

Dr hab. Adam Mariański, prof. UŁa

Uczelnia Łazarskiego

ORCID: 0000-0001-8690-9351

e-mail: a.marianski@lazarski.pl

Działalność gospodarcza fundacji rodzinnej – analiza krytyczna

Economic activity of family foundation – critical analysis

Streszczenie

Ustawa o fundacjach rodzinnych wprowadziła do polskiego porządku prawnego nowy rodzaj osoby prawnej, ale także i zasady jej opodatkowania. Co do zasady fundacja rodzinna jest podatnikiem podatku dochodowego od osób prawnych zwolnionym podmiotowo, z wyjątkiem dochodów z działalności gospodarczej wykraczającej poza zakres zwolnienia, a także od niektórych przychodów z najmu. Artykuł poświęcony jest analizie wprowadzonych regulacji, ale także wskazuje skutki praktyczne błędnej interpretacji zwolnienia podatkowego dochodów fundacji rodzinnej. Należy także ustalić spójność z innymi gałęziami prawa, zwłaszcza Prawa przedsiębiorców. Zastosowana metoda badawcza pozwala na wskazanie postulatów *de lege ferenda*.

Słowa kluczowe: fundacja rodzinna, podatki dochodowe, firmy na pokolenia

JEL: K34

Abstract

The Act on Family Foundations introduced a new type of legal entity into the Polish legal system – family foundations. As a rule, they are subject-exempt corporations income tax taxpayers. However, the foundation is taxed on income from business activities beyond the scope of the exemption, as well as on certain rental income. The article is devoted to the analysis of the introduced regulations, but also indicates the practical consequences of incorrect interpretation of the tax exemption of family foundation income. Consistency with other branches of law, especially Entrepreneur's law, should also be established. The research method used allows for the identification of *de lege ferenda* postulates.

Keywords: family foundation, income taxes, companies for generations

Wprowadzenie

Ustawa o fundacji rodzinnej weszła w życie 22.05.2023 r.¹ Bardzo szybkie tempo prac legislacyjnych projektu rządowego z 22.11.2022 r., który znacząco odbiegał od pierwotnych projektów poddanych konsultacjom społecznym, miało wpływ na jakość uchwalonych przepisów. Dodatkowo jeszcze w trakcie okresu *vacatio legis* została dokonana nowelizacja ustawy, głównie w celu wprowadzenia zmian zapobiegających unikaniu opodatkowania². Jednak najczęściej zastrzeżeń budzą przepisy dotyczące regulacji korporacyjnych ustawy (Kappes, 2023, s. 7–12) oraz dozwolonej działalności gospodarczej określonej w art. 5 ustawy. Sposób regulacji zwolnienia podatkowego dla dochodów z takiej działalności determinuje szereg problemów praktycznych, przede wszystkim związanych z konsekwencjami podatkowymi.

Fundacja rodzinna jako osoba prawna jest podatnikiem podatku dochodowego od osób prawnych, również na etapie działania jako fundacja rodzinna w organizacji. Jednak co do zasady jest zwolniona podmiotowo, co wynika z nowe-

go brzmienia art. 6 ust. 1 pkt 25 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych³. Fundacja rodzinna jest osobą prawną utworzoną w celu gromadzenia mienia, zarządzania nim w interesie beneficjentów oraz spełniania świadczeń na rzecz beneficjentów (art. 2 ust. 1 u.f.r.). Dlatego przychody z tytułu gromadzenia mienia, ale także zarządzania nim są co do zasady zwolnione od podatku dochodowego od osób prawnych. Dopiero wypłata świadczeń beneficjentom skutkuje powstaniem obowiązku podatkowego w tym podatku (szerzej: Mariański, 2023, s. 29–37). Należy dodać, że zwolnienia podatkowe są elementem konstrukcyjnym podatku i w tym znaczeniu nie ma podstaw do uznania ich wyjątkowego charakteru. Jednocześnie brak jakiegokolwiek argumentacji za prowadzaniem szczególnej wykładni dotyczącej zwolnień podatkowych.

Zwolnienie to nie ma jednak zastosowania do działalności wykraczającej poza tzw. dozwoloną działalność gospodarczą, określoną w art. 5 u.f.r. Należy zatem pamiętać, że omawiane zwolnienie podatkowe nie jest bezwarunkowe i nie dotyczy wszystkich zdarzeń podatkowo istotnych z per-

spektywy fundacji rodzinnej. Od tej reguły ustawodawca wprowadził szereg wyjątków skutkujących powstaniem obowiązku podatkowego (szerzej: Mariański, 2024a).

Reasumując, co do zasady fundacja rodzinna jest zwolniona podmiotowo z podatku dochodowego od osób prawnych, chyba że zachodzi jeden z wyjątków określonych w art. 6 ust. 6–10 u.p.d.p. Z tych względów istotne jest określenie, w jakich sytuacjach mamy do czynienia z działalnością gospodarczą wykraczającą poza zakres art. 5 u.f.r.

