsplikten ämnad att fungera som ett verktyg för att upptäcka indirekt och skadlig UDI. Att skydda Sveri-

ges grundläggande intressen och säkerhet från skadlig UDI är i min mening ett legitimt syfte. Det exakta syftet med att samtliga anmälningar av investeringar i skyddsvärd verksamhet rapporteras till Försvarsmakten och Säpo är oklart. Denna funktion har inte diskuterats i förarbeten och uppgifter rörande samarbetet är sekretessbelagt.

I min bedömning går det inte att göra några säkra uttalanden om huruvida anmälningsplikten är en lämplig åtgärd för att skydda svenska säkerhetsintressen eller ej. Emellertid anser jag att det finns vissa skäl att ifrågasätta lämpligheten om Försvarsmakten och Säpo endast intar en passiv roll i fas 1.

Det huvudsakliga skälet till detta är att ISP i fas 1 då framstår vara begränsade till allmänt tillgängliga uppgifter eller sådana som parterna själva lämnar till ISP för att komplettera sin anmälan. Att sådana uppgifter skulle kunna användas för att upptäcka informella kontrollmedel eller invecklade internationella koncernstrukturer är värt att ifrågasätta. Särskilt gäller detta i de fall en indirekt investerare har strategiska avsikter och därav har incitament att dölja sådant inflytande och inte heller kan antas lämna sanningsenliga uppgifter frivilligt.¹⁸⁷

Anmälningsplikten sträcker sig vidare längre än vad som är nödvändigt i dagsläget. Avsikten med granskningssystemet och anmälningsplikten är att skydda *Sveriges säkerhet* och *allmän ordning och allmän säkerhet* i Sverige. Med tanke på dessa begrepps hierarki och geografiska begränsningar kan som sagt en investering som inte innebär en skada för allmän ordning eller allmän säkerhet inte heller innebära en skada för Sveriges säkerhet. Således – alla investeringar som inte kan orsaka en skada för allmän ordning eller allmän säkerhet borde falla utanför anmälningsplikten om densamma inte ska vara mer omfattande än nödvändigt. Idag omfattar anmälningsplikten dock sådana investeringar. Detta står i min mening bortom tvivel med tanke på EU-domstolens avgörande i Xella vilket diskuterades i kapitel 3.

Diskussioner rörande anmälningspliktens proportionalitet *stricto sensu* är i dagsläget svåra att genomföra då det inte på ett tillfredsställande sätt går att uttala sig om anmälningspliktens grad av syftesförverkligande. Detta har sin grund i att det fortsatt saknas studier rörande granskningssystemets faktiska effekt annat än statistiska uppgifter från ISP. Det ska dock sägas att ett fåtal investeringar granskats och enbart tillåtits med villkor, samt att anmälningsplikten och standstill-perioden ger upphov till vissa kostnader som båda är relevanta faktorer vid balansering. Därtill kan det konstateras att kostnader i dagsläget kan drabba parter utan att detta bidrar till anmälningspliktens syftesförverkligande, vilket är till nackdel för anmälningspliktens proportionalitet *stricto sensu*.

¹⁸⁷ Jfr. Prop. 2022/23:116 s. 115.

Mot bakgrund av kapitel 4 och sammanfattningen ovan ska frågeställning 3 besvaras som följande. Proportionaliteten hos anmälningsplikten i 7 § UDILagen är enligt det test som genomförts ovan bristande. Detta har sin grund i att den omfattar fler investeringar än nödvändigt. Vidare kan det ifrågasättas huruvida anmälningsplikten är en lämplig åtgärd och om den är proportionerlig *stricto sensu*. Definitiva uttalanden rörande dessa två steg i en proportionalitetsbedömning förutsätter dock tillgång till ytterligare information och empiri.

5 Avslutande kommentar

UDI-lagen är modellerad efter ett ideal som är effektivt, träffsäkert och omfattar samtlig problematisk UDI utan att hindra oproblematiske investeringar.¹⁸⁸ Detta idealsystem, utan negativa effekter och med perfekt träffsäkerhet kan knappast uppnås till fullo och det framstår mycket rimligt att vissa kostnader måste accepteras. Detta är också en premis som accepterats vid arbetet med att färdigställa lagen.¹⁸⁹ Ett mer realistiskt mål framstår snarare vara att en god balans mellan å ena sidan säkerhetsintressen och å andra sidan behovet av ett öppet investeringsklimat ska uppnås.¹⁹⁰ Emellertid är det inte så att det svenska granskningssystemet existerar i ett vakuum och reglerna om fri rörlighet och proportionalitetsprincipen *ska* fortsatt respekteras. Så verkar dock inte fallet vara idag.

