

Jak się wydaje, stopień szczegółowości regulacji powinien w dużej mierze zależeć od danej kwestii będącej przedmiotem regulacji. Jest oczywiste, że wszelkiego rodzaju definicje ustawowe, zwroty definicyjne, wyjątki itp. powinny być skonstruowane na takim poziomie szczegółowości, aby wyeliminować wszelkie ewentualne niejednoznaczności. Nadto przepisy regulujące określone procedury pełniące funkcje ochronne wobec wspólników, wierzycieli i pracowników spółki zależnej, np. dotyczące wykupu akcjonariuszy mniejszościowych, powinny cechować się większą konkretnością, przede wszystkim w celu ograniczenia ryzyka pokrzywdzenia wymienionych grup interesu związanego z istnieniem „luk prawnych” lub nieostrych sformułowań.

Problem szczegółowości regulacji koncernu należy, rzecz jasna, inaczej postrzegać na gruncie prawa wspólnotowego. Regulacje wspólnotowe ze swej natury cechują się większą ogólnością i założeniem, że poszczególne postanowienia mogą zostać doprecyzowane w krajowych porządkach prawnych. Takie założenie uwzględniają ostatnie propozycje regulacji koncernu na płaszczyźnie wspólnotowej¹⁶.

1.3. Regulacja obligatoryjna czy fakultatywna

Analizowana kwestia dotyczy szerszego zagadnienia autonomii woli i swobody umów w prawie spółek¹⁷. Co do regulacji koncernu można je moim zdaniem sprowadzić do następujących problemów. Po pierwsze, pozostawienia swobody wyboru środków chroniących interesy spółek zależnych,

The Method of Reform of the French Codes of Private Law, „Tulsa Law Review” 1957/1958, z. 32, s. 1 i n.; R. H o u i n, *Reform of the French Civil Code and the Code of Commerce*, „American Journal of Comparative Law” 1955, z. 4, s. 485 i n. O sposobach regulacji koncernu we Francji zob. na tle porównawczym — R. H o u i n, *Les groupes de sociétés en droit français*, w: *Groups...*, [przyp. 14], s. 45 i n.; Y. G u y o n, *The Law of Groups in France*, w: *Groups...*, [przyp. 8], s. 141 i n.; z najnowszej literatury por. P. M e r l e, A. F a u c h o n, *Droit Commercial/Sociétés commerciales*, Paris 2005, nb. 641 i n.

¹⁶ Zob. *Corporate...*, [przyp. 4], s. 258 i n.; Document, „Common Market Law Review” 1999, z. 1, s. 7 i n.; M. L u t t e r, *First Steps for a European Law on Corporate Groups*, „Common Market Law Review” 1999, z. 1, s. 2 i n.; *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, Brussels 2002, s. 99 i n.

¹⁷ J.M. E m b i d I r u j o, [przyp. 8], s. 73. Zagadnienie to jest szeroko dyskutowane w doktrynie amerykańskiej — zob. np. L.A. B e b c h u k, *The Debate on Contractual Freedom in Corporate Law*, „Columbia Law Review” 1989, s. 1395 i n. oraz cyt. tam lit. — natomiast w Europie ma mniejsze znaczenie, z uwagi na inną od amerykańskiej koncepcję spółki. Z literatury polskiej — por. m.in. A. S z u m a ń s k i, *Ograniczona wolność umów w prawie spółek handlowych*, w: *Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej profesora Kazimierza Kruczałaka*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 1999, t. V, s. 411 i n.

wspólników mniejszościowych i wierzycieli tych spółek w drodze decyzji samych zainteresowanych (beneficjentów ochrony). Po drugie, dopuszczalności umieszczenia regulacji w tzw. „kodeksach dobrych praktyk”, określających zasady *corporate governance*¹⁸. Zagadnienie pierwsze wiąże się z odpowiedzią na pytanie, czy prawo winno gwarantować ochronę interesów osobom, które świadomie decydują się na pozostawanie w sytuacji, w której ich interesy są zagrożone. Natomiast drugie — czy zasady *corporate governance* stanowią skuteczne źródło ochrony wyżej wskazanych grup interesu¹⁹.

Tradycyjne regulacje koncernu, zwłaszcza niemiecka, opierają się na zasadzie obligatoryjności stosowania środków ochrony w przypadku powstania koncernu²⁰. Środki te są uruchamiane automatycznie niezależnie od woli uczestników koncernu, tj. zarówno spółki dominującej, jak i spółek zależnych. Pewne wyjątki od tej zasady można odnaleźć w przepisach regulujących koncern umowy, np. art. 305 niemieckiej ustawy o spółce akcyjnej przewiduje możliwość opuszczenia przez wspólnika mniejszościowego spółki zależnej za stosownym odszkodowaniem²¹. Niemniej, jeżeli wspólnik nie skorzysta z tej możliwości, nadal przysługują mu pozostałe środki ochrony. Nowsze regulacje (zob. w tej mierze wzorcową XIII Dyrektywę o ofercie przejęcia)²² pozostają pod wpływem odmiennego spojrzenia na

¹⁸ Szerzej na temat *corporate governance* w ogólnej perspektywie porównawczej zob. m.in. *Europejskie prawo spółek*, t. III: *Corporate governance*, red. M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka, Kraków 2006; A. S z u m a ń s k i, *Zasady nadzoru korporacyjnego OECD (corporate governance)*, PPH 2000, z. 5, s. 1 i n.; M. L u t t e r, *Corporate governance w Niemczech i w Europie*, PPH 2003, z. 4, s. 4 i n.; K.J. H o p t, *Modern Company Law Problems: A European Perspective, Company Law Reform in OECD Countries. A Comparative Outlook of Current Trends*, OECD 2001, s. 6 i n. O zastosowaniu „dobrych praktyk” w koncernie — zob. np. J. G ö t z, *Corporate Governance multinationalaler Konzerne und deutsches Unternehmensrecht*, „Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht” (dalej: ZGR) 2003, z. 1, s. 1 i n.; J. S e m l e r, *Die Rechte und Pflichten des Vorstands einer Holdinggesellschaft im Lichte der Corporate Governance-Diskussion*, ZGR 2004, z. 5, s. 631 i n.

¹⁹ Wątpliwości co do skuteczności „dobrych praktyk” pojawiły się w związku ze znaną sprawą „Enronu” — szerzej zob. np. K.J. H o p t, *Modern Company and Capital Market Problems Improving European Corporate Governance after Enron*, ECGI, „Law Working Paper” 2002, nr 05, s. 1 i n. (www.oecd.org/dataoecd/21/28/1857275.pdf).

²⁰ Tak K.J. H o p t, K. P i s t o r, [przyp. 13], s. 24.

²¹ Szerzej zob. V. E m m e r i c h, M. H a b e r s a c k, *Aktienkonzernrecht. Kommentar zu den §§ 15–22 und 291–328 AktG*, München 1998, s. 219 i n.

²² Z ustawodawstw krajowych, jeszcze przed wejściem w życie XIII Dyrektywy, regulacje wzorowaną na angielskim City Takeover Code posiadały m.in. Francja, Belgia, Włochy, Hiszpania, Portugalia, Irlandia, Szwajcaria i Austria — zob. *Corporate...*, [przyp. 4], s. 218.