

Marcin Dudarski

Nabywanie przez cudzoziemców udziałów (akcji) spółek posiadających nieruchomości

Niniejszy artykuł jest odpowiedzią na pojawiającą się potrzebę wskazania jednoznacznego stanowiska w kwestii dotyczącej możliwości uzyskiwania pośredniej kontroli nad nieruchomościami przez cudzoziemców, poprzez dokonywanie czynności prawnych dotyczących udziałów (akcji) w spółkach prawa handlowego, które są właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości położonych na terenie kraju. Od 1 maja 2004 r.¹ Polska uzyskała członkostwo w Unii Europejskiej (dalej: UE), a przez to stała się jednocześnie jednym z dwudziestu pięciu państw², w którym krajowy porządek prawny został rozszerzony o regulacje prawa unijnego oraz prawa międzynarodowego, którego wspólnota jest sygnatariuszem. Konsekwencje podziału na regulacje krajowe oraz unijne i międzynarodowe są daleko idące, zarówno dla organów państwowych, samorządowych, jak i wszystkich podmiotów, dla których nałożone obowiązki lub przyznane uprawnienia muszą być zgodne ze znajdującym się najwyżej w hierarchii źródłem prawa.

¹ Traktat o przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej podpisany w Atenach w dniu 16 kwietnia 2004 r. oraz oświadczenie rządowe z dnia 21 kwietnia w sprawie mocy obowiązującej Traktatu dotyczącego przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej zostały ogłoszone w dniu 30 kwietnia 2004 r. (Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864 i 865).

² W chwili przystąpienia Polski w dniu 1 maja 2004 r. Unia Europejska powiększyła się o dziesięć nowych państw członkowskich, od dnia 1 stycznia 2007 r. po przystąpieniu Rumunii i Bułgarii, powiększyła się do dwudziestu siedmiu państw.

Jednym z filarów międzynarodowego obrotu gospodarczego jest swoboda przedsiębiorczości³ oraz instytucja swobodnego przepływu kapitału, które dają możliwość swobodnego alokowania środków. W szczególności jednostkom⁴, które mają swoją siedzibę lub miejsce zamieszkania na terenie państwa członkowskiego UE lub, szerszego pod względem terytorialnym, Europejskiego Obszaru Gospodarczego (dalej: EOG)⁵. Oznacza to, że podmiot, który korzysta z tych swobód, nie powinien być ograniczony przepisami krajowymi. W wyniku realizacji tych swobód nabywanie przez podmiot cudzoziemski udziałów (akcji) w innym podmiocie nie powinno być ograniczane kontrolą administracyjną na poziomie krajowym. Po czteroletnim okresie członkowskim, niebudzącym wątpliwości jest fakt, że prawo unijne, jak również inne umowy międzynarodowe po stosownej ratyfikacji, są w hierarchii porządku prawnego stosowane przed prawem polskim. Taka pozycja w hierarchii źródeł prawa, zgodnie z art. 91 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁶, przyznana jest umowom międzynarodowym, które zostały ratyfikowane za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie. Zatem przepisy krajowe muszą być wykładane tak, aby ich treść i cel nie naruszały regulacji unijnych lub międzynarodowych⁷.

Przed 1 maja 2004 r. zagadnienie nabywania udziałów (akcji) spółek polskich będących właścicielami lub użytkownikami wieczystymi nieru-

³ O zagadnieniu podejmowania działalności gospodarczej szeroko D. S z a f r a ń s k i, *Osoba fizyczna jako osoba zagraniczna a cudzoziemiec w świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej i ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców*, Przegląd Prawa Handlowego 2007, nr 5, s. 32.

⁴ Zaliczając do nich osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, jeśli prawo krajowe przyznaje im zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych.

⁵ Porozumienie w sprawie udziału Republiki Czeskiej, Republiki Estońskiej, Republiki Cypryjskiej, Republiki Węgierskiej, Republiki Łotewskiej, Republiki Litewskiej, Republiki Malty, Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Słowenii i Republiki Słowackiej w Europejskim Obszarze Gospodarczym. (EOG). Data wejścia w stosunku do Polski to 6 grudnia 2005 r. Szarzej na temat Europejskiego Obszaru Gospodarczego zob. C. K o s i k o w s k i, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 79.

⁶ Dz.U. z 1997 r. Nr 98, poz. 483.

⁷ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 26 czerwca 2006 r., III SA/Wa 1226/06 (LEX nr 229611).

chomości położonych w Polsce było regulowane ustawą z dnia 24 marca 1920 r. o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców⁸ (dalej: u.n.n.c.), która po nowelizacji w roku 1996⁹ objęła swoją regulacją zagadnienie będące przedmiotem niniejszego opracowania. Na kanwie ustawy szeroko omawiane były zagadnienia luk prawnych, a także praktyk obchodzenia ustawy przez cudzoziemców¹⁰, co dało w efekcie podstawę do zajęcia się tą sprawą przez Naczelną Sąd Administracyjny¹¹. Przepisy ustawy uniemożliwiały nabywanie udziałów w spółkach, które były właścicielami lub użytkownikami wieczystymi nieruchomości położonych w Polsce, jednakże ich nieprecyzyjność była przyczyną wielu sporów praktycznych, doktrynalnych i medialnych. Wieloletni okres obowiązywania ustawy nie był bez znaczenia dla jej stosowania po 1 maja 2004 r., a dodatkowe obawy społeczne związane z możliwością wykupu polskiej ziemi zwiększały zawężający i rygorystyczny sposób wykładni jej przepisów przez organy państwowe, jak również przez notariuszy.

W dniu akcesji Polski do Unii Europejskiej liczne głosy piśmiennictwa w zakresie stosowania ustawy nabrały odmiennego charakteru, gdyż musiały być konfrontowane ze zmianami, jakie niósł za sobą nowy porządek prawny, objęty przepisami wspólnotowymi oraz umową o EOG¹². Z dniem 1 maja 2004 r. zmieniła się treść przepisu art. 8 u.n.n.c., który otrzymuje nowy ust. 2, stanowiący konsekwencję szerokich zmian w ustawodawstwie polskim, związanych z przystąpieniem do Unii Europejskiej¹³. Zgodnie

⁸ Ustawa z dnia 24 marca 1920 r. o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców (Dz.U. z 2004 r. Nr 167, poz. 1758 z późn. zm.).

