

Jolanta Waszczuk-Napiórkowska

Prowadzenie działalności gospodarczej przez fundację rodzinną

Establishing a family foundation for purposes of running a business

Abstract

The article discusses the most important issues related to conducting business activities by a family foundation. The first chapter indicates the purpose of introducing a new institution of Polish law – the family foundation. It is primarily to ensure multi-generational succession in family businesses, to accumulate family assets and effectively manage them as well as to provide benefits to beneficiaries. The second chapter attempts to discuss the individual types of business activities that the legislation permits a family foundation to conduct in Article 5 of the Family Foundation Act. The third chapter presents issues related to conducting business activities by a family foundation that go beyond the catalogue contained in Article 5 of the Family Foundation Act, and also indicates the legal consequences of conducting such business activities. The last chapter contains conclusions that may contribute to eliminating some interpretational doubts that may arise when applying Article 5 of the Family Foundation Act, which will be crucial when determining the amount of tax liabilities.

Keywords: family foundation, business succession, business activity of the family foundation

Streszczenie

W artykule zostały omówione najważniejsze zagadnienia związane z prowadzeniem działalności gospodarczej przez fundację rodzinną. W pierwszym rozdziale wskazano na cel wprowadzenia nowej instytucji prawa polskiego – fundacji rodzinnej. Jest nim przede wszystkim zapewnienie wielopokoleniowej sukcesji w przedsiębiorstwach rodzinnych, gromadzenie rodzinnego majątku oraz efektywne zarządzanie nim, a także spełnianie świadczeń na rzecz beneficjentów. W drugim rozdziale podjęto próbę omówienia poszczególnych rodzajów działalności gospodarczej, na które

Dr Jolanta Waszczuk-Napiórkowska jest adiunktem w Katedrze Prawa Cywilnego i Prawa Prywatnego Międzynarodowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Polska, ORCID: 0000-0002-5407-4836, e-mail: jolawaszczuk@wp.pl

Data zgłoszenia tekstu przez autora: 27.06.2024 r.; data zaakceptowania do publikacji: 24.07.2024 r.

ustawodawca zezwolił fundacji rodzinnej w art. 5 ustawy o fundacji rodzinnej. W trzecim rozdziale przybliżono kwestie dotyczące prowadzenia przez fundację rodzinną działalności gospodarczej wykraczającej poza katalog zawarty w art. 5 u.f.r., a także wskazano na konsekwencje prawne prowadzenia takiej działalności gospodarczej. W ostatnim rozdziale zostały zamieszczone wnioski, które być może przyczynią się do usunięcia niektórych wątpliwości interpretacyjnych, pojawiających się przy stosowaniu art. 5 u.f.r., co będzie miało kluczowe znaczenie dla określenia wysokości należności podatkowych.

Słowa kluczowe: fundacja rodzinna, sukcesja przedsiębiorstwa, działalność gospodarcza fundacji rodzinnej

1. Wprowadzenie

Na podstawie ustawy o fundacji rodzinnej¹ została wprowadzona do polskiego systemu prawnego nowa instytucja – fundacja rodzinna. Zgodnie z art. 2 ust. 1 tej ustawy „Fundacja rodzinna jest osobą prawną utworzoną w celu gromadzenia mienia, zarządzania nim w interesie beneficjentów oraz spełniania świadczeń na rzecz beneficjentów”. Użyte w przytoczonym przepisie pojęcia „gromadzenie mienia” i „zarządzanie” nie zostały zdefiniowane. Można wskazać, że zgodnie ze „Słownikiem języka polskiego” słowo „gromadzić” oznacza „1. «zbierać i składać w jednym miejscu jakieś rzeczy» 2. «pozyskiwać jakieś wartości lub dobra niematerialne»”², zaś słowo „zarządza” w kontekście „zarządzania czymś” oznacza „administrować, dysponować, gospodarować”³, sprawować zarząd. Na gruncie ustawy o fundacji rodzinnej można przyjąć, że pojęcie „gromadzenie mienia” odnosi się zarówno do utrzymania mienia przekazanego przez fundatora fundacji rodzinnej, jak i pozyskiwania korzyści w związku z odpowiednim zarządzaniem tymże mieniem.

Podstawowym celem fundacji rodzinnej jest zapewnienie sukcesji w przedsiębiorstwach rodzinnych⁴. Fundację rodzinną należy postrzegać jako „mechanizm integracji majątku (akumulacji kapitału) i zarządzania nim w sposób pozwalający na zachowanie aktywności w sferze gospodarczej i dostarczanie środków utrzymania przyszłym pokoleniom”⁵. Służy ona do gromadzenia rodzinnego majątku, pozwalającego na zatrzymanie kapitału w kraju w ciągu wielu pokoleń, oraz zwiększenia potencjału krajowych inwestycji. Fundacja rodzinna „ma minimalizować ryzyko nieudanej sukcesji i gwarantować kontynuację działalności biznesowej. Przekazanie majątku, w tym firmy rodzinnej, fundacji rodzinnej ma chronić go przed podziałem, umożliwić jego pomnażanie, a więc także czerpanie z niego korzyści, które będzie można przeznaczyć na pokrycie kosztów utrzymania osób wskazanych przez fundatora. Kluczowe jest bowiem zapewnienie ciągłości przedsiębiorstwa prywatnego, w szczególności dla celów zabezpieczenia rodziny. Istotne jest przy tym, aby fundacja rodzinna była w stanie zaspokajać potrzeby beneficjentów, którzy co do zasady będą członkami rodziny”⁶. Z powyższego wynika, że ta nowa instytucja prawa ułatwi wielopokoleniową sukcesję oraz pozwoli pogodzić interesy dotyczące działalności gospodarczej i interesy prywatne.

¹ Ustawa z 26.01.2023 r. o fundacji rodzinnej (Dz.U. z 2023 r. poz. 326 ze zm.) – dalej u.f.r.

² *Słownik języka polskiego*, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/gromadzi%C4%87.html> (dostęp: 28.09.2024 r.).

³ *Słownik synonimów języka polskiego online*, <https://synonim.net/synonim/sprawowa%C4%87+zarz%C4%85d> (dostęp: 28.09.2024 r.).

⁴ Zob. uzasadnienie projektu ustawy o fundacji rodzinnej, druk sejmowy nr 2798, Sejm IX kadencji, s. 65 i n., <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/17118C9A9F6DE247C125890500329D3E/%24File/2798.pdf> (dostęp: 21.09.2024 r.) – dalej uzasadnienie projektu ustawy. Zob. także M. Bieniak, *Fundacja rodzinna – organizacja i funkcjonowanie*, „Palestra” 2023/3, s. 48; J. Bieluk, *Możliwość zastosowania instytucji fundacji rodzinnej w rolnictwie*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2023/1(32), s. 81 i n., <https://doi.org/10.14746/ppr.2023.32.1.5> (dostęp: 12.12.2024 r.); M. Bandzmer-Karuc, *Aspekty prawnopodatkowe polskich fundacji rodzinnych na tle innych ustawodawstw*, „Monitor Podatkowy” 2024/1, s. 24.

⁵ Uzasadnienie projektu ustawy, s. 5.

⁶ Uzasadnienie projektu ustawy, s. 6.

W celu efektywnego zarządzania majątkiem oraz budowania jego wartości ustawodawca w art. 5 u.f.r. zezwolił fundacji rodzinnej na prowadzenie działalności gospodarczej. Przedmiotem niniejszego opracowania jest przedstawienie problematyki związanej z prowadzeniem działalności gospodarczej przez fundację rodzinną. Realizacja założonego celu wymaga przede wszystkim wnikliwej analizy art. 5 u.f.r., który stanowi o tym, że fundacja rodzinna może prowadzić działalność gospodarczą w określonym zakresie, tj. taką, która mieści się w katalogu zawartym w tym przepisie. Ze względu na dość ogólny zakres regulacji, duże zainteresowanie działalnością gospodarczą fundacji rodzinnej i krótki czas obowiązywania tejże instytucji w prawie polskim zostanie podjęta próba wyjaśnienia, jakie obszary działalności gospodarczej mieszczą się w art. 5 u.f.r., a następnie zostaną sformułowane wnioski, które być może przyczynią się do usunięcia niektórych wątpliwości interpretacyjnych mogących powstać w praktyce. Ponadto w opracowaniu zostanie określony charakter prawny katalogu „dopuszczalnej” działalności gospodarczej, o którym mowa w art. 5 u.f.r., a także będą wskazane skutki prowadzenia przez fundację rodzinną działalności gospodarczej w szerszym zakresie, tj. działalności wykraczającej poza katalog określony w art. 5 u.f.r.

2. Działalność gospodarcza fundacji rodzinnej

2.1. Uwagi wprowadzające

Artykuł 5 u.f.r. stanowi:

„1. Fundacja rodzinna może wykonywać działalność gospodarczą w rozumieniu art. 3 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2023 r. poz. 221) tylko 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.

2. Działalność, o której mowa w ust. 1 pkt 7 i 8, fundacja rodzinna może wykonywać wyłącznie w związku z prowadzonym gospodarstwem rolnym”.

Zgodnie z art. 3 ustawy – Prawo przedsiębiorców⁷ działalność gospodarcza to działalność, która spełnia 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 gospodarczej⁸. Zarobkowy charakter działalności gospodarczej należy wiązać z towarzyszącym tej działalności zamiarem osiągnięcia zarobku, który co do zasady kojarzony jest z istnieniem nadwyżki przychodów nad poniesionymi kosztami⁹. Działalność jest zarobkowa, jeżeli prowadzi się ją w celu osiągnięcia dochodu (zarobku)¹⁰. Cechę zorganizowania działalności gospodarczej „należy wiązać głównie z jej zorganizowaniem w aspekcie materialnym, a przede wszystkim z faktem dysponowania przez dany podmiot środkami niezbędnymi do realizacji założonego celu zarobkowego i podejmowaniem działań ukierunkowanych na jego osiągnięcie. W tym kontekście warto zauważyć, że polski prawodawca wskazuje, iż działalność ma miejsce wówczas, gdy czynniki takie jak: wyposażenie, siła robocza, technologia produkcji, sieci informacyjne lub produkty, są powiązane w celu wytworzenia określonego wyrobu lub wykonania usługi (...). Do stwierdzenia, że działalność ma charakter zorganizowany, wystarczy dysponowanie przez podmiot środkami, które pozwalają na faktyczne podejmowanie działań służących realizacji założonego przez ten podmiot celu zarobkowego. Ogół tych środków należy utożsamiać z pojęciem przedsiębiorstwa, definiowanego zgodnie z art. 55¹ KC jako zespół składników niematerialnych i materialnych zorganizowany w sposób, który umożliwi wykonywanie działalności gospodarczej (pozwala na realizację jej celu gospodarczego). Poszczególne przedsiębiorstwa mogą różnić się, i to niekiedy dość znacznie, elementami składowymi

⁷ Ustawa z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (tekst jedn.: Dz.U. z 2024 r. poz. 236 ze zm.) – dalej pr. przeds.

⁸ Zob. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (dalej WSA) w Poznaniu z 28.04.2009 r., III SA/Po 374/08, LEX nr 550514.

⁹ Zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego (dalej NSA) z 26.09.2008 r., II FSK 789/07, LEX nr 495147; wyrok WSA w Poznaniu z 16.08.2012 r., II SA/Po 427/12, LEX nr 1259015.

¹⁰ Zob. wyrok NSA z 26.09.2008 r., II FSK 789/07, LEX nr 495147; M. Sieradzka, *Zakres przedmiotowy i podmiotowy ustawy z 6.3.2018 r. – prawo przedsiębiorców*, „Monitor Prawniczy” 2018/13 (dodatek), Legalis/el. 2018, pkt 1 (Determinanty działalności gospodarczej); M. Rodzyńkiewicz, J. Sarkowicz, *Komentarz do art. 45a, [w:] Ustawa o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi. Komentarz*, red. serii K. Osajda, red. tomu J. Dybiński, Legalis/el. 2023, pkt 83.1. i 83.2.

i stopniem zorganizowania”¹¹. Cechę ciągłości działalności gospodarczej „wiąże się zazwyczaj ze stałością, powtarzalnością i regularnością jej wykonywania, i jednocześnie przeciwstawia się ją działalności jednorazowej, okazjonalnej i sporadycznej (...). O ciągłości działalności gospodarczej nie decyduje fakt prowadzenia jej w sposób nieprzerwany, czy przez określony czas, ale zamiar wykonywania jej w taki sposób. Zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym w orzecznictwie sądów administracyjnych, ciągłość musi być elementem zamiaru podmiotu podejmującego działalność gospodarczą (...). Zamiar ten powinien obejmować powtarzalność określonych czynności w celu osiągnięcia dochodu (...) i co do zasady z góry nieokreślony czas wykonywania takiej działalności (...)”¹². Działalność wykonywana jest we własnym imieniu, jeżeli wywołuje skutki prawne dla tego, kto ją prowadzi. Z powyższego wynika, że działający we własnym imieniu staje się podmiotem praw i obowiązków związanych z wykonywaną przez siebie działalnością. Wykonywanie działalności gospodarczej we własnym imieniu nie pociąga za sobą obowiązku osobistego wykonywania tej działalności; osobisty udział przedsiębiorcy w wykonywaniu tych czynności nie ma większego znaczenia¹³.

