

Warszawa, dnia 14 października 2019 r.

r.pr. Agnieszka Krysik

Kancelaria Radcy Prawnego Agnieszka Krysik

01-688 Warszawa, ul. Pęcicka 7/37

e-mail: agnieszka@krysik.pl

Szanowny Pan
Podsekretarz Stanu
Marek Niedużak

Szanowna Pani
Katarzyna Skrzek
radca prawny
Departament Doskonalenia Regulacji Gospodarczych

Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii
pl. Trzech Krzyży 3/5
00-507 Warszawa

Dotyczy: opinii w przedmiocie konsultacji Zielonej Księgi na temat fundacji rodzinnej

Szanowni Państwo

poniżej przedstawiam wstępną opinię do zagadnień poruszonych w Zielonej Księdze nt. fundacji rodzinnej. W pierwszej kolejności odniosę się do pytań zadanych w ramach konsultacji społecznych:

Pytania:

I. Czy zachodzi potrzeba, aby wprowadzać do polskiego prawa instytucję fundacji rodzinnej?

Tak, istnieje taka potrzeba i jest zgłaszana przez przedsiębiorców w ramach świadczonego przeze mnie doradztwa prawnego w procesach sukcesyjnych. Wynika ona z etapu rozwoju gospodarczego, w którym obecnie znajduje się polska gospodarka oraz biznes prywatny (firmy rodzinne).

Instrument, którym znany jest obecnie zagranicznym jurysdykcjom nie występuje pod prawem polskim. Jedyne odniesienie, które pełni funkcje społeczną i gospodarczo użytkową spełnia dziś fundacja powoływana na podstawie ustawy o fundacjach. Nie jest ona jednak dzisiaj rozwiązaniem do zastosowania przez właścicieli prywatnych firm, którzy podejmują decyzje co do długoterminowej strukturyzacji prawnej, własnościowej. Fundacja prywatna zagraniczna obecnie nie jest wybierana w ramach strukturyzacji sukcesyjnej z uwagi na złożoność konsekwencji podatkowych związanych z jej powołaniem oraz przeniesieniem majątku do takiej fundacji. Dla niektórych

przedsiębiorców przeszkodą jest również prawo obce, które stanowi dla nich dodatkowy czynnik ryzyka i koszt.

Niewystarczającym rozwiązaniem jest też fundusz inwestycyjny zamknięty. Obecnie nie może on „zastąpić fundacji” gdyż: (i) w odróżnieniu do fundacji uczestnika wiąże z funduszem prawa w postaci certyfikatów, uprawniające do np. wykonywania prawa głosu oraz umożliwiające kontrolę, (ii) rynek finansowy boryka się aktualnie z konsekwencjami wizerunkowymi związanymi z niewłaściwym zarządzaniem oraz zmianami podatkowymi, które dotyczą zasad opodatkowania działalności funduszu.

Zauważalna obecnie w rodzimej gospodarce potrzeba skorzystania z rozwiązania jakim mogłaby być fundacja rodzinna będzie rosła z uwagi na kontynuację rozwoju firm prywatnych, rodzinnych założonych w ostatnich dekadach. Wprowadzenie niezwłocznie do polskiego ustawodawstwa przepisów o fundacji rodzinnej, prywatnej umożliwią w najbliższych latach zorganizowanie bezpiecznego otoczenia i praktyki pozwalającej rekomendować fundacje jako narzędzie służące procesom sukcesji, budowaniu długoterminowych przedsięwzięć gospodarczych wzmacniających polską gospodarkę oraz wspierających system fiskalny w Polsce.

II. Czy fundacja rodzinna powinna być uregulowana w odrębnej ustawie, w ustawie o fundacjach, czy też w Kodeksie spółek handlowych?

Uzasadnione jest by przepisy o fundacji rodzinnej zostały wprowadzone do obowiązującej ustawy o fundacjach. Niektóre z obowiązujących przepisów dotyczących fundacji użytecznej gospodarczo lub społecznie mogą mieć zastosowanie do fundacji prywatnej. Przykładem tym jest art. 2 ustawy o fundacjach (fundatorzy), art. 3 ust. 2 ustawy o fundacjach (cele oraz składniki majątkowe).

Nie rekomenduje się wprowadzania do kodeksu spółek handlowych przepisów o fundacji z uwagi na charakter podmiotowy spółek i regulacji prawnych, które określają prawa i obowiązki wspólników, którzy związani są ze spółką więzią prawną własnościową, inaczej niż jest to w fundacji która nie ma właściciela.

