

Kajetan Górny

Uniwersytet Zielonogórski

ORCID 0000-0002-1215-2840

uniwersytet@adwokat-gorny.pl

Fundacja jako alternatywna forma ochrony inwestycji w odnawialne źródła energii (OZE)

Słowa kluczowe: fundacja, odnawialne źródła energii (OZE), działalność gospodarcza

Streszczenie. W artykule przedstawiono możliwość wykorzystania fundacji jako formy prawnej, która chroniłaby inwestycje w odnawialne źródła energii (OZE). Fundacja została przedstawiona jako model alternatywny wobec najczęściej spotykanej formy ochrony inwestycji, tj. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. W opracowaniu starano się przedstawić najważniejsze korzyści i zagrożenia związane z utworzeniem fundacji dla celów związanych z odnawialnymi źródłami energii. Skupiono się także nad oceną związaną z możliwością prowadzenia działalności gospodarczej związanej z OZE w kontekście celów statutowych fundacji.

The Foundation as an alternative form of protection for investments in renewable energy sources

Keywords: foundation, renewable energy sources (RES), business activity

Summary. The article presents the possibility of using a foundation as a legal form that would protect investments in renewable energy sources (RES). The foundation was presented as an alternative model to the most common form of investment protection, i.e. a limited liability company. The study tried to present the most important benefits and risks associated with the establishment of a foundation for purposes related to renewable energy sources. The assessment of the possibility of conducting business activity related to RES in the context of the statutory objectives of a foundation was also focused.

Wprowadzenie

Podmioty podejmujące decyzję o inwestycji w odnawialne źródła energii¹ mają wiele możliwości wyboru formy prawnej, za pomocą której będą ją realizowały. Wśród typowych form, które są najczęściej wybierane przez inwestorów, jest działalność prowadzona za pośrednictwem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością czy też spółki akcyjnej. Z reguły właśnie te formy prawne są wybierane², ponieważ

¹ Zwane dalej OZE.

² Jakkolwiek inwestorzy mogą również rozważać inwestycję za pośrednictwem tzw. prostej spółki akcyjnej, to jednak chociażby ze względu na nowość tej regulacji wśród dotychczasowych regulacji KSH ta forma prawna na razie nie jest wybierana przez inwestorów.

ograniczają one odpowiedzialność za długi związane z inwestycją. Odpowiedzialność jest ograniczona głównie do majątku zgromadzonego w spółce kapitałowej³. Poza tym kapitał zakładowy potrzebny do zarejestrowania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wynosi obecnie 5 000 zł⁴, a spółki akcyjnej 100 000 zł⁵. Te wymogi nie stanowią istotnego zagrożenia lub ryzyka. Podmioty inwestujące w OZE mają też możliwość wyboru innych form działalności, które przewidziano wśród regulacji KSH. Jednak z reguły wielkość zaangażowanych środków, jak również fakt, że w przypadku spółek osobowych co najmniej jeden ze współników ponosi tzw. subsydiarną odpowiedzialność za długi spółki, prowadzi do tego, że pozostałe rodzaje spółek są zdecydowanie rzadziej wybierane.

Przedmiotem analizy jest alternatywna forma, którą można rozważyć w kontekście ochrony inwestycji w OZE, a mianowicie fundacja⁶. W tym kontekście wybór fundacji jako alternatywnej formy miałby na celu ochronę inwestora przed potencjalnymi roszczeniami osób trzecich związanymi z działaniem OZE. W Polsce zarejestrowanych jest 41 595 fundacji, z czego obecnie aż 16 796 spośród nich prowadzi dodatkowo działalność gospodarczą⁷. W artykule wskazano na najistotniejsze korzyści i ryzyka związane z wyborem tej formy prawnej w celu ochrony inwestycji w OZE. Pod koniec podjęto też próbę wskazania najważniejszych różnic pomiędzy inwestycją w OZE za pośrednictwem tej formy prawnej, a inwestycją za pośrednictwem typowych spółek kapitałowych. Ze względu na obszerność zagadnień związanych z kwestiami podatkowymi ta tematyka została w opracowaniu pominięta. Pominięta została też najnowsza forma prawna fundacji, a mianowicie tzw. fundacja rodzinna⁸. W doktrynie wskazuje się bowiem, że fundacja rodzinna nie może wykonywać działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o działalności gospodarczej, poza wyjątkiem tych obszarów, które zostały określone w ustawie o fundacjach rodzinnych⁹. Jest więc ona postrzegana bardziej jako forma

³ Zgodnie z informacjami podanymi przez Ministerstwo Sprawiedliwości na podstawie danych przekazanych przez Krajowy Rejestr Sądowy – Rejestr przedsiębiorców w Polsce zarejestrowanych było 631 602 spółek z ograniczoną odpowiedzialnością oraz 8786 spółek akcyjnych, <https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/SprawozdaniaKRS> [data dostępu: 21.11.2025].

