

Ostatnie propozycje formułowane na szczeblu międzynarodowym akceptują wersję minimalistyczną regulacji⁴².

Wadą regulacji maksymalnej jest jej nieunikniona szczegółowość i — z reguły — obligatoryjność, a co za tym idzie — mała elastyczność i brak swobody wyboru środków ochrony przez zainteresowanych. Natomiast zaletą — pewność co do prawa, nie tyle w zakresie przysługujących środków ochrony (funkcja ochronna), ile w odniesieniu do granic dopuszczalnych metod zarządzania spółką zależną przez kierownictwo koncernu (funkcja organizacyjna)⁴³.

Wnioski

W świetle powyższych uwag można, jak się wydaje, wyodrębnić dwa niezależne od siebie reżimy prawne koncernu: pierwszy, który można nazwać tradycyjnym — mający podstawę w głównych, ogólnych ustawach regulujących prawo spółek oraz drugi — mieszczący się w ramach prawa o publicznym obrocie papierami wartościowymi (prawo rynku kapitałowego). Ujmując sprawę modelowo, należy stwierdzić, że ten pierwszy bazuje na przepisach szczegółowych, obligatoryjnych, ujmujących koncern statycznie i ma raczej maksymalny charakter, natomiast drugi — na przepisach ogólnych, fakultatywnych, uwzględniających dynamikę zjawiska koncernu oraz sformułowanych w sposób minimalistyczny.

Najnowsze propozycje legislacyjne, zgłaszane zwłaszcza na płaszczyźnie prawa wspólnotowego, wskazują na konieczność bardziej „standaryzacji”, aniżeli „regulacji” zjawiska koncernu i negują potrzebę tworzenia szczegółowych, systematycznych rozwiązań⁴⁴.

2. FUNKCJA REGULACJI

W literaturze przedmiotu odróżnia się dwie główne funkcje regulacji koncernu w prawie spółek: (1) ochronę interesów określonych podmiotów uczestniczących w koncernie (funkcja ochronna) oraz (2) stworzenie ram prawnych dla tworzenia i funkcjonowania koncernu jako legalnej formy organizacyjnej prowadzenia działalności gospodarczej (funkcja organizacyjna)⁴⁵.

⁴² *Corporate...*, [przyp. 4], s. 184.

⁴³ *Corporate...*, [przyp. 4], s. 171, 207.

⁴⁴ *Corporate...*, [przyp. 4], s. 184.

⁴⁵ W literaturze przedmiotu określane jako dwa odmiennie podejścia do funkcji regulacji koncernu — zob. np. J.M. Embid Irujo, [przyp. 8], s. 69, 70 oraz 79 i n.; *Corporate...*,

Funkcja ochronna kładzie nacisk na interes spółki zależnej, wspólników mniejszościowych, wierzycieli i pracowników tej spółki. Natomiast funkcja organizacyjna — akcentuje interes spółki dominującej, a pośrednio — interes koncernu jako całości⁴⁶. W istocie zatem obie funkcje służą ochronie interesów, a różnią się tylko adresatami tej ochrony.

Funkcja ochronna i funkcja organizacyjna stanowią pewną całość, w tym sensie, iż wzajemnie się uzupełniają⁴⁷. W związku z tym zasadne wydaje się wyodrębnienie — na bazie dwóch pierwszych — kolejnej, „połączonej” funkcji, którą można opisać jako: (3) rozwiązywanie konfliktów interesów powstających w związku z tworzeniem i funkcjonowaniem koncernu (funkcja równoważąca)⁴⁸.

Niezależnie od wyżej wymienionych, moim zdaniem należy wskazać inną, nie mniej istotną funkcję regulacji koncernu w prawie spółek: (4) minimalizująca koszty transakcyjne powstające w związku z tworzeniem i funkcjonowaniem koncernu (funkcja transakcyjna), która określa cele regulacji z punktu widzenia założeń tzw. ekonomicznej analizy prawa⁴⁹.

[przyp. 4], s. 171 i n.; K.J. Hopt, [przyp. 3], s. 87; V. Emmerich, J. Sonnenschein, M. Habersack, [przyp. 34], s. 8; V. Emmerich, M. Habersack, [przyp. 21], s. 4 i 282; U. Hüffer, *Aktiengesetz*, München 1999, s. 56; K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, Köln–Berlin–Bonn–München 1991, s. 402; F. Kübler, *Gesellschaftsrecht. Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen. Ein Lehrbuch für Juristen und Wirtschaftswissenschaftler*, Heidelberg 1990, s. 362. Por. także B. Kropff, [przyp. 34], s. 94 i n. Należy dodać, że funkcja ochronna i funkcja organizacyjna uważane są za dwie podstawowe funkcje prawa spółek — zob. zwłaszcza K. Hopt, H. Kanda, E. Rock, R. Kraakman, P. Davies, H. Hansmann, G. Hertig, [przyp. 2], s. 2 i n.

⁴⁶ Według tradycyjnego ujęcia ochrona tych podmiotów była zasadniczym celem regulacji niemieckiej — por. H. Würdinger, *Aktien- und Konzernrecht*, Karlsruhe 1968, s. 254; H. Rasch, *Deutsches Konzernrecht*, Köln–Berlin–Bonn–München 1968, s. 26. Z literatury polskiej — zob. np. A. Susz-Kramarska, *Koncern jako źródło zagrożenia egzystencji spółki zależnej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1997, z. 1, s. 8. W ocenie J.M. Embid Irujo, [przyp. 8], s. 80, funkcja organizacyjna obecnie zdaje się przeważać także w Niemczech, co jednak nie przekłada się w istotny sposób na treść samej regulacji. Istotną rolę w propagowaniu funkcji organizacyjnej w tym kraju odegrali uczeni skupieni wokół M. Luttera (P. Hommelhoff, U.W. Schneider, W. Timm), których działalność określana jest mianem *Lutter-Schule* — szerzej zob. K. Schmidt, [przyp. 45], s. 403.

⁴⁷ Por. J.M. Embid Irujo, [przyp. 8], s. 81.

⁴⁸ O tej funkcji — zob. m.in. E. Wymeersch, [przyp. 5], s. 50 i n.; G. Reiner, *Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung. Eine rechtsvergleichende Studie zum Schutz der Kapitalgesellschaft vor dem Mißbrauch organschaftlicher Leitungsmacht*, München 1995, s. 2 i n.

⁴⁹ Z literatury przedmiotu zob. zwłaszcza *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. I–V, red. B. Bouckaert, G. De Geest, Cheltenham 2000 wraz z wyczerpującymi danymi bibliograficznymi. Z uboższego jeszcze piśmiennictwa polskiego — zob. m.in.