Działalność gospodarcza

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że art. 5 ust. 1 u.f.r. wyraźnie określa, że fundacja rodzinna może wykonywać działalność gospodarczą w rozumieniu art. 3 Prawa przedsiębiorców⁴. Zgodnie z tym przepisem działalnością gospodarczą jest działalność, która ma łącznie cztery cechy:

- 1) jest działalnością zarobkową;
- 2) jest zorganizowana;
- 3) jest wykonywana w sposób ciągły;
- 4) jest wykonywana we własnym imieniu.

Brak którejkolwiek z wymienionych w ustawie cech oznacza, że dana działalność nie może być zakwalifikowana do kategorii działalności gospodarczej.

Z taką działalnością ciągłą będziemy mieć do czynienia, gdy występuje stabilność podejmowanej działalności. Jej przeciwieństwem będzie działalność chwilowa lub okazjonalna (Nowak-Piechota, 2016, s. 13–14). Tym samym nie każda incydentalna działalność podejmowana przez fundację rodzinną, np. zbycie składnika majątku, to działalność gospodarcza (Jamróży & Godusławski, 2023, s. 16–17). Z tych względów warto już w tym miejscu zaznaczyć, że nawet w przypadku spełnienia negatywnej przesłanki wynikającej z poszczególnych punktów określonych w ust. 1 art. 5 u.f.r., ale niewypełnienia przesłanek do uznania określonej działalności za działalność gospodarczą, nie dojdzie do utraty zwolnienia podatkowego (np. incydentalne zbycie nieruchomości, nawet gdy została nabyta wyłącznie w celu zbycia).

W orzecznictwie sądowym wskazuje się, że działalność gospodarcza to prawnie określona sytuacja, którą trzeba oceniać na podstawie zbadania konkretnych okoliczności faktycznych, wypełniających znamiona tej działalności lub ich niewypełniających⁵. Stwierdzenie, że działalność ma cechy działalności gospodarczej, zobowiązuje do kwalifikowania jej w ten sposób niezależnie od oceny, jaką przyjmuje w tym zakresie podmiot, który tę działalność wykonuje. Działalność gospodarcza jest bowiem kategorią o charakterze obiektywnym i nie może mieć znaczenia okoliczność, że podmiot prowadzący określoną działalność nie ocenia jej (subiektywnie) jako działalności gospodarczej, nie nazywa jej tak bądź też oświadcza, że jej nie prowadzi⁶ i niezależnie od tego, czy prowadzący ją podmiot wypełnia ciężące na nim obowiązki związane z tą działalnością (Pardej, 2023, s. 131).

Definicja zawarta w art. 3 ustawy Prawo przedsiębiorców nie wskazuje rodzajów działalności, które mogą być przedmiotem działalności gospodarczej. W konsekwencji działal-

nością gospodarczą będzie każda działalność spełniająca wskazane w ustawie cechy, niezależnie od jej przedmiotu. Z punktu widzenia kwalifikacji danej działalności jako gospodarczej nie ma znaczenia, czy oceniana działalność jest społecznie użyteczna, tj. czy są (bądź mogą się znaleźć) odbiorcy (potencjalni odbiorcy) efektów prowadzonej działalności, a także czy działalność ta jest postrzegana przez węższe lub szersze kręgi społeczeństwa jako pożyteczna lub jako nieprzydatna, czy wręcz społecznie szkodliwa (Kohutek, 2005, kom. do art. 2).

Przenosząc rozważania dotyczące przedmiotu działalności gospodarczej na grunt ustawy o fundacji rodzinnej, należy odnieść się do jej dozwolonego zakresu. Przy czym należy podkreślić, że przez „dozwoloną działalność gospodarczą” rozumiem taką, z której dochody nie są opodatkowane wyższą stawką – 25%. Takie określenie wynika z przyjętych rozwiązań podatkowych. Dochody z dozwolonej działalności gospodarczej to zarówno dochody zwolnione z opodatkowania podatkiem dochodowym od osób prawnych, ale także opodatkowane stawką podstawową 19% (np. wynajem do podmiotów powiązanych), jak i minimalnym podatkiem przychodowym od wartości budynków przeznaczonych na wynajem (art. 24b u.p.d.p.). Należy zaznaczyć, że nie jest działalnością gospodarczą fundacji rodzinnej wypłata świadczeń dla beneficjentów, mimo że z tego tytułu fundacja jest podatnikiem podatku dochodowego od osób prawnych (art. 24q u.p.d.p.).

Choć ustawodawca wskazuje w art. 5 ustawy o fundacji rodzinnej, że będzie ona mogła prowadzić działalność „tylko” w zakresie wymienionym w komentowanym artykule, to jednak twierdzenie to może być mylące. Słowo „tylko” wskazuje na ograniczenie, wyodrębnienie czy wyróżnienie. Mając na uwadze fakt, że spółka z ograniczoną odpowiedzialnością może być powołana w każdym celu prawnie dozwolonym, wydawać by się mogło, że zakres, jaki został przyznany fundacji rodzinnej, jest dość ograniczony. Na gruncie dozwolonego zakresu działalności gospodarczej wydaje się jednak, że jest on dość szeroki. Zwłaszcza biorąc pod uwagę, że pierwotny projekt ustawy o fundacji rodzinnej w ogóle nie przewidywał takiej możliwości. Prowadzenie działalności gospodarczej ma na celu, obok gromadzenia i zabezpieczenia mienia, umożliwić fundacji rodzinnej pomnażanie majątku rodzinnego oraz majątku firmy rodzinnej w celu wypłaty świadczeń dla beneficjentów.

