

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Eraõiguse osakond

Marleen Abel

**MAKSEVÕIMELISUSE TESTI KASUTAMINE KAPITALIÜHINGU MAKSEVÕIME
HINDAMISEKS**

Magistritöö

Juhendaja
dr. iur. Andres Vutt

Tartu
2022

SISUKORD

SISSEJUHATUS	4
1. PÜSIVA MAKSEJÕUETUSE KINDLAKSTEGEMINE MAKSEVÕIMELISUSE TESTI ABIL	11
1.1. Kehtiv äriühingu maksejõuetuse regulatsioon.....	11
1.2. Pankrotiõigusliku maksevõimelisuse testi sisu	14
1.2.1. Eesti	14
1.2.2. Saksamaa	16
1.2.3. Prantsusmaa	18
1.3. Pankrotiõigusliku testi rakendusvõimalused ja -viisid	19
1.4. Vastutus	24
1.4.1. Juhatus liikme vastutusest üldiselt.....	24
1.4.2. Pankrotiavalduse esitamise kohustuse rikkumine	25
1.4.3. Pärast maksejõuetuse ilmnemist maksete tegemine	28
1.4.4. Maksejõuetuse põhjustamine.....	31
2. VÄLJAMAKSETE TEGEMISE OTSUSTAMINE MAKSEVÕIMELISUSE TESTI TOEL	33
2.1. Kehtiv väljamaksete tegemise regulatsioon	33
2.2. Ühinguõigusliku maksevõimelisuse testi sisu	34
2.2.1. Ühinguõiguslikust maksevõimelisuse testist üldiselt	34
2.2.2. Saksamaa	40
2.2.3. Holland	43
2.2.4. Ühendkuningriik.....	44
2.2.5. Ameerika Ühendriigid	45
2.2.6. Kanada	46
2.2.7. Uus-Meremaa	46
2.3. Ühinguõigusliku testi rakendusvõimalused ja -viisid.....	47
2.4. Vastutus ebaseadusliku väljamakse põhjustamise eest	49
2.4.1. Juhtorgani liikme vastutus	49

2.4.2. Osaniku ja aktsionäri vastutus	54
KOKKUVÕTE	57
IMPLEMENTATION OF THE SOLVENCY TEST FOR EVALUATING COMPANY SOLVENCY. Abstract	63
LÜHENDID	69
KASUTATUD ALLIKAD	70
Kasutatud kirjandus	70
Kasutatud muud allikad	78
KASUTATUD ÕIGUSAKTID	79
Eesti õigusaktid	79
Euroopa Liidu õigusaktid	80
Välisriikide õigusaktid.....	80
KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA	81
Riigikohtu lahendid	81
Ringkonnakohtu lahendid.....	81
Välisriikide kohtulahendid	81

SISSEJUHATUS

Äriühingu juhatus on kohustatud pidevalt jälgima ühingu majanduslikku seisundit või korraldama osaühingu sisemise organisatsiooni selliselt, et oleks tagatud olulise info (ühingu majanduslikku seisundit mõjutavate negatiivsete asjaolude kohta) ilma viivitusega jõudmine organisatsiooni seest juhatuse liikmeteni.¹ Ühingujuhtimise seisukohast on maksevõime hindamine juhatuse liikme jaoks kaaluka tähtsusega seetõttu, et tulenevalt äriühingu maksejõulisusest konkreetsel ajahetkel võib olla juhatuse liikmetel seadusest tulenev kohustus vastu võtta otsused ühingu edasise tegevuse kohta.

Nii sätestab äriseadustiku² (lühendatult ÄS) § 176, et kui osaühingul on netovara vähem kui pool osakapitalist või vähem kui ÄS §-s 136 nimetatud osakapitali suurus või muu seaduses sätestatud osakapitali minimaalne suurus, peavad osanikud otsustama 1) osakapitali vähendamise või suurendamise tingimusel, et netovara suurus moodustaks seeläbi vähemalt poole osakapitalist ja vähemalt ÄS §-s 136 nimetatud osakapitali suuruse või muu seaduses sätestatud osakapitali minimaalse suuruse või 2) muude abinõude tarvitusele võtmise, mille tulemusena osaühingu netovara suurus moodustaks vähemalt poole osakapitalist ja vähemalt ÄS §-s 136 nimetatud osakapitali suuruse või muu seaduses sätestatud osakapitali minimaalse suuruse või 3) osaühingu lõpetamise, ühinemise, jagunemise või ümberkujundamise või 4) pankrotiavalduse esitamise. Aktsiaseltsi puhul sisaldub sarnane regulatsioon ÄS §-s 301.³

Äriühingu pankrotiavalduse esitamine tuleb pankrotiseaduse⁴ (lühendatult PankrS) § 1 lõikest 2 kõne alla siis, kui äriühingust võlgnik ei suuda rahuldada võlausaldaja sissenõutavaks muutunud nõuet ja see suutmatus ei ole võlgniku majanduslikust olukorrast tulenevalt ajutine. PankrS § 1 lõike 3 esimese lause järgi on juriidilisest isikust võlgnik maksejõuetu ka siis, kui võlgniku vara ei kata tema kohustusi ja selline seisund ei ole võlgniku majanduslikust olukorrast tulenevalt ajutine. PankrS § 1 lõige 3 sisaldab endas seega nn bilansilise

¹ K. Saare. U. Volens. A. Vutt. M. Vutt. Ühinguõigus I. Kapitaliühingud. Tallinn: Juura 2015, änr 573.

² Äriseadustik – RT I, 12.03.2022, 12.

³ Käesoleva töö valmimise hetkeks on Vabariigi Presidendi poolt välja kuulutatud äriregistri seadus, mille § 103 p-id 47, 48, 86 ja 87 näevad ette, et ÄS § 176 ja ÄS § 301 muudetakse selliselt, et ära kaotatakse osa- ja aktsiakapitali minimaalse suuruse eeldus. Vt: Äriregistri seaduse eelnõu, 493 SE. Kättesaadav veebis:

<https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/45b35838-9623-4c33-b4b4-a7b644ee4c73/%C3%84riregistri%20seadus> (27.04.2022).

⁴ Pankrotiseadus. – RT I, 30.11.2021, 13.

maksejõuetuse mõistet⁵ ehk bilansitesti. PankrS § 1 lõikes 3 sisalduvale bilansitestile lisaks peab ühing kehtiva õiguse kohaselt enda tegevuses rakendama ka nn bilansilist netovara testi. Bilansilist netovara testi kasutatakse ka osanikele ja aktsionäridele väljamaksete tegemise lubatavuse kontrolliks. ÄS § 157 lg 3 sätestab, et osanikele ei tohi teha väljamakseid, kui ühingu viimase majandusaasta lõppemisel kinnitatud majandusaasta aruandest ilmnev ühingu netovara on väiksem või jääks väiksemaks osakapitali ja reservide kogusummast, mille väljamaksmine osanikele ei ole lubatud seadusest või põhikirjast tulenevalt.

Ühingu- ja maksejõuetusõiguses tuntakse kolme erisugust testi ühingu maksevõimelisuse kontrollimiseks. Üheks selliseks testiks on eelmainitud bilansitest (inglise keeles *balance-sheet test*) ehk test, millega tehakse kindlaks, kas äriühingu varade reaalkäivade reaalväärtus ületab ühing kohustuste suurust. Teiseks on kasutusel maksevõimelisuse test (inglise keeles *ability-to-pay solvency test*, teinekord nimetatud ka *cash-flow solvency test*, *equitable solvency test* või ka lihtsalt *solvency test*), mille abil tehakse kindlaks, kas võib mõistlikult eeldada, et ühing suudab kohustuste sissenõutavaks muutumisel need tasuda. Kolmandaks tuntakse ka vähem defineeritud testi, mille sisuks on teha kindlaks teha, kas ettevõttel on piisavalt kapitali (inglise keeles *capital-adequacy solvency test*).⁶ Käesolevas töös keskendutakse peamiselt teisena nimetatud maksevõimelisuse testile ning sellele, kuidas ja millistel juhtudel on äriühingutel võimalik sellist testi enda maksevõime hindamiseks kasutada.

2018. aastal toimunud maksejõuetusõiguse revisjoni analüüs-kontseptsioonis on märgitud, et seadusandlus peab looma raamistiku, mis võimaldab äriühingul punaseid lippe ära tunda ja enda tegevust sellest tulenevalt ümber planeerida, seda kas ajutisi makseraskuseid ületades kasumlikkuse suunas või pikaajalisi makseraskuseid mitte ületades äriühingu lõpetamise suunas.⁷ Õiguskirjanduses on väljendatud seisukohta, et juriidiliste isikute pankrotimenetluste

⁵ M. Agarmaa. Maksejõuetusõiguse revisjon. Pankrotiavalduse esitamine, pankrotimenetluse raugemine, pankroti välja kuulutamine ja tagajärjed, pankrotivara moodustamine, pankrotivara valitsemine. Tallinn: Justiitsministeerium 2018, lk 8. Kättesaadav veebis:

https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/mari_agarmaa_analuus-kontseptsioon.pdf (26.04.2022).

⁶ J. B. Heaton. Solvency Tests. – The Business Lawyer 2007, Vol. 62, No. 3, lk 983. Kättesaadav veebis: https://www-jstor-org.ezproxy.utlib.ut.ee/stable/40688428?searchText=solvency+test&searchUri=%2Faction%2FdoBasicSearch%3FQuery%3Dsolvency%2Btest%26so%3Drel&ab_segments=0%2FSYC-6294%2Ftest_segment_2&refreqid=fastly-default%3A2d1e99f3005875880f03948a321779af&seq=1 (26.04.2022).