W literaturze zostało dostrzeżone, że niektóre z wymienionych w art. 5 u.f.r. „działalności” trudno uznać za realizowane w sposób „zorganizowany i ciągły”, co rodzi pytanie o to, czy mamy wówczas do czynienia z działalnością gospodarczą w rozumieniu art. 3 pr. przeds.¹⁴ W szczególności z taką sytuacją możemy mieć do czynienia, „gdy do fundacji zostają wniesione udziały firmy rodzinnej względnie grupy firm rodzinnych – a rolą fundacji jest pełnienie funkcji podmiotu holdingowego (przez co zapobiega się rozdrobnieniu kapitału i ułatwia przyszłą sukcesję majątkową). Oczywiście fundacja rodzinna może wówczas odgrywać rolę wspólnika aktywnego, angażującego się – na tyle, na ile dopuszczają to regulacje KSH – w działania firmy rodzinnej, niemniej niejednokrotnie rola fundacji rodzinnej w takiej strukturze będzie sprowadzała się do pasywnego posiadania udziałów, poboru dywidend i podejmowania decyzji w rodzaju zatwierdzenia sprawozdania finansowego spółki, podjęcia decyzji co do podziału zysku, czy decyzji o powołaniu/odwołaniu zarządu spółki. Rodzi to pytanie o to, czy taką, pasywną rolę można uznać za działalność gospodarczą (która [...] powinna być realizowana w sposób «zorganizowany i ciągły»). Posiadania udziałów/akcji czy poboru dywidend zasadniczo nie uznaje się za działalność gospodarczą, poza sytuacjami, w których podmiot posiadający udziały faktycznie aktywnie angażuje się w zarządzanie podmiotami, których udziały/akcje

¹¹ G. Lubeńczuk, *Komentarz do art. 3 ustawy – Prawo przedsiębiorców*, [w:] M. Zdyb, G. Lubeńczuk, A. Wołoszyn-Cichočka, *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, Legalis/el. 2019, nb 4.

¹² G. Lubeńczuk, *Komentarz...*, [w:] *Prawo...*, nb 5; por. wyrok WSA w Poznaniu z 16.08.2012 r., II SA/Po 427/12, LEX nr 1259015; wyrok NSA z 28.04.2011 r., II OSK 333/11, LEX nr 992553; wyrok Sądu Najwyższego (dalej SN) z 4.01.2008 r., I UK 208/07, LEX nr 442841.

¹³ G. Lubeńczuk, *Komentarz...*, [w:] *Prawo...*, nb 6; E. Komierzyńska-Orlińska, *Komentarz do art. 3*, [w:] L. Bielecki, J. Gola, K. Horubski, K. Kokocińska, A. Żywicka, *Konstytucja biznesu. Komentarz do ustawy – Prawo przedsiębiorców*, LEX/el. 2019; M. Etel, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim i prawie Unii Europejskiej oraz w orzecznictwie sądowym*, Warszawa 2012, s. 205.

¹⁴ Zob. M. Guzek, *Zakres dopuszczalnej działalności fundacji rodzinnej*, [w:] M. Guzek, M. Lejman, M. Paszczela, M. Stefaniak, *Fundacja rodzinna. Komentarz do przepisów podatkowych*, Warszawa 2024, s. 54.

posiada”¹⁵. Mając na względzie treść art. 5 ust. 1 pkt 3 u.f.r. należy uznać, że także bierne uczestnictwo w wymienionych w tym przepisie podmiotach stanowi działalność gospodarczą w rozumieniu ustawy o fundacji rodzinnej. Powyższa interpretacja nie jest spójna systemowo, jednakże – jak się wydaje – można ją dopuścić w celu ograniczenia problemów, które mogą powstać w praktyce, zwłaszcza w kontekście naliczania zobowiązań podatkowych. Ponadto należy zauważyć, że art. 5 ust. 1 pkt 3 u.f.r. nie wprowadza dodatkowej przesłanki, tzn. nie wymaga, aby fundacja rodzinna, przystępując do wskazanych w nim podmiotów, wykazywała jakąkolwiek aktywność. Zakładając zatem, że mamy do czynienia z racjonalnym ustawodawcą, wydaje się, że z perspektywy kwalifikacji działalności gospodarczej, o której mowa w tym przepisie, nie ma znaczenia, czy fundacja rodzinna jest podmiotem aktywnym, czy biernym. Można zatem uznać, że pojęcie „działalności gospodarczej” ujęte w art. 5 u.f.r. jest szersze niż w art. 3 pr. przedś.

2.2. Katalog dopuszczalnej działalności gospodarczej fundacji rodzinnej w świetle art. 5 u.f.r.

2.2.1. Zbywanie mienia

Fundacja rodzinna może prowadzić działalność gospodarczą w zakresie zbywania mienia, o ile mienie to nie zostało nabyte wyłącznie w celu dalszego zbycia (art. 5 ust. 1 pkt 1 u.f.r.). Przez pojęcie „zbywanie” należy rozumieć każdą czynność rozporządzającą daną rzeczą lub prawem¹⁶. Mieniem jest ogół praw majątkowych, w tym „własność i inne prawa majątkowe” (art. 44 Kodeksu cywilnego¹⁷).

Zbywalnym prawem majątkowym jest prawo „bezpośrednio uwarunkowane interesem ekonomicznym podmiotu uprawnionego”¹⁸, które może być przeniesione na inną osobę na podstawie czynności prawnej. Zbywalne prawa majątkowe obejmują zarówno prawa bezwzględne, jak i prawa względne, stanowiące składniki mienia w rozumieniu art. 44 k.c.¹⁹ Wśród zbywalnych praw majątkowych można wymienić m.in.: użytkowanie wieczyste nieruchomości gruntowej, spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu, wierzycelności, udział we współwłasności w częściach ułamkowych, prawa własności przemysłowej, prawa autorskie i pokrewne, prawa z papierów wartościowych, prawo do korzystania z budynku lub pomieszczenia mieszkalnego w oznaczonym czasie w każdym roku (timesharing)²⁰.

¹⁵ M. Guzek, *Zakres...*, [w:] *Fundacja...*, s. 54.

¹⁶ Zob. wyrok WSA w Poznaniu z 14.05.2024 r., I SA/Po 152/24, LEX nr 3714928.

¹⁷ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2024 r. poz. 1061 ze zm.) – dalej k.c.

¹⁸ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1999, s. 138. Zob. M. Pyziak-Szafnicka, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2007, s. 716 i n.; R. Świrgoń-Skok, *Komentarz do art. 44*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Legalis/el. 2024, nb 7.

¹⁹ J. Kuźmicka-Sulikowska, *Komentarz do art. 44*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis/el. 2023, nb 2.

²⁰ Zob. E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga czwarta. Spadki*, Warszawa 2011, s. 186; J. Turłukowski, *Zapis windykacyjny. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 31; E. Gniewek, *O niedopuszczalności zapisu windykacyjnego przedmiotów majątku wspólnego małżonków*, „Rejent” 2012/1, s. 20.

Mając na względzie literalne brzmienie art. 5 ust. 1 pkt 1 u.f.r., należy uznać, że fundacja rodzinna nie może prowadzić działalności handlowej²¹, która ma charakter działalności spekulacyjnej, gdyż wpisane jest w nią ryzyko związane m.in. ze zmianą ceny towarów czy też ich zbytem²². W praktyce mogą powstać wątpliwości, czy zbywanie mienia przez fundację rodzinną stanowi działalność gospodarczą w rozumieniu art. 3 pr. przedś., a także czy nie zostało ono nabyte „wyłącznie w celu dalszego zbycia” (art. 5 ust. 1 pkt 1 u.f.r.), a zatem czy spełnia warunki działalności gospodarczej, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 u.f.r. Aby można było działalność fundacji rodzinnej uznać za działalność gospodarczą niezbędne jest podejmowanie przez nią czynności w sposób ciągły dla celów zarobkowych, bez względu na cel czy rezultat tej działalności; dla kwalifikacji działalności jako działalności gospodarczej „wystarczy, aby było (...) takie wykorzystywanie składników majątku, które charakteryzuje się powtarzalnością lub długim okresem trwania”²³.

Należy zatem pokreślić, że nie każde zbycie mienia będzie stanowiło prowadzenie działalności gospodarczej; jednostkowe czy incydentalne dokonywanie czynności w zakresie zbywania należy raczej kwalifikować w ramach zarządu mieniem fundacji rodzinnej.

Zbycie składnika mienia, który fundacja nabyła jedynie z możliwością jego późniejszego zbycia, mieści się w art. 5 ust. 1 pkt 1 u.f.r., jednakże podejmowane przez fundację rodzinną tego typu czynności każdorazowo będą podlegały ocenie. Mając na względzie trudności, które mogą powstać w praktyce, wydaje się, iż zasadnym postulatem *de lege ferenda* byłoby przyjęcie w ustawie o fundacji rodzinnej „fikcji prawnej pozwalającej na uznanie, że dane mienie nie zostało nabyte wyłącznie w celu dalszego zbycia, jeśli fundacja rodzinna była jego właścicielem przez określony czas i pobierała z niego pożytki”²⁴.

W literaturze wskazuje się, że: „Omawiana regulacja może sprawiać również problemy w przypadku dóbr inwestycyjnych, które nabywane są jako lokata kapitału: np. dzieł sztuki, złota inwestycyjnego czy innych metali szlachetnych, czy różnego rodzaju inwestycji alternatywnych (samochody kolekcjonerskie, fotografię kolekcjonerską, zegarki kolekcjonerskie, unikatowe alkohole itp.). Z jednej strony nie budzi wątpliwości, że tego typu aktywa nabywane są po to, aby, po pierwsze, ochronić wartość kapitału i nabyć aktywa, których wartość – jak spodziewa się dany inwestor – wzrośnie, po drugie po to – aby aktywa te odprzedać z zyskiem. Jednocześnie jednak przeznaczenie tego typu inwestycji nie jest z góry określone (przykładowo

²¹ W obowiązującym porządku prawnym pojęcie „działalności handlowej” nie jest zdefiniowane, a słowo „handel” oznacza „działalność polegająca na kupnie, sprzedaży lub wymianie towarów i usług” – *Słownik języka polskiego*, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/handel.html> (dostęp: 28.09.2024 r.).

²² Zob. A. Pardej, *Prowadzenie przez fundację rodzinną działalności gospodarczej*, [w:] *Fundacje rodzinne. Aspekty prawne i podatkowe*, red. A. Mariański, Łódź 2023, s. 43.

²³ Interpretacja indywidualna wydana przez dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z 19.07.2023 r., 0114-KDIP4-3.4012.205.2023.3.DS, Legalis; interpretacja indywidualna z 14.09.2023 r., 0114-KDIP1-3.4012.488.2023.1.KP, Legalis.

²⁴ W. Kotowski, A. Turska-Tomczykowska, *Komentarz do art. 5*, [w:] *Fundacja rodzinna. Aspekty prawne i podatkowe. Komentarz*, red. P. Tomczykowski, Legalis/el. 2023, pkt 4.3.

dzieła sztuki mogą zostać w międzyczasie wypożyczone innym osobom). Wydaje się, że możliwy jest wniosek, iż – jeśli z ogółu okoliczności dotyczących danej inwestycji nie wynika, że jest ona przeznaczona wyłącznie do sprzedaży, a fundacja ma możliwość skorzystania z danego dobra w inny sposób – wówczas nabywanie tego typu aktywów mieści się w ramach działalności dozwolonej fundacji rodzinnej (...). Takie rozumienie omawianej regulacji wspiera również wykładnia celowościowa – jak wskazano wyżej, celem ustawy o fundacji rodzinnej jest zapewnienie instrumentu, pozwalającego na akumulację kapitału i ochronę rodzinnego majątku (a zatem powinno być również możliwe dokonywanie takich inwestycji jak np. inwestycja w dzieła sztuki)”²⁵. Zaangażowanie kapitału w dobra inwestycyjne co do zasady służy ochronie rodzinnego majątku, jednakże można mieć wątpliwości, czy tego typu działalność powinna być kwalifikowana w ramach „zarządzania” mieniem, czy też jako prowadzenie działalności gospodarczej. W konkretnym przypadku – gdy uznamy, że prowadzona działalność kwalifikuje się jako działalność gospodarcza – każdorazowo należy ocenić, czy zbycie dobra inwestycyjnego spełnia wymogi art. 5 ust. 1 pkt 1 u.f.r.