⁹ Dz.U. z 1996 r. Nr 45, poz. 198.

¹⁰ M. Sieradzka, *Zezwolenie na nabycie lub objęcie udziałów (akcji) w spółce handlowej będącej właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości w Polsce*, Przegląd Prawa Handlowego 2007, nr 10, s. 47.

¹¹ OPS 10/1 (ONSA 2001, nr 1, poz. 10; Prokuratura i Prawo 2002, nr 1, poz. 49), też J. Kawecka-Pysz, *Nabywanie nieruchomości przez cudzoziemców*, Kraków 2004, s. 73, też R. Kwaśnicki, *Nabywanie nieruchomości przez cudzoziemców bez zezwolenia?*, Glosa 2003, nr 9, s. 37.

¹² R. Szttyk, *Realizacja ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców*, Rejent 2004, nr 3, s. 172 i nast.; tenże, *Aktualne zasady nabywania nieruchomości położonych w Polsce przez cudzoziemców*, Rejent 2004, nr 6, s. 171 i nast.

¹³ Art. 8 ust. 2 zmieniony przez art. 1 pkt 13 lit. b) ustawy z dnia 20 lutego 2004 r. (Dz.U. z 2004 r. Nr 49, poz. 466) zmieniającej niniejszą ustawę z dniem uzyskania przez Rzeczpospolitą Polską członkostwa w Unii Europejskiej.

z treścią przepisu art. 8 ust. 2 nie jest wymagane uzyskanie zezwolenia przez cudzoziemców, będących obywatelami lub przedsiębiorcami państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego, z wyjątkiem nieruchomości rolnych i leśnych, przez okres 12 lat od dnia przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej lub drugiego domu przez okres lat pięciu. Również omawiany w niniejszym opracowaniu przepis art. 3e u.n.n.c., ograniczający dokonywanie czynności prawnych obejmujących udziały (akcje) spółek handlowych po dniu akcesji, uległ zmianie, przy czym nie była ona konsekwencją przyjęcia nowego porządku prawnego¹⁴.

Ustawa o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców po zmianie odwołała się do pojęcia Europejskiego Obszaru Gospodarczego, co okazało się dość problematycznym zagadnieniem dla interpretacji jej przepisów, gdyż nie było bezspornym, czy Polska z dniem akcesji stała się państwem członkowskim tego obszaru¹⁵. W literaturze pojawiały się głosy, że przed ratyfikacją umowy międzynarodowej o EOG¹⁶ nie można mówić o stosowaniu wprost jej przepisów i uznawaniu obywateli, jak również przedsiębiorców zarejestrowanych w Polsce, jako podmiotów z obszaru EOG. Wobec takiego twierdzenia część autorów uważała, iż do momentu ratyfikacji Polska nie była członkiem EOG, a przepisy umowy międzynarodowej winny być stosowane jedynie tymczasowo, a zatem budziło wątpliwość stosowanie wyłączenia z art. 8 ust. 2 u.n.n.c.¹⁷ Dla wszystkich

¹⁴ Dz.U. z 2005 r. Nr 183, poz. 1538; Dz.U. z 2004 r. Nr 167, poz. 1758.

¹⁵ Rzeczpospolita Polska pomimo braku ratyfikacji porozumienia w sprawie udziału Republiki Czeskiej, Republiki Estońskiej, Republiki Cypryjskiej, Republiki Łotewskiej, Republiki Litewskiej, Republiki Węgierskiej, Republiki Malty, Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Słowenii i Republiki Słowackiej w Europejskim Obszarze Gospodarczym z dnia 14 października 2003 r. na mocy Decyzji Rady Unii Europejskiej z dnia 30 marca 2004 r., Nr 2004/368/EC (opubl. 29 kwietnia 2004 r. w Official Journal of the European Union nr L 130), jest zobowiązana do tymczasowego stosowania porozumienia w sprawie udziału Republiki Czeskiej, Republiki Estońskiej, Republiki Cypryjskiej, Republiki Łotewskiej, Republiki Litewskiej, Republiki Węgierskiej, Republiki Malty, Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Słowenii i Republiki Słowackiej w EOG – do momentu zakończenia wewnętrznych procedur niezbędnych do jego wejścia w życie w stosunku do Rzeczypospolitej Polskiej (stanowisko Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji).

¹⁶ Co w konsekwencji przepisu art. 91 Konstytucji RP powoduje uznanie jej za źródło obowiązującego prawa.

¹⁷ Patrz: J. Brockhuis, M. Prusak, *Polska spółka nie może być cudzoziemcem*, Rzeczpospolita z 11 czerwca 2004 r., nr 135; T.L. Krawczyk, *Nie wszystko jest aż tak*

zdarzeń prawnych zawartych po wejściu w życie wobec Polski umowy o EOG w dniu 6 grudnia 2005 r. problem ten stracił na znaczeniu, natomiast ze względu na sankcję nieważności czynności zawartej bez wymaganego zezwolenia ma on w dalszym ciągu istotne znaczenie dla czynności prawnych, które miały miejsce przed tą datą¹⁸.

Dla oceny konieczności uzyskiwania zezwolenia na nabycie udziałów (akcji) przez cudzoziemców konieczne jest spojrzenie zarówno na aspekt przedmiotowy, jak i podmiotowy tego zagadnienia. Z punktu widzenia zakresu przedmiotowego sytuacja prawna jest jednoznaczna i dla jego ustalenia należy opierać się na prawie krajowym. Obejmuje on zagadnienie czynności prawnych dotyczących udziałów (akcji), które w konsekwencji prowadzą do uzyskania docelowo konstrukcji prawnej: spółka dominująca – spółka kontrolowana oraz definiowania pojęcia nieruchomości.