Przed dokonaniem analizy poszczególnych punktów ust. 1 art. 5 u.f.r. należy w pierwszej kolejności określić, co nie może być uznane za działalność gospodarczą, bowiem takie działanie nie wyczerpuje przesłanek określonych w art. 3 Prawa przedsiębiorców.

Możemy skutki takiej regulacji rozpatrzeć na przykładach praktycznych. W pierwszej kolejności zastanówmy się, czy darowizna na rzecz fundacji skutkuje powstaniem przychodu zgodnie z art. 12 ust. 1 pkt 2 u.p.d.p. Skoro fundacja jest zwolniona podmiotowo, to tego typu przysporzenie nie powoduje powstania przychodu, nie jest to także przychód z działalności gospodarczej⁷. Podobnie należy zaklasyfikować otrzymywanie odsetek od środków na rachunkach bankowych. „Lokowania na bankowym rachunku lokaty terminowej środków pieniężnych w walucie polskiej lub w wal-

tach obcych należących do fundacji rodzinnej, a pochodzących z wymienionych we wniosku tytułów, tj. funduszu założycielskiego wniesionego do fundacji rodzinnej przez fundatorów, otrzymanych darowizn, spadków oraz działalności gospodarczej wykonywanej przez fundację rodzinną w zakresie określonym w art. 5 ustawy o fundacji rodzinnej, nie można uznać za wykonywanie działalności gospodarczej w rozumieniu ustawy – Prawo przedsiębiorców⁷⁸.

Jednak administracja skarbową nie zawsze prawidłowo interpretuje omawiane zwolnienie podatkowe. „Nie można się (...) zgodzić, że działalność Fundacji Rodzinnej, polegająca na zakupie i sprzedaży (wymiany) środków pieniężnych w walutach obcych, powodująca powstanie dodatnich różnic kursowych stanowić będzie dopuszczalną działalność, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 6 ufr i wobec tego, do dochodów Fundacji Rodzinnej z takiej działalności nie znajdzie zastosowania art. 24 r.u.p.d.o.p., a Fundacja Rodzinna będzie zwolniona spod opodatkowania podatkiem dochodowym od osób prawnych na podstawie art. 6 ust. 1 pkt 25 u.p.d.o.p.”⁷⁹. Nabywanie i zbywanie walut nie mogą być uznane za działalność gospodarczą w rozumieniu art. 3 Prawa przedsiębiorców. Co prawda dochody z takiej działalności stanowią przysporzenie podlegające opodatkowaniu, ale w wyniku wyraźnej regulacji zawartej w art. 12 ust. 1 pkt 1 u.p.d.p. Jednak fundacja rodzinna jest zwolniona podmiotowo, a tego typu działanie nie może być uznane za działalność gospodarczą.

Fundamentalne błędy interpretacyjne są popełniane w zakresie incydentalnego zbycia majątku fundacji, zwłaszcza wniesionego jako wkład na pokrycie funduszu założycielskiego⁸⁰. Należy bowiem pamiętać, że gromadzenie majątku rodzinnego, w tym także jego zamiana (sprzedaż incydentalna itd.), nie wyczerpuje przesłanek określonych w art. 3 Prawa przedsiębiorców, o czym była mowa wcześniej. „Nie ulega wątpliwości, że samo zbywanie składników majątkowych nie stanowi działalności gospodarczej. Musi być to kwalifikowane przez cechy konstytutywne działalności gospodarczej (zwłaszcza element organizacji i stałości – art. 3 pr. przed.)” (Kappes, 2023, s. 8).

Wyłączenie zwolnienia podatkowego ma miejsce dopiero wtedy, gdy zbycie majątku nabytego wyłącznie w celu zbycia następuje w ramach działalności gospodarczej, zgodnie z art. 3 Prawa przedsiębiorców. Także z tego powodu zbywanie składników majątku wniesionego do fundacji na fundusz założycielski nie może być uznane za spełniające zastrzeżenie określone art. 5 ustawy. Wyposażenie fundacji w majątek nie powinno być traktowane jako nabywanie mienia w celu jego zbycia, a tym bardziej wyłącznie w celu zbycia w ramach działalności gospodarczej⁸¹.

Działalność gospodarcza określona w art. 5 u.f.r.

Zwolnienie fundacji rodzinnej z podatku dochodowego od osób prawnych nie ma zastosowania do działalności gospodarczej fundacji rodzinnej wykraczającej poza zakres określony w art. 5 u.f.r., tj. działalności innej niż w zakresie:

