

W moim przekonaniu definicja koncernu oparta na rozwiązaniach niemieckich jest optymalna z punktu widzenia ekonomicznej istoty koncernu; ma także tę zaletę, że pozwoli na skorzystanie z dorobku niemieckiej doktryny i orzecznictwa.

Przepisy o uprawnieniach spółki dominującej względem spółek zależnych oraz ochronie tych ostatnich (i ich wspólników, wierzycieli i pracowników) miałyby rzecz jasna zastosowanie tylko w przypadku istnienia koncernu, czyli wówczas, gdy spółka dominująca realizuje jednolite kierownictwo. Natomiast w sytuacji występowania między spółkami samego stosunku zależności, zastosowanie miałyby aktualnie obowiązujące przepisy tworzące tzw. prawo holdingowe (koncernowe) *sensu largo*.

Szczególny problem stanowi moim zdaniem sprawa regulacji koncernów umownych. Uważam, że ze względu na brak występowania tego typu struktur w polskiej praktyce, należy poważnie rozważyć rezygnację z tej regulacji. Regulacja ta powinna być poprzedzona odpowiednimi zmianami prawa podatkowego, w przeciwnym razie pozostanie martwa, podobnie jak w innych państwach, które wzorem Niemiec zdecydowały się na unormowanie umów koncernowych. W przypadku uznania zasadności regulacji takich umów, należałoby rozważyć wprowadzenie przepisów, które jednoznacznie uchylą wątpliwości co do dopuszczalności ich zawierania na gruncie kodeksu spółek handlowych.

3.2.2.2. Zakres władzy podmiotu dominującego

Uważam, że w przypadku istnienia koncernu w wyżej przyjętym rozumieniu, spółka dominująca powinna uzyskać prawo wydawania wiążących poleceń spółkom zależnym oraz prawo dostępu do informacji o działalności tych spółek. Wprowadzenie zakazu lub ograniczenia wydawania poleceń oraz dostępu do informacji stanowiłoby zaprzeczenie ekonomicznej istoty koncernu. Dla celów dowodowych polecenia (przynajmniej te, które wywołują lub mogą wywołać istotne skutki finansowe dla spółki zależnej) powinny mieć formę pisemną.

Należy dopuścić wydawanie spółce zależnej wszelkich poleceń, także tych, które *in casu* są niekorzystne. Traktując koncern jak jedno przedsiębiorstwo (ściśle rzecz biorąc — przedsiębiorstwo wielozakładowe), należy uznać prawo jego zarządcy (podmiotu dominującego) decydowania o sposobie zarządzania. Podmiot dominujący powinien mieć zatem swobodę w kształtowaniu działalności spółki zależnej, nie wyłączając bieżącego prowadzenia spraw. Granicę tego wpływu powinny moim zdaniem stanowić przesłanki odpowiedzialności członków zarządów, przewidziane w kodeksie spółek handlowych (art. 293 i art. 483). Zatem, dopóki spółka

dominująca wykonuje jednolite kierownictwo zgodnie z prawem, umową (statutem) spółki zależnej oraz z należytą starannością, dopóty nie powinny być uruchamiane środki ochrony. Sądzę, że nie ma potrzeby wprowadzenia przepisów, które precyzowałyby — np. na wzór koncepcji Rozenblum — warunki legalności sprawowania jednolitego kierownictwa. Takie warunki powinny zostać ukształtowane przez orzecznictwo i doktrynę. Można jednak rozważyć wprowadzenie ogólnej klauzuli, która nakazywałaby ocenę skutków działalności zarządu podmiotu dominującego na poszczególne spółki zależne przy uwzględnieniu faktu, iż spółki te są elementem struktury koncernowej.

Logiczną konsekwencją przyznania spółce dominującej prawa wydawania poleceń powinno być generalne wyłączenie odpowiedzialności członków organów spółki zależnej za szkody, które powstały w czasie, gdy spółka zależna była częścią koncernu. Odpowiedzialność tę należy przenieść na członków organów spółki dominującej, którzy jednak mogliby zachować możliwość uwolnienia się od odpowiedzialności w razie wykazania, że konkretna szkoda nie jest wynikiem wydania polecenia. Należałoby jednak rozważyć, czy odpowiedzialność członków organów spółki dominującej ma być realizowana w przypadku każdej szkody, za którą w normalnym stanie rzeczy odpowiadałoby członkowie zarządu spółki zależnej na zasadzie art. 293 i 483 k.s.h., czy dopiero wówczas gdy wpływ na spółkę zależną doprowadzi do niewypłacalności spółki zależnej („szkoda kwalifikowana”).

Polecenia wydawane przez spółkę dominującą powinny mieć charakter wiążący, tzn. członkowie zarządu spółki zależnej mają obowiązek wykonać dane polecenie. Nie wydaje się, aby istniała potrzeba szczegółowego regulowania sankcji w przypadku niewykonania polecenia, zważywszy, że główną przyczyną odmowy wykonania poleceń *de lege lata* jest obawa przed odpowiedzialnością, która będzie zniesiona, oraz że spółka dominująca z reguły dysponuje realnym środkiem przymusu w postaci prawa do odwołania członka zarządu spółki zależnej.

3.2.2.3. Ochrona interesów podmiotu zależnego oraz jego wspólników mniejszościowych, wierzycieli i pracowników

Podstawą ochrony wymienionych grup interesów stanowi moim zdaniem jawność tworzenia i działania struktur koncernowych. Nowe obowiązki informacyjne dotyczące jawności powstania i ustania koncernu (jednolitego kierownictwa) mogłyby zostać wprowadzone przez odpowiednią modyfikację dotychczasowych przepisów regulujących jawność powstania i ustania stosunku zależności (art. 6 k.s.h.).

Uważam, że włączenie konkretnej spółki do struktury koncernowej