Należy wskazać, że granica między zarządzaniem majątkiem fundacji rodzinnej rozumianym jako wykonywanie praw własności w stosunku do posiadanego mienia, bez podejmowania działań na tyle zorganizowanych, że należy je uznać za działalność gospodarczą, a momentem, kiedy zasadne byłoby stwierdzenie, że fundacja rodzinna prowadzi już działalność gospodarczą, jest płynna, a ma kluczowe znaczenie z perspektywy opodatkowania dochodu fundacji.

W piśmiennictwie wskazuje się, że fundacja rodzinna może nabyć przedsiębiorstwo osoby fizycznej, chociaż z uwagi na treść art. 5 u.f.r. będzie mogła kontynuować działalność tego przedsiębiorstwa w ograniczonym zakresie. Należy jednak wskazać, że – w celu zapewnienia ciągłości funkcjonowania przedsiębiorstwa, utrzymania jego wartości i rentowności – fundacja rodzinna będzie mogła wnieść je w drodze aportu do spółki prawa handlowego lub przekształcić w spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością na mocy przepisów Kodeksu spółek handlowych²⁶, a w zamian nabyć udziały lub akcje w tej spółce. Ponadto fundacja rodzinna będzie mogła wydzierżawić przedsiębiorstwo na podstawie art. 5 ust. 1 pkt 2 u.f.r.²⁷

Zakaz zbywania mienia, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 u.f.r., nie dotyczy składników opisanych w art. 5 ust. 1 pkt 3 u.f.r. (np.: udziałów, akcji) i art. 5 ust. 1 pkt 4 u.f.r. (np.: obligacji, warrantów subskrypcyjnych, prawa opcji). Powyższe unormowanie jest uzasadnione, albowiem przyznanie fundacji rodzinnej prawa do nabywania i zbywania ww. składników jest narzędziem ułatwiającym realizację głównego celu fundacji rodzinnej, którym jest ochrona majątków polskich firm rodzinnych. Z perspektywy firmy rodzinnej istotne jest otrzymanie swobody

²⁵ M. Guzek, *Zakres...*, [w:] *Fundacja...*, s. 56 i n.

²⁶ Ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn.: Dz.U. z 2024 r. poz. 18 ze zm.).

²⁷ Zob. D. Leszczyk, *Komentarz do art. 5*, [w:] *Ustawa o fundacji rodzinnej. Komentarz*, red. P. Grabowski, D. Leszczyk, Legalis/el. 2023, nb 10.

w podejmowaniu decyzji związanych z lokowaniem inwestycji w spółkach różnego rodzaju, a możliwość łatwego zbycia udziałów jest tego wyrazem. Należy zgodzić się ze stanowiskiem, że „dzięki możliwości nabywania i zbywania udziałów fundacja rodzinna ma szansę stać się narzędziem ułatwiającym inwestycje, wydzielenie i tworzenie nowych podmiotów, w ramach których będą prowadzone działalności i inwestycje”²⁸.

Papiery wartościowe, instrumenty pochodne i prawa o podobnym charakterze mogą być zbywane przez fundację rodzinną także wówczas, gdy zostały nabyte wyłącznie w celu ich dalszego zbycia (art. 5 ust. 3 u.f.r.).

2.2.2. Udostępnianie mienia do korzystania

Fundacja rodzinna może prowadzić działalność gospodarczą w zakresie „najmu, dzierżawy lub udostępniania mienia do korzystania na innej podstawie” (art. 5 ust. 1 pkt 2 u.f.r.). Zgodnie z art. 659 § 1 k.c. przedmiotem świadczenia wynajmującego jest rzecz, a zatem mogą być wynajmowane rzeczy ruchome i nieruchomości. Zastosowanie najmu nie ogranicza się jednak do obiektów o cechach ściśle odpowiadających pojęciu „rzeczy” w rozumieniu art. 45–46 k.c. Przedmiotem najmu mogą być także części składowe rzeczy, np.: lokal niebędący nieruchomością lokalową, miejsce do parkowania pojazdu, ściana budynku, czy też zbiór rzeczy (np. kolekcja obrazów)²⁹. W praktyce pojawiły się wątpliwości, czy art. 5 ust. 1 pkt 2 u.f.r. obejmuje także działalność hotelarską oraz tzw. najem krótkoterminowy³⁰. Według organów podatkowych kompleksowa usługa zakwaterowania, obejmująca udostępnianie przez fundację rodzinną domku letniskowego, który został wniesiony do jej majątku przez fundatora, do korzystania w ramach pobytów krótkoterminowych, a także zapewnienie klientom dostępu – z tytułu umowy pomiędzy fundatorem (a potem fundacją) a kontrahentem – do infrastruktury kompleksu³¹ nie mieszczą się w działalności w zakresie najmu, dzierżawy oraz udostępniania mienia do korzystania na innej podstawie, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1 u.f.r.³² Powyższe stanowisko wynika z tego, że „Fundacja nie posiada własności mienia w postaci infrastruktury kompleksu ani innego prawa majątkowego do tego kompleksu, w tym umieszczonej na jego terenie infrastruktury rekreacyjnej. Prawo to posiada właściciel kompleksu (kontrahent), z którym fundator (a potem fundacja) ma zawartą umowę «przewidującą obowiązek uiszczania comiesięcznego czynszu/abonamentu, na podstawie której klienci wynajmujący domek letniskowy będą mogli (bez dodatkowej opłaty) korzystać ze strefy *wellness*». Nie można więc uznać, że fundacja będzie udostępniać klientom mienie w postaci wyposażenia strefy *wellness* (baseny, siłownie

²⁸ A. Pardej, *Prowadzenie...*, [w:] *Fundacje...*, s. 43.

²⁹ J. Górecki, G. Matusik, *Komentarz do art. 659*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. serii K. Osajda, red. tomu W. Borysiak, Legalis/el. 2024, pkt 16.

³⁰ M. Guzek, *Zakres...*, [w:] *Fundacja...*, pkt 3.4.2.

³¹ W ramach tej infrastruktury klienci mieliby zapewniony dodatkowo dostęp do strefy *wellness* znajdującej się na terenie obiektu (tj. basenów, siłowni, łaźni solnych, saun) oraz wszelkiej pozostałej infrastruktury, która jest dostępna dla gości kompleksu (leżaków czy placu zabaw).

³² Zob. interpretacja indywidualna z 22.11.2023 r., 0111-KDIB1-2.4010.428.2023.1.EJ, Legalis.

itd.). Mienie to jest własnością kontrahenta, który za comiesięczną opłatę (czynsz/abonament) wnoszoną przez fundatora/fundację udostępnia je klientom fundacji, świadcząc usługę kompleksową (...)”³³. Przytoczone stanowisko organu podatkowego nie może być podstawą do wysunięcia tezy, że udostępnianie nieruchomości na pobyty krótkotrwale nie mieści się w art. 5 ust. 1 pkt 2 u.f.r. Wydaje się, że w sytuacji, w której fundacja rodzinna – obok prawa do domku letniskowego – miałaby jakiegokolwiek udział w „infrastrukturze kompleksu”, udostępnianie domku letniskowego wraz z możliwością korzystania z tejże infrastruktury można byłoby kwalifikować w ramach art. 5 ust. 1 pkt 2 u.f.r.

W innej interpretacji dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej stwierdził, że najem krótkoterminowy apartamentów nie mieści się w działalności dozwolonej zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 2 u.f.r., gdyż najem krótkoterminowy nie spełnia cywilistycznej definicji najmu³⁴. Powyższe stanowisko nie zasługuje na aprobatę, albowiem „Nawet gdyby przyjąć, że najem krótkoterminowy nie spełnia cywilistycznej definicji najmu (...), to z całą pewnością stanowi «udostępnianie mienia do korzystania na innej podstawie» – a zatem (...) mieści się w zakresie regulacji, wskazanym w art. 5 ust. 1 pkt 2 FundRodzU”³⁵. Podsumowując, fundacja rodzinna może prowadzić usługi najmu krótkoterminowego dla celów turystycznych. Powyższe stanowisko jest uzasadnione także tym, że ustawodawca nie ograniczył w art. 5 ust. 1 pkt 2 u.f.r. udostępniania mienia do najmu w rozumieniu przepisów k.c. Działalność, jaką może podejmować fundacja rodzinna, to również działalność hotelarska³⁶.

Fundacja rodzinna może prowadzić działalność gospodarczą w zakresie dzierżawy, której przedmiotem mogą być dowolne rzeczy (ruchomości i nieruchomości) lub prawa majątkowe, przynoszące pożytki ze swej natury lub przeznaczenia albo mogące przynosić pożytki (art. 693 § 1 w zw. z art. 709 k.c.). Przedmiot dzierżawy to cała rzecz lub jej fizyczna część albo zbiór dóbr majątkowych – zarówno zbiór rzeczy, jak i kompleks rzeczy oraz praw. Fundacja rodzinna może oddać w dzierżawę także przedsiębiorstwo czy gospodarstwo rolne bądź też zorganizowaną część przedsiębiorstwa czy gospodarstwa rolnego. Przedmiotem dzierżawy może być również korzystanie z utworu na polu eksploatacji, z którym łączy się możliwość pobierania pożytków³⁷.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 2 u.f.r. fundacja rodzinna może wykonywać działalność gospodarczą w zakresie najmu, dzierżawy, a także „udostępniania mienia do korzystania na innej podstawie”. W związku z tym, że wyrażenie „udostępnianie mienia do korzystania na innej podstawie” jest pojęciem niezdefiniowanym, a jednocześnie dosyć pojemnym, w literaturze pojawiły się głosy, iż fundacja rodzinna może

³³ Interpretacja indywidualna z 22.11.2023 r., 0111-KDIB1-2.4010.428.2023.1.EJ, Legalis

³⁴ Zob. interpretacja indywidualna z 19.12.2023 r., 0111-KDIB1-3.4010.662.2023.2.AN, Legalis.

³⁵ M. Guzek, *Zakres...*, [w:] *Fundacja...*, s. 58. Zob. R. Adamus, P. Horosz, P. Stec, *Komentarz do art. 5, [w:] Fundacje rodzinne. Komentarz*, red. R. Adamus, P. Stec, Legalis/el. 2024, pkt I.A.7.

³⁶ R. Adamus, P. Horosz, P. Stec, *Komentarz...*, [w:] *Fundacje...*, pkt I.A.7.

³⁷ Zob. J. Szyjewska-Bagińska, *Komentarz do art. 67, [w:] Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. E. Ferenc-Szydelko, Legalis/el. 2021.

udostępniać mienie do korzystania na podstawie umowy leasingu³⁸ czy timesharingu, a w odniesieniu do dóbr niematerialnych – umowy licencji³⁹.

Udostępnianie mienia na podstawie umowy leasingu, o której mowa w art. 709¹–709¹⁷ k.c. może budzić pewne zastrzeżenia, albowiem z leasingową działalnością gospodarczą związane jest wysokie ryzyko gospodarcze, które ustawodawca, wprowadzając unormowanie art. 5 u.f.r., chciał ograniczyć. Zgodnie z art. 709¹ k.c. „Przez umowę leasingu finansujący zobowiązuje się, w zakresie działalności swego przedsiębiorstwa, nabyć rzecz od oznaczonego zbywcy na warunkach określonych w tej umowie i oddać tę rzecz korzystającemu do używania albo używania i pobierania pożytków przez czas oznaczony, a korzystający zobowiązuje się zapłacić finansującemu w uzgodnionych ratach wynagrodzenie pieniężne, równe co najmniej cenie lub wynagrodzeniu z tytułu nabycia rzeczy przez finansującego”. Do obowiązków finansującego należy zaliczyć: „1) nabycie rzeczy mającej być przedmiotem leasingu (art. 709¹ k.c.); 2) wydanie jej korzystającemu do używania albo używania i pobierania pożytków (art. 709¹), jednakże bez ponoszenia odpowiedzialności za przydatność rzeczy do użytku (art. 709⁴ § 2); 3) wydanie razem z rzeczą odpisu umowy ze zbywcą lub odpisów innych posiadanych dokumentów dotyczących umowy (...); 4) znoszenie (*pati*) przez czas trwania stosunku leasingu używania lub używania i pobierania pożytków rzeczy przez korzystającego; 5) ochrona korzystającego przed osobami trzecimi (...); 6) niezwłocznie powiadomić korzystającego o zbyciu rzeczy (art. 709¹⁴ § 2); 7) odbiór rzeczy po ustaniu stosunku leasingu”⁴⁰. Po dokonaniu formalnej analizy obowiązków finansującego można dojść do wniosku, że umowa leasingu mieści się w przesłance „udostępniania mienia do korzystania na innej podstawie”, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 u.f.r. Mając jednak na względzie to, że finansujący w celu nabycia przedmiotu leasingu zazwyczaj zaciąga kredyt, którego koszty pokrywa korzystający, uiszczając uzgodnione raty, należy uznać, iż tego typu leasingowa działalność gospodarcza nie mieści się w katalogu, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 u.f.r. Z uwagi na konstrukcję prawną umowy leasingu (art. 709¹ k.c.), a także ograniczony przez art. 5 u.f.r. zakres dopuszczalnej działalności gospodarczej fundacji rodzinnej, należy opowiedzieć się raczej za takim stanowiskiem, że fundacja rodzinna w ramach prowadzonej działalności gospodarczej nie tyle może podejmować działalność leasingową, ile posiadać akcje lub udziały w spółce prawa handlowego, która będzie prowadziła taką działalność. W ograniczonym zakresie dopuściłabym działalność gospodarczą w zakresie leasingu operacyjnego, z którym element kredytowania nie musi się wiązać.