- 1) zbywania mienia, o ile mienie to nie zostało nabyte wyłącznie w celu dalszego zbycia;
- 2) najmu, dzierżawy lub udostępniania mienia do korzystania na innej podstawie;
- 3) przystępowania do spółek handlowych, funduszy inwestycyjnych, spółdzielni oraz podmiotów o podobnym charakterze, mających swoją siedzibę w kraju albo za granicą, a także uczestnictwa w tych spółkach, funduszach, spółdzielniach oraz podmiotach;
- 4) nabywania i zbywania papierów wartościowych, instrumentów pochodnych i praw o podobnym charakterze;
- 5) udzielania pożyczek:
 - a) spółkom kapitałowym, w których fundacja rodzinna posiada udziały albo akcje,
 - b) spółkom osobowym, w których fundacja rodzinna uczestniczy jako wspólnik,
 - c) beneficjentom;
- 6) obrotu zagranicznymi środkami płatniczymi należącymi do fundacji rodzinnej w celu dokonywania płatności związanych z działalnością fundacji rodzinnej;
- 7) produkcji przetworzonych w sposób inny niż przemysłowy produktów roślinnych i zwierzęcych, z wyjątkiem przetworzonych produktów roślinnych i zwierzęcych uzyskanych w ramach prowadzonych działów specjalnych produkcji rolnej oraz produktów opodatkowanych podatkiem akcyzowym, o ile ilość produktów roślinnych lub zwierzęcych pochodzących z własnej uprawy, hodowli lub chowu, użytych do produkcji danego produktu stanowi co najmniej 50% tego produktu;
- 8) gospodarki leśnej.

W przypadku prowadzenia działalności gospodarczej wykraczającej poza zakres preferowanej działalności stawka podatku dochodowego od osób prawnych wynosi 25% (art. 24r u.p.d.p.). Działalność poza określonym powyżej zakresem jest więc nie tyle zakazana, co podlega opodatkowaniu podatkiem dochodowym od osób prawnych z zastosowaniem swoistej „sankcyjnej” stawki tego podatku.

Oczywiście analiza zwolnienia podatkowego czynności wskazanych w art. 5 u.f.r. musi być zupełna, a tym samym zaczynać się od ustalenia, że mamy do czynienia z działalnością gospodarczą w rozumieniu art. 3 Prawa przedsiębiorców. Interpretacja literalna poszczególnych punktów art. 5 u.f.r. w oderwaniu od przyjętej konstrukcji zwolnienia fundacji rodzinnej będzie najczęściej prowadziła do błędnych wniosków. Jak wskazałem powyżej, należy pamiętać, że co do zasady fundacja jest zwolniona z podatku dochodowego od osób prawnych, a jedynie działalność gospodarcza inna niż określona w art. 5 nie podlega zwolnieniu.

Omawiając zwolnione dochody z działalności gospodarczej fundacji, należy rozpocząć od regulacji zawartej w art. 5 ust. 1 pkt 1 u.f.r. Zwolnione jest zbywanie mienia, o ile nie zostało ono nabyte wyłącznie w celu dalszego zbycia. Warto podkreślić, że ustawodawca co do zasady zwalnia przychody z tytułu zbycia mienia, a wyjątek jest bardzo wąsko określony: czynność musi dotyczyć mienia wyłącznie nabytego w celu zbycia. Nie może więc dotyczyć sytuacji, gdy nabyciu towarzyszą inne cele niż tylko wyłączny zamiar jego zbycia. Jeżeli zatem fundacja nabywa nieruchomość w celu jej wynajmu, a po jakimś czasie dokonuje jej zbycia, to nie jest wyczerpa-

na dyspozycja przepisu. Podobnie, gdy fundacja dokonuje zbycia składników majątku w ramach posiadanych aktywów, np. niektórych składników kolekcji dzieł sztuki, to jest to dozwolona działalność korzystająca ze zwolnienia podatkowego. Zresztą gromadzenie majątku rodzinnego, w tym także jego zamiana, sprzedaż incydentalna itd., nie wyczerpuje przesłanek określonych w art. 3 Prawa przedsiębiorców, o czym była mowa wcześniej. Tym samym zbywanie składników majątku może być działalnością w interesie prywatnym beneficjentów, a nie zorganizowaną działalnością w celu osiągnięcia zysku. Jednak dochody z takich czynności są zwolnione podmiotowo.

Nie ma natomiast wątpliwości, że w sytuacji, gdyby fundacja rozpoczęła „zwykłą” działalność handlową takimi składnikami, to byłaby to działalność poza zakresem art. 5 u.f.r., a tym samym opodatkowana. Oczywiście granica nie została określona precyzyjnie i może budzić wiele praktycznych problemów.