⁴ *Vide* art. 154 § 1 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, Dz.U. z 2000 r. Nr 94, poz. 1037 ze zm., dalej jako: KSH.

⁵ *Vide* art. 308 § 1 KSH.

⁶ Z kolei tę formę działalności wyznaczają przepisy ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r., t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 2167 ze zm. – zwana dalej ustawą o fundacji publicznej.

⁷ Dane podano na podstawie informacji opublikowanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości, uzyskanych od Krajowego Rejestru Sądowego – Rejestr przedsiębiorców: w Polsce zarejestrowanych było 631 602 spółek z ograniczoną odpowiedzialnością oraz 8786 spółek akcyjnych, <https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/SprawozdaniaKRS> [data dostępu: 21.11.2025].

⁸ Podstawy jej funkcjonowania zostały określone w przepisach ustawy z dnia 26 stycznia 2023 r. o fundacji rodzinnej, Dz.U. z 2023 r. poz. 326 ze zm. – zwana dalej ustawą o fundacji rodzinnej.

⁹ P. Stec, *Fundacje rodzinne. Komentarz*, red. R. Adamus, P. Stec, Warszawa 2024, s. 68.

ochrony już zgromadzonego przez fundatora kapitału, a nie forma ochrony prawnej prowadzonej w sposób aktywny działalności, a w szczególności działalności gospodarczej¹⁰.

1. Fundacja – dopuszczalność wykorzystania w celu ochrony inwestycji w OZE

W piśmiennictwie podaje się, że fundacja, jako forma prawna, nie stanowi jednolitej grupy prawnej. Wskazuje się bowiem¹¹, że decydującym powinien być cel, któremu ma służyć fundacja. Zasadniczo fundacje publiczne powołane są dla realizacji celów publicznych, a fundacje prywatne do celów prywatnych¹². Przy czym celu fundacji nie można też utożsamiać z trybem powołania fundacji. Opierając się na tym ostatnim kryterium, wyodrębnia się fundacje prawa publicznego, które zostały utworzone w drodze ustaw lub innych aktów prawotwórczych, oraz fundacje prawa prywatnego, które utworzono w drodze prywatnoprawnych oświadczeń woli fundatora¹³. Same fundacje publiczne kojarzone są w Polsce silnie z instytucją prawa prywatnego z racji obowiązujących regulacji prawnych w zakresie ich tworzenia¹⁴.

Samo słowo „fundacja” wywodzi się od łacińskiego czasownika *fundare*, który oznacza ‘dawanie początku czemuś, stwarzanie czegoś czy też konstruowanie podwalin tudzież fundamentów czegoś’¹⁵. Ustawa o fundacjach nie zawiera legalnej definicji pojęcia „fundacja”¹⁶. Zgodnie z art. 1 ustawy o fundacji publicznej ta forma prawna może zostać ustanowiona dla realizacji celów społecznie lub gospodarczo użytecznych, takich jak między innymi rozwój gospodarki czy też ochrona środowiska. W myśl art. 2 ustawy o fundacji mogą ją ustanowić zarówno osoby fizyczne, jak i osoby prawne. Brak zdolności fundatora do czynności prawnych uniemożliwia mu ustanowienie fundacji¹⁷. Z kolei obywatelstwo oraz siedziba podmiotu

¹⁰ Aczkolwiek w doktrynie wskazuje się, że dozwolony zakres działalności gospodarczej prowadzonej przez fundację rodzinną jest stosunkowo szeroki – bliżej w tym zakresie: A. Pardej, *Fundacje rodzinne. Aspekty prawne i podatkowe*, red. A. Mariański, Warszawa 2023, s. 133 i nast.

¹¹ Aczkolwiek nie ma jednomyślności w zakresie zaproponowanego podziału. W piśmiennictwie wskazuje się przykładowo, że jako fundacje publiczne należy rozumieć te fundacje, których fundatorem jest Skarb Państwa, a fundacje prawa publicznego to fundacje, które działają na podstawie szczególnych regulacji prawa publicznego. Pozostałe zaś fundacje to tzw. fundacje prywatne – szerzej: J. Jagielski, *Fundacja jako podmiot administrujący*, [w:] *Prawne i ekonomiczne uwarunkowania funkcjonowania fundacji*, red. P. Litwiniuk, A. Milewska, M. Wasilewski, Warszawa 2019, s. 95-96.

¹² J. Blicharz, *Ustawa o fundacjach, Komentarz*, Wrocław 2002, s. 25.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ I. Zachariasz, *Fundacje prawa publicznego*, [w:] *Prawne i ekonomiczne uwarunkowania...*, s. 132.

¹⁵ J. Dominowska, *Prowadzenie działalności gospodarczej przez fundacje*, Warszawa 2017, s. 19.