Zakres przedmiotowy ustawy odnośnie do przeprowadzania działań mających w zamiarze objęcie praw z udziałów (akcji) nie budzi większych rozbieżności w literaturze. Kwestia ta była szeroko dyskutowana i opisana, a w tej części członkostwo w Unii Europejskiej oraz udział w EOG nie wpłynęły na zmianę treści przepisów ustawy. Podkreślam, że w tych rozważaniach pozostawiam z boku wpływ klasyfikacji podmiotowej na uzyskanie zezwolenia, która to dopiero ostatecznie przesądza o wystąpieniu lub braku tego obowiązku. Przepisy art. 3e ust. 1 i 2 u.n.n.c. mają charakter otwarty, jeśli chodzi o definiowanie czynności obejmujących udziały (akcje), wskazując, że każda z czynności dotycząca udziałów (akcji), w wyniku której podmiot stałby się podmiotem kontrolowanym w jej rozumieniu, wywołuje określone ustawą obowiązki.

Dla uzyskiwania zezwolenia na nabycie nieruchomości przez cudzoziemców w sposób bezpośredni znaczenie ma klasyfikacja nieruchomości na nieruchomości rolne lub leśne oraz nieruchomości przeznaczone na inne cele (najczęściej przemysłowe, budowlane, handlowo-usługowe). W wypadku uzyskiwania kontroli nad nieruchomościami w sposób po-

proste, Rzeczpospolita z 18 czerwca 2004 r., nr 140; I. Lewandowska, *Minister uznaje sobie kompetencje*, Rzeczpospolita z 27 maja 2004 r., nr 123; I. Lewandowska, *Polska spółka cudzoziemcem*, Rzeczpospolita z 7 czerwca 2004 r., nr 132; M. Taborski, *Cudzoziemiec bez zezwolenia*, Rzeczpospolita z 16 czerwca 2004 r., nr 139; M. Kacprzak, *Polska spółka polską spółką*, Rzeczpospolita z 15 czerwca 2004 r.

¹⁸ Skutkuje to nieważnością czynności prawnej *ex lege*.

średni przez cudzoziemców, poprzez przejmowanie kontroli nad spółką, która jest właścicielem lub użytkownikiem wieczystym, klasyfikacja nieruchomości nie wpływa na ocenę konieczności uzyskiwania zezwolenia¹⁹. Przepis art. 8 ust. 2 u.n.n.c. wskazuje, że zwolnienie nie obejmuje swym zakresem nabywania nieruchomości rolnych i leśnych lub drugiego domu, a zatem jako wyłączenie z ogólnej reguły zwalniającej z konieczności uzyskania zezwolenia ust. 2 przepisu art. 8 u.n.n.c. nie może być interpretowany rozszerzająco i tyczy się wyłącznie tych transakcji, które mają za przedmiot określone nieruchomości, a nie udziały (akcje)²⁰.

W obrębie zakresu przedmiotowego pojawiają się wyjątki dotyczące uzyskania zezwolenia. Przepis art. 3e ust. 3 wprowadza generalne zwolnienie z konieczności uzyskiwania zezwolenia, które dotyczy akcji dopuszczonych do obrotu na rynku regulowanym albo nabycia udziałów (akcji) spółki, która jest właścicielem lub wieczystym użytkownikiem nieruchomości określonej w art. 8 ust. 1 pkt 1, 1a i 5, z zastrzeżeniem art. 8 ust. 3 u.n.n.c. Oznacza to, że zwolnienie zawarte w art. 3e ust. 3 ustawy odnosi się do wszystkich podmiotów, niezależnie od źródła pochodzenia kapitału albo obywatelstwa, zatem ustawodawca nie dokonuje rozróżnienia na podmioty z obszaru EOG lub z państw trzecich.

Najistotniejszym elementem z punktu widzenia rozważań nad koniecznością uzyskiwania przez cudzoziemców zezwolenia na nabycie udziałów (akcji) jest zakres podmiotowy. Jego prawidłowe ustalenie pozwoli na udzielenie odpowiedzi na pytanie o konieczność wystąpienia o wydanie zezwolenia, którego beneficjentem będzie cudzoziemiec lub podmiot z kapitałem zagranicznym. Od dnia akcesji Polski do UE pojawił się trójplaszczynowy system prawny, będący podstawą dla prawidłowej oceny zakresu podmiotowego zastosowania ustawy o nabywaniu nieruchomości

¹⁹ Co w tej części opracowania dotyczy reguły podmiotu z obszaru EOG i samej interpretacji wyjątku z art. 8 ust. 2 do tych sytuacji objętych dyspozycją tego przepisu.

²⁰ Zgodnie z art. 8 ust. 2 pkt 1 u.n.n.c. (Dz.U. z 1996 r. Nr 54, poz. 245 z późn. zm.), wyłączenie spod „swobodnego” nabywania przez obywateli lub przedsiębiorców z Europejskiego Obszaru Gospodarczego nieruchomości rolnych i leśnych nie dotyczy nabywania i obejmowania akcji oraz udziałów w spółkach będących właścicielami lub też wieczystymi użytkownikami takich nieruchomości. Przytoczony przepis nie stanowi bowiem o obowiązku uzyskania zezwolenia przez cudzoziemców z państw członkowskich EOG na nabycie udziałów lub akcji, jak czyni to wyraźnie wobec nabycia nieruchomości (Informacja MSWiA z 28 maja 2004 r.).

ści przez cudzoziemców. Po pierwsze, mamy do czynienia z obowiązującą od 1924 r. ustawą o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców, po drugie, w związku z traktatem akcesyjnym obowiązuje porządek prawny objęty prawem unijnym, po trzecie, kwestie związane ze stosowaniem ustawy uzupełniają przepisy umowy międzynarodowej dotyczącej EOG. W ramach tego porządku oczywiste jest istnienie hierarchii źródeł prawa, a co ważne podkreślenia – obowiązująca ustawa jest w tym systemie najniższej, a jej przepisy w razie sprzeczności z przepisami prawa pierwotnego oraz wtórnego Unii Europejskiej lub umowy międzynarodowej ratyfikowanej w drodze ustawy nie znajdują zastosowania.