III. Czy prawo powinno przewidywać zamknięty katalog dopuszczalnych celów fundacji rodzinnej?

Nie. Ustawa powinna umożliwić fundatorowi określenie celów fundacji. Decyzja fundatora powinna opierać się na dowolności oraz w granicach prawa. Nowe przepisy nie powinny jednak ograniczać swobody statutowej.

Fundator powołując fundację oraz kształtując statut powinien mieć możliwość strukturyzacji fundacji i reguł jej działania tak by mogła spełnić swą funkcję. Cele powinny (i) być adekwatne do składników majątkowych i dobrych praktyk inwestycyjnych, którymi fundacja będzie zarządzać oraz (ii) zapewniać możliwość realizowania przez fundację obowiązków względem beneficjentów.

IV. Czy fundacja rodzinna powinna mieć możliwość prowadzenia działalności gospodarczej?

Tak. Decyzja o tym czy fundacja powinna móc prowadzić działalność gospodarczą powinna zostać pozostawiona fundatorowi, w statucie. To on powinien zdecydować czy fundacja może i w jakim zakresie albo w zakresie jakich celów prowadzić działalność gospodarczą a także jakie środki, z jakiego źródła i w jakiej wysokości (strategia finansowa, inwestycyjna) na prowadzenie tej działalności fundacja może przeznaczać.

Przepisy szczególne powinny decydować również o zasadach opodatkowania jak również możliwych do zastosowania ulg i zwolnień z tytułu przeznaczania zysków na realizację zadań statutowych i pozastatutowych.

V. Czy przepisy prawa powinny przewidywać jakiś minimalny, wymagany poziom funduszu założycielskiego?

Tak. Podobnie jak spółki prawa handlowego jest to niezależny podmiot, który potrzebuje kapitału podstawowego do realizacji zadań statutowych w tym bieżącego funkcjonowania. Wysokość funduszu założycielskiego powinna uwzględniać charakter składników majątkowych wnoszonych do fundacji a w przypadku gdy są to prawa udziałowe do firm uwzględniać „strategię dywidendową” – tj. źródło kapitału dla samej fundacji.

VI. Czy osoba prawna powinna mieć możliwość zasiadania w organach fundacji rodzinnej?

Tak. Fundator powinien mieć możliwość zdecydowania czy w organach fundacji może zasiadać osoba prawna, powinno to wtedy znaleźć odzwierciedlenie w statucie fundacji.

VII. Czy beneficjent fundacji rodzinnej powinien mieć możliwość zasiadania w organie zarządzającym tej fundacji?

Tak, o ile fundator nie ukształtuje w statucie tych zasad inaczej, na co powinna mu pozwalać ustawa. Zasadą powinna być jednak taka możliwość z ustawy – zabezpieczy to interes rodziny, beneficjentów na wypadek gdyby zabrakło fundatora a menadżerowi zewnątrzni pozostaliby bez wpływu czynnika rodzinnego.

VIII. Jak prawo powinno uregulować kwestię uprawnienia beneficjenta fundacji rodzinnej do zachowku?

Uprawnienie do zachowku powinno przysługiwać tym beneficjentom fundacji, którzy nabędą to prawo na podstawie przepisów prawa regulujących sprawy spadkowe.

Regulacja powinna uwzględniać następujące obszary:

- wysokość wypłat jakie otrzymał beneficjent uprawniony do zachowku po fundatorze z majątku fundacji do czasu śmierci fundatora
- udział beneficjenta w majątku likwidacyjnym fundacji oraz prawa beneficjenta do wypłat z fundacji
- wysokość dokonanych darowizn i kwestie zaliczenia na schedę spadkową
- prawo do miarkowania przez sąd wysokości zachowku oraz zasad jego wypłacania.

Regulacje powinny uwzględniać to, że w wielu przypadkach dotyczących firm rodzinnych główny majątek to majątek zgromadzony w firmie rodzinnej. Prawa do firmy to często główny i bardzo wartościowy składnik majątku. Fundacja powinna zabezpieczać przed rozdrobieniem praw majątkowych do firmy i jednocześnie umożliwiać uprawnionym do zachowku korzystanie z tych składników majątkowych które prze fundatora zostały przeznaczone do wypłaty na rzecz beneficjentów.

