

W związku z tym, iż powyższe wyliczenie funkcji, podobnie jak katalog metod (zob. wyżej, pkt 1), zostało oparte na różnych i niejednorodnych kryteriach, nie jest ono klasyfikacją, lecz typologią.

Niektóre z wymienionych wyżej funkcji (celów) są z reguły świadomie zakładane przez ustawodawcę (dotyczy to zwłaszcza funkcji ochronnej i organizacyjnej). Natomiast inne funkcje z reguły nie są, a powinny być brane pod uwagę przy tworzeniu regulacji koncernu (zwłaszcza funkcja transakcyjna). Te ostatnie funkcje mają zatem charakter dyrektywalny.

2.1. Funkcja ochronna

Funkcja ochronna, jak już wskazano, polega na zapewnieniu przez regulację ochrony interesów określonych podmiotów, w szczególności spółek zależnych, ich wspólników, pracowników i kontrahentów przed szkodliwym wpływem spółki dominującej. Za jej uzasadnienie może posłużyć poczyniona na początku lat 80. XX w., ale nadal aktualna ogólna konstatacja Herberta Wiedemanna: „Prawo spółek opiera się na założeniu, że w spółce handlowej istnieje wewnętrzna równowaga między wspólnikami i w związku z tym zarządzanie spółką nastawione jest na zaspokojenie i ochronę jej interesów. Przy takim założeniu, równoczesnej, pośredniej ochronie podlegają interesy wierzycieli spółki i pracowników. Istnienie tej korporacyjnej harmonii jest jednak zabezpieczone tylko do czasu, gdy jeden lub kilku wspólników obejmuje większość udziałów. Od tego momentu powstaje ryzyko wykorzystywania przez większościowego wspólnika swoich wpływów kosztem innych grup interesu (wierzycieli, pracowników i wspólników mniejszościowych). To niebezpieczeństwo jest tym większe, im więcej taki wspólnik posiada udziałów, oraz istotnie wzrasta, gdy większościowy wspólnik prowadzi działalność gospodarczą poza spółką, a zwłaszcza gdy sam jest spółką handlową. W tym ostatnim przypadku powstaje obawa, iż spółka (zależna) będzie służyła interesom wspólnika większościowego (spółki dominującej)”⁵⁰. Interesy wspólnika większościowego w spółce włączonej do koncernu mogą być zaspokajane (nadużywane) w różnej formie, np. przez przerzucanie kosztów na spółkę, narzucanie nieuzasadnionych opłat za usługi i towary,

R.T. Stroiński, *Ekonomiczna analiza prawa, czyli w poszukiwaniu efektywności*, KPP, R. XI: 2002, z. 3, s. 549 i n.; R.T. Stroiński, *O kosztach transakcyjnych i potrzebie analizy ekonomicznej w prawie handlowym*, PPH 2004, z. 6, s. 36 i n.; R.T. Stroiński, *Przedsiębiorstwo. Charakter prawny oraz zbycie w prawie amerykańskim, francuskim i polskim*, Warszawa 2003, s. 3 i n.; T. Targosz, *Nadużycie osobowości prawnej*, Kraków 2004, s. 73 i n.

⁵⁰ H. Wiedemann, [przyp. 14], s. 21. Por. także K.J. Hopt, [przyp. 3], s. 87.

przejmowanie intratnych kontraktów⁵¹; nie wspominając o działaniach pozostających na granicy legalności, np. tzw. tunelowaniu⁵².

2.1.1. Podmioty ochrony

Nie ulega wątpliwości, że w strukturze koncernowej podmiotem (adresatem) ochrony powinna być przede wszystkim sama spółka zależna, a pośrednio także jej wspólnicy, pracownicy oraz wierzyciele⁵³. Paradoksalnie jednak, w niektórych sytuacjach, funkcja ta obejmuje również spółkę dominującą oraz jej wspólników mniejszościowych i wierzycieli⁵⁴. W tym stanie rzeczy zasadne jest twierdzenie, że zagrożenie dla interesów wymienionych grup podmiotów stwarza nie tyle sama spółka dominująca, ile jej zarząd (a pośrednio — większościowy wspólnik) oraz koncern jako całość.

Potrzeba ochrony spółki zależnej wynika ze specyfiki relacji spółka dominująca–spółka zależna w tzw. koncernie faktycznym, która sprowadza się do relacji wspólnik (większościowy)–spółka. Klasyczne prawo spółek przewiduje szereg zabezpieczeń zmierzających do zapobieżenia wyrządzenia szkody spółce, jednak w obliczu powiązań koncernowych mogą okazać się one niewystarczające. W normalnym stanie rzeczy na straży interesu spółki stoją jej organy, w szczególności zarząd i rada nadzorcza. W przypadku gdy organy te są opanowane przez przedstawicieli spółki dominującej, ochrona interesu spółki zależnej staje się fikcją i zasługuje na wsparcie w przepisach prawa.

Potrzeba ochrony wspólników mniejszościowych⁵⁵ sprowadza się do

⁵¹ Zob. E. Wymersch, [przyp. 14], s. 83.

⁵² Przez tunelowanie rozumie się transfer aktywów i zysków z firmy dla korzyści kontrolującego akcjonariusza — zob. S. Johnson, R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, *Tunnelling*, w: *Company Law...*, [przyp. 5], s. 611 i n. Z literatury polskiej zob. K. Zalega, *Tunelowanie, czyli transfer aktywów i zysków z korporacji*, „Organizacja i Kierowanie” 2002, z. 3.

⁵³ Zob. V. Emmerich, J. Sonnenschein, M. Habersack, [przyp. 34], s. 279 i n.

⁵⁴ Zob. J.M. Embid Irujo, [przyp. 8], s. 70, przyp. 15. Z reguły problem ten jest rozpatrywany na kanwie znanego orzeczenia niemieckiego SN w sprawie Holz Müller (BGHZ 83, 122) — zob. m.in. K.J. Hopt, [przyp. 3], s. 88.

⁵⁵ Przez wspólnika mniejszościowego spółki zależnej należy rozumieć każdy podmiot, który nie jest wspólnikiem większościowym (spółką dominującą). Wbrew pozorom pojęcie wspólnika mniejszościowego nie odnosi się jedynie do mniejszościowego uczestnictwa kapitałowego w spółce zależnej. W przyjętym rozumieniu, wobec istnienia różnego typu powiązań koncernowych, teoretycznie wspólnikiem mniejszościowym będzie podmiot dysponujący większością udziałów w spółce, która jest stroną umowy koncernowej. W tym stanie rzeczy właściwsze w zasadzie byłoby posługiwanie się pojęciem wspólnika „zewnętrznego” albo „wolnego” — por. M. Cejmer, *Koncepcja przymusowego wykupu*