

Uwagi do projektu ustawy o fundacjach rodzinnych

Data: 22 kwietnia 2021 r.

Do: Szanowny Pan Minister Marek Niedużak
Ministerstwo Rozwoju Pracy i Technologii

Od: Robert Uhl, Michał Lejman, Maciej Guzek, Tadeusz Dulian, Mariusz Stefaniak,
Marcin Wądołek, Łukasz Żuławiński,
Deloitte Legal, Ostrowski, Gizicki i Wspólnicy spółka komandytowa
Deloitte Doradztwo Podatkowe Dąbrowski i Wspólnicy sp.k.
Zespół Deloitte Private

Temat: Uwagi do projektu ustawy o fundacjach rodzinnych

Szanowny Panie Ministrze,

W związku z ogłoszeniem w dniu 22 marca 2021 r. projektu ustawy o fundacjach rodzinnych oraz trwającymi konsultacjami publicznymi projektu, poniżej przedstawiamy uwagi, propozycje oraz spostrzeżenia zespołu Deloitte Private związane z ogłoszonymi przepisami.

Pragniemy podkreślić, że wprowadzenie fundacji rodzinnej do polskiego porządku prawnego zasługuje na uznanie. Instytucja ta – o ile zostanie odpowiednio uregulowana – pozwoli na realne zabezpieczenie sukcesji pokoleniowej w polskich firmach rodzinnych. Fundacja rodzinna daje realną szansę na utrzymanie polskich firm rodzinnych w rękach najbliższych. Zwracamy również uwagę na to, że jest to również projekt niezwykle istotny z perspektywy długoterminowego interesu publicznego, gdyż fundacja rodzinna zachęca do akumulacji kapitału w Polsce i ją znacząco ułatwia. To natomiast będzie miało bardzo pozytywne skutki dla całej gospodarki, jak i dla polskiego rynku pracy, gdyż to w Polsce będą zlokalizowane główne biura (head offices) wciąż rozwijających się firm rodzinnych, a to oznacza więcej dobrze płatnych miejsc pracy w Polsce jak również szansę do rozwoju dla miejscowych kontrahentów firm rodzinnych.

Uważamy, że sam projekt stanowi dobry punkt wyjścia do dyskusji o ostatecznym kształcie tej instytucji prawnej. Naszym zdaniem jednak obecna treść projektu ustawy – jeśli nie zostaną wprowadzone odpowiednie zmiany zaproponowane niżej – może zniechęcać bardzo wielu właścicieli firm rodzinnych do założenia fundacji rodzinnej w Polsce. Wielu z nich czekało z niecierpliwością na ten projekt, toteż wejście w życie ustawy o fundacji rodzinnej, która nie będzie należycie adresować ich potrzeb, może wręcz doprowadzić do zwiększenia liczby fundacji rodzinnych zakładanych przez polskich przedsiębiorców za granicą. Natomiast, Ci przedsiębiorcy, którzy nie zdecydują się na założenie fundacji rodzinnej ani w Polsce ani też za granicą najprawdopodobniej przeprowadzą sukcesję w innej formie. To wiązać się będzie z wysokim ryzykiem utraty rodzinnego charakteru firmy rodzinnej, rozproszenia kapitału i zbycia udziałów na rzecz osób trzecich. Powyższe twierdzenia opieramy na rozmowach z wieloma firmami rodzinnymi, którym pomagamy w procesach sukcesyjnych i z którymi rozmawiamy na temat projektowanych zmian.

Mając na uwadze powyższe, naszym zdaniem fundacja rodzinna powinna być uregulowana w taki sposób, aby zachęcić jak największą liczbę firm rodzinnych do skorzystania z tego rozwiązania. Jest to w interesie polskich firm rodzinnych, ale również w interesie publicznym. Wielu naszych klientów oraz my sami wiążemy duże nadzieje z projektem ustawy o fundacji rodzinnej, dlatego przedkładamy nasze uwagi do projektu ustawy, których uwzględnienie naszym zdaniem pozwoliłoby zwiększyć popularność instytucji fundacji rodzinnej.

Przedstawione uwagi koncentrują się zarówno na rozwiązaniach prawnych jak i podatkowych. W ramach rozwiązań prawnych jesteśmy zwolennikami jak największej swobody regulowania stosunków wewnętrznych, co jest kluczowe dla absolutnej większości firm rodzinnych, z którymi rozmawialiśmy. Pozwoli ona bowiem na dostosowanie kształtu konkretnych fundacji rodzinnych do potrzeb rodzin, które będą je zakładać. W ramach naszych uwag podnosimy również szereg innych kwestii prawnych, jednak największą prawną bolączką przedstawionego projektu ustawy są wedle naszej oceny właśnie bardzo sztywno uregulowane wewnętrzne zasady funkcjonowania fundacji rodzinnej. Nasze doświadczenie uczy, że nie ma jednej recepty dla firm rodzinnych. Gdy myślimy o tym, że zetknęliśmy się już ze wszystkimi sytuacjami, to za chwilę kolejny klient nas przekonuje, że się myliliśmy, bo jego potrzeby są inne. Tych skomplikowanych sytuacji życiowych będzie coraz więcej, bo i zmienia nam się społeczeństwo. Dlatego też naszym zdaniem narzucanie fundatorom jedynej słusznej drogi może ich zniechęcić.

Z perspektywy podatkowej zwracamy uwagę na to, że projekt nie tylko nie przewiduje żadnych istotnych preferencji podatkowych dla fundacji rodzinnej, ale również jest mniej korzystny podatkowo niż prowadzenie działalności gospodarczej w formie spółki kapitałowej. Jak już wspominaliśmy, z perspektywy długoterminowego interesu publicznego sukcesja polegająca na utworzeniu fundacji rodzinnej jest zdecydowanie bardziej korzystna niż przekazanie praw udziałowych do firmy w formie darowizny czy też testamentu, toteż wydaje się, że pewne zachęty fiskalne bądź co najmniej nie mniej korzystny niż poziom opodatkowania w ramach podmiotu wyjściowego byłyby uzasadnione.

Mamy nadzieję, że przedstawione uwagi zostaną w dużej mierze uwzględnione na kolejnych etapach prac nad projektem ustawy. Dzięki temu fundacja rodzinna będzie znacznie bardziej atrakcyjnym instrumentem prawnym i zachęci polskie firmy rodzinne do skorzystania z tego rozwiązania.

Z wyrazami szacunku,

Robert Uhl
adwokat
Partner
Deloitte Legal

Tadeusz Dulian
Doradca firm rodzinnych
Senior Manager
Deloitte Private

Łukasz Żuławiński
radca prawny
Managing Associate
Deloitte Legal

Michał Lejman
Doradca podatkowy
Partner Associate
Deloitte Doradztwo
Podatkowe

Marcin Guzek
Doradca podatkowy
Partner Associate
Deloitte Doradztwo
Podatkowe

Mariusz Stefaniak
Doradca podatkowy
Senior Manager
Deloitte Doradztwo
Podatkowe

Marcin Wądołek
radca prawny
Manager
Deloitte Doradztwo
Podatkowe

Spis treści

1. Przepisy początkowe	5
1.1. Uwagi ogólne	5
1.2. Cel fundacji – art. 3 ust. 1	5
1.3. Prowadzenie działalności gospodarczej – art. 6	7
1.3.1. Uwagi prawne	7
1.3.2. Uwagi podatkowe	10
1.4. Odpowiedzialność fundacji za zobowiązania alimentacyjne fundatora – art. 8 ust. 2	12
1.5. Możliwość dokonywania darowizn na rzecz fundacji rodzinnej – art. 16	17
2. Status prawny fundatora	18
2.1 Uwagi ogólne	18
2.2 Uprawnienia fundatora – art. 22, 23, 27	19
2.2.1. Uprawnienie fundatora do zmiany statutu – art. 22 ust. 2, art. 23	19
2.2.2. Określanie zmian dotyczących beneficjentów – art. 27	22
2.2.3. Pozostałe uprawnienia fundatora	23
2.3. Wspólne wykonywanie praw przez fundatorów – art. 11 ust. 2	23
2.4. Zagraniczna fundacja rodzinna jako fundator	25
3. Status prawny beneficjenta	26
3.1 Uwagi ogólne	26
3.2 Ograniczenie kręgu beneficjentów wyłącznie do OPP – art. 26	26
3.3 Niezbywalność praw beneficjentów – brak przepisu	27
3.4 Ustalanie kręgu beneficjentów – odpowiedzialność karna	29
4. Zasady ładu korporacyjnego	30
4.1. Uwagi ogólne	30
4.2. Podejmowanie uchwał przez organy – art. 38 oraz art. 55	30
4.3. Zwoływanie posiedzeń – art. 39	37
4.4. Skład organów (Zarząd i Rada Protektorów) – art. 42 ust. 2, art. 51 ust. 2	38
4.5. Rada Protektorów – dodatkowe uwagi – art. 48 ust. 2, art. 50	40
4.6. Powoływanie organów (zarząd i Rada Protektorów) – art. 45 ust. 3, 52 ust. 3	41
5. Audyt – art. 60	44
6. Kontrola uchwał podejmowanych przez organy fundacji rodzinnej – art. 61, art. 49 ust. 2, art. 57	45
7. Rozwiązanie fundacji rodzinnej – art. 63, 64	47
8. Zmiany w przepisach	49
8.1 Uwagi ogólne	49
8.2 Zachowek	49
8.3 Rejestracja w KRS	53

9. Uwagi dotyczące kwestii podatkowych	56
9.1 Ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych	56
9.1.1. Wątpliwości dotyczące kosztów uzyskania przychodów przy zbyciu przez fundację rodzinną udziałów/akcji w innych spółkach otrzymanych od fundatora	56
9.1.2. Wątpliwości dotyczące opodatkowania fundacji rodzinnych z tytułu nieekwiwalentnych wypłat / świadczeń na rzecz beneficjentów	56
9.1.3. Potrzeba wprowadzenia tzw. zwolnienia dywidendowego dla fundacji rodzinnej.....	57
9.1.4. Zasadność wprowadzenia zwolnienia ze zbycia przez fundację rodzinną udziałów lub akcji (w przypadku posiadania określonego ich pakietu)	58
9.2 Ustawa o podatku od spadków i darowizn.....	58
9.2.1. Przesunięcie momentu opodatkowania w przypadku zastosowania przez fundację rodzinną zwolnienia z PDOP	58
9.2.2. Prowadzenie przez fundację rodzinną ewidencji rachunkowej w sposób, który pozwoli określić, w odniesieniu do których świadczeń wypłacanych przez fundację należy stosować zwolnienie z opodatkowania.....	59

1. Przepisy początkowe

1.1. Uwagi ogólne

Przepisy ogólne zawarte w Rozdziale I projektu ustawy koncentrują się na kwestiach całkowicie podstawowych dla określenia istoty fundacji rodzinnej i jej kluczowych cech. O ile, większość postanowień zawartych w tym rozdziale nie budzi większych wątpliwości, zidentyfikowaliśmy kilka postanowień, które należałoby odpowiednio zmodyfikować, tak aby uniknąć problemów interpretacyjnych w przyszłości, a przede wszystkim aby zaspokoić oczekiwania przedstawicieli firm rodzinnych, do których ustawa jest przede wszystkim adresowana.

Obszary, wymagające dalszej dyskusji, a w konsekwencji wprowadzenia odpowiednich zmian to przede wszystkim jednoznaczne odwołanie się do celów realizowanych przez fundację rodzinną, kwestia możliwości prowadzenia działalności gospodarczej, kwestia subsydiarnej odpowiedzialności fundacji rodzinnej za zobowiązania alimentacyjne fundatora, a także kwestia ograniczania kręgu możliwych darczyńców.

Z uwagi na różnorodność tych obszarów, powyższe uwagi zostaną omówione w kolejnych podrozdziałach. W tym miejscu, zwracamy jednak uwagę, że w oparciu o przeprowadzone przez Deloitte konsultacje ze środowiskiem firm rodzinnych, najwięcej kontrowersji wzbudza całkowity zakaz prowadzenia działalności gospodarczej przez fundację rodzinną.

1.2. Cel fundacji – art. 3 ust. 1

Projektowany przepis art. 3 ust. 1. ustawy o fundacjach rodzinnych stanowi, że *„fundacja rodzinna zarządza posiadanym majątkiem i zapewnia jego ochronę oraz spełnia świadczenia na rzecz wskazanego przez fundatora beneficjenta, w szczególności pokrywa koszty jego utrzymania lub kształcenia albo, w przypadku beneficjenta będącego organizacją pożytku publicznego, wspiera realizację przez niego celów społecznie lub gospodarczo użytecznych”*.

Powyższy przepis określa podstawowe zadania fundacji rodzinnej tj.:

- zarządzanie posiadanym majątkiem;
- zapewnienie ochrony tego majątku;
- spełnianie świadczeń na rzecz wskazanego przez fundatora beneficjenta, w szczególności pokrywanie kosztów jego utrzymania lub kształcenia albo, w przypadku beneficjenta będącego organizacją pożytku publicznego, wpieranie realizacji przez niego celów społecznie lub gospodarczo użytecznych.

Jednocześnie, projektowany przepis, a także pozostałe przepisy projektu ustawy nie wskazują celu tworzenia oraz dalszego funkcjonowania fundacji rodzinnej. Już na etapie konsultacji Zielonej księgi fundacji rodzinnej wskazywano, że ustawowe określenie dopuszczalnych celów działalności fundacji rodzinnej będzie miało znaczny wpływ na podjęcie decyzji o założeniu fundacji rodzinnej przez nestorów. Zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy *„cele działania fundacji rodzinnej muszą być prawnie dopuszczalne. Fundatorowi pozostawia się przy tym dużą elastyczność w określeniu szczegółowych celów oraz nakreśleniu wizji działalności fundacji rodzinnej”*. Jednakże, zadań fundacji rodzinnej nie można utożsamiać z określeniem jej celu, ponieważ stanowią one jedynie sposób realizacji danego celu, który powinien być określony przez fundatora w statucie. W tym zakresie

fundator powinien zachować prawo do swobodnego decydowania, mając na uwadze, że cel fundacji musi pozostawać w zgodzie z obowiązującymi przepisami.

Cel działania stanowi jedną z istotnych cech fundacji rodzinnej. Zatem, określenie jakie cele może realizować fundacja rodzinna w ustawie wydaje się niezbędne. W tym miejscu, należy zwrócić uwagę na istniejące regulacje prawne podobnych instytucji prawnych. Przykładowo, ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1526, dalej jako: „KSH”) w stosunku do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jednoznacznie wskazuje w art. 151 KSH że *„spółka z ograniczoną odpowiedzialnością może być utworzona przez jedną albo więcej osób w każdym celu prawnie dopuszczalnym, chyba że ustawa stanowi inaczej”*. Podobną regulację zawiera ustawa z dnia 6 kwietnia 1984 r. – o fundacjach (Dz. U. z 2020 r. poz. 2167), która w art. 1 wskazuje, że *„Fundacja może być ustanowiona dla realizacji zgodnych z podstawowymi interesami Rzeczypospolitej Polskiej celów społecznie lub gospodarczo użytecznych, w szczególności takich jak: ochrona zdrowia, rozwój gospodarki i nauki, oświata i wychowanie, kultura i sztuka, opieka i pomoc społeczna, ochrona środowiska oraz opieka nad zabytkami”*. Ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach w art. 2 ust. 1 stanowi, że *„stowarzyszenie jest dobrowolnym, samorządnym, trwałym zrzeszeniem o celach niezarobkowych.”* Podobnych przykładów jest znacznie więcej. Niezależnie od różnic pomiędzy fundacją rodzinną, a wskazanymi powyżej podmiotami, podobny przepis powinien zostać uwzględniony w projektowanej ustawie. Takie rozwiązanie pozwoli rozwiązać ewentualne wątpliwości związane z interpretacją art. 3 projektu ustawy.

Zgodnie z projektowanym przepisem, zadaniem fundacji rodzinnej jest m.in. spełnianie świadczeń na rzecz wskazanego przez fundatora beneficjenta, w szczególności pokrywanie kosztów jego utrzymania lub kształcenia albo, w przypadku beneficjenta będącego organizacją pożytku publicznego, wspieranie realizacji przez niego celów społecznie lub gospodarczo użytecznych. Wydaje się, że mając na uwadze szeroki zakres celów prawnie dopuszczalnych, które może realizować fundacja, środki wypłacane beneficjentom mogą służyć spełnieniu wielu celów, niekoniecznie opisanych w projektowanym przepisie. Co prawda, przepis wskazuje wyłącznie przykładowy katalog sposobów przeznaczania świadczeń od fundacji rodzinnej, jednak wystarczające wydaje się określenie tych celów w statucie przez fundatora. Nie można też wykluczyć sytuacji, że zgodnie z wolą fundatora środki otrzymywane przez beneficjentów będą mogły być przeznaczane przez nich na dowolne cele. Wydaje się, że powyższy katalog najlepiej byłoby przesunąć do przepisu art. 28 projektu, który dotyczy wypłat na rzecz beneficjentów. Określanie rodzaju oraz przeznaczenia świadczeń, w tym przykładowego katalogu wskazanego obecnie w art. 3 projektu ustawy, w naszej ocenie wydaje się być przydatne i stanowić inspirację dla przyszłych fundatorów, jednak taka regulacja powinna być zlokalizowana w Rozdziale 6 projektu ustawy „Beneficjent” precyzując, jakie świadczenia mogą być realizowane na rzecz beneficjentów, a także określając przykładowy katalog przeznaczenia tych świadczeń. Przed wszystkim, należy jednoznacznie wskazać, że beneficjenci mogą otrzymać uprawnienie do świadczeń zarówno pieniężnych, jak i niepieniężnych, przy czym rodzaj i wysokość tych świadczeń powinna wynikać ze statutu. Przykładowo świadczenia mogą polegać na pokrywaniu kosztów utrzymania lub kształcenia, leczenia, bądź opieki, a w przypadku beneficjentów niebędących osobami fizycznymi, na wspieraniu realizacji przez tych beneficjentów celów społecznie lub gospodarczo użytecznych.

Mając na uwadze powyższe argumenty, w naszej ocenie przepis art. 3 ust. 1 projektu ustawy powinien zostać zmodyfikowany poprzez:

- określenie, że fundacja rodzinna może być tworzona w każdym celu prawnie dopuszczalnym, chyba że ustawa stanowi inaczej;
- przeniesienie przykładowego katalogu sposobów przeznaczenia środków otrzymywanych przez beneficjentów fundacji rodzinnej do przepisów dotyczących świadczeń wypłacanych beneficjentom – proponowany zapis sprawi, że komentowany przepis będzie bardziej przejrzysty, a także potwierdzi pełną swobodę decydowania o sposobie przeznaczenia tych świadczeń należnych beneficjentom przez fundatora.

Proponujemy zatem następujące brzmienie przepisu art. 3 ust. 1 ustawy o fundacjach rodzinnych:

Art. 3. 1. Fundacja rodzinna może być utworzona w każdym prawnie dopuszczalnym celu, chyba że ustawa stanowi inaczej. Cele fundacji rodzinnej realizowane są w szczególności poprzez zarządzanie posiadanym majątkiem i zapewnienie jego ochrony oraz spełnianie określonych w statucie świadczeń na rzecz wskazanego przez fundatora beneficjenta.

Dodatkowo, proponujemy odpowiednio zmodyfikować art. 28 ust. 1 projektu ustawy:

Art. 28. 1. Beneficjent może, zgodnie z wolą fundatora wyrażoną w statucie otrzymać od fundacji rodzinnej:

- 1) świadczenie pieniężne bądź niepieniężne, w szczególności świadczenia polegające na pokrywaniu kosztów utrzymania lub kształcenia, leczenia lub opieki, a w przypadku beneficjentów niebędących osobami fizycznymi, na wspieraniu realizacji przez nich celów społecznie lub gospodarczo użytecznych, lub
- 2) mienie po likwidacji fundacji rodzinnej.

1.3. Prowadzenie działalności gospodarczej – art. 6

1.3.1. Uwagi prawne

Projekt ustawy o fundacjach rodzinnych przewiduje następujące brzmienie art. 6, zgodnie z którym „*fundacja rodzinna nie może wykonywać działalności gospodarczej w rozumieniu art. 3 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2021 r. poz. 162)*”. Z kolei art. 3 ustawy Prawo przedsiębiorców stanowi, że „*działalnością gospodarczą jest zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana we własnym imieniu i w sposób ciągły.*”

Powyższe oznacza całkowite wykluczenie prowadzenia działalności gospodarczej przez fundację rodzinną, w tym prowadzenie działalności w oparciu o posiadane przez nią składniki majątkowe (np. nieruchomości). Kwalifikacja jako działalności gospodarczej zarządu majątkiem nie jest bowiem jednoznaczna w doktrynie. Co do zasady zarząd majątkiem nie powinien być uznany za działalność gospodarczą¹. Jednak jeżeli wyczerpuje przesłanki definiujące działalność gospodarczą i stanie się działaniem zorganizowanym, nastawionym na powtarzalność czynności przynoszących zysk, to w danym, konkretnym przypadku nie można wykluczyć zakwalifikowania takiej aktywności jako działalności gospodarczej (np. profesjonalny wynajem nieruchomości (nie we własnym domu) – zob.

¹ A. Walaszek-Pyziół, *Swoboda działalności gospodarczej. Studium prawne*, Kraków 1994, s. 30–32.

wyrok WSA w Gdańsku z 18.05.2006 r., I SA/Gd 462/05, LEX nr 299487)². Z kolei istnieją także poglądy, że nie można uznać za czerpanie korzyści z własnego majątku najmu lokali, ponieważ taka działalność bez względu na skalę stanowi działalność gospodarczą³. Zakaz prowadzenia działalności gospodarczej może w konsekwencji wykluczać wszelkie formy zarobkowania, które nie wiążą się z ryzykiem utraty majątku, przykładowo: zarządzanie nieruchomościami (wynajem, dzierżawa) stanowiącymi własność lub współwłasność fundacji rodzinnej, czy wykonywanie praw na dobrach niematerialnych.

Na etapie konsultacji Zielonej księgi fundacji rodzinnej wskazywano na konieczność zapewnienia fundacji rodzinnej możliwości pełnienia funkcji tzw. „inwestora pasywnego”, który realizuje przedsięwzięcia gospodarcze przy użyciu innych podmiotów prawa, w których posiada udziały, akcje itp. Taki model pozwala bowiem na ograniczenie ryzyka utraty majątku w związku z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Uzasadnienie projektu ustawy wskazuje, że wprowadzenie zakazu prowadzenia działalności gospodarczej spowodowane jest związanym z taką działalnością ryzykiem gospodarczym. Zwracamy jednak uwagę, że na gruncie komentowanego przepisu dopuszczalne jest posiadanie statusu wspólnika nie tylko spółek kapitałowych, ale również spółek osobowych. Skoro więc i tak fundacja może być narażona na ryzyka związane z subsydiarną odpowiedzialnością za zobowiązania spółek osobowych to niezrozumiałe jest nakładanie tak daleko idącego ograniczenia w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej.

Sam pomysł ograniczenia ryzyk związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa przez fundację rodzinną jest zrozumiały, choć naszym zdaniem decyzja w tym względzie powinna być pozostawiona fundatorowi. To on powinien decydować o poziomie dopuszczalnego ryzyka dla majątku wnoszonego do fundacji. Nawet przy założeniu, że ustawodawca powinien zadbać o ograniczenie ryzyka dla fundacji rodzinnej wprowadzenie całkowitego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej przez fundacje rodzinne to rozwiązanie zbyt daleko idące. Zakaz tego typu nie powinien obejmować dochodów wynikających z zarządzania wniesionym do fundacji majątkiem, w tym udostępniania składników tego majątku osobom trzecim za wynagrodzeniem (np. wynajem nieruchomości czy też licencja na korzystanie z patentu) oraz ze sprzedaży takich aktywów. Tego typu działalność gospodarcza nie wiąże się z reguły z wysokim ryzykiem i w tym przypadku zakaz prowadzenia działalności gospodarczej jest ograniczeniem nadmiernym. Fundacja rodzinna powinna mieć też możliwość nabywania aktywów, które nie niosą ze sobą żadnych ryzyk. Naszym zdaniem zakazywanie fundacjom tego typu działalności, zmusi je do zakładania spółek majątkowych, które będą prowadzić taką działalność. To natomiast może utrudnić, a nawet uniemożliwić fundacjom wykorzystywanie aktywów do nich wniesionych, w celach zarówno biznesowych, jak i celach rodzinnych.

Wydaje się, że tego typu regulacja może wynikać przede wszystkim z przyjętego modelu opodatkowania, który zakłada opodatkowanie dywidend wypłacanych do fundacji rodzinnej, gdyż zmusza fundację do przesuwania majątku do spółek operacyjnych. To jednak znacząco obniża atrakcyjność fundacji rodzinnej nie tylko w zakresie opodatkowania, ale również w zakresie swobody tworzenia tak zwanych biur rodzinnych (ang. family offices). Zwracamy uwagę na to, że fundacja charytatywna jest uprawniona do prowadzenia działalności gospodarczej. Uważamy, że skoro główną troską projektodawcy jest bezpieczeństwo majątku fundacji rodzinnej, to powinien on zakazywać

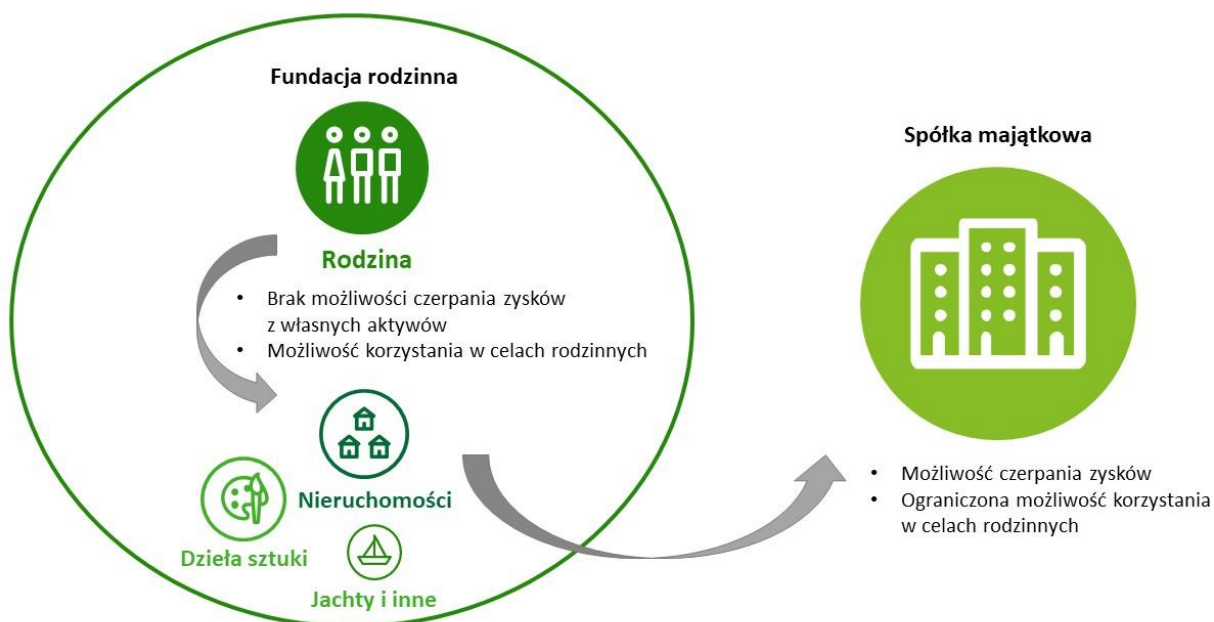
² E. Komierzyńska-Orlińska [w:] L. Bielecki, J. Gola, K. Horubski, K. Kokocińska, A. Żywicka, E. Komierzyńska-Orlińska, Komentarz do ustawy - Prawo przedsiębiorców [w:] *Konstytucja biznesu. Komentarz*, Warszawa 2019, art. 3.