¹⁶ P. Staszczuk, *Ustawa o fundacjach. Komentarz praktyczny*, Warszawa 2015, s. 14.

¹⁷ D. Bugajna-Sporczyk, E. Dzbeńska, I. Janson, M. Sztekier-Łabuszewski, *Fundacje i stowarzyszenia. Prawo i praktyka*, Warszawa 2005, s. 23.

powołującego fundację publiczną są prawnie irrelewantne. Do składników majątku zalicza się pieniądze, papiery wartościowe, a także oddane fundacji na własność rzeczy ruchome i nieruchomości. Fundacja ma także osobowość prawną, o czym stanowi art. 7 ust. 2 wspomianej ustawy. W konsekwencji, mając na uwadze przytoczone regulacje prawne, należy przyjąć, że dopuszczalne jest wykorzystanie fundacji jako jednej z form ochrony inwestycji w OZE. Ma bowiem ona osobowość prawną i może zostać wyposażona w majątek w postaci rzeczy ruchomych oraz nieruchomości. Brak jest więc przeszkód prawnych, aby OZE zostały wniesione bądź przekazane fundacji w celu prowadzenia przez nią działalności. Fakt, że fundator może mieć miejsc zamieszkania lub siedzibę za granicą, czyni tę formę ochrony inwestycji w OZE równie interesującą dla inwestorów zarówno z Polski, jak i zagranicy.

2. Najważniejsze korzyści oraz ryzyka i zagrożenia związane z wykorzystaniem fundacji w celu ochrony inwestycji w OZE

Poniżej w pierwszej kolejności zostały omówione najistotniejsze korzyści związane z wyborem fundacji jako formy ochrony inwestycji w OZE. W dalszej części opracowania przedstawiono z kolei istotne ryzyka i zagrożenia związane z jej wyborem.

2.1. Najistotniejsze korzyści: osobowość prawna

Niewątpliwie istotną korzyścią związaną z wyborem formy prawnej fundacji jest jej osobowość prawna, którą uzyskuje z momentem wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego, a traci z momentem wykreślenia¹⁸. Wpis ma charakter konstytutywny¹⁹. Jakkolwiek w przepisach dotyczących fundacji publicznej nie określono, czy za zobowiązania fundacji odpowiedzialność ponoszą osoby trzecie, to jednak ze względu na fakt posiadania przez nią osobowości prawnej należy przyjąć, że za jej zobowiązania odpowiedzialność ponosi tylko i wyłącznie fundacja. W rezultacie konsekwencją uzyskania osobowości prawnej jest wyłączenie odpowiedzialności fundatora za zobowiązania fundacji. To sama fundacja ponosi odpowiedzialność całym swoim majątkiem za jej zobowiązania²⁰. Podmioty inwestujące w OZE za pośrednictwem tej formy prawnej nie muszą się obawiać, że w przypadku nie-trafionej inwestycji za powstałe zobowiązania odpowiedzialność będą ponosiły podmioty, które ją ustanowiły.

¹⁸ H. Cioch, *Prawo fundacyjne*, Warszawa 2011, wyd. 2, s. 78.

¹⁹ G. Gura, *Ustawa o fundacjach. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 36.

²⁰ A. Kidyba, [w:] *Ustawa o fundacjach. Komentarz*, red. H. Cioch, A. Kidyba, Warszawa 2010, s. 188.

2.2. Najistotniejsze korzyści: kapitał

Innym pozytywnym aspektem jest niski kapitał konieczny do utworzenia fundacji. W myśl art. 5 ust. 5 ustawy o fundacji, w przypadku gdy prowadzi ona działalność gospodarczą, wartość środków majątkowych przeznaczonych na tę działalność nie może być niższa niż 1 000 zł. Należy przy tym zaznaczyć, że o ile fundacja nie będzie prowadziła działalności gospodarczej, o tyle posiadanie majątku w wysokości 1 000 zł nie jest nawet konieczne. Jakkolwiek w regulacjach dotyczących fundacji wskazano, że składnikami majątkowymi przeznaczonymi na realizację celu fundacji mogą być pieniądze, papiery wartościowe i oddane fundacji na własność rzeczy ruchome i nieruchomości, to powszechnie przyjmuje się, że jest to wyliczenie przykładowe. Dopuszczalne jest więc przekazanie fundacji wszelkich składników majątkowych, które mają określoną wartość majątkową, stanowią własność fundatora, są zbywalne lub możliwe do ustanowienia²¹. Równocześnie przyjmuje się, że bez majątku fundacja nie może istnieć²². Tak więc powinna ona zostać wyposażona w jakikolwiek majątek, nawet jeżeli jego wartość na początku lub w trakcie funkcjonowania fundacji nie będzie wysoka. W rezultacie niski próg kapitału niezbędnego do utworzenia fundacji ułatwia też ochronę podmiotu inwestującego w OZE przed roszczeniami osób trzecich, które dotyczą działalności OZE.