IX. Jak fundacja rodzinna powinna być opodatkowana?

Fundacja w zakresie osiągniętych zysków ze składników, którymi zarządza powinna zostać opodatkowana odpowiednio jak spółka osobowa – np. spółka komandytowa (fundacja transparentna

podatkowo a opodatkowanie następuje na poziomie beneficjenta) z tym że zobowiązanie podatkowe powinno powstawać z chwilą faktycznej wypłaty na rzecz beneficjenta.

Przeniesienie majątku do fundacji powinno być zdarzeniem neutralnym podatkowo zarówno dla fundacji jak i beneficjentów (przynajmniej na moment wniesienia).

Wypłaty z fundacji na rzecz beneficjentów (ze środków pochodzących z majątku fundacji wniesionego przez fundatora, z wyłączeniem środków pochodzących z zysku) powinny podlegać opodatkowaniu na zasadach odpowiednio jak w ustawie o podatku od spadków i darowizn i zgodnie z reżimem właściwym dla danej grupy.

Wypłaty na rzecz beneficjentów na cele statutowe mieszczące się w zakresie celów społecznie użytecznych np. w zakresie kształcenia i edukacji, powinny mieć możliwość korzystania z określonych zwolnień.

Wydanie majątku likwidacyjnego powinno zostać opodatkowane po stronie fundatora w części stanowiącej nadwyżkę nad majątkiem wniesionym do fundacji.

Wydanie majątku likwidacyjnego beneficjentom powinno zostać opodatkowane w zależności od pochodzenia składnika majątkowego (np. zysk, wkład fundatora) na zasadach wskazanych powyżej dla dystrybucji wypłat do beneficjenta.

X. Czy sąd powinien mieć prawo rozwiązać fundację, w sytuacji gdy jest ona zarządzana w sposób sprzeczny z prawem, w sposób oczywiście sprzeczny z jej celem lub z interesami jej beneficjentów?

Sąd powinien mieć prawo rozwiązać fundację. Przesłanki rozwiązania powinny być wskazane w ustawie. Nie mogą one jednak pozostawiać wątpliwości i być przedmiotem sporu. W przeciwnym razie istnieje ryzyko rozwiązania, wypłaty majątku likwidacyjnego i powstania istotnych konsekwencji podatkowych dla beneficjentów jak i samych składników majątkowych w przypadku gdy dotyczą one tzw. pracujących składników: nieruchomości, prawa do firmy.

Interes beneficjentów może być sprzeczny z celem powołania fundacji więc te dwa zbiory mogą się wykluczać, rekomenduje się pominięcie „sprzeczności z interesem beneficjentów”, chyba że interes ten nie naruszy celów wskazanych w statucie fundacji.

Niezależnie od postawionych pytań postuluje się wprowadzenie do polskiego systemu prawnego przepisów regulujących powołanie, funkcjonowanie i rozwiązanie fundacji prywatnej, przy czym:

- fundacja rodzinna powinna być typem fundacji prywatnej w której istnieje czynnik rodzinny, np. grono fundatorów to członkowie rodziny, grono beneficjentów to członkowie rodziny lub fundator tak postanowi i adekwatnie do rodzaju fundacji przepisy ogólne powinny regulować kwestie np. zachowku, podatkowe
- fundatorem fundacji prywatnej powinna być osoba fizyczna oraz osoba prawna (i ułomna osoba prawna), przy czym fundatorem fundacji rodzinnej osoba fizyczna/ osoby fizyczne
- składniki majątkowe powinny zostać ujęte szeroko i posiadać cechy jak przy „zdolności aportowej” (w szczególności być zbywalne, podlegać wycenie)

- przepisy ustawy powinny regulować sprawy związane z funkcjonowaniem fundacji oraz zabezpieczać przez niedoregulowaniem statutu przez fundatora, np. kategorie beneficjentów powinny zostać wskazane w statucie przez fundatora, natomiast ich identyfikacja powinna zostać doprecyzowana aktami niższej rangi i wskazanie powinno być dokonywane nie tylko przez fundatora (przykład jego śmierci). Brak możliwości zmiany statutu może zamknąć krąg beneficjentów po śmierci fundatora. podobnie zasady powoływania członków organów powinny uwzględniać długi horyzont czasowy, to jest śmierć fundatora, (śmierć/ rezygnację) protektora, członków rady dyrektorów, czy rady protektorów.

Z poważaniem
Agnieszka Krysik, radca prawny

Kontakt:
Mobile: 668.810.011
e-mail: agnieszka@krysik.pl