³ M. Zdyb, G. Lubeńczuk, A. Wołoszyn-Cichocka, *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, Warszawa 2019.

jedynie działalności gospodarczej, która realnie temu majątkowi może zagrozić. Czerpanie dochodów pasywnych z wynajmu nieruchomości bądź udostępniania innych aktywów podmiotom trzecim, nie naraża majątku fundacji na istotne ryzyko, a może pozwolić na wykorzystywanie tych samych aktywów na cele typowo rodzinne. Ryzyka związane z taką działalnością byłyby jeszcze bardziej ograniczone, gdyby aktywa te były udostępniane wyłącznie spółkom handlowym, w których fundacja rodzinna posiada udziały bądź akcje, umożliwiając zarządzanie tymi aktywami przez te podmioty jako operatorów udostępniających aktywa podmiotom trzecim.

Mając na uwadze powyższe, należy rozważyć dopuszczenie jednak możliwości uzyskiwania przez fundację rodzinną dochodów z wniesionych do niej aktywów np. nieruchomości, praw własności intelektualnej, czy innych aktywów, choćby w ograniczonym zakresie, a także decydowanie o nabywaniu bądź sprzedaży takich aktywów. W naszej ocenie, niezbędnym minimum jest uregulowanie pozwalające na udostępnianie swoich aktywów spółkom powiązanim, tak aby to za pośrednictwem tych spółek możliwe było czerpanie zysków przez fundację rodzinną. Obecne rozwiązanie może utrudnić, a nawet uniemożliwić fundacji wykorzystywanie aktywów do niej wniesionych w celach zarówno biznesowych jak i celach rodzinnych (np. wykorzystywanie lokali inwestycyjnych zarówno na cele wspólnych wycieczek organizowanych dla rodziny jak i na wynajem, w czasie, gdy rodzina z niego nie korzysta).

Bezwzględny zakaz prowadzenia działalności gospodarczej przez fundację rodzinną



Projektowane przepisy wykluczają możliwość prowadzenia przez fundację rodzinną działalności gospodarczej. Kwestia ta wymaga komentarza w szczególności w kontekście:

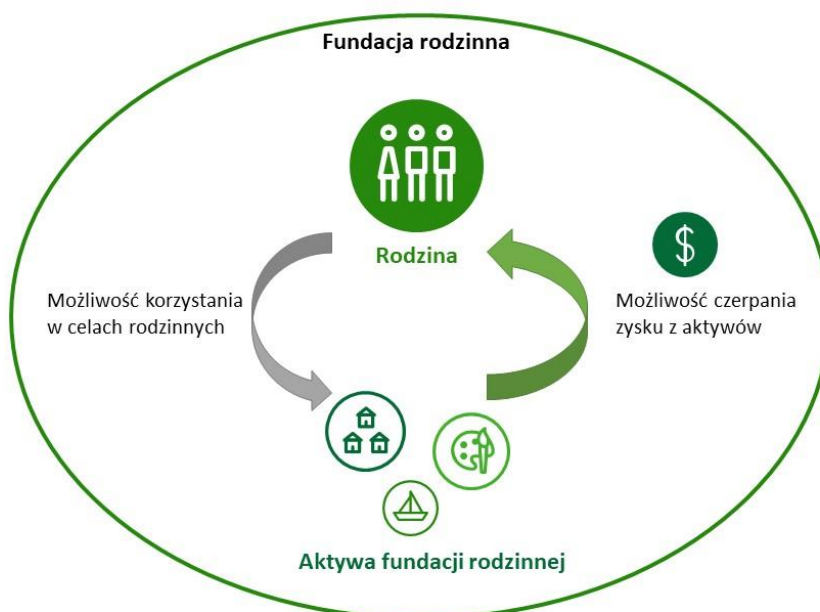
- 1) możliwości osiągnięcia przez fundację rodzinną przychodów (dochodów), w tym z działalności pasywnej np. z najmu nieruchomości, praw własności intelektualnej,

- 2) możliwości zaliczenia przez tę fundację wydatków do kosztów uzyskania przychodów, w tym z tytułu amortyzacji składników majątku,
- 3) otrzymania od fundatora przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części.

Przedmiotowy zakaz nie adresuje zatem należycie potrzeb firm rodzinnych. W tym celu konieczna jest odpowiednia modyfikacja projektowanego przepisu, która będzie polegać na:

- całkowitej swobodzie fundatora w podejmowaniu decyzji dotyczącej możliwości prowadzenia działalności przez fundację rodzinną; bądź
- wprowadzeniu wyjątków od zakazu prowadzenia działalności gospodarczej przez fundację rodzinną w zakresie działalności polegającej na wynajmie, wydzierżawianiu lub zawieraniu innych umów o podobnym charakterze dotyczących aktywów fundacji rodzinnej oraz nabywaniu i zbywaniu tych aktywów; bądź
- co najmniej umożliwienie fundacji rodzinnej udostępniania swoich aktywów spółkom powiązanym za wynagrodzeniem.

Umożliwienie fundacji rodzinnej wykonywania działalności gospodarczej (w zakresie wynajmu nieruchomości)



1.3.2. Uwagi podatkowe

Projekt ustawy o fundacjach rodzinnych w art. 6 zakazuje prowadzenia działalności gospodarczej przez fundację. Zgodnie z proponowanym brzmieniem tego przepisu: „*fundacja rodzinna nie może wykonywać działalności gospodarczej w rozumieniu art. 3 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2021 r. poz. 162)*”.

Wykluczono zatem całkowicie możliwość prowadzenia działalności gospodarczej przez fundację rodzinną. Z kolei za rodzące wątpliwości należy uznać możliwość zarządu majątkiem trwałym (np. nieruchomościami) przez fundację rodzinną. Kwestia zarządu majątkiem nie jest bowiem jednoznacznie kwalifikowana i po spełnieniu określonych przesłanek może zostać uznana za działalność gospodarczą. Co ważne w obecnym kształcie uzyskane w ten sposób przychody mogą nie

podlegać opodatkowaniu podatkiem dochodowym od osób prawnych. Zgodnie z przepisem art. 2 ust. 1 pkt 3 Ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych przepisów (tej) ustawy nie stosuje się do przychodów wynikających z czynności, które nie mogą być przedmiotem prawnie skutecznej umowy.

Znaczne ograniczenie możliwości osiągania przez fundację rodzinną przychodów (dochodów) w praktyce spowoduje, że źródłem jej finansowania będą dochody osiągnięte z udziałów w innych spółkach (dywidendy, wypłaty zysku), ewentualnie dochody uzyskane ze sprzedaży majątku trwałego. Z drugiej strony należy mieć na uwadze, że fundacja będzie ponosiła wydatki (własne) związane ze swoim funkcjonowaniem przykładowo koszty zarządu, obsługi księgowej, lokalu, utrzymania posiadanych środków trwałych, amortyzacji. W sytuacji osiągania przez fundację przychodów opodatkowanych zryczałtowanym podatkiem dochodowym z tytułu udziału w zyskach osób prawnych czy też z udziału w podmiotach transparentnych podatkowo faktycznie fundacje rodzinne zostaną pozbawione prawa do zaliczenia do kosztów uzyskania przychodów ponoszonych wydatków. Osiąganie wyłącznie tego rodzaju przychodów wyklucza potrącalność z nimi kosztów poniesionych przez fundację. Ewentualna potrącalność tego rodzaju kosztów będzie możliwa dopiero po uzyskaniu przez fundację przychodów z tytułu sprzedaży posiadanego majątku o charakterze trwałym.

Powyższe zdaje się nie być intencją projektodawcy przepisów m. in. z uwagi na planowane dodanie przepisów art. 16g ust 1 pkt 4d i art. 16h ust. 3f ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych regulujących zasady amortyzacji.

Zakaz prowadzenia działalności gospodarczej komplikuje również sytuację otrzymania przez fundację rodzinną przedsiębiorstwa (lub jego zorganizowanej części). Celem jego dalszego prowadzenia fundacja rodzinna powinna je wytransferować do utworzonej w tym celu spółki. Przy czym na uwadze należy mieć, że pośrednictwo w sukcesji przedsiębiorstwa niemogącej prowadzić działalności gospodarczej fundacji rodzinnej może naruszyć zasadę kontynuacji prowadzenia przedsiębiorstwa kluczowej dla zachowania neutralności podatkowej transferu przedsiębiorstwa (lub jego zorganizowanej części).

Mając na uwadze powyższe koniecznym wydaje się wprowadzenie możliwości prowadzenia przez fundację rodzinną działalności gospodarczej.

Wydaje się, że Ministerstwo Finansów posiada instrumenty do wprowadzenia zabezpieczenia przed wykorzystaniem fundacji w celu unikania opodatkowania.

Ewentualnie postulowanym wydaje się umożliwienie prowadzenia przez fundację rodzinną ograniczonej działalności gospodarczej, w szczególności o charakterze pasywnym przykładowo w zakresie zarządu posiadaniem majątkiem, odpłatnym udostępnianiem go itp. Propozycja przepisów dotyczących tej kwestii znajduje się w uwagach prawnych.

Proponujemy zatem następujące brzmienie przepisu art. 6 ustawy o fundacjach rodzinnych:

Wersja 1

Art. 6. Fundacja rodzinna nie może wykonywać działalności gospodarczej w rozumieniu art. 3 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2021 r. poz. 162), chyba że statut stanowi inaczej.

Wersja 2

Art. 6. 1. Fundacja rodzinna nie może wykonywać działalności gospodarczej w rozumieniu art. 3 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2021 r. poz. 16), z zastrzeżeniem ust. 2.

2. Fundacja rodzinna jest uprawniona do swobodnego zarządzania swoim majątkiem, oddawania w najem, dzierżawę lub zawierania innych umów o podobnym charakterze dotyczących aktywów fundacji rodzinnej oraz nabywania i zbywania tych aktywów.

Wersja 3

Art. 6. 1. Fundacja rodzinna nie może wykonywać działalności gospodarczej w rozumieniu art. 3 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2021 r. poz. 162), z zastrzeżeniem ust. 2.

2. Fundacja rodzinna jest uprawniona do oddawania w najem, dzierżawę lub zawierania innych umów o podobnym charakterze dotyczących aktywów fundacji rodzinnej, o ile drugą stroną umowy jest jednostka powiązana w rozumieniu przepisów ustawy z dn. 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. z 2021 r. poz. 217), oraz nabywania i zbywania tych aktywów.

1.4. Odpowiedzialność fundacji za zobowiązania alimentacyjne fundatora – art. 8 ust. 2

Odpowiedzialność fundacji za zobowiązania alimentacyjne fundatora powstałe po utworzeniu fundacji została uregulowana w art. 8 projektu ustawy o fundacjach rodzinnych w ten sposób, że *„fundacja rodzinna odpowiada za wykonanie powstałego po jej utworzeniu obowiązku alimentacyjnego obciążającego fundatora. W przypadku, gdy egzekucja z majątku fundatora obowiązku alimentacyjnego powstałego po utworzeniu fundacji rodzinnej okaże się bezskuteczna, uprawniony może prowadzić egzekucję z majątku fundacji rodzinnej”*. Ustęp 3 wspomnianego przepisu stanowi dodatkowo, że *„przepis ust. 2 nie stanowi przeszkody do wniesienia powództwa przeciwko fundacji rodzinnej, zanim egzekucja z majątku fundatora okaże się bezskuteczna”*.

Wprowadzenie tego typu subsydiarnej odpowiedzialności fundacji rodzinnej za zobowiązania fundatora powstałe po jej utworzeniu wydaje się zbyt daleko idące. W obecnym stanie prawnym istnieją bowiem mechanizmy pozwalające na zabezpieczenie realizacji roszczeń alimentacyjnych. Co więcej, tego typu rozwiązań nie przewidziano w przypadku klasycznej sukcesji majątkowej.

Należy pamiętać, że przepisy KRO gwarantują ochronę osób uprawnionych do alimentów w art. 136 KRO, zgodnie z którym *„jeżeli w ciągu ostatnich trzech lat przed sądowym dochodzeniem świadczeń alimentacyjnych osoba, która była już do tych świadczeń zobowiązana, bez ważnego powodu zrzekła się prawa majątkowego lub w inny sposób dopuściła do jego utraty albo jeżeli zrzekła się zatrudnienia lub zmieniła je na mniej zyskowne, nie uwzględnia się wynikłej stąd zmiany przy ustalaniu zakresu świadczeń alimentacyjnych.”* Przepis ten dotyczy zarówno obowiązków alimentacyjnych istniejących w momencie dokonywania czynności powodującej utratę mienia, ale dopuszcza się też szersze rozumienie tego przepisu poprzez uwzględnienie sytuacji, gdy obowiązek alimentacyjny jeszcze nie istniał natomiast zobowiązany powinien mieć świadomość, że jest on nieuchronny⁴. Może to dotyczyć

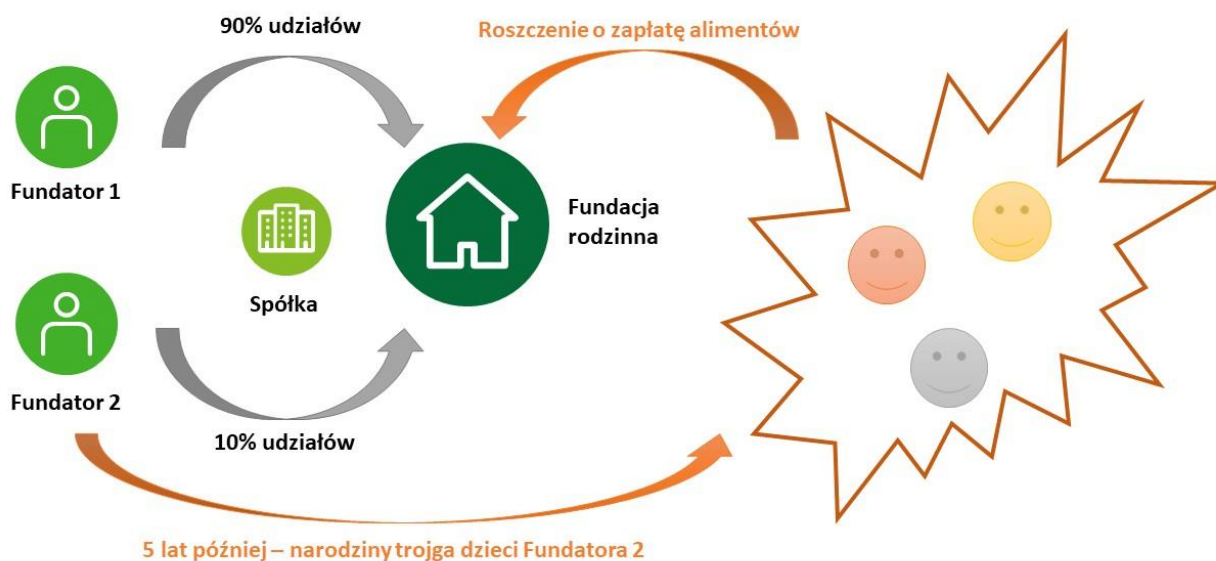
⁴ J.Pawliczak [w:] Osajda 2020, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*. Komentarz do art. 136 KRO, 2020.

sytuacji, w której uprawniony wprowadzi jeszcze nie był w niedostatku, ale zobowiązany zdawał sobie sprawę, że może on wkrótce znaleźć się w takim stanie (np. z powodu podeszłego wieku, chronicznej choroby itp.). Dotyczy to przykładowo sytuacji, gdy mężczyzna wiedział, że jego partnerka jest w ciąży i po urodzeniu dziecka będzie zobowiązany dostarczać mu środki utrzymania i wychowania. W celu realizacji roszczeń alimentacyjnych uprawniony do alimentów może między innymi skorzystać ze skargi pauliańskiej i żądać uznania czynności za bezskuteczną w stosunku do niego. Powyższy przepis gwarantuje uprawnionym do alimentów ochronę w przypadku zbycia majątku przez zobowiązanego do alimentów w ciągu 3 lat przed wystąpieniem z żądaniem o alimenty.

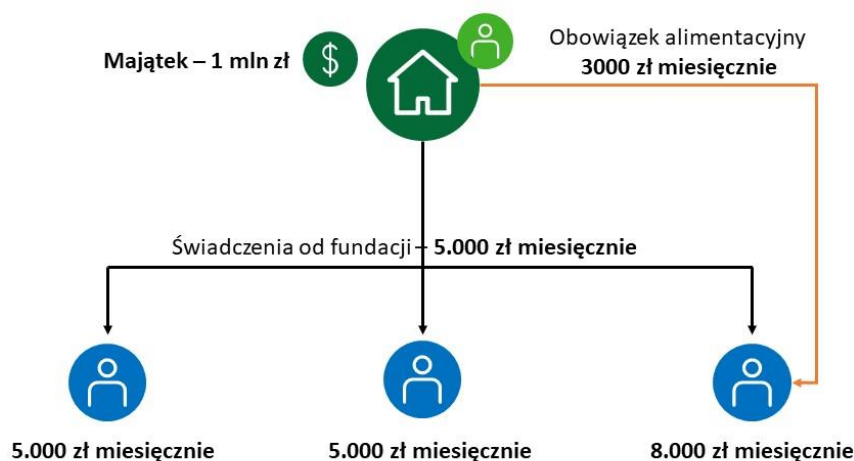
Przepisy KRO nie przewidują zatem żadnej dodatkowej odpowiedzialności subsydiarnej osób, na rzecz których osoba, która następnie zostanie zobowiązana do alimentów zbyła majątek. **W sytuacji klasycznej sukcesji majątkowej**, gdy nestor przekaze darowizną swój majątek kolejnemu pokoleniu, a następnie powstanie obowiązek alimentacyjny, **osoby obdarowane nie będą odpowiadały subsydiarnie za zobowiązania alimentacyjne nestora**. Wyjątkiem jest sytuacja, gdy darowizny zostały wykonane w ciągu 3 lat przed powstaniem obowiązku alimentacyjnego, a nestor miał świadomość nieuchronności powstania tego obowiązku. Nałożenie odpowiedzialności subsydiarnej na fundację rodzinną wydaje się zatem nieuzasadnione i stanowi element, który może wpływać negatywnie na podjęcie decyzji o utworzeniu fundacji rodzinnej. Celem wdrożenia tego rozwiązania jest zapewnienie stabilności firmie rodzinnej i zachowanie jej w rękach rodziny. Wprowadzanie rozwiązań zdecydowanie mniej korzystnych dla firmy rodzinnej w stosunku do klasycznej sukcesji nie powinno mieć miejsca.

Dodatkowo, taka regulacja będzie skłaniać członków rodziny (w skrajnych przypadkach w porozumieniu z fundatorem) do występowania z roszczeniami alimentacyjnymi w stosunku do fundatora powołując się na niedostatek, skoro będą one miały świadomość, że nawet jeżeli nestor nie posiada znacznych środków finansowych do zaspokojenia alimentów, roszczenie będzie mogło być zaspokojone przez fundację.

Powyższe rozwiązanie wydaje się niesprawiedliwe również w przypadku założenia fundacji przez kilka osób, w szczególności osób niespokrewnionych (np. w razie założenia fundacji rodzinnej przez dwóch wieloletnich współników posiadających po 50% udziałów). Stanowi to zagrożenie dla interesów pozostałych fundatorów, którzy wnieśli majątek do fundacji rodzinnej, a następnie ten majątek będzie wykorzystywany na zaspokojenie roszczeń alimentacyjnych, za które powinien odpowiadać inny fundator. O ile, w przypadku obowiązku alimentacyjnego powstałego przed utworzeniem fundacji, taka osoba będzie miała świadomość tego ryzyka, tak w przypadku objęcia odpowiedzialnością subsydiarną fundacji rodzinnej za obowiązki alimentacyjne powstałe po utworzeniu fundacji, pozostali fundatorzy nie będą mogli tego przewidzieć.



Kolejnym przykładem jest sytuacja, w której fundator wnosi do fundacji rodzinnej udziały, bądź akcje spółki handlowej. W takiej sytuacji, to fundacja wykonuje prawa udziałowe, ma wpływ na działalność spółki, dąży do osiągnięcia zysków ze spółki w celu zaspokojenia beneficjentów. W przypadku, gdy firma rodzinna będzie prosperować znacznie lepiej po zmianie właściciela, uzyskane zyski z jej działalności będą zagrożone poprzez potencjalną konieczność wypłaty roszczeń alimentacyjnych. Takiego mechanizmu nie przewidziano w przypadku klasycznej sukcesji polegającej na darowiźnie udziałów, czy ich sprzedaży. Nowy nabywca udziałów nie odpowiada subsydiarnie za zobowiązania alimentacyjne nestora powstałe po transakcji. W konsekwencji, wprowadzenie odpowiedzialności subsydiarnej fundacji rodzinnej może prowadzić do konieczności wypłacania świadczeń przez fundację rodzinną na rzecz osób uprawnionych do alimentów, zrównując je, a nawet stawiając przed beneficjentami, dla których świadczenia przewidział fundator. Takie rozwiązanie nadmiernie godzi w swobodę fundatora w decydowaniu o tym kto zostanie beneficjentem i kto będzie pobierał korzyści z fundacji rodzinnej. Należy przecież pamiętać, że zgodnie z projektowanym art. 30, roszczenia osób uprawnionych do alimentów zaspokajane będą przez fundację rodzinną w pierwszej kolejności, z tym zastrzeżeniem, że nie może to doprowadzić do pokrzywdzenia beneficjenta, wobec którego na fundatorze ciąży obowiązek alimentacyjny. Dodatkowo, jak wskazywano wyżej istnieją obecnie mechanizmy pozwalające na zabezpieczenie interesów osób uprawnionych do alimentów (np. skarga pauliańska).



Mając na uwadze powyższe argumenty, proponujemy wprowadzenie ograniczenia kwotowego w zakresie odpowiedzialności fundacji rodzinnej za zobowiązania alimentacyjne fundatora. Przed wszystkim odpowiedzialność należy ograniczyć do wysokości wartości mienia wniesionego przez fundatora, którego obciąża obowiązek alimentacyjny. Ponadto, proponujemy ograniczenie subsydiarnej odpowiedzialności fundacji rodzinnej do konkretnej kwoty tj. kwoty stanowiącej maksymalną podstawę wymiaru składek na ubezpieczenie emerytalne i rentowe, o której mowa w przepisach o systemie ubezpieczeń społecznych, a konkretnie do kwoty odpowiadającej trzydziestokrotności prognozowanego przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego w gospodarce narodowej na dany rok kalendarzowy. W roku 2021 kwota ta wynosi 157 770 zł. Wydaje się, że proponowane brzmienie przepisu stanowi kompromis pomiędzy nieograniczoną odpowiedzialnością fundacji rodzinnej za obowiązki alimentacyjne fundatora, a potrzebą ochrony interesów osób uprawnionych do alimentów i pozostaje w zgodzie z obecnie obowiązującymi rozwiązaniami prawnymi. Wypłacenie alimentów ograniczonych do wskazanej wyżej wysokości będzie wystarczające do zaspokojenia potrzeb osób uprawnionych do alimentów, a jednocześnie nie narazi fundacji rodzinnej na zbyt duży uszczerbek.

Dodatkowo, należy jednoznacznie wskazać w treści przepisu, że fundacja rodzinna może żądać od fundatora zwrotu całości sumy wypłaconej tytułem obowiązku alimentacyjnego obciążającego fundatora.

W związku z tym, proponujemy nadanie omawianemu przepisowi następującego brzmienia:

Art. 8. 2. Fundacja rodzinna odpowiada za wykonanie powstałego po jej utworzeniu obowiązku alimentacyjnego obciążającego fundatora do wysokości wartości wniesionego przez niego do fundacji mienia na moment jego wniesienia z zastrzeżeniem zdania następnego. Fundacja rodzinna ponosi odpowiedzialność za wykonanie obowiązku, o którym mowa w zdaniu poprzednim w stosunku do danego beneficjenta w danym roku kalendarzowym tylko do kwoty stanowiącej maksymalną podstawę wymiaru składek za ubezpieczenie emerytalne i rentowe zgodnie z art. 19 ust. 1 ustawy

z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 423). W przypadku, gdy egzekucja z majątku fundatora obowiązku alimentacyjnego powstałego po utworzeniu fundacji rodzinnej okaże się bezskuteczna, uprawniony może prowadzić egzekucję z majątku fundacji rodzinnej. Fundacja rodzinna może żądać od fundatora zwrotu całości sumy wypłaconej tytułem obowiązku alimentacyjnego obciążającego fundatora.