Udostępnianie mienia na podstawie umowy timesharingu czy umowy licencji nie budzi zastrzeżeń w kontekście art. 5 ust. 1 pkt 2 u.f.r. Zgodnie z art. 2 ust. 1

³⁸ Zob. R. Adamus, P. Horosz, P. Stec, *Komentarz...*, [w:] *Fundacje...*, pkt I.A.7.

³⁹ Zob. R. Adamus, P. Horosz, P. Stec, *Komentarz...*, [w:] *Fundacje...*, pkt I.A.7; D. Leszczyk, *Komentarz...*, [w:] *Ustawa...*, nb 4.

⁴⁰ M. Pazdan, *Komentarz do art. 709¹*, [w:] *Kodeks cywilny, t. 2, Komentarz. Art. 450–1088*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2015, s. 602 i n.

ustawy o timeshare⁴¹ „Przez umowę timeshare rozumie się umowę, na podstawie której konsument, odpłatnie, nabywa prawo do korzystania, w okresach wskazanych w umowie, z co najmniej jednego miejsca zakwaterowania, zawartą na okres dłuższy niż rok”. Miejscem zakwaterowania w szczególności może być: budynek, mieszkanie, pokój lub inne pomieszczenie mieszkalne, w tym znajdujące się na statkach pasażerskich, innych jednostkach pływających, w przyczepach samochodowych, domkach turystycznych lub innych obiektach stałych.

Fundacja rodzinna może także zawierać umowy, które są podstawą do korzystania z cudzych praw na dobrach niematerialnych; w szczególności może ona udzielać licencji na korzystanie z praw własności intelektualnej, czy też zawierać umowy franchisingu. Przedmiotem licencji może być m.in. upoważnienie „do korzystania z utworu na wymienionych w umowie polach eksploatacji z określeniem zakresu, miejsca i czasu tego korzystania” (art. 67 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych⁴²), czy też upoważnienie do korzystania z wynalazku (art. 76 ustawy – Prawo własności przemysłowej⁴⁴). Fundacja rodzinna w ramach umowy franchisingu może udzielać licencji znaku, *know-how*, a także wyrażać zgodę na prowadzenie określonej działalności pod oznaczeniami identyfikującymi franchisodawcę⁴⁵.

2.2.3. Przystępowanie do spółek handlowych, funduszy inwestycyjnych, spółdzielni oraz podmiotów o podobnym charakterze, mających swoją siedzibę w kraju albo za granicą, a także uczestnictwo w tych podmiotach

Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 3 u.f.r. fundacja rodzinna może wykonywać działalność gospodarczą w rozumieniu art. 3 pr. przeds. w zakresie „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”. Przepisy ustawy o fundacji rodzinnej nie definiują pojęcia „przystępowania” ani „uczestnictwa”, a zatem należy odwołać się do reguł znaczeniowych języka polskiego. Pojęcie „przystąpić” („przystępować”) oznacza „1. «zacząć jakąś czynność, działalność» 2. «przyłączyć się do jakiejś grupy, organizacji lub wziąć w coś udział»”, a termin „uczestniczyć” oznacza „brać w coś czynny udział, współdziałać w jakiejś akcji”⁴⁶. Na gruncie omawianej regulacji przez „przystąpienie” należy rozumieć każdą „czynność, której skutkiem jest przystąpienie fundacji rodzinnej do spółki, funduszu inwestycyjnego, spółdzielni lub podmiotu o podobnym charakterze, w szczególności tworzenie tych

⁴¹ Ustawa z 16.09.2011 r. o timeshare (Dz.U. z 2011 r. Nr 230, poz. 1370).

⁴² Ustawa z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r. poz. 2509 ze zm.).

⁴³ A. Krysik, *Komentarz do art. 5 ustawy o fundacji rodzinnej*, [w:] *Ustawa o fundacji rodzinnej*, Legalis/el. 2023, pkt 32.

⁴⁴ Ustawa z 30.06.2000 r. – Prawo własności przemysłowej (tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r. poz. 1170).

⁴⁵ Zob. M. Grochowski, W. Kocot, M. Krajewski, E. Rott-Pietrzyk, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5b, *Prawo umów handlowych*, red. M. Stec, Legalis/el. 2020, nb 464.

⁴⁶ *Słownik języka polskiego*, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/przyst%C4%85pi%C4%87.html> (dostęp: 28.09.2024 r.), <https://sjp.pwn.pl/szukaj/uczestniczy%C4%87.html> (dostęp: 28.09.2024 r.).

podmiotów oraz przystępowanie do podmiotów już istniejących w zamian za wkłady pieniężne lub niepieniężne (aporty)⁴⁷. Warto podkreślić, że pojęcia „przystępowania” i „uczestnictwa” użyte w analizowanym przepisie należy postrzegać w szerokim kontekście, tzn. nie tylko jako przystąpienie do istniejącego już podmiotu, ale również jako nabycie udziałów w nowo utworzonym podmiocie⁴⁸. W piśmiennictwie wyrażono stanowisko, w myśl którego wątpliwości może budzić, czy w dyspozycji art. 5 ust. 1 pkt 3 u.f.r. mieści się nabywanie udziałów, akcji, certyfikatów inwestycyjnych od osób trzecich, tj. w ramach obrotu wtórnego. Autor tego poglądu podnosi, że: „Ustawodawca posługuje się (...) pojęciem «przystępowanie», które kojarzy się z tworzeniem podmiotów oraz obejmowaniem po raz pierwszy nowych jednostek własnościowych w podmiotach już istniejących (obróć pierwotny). Z drugiej jednak strony w razie nabycia udziałów/akcji, certyfikatów inwestycyjnych (...) od osoby trzeciej nabywca w praktyce także przystępuje do podmiotu, którego prawa te dotyczą, jako jego wspólnik czy uczestnik. Nieuzasadnione wydaje się zatem wyłączenie z dyspozycji komentowanego przepisu nabywania w ramach obrotu wtórnego⁴⁹. Z wnioskiem końcowym przytoczonego wyводу należy się zgodzić.

Fundacja rodzinna może prowadzić działalność gospodarczą w zakresie przystępowania do polskich i zagranicznych spółek prawa handlowego oraz podmiotów o podobnym charakterze, a także uczestniczenia w nich (art. 5 ust. 1 pkt 3 u.f.r.). Należy podkreślić, że ustawodawca w tym przepisie „nie użył ogólnego sformułowania «spółka», którym mogłaby zostać objęta ewentualnie także transparentna (...) spółka, a użył bardziej precyzyjnego określenia «spółka handlowa», dokonując tym samym zawężenia, co do kręgu podmiotów objętych tym przepisem (...). Nie jest wystarczające, że spółka z siedzibą za granicą jest regulowana przez prawo spółek państwa obcego, aby spółkę taką zaliczyć do «podmiotów o podobnym charakterze»⁵⁰. Fundacja rodzinna może przystępować i uczestniczyć jedynie w spółkach, które są podatnikami podatku dochodowego od osób prawnych⁵¹. Nie może zatem przystępować do podmiotów transparentnych, w których podatnikami podatku dochodowego są wspólnicy.

Należy zaznaczyć, że spółka cywilna nie jest podmiotem podobnym do spółek prawa handlowego, albowiem spółka cywilna w przeciwieństwie do spółek prawa handlowego nie posiada własnego majątku, nie zaciąga własnych zobowiązań. Spółkę cywilną i spółki handlowe „dzieli (...) wiele innych istotnych różnic, zarówno w zakresie podstawy prawnej, sposobu zakładania, rejestrowania, funkcjonowania (...). Poza tym, spółki handlowe, do których może przystąpić fundacja rodzinna, są podatnikami podatku dochodowego od osób prawnych i podlegają opodatkowaniu

⁴⁷ Zob. D. Leszczyk, *Komentarz...*, [w:] *Ustawa...*, nb 5; zob. także wyrok WSA w Poznaniu z 14.05.2024 r., I SA/Po 152/24, LEX nr 3714928 (orzeczenie nieprawomocne).

⁴⁸ A. Pardej, *Prowadzenie...*, [w:] *Fundacje...*, s. 45 i n.

⁴⁹ D. Leszczyk, *Komentarz...*, [w:] *Ustawa...*, nb 5. Zob. wyrok WSA w Gdańsku z 9.10.2007 r., I SA/Gd 425/07, LEX nr 423885; W. Kotowski, A. Turska-Tomczykowska, *Komentarz...*, [w:] *Fundacja...*, pkt 6.3.

⁵⁰ Wyrok WSA w Warszawie z 13.03.2024 r., III SA/Wa 2753/23, LEX nr 3708195 (orzeczenie nieprawomocne). Zob. także wyrok WSA w Łodzi z 16.04.2024 r., I SA/Łd 113/24, LEX nr 3714231.

⁵¹ Wyrok WSA w Łodzi z 16.04.2024 r., I SA/Łd 113/24, LEX nr 3714231.

podatkiem CIT, w tym spółka jawna, o ile jej współnikiem jest co najmniej jednak fundacja rodzinna (art. 1 ust. 7 ustawy CIT). Natomiast spółka cywilna nie jest podatnikiem podatku dochodowego od osób prawnych i nie staje się nim nawet wtedy, gdy przystąpi do niej fundacja rodzinna⁵². Fundacja rodzinna w ramach dozwolonej działalności (art. 5 u.f.r.) może przystępować i uczestniczyć jedynie w spółkach, które są podatnikami podatku dochodowego od osób prawnych⁵³.

Niezależnie od tego, że spółka cywilna nie jest podmiotem podobnym do spółek prawa handlowego, należy uznać, iż fundacja jako współnik spółki cywilnej może – zgodnie ze stwierdzeniem WSA w Poznaniu – „uzyskiwać dochody z dzierżawy nieruchomości, a zatem prowadzić działalność w zakresie wskazanym w art. 5 ust. 1 pkt 2 u.f.r. W ocenie Sądu stwierdzenie (...) braku zastosowania w sprawie art. 5 ust. 1 pkt 3 u.f.r. nie wyklucza zastosowania art. 5 ust. 1 pkt 2 u.f.r.”⁵⁴. Odmienne stanowisko zostało wyrażone w innym wyroku, w którym sąd uznał, że „Przystąpienie do innego podmiotu (niż wskazane w art. 5 ust. 1 pkt 3 u.f.r. – dop. J.W.-N.), niezależnie od rodzaju działalności fundacji rodzinnej prowadzonej w jego ramach, wykracza poza zakres określony w art. 5 UFR, co zwolnienie takie wyklucza (art. 6 ust. 7 ustawy CIT)”⁵⁵. Powyższe stanowisko nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem fundacja rodzinna, skoro jest współnikiem spółki cywilnej, może prowadzić działalność gospodarczą określoną w art. 5 u.f.r.

Należy zgodzić się z twierdzeniem, że unormowanie art. 5 ust. 1 pkt 3 u.f.r. „obejmuje wszelkiego rodzaju przysporzenia, mogące powstać po stronie fundacji rodzinnej – a zatem dywidendy, dochody ze zbycia udziałów/akcji, dochody z umorzenia udziałów/akcji, dochody związane z procesami reorganizacyjnymi, dokonywanymi przez spółki, których udziałowcami są fundacje rodzinne, a także dochody z tytułu funkcjonowania zagranicznych jednostek kontrolowanych itp. Tak szeroki zakres zwolnienia wynika z faktu, że wszelkie te przychody wynikają albo z faktu przystąpienia do spółki, albo z faktu uczestnictwa w spółce – a ani ustawa o fundacji rodzinnej, ani ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych nie różnicują w jakikolwiek sposób tych przychodów”⁵⁶.

Pewne wątpliwości budzi to, że przystępowanie do spółek prawa handlowego i uczestnictwo w nich jest działalnością gospodarczą⁵⁷. Należy jednak wskazać, że art. 5 ust. 1 pkt 3 u.f.r. stanowi wprost o prowadzeniu działalności gospodarczej, a zatem można uznać, że definicja zawarta w art. 3 pr. przeds. została rozszerzona na potrzeby ustawy o fundacji rodzinnej. W literaturze fundację rodzinną postrzega się jako przedsiębiorcę „pasywnego”, chociaż kwalifikowanie tytułów uczestnictwa w spółkach, funduszach nie jest systemowo spójne⁵⁸. Fundacja rodzinna „może

⁵² Wyrok WSA w Łodzi z 16.04.2024 r., ISA/Łd 113/24, LEX nr 3714231.