⁷ M. Agarmaa, lk 10.

raugemiste suur osakaal on praegusel ajal Eesti maksejõuetusõiguse suurimaks probleemiks, sest see ei võimalda pankroti väljakuulutamist ning on seetõttu maksejõuetu võlgniku võlausaldajate jaoks kõige halvem variant, ühtlasi on raugemistel laiem negatiivne mõju ärikeskkonnale.⁸ Suur raugemiste arv viitab muuhulgas sellele, et ühingu juhatuse liige ei suuda õigeaegselt tuvastada ühingu materiaalselt pankrotti⁹, mis omakorda viiks õigeaegse pankrotiavalduse esitamiseni, ühingu vara võimalikult suures osas säilimiseni ja seega parema võlausaldajate kaitseni. Uuritav teema on seega aktuaalne, kuivõrd maksevõime hindamine maksevõimelisuse testi abil võiks paremini tagada selle, et äriühing suudab õigeaegselt esitada pankrotiavalduse või eelistatavalt üleüldse pankrotistumist vältida.

Maksevõimelisuse testi kasutuselevõttu analüüsi ka 2018. aastal valminud ühinguõiguse revisjoni analüüs-kontseptsioonis.¹⁰ Revisjoni lähteülesandeks oli muuhulgas analüüsida, kas Eestis eksisteeriv bilansitesti süsteem on kõige efektiivsem viis juriidiliste isikute maksejõulisuse tagamiseks ja võlausaldajate huvide kaitseks või tuleks selle asemel/sellele täiendavalt rakendada ka maksevõimelisuse testi või kontrollida juriidiliste isikute maksevõimelisust muude vahenditega.¹¹ Ühinguõiguse revisjoni käigus leiti kokkuvõtlikult, et kuigi bilansitesti miinuseks on see, et selle rakendamine ei pruugi näidata õigeid seoseid maksejõuetusega, looks maksevõimelisuse testi kasutuselevõtt õiguskorda rohkem ebaselgust.¹²

Maksejõuetusõiguse revisjoni käigus pakuti välja pankrotiseaduse täiendamine selliselt, et kasutusele võetaks äriühingu tuleviku finantsplaan püsiva maksejõuetuse eelduse ümberlükkamiseks.¹³ 2020. aastal algatatud pankrotiseaduse ja teiste seaduste muutmise

⁸ P. Varul. Olulisemad muudatused pankrotiseaduses. – *Juridica* VI/2021, lk 408.

⁹ Materiaalse pankroti mõiste pärineb Saksa pankrotiõiguse tõlkeõpikust ning selle all mõeldakse olukorda, kus võlgnik on nii maksejõuetu ja/või ülemäärases võlgnevuses. Formaalse pankroti all mõeldakse seevastu kitsamat olukorda ehk pankrotimenetluse algatamist kohtu poolt. Vt U. Foerste. *Pankrotiõigus*. Tallinn: Juura 2017, lk 1.

¹⁰ M. Käerdi jt. *Ühinguõiguse revisjon: Analüüs-kontseptsioon*. Tallinn: Justiitsministeerium 2018. Kättesaadav veebis:

https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/uhinguoiguse_revisjoni_analuus-kontseptsioon.pdf (26.04.2022).

¹¹ K. Feldman (koost). *Ühinguõiguse revisjoni lähteülesanne*. Tallinn: Justiitsministeerium 2016, lk 158. Kättesaadav veebis:

http://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/uhinguoiguse_revisjoni_lahteulesanne_loplik_10.5.2016.pdf (26.04.2022).

¹² M. Käerdi jt, lk 37.

¹³ M. Agarmaa, lk 15-16.

seaduse eelnõus¹⁴ sellist täiendust siiski ei sisaldunud. Euroopa Liidu tasandil analüüsiti maksevõimelisuse testi kasutuselevõttu väljamaksete tegemise kontekstis 2008. aastal valminud Euroopa Komisjoni tellitud uuringu raportis alternatiivsete kapitalisüsteemide kohta. Alates sellest on sisaldunud tulevikku vaatav maksevõimelisuse test Euroopa Liidu tasandil SUPi (*Societas Unius Personae* ehk ühe osanikuga osaühing) direktiivi¹⁵ eelnõus. SUPi direktiivi eelnõu kohaselt on osanikule väljamakse tegemine lubatud üksnes juhul, kui SUP suudaks pärast makse tegemist täita võetud laenukohustusi, mis muutuvad sissenõutavaks pärast väljamakse tegemist.

Teemakäsitus on huvipakkuv ka seetõttu, et alates ühinguõiguse revisjoni analüüs-kontseptsiooni valmimist 2018. aastal võttis Saksamaa kui Eesti pankrotiõiguse üks eeskujuriike 2020. aasta detsembris vastu saneerimis- ja maksejõuetusseaduse ajakohastamise seaduse (saksa keeles *Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts*¹⁶). Saneerimise ajakohastamise seaduse tuumaks on nn raamseadus ehk seadus ettevõtete stabiliseerimise ja ümberkorraldamise raamistiku kohta (saksa keeles *Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen*¹⁷). Saksamaa saneerimise ajakohastamise seadusega kehtestati konkreetsed ajaraamid võlgniku tulevikuprognosidele selle osas, kas ühingu osas eksisteerib ähvardav maksejõuetus või ülevõlgnevus kui pankroti väljakuulutamise alus.¹⁸

Eeltoodust tulenevalt on töö eesmärk esmalt vastata küsimusele, millistele tingimustele peaks vastama maksevõimelisuse test, et selle abil saaks ühing otsustada pankrotiavalduse esitamise või dividendide väljamaksmise. Seejärel uuritakse töös seda, kas Eestis tuleks kasutusele võtta

¹⁴ Pankrotiseaduse ja teiste seaduste muutmise seadus eelnõu, 195 SE. Kättesaadav veebis: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/857ac417-4293-45a1-a782-0c19c257a42c> (26.04.2022).

¹⁵ Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv ühe osanikuga osaühingute kohta, COM/2014/0212 final, 2014/0120 (COD). Kättesaadav veebis: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/?uri=COM%3A2014%3A212%3AFIN> (26.04.2022).

¹⁶ Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts. – Bundesgesetzblatt Jahrgang 2020 Teil I Nr. 66, ausgegeben zu Bonn am 29. Dezember 2020. Kättesaadav veebis: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/BGBl_SanInsFoG.pdf;jsessionid=EDDF58FE755B89B72AF552823E14D9C1.1_cid289?__blob=publicationFile&v=4 (26.04.2022).

¹⁷ Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen. – Bundesministerium de Justiz. Kättesaadav veebis: <https://www.gesetze-im-internet.de/starug/BJNR325610020.html> (26.04.2022).

¹⁸ German restructuring and insolvency law update - New law to create restructuring frameworks. Noerr. Kättesaadav veebis: <https://www.noerr.com/en/newsroom/news/german-restructuring-and-insolvency-law-update> (26.04.2022).

maksevõimelisuse test pankrotiavalduse esitamise ja/või väljamaksete tegemise otsustamiseks ning kui jah, siis millisel viisil seda teha tuleks. Sealjuures tuuakse välja töö autori poolsed ettepanekud kehtiva PankrS § 1 lg 3 muutmiseks ja/või täiendamiseks selliselt, et äriühingutel oleks lihtsam tuvastada enda püsiv maksejõuetus ja esitada pankrotiavaldus. Töö autor seab hüpoteesi, et maksevõimelisuse testi tegemine võiks teatud juhtudel vähendada juhatuse liikme vastutust, kuivõrd see aitaks juhatusel senisest selgemalt teha kindlaks ühingu reaalse majandusliku olukorra ja sellest lähtuvalt võtta vastu vajalikud otsused. Seega on töö eesmärk vastata ka küsimusele, kas ja kuidas mõjutab maksevõimelisuse testi tegemine juhatuse liikme vastutust ühingu enda ja ühingu võlausaldajate ees. Ebaseadusliku väljamakse regulatsiooni puhul käsitletakse ka osaniku ja aktsionäri vastutust väljamakse tagastamise eest.

Töös on käsitletud üheaegselt nii materiaalse pankrotiolukorra tuvastamist, mis puutub peasjalikult maksejõuetusõigusesse, kui ka väljamaksete tegemist, mis puutub peasjalikult ühinguõigusesse, kuna nii toimub maksejõuetuse kindlakstegemine kui ka väljamaksete tegemise otsustamine kehtiva seaduse alusel sarnaselt ehk netovara hindamise kaudu. Teiseks on kahe teema vahel ilmne seos tulenevalt sellest, et ühingu pankroti väljakuulutamise aluseks olev püsiv maksejõuetus võib olla tekkinud dividendide maksmise või muude väljamaksete tegemise tagajärjel. Ka õiguskirjanduses on avaldatud arvamust, et kapitalisüsteemi reeglid võiksid olla mitte üksnes osa ühinguõigusest vaid ka ühingutele kehtivast pankrotiõigusest (inglise keeles *corporate insolvency law*)¹⁹ ning et ühingu- ja maksejõuetusõigus täiendavad tugevalt teineteist²⁰. Seetõttu on seesugune käsitlus võimalik ja töö autori hinnangul ka terviklikum, kui teemade analüüsimine eraldi. Mahu piiratuse tõttu ei käsitle käesolev magistr töö kõikide ÄS § 2 lõikes 1 sätestatud äriühingute maksevõime hindamist maksevõimelisuse testi abil, vaid keskendub kapitaliühingutele ehk osäühingule ja aktsiaseltsile kui Eestis enam levinud ühinguvormidele.

Eeltoodust tulenevalt ja magistr töö eesmärkidest lähtuvalt on magistr töö jaotatud kaheks peatükiks. Töö esimene peatükk käsitleb maksevõimelisuse testi materiaalse pankrotiolukorra kindlakstegemiseks ning teine peatükk käsitleb maksevõimelisuse testi väljamaksete tegemise

¹⁹ J. Armour. Legal Capital: An Outdated Concept? – European Business Organization Law Review, Vol. 7 No. 1. Cambridge University Press 2006, lk 25. Kättesaadav veebis:

<https://www.cambridge-org.ezproxy.utlib.ut.ee/core/journals/european-business-organization-law-review-ebor/article/legal-capital-an-outdated-concept/4FD751A2AA1C47879F75E5FAB1A466C9> (26.04.2022).