Pojęcie cudzoziemca występuje w szeregu ustaw²¹ w polskim porządku prawnym określanym jako prawo migracyjne. W szerszym rozumieniu tego pojęcia są to „nieobywatele” państwa, w węższym znaczeniu to obywatel obcego państwa²². Zgodnie z art. 2 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach²³, cudzoziemcem jest każdy, kto nie posiada

²¹ Np. art. 2 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach (Dz.U. z 2006 r. Nr 234, poz. 1694 oraz z 2007 r. Nr 120, poz. 818 i Nr 165, poz. 1170), art. 5 pkt 2 ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (tekst jedn.: Dz.U. z 2008 r. Nr 115, poz. 728), art. 2 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (tekst jedn.: Dz.U. z 2008 r. Nr 69, poz. 415); ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn.: Dz.U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095) wprowadza w art. 5. pojęcie osoby zagranicznej; art. 2 pkt 3 ustawy z dnia 14 lipca 2006 r. o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobycie oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin (Dz.U. z 2006 r. Nr 144, poz. 1043 z późn. zm.) wprowadza pojęcie obywatela UE – cudzoziemca; ustawa z 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. Nr 128, poz. 1176 z późn. zm.), ustawa z 9 listopada 2000 r. o repatriacji (tekst jedn.: Dz.U. z 2004 r. Nr 53, poz. 532), art. 43 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz.U. z 2005 r. Nr 164, poz. 1365 z późn. zm.), art. 1a ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 o izbach aptekarskich (tekst jedn.: Dz.U. z 2008 r. Nr 136, poz. 856). Ustawy te tworzą w porządku prawnym tzw. prawo migracyjne, wynika z nich, że pojęcie „cudzoziemca” oparte jest na ustawie o cudzoziemcach lub dana ustawa wprowadza własną definicję szczególną na potrzeby jej stosowania.

²² J. J a c y s z y n, S. K r z e ś, E. M a r s z a ł k o w s k a - K r z e ś, *Działalność gospodarcza osoby zagranicznej w Polsce*, Warszawa 2002, s. 20, M. L i s, [w:] *Encyklopedia Prawa*, red. U. Kalina-Prasznic, Warszawa 1999, s. 86.

²³ Dz.U. z 2006 r. Nr 234, poz. 1694 oraz z 2007 r. Nr 120, poz. 818 i Nr 165, poz. 1170.

obywatelstwa polskiego. Zgodnie z przepisem art. 5 ustawy o cudzoziemcach, cudzoziemca będącego obywatelem dwóch lub więcej państw traktuje się jako obywatela tego państwa, którego dokument podróży stanowił podstawę wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Istotny dla praktyki stosowania ustawy, w odniesieniu do pojęcia cudzoziemca zawartym w ustawie, jest fakt, że obowiązuje ona przeszło osiemdziesiąt lat, co powoduje, iż każdy podmiot z łącznikiem obcego państwa jest często mylnie traktowany jako cudzoziemiec, a w konsekwencji żąda się od niego wypełnienia przepisów reglamentujących wynikających z ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców. Niniejsza ustawa stosowana jest przede wszystkim przez notariuszy, a także prawników praktyków, ponadto czynności dotyczące udziałów (akcji) obejmowane są badaniem przez sąd rejestrowy na etapie dokonywania wpisu do rejestru przedsiębiorców. Z tego powodu wymagane jest ściśle interpretowanie jej przepisów.

W zakresie podmiotowym ustawa o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców odnosi się do pojęcia cudzoziemca, którą definiuje w przepisie art. 2 na własny użytek. Ustawodawca definiuje bowiem określone pojęcie w ustawie szczególnej wtedy, gdy jego zamiarem jest modyfikacja albo odstąpienie od definicji zawartej w przepisach o charakterze ogólnym²⁴.

Zgodnie z jej treścią cudzoziemcem w rozumieniu ustawy jest:

- 1) osoba fizyczna nieposiadająca obywatelstwa polskiego;
- 2) osoba prawna mająca siedzibę za granicą;
- 3) nieposiadająca osobowości prawnej spółka osób wymienionych w pkt 1 lub 2, mająca siedzibę za granicą, utworzona zgodnie z ustawodawstwem państw obcych;

4) osoba prawna i spółka handlowa nieposiadająca osobowości prawnej, mająca siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, kontrolowana bezpośrednio lub pośrednio przez osoby lub spółki wymienione w pkt 1, 2 i 3.

Ustawa o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców wprowadza również, inną niż określona w ustawie z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych²⁵ (dalej: k.s.h.), definicję podmiotu kontro-

²⁴ M. Borkowski, *Pojęcia „nieruchomości rolnej” oraz „nieruchomości leśnej” w rozumieniu przepisów ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców*, Rejent 2007, nr 7-8, s. 35.

²⁵ Dz.U. z 2000 r. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.

lowanego²⁶. Definicja oparta jest częściowo na przepisach tego kodeksu²⁷, jednakże w stosunku do nich jest węższa, co oznacza, że ma ona charakter *lex specialis* i nie może być interpretowana w sposób inny niż określony w ustawie o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców. Dlatego też nie każdy podmiot, który zostałby uznany za kontrolowany w rozumieniu kodeksu spółek handlowych, będzie spełniał przesłanki podmiotu kontrolowanego na potrzeby zastosowania tej ustawy²⁸.

Oznacza to, że dochodzi do zastosowania ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców w pierwszym rzędzie dla oceny zależności między spółkami, a dodatkowo jedynie w zakresie wskazanym przez tę ustawę należy dokonać oceny według przesłanek wskazanych w ustawie o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców przepisów kodeksu spółek handlowych, poza którymi nie można oceniać stosunku

²⁶ Art. 1 ust. 3 u.n.n.c. W przypadku spółki handlowej za kontrolowaną, w rozumieniu ustawy, uważa się spółkę, w której cudzoziemiec lub cudzoziemcy dysponują bezpośrednio lub pośrednio powyżej 50% głosów na zgromadzeniu wspólników lub na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik, użytkownik lub na podstawie porozumień z innymi osobami, albo mają pozycję dominującą w rozumieniu przepisów art. 4 § 1 pkt 4 lit. b lub c, lub e k.s.h.

²⁷ Art. 4 § 1 pkt 4 spółka dominująca – spółkę handlową w przypadku, gdy:

a) dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innej spółki kapitałowej (spółki zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub

b) jest uprawniona do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub

c) jest uprawniona do powoływania lub odwoływania większości członków rady nadzorczej innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub

d) członkowie jej zarządu lub członkowie jej rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), lub

e) dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub

f) wywiera decydujący wpływ na działalność spółki kapitałowej zależnej albo spółdzielni zależnej, w szczególności na podstawie umów określonych w art. 7 ustawy.