⁵³ Wyrok WSA w Łodzi z 16.04.2024 r., ISA/Łd 113/24, LEX nr 3714231.

⁵⁴ Wyrok WSA w Poznaniu z 27.06.2024 r., ISA/Po 27/24, LEX nr 3733321 (orzeczenie nieprawomocne). Zob. też wyrok WSA w Poznaniu z 18.06.2024 r., ISA/Po 214/24, LEX nr 3732980 (orzeczenie nieprawomocne).

⁵⁵ Wyrok WSA w Łodzi z 16.04.2024 r., ISA/Łd 113/24, LEX nr 3714231.

⁵⁶ M. Guzek, *Zakres...*, [w:] *Fundacja...*, s. 59.

⁵⁷ M. Guzek, *Zakres...*, [w:] *Fundacja...*, s. 59.

⁵⁸ R. Adamus, P. Horosz, P. Stec, *Komentarz...*, [w:] *Fundacje...*, pkt I.A.8.

być konsorcjantem (pasywnym – dop. J.W.-N.) w przedsięwzięciu gospodarczym z innym przedsiębiorcą, może wносить wkłady na podwyższenie kapitału zakładowego spółek, w których posiada akcje lub udziały, może tworzyć spółki, uczestniczyć w transformacjach, podmiotach polegających na podziale, przekształceniu, łączeniu”⁵⁹. Należy zgodzić się także ze spostrzeżeniem, że „Fundacja rodzinna została zaprojektowana podobnie do instytucji holdingu – z koncentracją kapitału i uproszczeniem struktury korporacyjnej. Istotą działalności holdingowej jest nadzór właścicielski jednego podmiotu (w tym przypadku fundacji) nad innymi podmiotami, koordynowanie ich działalności i planowanie strategiczne lub organizacyjne oparte na zależnościach kapitałowych lub personalnych”⁶⁰. Ponadto wskazuje się, że fundacja rodzinna powinna działać jako rentier czy też inwestor. Nie może ona bezpośrednio prowadzić działalności przemysłowej, produkcyjnej, budowlanej, usługowej, handlowej, ale może nabywać i obejmować udziały i akcje w spółkach prawa handlowego prowadzących taką działalność⁶¹.

2.2.4. Nabywanie i zbywanie papierów wartościowych, instrumentów pochodnych i praw o podobnym charakterze

Fundacja może wykonywać działalność gospodarczą w zakresie „nabywania i zbywania papierów wartościowych, instrumentów pochodnych i praw o podobnym charakterze” (art. 5 ust. 1 pkt 4 u.f.r.). Wyjaśnienie treści tego przepisu wymaga odwołania się do ustawy o obrocie instrumentami finansowymi⁶², w której zostały zdefiniowane pojęcia „papierów wartościowych” oraz „instrumentów pochodnych”. Zgodnie z art. 3 pkt 1 tej ustawy przez „papiery wartościowe” rozumie się akcje, prawa poboru w rozumieniu Kodeksu spółek handlowych, prawa do akcji, warranty subskrypcyjne, kwity depozytowe, obligacje, listy zastawne, certyfikaty inwestycyjne i inne zbywalne papiery wartościowe, wyemitowane na podstawie właściwych przepisów prawa polskiego lub obcego, a także inne zbywalne prawa majątkowe, które powstają w wyniku emisji, inkorporujące uprawnienie do nabycia lub objęcia papierów wartościowych, lub wykonywane poprzez dokonanie rozliczenia pieniężnego, walut, stóp procentowych, stóp zwrotu, towarów oraz innych wskaźników lub mierników (prawa pochodne). 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” (art. 3 pkt 28a

⁵⁹ R. Adamus, P. Horosz, P. Stec, *Komentarz...*, [w:] *Fundacje...*, pkt I.A.8.

⁶⁰ K. Rożko, N. Jadwiszczak-Niedbałka, *Fundacja rodzinna. Komentarz praktyczny*, Gdańsk 2023, s. 40.

⁶¹ R. Adamus, P. Horosz, P. Stec, *Komentarz...*, [w:] *Fundacje...*, pkt I.A.2.

⁶² Ustawa z 29.07.2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (tekst jedn.: Dz.U. z 2024 r. poz. 722 ze zm.) – dalej u.o.i.f.

u.o.i.f.). Z powyższego wynika, że instrumenty pochodne należy postrzegać jako rodzaj instrumentu finansowego, którego wartość zależy od wartości innego instrumentu finansowego, zwanego instrumentem podstawowym (bazowym). Należy wskazać, że instrumenty pochodne różnią się od instrumentów udziałowych (w tym akcji) i instrumentów dłużnych przede wszystkim tym, że podstawowym celem ich stosowania nie jest transfer kapitału, lecz transfer (ograniczenie) ryzyka⁶³.

W literaturze zostało wyrażone stanowisko, w myśl którego pożądane byłoby odniesienie w art. 5 ust. 1 pkt 4 u.f.r. do instrumentów finansowych – jako kategorii szerszej – aniżeli tylko do papierów wartościowych, albowiem konstrukcja wskazanego przepisu może budzić wątpliwości w zakresie tego, czy fundacja rodzinna może nabyć instrument finansowy, który jednocześnie nie jest papierem wartościowym oraz nie stanowi instrumentu pochodnego⁶⁴. Należy bowiem podkreślić, że papier wartościowy to rodzaj instrumentu finansowego na gruncie przepisu art. 2 ust. 1 u.o.i.f., a zatem instrument finansowy jest pojęciem szerszym niż papier wartościowy, natomiast instrument pochodny, do którego odwołuje się komentowany przepis, jest rodzajem instrumentu finansowego, niebędącego jednocześnie papierem wartościowym.

Nabywanie i zbywanie papierów wartościowych może odbywać się na rynku giełdowym oraz poza obrotem zorganizowanym⁶⁵. Fundacja rodzinna może nabywać zarówno krajowe, jak i zagraniczne papiery wartościowe oraz instrumenty pochodne, o ile zostały wyemitowane na podstawie obowiązujących w danej jurysdykcji regulacji.

Pomimo tego, że przystępowanie do zagranicznej spółki transparentnej nie mieści się w art. 5 ust. 1 pkt 3 u.f.r., to papiery udziałowe wyemitowane przez taką spółkę, które mogą być przedmiotem publicznego obrotu zgodnie z właściwym prawem, są papierami wartościowymi w rozumieniu art. 3 pkt 1 u.o.i.f., a zatem są objęte dyspozycją art. 5 ust. 1 pkt 4 u.f.r.⁶⁶

W literaturze zostało wyrażone stanowisko, w myśl którego w zakresie kompetencji fundacji rodzinnej mieści się obrót kryptowalutami⁶⁷. Kryptowaluty stanowią walutę wirtualną, która została zdefiniowana w art. 2 ust. 2 pkt 26 ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu⁶⁸. Zgodnie z tym przepisem przez „walutę wirtualną” rozumie się „cyfrowe odwzorowanie wartości, które nie jest:

- a) prawnym środkiem płatniczym emitowanym przez NBP, zagraniczne banki centralne lub inne organy administracji publicznej,
- b) międzynarodową jednostką rozrachunkową ustanawianą przez organizację międzynarodową i akceptowaną przez poszczególne kraje należące do tej organizacji lub z nią współpracujące,

⁶³ Zob. K. Rożko, N. Jadwiszczak-Niedbalka, *Fundacja...*, s. 47 i n.

⁶⁴ Zob. K. Rożko, N. Jadwiszczak-Niedbalka, *Fundacja...*, s. 327 i n.

⁶⁵ Zob. A. Krysik, *Komentarz...*, [w:] *Ustawa...*, pkt 31.

⁶⁶ Zob. wyrok WSA we Wrocławiu z 12.06.2024 r., I SA/Wr 153/24, LEX nr 3730369; wyrok WSA w Poznaniu z 22.02.2024 r., I SA/Po 895/23, LEX nr 3694694 (orzeczenia nieprawomocne).

⁶⁷ R. Adamus, P. Horosz, P. Stec, *Komentarz...*, [w:] *Fundacje...*, pkt I.A.9.

⁶⁸ Ustawa z 1.03.2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r. poz. 1124 ze zm.).

- c) pieniądzem elektronicznym w rozumieniu ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych,
 - d) instrumentem finansowym w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi,
 - e) wekslem lub czekiem
- oraz jest wymienne w obrocie gospodarczym na prawne środki płatnicze i akceptowane jako środek wymiany, a także może być elektronicznie przechowywane lub przeniesione albo może być przedmiotem handlu elektronicznego”.

Mając na względzie powyższą definicję, należy stwierdzić, że obrót walutą wirtualną wykracza poza zakres działalności gospodarczej określony w art. 5 ust. 1 pkt 4 u.f.r., albowiem waluta wirtualna nie jest papierem wartościowym ani nie można uznać, że jest prawem majątkowym podobnym do papierów wartościowych lub instrumentów pochodnych⁶⁹. Jak słusznie zauważono w orzecznictwie, „wirtualna waluta w przeciwieństwie do papierów wartościowych oraz pochodnych instrumentów nie jest instrumentem finansowym. Pełni funkcję elektronicznej waluty, której system płatności umożliwia wysyłanie i odbieranie jednostek tejże waluty. Jest też postrzegana jako instrument pozyskiwania środków finansowych. W wyroku TSUE z 22 października 2015 r. C-264/14 zdefiniowano Bitcoiny jako rodzaj nieobjętych regulacjami pieniędzy cyfrowych, emitowanych i kontrolowanych przez osoby, które je tworzą oraz używanych i akceptowanych przez członków danej społeczności wirtualnej. Waluty te nie mają żadnego centralnego organu ani jakiegokolwiek instytucji sprawującej nad nimi nadzór. Sam fakt, że są one wymienne na prawne środki płatnicze nie przesądza, że ta wspólna cecha powoduje, że można uznać, że są to prawa o podobnym charakterze do papierów wartościowych lub pochodnych instrumentów finansowych. W związku z powyższym w ocenie Sądu stanowisko (...), że wirtualnych walut nie można uznać za prawa o podobnym charakterze do papierów wartościowych i instrumentów pochodnych jest prawidłowe”⁷⁰. Ponadto należy podkreślić, że przepis art. 5 u.f.r. stanowi katalog zamknięty rodzajów działalności gospodarczej fundacji rodzinnej; nie wymienia on w żadnym punkcie obrotu walutą wirtualną. Trzeba jednak zaznaczyć, że fundacja rodzinna może być akcjonariuszem emitenta w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2023/1114⁷¹. Nie może być natomiast emitentem, albowiem działalność taka jest działalnością regulowaną.

W piśmiennictwie został sformułowany pogląd, zgodnie z którym „fundacja rodzinna może swobodnie nabywać metale inwestycyjne (złoto, srebro, platynę, itp.), które w warunkach kryzysu gospodarczego, wysokiej inflacji, utraty zaufania do pieniądza fiducjarnego nosi miano «bezpiecznej przystani inwestycyjnej»”⁷².

⁶⁹ Wyrok WSA w Poznaniu z 22.02.2024 r., ISA/Po 895/23, LEX nr 3694694 (orzeczenie nieprawomocne).

⁷⁰ Wyrok WSA w Poznaniu z 22.02.2024 r., ISA/Po 895/23, LEX nr 3694694 (orzeczenie nieprawomocne).

⁷¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2023/1114 z 31.05.2023 r. w sprawie rynków kryptoaktywów oraz zmiany rozporządzeń (UE) 1093/2010 i (UE) 1095/2010 oraz dyrektyw 2013/36/UE i (UE) 2019/1937 (Dz.Urz. UE L 150 z 9.06.2023 r., s. 40 ze zm.).

⁷² R. Adamus, P. Horosz, P. Stec, *Komentarz...*, [w:] *Fundacje...*, pkt I.A.14.

Nie kwestionując prawa fundacji rodzinnej do nabywania metali inwestycyjnych, należy uznać, że tego typu działalność tylko w ograniczonym zakresie będzie mogła być kwalifikowana jako „dozwolona” działalność gospodarcza, o której mowa w art. 5 u.f.r. Za taką działalność gospodarczą można uznać nabywanie jednostek uczestnictwa w funduszach ETF (*Exchange-Traded Funds*), które można postrzegać jako przystępowanie do funduszy inwestycyjnych, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 3 u.f.r. Trzeba wskazać, że sam fundusz ETF nie jest papierem wartościowym, ale już jednostki uczestnictwa w funduszach ETF spełniają warunki uznania ich za papiery wartościowe. Podobieństwo funduszy ETF do papierów wartościowych (np. akcji) przejawia się w tym, że ich certyfikaty inwestycyjne są notowane w taki sam sposób na giełdzie, a zatem podobnie jak akcje można je kupować i sprzedawać w każdej sesji; natomiast wycena jednostek ETF na giełdzie odbywa się na bieżąco i charakteryzuje wysoką płynnością⁷³. Nabywanie metali inwestycyjnych w formie fizycznego kruszcu nie mieści się w działalności gospodarczej, o której mowa w art. 5 u.f.r.; tego typu działalność należy raczej kwalifikować w kategoriach zarządzania mieniem.