²⁰ W. Schön. Playing Different Games? Regulatory Competition in Tax and Company Law Compared. – Common Market Law Review 2005, Vol. 42 No. 2, lk 331. Kättesaadav veebis:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1590812 (26.04.2022).

otsustamiseks. Kummaski peatükis vaadeldakse Eesti kehtivat regulatsiooni, maksevõimelisuse testi sisu võrdlusriikides ja sellest tulenevaid autori ettepanekuid maksevõimelisuse testi ülevõtmiseks Eesti õigusesse ning viimaks juhatuse liikme võimalikku vastutust äriühingu maksejõuetuse olukorras ja seondult väljamaksete tegemisega. Kuigi maksevõimelisuse testi sisu võib teatud juhtudel olla nende kahe vaadeldava olukorra – maksejõuetuse ja väljamaksete tegemise – puhul sarnane, on töö autor pidanud vajalikuks eraldi käsitleda kahes peatükis eelkõige seetõttu, et kehtiv regulatsioon ja vastutus erinevad vaadeldavate olukordade puhul oluliselt. Seetõttu analüüsitakse eraldi n-õ pankroti- ja ühinguõiguslikku maksevõimelisuse testi eelkõige selguse huvides.

Maksevõimelisuse testi võimalikku kohaldamist äriühingu püsiva maksejõuetuse kindlakstegemiseks on autorile teadaolevalt käsitletud lühidalt kahes teadustöös.²¹ Peaasjalikult ongi maksevõimelisuse testiga seonduvat seni analüüsitud ühinguõiguse revisjoni käigus. Siiski jätab ühinguõiguse revisjoni käigus valminud analüüs-kontseptsioon mõnevõrra lahtiseks vastuse lähteülesandes toodud küsimusele, kas bilansitestile täiendavalt tuleks ühingu maksevõime kontrollimisel rakendada ka maksevõimelisuse testi.²² Ka revisjoni töögrupp tõdes, et tulenevalt revisjoni mahust käsitleti teemasid ülevaatlikul tasemel ning paljudel juhtudel ei olnud ammendav õigusteaduslik analüüs võimalik.²³ Samuti puudub Eesti õiguskirjanduses täielikult analüüs selle kohta, kas ja kuidas võiks maksevõimelisuse testi tegemine ühingu poolt mõjutada juhatuse liikme vastutust. Seetõttu on käesolev töö oma käsitluselt laiem kui ühinguõiguse revisjoni käigus valminud analüüs-kontseptsioon.

Seatud eesmärkide saavutamiseks kasutatakse magistritöös analüütilist, kvalitatiivset, ja võrdlevat uurimismeetodit. Töö allikate alusel koostatakse süsteemne ülevaade ja analüüs töö hüpoteeside kontrollimiseks. Eesti kehtivat regulatsiooni võrreldakse peaasjalikult Saksamaa õigusega, kuna Eesti äriseadustik on välja töötatud suures osas just Saksa vastavate seaduste

²¹ M. Välja. Pankrotiavalduse esitamise kohustus. Bakalaureusetöö. Juhendaja Urmas Volens. Tallinn: Tartu Ülikool 2013, lk 16-17. Kättesaadav veebis: http://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/33112/valja_merlin.pdf (26.04.2022).

M. Hansson. Kapitali säilitamise reeglid Eesti ja rahvusvahelise finantsaruandluse standardite valguses. Magistritöö. Juhendaja Andres Vutt. Tallinn: Tartu Ülikool 2017, lk 26. Kättesaadav veebis: http://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/57058/hansson_ma_2017.pdf (26.04.2022).

²² M. Käerdi jt, lk 791-792.

²³ *Ibidem*, lk 1.

põhjal²⁴ ja ka Eesti pankrotiseadus sarnaneb suuresti ka Saksa regulatsioonile²⁵. Lisaks kasutatakse võrdlusriikidena jurisdiktsioone, kes on juba kasutusele võtnud maksevõimelisuse testi ühingu pankrotiolukorra kindlakstegemiseks ja/või ühingust väljamaksete tegemise eeldusena. Nendeks riikideks on Saksamaa, Holland, Ühendkuningriik, Ameerika Ühendriigid, Kanada ja Uus-Meremaa. Lisaks analüüsitakse maksevõimelisuse testi väljamaksete tegemise eeldusena SUPi direktiivi valguses. Kuigi SUPi direktiivi eelnõu ettepanek võeti 2018. aastal Euroopa Komisjoni poolt tagasi²⁶, leiab autor, et SUPi direktiivi eelnõu analüüs on siiski asjakohane ja vajalik, kuivõrd see näitab Euroopa Liidu tasandil suunda liikuda kapitali säilitamise meetmetest kaugemale. Töös kasutatavateks allikateks on peaaesjalikult Eesti ja välisriikide õigusaktid, teadusväljaanded, seaduste kommentaarid ja seletuskirjad, vähesel määral tuginetakse ka kohtupraktikale.

Märksõnad: maksevõime, äriühinguõigus, pankrotiõigus, maksejõuetus, dividendid

²⁴ V. Kõve. 10-aastane äriseadustik – tagasivaade senisele arengule. – *Juridica* IX/2005, lk 597-598.

²⁵ U. Foerste, Paul Varuli eessõna Eesti lugejale, lk V.

²⁶ Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv ühe osanikuga osahingute kohta COM/2014/0212 final, 2014/0120 (COD). Teave menetluse kohta. Kättesaadav veebis: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/HIS/?uri=COM%3A2014%3A212%3AFIN> (26.04.2022).

1. PÜSIVA MAKSEJÕUETUSE KINDLAKSTEGEMINE MAKSEVÕIMELISUSE TESTI ABIL

1.1. Kehtiv äriühingu maksejõuetuse regulatsioon

Osaühingu juhatuse kohustusteks on muuhulgas osaühingu tegevuse planeerimine ja eelarvete koostamine, toimiva finantsjuhtimise süsteemi kindlustamine, raamatupidamise korraldamine ja juhatuse otsuste vastuvõtmine juhatuse pädevusse kuuluvates küsimustes.²⁷ Juriidilise isiku kohta käiva üldnormina näeb tsiviilõiguse üldosa seadustiku²⁸ § 36 ette, et kui on ilmne, et juriidiline isik on püsivalt maksejõuetu, peavad juhatuse või seda asendava organi liikmed esitama pankrotiavalduse. Üheks eelmainitud osaühingu juhatuse pädevusse kuuluvaks küsimuseks on seega ÄS § 180 lõikest 5¹ tulenevalt kohtule pankrotiavalduse esitamine juhul, kui osaühing on maksejõuetu ning maksejõuetus ei ole osaühingu majanduslikust olukorrast tulenevalt ajutine. Aktsiaseltsi puhul on samasugune juhatuse kohustus sätestatud ÄS § 306 lõikes 3¹. Kui osaühingul on nõukogu, siis peab juhatuse tulenevalt ÄS § 180 lõikes 5 sätestatust esitama nõukogule vähemalt kord nelja kuu jooksul ülevaate osaühingu majandustegevusest ja majanduslikust olukorrast, samuti teatama koheselt osaühingu majandusliku seisundi olulisest halvenemisest ja muudest osaühingu majandustegevusega seotud olulistest asjaoludest (aktsiaseltsi puhul sarnane säte ÄS § 306 lõige 3). Riigikohus on selgitanud, et pankrotiavalduse õigeaegne esitamine peab tagama osaühingu vara võimalikult suures ulatuses säilimise ning seeläbi võlausaldajate nõuete võimalikult suures ulatuses rahuldamise. Teiseks peab pankrotiavalduse õigeaegne esitamine tagama seda, et sisuliselt maksejõuetu äriühing ei osaleks edasi majandustegevuses, mille käigus tekkivaid kohustusi ta täita ei suuda.²⁹

PankrS § 13 lõike 1 kohaselt peab võlgnik pankrotiavalduses põhistama oma maksejõuetuse. Juriidilisest isikust võlgniku nimel võib pankrotiavalduse esitada juhatuse või seda asendava juhtorgani iga liige ka siis, kui tal ei ole õigust juriidilist isikut üksinda esindada (PankrS § 13 lõige 4). Pankroti väljakuulutamise eelduseks oleva maksejõuetuse hindamine toimub PankrS § 1 lõigete 2 ja 3 abil. Kehtiv PankrS § 1 lõige 2 sätestab üldpõhimõtte, mille kohaselt on võlgnik maksejõuetu, kui ta ei suuda rahuldada võlausaldaja sissenõutavaks muutunud nõuet ja see suutmatus ei ole võlgniku majanduslikust olukorrast tulenevalt ajutine. See säte kohaldub

²⁷ K. Saare jt, änr 564.

²⁸ Tsiviilseadustiku üldosa seadus. – RT I, 22.03.2021, 8.

²⁹ RKTko 3-2-1-188-12, p 12; RKTko 3-2-1-150-09, p 11.

nii füüsilisest kui juriidilisest isikust võlgnikele.³⁰ PankrS § 1 lõige 3 täiendab eeltoodud üldpõhimõtet, sätestades, 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. Kohustustena arvestatakse selle sätte kohaselt ka nõudeid, mis ei ole muutunud sissenõutavaks. PankrS § 1 lõikes 2 sisaldub seega n-ö likviidsustest, mille kohaselt on isik maksejõuetu, kui ta ei suuda rahuldada võlausaldajate nõudeid, ning lõige 3 sätestab n-ö bilansitesti, mis loeb maksejõuetuks juriidilise isiku, kelle varad ei kata tema kohustusi. Mõlema lõike puhul on oluliseks kriteeriumiks see, et maksejõuetus ei oleks võlgniku majanduslikust olukorrast tulenevalt ajutine.³¹

PankrS § 1 lõikes 3 sisalduvat bilansitesti on Eesti õiguskirjanduses kritiseeritud. Pankrotiseaduse seletuskirjas on leitud, et raamatupidamisnäitajatele tuginemine ei anna alati õiget tulemust. Näiteks on võimalik, et raamatupidamises näidatakse, et varad katavad kohustusi, kuid reaalsuses on ettevõtte maksejõuetu.³² Ka ühinguõiguse revisjoni analüüs-kontseptsioonis märgiti, et kuigi bilansitesti rakendamine on väga lihtne, ei pruugi see näidata õigeid seoseid maksejõuetusega.³³ Maksejõuetuse revisjoni analüüs-kontseptsioonis on leitud, et bilansist saab ilmned, et (lähi)tulevikus ei suuda äriühing pikaajalisi kohustusi nende sissenõutavaks muutudes täita arvestades *status quo* seis, samas on mõneti vastuoluliselt leitud, et üksnes raamatupidamislikele näitajatele (milleks ongi ju muuhulgas näiteks bilansitesti tulemus) püsiva maksejõuetuse põhistamisel toetuda ei tuleks.³⁴ Välismaa õiguskirjanduses on märgitud, et bilansitesti tulemus võib ühingu suunata likvideerimisele liiga vara, s.t staadiumis, kui ühingul on veel võimalus hankida täiendavaid käibevahendeid ja majandustegevus ümber korraldada.³⁵

³⁰ Pankrotiseaduse ja teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu seletuskiri, 195 SE, lk 32. Kättesaadav veebis: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/857ac417-4293-45a1-a782-0c19c257a42c> (26.04.2022).

