

TARTU ÜLIKOOL

ÕIGUSTEADUSKOND

Äriõiguse ja intellektuaalse omandi õppetool

Triin Toom

**ÄRIÜHINGU MAKSEJÕUETUSE ILMNEMISEST TULENEV MAKSETE
TEGEMISE PIIRANG**

Magistritöö

Juhendaja

dr iur Andres Vutt

Tartu

2014

Sisukord

Sissejuhatus	3
1. Juhatuse liikme kohustused äriühingu maksejõuetuse ilmnemisel	8
1.1. Maksejõuetuse ilmnemine kui maksete tegemise piirangu eeldus	8
1.2. Maksejõuetuse olukorras maksete tegemine	14
1.3. Pankrotiavalduse esitamise seos maksete tegemise piiranguga	21
2. Maksete tegemise piirangu rikkumisel esitatav nõue	27
2.1. Nõude sisu ja ulatus	27
2.2. Kahju hüvitamise nõude kohustatud ja õigustatud subjekt	35
2.2.1. Kahju hüvitamise nõude kohustatud subjekt	35
2.2.2. Kahju hüvitamise nõude õigustatud subjekt	39
3. Vastutusest vabanemise alused	44
3.1. Korraliku ettevõtja hoolsus	44
3.2. Kahju vähendamiseks vajalike meetmete kasutusele võtmine	51
Kokkuvõte	58
Trading Restriction of the Company in the Vicinity of Insolvency. Summary	63
Kasutatud materjalid	68
Kasutatud kirjandus	68
Kasutatud normatiivmaterjalid	71
Kasutatud kohtupraktika	73
Kasutatud muud materjalid	75

Sissejuhatus

Majanduslik olukord, kus kõigi turul tegutsevate isikute majanduslikud näitajad on positiivsed ja toodetakse pidevalt ainult kasumit, on praktiliselt võimatu nähtus. Oluline on ka raskuste tekkimisel leida sobivad lahendused ja käituda kooskõlas seadustega, mistõttu on nii makseraskustes isikule kui ka teistele turul tegutsevatele isikutele tähtis, et vastav õiguslik regulatsioon oleks täpne ja arusaadav. Maksejõuetuse olukorras esile kerkivaid küsimusi käsitletakse käesolevas magistritöös eelkõige eraõiguslike juriidilistest isikutest äriühingute, täpsemalt aktsiaseltside ja osäühingute aspektist.

Majanduse edukaks toimimiseks on oluline kindlustunne ja teadmine, et koostööpartneriteks on maksejõulised isikud. Nii võlausaldajate kaitseks kui ka turu üldise toimimise huvides on oluline, et turul ei tegutseks edasi püsivalt maksejõuetud isikud. Üldistatult saab maksejõuetust lugeda ilmnenuks hetkest, kui võlgniku vara ei kata tema kohustusi või kui ta ei suuda rahuldada võlausaldaja nõudeid ja see suutmatus ei ole tema majanduslikust olukorrast tulenevalt ajutine. Pärast seda momenti ei ole lubatud ühingu eest ka edasiste maksete tegemine, välja arvatud juhul, kui nende tegemine on kooskõlas korraliku ettevõtja hoolsusega. Selle tagamiseks peavad juhatuse liikmed eelkõige esitama õigeaegselt pankrotiavalduse, kuid samal ajal ei või nad ka maksejõuetuse ilmnemisel äriühingu eest teatuid makseid teha.

Praktikas on probleemiks liiga suure osa pankrotimenetluste lõppemine raugemisega pankrotti välja kuulutamata seetõttu, et võlgnikul ei jätku vara pankrotimenetluse kulude katteks pankrotiseaduse¹ (edaspidi PankrS) § 29 tähenduses. Maksete tegemise piirang maksejõuetuse ilmnemisel, mis tuleneb vastavalt osäühingute ja aktsiaseltside puhul äriseadustiku² (edaspidi ÄS) § 180 lg-st 5¹ ja § 306 lg-st 3¹, on vahend, millega on võimalik tagada ühingu vara säilimine suuremas ulatuses. See on oluline võlausaldajate kaitseks, sest juhul, kui pankrotimenetlus ei lõpe raugemisega, vaid on võimalik selle jätkamine, on ka võlausaldajatel suurem tõenäosus hilisemas menetluses saada oma nõuded suuremas osas rahuldatud.

Problemaatiline on ka maksejõuetuse olukorras maksete tegemisega tihedalt seotud pankrotiavalduse õigeaegse esitamise kohustuse täitmine. Pankrotiavalduse õigeaegne esitamine aitab kaitsta turu toimimist, kuid samal ajal on piiratud ka maksejõuetuse ilmnemisel äriühingu eest maksete tegemine. Praegu kehtiva õiguse järgi on vastava

¹ Pankrotiseadus. - RT I 2003, 17, 95...RT I, 23.12.2013, 54.

² Äriseadustik. - RT I 1995, 26, 355...RT I, 23.12.2013, 27.

kohustuse rikkumisel võimalik nii tsiviil- kui ka karistusõiguslik vastutus. Pankrotialaste süütegude osas on aga plaanis teha muudatusi. Karistusseadustiku ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu (edaspidi Karistusseadustiku eelnõu) seletuskirja kohaselt plaanitakse Justiitsministeeriumi programmi „Parema õigusloome arendamine“ raames teostatava karistusõiguse revisjoni käigus muuta ka pankrotialaste süütegude regulatsiooni.³ Karistusseadustiku eelnõu järgi plaanitakse kehtetuks tunnistada karistusseadustiku⁴ (edaspidi KarS) § 385¹, mis näeb ette karistuse pankrotiavalduse esitamise kohustuse täitmata jätmise eest.⁵ Sellest tulenevalt on eriti oluline, et maksejõuetuse olukorras juhatuse liikme kohustuste selgus ja tsiviilõiguslike õiguskaitsevahendite efektiivsus oleks tagatud. Töö praktiline tähtsus seisneb selles, et juhatuse liikmetel oleks arusaadavam, milliste maksete tegemine maksejõuetuse olukorras on lubatud ning milliste tegemine võib kaasa tuua vastutuse ja sellega kahju hüvitamise kohustuse.

Äriühingu maksejõuetuse ilmnemisel maksete tegemise piirangu rikkumisel on kahju hüvitamise nõude realiseerimine praktikas keeruline. Võib juhtuda, et juhatuse liige on küll jätkates maksejõuetuse ilmnemisel äriühingu eest maksete tegemist oma kohustusi rikkunud, kuid kahjunõude maksmapanek võib sellele vaatamata osutada võimatuks. Väheste kahju hüvitamise nõuete realiseerimise õnnestumine võib olla tingitud põhimõttest, mille järgi tuleb kahju hüvitise nõude juures arvestada ka seda, kas nõude esitanud isik on teinud omalt poolt kõik mõistlikult vajaliku, et hoida ära või vähendada kahju tekkimist. Vajadust arvestada kahju hüvitamise nõude lahendamisel nimetatud põhimõttega on korduvalt rõhutanud oma praktikas ka Riigikohus.⁶

See tähendab, et maksete tegemise piirangu rikkumisel kahju hüvitamise nõude esitamisel tuleb tõendada, et puuduvad muud võimalused nõude realiseerimiseks. Üheks selliseks võimaluseks on vara tagasivõitmine pankrotimenetluses PankrS § 109 lg 1 järgi, mille raames

³ Karistusseadustiku ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seadus. Eelnõu seletuskiri. 16.07.2013, lk 1. Kättesaadav:

<http://www.just.ee/orb.aw/class=file/action=preview/id=58823/Karusseadustiku+ja+sellega+seonduvalt+teiste+seaduste+muutmise+seaduse+seletuskiri.pdf> 01.05.2014.

⁴ Karistusseadustik. - RT I 2001, 61, 364...RT I, 26.02.2014, 6.

⁵ Karistusseadustiku ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seadus. Eelnõu. 16.07.2013, lk 36. Kättesaadav:

<http://www.just.ee/orb.aw/class=file/action=preview/id=58741/Karusseadustiku+ja+sellega+seonduvalt+teiste+seaduste+muutmise+seaduse+eeln%F5u.pdf> 01.05.2014.

⁶ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 11. mai 2005. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-41-05, p 55. - RT III 2005, 17, 181; Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 25. aprill 2006. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-27-06, p 13. - RT III 2006, 17, 162.

tunnistatakse kehtetuks tehing, mis on tehtud enne pankroti väljakuulutamist ja mis kahjustab võlausaldajate huve. PankrS § 110 lg 1 punktides 1-4 tulenevad tehingu tagasivõitmise üldised alused. Maksejõuetuse olukorras äriühingu eest lubamatu makse tegemisel võiksid tagasivõitmise alustena kõne alla tulla eelkõige vastavalt PankrS § 113 lg 1 p 2 ja PankrS § 114 lg 1 p 2 toodud rahaliste kohustuste täitmise või tagatise andmise tagasivõtmine. Vara tagasivõitmise tagajärjena on teine pool kohustatud tagastama pankrotivarasse tehingu alusel saadu koos viljade ja muu kasuga PankrS § 119 lg 1 mõttes.

Käesoleva magistritöö eesmärgiks on võrdlevalt uurida maksejõuetuse olukorras maksete tegemise piirangut erinevates õigussüsteemides ning selgitada välja vastavate õigusnormide sisu ja eesmärgid. Probleemi aktuaalsus tuleneb asjaolust, et hüpoteetiliselt võib iga juhatuse liige sattuda olukorda, kus tuleb langetada otsuseid äriühingu edasise äritegevuse jätkamise võimaluste ja viiside kohta, kuid on ebaselge, millist käitumist seaduse järgi juhatuse liikmelt sellises situatsioonis oodatakse. Samuti on tsiviilõigusliku vastutuse selgus oluline planeeritavate karistusseadustiku muudatuste valguses, millega on kavas dekriminaliseerida teatud pankrotialaste kohustuste rikkumine.

Töö koostamisel püstitatakse hüpotees, et maksejõuetuse ilmnemisel on juhatuse liikmele kehtestatud tavalisest hoolsusstandardist erinev hoolsusstandard. Eestis kehtivat regulatsiooni võrreldakse Saksamaal ja Ühendkuningriigis kasutatavate lähenemistega, et välja selgitada, kas maksejõuetuse olukorras maksete tegemisel juhatuse liikmelt oodatav hoolsus tähendab teistsuguste kriteeriumite täitmist võrreldes tavalise hoolsusstandardiga.

Töö struktuur lähtub püstitatud probleemist. Töö on jagatud kolmeks peatükiks: esiteks juhatuse liikme kohustused äriühingu maksejõuetuse ilmnemisel, teiseks maksete tegemise piirangu rikkumisel esitatav nõue ja kolmandaks vastutusest vabanemise alused.

Esimeses peatükis käsitletakse äriühingu juhatuse liikmetelt oodatavat käitumist maksejõuetuse ilmnemisel. Esiteks määratletakse, millisest ajahetkest saab lugeda maksejõuetust ilmnenuks. Teiseks analüüsitakse, kas keelatud on igasuguste maksete tegemine või peaks see olema piiritletud teatud konkreetsete tehingute ja maksete liikidega. Kolmandaks käsitletakse pankrotiavalduse esitamise seost maksete tegemise piiranguga.

Teises peatükis uuritakse maksejõuetuse olukorras äriühingu eest maksete tegemise piirangu rikkumisel esitatavat nõuet. Esiteks määratletakse vastava nõude sisu ja ulatus. Teiseks vaadatakse, kes on kahju hüvitamise nõude kohustatud ja õigustatud subjektid. Esmalt analüüsitakse seda, kas maksete tegemise piirangu rikkumisel on põhjendatud üksnes juhatuse

liikmete vastutus või peaks kahju hüvitamise nõude esitamine olema võimalik isikute vastu, kes on reaalselt väljamakse teinud, hoolimata sellest, kas nad on ametlikult ühingu juhatuse liikmed või mitte. Seejärel uuritakse, kas kahju hüvitamise nõude esitamiseks on õigustatud üksnes äriühingu nimel nõude esitavad pankrotihaldurid või on teatud juhtudel põhjendatud ka juhatuse liikme vastu otsenõude esitamine võlausaldaja poolt.

Kolmandas peatükis analüüsitakse maksete tegemise piirangu rikkumisel tekkivast vastutusest vabanemise aluseid. Esiteks uuritakse juhatuse liikme käitumise hindamisel kasutatavat korraliku ettevõtja hoolsust. Eelkõige on küsimus sellest, kuidas erinev on korraliku ettevõtja hoolsus võrreldes üldise hoolsusstandardiga. Teiseks käsitletakse kahju vähendamiseks vajalike meetmete kasutusele võtmist kui võimalikku vastutusest vabastavat asjaolu.

Uurimismeetoditest kasutatakse käesolevas töös peamiselt võrdlevat ja süsteemset meetodit. Eesti seadustes sisalduvaid maksejõuetusega seotud reegleid võrreldakse Saksa ja Ühendkuningriigi vastavate regulatsioonidega. Samuti analüüsitakse nimetatud välisriikide kohtupraktikat, et välja selgitada, kas ja milliseid probleeme on küsimuse vastav reguleerimine praktikas põhjustanud ning kuidas neid on võimalik lahendada. Süsteemse meetodi kasutamine väljendub selles, et äriühingu maksejõuetuse olukorras maksete tegemise piiranguga seotud probleeme käsitletakse komplekselt, tehes välisriikide õiguskirjandusest ja kohtupraktikast järeldused, kuidas on vastav regulatsioon ennast õigustanud või milliseid probleeme see on tekitanud. Selle põhjal saab määratleda maksejõuetuse olukorras juhatuse liikmelt oodatava käitumise hindamiskriteeriume.

Maksejõuetuse- ja pankrotiõiguses on teadustöid koostatud ka eelnevatel aastatel, kuid käesoleva töö autorile teadaolevalt ei ole Eestis maksejõuetuse olukorras maksete tegemise piirangut ja sellega kaasnevat juhatuse liikme vastutuse ulatust kitsamalt veel käsitletud. Koostatud on doktoritöö maksejõuetusõigusliku regulatsiooni valikuvõimaluste põhjendamisest.⁷ Muuhulgas on koostatud magistritöodes käsitletud maksejõuetust pankrotimenetluse algatamise eeldusena.⁸ Äriühingu juhatuse liikme vastutust on uurinud laiemalt nii Tuuve Tiivel⁹ kui ka Maivi Ots¹⁰ oma magistritöodes, kuid mitte konkreetselt maksejõuetuse olukorras maksete tegemise piirangu rikkumisel tekkivat vastutust.

⁷ P. Manavald. Maksejõuetusõigusliku regulatsiooni valikuvõimaluste majanduslik põhjendamine. Doktoritöö. Tartu Ülikooli Kirjastus 2011.

⁸ M. Kikas. Pankrotimenetluse algatamine ja pankroti väljakuulutamise. Magistritöö. Tartu 2005.

⁹ T. Tiivel. Äriühingu juhtorgani liikme kohustused ja vastutus. Magistritöö. Tartu 2004.

Käesolevas magistritöös püstitatud probleemi lahendamisel lähtutakse eelkõige Eesti seadusandlusest ja Riigikohtu praktikast. Lisaks tuginetakse Eesti ja võrdlusena kasutatavate välisriikide erialakirjandusele ja kohtupraktikale. Saksamaa õigus on Eesti vastava regulatsiooni vastu võtmisel olnud aluseks ja eeskujuks. Põhjalikumaks analüüsimiseks kasutatakse võrdlevalt ka Ühendkuningriigi õigust, sest seal on tõenäoliselt anglo-ameerika õigussüsteemi riigina vastandlikum käsitus. Kohtupraktika kaudu saab teada, millised on võimalikud probleemid ja nende lahendamise viisid. Töös kasutatakse Saksamaa Liitvabariigi ülemkohtu (edaspidi Saksa ülemkohus) kohtulahendid, mis on kättesaadavad internetis *Bundesgerichtshof*'i kodulehel. Ühendkuningriigi kohtulahendeid on töös kasutatud andmebaasi *WestLaw* kaudu.

¹⁰ M. Ots. Äriühingu juhtorgani liikme vastutus äriühingu võlausaldaja ees. Magistritöö. Tartu 2006.

1. Juhatuse liikme kohustused äriühingu maksejõuetuse ilmnemisel

1.1. Maksejõuetuse ilmnemine kui maksete tegemise piirangu eeldus

Äriühingu eduka toimimise korral on osanikud või aktsionärid soodsamas positsioonis kui ühingu võlausaldajad.¹¹ P. Davies on rõhutanud, et äriühingu võlausaldajad ei ole nii väga huvitatud ühingu edust, vaid nende tähelepanu on suunatud pigem potentsiaalselt tekkida võivatele raskustele.¹² Samal ajal osanikud või aktsionärid pööravad vähem tähelepanu raskustele ja on huvitatud võimalikult suure kasumi saamisest. Maksejõuetuse olukorras osanike või aktsionäride eelis kaob ning nad on sisuliselt samal positsioonil ühingu võlausaldajatega. Vajalik on, et juhatuse liikmed saaksid aru, millist käitumist nendelt oodatakse ja milliste maksete tegemine selle raames on õigustatud hoolimata maksejõuetuse ilmnemisest. Kõigepealt on oluline kindlaks määrata, millisest hetkest tekib juhatuse liikmetele kohustus muuta äriühingu juhtimist arvestades maksejõuetuse olukorra eripäradega. See on küsimus maksejõuetuse ilmnemisest ning püsiva maksejõuetuse ja pankroti eristamisest.

Hoolimata igapäevases keelekasutuses mõistete „*maksejõuetus*” ja „*pankrot*” kasutamisest sünonüümidenä, on neil õiguskeeles erinev tähendus. Pankrot on PankrS § 1 lg 1 kohaselt võlgniku kohtumäärusega väljakuulutatud maksejõuetus. PankrS § 31 lg 1 järgi kuulutab kohus pankroti välja, kui võlgnik on maksejõuetu. Kui pankrotiavalduse on esitanud võlgnik, siis arvestatakse maksejõuetuse tekkimise tõenäosusega tulenevalt PankrS § 31 lg 4. P. Varul on rõhutanud, et pankroti eesmärk on võlausaldajate asetamine võrdsesse seisundisse olukorras, kus neil on tõenäoliselt võimalik saada vaid osa oma nõudest rahuldatud.¹³ Pankrotiga on tegemist hetkest, kui võlgniku maksejõuetus on kohtu poolt välja kuulutatud.

PankrS § 1 lg 2 järgi on võlgnik maksejõuetu, kui ta ei suuda rahuldada võlausaldaja nõudeid ja see suutmatus ei ole võlgniku majanduslikust olukorrast tulenevalt ajutine. Sama paragrahvi kolmandas lõikes on täpsustatud, et juriidilisest isikust võlgnik on maksejõuetu ka siis, kui võlgniku vara ei kata tema kohustusi ja selline seisund ei ole võlgniku majanduslikust olukorrast tulenevalt ajutine.

¹¹ P. Davies. Directors' Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency. - European Business Organization Law Review 2006/7 (1), p 306.

¹² *Ibid.*

¹³ P. Varul. Selgitavaid märkusi pankrotiseadusele. - Juridica 1994/I, lk 2.

Saksamaal kehtiva *Insolvenzordnung*¹⁴ (edaspidi InsO) § 17 lg 2 järgi on võlgnik maksejõuetu, kui ta on sellises olukorras, et ei ole võimeline täitma maksmisele kuuluvaid rahalisi kohustusi. Viidatud sätte teises lauses on täpsustatud, et reeglina tunnistatakse maksejõuetust, kui võlgnik on maksete tegemise peatanud. Maksejõuetusmenetluse algatamiseks on vajalik vastava aluse esinemine, milleks InsO §-s 17 reguleeritud maksejõuetuse kõrval võib olla InsO § 18 lg 1 järgi võlgniku poolt pankrotiavalduse esitamise korral ka olukord, kui maksejõuetuse tekkimine tulevikus on tõenäoline. InsO § 18 lg-s 2 on märgitud, et võlgnik võib maksejõuetuks muutuda juhul, kui ta tõenäoliselt ei suuda enam olemasolevaid rahalisi kohustusi nende maksetähtjaks täita. Juriidiliste isikute puhul on maksejõuetusmenetluse algatamise alusena ette nähtud InsO § 19 lg 1 järgi ka ülemäärane võlgnevus. Vastavalt InsO § 19 lg 2 on ülemäärase võlgnevusega tegemist juhul, kui võlgniku vara ei kata enam tema kohustusi.

Ühendkuningriigi *Insolvency Act*¹⁵ (edaspidi IA) art 123 lg-s 1 toodud maksejõuetuse definitsiooni järgi loetakse äriühing võimetuks oma võlgu tasuma, kui üle 750 naelsterlingi suuruse nõudega võlausaldaja on kirjalikult pöördunud ühingu poole, kuid ühing ei ole sellele vaatamata kolme nädala jooksul võlga tasunud või võlausaldajat rahuldaval viisil selle tasumist taganud. Lisaks loetakse IA art 123 lg 2 järgi ühing maksejõuetuks olukorras, kus on tõestatud, et äriühingu varade väärtus on väiksem kui ühingul olevate ja tulevikus tekkivate kohustuste hulk.

Maksejõuetus ei pruugi alati viia pankrotini. Kui tekkiv maksejõuetus on ajutise iseloomuga, siis on see tavaliselt ületatav. Selleks, et oleks võimalik eristada, kas tegemist on ajutise või püsiva maksejõuetusega, on vajalik ettevõtte majandustegevuse terviklik analüüs. Turusituatsiooni muutumine, eksimused äriühingu juhtimisel, makseraskused oma võlgnikel või muud sarnased asjaolud võivad põhjustada äriühingu jaoks olukorra, kus endale võetud kohustusi ei suudeta enam nõuetele vastavalt täita ja tekkida võivad makseraskused. Oluline on püsiva maksejõuetuse väljakujunemist ennetada, mitte üksnes tagantjärele tõdeda, mis hetkest pidi olema selge, et ühing on maksejõuetu. Tähelepanu tuleb pöörata majandustegevusega kaasnevatele riskidele.¹⁶ Märkama peab, mis hetkest on ühing liikumas olukorra suunas, kus ta ei pruugi olla võimeline oma kohustusi täitma.

¹⁴ Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866), zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes vom 31. August 2013 (BGBl. I S. 3533). Erhältlich: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/inso/gesamt.pdf> 01.05.2014.

¹⁵ Insolvency Act 1986. Available: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/contents> 01.05.2014.

¹⁶ M. Varusk. Maksejõuetus - mis see on? - Õiguskeel 2008/2, lk 86.

Maksevõime hindamisel tuleb arvestada ka ettevõtte potentsiaali teenida kasumit ja võimet jätkata oma tegevust, sest varade ja kohustuste vahekord ei pruugi alati näidata ettevõtte võimekust kohustuste täitmisel.¹⁷ Ettevõtte maksejõuetuse põhjused ei ole üksnes raha laekumise ja pangakontol olemasoluga fikseeritavad ning seetõttu on oluline vaadata paralleelselt jooksva maksevõimelisusega ka just pikaajalise maksevõime näitajaid.¹⁸ Äriühingu maksevõime hindamine ei ole võimalik üksikute näitajate põhjal, vaid arvestama peab majanduslikku seisundit tervikuna.

Eristatakse kahte liiki maksejõuetust: rahavooline ja bilansiline maksejõuetus. Maksejõuetuse sellist jaotust on käsitlenud ka Ian F. Fletcher.¹⁹ Rahavoolise maksejõuetusega (*cash flow insolvency*) on tegemist juhul, kui võlgnik ei suuda rahuldada võlausaldaja nõudeid ja see suutmatus ei ole tema majanduslikust olukorrast tulenevalt ajutine. Bilansiline maksejõuetus (*balance sheet insolvency*) on olukord, mille puhul võlgniku kohustused ületavad tema vara ja see suutmatus ei ole võlgniku majanduslikust olukorrast tulenevalt ajutine.

W. Schön on leidnud, et maksejõuetuse teste on võimalik eristada ka ärilisest perspektiivist ja õiguslikust küljest vaadatuna.²⁰ Selle käsitluse järgi võetakse ärilisest perspektiivist enne väljamakse tegemist arvesse ka tulevikus ettenähtud kulutused, mille tegemine on ette nähtud ühingu juhtimise finantsplaanis. Teise, õigusliku perspektiivi puhul arvestatakse W. Schöni järgi tulevikus tehtavate kulutuste puhul nendega, mis võivad tekkida kolmandate isikute ees juba võetud kohustustest.²¹ Likviidsete vahendite kindlaksmääramisel arvestatakse plaanitud juhtimisstrateegia ja turu olukorraga, mis määrab ära tulevikus tehtavad kulud ja saadavad tulud.

Maksete tegemise piirangu juures tekib küsimus konkreetsest ajahetkest, millest alates on edasiste maksete tegemine keelatud. Kas maksete tegemine on piiratud ainult pärast püsiva maksejõuetuse tekkimist või ka maksed, mis on tehtud ajal, millal maksejõuetuse tekkimine tulevikus oli tõenäoline, kuid ühing polnud veel püsivalt maksejõuetu? Vahel võib äriühingu huvides olla just majandustegevuse jätkamine, et oleks võimalik võlausaldajate nõuete suuremas ulatuses rahuldamine. Vastutusest vabanemise alus annab selle järgimisel juhatuse

¹⁷ *Ibid*, lk 89.

¹⁸ T. Haldma. Finantsanalüüs pankrotimenetluses. - *Juridica* 1994/I, lk 25-26.

¹⁹ I. F. Fletcher. *Insolvency in Private International Law. National and International Approaches*. Oxford: Oxford University Press 1999, p 3.

²⁰ W. Schön. *Balance Sheet Tests or Solvency Tests - or Both?* - H. Eidenmüller, W. Schön (eds). *The Law and Economics of Creditor Protection. A Transatlantic Perspective*. The Hague: T. M. C. Asser Press 2008, p 188.