2.2.5. Działalność pożyczkowa fundacji rodzinnych

Fundacja rodzinna może w ramach prowadzonej działalności gospodarczej udzielać pożyczek:

- „a) spółkom kapitałowym, w których fundacja rodzinna posiada udziały lub akcje,
b) spółkom osobowym, w których fundacja rodzinna uczestniczy jako wspólnik,
c) beneficjentom” (art. 5 ust. 1 pkt 5 u.f.r.).

Krąg podmiotów, którym fundacja rodzinna może udzielać pożyczek, został ograniczony do spółek kapitałowych, w których posiada udziały albo akcje, spółek osobowych, w których uczestniczy jako wspólnik, oraz beneficjentów. Rozwiązanie takie daje możliwość dokapitalizowania podmiotów, w których fundacja rodzinna posiada udziały w ramach finansowania wewnętrznego. Fundacja rodzinna „będzie mogła spełniać funkcję podmiotu holdingowego, zasilając swoje spółki nie tylko kapitałem wnoszonym jako wkłady, ale także w postaci kapitału zwrotnego”⁷⁴. Rozwiązanie takie może stanowić alternatywę dla holdingów faktycznych i prawnych. Za pomocą fundacji rodzinnej „będzie można prowadzić działalność inwestycyjną i dokonywać optymalnego transferu środków finansowych, umożliwiających rozwój spółek w ramach struktury rodzinnego biznesu oraz wzrost ich zdolności inwestycyjnych”⁷⁵.

W art. 5 ust. 1 pkt 5 u.f.r. nie określono minimalnych progów dotyczących posiadania udziałów czy akcji w spółce przez fundację rodzinną, a zatem jeśli fundacja

⁷³ Należy wyjaśnić, że pojęcia ETF i akcji nie są tożsame. Jednostki uczestnictwa, tj. certyfikaty inwestycyjne funduszy ETF, są notowane na giełdzie dokładnie tak samo jak akcje, jednakże nimi nie są; fundusz ETF nie emituje akcji, ale certyfikaty notowane na parkiecie giełdowym.

⁷⁴ A. Pardej, *Prowadzenie...*, [w:] *Fundacje...*, s. 47.

⁷⁵ A. Pardej, *Prowadzenie...*, [w:] *Fundacje...*, s. 47.

będzie posiadała co najmniej jeden udział, czy też jedną akcję w spółce, będzie mogła prowadzić działalność gospodarczą w zakresie udzielania pożyczek tej spółce⁷⁶.

Umowa pożyczki może być zarówno odpłatna (zapłata wynagrodzenia, w szczególności w postaci odsetek kapitałowych – art. 359 k.c.), jak i nieodpłatna. Artykuł 5 ust. 1 pkt 5 u.f.r. nie wskazuje, na jakich zasadach fundacja rodzinna może udzielać pożyczek, co oznacza, że decyzja w tym zakresie będzie należała do fundacji rodzinnej. Z jednej strony – z uwagi na cel powołania fundacji rodzinnej – należałoby opowiedzieć się za tym, że pożyczki te powinny być udzielane za wynagrodzeniem; a z drugiej strony – z uwagi na zakreślony krąg podmiotów w tym przepisie – nie można wykluczyć, że fundacja będzie udzielała pożyczek nieodpłatnie. W przypadku udzielania przez fundację rodzinną pożyczek nieodpłatnie trzeba uznać, że nie będzie to prowadzenie działalności gospodarczej, ale czynności mieszczące się w pojęciu „zarządu mieniem”.

Fundacja rodzinna może „udzielać pożyczek również tym spółkom, w których udziały lub akcje posiada jedynie powierniczo (fiducjarnie). Użyty przez ustawodawcę zwrot «posiada» oznacza, że fundacja rodzinna może być jedynie użytkownikiem lub zastawnikiem (zastawnikiem rejestrowym) udziałów lub akcji w spółce – pożyczkobiorcy. Nie stoi na przeszkodzie udzieleniu pożyczki okoliczność, że udziały lub akcje fundacji rodzinnej są obciążone użytkowaniem lub zastawem (zastawem rejestrowym) na rzecz innej osoby. Opisany w komentowanym przepisie związek pomiędzy spółką a fundacją rodzinną powinien istnieć przynajmniej w dacie zawarcia umowy pożyczki⁷⁷. Mając na względzie zamknięty krąg podmiotów w tym przepisie, należy uznać, że fundacja rodzinna nie może udzielać pożyczek innym podmiotom, albowiem nie prowadzi ona działalności pożyczkowej na rynku, która jest działalnością regulowaną⁷⁸. Mając na względzie treść art. 5 ust. 1 pkt 3 u.f.r., warto wskazać, że fundacja rodzinna może posiadać udziały lub akcje w instytucjach pożyczkowych, bankach lub innych podobnych instytucjach udzielających pożyczek na rynku.

Fundacja rodzinna może udzielać pożyczek zarówno spółkom, w których bezpośrednio posiada udziały czy akcje, jak i spółkom, w których posiada udziały czy akcje pośrednio⁷⁹. W tym drugim przypadku fundacja rodzinna posiada w spółce udziały lub akcje za pośrednictwem innego podmiotu lub większej liczby podmiotów, a zatem sprawuje kontrolę nad spółką, będącą na wyższym poziomie struktury korporacyjnej.

W literaturze pojawiły się wątpliwości co do tego, czy zakres działalności, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 5 u.f.r., obejmuje również spółki kapitałowe i osobowe mające

⁷⁶ W. Kotowski, A. Turska-Tomczykowska, *Komentarz...*, [w:] *Fundacja...*, pkt 8.1.

⁷⁷ R. Adamus, P. Horosz, P. Stec, *Komentarz...*, [w:] *Fundacje...*, pkt I.A.10.

⁷⁸ Nadzór nad działalnością instytucji pożyczkowych sprawuje od 1.01.2024 r. Komisja Nadzoru Finansowego; zob. art. 59df ustawy z 12.05.2011 r. o kredycie konsumenckim (tekst jedn.: Dz.U. z 2024 r. poz. 1497), który został dodany na mocy art. 7 pkt 13 ustawy z 6.10.2022 r. o zmianie ustaw w celu przeciwdziałania lichwie (Dz.U. z 2022 r. poz. 2339 ze zm.) i wszedł w życie z dniem 1.01.2024 r. na podstawie art. 14 pkt 2 ustawy nowelizującej.

⁷⁹ Zob. R. Adamus, P. Horosz, P. Stec, *Komentarz...*, [w:] *Fundacje...*, pkt I.A.10.

siedzibę za granicą. Z jednej strony można bowiem wskazać, że „ustawa o fundacji rodzinnej nie wprowadza wprost zakazu udzielania pożyczek takim spółkom (co pozwałoby sądzić, zgodnie z wykładnią literalną, że jest to dopuszczalne; taką interpretację wspiera również interpretacja celowościowa [...]), a z drugiej strony – regulacja dotycząca uczestnictwa w spółkach mówi wprost o uczestnictwie w spółkach «mających siedzibę w kraju albo za granicą» – takiego sformułowania brak w regulacji dotyczącej działalności pożyczkowej – co mogłoby być odczytane jako sugestia interpretacyjna, iż zakres dozwolonej działalności (a w związku z tym – również zwolnienie z opodatkowania) ogranicza się do polskich spółek kapitałowych oraz osobowych (bowiem one, bez wątplenia, odpowiadają definicji «spółki» – *vide* treść art. 1 § 2 oraz art. 4 § 1 KSH)”⁸⁰. Należy zgodzić się ze stanowiskiem, że art. 5 ust. 1 pkt 5 u.f.r. dopuszcza możliwość udzielania pożyczek również spółkom mającym siedzibę za granicą⁸¹.

W praktyce powstały także wątpliwości, czy działalność gospodarcza, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 5 u.f.r. dotyczy tylko pierwotnego udzielania pożyczek, czy również kontynuowania umów pożyczek zawartych wcześniej, których wierzytelności pożyczkowe zostały następnie wniesione do fundacji rodzinnej. W interpretacji z 29.12.2023 r.⁸² uznano, że zakresem dozwolonej działalności gospodarczej fundacji rodzinnej objęte są tylko pożyczki udzielone pierwotnie przez fundację. Według organu podatkowego realizacja już istniejących pożyczek w drodze przejęcia wierzytelności nie jest równoznaczna z ich udzieleniem, a tym samym taka działalność nie podlega zwolnieniu z podatku dochodowego od osób prawnych. Powyższe stanowisko nie spotkało się z aprobatą, albowiem przyjęta interpretacja regulacji przez organ podatkowy stanowi nieuprawnione zawężenie jej znaczenia. Należy bowiem zwrócić uwagę na to, że art. 5 ust. 1 pkt 5 u.f.r. stanowi o prowadzeniu działalności gospodarczej „w zakresie udzielania pożyczek”, a nie polegającej na udzielaniu pożyczek. Działalność gospodarcza „w zakresie udzielania pożyczek” obejmuje „wszelkie działania związane z działalnością pożyczkową, w tym obsługę i kontynuowanie pożyczek, udzielonych przez inny podmiot (fundatora), który następnie przeniósł wierzytelność pożyczkową do fundacji rodzinnej”⁸³. Fundacja rodzinna nie może używać swojego mienia dla zabezpieczenia rzeczowego cudzych zobowiązań⁸⁴.

2.2.6. Działalność gospodarcza związana z obrotem zagranicznymi środkami płatniczymi

Fundacja rodzinna może prowadzić działalność gospodarczą w zakresie obrotu zagranicznymi środkami płatniczymi należącymi do fundacji w celu dokonywania płatności związanych z działalnością fundacji rodzinnej (art. 5 ust. 1 pkt 6 u.f.r.). Zagraniczne środki płatnicze to waluty obce i dewizy (art. 2 ust. 1 pkt 9 ustawy – Prawo

⁸⁰ M. Guzek, *Zakres...*, [w:] *Fundacja...*, s. 62.

⁸¹ W. Kotowski, A. Turska-Tomczykowska, *Komentarz...*, [w:] *Fundacja...*, pkt 8.1.

⁸² Zob. pismo z 29.12.2023 r. sporządzone przez dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej, 0111-KDIB1-2.4010.317.2023.2.DP, *Legalis*.

⁸³ M. Guzek, *Zakres...*, [w:] *Fundacja...*, s. 62.

⁸⁴ R. Adamus, P. Horosz, P. Stec, *Komentarz...*, [w:] *Fundacje...*, pkt I.A.7.

dewizowe⁸⁵). Walutami obcymi są „znaki pieniężne (banknoty i monety) będące poza krajem prawnym środkiem płatniczym, a także wycofane z obiegu, lecz podlegające wymianie; na równi z walutami obcymi traktuje się wymienne rozrachunkowe jednostki pieniężne stosowane w rozliczeniach międzynarodowych, w szczególności jednostkę rozrachunkową Międzynarodowego Funduszu Walutowego (SDR)” (art. 2 ust. 1 pkt 10 pr. dewiz.). Dewizami „są papiery wartościowe i inne dokumenty pełniące funkcję środka płatniczego, wystawione w walutach obcych” (art. 2 ust. 1 pkt 12 pr. dewiz.). W szczególności do środków płatniczych należy zaliczyć weksle i czeki wystawione w walutach obcych.

Aby można było mówić o działalności gospodarczej, niezbędne jest, aby spełniała ona kryteria art. 3 pr. przeds. Artykuł 5 ust. 1 pkt 6 u.f.r. dopuszcza działalność gospodarczą w zakresie obrotu zagranicznymi środkami płatniczymi, które należą do fundacji rodzinnej, o ile w ramach tego obrotu są dokonywane płatności związane z działalnością tejże fundacji. Przepis ten nie precyzuje, o jaką działalność chodzi, a zatem wydaje się, że mowa tu o wszelkiej działalności fundacji rodzinnej, która może być bardzo różnorodna. Pojęcia „działalności fundacji rodzinnej” nie należy utożsamiać z działalnością gospodarczą fundacji rodzinnej. W analizowanym przepisie – jak się wydaje – chodzi o działalność gospodarczą w zakresie kupna i sprzedaży zagranicznych środków płatniczych, ale już nie o pośrednictwo w ich kupnie i sprzedaży. Działalność kantorowa jest bowiem regulowaną działalnością gospodarczą, a poza tym obejmuje ona wszystkie wartości dewizowe, tzn. także złoto dewizowe i platynę dewizową. Obrót dokonywany w innych celach niż wskazane w przepisie nie będzie podlegał art. 5 ust. 1 pkt 6 u.f.r., a w konsekwencji nie będzie korzystał z preferencji podatkowych.