³¹ *Ibidem*, lk 31.

³² *Ibidem*, lk 17.

³³ M. Käerdi jt, lk 792.

³⁴ M. Agarmaa, lk 9-10.

³⁵ G. Spindler. Trading in the Vicinity of Insolvency. – European Business Organization Law Review, Vol. 7 No. 1. Cambridge University Press 2006, lk 347. Kättesaadav veebis: <https://www-cambridge-org.ezproxy.utlib.ut.ee/core/services/aop-cambridge-core/content/view/27E51817397D245BC636426343EC9D76/S1566752906003399a.pdf/trading-in-the-vicinity-of-insolvency.pdf> (26.04.2022).

Ka PankrS § 1 lõikest 3 tuleneva teise eelduse, maksevõimetuse püsivuse hindamine on praktikas probleemne. Näiteks on küsitav, kas püsivuse kindlaksmääramisel arvestatakse äriühingu võlgnevust, mis on tekkinud konkreetse ajavahemiku jooksul või mingi kindla summa ulatuses.³⁶ Nii ongi maksejõuetuse revisjoni käigus leitud, et püsiva maksejõuetuse mõiste PankrS § 1 lõike 3 järgi ei saa rajaneda ainuüksi raamatupidamislikel näitajatel, vaid arvestada tuleb ka majandusliku prognoosiga, mille raames on võimalus arvestada konkreetse äritegevuse eripäraga.³⁷ Sarnasele seisukohale on jõudnud ka Riigikohus 2012. aastal, märkides, et selle kindlakstegemiseks, kas äriühing on mingiks ajaks püsivalt maksejõuetuks muutunud, tuleb hinnata kõiki äriühingu majanduslikku olukorda mõjutavaid olulisi asjaolusid kogumis, keskendumata vaid ühele kriteeriumile või näitajale. Netovara seis on äriühingu maksevõime hindamisel kaaluka tähtsusega ning sellest tulenevat kahtlust äriühingu maksejõulisuses saab ümber lükata üksnes andmetega, mis viitavad selgelt äriühingu majandusliku seisundi paranemisele.³⁸ Nii peab äriühingu juhatuse liige peab olema pidevalt kursis ettevõtte majandusliku olukorraga ja makseraskuste püsivuse hindamisel arvestama lisaks bilansilistele näitajatele ka reaalse rahavoogudega ning äritegevuse eripäraga.³⁹

2021. aastal on pankrotiseadust oluliselt täiendatud juriidilise isiku maksejõuetuse eelduste osas. Nimelt näeb 1. veebruaril 2021. aastal jõustunud PankrS § 31 ette, et juriidilise isiku maksejõuetust eeldatakse järgneval kolmel juhul:

- 1) juriidilise isiku suhtes toimivas täitemenetluses ei ole kolme kuu jooksul täitemenetluse alustamisest saadud vara puudumise tõttu nõuet rahuldada või kui täitemenetluses ilmneb, et võlgnikul ei jätku vara kõigi kohustuste täitmiseks (PankrS § 31 lg 1¹ p 1);
- 2) juriidilise isiku juhtorgani liige teatab võlausaldajale, kohtule või avalikkusele, et võlgnik ei suuda oma kohustusi täita (PankrS § 31 lg 1¹ p 1);
- 3) osaühingul on netovara (bilansi aktiva üldsumma miinus passivas näidatud kohustuste üldsumma) järel vähem kui ÄS § 171 lõike 2 punktis 1 sätestatud ulatuses (PankrS § 31 lg 1² p 1) või aktsiaseltsil on netovara vähem kui ÄS § 292 lõike 1 punktis 1 sätestatud ulatuses (PankrS § 31 lg 1² p 2).

³⁶ T. Toom. Äriühingu püsiv maksejõuetus ja edasiste maksete tegemine. Kus on piir keelatu ja lubatu vahel? – Juridica VI/2014, lk 485-486.

³⁷ M. Agarmaa, lk 9.

³⁸ RKTko 3-2-1-188-12, p 14. RKTko 3-2-1-143-16, p 21.

³⁹ T. Toom, lk 486.

Varasemast selgemini on seega uue pankrotiseadusega täpsustatud maksejõuetuse eelduseid. Autori hinnangul on nii PankrS § 1 lõikest 3 tuleneva bilansitesti tulemus kui maksejõuetuse eeldus kui ka PankrS § 31 lõigetest 1¹ ja 1² tulenevad maksejõuetuse eeldused võimalik ümber lükata tulevikuprognosis, mis iseenesest kujutabki endast maksevõimelisuse testi. Sisuliselt sama kinnitab ka pankrotiseaduse seletuskiri, milles on märgitud, et kui võlgnik soovib tugineda sellele, et ta olnud PankrS § 31 lõikes 1¹ või 1² nimetatud eelduse aluseks oleva elulise asjaolu esinemisel maksejõuetu, siis tuleb tal esitada vastavad tõendid, mis seda väidet kinnitavad.⁴⁰ Lisaks eelnimetatud eeldustele võib kohus ka muudele asjakohastele näitajatele tuginedes pankroti välja kuulutada.⁴¹ Autor leiab siinkohal, et normitehniliselt tulnuks PankrS § 31 lõigetes 1¹ ja 1² sisalduvad pankrotieeldused selguse mõttes viia PankrS § 1 alla, kuna sarnaselt bilansitesti tulemusele on need eeldused, mida on juriidilisest isikust võlgnikul võimalik ümber lükata, mitte absoluutsed pankroti väljakuulutamise alused. Alljärgnevalt uuritakse lähemalt sellise maksevõimelisuse testi sisu, mis võimaldaks äriühingul eelnimetatud pankrotieelduste ümberlökkamist.

1.2. Pankrotiõigusliku maksevõimelisuse testi sisu

1.2.1. Eesti

Pankrotiõiguslikku maksevõimelisuse testi kasutatakse olukorras, kus on vajalik kindlaks teha, kas ühing on suuteline enda kohustusi tulevikus täitma ning kui ei, kas on vajalik pankrotiavalduse esitamine. Kehtivas õiguses sisaldub tulevikku vaatavale maksevõimelisuse testile enim sarnanev kontrollimeetod äriühingute puhul nii PankrS § 1 lõigetes 2 kui 3 ja väljendub vastavalt lauseosades „ja see suutmatuse ei ole võlgniku majanduslikust olukorrast tulenevalt ajutine“ ning „ja selline seisund ei ole võlgniku majanduslikust olukorrast tulenevalt ajutine“. Ühegi õigusaktiga ei ole kehtestatud kohustuslikke nõudeid selle kohta, kuidas ettevõtja peaks oma maksejõulisust hindama ja see küsimus on jäetud privaatautonomia reguleerida.⁴² Seega on viis, kuidas äriühing peaks kindlaks tegema maksejõuetuse ajutisuse või püsivuse, jäetud käesoleval ajal seadusandja poolt jäetud lahtiseks. Äriühingul ei ole otsest seadusest tulenevat kohustust hinnata tulevikuprognosi abil enda maksevõimelisust pankrotiavalduse esitamise otsustamiseks.

⁴⁰ Pankrotiseaduse ja teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu seletuskiri, 195 SE, lk 75.

⁴¹ *Ibidem*, lk 74.

⁴² M. Käerdi jt, lk 748.

Olemasolevast kohtupraktikast leiab siiski suuniseid selle kohta, mil viisil saab äriühing raamatupidamislikel vm näitajatel põhineva maksejõuetuse ajutisust või püsivust hinnata. Näiteks on Riigikohus leidnud, et kui äriühingul on olemas positiivne äriplaan (positiivne tuleviku prognoos), milles esinevad sellised asjaolud, mis annavad objektiivsele kõrvaltvaatajale alust pidada võlgniku finantsseisundit normaliseeriva tulevikustsenaariumi realiseerumist tõenäoliseks⁴³, siis on võimalik võlgnikul püsiva maksejõuetuse eeldus ümber lükata. Oluline on, et püsiva maksejõuetuse mitte ilmnemise tõendamiskoormis lasuks võlgnikul ja seadus eeldab püsivat maksejõuetust teatud raamatupidamislike näitajate ilmnemisel.⁴⁴ Majandusliku prognoosi ja äritegevusega arvestamist äriühingu püsiva maksejõuetuse tuvastamisel on rõhutanud ka ringkonnakohtud.⁴⁵ Seega on ühingul olemasoleva regulatsiooni järgi iseenesest võimalik enda maksevõimelisust tulevikuprognoosi abil hinnata ja positiivse prognoosi korral vältida ühingu suhtes pankroti väljakuulutamist.