²¹ *Ibid*.

liikmetele võimaluse äritegevuse ümberkorraldamiseks ja majandustegevuse jätkamiseks. Sellisel juhul on kohtul võimalik määrata, et hetk, alates millest pidi olema selge, et pankrotimenetlus on vältimatu, saabus hiljem või laiendades käsitlust juhatuse liikmelt nõutavat käitumise kohta vastavas olukorras. Seda on õiguskirjanduses rõhutanud ka H. Eidenmüller.²²

Maksete tegemise piirangu rikkumisega on tegemist kindlasti juhul, kui vastav makse on tehtud pärast püsiva maksejõuetuse ilmnemist. Kui makse on tehtud pärast maksejõuetuse ilmnemist, kuid pärast seda ettevõtte majanduslik olukord paraneb, ei ole tegemist enam maksega, mis oleks tehtud maksete tegemise piirangu rikkumisega.²³ Kindlasti on tegemist maksete tegemise piirangu rikkumisega makse tegemisel pärast püsiva maksejõuetuse ilmnemist, kuid maksete tegemine peaks olema piiratum ka juba ajal, kui on selge, et maksejõuetus on vältimatu.

Kohtupraktikas on täpsustatud maksejõuetuse liikide vahekorda. Riigikohtu kriminaalkolleegium on rõhutanud, et võlgniku objektiivse maksejõuetuse kindlakstegemisel tuleb hinnata kõiki äriühingu majanduslikku olukorda mõjutavaid olulisi asjaolusid kogumis, kusjuures lisaks netovarale tuleb analüüsida ka teisi raamatupidamisandmeid ja äriplaani perspektiivikust.²⁴ Riigikohtu tsiviilkolleegium on aga rõhutanud, et netovara seis on äriühingu maksevõime hindamisel kaaluka tähtsusega ning sellest tulenevalt saab kahtlust äriühingu maksejõulisuses ümber lükata üksnes andmetega, mis viitavad selgelt äriühingu majandusliku seisundi paranemisele.²⁵ Samas Riigikohtu tsiviilkolleegium on varem leidnud, et ainuüksi võlgniku täitmata kohustused ei näita veel võlgniku püsivat maksejõuetust.²⁶

Riigikohtu kriminaalkolleegium on põhjalikumalt selgitanud, mis hetkest on objektiivselt võlgniku püsiv maksejõuetus ilmne ja mis hetkest pidi see subjektiivselt olema arusaadav.²⁷ Viidatud lahendis on Riigikohus rõhutanud, et objektiivsest küljest on võlgniku püsiv

²² H. Eidenmüller. Trading in Times of Crisis: Formal Insolvency Proceedings, workouts and the Incentives for Shareholders/Managers. - European Business Organization Law Review 2006/7 (1), p 252.

²³ U. Haas. GmbHG § 64 Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, Rn 67. - A. Baumbach, A. Hueck (Bearb). Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Beck'sche Kurzkommentare. 20. Auflage. München: C. H. Beck 2013.

²⁴ Riigikohtu kriminaalkolleegiumi 28. oktoobri 2011. a otsus kriminaalasjas nr 3-1-1-49-11, p 21.

²⁵ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 25. veebruari 2013. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-188-12, p 14.

²⁶ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 11. detsembri 2002. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-120-02, p 7. - RT III 2003, 1, 12.

²⁷ Riigikohtu kriminaalkolleegiumi 28. oktoobri 2011. a otsus kriminaalasjas nr 3-1-1-49-11, p 18-20.

maksejõuetus on ilmne, kui andmed majandusliku olukorra kohta annavad objektiivsele ja asjatundlikule kõrvalseisjale alust pidada võlgnikku püsivalt maksejõuetuks. Täpsustatud on, et *ex ante* hindamisel tuleb lähtuda informatsioonist, mis oli kättesaadav maksejõuetuse väidetava ilmnemise ajal ja seetõttu ei saa võlgniku maksevõimet tagantjärele hinnates arvestada näiteks tehnoloogia arengus või tooraine hinnas toimunud olulisi muutusi, mis mõjutasid võlgniku äriplaani realiseerumist, kuid mis hinnataval ajahetkel ei olnud mõistlikult ettenähtavad.

Samas lahendis on Riigikohus rõhutanud, et äriühingu negatiivne netovara ei tähenda automaatselt äriühingu pankroti, sest netovara negatiivsus võib tuleneda pikaajalistest kohustustest, mille sissenõutavaks muutumisel võib ühingu finantsolukord olla paranenud selliselt, et võlgnik on võimeline kõik kohustused täitma. Püsivat maksejõuetust on võimalik tulevikuootustele tuginedes eitada üksnes siis, kui esinevad konkreetsed asjaolud, mis annavad objektiivsele kõrvaltvaatajale alust pidada võlgniku finantsseisundi paranemist tõenäoliseks ja selle mõju on maksevõime taastamiseks oleks piisav. Riigikohtu kriminaalkolleegium on tõdenud, et juhul, kui raamatupidamine ei kajasta võlgniku vara tegelikku väärtust adekvaatselt, on võlgniku püsiv maksejõuetus võimalik vaatamata sellele, et dokumentide järgi vastab ühingu netovara seaduses sätestatud nõuetele.

Subjektiivsest küljest peab isik vähemalt võimalikuks pidama ja mõõnma, et võlgniku majanduslik olukord on muutunud püsivalt selliseks, mis ei võimalda võlausaldajate nõudeid rahuldada. Piisab, kui isik saab üldjoontes aru, et võlgnik ei ole enam võimeline oma kohustusi täitma ja et tõenäoliselt on selline seisund püsiv. Riigikohus on rõhutanud, et subjektiivsest aspektist arvestatakse isiku teadmisi, oskusi ja kogemusi seoses äriühingu juhtimise ja raamatupidamisega.²⁸

Riigikohtu käsitus maksejõuetuse ilmnemisest objektiivsest ja subjektiivsest küljest on samasugune Saksamaa kohtupraktikaga. Saksa ülemkohus on rõhutanud, et maksejõuetuse kindlakstegemisel tuleb ühest küljest vaadata, kas äriühing on maksejõuetuse olukorras, kuid samas teisest küljest on oluline ajahetk, mis hetkest isik pidi aru saama, et ühing on maksejõuetu.²⁹

Ühendkuningriigis on olnud hulgaliselt kohtuvaidlusi selle kohta, milline oli konkreetne ajahetk, alates millest juhatuse liige pidi aru saama, et ühingu majandustegevuse jätkamine

²⁸ *Ibid*, p 23.

²⁹ BGH, Urteil vom 12. Oktober 2006. - IX ZR 228/03.

maksejõuetuse tõttu ei ole enam mõistlik. Näiteks kohtuasjas *Rubin v Gunner & Anor* on kohus asunud seisukohale, et hetk, millest alates pidi juhatuse liikmel olema selge, et pankrotimenetlust ei ole võimalik vältida, saabus pool aastat pärast seda, kui äriühing ei suutnud enam määratud maksetähtajaks oma kohustusi täita.³⁰ Kohtuasjas *Re Cubelock Ltd* leidis kohus, et äriühingu esimestel tegutsemiskuudel võib hoolimata ühingu bilansilisest maksejõuetusest äriühingu eest maksete tegemine olla lubatud.³¹

Kaasuses *The Official Receiver, Neil Francis Hickling v Dhiren Doshi* oli tegemist äriühingu juhatajaga, kes teadis, et majandustegevuse jätkamine oleks õigusvastane, sest oli kindlaks tehtud, et puuduvad väljavaated, et äriühing suudaks vältida maksejõuetuse menetlust.³² Kohtuasjas *The Continental Assurance Company of London plc* leiti ühest küljest, et juhatuse liikmed oleksid ühingu raskustest teada saades pidanud lõpetama edasiste maksete tegemise, kuid samas on kohus asunud seisukohale, et arvestades sellel ajal lahvatanud majanduskriisi, ei ole juhatuse liikmed rikkunud oma kohustusi.³³

Ühendkuningriigi kohtupraktikast nähtub, et bilansiline maksejõuetus äriühingu esimestel tegutsemiskuudel ei pruugi olla veel probleemiks. Kui tegemist on juba pikemalt tegutsenud äriühinguga, mille majandusaruannetest selgub, et puuduvad väljavaated maksejõuetuse vältimiseks, tuleb juhatuse liikmetel reageerida ja vajalikud meetmed kasutusele võtta.

Käesolevas töös võrreldavates õiguskordades on maksejõuetuse definitsioon mõnevõrra erinev, kuid annab edasi sisult sama mõtte. Toodud leaaldefinitsioonide põhjal on maksejõuetus on olukord, kus võlgniku vara ei kata tema kohustusi või kui ta püsivalt ei suuda rahuldada võlausaldaja nõudeid. Käesoleva töö autor nõustub kohtupraktikas väljendatuga, et maksejõuetuse objektiivsel kindlakstegemisel on oluline äriühingu majanduslikku olukorda mõjutavate asjaolude kogumis hindamine, see tähendab, et lisaks netovarale tuleb analüüsida ka teisi raamatupidamisandmeid ja äriplaani perspektiivikust. Lisaks tuleb maksejõuetuse juures arvestada ka subjektiivse aspektiga, mille juures vaadatakse, kas isik pidi aru saama, et ühing ei ole enam võimeline püsivalt oma kohustusi täitma.

³⁰ *Rubin v Gunner & Anor*. Chancery Division (Companies Court), 01.03.2004. [2004] EWHC 316 (Ch).

³¹ *Re Cubelock Ltd*. Chancery Division, 22.05.2000. [2001] B.C.C. 523.

³² *The Official Receiver, Neil Francis Hickling v Dhiren Doshi*. High Court of Justice Chancery Division, 01.03.2001. GLC 407/99.

³³ *The Continental Assurance Company of London plc*. High Court of Justice Chancery Division, 27.04.2001. No. 006099 of 1996.

Kokkuvõttes on maksete tegemine igal juhul piiratud pärast püsiva maksejõuetuse ilmnemist, kuid see peaks olema piiratum ka juba ajal, kui on selge, et maksejõuetus on vältimatu. Tuleb rõhutada, et olulisem on püsiva maksejõuetuse väljakujunemise ennetamine, mitte üksnes tagantjärele püsiva maksejõuetuse kindlakstegemise hetke selgitamine. Ühing ei tohiks maksejõuetuna oma tegevust jätkata ja tema käitumine peaks olema suunatud maksejõuetusmenetluse algatamisele, sealhulgas pankrotiavalduse esitamisele, kuid oluline on ka küsimus sellest, millises ulatuses on äritegevuse jätkamine siiski lubatud ja millega seejuures peab arvestama.

1.2. Maksejõuetuse olukorras maksete tegemine

Maksejõuetuse ilmnemisel peavad juhatuse liikmed kohandama oma käitumise vastavaks äriühingu muutunud majanduslikule olukorrale. Eelkõige tähendab see arvestamist ühingu eest maksete tegemise piiranguga maksejõuetuse olukorras või juhul, kui selle tekkimine tulevikus on tõenäoline. Eesti seaduses ega õiguskirjanduses ei ole täpsustatud nimetatud maksete tegemise piirangu ulatust ega toodud näitlikku loetelu või konkreetsemaid kriteeriume otsustamiseks, millised maksed võiksid olla hoolimata maksejõuetuse olukorrast lubatud seetõttu, et need on kooskõlas korraliku ettevõtja hoolsusega. Analüüsimiseks, milliste maksete tegemine ja millistel tingimustel võib olla maksejõuetuse olukorras lubatud, uuritakse, kuidas on maksejõuetuse olukorras äriühingu varast maksete tegemist reguleeritud ja millistele seisukohtadele jõutud Eesti õiguskorra rajamisel eeskujuks olnud Saksamaal. Samas arvestatakse Eesti ja Saksamaa käsitluste erinevustega. E. Gustavus on samuti välja toonud, et Eesti õiguse rakendamisel ei saa toimuda otsest Saksamaal kehtivate põhimõtete ülevõtmist, vaid need peavad olema Eesti õiguskorrale tervikuna sobivad.³⁴ Võrdlevalt analüüsitakse ka Ühendkuningriigi käsitlust vastava teema kohta. Samuti käsitletakse maksete tegemise piiranguga hõlmatud osanikele või aktsionäridele väljamaksete tegemise keeldu.

Eesti õiguses sisaldub vastav maksete tegemise piirang osaühingute ja aktsiaseltside puhul vastavalt ÄS § 180 lg-s 5¹ ja § 306 lg-s 3¹, mille kohaselt ei või juhatuse liikmed pärast maksejõuetuse ilmnemist teha osaühingu eest makseid, välja arvatud maksed, mille tegemine maksejõuetuse olukorras on kooskõlas korraliku ettevõtja hoolsusega. Korraliku ettevõtja hoolsust kui vastutusest vabanemise alust käsitletakse lähemalt käesoleva töö kolmandas peatükis.

³⁴ E. Gustavus. Äriühinguõigus. 2. trükk. Tallinn - Berliin: Justiitsministeerium 2001, lk 14.

Kolmandatele isikutele tehtavate maksete kõrval peaks maksete tegemise piirang hõlmama ka väljamakseid osanikele ja aktsionäridele. ÄS § 157 lg 3 ja § 278 teise lause kohaselt ei tohi vastavalt osanikele või aktsionäridele teha väljamakseid juhul, kui ühingu viimase majandusaasta lõppemisel kinnitatud majandusaasta aruandest ilmnev ühingu või aktsiaseltsi netovara on väiksem või jääks väiksemaks osa- või aktsiakapitali reservide kogusummast, mille väljamaksmine osanikele või aktsionäridele ei ole lubatud seadusest või põhikirjast tulenevalt. Lisaks peaks arvestama äriühingu juhatuse liikme tasu vähendamisega, sest maksejõuetuse olukorras kohalduvad tõenäoliselt ÄS § 180¹ lg 3 ja § 314 lg 3, mille järgi on tegemist olukorraga, kus ühingu suhtes oleks äärmiselt ebaõiglane jätkata juhatuse liikmete tasu maksmist samas suuruses.

Saksa *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*³⁵ (edaspidi GmbHG) §-s 64 ja *Aktiengesetz*³⁶ (edaspidi AktG) § 92 lg-s 2 on reguleeritud maksejõuetuse olukorras vastavalt Eesti mõistes osäühingute ja aktsiaseltside eest maksete tegemise piirang. GmbHG § 64 reguleerib osäühingu juhatuse liikme vastutust pärast maksejõuetust või ülemäärast võlgnevust maksete tegemise eest. Viidatud sätte esimese lause kohaselt lasub vastav kahju hüvitamise kohustus juhatuse liikmel. Vastavalt sama sätte teisele lausele ei kehti piirang maksete osas, mille tegemine maksejõuetuse olukorras on kooskõlas korraliku ettevõtja hoolsusega. Osanikele tehtavate väljamaksete tegemise piirang sisaldub Saksa õiguses GmbHG § 64 kolmandas lauses, mille järgi vastutab juhatuse liige väljamakse tegemise eest juhul, kui see on viinud ühingu maksejõuetuseni ja selle tegemine ei ole olnud kooskõlas korraliku ettevõtja hoolsusega.

Aktsiaseltsi juhatuse kohustused ühingul kahju tekkimise, ülemäärase võlgnevuse või maksejõuetuse korral on Saksa õiguses toodud AktG §-s 92. Tulenevalt AktG § 92 lg 1 peab juhatuse liige viivitamata kutsuma kokku koosoleku ja vastava probleemiga tegelema olukorras, kus majandusaruannete põhjal või võetud kohustustest lähtuvalt on näha, et ühingu kahju moodustab üle poole aktsiakapitalist. AktG lg 2 järgi ei tohi juhatuse pärast maksejõuetuse ilmnemist või ülemäärase võlgnevuse tekkimist ühingu nimel makseid teha.

³⁵ Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 27 des Gesetzes vom 23. Juli 2013 (BGBl. I S. 2586). Erhältlich: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gmbhg/gesamt.pdf>. 01.05.2014.

³⁶ Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), zuletzt geändert durch Artikel 26 des Gesetzes vom 23. Juli 2013 (BGBl. I S. 2586). Erhältlich: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/aktg/gesamt.pdf>. 01.05.2014.

Sarnaselt GmbHG § 64 teisele lausele on ka AktG § 92 lg 2 teises lauses toodud, et vastav piirang ei kehti maksetele, mis on tehtud korraliku ja teadliku ettevõtja hoolsusega. AktG § 92 lg 2 kolmandas lauses on sarnaselt GmbHG § 64 kolmandale lausele sätestatud, et samasugune piirang kehtib ka aktsionäridele tehtavatele väljamaksetele, kui nende tegemisel ei ole järgitud AktG § 93 lg 1 esimeses lausele vastavat hoolsust.

Ühendkuningriigi õiguses on maksejõuetuse olukorras maksete tegemise piirang sätestatud IA art -s 214, kus on toodud regulatsioon ebaausa äritegevuse (*wrongful trading*) kohta. IA art 214 lg 1 ja 2 kohaselt tekib vastutus isikutel, kes on vastaval hetkel või on olnud enne juhatuse liikmed ja teinud ühingust väljamakseid mõnda aega enne pankrotimenetluse alustamist, kui isik teadis või pidi teadma, et ühingul puuduvad väljavaated pankrotimenetluse vältimiseks ja nõude esitamisel on äriühingu suhtes käimas maksejõuetusmenetlus.

Võrreldes Eesti ja Saksamaa regulatsiooniga on Ühendkuningriigi IA art 214 lg-s 2 toodud eraldi lõike 1 kohaldamise kolm eeldust. Esiteks peab äriühing olema maksejõuetuse menetluses. Teise eeldusena teadis või pidi teadma makseid teinud isik teatud aeg enne menetluse algust, et äriühingul ei ole mõistlikke väljavaateid maksejõuetuse menetluse vältimiseks. Kolmanda eeldusena peab isik olema makse tegemise hetkel äriühingu juhatuse liikmeks. Sarnaselt Eesti äriseadustiku vastavale regulatsioonile on ka IA art-s 214 ette nähtud juhatuse liikme vastutusest vabastamise alused.

Ühendkuningriigis vaadatakse vastutuse juures kahte kriteeriumi. Esiteks arvestatakse IA art 213 lg 3 järgi seda, kas teades, et ühingul puuduvad väljavaated pankrotimenetluse vältimiseks, on juhatuse liige teinud kõik vajalikud sammud, see tähendab võtnud kasutusele vajalikud meetmed potentsiaalse kahju tekkimise vähendamiseks võlausaldajatel. Teiseks on IA art 214 lg-s 4 täpsustatud, kuidas hinnata juhatuse liikme käitumist. Selle järgi vaadatakse, kas juhatuse liige on, teades maksejõuetuse vältimise võimatusest, võtnud teinud sellised vajalikud sammud, mida oleks mõistlikult hoolas isik samas olukorras teinud. Seejuures arvestatakse hoolsuskohustuse juures kahte aspekti. Esiteks vaadatakse üldisi teadmisi, oskusi ja kogemust, mida võib mõistlikult eeldada juhatuse liikme kohustusi täitvalt isikult ning teiseks neid teadmisi, oskusi ja kogemust, mis on konkreetsel juhatuse liikmel.

Ühendkuningriigi õiguses tuleneb maksejõuetuse ilmnemisel osanikele või aktsionäridele väljamaksete tegemise keeld *Companies Act*³⁷ (edaspidi CA) artiklitest 829, 830. CA art 830 lg-s 2 on täpsustatud, mida mõeldakse ühingu vabade vahendite all, millest võib väljamakseid

³⁷ Companies Act 2006. Available: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents> 01.05.2014.

teha. Lubamatu väljamakse tegemise tagajärjed on sätestatud artiklis 847, mille teise lõike järgi peab sarnaselt Eesti õigusega lubamatu väljamakse saanud osanik või aktsionär selle tagastama. Seega on ka Ühendkuningriigis keelatud maksejõuetuse ilmnemisel osanikele või aktsionäridele väljamaksete tegemine.

Äriühingu võlausaldajate kaitse mehhanismiks on ka miinimumkapitali nõue, kuid see ei ole täiesti samasuguse toimega ja ei saa seetõttu asendada nõuet hoiduda maksejõuetust äriühingust väljamaksete tegemisest. Miinimumkapitali ja netovara säilitamise nõue on mõeldud äriühingu maksejõuetuks muutumise ennetamiseks või selle süvenemise ärahoidmiseks.³⁸ Maksete tegemise piirang on äriühingu vara säilitamise abinõu olukorras, kus ühingu maksejõuetus on vältimatu või juba tekkinud.

Erialakirjanduses on rõhutatud igapäevase majandustegevusega seotud otsustuste ja maksete puhul maksejõuetuse olukorraga arvestamise olulisust.³⁹ Makseraskustest teada saades nõuaksid võlausaldajad seniste võlgnevuste kohest tasumist ja keelduksid uute tehingute tegemisest või nõuaksid selleks ettemaksu. Sellest tulenevalt on püsivalt maksejõuetul osauhingul või aktsiaseltsil keeruline äritegevust jätkata. Samuti on ühingu maksejõuetuse korral lepingupartneritel erakorralise ülesütlemise õigus, mis välistab edaspidise seaduspärase majandustegevuse. Maksed, mis võivad ühingu eduka toimimise juures olla põhjendatud, ei pruugi olla lubatud aga maksejõuetuse olukorras. Vaatamata keerulisemale majanduslikule olukorrale, ei saa olla igasuguste maksete tegemine keelatud.

Äriühingu eest maksete tegemise piirangu sisustamiseks on esmalt tarvis selgeks teha, mida saab üldse pidada makseks vastavate sätete tähenduses. Eesti seadustes või õiguskirjanduses seda täpsustatud ei ole. Saksa õiguses leitakse, et normi eesmärgist lähtudes saab makseteks pidada vaid selliseid tehinguid, millel on mõju võlgniku varale ning makseks loetakse ka laenu andmist osanikule või kolmandatele isikutele. Saksamaa käsitlese järgi ei loeta makseks tehinguid vastastikuste lepingute raames, mille täitmata jätmise korral oleks lepingupartneritel võimalus ühingu vastu kahju hüvitamise nõue esitada. Lisaks ei loeta Saksa õiguses mõju

³⁸ P. Davies. Directors' Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency. - European Business Organization Law Review 2006/7 (1), p 310.

³⁹ G. Spindler. Trading in the Vicinity of Insolvency. - European Business Organization Law Review 2006/7 (1), p 343.

ühingu varale piisavaks juhul, kui makse tegemist rahastatakse kolmanda isiku poolt või kui äriühingu varast antakse välja ese, mille suhtes on võlausaldajal eelis- või eraldamisõigus.⁴⁰

Maksete all mõeldakse eelkõige rahalisi makseid ning seejuures ei ole oluline, kas need on tehtud sularahas või pangakontol olevatest vahenditest. Maksena on kvalifitseeritavad ka muud tegevused, mis viivad ühingu maksejõuetuseni, kuid mille puhul samas ei ole tegemist väljamaksetega ühingu aktivast, näiteks võib selleks olla osaniku maksekohustuste ülevõtmine või tegevusetus, mis viib omakorda uute maksekohustuste tekkimiseni.⁴¹ Kuivõrd nimetatud viisidel ühingu vara kasutamist ei loeta makseks, ei saa olla ka tegemist maksete tegemise piirangu rikkumisega.

Saksa õiguskirjanduses on rõhutatud, et väljamakse tegemisel osanikule või aktsionärile ei arvestata positiivsete tagajärgedega, mida see võib ühingule kaasa tuua, kuid samas vabade vahendite äraandmisel, saamata osanikult selle vastu kiiresti rahaks tehtavaid vahendeid, on mõju ühingu varale ja seeläbi on selline tehing käsitletav maksena maksete tegemise piirangu mõistes.⁴² Seega on makse definitsioon üldise maksete tegemise piirangu ja osanikele ja osanikele või aktsionärile tehtavate väljamaksete puhul veidi erinev.

Ühendkuningriigi õiguses ei ole makse mõiste piiratud mitte ainult lepingutega, vaid see laieneb ka kingitustele ja makse võib hõlmata ka tehinguid lepinguga mitteseotud isikutega. Ühendkuningriigi õiguskirjanduses on rõhutatud, et oluliseks elemendiks on mingil viisil tehingu tegemine, kauplemine.⁴³ Maksete tegemise piirangu juures käsitletakse maksena seega põhimõtteliselt kõiki tehinguid, mis mõjutavad võlgniku varalist seisundit ja seejuures ei ole oluline, mis põhjustel vastav makse on tehtud.

Maksejõuetuse olukorras keelatud maksete all mõeldakse eelkõige võlausaldajate nõuete rahuldamist selliselt, mis põhjustab nende ebavõrdse kohtlemise, sest eelistatakse ühte võlausaldajat teisele. Reeglina piiravad kõik väljamaksed ühingu varast võlausaldajate hilisemat võimalust oma nõuete rahuldamiseks. Teatud juhtudel võib aga vajalik olla olukorra ümberhindamine majanduslikust aspektist, sest on võimalik, et lõpptulemusena on väljamakse toonud kaasa positiivse mõju ühingu varale.

⁴⁰ U. Haas. GmbHG § 64 Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, Rn 64-66. - A. Baumbach, A. Hueck (Bearb). Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Beck'sche Kurzkommentare. 20. Auflage. München: C. H. Beck 2013.

⁴¹ *Ibid*, Rn 99.

⁴² *Ibid*, Rn 100.

⁴³ R. Goode. Principles of Corporate Insolvency Law. Fourth Edition. Sweet & Maxwell 2011, pp 533-534.

Äriline otsustusõigus peaks jääma alles ka olukorras, kus äriühing on lähedal maksejõuetuse tekkimisele. Loomulikult peab see olema piiratud ja kitsam, kui äriühingu puhul, mis on täielikult maksejõuline ja toimiv.⁴⁴ Teatud kaalutlusruumi jätmine on õigustatud ka järgmiste asjaolude kaudu. Esiteks võivad olla võimalused äriühingu päästmiseks suuremad, kui on tagatud vastutuse privileegid vastava käitumise jaoks. Teiseks on maksejõuetuse tõenäosuse korral vaja prognoosida äriühingu võimalikke tuleviku arenguid.

Äriline otsustusõigus peaks olema laiem börsiäriühingutel kui väikestel ühingutel, kus tihtipeale on juhatuse liikmeks ka enamus- või ainuosanik.⁴⁵ Samuti on oluline mingil määral arvestada ka nende isikute huvidega, kellel jäävad maksete tegemise piirangu tõttu võimalikud hüved saamata, millele neil oleks olnud õigus.