²⁸ M. Sieradzka, *Zezwolenie na nabywanie...*, s. 47.

dominacji i zależności²⁹. Ze względu na fakt, że dyspozycja art. 1 ust. 2 pkt 4 u.n.n.c. obejmuje także inne niż spółki handlowe (tu kapitałowe) osoby prawne, *de lege lata* należy uznać dopuszczalność (odpowiedniego) stosowania zawartej w art. 1 ust. 3 u.n.n.c. definicji „kontroli” w przypadku, o którym mowa w art. 1 ust. 2 pkt 4³⁰.

Przepis krajowy poza pojęciem cudzoziemca stosuje niezdefiniowane przez ustawę o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców pojęcie obywatela³¹ oraz przedsiębiorcy³² państwa członkowskiego EOG. W piśmiennictwie podkreśla się, że stosunek nabycia nieruchomości przez cudzoziemca jest stosunkiem międzynarodowym z zakresu prawa cywilnego, wobec czego podlega prawu wskazanemu za pomocą odpowiedniego łącznika przez właściwą normę kolizyjną prawa prywatnego międzynarodowego³³. Oznacza to, że dla ustalenia prawidłowego zakresu obu pojęć należy odnieść się do innych przepisów prawa, których zastosowanie pozwoli na prawidłową ich wykładnię³⁴, przy czym te podmioty będą korzystały z jednego mianownika, jeśli chodzi o przyznanie im praw lub obowiązków wynikających z ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców.

²⁹ R. Szttyk, *Aktualne zasady...*, s. 171.

³⁰ R. Kwaśnicki, *Nabywanie nieruchomości przez cudzoziemców bez zezwolenia?* Glosa 2003, nr 10, s. 36.

³¹ Na temat pojęcia „obywatel” patrz: P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2000, s. 53 i nast.; J. Oniszczyk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 2000, s. 295 i nast.; J. Boć, *Konstytucja Rzeczypospolitej*, red. J. Boć, Wrocław 1998, s. 73 i nast.

³² Ustawa nie zawiera definicji legalnej przedsiębiorcy. Na tym polu należy sięgnąć do wykładni systemowej oraz zbadać możliwość stosowania definicji określonej w przepisie art. 43¹ ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks Cywilny (Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.). Ustawa dokonuje oceny czynności cywilnych pod kątem obowiązków administracyjnoprawnych, tj. dotyczących udziałów (akcji), zatem w zakresie prawa publicznego znajduje się kontekst stosunku cywilnoprawnego. Taka regulacja ustawowa przemawia za zastosowaniem definicji przedsiębiorcy określonej w przepisie art. 43¹ k.c. Podobnie A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2005, s. 16.

³³ G. Bieniek, S. Rudnicki, *Nieruchomości. Problematyka prawna*, Warszawa 2005, s. 173. Co oznacza, że dla określenia, czy mamy do czynienia z przedsiębiorcą, należy zastosować właściwe prawo krajowe miejsca siedziby przedsiębiorcy.

³⁴ R. Szttyk, *Aktualne zasady...*, s. 173.

Ustawa o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców spośród cudzoziemców jako osób fizycznych wyróżnia „cudzoziemców będących obywatelami państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego” (art. 8 ust. 2 i 2a). Dokonuje tym samym podziału na cudzoziemców, którzy są obywatelami państw EOG, oraz na pozostałych cudzoziemców, a równocześnie łączy z tym podziałem określone skutki prawne. Do tej drugiej kategorii należy również zaliczyć cudzoziemców nieposiadających żadnego obywatelstwa³⁵. Kategoria tych podmiotów obejmuje cudzoziemców jako obywateli państw członkowskich UE oraz cudzoziemców jako obywateli Islandii, Liechtensteinu i Norwegii. Cudzoziemcem nie jest więc każdy obywatel państwa EOG, lecz osoba fizyczna, która nie ma obywatelstwa Rzeczypospolitej Polskiej, ale legitymuje się obywatelstwem przynajmniej jednego z pozostałych państw EOG, bez względu na posiadanie obywatelstwa innego państwa i niezależnie od miejsca zamieszkania³⁶. Zgodnie z przepisami ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców obywatele obszaru EOG mogą zatem nabywać udziały (akcje) w spółkach, które są właścicielami nieruchomości niezależnie od ich klasyfikacji, jak i wtedy, gdy są właścicielami lokali mieszkalnych (niezależnie od klasyfikacji tych nieruchomości jako drugiego domu). W wypadku posiadania obok obywatelstwa EOG obywatelstwa państwa trzeciego spoza obszaru EOG bierze się pod uwagę jedynie status wynikający z ustalenia łącznika obywatelstwa EOG w powiązaniu z art. 5 ustawy o cudzoziemcach. Istotnym zagadnieniem jest sytuacja obywatela spoza obszaru EOG. Treść ustawy nakłada na obywateli z innych państw niż objęte obszarem EOG dla czynności nabycia udziałów (akcji), w drodze których spółka stanie się spółką kontrolowaną przez tego obywatela, obowiązek uzyskania zezwolenia na nabycie tych udziałów (akcji). Opierając się jedynie na treści zwolnienia określonego w art. 8 ust. 2 ustawa powinna znaleźć w pełni zastosowanie wraz z przewidzianymi w niej ograniczeniami, jak i ewentualnymi konsekwencjami, dla czynności prawnych podjętych bez wymaganego zezwolenia, które są *ex lege* nieważne. Niemniej jednak treść ustawy winna być poddana

³⁵ D. S z a f r a ń s k i, *Osoba fizyczna...*, s. 32.

³⁶ Tamże, s. 32.

analizie co do jej zgodności z zasadą swobodnego przepływu kapitału. Wpływ swobody przepływu kapitału jest opisany poniżej, gdyż ma on jednocześnie, w większości przypadków, przełożenie na pochodzenie kapitału powiązanego z przedsiębiorstwami³⁷.

W odniesieniu do przedsiębiorców ustawodawca stosuje generalną regułę określoną w art. 3e ust. 1 i ust. 2 u.n.n.c., który jest podstawą dla ustalenia obowiązku uzyskania zezwolenia na nabycie udziałów (akcji), gdy w wyniku tej czynności polska spółka stanie się podmiotem kontrolowanym. Opierając się wyłącznie na tym przepisie, należy wnioskować, że każdy przedsiębiorca³⁸ będący cudzoziemcem zaklasyfikowanym na podstawie art. 1 ust. 1 u.n.n.c. będzie zobowiązany do wystąpienia o wydanie zezwolenia.