Samas on Riigikohus selgitanud, et kuigi võlgniku objektiivse maksejõuetuse ilmnemise tuvastamisel on kasutatavad ka majandusteaduses välja töötatud nn pankroti prognoosimise mudelid (*bankruptcy prediction models*), siis peaksid need üldjuhul olema vaid abistava meetodina teiste argumentide kõrval. Seejuures tuleb arvestada, kas konkreetne mudel on kohandatud Eesti oludele. Tulemus, mis saadakse Altmani "Z-skoori" võrrandi rakendamisel Eesti ettevõtja suhtes, ei pruugi olla alati usaldusväärne.⁴⁶ Altmani „Z-skoori“ võrrandi näol on tegemist tuntuima käsitlusega pankroti ennustamiseks ning see põhineb üksnes ettevõtte raamatupidamislikel andmetel. Altmani mudeli tulemusena tekib skoor, mis annab hinnangu ettevõtte maksejõulisusele, kusjuures võrrandis arvestatakse ettevõtte koguvara, käibekapitali, jaotamata kasumi, kasumi enne intresse ja makse, omakapitali turuväärtuse ja käibega.⁴⁷ Altmani „Z-skoori“ ei tuleks siiski pidada tulevikku suunatud maksevõimelisuse testiks, kuna see annab raamatupidamisnäitajate abil vastuse äriühingu võimalikule maksejõuetusele testi tegemise hetkel. Alljärgnevalt uuritakse teiste riikide regulatsiooni ja praktikat maksevõimelisuse testi rakendamisel.

⁴³ RKKKo 3-1-1-49-11, p 19; RKTkm 3-2-1-74-13, p 22.

⁴⁴ M. Agarmaa, lk 9-10.

⁴⁵ TlnRgKm 2-21-3458, p 15.1; TrtRgKm 2-19-10335, p 9.

⁴⁶ RKKKo 3-1-1-49-11, p 19.

⁴⁷ K. Pihlak. Ettevõtete pankrotistumise prognoosimine Eesti ettevõtete näitel. Bakalaureusetöö. Juhendaja Peeter Luikmel, lk 16. Kättesaadav TalTechi digikogus (26.04.2022).

1.2.2. Saksamaa

Saksa pankrotiseaduse⁴⁸ (saksa keeles *Insolvenzordnung*, lühendatult InsO) järgi on võlgnik pankrotis, kui tema võlausaldajate nõudeid ei ole võimalik tema vara arvelt rahuldada. Ta on seega kas maksejõuetu (InsO § 17) või sattunud ülemäärasesse võlgnevusse.⁴⁹ Rahavoolist maksejõuetust eeldatakse, kui võlgnik on lõpetanud maksete tegemise (InsO § 17 lõige 2). Ülevõlgnevusega on tegemist juhul, kui võlgniku vara ei kata tema kohustusi. Ülevõlgnevusega ei ole tegemist, kui võlgniku tegevuse jätkamine nendel asjaoludel on ülekaalukalt tõenäoline (InsO § 19 lõige 2). Puudub otsene ajutisuse või püsivuse kriteerium, aga mitteajutisuse kriteerium tuleb mõlema sätte puhul vaikumisi sätte sõnastusest. InsO § 19 lõikes 1 sisaldub seega esimese maksejõuetuse hindamise astmena bilansitest ja lõikes 2 teise astmena tulevikuprognosis, mida nimetatakse Saksa kirjanduses maksevõimelisuse testiks (saksa keeles *Solvenztest*).

Nagu sissejuhatuses mainitud, kehtestati Saksamaa saneerimise ajakohastamise seadusega konkreetsed ajaraamid võlgniku tulevikuprognosidele selle osas, kas ühingu osas eksisteerib ähvardav maksejõuetus (InsO § 17) või ülevõlgnevus (InsO § 19) kui pankroti väljakuulutamise alus.⁵⁰ Positiivne tulevikuprognosis (s.o prognoos, mille kohaselt on ühing võimeline täitma enda kohustusi tulevikus, saksa keeles *positive Fortführungsprognose*) on InsO § 19 järgi pankroti väljakuulutamist välistava asjaoluna kasutusel juba 2008. aastast. Praegu kehtiv InsO § 19 lõige 2 näeb seega ette, et ülevõlgnevus esineb siis, kui võlgniku vara ei kata enam olemasolevaid kohustusi, välja arvatud juhul, kui ettevõtte tegevuse jätkamine järgmise 12 kuu jooksul on asjaolusid arvestades pigem tõenäoline kui et mitte tõenäoline. Siiski on õiguskirjanduses selgitatud, et lubatud on ka juhtumipõhine analüüs, kuna kindlaksmääratud prognoosiperiood peaks kehtima ainult "reeglina".⁵¹

⁴⁸ Insolvenzordnung. Kättesaadav veebis: <https://www.gesetze-im-internet.de/inso/> (26.04.2022).

⁴⁹ U. Foerste, lk 1.

⁵⁰ German restructuring and insolvency law update - New law to create restructuring frameworks. Noerr. Kättesaadav veebis: <https://www.noerr.com/en/newsroom/news/german-restructuring-and-insolvency-law-update> (26.04.2022).

⁵¹ M. Pluta. Insolvenzgründe im Kontext von StaRUG und InsO. Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung – Beilage 2021, 22. Kättesaadav veebis:

<https://beck-online-beck-de.ezp.nlib.ee/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fnzi-beil%2F2021%2Fcont%2Fnzi-beil.2021.22.1.htm&pos=3&hlwords=on> (26.04.2022).

Saksa õiguskirjanduses on leitud, et kaheastmeline maksejõuetuse kindlakstegemine InsO § 19 järgi on mõneti probleemne. Eelkõige puudub selgus selle osas, kuidas koostada jätkuvuse prognoos kui maksejõuetust välistav asjaolu. Tegevuse jätkamine peaks olema lubatud juhul, kui võlausaldaja nõuded rahuldatakse. Tuleb otsustada, kas äriühingu jätkamine on võimalus, mille äriühingu organid võivad kavandatava võlausaldaja kaitse taustal valida. Maksevõimelisuse test on seega nn *going concern* prognoos (eesti keeles jätkuva tegevuse prognoos). Lisaks sisemisele finantseerimisele võib sellises jätkuvuse prognoosis kajastada kõiki ühinguväliseid finantseerimisvõimalusi, mille olemasolu on ühingul võimalik tõestada (näiteks omakapitali süst, osanike või aktsionäride antavad laenud, muu krediit jne). Sellist finantsplaani peaks alati täiendama plaanilised kasumiaruanded ja plaanilised bilansiaruanded. Enne 2021. aastal seaduse täpsustamist leiti, et valitseva arvamuse järgi võiks prognoosiperioodiks olla maksimaalselt kaks aastat. Pikema prognoosiperioodi kasuks võiksid rääkida ettevõtte või tegevusala eripärad.⁵² Alternatiivselt on K. Schmidt ja Schröder leidnud, et prognoos ei peaks kajastama üksnes seda, kas ühing suudab tulevikus täita enda kohustused, vaid et lugeda prognoositulemust positiivseks peab prognoosist tulenema, et ühing suudab hakata tulevikus kasumlikult tegutsema.⁵³ Valitseva arvamuse kohaselt ei ole maksevõimelisuse testi näol siiski tegemist kasumiteenimise prognoosiga.⁵⁴ See, kui mahukas peaks prognoos olema, on jäetud seaduse poolt lahtiseks ja kohtupraktika kujundada.⁵⁵

Subjektiivsest küljest peab esinema tahe jätkata.⁵⁶ Ettevõtte jätkuvuse prognoos on positiivne, kui ettevõtte ja selle juhtorganid on valmis jätkama ning maksevõime esineb pikaajaliselt. See tähendab, et ühing peab vähemalt jooksva majandusaastal ja sellele järgneval aastal olema suuteline ettevõtte jätkamiseks ja kohustuste täitmiseks. Tegevuse jätkuvuse prognoosi aluseks olevad andmed peavad kindlaks määrama juhatuse liikmed, lähtudes ühisest ärijuhtimise strateegiast. Prognoosi koostamine on oluline, pidades silmas juhatuse liikme tõendamiskoormist mis tahes juhatuse liikme vastutusega seonduvates menetlustes. Prognoositulemus tuleks seega tõendamiskoormist silmas pidades ka kirjalikult dokumenteerida.⁵⁷ Sageli on juhatuse liikmetel vaja tellida eksperthinnang, arvestades juhatuse

⁵² J. Drukarczyk. A. Schüler. Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung. 4. Aufl. 2019. InsO § 19, Rn. 55-60.

⁵³ *Ibidem*, Rn. 70-71.

⁵⁴ Wolfer. Beck'sche Online-Kommentare Insolvenzrecht. 26. Ed. 15.1.2022. InsO § 19, Rn. 10.

⁵⁵ *Ibidem*, Rn. 17

⁵⁶ D. Andres. R. Leithaus, Insolvenzordnung (InsO) Kommentar. 4. Aufl. 2018. C.H.Beck. InsO § 19, Rn. 6.

