

Warszawa, 14 października 2019 roku

**Szanowna Pani Minister
Jadwiga Emilewicz
Ministerstwo Przedsiębiorczości
i Technologii**
Pl. Trzech Krzyży 3/5
00-507 Warszawa

Dotyczy: Konsultacje Zielonej księgi o fundacji rodzinnej

Szanowna Pani Minister,

Korzystając z zaproszenia do konsultacji Zielonej księgi o fundacjach rodzinnych, działając w imieniu kancelarii Deloitte Legal, Pasternak, Korba, Moskwa, Jarmul i Wspólnicy Kancelaria Prawnicza sp.k. z siedzibą w Warszawie („Deloitte Legal”) przedstawiam poniżej komentarze do przedstawionych do zaopiniowania zagadnień. Deloitte Legal, jako kancelaria prawna doradzająca wielu firmom rodzinnym – w tym w zakresie sukcesji – z dużym zainteresowaniem przyjmuje plany wprowadzenia nowego wehikułu prawnego otwierającego nowe możliwości planowania sukcesyjnego.

W związku z powyższym przedstawiamy nasze komentarze do większości zagadnień przedstawionych do zaopiniowania w Zielonej księdze o fundacjach rodzinnych.

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

Naszym zdaniem instytucja fundacji rodzinnej może stanowić atrakcyjne rozwiązanie dla niektórych firm rodzinnych i powinna być wprowadzona do polskiego prawa. Fundacja rodzinna w założeniu pozwala na definitywne oddzielenie dwóch sfer związanych z sukcesją firmy rodzinnej, a mianowicie czerpania korzyści z firmy rodzinnej oraz wpływu na jej działalność. W przypadku spółek kapitałowych zarówno

akcje jak i udziały co do zasady są zbywalne i umożliwiają wspólnikom lub akcjonariuszom wpływ na spółkę. W takiej sytuacji pewne zalety mogą mieć fundusze inwestycyjne, tym niemniej, mają one swoje wady i ograniczenia przy planowaniu sukcesyjnym.

Niejednokrotnie problemem w planowaniu sukcesyjnym jest to, że nie wszyscy sukcesorzy chcą albo mają predyspozycje do kierowania firmami rodzinnymi, a majątek firmy rodzinnej stanowi znakomitą większość majątku nestora. W takich sytuacjach nestorzy mogą albo podzielić majątek z pokrzywdzeniem części sukcesorów albo też przekazać prawa udziałowe osobom, które nie będą dawać należytej gwarancji, że działalność firmy będzie kontynuowana.

Odpowiedzią na te dylematy może być odpowiednio uregulowana instytucja fundacji rodzinnej, która pozwoli na większą swobodę w ukształtowaniu zasad zarządzania fundacją i pozwoli na oddzielenie statusu beneficjenta i zarządcy. Dzięki temu zmniejszone będzie zagrożenie dla integralności firmy rodzinnej zarządzanej przez fundację rodzinną. Fundacja mogłaby być zarządzana nawet przez osoby trzecie, a jednocześnie zapewnić sukcesorom sprawiedliwy udział w korzyściach wynikających z prowadzenia firmy rodzinnej.

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

Uważamy, że fundacja rodzinna powinna być uregulowana w odrębnej ustawie.

Obecnie istniejące fundacje mają zupełnie inne cele niż fundacja rodzinna i osiągnęły dosyć dużą renomę jako organizacje pozarządowe realizujące ważne cele społeczne. Wydaje się, że regulowanie w jednej ustawie podmiotów o tak bardzo różnych celach mogłoby wywoływać niepotrzebne wątpliwości interpretacyjne.

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

Naszym zdaniem wprowadzenie zamkniętego katalogu dopuszczalnych celów fundacji rodzinnej mogłoby znacząco zmniejszyć jej atrakcyjność. Przede wszystkim jednak taki katalog celów mógłby godzić w pewność obrotu prawnego. W razie, gdyby statut fundacji uznany został za niezgodny z celami określonymi w ustawie, wola nestora nie mogłaby zostać zrealizowana i prawdopodobnie fundacja w ogóle by nie powstała, nie byłoby pewności, jakie cele można realizować, albo też fundacja miałaby znacząco inne cele niż założone przez nestora.