Zwolnienia dotyczą dziedziczenia ustawowego oraz wyłączenia spod stosowania ustawy funduszu inwestycyjnego zamkniętego oraz specjalistycznego funduszu inwestycyjnego otwartego stosującego zasady i ograniczenia inwestycyjne określone dla funduszu inwestycyjnego zamkniętego. W ramach grupy przedsiębiorców, którzy zostaną uznani za cudzoziemców, znajduje się grupa tych podmiotów, których kapitał *de facto* jest cudzoziemski³⁹, ale są one zarejestrowane i działają zgodnie z przepisami jednego z państw EOG. Do tych podmiotów, podobnie jak do obywateli państw członkowskich EOG, poza generalnymi zwolnieniami określonymi w art. 3e ust. 3 u.n.n.c., znajdzie zastosowanie zwol-

³⁷ Szerzej o pojęciu przedsiębiorstwa, patrz A. K i d y b a, *Prawo handlowe...*, s. 27.

³⁸ Ustawa wskazuje na łącznik siedziby przedsiębiorcy, na podstawie którego oceniać należy zdolność do występowania w obrocie jako przedsiębiorca. Takie zastosowanie łącznika siedziby w ustawie o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców jest zgodne z art. 9 § 2 i § 3 ustawy z dnia 12 listopada 1965 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. z 1965 r. Nr 46, poz. 290 z późn. zm.), stanowiąc, że zdolność osoby prawnej podlega prawu państwa, w którym osoba ta ma siedzibę (§ 2) oraz gdy osoba prawna lub fizyczna dokonywa czynności prawnej w zakresie swego przedsiębiorstwa, jej zdolność podlega prawu państwa, w którym znajduje się siedziba tego przedsiębiorstwa (§ 3). Sformułowanie oznacza, że ustawodawca polski opowiedział się za koncepcją prawa miejsca siedziby. Innymi słowy, oznacza to, że prawo miejsca siedziby osoby prawnej jest właściwe dla określenia tzw. statusu personalnego osoby prawnej (postanowienie SN z dnia 28 kwietnia 1997 r., II CKN 133/97, OSNC 1997, nr 10, poz. 154, MP 1998, nr 3, poz. 111, OSP 1998, nr 4, poz. 87).

³⁹ Pochodzący spoza obszaru EOG.

nienie, o którym mowa w art. 8 ust. 2 u.n.n.c. Zgodnie z jego treścią nie jest wymagane uzyskanie zezwolenia przez cudzoziemców będących przedsiębiorcami państw EOG. Poza zwolnieniami określonymi w ustawie należy ocenić jej regulacje pod kątem zgodności z umową o EOG oraz przepisami prawa unijnego. Zgodnie z art. 1 umowy o EOG jej celem jest promowanie ciągłego i zrównoważonego rozwoju współpracy handlowej i gospodarczej uczestniczących stron, charakteryzującej się jednakowymi warunkami konkurencji oraz odbywającej się zgodnie ze wspólnymi zasadami, z zamiarem utworzenia jednorodnego Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Postanowienia umowy międzynarodowej o EOG są w większej mierze odzwierciedleniem przepisów unijnych, a przede wszystkim umowa przenosi na państwa niebędące członkami UE, a stronami umowy o EOG, podstawowe swobody, na których opiera się rynek unijny. Gwarantuje ona wolny handel produktami przemysłowymi oraz swobodny przepływ kapitału, osób i swobodę świadczenia usług. Jak nadmieniono wyżej, oznacza to, że w porządku krajowym mamy do czynienia z dwupłaszczyznowym porządkiem prawa międzynarodowego – objętego *acquis communautaire* oraz umową o EOG⁴⁰. W przypadku tej ostatniej związanie jej postanowieniami, które znajdują zastosowanie przed regulacjami krajowymi, odbędzie się dopiero w drodze przyjęcia jej do porządku krajowego w drodze stosownej procedury ratyfikacyjnej. Sytuacja ta odmienna jest od obowiązywania porządku *acquis communautaire*, gdyż już w momencie akcesji prawo unijne przedakcesyjne, jak i tworzone później, staje się częścią krajowego porządku prawnego. Oznacza to, że wejście w życie wobec Polski w dniu 6 grudnia 2005 r. umowy o EOG spowodowało, iż stała się ona częścią krajowego porządku prawnego, a Polska – członkiem obszaru EOG. Tym samym, w wypadku gdy nabyciem udziałów (akcji) w Polsce zainteresowany jest inny przedsiębiorca⁴¹ z kraju członkowskiego UE, należy podjąć starania o ustalenie, czy państwo to ratyfikowało umowę międzynarodową o EOG, dotyczy to w szczególności nowych państw członkowskich⁴². Polska ustawa uzależnia zwolnienie z zakresu jej zastosowania, opierając się na

⁴⁰ Dla państw obszaru EFTA tylko jedna płaszczyzna objęta umową o EOG.

⁴¹ Co odnosi się także do osób fizycznych.

⁴² Zarówno tych, które uzyskały członkostwo wraz z Polską z dniem 1 maja 2004 r., jak i w wyniku ostatniego rozszerzenia w dniu 1 stycznia 2008 r. na Rumunię i Bułgarię.