Ühingu tegevuse jätkamise kasuks otsustamisel võivad olla maksed töötajate palkade, vee-, kütte-, elektri-, turvateenuse- ja üüriarvete tasumiseks ja muud igapäevase majandustegevuse jätkamiseks tehtavad maksed olla põhjendatud, sest nende tegemata jätmine võib ohustada äriühingu vara säilimist või vähendada selle väärtust ning seeläbi kahjustada võlausaldajate huve. Saksa kohtupraktikas on loetud igapäevase majandustegevuse jätkamisel maksejõuetuse olukorras põhjendatuks näiteks vee-, elektri-, soojusenergia-, üüriarvete kui ka laenu- või maksuvõla tasumist.⁴⁶

Erialakirjanduses on rõhutatud, et sellised maksed saavad olla õigustatud ainult juhul, kui maksete tegemine on lühiajalise eesmärgiga ja ühing ei ole juba likvideerimise staadiumis, sest enne maksejõuetuse menetluse alustamist maksete tegemise piirangu kehtestamise peamine eesmärk on esmajärjekorras mitte võlausaldajate võrdne kohtlemine, vaid üldine ühingu vara säilimise kindlustamine.⁴⁷ Samuti võivad olla lubatud maksed, mida juhatuse liige teeb selleks, et ühingu vara väärtust säilitada, kuid vaid põhjendatud ulatuses ning juhul, kui parandamiskulude kandmine on tõesti vajalik. Juhatuse liikme tegevus peab alati olema äriühingu huvides ja suunatud piisavas ulatuses vara säilitamisele, et ei oleks vajalik ühingu tegutsemise lõpetamine.

⁴⁴ G. Spindler. Trading in the Vicinity of Insolvency. - European Business Organization Law Review 2006/7 (1), p 342.

⁴⁵ *Ibid*, p 352.

⁴⁶ BGH, Beschluss vom 5. November 2007. - II ZR 262/06.

⁴⁷ U. Haas. GmbHG § 64 Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, Rn 73. - A. Baumbach, A. Hueck (Bearb). Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Beck'sche Kurzkommentare. 20. Auflage. München: C. H. Beck 2013.

Valitseva arvamuse kohaselt on Saksa õiguses lubatud eelkõige maksed, mis toovad kaasa väärtusliku vastusoorituse.⁴⁸ Vastastikuste lepingute puhul tekib aga küsimus, millise väärtusega vastusooritus on lubatav, mida tuleb hinnata arvestades laiemat ajavahemikuga kui üksnes makse tegemise hetk. Seda riisikot, et vastusoorituse väärtus ei ole võrdne ühingu poolt makstu väärtusega, kannab juhatuse liige, kes makse on teinud. Juhatuse liikme vastutuse välistamise klausel korraliku ettevõtja hoolsuse kaudu kaitseb hilisema kahjunõude esitamise võimaluse eest juhul, kui vastusoorituse väärtus ajas iseenesest langeb.⁴⁹

Makse lubatavuse üle saab otsustada ka selle järgi, kas juhul, kui tegemist oleks juba hilisema pankrotimenetluse staadiumiga, oleks haldur sellise makse teinud või selle jaoks nõusoleku andnud. Samas otsustamine selle üle, kas maksejõuetuse olukorras vastastikust lepingut jätkata või mitte, saab olla vaid halduri pädevuses. Lubatud peaksid olema seega maksed, mida oleks pidanud äriühingu nimel tegema ka juhul, kui pankrotiavaldus oleks õigeaegselt esitatud.

Äriühingu maksejõuetuse ilmnemisest tulenev maksete tegemise piirang hõlmab osanikele või aktsionärilede väljamaksete tegemise keeldu olukorras, kus ühingu netovara on väiksem või jääks väiksemaks osa- või aktsiakapitali ja reservide kogusummast. Vastutuse võivad kaasa tuua mitte ainult formaalselt maksed osanikele, vaid ka sellistele isikutele, kes on nendega majanduslikus või perekonnaõiguslikus seoses. Keelu rikkumisega on tegemist juhul, kui makse tegemise hetkel oli makse vastuvõtja äriühingu osanik.

Saksa õiguskirjanduse järgi on osanikule või aktsionärile tehtavate väljamaksetega hõlmatud nii rahalised maksed, kompensatsioonid ning muud tehingud lepingute täitmiseks, mis tähendab, et väljamakseteks on ka osanikule antud garantii realiseerimine, mis vähendab ühingu krediitvõimelisust ning osaniku laenu garanteerimine, kuid ainult juhul, kui tagasimaksmise nõuet ei ole võimalik igal hetkel maksma panna.⁵⁰ Osanikule tehtava maksega on tegemist juhul, kui makse on eraldi just osanikule tehtud või kui sellest saab kasu ainult osanik.

⁴⁸ H. Fleischer. AktG § 92 Vorstandspflichten bei Verlust, Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit, Rn 31. - G. Spindler, E. Stilz (Bearb). Kommentar zum Aktiengesetz. Beck'sche Kurzkommentare. Band 1. 2. Auflage. München: C. H. Beck 2010.

⁴⁹ U. Haas. GmbHG § 64 Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, Rn 70c. - A. Baumbach, A. Hueck (Bearb). Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Beck'sche Kurzkommentare. 20. Auflage. München: C. H. Beck 2013.

⁵⁰ *Ibid*, Rn 98.

Osanikele või aktsionäridele tehtavaid väljamakseid on vaja eristada maksejõuetuse olukorras muudest äriühingu nimel tehtavatest maksetest normide erineva kaitseala tõttu. Saksamaal on üldise maksete tegemise piirangu eesmärk ühingu vara säilitamine ja kindlustamine, kuid osanikele või aktsionäridele väljamaksete tegemise keelu puhul on oluline võlausaldajate nõuete rahuldamise eelisjärjekorda seadmine. Oluliseks erinevuseks üldise maksete tegemise keelu ning osanikele või aktsionäridele tehtavate väljamaksete puhul on seos maksejõuetuse ja makse tegemise vahel. Saksa õigusteadlased on seisukohal, et väljamakse tegemise keeld osanikele või aktsionärile ei kehti mitte ainult juba ilmnunud maksejõuetuse korral, vaid vaadatakse seda, kas maksejõuetuse tekkimine on ülekaalukalt tõenäoline.⁵¹ Makse tegemine on järelikult keeldu rikkuv juhul, kui on nähtav, et ühing ei ole suuteline oma kohustusi enam tavapäraselt täitma.

Kokkuvõttes on peaks maksete tegemise piirangu juures olema maksena käsitletavad kõik tehingud, mis mõjutavad äriühingu varalist seisundit ja seejuures ei ole olulised makse tegemise põhjused. Makseks ei loeta tehinguid varaga, millele on õigused kolmandatel isikutel ja mis tuleb neile seetõttu välja anda. Lubatud peaksid olema maksed, mida oleks tehtud ka juhul, kui pankrotiavaldus oleks õigeaegselt esitatud. Teatud igapäevase majandustegevuse jätkamiseks tehtavad maksed võivad olla põhjendatud ühingu vara säilitamise ja seeläbi võlausaldajate kaitse eesmärgil. Maksejõuetuse ilmnemisel on oluline lisaks maksete tegemise piirangu järgimisele olukorra püsivust arvestades kaaluda ka vajadust esitada pankrotiavaldus, mille õigeaegselt esitamata jätmine on käsitletav juhatuse liikme kohustuse rikkumisena.

1.3. Pankrotiavalduse esitamise seos maksete tegemise piiranguga

Juhatusel on liikme põhiliste kohustuste hulka kuuluvad muuhulgas juriidilise isiku esindamine ja igapäevase majandustegevuse juhtimine. Sellest tulenevalt peaks juhatuse liige olema püsivalt kursis äriühingu igapäevase majandusliku seisuga ja aru märkama, mis hetkest on ühing püsiva maksjõuetuse olukorras ehk mis hetkest on kohustuslik ja vajalik pankrotiavalduse esitamine.

Pankrotiavalduse esitamise kohustuse eesmärk on tagada, et juriidiline isik ei jätkaks püsivalt maksejõuetuna oma tegevust. Kaudselt on eesmärgiks kaitsta ka üldist ärikeskkonna

⁵¹ *Ibid*, Rn 104.

usaldusväärst.⁵² Saksa õiguskirjanduses on rõhutatud pankrotiavalduse esitamise kohustuse süstemaatilist seotust maksejõuetuse olukorras maksete tegemise piiranguga.⁵³ Nii kohustus esitada maksejõuetuse ilmnemisel pankrotiavaldus kui ka kohustus hoiduda maksejõuetuse ilmnemisel ühingu eest teatud maksete tegemisest teenivad sisuliselt võlausaldajate huve.

Üldine pankrotiavalduse esitamise kohustus tuleneb tsiviilseadustiku üldosa seaduse⁵⁴ (edaspidi TsÜS) §-st 36, mille järgi peavad juhatuse või seda asendava organi liikmed esitama pankrotiavalduse, kui on ilmne, et juriidiline isik on püsivalt maksejõuetu. Vastavalt osaühingute ja aktsiaseltside puhul täpsustavad erinormidena ÄS § 180 lg 5¹ ja § 306 lg 3¹, et juhatus peab viivitamata, kuid mitte hiljem kui kahekümne päeva möödumisel maksejõuetuse ilmnemisest esitama kohtule vastavalt osaühingu või aktsiaseltsi pankrotiavalduse, kui äriühing on maksejõuetu ning maksejõuetus ei ole tema majanduslikust olukorrast tulenevalt ajutine.

Pankrotiavalduse esitamise kohustus on iga juhatuse liikme individuaalne kohustus. Oluline on rõhutada, et tulenevalt PankrS § 13 lg-st 4 võib äriühingu nimel pankrotiavalduse esitada juhatuse iga liige ka siis, kui tal ei ole õigust juriidilist isikut üksinda esindada. Seega on juhatuse liikmetel kohustus esitada ühingu pankrotiavaldus viivitamata, kuid mitte hiljem kui kahekümne päeva möödumisel püsiva maksejõuetuse ilmnemisest.

Oluline on tähele panna, et pankrotiavalduse esitamisel võib kohus PankrS § 20 lg 1 järgi keelata ühingul ajutise halduri nõusolekuta vara käsutada, kusjuures käsutuskeelu võib kehtestada kogu või osa vara suhtes. PankrS § 36 lg 1 järgi läheb pankroti väljakuulutamiseiga üldjuhul ühingu õigus pankrotivara valitseda ja käsutada üle pankrotihaldurile.

Saksamaal tuleneb üldine pankrotiavalduse esitamise kohustus *Bürgerliches Gesetzbuch*'i⁵⁵ (edaspidi BGB) § 42 lg-st 2, mille järgi on juhatuse liikme kohustus esitada maksejõuetuse ilmnemisel või ülemäärase võlgnevuse korral pankrotimenetluse alustamise avaldus. Sama sätte teisest lausest tuleneb juhatuse liikmete solidaarvastutus selle kohustuse rikkumisel.

⁵² J. Sarv. KarS § 385¹. Pankrotiavalduse esitamise kohustuse täitmata jätmine, komm 1. - J. Sootak, P. Pikamäe (koost). Karistusseadustik. Kommenteeritud väljaanne. 3. trükk. Tallinn: Juura 2009.

⁵³ L. Klöhn. InsO § 15a Antragspflicht bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit, Rn 34. - H.-P. Kirchhof, H. Eidenmüller, R. Stürner (Herausgg). Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung. 3. Auflage. München: C. H. Beck 2013.

⁵⁴ Tsiviilseadustiku üldosa seadus. - RT I 2002, 35, 216...RT I, 06.12.2010, 12.

⁵⁵ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Artikel 4 Absatz 5 des Gesetzes vom 1. Oktober 2013 (BGBl. I S. 3719). Erhältlich: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf> 01.05.2014.

Täpsemalt on pankrotiavalduse esitamise kohustus reguleeritud InsO §-s 15a, mille esimese lõike järgi on äriühingu esindusorgani liikmed kohustatud juriidilise isiku maksejõuetuse ilmnemisel või ülemäärase võlgnevuse tekkimisel viivitamata, kuid mitte hiljem kui kolme nädala jooksul esitama pankrotiavalduse. Saksamaal ei ole osüühingute või aktsiaseltside eriseadustes, vastavalt GmbHG-s või AktG-s eraldi pankrotiavalduse esitamise kohustust üle korratud, vaid nende vastavates sätetes on toodud pärast maksejõuetuse ilmnemist maksete tegemise piirang.

Ühendkuningriigi õiguskorras ei ole sätestatud otseselt ranget pankrotiavalduse esitamise kohustust. IA art 272 järgi võib võlgnik esitada kohtule pankrotiavalduse üksnes alusel, et võlgnik ei ole suuteline oma võlgu ära tasuma. Range pankrotiavalduse esitamise kohustuse puudumist kompenseerib eelkõige IA art-st 214 tulenev maksejõuetuse olukorras äriühingu tegevuse jätkamise keeld ning vastutus selle rikkumise eest.

Pankrotiavalduse esitamine saab kohustuslik olla üksnes võlgnikule, antud juhul seega äriühingu nimel tegutsevatele juhatuse liikmetele. Samas on õigus esitada pankrotiavaldus ka võlausaldajal tulenevalt PankrS § 9 lg-st 1, §-st 10. PankrS § 10 lg 1 järgi peab võlausaldaja põhistama võlgniku maksejõuetuse ja tõendama nõude olemasolu. PankrS § 10 lg-s 2 on toodud asjaolud, millest vähemalt ühele peab võlausaldaja võlgniku maksejõuetuse põhistamiseks tuginema.

Saksa õiguskorras tuleneb võlausaldaja õigus esitada pankrotiavaldus InsO §-st 14, mille esimese lõike järgi peab võlausaldajal olema õiguslik huvi pankrotimenetluse alustamiseks. Võlausaldaja peab tõendama, et tal on nõue võlgniku vastu ning et esineb pankrotimenetluse alustamise alus.

Pankrotiavalduse esitamata jätmise eest on hetkel Eesti õiguskorras ette nähtud nii tsiviilõiguslik kui ka karistusõiguslik vastutus. Tsiviilõiguslik vastutus seisneb kahju hüvitamises. Võlaõigusseaduse⁵⁶ (edaspidi VÕS) § 1043 ja 1045 lg 1 p 7 alusel on pankrotiavalduse õigeaegse esitamise kohustust rikkunud juhatuse liige kohustatud hüvitama sellega õigusvastaselt tekitatud kahju, sest pankrotiavalduse esitamata jätmine on käsitletav seadusest tuleneva kohustuse rikkumisena. Karistusõigusliku vastutuse alus tuleneb KarS §-st 385¹, mille järgi on pankrotiavalduse esitamise kohustuse täitmata jätmine karistatav rahalise karistuse või kuni üheaastase vangistusega.

⁵⁶ Võlaõigusseadus. - RT I 2001, 81, 487...RT I, 29.11.2013, 4.

Saksamaa *Strafgesetzbuch*'is⁵⁷ (edaspidi StGB) § 283-283d on sätestatud pankrotialased süüteod. Erinevalt Eesti karistusseadustikust ei ole StGB-s toodud pankrotiavalduse esitamise kohustuse täitmata jätmise eest kuriteokoosseisu. Saksamaal sisaldub vastav säte InsO § 15a, mille järgi on pankrotiavalduse esitamata jätmise või õigeaegselt esitamata jätmise sanktsiooniks kuni kolme aastane vabadusekaotus või rahatrahv. Hooletusest pankrotiavalduse õigeaegselt esitamata jätmist karistatakse InsO § 15a lg 5 järgi kuni ühe aastase vabadusekaotuse või rahatrahviga. Saksa erialakirjanduses leitakse, et pankrotiavalduse esitamise kohustuse täitmata jätmisel on vastav sanktsioon vajalik näiteks olukorras, kus tsiviilõiguslikku kahjunõuet maksma panna ei ole võimalik.⁵⁸

Justiitsministeeriumi programmi „Parema õigusloome arendamine“ raames teostatava karistusõiguse revisjoni käigus plaanitakse KarS § 385¹ kehtetuks tunnistada ja sellega kaotada ära karistusõiguslik vastutus pankrotiavalduse esitamata jätmise eest.⁵⁹ Karistusseadustiku eelnõu seletuskirja kohaselt on täiendav karistusõiguslik vastutus ülemäärane ning pankrotiavalduse esitamise kohustuse täitmata jätmine ei pea olemuselt olema karistatav, sest võimalik on juhatuse liikmete otsevastutus.⁶⁰ Lisaks tuuakse viidatud Karistusseadustiku eelnõu seletuskirjas välja KarS § 385¹ koosseisu juures tõendamisprobleem, mis karistusõiguses eeldab olulisemalt kõrgemat tõendamiskoormist kui pankrotimenetlusest.

Kohtutäiturite ja Pankrotihaldurite Koja arvamuse kohaselt ei toimi pankrotiavalduse esitamise kohustuse täitmata jätmise koosseis praktikas, kuid samas selle koosseisu dekriminaliseerimisel rõhutatakse vajadust kehtestada selle asemel teistes seadustes normid,

⁵⁷ Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), zuletzt geändert durch Artikel 5 Absatz 18 des Gesetzes vom 10. Oktober 2013 (BGBl. I S. 3799). Erhältlich: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf> 01.05.2014.

⁵⁸ L. Klöhn. InsO § 15a Antragspflicht bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit, Rn 39. - H.-P. Kirchhof, H. Eidenmüller, R. Stürner (Herausgg). Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung. 3. Auflage. München: C. H. Beck 2013.

⁵⁹ Karistusseadustiku ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seadus. Eelnõu 16.07.2013, lk 36. Kättesaadav:

<http://www.just.ee/orb.aw/class=file/action=preview/id=58741/Karistusseadustiku+ja+sellega+seonduvalt+teiste+seaduste+muutmise+seaduse+eeln%F5u.pdf> 01.05.2014.

⁶⁰ Karistusseadustiku ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seadus. Eelnõu seletuskiri, lk 64-65. 16.07.2013.

Kättesaadav: <http://www.just.ee/orb.aw/class=file/action=preview/id=58823/Karistusseadustiku+ja+sellega+seonduvalt+teiste+seaduste+muutmise+seaduse+seletuskiri.pdf> 01.05.2014.

mis võimaldaksid äritegevuses pahatahtlikult tegutsevaid isikuid rahaliselt vastutama panna ja neile tegevuspiiranguid kehtestada.⁶¹

Käesoleva töö autor nõustub eeltoodud ettepanekuga loobuda pankrotiavalduse esitamise kohustuse täitmata jätmisel karistusõiguslikust vastutusest. Pankrotiavalduse esitamise kohustuse täitmata jätmise koosseisu dekriminaliseerimine on põhjendatud, sest pankrotiavalduse esitamata jätmise eest on juba ette nähtud tsiviilõiguslik vastutus, mis peaks olema piisavalt distsiplineeriv ja mõjuv, et juhatuse liikmed käituksid hoolsalt ja mõtleksid oma tegevuse või tegevusetuse tagajärgedele. Tõenäoliselt mõjutabki äritegevusega tegelevaid isikuid enam hirm võimaliku kahjunõude ees kui kahjunõude summast kordades väiksem rahatrahv. Samas on sellisel juhul eriti oluline tagada tsiviilõigusliku regulatsiooni selgus ja vastava nõude realiseerimise võimalikkus.

Pankrotiavalduse esitamise kohustuse tekkimiseni viinud maksejõuetus ei pruugi, aga võib-olla tingitud äriühingu majandustegevust korraldava isiku tegevusest. Juhul, kui maksejõuetus on tekkinud vastutava isiku kohustuste rikkumise tagajärjel, tekib vastutus maksejõuetuse põhjustamise eest. Võlgniku maksejõuetusel võivad olla väga erinevad põhjused, mille väljaselgitamine on oluline eelkõige vastutuse kohaldamise seisukohalt. Maksejõuetuse põhjuseks võib olla kuritegu, juhtimisviga või muu asjaolu. Sellised maksejõuetuse põhjused on välja toonud ka P. Varul, lisades, et muud asjaolud võivad olla väga erinevad, näiteks võlgniku võlgnike maksejõuetus, hindade muutumine turul, ja nende täpsel väljaselgitamisel ei ole olulist õiguslikku tähendust.⁶²

Saksa õigusteadlaste seisukoha järgi on võrreldes pankrotiavalduse esitamise kohustuse täitmata jätmisel tekkiva vastutusega on maksejõuetuse olukorras maksete tegemise piirangu rikkumisel vastutus mõnevõrra rangem, sest maksete tegemine võib äriühingu majanduslikust olukorrast tulenevalt olla keelatud juba varem, kuid pankrotiavalduse esitamata jätmise eest saab isiku vastutus tekkida alles siis, kui avalduse esitamise tähtaeg on möödunud.⁶³

⁶¹ Kohtutäiturite ja Pankrotihaldurite Koja arvamus. Karistusseadustiku ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu seletuskirja lisa 5. Kättesaadav: http://www.riigikogu.ee/?op=emsplain&page=pub_file&file_id=172d7282-5535-4e90-88cd-680a387143b1& 01.05.2014.

⁶² P. Varul. Võlgniku vastutus pankroti korral. - *Juridica* 2003/VII, lk 449.

⁶³ L. Klöhn. InsO § 15a Antragspflicht bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit, Rn 156. - H.-P. Kirchhof, H. Eidenmüller, R. Stürmer (Herausgg). *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*. 3. Auflage. München: C. H. Beck 2013.

Riigikohus on rõhutanud, et pankrotiavalduse esitamise kohustuse täitmata jätmisel võib kaasneda juhatuse liikme otsene isiklik vastutus osaühingu võlausaldajate ees, sest sellisel juhul käituks juhtorgani liige õigusvastaselt äriühingu võlausaldaja suhtes, kellega tal lepinguline suhe puudub.⁶⁴ Eesti kohtupraktika järgi kaitseb AS § 180 lg 5¹ osaühingu võlausaldajaid kahte liiki kahju eest. Esiteks peab pankrotiavalduse õigeaegne esitamine tagama osaühingu vara võimalikult suures ulatuses säilimise ning seeläbi võlausaldajate nõuete võimalikult suures ulatuses rahuldamise. Teiseks peab pankrotiavalduse õigeaegne esitamine tagama, et sisuliselt maksejõuetu äriühing ei osaleks edasi majandustegevuses, mille käigus tekkivaid kohustusi ta täita ei suuda. Riigikohus on leidnud, et viidatud sättel on samasugune toime nii eraõiguslikest suhetest tulenevate kohustuste võlausaldajate nõuete kaitsel kui ka riigi maksunõude kaitsel.⁶⁵

Kokkuvõttes aitab pankrotiavalduse õigeaegne esitamine eelkõige tagada osaühingu vara säilimise ning vähendada maksejõuetute äriühingute edasi tegutsemist ning uute võlgnevuste tekkimist. Rõhutada tuleb, et juhatuse liikmed peavad hoolimata pankrotiavalduse esitamisest hoiduma maksete tegemisest, mis ei ole vastavas olukorras kooskõlas korraliku ettevõtja hoolsusega. Nii kohustus esitada maksejõuetuse ilmnemisel pankrotiavaldus kui ka kohustus maksejõuetuse ilmnemisel hoiduda ühingu eest teatud maksete tegemisest teenivad sisuliselt võlausaldajate huve. Maksejõuetuse ilmnemisel pankrotiavalduse esitamine ja edasiste maksete tegemise piirang on omavahel tihedalt seotud.

⁶⁴ Riigikohtu tsiviilkollegiumi 22. septembri 2005. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-79-05, p 12. - RT III 2005, 28, 293.

⁶⁵ Riigikohtu tsiviilkollegiumi 25. veebruari 2013. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-188-12, p 12.

2. Maksete tegemise piirangu rikkumisel esitatav nõue

2.1. Nõude sisu ja ulatus

Maksejõuetuse olukorras oma kohustusi rikkunud äriühingu juhatuse liikme vastutus võib tekkida erinevatel alustel. P. Varuli järgi on võimalikud kolm põhilist vastutuse vormi: esiteks kriminaalõiguslik vastutus rahatrahvi või vangistusena, teiseks kahju hüvitamise kohustusena tsiviilõiguslik vastutus ja kolmandaks pankrotiõiguslik vastutus, mis väljendub spetsiifiliste õiguskaitsevahendite, näiteks aresti või ärikeelu kohaldamises.⁶⁶ Käesolevas töös keskendutakse äriühingu maksejõuetuse olukorras maksete tegemise piirangu rikkumise eest tekkida võivale tsiviilõiguslikule vastutusele.

Eesti õiguses on ÄS § 180 lg 5¹ kui ka § 306 lg 3¹ lausete 3 ja 4 kohaselt juhatuse liikmed solidaarselt kohustatud hüvitama osäühingule või aktsiaseltsile pärast maksejõuetuse ilmumist äriühingu eest tehtud maksed, mille tegemine vaadeldavas olukorras ei olnud kooskõlas korraliku ettevõtja hoolsusega. Juhatuse liikme vastutuse üldnormideks on ÄS § 187 ja § 315, mille järgi juhatuse liikmed, kes on oma kohustuste rikkumisega tekitanud kahju osäühingule või aktsiaseltsile, vastutavad tekitatud kahju hüvitamise eest solidaarselt. Väljamaksete tegemisel osanikele või aktsionäridele vastutavad tulenevalt ÄS § 158 lg-st 6 ja § 280 lg-st 6 ebaseadusliku väljamakse põhjutanud juhatuse ja nõukogu liikmed väljamakse tagastamise eest solidaarselt väljamakse saanud osaniku või aktsionäriaga.

Saksamaal on GmbHG §-s 64 kõigepealt toodud maksejõuetuse olukorras osäühingu eest maksete tegemise piirang ning seejärel viidatud GmbHG § 43, mis on üldine paragrahv osäühingu juhatuse liikme vastutuse kohta. Aktsiaseltsi juhatuse liikme vastutus maksejõuetuse olukorras maksete tegemise piirangu rikkumisel reguleeritud AktG § 92 lg-s 2. AktG § 93 reguleerib aktsiaseltsi juhatuse liikme kohustuse rikkumisel nõude esitamist.