Podkreślić należy, że nestor może kłaść nacisk na różne cele w procesie sukcesji, mogą to być przykładowo: interes rodziny, interes firmy rodzinnej, cele z zakresu społecznej odpowiedzialności biznesu. Wszystkie cele mogą być rozumiane

w różny sposób przez nestora, czemu może dać wyraz również w statucie fundacji wskazując bardziej szczegółowe cele. Bardzo trudno byłoby więc stworzyć odpowiednio szeroki katalog celów dopuszczalnych. Jeżeli więc ustawodawca uważa, że konieczne jest określenie pewnych ram prawnych dla celów fundacji rodzinnej, to lepszą techniką legislacyjną wydaje się wyliczenie celów niedopuszczalnych.

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

W naszej ocenie fundacja rodzinna powinna być podmiotem, który będzie mógł być stosowany możliwie szeroko w obrocie. Uniemożliwienie fundacji rodzinnej prowadzenia działalności gospodarczej w zasadzie ograniczyłoby jej funkcję do wykonywania praw udziałowych w spółkach, podmiotach zagranicznych czy też funduszach inwestycyjnych. W takim przypadku, co do zasady fundacja rodzinna nie mogłaby nawet zajmować się wynajmem posiadanych nieruchomości.

W naszej ocenie przeważające są argumenty na poparcie stanowiska dopuszczające możliwość prowadzenia działalności gospodarczej przez fundację rodzinną, zwłaszcza, że do fundacji rodzinnej najpewniej będą mogły być wnoszone takie aktywa, które ze swej istoty służą wyłącznie do prowadzenia działalności gospodarczej (np. znak towarowy).

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

W naszej ocenie można rozważyć wprowadzenie minimalnego progu kwotowego dla utworzenia fundacji rodzinnej. W razie braku takiego minimalnego progu majątek wniesiony do fundacji mógłby nie pozwalać na jej normalne funkcjonowanie. Koszty związane z utworzeniem i prowadzeniem fundacji rodzinnej mogą być znaczące, czego nestorzy mogą nie być do końca świadomi. W pewnych sytuacjach może dość do tego, że przedmiotowe koszty pochłoną bardzo szybko cały majątek fundacji rodzinnej, a nikt nie będzie skłonny opłacić kosztów jej likwidacji.

Dodatkowo określenie odpowiedniego poziomu funduszu założycielskiego wpływać może pozytywnie na wizerunek fundacji rodzinnej jako wiarygodnego partnera biznesowego.

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

Nie wykluczamy, że takie rozwiązanie może być uzasadnione w sytuacji, kiedy fundacja rodzinna będzie zarządzana przez wyspecjalizowany podmiot zajmujący się zarządzaniem przedsiębiorstwami.

Wydaje się jednak, że ze względów bezpieczeństwa prawnego lepiej by w organach fundacji rodzinnej zasiadać mogły wyłącznie osoby fizyczne. Oczywiście mogłyby one być wspierane przez specjalistyczne podmioty zajmujące się zarządzaniem.

Mając na uwadze, że zarząd fundacji będzie pełnić bardzo istotną rolę, częstokroć w opozycji w stosunku do co najmniej niektórych beneficjentów fundacji rodzinnej, to członkowie organu zarządzającego powinni w naszej ocenie ponosić stosowną do swych obowiązków odpowiedzialność. Nie sposób też nie wskazać, że możliwość zasiadania w organach fundacji rodzinnej przez osobę prawną byłaby pewnym wyłomem w polskim systemie prawnym.

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

Naszym zdaniem, beneficjent określony zgodnie ze statutem fundacji powinien mieć możliwość zasiadania w organie zarządzającym fundacji. W wielu przypadkach sukcesji, jedynie niektórzy spośród sukcesorów są w ocenie nestora gotowi do zarządzania firmą czy fundacją rodzinną. W takich sytuacjach nestor może zdecydować, że niektórzy beneficjenci zajmą się zarządzaniem fundacją rodzinną, a pozostali będą wyłącznie pobierać pożytki z tej fundacji rodzinnej.

Inne rozwiązanie w zasadzie wykluczałoby zarządzanie fundacją rodzinną przez sukcesorów i zakładałoby, że w zarządzie fundacji rodzinnej będą zasiadać osoby trzecie – zwykle profesjonalni menadżerowie. Natomiast w większości przypadków nestor jest skłonny przekazać zarządzanie co najmniej jednemu ze swych sukcesorów, dlatego nie widzimy przeciwwskazań do zasiadania beneficjenta w organie zarządzającym fundacją. Oczywiście oznaczać to będzie konieczność uregulowania w statucie fundacji kwestii wynagradzania beneficjentów aktywnych za ich działanie na rzecz fundacji rodzinnej, tym niemniej wydaje się, że można z tym problemem poradzić sobie przy sporządzaniu statutu fundacji.