2.3. Najistotniejsze korzyści: swoboda w zakresie ustalania treści statutu fundacji

Kolejną korzyścią związaną z wyborem tej formy prawnej ochrony inwestycji w OZE jest duża swoboda w zakresie sposobu i zakresu jej działania. W świetle regulacji prawnych fundacja działa, opierając się na przepisach prawa i statucie. Zakres regulacji w statucie, jak i poprzedzającym go akcie fundacyjnym, jest wprawdzie większy niż w przypadku spółek kapitałowych, nie jest on jednak dowolny. W literaturze pozytywnie akcentuje się, że ustawodawca celowo i świadomie nie unormował wielu kwestii w ustawie, stwarzając tym samym możliwość uregulowania różnych kwestii w statucie²³. W konsekwencji fundator ma dużą swobodę w kształtowaniu sposobu funkcjonowania fundacji publicznej, ponieważ w ustawie nie wprowadzono żadnych ograniczeń formalnych w tym zakresie²⁴. Poczynając od liczby i kompetencji jej organów, a kończąc na działaniach²⁵, które powinna ona

²¹ P. Suski, *Stowarzyszenia i fundacje*, Warszawa 2011, wyd. 4, LexisNexis, s. 390.

²² A. Ogonowski, A. Gibalska, *Fundacje Stowarzyszenia. Zasady funkcjonowania i opodatkowania*, Kraków 2009, s. 12.

²³ H. Cioch, *op. cit.*, s. 70.

²⁴ J. Blicharz, *Ustawa o fundacjach. Komentarz*, Wrocław 2002, s. 30.

²⁵ Jednakże form działania nie należy mylić z celami działalności fundacji, ponieważ w zakresie celów fundacji Ustawodawca narzucił pewne ograniczenia działalności, o czym mowa dalej.

podejmować. Tak więc przykładowo wszystko, co zostanie uregulowane w statucie fundacji w zakresie jej reprezentacji, będzie równocześnie kształtowało zasady reprezentacji fundacji wobec osób trzecich²⁶. Jakkolwiek w literaturze zwraca się uwagę na pewne problemy związane ze zmianą celu fundacji, który pierwotnie został wskazany przez jej założyciela, to nie wywołuje wątpliwości sama dopuszczalność zmiany celu fundacji. Potencjalnym problemem jest bardziej analiza warunków, które uzasadniają zmianę celu fundacji i zakres dopuszczalnych zmian²⁷. Fundator może więc uchwalić w statucie ograniczenia prawne w zakresie funkcjonowania fundacji, których nie przewidują albo nawet nie dopuszczają regulacje prawne dotyczące innych form ochrony inwestycji w OZE. O ile w statucie przewidziano możliwość prowadzenia przez fundację działalności gospodarczej i jest ona faktycznie przez nią prowadzona, o tyle w tym przypadku fundacja może nawet powołać prokurenta²⁸. Przy czym większa swoboda w formułowaniu treści statutu nie oznacza, że jest ona dowolna. Fundację w przeciwieństwie do spółek należy zaliczyć do podmiotów, w odniesieniu do których cel i ich kierunek działalności zostały z góry określony przez ich założyciela²⁹. Jednak swoboda kształtowania treści statutu i zasadniczy brak ograniczeń prawnych w tym zakresie należy zaliczyć do pozytywnych aspektów wyboru tej formy ochrony inwestycji.

2.4. Najistotniejsze korzyści: uproszczony proces tworzenia fundacji

Interesujący dla potencjalnego inwestora jest sam proces tworzenia i rejestracji fundacji. Szybkość rejestracji fundacji i ułatwienia w tym zakresie umożliwiają uzyskania szybszej ochrony prawnej dla inwestorów przed roszczeniami osób trzecich, niż w przypadku typowych spółek kapitałowych. Z zasady do utworzenia fundacji wymagany jest akt fundacyjny, którego koszty ustanowienia ze względu na wysokość taksy notarialnej są znikome. Do obligatoryjnej treści aktu fundacyjnego należy wyłącznie określenie celu fundacji i majątku, który został przeznaczony na realizację celu fundacji. Inne elementy oświadczenia fundatora nie są konieczne³⁰. Z kolei statut fundacji może być stworzony w formie pisemnej i w przeciwieństwie do spółek kapitałowych nie jest w tym przypadku wymagana forma aktu notarialnego. Nie powstają więc koszty związane z udziałem notariusza w procesie tworzenia statutu – w przeciwieństwie do spółek kapitałowych. Także

²⁶ S. Kidyba, *Reprezentacja fundacji*, [w:] *Prawne i ekonomiczne uwarunkowania funkcjonowania fundacji*, red. P. Litwiniuk, A. Milewska, M. Wasilewski, Warszawa 2019, s. 118.