Ühendkuningriigis on nõude aluseks IA art 214, milles on sätestatud maksejõuetuse ilmnemisel maksete tegemise piirang ja sellest tuleneb ka nõude esitamise õigus. IA art 215 täpsustab kohtumenetluse läbiviimist IA art 214 alusel.

Isikul, kellel on kahju tekkinud, on sageli raske kahju täpset suurust tõendada. Sellist seisukohta on väljendatud ka erialakirjanduses.⁶⁷ Konkreetne kahju hüvitamise nõude

⁶⁶ P. Varul. Võlgniku vastutus pankroti korral. - Juridica 2003/VII, lk 449.

⁶⁷ K. Sein. VÕS § 127 Kahju hüvitamise eesmärk ja ulatus, komm 4.13. - P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi (koost). Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2006.

rahuldamisel väljamõistetav hüvitise suurus on lõppastmes kohtu diskretsioonil põhinev otsus. VÕS § 127 lg 6 esimeses lauses on sätestatud, et juhul, kui kahju tekitamine on kindlaks tehtud, kuid kahju täpset suurust ei saa kindlaks teha, otsustab hüvitise suuruse kohus.

Kohtu kaalutusõigus konkreetse kahjuhüvitise määramisel tuleneb ka tsiviilkohtumenetluse seadustiku⁶⁸ (edaspidi TsMS) § 233 lg-st 1, mille järgi juhul, kui menetluses on tuvastatud kahju tekitamine, kuid kahju täpset suurust ei õnnestu kindlaks teha või selle kindlakstegemine oleks seotud eriliste raskustega või ebamõistlikult suurte kuludega, otsustab kohus kahju suuruse oma siseveendumuse kohaselt kõiki asjaolusid arvestades.

Riigikohus on leidnud, et kahju hüvitamise nõue ei pea muude kahju hüvitamise eelduste tuvastamisel jääma rahuldamata ainuüksi põhjusel, et kahju täpset suurust ei ole kahju kandnud isikul võimalik tõendada.⁶⁹ Viidatud Riigikohtu otsuses on selgitatud, et muude kahju hüvitamise eelduste tuvastamisel ei takista kahju väljamõistmist see, kui tekkinud kahju suurus pole lõplikult selge, sest kohtul on tõenäosuse piires kahju suuruse hindamisel diskretsiooniõigus ja -kohustus.

Saksa õiguskorras tuleneb õiguslik alus kohtul kaalutusotsustuse langetamiseks konkreetse kahjuhüvitise suuruse väljamõistmisel *Zivilprozessordnung*'i⁷⁰ (edaspidi ZPO) § 287 lg-st 1. Sarnaselt TsMS § 233 lg-le 1 on ZPO § 287 lg-s 1 märgitud, et kui pooled vaidlevad selle üle, kas kahju on tekkinud ja millises ulatuses tuleks see kompenseerida, on kohtul õigus kõiki asjaolusid arvestades määrata enda hinnangul sobiv kahjuhüvitis.

Kohtu diskretsiooniõiguse kohta on Saksa erialakirjanduses märgitud, et ZPO § 287 lg-st 2 tuleb kohtul õigus sobiv kahjuhüvitis määrata kõigi vaidluste puhul, milles on vaidluse all rahalise makse tegemine või kohustuse täitmine.⁷¹ Kahjuhüvitise suuruse määramise kohta on Saksa õiguskirjanduses märgitud, et juhatuse liikme vastutus ei ole piiratud mitte ainult nende nõuete osas, mida esitab pankrotihaldur äriühingu nimel, vaid hõlmab kõiki lubamatuid

⁶⁸ Tsiviilkohtumenetluse seadustik. - RT I 2005, 26, 197...RT I, 13.03.2014, 100.

⁶⁹ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 17. juuni 2002. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-81-02. - RT III 2002, 20, 238, p 16.

⁷⁰ Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 10. Oktober 2013 (BGBl. I S. 3786).
Erhältlich: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/zpo/gesamt.pdf> 01.05.2014.

⁷¹ H. Prütting. ZPO § 287 Schadensermittlung; Höhe der Forderung, Rn 19. - T. Rauscher, P. Wax, J. Wenzel (Herausgg). Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. Band 1. 4. Auflage. München: C. H. Beck 2013.

väljamakseid.⁷² Sarnaselt Eesti Riigikohtu seisukohale on ka Saksa õiguskirjanduses rõhutatud, et kohus saab enda hinnangul sobiva kahjuhüvitise määrata üksnes juhul, kui kõik muude kahju hüvitamise eelduste olemasolu tõendatud.⁷³

Ühendkuningriigi õiguses, täpsemalt IA artikli 214 lg-s 1 on ette nähtud, et kohus võib maksejõuetusmenetluse käigus ühingu kasuks mõista välja enda hinnangul mõistliku kahjuhüvitise isikult, kes olles sellel ajal ühingu juhatajaks ja teades, et maksejõuetusmenetlus on ühingu jaoks vältimatu, tegeles edasi ebaausa äritegevusega. Viidatud sättes on ka täpsustatud, et seda ei rakendata juhul, kui isik on teinud kõik vajaliku selleks, et vähendada võimalikku kahju ühingu võlausaldajatele. Selle sätte puhul piisab, kui tõendada, et juhatuse liige on olnud ebakompetentne ja hooletu.⁷⁴ Samas näiteks IA artiklis 213 sätestatud pahauskse äritegevuse (*fraudulent trading*) puhul on lisaks oluline tõendada, et isik on tegutsenud pahauskselt.

Vastutus maksejõuetuse olukorras maksete tegemise piirangu rikkumise eest ei ole mitte karistuslik meede, vaid selle eesmärgiks on kompenseerida tekitatud kahju. Seda on rõhutanud ka B. Hannigan.⁷⁵ Ühendkuningriigi käsitlese järgi juhatuse liikmel kohustused äriühingu ees, kuid samal ajal peab ta maksejõuetuse olukorras tegutsema võlausaldajate huve arvestades.⁷⁶ Väiksemate äriühingute puhul, kus juhatuse liige võib olla tihti ka enamus- või ainuosanikuks, võib tekkida probleeme sellega, et juhatuse liikmed teevad kõik selleks, et taastada osaliselt oma osa või aktsia väärtus ja säilitada oma positsioon. Samas, kui nad peaksid ebaõnnestuma, oleks aktsionäri või osanikuna nende vastutus piiratud vaid oma osa ulatuses. Juhatuse liikme isiklik vastutus on õiguslik instrument, mis kaotab ära aktsionäri või osaniku privileegi, mis seaks isiku vastutuse ulatusele piirid juhul, kui juhatuse liige on ka vastava äriühingu aktsionäriks või osanikuks.

⁷² M. Rotte. Folgewirkungen des MoMiG auf die GmbH in der Krise. Konsequenzen für den Gläubiger- und Kapitalschutz. 2008, S 4775. Erhältlich: <http://steuerberater-waltrop.de/MoMiG.pdf> 01.05.2014.

⁷³ H. Prütting. ZPO § 287 Schadensermittlung; Höhe der Forderung, Rn 14. - T. Rauscher, P. Wax, J. Wenzel (Herausgg). Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. Band 1. 4. Auflage. München: C. H. Beck 2013.

⁷⁴ P. R. Ellington, I. M. Fletcher. Responsibility and Liabilities of Directors and Officers of Insolvent Corporations in the UK. *International Business Lawyer* 1988/16 (11), p 493.

⁷⁵ B. Hannigan. *Company law*. Second Edition. Oxford: Oxford University Press 2009, p 705.

⁷⁶ A. Cahn, D. C. Donald. *Comparative Company Law. Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA*. Cambridge University Press 2010, p 336.

Ühendkuningriigi erialakirjanduses on ühelt poolt IA artiklis 214 sisalduvale regulatsioonile heidetud ette selle nõrkust, kuid osa autoreid on asunud ka vastupidisele seisukohale, rõhutades just selle sätte olulisust. P. L. Davies on rõhutanud, et võimalus tänu IA artiklis 214 sisalduvale regulatsioonile juhatuse liikmed isiklikult vastutusele võtta peaks muutma juhatuse liikmed hoolsamaks ja panema nad mõtlema rohkem sellele, milline käitumine on võlausaldajate huvides.⁷⁷

Samuti on A. Campbell kirjeldanud Ühendkuningriigi vastavat regulatsiooni kui kahtlemata ühte olulisemat arengut ühinguõiguses, sest võimalus panna juhatuse liikmeid isiklikult vastutama maksejõuetu äriühingu nimel tehtud maksete eest, on märkimisväärne muutus võrreldes piiratud vastutuse põhimõttega.⁷⁸ Seevastu H. Eidenmüller on IA art 214 lg 1 regulatsiooni nõrkusena välja toonud asjaolu, et juhatuse liikmeid saab vastutusele võtta mitte maksejõuetuse ilmnemisest, vaid alles siis, kui äriühingu suhtes on juba käimas maksejõuetusmenetlus ning isegi sellisel juhul on makseid teinud isikul võimalik vastutusest vabaneda, kui ta tõendab, et maksete tegemise ajal eksisteeris ühingul reaalne võimalus maksejõuetusmenetlust vältida.⁷⁹ Kuigi selle sätte kohta ei ole hulgaliselt kohtupraktikat, on see aidanud kaasa hoolsamale äriühingu juhtimisele ja määratlenud teatud, millistele standarditele peaks vastama maksejõuetuse olukorras vastu võetud otsused.

Nii Eestis, Saksamaal kui ka Ühendkuningriigis on kohtuvaidlusteni praktikas jõudnud küllaltki vähe kaasuseid, kus oleks küsimuseks maksejõuetuse olukorras maksete tegemise piirangu rikkumine. Kahju hüvitamise nõude realiseerimine võib osutuda võimatuks hoolimata sellest, et juhatuse liige on jätkates maksejõuetuse ilmnemisel äriühingu eest maksete tegemist. See võib olla tingitud asjaolust, et kahju hüvitise nõude juures arvestada ka seda, kas nõude esitanud isik on teinud omalt poolt kõik mõistlikult vajaliku, et hoida ära või vähendada kahju tekkimist. Vajadust arvestada kahju hüvitamise nõude lahendamisel nimetatud põhimõttega on korduvalt rõhutanud oma praktikas ka Riigikohus.⁸⁰

Riigikohus on juhtinud tähelepanu sellele, et juhul, kui isikul on lisaks rikkuja vastu kahju hüvitamise nõude esitamisele võimalik kolmandalt isikult tagasi nõuda rikkumise tõttu tema

⁷⁷ P. L. Davies. *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*. Eighth Edition. Sweet & Maxwell 2008, p 221.

⁷⁸ A. Campbell. *Wrongful Trading and Company Rescue*. - *Cambrian Law Review* 1994/25, p 71.

⁷⁹ H. Eidenmüller. *Trading in Times of Crisis: Formal Insolvency Proceedings, workouts and the Incentives for Shareholders/Managers*. - *European Business Organization Law Review* 2006/7 (1), p 249.

⁸⁰ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 11. mai 2005. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-41-05, p 55. - RT III 2005, 17, 181; Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 25. aprill 2006. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-27-06, p 13. - RT III 2006, 17, 162.

poolt tasuta või muul viisil õigusliku aluseta üleantu tagastamist, tuleb seda kahju hüvitamise nõude puhul arvestada.⁸¹ Kahju ulatuse kohta on Riigikohus märkinud, et kahjuna saab olla käsitletav vaid see osa väidetavast kahjust, mille võrra tagasinõudeõiguse väärtus on kahjuna nõutavast summast väiksem.⁸²

Hilisemas lahendis on Riigikohus täpsustanud, et kahjuhüvitamise saamiseks peaks tõendama, et tagasinõue on väärtusetu.⁸³ Samas on Riigikohus rõhutanud, et tagasinõude olemasolu iseenesest ei välista kahju hüvitamise nõuet.⁸⁴ Eeltoodust tulenevalt tuleb äriühingu juhatuse liikme vastu maksete tegemise piirangu rikkumisest tuleneva kahju hüvitamise nõude esitamisel tõendada, et puuduvad muud võimalused kompenseerida lubamatu maksega tekitatud kahju.

Õiguskirjanduses on maksejõuetuse olukorras kahju hüvitamise nõuete realiseerimise kohta vähese kohtupraktika ühe võimaliku põhjusena toodud ebakindlus selle alusel nõuete esitamisel, sest lahendamist vajavad küsimused on pigem hinnangulised ja vaieldavad kui objektiivselt kindlaks määratud.⁸⁵ Praktikas võib nõuete realiseerimine keeruliseks osutada seetõttu, et pankrotihaldur ei saa võtta liigset riski, et äriühingu vara võib veelgi väheneda juhul, kui nõue juhatuse liikme vastu jääb rahuldamata.⁸⁶ B. Hannigan on selle põhjustena näinud ühelt poolt seda, et nõuete maksmapanekuks ei jätku piisavalt ressursi kui ka teiselt poolt seda, et võlausaldajad ei ole nõus kohtuvaidlusi omalt poolt finantseerima, kuna selle sätte kohaldamisala on küllaltki ebakindel.⁸⁷ Põhilisteks takistusteks kahjunõude realiseerimisel on seega laia tõlgendamisruumi tõttu ebakindlus lõpptulemuse osas ja kohtuvaidluste kulukus.

Üks võimalus nõude realiseerimise efektiivsuse tagamiseks oleks see, kui kohtuvaidlusi võiks rahastada kolmandad isikud. Ühendkuningriigis on seda võimalust käsitletud asjas *Re Oasis Merchandising Service Ltd*, kuid kohus seadis sellise võimaluse õiguspärasuse kahtluse alla.⁸⁸ Probleemne on asjaolu, et maksejõuetuse olukorras lubamatute maksete tegemise eest kahju

⁸¹ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 11. mai 2005. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-41-05, p 55. - RT III 2005, 17, 181.

⁸² Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 12. jaanuari 2004. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-135-03, p 16. -RT III 2004, 4, 44.

⁸³ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 25. aprill 2006. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-27-06, p 13. - RT III 2006, 17, 162.

⁸⁴ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 11. mai 2005. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-41-05, p 55. - RT III 2005, 17, 181.

⁸⁵ A. Campbell. *Wrongful Trading and Company Rescue*. - *Cambrian Law Review* 1994/25, p 77.

⁸⁶ P. L. Davies. *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*. Eighth Edition. Sweet & Maxwell 2008, p 224.

⁸⁷ B. Hannigan. *Company law*. Second Edition. Oxford: Oxford University Press 2009, pp 706-707.

⁸⁸ *Re Oasis Merchandising Service Ltd* Court of Appeal, 09.10.1996. [1997] 2 W.L.R. 765; [1998] Ch. 170.

hüvitamise vaidluses on keeruline määratleda, mis võiks olla vastusooritus või kasu kolmanda isiku jaoks, kes nõude esitamist finantseerinud. Arutletud on võimaluse üle anda kolmandatele isikutele õigus omandada ühingu osa või saada muud kasu menetlusest, kuid küsitav on maksejõuetu äriühingu osa väärtus ning kolmanda isiku huvi selle omandamise vastu.⁸⁹ Hetkel ei ole see ei Eestis, Saksamaal ega ka Ühendkuningriigis lubatud meetod.

Maksete tegemise piirangu rikkumisel esitatava nõude sisuks on juhatuse liikme poolt kahju hüvitamine, mis ta on tekitanud keeluvastase tegevusega. Nõude maksmapanekul peab nõude esitaja tõendama juhatuse liikme kohustuse rikkumise, äriühingul kahju tekkimise ja põhjusliku seose rikkumise ja kahju vahel. Osanikele või aktsionäridele keelatud väljamakse tegemisel peab tõendama, et makse tegemine on viinud äriühingu maksejõuetuseni. Juhul, kui juhatuse liikme poolt tehtud tehing on vaidlustatav, peab haldur seda tagasivõitmise korras tegema. Just põhjusliku seose tõendamine võib põhjustada halduril raskusi.

Saksa õiguskirjanduse kohaselt vastutab juhatuse liige hoolimata sellest, kas tehing on hilisemas pankrotimenetluses tagasivõidetav.⁹⁰ Eestis peab äriühing nõude maksmapanekul tõendama, et juhatuse liige on rikkunud oma kohustusi ja just nende rikkumiste tulemusena on ühingule tekkinud kahju. Juhatuse liikmel on omakorda võimalus tõendada, et ta on tegutsenud korraliku ettevõtja hoolsusega. Sellist seisukohta on väljendanud ka Riigikohus.⁹¹

Ühendkuningriigi õiguses jaguneb tõendamiskoormis selliselt, et pankrotihaldur peab tõendama, et juhatuse liige teadis või pidi teadma, et ühingul puuduvad väljavaated pankrotimenetluse vältimiseks. Selle tõendamiseks tuleb koostada mahukaid aruandeid ja kasutada eksperte, mis on aeganõudev ja kulukas tegevus. Juhatuse liikmed peavad omakorda tõendama, et nad on teinud endast kõik võimaliku, et vähendada võlausaldajatel tekkida võivat kahju.⁹²

⁸⁹ T. Bersheda. Insolvency Act 1986, Section 214: A Model for the European Initiative on Wrongful Trading. - Cambridge Student Law Review 2005/1, p 69.

⁹⁰ U. Haas. GmbHG § 64 Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, Rn 86. - A. Baumbach, A. Hueck (Bearb). Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Beck'sche Kurzkommentare. 20. Auflage. München: C. H. Beck 2013.

⁹¹ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 3. märts 2014. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-197-13, p 14.

⁹² A. Campbell. Wrongful Trading and Company Rescue. - Cambrian Law Review 1994/25, p 78.

G. Spindleri hinnangul aitab tõendamiskoormise jagunemine selliselt, et juhatuse liikmed peavad tõendama heas usus tegutsemise, kaasa ka võlausaldajate otsenõuete esitamisel.⁹³ Võrreldes Eesti ja välisriikide regulatsioone on käesoleva töö autor seisukohal, et Eestis on põhjendatud tõendamiskoormise jagunemine selliselt, et nõude esitaja peab tõendama juhatuse liikme poolt kohustuse rikkumise ja näitama ära sellega seoses ühingule tekitatud kahju ning juhatuse liikmel on omakorda tõendada, et ta on tegutsenud korraliku ettevõtja hoolsusega.

Nõude esitamise puhul tekib küsimus ka selle maksmapaneku ajast. Täpsemalt on küsimus sellest, kas see peaks olema võimalik ka juba enne seda kui kohtusse pankrotiavaldus esitatakse, näiteks juba vahetult pärast vastava makse tegemisest teadasaamist. Varem on Saksa ülemkohus asunud seisukohale, et kahjunõude saab maksmata panna pärast maksejõuetusmenetluse alustamist või kui avaldus on lükatud tagasi seetõttu, et ühingul ei ole piisavalt vara menetluskulude katteks.⁹⁴ Ühes oma uuemas lahendis on Saksa ülemkohus aga leidnud, et viidatud sättest tulenevat nõuet saab maksmata panna alates hetkest, kui on tehtud ühingu vara vähenemist põhjendanud makse.⁹⁵ Erialakirjanduses toetatakse pigem Saksa ülemkohtu varem väljendatud seisukohta, et õigem oleks võimaldada nõude maksmapanekut pärast maksejõuetusmenetluse alustamist, sest just sellest hetkest saab tekkida küsimus, kas enne menetluse algust ühingu varast tehtud makse vähendab võlausaldaja võimalusi oma nõude rahuldamiseks.⁹⁶

Kahjunõude esitamise aja kohta on Ühendkuningriigi õiguskirjanduses leitud, et vastav nõue on võimalik maksmata panna juhul, kui äriühingu suhtes on juba käimas pankrotimenetlus, kuigi on rõhutatud, et äriühingule oleks kasulikum, kui nõue oleks võimalik esitada varem.⁹⁷ Võimalus asuda likvideerima äriühingule tekitatud kahju, see tähendab esitada nõue vahetult pärast makse tegemist, tundub loogiline, kuid samas ei saa olla sellel hetkel veel tekkinud kindlat veendumust ja selgust äriühingule sellega tekitatud kahju ja selle ulatuse osas. Seetõttu on käesoleva töö autori hinnangul põhjendatud regulatsioon, mille järgi on vastava

⁹³ G. Spindler. Trading in the Vicinity of Insolvency. - European Business Organization Law Review 2006/7 (1), p 351.

⁹⁴ BGH, Urteil vom 11. September 2000. - II ZR 370/99.

⁹⁵ BGH, Urteil vom 16. März 2009 - II ZR 32/08.

⁹⁶ U. Haas. GmbHG § 64 Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, Rn 12. - A. Baumbach, A. Hueck (Bearb). Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Beck'sche Kurzkommentare. 20. Auflage. München: C. H. Beck 2013.

⁹⁷ A. Campbell. Wrongful Trading and Company Rescue. - Cambrian Law Review 1994/25, p 84.

kahjunõude maksmapanek lubatud pärast seda, kui äriühingu suhtes on alustatud pankrotimenetlust.

Vastutuse ulatuse kohta on Ühendkuningriigi ülemkohus kaasuses *The Continental Assurance Company of London plc* märkinud, et isik vastutab äriühingu vara vähenemise ulatuses, mis põhjustati sellega, et jätkati maksete tegemist hetkest, millal oleks pidanud esitama pankrotiavalduse kuni reaalse pankrotimenetluse alustamiseni.⁹⁸ Viidatud kohtuotsuses on leitud, et vastutus on piiratud nende tagajärgedega, mis on omistatavad ebaausale käitumisele.

Ühendkuningriigi kohus on asjas *Re Marini Ltd* rõhutanud, et võrdlema peab äriühingu varalist seisu päeval, kui oli selge, et edasiste maksete tegemise peaks lõpetama ja päeva, kui realselt lõpetati edasiste maksete tegemine.⁹⁹ Kohus on viimati viidatud lahendis selgitanud, et õige ei ole mitte võrrelda, kas uusi võlgnevusi oleks tekkinud pärast päeva, millal oli selge, et edasiste maksete tegemise peaks lõpetama või kas äriühingust on tehtud väljamakseid, vaid küsida just selle järele, kas äriühingu varalisest seisust nähtub, et see on muutunud halvemaks sellega, et on jätkatud edasiste maksete tegemist.

Ühendkuningriigi kohtupraktikas eristatakse kahju, mis on maksete tegemise piirangu rikkumisel tekitatud äriühingule ja laiemalt võlausaldajate kahjustamist.¹⁰⁰ Kohtuasjas *Re Purpoint Ltd* on kohus rõhutanud, et kahjunõude eesmärk on heastada ühingule tekkinud kahju ja see on omakorda kasulik võlausaldajatele.¹⁰¹ Õiguskirjanduses on märgitud, et eelkõige on sellise kahjunõude realiseerimine tagatiseta nõudega võlausaldajate huvides.¹⁰²

Samas Saksa kohtupraktikas peetakse GmbH § 64 lg 2 rikkumisel oluliseks eelkõige kahju kompenseerimist äriühingule, sest seal on kesksel kohal just ühingu huvid. Käesoleva töö autori arvates on nii pankrotiavalduse esitamise kohustuse regulatsioon kui ka maksejõuetuse ilmnenemisest tuleneva maksete tegemise piirangu kehtestamine võlausaldajate huvides, sest kui makse teinud isikult nõutakse välja kompensatsioon äriühingu kasuks, siis aitab äriühingu varalise seisundi parandamine kaasa ka võlausaldajate huvide kaitsele.

⁹⁸ *The Continental Assurance Company of London plc*. High Court of Justice Chancery Division, 27.04.2001. No. 006099 of 1996.

⁹⁹ *Re Marini Ltd*. Chancery Division /Companies Court), 03.03.2003. [2003] EWHC 334 (Ch).

¹⁰⁰ *The Continental Assurance Company of London plc*. High Court of Justice Chancery Division, 27.04.2001. No. 006099 of 1996.

¹⁰¹ *Re Purpoint Ltd*. Chancery Division (Companies Court), 08.03.1990. [1991] B.C.C. 121.

¹⁰² L. C. Ho. *On Deepening Insolvency and Wrongful Trading*. 2005, p 14. Available: <http://ssrn.com/abstract=741024> 01.05.2014.

Kuigi esmapilgul võivad Saksamaa ja Ühendkuningriigi regulatsioonid maksejõuetuse olukorras maksete tegemise piirangu ja selle rikkumisel kahjunõude esitamise kohta väga sarnased, selgub mõlema riigi kohtupraktikat võrreldes, et see päris nii ei ole. Õigusaktide pinnalt tundub, et Ühendkuningriigi IA art 214 regulatsioon on võrreldes Eesti AS-i ja Saksa GmbHG ja AktG vastavates sätetes sisalduva regulatsiooniga selgitavam ja põhjalikum. Ühendkuningriigi kohtupraktikast jääb mulje, et seal tolereeritakse maksete tegemise jätkamist laiemas ulatuses kui seda on teinud Saksa kohtud. Hoolimata erinevast sõnastusest jätavad kõigi võrreldavate õiguskordade vastavad sätted küllaltki laia tõlgendusruumi, mis võib jällegi venitada maksejõuetuse olukorras üles kerkivate kohtuvaidluste kestvust ja omada kahjustavat mõju õiguskindlusele.

Kokkuvõttes on oluline rõhutada, et kuigi lootma ei peaks mitte kahjunõude esitamise kaudu kahjulike tagajärgede likvideerimisele, vaid juhatuse liikmete käitumine peaks olema juba algusest peale suunatud kahju tekkimise ärahoidmisele, on maksete tegemise piirangu rikkumisel võimalik esitada kahju hüvitamise nõue. Esitatava nõude sisuks on juhatuse liikme poolt kahju hüvitamine, mis ta on lubamatu maksega tekitanud. Konkreetne kahjuhüvitise suurus on kohtu kaalutusotsus, kusjuures vaatama peaks just seda, kui võrd on ühingu varaline seisund makse tegemisega halvenenud. Vastava kahjunõude maksmapanek alles pankrotimenetluses on õigustatud sellega, et selleks ajaks on selged ka maksega kaasnenud tagajärjed ja kahju ulatus.

2.2. Kahju hüvitamise nõude kohustatud ja õigustatud subjekt

2.2.1. Kahju hüvitamise nõude kohustatud subjekt

Üldreeglina on maksete tegemise piirangu rikkumisest tuleneva kahjunõude esitamisel kohustatud isikuks makse teinud juhatuse liige ning nõudeõigus on äriühingu nimel pankrotihalduril. Küsida võib aga selle järgi, kas kohustatud ja õigustatud isikute ring on praktikas laiem. Esiteks vaadatakse, kes võivad olla maksejõuetuse olukorras äriühingu nimel maksete tegemise eest vastutavateks isikuteks.