⁵⁷ F. Oppenländer. T. Trölitzsch. Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung. 3. Aufl. 2020. C.H.Beck. § 18 Die Organpflichten des GmbH-Geschäftsführers, Rn. 97.

liikmel lasuvat kohustust tõendada, et püsiva maksejõuetuse jaatamiseks ei ole mõjuvat põhjust.⁵⁸ Seega on tsiviilkohtumenetluses jaotatud tõendamiskoormis nii, et pankrotiavalduse esitaja (reeglina pankrotihaldur) peab selgitama ja tõendama matemaatilise ülevõlgnevuse. Selleks piisab bilansi esitamisest kohtule. Matemaatilist ülevõlgnevust hindab kohus *ex officio*. Kui bilansiline ülevõlgnevus on tõendatud, pöördub selgitamis- ja tõendamiskoormis ettevõtte juhatuse liikme peale, kes peab tooma välja positiivsele jätkuprognosile viitavad asjaolud.⁵⁹

Küsimus on ka sellest, kui reaalne ettevõtte tulevikuprognoozi täitumine peaks olema, et positiivse prognoosi korral maksejõuetus välistatud oleks. InsO § 19 lõike 2 sõnastuse järgi peab ettevõtte jätkamine olema valdavalt tõenäoline. Valitseva arvamuse kohaselt on see nii juhul, kui pärast finantsplaneerimise hindamist on suurem kui 50% tõenäosus, et ettevõtte suudab prognoosiperioodil oma maksekohustused täita.⁶⁰ Saksa õiguskirjanduses on hoiatud ka selle eest, et väikesed ja keskmise suurusega ettevõtted ei vii läbi keerulist finantsplaneerimist isegi kriiside lähenedes. Tulevikku planeeritud finantsplaneerimine peaks seega vähemalt esialgu jääma selliste ettevõtete vabatahtlikuks võimaluseks. Finantsplaani koostamise kohustuslikku sätestamist peaks toetama otstarbekas ja selgesõnaline raamatupidamisregulatsioon, mida praegusel ajal ei eksisteeri.⁶¹

1.2.3. Prantsusmaa

Prantsusmaa õiguse kohaselt põhineb maksevõimelisuse test rahavoogude hindamisel.⁶² Bilansitesti maksejõuetuse kindlakstegemiseks erinevalt Eestist ja Saksamaast ei kasutata. Võlgnik loetakse maksejõuetuks (s.t maksed peatanuks), kui ta ei suuda tasuda oma tasumisele kuuluvaid võlgu oma olemasolevast varast (s.t likviidne vara ja vara, mida saab kiiresti likviidseks muuta, nt reservides olev raha).⁶³ Prantsusmaal kasutatav maksevõimelisuse test on seega kitsam ja ei arvesta erinevalt Saksamaa testist tuleviku rahavoogudega, nt ühinguväliste

⁵⁸ D. Andres. R. Leithaus, InsOK § 19, Rn. 8.

⁵⁹ Wolfer. InsOK § 19, Rn. 57-60.

⁶⁰ *Ibidem*, Rn. 15.

⁶¹ J. Drukarczyk. A. Schüler. MüKoInsO § 19, Rn. 85.

⁶² J. J. Hübler. Aktuelles europäisches und Internationales Insolvenzrecht in Krise und Insolvenz. – Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht 2020, 507. Kättesaadav veebis: <https://beck-online-beck-de.ezproxy.utlib.ut.ee/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fnzi%2F2020%2Fcont%2Fnzi.2020.507.1.htm&pos=2&hlwords=on> (26.04.2022).

⁶³ M. Boché-Robinet. France: Restructuring & Insolvency Comparative Guide. Guide. Boché Dobelle. Kättesaadav veebis: <https://www.mondaq.com/france/insolvencybankruptcyre-structuring/939076/restructuring-insolvency-comparative-guide> (26.04.2022).

finantseerimisvõimalustega, mille olemasolu on ühingul võimalik tõestada (omakapitali süst, osanike või aktsionäride antavad laenud, muu krediit jne).

1.3. Pankrotiõigusliku testi rakendusvõimalused ja -viisid

Autor leiab, et maksevõimelisuse test aitaks paremini suunata äriühinguid saneerimismenetlusse ja kohtuvälisel teel võlausaldajatega kokkuleppeid sõlmima, et vältida üleüldse äriühingu suhtes pankrotimenetluse algatamist. Saneerimisavalduses tuleb saneerimisseaduse⁶⁴ § 7 lõike 2 kohaselt ettevõtjal esitada selgitus majanduslike raskuste põhjuste kohta ja põhistada, et tema maksejõuetuse tekkimine tulevikus on tõenäoline (p 1), ettevõtte vajab saneerimist (p 2) ja ettevõtte jätkusuutlik majandamine on pärast saneerimist tõenäoliselt võimalik. Esimese eelduse, maksejõuetuse tekkimise tulevikus, põhistamine võiks toimuda just tulevikku suunatud maksevõimelisuse testi abil. Seega võiks autori hinnangul maksevõimelisuse testi kasutada mitte niivõrd konkreetse pankrotikahtluse korral pankrotiolukorra kindlakstegemiseks vaid juba varasemas staadiumis, s.t püsiva maksejõuetuse ja pankrotimenetluse alustamise ennetamiseks.

Eesti õiguskirjanduses on leitud, et otsustamine, kas tegemist on ajutiste raskuste või püsiva maksejõuetusega, millega kaasnevad uued kohustused juhatuse liikmetele, võib olla äriühingu jooksva majandustegevuse käigus keerulisem kui tagantjärele selle hetke kindlakstegemine, millest alates pidi olema juhatuse liikmele nähtav, et äriühing on püsivalt maksejõuetu, ja juhatuse liikmele tekkisid kohustus esitada pankrotiavaldus ja samal ajal ka kohustus hoiduda äriühingu eest edasiste maksete tegemisest.⁶⁵ Maksevõimelisuse prognoos võiks aidata juhatuse liikmel seega ka paremini hinnata püsivuse maksejõuetuse olemasolu või selle saabumist lähitulevikus. Testi regulaarsel tegemisel tuleks n-ö punased lipud ühingu tegevuses tõenäoliselt välja maksejõuetuse varasemas faasis, kus püsiva maksejõuetuseni veel jõutud ei ole.

Eesti õiguskirjanduses on leitud ka seda, et pankrotihalduril, kes ei ole igapäevaselt ja jooksvalt olnud äriühingu majandustegevusega kursis, keeruline tagantjärele tõendada konkreetset hetke, millest alates on äriühing muutunud maksejõuetuks ning juhatuse liige oleks pidanud esitama pankrotiavalduse ja hoiduma edasiste maksete tegemisest. Veelgi keerulisemaks teeb pankrotihalduri jaoks olukorra asjaolu, et tal ei pruugi olla ligipääsu kõigile vajalikele dokumentidele ja informatsioonile, mille põhjal hinnata äriühingu maksejõuetuse tekkimise

⁶⁴ Saneerimisseadus – RT I, 04.01.2021, 39.

⁶⁵ T. Toom, lk 486.

püsivust.⁶⁶ Autor leiab, et kui tulevikuprognosis on koostatud piisavalt täpselt (nt eraldi kuude kaupa) võiks äriühingu koostatud maksevõimelisuse testi aidata ka selle probleemiga. Juhatus liikme vastutuse kohta maksevõimelisuse testi tegemisel vt lähemalt töö alapeatükist 1.4.1.

Töö alapeatükis 1.2 on leitud, et võrdlusriikidest Saksamaal on kasutusel lisaks bilansitestile maksevõimelisuse testi, Prantsusmaal on maksevõimelisuse testi kasutusel bilansitesti asemel. Saksamaal otsest maksevõimelisuse testi tegemise kohustust ei ole. Küsitav on, kas tuleks toetada maksevõimelisuse testi kohustuste panemist Eesti äriühingutele. Bilansitesti kaotamist sarnaselt Prantsusmaale töö autor ei toeta, kuna bilansitest toimib hästi lihtsuse ja kuluefektiivsuse tõttu ning raamatupidamislikele näitajatele tuginemine on etem ka arvestades juhatus liikme kohustuste rikkumise hindamist. Kuna autorile teadaolevalt ei ole kombineeritult bilansitestiga maksevõimelisuse testi kohustuslikuks teinud ükski Euroopa riik, ei tuleks sellist lähenemist toetada ka Eestis. Tulevikuprognosisi koostamine võiks jääda ühingu vabatahtlikuks võimaluseks seni, kuni testi kohustuslikuks muutmist ei soodusta Euroopa Liidu tasandil reguleeritud raamatupidamisreeglid vm regulatsioon.

Maksevõimelisuse testi tegemise kohustuslikuks muutmisel tekib küsimus ka sellest, millised äriühingud peaksid olema sellise kohustuse subjektid. Saksamaa õiguskirjanduses on leitud väikesed, et ja keskmise suurusega ettevõtted ei vii läbi keerulist finantsplaneerimist isegi kriiside lähenedes.⁶⁷ Seega leiab töö autor, et ka Eestis ei tuleks maksevõimelisuse testi tegemise kohustust panna mikro-, väike ega keskmise suurusega ettevõtetele raamatupidamise seaduse⁶⁸ § 3 punktide 14-16 tähenduses ning testi tegemise kohustus võiks äärmisel juhul olla suurettevõtetele raamatupidamise seaduse § 3 punkti 17 tähenduses. Kuna Saksamaal ei ole maksevõimelisuse testi kohustuslik ka suurettevõtetele seetõttu, et maksevõimelisuse testi sisu ei ole lõpuni kindlaks määratud, siis ei tuleks ka Eestis sellist lähenemist autori hinnangul toetada. Seda eriti arvestades, et nii Eesti äri- kui õiguskeskond on võrreldes Saksamaaga mõneti lihtsam. Veel tuleb silmas pidada, et maksevõimelisuse testi regulaarne tegemine lisab äriühingutele märkimisväärse halduskoormuse, mistõttu peaks testi kohustuslikuks tegemiseks olema selle kasutegur võimalikult suur.

Samuti tuleb autori hinnangul testikohustuse juures arvestada pankrotiasju menetlevate kohtute võimekusega hinnata maksevõimelisuse testi tulemusi pankroti väljakuulutamise otsustamiseks

⁶⁶ *Ibidem.*

⁶⁷ Vt viide nr 60.

⁶⁸ Raamatupidamise seadus. – RT I, 23.11.2021, 3.

(ja ka võimalikes edasistes kaebemenetlustes, kuivõrd pankroti väljakuulutamise määrus on PankrS § 32 kohaselt edasikaevatav). Võimekuse all peab autor silmas nii kohtute võimalikku töökoormuse tõusu ja ka piisavate finants- ja majandusteadmiste olemasolu olukordades, kus maksevõimelisuse test on mahukas ja/või testi tulemused ei anna ühest vastust ühingu maksejõuetuse kohta. Olemasolevast Riigikohtu praktikast järeldub autori arvates, et kui äriühing esitab enda pankrotiavalduse menetluses kohtule enda maksevõimelisuse testi raames valminud majandusprognoosi, tuleb kohtul seda hinnata kui tõendit. Autor ei näe seega niivõrd probleemi maksevõimelisuse testi tulemuste hindamise osas, kuna tõendi hindamisele on seatud kindlad reeglid, muuhulgas hindab kohus tsiviilkohtumenetluse seadustiku⁶⁹ § 232 lõike 1 kohaselt tõendeid siseveendumuse kohaselt. Kohtute töökoormus on aga asi, millega tuleb arvestada ja mis autori arvates räägib maksevõimelisuse testi kohustuslikuks muutmise kahjuks. Kohtute võimalikule mõjutatusele maksevõimelisuse testi kasutuselevõtul on kaudselt viidanud ka W. Schön⁷⁰, seda küll väljamaksete tegemise kontekstis, millele keskendub töö teine peatükk.