²⁷ A. Goldiszewicz, *Znaczenie celu fundacji i dopuszczalność jego zmiany*, [w:] *Prawne i ekonomiczne uwarunkowania...*, s. 69.

²⁸ S. Kidyba, *Reprezentacja fundacji*, s. 123.

²⁹ P. Suski, *op. cit.*, s. 60.

³⁰ H. Cioch, *op. cit.*, s. 55.

późniejsze ewentualne zmiany tego statutu, w zależności od potrzeb fundatora, tudzież zarządu, mogą przebiegać w sposób dużo bardziej odformalizowany, niż przykładowo w odniesieniu do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Sam proces rejestracji fundacji publicznej jest uproszczony³¹, chociażby w stosunku do liczby i zakresu informacji, a także dokumentów koniecznych przy rejestracji spółek handlowych³². To też stanowi o przewadze fundacji jako środka ochrony prawnej inwestycji w OZE w porównaniu ze spółkami kapitałowymi.

2.5. Najistotniejsze ryzyka i zagrożenia: brak możliwości zwrotu wniesionego kapitału

Wybór formy prawnej fundacji, jako formy ochrony inwestycji w OZE, wiąże się jednak również z ryzykami i zagrożeniami. W pierwszej kolejności należy wskazać, że kapitał przeznaczony na inwestycję w OZE, tudzież przekazanie („wniesienie”) inwestycji w OZE do fundacji, prowadzi do trudności z jej „odzyskaniem” w okresie późniejszym. W przeciwieństwie do spółek kapitałowych w przepisach prawa fundacyjnego nie przewidziano regulacji związanych z wypłatą zysków czy też wypłatą/zwrotem innych korzyści. W regulacjach dotyczących fundacji publicznej z zasady nie przewidziano też mechanizmu zwrotu środków wniesionych do fundacji przez fundatora. Są one więc „bezzwrotne”. Z zasady celem fundacji nie jest bowiem osiąganie korzyści finansowych (zysków), lecz spełnianie innych celów, które zostały przez ustawodawcę wskazane.

Jedyną formą „wypłaty” potencjalnego zysku powstałego w wyniku inwestycji w OZE za pośrednictwem fundacji publicznej mogłaby być wyłączenie likwidacja fundacji. Jednak i ta potencjalna możliwość wypłaty zysków poprzez ich zwrot fundatorowi w momencie likwidacji fundacji publicznej jest problematyczna. W świetle art. 5 ust. 4 ustawy o fundacji publicznej sposób przeznaczenia środków majątkowych pozostałych po likwidacji fundacji określa statut. W myśl tego przepisu środki te powinny zostać przeznaczone na cele wskazane w ustawie. Fundator ma w tym zakresie pełną swobodę, co jednak równocześnie nie oznacza, że zlikwidowany majątek może zostać jemu albo jego najbliższemu osobom zwrócony³³. Nie muszą to być też cele realizowane wcześniej przez samą fundację³⁴. Natomiast o ile fundacja nie zrealizowała jeszcze celu, dla którego została ustanowiona bądź też nadal posiada środki finansowe i majątek, o tyle jej rozwiązanie może nastąpić tylko na

³¹ Szerzej na temat rejestracji D. Bugajna-Sporczyk, E. Dzbeńska, I. Janson, M. Sztekier-Łabuszewska, *Fundacje i stowarzyszenia. Prawo i praktyka*, Warszawa 2005, s. 85 i nast.

³² Szerzej w zakresie rejestracji: A. Kidyba, [w:] *Ustawa o fundacjach...*, s. 172 i nast.

³³ H. Cioch, *op. cit.*, s. 131.

³⁴ P. Staszczyk, *op. cit.*, s. 57.

mocy przepisów ustawy³⁵. Podsumowując te spostrzeżenia, należy skonstatować, że wybór formy fundacji w związku z inwestycją w OZE nie będzie korzystny dla tych inwestorów, którzy zamierzają czerpać zyski z inwestycji – innymi słowy prowadzić działalność gospodarczą. W konsekwencji też z tej przyczyny większość inwestorów może nie być zainteresowana tą formą ochrony prawnej inwestycji.

Wyjątkiem w tym zakresie mogą być głównie inne podmioty prowadzące działalność, która nie jest ukierunkowana na generowanie zysku. Będą to w szczególności inne fundacje, stowarzyszenia. W odniesieniu do tych podmiotów opisane powyżej ograniczenie nie odgrywa kluczowej roli, ponieważ z reguły w ich przypadku celem inwestycji w OZE nie jest generowanie zysku, lecz zaspokojenie potrzeb beneficjentów, którymi są z reguły osoby znajdujące się w trudnej sytuacji materialnej. To działanie z reguły nie jest ukierunkowane na generowanie zysku. W konsekwencji wybór fundacji, jako alternatywnej formy ochrony inwestycji dla tego typu jednostek, może nadal okazać się ciekawą alternatywą.