W tym miejscu warto dodać, że zgodnie z art. 5 ust. 3 u.f.r. przepis ust. 1 pkt 1 nie dotyczy praw wynikających z przystąpienia do podmiotów, o których mowa w ust. 1 pkt 3, i uczestnictwa w tych podmiotach oraz składników mienia, o których mowa w ust. 1 pkt 4. Tym samym zbycie tych składników mienia jest zwolnione z podatku dochodowego, nawet jeżeli zostały one nabyte wyłącznie w celu zbycia. Jeżeli zatem fundacja, przykładowo, nabywa akcje w obrocie giełdowym wyłącznie w celu ich zbycia z zyskiem, to taki dochód korzysta ze zwolnienia podatkowego. Nie można zatem zgodzić się z twierdzeniem, że sytuacja przedstawia się „analogicznie, jeżeli fundator planował sprzedaż praw udziałowych w firmie i na potrzeby transakcyjne (korzyść podatkowa) zdecydował się założyć fundację rodzinną, przenieść do niej udziały lub akcje i sprzedać je nabywcy (transakcja przygotowywana przed powołaniem fundacji rodzinnej nieobejmująca celu sukcesyjnego)” (Krysik, 2023). Pierwsza część stanowiska jest oczywiście sprzeczna z brzmieniem art. 5 ust. 3 u.f.r. Inną kwestią jest ustalenie, czy fundacja rodzinna została powołana wyłącznie w celu osiągnięcia korzyści podatkowych. Nie jest to jednak kwestia interpretacji art. 5 u.f.r., ale ewentualnego zastosowania klauzuli przeciw unikaniu opodatkowania. Dlatego powyższy pogląd należy uznać za błędny.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że zbycie mienia jest pojęciem bardzo szerokim, dotyczy bowiem każdej czynności skutkującej zmianą własności, zarówno odpłatnej, jak i nieodpłatnej. Jednak nie może dotyczyć czynności prawnych zawartych w kolejnych punktach art. 5. Dlatego oczywiście błędne jest analizowanie skutków wniesienia wkładów niepieniężnych do spółek jako zbycia mienia. W takiej sytuacji mamy do czynienia z czynnością opisaną w pkt 3, a nie w pkt 1 (o ile w ogóle można uznać przystępowanie do spółek za działalność gospodarczą, o czym szerzej poniżej). Z tych względów za oczywiście wadliwy należy uznać wyrok WSA w Łodzi z 18.04.2024 r.¹², w którym Sąd uznał, że wniesienie nieruchomości jako wkładu niepieniężnego do spółki zależnej nie jest neutralne dla fundacji rodzinnej. Dla Sądu nie ma bowiem różnicy pomiędzy aportem nieruchomości a zbywaniem mienia (Mariański, 2024b, s. 45–48). Tymczasem dozwoloną działalnością jest przystępowanie przez fundację do spółek prawa handlowego, a tym samym

nie powstaje przychód kapitałowy z tytułu objęcia udziałów w tej spółce. Jest to przychód z innego tytułu niż zbycie majątku, które zostało ograniczone w pkt 1 poprzez zastrzeżenie „o ile nie zostało nabyte wyłącznie w celu zbycia”.

Zakres dozwolonej działalności gospodarczej, a tym samym zwolnienia podatkowego, określony w art. 5 ust. 1 pkt 2 u.f.r. nie powinien budzić tak zasadniczych wątpliwości. Co do zasady zwolnione są przychody uzyskiwane przez fundację z tytułu najmu, dzierżawy lub udostępniania mienia do korzystania na innej podstawie (np. umowy leasingu). Jednak ustawodawca wprowadził szereg wyjątków, których w tym artykule nie będę szerzej omawiał (Mariański, 2024a). W praktyce najczęściej wątpliwości budzi najem krótkoterminowy.

Kolejny punkt dozwolonej działalności dotyczy przystępowania do spółek handlowych, funduszy inwestycyjnych, spółdzielni oraz podmiotów o podobnym charakterze, mających swoją siedzibę w kraju albo za granicą, a także uczestnictwa w tych spółkach, funduszach, spółdzielniach oraz podmiotach (pkt 3). Problem polega na użytych określeniach: „przystępowania” oraz „uczestnictwa”. Nie mają one legalnej definicji ani na gruncie omawianych regulacji, ani prawa handlowego. Jednak w kodeksie spółek handlowych pojęcia te występują (np. art. 10 § 3 oraz art. 211 § 1). Nie ulega wątpliwości, że „przystąpienie do spółki” oznacza uzyskanie statusu wspólnika, przez objęcie (obróć pierwotny) lub nabycie (obróć wtórny) udziałów/akcji w spółce kapitałowej albo ogółu praw i obowiązków w spółce osobowej.

Jednocześnie wykładnia językowa mogłaby prowadzić do zaskakujących rezultatów. W szczególności taki skutek odniosłaby interpretacja pierwszego określenia. Przystępować to: 1. zacząć jakąś czynność, działalność; 2. przyłączyć się do jakiejś grupy, organizacji lub wziąć w czymś udział¹³. Mogłoby to sugerować, że nabywanie udziałów (akcji i innych praw) już funkcjonującego podmiotu nie wypełnia dyspozycji tego przepisu. Warto jednak zwrócić uwagę na zakres drugiego pojęcia, albowiem „uczestniczyć” to: 1. brać w czymś czynny udział, współdziałać w jakiejś akcji; 2. mieć udział w wydatkach i zyskach jakiegoś przedsięwzięcia. Współdziałać to także brać już udział w istniejącym podmiocie, czyli także nabywać jego udziały, akcje i inne prawa.

Uwzględniając cel fundacji rodzinnej określony w art. 2 u.f.r. oraz znaczenie tych dwóch określeń, należy przyjąć, że zwolnienie podatkowe będzie dotyczyło wszystkich rodzajów aktywności związanych z nabywaniem praw w tych podmiotach. Dotyczy to zarówno nowo zawiązywanych, jak i również już funkcjonujących jednostek. Dlatego też przychody ze zbycia praw w tych podmiotach, ale również ich umorzenia, zamiany i innej formy odpłatnego zbycia czy też uzyskania majątku w wyniku ich likwidacji będą podlegać zwolnieniu. Potwierdzeniem tej interpretacji jest także ust. 3, który wyraźnie dopuszcza nabywanie tych praw wyłącznie w celu ich zbycia. Nie ma także najmniejszych wątpliwości, że wypłaty zysków z tych podmiotów należy kwalifikować jako zwolnione uczestnictwo w takich jednostkach. Uczestniczenie to także udział w zyskach takiego podmiotu.

