

interesu, z racji braku łącznika w postaci umowy koncernowej, musi zostać skonstruowana na innych podstawach<sup>66</sup>.

Powstaje w tym miejscu również pytanie o możliwość częściowego oparcia środków ochrony grup interesów w koncernie o typowe, ustawowe mechanizmy ochrony interesów wspólników mniejszościowych, wierzycieli i kapitału spółki (np. zaskarżenie uchwały wspólników, zakaz zwrotu wpłat kapitału zakładowego). Obowiązujące prawo spółek przewiduje szereg środków służących ochronie zwłaszcza wspólników mniejszościowych, jednakże w sytuacji istnienia trwałej struktury koncernowej, mogą być one niewystarczające z powodu swojego jednorazowego charakteru. Wypada dodać, że omawiane zagadnienie ma wpływ m.in. na ustalenie zakresu przedmiotowego regulacji koncernu, zwłaszcza w państwach niemających regulacji maksymalnej. Innymi słowy, chodzi o odpowiedź na pytanie, czy dany przepis, który ze względu na swój ogólny, ochronny charakter może znaleźć zastosowanie w celu ochrony interesów wspólników mniejszościowych, wierzycieli i kapitału spółki przed zagrożeniami wiążącymi się z pozostawaniem w układzie koncernowym, należy traktować jako część regulacji koncernu.

Na osobne potraktowanie zasługuje kwestia ochrony grup interesów w razie upadłości spółki zależnej<sup>67</sup>. Dotyczy to zarówno doboru środków chroniących podmiot zależny przed powstaniem sytuacji uzasadniającej ogłoszenie upadłości, jak i środków zmierzających do naprawy szkody wynikających z doprowadzenia spółki zależnej do upadłości. Omawiana kwestia wiąże się także z zagadnieniem umiejscowienia przepisów regulujących zagadnienia związane z upadłością spółki zależnej, tj. czy przepisy te umieścić w regulacji koncernu w ramach prawa spółek czy w prawie upadłościowym (por. także pkt 1.1).

<sup>66</sup> Problem osobistej odpowiedzialności spółki dominującej wobec wierzycieli spółki zależnej wiąże się z kontrowersyjną kwestią „legalizacji” instytucji znanej w systemie *common law* jako „piercing the corporate veil”, zaś w prawie kontynentalnym (niemieckim) jako „durchgriffshaftung”. Zagadnienie to ma bogatą literaturę zagraniczną — z opracowań porównawczych zob. zwłaszcza S.K. Miller, *Piercing the Corporate Veil Among Affiliated Companies In the European Community and in the US: A Comparative Analysis of US, German and UK Veil-Piercing Approaches*, „American Business Law Journal” 1998, s. 74 i n.; J.E. Antunes, [przyp. 38], s. 197 i n. Z piśmiennictwa polskiego — zob. zwłaszcza T. Targośz, [przyp. 49], s. 116 i n. Nie jest szerzej znany fakt ustawowego uregulowania tego problemu w szeregu państw Europy Środkowo-Wschodniej (m.in. na Węgrzech, w Słowenii, Bośni i Hercegowinie, Macedonii, Chorwacji i Rosji) — zob. C. Jessel-Holst, [przyp. 37], s. 58.

<sup>67</sup> Zob. szerzej *Corporate...*, [przyp. 4], s. 245 i n.; K.J. Hopt, K. Pistor, [przyp. 13], s. 27, 39.

#### 2.1.4. Sposób ochrony

Problematyka sposobu ochrony poszczególnych grup interesów dotyczy wyboru określonej koncepcji ochrony, tj. czy ma to być ochrona prewencyjna (uprzednia) czy następcza, obligatoryjna (z urzędu) czy fakultatywana (na wniosek), zagrożona sankcją czy oparta na *legis imperfectae*<sup>68</sup>.

Rozwiązania akcentujące ochronę prewencyjną mogą obejmować m.in. zapobieganie włączeniu spółki (zależnej) w skład struktury koncernowej lub zapobieganie naruszeń interesów wspólników mniejszościowych, wierzycieli i samej spółki zależnej już po włączenia jej do takiej struktury. Prewencja może zatem dotyczyć etapu tworzenia koncernu oraz etapu jego funkcjonowania. Z kolei ochrona następcza, obejmuje przypadki, gdy doszło już do naruszenia interesów poszczególnych beneficjentów. W tym sensie ochrona ta powinna przewidywać takie środki ochrony, których celem jest przywrócenie stanu poprzedniego (np. naprawienie już wyrządzonej szkody).

Wszelkie środki ochrony, które są uruchamiane na wniosek, powinny być ukształtowane w sposób umożliwiający podjęcie beneficjentowi swobodnego wyboru co do zastosowania danego środka. Jak się wydaje, zastosowanie danego środka nie może być uzależnione od spełnienia pewnych przesłanek, np. wystąpienia odpowiednio większej liczby wspólników mniejszościowych, itp.

Co do sankcji za naruszenie przepisów regulujących ochronę, jest oczywiste, że nie można uznać za właściwe wprowadzanie ochrony pozbawionej sankcji prawnej. Za pozbawioną sankcji ochronę należy moim zdaniem uznać także ochronę, której realizacja jest formalnie możliwa, ale w praktyce iluzoryczna (np. z powodu konieczności prowadzenia przez beneficjenta kosztownego i długotrwałego procesu sądowego).

#### 2.1.5. Zasięg czasowy

Problem zasięgu czasowego ochrony dotyczy kwestii określenia temporalnych granic obowiązywania ochrony. Wiąże się to pośrednio z zagadnie-

<sup>68</sup> Por. H. Hansmann, R. Kraakmann, w: *Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford 2004, s. 27. W ramach ochrony prewencyjnej („ex ante”) oraz ochrony następczej („ex post”) autorzy odróżniają tzw. strategie prawne (*legal strategies*), które można określić jako metody stosowania przepisów w celu ochrony poszczególnych grup interesu przed niekorzystnymi zachowaniami zarządu. Z literatury polskiej zob. A. Radwan, *Ochrona akcjonariuszy a obowiązki informacyjne zarządu w związku z uchwaleniem i wykorzystaniem kapitału docelowego*, KPP, R. XIV: 2005, z. 1, s. 221 i n.