pojęciu przedsiębiorcy państw EOG. Postulatem *de lege ferenda* dla wyeliminowania tej luki byłaby konieczność objęcia zwolnieniem przedsiębiorców z UE lub EOG⁴³, przy czym dodatkowym elementem koniecznym do doregulowania byłoby postulowane poniżej uwzględnienie zasady swobody przepływu kapitału. Takim działaniem powinna zostać objęta nowela do ustawy, która też zmienia treść art. 8 ust. 2, zatem ustawodawca mógłby jednocześnie wyeliminować te nieścisłości, które stanowią zagrożenie dla zgodności ustawy z prawem wspólnotowym i międzynarodowym. Zgodnie z art. 31 akapit 2 umowy o EOG swoboda przedsiębiorczości obejmuje podejmowanie i wykonywanie działalności prowadzonej na własny rachunek, jak również zakładanie i zarządzanie przedsiębiorstwami, a zwłaszcza spółkami w rozumieniu artykułu 34 akapit drugi, na warunkach ustanowionych przez ustawodawstwo państwa przyjmującego dla własnych obywateli. Tym samym pojęcie przedsiębiorcy nie zostało zdefiniowane, a jedynie określono zasadę swobody przedsiębiorczości⁴⁴. W tym wypadku dla określenia pojęcia przedsiębiorcy należy sięgnąć do *acquis communautaire* i poszukać wykładni tego pojęcia dla prawidłowej interpretacji zapisów ustawy. Zgodnie z zaleceniem Komisji⁴⁵, która opiera się również na wykładni dokonanej przez Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, za przedsiębiorstwo⁴⁶ należy uznać każdy podmiot, niezależnie od jego formy prawnej, prowadzący działalność gospodarczą, w tym w szczególności podmioty prowadzące działalność rzemieślniczą oraz inne rodzaje działalności o charakterze indywidualnym czy rodzinnym, spółki cywilne lub stowarzyszenia regularnie prowadzące działalność gospodarczą. Przepis art. 1 zalecenia sta-

⁴³ Tak też D. S z a f r a ń s k i, *Osoba fizyczna...*, s. 32 – zamieszczona propozycja. Warto też zauważyć, że w prawie unijnym lub umowie o EOG prawodawca kreuje określone prawa lub obowiązki, wskazując zasięg terytorialny obowiązywania prawa jako obszar UE lub obszar państw EFTA. Postulowana zmiana dotyczy przede wszystkim czynności mających za przedmiot obrót nieruchomościami, a nie udziałami (akcjami).

⁴⁴ Podobnie w art. 43 TWE.

⁴⁵ Wyciąg z zalecenia Komisji 2003/361/WE z dnia 6 maja 2003 r. dotyczącego definicji małych i średnich przedsiębiorstw Dz.Urz. UE L 124/36 z 20 maja 2003 r.

⁴⁶ W znaczeniu podmiotowym, co jest również synonimem przedsiębiorcy. A. K i d y - b a, *Prawo handlowe...*, s. 27. Ustawa o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców ani umowa o EOG nie posługuje się pojęciem przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym.

nowi, że dotyczy ono definicji przedsiębiorstw mikro, małych i średnich, stosowanej w politykach wspólnotowych we Wspólnocie i w Europejskim Obszarze Gospodarczym. Pojęcie przedsiębiorczości podlegało również wykładni ETS. W sprawie C-213/189 Factortame ETS stwierdził, że chodzi o „samodzielne i rzeczywiste wykonywanie działalności gospodarczej przy pomocy trwałego urządzenia (*a fixed establishment*) w innym państwie członkowskim na czas nieokreślony”. Definiując zakres przedmiotowy, należy odnieść się do wspomnianego art. 34 umowy o EOG, który stanowi, że „spółki założone zgodnie z ustawodawstwem Państwa Członkowskiego WE lub Państwa EFTA i mające swoją statutową siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo na terytorium Umawiających się Stron są traktowane jak osoby fizyczne mające przynależność Państwa Członkowskiego WE lub Państwa EFTA”. Przez „spółki” rozumie się spółki prawa cywilnego lub handlowego, w tym także spółdzielnie, oraz inne osoby prawne prawa publicznego lub prywatnego, z wyjątkiem spółek, których działalność nie jest nastawiona na osiąganie zysków. Umowa o EOG dla ustalenia przynależności przedsiębiorcy do obszaru objętego zakresem zastosowania posługuje się łącznikiem powstania i siedziby, tj. wskazaniem państwa, którego prawo było stosowane podczas tworzenia podmiotu i państwa siedziby, zarządu lub głównego przedsiębiorstwa⁴⁷. Wówczas gdy funkcjonowanie przedsiębiorcy odbywa się w jednym z państw UE lub państw EFTA, niezależnie od zmiany późniejszej siedziby, zarządu czy głównego przedsiębiorstwa w ramach tego obszaru, należy uznać, że przedsiębiorca pochodzi z obszaru EOG. Mając na uwadze powyższe, spółki prawa handlowego, które powstały w Polsce oraz mają swoją siedzibę oraz zarząd na terenie Polski, są przedsiębiorcami obszaru EOG. Niezależnie od pochodzenia kapitału założycielskiego oraz uznania je przez ustawę za cudzoziemców mogą dokonywać niczym nieograniczonych czynności prawnych mających za przedmiot udziały (akcje) innych spółek będących właścicielami lub użytkownikami wieczystymi nieruchomości położonych w Polsce. Stosowanie przepisów ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców należy ponadto ocenić pod kątem jej zgodności ze swobodą przepływu kapitału.

⁴⁷ Szerzej o nietypowych rozwiązaniach rozdzielenia siedziby i zarządu M. S z y d ł o, *Działalność spółek pozornie zagranicznych w Polsce – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, Przegląd Prawa Handlowego 2008, nr 6, s. 52.

Po wejściu w życie wobec Polski umowy o EOG mamy do czynienia z dwoma źródłami prawa, z których wynika wspomniana zasada. Moim zdaniem dla oceny zgodności ustawy z zasadą swobody przepływu kapitału należy odnosić się do umowy o EOG, a w wyniku zawartych w niej odwołań do *acquis communautaire* w celu prawidłowej wykładni przepisów umowy międzynarodowej. Zgodnie z treścią art. 40 umowy o EOG zakazane są wszelkie ograniczenia między umawiającymi się stronami w przepływie kapitału należącego do osób mających miejsce zamieszkania na terytorium państw członkowskich WE lub państw EFTA, jak również dyskryminacja ze względu na przynależność państwową lub miejsce zamieszkania lub miejsce lokaty kapitału. Orzeczenie ETS w sprawie C-452/01 Margarethe Ospelt i Schlössle Weissenberg Familienstiftung potwierdza, że zakres swobody przepływu kapitału na poziomie umowy EOG pokrywa się ze swobodą określoną w art. 56 TWE. Umowa o EOG stosuje odwołania z zastrzeżeniami szczególnymi do przepisów unijnych, m.in. w załączniku XII do umowy w zakresie stosowania zasady swobody przepływu kapitału odwołuje się do postanowień dyrektywy Rady 88/361/EWG z dnia 24 czerwca 1988 r. w sprawie wykonania art. 67 traktatu⁴⁸. Zgodnie z jej treścią Wspólnota dąży do osiągnięcia możliwie największego stopnia liberalizacji w odniesieniu do przepływu kapitału między jej rezydentami a rezydentami państw trzecich. Czynności dotyczące udziałów (akcji) są w nomenklaturze dyrektywy określane jako inwestycje bezpośrednie i definiowane jako wszelkiego rodzaju inwestycje dokonywane przez osoby fizyczne lub przedsiębiorstwa handlowe, przemysłowe bądź finansowe i które służą ustanowieniu lub utrzymaniu trwałych i bezpośrednich powiązań między osobą, która wniosła kapitał, a przedsiębiorcą lub przedsiębiorstwem, któremu udostępnia ona kapitał w celu prowadzenia działalności gospodarczej. Zgodnie z wytycznymi zawartymi w treści dyrektywy pojęcie to należy rozumieć w najszerszym sensie. Oznacza to, że nie jest dopuszczalne dyskryminowanie ze względu na położenie kapitału, jak i przynależność państwową, a w konsekwencji inwestycja bezpośrednia w udziały (akcje) podmiotu polskiego przeprowadzana przez podmiot cudzoziemski, również spoza obszaru EOG, nie

