

Warszawa, 14 października 2019 r.

Enodo Advisors Sp. z o.o.
ul. Łowicka 62
02-531 Warszawa

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

Szanowni Państwo,

w odpowiedzi na Państwa zaproszenie do udziału w prekonsultacjach w załączeniu prezentujemy uwagi do „Zielonej Księgi Fundacji Rodzinnej” z dnia 13 września 2019 r. Uwagi te zawierają nasze odpowiedzi na zadane w dokumencie pytania.

Mamy nadzieję, że uwagi zebrane w toku prekonsultacji i konsultacji pozwolą na opracowanie instytucji prawnej na miarę potrzeb.

Jesteśmy także gotowi służyć wszelkim wsparciem w dalszych pracach nad tym wartościowym pomysłem.

Z wyrazami szacunku,



Maciej Grzymała

Partner

Załącznik

Poniżej przedstawiamy nasze odpowiedzi na pytania zadane w „Zielonej Księdze Fundacji Rodzinnej”, wynikające z rozważań o zagadnieniach dotyczących polskiej regulacji w tym zakresie – w kolejności, w jakiej pytania te zostały zadane w dokumencie.

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

Zdecydowanie potrzeba taka zachodzi. Wynika to jasno z naszych rozmów z przedsiębiorcami rodzinnymi. Przedsiębiorcy ci mają cele trudne do jednoczesnego zrealizowania przy pomocy istniejących instytucji prawnych. Pragną pozostawić zbudowane przez siebie przedsiębiorstwo jako integralną, trwałą oraz odporną na sposób zarządu niezgodny z ich zamysłem substancję gospodarczą, a zarazem umożliwić korzystanie ze swego majątku spadkobiercom (beneficjentom) poprzez systematyczne czerpanie przez nich pożytków z tego majątku na zaspokojenie ich bieżących potrzeb. Chcą zatem szczególnego rodzaju sukcesji gospodarczej, z umożliwieniem czerpania korzyści z ich majątku przez wyznaczonych przez siebie beneficjentów. Lukę tę powinna zapełnić właśnie fundacja rodzinna.

Celem nowej regulacji powinno być przede wszystkim zapobieżenie wykupowi rodzinnych przedsiębiorstw, rozdrobnieniu ich majątku oraz emigracji polskiego kapitału i *know-how*, które mogą mieć miejsce w przypadku przygotowania się przyszłego spadkodawcy do rozdzielania swojego majątku w celu odpowiedniego rozdziału pomiędzy przyszłych spadkobierców. Takie zdarzenia mogą mieć również miejsce w przypadku, gdy niektórzy spadkobiercy przejawiają wolę kontynuacji działalności spadkodawcy, a inni dążą wyłącznie do podziału masy spadkowej w celu otrzymania należnych im części majątku.

Należy wskazać, że obecne rozwiązania przyjęte w polskim systemie prawnym zapewniają ochronę osób (tj. spadkobierców), a nie skupiają się na ochronie substancji gospodarczej – jaką jest organizm przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy dochodzi do sukcesji lub jest ona planowana. Instytucja fundacji rodzinnej może wypełnić tę lukę, dając możliwość kontynuacji działalności dotychczasowych przedsiębiorstw.

Szczególnym celem, jaki może zrealizować wprowadzenie fundacji rodzinnej do polskiego prawa, jest zapobieżenie podwójnemu opodatkowaniu podatkiem spadkowym. Do opodatkowania takiego może dojść w sytuacji, gdy spadek zostaje opodatkowany zarówno polskim podatkiem od spadków i darowizn, jak i zagranicznym podatkiem spadkowym (np. dlatego, że spadkobiercą jest obywatel państwa innego niż Polska, a przedmiotem spadkobrania jest nieruchomości położona w naszym kraju). Ponieważ Polska nie ma rozbudowanej sieci umów przeciwko unikaniu podwójnego opodatkowania podatkiem spadkowym (na ich pulę składają się zaledwie trzy umowy, dotyczące obecnie czterech państw¹), ryzyko dwukrotnego obciążenia podatkowego może się zmaterializować.