Såsom konstaterats är anmälningsplikten i 7 § UDI-lagen sett till omfattning inte bara en otillåten inskränkning av EU-företags etableringsfrihet, den är också mer långtgående än vad som behövs för att den ska kunna bidra till skyddet för svenska säkerhetsintressen. Att så är fallet, särskilt med tanke på vilka sektorer som omfattas är enligt mig iögonenfallande. EU-domstolen publicerade sitt beslut i Xella i mitten av 2023 och mindre än ett halvår senare trädde UDI-lagen i kraft. Jag kan inte dra några definitiva slutsatser om varför lagens anmälningsplikt omfattar sådana verksamheter som inte utgör ett grundläggande samhällsintresse. Det framstår dock onekligen som att MSB, och samverkande myndigheter, vid framställandet av MSBFS 2023:4 hade kunnat ta större hänsyn till Xella.

Vid en betraktelse av mina samlade slutsatser från föregående kapitel framstår det onekligen som att indirekt UDI leder till mycket komplicerade frågor, dels rörande den fria rörligheten, dels rörande identifieringen av den yttersta investeraren.

Som går att konstatera vid en parallell läsning av Xella och rättsmissbruksprincipen ska EU-företags etableringsfrihet respekteras, obeaktat deras ägandebild. Dock kan undantag till denna regel göras om EU-företaget ingår i ett artificiellt arrangemang med *syftet* att kringgå granskning. Att avgöra när ett företag är artificiellt och således när det kan förbjudas från att genomföra en investering, obeaktat reglerna om etableringsfrihet, framstår vara en mycket komplicerad bedömning som förutsätter tillgång till mycket information om berört företag. Det står emellertid klart att kringgåendeklausulen inte innebär att medlemsstater ges större befogenheter att inskränka på EU-företags etableringsfrihet och hur detta ska kunna gå jämnt ut med ansatser att identifiera och förhindra indirekta investeringar är ännu oklart.

¹⁸⁸ SOU 2020:87 s. 258.

¹⁸⁹ SOU 2021:87 s. 258; Prop. 2022/23:116 s. 181.

¹⁹⁰ Prop. 2022/23:116 s. 181; SOU 2020:87 s. 616.

Vid granskningen av indirekta investeringar framstår det också finnas situationer där det kan vara mycket svårt att identifiera den yttersta investeraren. Såsom illustreras i Xella kan den omedelbara investeraren i vissa fall befinna sig så långt som (eller i teorin ännu längre) fyra moderbolag ”bort” från närmsta part i tredjeland. Därtill kan varje enskild länk i ägandekedjan befinna sig i ett annat land än där investeringen ”äger rum”. I det fall Xella Ungerns yttersta moderbolag (eller den fysiska personen som är yttersta ägare) hade strategiska avsikter med förvärvet av Janes och en avsikt att dölja sin identitet skulle detta ställa mycket stora krav på samordning mellan granskningsmyndigheter i flera olika länder. Detta är något som UDI-förordningens samarbetsstruktur kan bidra till, men den fortsatta exkluderingen av indirekta investeringar från samarbetsstrukturens tillämpningsområde framstår vara ett hinder för detta. Som sagt kommer detta hinder för internationellt samarbete undanröjas när UDI-förordningen ersätts då förslaget även omfattar indirekta investeringar. Emellertid förefaller detta åter en gång aktualisera frågor om den fria rörligheten – hur ska medlemsstater förhålla sig till reglerna om etableringsfrihet i det fall indirekt och strategisk UDI ska förhindras, om den inte genomförs med hjälp av ett artificiellt arrangemang? Svaret är fortsatt höljt i dimma och min misstanke är att EU-kommissionen och EU-domstolen kommer få bära en stor roll i att förtydliga hur sådana situationer ska hanteras.

På ett liknande sätt kan det konstateras att dessa komplexa frågor rörande identifieringen och förhindrande av UDI som är skadlig för svenska säkerhetsintressen ställer stora krav på hänsyn till proportionalitet. Såsom konstaterats innebär anmälningsplikten inte bara att investerare i skyddsvärd verksamhet måste lämna en anmälan till ISP – de måste också respektera en standstill-period. Att så är fallet är inte ett problem enligt mig. Däremot anser jag att det utgör en onödig byråkratisk börda för parterna om investeringen omfattas av detta krav utan att detta kan bidra till att skydda kvalificerade säkerhetsintressen. En konstant utvärdering av om en sådan börda ska läggas på svenskt näringsliv framstår vara på sin plats, vilket skulle kunna börja med en revision av MSB:s föreskrifter.