Eelkirjutatust tulenevalt möönab autor sarnaselt ühinguõiguse revisjoni analüüs-kontseptsioonis toodud järeldusega⁷¹, et kuni mõne Euroopa Liidu õigusaktiga ei ole kehtestatud täpseid nõudeid maksevõimelisuse testi sisule ega ka selle rakendamise viisile ja kohustusliku sisuga maksevõimelisuse testi ei ole kasutusele võtnud ka ükski teine riik, ei tuleks toetada ka kohustusliku maksevõimelisuse testi sisseviimist Eesti seadustesse. Kuna maksejõuetust peetakse samaaegselt nii õiguslikuks kui majanduslikuks nähtuseks⁷², ei saa ka testi sisu kindlaksmääramine toimuda üksnes õigusteadlaste poolt, vaid minimaalselt majandusteadlaste, raamatupidajate, audiitorite ja õigusteadlaste koostöös.

Küll aga toetab töö autor pankrotiseaduse muutmist Saksamaa pankrotiseaduse eeskujul selliselt, et määrataks kindlaks periood, mille jooksul maksevõimetus esinemist saab pidada püsivaks. Selliseks perioodiks võiks olla 12 kuud, nagu on Saksamaal. 12-kuulist perioodi

⁶⁹ Tsiviilkohtumenetluse seadustik – RT I, 22.12.2021, 23.

⁷⁰ W. Schön. Balance Sheet Tests or Solvency Tests – or Both? – European Business Organization Law Review, Vol. 7 No. 1. Cambridge University Press 2006, lk 186. Kättesaadav veebis: <https://www-cambridge-org.ezproxy.utlib.ut.ee/core/services/aop-cambridge-core/content/view/19C18A8F9F7DBC704D582538B5858B60/S1566752906001819a.pdf/balance-sheet-tests-or-solvency-tests-or-both.pdf> (26.04.2022).

⁷¹ M. Käerdi jt, lk 37-38.

⁷² Vt nt H. Hax. Economic Aspects of Bankruptcy Law. – Journal of Institutional and Theoretical Economics, Bd. 141, H. 1, lk 80. Kättesaadav veebis: <https://www.jstor.org/stable/40750784> (26.04.2022).

toetab ka ülemaailmne raamatupidamistava, mille kohaselt ongi *going concern* testi prognoosiperioodiks 12 kuud. Samas ei peaks periood olema formaalselt alati 12 kuud ja äriühingust võlgnikul peaks olema võimalik kohtule esitada ka tulevikuprognoos pikema perioodi kohta. Pikema prognoosiperioodi kasutamine võiks olla võimalik ja isegi tervitatav eelkõige juhul, kui see on vajalik tulenevalt ettevõtte äritegevuse eripärast või kui ettevõttel on tulevikukohustusi pikemaajaliselt (nt kohustused pika laenu tagasimakse perioodiga laenulepingutest tulenevalt), samas ka muude sarnaste oluliste asjaolude esinemise korral. Perioodi kindlaksmääramine seaduses annaks ettevõtjale konkreetsema suunise selle osas, kuidas enda maksevõimet hinnata, samas ei muudaks see olemasolevat regulatsiooni nii drastiliselt, et sellel võiksid olla negatiivsed kõrvalmõjud ettevõtjatele või kohtusüsteemile, arvestades sealjuures, et ka juba kehtiva seaduse kohaselt on võimalik juriidilisest isikul võlgnikul esitada kohtule positiivne tulevikuprognoos püsiva maksejõuetuse eelduse ümberlükkamiseks. Seadusetäpsustus võiks suunata ettevõtjaid varasemast rohkem omaalgatuslikult hindama tulevikku vaatavalt enda maksevõimet, mille tulemusel võiks neil olla võimalik vältida pankrotimenetlust või esitada pankrotiavaldus võimalikult varajases püsiva maksejõuetuse staadiumis.

Maksejõuetuse revisjonis on pakutud välja PankrS § 1 lõike 2 muutmise selliselt, et Saksamaa eeskujul võetakse kasutusele rahavoolise maksejõuetuse mõiste. Kui võlgnik on lõpetanud maksete tegemise, siis eeldatakse võlgniku rahavoolist maksejõuetust. Võlgnikul on võimalik rahavoolise maksejõuetuse eeldus ümber lükata, kui ta esitab kohtule järgneva 12 kuu finantsplaani, mis lubab tõenäoliselt pidada, et sissenõutavatest kohustustest 90% suudetakse X perioodi jooksul täita. Finantsplaanis peab võlgnik ära näitama, kas likviidseid varasid hangitakse muu vara realiseerimise või muul viisil kapitali kaasamise kaudu. PankrS § 1 lõike 3 osas on soovitud võtta kasutusele ülevõlgnevuse mõiste ja kaotada ära püsiva maksejõuetuse eeldus. Püsiva maksejõuetuse eeldus on soovitud asendada täpsema eeldusega, mille kohaselt ülevõlgnevust eeldatakse, kui äriühingu netovara ei vasta seaduses sätestatud nõuetele 6 kuu vältel. Võlgnikul on võimalik ülevõlgnevust ümber lükata, kui ta põhistab selliste asjaolude olemasolu (positiivne tulevikuprognoos), mis annavad objektiivsele kõrvaltvaatajale alust pidada võlgniku finantsseisundit normaliseeriva tulevikustsenaariumi realiseerumist tõenäoliselt.⁷³ Praeguseks sisaldub ebapiisav netovara äriühingu maksejõuetuse eeldusena PankrS § 31 lõikes 1², ülejäänud revisjonis toodud ettepanekute põhjal seadust ei muudetud.

⁷³ M. Agarmaa, lk 16-17.

Autor leiab, et kehtivat PankrS § 1 lõiget 3 võiks eelkirjutatu põhjal täiendada järgnevalt (autori pakutud täiendus paksus kirjas):

*Juriidilisest isikust võlgnik on maksejõuetu ka siis, kui võlgniku vara ei kata tema kohustusi ja selline seisund ei ole võlgniku majanduslikust olukorrast tulenevalt ajutine. Kohustustena arvestatakse ka nõudeid, mis ei ole muutunud sissenõutavaks. **Juriidilisest isikust võlgnikul on võimalik püsiva maksejõuetuse eeldus ümber lükata, kui võlgnik põhistab kohtule selliste asjaolude olemasolu, mis annavad aluse eeldada, et järgmise 12 kuu (prognoosiperiood) jooksul suudab juriidiline isik enda sissenõutavaks muutunud ja prognoosiperioodi jooksul sissenõutavaks muutuvad kohustused tõenäoliselt täita. Juriidilisest isikust võlgnik võib sellised asjaolud esitada ka pikema prognoosiperioodi kohta, kui pikema prognoosiperioodi kasutamist õigustab võlgniku äritegevuse eripära või muu oluline asjaolu.***

Selline sõnastus jaotaks autori hinnangul senisest täpsemalt (eelkõige juriidilisest isikust äriühingu jaoks) tõendamiskoormise. Võrreldes Saksamaa sätte sõnastusega on eelpakutud sõnastus täpsem, kuna autori hinnangul ei ole piisavalt selge Saksa InsO § 19 lõikes 2 sisalduv eeldus „ettevõtte tegevuse jätkamine“; sisuliselt võib tegevus ka jätkuda ülevõlgnevuse faasis, mis ei ole püsiva maksejõuetuse korral aga ettevõtjalt oodatav käitumisviis. 12 kuu jooksul sissenõutavaks muutunud kohustuste täitmine võikski aga tähendada seda (ja Saksamaa õiguskirjandusest tulenevalt ka tähendab), et ettevõtte suudab enda tegevust jätkata. Autor mõnab, et väljapakutud sõnastuse puhul on küll veidi problemaatiline „tõenäolisuse“ eeldus. Samas ei tuleks autori hinnangul tõenäolisuse kriteeriumist loobuda, kuna tulevikuprognosi puhul on tegemist hüpoteetilise stsenaariumiga ja seega peab prognoosis toodud positiivse stsenaariumi realiseerumine olema realistlik, et saaks jaatada püsiva maksejõuetuse ümberlükkamist. Igasuguse sisuga testi esitamise abil kohtule ei tohiks äriühingut pankrotimenetlusest vabastada.

Arvestades, et 2021. aastal on ka oluliselt täpsustatud maksejõuetuse eelduseid juriidiliste isikute osas, võiks autori arvates esmalt ära oodata nende seadusemuudatuste mõju enne seaduse taaskordset muutmist. Kui juriidiliste isikute pankrotimenetluste ja raugemiste arv jääb samale tasemele või suureneb, võib olla vajalik kasutusele võtta täiendavad meetmed ettevõtete püsiva maksejõuetuse vältimiseks, seda mh näiteks konkretiseeritud soovitusliku iseloomuga maksevõimelisuse testi näol. Silmas tuleb pidada ka seda, et lähiaastatel võib pankrottide arv

jääda kõrgele tasemele COVID-19 pandeemia mõju tõttu majandusele⁷⁴, seega ei anna tõenäoliselt lähiaastate pankrotistatistika sajaprotsendiliselt õiget pilti olemasoleva regulatsiooni piisavusest. Seetõttu võiks kaaluda soovitusliku maksevõimelisuse testiga seonduvat seaduses mitte lähitulevikus, vaid siis, kui seda õigustab kas olulisel määral majanduskeskkonna muutumine ja/või tuleviku pankrotistatistika.