Zwracamy przy tym uwagę, że celem wprowadzenia fundacji rodzinnej nie powinno być tworzenie wehikułu optymalizacji podatkowej. Instytucja ta powinna więc być tak zaprojektowana, by będąc dobrze dostosowana do celów przyświecających jej powołaniu, zarazem nie stwarzała okazji do nadużyć podatkowych. To z kolei oznacza, że pod niektórymi względami nie będzie równie „atrakcyjna” jak jej odpowiedniki w innych państwach przywołane w „Zielonej Księdze”.

¹ Państwa te to: Czechy, Słowacja, Węgry i Austria.

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

Najbardziej właściwe jest rozwiązanie polegające na uregulowaniu fundacji rodzinnej jako odrębnej instytucji prawnej. Fundacja rodzinna z założenia wykazuje pewne cechy podobieństwa zarówno do fundacji „zwykłej” uregulowanej w ustawie z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach², jak i do spółki handlowej – tworzenie, organizację, funkcjonowanie, rozwiązywanie, łączenie, podział i przekształcanie takich spółek reguluje ustawa z dnia 15 września 2000 r. – kodeks spółek handlowych³. Ponieważ zarazem fundacja rodzinna powinna być ze swej istoty nietożsama z fundacją „zwykłą” i spółką handlową, zasadne jest ujęcie jej konstytucji, organizacji i bieżącego funkcjonowania w odrębnym akcie prawnym rangi ustawowej. To również pozwoli na zdecydowanie pełniejsze – kompleksowe uregulowanie tej instytucji prawnej, w szczególności w zakresach o fundamentalnym znaczeniu dla wprowadzenia fundacji rodzinnej do polskiego porządku prawnego.

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

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

W naszej ocenie ustawa powinna wskazywać przykładowy katalog dopuszczalnych celów fundacji rodzinnej. Podstawowym celem fundacji powinno być zabezpieczenie (ochrona) i zarządzanie majątkiem zgromadzonym przez fundatora (fundatorów) i tworzącym fundusz założycielski.

Właściwym sposobem sprawowania takiego zarządu jest zwłaszcza działanie w charakterze podmiotu holdingowego – podmiotu, który posiada udziały lub akcje w spółkach zależnych (zarządza majątkiem w sposób pośredni). To oznacza, że w świetle definicji działalności gospodarczej zawartej w ustawie z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców⁴ fundacja rodzinna powinna być uprawniona do prowadzenia działalności gospodarczej. Fundacja taka nie powinna przy tym prowadzić własnej bieżącej działalności operacyjnej, lecz podejmować czynności z zakresu inwestycji i zarządzania. Takie rozwiązanie będzie wpisywało się w ideę fundacji rodzinnej jako podmiotu zapewniającego kontynuację działalności poprzednika prawnego.

Niezależnie od otwartego ustawowego katalogu celów fundacji rodzinnej cele powołania danej fundacji powinny być ustalone – określone w testamencie lub akcie fundacyjnym oraz jej statucie.

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

Niewłaściwe wydaje się wprowadzanie ustawowego minimum w zakresie wymaganego poziomu funduszu założycielskiego. Minimum takie, ustanowione na niskim poziomie, byłoby zbędne (nie wprowadzając żadnej efektywnej granicy dostępności rozpatrywanej instytucji), natomiast ustanowione na poziomie wyższym – niesłuszne. Nie wydaje się bowiem słuszne czynienie fundacji rodzinnej rozwiązaniem elitarnym – przeciwnie, powinno ono być egalitarne, dostępne dla każdego.

Mimo braku określonego przepisami minimum funduszu założycielskiego można spodziewać się, że – ze względu na nieuniknione koszty bieżącego funkcjonowania fundacji – instytucja ta będzie wykorzystywana w odniesieniu do znacznego majątku.

² T.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1491; dalej: ustawa o fundacjach.

³ T.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 505, ze zm.; dalej: k.s.h.

⁴ Dz.U. z 2018 r. poz. 646, ze zm. Zgodnie z tą definicją działalnością gospodarczą jest zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły.