Odnosząc się natomiast do kwestii spełniania obowiązku alimentacyjnego przez fundację rodzinną na rzecz beneficjenta tej fundacji, warto zauważyć, że projekt ustawy w żaden sposób nie adresuje kwestii stosunku wypłat alimentacyjnych do pobierania świadczeń przez beneficjenta, będącego jednocześnie uprawnionym do alimentów. Taka sytuacja, może mieć miejsce bardzo często, biorąc pod uwagę, że beneficjentami fundacji rodzinnej będą najczęściej osoby bliskie fundatora. Wobec tego, należałoby rozstrzygnąć, czy w sytuacji, gdy fundacja rodzinna spełnia obowiązek alimentacyjny fundatora na rzecz jej beneficjenta, świadczenia przewidziane dla tego beneficjenta powinny mu przysługiwać na takich samych zasadach, czy też powinny zostać odpowiednio obniżone. W naszej opinii, konieczne jest jednoznaczne wskazanie, że beneficjent, wobec którego fundacja rodzinna spełnia obowiązek alimentacyjny obciążający fundatora, traci prawo do świadczeń i mienia po likwidacji fundacji rodzinnej w odpowiedniej części (wynoszącej różnicę pomiędzy kwotą alimentów a kwotą świadczeń należnych z fundacji – bowiem postulujemy zaliczenie wypłat z fundacji na poczet alimentów). Podobna regulacja została przewidziana w art. 28 ust. 3 projektu w stosunku do zachowku. Należałoby ją rozszerzyć w ten sposób, aby obejmowała też świadczenia wynikające z obowiązków alimentacyjnych na rzecz beneficjenta. W przeciwnym razie, spełnianie obowiązku alimentacyjnego przez fundację rodzinną na rzecz beneficjenta będzie prowadziło do podwójnego wzbogacenia tej osoby z uszczerbkiem dla pozostałych beneficjentów, których świadczenia ulegną zmniejszeniu z uwagi na konieczność przeznaczenia majątku fundacji rodzinnej na dodatkowe cele.

Odpowiedzialność subsydiarna fundacji rodzinnej oznacza jednak także, że w sytuacji spełnienia przez nią obowiązku alimentacyjnego obciążającego fundatora, fundacja rodzinna będzie miała roszczenie regresowe do fundatora o zwrot wypłaconych kwot, a w przypadku gdy fundator będzie również beneficjentem fundacja rodzinna będzie mogła potrącić te kwoty z przysługujących mu świadczeń. Mając na uwadze, że teoretycznie fundacja rodzinna będzie w stanie odzyskać wypłacone tytułem alimentów kwoty od fundatora, np. potrącając je z należnymi fundatorowi świadczeniami, naszym zdaniem należy tę kwestię również uwzględnić w przepisie. W takim przypadku, beneficjenci zachowaliby prawo do świadczeń z fundacji rodzinnej, gdyby okazało się, że możliwe jest uzyskanie wypłaconych kwot od fundatora w ramach roszczenia regresowego.

Dodatkowo, jak wskazano już wyżej, uważamy, że świadczenia wypłacane na rzecz beneficjenta przez fundację rodzinną oraz mienie po likwidacji fundacji rodzinnej powinny zostać zaliczone na wypłatę świadczenia alimentacyjnego obciążającego fundatora, tak aby nie prowadzić do podwójnego wzbogacenia się tych osób kosztem fundacji rodzinnej.

W związku z tym, proponujemy następującą modyfikację art. 28 ust. 3 projektu ustawy:

Art. 28. 3. Beneficjent, który ma otrzymać od fundacji rodzinnej sumę pieniężną potrzebną do uzupełnienia zachowku lub wobec którego fundacja rodzinna spełnia obowiązek alimentacyjny obciążający fundatora, traci prawo do świadczeń i mienia po likwidacji fundacji rodzinnej w części

odpowiadającej tej sumie, chyba, że fundacja rodzinna mimo spełnienia obowiązku alimentacyjnego na rzecz beneficjenta nie jest zubożona.

Proponujemy również dodanie do art. 28 ust. 4 o następującej treści:

Art. 28. 4. Świadczenia wypłacane na rzecz beneficjenta przez fundację rodzinną oraz mienie po likwidacji fundacji rodzinnej podlegają zaliczeniu na wypłatę świadczenia alimentacyjnego obciążającego fundatora.

1.5. Możliwość dokonywania darowizn na rzecz fundacji rodzinnej – art. 16

Zgodnie z projektowanym art. 16 ust. 1 ustawy o fundacjach rodzinnych „*darowizny na rzecz fundacji rodzinnej może dokonać fundator albo osoba, która jest albo byłaby powołana do spadku jako spadkobierca ustawowy po fundatorze albo jego małżonku, wstępnym lub zstępnym*”.

Powyższy przepis ogranicza krąg osób, które mogą dokonywać darowizn na rzecz fundacji rodzinnej wyłącznie do fundatora lub osób spokrewnionych z fundatorem, jego małżonkiem oraz wstępnymi lub zstępnymi. Wydaje się, że takie ograniczenie jest nadmierne. Podobnego ograniczenia nie przewidziano bowiem w stosunku do żadnych innych podmiotów w systemie prawa.

W uzasadnieniu projektu ustawy wskazano, że taka regulacja ma umożliwić łączenie majątku, w szczególności w przypadku współwłasności, jednak w przypadku gdy współwłaścicielem majątku będzie osoba niespokrewniona w żaden sposób z fundatorem bądź osobami wymienionymi w przepisie, łączenie majątku będzie niemożliwe.

Nie można wykluczyć sytuacji, że osoba nieuczestnicząca w fundacji rodzinnej, która jest współwłaścicielem majątku wspólnie z fundacją rodzinną w braku odpowiednich sukcesorów, gdy nie będzie już w stanie zarządzać swoim majątkiem zdecyduje się na przekazanie tego majątku fundacji rodzinnej. Powyższy przepis uniemożliwi przekazanie tego majątku fundacji rodzinnej.

Podobna sytuacja będzie miała miejsce w przypadku, gdy osoba trzecia będąca silnie związana emocjonalnie z rodziną fundatora będzie chciała przekazać swój majątek fundacji, w szczególności właśnie w razie wygaśnięcia jej linii rodzinnej i braku sukcesorów. Obecne brzmienie przepisu uniemożliwi dokonywanie darowizn także osobom pozostającym w nieformalnych związkach bądź w związkach partnerskich.

Komentowany przepis narusza swobodę decydowania o swoim majątku przez osoby pragnące przekazać go fundacji rodzinnej. Mogą to być przyjaciele rodziny, kontrolowane spółki, ale także partnerzy fundatora, czy beneficjentów fundacji rodzinnej, którzy nie są spadkobiercami ustawowymi tych osób. Mogą to być w końcu także fundacje rodzinne założone za granicą przez członków danej rodziny, którzy na skutek wprowadzenia tej instytucji w polskim porządku prawnym będą mieli zamiar przeniesienia majątku rodzinnego z powrotem do Polski. Takie ograniczenie nie znajduje odpowiedniego uzasadnienia. Darowizna jako czynność wyłącznie przysparzająca nie generuje z zasady żadnego ryzyka dla fundacji rodzinnej. Nawet gdyby takie ryzyko zostało zidentyfikowane, to fundacja rodzinna mogłaby darowizny nie przyjąć.

Mając na uwadze powyższe, w naszej ocenie konieczne jest zrezygnowanie z jakiegokolwiek ograniczenia kręgu podmiotów mogących dokonać darowizny na rzecz fundacji rodzinnej.

W konsekwencji, proponujemy, aby przepis art. 16 ustawy o fundacjach rodzinnych brzmiał następująco:

Art. 16. Przez dokonanie darowizny na rzecz fundacji rodzinnej przez osobę inną niż fundator darczyńca nie staje się fundatorem.

2. Status prawny fundatora

2.1 Uwagi ogólne

Projekt ustawy przewiduje szereg uprawnień fundatora, które zdają się go czynić aż do śmierci pełnym dysponentem fundacji rodzinnej. W szczególności fundator zawsze jest uprawniony do podjęcia decyzji o rozwiązaniu fundacji rodzinnej albo też o zmianie w zakresie beneficjentów i przysługujących im uprawnień, a zmiany statutu fundacji za życia fundatora – jeśli zostaną przewidziane – będą mogły być dokonywane wyłącznie przez niego. Co więcej, nie przewidziano żadnego trybu, w ramach którego fundator mógłby się tych uprawnień zrzec (np. w statucie fundacji rodzinnej).

W wielu sytuacjach statut fundacji to będzie wspólna praca nestora oraz sukcesorów, która powinna opierać się na zaufaniu, że wypracowane regulacje nie ulegną zmianie bez zgody wszystkich interesariuszy. Takie zaufanie najlepiej budować na trwałych rozwiązaniach prawnych. O ile łatwo jest zrozumieć nadzwyczajną pozycję fundatora, to nie sposób już zaakceptować braku prawnej możliwości zmiany w tym zakresie. Takie rozwiązania obniżają atrakcyjność fundacji rodzinnej, jako instrumentu promującego wielopokoleniową sukcesję. Zwracamy również uwagę na to, że w ramach klasycznej sukcesji za życia nestora, darowizny mogą być odwołane wyłącznie w wyjątkowych przypadkach. To sprawia, że fundacja rodzinna będzie rozwiązaniem mniej atrakcyjnym dla rodzin, które pragną wspólnie uzgodnić zasady sukcesji budując konsensus międzypokoleniowy.

Fundator powinien mieć uprawnienie, które przypisuje mu projektodawca, jednak w chwili zakładania fundacji rodzinnej powinien mieć również uprawnienie do skutecznego zrzeczenia się tych uprawnień albo ich modyfikacji (ograniczenia) w sposób należyście zabezpieczający sukcesorów. Nestorzy przekazują zwykle co najmniej znaczącą część majątku kolejnemu pokoleniu jeszcze za życia, również dlatego, że obawiają się, że wraz z postępującym wiekiem ich proces decyzyjny może ulec naturalnemu osłabieniu. Znane są przypadki, że pod koniec życia nestorzy podejmują nieracjonalne decyzje. Stąd też bardzo wielu potencjalnych fundatorów będzie chciało zabezpieczyć swoich sukcesorów, jak i samych siebie przed negatywnymi skutkami potencjalnie podejmowanych przez siebie pod koniec życia decyzji. Uważamy, że należy im to umożliwić.

Kwestia dopuszczalności zrzeczenia się uprawnień przez fundatora nie powinna budzić wątpliwości. Takie rozwiązania są znane zarówno w polskim porządku prawnym w odniesieniu do fundacji charytatywnej, jak i w zagranicznych porządkach prawnych. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 2006 r., sygn. akt: III CZP 114/06 fundator fundacji charytatywnej nie może zmienić statutu fundacji, gdy jej statut nie upoważnia go do dokonywania takich zmian. Z tej uchwały wynika przede wszystkim, że fundator może wpływać na jej kształt prawny tylko w sposób ściśle określony przez prawo, a jego rola uwidacznia się przede wszystkim na etapie tworzenia fundacji, a więc inaczej

niż w przypadku osób prawnych typu korporacyjnego, rola fundatora kończy się w zasadzie po zarejestrowaniu fundacji i uzyskaniu przez nią osobowości prawnej, chyba że co innego wynika ze statutu fundacji. Podobna regulacja została przewidziana również w stosunku do fundacji rodzinnej np. na podstawie przepisów Księstwa Liechtensteinu (bardzo popularnej jurysdykcji dla fundacji rodzinnych), zgodnie z którymi fundator ma prawo do zmiany statutu fundacji rodzinnej, jeżeli zastrzegł sobie takie prawo w statucie. W przeciwnym razie, traci to uprawnienie. Może też przewidzieć możliwość zmian statutu przez pozostałe organy fundacji rodzinnej.

Takie same zasady powinny dotyczyć również fundacji rodzinnych, które także będą odrębnymi osobami prawnymi, niekoniecznie w pełni zależnymi od fundatora i jego woli. Ostatecznie to fundatorzy określiliby zakres swoich praw w statucie fundacji, a więc ich interesy będą chronione w sposób wystarczający.

Bardzo duże wątpliwości budzi też status fundatorów w przypadku, gdy jest ich kilku. Z treści projektowanych przepisów zdaje się wynikać, że ostatni żyjący fundator będzie mógł dożywotnio dowolnie zmieniać statut fundacji oraz sposób przyznawania świadczeń beneficjentom. W skrajnych przypadkach może to doprowadzić do wykluczenia z grona beneficjentów członków rodziny pozostałych fundatorów.

Rozważenia wymaga także kwestia zakładania fundacji rodzinnej przez inne fundacje rodzinne działające na terenie państw zagranicznych. Obecny projekt ustawy przewidujący, że fundatorem może być wyłącznie osoba fizyczna nie przewiduje takiej możliwości.

2.2 Uprawnienia fundatora – art. 22, 23, 27

2.2.1. Uprawnienie fundatora do zmiany statutu – art. 22 ust. 2, art. 23

Projektowany art. 22 ust. 2 ustawy o fundacjach rodzinnych określa obligatoryjne elementy statutu fundacji rodzinnej. Sam sposób zmiany statutu wynika z art. 22 ust 2 pkt 10) oraz art. 23 projektu ustawy.

Przepis art. 22 ust 2 pkt 10) brzmi następująco:

„Statut określa: (...)

10) zasady zmiany statutu przez fundatora, a po jego śmierci, przez zarząd lub inne ustanowione organy;(…).”

Z kolei art. 23 projektu ustawy o fundacjach rodzinnych zawiera dyspozytywną regulację dotyczącą zmiany statutu po śmierci fundatora wskazując, że *„O ile statut tak stanowi, po śmierci fundatora zarząd jest uprawniony do zmiany statutu w zakresie wskazanym przez fundatora, w szczególności w zakresie dostosowania statutu do bieżącej sytuacji ekonomicznej lub prawnej, uwzględniając zachowanie określonych przez fundatora celów fundacji rodzinnej”*.

Zgodnie z powyższymi przepisami statut może zostać zmieniony wyłącznie przez fundatora, a po jego śmierci przez zarząd lub inne upoważnione organy.

W naszej ocenie, zasady zmiany statutu powinny być całkowicie uzależnione od woli fundatora na moment tworzenia fundacji rodzinnej i wyrażone w statucie w sposób dowolny. Argumenty

popierające tezę o zapewnieniu fundatorowi jak największej swobody działania przedstawiliśmy w rozdziale 2.1 – Uwagi ogólne, gdzie wskazywaliśmy, że takie rozwiązanie zostało przewidziane zarówno w stosunku do istniejących w polskim porządku prawnym fundacji, a także w stosunku do zagranicznych fundacji rodzinnych.

W tym miejscu pragniemy tylko dodać, że kwestia uprawnienia do zmiany statutu jest krytyczna dla wielu firm rodzinnych. W zasadzie żadna z firm rodzinnych, z którymi dyskutowaliśmy na ten temat nie wyobraża sobie całkowitego zamknięcia możliwości zmiany statutu fundacji, z uwagi na to, że przyszłość z całą pewnością przyniesie zmiany, do których trzeba będzie się dostosować. Z drugiej strony do samego trybu zmiany statutu firmy rodzinne podchodzą z dużą dozą ostrożności, bo powinien być to trwały fundament dla funkcjonowania fundacji w przyszłości. W szczególności zmiana statutu może prowadzić do zmian w zakresie beneficjentów i przysługujących im świadczeń lub mienia po likwidacji fundacji rodzinnej. Mimo, że wynika to z pozostałych przepisów projektu ustawy, wydaje się że dla przejrzystości, należy jednoznacznie wskazać właśnie w przepisach dotyczących statutu fundacji rodzinnej, że zmiana beneficjentów i ich świadczeń wymaga zmiany statutu.

W większości przypadków fundacje rodzinne będą zakładane za życia fundatora, aby uniknąć jakiegokolwiek niepewnej sytuacji prawnej. Członkowie rodzin firm rodzinnych często porzucają lub rezygnują ze swoich osobistych karier poza firmą rodzinną, na rzecz pracy w firmie rodzinnej z uwagi na obietnicę, że w przyszłości będą sukcesorami. Co więcej nestorzy w wielu przypadkach chcą przekazywać stopniowo kolejnemu pokoleniu odpowiedzialność za firmę rodzinną jak i wynikające z niej korzyści. W większości przypadków polega to na stopniowym przekazywaniu udziałów lub akcji w firmie. Samą darowiznę odwołać jest niezwykle trudno. Dzięki temu sukcesorzy mają faktycznie pewność, że nestor nie zmieni swojej decyzji w przyszłości kierując się jakimś nieracjonalnym impulsem.

Pozbawienie fundatora możliwości definitywnego przekazania swoim następcom uprawnień do zarządzania firmą oraz do czerpania z niej korzyści, będzie miało bardzo negatywny efekt dla funkcjonowania firm rodzinnych. Doprowadzi to do pogorszenia sytuacji prawnej przyszłych sukcesorów i będzie zniechęcać członków rodziny do przeprowadzenia sukcesji pokoleniowej w tej formie.

Dodatkowo, przyznanie fundatorowi wyłącznego uprawnienia do zmiany statutu za jego życia z wyłączeniem pozostałych organów może uniemożliwiać modyfikację tego dokumentu w końcowym okresie życia fundatora. Przykładowo, w sytuacji gdy fundator fundacji rodzinnej ciężko zachoruje, mimo pozostawania przy życiu nie będzie on w stanie dokonywać zmian statutu, które mogą okazać się niezbędne z uwagi na zaistniałe okoliczności. Zabezpieczeniem takiej sytuacji jest wprowadzenie zasady, zgodnie z którą uprawnienie do zmiany statutu powinno przysługiwać zgromadzeniu beneficjentów, przy założeniu że odmienne zasady mogą wynikać z regulacji statutowych. Takie rozwiązanie sprawi, że o zmianie statutu będzie decydował organ kolegialny, więc przeszkody osobowe w postaci choroby, czy niemożliwości podjęcia czynności będą ograniczone. Jednocześnie, fundator w dalszym ciągu będzie mógł przyznać sobie w statucie uprawnienie do jego zmiany.

W związku z powyższym naszym zdaniem konieczne jest wprowadzenie odpowiednich modyfikacji przedmiotowych przepisów poprzez:

- rezygnację ze sztywnego określania, że zmiana statutu za życia fundatora może dokonać wyłącznie fundator, co wynika z art. 22. ust. 2 pkt 10) obecnego projektu ustawy;
- wskazanie, że elementem obligatoryjnym statutu jest określenie zasad jego zmiany;
- wprowadzenie ogólnego przepisu, zgodnie z którym zmiana statutu jest możliwa w trybie i na zasadach określonych w statucie przez fundatora;
- uwzględnienie postanowienia, zgodnie z którym zmiana statutu może prowadzić do zmian w zakresie beneficjentów i przysługujących im świadczeń lub mienia po likwidacji fundacji rodzinnej w przepisach dotyczących statutu;
- wprowadzenie domniemania, że w braku innych postanowień statutu, do jego zmiany uprawnione jest zgromadzenie beneficjentów.

Dodatkowo, przepis art. 22 ust. 3 wskazuje przykładowy katalog pozostałych kwestii, które mogą być zawarte w statucie fundacji rodzinnej. Mając na uwadze, że obecne brzmienie projektu ustawy nie przewiduje bezpośrednio możliwości wprowadzenia szczególnych uprawnień dla beneficjentów oraz członków organów, proponujemy, aby wyraźnie wskazać taką możliwość jako element fakultatywny statutu. Szczególne uprawnienia osobiste oraz uprzywilejowania akcji lub udziałów są stosowane na gruncie przepisów KSH w stosunku do wspólników spółek kapitałowych. Wydaje się, że takie rozwiązania tym bardziej sprawdzą się w instytucji jaką ma być fundacja rodzinna, która w naszej ocenie powinna być instrumentem bardziej elastycznym. Szczególne uprawnienia mogłyby polegać przede wszystkim na możliwości przyznania tym osobom prawa do powoływania lub odwoływania członków organów (zarządu i rady protektorów), a także wyrażania zgody na podejmowanie określonych czynności przez organy fundacji rodzinnej, czy nawet zmiany statutu w ściśle określonym zakresie. Obecny sposób regulacji sposobu powoływania członków organów wydaje się nie przystawać do realiów firm rodzinnych. W dalszej części niniejszej opinii przedstawiamy argumenty przeciwko tego rodzaju regulacji. Wprowadzenie szczególnych uprawnień do powoływania bądź odwoływania członków zarządu, czy rady protektorów dodatkowo uelastyczni możliwości zdefiniowania ładu korporacyjnego obowiązującego w fundacji rodzinnej. Dodatkowo, pozwoli na zabezpieczenie interesów beneficjentów pasywnych nieuczestniczących w zgromadzeniu beneficjentów poprzez przyznanie im uprawnienia do wyrażania zgody na niektóre czynności organów fundacji rodzinnej oraz na różnicowanie wpływu poszczególnych osób na funkcjonowanie fundacji rodzinnej.

Wobec powyższego, proponujemy następujące brzmienie przepisów art. 22 oraz art. 23 ustawy o fundacjach rodzinnych:

Art. 22. 1. Fundator ustala statut. Statut wymaga zachowania formy aktu notarialnego.

2. Statut określa:

1) nazwę fundacji rodzinnej;

2) siedzibę fundacji rodzinnej;

3) cele fundacji rodzinnej;

4) beneficjenta fundacji rodzinnej lub grupy beneficjentów lub sposób określenia beneficjenta;

5) możliwość zrzeczenia się uprawnień przez beneficjenta, w tym szczegółowy tryb zrzeczenia się;

6) czas trwania fundacji rodzinnej, jeżeli jest oznaczony;

7) mienie wnoszone do fundacji rodzinnej przez fundatora;

8) majątek fundacji rodzinnej w chwili jej utworzenia;

9) zasady powoływania, odwoływania, oraz uprawnienia i obowiązki członka zarządu, a także zasady reprezentacji fundacji rodzinnej przez zarząd;

10) zasady zmiany statutu;

11) przeznaczenie majątku fundacji rodzinnej po jej likwidacji.

3. O ile ustawa nie stanowi inaczej, statut może określać również inne kwestie, w szczególności:

1) zasady powoływania i odwoływania członka innego organu niż zarząd, uprawnienia i obowiązki oraz zasady współpracy innych organów niż zarząd, o ile zostaną ustanowione;

2) zasady likwidacji fundacji rodzinnej;

3) wskazanie kierunku lub wytycznych inwestowania majątku fundacji rodzinnej;

4) szczególne uprawnienia przysługujące beneficjentom lub członkom organów fundacji rodzinnej, w szczególności uprawnienie do powoływania lub odwoływania członków zarządu lub rady protektorów lub wyrażania zgody na podejmowanie określonych czynności przez organy fundacji rodzinnej, jak również do zmiany statutu w ściśle określonym zakresie.

Art. 23. 1. Zmiana statutu jest możliwa wyłącznie w trybie oraz na zasadach określonych w statucie przez fundatora. W szczególności zmiana statutu może prowadzić do zmian w zakresie beneficjentów i przysługujących im świadczeń lub mienia po likwidacji fundacji rodzinnej.

2. Jeżeli statut nie stanowi inaczej, zmiana statutu wymaga uchwały zgromadzenia beneficjentów podjętej większością 2/3 głosów.

3. Jeżeli statut nie stanowi inaczej, zmiana statutu polegająca na pozbawieniu beneficjenta jego uprawnień wymaga jego zgody.

2.2.2. Określanie zmian dotyczących beneficjentów – art. 27

Projektowany przepis art. 27 ustawy o fundacjach rodzinnych stanowi, że *„fundator może, w każdym czasie, dokonać zmian w zakresie beneficjentów i przysługujących im świadczeń lub mienia po likwidacji fundacji rodzinnej”*.

Takie rozwiązanie zakłada, że fundator w każdym czasie będzie mógł decydować o statusie prawnym beneficjentów i będzie mógł w dowolny sposób ustanawiać nowych beneficjentów i odbierać to uprawnienie. Taka regulacja – podobnie jak uregulowania dotyczące zmiany statutu – zdecydowanie zmniejszają atrakcyjność fundacji rodzinnej jako instrumentu sukcesji pokoleniowej w firmach rodzinnych. Tego typu uprawnienie powinno być uzależnione od treści statutu ustanowionego przez fundatora. Dlatego też w naszej ocenie należy usunąć przepis dotyczący zmian w zakresie statusu beneficjenta, gdyż jest to przepis w praktyce dotyczący zmian statutu. Zgodnie z art. 22 ust. 2 projektu ustawy, statut powinien określać m.in. beneficjenta fundacji rodzinnej lub grupy beneficjentów lub sposób określenia beneficjenta. W konsekwencji każda zmiana w tym zakresie będzie związana ze zmianą statutu. W zamian, jak wspominaliśmy wyżej, proponujemy jednoznaczne wskazanie w przepisach dotyczących statutu, że zmiana statutu może obejmować zmiany dotyczące beneficjentów oraz przysługujących im świadczeń, co pozwoli uniknąć wątpliwości interpretacyjnych w przyszłości.

Argumenty popierające powyższą tezę przedstawiliśmy w rozdziale 2.1 – Uwagi ogólne oraz w rozdziale 2.2.1 – Uprawnienie fundatora do zmiany statutu – art. 22 ust. 2, art. 23.

W naszej ocenie najlepszym rozwiązaniem zapewniającym odpowiednią ochronę beneficjentom, a zarazem gwarantującym fundatorowi wpływ na funkcjonowanie fundacji rodzinnej jest umożliwienie uregulowania kwestii dotyczących zmian statutu przez fundatora w statucie. Uprawnienie to powinno być na tyle szerokie, żeby umożliwić fundatorowi modyfikację uprawnień ustawowych jak i całkowite zrzeczenie się tych uprawnień. Takie rozwiązanie będzie możliwe wyłącznie na podstawie proponowanych zmian w art. 22 ust. 2 oraz art. 23. W związku z tym, niepotrzebne jest określanie tej zasady w odrębnym przepisie.

Z powyższych względów, proponujemy wykreślenie art. 27 z projektu ustawy o fundacjach rodzinnych.

2.2.3. Pozostałe uprawnienia fundatora

Obecny projekt ustawy przewiduje szereg innych uprawnień fundatora określonych w przepisach w sposób kategoryczny, bez możliwości odmiennego uregulowania tych kwestii, bądź zrzeczenia się tych uprawnień przez fundatora. Dotyczy to przede wszystkim zasad powoływania i odwoływania członków zarządu, które zostały jednoznacznie określone w art. 45 ust. 3 projektu ustawy, zgodnie z którym powołania i odwołania członków zarządu dokonuje fundator, a po śmierci fundatora rada protektorów, jeżeli została ustanowiona. W przypadku braku fundatora i rady protektorów powołania i odwołania członków zarządu dokonuje zgromadzenie beneficjentów. Podobna regulacja dotyczy powoływania i odwoływania rady protektorów, która zgodnie z art. 52 ust. 3 jest powoływana i odwoływana przez fundatora, a po jego śmierci przez zgromadzenie beneficjentów. Kolejnym nieograniczonym uprawnieniem fundatora jest możliwość złożenia w każdym czasie oświadczenia o rozwiązaniu fundacji rodzinnej. Jednocześnie, projekt ustawy w żaden sposób nie zapewnia elastyczności w zakresie tych uprawnień narażając fundację rodzinną, a także beneficjentów na szereg ryzyk z tym związanych. Powyższe kwestie zostały omówione bardziej szczegółowo w dalszej części niniejszej opinii wraz z propozycją odpowiednich modyfikacji przepisów ustawowych.