Co ciekawe, administracja podatkowa inaczej postrzega uczestnictwo w zagranicznych spółkach osobowych. Z punktu widzenia ochrony interesów fiskalnych różnicuje uczestnictwo w krajowych i zagranicznych spółkach niemających

osobowości prawnej. Jak się wydaje, orzecznictwo nie podziela tego poglądu¹⁴.

Z kolei zgodnie z pkt 5 fundacja może prowadzić działalność gospodarczą w zakresie nabywania i zbywania papierów wartościowych, instrumentów pochodnych i praw o podobnym charakterze. Nie ma jednej definicji papierów wartościowych dla całego systemu prawa. Definicję ogólną papierów wartościowych znajdziemy w art. 921⁶ k.c., zgodnie z którą, jeżeli zobowiązanie wynika z wystawionego papieru wartościowego, dłużnik jest obowiązany do świadczenia za zwrotem dokumentu albo udostępnieniem go dłużnikowi celem pozbawienia dokumentu jego mocy prawnej w sposób zwyczajowo przyjęty. Bardziej szczegółowa definicja znajduje się z kolei w art. 3 pkt 1 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi¹⁵, gdzie przez papiery wartościowe rozumie się:

a) akcje, prawa poboru w rozumieniu przepisów Kodeksu spółek handlowych¹⁶, prawa do akcji, warranty subskrypcyjne, kwity depozytowe, obligacje, listy zastawne, certyfikaty inwestycyjne i inne zbywalne papiery wartościowe, w tym inkorporujące prawa majątkowe odpowiadające prawom wynikającym z akcji lub z zaciągnięcia długu, wyemitowane na podstawie właściwych przepisów prawa polskiego lub obcego,

b) inne zbywalne prawa majątkowe, które powstają w wyniku emisji, inkorporujące uprawnienie do nabycia lub objęcia papierów wartościowych określonych w lit. a, lub wykonywane poprzez dokonanie rozliczenia pieniężnego, odnoszące się do papierów wartościowych określonych w lit. a, walut, stóp procentowych, stóp zwrotu, towarów oraz innych wskaźników lub mierników (prawa pochodne).

Z kolei pkt 28a art. 3 ustawy o obrocie instrumentami finansowymi określa, że przez instrumenty pochodne rozumie się opcje, kontrakty terminowe, swapy, umowy forward oraz inne prawa majątkowe, których cena lub wartość zależy bezpośrednio lub pośrednio od ceny lub wartości instrumentów finansowych, walut, stóp procentowych, rentowności, indeksów finansowych, wskaźników finansowych, towarów, zmian klimatycznych, stawek frachtowych, poziomów emisji, stawek inflacji lub innych oficjalnych danych statystycznych, a także innych aktywów, praw, zobowiązań, indeksów lub wskaźników, oraz instrumenty pochodne dotyczące przenoszenia ryzyka kredytowego.

Wydaje się, że na potrzeby określania zakresu dozwolonej działalności gospodarczej należy przyjąć definicje wynikające z ustawy o obrocie instrumentami finansowymi. Warto jednak podkreślić, że w tym przepisie nie wymienia się wszystkich rodzajów praw będących przedmiotem obrotu. W szczególności nieobjęte zwolnieniem jest dokonywanie obrotu kryptowalutami, czyli pewnym rodzajem waluty cyfrowej, będącej systemem kodów i łańcuchów bloków, który służy do realizacji transakcji. Trudno przesądzić, czy to był celowy zabieg ustawodawcy. Jednak można przyjąć, że ustawodawca ogranicza działalność gospodarczą w spekulacyjne instrumenty¹⁷.

Zgodnie z kolejnym punktem zwolnione będą przychody z udzielania pożyczek:

a) spółkom kapitałowym, w których fundacja rodzinna posiada udziały albo akcje,

b) spółkom osobowym, w których fundacja rodzinna uczestniczy jako wspólnik,

c) beneficjentom.

W tym zakresie powstaje jedynie wątpliwość, czy zwolnione jest także udzielanie pożyczek spółkom, w których fundacja jest pośrednio współnikiem (spółki wnuczki). Literalna wykładnia nie pozwala na przyjęcie, że takie zwolnienie znajdzie zastosowanie. Jednak wydaje się to sprzeczne z celem tej regulacji. Dlatego niezbędna jest zmiana doprecyzowująca ten zakres dopuszczalnej działalności gospodarczej.

Zgodnie z pkt 6 dopuszczalne jest prowadzenie działalności w zakresie obrotu zagranicznymi środkami płatniczymi należącymi do fundacji rodzinnej w celu dokonywania płatności związanych z działalnością fundacji rodzinnej. Z kolei pkt 7 i 8 wiążą się z prowadzeniem przez fundację działalności rolniczej i leśnej.