Oluline on rõhutada, et äriühingu maksejõuetuse ilmnemisest tuleneva maksete tegemise piirangu rikkumisel ei ole kahju hüvitamise nõude esitamisel tegemist juhatuse kui organi vastutusega, vaid eraldi iga juhatuse liikme individuaalse vastutusega. Tulenevalt AS § 180 lg 51 ja § 306 lg 31 sõnastusest on maksejõuetuse olukorras maksete tegemisest hoidumine

sõnaselgelt juhatuse liikme kohustuseks ning seega on just juhatuse liige kohustatud subjektiks nõude esitamisel.

Üldreeglina vastutuse lasumine juhatuse liikmetel võiks olla põhjendatud sellega, et vastavalt TsÜS § 31 lg 1 ja 5 on eraõigusliku juriidilise isiku organiteks üldkoosolek ja juhatus, kelle tegevus loetakse juriidilise isiku tegevuseks. Kas peale juhatuse liikme oleks põhjendatud kahjunõude esitamine ka nõukogu liikmete ja koguni osanike või aktsionäride vastu?

Maksete tegemise keelu rikkumisel võib juhatuse ja nõukogu liikme kõrval küsida ka osaniku või aktsionäri võimaliku vastutuse kohta. Osanike või aktsionäride puhul on üldiselt tegemist piiratud vastutusega nende osa suhtes. Juhul, kui juhatuse liige teeb maksejõuetuse olukorras keelatud väljamakseid osanikele või aktsionäridele, on tulenevalt ÄS § 158 lg-st 6 ja § 280 lg-st 6 võimalik makse sooritanud juhatuse liikme ja selle vastu võtnud osaniku või aktsionäri solidaarvastutus. Seega üldiselt ei ole osanikud ega aktsionärid kohustatud subjektiks äriühingu maksejõuetuse olukorras maksete tegemise keelu järgimisel.

Eestis ja Saksamaal on kasutusel nii ühetasandiline kui ka kahetasandiline äriühingute juhtimissüsteem. Kahetasandiline äriühingute juhtimissüsteem tähendab, et ühingul on lisaks juhatusele ka nõukogu. Eesti õiguses tuleneb vastav regulatsioon TsÜS § 31 lg-st 2, mille järgi on eraõigusliku juriidilise isiku juhtorganiks juhatus ning juhul, kui seaduses on nõukogu olemasolu sätestatud, on juhtorganiks ka nõukogu.

Eestis toimub kahetasandiline juhtimine aktsiaseltsides, sest nende puhul on nõukogu olemasolu kohustuslik. Samas osaühingul peab vastavalt ÄS § 189 lg-le 1 olema nõukogu juhul, kui see on ette nähtud ühingu põhikirjas. Osaühingu nõukogu pädevusele ja tegevusele kohaldatakse vastavalt aktsiaseltsi nõukogu kohta sätestatud. ÄS § 316 järgi on nõukogu pädevuses planeerida aktsiaseltsi tegevust, korraldada selle juhtimist ja teostada järelvalvet juhatuse tegevuse üle. Tulenevalt ÄS § 327 peab nõukogu liige, nagu ka juhatuse liige, oma kohustusi täitma korraliku ettevõtja hoolsusega ning vastasel juhul oma kohustuste rikkumisega ühingule tekitatud kahju hüvitama. Seega on üldine nõukogu liikme vastutuse regulatsioon analoogne juhatuse liikme vastutuse regulatsiooniga.

Kuna nõukogul on ülevaade ühingu majanduslikust olukorrast, võiks nõuda ka nende liikmetelt vastavat reageerimist juhul, kui märkavad, et osaühingul on makseraskused või on tegemist juba püsiva maksejõuetuse olukorraga. Nõukogu liikmel ei ole sellist piiratud vastutust nagu osanikul või aktsionäril. Teatud tehinguteks peab olema juhatusel vastavalt ÄS § 180 lg-le 4 või § 306 lg-le 2 nõukogu nõusolek ning sellisel juhul võibki nõukogu liikme

vastutus tekkida olukorras, kus ta on andnud nõusoleku tehingu tegemiseks, kuid ei ole seejuures tegutsenud lähtudes korraliku ettevõtja hoolsusest ega arvestanud, et tegemist võib olla maksega, mille tegemine ei ole maksejõuetuse olukorras lubatud. See võiks olla põhjendatav ka asjaoluga, et ÄS § 180 lg-st 5 või § 306 lg 3 tulenevalt peab juhatus esitama nõukogule vähemalt kord nelja kuu jooksul ülevaate osauhingu majandustegevusest ja majanduslikust olukorrast, samuti teatama koheselt osauhingu majandusliku seisundi olulisest halvenemisest ja muudest osauhingu majandustegevusega seotud olulistest asjaoludest.

TsÜS § 37 lg 1 ls 2 järgi juhtorgani liige ei vastuta, kui ta tegutses vastavalt juriidilise isiku üldkoosoleku või muu pädeva organi õiguspärasele otsusele. Selle järgi peaks juhatuse liikme vastutus olema justkui välistatud näiteks olukorras, kus nõukogu on otsustanud äriühingu majandustegevuse jätkamise hoolimata maksejõuetuse ilmnemisest ja juhatuse liige on selle alusel teinud makse.

Erialakirjanduses on selgitatud, et üldjuhul ei saa nõukogu anda juhatusele korraldusi tehingute tegemiseks, mistõttu peab hoolsuskohustust järgiv juriidilise isiku juhtorgani liige, kes soovib hiljem tugineda juriidilise isiku kõrgemalseisva organi õiguspärasele otsusele, veenduma otsuse formaalses ja sisulises õiguspärasuses.¹⁰³ Täpsustatud on, et kõrgemalseisva organi sisulise otsuse õiguspärasuses võib kahelda, kui see lubab juhtorgani liikmele käitumist, mis võimaldab juriidilisele isikule kahju tekitamist ulatuses, mis ilmselt ületab võimalikku tulu.¹⁰⁴ Seega ei saa olla õiguspärane nõukogu otsus, mille kohaselt jätkatakse äriühingu majandustegevust olukorras, kus igasugune edasiste maksete tegemine kahjustaks äriühingut. Eeltoodust tulenevalt ei tohiks juhatuse liige vabaneda vastutusest üksnes põhjusel, et ta on jätkanud maksete tegemist nõukogu otsuse alusel, millega otsustati majandustegevuse jätkamine, vaid sellisel juhul peaks tekkima juhatuse ja nõukogu liikme solidaarvastutus.

TsÜS § 37 lg 1 teisele lausele sarnane säte tuleneb Saksa õiguskorras AktG § 9g lg-st 4, millest tulenevalt on juhatuse liikmetel võimalus vastutusest vabaneda juhul, kui nad on tegutsenud üldkoosoleku õiguspärase otsuse alusel. Erinevalt TsÜS §-st 37 on AktG § 93 lg 4 teises lauses sõnaselgelt täpsustatud, et juhatuse liikmel on võimalik vastutusest vabaneda juhul, kui kahju on põhjustatud tahtlikult või raskest hooletusest.

¹⁰³ K. Saare. TsÜS § 37 Juriidilise isiku juhtorgani liikme vastutus, komm 3.5.1. - P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi (koost). Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2010.

¹⁰⁴ *Ibid.*

Ühendkuningriigis tuntakse üksnes ühetasandilist juhtimissüsteemi, sest seal ei eristata nõukogu kui iseseisvat juhtimisorganit.¹⁰⁵ IA art 214 lg 7 järgi ei ole vastava artikli alusel vastutavateks isikuteks mitte ainult *de jure* juhatuse liikmed, vaid ka *de facto* juhatuse liikmed (*shadow director*). *De facto* juhatuse liikmed on isikud, kes ei ole ametlikult juhatuse liikme ametisse määratud, kuid kes tegelikult omavad samasugust kontrolli äriühingu tegevuse üle nagu seda omaksid juhatuse liikmeks nimetatud isikud.¹⁰⁶ Kohtuasjas *Ultraframe (UK) Ltd v Fieldingon* kohus küll leidnud, et *de facto* ja *de jure* direktorite kohustused võivad olla erinevad, kuid juhul, kui vastavad isikud täidavad sisuliselt juhatuse liikme kohustusi, peaks nende suhtes vastutuse aluste kohaldamine olema ühesugune.¹⁰⁷

IA art 214 lg-s 7 on selgelt öeldud, et vastav regulatsioon kohaldub ka isikute suhtes, kes ametlikult ei pruugi olla vormistatud juhatuse liikmetena, kuid selline regulatsioon otsesõnu puudub CA artiklis 170, millest tuleneb üldine regulatsioon juhatuse liikmete kohustuste kohta. Ühendkuningriigi kohtupraktikas ei ole vastavat küsimust CA art 170 aspektist veel arutatud, kuid samas ei ole põhjust, miks ei peaks CA art 170 juures see kohalduma.¹⁰⁸

Maksejõuetuse olukorras vastava kohustuse rikkumise eest nõuete esitamist aitaks muuta efektiivsemaks see, kui vastutust ei kanna üksnes juhatuse liikmed, vaid isikud, kes on reaalselt jätkanud maksejõuetuse olukorras maksete tegemist. Näiteks väiksemate osäühingute puhul on sageli suuremad osanikud nendeks isikuteks, kes reaalselt juhivad äriühingut.

Ettepanek võtta vastu regulatsioon, mille kohaselt oleks võimalik võtta väiksemate osäühingute puhul ka ainuosanikud vastutusele on toodud ka Ühendkuningriigi IA muudatuste tegemisel.¹⁰⁹ Ühendkuningriigi õiguskirjanduses on rõhutatud vajadust võtta vastutusele isikud, kes reaalselt tegelevad äriühingu juhtimisega,¹¹⁰ kuigi üldjuhul on ainult

¹⁰⁵ N. Boardman. United Kingdom. - D. v. Gerven, P. Storm (eds). The European Company. Volume I. Cambridge University Press 2006, p 470.

¹⁰⁶ S. Plant, M. Prior. Officers' and Directors' Liability in the Context of Insolvency. - International Business Lawyer 2000/28 (7), p 304.

¹⁰⁷ *Ultraframe (UK) Ltd v Fielding*. High Court (Chancery Division), 27.07.2005. [2005] EWHC 1638 (Ch); [2006] F.S.R. 17.

¹⁰⁸ D. Prentice. Duties of Directors, p 45. - B. Hannigan, D. Prentice (eds). Hannigan and Prentice: The Companies Act 2006 - A Commentary. LexisNexis Butterworths 2007.

¹⁰⁹ A. Campbell. Wrongful Trading and Company Rescue. - Cambrian Law Review 1994/25, p 80.

¹¹⁰ K. Ashton, V. Losonci, S. Cebik. When a Multinational Group of Companies is in Financial Difficulty An Overview of Practical Problems in European Insolvency Proceedings. - International Business Lawyer 2002/30 (8), p 354.

juhatuse liikmetel vajalik informatsioon ja sellele ligipääs ning otsus maksete tegemise lõpetamise või jätkamise kohta peaks olema äriühingu juhtimisorganite terviklik otsus.¹¹¹

Saksa õiguskirjanduses on rõhutatud, et juhul, kui on selge, et ühing on majanduslikult raskes olukorras, ei pea mitte ainult ühingu finantside eest vastutavad, vaid ka kõik teised juhatuse liikmed, hoiduma olukorras selguse saamiseni tegevustest, mis võivad ühingu vara vähendada.¹¹² Isikute ringi laiendamisel, keda võidakse käsitleda äriühingu tegelike juhtidena, on teatud riskid. Juhul, kui nimetatud isikute ring on liiga lai, siis see võib muuta pangad ja osanikud või aktsionärid raskustes olevasse ühingusse lisavahendite ja -ressursside panustamisel ettevaatlikumaks. Seda on kinnitanud ka P. L. Davies, leides, et isegi kui ollakse siiski nõus ühingusse panustama, võidakse omapoolsete tingimustena kehtestada väga ranged nõuded ühingu edasisele juhtimistegevusele.¹¹³ Seega peaksid kahju hüvitamiseks kohustatud olema isikud, kes formaalselt ei pruugi olla juhatuse liikmed, kuid on isikud, kes on reaalselt väljamaksed teinud.

Seega peaksid maksejõuetuse olukorras maksete tegemise piirangu rikkumisega äriühingule kahju tekitamisel olema kohustatud mitte üksnes juhatuse liikmed, vaid isikud, kes reaalselt on äriühingu majandustegevust saanud mõjutada ja vastava makse teinud. Osanike või aktsionäride vastutus on võimalik üksnes neile keelatud väljamakse tegemisel solidaarvastutusena makse teinud juhatuse liikmega. Rohkem tähelepanu tuleks pöörata aga nõukogu rollile makse tegemisel ja kaaluda selle liikmete võimalikku vastutust juhatuse liikmete kõrval.

2.2.2. Kahju hüvitamise nõude õigustatud subjekt

Maksejõuetuse olukorras maksete tegemise piirangu rikkumisel tekib küsimus ka sellest, kellel on õigus lubamatu makse teinud isiku vastu kahjunõude esitada. Kuivõrd maksete tegemise piirangu rikkumisel on nõude esitamine võimalik alles pankrotimenetluses, on

¹¹¹ A. Campbell. Wrongful Trading and Company Rescue. - Cambrian Law Review 1994/25, p 85.

¹¹² U. Haas. GmbHG § 64 Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, Rn 62. - A. Baumbach, A. Hueck (Bearb). Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Beck'sche Kurzkommentare. 20. Auflage. München: C. H. Beck 2013.

¹¹³ P. Davies. Directors' Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency. - European Business Organization Law Review 2006/7 (1), p 312.

üldjuhul pankrotihaldur see, kes saab ühingu nimel makseid teinud isiku vastu nõude esitada. Lisaks on lubatud ka võlausaldaja poolt otsenõude esitamine kohustusi rikkunud isiku vastu.

Eesti õiguses on tulenevalt TsÜS § 37 lg-st 2, ÄS § 187 lg-st 4 ja § 315 lg-st 4 maksete tegemise piirangu rikkumisel nõudeõigus nii ühingul endal kui ka võlausaldajal, juhul kui ta ei saa oma nõudeid rahuldada ühingu vara arvel. Erialakirjanduses on rõhutatud, et selleks, et juriidilise isiku võlausaldaja saaks esitada äriühingu eest ise nõude maksete tegemise piirangut rikkunud isiku vastu, peab ta olema enne ära kasutanud mõistlikud võimalused oma nõude rahuldamiseks.¹¹⁴

Kahju hüvitamise nõude õigustatud subjektide ringi puhul on küsimus eelkõige selles, kas kahju hüvitamise nõude esitamine peaks olema äriühingu või võlausaldajate huvides. Riigikohtu senise praktika järgi on juhatuse liikmel kohustused äriühingu ees ning võlausaldajate suhtes saab juhatuse liikme vastutus tekkida üksnes seaduses sätestatud juhul, milleks on peetud näiteks pankrotiavalduse esitamise kohustuse rikkumist.¹¹⁵ Seega on kohtupraktikas kinnitatud võlausaldaja otsenõude olemasolu pankrotiavalduse esitamise kohustuse täitmata jätmisel. Küsitav on, kas võlausaldaja peaks saama esitada otsenõude ka äriühingu maksejõuetuse olukorras maksete tegemise piirangu rikkumisel.

Eesti õiguskorras peaks juhatuse liikme otsevastutus äriühingu võlausaldaja ees võimalik lepinguvälise vastutusena tulenevalt VÕS § 1043 ja 1045 lg 1 punktist 7, mille järgi teisele isikule õigusvastaselt kahju tekitanud isik peab hüvitama kahju, mis on tekitatud seadusest tulenevat kohustust rikkuva käitumisega. Juhatuse liige peab olema teinud õigusvastase teo, millega kaasneb kahju tekkimine võlausaldajatele.

Õiguskirjanduses on korratud põhimõtet, mille kohaselt on juhatuse liikme otsevastutuse aluseks juhatuse liikme poolt temale seadusest tulenevate isiklike kohustuste rikkumine juriidilise isiku võlausaldajate ees.¹¹⁶ Samuti on rõhutatud, et deliktiõigusliku nõude esitamisel tuleb tuvastada rikutud sätte kaitse-eesmärk, see tähendab selgitada kas kannatanu kaitsmine ja temal tekkinud kahju ärahoidmine oli isiku poolt rikutud lepinguvälise kohustust

¹¹⁴ K. Saare. § 37 Juriidilise isiku juhtorgani liikme vastutus, komm 3.4.2. - P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi (koost). Tsiiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2010.

¹¹⁵ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 6. mai 2003. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-45-03, p 22. - RT III 2003, 18, 173.

¹¹⁶ P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi, K. Saare. Tsiiviilõiguse üldosa. Tallinn: Juura 2012, lk 287.

ettenägeva sätte ehk kaitsenormi eesmärgiks.¹¹⁷ Oluline on vaadata, kas kahjustatud huvi ja sellest tekkinud kahju kuulub rikutud normi kaitsevaldkonda.

Saksamaal on võimalik teatud juhtudel võlausaldaja poolt otsenõude esitamine oma kohustusi rikkunud juhatuse liikme vastu. Saksa õiguses tuleneb pankrotiavalduse esitamise kohustuse täitmata jätmisel võlausaldaja otsenõude esitamiseks alus BGB § 823 lg 2 esimesest lausest, milles on sätestatud deliktiõiguslik kahju hüvitamise nõue, mille kaitsenormiks on vastavalt InsO § 15a. Saksa erialakirjanduse kohaselt saab BGB § 823 lg 2 mõttes kaitsenormiks olla selline õigusnorm, mis kohustab mingi tegevuse tegemiseks või sellest hoidumiseks.¹¹⁸ Saksa õigusteadlased ei kahtle võlausaldaja otsenõude esitamise võimaluses pankrotiavalduse esitamise kohustuse täitmata jätmisel.¹¹⁹ Saksa õiguskirjanduses on BGB § 823 lg 2 mõttes kaitsenormina lisaks pankrotiavalduse esitamist ettenägevale sättele toodud ka kohustus hoiduda maksete tegemisest AktG § 92 lg 2 järgi, samuti teenib GmbHG § 64 ühingu vara säilitamise eesmärgi kaudu ka võlausaldajate huve ja on seetõttu BGB § 823 lg 2 suhtes kaitsenormiks.¹²⁰

Saksamaal ja Eestis, kus võlausaldaja otsenõue juhatuse liikme vastu on igal juhul võimalik pankrotiavalduse esitamise kohustuse täitmata jätmisel, võib võlausaldajal olla väga raske tõendada, millal täpselt oli see hetk, kui oli selge, et maksejõuetus on vältimatu. Kuna võlausaldajatel on raske tõendada, et juhatuse liige tõepoolest ei võtnud kasutusele kõiki vajalikke meetmeid, et säilitada äriühingu vara, ei pruugi võlausaldajad praktikas olla huvitatud lisainvesteeringutega riskima selleks, et juhatuse liikmete vastu nõudeid esitada.¹²¹

Ühendkuningriigi õiguskorras IA art 214 alusel üksnes pankrotihalduri poolt nõuete esitamist on õiguskirjanduses nähtud probleemina, sest sageli alustatakse maksejõuetuse menetlust alles sellises olukorras, kus ühingul ei jätku vara isegi menetluskulude katteks ja kui ainult

¹¹⁷ M. Käerdi, T. Tampuu. VÕS § 1045 Kahju tekitamise õigusvastatus, komm 3.8. - P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi (koost). Võlaõigusseadus III. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2009.

¹¹⁸ G. Wagner. BGB § 823 Schadenersatzpflicht, Rn 398. – F. J. Säcker, R. Rixecker (Herausgg). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 5. 6. Auflage. München: C. H. Beck 2013.

¹¹⁹ L. Klöhn. InsO § 15a Antragspflicht bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit, Rn 140. - H.-P. Kirchhof, H. Eidenmüller, R. Stürner (Herausgg). Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung. 3. Auflage. München: C. H. Beck 2013.

¹²⁰ G. Spindler. BeckOK BGB § 823, Rn 210-211. – H. G. Bamberger, H. Roth (Herausgg). Beck'scher Online-Kommentar BGB. 30. Edition. München: C. H. Beck 2013.

¹²¹ G. Spindler. Trading in the Vicinity of Insolvency. - European Business Organization Law Review 2006/7 (1), p 351.

pankrotihaldurid saavad esitada nõude juhatuse liikmete vastu, jääb sellises olukorras juhatuse liikme vastu kahjunõue realiseerimata.¹²² Juhatus liikmed võivad selles enda jaoks väljapääsu näha, rakendades selliseid strateegiaid, et raha ei jätkuks isegi pankrotimenetluse läbiviimiseks.

Võlausaldaja otsenõude esitamise kohta pankrotiavalduse esitamise kohustuse täitmata jätmisel ning VÕS § 1045 lg 1 p 7 suhtes kaitsenormiks olevate ÄS § 180 lg 5¹ ja § 306 lg 3¹ omavahelise suhestumise kohta on Riigikohus märkinud, et ÄS-i vastavate sätete rikkumisel võib kaasneda juhatuse liikme otsene isiklik vastutus osauhinngu võlausaldajate ees, sest sellisel juhul käitaks juhtorgani liige õigusvastaselt äriühingu võlausaldaja suhtes, kellega tal lepinguline suhe puudub.¹²³ Viidatud kohtuasjas oli vaidluse all küll pankrotiavalduse õigeaegne esitamine, kuid käesoleva töö autori arvates võiks vastav seisukoht kehtida ka samadest ÄS-i normides tuleneva maksejõuetuse olukorras maksete tegemisest hoidumise kohustuse kohta, kuivõrd oleks ka maksete tegemise piirangu rikkumisel samuti tegemist õigusvastase käitumisega võlausaldaja suhtes.

Võlausaldajate kaitse eesmärk peegeldub ka Saksamaa kohtute käsitles, mille järgi nii pankrotiavalduse õigeaegselt esitamata jätmisel kui ka maksejõuetust äriühingust maksete tegemisel on kahju hindamisel arvestatud pigem võlausaldajatele tekkida võiva kahjuga. Saksa kohtupraktikas on rõhutatud, et kahjunõude esitamine lubamatute maksetega tekitatud kahju hüvitamiseks teenib lõppastmes just võlausaldajate huve.¹²⁴ Maksete tegemise piirangut tuleb käsitleda kui eraldiseisvat võlausaldajate kaitsemehhanismi, mis ei ole asendatav kapitalinõuetega.

Seega üldreegli kohaselt on ette nähtud pankrotimenetluses halduri poolt juhatuse liikme vastu kahju hüvitamise nõude esitamine äriühingu maksejõuetuse ilmnemisest tuleneva maksete tegemise piirangu rikkumisel. Arvestada tuleb aga sellega, et maksejõuetuse olukorras ei pruugi äriühingul vara jätkuda isegi menetluskulude katteks ja sellest tulenevalt võib kohus lõpetada menetluse pankrotti väljakuulutamata raugemise tõttu. Pankrotimenetluse raugemisel ei ole võimalik pankrotihalduri poolt juhatuse liikme vastu pankrotimenetluses kahju hüvitamise nõude esitamine. Järelikult on oluline, et oleks tagatud muud kaitsemehhanismid, mis võimaldaksid mitte üksnes nentida äriühingu juhatuse liikme

¹²² *Ibid*, p 350.

¹²³ Riigikohtu tsiviilkollegiumi 22. septembri 2005. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-79-05. - RT III 2005, 28, 293, p 12.

¹²⁴ BGH, Urteil vom 11. September 2000. - II ZR 370/99.

kohustuse rikkumist maksejõuetuse olukorras maksete tegemisel, vaid ka realiseerida kohustusi rikkunud juhatuse liikme vastu esitatav kahju hüvitamise nõue. Sellest tulenevalt ongi kahju hüvitamise nõude esitamisel õigustatud isikuks lisaks pankrotihaldurile ka võlausaldaja, kellel ei ole võimalik tekkinud kahjulikke tagajärgi muul viisil kõrvaldada.

Kokkuvõttes peaks juhatuse liikmete võimalik isiklik vastutus maksejõuetuse olukorras äriühingu eest maksete tegemisel koos kindlate hindamisstandarditega mõjuma positiivselt ka üldisele äriühingute juhtimise tasemele. Samas kahju hüvitamiseks peaksid olema kohustatud mitte üksnes formaalselt juhatuse liikmetena tegutsevad isikud, vaid isikud, kes on reaalselt jätkanud äriühingu majandustegevust maksejõuetuse olukorras ja lubamatu väljamakse teinud.

Hoolimata toodud kitsaskohtadest, on käesoleva töö autori hinnangul põhjendatud, et lisaks pankrotihalduri poolt nõude esitamisele on võimalik ka võlausaldaja otsenõue kohustusi rikkunud juhatuse liikme vastu, sest see aitab paremini tagada juhatuse liikmete poolt maksejõuetuse olukorras maksete tegemise piirangu järgimist või selle rikkumisel nõuete realiseerimist ja maksmapanekut.

3. Vastutusest vabanemise alused

3.1. Korraliku ettevõtja hoolsus

Pärast maksejõuetuse ilmnemist äriühingu nimel maksete tegemine ei ole üldjuhul lubatud. Maksejõuetuse olukorras maksete tegemise piirangu järgimata jätmisel on tegemist äriühingu juhatuse liikme kohustuse rikkumisega. Kohustuse rikkumisega seondub enamasti ka negatiivse tagajärje saabumine. Maksejõuetuse olukorras maksete tegemise piirangu järgimata jätmisel võib tekkida kahju äriühingule ja seeläbi ka võlausaldajate huvide kahjustamine. Vastava teoreetilise käsitluse kõrval peab praktilises majandustegevuses arvestama ka võimalike eluliste asjaoludega, mis võivad õigustada teatud käitumist, seejuures äriühingu tegevuse jätkamist maksejõuetuse olukorras. Juhatuse liikmetele on antud maksejõuetuse ilmnemisel äriühingust maksete tegemise piirangu järgimata jätmisel võimalus vastutusest vabaneda, kui nad suudavad tõendada, et on tegutsenud vastavalt neilt nõutavale hoolsusstandardile.