2.6. Najistotniejsze ryzyka i zagrożenia: wąski krąg fundatorów

Pozytywnie należy też ocenić możliwość założenia fundacji publicznej zarówno przez osoby fizyczne, jak i osoby prawne³⁶. Fundatorzy powinni mieć zdolność prawną oraz pełną zdolność do czynności prawnych, a same zakładane fundacje powinny mieć też siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej³⁷. Samo złożenie oświadczenia woli o ustanowieniu fundacji powinno nastąpić w formie aktu notarialnego, za wyjątkiem fundacji ustanowionej w testamentie³⁸. Jest ono zaliczane do jednostronnych oświadczeń woli, które mają na celu wywołanie określonych skutków prawnych. Przy czym złożenie oświadczenia nie tworzy fundacji, a jest jednym z kilku elementów potrzebnych do jej ustanowienia³⁹. Uprawnienia fundatora są uprawnieniami osobistymi i niezbywalnymi⁴⁰.

Niestety jednak, jakkolwiek nie wynika to *expresis verbis* z brzmienia przepisów ustawy o fundacjach publicznych, to z treści obecnie obowiązujących przepisów prawa należy wywieść zakaz tworzenia fundacji publicznych ze środków publicznych. W obecnie obowiązujących przepisach ustawy o finansach publicznych ujęty jest zakaz tworzenia fundacji przez podmioty władzy z środków publicznych. Zakaz

³⁵ P. Daszczuk, *Rozwiązanie, likwidacja i ustanie fundacji*, [w:] *Prawne i ekonomiczne uwarunkowania...*, s. 17.

³⁶ P. Suski, *op. cit.*, s. 367 i nast.; J. Blicharz, *op. cit.*, s. 26-27.

³⁷ H. Cioch, *op. cit.*, s. 58.

³⁸ *Vide art. 3 ust. 1 UoP.*

³⁹ G. Gura, *op. cit.*, s. 12.

⁴⁰ A. Kidyba, *Kilka uwag na temat statusu fundatora po wpisie fundacji do rejestru*, [w:] *Prawne i ekonomiczne uwarunkowania...*, s. 109.

tej treści wynika z brzmienia art. 45⁴¹ ustawy o finansach publicznych⁴². Poza tym przepisy ustawy o fundacjach publicznych nie przewidują możliwości utworzenia fundacji przez podmioty władzy ze środków publicznych⁴³.

W tym kontekście należy równocześnie zauważyć, że dopuszczalne jest wykorzystywanie fundacji publicznych utworzonych przez osoby fizyczne lub osoby prawne w działaniach, które mają na celu realizację zadań publicznych. Innymi słowy o ile gmina, w ramach swoich działań, zamierzałaby zlecić funkcje i zadania z zakresu administracji, przykładowo dostarczenie energii elektrycznej dla lokalnej społeczności, o tyle tego typu zadanie, jako działanie zlecone, byłoby już dopuszczalne⁴⁴. Prowadzi to do wniosku, że fundacja publiczna, jako forma prawna także w przypadku OZE, nie może zostać wykorzystana przez podmioty należące do szeroko rozumianego sektora publicznego. To ogranicza zakres inwestycji w OZE za pośrednictwem fundacji publicznych głównie do podmiotów z sektora prywatnego.

2.7. Najistotniejsze ryzyka i zagrożenia: dopuszczalność prowadzenia działalności gospodarczej w ograniczonym zakresie

W dalszej kolejności ograniczeniem związanym z wyborem tej formy ochrony inwestycji w OZE jest konieczność prowadzenia działalności fundacji, która jest zgodna wyłącznie z celami wskazanymi w ustawie o fundacjach. Niedopuszczalne jest prowadzenie fundacji, której działalność nie jest związana z tymi celami. Jakkolwiek katalog celów został przez ustawodawcę określony w sposób bardzo szeroki, to prowadzenie działalności gospodarczej *per se* nie zostało w nim wymienione. Cel działalności fundacji musi być bowiem społecznie lub gospodarczo użyteczny.

Z kolei działalność gospodarcza może być prowadzona jedynie w takim zakresie, w jakim służy ona realizacji celów fundacji. Oznacza to, że działalność gospodarcza nie może wyczerpywać całości działalności fundacji, a ma mieć jedynie charakter pomocniczy wobec działalności statutowej. Niedopuszczalne jest więc nadanie działalności gospodarczej znaczenia działalności podstawowej fundacji⁴⁵. W orzecznictwie sądowym akcentuje się, że sama działalność gospodarcza powinna być posiłkowa w stosunku do działalności statutowej będącej głównym celem fundacji. Dopiero realizacja celów fundacji i porównanie jej do prowadzonej przez

⁴¹ Art. 45 ustawy o finansach publicznych ma następujące brzmienie: „Ze środków publicznych nie można tworzyć fundacji na podstawie ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach”, Dz.U. z 2003 r. poz. 166.