2.2.7. Działalność gospodarcza fundacji rodzinnej związana z prowadzeniem gospodarstwa rolnego

Fundacja rodzinna może wykonywać działalność gospodarczą w zakresie produkcji przetworzonych – w sposób inny niż przemysłowy – produktów roślinnych i zwierzęcych, 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. Działalność ta może być wykonywana przez fundację rodzinną wyłącznie w związku z prowadzonym przez nią gospodarstwem rolnym. Należy jednak podkreślić, że do ww. działalności produkcyjnej fundacja nie może używać przetworzonych produktów roślinnych i zwierzęcych uzyskanych w ramach prowadzonych działów specjalnych produkcji rolnej⁸⁶ oraz produktów opodatkowanych podatkiem akcyzowym.

⁸⁵ Ustawa z 27.07.2002 r. – Prawo dewizowe (tekst jedn.: Dz.U. z 2024 r. poz. 1131 ze zm.) – dalej pr. dewiz.

⁸⁶ Zgodnie z art. 2 ust. 3 ustawy z 26.07.1991 r o podatku dochodowym od osób fizycznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2024 r. poz. 226 ze zm.) „Działami specjalnymi produkcji rolnej są: uprawy w szklarniach i ogrzewanych tunelach foliowych, uprawy grzybów i ich grzybni, uprawy roślin «in vitro», fermowa hodowla i chów drobiu rzeźnego i nieśnego, wylęgarnie drobiu, hodowla i chów zwierząt futerkowych i laboratoryjnych, hodowla dżdżownic, hodowla entomofagów, hodowla jedwabników, prowadzenie pasiek oraz hodowla i chów innych zwierząt poza gospodarstwem rolnym”.

Treść art. 5 ust. 1 pkt 7 u.f.r. prowadzi do wniosku, że fundacja rodzinna prowadzi działalność rolniczą w rozumieniu art. 2 pkt 3 ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego⁸⁷, który stanowi, że przez „prowadzenie działalności rolniczej” należy rozumieć „prowadzenie działalności wytwórczej w rolnictwie w zakresie produkcji roślinnej lub zwierzęcej, w tym produkcji ogrodniczej, sadowniczej i rybnej”⁸⁸.

Przepis ten ogranicza prowadzenie działalności rolniczej do działalności wytwórczej. Działalność polegająca na przetwórstwie produktów roślinnych i zwierzęcych pochodzących z własnej uprawy, hodowli lub chowu (np. kiszenie kapusty czy robienie serów, dżemów) i sprzedaży powstałych w ten sposób towarów nie może być zaliczona jako prowadzenie działalności rolniczej w rozumieniu art. 2 pkt 3 u.k.u.r. Należy zgodzić się ze stanowiskiem, że działalność wytwórcza w rolnictwie jest działalnością gospodarczą w rozumieniu ustawy – Prawo przedsiębiorców⁸⁹. Fundacja rodzinna może wykonywać działalność wytwórczą, o ile wiąże się ona z prowadzeniem gospodarstwa rolnego (art. 5 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 5 ust. 2 u.f.r.). Mając na względzie całokształt unormowania art. 5 ust. 1 i 2 u.f.r., należy uznać, że gospodarstwo rolne występuje w tym przepisie w znaczeniu nadanym przez art. 55³ k.c. Zgodnie z tym przepisem „Za gospodarstwo rolne uważa się grunty rolne wraz z gruntami leśnymi, budynkami lub ich częściami, urządzeniami i inwentarzem, jeżeli stanowią lub mogą stanowić zorganizowaną całość gospodarczą, oraz prawami związanymi z prowadzeniem gospodarstwa rolnego”. Z przytoczonej definicji wynika, że gospodarstwo rolne jest ujęte jako zespół składników materialnych i niematerialnych, które stanowią lub potencjalnie mogą stanowić całość służącą prowadzeniu działalności wytwórczej w rolnictwie.

Ponadto fundacja rodzinna może prowadzić działalność gospodarczą w zakresie gospodarki leśnej, o ile jest ona wykonywana w związku z prowadzeniem gospodarstwa rolnego (art. 5 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 5 ust. 2 u.f.r.). Pojęcie „gospodarki leśnej” zostało zdefiniowane w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o lasach⁹⁰, zgodnie z którym oznacza ono „działalność leśną w zakresie zarządzania, ochrony i zagospodarowania lasu, utrzymania i powiększania zasobów i upraw leśnych, gospodarowania zwierzęcą, pozyskiwania – z wyjątkiem skupu – drewna, żywicy, choinek, karpiny, kory, igliwia, zwierzyny oraz płodów runa leśnego, a także sprzedaż tych produktów oraz realizację pozaprodukcyjnych funkcji lasu”.

⁸⁷ Ustawa z 11.04.2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2024 r. poz. 423) – dalej u.k.u.r.

⁸⁸ Za dopuszczeniem działalności rolniczej w ramach działalności fundacji rodzinnej przemawia zarówno proces legislacyjny, jak i logika konstrukcji przepisu art. 5 u.f.r. „pozwalającego na prowadzenie działalności wytwórczej w rolnictwie, jak również wyłączenie z opodatkowania podatkiem dochodowym działalności rolniczej” (J. Bieluk, *Możliwość...*, s. 91 i n.).

⁸⁹ Zob. J. Bieluk, *Możliwość...*, s. 86; uchwała NSA w Warszawie w składzie 7 sędziów z 2.04.2007 r., II OPS 1/07, ONSAiWSA 2007/3, poz. 62; wyrok NSA z 29.08.2007 r., II OSK 1618/06, LEX nr 364703; wyrok SN z 17.02.2021 r., I NSNc 152/20, OSP 2022/9, poz. 72.

⁹⁰ Ustawa z 28.09.1991 r. o lasach (tekst jedn.: Dz.U. z 2024 r. poz. 530 ze zm.).

3. Czy fundacja rodzinna może prowadzić działalność gospodarczą wykraczającą poza katalog zawarty w art. 5 u.f.r.?

W związku ze sformułowaniem zawartym w art. 5 u.f.r. „fundacja rodzinna może wykonywać działalność gospodarczą (...) tylko w zakresie”⁹¹ zarysowały się dwa stanowiska: pierwsze, zgodnie z którym ustawodawca wprowadził ograniczenie czy całkowity zakaz prowadzenia działalności pozakatalogowej; drugie, zgodnie z którym fundacja może prowadzić nieograniczoną przedmiotowo działalność gospodarczą z tym zastrzeżeniem, że wówczas poniesie konsekwencje podatkowe⁹².

Przedstawiciele pierwszego stanowiska podnoszą, że działalność gospodarcza, którą może wykonywać fundacja rodzinna, objęta jest tzw. *numerus clausus* (zamkniętą listą) działalności gospodarczej. Według nich zamknięta lista rodzajów aktywności gospodarczej fundacji rodzinnej ma na celu ograniczenie ryzyka gospodarczego w celu ochrony majątku rodzinnego. Podkreślają oni, że prowadzona przez nią działalność gospodarcza powinna odbywać się zgodnie z zasadą *business judgement rule*, a zatem należy ją oceniać przez pryzmat ryzyka prawnego i ekonomicznego – z jednej strony majątek fundacji nie powinien być wykorzystywany do działalności gospodarczej „wysokiego ryzyka”, a z drugiej strony niezbędne jest podejmowanie działalności, aby zachować wartość majątku, co ma szczególne znaczenie w dobie inflacji⁹³. Wskazuje się, że w przypadku dokonania czynności prawnej wykraczającej poza katalog działalności gospodarczej, o której mowa w art. 5 ust. 1 u.f.r., członkowie organów fundacji mogą zostać pociągnięci do odpowiedzialności, w szczególności odpowiedzialności cywilnej, porządkowej czy karnej, a działalność taka może być przyczyną rozwiązania fundacji rodzinnej⁹⁴.

Zwolennicy drugiego stanowiska podnoszą: „Mimo że u.f.r. limituje zakres działalności gospodarczej, który może być prowadzony przez fundację rodzinną, to jednak ograniczenie to należy rozumieć w ten tylko sposób, że prowadzenie działalności gospodarczej w pozostałym zakresie (tj. w zakresie innym niż wynika z art. 5 ust. 1 u.f.r.) sankcjonowane jest podwyższonym podatkiem dochodowym (wg stawki 25% podstawy opodatkowania). Uprawnione jest zatem twierdzenie, że

⁹¹ Użyte w art. 5 u.f.r. wyrażenie „tylko w zakresie” jest źródłem wątpliwości, które – jak się wydaje – można interpretować w płaszczyźnie prawa podatkowego podobnie jak użyte w art. 7 ust. 1 pkt 5 ustawy z 12.01.1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r. poz. 70 ze zm.) słowo „wyłączenie”. Według NSA nie budzi najmniejszych wątpliwości, że użycie przez ustawodawcę partykuły „wyłączenie” oznacza odniesienie komunikowanego w zdaniu stwierdzenia do tych obiektów i rzeczy, które są w tym zdaniu wymienione. Warunkiem zwolnienia podatkowego, o którym mowa w art. 7 ust. 1 pkt 5 ww. ustawy, jest zatem to, aby grunty, budynki lub ich części były zajęte wyłącznie na potrzeby prowadzenia przez stowarzyszenia statutowej działalności wśród dzieci i młodzieży. Wykorzystanie natomiast tych nieruchomości (lub ich części) dla innych podmiotów (np. osób dorosłych, osób prawnych) oznacza, że nie zostaną spełnione warunki zwolnienia (zob. wyrok NSA z 6.10.2021 r., III FSK 252/21, LEX nr 3251812).

⁹² Zob. K. Rożko, N. Jadwiszczak-Niedbałka, *Fundacja...*, s. 40 i n.; J. Bieluk, *Możliwość...*, s. 83; R. Adamus, P. Horosz, P. Stec, *Komentarz...*, [w:] *Fundacje...*, pkt I.A.5; W. Kotowski, A. Turska-Tomczykowska, *Komentarz...*, [w:] *Fundacja...*, pkt 3.1; P. Blajer, *Fundacja rodzinna w praktyce. Pytania i odpowiedzi*, Warszawa 2024, s. 50; M. Bandzmer-Karuc, *Aspekty...*, s. 25.

⁹³ R. Adamus, P. Horosz, P. Stec, *Komentarz...*, [w:] *Fundacje...*, pkt I.A.4.

⁹⁴ R. Adamus, P. Horosz, P. Stec, *Komentarz...*, [w:] *Fundacje...*, pkt I.A.5.

fundacja rodzinna, będąc osobą prawną, może prowadzić działalność gospodarczą (zawodową) w dowolnym zakresie, niesprzecznym z przepisami powszechnie obowiązującymi, natomiast ze zwolnienia z podatku dochodowego od osób prawnych korzysta jedynie w odniesieniu do działalności prowadzonej w zakresie określonym w art. 5 ust. 1 u.f.r.⁹⁵.

Wykładnia art. 5 u.f.r., dokonywana w związku z art. 24r ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych⁹⁶ prowadzi do wniosku, że fundacja rodzinna co do zasady będzie mogła wykonywać każdą dozwoloną prawnie działalność gospodarczą w rozumieniu art. 3 pr. przeds., a wskazany w art. 5 u.f.r. katalog działalności ma wyłącznie wymiar podatkowy. Należy zgodzić się ze stanowiskiem, że jedyną sankcją za prowadzenie działalności gospodarczej w szerszym zakresie, niż wskazuje art. 5 u.f.r., jest brak możliwości skorzystania z preferencji podatkowych i jednocześnie wyższe opodatkowanie fundacji oraz obowiązek bieżącego rozliczenia zobowiązań podatkowych z tego tytułu. Za taką interpretacją przemawia także to, że ustawodawca nie przewidział sankcji nieważności czynności prawnej dokonanej poza katalogiem ani mechanizmu przymusowego rozwiązania fundacji rodzinnej⁹⁷.

4. Wnioski końcowe

Przeprowadzona analiza upoważnia do sformułowania wniosków, które być może przyczynią się do usunięcia niektórych wątpliwości interpretacyjnych, mogących powstać w praktyce przy stosowaniu art. 5 u.f.r.

Po pierwsze, mając na względzie literalne brzmienie art. 5 ust. 1 pkt 1 u.f.r., który stanowi, że fundacja rodzinna może prowadzić działalność gospodarczą w zakresie zbywania mienia, o ile mienie to nie zostało nabyte wyłącznie w celu dalszego zbycia, należy uznać, że fundacja rodzinna nie może prowadzić działalności handlowej. Nie każde zbycie mienia będzie stanowiło prowadzenie działalności gospodarczej; jednostkowe czy incydentalne dokonywanie czynności w zakresie zbywania należy raczej kwalifikować w ramach zarządu mieniem fundacji rodzinnej. Z uwagi na trudności, które mogą powstać w praktyce, wydaje się, że zasadnym postulatem *de lege ferenda* jest przyjęcie w ustawie o fundacji rodzinnej fikcji prawnej pozwalającej na uznanie, że dane mienie nie zostało nabyte wyłącznie w celu dalszego zbycia, jeśli fundacja rodzinna była jego właścicielem przez określony czas i pobierała z niego pożytki.