⁴⁸ Dz.Urz. EWG L 178/5 z 8 lipca 1988 r.

powinna podlegać żadnym ograniczeniom. Kolejną konsekwencją prawidłowego zastosowania zasady swobody przepływu kapitału jest wskazanie na sprzeczność przepisu art. 3e u.n.n.c., który w obecnym brzmieniu nie powinien mieć zastosowania. Moim zdaniem źródłem prawa, z którym sprzeczny jest przepis art. 3e u.n.n.c., jest w pierwszej mierze art. 40 umowy o EOG uzupełniony przez *acquis communautaire*, a nie – jak twierdzi większość autorów – art. 56 TWE, którego stosowanie oraz wykładnia jest jednakże w wypadku prawidłowego ustalenia zakresu umowy o EOG w pełni do wykorzystania.

Ustawa jest stosowana przede wszystkim przez notariuszy ze względu na wymogi formalne związane z czynnościami prawnymi, które mają za przedmiot nabycie, objęcie lub inne czynności dotyczące udziałów (akcji). Notariusz uczestniczy w działaniach związanych z wypełnieniem warunków dotyczących formy zawieranych umów lub składanych oświadczeń, dlatego spoczywa na nim obowiązek, jako osoby zaufania publicznego, zweryfikowania dokonywanej czynności dotyczącej udziałów (akcji). Zgodnie z art. 6 ust. 1 u.n.n.c. niedochowanie warunków określonych ustawą skutkuje nieważnością, co oznacza, że czynność nie może być w żaden sposób konwalidowana. Przy transakcjach dotyczących spółek kapitałowych stwierdzenie nieważności czynności obejmującej przeniesienie praw z udziałów (akcji) może mieć doniosłe skutki prawne, jak choćby odnoszące się do ładu korporacyjnego w spółce, który zostaje zaburzony. W ostatnich latach obserwujemy coraz częściej międzynarodowy przepływ kapitału pomiędzy państwami, zarówno członkowskimi EOG, jak i gospodarek światowych Ameryki Północnej, a ostatnio zintensyfikowanych inwestycji z regionu azjatyckiego w Polsce. Przyjęcie w porządku normatywnym państw członkowskich jednolitego stosowania przepisów unijnych oraz przyjętych umów międzynarodowych jest często podstawą oceny rzetelności ustawodawcy krajowego, co nie jest obojętne dla rozwoju gospodarki. Ustawodawca unijny, jak i sygnatariusze umowy o EOG, dopuścili w sposób nieograniczony możliwości przepływu kapitału między poszczególnymi państwami członkowskimi, jak i państwami członkowskimi a krajami trzecimi. Takie rozwiązania na poziomie przedsiębiorstw unijnych pozwalają nie tylko na zwiększanie ich potencjału gospodarczego, ale także konkurencyjności oraz możliwości inwestowania bez żadnych barier na terenie całej Unii Europejskiej, jak i na

obszarze EOG, który właśnie w tym celu został ukonstytuowany. Coraz częściej tworzone są spółki mające charakter spółek celowych lub dysponujących majątkiem holdingu, wskazując przykładowo spółki, które w koncernach odpowiedzialne są wyłącznie za zarządzanie nieruchomościami położonymi na całym świecie, *ergo* również w ramach obszaru EOG. W sposób zintensyfikowany dochodzi do procesów przejmowania spółek przez fundusze *private equity* czy *venture capital*, których źródło kapitału może znajdować się np. w rajach podatkowych, lub też przez inne podmioty zainteresowane zwiększeniem rynku zbytu lub konkurencyjności swoich produktów czy usług. Zagadnienie nabywania udziałów (akcji) nabrało również powszechniejszego wymiaru ponadnarodowego. Swoboda przepływu kapitału oraz swoboda podejmowania działalności gospodarczej na terenie EOG powoduje, że niezależnie od źródła tego kapitału utworzenie podmiotu na terytorium i zgodnie z prawem jednego z państw EOG daje niczym nieograniczone możliwości dalszego kierowania tegoż kapitału w określone aktywa. Przyjęta wykładnia umowy o EOG daje też możliwość inwestowania w aktywa przez podmioty spoza tego obszaru. W omawianym przypadku tymi aktywami mogą być udziały (akcje) innych spółek zarejestrowanych i działających zgodnie z prawem jednego z państw członkowskich EOG, w tym Polski, które są właścicielami lub użytkownikami wieczystymi nieruchomości położonych w Polsce. Ponadto korzystanie ze swobody przepływu kapitału daje gwarancję możliwego jego lokowania również bez konieczności konstituowania podmiotów działających w obszarze EOG. Kierowanie kapitału w aktywa takich podmiotów, które posiadają określony majątek trwały w postaci nieruchomości nie może być ograniczane przez krajowego ustawodawcę, a przedsiębiorcy korzystający ze swobody jego przepływu muszą mieć możliwość podejmowania decyzji bez obawy o to, czy krajowa regulamentacja nie wpłynie negatywnie na ich plany biznesowe.