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

Naszym zdaniem w organach fundacji rodzinnej powinny zasiadać wyłącznie osoby fizyczne. Osoby takie mogą bowiem ponieść bezpośrednią odpowiedzialność osobistą: cywilną i karną za zaniedbania w prowadzeniu spraw fundacji. Takie rozwiązanie jest właściwe z punktu widzenia ochrony interesu fundatora, beneficjentów oraz interesu publicznego. Ograniczenie kręgu podmiotów do osób fizycznych nie powinno przy tym stanąć na przeszkodzie pożądanej specjalizacji i profesjonalizacji w zakresie usług zarządzania fundacją rodzinną.

Właściwe wydaje się określenie warunków, jakie powinny spełniać osoby fizyczne pełniące funkcje w organach fundacji rodzinnej. Określając te warunki, należy wyważyć różnorodne i częściowo niezbieżne wartości i interesy. Do względów, które trzeba wziąć pod uwagę, należy z jednej strony konieczność respektowania swobody rozporządzania majątkiem przez fundatora, z drugiej natomiast – interes indywidualny beneficjentów oraz interes publiczny w zapewnieniu należytego zarządu tym majątkiem. Z tych względów zasadne wydaje się zastrzeżenie, że określona część członków zarządu fundacji (określona procentowo lub przez wskazanie minimalnej liczby osób) powinna charakteryzować się szczególnymi kwalifikacjami zawodowymi – tj. tytułem zawodowym adwokata, radcy prawnego, doradcy podatkowego lub biegłego rewidenta. Z uwagi na status zawodu zaufania publicznego oraz szczególne warunki, których spełnienie jest wymagane do uzyskania wskazanych tytułów, takie rozwiązanie będzie dawać rękojmię należytego prowadzenia spraw fundacji – kompetentnego i etycznego.

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

Z punktu widzenia wskazanych powyżej wartości i interesów nie wydaje się właściwe ograniczanie fundatora w wyznaczaniu osób zasiadających w organie zarządzającym poprzez wykluczenie z ich grona beneficjentów fundacji rodzinnej. Jakkolwiek sama ta instytucja powinna posłużyć do ochrony substancji gospodarczej – przedsiębiorstwa fundatora, przed nierozważnymi działaniami spadkobierców, to jednak niewykluczone pozostaje, że fundator będzie miał zaufanie do kompetencji wszystkich lub niektórych z nich i będzie chciał powierzyć im swój majątek w zarząd. W praktyce taka sytuacja nie należy do rzadkości.

Zasadne jest także przyjęcie przepisu dyspozytywnego, zgodnie z którym – w razie braku odmiennego zastrzeżenia w statucie fundacji – osoby wyznaczone przez fundatora do zasiadania w organie zarządzającym mają prawo wskazywania dalszych osób tam zasiadających.

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

Fundacja rodzinna nie powinna służyć do wyzuwania z praw osób uprawnionych do zachowku (obejścia stosownych przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny⁵). Dlatego przepisy powinny zapewniać, że uprawnienia te będą realizowane także w przypadku wykorzystania fundacji rodzinnej.

Kwestię wtórną wobec powyższej odpowiedzi, lecz przecież równie ważną, stanowi zagadnienie momentu i sposobu realizacji prawa do zachowku. Roszczenie o zachówek powinno być zaspokojone w sposób, który nie zagraża realizacji celów, dla których została powołana fundacja rodzinna. Nie powinien on zatem prowadzić do rozproszenia czy rozdrobnienia majątku fundatora (zwłaszcza przez

⁵ T.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 ze zm.

„wyjęcie” z funduszu założycielskiego z momentem śmierci fundatora części potrzebnej do zaspokojenia roszczeń uprawnionych do zachowku).