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

Dostrzegamy potencjalne trudności w rozliczeniu ewentualnych roszczeń z tytułu zachowku w sytuacji, w której dana osoba jest jednocześnie uprawniona do zachowku oraz otrzymuje korzyści jako beneficjent fundacji. W naszej opinii fakt zaliczenia do grona beneficjentów fundacji rodzinnej nie powinien jednak powodować automatycznego wyłączenia uprawnień beneficjenta do zachowku. Taki stan rzeczy mógłby prowadzić do pokrzywdzenia beneficjenta fundacji (np. poprzez powołanie do grona beneficjentów fundacji, do której fundator wniesie jedynie niewielką część swojego majątku). Z tego względu, proponujemy rozważyć wprowadzenie regulacji pozwalającej osobom będącym jednocześnie beneficjentami fundacji rodzinnej oraz osobami uprawnionymi do zachowku dokonanie samodzielnego wyboru pomiędzy

dochodzeniem uprawnień z tytułu zachowku a pobieraniem korzyści przypadających im z fundacji. Wydaje się, że wybór ten powinien być jednorazowy i powinien zostać dokonany najpóźniej przed przyjęciem pierwszych korzyści ze strony fundacji rodzinnej.

Na marginesie wskazujemy, że należyte zabezpieczenie praw osób uprawnionych do zachowku (również niebędących beneficjentami fundacji) wymagałoby w naszej opinii dodania do treści ustawy Kodeks cywilny postanowień przewidujących traktowanie przysporzeń na rzecz fundacji rodzinnej na zasadach analogicznych do zasad dot. darowizn dokonywanych na rzecz spadkobierców darczyńcy oraz wprowadzających wynikającą z tego odpowiedzialność fundacji rodzinnej z tytułu roszczeń o zachówek. W obecnym stanie prawnym przekazanie przez fundatora majątku na rzecz fundacji rodzinnej mogłoby być traktowane jako darowizna na rzecz osoby niebędącej spadkobiercą, co w niektórych sytuacjach mogłoby ograniczyć uprawnionym możliwość dochodzenia zachowku.

Alternatywnymi, wartymi rozważań rozwiązaniami mogłyby być:

- uwzględnianie otrzymanych lub przewidywanych z tytułu bycia beneficjentem fundacji rodzinnej środków na poczet zachowku (np. przez odniesienie się do ewentualnej wartości majątku przypadającego danemu beneficjentowi w wypadku rozwiązania fundacji rodzinnej),
- wskazane już w Zielonej księdze rozwiązanie przewidujące pomniejszenie wypłat przysługujących beneficjentowi o wartość otrzymanego zachowku.

Kwestia ta z pewnością wymaga dalszych szczegółowych analiz.

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?

Podobnie jak w przypadku obecnych fundacji, jak i spółek handlowych konieczne jest uregulowanie w ustawie kwestii likwidacji fundacji rodzinnej.

W pierwszej kolejności uważamy, że powinny istnieć mechanizmy, które pozwolą beneficjentom na doprowadzenie do rozwiązania fundacji i wydania im zgromadzonego w niej majątku. Mając na uwadze, że instytucja fundacji rodzinnej ma na celu zwiększenie swobody nestora w dysponowaniu majątkiem, rozwiązanie fundacji rodzinnej powinno być możliwe jedynie w sytuacjach wyjątkowych. Wydaje się, że ostateczna decyzja w tym zakresie powinna być podjęta przez sąd albo też w sposób przewidziany w statucie fundacji (np. jeśli statut będzie przewidywał rozwiązanie fundacji w razie jednomyślnej uchwały beneficjentów).

W związku z powyższym uważamy, że sąd powinien mieć prawo rozwiązać fundację w sytuacjach wskazanych w pytaniu. W całkowicie skrajnych przypadkach sąd

powinien naszym zdaniem być również uprawniony do działania w tym zakresie z urzędu.

Z wyrazami szacunku



Jan Jarmul
Radca prawny
Partner



Robert Uhl
Adwokat
Partner Associate