Konstrukcja art. 5 – uwagi krytyczne

Już powyższy przegląd problemów interpretacyjnych pozwala sformułować wniosek o niskim poziomie przyjętej regulacji: jest ona niejasna, niejednokrotnie wewnętrznie sprzeczna, ale także przełamuje dotychczasowe znaczenie niektórych pojęć. Tymczasem jest to wyjątek od generalnej zasady zwolnienia podmiotowego dochodów fundacji. Przepisy dotyczące zwolnień podatkowych powinny cechować się najwyższą przejrzystością, aby nie wprowadzać podatników w błąd albo nawet by nie stanowiły swoistej pułapki. Zastanówmy się, jakie zasadnicze zastrzeżenia można sformułować w stosunku do sposobu regulacji dozwolonej działalności gospodarczej fundacji.

Po pierwsze, zakres art. 5 u.f.r. jest niejasny poprzez określenie warunków odsyłających do art. 3 Prawa przedsiębiorców, a następnie wymienianie rodzajów tej działalności w poszczególnych punktach ust. 1. Oczywiście te niejasności mogłyby być usunięte w wyniku systemowej interpretacji przepisu, gdyby nie drugie zastrzeżenie. Niezbędna jest zatem staranna wykładnia wewnątrzsystemowa: fundacja jest zwolniona podmiotowo, ale jeżeli mamy pewność, że dana czynność jest działalnością gospodarczą inną niż wymieniona w poszczególnych punktach ust. 1 art. 5, to traci to zwolnienie. Zasadą jest bowiem zwolnienie podmiotowe.

Po drugie, rodzaje działalności wymienione w punktach ust. 1 nie zawsze mogą być uznane za wyczerpujące przesłanki z art. 3 Prawa przedsiębiorców (np. przystępowanie do spółek, prowadzenie gospodarstwa rolnego czy też płatności w zagranicznych środkach płatniczych). Prowadzi to do wewnętrznej sprzeczności tego przepisu ustawy. Jeżeli przystępowanie do spółek prawa handlowego nie jest działalnością gospodarczą, to po co w ogóle zostało wymienione w tym przepisie? Wydaje się, że projektodawcom chodziło o wyraźne wskazanie, że wszystkie dochody z takich praw (objęcia udziałów, ich zbycia, umorzenia czy też wypłaty zysku, dywidendy) są zwolnione z opodatkowania. Jednak zastosowana konstrukcja prawna jest nieprawidłowa.

W literaturze podnosi się dodatkowo, że wiele rodzajów działalności może być, ale nie zawsze jest działalnością gospodarczą (Kappes, 2023, s. 8). Jako przykład wskazuje się: najem, dzierżawę czy też nabywanie i zbywanie papierów wartościowych, ponieważ to, czy mamy do czynienia z dzia-

łalnością gospodarczą, ma zależeć od okoliczności konkretnej sytuacji podatnika. Moim zdaniem ta sprzeczność nie występuje. Jeżeli najem nie jest działalnością gospodarczą, to art. 5 u.f.r. nie znajduje zastosowania, ale dochody z tego tytułu i tak są zwolnione na zasadach określonych w art. 6 ust. 1 pkt 25 u.p.d.p. Jeżeli jednak uznamy, że działalność ta wyczerpuje przesłanki z art. 3 Prawa przedsiębiorców, to jest dozwoloną działalnością gospodarczą w dalszym ciągu skutkującą zwolnieniem podatkowym. Wydaje się zatem, że zastrzeżenia są wynikiem spojrzenia wyłącznie z perspektywy prawa działalności gospodarczej, a nie analizy całej regulacji i jej celu.

Po trzecie, w art. 5 ustawodawca odwołuje się do pojęć niezdefiniowanych (przystępowanie, uczestnictwo w spółkach, prowadzenie działalności obrotu produktami rolnymi), co skutkuje poszukiwaniem ich znaczenia w języku potocznym. Należy tutaj zgodzić się z poglądem doktryny, że taka regulacja jest sprzeczna z systemem prawa prywatnego (Kappes, 2023, s. 8).

Po czwarte, w poszczególnych punktach desygnaty znaczeniowe mogą wyczerpywać się wzajemnie (zbycie mienia a: zbycie akcji, udziałów, papierów wartościowych czy też wnoszenie składników majątku do spółek). Taki wzajemnie pokrywający się zakres pojęciowy należy uznać za wysoce nieprawidłową technikę legislacyjną.

Wnioski – pilne postulaty *de lege ferenda*

Nie ma wątpliwości, że wprowadzenie fundacji rodzinnych do polskiego porządku prawnego było bardzo pożądane. Założenia celu i zakresu regulacji należy uznać za prawidłowe. Jednak tempo i sposób procedowania ustawy miały niewątpliwie wpływ na jakość przyjętych rozwiązań. Sama konstrukcja zwolnienia podmiotowego fundacji rodzinnej nie budzi wątpliwości. Jednak dodatkowe regulacje, zwłaszcza dotyczące ograniczeń tego zwolnienia, już powodują duże zastrzeżenia. Jak się wydaje, najwięcej uwag krytycznych może dotyczyć wadliwie skonstruowanego art. 5 u.f.r. Może on stanowić przykład regulacji oczywiście sprzecznej z zasadami dobrej legislacji.