Dają się wyobrazić dwie sytuacje: uprawniony do zachowku nie jest zarazem beneficjentem fundacji rodzinnej (co zapewne stanie się sytuacją częstszą) lub jest takim beneficjentem. W pierwszym przypadku uprawniony do zachowku realizuje swoje prawo bezpośrednio. W świetle powyższych uwag zasadne jest przyjęcie, że w takim razie realizacja roszczenia o zachowek może być odroczone do momentu dokonywania wypłat (dystrybucji zysków) z fundacji rodzinnej. W drugim przypadku uprawnienie do zachowku jest realizowane przez uczestnictwo w fundacji rodzinnej – uprawniony do zachowku zostaje beneficjentem, lecz korzysta ze swoich uprawnień tylko w zakresie i w wysokości, która przysługuje mu na podstawie przepisów k.c. Jeżeli natomiast prawo do zachowku zostało zrealizowane wcześniej, wypłaty przysługujące uprawnionemu do zachowku jako beneficjentowi fundacji mogą być pomniejszone o wartość uprzednio otrzymanego zachowku.

W każdym wypadku z związku z powołaniem fundacji rodzinnej uprawniony do zachowku nie powinien otrzymać z masy spadkowej więcej, niż otrzymałby na ogólnych zasadach kodeksowych.

IX. Jak fundacja rodzinna powinna być opodatkowana?

Sposób opodatkowania fundacji rodzinnej powinien w szczególności spełniać następujące kryteria:

1/ być nie mniej korzystny dla beneficjentów niż przy otrzymaniu darowizny bądź dziedziczeniu „bezpośrednio” przez obdarowanych (spadkobierców) od darczyńcy (spadkodawcy) – na gruncie ustawy z dnia 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn⁶;

2/ być nie mniej korzystny dla beneficjentów niż w przypadku (zamiast użycia instytucji fundacji rodzinnej) zainwestowania przez nich przysporzeń otrzymanych jako darowizna lub spadek w spółki prawa handlowego i czerpania pożytków z tej inwestycji – na gruncie ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych⁷;

3/ uwzględniać założony charakter fundacji rodzinnej jako podmiotu holdingowego;

4/ nie rodzić dodatkowych ryzyk wykorzystywania nowo powoływanej instytucji prawnej do unikania opodatkowania.

W naszej ocenie najbardziej właściwym byłoby następujące ukształtowanie reżimu podatkowego mającego zastosowanie do opodatkowania fundacji rodzinnej i jej beneficjentów:

1/ ogólnie, poddanie fundacji rodzinnej reżimowi ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych⁸ – z zastrzeżeniem pkt 2-4;

2/ zwolnienie z podatku przychodów fundacji rodzinnej z zysków kapitałowych, w tym z tytułu dywidend w spółkach zależnych;

3/ zwolnienie z podatku dochodów fundacji rodzinnej przeznaczonych na cele społecznie użyteczne określone w art. 17 ust. 1 pkt 4 u.p.d.o.p.;

4/ opodatkowanie beneficjentów z tytułu przychodów (dochodów) z udziału w zyskach osób prawnych w momencie dystrybucji zysków z fundacji rodzinnej – z zastrzeżeniem:

⁶ T.j. Dz.U. z 2019 poz. 1813.

⁷ T.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1387 ze zm.

⁸ T.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 865.; dalej: u.p.d.o.p.

- a/ wyłączenia z opodatkowania przychodów (dochodów) do wysokości wynikającej z wyłączeń, zwolnień, kwot wolnych i ulg przewidzianych w u.s.d. dla przysporzeń z tytułu darowizny lub spadku otrzymanych przez beneficjentów bezpośrednio od fundatora;
- b/ zastosowania do przychodów (dochodów) z udziału w zyskach osób prawnych stawek podatkowych odpowiadających określonym wobec poszczególnych grup podatkowych nabywców w u.s.d. do wysokości ich udziału w spadku;
- c/ pomniejszenia należnego od beneficjentów podatku z tytułu przychodów (dochodów) z udziału w zyskach osób prawnych o podatek uprzednio zapłacony przez fundację rodzinną (na jej poziomie – proporcjonalnie do udziału beneficjenta w zysku fundacji rodzinnej).