2.3. Wspólne wykonywanie praw przez fundatorów – art. 11 ust. 2

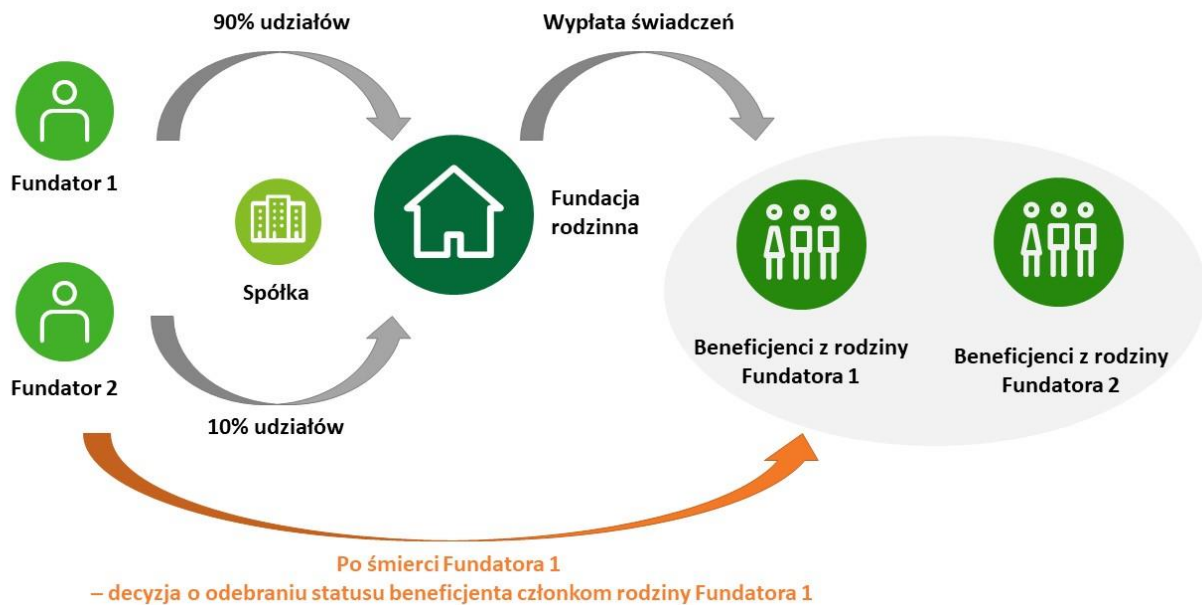
Przepis art. 11 ust. 2 projektu ustawy stanowi, że *„jeżeli fundacja rodzinna ma więcej niż jednego fundatora, wykonują oni prawa i obowiązki fundatora wspólnie, chyba że statut stanowi inaczej”*.

Powyższy przepis reguluje sposób wykonywania praw przez fundatorów wskazując, że w przypadku fundacji założonej przez więcej niż jednego fundatora, prawa i obowiązki wykonują oni wspólnie, przy czym statut może regulować tę kwestię w odmienny sposób. Taka regulacja, wskazująca na możliwość swobodnej regulacji tej kwestii w statucie fundacji rodzinnej zasługuje na uznanie, może się jednak okazać niewystarczająca.

Zasadne wydaje się rozważenie ustawowego określenia sposobu wykonywania praw przez fundatorów w przypadku śmierci jednego bądź niektórych fundatorów z zastrzeżeniem, że odmiennie regulacje mogą wynikać ze statutu fundacji rodzinnej. Przy obecnym brzmieniu przepisu po śmierci jednego z fundatorów, pozostali przy życiu fundatorzy będą jak się wydaje uprawnieni do pełnej swobody w decydowaniu o funkcjonowaniu fundacji rodzinnej, co może skutkować pokrzywdzeniem

beneficjentów wskazanych przez nieżyjącego fundatora. Obecnie, projekt ustawy zakłada pełną swobodę fundatora w zakresie decydowania o możliwości dokonywania zmian w zakresie beneficjentów i przysługujących im świadczeń od fundacji rodzinnej (art. 27 projektu ustawy). Przykładowo, w przypadku założenia fundacji rodzinnej przez dwóch niespokrewnionych fundatorów, po śmierci jednego z nich drugi mógłby swobodnie decydować o odebraniu statusu beneficjenta członkom rodziny zmarłego fundatora, bądź zmniejszyć zakres przysługujących im świadczeń.

Wspólne wykonywanie praw przez fundatorów po śmierci jednego z nich - zagrożenie



W celu ograniczenia ryzyk związanych z samodzielnym decydowaniem przez pozostałych przy życiu fundatorów po śmierci jednego bądź niektórych z nich, w szczególności w celu ochrony beneficjentów, kwestia podejmowania decyzji powinna zostać uregulowana ustawowo. Z uwagi na opisane ryzyko analogiczne rozwiązanie przyjęte w stosunku do wspólnego wykonywania praw przez fundatorów za życia, nie wydaje się odpowiednie w razie śmierci jednego z fundatorów.

Wspomniane już wcześniej przepisy prawa Księstwa Liechtensteinu dotyczące fundacji rodzinnej wskazują, że po śmierci jednego z fundatorów, prawa pozostałych fundatorów wygasają, chyba że co innego wynika ze statutu. Uważamy, że jest to rozwiązanie godne uwagi.

Z tego względu, w naszej ocenie zasadne wydaje się zastosowanie rozwiązania, które zapewni zarówno ochronę beneficjentów, jak i umożliwi swobodę regulacji tej kwestii przez fundatorów wspólnie poprzez:

- wprowadzenie zasady, że fundatorzy mają pełną dowolność w określaniu swoich uprawnień, w tym są uprawnieni do całkowitego pozbawienia się wpływu na fundację i oddania wszelkich uprawnień organom fundacji jeszcze za ich życia oraz dowolnego uregulowania kwestii wspólnego wykonywania praw fundatorów,
- wprowadzenie ogólnej zasady, że jeśli statut nie stanowi inaczej, to po śmierci jednego z fundatorów, pozostali fundatorzy tracą prawo do wykonywania praw i obowiązków fundatorów,

Przepis art. 11 projektu ustawy regulujący prawa i obowiązki fundatora wydaje się także odpowiednim miejscem, aby wprowadzić omawianą wyżej możliwość zrzeczenia się przez fundatora wszystkich lub tylko niektórych uprawnień. Taki zapis umożliwi elastyczne kształtowanie zasad funkcjonowania fundacji rodzinnej, wspólne budowanie odpowiedniego do konkretnych okoliczności zasad ładu korporacyjnego poprzez wdrażanie konsensusu wypracowanego przez uczestników fundacji rodzinnej przy jej zakładaniu. Fundator nie będzie już całkowitym i jedynym dysponentem fundacji rodzinnej, a część swoich uprawnień będzie mógł za życia przekazać pozostałym organom, bądź osobom. Należy także jednoznacznie wskazać, że zrzeczenie się uprawnień może także być dokonane pod warunkiem lub z zastrzeżeniem terminu. Pozwoli to m.in. na sprawne zarządzanie fundacją rodzinną w razie niezdolności fundatora spowodowanej ciężką chorobą, bądź innymi okolicznościami.

Mając na uwadze powyższe, proponujemy następujące brzmienie przepisu art. 11 ustawy o fundacjach rodzinnych.

Art. 11. 1. Prawa i obowiązki fundatora są niezbywalne.

2. Jeżeli fundacja rodzinna ma więcej niż jednego fundatora, wykonują oni prawa i obowiązki fundatora wspólnie, chyba że statut stanowi inaczej.

3. Jeżeli fundacja rodzinna ma więcej niż jednego fundatora, w razie śmierci jednego z nich, pozostali fundatorzy tracą prawo do wykonywania praw i obowiązków fundatora, chyba że statut stanowi inaczej.

4. Fundator może w statucie fundacji rodzinnej lub w drodze oświadczenia złożonego fundacji rodzinnej zrzec się wszystkich lub tylko niektórych uprawnień wynikających z ustawy lub statutu, jak również te uprawnienia ograniczyć. Zrzeczenie się uprawnień może nastąpić pod warunkiem lub z zastrzeżeniem terminu.

2.4. Zagraniczna fundacja rodzinna jako fundator

Projekt ustawy o fundacjach rodzinnych przewiduje w art. 9 ust. 1, że „*fundatorem fundacji rodzinnej może być osoba fizyczna posiadająca pełną zdolność do czynności prawnych*”. Tym samym, projektowane przepisy nie przewidują możliwości utworzenia fundacji rodzinnej przez osobę prawną, w szczególności wykluczona jest możliwość zakładania fundacji rodzinnych przez zagraniczne fundacje prywatne.

Należy zauważyć, że polscy przedsiębiorcy już od wielu lat mogą zakładać fundacje prywatne za granicą, co też szereg przedsiębiorców uczyniło. Wraz z wprowadzeniem tej instytucji prawnej do polskiego porządku prawnego nie można wykluczyć, że niektórzy z tych przedsiębiorców będą chcieli z powrotem przenieść swój majątek do Polski. Jako, że majątek został wniesiony do prywatnych fundacji, będących odrębnymi osobami prawnymi działającymi w oparciu o przepisy różnych państw, istnieje ryzyko, że poszczególne ustawodawstwa wykluczają możliwość dokonania darowizny przez taką fundację na rzecz innej fundacji, czy też utrudnione jest rozwiązanie fundacji w celu odzyskania majątku do niej wniesionego, aby następnie ten majątek wnieść do polskiej fundacji rodzinnej przez fundatora będącego osobą fizyczną. Dodatkowo, rozwiązanie fundacji rodzinnej może skutkować podziałem jej majątku na rzecz beneficjentów, bez gwarancji że ci beneficjenci zdecydują się następnie zgodnie założyć fundację w Polsce, co spowoduje rozproszenie majątku rodzinnego.

Niewątpliwie, umożliwienie fundacjom zagranicznym zakładania fundacji rodzinnej w Polsce będzie więc zarówno w interesie polskich rodzin, ale także interesu publicznego.

Z uwagi na potrzebę zapewnienia sprawnego zarządzania fundacją rodzinną, a za jej pośrednictwem również firmą rodzinną, konieczne wydaje się jednak ograniczenie wykonywania praw fundatora przez fundację zagraniczną wyłącznie do możliwości utworzenia fundacji rodzinnej, powołania członków jej organów oraz możliwości zmiany statutu fundacji rodzinnej i jej rozwiązania, jednak tylko do czasu rejestracji fundacji rodzinnej w Krajowym Rejestrze Sądowym. Następnie, poszczególne uprawnienia powinny zostać powierzone pozostałym organom fundacji rodzinnej.

Mając na uwadze powyższe, proponujemy następujące brzmienie art. 9 ust. 1 ustawy o fundacjach rodzinnych:

Art. 9. 1. Fundatorem fundacji rodzinnej może być osoba fizyczna posiadająca pełną zdolność do czynności prawnych, a także zagraniczna fundacja prywatna, z zastrzeżeniem, że zagraniczna fundacja prywatna w związku z utworzeniem fundacji rodzinnej nie uzyskuje uprawnień przysługujących żyjącemu fundatorowi. Fundacja zagraniczna zachowuje prawo do zmiany statutu fundacji rodzinnej oraz powoływania i odwoływania członków jej organów oraz do jej rozwiązania do czasu rejestracji fundacji rodzinnej.

3. Status prawny beneficjenta

3.1 Uwagi ogólne

W ramach przepisów dotyczących beneficjentów, zidentyfikowaliśmy dwa obszary, które w naszej ocenie należy przeanalizować pod kątem możliwości wprowadzenia zaproponowanych w dalszej części zmian. Przede wszystkim, dotyczy to kwestii podstawowej, jaką jest określenie kręgu beneficjentów fundacji rodzinnej. W tym zakresie nieuzasadnione wydaje się ograniczenie beneficjentów niebędących osobami fizycznymi do organizacji pożytku publicznego. Konieczne natomiast wydaje się doprecyzowanie trybu ustalania kręgu beneficjentów. Ponadto, kluczową kwestią, która w naszej ocenie jest niezbędna w ustawie o fundacjach rodzinnych jest jednoznaczne wskazanie, że prawa i obowiązki beneficjentów fundacji rodzinnej są niezbywalne.

3.2 Ograniczenie kręgu beneficjentów wyłącznie do OPP – art. 26

Zgodnie z projektowanym przepisem art. 26 „*beneficjentem może być osoba fizyczna albo organizacja pożytku publicznego, o której mowa w przepisach o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie*”.

Uzyskiwanie statusu organizacji pożytku publicznego uregulowane jest w przepisach ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. – o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U. z 2020 r. poz. 1057), w szczególności w przepisach art. 20 – 22 tej ustawy. Zgodnie z tymi przepisami, aby uzyskać status organizacji pożytku publicznego organizacje pozarządowe, a także inne wskazane w ustawie podmioty powinny spełnić szereg warunków, w tym warunek prowadzenia działalności pożytku publicznego nieprzerwanie przez okres co najmniej dwóch lat (art. 22 ust. 1 tej ustawy).

Powyższe oznacza, że beneficjentami fundacji rodzinnej nie będą mogły być organizacje pozarządowe, w tym fundacje charytatywne i stowarzyszenia, które nie spełniają wymogu prowadzenia działalności pożytku publicznego przez okres co najmniej 2 lat od rejestracji w Krajowym Rejestrze Sądowym, a zatem nowo utworzone podmioty.

Takie rozróżnienie wydaje się nie być w żaden sposób uzasadnione. Fundator powinien mieć możliwość swobodnego decydowania o przyznaniu statusu beneficjenta organizacjom charytatywnym, niezależnie od stażu prowadzenia przez te organizacje działalności pożytku publicznego i w ten sposób realizować określone cele społeczne bądź charytatywne. Wystarczające zatem potrzebne wydawałoby się wskazanie, że poza osobami fizycznymi, beneficjentami fundacji rodzinnej mogą być także organizacje pozarządowe w rozumieniu ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie.

Zwracamy uwagę na to, że fundacje charytatywne będą mogły być zakładane również przez fundacje rodzinne w ramach realizacji celów rodzinnych. Przepis wykluczający ustanowienie takich fundacji beneficjentami może znacząco utrudniać fundatorom tworzenie obok fundacji rodzinnych również fundacji charytatywnych nastawianych na realizację celów publicznych. Dodatkowo, niemożliwe będzie ustanowienie beneficjentem fundacji rodzinnej fundacji bądź innych organizacji pozarządowych założonych przez firmy rodzinne, fundatorów lub beneficjentów fundacji rodzinnej.

W związku z powyższym proponujemy następujące brzmienie przepisu art. 26 ustawy o fundacjach rodzinnych:

Art. 26. Beneficjentem może być:

- 1) osoba fizyczna albo
- 2) organizacja pozarządowa w rozumieniu przepisów o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie.

Ewentualnie, poszerzenie istniejącego kręgu beneficjentów o organizacje pozarządowe, które są utworzone przez fundację rodzinną, fundatora, beneficjentów tej fundacji lub jej spółki powiązane.

Art. 26. Beneficjentem może być:

- 1) osoba fizyczna;
- 2) organizacja pożytku publicznego, o której mowa w przepisach o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie;
- 3) organizacja pozarządowa w rozumieniu przepisów o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie założona przez fundację rodzinną, fundatora, beneficjenta fundacji rodzinnej lub jej spółki powiązane.

3.3 Niezbywalność praw beneficjentów – brak przepisu

Projekt ustawy o fundacjach rodzinnych w żaden sposób nie adresuje kwestii zbywalności praw beneficjenta. Co prawda, można argumentować, że niezbywalność praw beneficjenta fundacji rodzinnej wynika z natury tej instytucji prawnej. Jednakże brak takiej regulacji, szczególnie w kontekście wyraźnego wskazania w art. 11 ust. 1 na niezbywalność praw i obowiązków fundatora

może budzić zupełnie niepotrzebne wątpliwości (tym bardziej, że fundacja rodzinna to nowy rodzaj osoby prawnej jaka ma być wprowadzona do polskiego porządku prawnego).

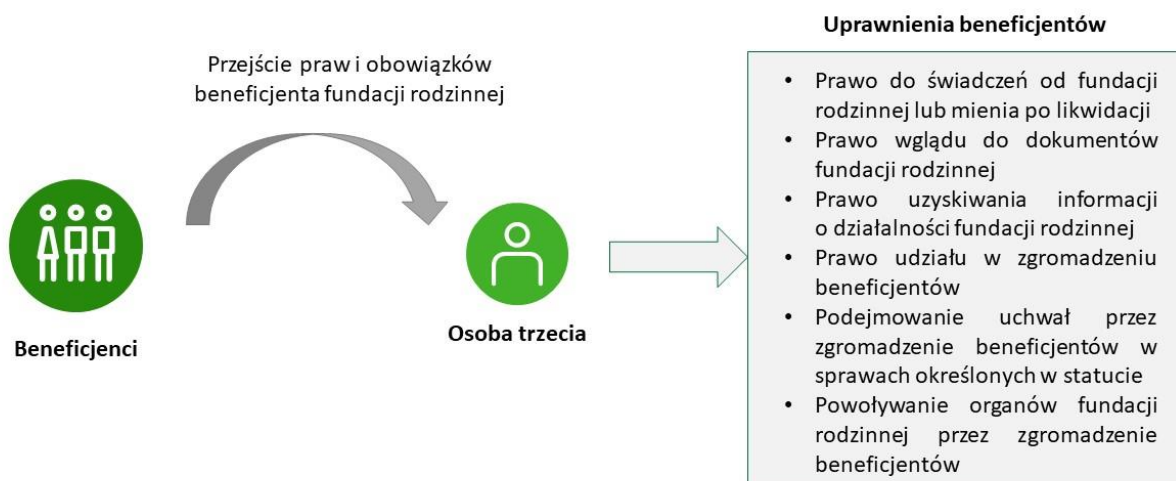
Mając na uwadze fakt, że prawa majątkowe są co do zasady zbywalne oraz brzmienie art. 57 ust. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740, dalej jako „KC”), zgodnie z którym „nie można przez czynność prawną wyłączyć ani ograniczyć uprawnienia do przeniesienia, obciążenia, zmiany lub zniesienia prawa, jeżeli według ustawy prawo to jest zbywalne” należy uznać, że niezbywalność praw majątkowych powinna wynikać z ustawy. W innym wypadku nie jest możliwe skuteczne ograniczenie zbywalności tych praw.

Brak bezpośredniego wskazania, że prawa i obowiązki beneficjenta są niezbywalne może prowadzić do szeregu negatywnych konsekwencji, w szczególności:

- zbywania praw beneficjentów na rzecz osób trzecich;
- możliwości prowadzenia egzekucji z uprawnień beneficjenta;
- dziedziczenia uprawnień beneficjenta przez osoby spoza kręgu beneficjentów.

Na skutek powyższych działań w skrajnym przypadku mogłoby dojść do uzyskiwania statusu beneficjenta przez osoby trzecie wbrew woli fundatora, co zaprzeczałoby naturze fundacji rodzinnej, która z założenia powinna być instytucją prawną zapewniającą integralność majątku rodzinnego, w tym w szczególności firmy rodzinnej. Dodatkowo, uzyskanie statusu beneficjenta przez osoby trzecie mogłoby wpłynąć na sposób zarządzania fundacją rodzinną, biorąc pod uwagę uprawnienia poszczególnych beneficjentów, a w szczególności zgromadzenia beneficjentów, które w obecnym brzmieniu projektu ustawy posiada szereg uprawnień pozwalających między innymi na obsadzanie pozostałych organów fundacji, a nawet na jej rozwiązanie.

Zbywalność praw beneficjenta - zagrożenie



Skoro zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy, głównym jej celem jest zapewnienie ochrony rodzinnego biznesu poprzez zagwarantowanie udanej sukcesji i kontynuacji działalności biznesowej przez kolejne pokolenia, to należy wykluczyć wszelkie ryzyka mogące zagrażać integralności majątku

rodzinnego. Możliwość zbycia majątku, egzekucji, rozporządzenia w testamencie na rzecz osób trzecich, bądź dziedziczenia ustawowego przez osoby trzecie stanowią główne ryzyka towarzyszące klasycznej sukcesji majątkowej, które adresuje fundacja rodzinna jednak tylko przy założeniu, że prawa beneficjenta będą niezbywalne. Stanowisko odmienne pozbawiłoby fundację rodzinną większości atrakcyjnych cech odróżniających ją od innych instrumentów prawnych.

Projekt ustawy przewiduje możliwość zrzeczenia się praw beneficjenta (art. 32 projektu ustawy), określając formę tej czynności poprzez wskazanie, że taka czynność może zostać dokonana w formie pisemnej pod rygorem nieważności. W naszej ocenie, forma czynności prawnej jaką jest zrzeczenie się uprawnień beneficjenta powinna być bardziej surowa w celu zapewnienia pewności co do kręgu beneficjentów oraz przysługujących im świadczeń, a także w celu zagwarantowania najwyższego poziomu bezpieczeństwa. Z tego względu, proponujemy, aby zrzeczenie się uprawnień beneficjenta było dokonywane w drodze aktu notarialnego.

W związku z powyższym należy jednoznacznie wskazać w przepisach ustawy, że prawa beneficjenta są niezbywalne, dlatego proponujemy, aby art. 32 otrzymał następujące brzmienie:

Art. 32. 1. Prawa i obowiązki beneficjenta są niezbywalne. Nie dotyczy to istniejącej wierzytelności o wypłatę świadczenia na rzecz beneficjenta.

2. Zrzeczenie się uprawnień beneficjenta wymaga zachowania formy aktu notarialnego pod rygorem nieważności.

3.4 Ustalanie kręgu beneficjentów – odpowiedzialność karna

Ustalanie kręgu beneficjentów, a co za tym idzie aktualizacja listy beneficjentów to zgodnie z art. 24 ust. 2 projektu ustawy zadanie należące do zarządu fundacji rodzinnej. Należy jednak rozważyć, czy projekt ustawy w odpowiedni sposób reguluje konsekwencje braku takiego ustalenia.

Uzyskiwanie statusu beneficjenta może być bowiem uzależnione od spełnienia określonych warunków bądź upływu terminu określonego przez fundatora w statucie. Można sobie wyobrazić, że najczęstszymi warunkami będzie ukończenie szkoły, bądź osiągnięcie określonego wieku, zawarcie małżeństwa, wykonanie odpowiednich szkoleń bądź kursów. Prawidłowe ustalenie kręgu beneficjentów gwarantuje pewność co do składu beneficjentów, możliwość planowania i zarządzania majątkiem fundacji rodzinnej. Co więcej, niepewność co do składu beneficjentów może skutkować niepewnością co do składu zgromadzenia beneficjentów, jeżeli dany beneficjent nabyłby uprawnienie do uczestnictwa w tym organie. W konsekwencji mogłoby to rodzić wątpliwości co do prawidłowości podejmowania uchwał, chociażby ze względu na wymogi dotyczące quorum. Nieprawidłowe ustalanie kręgu beneficjentów oznacza oczywiście także pokrzywdzenie osoby będącej beneficjentem poprzez niewypłacanie jej należnych świadczeń.

Co więcej, Kodeks spółek handlowych przewiduje odpowiedzialność karną członków zarządu za nieprowadzenie księgi udziałów zgodnie z ustawą (art. 594 KSH). Taki delikt zagrożony jest grzywną do 20.000 zł. W celu zabezpieczenia interesów osób spełniających warunki do uzyskania statusu beneficjenta, a także umożliwienia im uzyskiwania należnych im świadczeń z fundacji rodzinnej zasadne byłoby wprowadzenie dodatkowej odpowiedzialności karnej na wzór tej opisanej w przepisach dotyczących spółek handlowych. W innym wypadku, zarząd mógłby działać wbrew woli

fundatora ze szkodą dla osoby, która powinna być beneficjentem pozostawiając taką osobę bez możliwości przeciwdziałania takiemu stanowi.

Mając na uwadze powyższe, proponujemy odpowiednią projektowi ustawy poprzez wprowadzenie następującego przepisu:

Art. []. Kto, będąc członkiem zarządu fundacji rodzinnej, wbrew obowiązkowi dopuszcza do tego, że zarząd nie prowadzi oraz nie aktualizuje listy beneficjentów zgodnie z przepisami ustawy podlega karze grzywny.

4. Zasady ładu korporacyjnego

4.1. Uwagi ogólne

Obecne brzmienie projektu ustawy, w zakresie ładu korporacyjnego panującego w fundacji rodzinnej przewiduje szereg wiążących regulacji, które nie mogą zostać uregulowane w sposób odmienny przez fundatora w statucie. Dotyczy to przede wszystkim:

- zasad podejmowania uchwał przez organy fundacji, w szczególności wymogu kworum, czy zasad głosowania;
- zasad powoływania i odwoływania członków zarządu;
- zasad powoływania i odwoływania członków rady protektorów;
- ograniczeń co do składu organów takich jak zarząd, czy rada protektorów;
- zasad zwoływania posiedzeń organów;
- braku możliwości nadania poszczególnym osobom szczególnych uprawnień.

Takie rozwiązania pozbawiają fundatora swobody w decydowaniu o sposobie funkcjonowania fundacji rodzinnej. Naszym zdaniem powyższe rozwiązania w przypadku większości firm rodzinnych negatywnie zaważą na ostatecznej decyzji fundatora co do utworzenia fundacji rodzinnej. Tak sztywne zasady dotyczące stosunków wewnętrznych nie są stosowane nawet w spółkach akcyjnych. Wydaje się więc, że zastosowanie takich zasad w stosunku do fundacji rodzinnej jest niepotrzebne i zniechęcające do jej utworzenia. Aby firmy rodzinne faktycznie szeroko zainteresowały się tym instrumentem prawnym konieczne jest zatem rozluźnienie tego sztywnego gorsetu przepisów określających stosunki wewnętrzne w fundacji rodzinnej. W przeciwnym razie na to rozwiązanie zdecyduje się bardzo niewiele firm rodzinnych. Poniżej przedstawiamy nasze uwagi w odniesieniu do konkretnych rozwiązań zaproponowanych w projekcie ustawy.

4.2. Podejmowanie uchwał przez organy – art. 38 oraz art. 55

Projektowany art. 38 ustawy o fundacjach rodzinnych reguluje sposób podejmowania uchwał przez organy fundacji rodzinnej w rozumieniu art. 34 projektu ustawy tj. zarząd, radę protektorów oraz zgromadzenie beneficjentów. Zasady podejmowania uchwał we wszystkich organach fundacji rodzinnej są zatem tożsame. Takie rozwiązanie nie uwzględnia istotnych różnic pomiędzy tymi organami. Dotyczy to zwłaszcza różnic pomiędzy zgromadzeniem beneficjentów, mającym pełnić funkcje epizodyczne a pozostałymi organami. W kontekście podejmowania uchwał przez organy fundacji rodzinnej największe wątpliwości budzą regulacje dotyczące sposobu głosowania. Projektowane przepisy wprowadzają sztywną zasadę, że każdy członek każdego z organów posiada

zawsze jeden głos. Co więcej projektodawca przewidział bezwzględny wymóg zachowania kworum co najmniej połowy członków organu nawet dla zgromadzenia beneficjentów.