ÄS § 180 lg-s 5¹ ja § 306 lg 3¹ on sätestatud, et pärast maksejõuetuse ilmnemist ei ole lubatud ühingu eest maksete tegemine, kuid seadusandja on siiski näinud ette erandi, millal võib olla maksete tegemine lubatud ka maksejõuetuse olukorras. Nimelt võivad juhatuse liikmed viidatud sätetest tulenevalt teha osauhingu või aktsiaseltsi eest selliseid makseid, mille tegemine maksejõuetuse olukorras on kooskõlas korraliku ettevõtja hoolsusega.

ÄS § 187 lg-s 1 on toodud üksnes lakooniliselt, et juhatuse liige peab oma kohustusi täitma korraliku ettevõtja hoolsusega, lahti seletamata, mida selle all täpsemalt mõeldakse. TsÜS § 35 järgi peavad juriidilise isiku juhtorgani liikmed oma seadusest või põhikirjast tulenevaid kohustusi täitma juhtorgani liikmelt tavaliselt oodatava hoolega ja olema juriidilisele isikule lojaalsed. Küsitav on, kuivõrd erinev on korraliku ettevõtja hoolsus maksejõuetuse olukorras maksete tegemisel võrreldes üldise hoolsuskohustusega.

Tulenevalt sellest, et juriidilise isiku ja tema juhtorgani liikme vaheline õigussuhe on käsitletav käsundilaadse lepingusarnase õigussuhtena, kus juhtorgani liige on majandus- ja kutsetegevuses tegutsevaks käsundisaajaks, on sellele kohaldatavad ka võlaõigusseaduse käsunduslepingut reguleerivad sätted.¹²⁵ VÕS § 620 lg 1 järgi peab käsundisaaja tegutsema käsundi laadist tuleneva vajaliku hoolsusega. Sama sätte teises lõikes täpsustatakse, et

¹²⁵ Riigikohtu tsiviilkollegiumi 26. aprilli 2005. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-39-05, p 14. - RT III 2005, 15, 155.

käsundisaaja peab käsundi täitma vastavalt oma teadmistele ja võimetele käsundisaaja jaoks parima kasuga ning ära hoidma kahju tekkimise käsundiandja varale.

Saksa GmbHG § 64 ja AktG § 92 näevad samuti ette korraliku ettevõtja hoolsuse kui juhatuse liikme võimaliku vastusest vabastamise aluse. Juhatuse liikme vastutuse üldnormi GmbHG § 43 lg-s 1 on samuti sätestatud, et juhatuse liige peab tegutsema korraliku ettevõtja hoolsusega. Aktsiaseltside juhatuse liikmete üldine hoolsuskohustus tuleneb AktG § 93 lg-st 1.

Ühendkuningriigi IA art 214 juures on juhatuse liikme hoolsuskohustus toodud mõnevõrra selgemalt. IA art 214 lg-s 4 sisalduv regulatsioon on sätestatud ka CA art 174 lg-s 2 kui üldine juhatuse liikme hoolsuskohustus. Esiteks vaadatakse IA art 214 lg 4 p a ja CA art 174 lg 2 a järgi üldiselt, millised oskused, teadmised ja kogemused oleksid sarnasel mõistlikul isikul samas olukorras - see on objektiivne miinimumstandard, mille puhul juhatuse liige peab näitama üles nõutavat kompetentsi, mis oleks isikul, kes täidab samu ülesandeid. Teiseks arvestatakse IA art 214 lg 4 p b ja CA art 174 lg 2 b järgi konkreetsete oskuste, teadmiste ja kogemustega, mis on konkreetsetel juhatuse liikmel.

Eeltoodust saab järeldada, et kõigis töös võrreldavates õiguskordades on juhatuse liikmetel õigus teha ühingu eest selliseid makseid, mille tegemine ei välju korraliku ettevõtja hoolsusega seatud piiridest. Kuigi pankroti raugemise praktikas ei peeta neid juhtumeid juhtimisveaks, sest asjaolud, mis leidsid aset pärast maksejõuetuse välja kujunemist ei saa olla maksejõuetuse põhjuseks,¹²⁶ saab maksejõuetust ühingust maksete tegemist lugeda juhatuse liikme kohustuse rikkumiseks.

Äriühingu nimel tegutsedes ei piisa sellest, et juhtorgani liige rakendab sellist hoolt nagu oma isiklikus asjaajamises. Juhtorgani liikme tegevust ei võrrelda mitte tavalise mõistliku inimese, vaid tavalise mõistliku ärijuhi hoolsusstandardiga.¹²⁷ Üldiselt tähendab käibes nõutav hool näiteks vastaval majandus- või kutsealal tegutsemisel kehtivate standardite järgimist.¹²⁸

Äriühingu juhtorgani liikme hoolsuskohustus seisneb üldiselt kohustuses tegutseda viisil, mis on tema mõistlikul hinnangul äriühingu parimates huvides, mis tähendab, et ta peab ühingu

¹²⁶ M. Vutt. Juhtorgani kohustuse rikkumise, sealhulgas raske juhtimisvea ning kuriteotunnustega teo kindlaks tegemine pankrotimenetluse praktikas. Kohtupraktika analüüs. Tartu 2008. Kättesaadav: <http://www.riigikohus.ee/vfs/715/RaskeJuhtimisveaAnalyyis080318.pdf> 01.05.2014.

¹²⁷ T. Tiivel. Äriühingu juhtorgani liikme hoolsuskohustus. - Juridica 2005/IX, lk 624.

¹²⁸ V. Kõve. VÕS § 104 Vastutus süü puhul, komm 6.2.1. - P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi (koost). Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2006.

tegevuse juhtimisel ja kontrollimisel näitama üles piisavalt aktiivsust, sealhulgas näiteks osalema juhatuse koosolekutel, hankima omal algatusel otsuste langetamiseks vajalikku teavet, jälgima pidevalt ühingu tegevust ja majanduslikku olukorda puudutavaid arenguid ning kontrollima ülesannete täitmist alluvate poolt.¹²⁹ Juhatuse liige peab olema hoolas ja otsuste vastuvõtmiseks piisavalt informeeritud ning käituma vähemalt sama hoolikalt, nagu käituks tavaliselt mõistlik isik ehk ettevõtja temaga sarnases majandusvaldkonnas ja sarnasel ametikohal sarnastel asjaoludel.

Saksa erialakirjanduse kohaselt hõlmab vastutus maksete tegemise eest ka juhatuse liikme majandusliku enesekontrolli kohustust, mis tähendab, et tuleb kontrollida, kas ja millisel määral äriühing ka edaspidi oma sissenõutavaks muutunud kohustusi täita suudab.¹³⁰ Saksa õiguskirjanduse kohaselt on nõude esitamise eelduseks ka juhatuse liikme süü, kusjuures piisab hooletusest. Mitte mingil juhul ei ole juhatuse liikme tegevus vabandata juhul, kui ta on teinud makse pärast pankrotiavalduse esitamise tähtaja möödumist ning kui vara käsutamiseõigus on üle läinud haldurile.¹³¹

Juhtorgani liikme käitumise hindamisel hoolsuskohustuse seisukohast arvesse võtta muu hulgas juriidilise isiku üldisi eesmärke ja valdkonda, kus juriidiline isik tegutseb, juriidilise isiku liiki ja tema organisatsiooni suurust, toimingute liiki ja iseloomu. Kui juhtorgani liige pingutab maksimaalselt, kuid ikkagi ei suuda oma kohustusi täita, on ta ühtlasi hoolsuskohustust rikkunud. Eesti õiguskirjanduses on asutud seisukohale, et isik, kes saab aru, et ta ei saa temal lasuvate ülesannetega hakkama, ei peaks andma nõusolekut tema valimiseks juhtorgani liikmeks või peaks sinna valimise korral vastava õigussuhte üles ütlemata.¹³² Seega ei saa juhtorgani liige põhjendada kohustuste mittekohast täitmist sellega, et need käivad talle üle jõu.

Saksa õiguskirjanduses ollakse seisukohal, et juhul, kui juhatuse liige pöördub vastava eriala spetsialisti poole, kuid sellele vaatamata ei hinda olukorda õigesti, ei tegutse ta hooletult

¹²⁹ Äriseadustiku muutmise seaduse eelnõu (552 SE) esimene lugemine. Riigikogu stenogramm, 19. jaanuar 2005. Kättesaadav: <http://www.riigikogu.ee/index.php?op=steno&stcommand=stenogramm&date=1106132400&pkpkaua=1&op2=print&paevakord=2000011642#pk2000011642>. 01.05.2014.

¹³⁰ U. Haas. GmbHG § 64 Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, Rn 95. - A. Baumbach, A. Hueck (Bearb). Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Beck'sche Kurzkommentare. 20. Auflage. München: C. H. Beck 2013.

¹³¹ *Ibid*, Rn 73.

¹³² K. Saare. TsÜS § 35 Juriidilise isiku juhtorgani liikme üldised kohustused, komm 3.2.1. - P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi (koost). Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2010.

juhul, kui ta on tegutsenud eriala spetsialisti antud juhendite järgi.¹³³ Olukorras, kus juhatuse liige ei ole kindel makse tegemise õiguspärasuses arvestades ühingu varalist seisut, tasub järelikult konsulteerida spetsialistiga, sest see aitab tagada, et isik on käitunud kooskõlas korraliku ettevõtja hoolsusega.

Ühendkuningriigi IA art 214 lg-s 4 hoolsusstandardi sätestamine tõi endaga kaasa kahetasandilise lähenemise: juhatuse liikme kohustuse täitmist vaadatakse nii objektiivselt küljest kui ka hinnatakse subjektiivselt. Praktikas ei ole alati võimalik selgelt eristada oskusi ja hoolsust ja vaieldav on, kas seda peakski nii rangelt eristama.¹³⁴ Kohtud ei ole seetõttu tihti ka neid rangelt eristanud, vaid hinnanud nende täitmist kogumis.

Korraliku ettevõtja hoolsuse objektiivne määratlus on toodud nii Saksamaal, Ühendkuningriigi kui ka Eesti vastavates õigusnormides. Selle sisustamine jääb kohtupraktika ülesandeks. See on põhjendatud Ühendkuningriigi õiguskorras, kus kohtulahendid on pretsedendiks ja üheks põhiliseks õigusallikaks. Küsitav võib olla, kas see on sobiv ka mandrieuroopa õigussüsteemis, kus kesksel kohal on õigusaktid ja lähtutakse eelkõige nendes sisalduvast regulatsioonist.

Juhatusel liikmetelt oodatakse, et nad oleksid hoolsad oma ametiülesannete täitmisel. See hõlmab subjektiivselt aspektist juhatuse liikmetelt endast parima andmist ja võimalike tagajärgedega arvestamist, mida tema käitumine võib kaasa tuua. Subjektiivse aspekti arvestamine on seega põhjendatud, kuid samas see eeldab siiski mingi objektiivse määratluse olemasolu, millega võrrelda konkreetset juhatuse liikme käitumist.

Samas ei oleks mõistlik kasutada ka üksnes objektiivset standardit ja seda eriti väikeste äriühingute puhul, sest nende juhatuse liikmed ei pruugi olla samasuguse kvalifikatsiooniga kui suuremate aktsiaseltside juhatuse liikmed.¹³⁵ Kuivõrd juhatuse liikmeks saamine ei nõua eraldi elukutse olemasolu, ei saa ka oodata, et juhatuse liikmetel oleksid mingid kindlad oskused. Mõistlik on arvestada hoolsuskohustuse hindamisel nii objektiivse kui ka

¹³³ U. Haas. GmbHG § 64 Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, Rn 84. - A. Baumbach, A. Hueck (Bearb). Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Beck'sche Kurzkommentare. 20. Auflage. München: C. H. Beck 2013.

¹³⁴ T. Zwinge. Have Directors' Duties of Care and Skill Become More Stringent? What has Driven this Development? Is this Development Beneficial? An Analysis of the Duty of Care in the UK in Comparison to the German Duty of Care. 2009, p 9. Available: <http://ssrn.com/abstract=1591590> 01.05.2014.

¹³⁵ *Ibid*, p 20.

subjektiivse küljega, sest sellisel juhul tasakaalustavad need vastastikku puudusi, mis neil standardite eraldi käsitlemisel võivad tekkida.

Ühendkuningriigi IA art 214 lg-s 4 on objektiivne ja subjektiivne standard selgesti eristatavad ja sisustatud, samas Eestis on toodud üksnes üldiselt korraliku ettevõtja hoolsus, jättes selle täpsustamise kohtutele. Olenevalt sellest, kas kehtestatud on ranged reeglid või veidi abstraktsemad standardid, on erinev tekkida võivate õigusvaidluste kestvus ja seeläbi kaudselt ka nende maksumus.

Rangete reeglitena kehtestatud regulatsioon võib vajada pidevat muutmist, et olla ajakohane ja sobiv muutuvate majanduslike asjaolude taustal. Samal ajal standardina kehtestatu võib püsima jääda ka muude tegurite muutumisel.¹³⁶ Õiguskirjanduses on rõhutatud, et seaduses liiga täpselt mõistliku isiku standardi sisustamine võib tuua omakorda probleeme, muutes tõendamise keeruliseks ja kohtuvaidlused pikemaks.¹³⁷ Eestis on üha enam hakatud õigusaktides sätestatu kõrval arvestama ka sellega, kuidas on vastavad küsimused varem kohtupraktikas lahendatud.

Eelnevast tulenevalt on käesoleva töö autori hinnangul põhjendatud Eesti äriseadustikus juhatuse liikme hoolsusstandardina korraliku ettevõtja hoolsuse sätestamine. Samas võiks seaduses selgemini välja tuua selle, et korraliku ettevõtja hoolsuse juures vaadatakse eelkõige, kuidas käitaks sarnane mõistlik juhatuse liige samasuguses olukorras ning seejuures arvestatakse konkreetse juhatuse liikme teadmisi, oskusi ja omadusi. Sellest hoolimata jääks iga konkreetse üksikjuhtumi puhul kohtute ülesandeks hinnata, kas juhatuse liige on käitunud kooskõlas korraliku ettevõtja hoolsusega.

Riigikohus on asunud seisukohale, et aktsiaseltsi juhatuse liige peab täitma oma kohustusi kõrgendatud hoolsusega ehk korraliku ettevõtja hoolsusega.¹³⁸ Käesoleva töö autori hinnangul ei tähenda see mitte seda, et maksejõuetuse olukorras maksete tegemisel juhatuse liikmelt oodatav hoolsuskohustus oleks erinev võrreldes tavalise hoolsuskohustusega, vaid seda, et juhatuse liikme käitumist võrreldakse mitte lihtsalt mõistliku isikuga, vaid samadel tingimustel juhatuse liikme ülesandeid täitva isikuga.

¹³⁶ T. Bersheda. *Insolvency Act 1986, Section 214: A Model for the European Initiative on Wrongful Trading*. - Cambridge Student Law Review 2005/1, p 66.

¹³⁷ B. Pettet. *Corporations and Partnerships Suppl. 13*. United Kingdom. 1995, p 164. - R. Blanpain (General Ed), K. Geens (Ed). *International Encyclopaedia of Laws. Corporations and Partnerships. Volume 3*. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International 1996.

¹³⁸ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 29. mai 2013. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-40-13, p 26.

Kohtupraktikas on täpsustanud, et hoolsuskohustus tähendab muu hulgas, et juhatuse liige peab olema hoolas, otsuste vastuvõtmiseks piisavalt informeeritud ega tohi võtta aktsiaseltsile põhjendamatuid riske.¹³⁹ Sellest Riigikohtu seisukohast tuleneb, et hoolsuskohustus koosneb kolmest osast: hoolsus, informeeritus ja riskide hindamine.

Hoolsuse hindamisel peaks lähtuma viimati viidatud Riigikohtu otsuses toodud seisukohast, et juhtorgani liikmelt tavaliselt oodatav hoolsus oma kohustuste täitmisel tähendab, et juhtorgani liige peaks ilmutama hoolsust, mida mõistlik inimene taolises ametis sarnastel tingimustel ilmutaks. Selle järgi saab lugeda juhatuse liikme hoolsalt käitunuks juhul, kui tema asemel oleks teine mõistlik inimene langetanud juhatuse liikme positsioonil tegutsedes samasuguse otsuse. Lisaks sellele, et juhatuse liige peab olema hoolas hõlmab hoolsuskohustus ka nõudeid olla piisavalt informeeritud ja hinnata tehinguga kaasnevaid riske, mis võivad realiseeruda juhatuse liikmest sõltumatult.

Piisava informeerituse nõue eeldab konkreetse toimingute tegemist ning soovitud eesmärgi saavutamist mõjutavate asjaolude kontrolli, muu hulgas vajalike uuringute läbiviimist, eksperthinnangute või analüüside tellimist, spetsialistide kaasamist. Erialakirjanduses on rõhutatud, et juhatuse liige peab vältima riskide võtmist määras, mis realiseerumisel seavad selgesse ohtu juriidilise isiku tegevuse jätkumise.¹⁴⁰ Seega peab hoolas juhatuse liige olema kursis ühingu majandusliku seisundi, muude oluliste makse tegemist mõjutavate asjaoludega ning hindama tehingu tegemisel selle võimalikke riske.

Problemaatiliseks võib osutuda olukord, kus tekib maksete tegemise piirangu normi kollisioon teiste normidega. Näiteks on Saksa õiguses vaidlusi tekitanud olukord, kus äriühing on ka tööandja rollis ning peab seetõttu tasuma ka sotsiaalkindlustusmaksid.¹⁴¹ Ühest küljest on Saksa õiguse järgi vastavate maksete tasumata jätmise karistatav, samas teisest küljest võib nende maksimisel olla maksejõuetuse olukorras maksete tegemise piirangu rikkumisega.

Varem on Saksa ülemkohus leidnud, et juhul, kui ühing on majanduslikult kriisiolukorras, ei ole selliste maksete tegemine lubatud.¹⁴² Samas Saksa ülemkohus on 2007. aastal asunud aga

¹³⁹ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 11. mai 2005. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-41-05, p 31. - RT III 2005, 17, 181.

¹⁴⁰ K. Saare. TsÜS § 35 Juriidilise isiku juhtorgani liikme üldised kohustused, komm 3.2.3. - P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi (koost). Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2010.

¹⁴¹ BGH, Urteil vom 25. Januar 2011 - II ZR 196/09.

¹⁴² U. Haas. GmbHG § 64 Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, Rn 76. - A. Baumbach, A. Hueck (Bearb). Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Beck'sche Kurzkommentare. 20. Auflage. München: C. H. Beck 2013.

seisukohale, et korraliku ettevõtja hoolsusega on kooskõlas see, kui juhatuse liige tasub siiski sissenõutavaks muutunud sotsiaalmaksud selleks, et ära hoida karistusõiguslike tagajärgi. Saksa ülemkohtu järgi on see põhjendatud sellega, et õiguskorra ühtsuse huvides ei saa ühing täita oma vara säilitamise kindlustamise kohustust, kui see toob tagajärjena kaasa vastutuse karistusõiguse normide alusel.¹⁴³ See põhimõte võiks kehtida ka Eesti õiguses, et korraliku ettevõtja hoolsusega on kooskõlas maksed, mis tehakse selleks, et ära hoida teisi karistusõiguslikke tagajärgi, mis saabuksid makse tegemata jätmisel.

Kuna üldjuhul on õigusaktides küllaltki üldiselt toodud, et juhatuse liige peab oma käitumises rakendama sellist hoolt nagu seda teeks samas olukorras mõistlik hoolas isik, on kohtupraktikal väga oluline roll selle subjektiivse standardi täpsemal sisustamisel. Aja jooksul on juhatuse liikme hoolsuskohustust erinevalt sisustatud. Näiteks Ühendkuningriigi õiguskirjanduse järgi oli traditsiooniline lähenemine küllaltki üldine - juhatuse liikmele ei seatud mingit üldist eriala- või oskusstandardit, vaid nad võeti vastutusele üksnes ilmselgete rikkumiste eest. Traditsioonilise lähenemine oli küllaltki üldine. Juhatuse liikmele ei olnud seatud mingit üldist eriala- ja oskusstandardit, vaid nad võeti vastutusele üksnes ilmselgete rikkumiste eest.¹⁴⁴ Tänapäeval vaadatakse juhatuse liikme hoolsuskohustuse täitmist rangemalt.¹⁴⁵ Ühendkuningriigi kohtupraktikas on juhatuse liikme hoolsuskohustust selgemini sisustama alates kaasusest *Norman v Theodore Goddard*.¹⁴⁶

Kuigi taaskord tunduvad nii Saksa kui ka Ühendkuningriigi käsitlused korraliku juhatuse liikme ja tema käitumise hindamise kohta sarnased, on neid kohtupraktikas mõnevõrra erinevalt kohaldatud. Ühendkuningriigi õiguses püütakse mõistliku juhatuse liikme standardit kohaldades kohati isegi õigustada oskamatult tegutsenud juhatuse liikmeid, kuid samas arvestades seeläbi võimaliku pankrotimenetluse venimise ja võlausaldajate huvide kahjustamisega.¹⁴⁷ Näiteks on Ühendkuningriigi ülemkohus seda teinud asjas *Re Sherborne Associates Ltd*.¹⁴⁸

¹⁴³ BGH, Urteil vom 25. Januar 2011 - II ZR 196/09.

¹⁴⁴ N. Bourne. Directors - Duty of Care and Skill. - Business Law Review 2004/25 (9), p 218.

¹⁴⁵ T. Zwinge. Have Directors' Duties of Care and Skill Become More Stringent? What has Driven this Development? Is this Development Beneficial? An Analysis of the Duty of Care in the UK in Comparison to the German Duty of Care. 2009, p 4. Available: <http://ssrn.com/abstract=1591590> 01.05.2014.

¹⁴⁶ Norman & Anor v Theodore Goddard & Ors. Chancery Division, 10.07.1991. [1992] B.C.C. 14.

¹⁴⁷ T. Bachner. Wrongful Trading – A New European Model for Creditor Protection? - European Business Organization Law Review 2004/5 (2), pp 307-308.

¹⁴⁸ Re Sherborne Associates Ltd. High Court of Justice, 05.05.1994. [1995] B.C.C. 40.

Kokkuvõttes on hoolsuskohustuse puhul tegemist objektiivse käitumisstandardiga, millest juhtorgani liige peab oma tegevuses juriidilise isiku suhtes lähtuma ning mille abil on võimalik hinnata juhtorgani liikme poolt peamiste kohustuste, samuti spetsiifiliste kohustuste täitmist. Maksejõuetuse olukorras maksete tegemine siiski lubatud seega juhul, kui juhatuse liige teeb vastavad tehingud olles piisavalt informeeritud ning hoolas, arvestades ühingu muutunud majandusliku olukorda ning silmas pidades, et maksete tegemine ei põhjustaks ühingu vara vähenemist ja selle kaudu ei kahjustaks võlausaldajate huve. See tähendab vajadusel ka konsulteerimist spetsialistidega.

3.2. Kahju vähendamiseks vajalike meetmete kasutusele võtmine

Korraliku ettevõtja hoolsusega kooskõlas käitumine hõlmab jooksvalt äriühingu majanduslikust seisust teadlik olemist, mistõttu peab maksejõuetuse korral olema kindlaksmääratav ka ajahetk, mis hetkest juhatuse liige pidi teadma, et ühingul puuduvad väljavaated maksejõuetuse vältimiseks. Hindamine, kas juhatuse liige on kahju vähendamiseks võtnud ette vajalikke samme on võimalik alles olukorras, kui on kindlaks tehtud, et juhatuse liige teadis, et äriühingul puuduvad väljavaated maksejõuetuse vältimiseks.¹⁴⁹ Seega peaks kõigepealt vaatama just seda, millisest hetkest juhatuse liige teadis või pidi teadma, et ühingul puuduvad väljavaated maksejõuetuse vältimiseks.

Eesti ÄS § 180 lg 5¹ ja § 306 lg 3¹ teises lause järgi on pärast maksejõuetuse ilmnemist õigustatud sellised maksed, mille tegemine maksejõuetuse olukorras on kooskõlas korraliku ettevõtja hoolsusega. Otseselt seda vastavate sätete juures ei ole öeldud, kuid praktikas analüüsides juhatuse liikme käitumise vastavust korraliku ettevõtja hoolsusele arvestatakse ühe asjaoluna ka juhatuse liikme poolt kõikide võimalike meetmete kasutusele võtmist, et vähendada kahjulikke tagajärgi.

Ühendkuningriigi õiguskorras tuleneb vastavast õigusaktist selgemini, et makse tegemisel arvestatakse vastutusest vabanemise alusena sellega, kas juhatuse liikmed on IA art 214 lg 3 mõttes teinud kõik vajalikud sammud, see tähendab võtnud kasutusele kõik vajalikud meetmed selleks, et vähendada võlausaldajatel potentsiaalselt tekkida võivat kahju.

¹⁴⁹ H. C. Hirt. The Wrongful Trading Remedy in UK Law: Classification, Application and Practical Significance. - European Company and Financial Law Review 2004/1, p 92.

Nii nagu Eesti õiguskorras ei ole ka Saksa vastava regulatsiooni juures GmbH § 64 ja AktG § 92 lg-s 2 sõnaselgelt sätestatud, et korraliku ettevõtja hoolsuse puhul vaadatakse ka seda, kas juhatuse liige on teinud kahju vähendamiseks kõik võimaliku.

Eesti õiguskirjanduses on rõhutatud, et juhtorgani liige ei ole oma kohustusi juriidilise isiku ees rikkunud kui ta on tulenevalt üldise hoolsuskohustuse sisust teinud tulemuse saavutamiseks kõik mõistlikult võimaliku.¹⁵⁰ Sellest tulenevalt peaks maksejõuetuse olukorras maksete tegemise piirangu juures arvestama, kas juhatuse liige on teinud kõik mõistlikult võimaliku võttes kasutusele kõik vajalikud meetmed võlausaldajatel potentsiaalselt tekkida võiva kahju ärahoidmiseks.