Slutligen vill jag poängtera att denna uppsats enbart utgör indikering av problem som UDI-lagen är behäftad med. Att presentera lösningar de ferenda som kan balansera proportionalitet, den fria rörligheten och svenska säkerhetsintressen har inte varit min avsikt. I stället lämnar jag detta till svenska myndigheter, politiker, forskare och efterkommande juriststudenter med ett intresse för UDI-lagens funktion och roll i Sverige.

Källförteckning

Rättsfall

C-19/92, Klaus Dieter Kraus mot Land Baden-Württemberg, EU:C:1993:125.

De förenade målen C-49/98, C-50/98, C-52/98—C-54/98 & C-68/98—C-71/98, Finalarte Sociedade de Construção Civil Ld^a, Portugaia Construções Ld^a och Engil Sociedade de Construção Civil SA mot Urlands- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft och Urlands- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft mot Amilcar Oliveira Rocha, Tudor Stone Ltd, Tecnamb-Tecnologia do Ambiente Ld^a, Turiprata Construções Civil Ld^a, Duarte dos Santos Sousa och Santos & Kewitz Construções Ld^a, EU:C:2001:564.

C-519/99, Reisch et al. mot Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, EU:C:2002:57.

C-313/99, The Queen mot Minister for Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Joel Mulligan and Others, EU:C:2002:386.

C-54/99, Église de scientologie mot Prime Minister, EU:C:2000:124.

C-442/02, CaixaBank France mot Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, EU:C:2004:586.

C-196/04, Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd mot Commissioners of Inland Revenue, EU:C:2006:544.

C-244/11, Europeiska kommissionen mot Republiken Grekland, EU:C:2012:694.

C-168/14, Grupo Itevelesa SL m.fl. mot Oca Inspección Técnica de Vehículos SA och Generalidad de Cataluña, EU:C:2015:685.

C-116/16 & C-117/16, Skatteministeriet mot T Danmark och Y Denmark Aps., EU:C:2019:135.

C-555/19, Fussl Modestraße Mayr GmbH mot SevenOne Media GmbH m.fl., EU:C:2021:89.

C-106/22, Xella Magyarország Építőanyagipari Kft. mot Innovációs és Technológiai Miniszter, EU:C:2023:568.

Offentligt tryck

Sverige

ISP (2024) Anvisningar för anmälan av utländsk direktinvestering, version 1.4

MSB (2023) Konsekvensutredning MSBFS 2023-4

Prop. 2022/23:116

Regeringskansliet (2023) Strategi för Sveriges utrikeshandel, investeringar och globala konkurrenskraft

SOU 2019:21

SOU 2021:87

Europeiska unionen

GA Čapeta i: C-106/22 Xella, EU:C:2023:267.

EU-kommissionen (2021) Frequently asked questions on the EU framework for FDI screening

EU-kommissionen (2024) European economic security strategy, EU foreign direct investment screening 2024 revision

EU-kommissionen, COM(2017) 240, Diskussionsunderlag hur vi bemöter globaliseringen

EU-kommissionen, COM(2017) 487 final, Förslag till Europaparlamentets och Rådets förordning om upprättande av en ram för granskning av utländska direktinvesteringar i Europeiska unionen

EU-kommissionen, COM(2021) 714 final, Första årsrapporten om granskningen av utländska direktinvesteringar i unionen

EU-kommissionen, COM(2023) 590 final, Tredje årsrapporten om granskningen av utländska direktinvesteringar i unionen

EU-kommissionen, COM(2024) 23 final, Bilagor till Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om granskning av utländska investeringar i unionen och om upphävande av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2019/452

EU-kommissionen, COM(2024) 23 final, Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om granskning av utländska investeringar i unionen och om upphävande av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2019/452

EU-kommissionen, SWD(2024), Evaluation of regulation (EU) 2019/452

Europeiska Revisionsrätten (2023) Granskning av utländska direktinvesteringar i EU, särskild rapport.

Eurostat (2008) NACE rev. 2, Statistical classification of economic activities in the European Community

Litteratur

Bernitz, U. & Kjellgren, A. (2018) *Europarättens grunder*, 6:e uppl., Norstedts juridik.

Bücheler, G. (2015) *Proportionality in Investor-State Arbitration*, Oxford University Press.