Zgodnie z art. 38 ust. 2 i 3 projektu ustawy *„organ podejmuje uchwały, jeżeli w posiedzeniu organu albo głosowaniu na piśmie albo przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość uczestniczyła co najmniej połowa jego członków. Statut może przewidywać surowsze wymagania dotyczące kworum danego organu. Członków organu uczestniczących w głosowaniu na piśmie albo przy wykorzystywaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość uwzględnia się przy ustalaniu kworum, chyba że statut lub regulamin organu stanowią inaczej”*. Z kolei, art. 38 ust. 5 projektu ustawy wprowadza następującą zasadę, że *„każdemu członkowi organu przysługuje jeden głos”*.

Powyższe regulacje w sposób sztywny regulują sposób podejmowania uchwał przez organy fundacji rodzinnej, nie uwzględniają odmienności występujących pomiędzy poszczególnymi organami, a przede wszystkim pozbawiają fundatora prawa do swobody decydowania w tym zakresie.

Porównując powyższą regulację do zasad przyjętych w stosunku do spółek kapitałowych należy zauważyć, że:

- w stosunku do zarządu spółki z o.o. oraz spółki akcyjnej nie przewidziano wymogu kworum (art. 208 § 5 KSH, art. 371 § 3 KSH), a ponadto przewidziano możliwość przyznania decydującego głosu prezesowi zarządu (art. 208 § 8 KSH, art. 371 § 2 KSH);
- w stosunku do rady nadzorczej spółki z o.o. oraz spółki akcyjnej przewidziano analogiczną regulację, jak w przypadku organów fundacji rodzinnej w zakresie kworum (art. 222 § 1 KSH, art. 388 § 1 KSH), dodatkowo w przypadku spółki akcyjnej statut może przyznawać decydujący głos przewodniczącemu rady nadzorczej (art. 391 § 1);
- zgromadzenie wspólników sp. z o.o. oraz walne zgromadzenie spółki akcyjnej jest, co do zasady, ważne bez względu na liczbę reprezentowanych na nim udziałów bądź akcji, chyba, że co innego wynika z ustawy, bądź umowy spółki (art. 241 KSH, art. 408 § 1 KSH), dopuszczalne jest uprzywilejowanie udziałów/akcji oraz wspólników w zakresie przysługującego im prawa głosu (art. 174 § 2 KSH, art. 351 § 1 KSH, , art. 159 KSH, art. 354 § 1 KSH).

Zatem, zasady podejmowania uchwał przez organy fundacji rodzinnej w zdecydowanej większości są dużo bardziej rygorystyczne niż te przyjęte w stosunku do spółek kapitałowych. Przepisy KSH różnicują sposób podejmowania uchwał przez każdy z organów. Pomimo różnic występujących między fundacją rodzinną, a spółkami kapitałowymi, nie sposób nie zauważyć podobieństw w zakresie organów, które przewiduje projekt ustawy o fundacjach rodzinnych, a tymi funkcjonującymi na gruncie Kodeksu spółek handlowych. Naszym zdaniem należałoby dopuścić zdecydowanie większą swobodę w decydowaniu o sposobie funkcjonowania organów, a przynajmniej zapewnić regulację analogiczną do regulacji dotyczących spółek kapitałowych.

Wymóg kworum w przypadku organów takich jak zarząd, czy rada protektorów budzi nasze zrozumienie, tym niemniej naszym zdaniem w pewnych przypadkach, taki wymóg może powodować utrudnienia w podejmowaniu decyzji przez zgromadzenie beneficjentów, więc nie powinien być zasadą bezwzględną w stosunku do tego organu. Mając na uwadze wielopokoleniowy charakter fundacji rodzinnej i nieograniczoną liczbę beneficjentów wymóg kworum może utrudniać

podejmowanie decyzji przez zgromadzenie beneficjentów, a w konsekwencji uniemożliwić powołanie pozostałych organów i funkcjonowanie fundacji rodzinnej. Przykładowo, w sytuacji gdy fundacja rodzinna powoływana jest przez wielu fundatorów, po jakimś czasie liczba beneficjentów może być bardzo duża, a beneficjenci mogą przebywać w różnych miejscach na świecie. Ponadto, w kontekście uprawnienia do zwoływania zgromadzenia beneficjentów przez każdego z jego członków (art. 39 ust. 2 projektu ustawy) i ryzyka częstych zgromadzeń beneficjentów, podejmowanie uchwał przez ten organ może być utrudnione, a w niektórych przypadkach wręcz niemożliwe. Dlatego konieczna jest odpowiednia modyfikacja przepisu art. 38 ust. 2 poprzez:

- pozostawienie wymogu kworum w stosunku zarządu i rady protektorów;
- w stosunku do zgromadzenia beneficjentów wprowadzenie zasady bardziej elastycznej przewidującej, że podjęcie uchwały wymaga obecności co najmniej połowy członków organu, jednak, jeżeli kworum nie zostanie osiągnięte, aby podjąć uchwałę należy zwołać kolejne zgromadzenie, na którym podjęcie uchwały nie będzie wymagało kworum;
- wprowadzenie możliwości odmiennego ustalenia zasad dotyczących kworum w stosunku do zgromadzenia beneficjentów.

Projekt ustawy przewiduje bardzo sztywne zasady głosowania w ramach wszystkich organów, w tym zgromadzenia beneficjentów. Tak ścisła regulacja nie została nawet przewidziana Kodeksem spółek handlowych w stosunku do spółek kapitałowych. Zwracamy uwagę, na to, że KSH dopuszcza uprzywilejowanie głosu prezesa zarządu, przewodniczącego rady nadzorczej, a w stosunku do wspólników umożliwia uprzywilejowania zarówno osobiste konkretnej osoby, jak i uprzywilejowania udziałów bądź akcji. Przede wszystkim jednak w spółkach kapitałowych siła głosu poszczególnych wspólników zależy od wniesionych wkładów. Obecnie projekt ustawy o fundacji rodzinnej przewiduje natomiast bezwzględną zasadę jedna osoba – jeden głos. Odnosi się to zarówno do zarządu, rady protektorów, jak i zgromadzenia beneficjentów.

Powyższe rozwiązanie w stosunku do rady protektorów czy nawet do zarządu nie budzi aż tak wielkich wątpliwości, tym niemniej, jeśli założeniem projektodawcy jest, aby zgromadzenie beneficjentów było organem epizodycznym to rozluźnienie zasad funkcjonowania zarządu i rady protektorów jest niezbędne. W przeciwnym razie różnicowanie wpływu poszczególnych członków rodziny będzie się odbywać wyłącznie na poziomie zgromadzenia beneficjentów i to tam będą podejmowane wszystkie kluczowe decyzje. Ustawa powinna dopuszczać możliwość odmienną regulacji tej materii w statucie, w szczególności na wzór spółek kapitałowych przewidywać możliwość wprowadzenia rozwiązania mającego na celu przeciwdziałanie impasowi decyzyjnemu w przypadku równości głosów. Należy również rozważyć możliwość całkowitej swobody fundatora w określaniu zasad głosowania w tych organach, na przykład poprzez uprawnienie go do wprowadzenia nierównych głosów dla poszczególnych członków organów oraz poprzez przyznawanie niektórym członkom rodziny szczególnych uprawnień, czy możliwość głosowania grupami. Tego typu rozwiązania są wręcz niezbędne w przypadku zgromadzenia beneficjentów. W przeciwnym razie mało która firma rodzinna będzie się w stanie zdecydować na założenie fundacji rodzinnej.

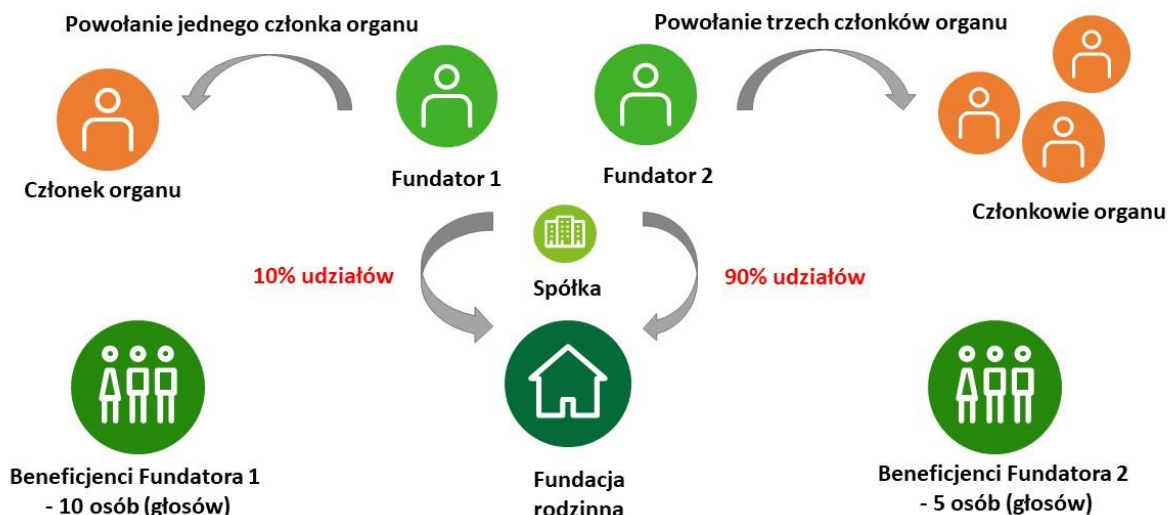
Zwracamy uwagę na to, że jedną z największych zalet fundacji rodzinnej, które czynią ją tak atrakcyjnym instrumentem sukcesyjnym jest umożliwienie oddania zarządzania firmą rodzinną tylko osobom, które się do tego faktycznie nadają bez jednoczesnego pokrzywdzenia sukcesorów

pasywnych. Bardzo często jednak sam podział na sukcesorów aktywnych i pasywnych nie wystarcza do zapewnienia stabilności zarządzania firmą rodzinną. Wprowadzenie nierównych głosów może być uzasadnione szczególnie w przypadku gdy w skład zarządu wchodzi nowi, mniej doświadczeni członkowie rodziny w ramach sukcesji osobowej, którzy dopiero uczą się zarządzania. Wpływ członków organów na podejmowane decyzje powinien być różny, bo tego wymagają uwarunkowania rodzinne, biznesowe, czy też prosty fakt, który z fundatorów wniósł do fundacji większy majątek. W przypadku, gdy wysokość wniesionego majątku przez fundatorów jest różna, a każdy z fundatorów wskaże tylko jednego beneficjenta fundacji rodzinnej (np. z braku innych potomków), ich wpływ na zarządzanie fundacją będzie równy, pomimo dysproporcji w wysokości wniesionego majątku. Taki model zarządzania fundacją rodzinną jest nie do przyjęcia przez większościowego właściciela majątku wnoszonego do fundacji, a przecież istotnym celem ustawy ma być także ułatwianie łączenia majątku poprzez wnoszenie go do fundacji rodzinnej.

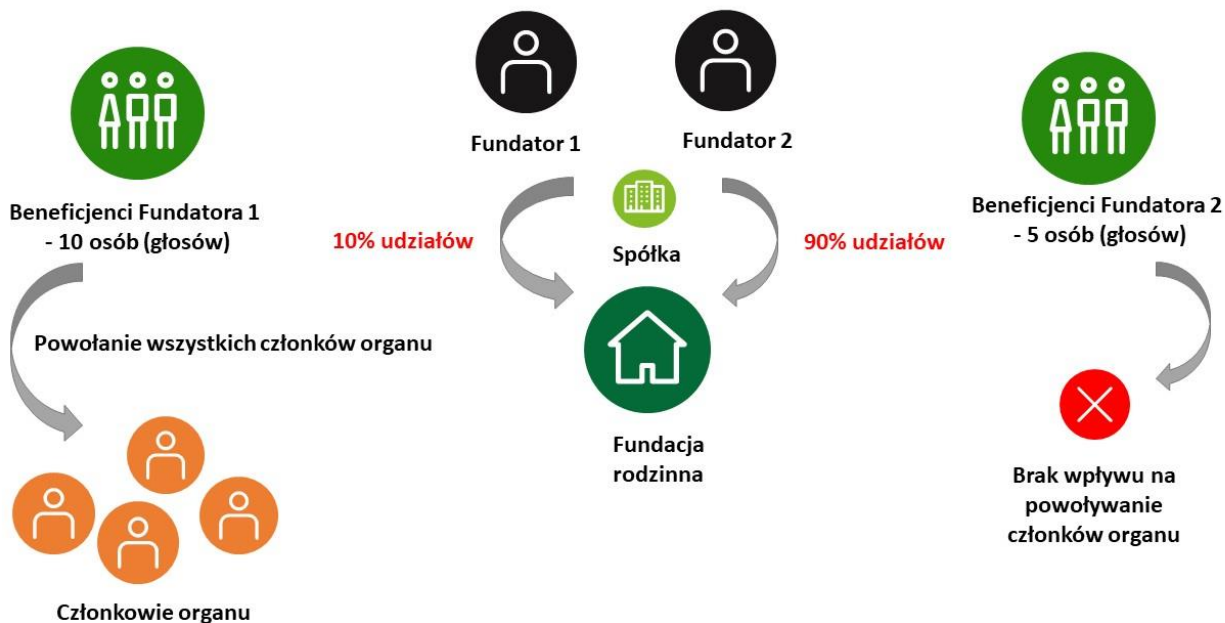
W wielu firmach rodzinnych dokonana się już częściowa sukcesja udziałów na rzecz kolejnych pokoleń, albo też udziały poszczególnych gałęzi rodziny od samego początku nie były równe. Dla takich rodzin zasada jeden beneficjent – jeden głos powoduje, że fundacja rodzinna nie może być dla nich akceptowalnym rozwiązaniem. Trudno sobie wyobrazić, aby właściciele większej liczby udziałów mieli się zgodzić na mniejszy wpływ beneficjentów z tej linii rodzinnej niż wynikałoby to z ich udziału, a z drugiej strony właściciele mniejszej liczby udziałów nie zgodzą się na wyłączenie ich uprawnień do zarządzania firmą w całości. Ostatecznie, to na zgromadzeniu beneficjentów spoczywać będzie szereg obowiązków, od których zależy zarządzanie fundacją rodzinną poprzez możliwość powoływania członków pozostałych organów. W obecnym brzmieniu projektu ustawy o fundacjach rodzinnych po śmierci fundatora, to zgromadzenie beneficjentów ma decydować o powoływaniu członków zarządu, czy rady protektorów. Wobec tego, nawet jeśli za życia fundatorów te kwestie były przez nich zgodnie uregulowane poprzez ustalenie nierównej ilości członków organów przez każdego z fundatorów, tak aby odwzorować wpływ osobisty danego fundatora na sposób zarządzania fundacją (choć zwracamy uwagę, że w skrajnych przypadkach konieczne byłoby powołanie bardzo dużej liczby członków zarządu w celu dokładnego odwzorowania proporcji wniesionego majątku), o tyle nie można zagwarantować, że przyszłe pokolenia dojdą do konsensusu w tym zakresie. Może to doprowadzić do sytuacji, w której liczba beneficjentów (najczęściej zstępnych) będzie decydującym elementem mającym wpływ na sposób zarządzania fundacją rodzinną, co będzie nie do zaakceptowania przez większość firm rodzinnych

i to nawet takich, w które będą zakładane przez bliską rodzinę, nie wspominając już o fundacjach zakładanych przez osoby niebędące członkami tej samej rodziny (np. wieloletnich wspólników).

Powoływanie członków organów za życia fundatorów



Powoływanie członków organów po śmierci fundatorów

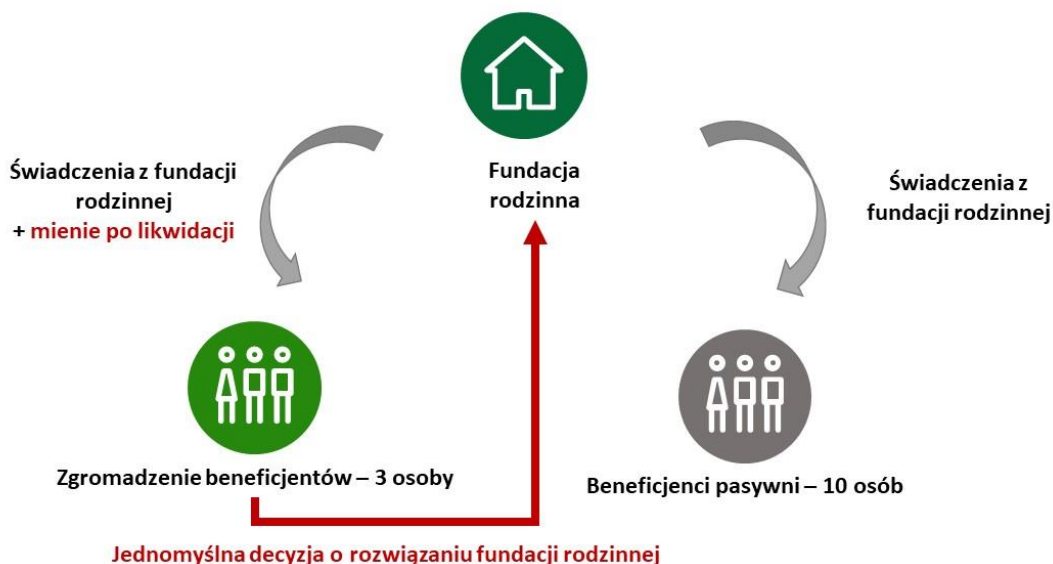


Zwracamy również uwagę na to, że fundacja rodzinna to twór, który ma zabezpieczyć sukcesję w wielu kolejnych pokoleniach. Nie będzie więc możliwe imienne wskazanie przez fundatora kto ma pełnić jaką rolę w fundacji. Rolą fundacji rodzinnej i jej organów będzie więc również wyłanianie elit zarządzających fundacją w przyszłości. Tego typu mechanizmy zwykle w praktyce wiążą się ze stopniowym przekazywaniem władzy kolejnym pokoleniom. Zasada jedna osoba – jeden głos utrudnia takie stopniowe wdrażanie poszczególnych członków rodziny w zarządzanie.

Zwracamy również uwagę na to, że zerojedynkowe traktowanie zgromadzenia beneficjentów poprzez przyznanie głosu beneficjentowi na zgromadzeniu beneficjentów bądź całkowite wykluczenie beneficjenta z tego organu może prowadzić do pokrzywdzenia beneficjentów pasywnych. Co do zasady to beneficjenci aktywni powinni zarządzać fundacją rodzinną, jednak również beneficjenci

pasywni – w niektórych, szczególnie istotnych dla fundacji rodzinnej sprawach – powinni w naszej ocenie móc uzyskać uprawnienia nadane im w statucie do zatwierdzania pewnych decyzji zgromadzenia beneficjentów (np. zmiany ich pozycji prawnej jako beneficjentów, rozwiązania fundacji rodzinnej, czy też sprzedaży niektórych elementów majątku fundacji). Obecne uregulowania ustawowe nie pozwalają na tego typu dwutorowe podejście ani też nie pozwalają na odpowiednie zwiększenie siły głosów beneficjentów aktywnych. Takie podejście z jednej strony może prowadzić do zerwania z zasadą, że sukcesorzy pasywni nie powinni mieć wpływu na bieżące zarządzanie fundacją albo też umożliwienia beneficjentom aktywnym pokrzywdzenia beneficjentów pasywnych. Przykładowo, w obecnym brzmieniu projektu ustawy zgromadzenie beneficjentów (które nie musi składać się z wszystkich beneficjentów) może jednomyślnie podjąć decyzję o rozwiązaniu fundacji rodzinnej, co może skutkować odebraniem korzyści beneficjentom, którzy nie zostali uprawnieni do majątku po likwidacji fundacji rodzinnej.

Możliwość pokrzywdzenia beneficjentów pasywnych



Zasadne wydaje się zatem, że statut powinien móc przewidywać sprawy, które wymagają podjęcia uchwały przez wszystkich beneficjentów (w tym beneficjentów niebędących członkami zgromadzenia beneficjentów, tzw. beneficjentów pasywnych) lub przez zgromadzenie beneficjentów wspólnie z niektórymi beneficjentami niebędącymi członkami zgromadzenia beneficjentów. W ten sposób, fundator będzie mógł zapewnić udział beneficjentów pasywnych w podejmowaniu kluczowych decyzji, jednocześnie pozostawiając podstawowe uprawnienia beneficjentom aktywnym. Do podejmowania uchwał w ten sposób powinny mieć zastosowanie ogólne reguły określone w art. 38 w sposób odpowiedni, tj. wymogi co do quorum i większości głosów.

Co więcej, projekt ustawy nie zawiera wyjątków od zasady jawności głosowania. Zgodnie z projektem ustawy, głosowania są jawne. Oznacza to, że nawet w sprawach osobowych nie przewidziano tajności głosowania. Wprowadzenie zasady odmiennej niż obowiązująca w spółkach handlowych nie jest niczym uzasadnione. Wydaje się zatem, że ustawa powinna wyraźnie wskazywać katalog spraw,

w których głosowanie ma charakter tajny na wzór regulacji przewidzianej w Kodeksie spółek handlowych.

W związku z opisanymi powyżej zagrożeniami, konieczne wydaje się wprowadzenie zmian w projekcie ustawy, które zapewnią fundatorom elastyczność w zakresie decydowania o sposobie podejmowania uchwał w ramach organów fundacji rodzinnej, tak aby mogli oni samodzielnie dostosować odpowiedni model zarządzania uwzględniając przy tym powiązania rodzinne, stosunek wartości majątku wniesionego przez poszczególnych fundatorów, czy wprowadzić rozwiązania, które zapewnią sprawiedliwy podział głosów niezależnie od liczby zstępnych w danej linii rodzinnej. W tym celu proponujemy określić zasady głosowania w sposób dyspozytywny, umożliwiając odmienną regulację w statucie bądź regulaminie danego organu.

Podsumowując powyższe argumenty, proponujemy następujące brzmienie art. 38 projektu ustawy o fundacjach rodzinnych:

Art. 38. 1. Uchwała organu może być podjęta, jeżeli wszyscy członkowie organu zostali prawidłowo zawiadomieni o posiedzeniu organu albo o głosowaniu na piśmie albo przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość.

2. Organ podejmuje uchwały, jeżeli w posiedzeniu organu albo głosowaniu na piśmie albo przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość uczestniczyła co najmniej połowa jego członków z zastrzeżeniem, że jeżeli uchwała zgromadzenia beneficjentów nie może zostać podjęta z uwagi na niespełnienie wymogu kworum, zwołuje się kolejne posiedzenie, na którym wymóg kworum nie obowiązuje, co należy wskazać w zawiadomieniu o posiedzeniu. Statut może przewidywać odmiennie wymagania dotyczące kworum danego organu.

3. Uchwały organu zapadają bezwzględną większością głosów, chyba że statut stanowi inaczej.

4. Zasady głosowania, w szczególności liczbę głosów przypadającą poszczególnym członkom organu oraz możliwość głosowania oddzielnymi grupami określa statut.

5. Głosowania organu są jawne. Tajne głosowanie zarządza się przy wyborach oraz nad wnioskami o odwołanie członków organów fundacji rodzinnej, o pociągnięcie ich do odpowiedzialności, jak również w sprawach osobowych. Poza tym należy zarządzić tajne głosowanie na żądanie choćby jednego członka organu uczestniczącego w posiedzeniu organu.

6. Uchwały organu są protokołowane. Protokół wymienia członków organu uczestniczących w głosowaniu oraz zawiera treść podjętych uchwał oraz wynik głosowania. Protokół podpisuje co najmniej przewodniczący posiedzenia i osoba sporządzająca protokół.

7. W przypadku wskazanym w statucie, dopuszcza się podejmowanie uchwał przy wykorzystaniu wzorca uchwały udostępnionego w systemie teleinformatycznym. Podjęcie uchwały przy wykorzystaniu wzorca uchwały wymaga wypełnienia formularza uchwały udostępnionego w systemie teleinformatycznym i opatrzenia uchwały kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi, podpisami zaufanymi albo podpisami osobistymi. Uchwała taka jest równoważna z uchwałą w formie pisemnej.

Dodatkowo, proponujemy następujące brzmienie art. 55 ustawy o fundacjach rodzinnych:

Art. 55. 1. Zgromadzenie beneficjentów tworzą beneficjenci, którym w statucie przyznano uprawnienie do uczestnictwa w nim.

2. Statut może określać sprawy, które wymagają podjęcia uchwały przez wszystkich beneficjentów, lub przez zgromadzenie beneficjentów wspólnie z niektórymi beneficjentami niebędącymi członkami zgromadzenia beneficjentów. Art. 38 stosuje się odpowiednio.

4.3. Zwoływanie posiedzeń – art. 39

Zwoływanie posiedzeń organów fundacji rodzinnej zostało uregulowane w art. 39 projektu ustawy, zgodnie z którym „członek organu może żądać od przewodniczącego organu zwołania posiedzenia organu, podając proponowany porządek obrad, lub podjęcia określonej uchwały na piśmie albo przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość. Jeżeli przewodniczący organu nie zwoła posiedzenia albo nie zarządzi głosowania na piśmie albo przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość na dzień przypadający w terminie dwóch tygodni od otrzymania żądania, wnioskodawca może samodzielnie zwołać posiedzenie, podając jego datę i miejsce. Art. 38 stosuje się odpowiednio”.

Powyższy przepis dotyczy wszystkich organów fundacji rodzinnej, a więc zarządu, rady protektorów oraz zgromadzenia beneficjentów. O ile w stosunku do zarządu oraz rady protektorów ten przepis jest zasadny, o tyle w stosunku do zgromadzenia beneficjentów takie rozwiązanie może prowadzić do nadużywania prawa do zwoływania posiedzeń zgromadzenia beneficjentów, które miało być organem epizodycznym. Jak wskazywano wyżej, wielopokoleniowy charakter fundacji rodzinnej i nieograniczona liczba beneficjentów oznaczać może zbyt dużą liczbę osób uprawnionych do zwoływania posiedzeń tego organu. Jeżeli każdy uprawniony beneficjent będzie wnioskował o zwołanie posiedzenia zgromadzenia beneficjentów, może okazać się to uciążliwe dla pozostałych beneficjentów.