Maksejõuetuse ilmnemisel on oluline just võlausaldajate, mitte näiteks osanike või aktsionäride, kaitse ja nendel potentsiaalselt tekkida võiva kahju ärahoidmine. Äriühingu edukal toimimisel oodatakse juhatuse liikmetelt kollektiivselt nii praeguste kui ka võimalike tulevaste osanike või aktsionäride kaitsmist. Võimaliku maksejõuetuse ilmnemisel käsitletakse osanikke või aktsionäre kui nii nimetatud ühingu omanikke, kellele ühingu kaudu oma kohustused võlgnetakse. Osanike ja aktsionäride kollektiivselt kaitselt liigutakse maksejõuetuses üle võlausaldajate kui terviku kaitsele, kelle huvidega peab arvestama ja tegema kõik mõistlikult võimaliku, et vähendada nendel kahju tekkimise tõenäosust.¹⁵¹

Mida rohkem äriühingu varaline seis halveneb, seda vähem on kaotada osanikel või aktsionäridel ja seetõttu muutub ahvatlevaks toetada riskantseid tehinguid.¹⁵² Juhul, kui äriühingul õnnestub raskustest välja tulla, saavad osanikud või aktsionärid sellest kasu. Olukorras, kus ühingu varaline seis muutub järjest halvemaks, ei saa osanikud või aktsionärid sellest otseselt rohkem kahjustada. Kahju kannavad hoopis äriühingu võlausaldajad. Seetõttu peavad juhatuse liikmed ja isikud, kes omavad mõju äriühingu nimel otsuste tegemise üle, arvestama maksejõuetus olukorras tehtava tehinguga kaasnedavate riskidega ja pidama meeles äriühingu võlausaldajate huve.

¹⁵⁰ K. Saare. TsÜS § 35 Juriidilise isiku juhtorgani liikme üldised kohustused, komm 3.2.2. - P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi (koost). Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2010.

¹⁵¹ R. J. Mokal. An Agency Cost Analysis of the Wrongful Trading Provisions: Redistribution, Perverse Incentives, and the Creditors' Bargain. 2000, p 9. Available: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=riz_mokal 01.05.2014.

¹⁵² H. C. Hirt. The Wrongful Trading Remedy in UK Law: Classification, Application and Practical Significance. - European Company and Financial Law Review 2004/1, p 83.

Ühendkuningriigis on IA regulatsiooni aluseks olnud maksejõuetusõiguse komitee (*Insolvency Law Review Committee*) aruandes toodud soovitused. Muu hulgas on selles aruandes rõhutatud, et isiku IA art 214 alusel vastutusele võtmiseks on eeldus, et isik ka tegelikult teadis, et maksejõuetuse olukorras ühingu eest maksete jätkamisel on tegemist ebaausa äritegevusega, mille kontrollimisel arvestatakse, mida oleks mõistlik ettevõtja vastavas olukorras samadel tingimustel teinud.¹⁵³ G. Spindler on märkinud, et kui äriühingu juhatuse liikme vastutuse regulatsioon oleks määratletud väga rangete objektiivsete kriteeriumite alusel, siis võib olla liigselt juhatuse liikme otsustusõigust piirav ja nad võivad loobuda kasutoovatest projektidest, mis oleksid hoolimata äriühingu keerulisest seisust siiski mõistlikud.¹⁵⁴ Seega on jäetud teatud tõlgendamisruum otsustamiseks, mida mõistlik juhatuse liige oleks vastavas olukorras samadel tingimustel teinud.

Õiguskirjanduses on rõhutatud vajadust juhatuse liikme kohustuste selguse huvides selgitada, millised peaksid olema konkreetsed sammud, mida mõeldakse selle all, et kas juhatuse liige on teinud endast kõik võimaliku, et vähendada võlausaldajatel tekkida võivat kahju.¹⁵⁵ Ühendkuningriigi IA art 214 lg 3 mõttes võimalike sammudena on erialakirjanduses toodud näiteks eelkõige vabatahtlik pankrotiavalduse esitamine juhatuse liikme poolt, samas ka professionaalse nõustaja kasutamine, sobivad kahjuhüvitamise meetodid, aruande koostamine ja raamatupidamisdokumentide ajakohasuse tagamine.¹⁵⁶ Selles käsitluses peegeldub ka Eesti Riigikohtu poolt kinnitatud seisukoht, et äriühingu võlausaldajatel tekkida võiva potentsiaalse kahju vähendamise meetmed on hõlmatud üldise hoolsuskohustuse kriteeriumis ja on sellised, mida mõistlik isik juhatuse liikmena vastavas olukorras teeks.

Vastutuse puhul on oluline leida ühene vastus järgmistele küsimustele. Esiteks, kas juhatuse liige pidi aru saama, et äriühingul puuduvad väljavaated pankrotimenetluse vältimiseks. Teiseks, juhul, kui ollakse juba sellises staadiumis, kas juhatuse liige on teinud kõik võimaliku mida ta oleks pidanud tegema, et vähendada äriühingu võlausaldajatel kahju tekkimist. On märgitud, et sellele hinnangu andmine oleneb konkreetsest juhtumist, millise

¹⁵³ A. Campbell. Wrongful Trading and Company Rescue. - Cambrian Law Review 1994/25, p 70.

¹⁵⁴ G. Spindler. Trading in the Vicinity of Insolvency. - European Business Organization Law Review 2006/7 (1), p 349.

¹⁵⁵ A. Campbell. Wrongful Trading and Company Rescue. - Cambrian Law Review 1994/25, p 75.

¹⁵⁶ *Ibid.*

äriühinguga oli tegu, millised olid konkreetse juhatuse liikme funktsioonid ja ülesanded ning kas on antud välist nõu ja mis on olnud selle sisuks.¹⁵⁷

Eesti kohtupraktikas on Riigikohus leidnud, et juhatuse liikmelt kohustuste täitmisel oodatav hoolsus tähendab, et ta peab ilmutama hoolsust, mida mõistlik inimene taolises ametis sarnastel tingimustel ilmutaks.¹⁵⁸ Samas on vajalik rõhutada, et ainuüksi juriidilisele isikule tema juhtimisest tekkinud kahjulik tagajärg või loodetud positiivse tulemuse saabumata jäämine ei ole aluseks juhtorgani liikme vastutusele juriidilise isiku ees. Oluline on tõendada, et esineb põhjuslik seos äriühingul kahju tekkimise ja juhatuse liikmete käitumise vahel, sest ühingul võib kahju tekkida küll vastavas ajavahemikus, kuid sellel ei pruugi olla seost juhatuse liikme käitumisega.

Ühendkuningriigis oli kohtuasi *Re Produce Marketing Consortium Ltd* üks esimesi kohtuvaidlusi, kus vaidluse all oli konkreetne ajahetk, millest alates juhatuse liikmed pidid teadma, et äriühingul puuduvad väljavaated pankrotimenetluse vältimiseks ja kas juhatuse liikmed on teinud kõik võimaliku, et vähendada võlausaldajatel tekkivat kahju.¹⁵⁹ Vastutusest vabastava aluse kohaldamise kohta on kohtuasjas *Re Brian D Pierson Ltd* rõhutanud, et see kohaldub olukorras, kus juhatuse liikmed on võtnud eraldi spetsiaalseid samme selleks, et säilitada olemasolevat vara või realiseerida nõudeid võlausaldajate kasuks, isegi juhul, kui see neil ei õnnestu.¹⁶⁰

Samas on keeruline ennustada, millised on põhjendatud praktilised sammud, mis näitavad, et juhatuse liige on teinud kõik vajaliku. B. Hannigani arvates on võlausaldajate kaitseks võetud sammudeks, mida kohus peab põhjendatuks näiteks äriühingu finantside kindlustatuse tagamine, kokkulepetele jõudmine võlausaldajatega, professionaalse abi kasutamine ja koostöö äriühingu pangaga.¹⁶¹ Seega oluline on, et juhatuse liikmed on näinud probleemi ja oleksid vähemalt üritanud midagi ette võtta selle lahendamiseks isegi juhul, kui lõpptulemusena ei pruugi olla võimalik pankrotimenetluse vältimine.

Loobumine juhatuse liikme kohast ei välista hilisemat vastutust ja võimalike kahjunõuete esitamist. Ühendkuningriigi kohtuasjas *Secretary of State for Trade and Industry v Arif & Ors*

¹⁵⁷ P. L. Davies. Gower and Davies' Principles of Modern Company Law. Eighth Edition. Sweet & Maxwell 2008, p 219.

¹⁵⁸ Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 11. mai 2005. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-41-05, p 31. - RT III 2005, 17, 181.

¹⁵⁹ *Re Produce Marketing Consortium Ltd*. Chancery Division, 16.02.1989. No. 002142 of 1988.

¹⁶⁰ *Re Brian D Pierson Ltd*. Chancery Division (Companies Court), 26.08.1998. [1999] B.C.C. 26.

¹⁶¹ B. Hannigan. Company law. Second Edition. Oxford: Oxford University Press 2009, p 704.

on rõhutatud, et isik, kes lihtsalt astub tagasi enne, et oleks teinud kõik võimaliku, et vähendada võimalikku võlausaldajatel tekkida võivat kahju, ei pääse vastutusest.¹⁶² Rõhutada tuleb, et vastutusele saab võtta ka neid juhatuse liikmeid, kes on juhatuse liikme kohalt tagasi astunud, kuid ei ole oma ameti ajal järginud vajalikku hoolsuskohustust. Igal juhul on oluline oma ametiajal käituda kooskõlas korraliku ettevõtja hoolsusega ja teha endast kõik võimalik, et vähendada potentsiaalselt tekkida võivat kahju.

Eelnevast tulenevalt on Ühendkuningriigi õiguses põhilise vastutusest vabanemise alusena ette nähtud kahju vähendamiseks ühingu võlausaldajatel kõik võimaliku tegemine kasutusel ka Eesti õiguses, kus seda vaadatakse juhatuse liikme hoolsuskohustuse täitmise juures. Kui äriühingu tegevusaruannetest selgub, et puuduvad väljavaated maksejõuetuse vältimiseks, tuleb juhatuse liikmetel reageerida ja vajalikud meetmed kasutusele võtta. Oluline on, et juhatuse liikmed vähemalt teeksid omapoolseid pingutusi selleks, et ühingu varalist seisu parandada, mis hõlmab ka ette nähtud maksete tegemise piirangu järgimist ja arvestamist võlausaldajate huvidega.

Erialakirjanduses on R. Goode toonud välja loetelu edasistest sammudest, mida võiks soovitada äriühingu juhatuse liikmetele juba enne maksejõuetuse ilmumist, et vältida võimalikku vastutust maksejõuetuse olukorras maksete tegemise eest.¹⁶³ Käesoleva töö autori hinnangul võiks R. Goode poolt toodud soovitused kokku võtta järgmiselt.

Esiteks on oluline hinnata realistlikult äriühingu majanduslikku seisut. Kui on ilmselge, et äriühing on püsivalt maksejõuetu, tuleb viivitamata esitada pankrotiavaldus. Juhul, kui tegemist ei ole veel püsivalt maksejõuetu ühinguga, ei pruugi täielik tehingute tegemise peatamine esimeste raskuste tekkimisel olla õigustatud ja võib olla samamoodi vastutuse tekkimise aluseks. Potentsiaalse kahju tekkimise vähendamine võlausaldajatel võib olla võimalik just teatud piirides majandustegevust jätkates. Siinkohal võibki olla vajalik nõu küsimine kompetentselt erialaspetsialistilt, kes oskab kõrvaltvaataja seisukohalt olukorda adekvaatsemalt hinnata.

Teiseks on oluline vaadata üle äriühingu raamatupidamine ja vajadusel korraldada sagedamini juhatuse liikmete koosolekuid. Koos teiste juhatuse liikmetega tuleb üle vaadata äriühingu finantsaruanded, ette valmistada mõistlik ja konstruktiivne plaan, kuidas vähendada kulusid, suurendada sissetulekuid, et kindlustada ühingu maksevõimelisus. Seejuures on oluline, et

¹⁶² Secretary of State for Trade and Industry v Arif & Ors. Chancery Division (Birmingham District Registry), 01.03.1996. [1996] B.C.C. 586.

¹⁶³ R. Goode. Principles of Corporate Insolvency Law. Fourth Edition. Sweet & Maxwell 2011, pp 674-676.

juhatuse liikmetel oleks kättesaadav ajakohane informatsioon ühingu eelarve ja majandustegevuse vastavuse kohta. See aitab juhatuse liikmel täita hoolsuskohustuse üht komponenti - kohustust olla piisavalt informeeritud tehingute tegemisel. Oluline on tagada koosolekute ja seisukohtade nõuetekohane protokollimine, mis võib tulla kasuks potentsiaalsetes hilisemates kohtuvaidlustes, kus aruanded oleksid kasutatavad tõenditena, mille põhjal saab näidata, et juhatuse liikmena on tehtud kõik võimalik, et vähendada võimalikku kahju tekkimist.

Kolmandaks on vajalik võlausaldajate informeerimine äriühingu muutunud olukorrast ja võimalusel nendega kokkuleppele jõuda. Võimalik, et kompromissi saavutamine võlausaldajatega aitab parandada äriühingu maksevõimet. Isegi juhul, kui ühingu maksejõuetus on vältimatu, on tänu võlausaldajate informeerimisele hiljem võimalik lihtsamini tõendada, et juhatuse liige on teinud omalt poolt kõik mõistlikult võimaliku, mida vastavas olukorras oleks pidanud tegema.

Seega arvestatakse äriühingu maksejõuetuse ilmnemisest tuleneva maksete tegemise piirangu rikkumisel tekkida võiva juhatuse liikme vastutuse juures sellega, kas juhatuse liige on teinud kõik vajalikud sammud, see tähendab, võtnud kasutusele kõik vajalikud meetmed selleks, et makse tegemise tagajärjel võimalikku kahju tekkimise tõenäosust vähendada. Ühendkuningriigi õiguskorras käsitletakse ebaausa äritegevuse regulatsiooni juures kahju vähendamiseks võimalike meetmete kasutusele võtmist ühena põhilistest juhatuse liikme vastutuse alustest. Saksamaal on kahju vähendamiseks meetmete kasutusele võtmine aga hõlmatud korraliku ettevõtja hoolsuskohustusega. Sarnaselt Saksamaale ei käsitleta ka Eestis juhatuse liikme poolt oma tegevusega potentsiaalselt kaasneva kahju vähendamiseks meetmete kasutusele võtmist äriühingu maksejõuetuse ilmnemisel eraldi võimaliku vastutusest vabanemise alusena. Eestis arvestatakse seda üldiselt juhatuse liikme hoolsuskohustuse täitmise juures.

Üldistatult võivad vastavateks potentsiaalselt tekkida võiva kahju vähendamiseks kasutusele võetavateks meetmeteks olla järelikult näiteks kompromissile jõudmine võlausaldajatega ja spetsialistilt professionaalse nõu küsimine, et äriühingu juhatuse liikmel oleks võimalik hinnata, kas äriühingu majandustegevuse jätkamine ja selle raames teatud maksete tegemine on ikkagi vaatamata maksejõuetuse ilmnemisele mõistlik. Oluline on, et juhatuse liige ei muudaks oma tegevusega äriühingu majanduslikku seisundit veelgi halvemaks, vaid tagaks äriühingu vara võimalikult suures osas säilimise.

Kokkuvõttes on oluline rõhutada, et juhatuse liikme ametist loobumine maksejõuetuse ilmnemisel, ei päästa hilisemast vastutusest. Ettenägelik juhatuse liige tagaks lisaks temalt mõistlikult oodatavale hoolsale käitumisele ka kahju tekkimise tõenäosuse vähendamiseks kasutusele võetud meetmete järgimise selliselt, et seda oleks võimalik hiljem tekkida võivates kohtuvaidlustes tõendada.

Kokkuvõte

Äritegevuses on oluline omada jooksvalt ülevaadet ühingu varalise seisundi kohta ja arvestada, et ettevõttel ei pruugi alati kõik tõusujoones sujuda. Tähtis on majandusliku olukorra halvenemist õigeaegselt märgata ja vajadusel võtta vastavalt sellele kasutusele teatud meetmed, näiteks võib selleks olla pankrotiavalduse esitamine. Oluline on äriühingu maksejõuetuse olukorras ennetavalt maksete tegemise piirangu järgimine, mitte jääda lootma ühingu maksevõime iseenesest paranemisele või tekkinud kahju tagantjärele kompenseerimisele.

Tagajärgi ennetav ja ettenägelik käitumine juhatuse liikme poolt kaitseb neid võimaliku hilisema vastutuse eest, mis tooks kaasa kohtuvaidlused ja kahju hüvitamise nõuded. Äriühingu juhatuse liikmel on võimalik vabaneda vastutusest, kui ta on tegutsenud mõistlikult juhatuse liikmelt oodatava hoolsusstandardiga - korraliku ettevõtja hoolsusega. Hoolas ja mõistlik käitumine makseraskuste korral on oluline nii juhatuse liikmele endale kui teenib ka ühingu ja võlausaldajate kaitse huve.

Äriühingu maksejõuetuse kindlakstegemisel on oluline hinnata kõiki ühingu majanduslikku olukorda mõjutavaid tegureid kogumis. Äriühingu eest maksete tegemine on igal juhul piiratud pärast püsiva maksejõuetuse ilmnemist, kuid maksete tegemine peaks olema piiratum ka juba ajal, kui maksejõuetuse tekkimine on ettenähtav.

Maksejõuetusest tuleneva maksete tegemise piirangu puhul käsitletakse maksena kõiki tehinguid, mis mõjutavad äriühingu varalist seisundit ja seejuures ei ole olulised maksete tegemise põhjused. Igapäevase majandustegevuse jätkamiseks võivad teatud piirides siiski osa makseid olla põhjendatud. Lubatud on maksed, mida oleks tehtud ka pankrotiavalduse õigeaegse esitamise korral. Aktsepteeritav on ka selliste maksete tegemine, mis aitavad kaasa ühingu vara säilitamisele, näiteks võib olla põhjendatud teatud ulatuses parandamiskulude kandmine. Antud kontekstis ei ole maksena käsitletav äriühingu varast väärtusetu osa või asja ära andmine, kui selle eseme suhtes kehtivad kolmandate isikute õigused, näiteks kui on tegemist äriühingule hoiule antud asjaga.

Maksejõuetuse ilmnemisel on oluline lisaks maksete tegemise piirangu järgimisele kaaluda ka vajadust esitada pankrotiavaldus, mille õigeaegselt esitamata jätmine on käsitletav juhatuse liikme kohustuse rikkumisena. Nii pankrotiavalduse õigeaegne esitamine kui ka maksejõuetuse olukorras maksete tegemise piirangu järgimine aitavad tagada ühingu vara

säilimise ja kaitsevad seeläbi ka võlausaldajaid. Seega on maksejõuetuse ilmnemisel pankrotiavalduse esitamine ja edasiste maksete tegemise piirang omavahel tihedalt seotud.

Hoolimata pankrotiavalduse esitamisest peab hoiduma maksete tegemisest, mis ei ole vastavas olukorras kooskõlas korraliku ettevõtja hoolsusega. Juhul, kui maksejõuetuse olukorras siiski jätkatakse äriühingu majandustegevust, on lubamatu maksega tekitatud kahju hüvitamiseks võimalik esitada kahju hüvitamise nõue. Kahjuhüvitise määramisel tuleks lähtuda sellest, kuivõrd on ühingu varaline seisund makse tegemisega halvenenud.

Juhatuse liikme vastu maksete tegemise piirangu rikkumisest tuleneva kahju hüvitamise nõude esitamisel arvestatakse, kas nõude esitanud isik on teinud omalt poolt kõik mõistlikult võimaliku, et kahju ära hoida või vähendada selle tekkimist. Sisuliselt tuleb kahju hüvitamise nõude esitamisel tõendada, et puuduvad muud võimalused nõude realiseerimiseks. Eelkõige tähendab see seda, et tuleb näidata, et halduri poolt pankrotimenetluses oleks tagasinõue väärtusetu isegi juhul, kui vastava tehingu tegemine oleks võimalik tagasi võita.

Kõigis töös võrreldavates õiguskordades on olnud vaidlusi selle üle, kas kahjunõude esitamine on äriühingu või võlausaldajate huvides. Käesoleva töö autor on seisukohal, et lõppastmes kaitstakse nii pankrotiavalduse esitamise kohustuse regulatsiooni puhul kui ka maksejõuetuse ilmnemisest tuleneva maksete tegemise piirangu kehtestamisega võlausaldajaid, sest vastavate kohustuste järgimise kaudu äriühingu varalise seisundi parandamine aitab kaasa ka võlausaldajate huvide kaitsele.

Maksejõuetusele vaatamata äriühingu majandustegevuse jätkamisel peaksid vastutama mitte üksnes formaalselt juhatuse liikmed, vaid isikud, kes reaalselt mõjutavad ühingu tegevust ja vastava makse teevad. Näiteks Ühendkuningriigis on selline võimalus toodud ebaausa äritegevuse regulatsiooni juures ka eraldi sättena välja.

Osanikele ja aktsionäridele keelatud väljamaksete tegemisel tekib juhatuse liikmetel solidaarvastutus makse saanud osaniku või aktsionäriaga. Käesoleva töö autori hinnangul tuleks aga pöörata rohkem tähelepanu nõukogu rollile äriühingu majandustegevuse jätkamisel ja selle eest maksete tegemisel ning kaaluda nõukogu liikmete võimalikku solidaarvastutust juhatuse liikmetega.

Kahjunõude äriühingu nimel esitab pankrotimenetluses haldur, sest alles selleks ajaks saavad olla selged lubamatu maksega kaasnenud tagajärjed ja äriühingul tekkinud kahju ulatus. Pankrotiavalduse esitamise kohustuse täitmata jätmisel on võimalik ka juhatuse liikmete

otsevastutus võlausaldaja ees. Võlausaldaja otsenõue on võimalik esitada deliktiõigusliku nõudena.

Kuigi hetkel kindel kohtupraktika Eestis selle kohta puudub, leiab käesoleva töö autor, et võlausaldaja otsenõue juhatuse liikme vastu peaks olema võimalik ka äriühingu maksejõuetuse ilmnemisest tuleneva maksete tegemise piirangu rikkumisel. Maksejõuetuse olukorras makse tegemisega kahju tekitamisel käituks juhatuse liige õigusvastaselt võlausaldaja suhtes, kellega tal lepinguline suhe puudub. Vastavad äriühingu maksejõuetuse olukorras maksete tegemise piirangut sisaldavad sätted peaksid olema kaitsenormiks deliktiõigusliku nõude aluse suhtes.

Maksejõuetuse olukorras maksete tegemisel on põhiliseks vastutusest vabanemise aluseks korraliku ettevõtja hoolsus. Maksejõuetuse olukorras maksete tegemine on siiski lubatud seega juhul, kui juhatuse liige teeb vastavad tehingud olles piisavalt informeeritud ning hoolas, arvestades ühingu muutunud majandusliku olukorda ning silmas pidades, et maksete tegemine ei põhjustaks ühingu vara vähenemist ja selle kaudu ei kahjustaks võlausaldajate huve.

Juhatus liikme hoolsuskohustuse täitmise hindamisel arvestatakse ka sellega, kas isik on võtnud kasutusele kõik võimalikud meetmed selleks, et vähendada võlausaldajatel potentsiaalselt tekkida võivat kahju. Tingimus, et makseid tegev isik on ette võtnud kõik võimalikud sammud, et vähendada võlausaldajatel potentsiaalset kahju tekkimise tõenäosust, on Ühendkuningriigi õiguskorras põhiline vastutusest vabanemise võimalus. Eesti õiguses on see käsitletav hoolsuskohustuse ühe elemendina korraliku ettevõtja hoolsuse juures.

Tekkida võivates õigusvaidluses jaguneb tõendamiskoormis selliselt, et nõude esitajal lasub kohustus tõendada nõude eelduste olemasolu. Makse teinud isikul on omakorda võimalus tõendada, et hoolimata makse tegemisest on tema käitumine olnud kooskõlas korraliku ettevõtja hoolsusega, mille raames ta on teinud endast kõik võimaliku, et vähendada võlausaldajatel tekkida võivat kahju. Tõendamiskoormise selline jagunemine aitab kaasa võlausaldajate poolt juhatuse liikmete vastu otsenõuete esitamisele ja seeläbi ka üldisemalt vastava regulatsiooni toimimisele praktikas.

Juhatus liikme ametist loobumine maksejõuetuse ilmnemisel ei päästa hilisemast vastutusest. Juhatus liikmed peaksid tegema omapoolseid pingutusi selleks, et ühingu vara säilitada, mis hõlmab ka ette nähtud maksete tegemise piirangu järgimist ja seeläbi arvestamist võlausaldajate huvidega. Lisaks hoolsale käitumisele tagaks ettenägelik juhatuse liige ka

kasutusele võetud meetmete järgimise selliselt, et seda oleks võimalik hiljem tekkida võivates kohtuvaidlustes tõendada.

Käesolevas töös võrreldud õiguskordades on maksejõuetuse olukorras maksete tegemine lubatud laiemas ulatuses Ühendkuningriigis, samal ajal kui Saksamaa käsitus on rangem ja juhatuse liikme käsutusõigust piiravam. Kõigis võrreldud riikides on probleeme maksete tegemise piirangu rikkumisel kahjunõude esitamise ja realiseerimisega praktikas.

Nõuete esitamist aitaks ühest küljest muuta efektiivsemaks konkreetselt määratletud regulatsioon vastavates õigusaktides. Samas juhul, kui maksete tegemise piirangu rikkumise sätted sisaldaksid väga rangeid kriteeriume, mille järgi hinnata makseid teinud isiku vastutust, siis oleks sellel liiga kitsendav mõju juhatuse liikmete tegutsemisvabadusele. See võib viia omakorda selleni, et juhatuse liikmed hakkavad peatavad ühingu igasuguse majandustegevuse juba ajal, kui ühing on veel maksevõimeline.

Maksete tegemise piirangu rikkumisel kahjunõude realiseerimist takistab tihti ka asjaolu, et väga palju pankrotimenetlusi lõpeb raugemisega, sest ühingul ei jätku vara isegi menetluskulude katmiseks, rääkimata kohtuvaidluste pidamisest. Sellises olukorras on võimalik võlausaldajatel esitada otsenõue juhatuse liikmete vastu.