W praktyce konstrukcja art. 5 u.f.r. skutkuje powstaniem wielu wątpliwości interpretacyjnych, a to nie służy, zarówno samej instytucji fundacji rodzinnych, jak i pewności obrotu. Z tych względów wydaje się, że należy przystąpić do pilnej zmiany, a właściwie na nowo zdefiniować dopuszczalną działalność gospodarczą fundacji rodzinnej poprzez nadanie nowego brzmienia art. 5 ustawy. Należy przy tym odwołać się do zakresu działalności gospodarczej na gruncie prawa gospodarczego. Wprowadzanie innego znaczenia tej działalności nie spełnia postulatu spójności systemu prawa.

Przypisy/Notes

- ¹ Ustawa z 26.01.2023 r. o fundacji rodzinnej (Dz.U. poz. 326) – dalej: u.f.r.
- ² Ustawa z 14.04.2023 r. o zmianie ustawy o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi, ustawy o obligacjach, ustawy o bankowym funduszu gwarancyjnym, systemie gwarantowania depozytów oraz przymusowej restrukturyzacji oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 825).
- ³ Ustawa z 15.02.1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. z 2022 r., poz. 2587 ze zm.); dalej: u.p.d.p.
- ⁴ Ustawa z 6.03.2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2021 r., poz. 162 i 2105 oraz z 2022 r., poz. 24, 974 i 1570).
- ⁵ Wyrok NSA z 2.12.1994, SA/Ld 741/94, Legalis.
- ⁶ Wyrok NSA z 12.05.1994, SA/Ld 365/93, Legalis; wyrok NSA z 2.12.1994, SA/Ld 741/91, niepubl.
- ⁷ Pismo z dnia 18.10.2023 r. Dyrektor KIS 0111-KDIB1-2.4010.459.2023.1.DP.
- ⁸ Pismo z dnia 13.02.2024 r. Dyrektor KIS, nr 0111-KDIB1-2.4010.630.2023.1.ANK.
- ⁹ Pismo z dnia 29.12.2023 r. Dyrektor KIS, nr 0111-KDIB1- 2.4010.317.2023.2.DP.
- ¹⁰ Pismo z dnia 8.01.2024 r. Dyrektor KIS, nr 0114-KDIP2-1.4010.550.2023.2.PP.
- ¹¹ Można spotkać poglądy odmienne, ale one są formułowane bez żadnego uzasadnienia – zob. Krysik, 2023, kom. do art. 5.
- ¹² Sygn. akt I SA/Ld 163/24, niepubl.
- ¹³ www.sjp.pwn.pl
- ¹⁴ Wyrok WSA w Warszawie z 23.04.2024, III SA/Wa 259/24, niepubl.
- ¹⁵ Ustawa z 29.07.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U. 2023, poz. 825).
- ¹⁶ Ustawa z 15.09.2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2022 r., poz. 1467, 1488, 2280 i 2436).
- ¹⁷ Podobne stanowisko znajdziemy w interpretacjach KIS: Pismo z dnia 4.08.2023 r. Dyrektor KIS 0114-KDIP2-1.4010.312.2023.1.KS.

Bibliografia/References

- Jamróży, M., & Godusławski, H. (2023). Opodatkowanie fundacji rodzinnej w Polsce. *Monitor Podatkowy*, (2).
- Kappes, A. (2023). Długo oczekiwane dobrodziejstwo czy legislacyjny bubel? Kilka uwag o fundacji rodzinnej. *Przegląd Prawa Handlowego*, (12).
- Kohutek, K. (2005). Komentarz do art. 2. W: M. Brożyna, M. Chudzik, K. Kohutek, J. Molis, & S. Szuster, *Swoboda działalności gospodarczej. Komentarz*. LEX/el.
- Krysik, A. (2023). *Komentarz do ustawy o fundacji rodzinnej*. Legalis.
- Mariański, A. (2023). Podatki w fundacji rodzinnej. *Przegląd Podatkowy*, (8).
- Mariański, A. (2024a). Fundacja rodzinna – nowy podatnik podatku dochodowego od osób prawnych. *Kwartalnik Prawa Podatkowego*, (3). <https://doi.org/10.18778/1509-877X.2024.02.03>
- Mariański, A. (2024b). Głos do wyroku WSA w Łodzi z 18.04.2024r. (I SA/Ld 163/24). Aport niepieniężny fundacji rodzinnej do spółki. Zakres zwolnienia podatkowego. *Przegląd Podatkowy*, (8), s. 45–48.
- Nowak-Piechota, A. (2016). W: A Mariański (red.), *Opodatkowanie działalności gospodarczej w Polsce*. Wolters Kluwer.
- Pardej, A. (2023). W: A Mariański (red.), *Fundacje rodzinne, Aspekty prawne i podatkowe*. Wolters Kluwer.

Dr hab. Adam Mariański, prof. UŁa

Profesor nadzwyczajny, dyrektor Centrum Myśli Podatkowej Uczelni Łazarskiego, doradca podatkowy, doradca firm rodzinnych, partner w Mariański Group.

Dr hab. Adam Mariański, prof. UŁa

Associate professor, Director of the Lazarski University Tax Thought Centre, tax adviser, family business advisor; partner of Mariański Group Tax & Law Firm.