W stosunku do zgromadzenia beneficjentów wydaje się, że wystarczające byłoby przyjęcie rozwiązania na wzór zwoływania zgromadzenia wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i przyznać prawo zwoływania zgromadzenia beneficjentów określonej części beneficjentów.

Projekt ustawy nie reguluje też w żaden sposób miejsca, w którym miałyby odbywać się posiedzenia organów, w szczególności zgromadzenia beneficjentów. Wydaje się, że w celu ograniczenia komplikacji związanych ze zwoływaniem posiedzeń w różnych miejscach w Polsce bądź za granicą, konieczne jest ustanowienie zasady, że zgromadzenie beneficjentów powinno odbywać się w siedzibie fundacji lub innym miejscu określonym w statucie, a także w innym miejscu na terytorium Polski, jeżeli wszyscy członkowie zgromadzenia wyrażą na to zgodę.

W związku z powyższym, proponujemy następujące brzmienie art. 39 ustawy o fundacjach rodzinnych:

Art. 39. 1. Członek organu może żądać od przewodniczącego organu zwołania posiedzenia organu, podając proponowany porządek obrad, lub podjęcia określonej uchwały na piśmie albo przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość, z zastrzeżeniem, że w stosunku do zgromadzenia beneficjentów wymagany jest wniosek członków organu dysponujących co najmniej 20 % głosów.

2. Jeżeli przewodniczący organu nie zwoła posiedzenia albo nie zarządzi głosowania na piśmie albo przy wykorzystaniu środków bezpośredniego porozumiewania się na odległość na dzień przypadający

w terminie dwóch tygodni od otrzymania żądania, wnioskodawca może samodzielnie zwołać posiedzenie, podając jego datę i miejsce. Art. 38 stosuje się odpowiednio.

Dodatkowo, proponujemy dodanie następującego przepisu w Rozdziale 7 „Organy fundacji rodzinnej”, Oddziale 4 „Zgromadzenie beneficjentów”:

Art. [] 1. Zgromadzenia beneficjentów odbywają się w siedzibie fundacji rodzinnej, jeżeli statut nie wskazuje innego miejsca na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

§ 2. Zgromadzenie beneficjentów może się odbyć również w innym miejscu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jeżeli wszyscy członkowie zgromadzenia beneficjentów wyrażą na to zgodę na piśmie.

4.4. Skład organów (Zarząd i Rada Protektorów) – art. 42 ust. 2, art. 51 ust. 2

Obecne brzmienie projektu wprowadza ograniczenia dotyczące składu zarządu oraz rady protektorów. Art. 42 ust. 2 stanowi, że *„członkiem zarządu może być także beneficjent, z tym, że łącznie beneficjenci nie mogą posiadać więcej niż połowę głosów w zarządzie”*. Analogiczny przepis dotyczy rady protektorów, tj. art. 51 ust. 2, zgodnie z którym *„członkiem rady protektorów może być także beneficjent, z tym, że łącznie beneficjenci nie mogą posiadać więcej niż połowę głosów w radzie protektorów”*.

Zgodnie z powołanymi przepisami, beneficjenci fundacji rodzinnej będą mogli pełnić funkcje w organach fundacji, jednak ich udział w tych organach nie będzie mógł przekraczać połowy członków danego organu (z uwagi na zasadę jedna osoba – jeden głos). Takie ograniczenie nie wydaje się zasadne mając na uwadze naturę fundacji rodzinnej, a zwłaszcza jej rodzinny charakter.

Zarząd oraz rada protektorów to główne organy fundacji rodzinnej, które będą posiadać szereg uprawnień w zakresie zarządzania fundacją rodzinną oraz decydowania o jej funkcjonowaniu. Do kompetencji zarządu należy prowadzenie spraw fundacji rodzinnej oraz reprezentacja jej na zewnątrz. Dodatkowo, zarząd odpowiada za realizację celów fundacji rodzinnej oraz bieżące ustalanie stanu płynności finansowej i wypłacalności fundacji rodzinnej. Zgodnie z obecnym brzmieniem projektu ustawy, zarząd może decydować o zmianie statutu po śmierci fundatora (w pewnym zakresie), a także o rozwiązaniu fundacji rodzinnej. Z kolei, rada protektorów pełni funkcje nadzorcze w stosunku do działań zarządu w zakresie przestrzegania prawa i postanowień zawartych w statucie. W niektórych przypadkach, rada protektorów może udzielać zarządowi zgody na dokonanie określonych czynności. Zarówno zarząd, jak i rada protektorów może składać się z jednego lub większej liczby członków. Oznacza to, że w przypadku jednoosobowych organów, taki organ składałby się wyłącznie z osób trzecich, ponieważ założeniem fundacji rodzinnej jest to, że beneficjentami najczęściej będą członkowie rodziny fundatora. W przypadku organów o nieparzystej liczbie członków, większość organu stanowiłyby osoby spoza kręgu beneficjentów. Taki przepis może też pośrednio wpływać niekorzystnie na status osób bliskich fundatorowi, który w celu zagwarantowania, że fundacja będzie zarządzana przez członków rodziny, będzie musiał zrezygnować z przyznania statusu beneficjenta pewnym członkom rodziny, tak aby taka osoba mogła pełnić funkcję „zewnątrznego zarządcy”. Powierzenie funkcji zarządczych, a także nadzoru nad zarządem osobom trzecim w praktyce sprawi, że fundacja rodzinna utraci swój w pełni rodzinny charakter.

Wprowadzenie takiego wymogu może mieć również negatywne skutki finansowe dla fundacji rodzinnej. Zatrudnienie profesjonalnych menedżerów nie zawsze będzie uzasadnione, a stanowić będzie dodatkowy koszt funkcjonowania fundacji rodzinnej. Tym samym, aby pokryć wysokie koszty wynagrodzeń członków organów, fundacja rodzinna będzie musiała zapewnić na to środki, co odbywać się będzie kosztem majątku przeznaczonego na świadczenia dla beneficjentów. Powierzenie funkcji zarządczych i nadzorczych osobom trzecim może być trudne również z uwagi na problem w zidentyfikowaniu wystarczającej liczby osób, którym można w zaufaniu powierzyć pełnienie tych funkcji, szczególnie że wymóg ten dotyczy obu organów, a członkowie zarządu nie mogą jednocześnie pełnić funkcji członka rady protektorów.

Polskie firmy rodzinne mają taką specyfikę, że w większości przypadków kluczowe decyzje podejmowane są przez członków rodziny założyciela biznesu. Stosunkowo często kolejne pokolenia są zainteresowane czynnym udziałem w zarządzaniu firmą. Dla tego typu firm zasada, że osoby trzecie mają mieć decydujący wpływ na funkcjonowanie fundacji rodzinnej jest nie do zaakceptowania. Dla wielu rodzin takie rozwiązanie będzie prowadziło do odrzucenia fundacji rodzinnej jako instrumentu sukcesji. Narzucenie fundacjom rodzinnym zewnętrznego zarządu i rady nadzorczej odbierana jest przez firmy rodzinne bardzo negatywnie. Uważamy, że jeśli dana rodzina będzie gotowa na taki krok to z pewnością to zrobi w przyszłości. Ten proces wydarzy się w sposób naturalny.

Tego typu rozwiązanie mogłoby znaleźć zastosowanie w przypadku niektórych fundacji rodzinnych, ale to powinna być materia regulowana w statucie fundacji rodzinnej. Istnieją takie firmy rodzinne, w których fundator sam będzie przewidywał udział osób trzecich w zarządzaniu fundacją rodzinną, jednak w wielu przypadkach rodziny nie będą w stanie całkowicie rezygnować z zachowania dominującego głosu w kluczowych organach fundacji rodzinnej bądź nawet nie będą sobie wyobrażać dopuszczenia do organów zarządzających jakichkolwiek osób trzecich. Wydaje się, że nie ma żadnego aksjologicznego ani też funkcjonalnego uzasadnienia dla narzucania takich twardych ograniczeń na fundację rodzinną, która miała być elastycznym instrumentem sukcesji. Takie rozwiązanie naszym zdaniem nie jest uzasadnione, gdyż rolą fundacji jest przede wszystkim zapewnienie integralności firmy rodzinnej, tj. zachowania firmy w rękach rodziny.

W uzasadnieniu projektu ustawy, projektodawca wskazuje, że to najbliższe grono fundatora będzie miało, co do zasady, najlepszą wiedzę na temat jego majątku i wartości, jakimi należy się kierować przy jego zarządzaniu. Jednocześnie uzasadnienie projektu wskazuje, że ograniczenie liczbowe zostało wprowadzone w celu zredukowania negatywnego wpływu ewentualnej sprzeczności interesów beneficjenta zasiadającego w organie z interesami pozostałych beneficjentów. Wydaje się zatem, że co do zasady w większości przypadków, w interesie beneficjentów będzie prawidłowe zarządzanie majątkiem fundacji rodzinnej i realizowanie jej celów, ponieważ sposób wykonywania funkcji zarządczych będzie skutkował wysokością możliwych do uzyskania świadczeń z fundacji. Tym niemniej najlepszym zabezpieczeniem interesów beneficjentów są odpowiednie bezpieczniki prawne zawarte w statucie fundacji rodzinnej, (np. wymóg podjęcia uchwały zgromadzenia beneficjentów odpowiednią większością). Co więcej, podczas konsultacji Zielonej księgi fundacji rodzinnej uczestnicy konsultacji nie widzieli przeciwwskazań, aby beneficjenci fundacji rodzinnej pełnili funkcje w organach fundacji. Uczestnicy konsultacji wskazali na szereg możliwych działań mających na celu ograniczenie ryzyka wynikającego z ewentualnego konfliktu interesów, takich jak:

- prawo żądania udzielenia wyjaśnień przez beneficjenta – członka zarządu;
- prawo do natychmiastowego odwołania beneficjenta z funkcji członka zarządu;
- prawo do podjęcia decyzji o dochodzeniu od niego odszkodowania;
- prawo do skierowania zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa na szkodę fundacji rodzinnej.

Nie należy zapominać, że zgodnie z art. 59 projektu ustawy, członkowie organów odpowiadają wobec fundacji rodzinnej za szkodę wynikłą z niewykonania lub nienależytego wykonania swoich obowiązków, w tym z niedołożenia należytej staranności lub niedochowania lojalności wobec fundacji rodzinnej, chyba że nie ponoszą winy. Odpowiedzialność członków organów została zatem uregulowana niezależnie od posiadania statusu beneficjenta, co powinno wzmacniać ochronę przez ewentualnym konfliktem interesów. Dalsze ograniczenia wydają się zatem zbyt daleko idące. Nie można przecież wykluczyć konfliktu interesów osoby pełniącej funkcje w organach fundacji z interesami jej beneficjentów, szczególnie, gdy byłaby to osoba z rodziny fundatora, która nie uzyskała statusu beneficjenta na rzecz pełnienia funkcji w organie.

Kwestia składu zarządu oraz rady protektorów powinna być zatem regulowana w statucie fundacji, a wola fundatora w tym zakresie nie powinna być ograniczana.

Z tego względu proponujemy następujące brzmienie art. 42 ust. 2 oraz 51 ust. 2:

Art. 42. 2. Członkiem zarządu może być także beneficjent.

Art. 51. 2. Członkiem rady protektorów może być także beneficjent.

4.5. Rada Protektorów – dodatkowe uwagi – art. 48 ust. 2, art. 50

Pragniemy również zwrócić uwagę projektodawcy na pewne kwestie dotyczące regulacji tworzenia i funkcjonowania rady protektorów fundacji rodzinnej, które wymagają doprecyzowania. Dotyczy to kwestii przekroczenia liczby dwudziestu pięciu beneficjentów po śmierci fundatora, a także kwestii dotyczących nazewnictwa oraz zasad funkcjonowania rady protektorów składającej się wyłącznie z jednego członka.

Zgodnie z art. 48 ust. 2 projektu ustawy „*jeżeli liczba beneficjentów przekracza dwadzieścia pięć osób, ustanowienie rady protektorów jest obowiązkowe*”. Rada protektorów jest ustanawiana w statucie przez fundatora. Z kolei, zgodnie z obecnymi przepisami, statut może być zmieniony po śmierci fundatora, jeżeli przewidział on takie uprawnienie w statucie zarządowi lub innemu uprawnionemu organowi. Liczba beneficjentów będzie się zwiększać z upływem czasu, co może doprowadzić do tego, że fundacja rodzinna która początkowo działała na rzecz kilku osób, wraz z upływem czasu będzie spełniać świadczenia na rzecz znacznie większej liczby beneficjentów. Istnieje zatem ryzyko, że na skutek przekroczenia dwudziestu pięciu beneficjentów po śmierci fundatora, w praktyce nie będzie możliwe ustanowienie rady protektorów, ponieważ konieczna byłaby zmiana statutu, a takiego uprawnienia nie przewidziano dla pozostałych organów.

Z tego względu postulujemy, aby zaadresować tę kwestię w przepisach poprzez wprowadzenie uprawnienia dla zgromadzenia beneficjentów do zmiany statutu po śmierci fundatora w celu

ustanowienia rady protektorów, jeżeli liczba beneficjentów fundacji rodzinnej przekroczy dwadzieścia pięć osób.

Proponujemy, dodanie ust. 3 do przepisu art. 48, który miałby następujące brzmienie:

Art. 48. 3. Jeżeli liczba beneficjentów przekroczy dwadzieścia pięć osób po śmierci fundatora, zgromadzenie beneficjentów jest uprawnione do zmiany statutu w celu ustanowienia rady protektorów.

Kolejną kwestią, która wymaga doprecyzowania jest nazewnictwo oraz funkcjonowanie rady protektorów, która składa się wyłącznie z jednego członka, na co pozwala brzmienie art. 50 projektu ustawy. Zwracamy uwagę, że zgodnie z definicją Słownika języka polskiego PWN rada rozumiana jest jako „zespół ludzi wybranych przez pewną grupę lub powołanych przez władzę do pełnienia określonych zadań”. Zatem, rada stanowi zespół osób, więc więcej niż jedną osobę. Z tego względu konieczne jest wskazanie w projekcie ustawy, że rada protektorów składa się z co najmniej dwóch członków i jest organem kolegialnym, natomiast wykonywanie jej obowiązków może zostać powierzone jednej osobie – tak zwanemu protektorowi. W takiej sytuacji do protektora stosowane będą odpowiednio przepisy dotyczące rady protektorów.

Proponujemy zatem następujące brzmienie art. 50 projektu ustawy:

Art. 50. Rada protektorów składa się z dwóch albo większej liczby członków. Obowiązki rady protektorów mogą być powierzone wyłącznie jednemu protektorowi, w takim przypadku do protektora stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące rady protektorów.

4.6. Powoływanie organów (zarząd i Rada Protektorów) – art. 45 ust. 3, 52 ust. 3

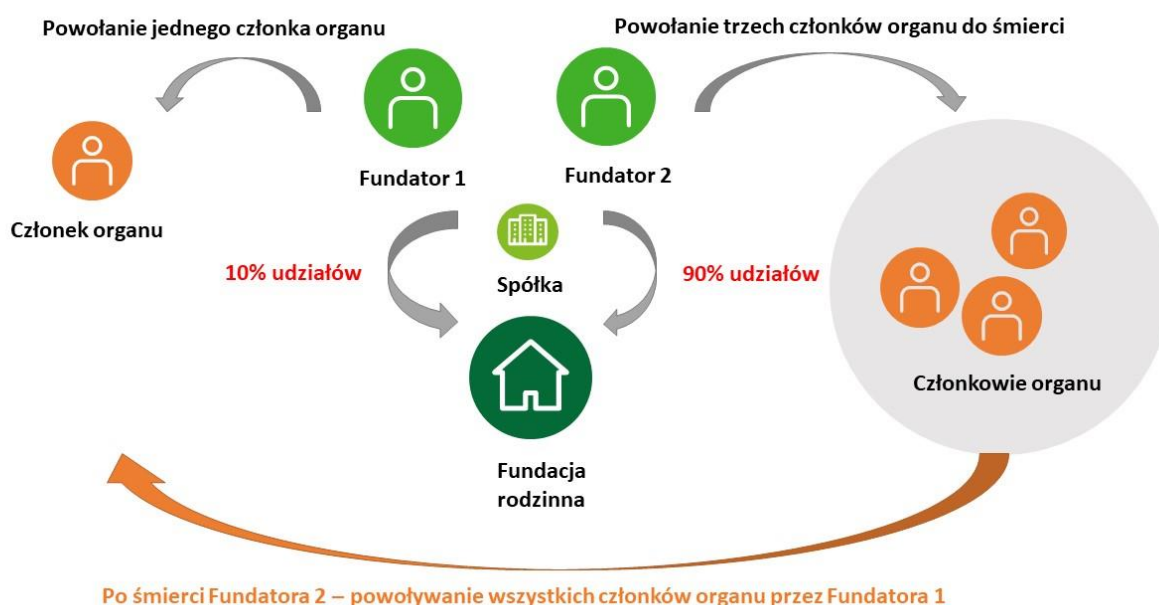
Zgodnie z art. 45 ust. 3 projektu ustawy „*powołania i odwołania członków zarządu dokonuje fundator, a po śmierci fundatora rada protektorów, jeżeli została ustanowiona. W przypadku braku fundatora i rady protektorów powołania i odwołania członków zarządu dokonuje zgromadzenie beneficjentów*”. Podobne zasady przewiduje art. 52 ust. 3 w stosunku do rady protektorów, który stanowi, że „*powołania i odwołania członków rady protektorów dokonuje fundator, a po śmierci fundatora zgromadzenie beneficjentów*”.

Analizując powyższe przepisy, należy dojść do wniosku, że reguły powoływania i odwoływania członków zarządu i rady protektorów nie mogą być przedmiotem modyfikacji. Co prawda, w dalszej części przepisu tj. w ustępie 8 obu przepisów znalazł się zapis, zgodnie z którym statut może zawierać inne postanowienia, w szczególności ograniczać prawo odwołania do ważnych powodów. Na pierwszy rzut oka mogłoby się wydawać, że to właśnie ten przepis gwarantuje możliwość odmiennego uregulowania tych kwestii w statucie. Jednak całościowa analiza przepisu prowadzi do odmiennych wniosków. Gdyby tak było, że przepis ust. 8 odnosiłby się nie tylko do regulacji możliwości odwołania członków organów, a do wszelkich kwestii objętych tym przepisem, w tym kwestii osób uprawnionych do powoływania i odwoływania zarządu i rady protektorów, to niepotrzebne byłoby określanie w ust. 1 tego przepisu, że kadencja członka organu wynosi 3/5 lat, „chyba że statut stanowi inaczej”. Zatem, należy założyć, że zasady powoływania i odwoływania organów, w zakresie w jakim określają organy

uprawnione do ich dokonania są bezwzględnie obowiązujące, a statut nie może przewidywać regulacji odmiennych.

Takie rozwiązanie nie zawsze będzie przystawało do realiów konkretnej fundacji rodzinnej, w szczególności gdy tworzą ją osoby niespokrewnione, bądź kilka odrębnych linii rodzinnych, w szczególności przy obecnej zasadzie, że jedna osoba posiada jeden głos w poszczególnych organach. Przede wszystkim obecna propozycja projektodawcy zakłada, że do śmierci fundatora pozostaje on wyłącznym dysponentem praw do powoływania i odwoływania organów fundacji. Może to rodzić szereg zagrożeń, w szczególności w sytuacji, gdy fundacja została utworzona przez więcej niż jednego fundatora, po śmierci jednego z nich pozostali mogą swobodnie odwołać członków organów powołanych przez niezującego fundatora.

Powoływanie członków organów za życia fundatorów

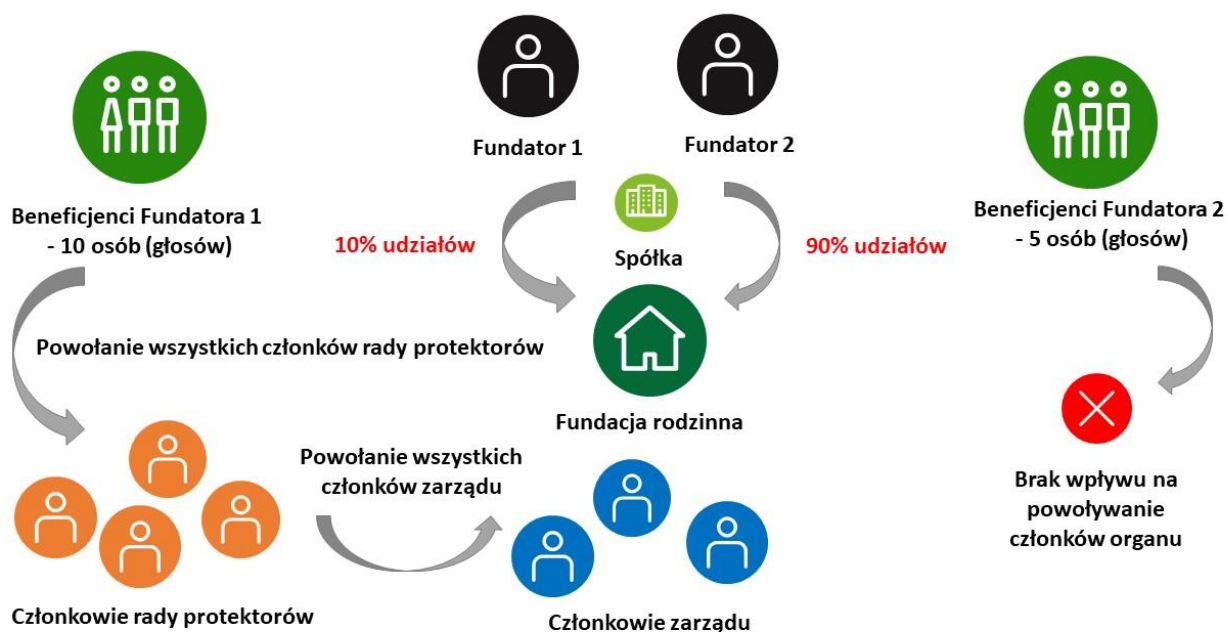


Rozwiązanie przyznające prawo powoływania organów wyłącznie fundatorowi może zatem prowadzić do zagrożenia interesów części beneficjentów w fundacjach rodzinnych tworzonych przez kilka osób. Jak wskazywano wyżej, nie można wykluczyć, że fundator zakładając fundację będzie gotowy zrezygnować z uprawnień do powoływania organów na rzecz innych organów, zachowując przy tym prawo do powoływania choćby niektórych członków danego organu, w szczególności właśnie w fundacjach zakładanych przez wielu fundatorów, po śmierci jednego z nich. Co więcej, w razie ciężkiej choroby fundatora i upływu kadencji organów, powołanie nowych członków organów może być znacznie utrudnione, bądź całkowicie niemożliwe, pozostawiając fundację rodzinną bez prawidłowego zarządzania.

Z kolei, po śmierci wszystkich fundatorów, o powoływaniu zarządu decydować będzie w pierwszej kolejności rada protektorów, której co najmniej połowa członków będzie musiała być spoza kręgu beneficjentów, co w praktyce może oznaczać, że te osoby będą powoływane przez podmioty obce, spoza rodziny i najbliższego otoczenia fundatora oraz beneficjentów. Rada protektorów będzie z kolei wybierana przez zgromadzenie beneficjentów. Zatem, ostatecznie o składzie organów zawsze będzie decydować zgromadzenie beneficjentów. W przypadku dwóch linii rodzinnych, realny wpływ na decydowaniu o składzie organów będzie miała linia rodziny, która składa się z większej liczby osób,

a nie np. ta, która do fundacji wniosła większy majątek lub też posiada odpowiednie kompetencje do zarządzania fundacją rodzinną.

Powoływanie członków organów po śmierci fundatorów



W fundacjach rodzinnych, w których nie zostanie utworzona rada protektorów, zarząd będzie wybierany przez zgromadzenie beneficjentów, przy czym obecna regulacja zakłada równą liczbę głosów przypadającą na każdego z nich, co również może prowadzić do sytuacji, gdy linia rodziny posiadająca większą ilość reprezentantów na zgromadzeniu beneficjentów będzie miała swobodę wyboru członków zarządu. Istnieje bardzo wiele potencjalnych rozwiązań w zakresie zasad powoływania i odwoływania organów zarówno za życia jak i po śmierci fundatora, bądź niektórych z fundatorów. W szczególności godne uwagi są rozwiązania pozwalające na przyznanie szczególnych uprawnień beneficjentowi wskazanemu przez fundatora do powoływania danej liczby członków organów, czy określenie kategorii osób mogących w przyszłości decydować o składzie organów np. poprzez odniesienie do linii rodzinnych lub konkretnych przymiotów danego beneficjenta (np. przepracowanie 5 lat w organach firmy). Jak wskazywano wyżej, przydatne również przy powoływaniu organów może być także wprowadzenie możliwości głosowania oddzielnymi grupami. Nie powinno to być zatem przedmiotem bezwzględnie obowiązującej regulacji ustawowej.

Mając na uwadze powyższe argumenty, należy uznać, że określenie w tak prosty sposób mechanizmu powoływania organów fundacji nie będzie odpowiadało potrzebom wszystkich fundacji rodzinnych. Ustalanie składu zarówno zarządu, jak i rady protektorów powinno być dostosowane do relacji panujących w rodzinie, do układu sił w fundacji rodzinnej, po dokładnym rozważeniu wszystkich uwarunkowań. Nie jest możliwe zidentyfikowanie mechanizmu, który sprawdzi się we wszystkich fundacjach rodzinnych, dlatego zasady powoływania i odwoływania organów powinny być przedmiotem regulacji statutowej natomiast ustawa powinna wskazywać szereg przykładowych możliwości jakie statut może w tym zakresie przewidywać. W celu uniknięcia komplikacji związanych z nieuregulowaniem powyższych kwestii w statucie, a także mając na uwadze, że znajdą się fundacje rodzinne, w których schemat zaproponowany przez projektodawcę będzie odpowiedni (choć będzie

ich naszym zdaniem bardzo niewiele), nie warto całkowicie rezygnować z regulacji ustawowej, a wystarczające będzie wprowadzenie możliwości odmiennego uregulowania tych kwestii w statucie.

Proponujemy następujące brzmienie przepisów art. 45 ust. 3 oraz 52 ust. 3 projektu ustawy:

Art. 45. 3. Powołania i odwołania członków zarządu dokonuje fundator, a po śmierci fundatora rada protektorów, jeżeli została ustanowiona. W przypadku braku fundatora i rady protektorów powołania i odwołania członków zarządu dokonuje zgromadzenie beneficjentów. Odmiennie zasady mogą zostać określone w statucie.

