

W związku z założeniami funkcji organizacyjnej, typowym elementem tego typu regulacji będzie m.in. określenie procedury wydawania poleceń zarządom spółek zależnych, określenie warunków transakcji między spółkami należącymi do koncernu, w tym obejmujących transfer zysków i strat, itp. Niezależnie od tego, do środków ochrony interesów spółki dominującej można także zaliczyć przepisy regulujące kwestie ustrojowe (wewnętrzna organizacja i typy koncernu), proste i jasne zasady odpowiedzialności spółek dominujących i członków ich organów oraz przymusowe wykluczenie (wykup) wspólników mniejszościowych (tzw. *squeeze out*)⁷⁵.

Istotne znaczenie dla omawianej funkcji może mieć dopuszczalność zawierania i kształtowania treści umów koncernowych, a tym samym tworzenia tzw. koncernów umownych⁷⁶. Związany z tym jest postulat wprowadzenia bodźców stymulujących tworzenie tego typu organizacji⁷⁷ oraz ułatwiających ich funkcjonowanie. Należy jednak rozważyć, czy przepisy powinny przyznawać korzyści podatkowe (np. zastosowanie preferencji podatkowych w postaci traktowanie koncernu jakby był jednym podmiotem podatkowym⁷⁸, ustalenie zerowej stawki VAT dla czynności zawieranych przez strony umowy, itp.) tylko koncernom umownym.

W przypadku koncernów faktycznych, należy rozważyć nie tylko ograniczenie odpowiedzialności podmiotów dominujących względem podmiotów zależnych, wspólników mniejszościowych tych podmiotów zależnych oraz ich wierzycieli, ale także ograniczenie odpowiedzialności członków organów podmiotów dominujących.

⁷⁵ Instytucja ta jest obecna w prawie spółek szeregu państw europejskich — zob. *Corporate...*, [przyp. 4], s. 225 i n. W Niemczech została wprowadzona stosunkowo późno — J.J. Sieger, K. Hasselbach, *Der Ausschluss von Minderheitsaktionären nach den neuen §§ 327a ff AktG*, ZGR 2002, z. 1, s. 121 i n.; H. Fleischer, *Das neue Recht des Squeeze out*, ZGR 2002, z. 4/5, s. 757 i n. Regulacja polska od samego początku obowiązywania wzbudziła kontrowersje — zob. m.in. M. Cejmer, [przyp. 55], s. 293 i n. oraz cyt. tam dalsza literatura.

⁷⁶ Por. K.J. Hopt, [przyp. 3], s. 94.

⁷⁷ Brak takich bodźców powoduje, że regulacja prawna staje się martwa. Jak podaje C. Winderlicher, [przyp. 74], s. 271, w Portugalii, która jest często przywoływana jako jeden z nielicznych w Europie krajów, regulujący koncerny umowne, nie zarejestrowano ani jednej umowy koncernowej. Z kolei w Brazylii jest znanych tylko 16 koncernów utworzonych na podstawie umowy. Jak się wydaje, podobna sytuacja występuje w Polsce na gruncie art. 7 k.s.h.

⁷⁸ Por. art. 1a ustawy z dn. 15 II 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. z 1993 r., nr 106, poz. 482 ze zm.). Prawo podatkowe miało istotny wpływ na rozwój regulacji koncernu umownego w Niemczech — zob. m.in. H. Rasch, [przyp. 46], s. 237 i n.; V. Emmerich, J. Sonnenschein, M. Habersack, [przyp. 34], s. 19 i n.

2.3. Funkcja równoważąca

Funkcja ta jest wyrazem postulatu uwzględniania dwóch wyżej wymienionych funkcji: ochronnej i organizacyjnej, równocześnie. Akcentuje interes koncernu jako struktury organizacyjnej, w której, chcąc nie chcąc, uczestniczą różne grupy podmiotów reprezentujących odmienne interesy. Funkcja ta zwraca uwagę na fakt, że powstawanie konfliktów na tle ścierania się poszczególnych interesów w koncernie jest niekorzystne dla wszystkich grup. W tym stanie rzeczy, problem wyboru między funkcją ochronną a organizacyjną zamienia się w problem rozsądnego, sprawiedliwego i uwzględniającego ekonomiczne podłoże konfliktów — wyważenia rozbieżnych interesów.

Prawidłowa regulacja koncernu, z punktu widzenia niniejszej funkcji, wymaga oczywiście wyodrębnienia i zbadania⁷⁹ potencjalnych konfliktów interesów mogących powstać w związku z tworzeniem i funkcjonowaniem koncernu. W moim przekonaniu w tych badaniach należałoby uwzględnić istnienie potencjalnego konfliktu interesów nie tylko między — z jednej strony — spółką zależną i jej wspólnikami mniejszościowymi, wierzycielami i pracownikami, a z drugiej — spółką dominującą, lecz także między wspólnikami mniejszościowymi, wierzycielami i pracownikami w ramach tej samej spółki. Fikcją jest bowiem założenie, że wspólnicy mniejszościowi, wierzyciele i pracownicy danej spółki zależnej stoją „murem” przeciwko spółce dominującej. Wprowadzenie do przyszłej regulacji środków prawnych, które by uwzględniały wszystkie interesy w jednakowy sposób wydaje się być trudnym zadaniem, m.in. z tego powodu, że wzmocnienie ochrony jednej grupy interesów z reguły spowoduje osłabienie ochrony innej grupy.

W najnowszych tendencjach legislacyjnych na obszarze szeroko rozumianego prawa spółek funkcja równoważąca, jak się wydaje, powoli uzyskuje coraz większe znaczenie⁸⁰. Wyrazem tego są m.in. postulaty zgłoszone w ramach prac nad ujednoczeniem regulacji koncernu w ramach UE. Według aktualnych propozycji konflikt interesów w koncernie należy rozwiązać w ten sposób, że spółka dominująca może w ramach jednolitej skoordynowanej polityki dowolnie zarządzać swymi spółkami zależnymi, z zastrzeżeniem, iż ewentualne szkody poniesione przez spółkę w związku

⁷⁹ Punktem wyjścia byłoby oczywiście sformułowanie definicji konfliktu interesów — zob. w tej mierze H. Groszyk, A. Korybski, [przyp. 57], s. 25 i n.

⁸⁰ Por. K.J. Hopt, *Interessenwahrung und Interessenkonflikte im Aktien-, Bank- und Berufsrecht: Zur Dogmatik des modernen Geschäftsbesorgungsrechts*, ZGR 2004, z. 1, s. 2 i n.