⁴² P. Iwaszkiewicz, P. Litwiniuk, *Znaczenie i zakres zakazu tworzenia fundacji ze środków publicznych*, [w:] *Prawne i ekonomiczne uwarunkowania...*, s. 79.

⁴³ I. Zachariasz, *Fundacje prawa publicznego*, [w:] *Prawne i ekonomiczne uwarunkowania...*, s. 132.

⁴⁴ W tym kierunku J. Jagielski, *Fundacja jako podmiot administrujący*, [w:] *Prawne i ekonomiczne uwarunkowania...*, s. 99.

⁴⁵ P. Suski, *op. cit.*, s. 414; podobnie J. Dominowska, *op. cit.*, s. 107.

nią działalności gospodarczej umożliwia ocenę, czy rozmiar działalności gospodarczej fundacji nie został przez nią – wbrew przepisom prawa – przekroczony⁴⁶. W konsekwencji dla inwestorów, którzy są zainteresowani wyborem fundacji, powyższe ograniczenie będzie kolejnym argumentem, aby pominąć tę formę ochrony inwestycji. Z reguły bowiem większość inwestycji w OZE czynionych jest w celu generowania przez nie zysku. Przepisy prawa z kolei umożliwiają prowadzenie działalności gospodarczej w sposób uboczny, ale nie jako główny cel istnienia fundacji. Działalność gospodarcza nie może być samoistnym celem funkcjonowania fundacji⁴⁷. Podkreśla się również, że prowadzona działalność gospodarcza ma służyć jedynie pozyskiwaniu środków na działalność statutową⁴⁸. To istotne ograniczenie może zniechęcać prywatnych inwestorów w OZE, których działalność jest z reguły ukierunkowana na zysk.

Podsumowanie

Podsumowując te rozważania, należy stwierdzić, że wybór formy prawnej fundacji jako formy, za pomocą której mogłaby nastąpić ochrona inwestycji w OZE, jest prawnie możliwy. W porównaniu ze spółkami kapitałowymi, które z zasady powinny zostać na początku wyposażone w kapitał w wysokości odpowiednio 5 000 zł albo nawet 100 000 zł, fundacja publiczna jest korzystniejszą formą prawną. Przepisy nie narzucają bowiem wymogu posiadania kapitału/majątku w ogóle. Także potencjalne zmiany dokumentów, na podstawie których działa fundacja, tj. statutu, mogą nastąpić szybciej i są w mniejszym stopniu sformalizowane, niż w przypadku spółek kapitałowych. Podobnie jak w przypadku spółek kapitałowych, także fundacja może prowadzić działalność gospodarczą. Jednak w przeciwieństwie do spółek handlowych w przypadku fundacji ten rodzaj działalności nie może być prowadzony w sposób nieograniczony. Działalność gospodarcza może być prowadzona w rozmiarach służących realizacji celów fundacyjnych. To może być istotną barierą dla osób, które zamierzają wykorzystać OZE jako konkurencyjną formę ochrony wobec spółek handlowych. Zasadniczo fundacja nie może być też wykorzystana, jako forma ochrony inwestycji w OZE, przez jednostki samorządu terytorialnego, ponieważ przepisy ustawy o finansach publicznych tego zabraniają. W przypadku fundacji dużym ograniczeniem jest też możliwość dysponowania nadwyżką (zyskiem) wypracowanym przez fundację w związku z jej działalnością, w tym działalnością gospodarczą. W przeciwieństwie do spółek kapitałowych,

⁴⁶ *Vide* postanowienie SN z 30.11.2000 r., sygn. akt I CKN 886/98, opubl. m.in. LEX nr 45454.

⁴⁷ A. Kidyba, *op. cit.*, s. 129; M. Stoczkiewicz, *Działalność gospodarcza fundacji*, Warszawa 1998, s. 22; J. Strzępka, [w:] B. Sagan, J. Strzępka, *Prawo o fundacjach. Komentarz*, Katowice 1992, s. 39.

⁴⁸ A. Ogonowski, A. Gibalska, *op. cit.*, s. 27.

w których z zasady wypłata zysku nie podlega ograniczeniom, zysk wypracowany w ramach fundacji może zostać przeznaczony jedynie na cele publiczne. W konsekwencji fundator nie może otrzymać zwrotu uprzednio zainwestowanych środków finansowych.