Kohtuvaidlused on aga kulukad, pikaajalised ja täiesti veendunud ei saa olla ka selles, et lõpptulemus oleks võlausaldajaid rahuldav, mistõttu ei pruugi võlausaldajad olla huvitatud nendesse panustamisest. Näiteks Ühendkuningriigis on selle probleemi lahendusena pakutud võimalust lubada nõuete esitamise finantseerimist kolmandate isikute poolt. Nõuete finantseerimise perspektiivikuses on alust kahelda. Maksejõuetuse olukorras nõude esitamisel ei ole ühingul omaltpoolt sellele kolmandale isikule midagi vastu pakkuda, sest vaevalt oleks see isik näiteks huvitatud kehvast majanduslikus olukorras oleva ühingu osa omandamisest.

Eelnevast tulenevalt ei leidnud kinnitust töös püstitatud hüpotees, et maksejõuetuse ilmnemisel on juhatuse liikmele kehtestatud tavalisest hoolsusstandardist erinev hoolsusstandard. Hindamisel, kas juhatuse liikme poolt maksejõuetuse olukorras maksete tegemine on kooskõlas korraliku ettevõtja hoolsusega lähtutakse samasugustest kriteeriumitest nagu tavalise hoolsuskohustuse puhul.

Juhatusel liikme tegevusvaldkonna eripärast tulenevalt võrreldakse juhatuse liikme käitumist mitte lihtsalt mõistliku isikuga, vaid mõistliku isikuga, kes täidab samasuguses olukorras juhatuse liikmega sarnaseid ülesandeid. See asjaolu ei nõua aga juhatuse liikmelt teistsuguste

standardite täitmist ega muuda maksejõuetuse olukorras maksete tegemisel juhatuse liikmelt oodatavat hoolsuskohustust teistsuguseks võrreldes üldise hoolsuskohustusega.

Võrreldud õiguskordade erialakirjanduse ja kohtupraktikas toodud seisukohtade alusel leiab käesoleva töö autor, et seaduse tasandil väga rangelt ja detailselt määratletud kriteeriumid võivad olla liigselt kitsendava mõjuga juhatuse liikmete otsustusvabadusele ega aitaks paremini tagada nõuete realiseerimist. Seadustes sisalduva regulatsiooni kõrval arvestatakse Eestis üha enam ka sellega, kuidas on vastavad küsimused varem kohtupraktikas lahendatud. Sellest tulenevalt võib olla seaduses üldise standardina korraliku ettevõtja hoolsuse sätestamine põhjendatud.

Ühendkuningriigi eeskujul võiks kaaluda ettepanekut tuua seaduses selgemalt välja objektiivne ja subjektiivne hoolsusstandard. Selle järgi võiks korraliku ettevõtja hoolsuse juures esiteks objektiivselt vaadata, kuidas käitüks sarnane mõistlik juhatuse liige samasuguses olukorras. Teiseks arvestatakse subjektiivse konkreetse juhatuse liikme teadmisi, oskusi ja omadusi. Iga konkreetse üksikjuhtumi puhul jääks kohtute ülesandeks hinnata, kas juhatuse liige on käitunud kooskõlas korraliku ettevõtja hoolsusega.

Kokkuvõttes peaks seaduses reguleeritud kohustus - hoiduda pärast maksejõuetuse ilmnemist äriühingu eest maksete tegemisest - juhtima äritegevusega tegelevate isikute tähelepanu sellele, et eesmärgiks on kahjulike tagajärgede ennetamine hoolsa ja mõistliku käitumisega ühingu juhtimisel. Korraliku ettevõtja hoolsuse järgimine ja potentsiaalselt tekkida võiva kahju ärahoidmiseks vajalike meetmete kasutuselevõtmine on oluline ka juhul, kui maksejõuetuse olukorras maksete tegemise piirangut ei õnnestu järgida. Mõistlikult juhatuse liikmelt oodatava hoolsusega käitumine kaitseb nii juhatuse liiget ennast võimalike kahjuhüvitiste maksmise kohustuse eest, kuid on ka äriühingule kasulik ning seeläbi aitab kaitsta ka võlausaldajate huve. Oluline on õigesti hinnata äriühingu olukorda ja maksejõuetuse ilmnemisel võtta kasutusele vajalikke meetmeid, mille sobivus ja vajalikkus on hinnatav lähtudes iga üksikjuhtumi konkreetsetest asjaoludest.

Trading Restriction of the Company in the Vicinity of Insolvency

Summary

Economies are in a constant state of flux, and as such it is impossible for every company on the market to only ever earn a profit. A company that is prosperous today may one day find itself in the midst of a serious financial crisis, one that could ultimately lead to insolvency. When facing insolvency, the director of said company may have to take drastic action to rectify the situation, and must take a number of issues in to consideration when deciding whether or not to continue trading. Due to the complex relationship between parties involved, it is important to find solutions that are not only economically reasonable, but also legally acceptable.

Theoretically, any director may find himself or herself in the situation where they must consider what their options are in any attempt to rescue the company. However, if he or she fails to fulfil their duties, he or she could be held personally liable for their failures. It is thus that the legal regulations regarding trading when in the vicinity of insolvency must be made clear for directors to understand, as these regulations dictate not only when, how and if the company is allowed to trade, but also explains the specific circumstances in which personal liability may occur. Furthermore, the effective regulation of civil liability is especially important with changes planned in the Estonian Penal Code to decriminalise the failure to submit a bankruptcy petition.

The main purpose of this master's thesis is to analyse the legal regulation of the duties of the director of a company in the vicinity of insolvency. On the one hand, the obligation to file a bankruptcy petition occurs. On the other hand, the directors of the company are not allowed to make future payments from the assets of the company. This thesis focuses on the restriction of trading when the private or public limited company is approaching insolvency.

The aim of the thesis is to find out whether the expected due diligence of a director in the vicinity of insolvency has different standards in comparison to the general duty of care. In order to explore this issue, the regulations under Estonian law are compared to the German legal approach and the law of the United Kingdom, to find out if the standards of duty of care are higher when making payments on behalf of the company after it has become insolvent. German law has been a great role model for drafting Estonian law. As a common law country the United Kingdom is used for contrast. In addition to the analysis of Estonian law, his thesis

will draw comparisons between the statute law, relevant literature, and case studies of judicial practice - both in Germany and in the United Kingdom – in order to reach conclusions regarding any practical issues, as well as to analyse any possible solutions.

The thesis consists of three main sections. Firstly, the obligations of the director in the vicinity of insolvency will be discussed. The second chapter will explore filing claims for damages. The third chapter discusses the possible courses of action, when it is decided that the director of the company cannot be held liable for trading while insolvent.

The first chapter of this thesis deals with a number of questions related to a director's duties when in the vicinity of insolvency. This chapter begins by attempting to define the exact moment from which it could be said a company has become insolvent. Secondly, it is asked whether payments of any kind are prohibited after insolvency, or are there certain types of payments that would be acceptable despite the insolvency. Thirdly, it is asked about the obligation to file a bankruptcy petition in relation to the trading restriction.

The second chapter of this thesis deals with the possibility of claims that can be brought against a director when an unlawful payment has been made during insolvency. Firstly, the content and extent of such a claim is analysed. Secondly, this chapter discusses who can be held liable for any insolvent trading, as well as exploring which parties could be justified in filing this claim.

The third chapter of this thesis focuses on the possibilities of a director being indemnified against liability for their actions. Firstly, this chapter discusses the due diligence of a prudent businessman as the main opportunity for being indemnified against liability. Secondly, taking every step to minimise the potential loss is considered as another potential course of action for indemnification against liability.

When exploring this topic, it is important to define the exact moment at which the directors of a company know or ought to have known that there are no more reasonable courses of action to avoid insolvency. Defining this moment dictates the point at which there is a legal obligation for a bankruptcy petition to be filed, and also marks the moment at which the directors have to consider more carefully whether further payments by the company are reasonable and in accordance with the expected due diligence of directorship. There is no doubt that the trading restriction applies after the company has already become insolvent, but making payments on behalf of the company should also be limited and very carefully considered when in the vicinity of insolvency.

Under the trading restriction nearly any transfer that may influence the company's assets is considered as a payment. However, despite insolvency some payments might still be considered acceptable. Permissible payments may include those made when the bankruptcy petition was filed on time. For instance, payments made maintaining the value of a company's assets and those paying for recovery costs might be considered reasonable to a certain extent. However, giving away a valueless part of the company's assets or a thing on which, rights of a third person are imposed on, is not considered as a payment in this context.

On the one hand, fiscally prudent behaviour and efforts made to prevent or minimise the consequences of insolvency protects the directors from most future claims for the compensation or other damages. On the other hand, in conjunction with the obligation to file bankruptcy petition, the trading restriction is not only in the best interest of a company, but also a method of creditors' protection to ensure that a company would have more financial assets to satisfy the claims of the creditors. When it is decided to continue trading despite the fact that the company has become insolvent, the director might be held liable for the damages caused by making any payment. The compensation should take into account the extent in which the company's financial situation has gotten worse due to the payment.

Under the valid law, a director of the company is the one that can be held liable for continuing to trade instead of filing the bankruptcy petition. Furthermore, it is not just formal board members, but also those who hold influence over or relating to any decisions in making the payment that should be held liable. For instance, in the United Kingdom it is clearly pointed out, that shadow directors can also be held liable for wrongful trading. The author of this thesis is of the opinion that joint and several liability of the members of the supervisory board, who actually gave their permission for a certain payment, should occur with the members of the management board.

Generally, the trustee in bankruptcy has the right to bring an action against the director to compensate for the damages in the name of the company. In Germany and Estonia, the creditors also have the right to file a claim directly against the directors if they fail to fulfil their obligation to file the bankruptcy petition, when by not doing so they damage the interests of the creditors. In the opinion of the author of this thesis, it should also be possible for the creditors to file a claim directly against the directors that are liable for breaching the trading restriction when the company has become insolvent.

However, the director of the company can still, despite trading while insolvent, be indemnified against liability. In Estonia and Germany, the main ground for indemnification is

that the payment has been made with the diligence of a prudent businessman. To meet that requirement, the director of the company has to be fully informed about any and all important and relevant factors when making the payment. This is especially true considering the changed economic situation of the company. One chief consideration is that the payment may not cause decrease of the company's assets or harm the interests of the creditors.

Furthermore, when considering indemnifying the director against liability, it is vital that every step the director has taken when making said payment has been taken with a view to minimising any potential losses. Under the regulation of the United Kingdom, this is the main circumstance that could contribute to indemnification against liability. In Estonia, this is regarded as just one aspect within the due diligence of the director of the company.

Realising the claims under insolvent trading regulation seems to be just as problematic in each of the reviewed legal systems. It can be argued that a more concrete regulation in the respective statutes would help to make presenting the claims more efficient. However, any regulation implemented would necessarily call for strict criteria that may excessively limit the freedom of management.

The burden of proof is divided so that the party filing the claim has to prove that the director has not followed the trading restriction and that, by not doing so, he or she has caused harm. Most importantly, it has to be shown that the breach of the director's duties has damaged the company. The director has an opportunity to prove that, even after the insolvency of the company has occurred, making the payment was acceptable and that they have satisfied all the requirements of due diligence. Furthermore, that he or she has taken every possible step to minimise the potential loss to the company or the financial harm to creditors.

Another problem that arises is that a bankruptcy proceeding might result in termination, when and if the company does not have sufficient assets to cover the costs of the proceedings. However, the regulation that allows direct claims by the creditor helps to overcome this problem. Furthermore, court disputes are expensive and may last months or even years – and even then one can never be entirely sure that the result would satisfy the creditors. This may contribute to a creditors' hesitance in committing to a lengthy and costly legal dispute. In the United Kingdom, efforts have been made to reduce the likelihood of this happening, where it has been suggested that such court disputes could be financed by third parties. However, this solution is currently not permissible in the United Kingdom - nor is it in Germany or Estonia. This is because the specific nature of claims made in insolvency proceedings means a

company would likely not have anything of value to incentivise third parties in contributing to this system.

On the basis of analysis made in this thesis it has to be concluded that, with regard to insolvent trading, the due diligence of a prudent businessman is not different from the general duty of care. When considering whether the director of a company has performed ethically and been diligent in their role, the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of said director is taken into account. The standards might be set higher for an especially diligent director, considering the specific and complex tasks he or she must oversee and carry out in such a situation. Therefore, the criteria against which the director is judged and the behaviour expected of them is not set against any random person, but instead comparisons are made against another suitable company director. However, this is not to say that the due diligence of a prudent businessman is at all different from a general duty of care.

In conclusion, it is important to prevent the problems that can arise from the insolvency of a company, not to rely on the possible recovery of the damages. A director with foresight would not only act in accordance with the due diligence of a prudent businessman, but would also ensure that it would be possible to prove that he or she has done so in any possible future disputes. A director of a company must take a careful look at that company's exact economic situation and take the necessary steps, of which suitability and accordance with the due diligence, depends on the specific circumstances of a certain case.

Kasutatud materjalid

Kasutatud kirjandus

1. K. Ashton, V. Losonci, S. Cebik. When a Multinational Group of Companies is in Financial Difficulty An Overview of Practical Problems in European Insolvency Proceedings. - International Business Lawyer 2002/30 (8), pp 350-356.
2. T. Bachner. Wrongful Trading – A New European Model for Creditor Protection? - European Business Organization Law Review 2004/5 (2), pp 293-319.
3. H. G. Bamberger, H. Roth (Herausgg). Beck'scher Online-Kommentar BGB. 30. Edition. München: C. H. Beck 2013.
4. A. Baumbach, A. Hueck (Bearb). Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Beck'sche Kurzkommentare. 20. Auflage. München: C. H. Beck 2013.
5. T. Bersheda. Insolvency Act 1986, Section 214: A Model for the European Initiative on Wrongful Trading. - Cambridge Student Law Review 2005/1, pp 63-73.
6. K. Geens (ed). International Encyclopaedia of Laws. Corporations and Partnerships. Volume 3. The Hague, London, Boston: Kluwer Law International 1996.
7. N. Bourne. Directors - Duty of Care and Skill. - Business Law Review 2004/25 (9), pp 218-219.
8. A. Cahn, D. C. Donald. Comparative Company Law. Text and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA. Cambridge University Press 2010.
9. A. Campbell. Wrongful Trading and Company Rescue. - Cambrian Law Review 1994/25, pp 69-88.
10. P. Davies. Directors' Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency. - European Business Organization Law Review 2006/7 (1), pp 301-337.
11. P. L. Davies. Gower and Davies' Principles of Modern Company Law. Eighth Edition. Sweet & Maxwell 2008.

12. H. Eidenmüller. Trading in Times of Crisis: Formal Insolvency Proceedings, workouts and the Incentives for Shareholders/Managers. - *European Business Organization Law Review* 2006/7 (1), pp 239-258.
13. W. Schön. Balance Sheet Tests or Solvency Tests - or Both? - H. Eidenmüller, W. Schön (eds). *The Law and Economics of Creditor Protection. A Transatlantic Perspective*. The Hague: T. M. C. Asser Press 2008, pp 181-198.
14. P. R. Ellington, I. M. Fletcher. Responsibility and Liabilities of Directors and Officers of Insolvent Corporations in the UK. *International Business Lawyer* 1988/16 (11), pp 491-498.
15. F. Fletcher. *Insolvency in Private International Law. National and International Approaches*. Oxford: Oxford University Press 1999.
16. N. Boardman. United Kingdom. - D. v. Gerven, P. Storm (eds). *The European Company. Volume I*. Cambridge University Press 2006, pp 456-483.
17. R. Goode. *Principles of Corporate Insolvency Law. Fourth Edition*. Sweet & Maxwell 2011.
18. E. Gustavus. *Äriühinguõigus*. 2. trükk. Tallinn - Berliin: Justiitsministeerium 2001.
19. T. Haldma. *Finantsanalüüs pankrotimenetluses*. - *Juridica* 1994/I, lk 25-27.
20. B. Hannigan. *Company law. Second Edition*. Oxford: Oxford University Press 2009.
21. B. Hannigan, D. Prentice (eds). *Hannigan and Prentice: The Companies Act 2006 - A Commentary*. LexisNexis Butterworths 2007.
22. H. C. Hirt. The Wrongful Trading Remedy in UK Law: Classification, Application and Practical Significance. - *European Company and Financial Law Review* 2004/1, pp 71-120.
23. L. C. Ho. On Deepening Insolvency and Wrongful Trading. 2005. Available: <http://ssrn.com/abstract=741024> 20.04.2014.
24. H.-P. Kirchhof, H. Eidenmüller, R. Stürner (Herausgg). *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*. 3. Auflage. München: C. H. Beck 2013.

25. R. J. Mokal. An Agency Cost Analysis of the Wrongful Trading Provisions: Redistribution, Perverse Incentives, and the Creditors' Bargain. 2000. Available: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=riz_mokal 20.04.2014.
26. S. Plant, M. Prior. Officers' and Directors' Liability in the Context of Insolvency. - *International Business Lawyer* 2000/28 (7), pp 303-311.
27. T. Rauscher, P. Wax, J. Wenzel (Herausgg). Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. Band 1. 4. Auflage. München: C. H. Beck 2013.
28. M. Rotte. Folgewirkungen des MoMiG auf die GmbH in der Krise. Konsequenzen für den Gläubiger- und Kapitalschutz. 2008. Erhältlich: <http://steuerberater-waltrop.de/MoMiG.pdf> 20.04.2014.
29. J. Sootak, P. Pikamäe (koost). Karistusseadustik. Kommenteeritud väljaanne. 3. trükk. Tallinn: Juura 2009.
30. G. Spindler. Trading in the Vicinity of Insolvency. - *European Business Organization Law Review* 2006/7 (1), p 339-352.
31. G. Spindler, E. Stilz (Bearb). Kommentar zum Aktiengesetz. Beck'sche Kurzkommentare. Band 1. 2. Auflage. München: C. H. Beck 2010.
32. F. J. Säcker, R. Rixecker (Herausgg). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 5. 6. Auflage. München: C. H. Beck 2013.
33. T. Tiivel. Äriühingu juhtorgani liikme hoolsuskohustus. - *Juridica* 2005/IX, lk 621-635.
34. P. Varul. Selgitavaid märkusi pankrotiseadusele. - *Juridica* 1994/I, lk 2-13.
35. P. Varul. Võlgniku vastutus pankroti korral. - *Juridica* 2003/VII, lk 449-456.
36. P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi, K. Saare. Tsiviilõiguse üldosa. Tallinn: Juura 2012.
37. P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi (koost). Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2010.

38. P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi (koost). Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2006.
39. P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi (koost). Võlaõigusseadus III. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2009.
40. M. Varusk. Maksejõuetus - mis see on? - Õiguskeel 2008/2, lk 83-92.
41. M. Vutt. Juhtorgani kohustuse rikkumise, sealhulgas raske juhtimisvea ning kuriteotunnustega teo kindlaks tegemine pankrotimenetluse praktikas. Kohtupraktika analüüs. Tartu 2008. Kättesaadav: <http://www.riigikohus.ee/vfs/715/RaskeJuhtimisveaAnalyyys080318.pdf> 20.04.2014.
42. T. Zwinge. Have Directors' Duties of Care and Skill Become More Stringent? What has Driven this Development? Is this Development Beneficial? An Analysis of the Duty of Care in the UK in Comparison to the German Duty of Care. 2009. Available: <http://ssrn.com/abstract=1591590> 20.04.2014.

Kasutatud normatiivmaterjalid

Eesti normatiivmaterjalid

43. Karistusseadustik. - RT I 2001, 61, 364...RT I, 26.02.2014, 6.
44. Pankrotiseadus. - RT I 2003, 17, 95...RT I, 23.12.2013, 54.
45. Tsiviilkohtumenetluse seadustik. - RT I 2005, 26, 197...RT I, 13.03.2014, 100.
46. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. - RT I 2002, 35, 216...RT I, 06.12.2010, 12.
47. Võlaõigusseadus. - RT I 2001, 81, 487...RT I, 29.11.2013, 4.
48. Äriseadustik. - RT I 1995, 26, 355...RT I, 23.12.2013, 27.

Saksamaa normatiivmaterjalid

49. Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), zuletzt geändert durch Artikel 26 des Gesetzes vom 23. Juli 2013 (BGBl. I S. 2586). Erhältlich: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/aktg/gesamt.pdf>.20.04.2014.
50. Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Artikel 4 Absatz 5 des Gesetzes vom 1. Oktober 2013 (BGBl. I S. 3719). Erhältlich: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf> 20.04.2014.
51. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 27 des Gesetzes vom 23. Juli 2013 (BGBl. I S. 2586). Erhältlich: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gmbhg/gesamt.pdf>. 20.04.2014.
52. Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866), zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes vom 31. August 2013 (BGBl. I S. 3533). Erhältlich: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/inso/gesamt.pdf> 20.04.2014.
53. Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), zuletzt geändert durch Artikel 5 Absatz 18 des Gesetzes vom 10. Oktober 2013 (BGBl. I S. 3799). Erhältlich: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf> 27.04.2014.
54. Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 10. Oktober 2013 (BGBl. I S. 3786). Erhältlich: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/zpo/gesamt.pdf> 20.04.2014.

Ühendkuningriigi normatiivmaterjalid

55. Companies Act 2006. Available: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents> 20.04.2014.

56. Insolvency Act 1986. Available:

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/contents> 20.04.2014.

Kasutatud kohtupraktika

Eesti kohtupraktika

57. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 17. juuni 2002. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-81-02. - RT III 2002, 20, 238, p 16.
58. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 11. detsembri 2002. a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-120-02. - RT III 2003, 1, 12.
59. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 6. mai 2003. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-45-03. - RT III 2003, 18, 173.
60. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 12. jaanuari 2004. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-135-03. - RT III 2004, 4, 44.
61. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 26. aprilli 2005. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-39-05. - RT III 2005, 15, 155.
62. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 11. mai 2005. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-41-05. - RT III 2005, 17, 181.
63. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 22. septembri 2005. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-79-05. - RT III 2005, 28, 293.
64. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 25. aprill 2006. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-27-06. - RT III 2006, 17, 162.
65. Riigikohtu kriminaalkolleegiumi 28. oktoobri 2011. a otsus kriminaalasjas nr 3-1-1-49-11.
66. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 25. veebruari 2013. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-188-12.
67. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 29. mai 2013. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-40-13.
68. Riigikohtu tsiviilkolleegiumi 3. märts 2014. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-197-13.

Saksamaa kohtupraktika

69. BGH, Urteil vom 11. September 2000. - II ZR 370/99.

70. BGH, Urteil vom 12. Oktober 2006. - IX ZR 228/03.

71. BGH, Beschluss vom 5. November 2007. - II ZR 262/06.

72. BGH, Urteil vom 16. März 2009 - II ZR 32/08.

73. BGH, Urteil vom 25. Januar 2011 - II ZR 196/09.

Ühendkuningriigi kohtupraktika

74. Re Produce Marketing Consortium Ltd. Chancery Division, 16.02.1989. No. 002142 of 1988.

75. Re Purpoint Ltd. Chancery Division (Companies Court), 08.03.1990. [1991] B.C.C. 121.

76. Norman & Anor v Theodore Goddard & Ors. Chancery Division, 10.07.1991. [1992] B.C.C. 14.

77. Re Sherborne Associates Ltd. High Court of Justice, 05.05.1994. [1995] B.C.C. 40.

78. Secretary of State for Trade and Industry v Arif & Ors. Chancery Division (Birmingham District Registry), 01.03.1996. [1996] B.C.C. 586.

79. Re Oasis Merchandising Service Ltd Court of Appeal, 09.10.1996. [1997] 2 W.L.R. 765; [1998] Ch. 170.

80. Re Brian D Pierson Ltd. Chancery Division (Companies Court), 26.08.1998. [1999] B.C.C. 26.

81. Re Cubelock Ltd. Chancery Division, 22.05.2000. [2001] B.C.C. 523.

82. The Official Receiver, Neil Francis Hickling v Dhiren Doshi. High Court of Justice Chancery Division, 01.03.2001. GLC 407/99.

83. The Continental Assurance Company of London plc. High Court of Justice Chancery Division, 27.04.2001. No. 006099 of 1996.
84. Re Marini Ltd. Chancery Division /Companies Court), 03.03.2003. [2003] EWHC 334 (Ch).
85. Rubin v Gunner & Anor. Chancery Division (Companies Court), 01.03.2004. [2004] EWHC 316 (Ch).
86. Ultraframe (UK) Ltd v Fielding. High Court (Chancery Division), 27.07.2005. [2005] EWHC 1638 (Ch); [2006] F.S.R. 17.

Kasutatud muud materjalid

87. Karistusseadustiku ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seadus. Eelnõu. 16.07.2013. Kättesaadav: <http://www.just.ee/orb.aw/class=file/action=preview/id=58741/Karusseadustiku+ja+sellega+seonduvalt+teiste+seaduste+muutmise+seaduse+eeln%F5u.pdf> 27.04.2014.
88. Karistusseadustiku ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seadus. Eelnõu seletuskiri. 16.07.2013. Kättesaadav: <http://www.just.ee/orb.aw/class=file/action=preview/id=58823/Karusseadustiku+ja+sellega+seonduvalt+teiste+seaduste+muutmise+seaduse+seletuskiri.pdf> 27.04.2014.
89. Kohtutäiturite ja Pankrotihaldurite Koja arvamus. Karistusseadustiku ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu seletuskirja lisa 5. Kättesaadav: http://www.riigikogu.ee/?op=emsplain&page=pub_file&file_id=172d7282-5535-4e90-88cd-680a387143b1&. 27.04.2014.
90. Äriseadustiku muutmise seaduse eelnõu (552 SE) esimene lugemine. Riigikogu stenogramm, 19. jaanuar 2005. Kättesaadav: <http://www.riigikogu.ee/index.php?op=steno&stcommand=stenogramm&date=1106132400&pkpkaupa=1&op2=print&paevakord=2000011642#pk2000011642>. 20.04.2014.

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina Triin Toom

(sünnikuupäev: 16.05.1990)

annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose

”Äriühingu maksejõuetuse ilmnemisest tulenev maksete tegemise piirang”,

mille juhendaja on *dr iur* Andres Vutt,

reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;

üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace´i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.

olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.

kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tartus, 05.05.2014