Carle, J. & Dackö, C. (2024) "Sweden: New preventative regime aims to reduce harmful foreign investments" i *Foreign Direct Investment Regulation Guide*, 3:e uppl, Global Competition Review.

Craig, P. (2018) "Proportionality I: EU" i *EU Administrative Law* 3:e uppl. Oxford University Press.

Craig, P. (2018) "Proportionality II: Member States" i *EU Administrative Law* 3:e uppl. Oxford University Press.

Derlén, M., Lindholm, J. & Naarttijärvi, M. (2016) *Konstitutionell rätt*, 1:a uppl., Wolters Kluwer Sverige.

Fritz, M. (2020) *Förbudet mot rättsmissbruk i EU-rätten*, Lunds universitet, Media-Tryck.

Harbo, T. I. (2010) "The Function of the Proportionality Principle in EU Law" i *European Law Journal*, Vol. 16, Nr. 2, Mars 2010.

Henschen, H. & Juhasz, M. (2023) "Foreign Investment Regulation: Widening the Focus on Both Sides of the Atlantic" i *Foreign Direct Investment Regulation Guide*, 3:e uppl, Global Competition Review.

Heuman, L (2018) *Metoder för rättstillämpning och lagtolkning*, Danagård-Litho.

- Jareborg, N. (2004) ”Rättsdogmatik som vetenskap” i *SvJT* s. 1–10.
- Klatt, M & Meister, M (2012) *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford University Press.
- Kleineman, J. (2018) ”Rättsdogmatisk metod” i Nääv, M. & Zamboni, M. (red.) *Juridisk metodlära*, 2:a uppl., Studentlitteratur.
- Kosta, V. (2019) “The Principle of Proportionality in EU Law: An Interest-Based Taxonomy” i Mendes, J. (red.), *Forthcoming, EU Executive Discretion and the Limits of Law*, Oxford University Press.
- Lenaerts, K., Van Nuffel, P. & Corthaut, T. (2021) kapitel 7 “The Internal Market” i *EU Constitutional Law*, Oxford University Press.
- Lenaerts, K., Van Nuffel, P., Bray, R. & Cambien, N. (2011) *European Union Law*, 3:e uppl., Sweet & Maxwell.
- Marzal, T. (2017) “From Hercules to Pareto: Of bathos, proportionality, and EU law” i *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 15, 3:e uppl., juli 2017.
- OECD (2008) *Glossary of foreign direct investment terms and definitions* 4:e uppl.
- Peczenik, A. (2005) ”Juridikens allmänna läror” i *SvJT*, s. 249–272.
- Peczenik, A. (1995) *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Fritzes/Norstedts Juridik.
- Pohl, J. & Rosselot, N. (2020) *Acquisition- and ownership-related policies to safeguard essential security interests Current and emerging trends, observed designs, and policy practice in 62 economies*, Research note by the OECD Secretariat.
- Ramberg, C., Beshar, A., Carlson, L., Croon, A., Granmar, C., Kleist, D. Leviner, P. & Norée, A. (2024) *Rättskällor: en introduktion i kritiskt tänkande*, Norstedts juridik.
- Reichel, J. (2018) ”EU-rättslig metod” i Nääv, M. & Zamboni, M. (red.) *Juridisk metodlära*, 2:a uppl., Studentlitteratur.
- Sandgren, C. (2015) *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, 3:e uppl., Norstedts juridik.

Sullivan, E., S. Frase, R. (2009) *Proportionality Principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*, Oxford University Press.

Tomkin, J. (2019) "Article 49 TFEU", i Kellerbauer, M., Klamert, M., Tomkin, J. (red), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford University Press.

Tingvall, P. & Hallberg, J. (2022) Perspectives on the Economic Effects of FDI and Investment Screening, analys från Kommerskollegium.

von Bahr, S. (2019) "Klargörande avgörande från EU-domstolen om rättsmissbruk" i *Skattenytt* nr. 11.

Övrigt

Samtliga hemsidor kontrollerade 2024-05-22.

SCB:s hemsida om SNI:

<https://www.scb.se/dokumentation/klassifikationer-och-standarder/standard-for-svensk-naringsgrensindelning-sni/>

EU-parlamentet rörande förslaget till en ny UDI-förordning:

<https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-an-economy-that-works-for-people/file-revision-of-the-fdi-screening-regulation>

ISP:s statistik:

<https://isp.se/utlandska-direktinvesteringar/statistiska-uppgifter-kring-udi/>

Ceginformacios hemsida rörande Janes és Társa KFT:

https://www.ceginformacio.hu/cr9311111210_EN