Reasumując, należy stwierdzić, że wykorzystanie fundacji jako środka ochrony prawnej w przypadku inwestycji w OZE jest prawnie dopuszczalne. Jednak ze względu na brak możliwości wykorzystania nadwyżki/zysku powstałego w związku z inwestycją w OZE forma prawna fundacji nie będzie z reguły wybierana przez podmioty prywatne. Z kolei jednostki samorządu terytorialnego, tudzież inne jednostki budżetowe albo Skarb Państwa, raczej nie będą wykorzystywały tej formy ochrony prawnej, skoro istnieją wskazane powyżej zakazy prawne w zakresie ich zakładania z środków publicznych⁴⁹. Wspomniany przepis jest kategoriyczny i ma następujące brzmienie: „Ze środków publicznych nie można tworzyć fundacji na podstawie ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach”⁵⁰. W rezultacie ta forma prawna raczej nie będzie w przyszłości ogrywała poważnej roli w odniesieniu do ochrony inwestycji w OZE przed roszczeniami, które osoby trzecie mogą zgłosić w związku z działalnością OZE.

Literatura

- Blicharz J., *Ustawa o fundacjach. Komentarz*, Wrocław 2002.
- Błońska M., Chałat A., Grzywaczewska-Łuczowska M., Konarski M., Mariański A., Pardej A., Rodak B., Rozenberg K., Tomaszewski D., *Fundacje rodzinne. Aspekty prawne i podatkowe*, red. A. Mariański, Warszawa 2023.
- Bugajna-Sporczyk D., Dzbeńska E., Janson I., Sztekier-Łabuszewska M., *Fundacje i stowarzyszenia. Prawo i praktyka*, Warszawa 2005.
- Cioch H., *Prawo fundacyjne*, wyd. 2, Warszawa 2011.
- Dominowska J., *Prowadzenie działalności gospodarczej przez fundacje*, Warszawa 2017.
- Daszczuk P., *Rozwiązanie, likwidacja i ustanie fundacji*, [w:] *Prawne i ekonomiczne uwarunkowania funkcjonowania fundacji*, red. P. Litwiniuk, A. Milewska, M. Wasilewski, Warszawa 2019.
- Fundacje rodzinne. Komentarz*, red. R. Adamus, P. Stec, Warszawa 2024.
- Goldiszewicz A., *Znaczenie celu fundacji i dopuszczalność jego zmiany*, [w:] *Prawne i ekonomiczne uwarunkowania funkcjonowania fundacji*, red. P. Litwiniuk, A. Milewska, M. Wasilewski, Warszawa 2019.
- Gura G., *Ustawa o fundacjach. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Iwaszkiewicz P., Litwiniuk P., *Znaczenie i zakres zakazu tworzenia fundacji ze środków publicznych*, [w:] *Prawne i ekonomiczne uwarunkowania funkcjonowania fundacji*, red. P. Litwiniuk, A. Milewska, M. Wasilewski, Warszawa 2019.

⁴⁹ Na ograniczony zakres wykorzystania formy prawnej fundacji do wykonywania zadań publicznych w ogólności wskazuje również J. Jagielski, *Fundacja jako podmiot administrujący*, [w:] *Prawne i ekonomiczne uwarunkowania...*, s. 103.

⁵⁰ Art. 45 ustawy o finansach publicznych ma następujące brzmienie: „Ze środków publicznych nie można tworzyć fundacji na podstawie ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach (Dz.U. z 2003 r., poz. 166)”.

- Jagielski J., *Fundacja jako podmiot administrujący*, [w:] *Prawne i ekonomiczne uwarunkowania funkcjonowania fundacji*, red. P. Litwiniuk, A. Milewska, M. Wasilewski, Warszawa 2019.
- Kidyba A., *Kilka uwag na temat statusu fundatora po wpisie fundacji do rejestru*, [w:] *Prawne i ekonomiczne uwarunkowania funkcjonowania fundacji*, red. P. Litwiniuk, A. Milewska, M. Wasilewski, Warszawa 2019.
- Kidyba S., *Reprezentacja fundacji*, [w:] *Prawne i ekonomiczne uwarunkowania funkcjonowania fundacji*, red. P. Litwiniuk, A. Milewska, M. Wasilewski, Warszawa 2019.
- Ogonowski A., Gibalska A., *Fundacje Stowarzyszenia. Zasady funkcjonowania i opodatkowania*, Kraków 2009.
- Sagan B., Strzępka J., *Prawo o fundacjach. Komentarz*, Katowice 1992.
- Stoczkiewicz M., *Działalność gospodarcza fundacji*, Warszawa 1998.
- Staszczuk P., *Ustawa o fundacjach. Komentarz praktyczny*, Warszawa 2015.
- Suski P., *Stowarzyszenia i fundacje*, wyd. 4, Warszawa 2011.
- Ustawa o fundacjach. Komentarz*, red. H. Cioch, A. Kidyba, Warszawa 2010.
- Zachariasz I., *Fundacje prawa publicznego*, [w:] *Prawne i ekonomiczne uwarunkowania funkcjonowania fundacji*, red. P. Litwiniuk, A. Milewska, M. Wasilewski, Warszawa 2019.