Art. 52. 3. Powołania i odwołania członków rady protektorów dokonuje fundator, a po śmierci fundatora zgromadzenie beneficjentów, chyba że statut stanowi inaczej.

5. Audyt – art. 60

Projekt ustawy przewiduje także obowiązkowy mechanizm kontrolny, mający zastosowanie obligatoryjnie do każdej fundacji rodzinnej. Art. 60 projektu ustawy stanowi, że „w terminie trzech miesięcy od zakończenia roku obrotowego fundacji rodzinnej, niezależny audytor albo zespół niezależnych audytorów, wyznaczony przez zgromadzenie beneficjentów dokonuje kontroli w zakresie zarządzania aktywami fundacji rodzinnej oraz ich użytkowania pod kątem prawidłowości, rzetelności oraz zgodności z prawem, celami oraz dokumentami fundacji rodzinnej. Kontrola kończy się sporządzeniem raportu, który przekazywany jest zarządowi”. Dalsze ustępy tego artykułu określają szczegóły takiej kontroli, wskazując, że audytorem albo członkiem zespołu audytorów może być biegły rewident, doradca podatkowy, radca prawny lub adwokat, a także precyzują obowiązki sprawozdawcze oraz uprawnienia audytorów związane z przeprowadzonym audytem.

Już na etapie konsultacji Zielonej księgi fundacji rodzinnej uznano, że obowiązek ustanawiania dla każdej fundacji rodzinnej organu wewnętrznego nadzoru może okazać się rozwiązaniem zbyt rygorystycznym. Z tych względów w projekcie ustawy zdecydowano, że organ nadzoru tj. rada protektorów będzie organem fakultatywnym, z wyjątkiem fundacji, w których liczba beneficjentów przekracza dwadzieścia pięć osób. Biorąc pod uwagę argumentację, że ustanawianie wewnętrznego organu nadzoru wydawało się zbyt rygorystyczne, niezrozumiałe jest nakładanie cyklicznego obowiązku przeprowadzania audytu przez podmiot zewnętrzny.

Fundacja rodzinna powinna w naszej ocenie być rozwiązaniem możliwym do zastosowania nie tylko dla największych firm rodzinnych, ale również dla średnich i dużych firm rodzinnych. Obowiązek przeprowadzania corocznego audytu wiąże się z koniecznością zatrudniania profesjonalnych podmiotów świadczących tego typu usługi, co dla wielu fundacji może okazać się zbyt kosztowne, a koszt ten może nie być uzasadniony rzeczywistymi potrzebami danego podmiotu. Co więcej, fundacja jako osoba prawna, podlegać będzie obowiązkowi sporządzania sprawozdania finansowego, które – w określonych przypadkach - podlegać będzie badaniu przez biegłego rewidenta. Ta okoliczność w połączeniu z mechanizmami nadzorczymi przewidzianymi w projekcie dla rady protektorów (pełnienie funkcji nadzorczych), a także beneficjentów (prawo wglądu do dokumentów oraz uzyskania informacji o działalności fundacji rodzinnej), wydają się wystarczająco zabezpieczać

prawidłowe funkcjonowanie fundacji rodzinnej, która co do zasady powinna być instytucją rodzinną, opartą na zaufaniu i lojalności jej uczestników.

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty, w naszej ocenie wprowadzenie obowiązku przeprowadzania corocznego audytu przez profesjonalnych audytorów jest niezasadne. W razie potrzeby, fundator może przewidzieć taki obowiązek w statucie fundacji. Wydaje się, że rada protektorów, czy beneficjenci również mogliby zlecić stosowny audyt w razie powzięcia jakichkolwiek wątpliwości co do prawidłowości zarządzania fundacją rodzinną.

Wobec tego proponujemy całkowite usunięcie art. 60 z projektu ustawy o fundacjach rodzinnych lub też dodanie na początku ust. 1 słów „O ile statut tak stanowi”.

Ewentualnie, nie rezygnując całkowicie z możliwości przeprowadzenia audytu przez podmiot zewnętrzny, warto rozważyć rozwiązanie podobne do tego zaproponowanego w projekcie ustawy z dnia 20 lipca 2020 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw, poprzez przyznanie radzie protektorów oraz zgromadzeniu beneficjentów uprawnienia do zatrudnienia zewnętrznego doradcy w celu przeprowadzenia audytu opisanego w obecnym projekcie ustawy. W takim przypadku, przepis art. 60 projektu ustawy mógłby mieć następujące brzmienie:

Art. 60. Rada protektorów lub zgromadzenie beneficjentów może podjąć uchwałę w sprawie przeprowadzenia kontroli w zakresie zarządzania aktywami fundacji rodzinnej oraz ich użytkowania pod kątem prawidłowości, rzetelności oraz zgodności z prawem, celami oraz dokumentami fundacji rodzinnej przez wybranego doradcę.

6. Kontrola uchwał podejmowanych przez organy fundacji rodzinnej – art. 61, art. 49 ust. 2, art. 57

Projektowany przepis art. 61 przewiduje tryb zaskarżania uchwał organów fundacji rodzinnej. Ustęp pierwszy tego przepisu stanowi, że *„fundator, beneficjent lub członek organu fundacji rodzinnej może wytoczyć przeciwko fundacji rodzinnej powództwo o uchylenie albo stwierdzenie nieważności uchwały organów fundacji rodzinnej sprzecznej z ustawą, celami fundacji rodzinnej lub jej statutem”*.

Projekt ustawy nie precyzuje jednak w żaden sposób, jakie są przesłanki wytoczenia każdego z tych powództw, a jedynie jak się wydaje określa wspólne przesłanki dla tych powództw, w żaden sposób ich nie rozróżniając. Wprowadzeniu możliwości wytoczenia powództwa, aby umożliwić skuteczne jego wniesienie powinno towarzyszyć określenie konkretnych przesłanek w stosunku do każdego z nich oddzielnie. Wydaje się, że wystarczającym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie analogicznych przesłanek jak te dotyczące wniesienia powództwa o uchylenie lub stwierdzenie nieważności uchwał zgromadzenia wspólników spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 249 KSH oraz art. 252 KSH). Zgodnie z tymi przepisami, powództwo o uchylenie uchwały zgromadzenia wspólników jest możliwe, gdy uchwała jest sprzeczna z umową spółki bądź dobrymi obyczajami i godzi w interesy spółki lub ma na celu pokrzywdzenie wspólnika. Z kolei powództwo o stwierdzenie nieważności uchwały może być wniesione w przypadku sprzeczności uchwały zgromadzenia wspólników z ustawą.

Zatem, komentowany przepis art. 61 ust. 1 powinien brzmieć następująco:

Art. 61. 1. Fundator, beneficjent lub członek organu fundacji rodzinnej może wytoczyć przeciwko fundacji rodzinnej:

1) powództwo o uchylenie uchwały organów fundacji rodzinnej sprzecznej z celami fundacji rodzinnej lub jej statutem;

2) powództwo o stwierdzenie nieważności uchwały organów fundacji rodzinnej sprzecznej z ustawą.

Ponadto, ustawa przewiduje, że statut fundacji rodzinnej może zawierać regulacje przyznające szczególne uprawnienia radzie protektorów, w tym przewidywać, że zarząd jest obowiązany uzyskać zgodę rady protektorów przed dokonaniem określonych czynności (art. 49 ust. 2), a także, że sprawy określone w ustawie lub statucie fundacji rodzinnej mogą wymagać uchwały zgromadzenia beneficjentów (art. 57). Projekt ustawy w żaden sposób nie określa jakie są skutki podjęcia czynności przez zarząd fundacji bez uzyskania zgody tych organów, w szczególności czy takie czynności wywołują skutki wobec osób trzecich.

W celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości oraz w celu zapewnienia pewności obrotu, konieczne jest jednoznaczne określenie jakie będą konsekwencje działania zarządu w przypadku dokonania czynności sprzecznej z uchwałą rady protektorów, bądź zgromadzenia beneficjentów wymaganej statutem bądź czynności, dla której uchwała taka jest wymagana bez uzyskania takiej uchwały. Z uwagi na fakt, że projekt ustawy nie przewiduje wymogu uzyskania zgody tych organów na jakiegokolwiek czynności zarządu, nie ma potrzeby określania skutków działań podjętych bez zgody wymaganej ustawą. Gdyby jednak, ostateczny kształt ustawy przewidywał takie czynności, które wymagają uchwały jakiegokolwiek organu fundacji rodzinnej, należy pamiętać o odpowiednim uregulowaniu skutków braku uzyskania wymaganej zgody.

Przydatna w tym kontekście może okazać się regulacja art. 17 § 3 KSH, który wprowadza zasadę, że czynność prawna dokonana bez zgody właściwego organu spółki, wymaganej wyłącznie przez umowę spółki albo statut, jest ważna, jednakże nie wyklucza to odpowiedzialności członków zarządu wobec spółki z tytułu naruszenia umowy spółki albo statutu. Przepis ten ma na celu ochronę osób trzecich działających w zaufaniu do spółki jako osoby prawnej. Jakiegokolwiek ograniczenia reprezentacji nie mogą być skuteczne w stosunku do osób trzecich. Trzeba nadmienić, że dokonanie czynności prawnej bez wymaganej w statucie lub umowie spółki zgody może spowodować odpowiedzialność wewnętrzną członków zarządu za naruszenie postanowień statutu lub umowy spółki (art. 293 § 1 i art. 483 § 1 KSH)⁵. Z tych samych względów, podobne skutki w stosunku do osób trzecich powinny wywoływać czynności organów fundacji rodzinnej dokonane bez zgody wymaganej statutem.

W związku z tym proponujemy dodanie następującego przepisu do ustawy o fundacjach rodzinnych w rozdziale 7 „Organy fundacji rodzinnej”, oddziale I „Przepisy ogólne”.

⁵ J. Strzępka (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Wyd. 7, Warszawa 2015.

Art. []. Czynność prawna dokonana bez wymaganej uchwały właściwego organu fundacji rodzinnej wymaganej przez statut jest ważna.

7. Rozwiązanie fundacji rodzinnej – art. 63, 64

Rozwiązanie fundacji rodzinnej zostało uregulowane w art. 63 projektu ustawy, który stanowi, że fundacja rodzinna ulega rozwiązaniu w następujących przypadkach:

- gdy fundator złoży fundacji rodzinnej oświadczenie, w formie aktu notarialnego o rozwiązaniu fundacji rodzinnej;
- gdy sąd rejestrowy orzeknie o rozwiązaniu fundacji rodzinnej w przypadku zarządzania fundacją rodzinną w sposób oczywiście sprzeczny z jej celem lub interesami beneficjentów;
- gdy zgromadzenie beneficjentów jednomyślnie podejmie uchwałę o rozwiązaniu fundacji rodzinnej, ze względu na istotną zmianę sytuacji ekonomicznej i dalszą niecelowość kontynuowania działalności fundacji rodzinnej;
- gdy zarząd podejmie uchwałę o rozwiązaniu fundacji rodzinnej.

Przy czym, zarząd podejmuje uchwałę o rozwiązaniu fundacji rodzinnej, gdy:

- zadania fundacji rodzinnej zostały spełnione;
- upłynął okres, na jaki fundacja rodzinna została powołana;
- dalsza realizacja celów fundacji rodzinnej jest niemożliwa lub nadmiernie utrudniona, a usunięcie przeszkód nie może nastąpić bez konieczności poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów.

Dodatkowo, zgodnie z art. 64 projektu ustawy „*w przypadku zarządzania fundacją rodzinną w sposób oczywiście sprzeczny z jej celem oraz interesami beneficjentów lub w przypadku wykrycia przez audytora okoliczności i nieprawidłowości zagrażających stanowi aktywów fundacji rodzinnej i jej wypłacalności, sąd rejestrowy jest uprawniony do rozwiązania fundacji rodzinnej*”.

Projektodawca po raz kolejny przyznał nieograniczoną swobodę fundatorowi w zakresie decydowania o fundacji rodzinnej, bez możliwości zrzeczenia się przez niego uprawnień w statucie. W celu zapewnienia stabilizacji stosunków prawnych oraz rodzinnych, należy uznać, że fundator projektując statut fundacji rodzinnej powinien mieć wybór w zakresie kształtowania zasad funkcjonowania tworzonej przez niego fundacji oraz zakończenia działalności fundacji rodzinnej. Przyznanie fundatorowi nieograniczonego w żaden sposób prawa do rozwiązania fundacji rodzinnej może rodzić szereg zagrożeń dla majątku fundacji oraz dla jej beneficjentów. Po raz kolejny wskazujemy, że to rozwiązanie nie sprawdzi się w przypadku fundacji zakładanych przez kilku fundatorów, bowiem mogłoby skutkować tym, że po śmierci fundatora, który wniósł większą część majątku do fundacji, pozostały przy życiu fundator zdecyduje o jej rozwiązaniu samodzielnie ze szkodą dla niektórych beneficjentów. Nie wykluczamy całkowicie możliwości rozwiązania fundacji przez fundatora, ale należy umożliwić określenie zasad jej rozwiązywania i osób do tego uprawnionych na etapie tworzenia fundacji rodzinnej w statucie.

Jednomyślna decyzja beneficjentów może być niejednokrotnie niemożliwa do podjęcia z uwagi na dużą liczbę beneficjentów mimo istnienia przesłanek wskazujących na konieczność rozwiązania fundacji rodzinnej. Z czasem liczba beneficjentów będzie coraz większa, a tym samym rozwiązanie

fundacji rodzinnej coraz trudniejsze. Dlatego zarówno przesłanki, jak i większość głosów wymagana do podjęcia uchwały powinien ustalić fundator w statucie. Dopuszczamy możliwość podjęcia tej decyzji przez beneficjentów, jednak wydaje się, że jednomyślność jest zasadą zbyt daleko idącą. Proponujemy zatem rozwiązanie, zgodnie z którym zgromadzenie beneficjentów będzie mogło zdecydować w przedmiocie rozwiązania fundacji rodzinnej większością 3/4 głosów.

Wątpliwości budzi także przyznanie uprawnienia, a wręcz obowiązku zarządowi do podjęcia uchwały o rozwiązaniu fundacji rodzinnej w przypadkach określonych w ustawie. Oznacza to, że to zarząd, który – zgodnie z modelem przedstawionym w projekcie - w większości będą tworzyć osoby spoza kręgu beneficjentów, będzie oceniał, czy przesłanki ustawowe zostały spełnione. Stanowi to zagrożenie dla beneficjentów fundacji rodzinnej, ponieważ ustawa określa te przesłanki w sposób pozwalający na swobodę interpretacji, co może prowadzić do nadużyć. Takie przesłanki powinny być oceniane przez sąd, a nie przez zarząd fundacji rodzinnej.

Uprawnienie sądu do rozwiązania fundacji rodzinnej zasługuje na uznanie, jednak powinno zostać ograniczone do następujących przypadków:

- w przypadku zarządzania fundacją rodzinną w sposób oczywiście sprzeczny z jej celem lub interesami beneficjentów,
- zadania fundacji rodzinnej zostały spełnione,
- upłynął okres, na jaki fundacja została powołana,

Powyżej wskazane przypadki wydają się rozsądnym kompromisem, ponieważ to sąd a nie członkowie zarządu decydowałby o spełnieniu tych przesłanek, jednocześnie uwzględniając konieczność rozwiązania fundacji rodzinnej w tych przypadkach.

Zbyt daleko idące wydaje się jednak uprawnienie sądu do rozwiązania fundacji rodzinnej w przypadku wykrycia nieprawidłowości przez audytora. Przepis nie wymaga, aby były to nieprawidłowości, których nie da się usunąć. Po drugie, obecnie obowiązujące przepisy dotyczące upadłości i restrukturyzacji przewidują mechanizmy, które pozwalają na odpowiednie postępowanie w przypadkach zagrożenia stanu majątkowego.

Podsumowując, przepis art. 63 projektu ustawy powinien zostać zmodyfikowany poprzez:

- określenie, że rozwiązanie fundacji rodzinnej może nastąpić w przypadkach określonych w statucie;
- wskazanie, że rozwiązanie fundacji następuje w przypadku upływu okresu na jaki została utworzona;
- przyznanie sądowi uprawnienia do rozwiązania fundacji rodzinnej w określonych przypadkach;
- rezygnacja z bezwzględnej regulacji przyznającej prawo rozwiązania fundacji fundatorowi, zgromadzeniu beneficjentów, czy zarządowi i wprowadzenie zasady, że taka decyzja może być podjęta przez co najmniej 3/4 głosów na zgromadzeniu beneficjentów, z zastrzeżeniem, że statut może przewidywać surowsze warunki.

Wobec tego, komentowany przepis powinien mieć następujące brzmienie:

Art. 63. 1. Fundacja rodzinna ulega rozwiązaniu:

- 1) gdy upłynął okres, na jaki fundacja rodzinna została utworzona;
 - 2) gdy sąd rejestrowy orzeknie o rozwiązaniu fundacji rodzinnej;
 - 3) gdy zgromadzenie beneficjentów podejmie uchwałę o rozwiązaniu fundacji rodzinnej większością co najmniej 3/4 głosów, przy czym statut może przewidywać surowsze wymagania dla podjęcia takiej uchwały;
 - 4) w innych przypadkach przewidzianych w statucie.
- 2. Sąd rejestrowy może orzec o rozwiązaniu fundacji rodzinnej:**
- 1) w przypadku zarządzania fundacją rodzinną w sposób oczywiście sprzeczny z jej celem lub interesami beneficjentów,
 - 2) gdy zadania fundacji rodzinnej zostały spełnione,
 - 3) gdy upłynął okres, na jaki fundacja rodzinna została powołana.

Dodatkowo, proponujemy wykreślenie art. 64 z projektu ustawy o fundacjach rodzinnych.

8. Zmiany w przepisach

8.1 Uwagi ogólne

Projekt ustawy przewiduje też nowelizację przepisów innych ustaw, w tym Kodeksu cywilnego, czy ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym. Nowelizacja Kodeksu cywilnego polega głównie na zaadresowaniu kwestii dotyczących zachowku, natomiast nowelizacja ustawy o KRS dotyczy kwestii rejestracji fundacji rodzinnych w Krajowym Rejestrze Sądowym – rejestrze fundacji rodzinnych. W kolejnych rozdziałach przedstawiamy uwagi dotyczące proponowanych przepisów.

8.2 Zachowek

Projekt ustawy o fundacjach rodzinnych (art. 70) zawiera także zmiany przepisów Kodeksu cywilnego dotyczące zachowku.

Obecne brzmienie przepisu art. 996¹ KC formułuje zasadę, zgodnie z którą „wniesienie mienia przez fundatora, o którym mowa w ustawie z dnia ... o fundacji rodzinnej (Dz.U. poz. ...), do fundacji rodzinnej w skutkach należy traktować jak darowiznę na rzecz osób będących spadkobiercami albo uprawnionymi do zachowku”. Zgodnie z art. 994 § 1 KC „przy obliczaniu zachowku nie dolicza się do spadku drobnych darowizn, zwyczajowo w danych stosunkach przyjętych, ani dokonanych przed więcej niż dziesięciu laty, licząc wstecz od otwarcia spadku, darowizn na rzecz osób niebędących spadkobiercami albo uprawnionymi do zachowku”. Zatem, przy obliczaniu zachowku do spadku dolicza się wszelkie darowizny dokonane w przeszłości na rzecz osób będących spadkobiercami albo uprawnionymi do zachowku.

Traktowanie fundacji rodzinnej jako spadkobiercy albo osoby uprawnionej do zachowku będzie skutkowało tym, że w przypadku, gdy otwarcie spadku nastąpi nawet po 10 latach od jej utworzenia, do wartości spadku doliczana będzie wartość aktywów wniesionych do fundacji rodzinnej w przeszłości. W przypadku młodych fundatorów, mających około 20 – 30 lat, fundacja może

odpowiadać za zachówek nawet po 50 – 60 latach od jej założenia i to według cen na dzień ustalania prawa do zachowku.

Podobne regulacje nie będą miały zastosowania w klasycznej sukcesji, w sytuacji gdy nestor przekaze cały majątek jednemu zstępnemu, który następnie zrzeknie się dziedziczenia, w tym prawa do zachowku. Po upływie 10 lat, darowizna na rzecz tej osoby nie będzie uwzględniana przy obliczaniu zachowku. Słabsza pozycja prawna fundacji rodzinnej nie znajduje naszym zdaniem żadnego uzasadnienia. Należy też wziąć pod uwagę, że beneficjentami fundacji rodzinnej nie zawsze będą członkowie rodziny. Fundator może przecież ustanowić wyłącznym beneficjentem organizację pożytku publicznego. W przypadku przekazania majątku takiej organizacji w drodze klasycznej sukcesji majątkowej, po 10 latach ten majątek nie byłby uwzględniany przy obliczaniu zachowku. Podobnie powinna być traktowana fundacja rodzinna.

Wyjątkiem są sytuacje, w których fundacja rodzinna rzeczywiście zostałaby spadkobiercą lub sytuacje, w których fundator za życia był całkowitym dysponentem fundacji rodzinnej uprawnionym do świadczeń z tej fundacji bądź mienia po likwidacji, a także gdy posiadał nieograniczone uprawnienie do samodzielnego jej rozwiązania bez zgody innych organów. W takich sytuacjach dopuszczamy możliwość nieograniczania terminem 10-letnim odpowiedzialności fundacji rodzinnej.

W związku z powyższym proponujemy wprowadzenie odmiennej zasady, że wniesienie mienia do fundacji rodzinnej w skutkach należy traktować jak darowiznę na rzecz osób niebędących spadkobiercami albo uprawnionymi do zachowku. Jednocześnie proponujemy wprowadzenie wyjątków od tej zasady, w przypadku, gdy założenie fundacji rodzinnej nie pełni roli instrumentu sukcesyjnego lub w przypadku, gdy beneficjenci fundacji rodzinnej posiadający na dzień otwarcia spadku prawo do ponad 50% świadczeń z fundacji rodzinnej lub mienia po likwidacji fundacji rodzinnej na dzień otwarcia spadku są spadkobiercami lub uprawnionymi do zachowku

Przepis art. 996¹ KC brzmiałby następująco:

Art. 996¹. 1. Wniesienie mienia przez fundatora, o którym mowa w ustawie z dnia... o fundacji rodzinnej (Dz. U. poz. ...), do fundacji rodzinnej w skutkach należy traktować jak darowiznę na rzecz osób niebędących spadkobiercami albo uprawnionymi do zachowku, z zastrzeżeniem ustępu następnego. Wniesienie mienia przez fundatora do fundacji rodzinnej należy traktować jak darowiznę na rzecz osób będących spadkobiercami albo uprawnionymi do zachowku, w przypadku gdy:

1) fundacja rodzinna jest spadkobiercą fundatora, lub

2) fundator za życia był uprawniony do co najmniej 50% świadczeń z fundacji rodzinnej,

3) fundator za życia był uprawniony do co najmniej 50% mienia w razie likwidacji fundacji rodzinnej, lub

4) fundator posiadał nieograniczone uprawnienie do rozwiązania fundacji rodzinnej za życia,

5) na dzień otwarcia spadku beneficjenci fundacji rodzinnej posiadający łącznie którekolwiek z uprawnień fundatora określonych w pkt 2) - 3) powyżej są spadkobiercami lub uprawnionymi do zachowku po fundatorze

Projektodawca w nowym art. 997¹ § 1 KC przewiduje możliwość żądania odroczenia terminu zapłaty zachowku, rozłożenia go na raty, a w wyjątkowych sytuacjach jego obniżenia przy uwzględnieniu m.in. typu, wielkości i stanu przedsiębiorstwa, którego wartość uwzględnia się przy obliczaniu zachowku, oraz potrzeby zapewnienia kontynuacji prowadzonej przy jego wykorzystaniu działalności gospodarczej.

Należy jednak zauważyć, że zgodnie z projektowanymi przepisami, fundacja rodzinna nie może prowadzić działalności gospodarczej, zatem przedsiębiorstwo nie będzie co do zasady stanowiło przedmiotu wnoszonego do fundacji rodzinnej. Najczęściej będą to jednak udziały, bądź akcje spółek, które takie przedsiębiorstwo będą prowadzić w swoim imieniu, jednak z korzyścią dla fundacji rodzinnej. Obecne brzmienie projektowanego przepisu nie uwzględnia jednak przedsiębiorstwa, które należy do spółek kontrolowanych przez fundację rodzinną, zatem takie przedsiębiorstwo nie będzie brane pod uwagę przy ocenie zasadności odroczenia terminu, rozłożenia na raty, czy obniżenia zachowku. W konsekwencji, sąd może nie uwzględnić żądania obowiązanego do zaspokojenia zachowku, tym samym powodując zagrożenie dla kontynuacji działalności gospodarczej prowadzonej przez podmioty kontrolowane przez fundację rodzinną.

Z powyższych względów zasadne wydaje się odpowiednie uwzględnienie specjalnego charakteru majątku wnoszonego do fundacji rodzinnej, przy ocenie zasadności żądań obowiązanego do zapłaty zachowku.

Proponujemy zatem następujące brzmienie przepisu art. 997¹ § 1 KC:

Art. 997¹ . § 1 Obowiązany do zaspokojenia roszczenia z tytułu zachowku może żądać odroczenia terminu jego płatności, rozłożenia go na raty, a w wyjątkowych przypadkach jego obniżenia, przy uwzględnieniu:

1) typu, wielkości i stanu przedsiębiorstwa, a także udziałów, akcji i ogółu praw i obowiązków wspólnika spółki, która prowadzi przedmiotowe przedsiębiorstwo, których wartość uwzględnia się przy obliczaniu zachowku, oraz potrzeby zapewnienia kontynuacji prowadzonej działalności gospodarczej podmiotu, który przedsiębiorstwo prowadzi;

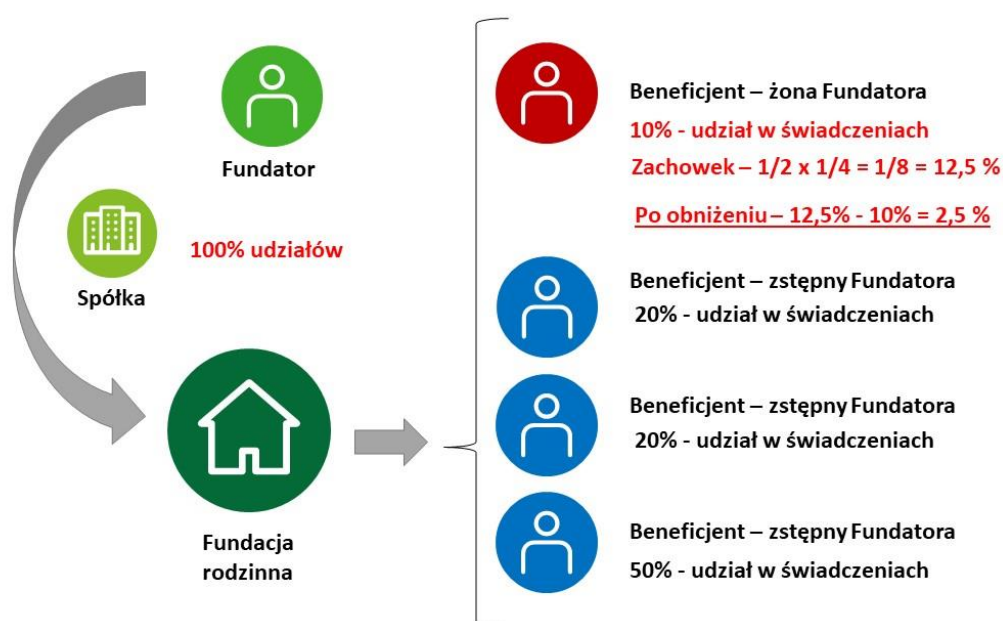
Ponadto, projektodawca przewiduje kolejny nowy przepis Kodeksu cywilnego tj. art. 997², który stanowi, że „wysokość zachowku ulega proporcjonalnemu zmniejszeniu o korzyści otrzymane przez uprawnionego do zachowku z tytułu świadczeń od fundacji rodzinnej, o której mowa w ustawie z dnia ... o fundacji rodzinnej”.