Po drugie, fundacja rodzinna może prowadzić działalność gospodarczą w zakresie najmu, dzierżawy lub udostępniania mienia do korzystania na innej podstawie (art. 5 ust. 1 pkt 2 u.f.r.). Mając na względzie to, że wyrażenie „udostępnianie mienia

⁹⁵ N. Frosztega, B. Krokos, *Upadłość fundacji rodzinnej. Zagadnienia wybrane*, „Doradca Restrukturyzacyjny” 2024/1, s. 67–80.

⁹⁶ Ustawa z 15.02.1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r. poz. 2805 ze zm.) – dalej u.p.d.o.p.

⁹⁷ K. Rożko, N. Jadwiszczak-Niedbałka, *Fundacja...*, s. 40 i n.; D. Leszczyk, *Komentarz...*, [w:] *Ustawa...*, nb 11.

do korzystania na innej podstawie” jest pojęciem niezdefiniowanym, a jednocześnie dosyć pojemnym, należy uznać, że fundacja rodzinna może udostępniać mienie do korzystania m.in. na podstawie umowy timesharingu, a w odniesieniu do dóbr niematerialnych – umowy licencji czy też umowy franchisingu.

Po trzecie, fundacja rodzinna może wykonywać działalność gospodarczą w myśl art. 3 pr. przeds. w zakresie „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” (art. 5 ust. 1 pkt 3 u.f.r.). Pojęcia „przystępowania” i „uczestnictwa” użyte w analizowanym przepisie należy rozumieć szeroko, tzn. jako przystąpienie do istniejącego już podmiotu poprzez nabywanie udziałów, akcji, certyfikatów inwestycyjnych od osób trzecich (w ramach obrotu wtórnego) oraz jako nabycie udziałów w nowo utworzonym podmiocie (w ramach obrotu pierwotnego). Fundacja rodzinna w ramach działalności gospodarczej, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 3 u.f.r., może przystępować i uczestniczyć w podmiotach podobnych do spółek prawa handlowego, a zatem takich, które są podatnikami podatku dochodowego od osób prawnych. Do katalogu podmiotów podobnych nie można zaliczyć spółki cywilnej ani zagranicznej spółki transparentnej. Bierne uczestnictwo w spółkach prawa handlowego co do zasady nie jest kwalifikowane jako działalność gospodarcza, jednakże z uwagi na to, że art. 5 ust. 1 pkt 3 u.f.r. stanowi wprost o prowadzeniu działalności gospodarczej, należy uznać, że definicja zawarta w art. 3 pr. przeds. została rozszerzona na potrzeby ustawy o fundacji rodzinnej.

Po czwarte, fundacja rodzinna może wykonywać działalność gospodarczą w zakresie nabywania i zbywania papierów wartościowych, instrumentów pochodnych i praw o podobnym charakterze (art. 5 ust. 1 pkt 4 u.f.r.). Może ona nabywać zarówno krajowe, jak i zagraniczne papiery wartościowe oraz instrumenty pochodne, o ile zostały wyemitowane na podstawie obowiązujących w danej jurysdykcji regulacji. W szczególności papiery udziałowe wyemitowane przez zagraniczną spółkę transparentną, które mogą być przedmiotem publicznego obrotu zgodnie z właściwym prawem, są papierami wartościowymi w rozumieniu art. 3 pkt 1 u.o.i.f., a zatem mogą być przedmiotem działalności gospodarczej, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 4 u.f.r. Nabywanie jednostek uczestnictwa w funduszach ETF na metale inwestycyjne, co można postrzegać jako przystępowanie do funduszy inwestycyjnych, także będzie mieściło się w wyżej wskazanej działalności gospodarczej. Z kolei obrót metalami inwestycyjnymi w formie fizycznego kruszcu czy obrót walutą wirtualną wykraczają poza zakres działalności gospodarczej określonej w art. 5 ust. 1 pkt 4 u.f.r. Nabywanie i zbywanie papierów wartościowych może odbywać się na rynku giełdowym oraz poza obrotem zorganizowanym.

Po piąte, fundacja rodzinna może prowadzić działalność gospodarczą w zakresie udzielania pożyczek, z tym że działalność ta jest ograniczona do spółek kapitałowych, w których fundacja rodzinna bezpośrednio lub pośrednio posiada udziały albo akcje, spółek osobowych, w których uczestniczy jako wspólnik, oraz beneficjentów (art. 5

ust. 1 pkt 5 u.f.r.). Użyte w tym przepisie sformułowanie – działalność gospodarcza „w zakresie udzielania pożyczek” – obejmuje wszelkie działania związane z działalnością pożyczkową, a zatem także obsługę i kontynuowanie pożyczek, udzielonych przez inny podmiot (fundatora), który następnie przeniósł wierzytelność pożyczkową do fundacji rodzinnej. Fundacja rodzinna może udzielać pożyczek także spółkom mającym siedzibę za granicą.

Po szóste, fundacja rodzinna może prowadzić działalność gospodarczą w zakresie obrotu zagranicznymi środkami płatniczymi należącymi do fundacji w celu dokonywania płatności związanych z działalnością fundacji rodzinnej (art. 5 ust. 1 pkt 6 u.f.r.). Zagranicznymi środkami płatniczymi są waluty obce i dewizy (art. 2 ust. 1 pkt 9 pr. dewiz.). Artykuł 5 ust. 1 pkt 6 u.f.r. dopuszcza działalność gospodarczą w zakresie obrotu zagranicznymi środkami płatniczymi, które należą do fundacji rodzinnej, o ile w ramach tego obrotu są dokonywane płatności związane z działalnością tejże fundacji. Przepis ten nie precyzuje, o jaką działalność chodzi, a zatem wydaje się, że jest tu mowa o wszelkiej działalności fundacji rodzinnej, przy czym tej działalności nie należy utożsamiać z działalnością gospodarczą fundacji rodzinnej. Sformułowanie zawarte w analizowanym przepisie (fundacja prowadzi działalność gospodarczą w zakresie „obrotu zagranicznymi środkami płatniczymi”) – jak się wydaje – należy rozumieć jako działalność gospodarczą fundacji rodzinnej w zakresie kupna i sprzedaży zagranicznych środków płatniczych, z tym że należy wyłączyć pośrednictwo w ich kupnie i sprzedaży, albowiem działalność kantorowa jest regulowaną działalnością gospodarczą, a ponadto obejmuje wszystkie wartości dewizowe, tzn. obejmuje także złoto dewizowe i platynę dewizową.

Po siódme, fundacja rodzinna może wykonywać działalność gospodarczą w zakresie „produkcji przetworzonych w sposób inny niż przemysłowy produktów roślinnych i zwierzęcych (...), 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” (art. 5 ust. 1 pkt 7 u.f.r.). Działalność ta może być wykonywana przez fundację rodzinną wyłącznie w związku z prowadzonym przez nią gospodarstwem rolnym. Ponadto fundacja rodzinna do ww. działalności produkcyjnej nie może używać przetworzonych produktów roślinnych i zwierzęcych uzyskanych w ramach prowadzonych działów specjalnych produkcji rolnej oraz produktów opodatkowanych podatkiem akcyzowym. Fundacja rodzinna może prowadzić także działalność gospodarczą w zakresie gospodarki leśnej, o ile jest ona wykonywana w związku z prowadzeniem gospodarstwa rolnego (art. 5 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 5 ust. 2 u.f.r.).

Po ósme, na podstawie wykładni art. 5 u.f.r. w zw. z art. 24r ust. 1 u.p.d.o.p. należy uznać, że fundacja rodzinna co do zasady będzie mogła wykonywać każdą dozwoloną prawnie działalność gospodarczą w rozumieniu art. 3 pr. przeds., a prowadzenie przez fundację rodzinną działalności gospodarczej w szerszym wymiarze, niż wskazuje art. 5 u.f.r., będzie skutkowało jedynie tym, że będzie ona musiała zapłacić podwyższony podatek dochodowy.

Bibliografia

1. Adamus R., Horosz P., Stec P., *Komentarz do art. 5*, [w:] *Fundacje rodzinne. Komentarz*, red. R. Adamus, P. Stec, Legalis/el. 2024.
2. Bandzmer-Karuc M., *Aspekty prawnopodatkowe polskich fundacji rodzinnych na tle innych ustawodawstw*, *Monitor Podatkowy* 2024, nr 1.
3. Bieluk J., *Możliwość zastosowania instytucji fundacji rodzinnej w rolnictwie*, *Przegląd Prawa Rolnego* 2023, nr 1(32), <https://doi.org/10.14746/ppr.2023.32.1.5>.
4. Bieniak M., *Fundacja rodzinna – organizacja i funkcjonowanie*, *Palestra* 2023, nr 3.
5. Blajer P., *Fundacja rodzinna w praktyce. Pytania i odpowiedzi*, Warszawa 2024.
6. Etel M., *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim i prawie Unii Europejskiej oraz w orzecznictwie sądowym*, Warszawa 2012.
7. Frosztęga N., Krokos B., *Upadłość fundacji rodzinnej. Zagadnienia wybrane*, *Doradca Restrukturyzacyjny* 2024, nr 1.
8. Gniewek E., *O niedopuszczalności zapisu windykacyjnego przedmiotów majątku wspólnego małżonków*, *Rejent* 2012, nr 1.
9. Górecki J., Matusik G., *Komentarz do art. 659*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. serii K. Osajda, red. tomu W. Borysiak, Legalis/el. 2024.
10. Grochowski M., Kocot W., Krajewski M., Rott-Pietrzyk E., [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5b, *Prawo umów handlowych*, red. M. Stec, Legalis/el. 2020.
11. Guzek M., *Zakres dopuszczalnej działalności fundacji rodzinnej*, [w:] M. Guzek, M. Lejman, M. Paszczela, M. Stefaniak, *Fundacja rodzinna. Komentarz do przepisów podatkowych*, Warszawa 2024.
12. Komierzyńska-Orlińska E., *Komentarz do art. 3*, [w:] L. Bielecki, J. Gola, K. Horubski, K. Kokocińska, A. Żywicka, *Konstytucja biznesu. Komentarz do ustawy – Prawo przedsiębiorców*, LEX/el. 2019.
13. Kotowski W., Turska-Tomczykowska A., *Komentarz do art. 5*, [w:] *Fundacja rodzinna. Aspekty prawne i podatkowe. Komentarz*, red. P. Tomczykowski, Legalis/el. 2023.
14. Krysik A., *Komentarz do art. 5 ustawy o fundacji rodzinnej*, [w:] *Ustawa o fundacji rodzinnej*, Legalis/el. 2023.
15. Kuźmicka-Sulikowska J., *Komentarz do art. 44*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis/el. 2023.
16. Leszczyk D., *Komentarz do art. 5*, [w:] *Ustawa o fundacji rodzinnej. Komentarz*, red. P. Grabowski, D. Leszczyk, Legalis/el. 2023.
17. Lubeńczuk G., *Komentarz do art. 3 ustawy – Prawo przedsiębiorców*, [w:] M. Zdyb, G. Lubeńczuk, A. Wołoszyn-Cichocka, *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, Legalis/el. 2019.
18. Pardej A., *Prowadzenie przez fundację rodzinną działalności gospodarczej*, [w:] *Fundacje rodzinne. Aspekty prawne i podatkowe*, red. A. Mariański, Łódź 2023.
19. Pazdan M., *Komentarz do art. 709¹*, [w:] *Kodeks cywilny*, t. 2, *Komentarz. Art. 450–1088*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2015.
20. Pyziak-Szafnicka M., [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, red. M. Safjan, Warszawa 2007.

21. Rodzynkiewicz M., Sarkowicz J., *Komentarz do art. 45a, [w:] Ustawa o funduszach inwestycyjnych i zarządzaniu alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi. Komentarz*, red. serii K. Osajda, red. tomu J. Dybiński, Legalis/el. 2023.
22. Rożko K., Jadwiszczak-Niedbałka N., *Fundacja rodzinna. Komentarz praktyczny*, Gdańsk 2023.
23. Sieradzka M., *Zakres przedmiotowy i podmiotowy ustawy z 6.3.2018 r. – prawo przedsiębiorców*, Monitor Prawniczy 2018, nr 13 (dodatek), Legalis/el. 2018.
24. Skowrońska-Bocian E., *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga czwarta. Spadki*, Warszawa 2011.
25. Szyjewska-Bagińska J., *Komentarz do art. 67, [w:] Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. E. Ferenc-Szydełko, Legalis/el. 2023.
26. Świrgoń-Skok R., *Komentarz do art. 44, [w:] Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Legalis/el. 2024.
27. Turłukowski J., *Zapis windykacyjny. Komentarz*, Warszawa 2011.
28. Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1999.