Proponowane rozwiązanie jest w szczególności równoważne przyjęciu fikcji prawnej, że dystrybucji z fundacji rodzinnej podlegają bezpośrednio przysporzenia beneficjentów z tytułu darowizny lub spadku otrzymanych od fundatora. Korzyść podatkowa wynikająca z zastosowania instytucji fundacji rodzinnej polega zatem na odroczeniu opodatkowania – do momentu dystrybucji zysków z fundacji (pod warunkiem i w zakresie, w jakim dystrybucja taka nastąpi). Sprzyja to akumulacji i pomnażaniu majątku fundacji rodzinnej.

Do rozważenia pozostaje, czy zwolnienie lub stawka podatku odpowiadająca określonej w u.s.d. powinna być stosowana wobec wszelkich zysków wypłacanych z fundacji beneficjentom, czy też do takich zysków jedynie do wysokości funduszu założycielskiego. Pierwsze rozwiązanie byłoby bardzo korzystne dla beneficjentów, a zarazem stanowiło „bonus” podatkowy za dobry zarząd majątkiem fundacji. Rodziłoby jednak pewne wątpliwości co do swojej słuszności – zwłaszcza w odniesieniu do tzw. grupy „0”, czyli członków bliskiej rodziny fundatora, których obciążenie podatkowe w związku ze statusem beneficjenta trwale wynosiłoby 0 (niezależnie od wartości dystrybuowanego z fundacji rodzinnej zysku, związku tego zysku z pierwotnym funduszem założycielskim, upływu czasu itd.). Drugie rozwiązanie jest mniej korzystne dla beneficjentów i bardziej złożone, wydaje się jednak systemowo bardziej uzasadnione.

Do rozważenia jest także wariant, zgodnie z którym zamiast podatkowi dochodowemu od osób prawnych fundacja rodzinna podlega specjalnemu podatkowi majątkowemu (np. na poziomie 0,1%).

Opodatkowanie podatkiem dochodowym (od osób prawnych i od osób fizycznych) fundacji rodzinnej i jej beneficjentów oznacza także, że do ich dochodu będą mieć zastosowanie konwencje o unikaniu podwójnego opodatkowania od majątku i dochodu – z wiążącymi się z tym korzyściami.

Dodatkowo trzeba zauważyć, że dyskusyjne jest sugerowane w „Zielonej Księdze” założenie, iż opodatkowanie fundacji rodzinnej, w tym w zakresie mającej zastosowanie stawki podatku, powinno być nie mniej korzystne od przyjętego w innych państwach (por. s. 24). W niektórych z tych państw fundacja jest traktowana jako wehikuł optymalizacji podatkowej. Jeżeli nie taki jest lub będzie zamysł polskiego ustawodawcy, siłą rzeczy polska regulacja nie może być ukształtowana jako równie atrakcyjna. „Atrakcyjny” znaczyłby bowiem w tym przypadku także: stwarzający ryzyko unikania opodatkowania.

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?

Punktem odniesienia dla fundacji rodzinnej jest – z jednej strony – fundacja „zwykła”, z drugiej natomiast – spółka prawa handlowego. Jesteśmy zdania, że w odniesieniu do prawa rozwiązania fundacji jako wzorcowa powinna być traktowana regulacja przyjęta w k.s.h. wobec spółki kapitałowej z wyłączeniem możliwości rozwiązania fundacji rodzinnej przez sąd działający z urzędu. Zasadniczo

uprawnienie do wystąpienia z powództwem o rozwiązanie fundacji rodzinnej (legitymacja czynna) powinna przysługiwać beneficjentom fundacji. W szczególności niezasadne jest przyznanie sądowi rejestrowemu prawa działania *ex officio* w przypadku działania fundacji rodzinnej niezgodnie z interesem jej beneficjentów. Dysponentami tego interesu są sami beneficjenci – to oni zatem powinni decydować o bycie fundacji. Pod rozważę należy poddać wprowadzenie, na wzór art. 271 pkt 2 k.s.h., możliwości rozwiązania fundacji rodzinnej przez sąd na żądanie oznaczonego w odrębnej ustawie organu państwowego, jeżeli działalność fundacji naruszająca prawo zagraża interesowi publicznemu.

Opracowanie: dr hab. Hanna Filipczyk, doradca podatkowy, Maciej Grzymała, doradca podatkowy, Andrzej Wapowski, radca prawny