Taki sposób obliczania zachowku należnego beneficjentowi fundacji budzi spore wątpliwości, ponieważ przepis stanowi wyłącznie, że wysokość zachowku ulega proporcjonalnemu obniżeniu, ale nie wskazuje sposobu obliczenia tych proporcji. Wprowadzenie przepisu o takiej treści może prowadzić do wielu rozbieżności w sposobie obliczania wysokości zachowku przez uprawnione organy.

W naszej ocenie, konieczne jest szczegółowe opisanie zasad obliczania zachowku w sytuacji, gdy uprawnionym jest beneficjent fundacji rodzinnej. W takim przypadku wysokość zachowku powinna

być obniżona o wartość uprawnień beneficjenta, przy czym przepisy powinny regulować sposób obliczania tej wartości. Wartość uprawnień beneficjenta powinna stanowić udział tego beneficjenta w majątku wniesionym przez fundatora będącego spadkodawcą. Zatem dla uproszczenia, wartość uprawnienia beneficjenta powinna stanowić iloczyn wartości mienia wniesionego do fundacji rodzinnej przez spadkodawcę stanowiącej podstawę do obliczenia zachowku (z uwzględnieniem zasad ogólnych) oraz udziału uprawnionego do zachowku w świadczeniach wypłacanych przez fundację. Chwilą, na którą taka wartość byłaby ustalana powinien być dzień ustalenia prawa do zachowku. Takie rozwiązanie wprowadziłoby fikcję prawną, że udział beneficjenta fundacji rodzinnej w świadczeniach z tej fundacji jest zaliczany na zachówek w takiej wartości, jakby dany beneficjent otrzymał udziały w spółce prawa handlowego. Pozwoliłoby to na zabezpieczenie interesów uprawnionych do zachowku przy jednoczesnym zabezpieczeniu interesów samej fundacji rodzinnej.

Zachówek – propozycja zaliczania korzyści z fundacji rodzinnej



Aby ustalić powyższy udział konieczna będzie analiza odpowiedniej dokumentacji fundacji rodzinnej, tj. statutu oraz listy beneficjentów. Gdyby jednak okazało się, że na podstawie tych dokumentów nie jest możliwe np. z uwagi na to, że niektóre ze świadczeń nie są określone jako udział w zysku, ale są to świadczenia niepieniężne lub w ściśle określonej kwocie, należy zweryfikować również ewidencję świadczeń fundacji rodzinnej za zamknięte okresy sprawozdawcze od chwili otrzymania statusu beneficjenta. Aby uniknąć zagrożenia dla interesów beneficjenta związanego z próbą omijania przepisów dotyczących zachowku proponujemy również uzupełnienie tego przepisu o klauzulę generalną stosowaną w wyjątkowych sytuacjach.

Takie rozwiązanie, wraz z zasadą, że beneficjent, który ma otrzymać od fundacji rodzinnej sumę pieniężną potrzebną do uzupełnienia zachowku traci prawo do świadczeń i mienia po likwidacji fundacji rodzinnej w części odpowiadającej tej sumie wydaje się wystarczające i kompleksowe, a także zapewni przejrzystość i ułatwienie dla sądów oraz uprawnionych i obowiązanych do wypłaty zachowku podczas obliczania wysokości zachowku.

Proponujemy następujące brzmienie przepisu art. 997² Kodeksu cywilnego:

Art. 997(2). § 1. Wysokość zachowku ulega zmniejszeniu o korzyści otrzymane przez uprawnionego do zachowku z tytułu świadczeń od fundacji rodzinnej, o której mowa w ustawie z dnia ... o fundacji rodzinnej.

§ 2. Jeżeli uprawnionym do zachowku jest beneficjent fundacji rodzinnej utworzonej przez spadkodawcę to na należny zachówek zalicza się wartość uprawnienia beneficjenta wyliczoną zgodnie z § 3.

§ 3. Wartość uprawnienia beneficjenta fundacji rodzinnej zaliczana na poczet zachowku stanowi iloczyn wartości mienia wniesionego do fundacji rodzinnej stanowiącej podstawę do obliczenia zachowku oraz udziału uprawnionego do zachowku w świadczeniach wypłacanych przez fundację rodzinną na dzień ustalenia prawa do zachowku.

§ 4. Ustalenie odpowiedniego udziału uprawnionego do zachowku w świadczeniach wypłacanych przez fundację rodzinną w pierwszym rzędzie następuje na podstawie statutu fundacji rodzinnej oraz listy beneficjentów. Gdyby dokumenty, o których mowa w zdaniu poprzednim nie pozwalały na ustalenie udziału, o którym mowa w zdaniu poprzednim to udział ten będzie ustalany również na podstawie ewidencji świadczeń fundacji rodzinnej za zamknięte okresy sprawozdawcze od chwili kiedy uprawniony do zachowku uzyskał status beneficjenta. W wyjątkowych przypadkach udział, o którym mowa w zdaniu pierwszym będzie ustalany również na podstawie innych okoliczności.

§ 5. Zrzeczenie się uprawnień beneficjenta fundacji rodzinnej przez uprawnionego do zachowku nie ma wpływu na zaliczenie uprawnień beneficjenta na poczet zachowku.

8.3 Rejestracja w KRS

Wprowadzenie obowiązku rejestracji fundacji rodzinnej w Krajowym Rejestrze Sądowym wiąże się z koniecznością zgłoszenia szeregu dokumentów dotyczących fundacji rodzinnej do rejestru, który ma charakter całkowicie jawny.

Projektowany art. 60c ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym wymienia dokumenty, które należy złożyć do rejestru, m.in. akt założycielski, bądź testament oraz statut fundacji rodzinnej. Dokumenty te mogą zawierać szereg informacji wrażliwych, dotyczących prywatnych stosunków w ramach danej rodziny. Umożliwienie dostępu do tych dokumentów nieograniczonej liczbie osób stanowi niewątpliwe zagrożenie dla prywatności danej rodziny. Układ sił w fundacji rodzinnej, a także kwestie dotyczące uprawnień beneficjentów i przysługujących im świadczeń od fundacji rodzinnej będzie mógł stanowić pole do interpretacji stosunków panujących w danej rodzinie. Życie rodzinne i prawo do prywatności są istotnymi wartościami, które powinny być odpowiednio chronione. W większości ustawodawstw innych krajów, w których funkcjonuje instytucja fundacji rodzinnej, akta tych fundacji nie są ogólnodostępne. Z tego względu zasadne wydaje się wprowadzenie wyjątku od zasady jawności Krajowego Rejestru Sądowego, wprowadzając szczególny tryb dostępu do rejestru fundacji rodzinnych.

W celu równoważenia interesów rodzinnych oraz konieczności zapewnienia jawności rejestru, zasadne wydaje się wprowadzenie rozwiązania pośredniego. Przykładowo, takie rozwiązanie przewidują przepisy ustawy o księgach wieczystych i hipotece. Zgodnie z tą ustawą, akta księgi

wieczystej może przeglądać w obecności pracownika sądu osoba mająca interes prawny oraz notariusz. To samo dotyczy wydawania odpisów dokumentów. Wydaje się, że akta fundacji rodzinnej często zawierać będą szereg bardziej wrażliwych danych niż akta dotyczące nieruchomości. Zasada pełnej jawności akt fundacji rodzinnej przy jednoczesnym ograniczeniu jawności akt ksiąg wieczystych wydaje się nieuzasadniona.

Bez wątplenia, interes prawny w dostępie do dokumentów fundacji rodzinnej posiadać będzie fundator, członkowie organów fundacji rodzinnej, a także beneficjenci. W pozostałym zakresie, o istnieniu interesu prawnego powinien decydować każdorazowo przewodniczący wydziału gospodarczego danego sądu rejestrowego. Takie rozwiązanie sprawi, że dostęp do akt danej fundacji pozostałych osób nie będzie całkowicie wykluczony, ale będzie wymagał wykazania interesu prawnego, więc zapewni ochronę przed dostępem osób nieuprawnionych, które wykorzystają uzyskane informacje w nieodpowiednich celach. Co więcej, ograniczenie jawności akt rejestrowych fundacji rodzinnej nie będzie miało negatywnego wpływu na pewność w obrocie handlowym, ponieważ akta rejestrowe spółek kontrolowanych przez fundację rodzinną pozostaną w dalszym ciągu jawne.

Proponujemy zatem wprowadzenie dodatkowego przepisu do ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym:

Art. []. Akta fundacji rodzinnej może przeglądać, w obecności pracownika sądu, fundator, członek organu fundacji rodzinnej, beneficjent fundacji rodzinnej oraz osoba mająca interes prawny.

8.4 Ustawa o kształtowaniu ustroju rolnego

Przepisy ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego w art. 3a ust. 1 wskazują, że Krajowemu Ośrodkowi Wsparcia Rolnictwa (KOWR) przysługuje prawo pierwokupu udziałów i akcji w spółce kapitałowej, która jest właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości rolnej o powierzchni co najmniej 5 ha albo nieruchomości rolnych o łącznej powierzchni co najmniej 5 ha. Zgodnie z ust. 2 pkt 2) tego przepisu nie stosuje się w przypadku zbywania udziałów i akcji na rzecz osoby bliskiej.

Art. 2 pkt 6) ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego definiuje osobę bliską jako „*zstępnych, wstępnych, rodzeństwo, dzieci rodzeństwa, rodzeństwo rodziców, małżonka, osoby przysposabiające i przysposobione oraz pasierbów*”.

Krajowemu Ośrodkowi Wsparcia Rolnictwa przysługuje również uprawnienie do nabycia udziałów i akcji w spółce prawa handlowego, która jest właścicielem lub użytkownikiem wieczystym nieruchomości rolnej o powierzchni co najmniej 5 ha, albo nieruchomości rolnych o łącznej powierzchni co najmniej 5 ha w razie nabycia akcji lub udziałów w określonych przypadkach, w tym na podstawie jednostronnej czynności prawnej (art. 4 ust. 1 pkt 2 ustawy). Również w tym wypadku nie dotyczy to czynności pomiędzy osobami bliskimi.

Na gruncie obecnego projektu ustawy nie przewidziano żadnych wyjątków dotyczących nabycia akcji lub udziałów spółki przez KOWR w przypadku wniesienia do fundacji rodzinnej udziałów lub akcji

spółek handlowych będących właścicielami lub użytkownikami wieczystymi nieruchomości rolnej o powierzchni co najmniej 5 ha. Na skutek tego, w przypadku wniesienia takich akcji lub udziałów przez fundatora do fundacji rodzinnej istniałoby ryzyko wykonania prawa nabycia akcji i udziałów przez KOWR w stosunku do takich akcji lub udziałów. Wykonania przez KORW tego typu uprawnienia nie zaryzykuje żadna firma rodzinna, będąca właścicielem gruntów rolnych, która chce zachować rodzinny charakter.

Przepisy ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego wprowadzają wyjątek od zasady pierwokupu opisanej wyżej w przypadku zbycia udziałów lub akcji na rzecz osób bliskich. Zwracamy uwagę, że podobny wyjątek powinien być zastosowany w stosunku fundacji rodzinnej, skoro ma ona zaspokajać w głównej mierze interesy członków rodziny. Odmienne traktowanie fundacji rodzinnej niż osób bliskich właściciela udziałów lub akcji nie jest w żaden sposób uzasadnione, bo jest to przede wszystkim instrument sukcesyjny. Posiadanie statusu osoby bliskiej związane jest z możliwością złągodzenia szeregu innych rozwiązań reglamentujących obrót rolny.

Z powyższych względów, proponujemy uwzględnienie fundacji rodzinnej, jej fundatorów oraz beneficjentów w definicji osoby bliskiej na gruncie ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego poprzez następującą nowelizację art. 2 pkt 6 tej ustawy:

Art. 2 Ilekroć w ustawie jest mowa o: (...)

6) „osobie bliskiej” – należy przez to rozumieć zstępnych, wstępnych, rodzeństwo, dzieci rodzeństwa, rodzeństwo rodziców, małżonka, osoby przysposabiające i przysposobione oraz pasierbów, a także fundację rodzinną w rozumieniu ustawy z dnia ... o fundacjach rodzinnych w stosunku do jej fundatorów oraz beneficjentów, a także fundatora i beneficjenta w stosunku do fundacji rodzinnej.

8.5 Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów

Podobny problem występuje na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Art. 13 tej ustawy przewiduje obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w określonych przypadkach. W celu dokonania koncentracji, konieczne jest w takich przypadkach uzyskanie zgody Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Kolejny przepis, art. 14 tej ustawy wprowadza wyjątki od obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji. Między innymi, w art. 14 pkt 5) przewidziano wyjątek dotyczący koncentracji przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej. Oznacza to, że ustawodawca dopuszcza możliwość dokonywania koncentracji między przedsiębiorcami należącymi do tej samej grupy kapitałowej, jedynie wyłącza je z obowiązku zgłoszenia. Zgodnie z poglądami doktryny tego typu koncentracje przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej nie mogą więc z istoty swej nigdy być „koncentracjami antykonkurencyjnymi” a tylko takim ustawa ma przeciwdziałać⁶.

Zgodnie z założeniami projektu, fundacja rodzinna może być właścicielem udziałów lub akcji spółek kapitałowych, a fundator zakładając fundację będzie przenosił własność tych udziałów lub akcji na rzecz fundacji rodzinnej. Przy obecnym brzmieniu projektu ustawy, w takiej sytuacji założenie fundacji rodzinnej i przekazanie jej własności udziałów lub akcji w pewnych sytuacjach musiałoby być

⁶ T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. wyd. 2, Warszawa 2014.

poprzedzone odpowiednim zgłoszeniem takiej transakcji Prezesowi UOKiK oraz wydaniem przez ten organ decyzji. Ciężko sobie wyobrazić spełnienie tego wymogu w przypadku fundacji rodzinnej utworzonej w drodze testamentu. Skoro ustawodawca zwolnił z obowiązku zgłaszania koncentracji przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej, tym bardziej koncentracja polegająca na nabyciu udziałów lub akcji przez fundację rodzinną powinna być z tego wymogu zwolniona.

W związku z powyższym proponujemy dodanie art. 14 pkt 6) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów:

Art. 14 Nie podlega zgłoszeniu zamiar koncentracji:

6) polegającej na wniesieniu mienia do fundacji rodzinnej przez jej fundatorów.

9. Uwagi dotyczące kwestii podatkowych

9.1 Ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych

9.1.1. Wątpliwości dotyczące kosztów uzyskania przychodów przy zbyciu przez fundację rodzinną udziałów/akcji w innych spółkach otrzymanych od fundatora

Przepisy projektu ustawy o fundacja rodzinnych nie zawierają regulacji w przedmiocie wysokości kosztów uzyskania przychodów przy sprzedaży przed fundację rodzinną udziałów/akcji w innych spółkach otrzymanych uprzednio od fundatora. Powyższe może rodzić wątpliwości czy przy zbyciu tych składników kosztem uzyskania przychodu będzie wartość rynkowa udziałów/akcji ustalona na moment ich otrzymania, tzw. koszty historyczne (wydatki poniesione przez fundatora celem objęcia/nabycia udziałów (akcji)) czy też intencją projektodawcy przepisów było pozbawienie fundacji rodzinnych prawa do rozpoznania kosztów. Postulowanym jest zatem doprecyzowanie ten kwestii na dalszym etapie legislacyjnym i wskazanie, że kosztem uzyskania przychodów są koszty poniesione historycznie przez fundatora.

Proponujemy następujące brzmienie przepisu art. 16 ust. 1 pkt 8g:

Art. 16 ust. 1 pkt 8g

wydatków poniesionych przez fundatora na nabycie lub objęcie udziałów (akcji) wniesionych do fundacji rodzinnej; wydatki te stanowią koszt uzyskania przychodów w przypadku odpłatnego zbycia lub umorzenia wniesionych udziałów (akcji), ustalony zgodnie z pkt 8 i art. 15 ust. 1k

9.1.2. Wątpliwości dotyczące opodatkowania fundacji rodzinnych z tytułu nieekwiwalentnych wypłat / świadczeń na rzecz beneficjentów

Wskazać również należy, że projekt ustawy o fundacjach rodzinnych nie rozstrzyga również kwestii opodatkowania podatkiem dochodowym od osób prawnych fundacji rodzinnych z tytułu nieekwiwalentnych wypłat/realizacji świadczeń na rzecz beneficjentów, będących podmiotami powiązanymi. Projektowane przepisy w obecnym kształcie rodzą bowiem uzasadnione wątpliwości dotyczące konieczności rozpoznania przez fundację rodzinną tego rodzaju przychodu analogicznie jak w sytuacji spełnienia świadczeń przez innych podatników podatku dochodowego od osób prawnych na rzecz podmiotów powiązanych.

Proponujemy dodanie następującego przepisu:

Art. [] Do fundacji rodzinnej przepisów rozdziału 1A nie stosuje się w zakresie realizacji świadczeń na rzecz beneficjentów, o których mowa w przepisie art. 28 ustawy o fundacja rodzinnych.

9.1.3. Potrzeba wprowadzenia tzw. zwolnienia dywidendowego dla fundacji rodzinnej

Należy zaznaczyć, że dość częstą sytuacją będzie taka, w której, majątkiem, w jaki będzie wyposażona fundacja rodzinna, będą udziały lub akcje w spółce / spółkach kapitałowych (lub innych spółkach będących podatnikami PDOP). Przepisy nie przewidują przy tym, aby dywidendy wypłacane przez taką spółkę do fundacji, mogły korzystać ze zwolnienia z opodatkowania – na zasadach analogicznych do tych, które zostały przewidziane w art. 22 ust. 4 ustawy o PDOP.

Co prawda, świadczenia wypłacane przez fundację (w oparciu o otrzymane dywidendy) będą korzystać ze zwolnienia po stronie beneficjentów je otrzymujących (jako dochody z mienia wniesionego do Fundacji) w przypadku, gdy beneficjent będzie blisko spokrewniony z fundatorem. Zatem przewidziany system opodatkowania będzie – co do zasady – odpowiadał efektywnemu (dwukrotnemu) opodatkowaniu w strukturach holdingowych ze spółkami kapitałowymi:

- W strukturze ze spółką holdingową: 19% od dochodu na poziomie spółki operacyjnej, zwolnienie dywidendowe na poziomie spółki holdingowej (pod warunkiem spełnienia przesłanek), 19% od dywidendy na poziomie osoby fizycznej – udziałowca / akcjonariusza spółki holdingowej – efektywnie 2x 19%;
- W strukturze z Fundacją: 19% od dochodu na poziomie spółki operacyjnej, 19% od dywidendy na poziomie Fundacji, zwolnienie wypłaty środków z fundacji na poziomie beneficjenta (pod warunkiem spełnienia przesłanek) – efektywnie 2x19%.

Niemniej należy podkreślić, że poziom (innymi słowy – moment), na którym następuje opodatkowanie jest przypadku omawianych struktur niezwykle istotny i przy zachowaniu aktualnych założeń przewidzianych w Projekcie jest wysoce prawdopodobne, że struktury holdingowe będą chętniej wykorzystywanym – w porównaniu z fundacją – narzędziem sukcesji w Firmach Rodzinnych (pomimo pewnych ułatwień, które Fundacja będzie zapewniać w porównaniu do struktur holdingowych). Powyższe wynika z faktu, że w strukturach holdingowych drugi poziom opodatkowania jest realizowany dopiero na moment wypłaty środków osobie fizycznej (udziałowcowi / akcjonariuszowi spółki holdingowej). W związku z tym, spółka holdingowa może pełnić rolę „parasola” inwestycyjnego, umożliwiającego przesuwanie środków pomiędzy spółkami zależnymi i reinwestowanie tych środków. W przypadku fundacji – mając na względzie aktualne założenia Projektu – ten efekt nie zostanie osiągnięty, bowiem opodatkowanie wystąpi już na moment wypłaty dywidendy do fundacji. Należy przy tym zaznaczyć, że fundacja co do zasady nie ma obowiązku automatycznej wypłaty uzyskanych dochodów (w tym z tytułu dywidend) na rzecz beneficjentów, a może dokonywać ich dalszych reinwestycji. Tym samym wszelkie przesunięcia środków pochodzących z dywidendy wypłaconej przez spółkę której udziałowcem / akcjonariuszem będzie fundacja, celem reinwestowania tych środków, będą związane z dodatkowym poziomem opodatkowania.

Aby nie zmniejszać atrakcyjności podatkowej fundacji względem struktur holdingowych, należałoby zatem postulować zmianę poziomu (momentu) opodatkowania – w przypadku gdy fundacja jest akcjonariuszem lub udziałowcem spółki kapitałowej (lub współnikiem spółki osobowej będącej podatnikiem PDOP) poprzez (1) wprowadzenie zwolnienia dywidendowego dla fundacji –

analogicznego jak przewidziane w art. 22 ust. 4 ustawy o PDOP oraz (2) przesunięcie opodatkowania – w przypadku zastosowania zwolnienia dywidendowego przez fundację – na poziom beneficjenta, na moment wypłaty mu środków przez fundację. Taka zmiana przyczyni się do zwiększenia atrakcyjności fundacji jako narzędzia sukcesji Firm Rodzinnych.

Proponujemy następujące brzmienie art. 22 ust. 7:

Art. 22. 7. Przepisy ust. 4-4d oraz ust. 6 stosuje się odpowiednio do dochodów (przychodów), o których mowa w ust. 1, uzyskiwanych przez fundację rodzinną.

9.1.4. Zasadność wprowadzenia zwolnienia ze zbycia przez fundację rodzinną udziałów lub akcji (w przypadku posiadania określonego ich pakietu)

Aby nie zmniejszać atrakcyjności fundacji rodzinnej względem innych rozwiązań dostępnych w obowiązującym stanie prawnym (alternatywna spółka inwestycyjna) lub planowanych (spółki holdingowe – por. Zielona Księga – Prekonsultacje Zmian Podatkowych – Holdingi) należałoby wprowadzić zwolnienie z opodatkowania w przypadku sprzedaży przez fundację udziałów lub akcji spółki zależnej. Analogicznie, jak w przypadku alternatywnej spółki inwestycyjnej, zwolnienie byłoby uzależnione od spełnienia warunków w zakresie posiadania przez fundację co najmniej 10% udziałów lub akcji w spółce zależnej oraz minimalnego okresu ich posiadania.

Aby utrzymać sprawiedliwość systemu podatkowego, omawiana zmiana mogłaby funkcjonować w powiązaniu z przesunięciem opodatkowania – w przypadku zastosowania zwolnienia przez fundację – na poziom beneficjenta, na moment wypłaty mu środków przez fundację.

Proponujemy następujące brzmienie art. 17 ust. 1 pkt 58b:

dochody (przychody) fundacji rodzinnej uzyskane w roku podatkowym ze zbycia udziałów (akcji), pod warunkiem że fundacja rodzinna, która zbywa udziały (akcje), posiadała przed dniem zbycia bezpośrednio nie mniej niż 10% udziałów (akcji) w kapitale spółki, której udziały (akcje) są zbywane, nieprzerwanie przez okres dwóch lat

9.2 Ustawa o podatku od spadków i darowizn

9.2.1. Przesunięcie momentu opodatkowania w przypadku zastosowania przez fundację rodzinną zwolnienia z PDOP

Propozycja jest związana ze zmianami proponowanymi powyżej. W związku z postulowaną zmianą momentu opodatkowania w przypadku dochodów dywidendowych oraz dochodów ze zbycia udziałów (pod pewnymi warunkami), zachodzi potrzeba wprowadzenia przepisu, który zapewni sprawiedliwość systemu podatkowego (tj. w związku z brakiem opodatkowania na poziomie fundacji rodzinnej – w tych przypadkach – wprowadzi takie opodatkowanie na poziomie beneficjentów). Należałoby zatem uzależnić stosowanie zwolnienia z podatku od spadków i darowizn – po stronie beneficjentów, od tego, czy na poziomie fundacji nie zostało zastosowane zwolnienie z PDOP. Jednocześnie, pochodzenie środków wypłacanych przez fundację na rzecz beneficjenta z dochodów podlegających zwolnieniu, powinno znajdować stosowne odzwierciedlenie w ewidencji prowadzonej przez fundację.

Proponujemy następujące brzmienie art. 4c ust. 3:

Art. 4c. 3. Zwolnienia, o którym mowa w ust. 1 nie stosuje się, jeżeli przedmiotem świadczenia są dochody fundacji rodzinnej, które korzystały ze zwolnienia z opodatkowania podatkiem dochodowym od osób prawnych na podstawie art. 22 ust. 7 lub art. 17 ust. 1 pkt 58b ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych.

9.2.2. Prowadzenie przez fundację rodzinną ewidencji rachunkowej w sposób, który pozwoli określić, w odniesieniu do których świadczeń wypłacanych przez fundację należy stosować zwolnienie z opodatkowania

Poniższa propozycja stanowi dopełnienie rozwiązania zaproponowanego powyżej i wprowadzałaby narzędzie pozwalające na efektywną realizację tego mechanizmu:

Art. 9 ust. 1c pkt 4

prowadzić ewidencję rachunkową w sposób zapewniający ustalenie źródła dochodu, z którego pochodzą środki przeznaczone na świadczenia przekazywane beneficjentowi a także fundatorowi.