1.4. Vastutus

1.4.1. Juhatuse liikme vastutusest üldiselt

Ühinguõiguse revisjoni käigus jõuti järeldusele, et maksevõimelisuse testi kasutuselevõtt muudaks ebamääraseks ärilise kaalutluse reegli kohaldamisala, mis on juhtorgani liikmete vastutuse kohaldamise peamine mõõdupuu.⁷⁵ Ühes magistritöös on juhtorgani liikme ärilise kaalutluse kontekstis leitud, et Riigikohtu selliselt jagatud tõendamiskoormis⁷⁶, et juhatuse liige peab väidetava pankrotiavalduse esitamise kohustuse rikkumise korral esitama tõendeid, mis näitaks, et bilansiline maksejõuetus oli vaid ajutine ning majandusliku seisundi paranemine oli tõenäoline, on juhatuse liiget äärmiselt koormav ning ärilise kaalutluse reegluga vastuolus. Seejuures on vaieldav eeldus, et juhatuse liikmed põhjustaksid maksejõuetuse olukorras äriühingule meelega rohkem kohustusi, et vältida võlausaldajate nõuete võimalikult väikest rahuldamist ning pigem võiks eeldada, et juhatuse püüdlused sellises olukorras on suunatud äriühingu majanduslike raskuste seljatamisele.⁷⁷ Kuigi autor eelnimetatud seisukohaga ei nõustu (seda eelkõige põhjusel, et maksejõuetuse püsivust või ajutisust on võimalik tõendada eelkõige juhatuse liikmel, kellel on selle jaoks kõige rohkem informatsiooni ühingu majandustegevuse kohta), on siiski oluline küsimus sellest, kas ja millisel määral mõjutab maksevõimelisuse testi kasutuselevõtt juhtorgani liikme suhtes kehtivat ärilise kaalutluse reeglit. Alljärgnevalt uuritakse eelkõige tõendamiskoormise aspektist, millisel määral on ühingu maksejõuetuse ajal tehtud juhatuse ärilised otsused kaitstud ärilise kaalutluse reegluga ning kas ja kuidas mõjutab juhatuse liikme vastutust ühingu tulevikuproгноosi koostamine.

⁷⁴ Vt: Esimene tõus alates eelmisest kriisist: pankrottide arv kasvas aastaga 26%. Creditinfo 2021. Kättesaadav veebis: <https://creditinfo.ee/2021/05/esimene-tous-alates-eelmisest-kriisist-pankrottide-arv-kasvas-aastaga-26/> (26.04.2022).

⁷⁵ M. Käerdi jt, lk 37.

⁷⁶ Vt viited nr 36-38.

⁷⁷ P. Tarvis. Ärilise kaalutluse reegel juhtorgani liikme vastutuse hindamisel. Magistritöö. Juhendaja Andres Vutt. Tartu: Tartu Ülikool 2019, lk 64-65. Kättesaadav veebis: https://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/64556/tarvis_peeter.pdf?sequence=1&isAllowed=y (26.04.2022).

1.4.2. Pankrotiavalduse esitamise kohustuse rikkumine

Pankrotiavalduse õigeaegne esitamata jätmise juhatuse liikme poolt ei ole Eestis arvates 01.01.2015. a kvalifitseeritav kuriteona. Juhatus liige võib pankrotiavalduse õigeaegse esitamata jätmise eest tsiviilõiguslikult vastutada otse osaühingu võlausaldaja ees viimasele õigusvastaselt tekitatud kahju eest. Juhatus liige peab võlaõigusseaduse⁷⁸ (lühendatult VÕS) § 1043 alusel hüvitama osaühingu võlausaldajale õigusvastaselt tekitatud kahju, kui ta on kahju tekitamises süüdi või vastutab kahju tekitamise eest vastavalt seadusele. Juhatus liikme deliktilise otsevastutuse eeldusteks on objektiivne teokoosseisu olemasolu (tegu, kahju ja põhjuslik seos), õigusvastasus ja süü. Lepinguvälise kahju tekitamise korral peab kahju hüvitamise nõuet esitav osaühingu võlausaldaja tõendama ära objektiivse teokoosseisu ning teo õigusvastasuse. Juhatus liige peab vastutusest vabanemiseks tõendama mõne õigusvastasust välistava asjaolu esinemise (VÕS § 1045 lõige 2) või süü puudumise. Deliktilise vastutuse korral arvestatakse lisaks süü objektiivsetele kriteeriumidele (VÕS § 1050 lõige 1) ka süü subjektiivseid kriteeriume (VÕS § 1050 lõige 2). Juhatus liikme poolt osaühingu võlausaldaja suhtes toimepandav õigusvastane tegu võib seisneda eelkõige seadusest tuleneva kohustuse (kaitsenormi) rikkumises (VÕS § 1045 lõike 1 punkt 7) või heade kommete vastases tahtlikus käitumises (VÕS § 1045 lõike 1 punkt 8). Lisaks võib osaühingu juhatuse liige olla vastutav osaühingu võlausaldajale tekitatud kahju eest, kui see seondub juhatuse liikme poolt võlausaldaja omandi rikkumisega (VÕS § 1045 lõike 1 punkt 5).⁷⁹

Juhatus liikme seadusest tuleneva kohustuse rikkumiseks võib muuhulgas olla pankrotiavalduse esitamise kohustus. Kui osaühingu võlausaldaja tõendab, et juhatuse liige ei täitnud nõuetekohaselt ÄS § 180 lõikest 5¹ tulenevat kohustust ja selle tagajärjel halvenes osaühingu võlausaldaja olukord võrreldes sellega, kui juhatuse liige oleks õigeaegselt esitanud avalduse osaühingu pankroti väljakuulutamiseks, on osaühingu võlausaldajatel võimalik nimetatud varaliste olukordade vahe suuruses summas esitada kahju hüvitamise nõue kohustust rikkunud juhatuse liikme vastu. Viimane vabaneb vastutusest osaühingu võlausaldaja ees, kui tõendab, et ta ei ole õigusvastase teo toimepanemises süüdi (hooletuse puudumise) või et esineb mõni õigusvastasust välistav asjaolu (VÕS § 1045 lõige 2).⁸⁰ Sarnane vastutus kehtib ka

⁷⁸ Võlaõigusseadus. – RT I, 15.03.2022, 14.

⁷⁹ K. Saare jt, änr 843-844.

⁸⁰ *Ibidem*, änr 849-851.

aktsiaseltsi juhatuse liikmele ÄS § 306 lõike 3¹ esimesest lausest tuleneva pankrotiavalduse kohustuse rikkumise korral.

Maksevõimelisuse testi teinud äriühingu juhatuse liikme vastutuse juures on esimeseks ja kõige olulisemaks küsimuseks arvestades tõendamiskoormist see, kas võlausaldaja suudab ära tõendada, et juhatuse liige ei täitnud nõuetekohaselt ÄS § 180 lõikest 5¹ tulenevat kohustust. Kohtupraktikas on selgitatud, et teada saamiseks, kas juhatuse liige on rikkunud enda ÄS § 180 lõikest 5¹ tulenevat kohustust, tuleb välja selgitada, millal see kohustus tekkis. Kohustuse tekkimise osas piisab ringkonnakohtu arvamuse järgi sellest, et võlausaldaja hagejana tõendab ära, et kohustuse tekkimise hetkel esines äriühingu bilansiline maksejõuetus. Selliselt võiks kostjast juhatuse liikmel tekkida tõendamiskoormis selle osas, et maksejõuetus ei ole püsiv.⁸¹ Autor nõustub ringkonnakohtu poolt toodud tõendamiskoormise jaotusega, kuivõrd võlgnikust juriidilise isiku maksejõuetuse püsivus võib võlausaldajale osutada keerukaks (võrdluseks ei pea võlausaldaja ka võlgniku suhtes pankrotiavalduse esitamisel põhistama võlgniku maksejõuetuse püsivust PankrS § 10 lõigete 1-3 järgi). Seega ei peaks võlausaldaja enda tõendamiskoormise täitmiseks arvestama võlgniku tulevikuprognosis ja tõenäoliselt ka ei saa seda teha, kuna tal eeldatavasti puudub võlgniku tulevikuprognosisile ligipääs.

Kuigi Saksamaal on vastupidiselt Eestile juhtorgani liikmete poolt pankrotiavalduse õigeaegne esitamata jätmine karistatav InsO § 15a lõigete 4 ja 5 järgi, siis ka seal piisab viivitamise tõendamiseks bilansilise ülevõlgnevuse põhistamisest, kusjuures juhtorgani liige ise ülevõlgnevust tõendama ei pea.⁸² Küll aga lasub kostjast juhtorgani liikmel selgitus- ja tõendamiskoormis, et ülevõlgnevuse olukorras pankrotiavalduse esitamata jätmise otsus põhines tulevikuprognosisil. Selline tõendamiskoormis on põhjendatud, arvestades juhtorgani liikme faktiteadmisi ja tema pidevat jälgimiskohustust ühingu maksevõime osas. Tõendamiskohustuse täitmine eeldab ettevõtte olukorra igakülgset hindamist. Põhimõtteliselt on tõendamiskohustuse täitmiseks seega vaja sisukat, kirjalikku, dokumenteeritud tulu- ja finantsplaani.⁸³

Eeltoodust tulenevalt saab juhatuse liige autori hinnangul maksevõimelisuse testi tulemusega lükata ümber püsiva maksejõuetuse eelduse, kui võlausaldaja on tõendanud ära, et bilansiline ülevõlgnevus teatud ajahetkel esines. Siinkohal tasub silmas pidada, et kohtupraktika järgi ei

⁸¹ Vt nt TrtRgKo (20.10.2021) 2-19-14487, p 12.3.

⁸² Wolfer. InsOK § 19, Rn. 60.

⁸³ Klöhn. MüKoInsO § 15a, Rn. 267.

eelda juhatuse liikme vastutus AS § 180 lõike 5¹ tuleneva kohustuse rikkumisega tekitatud kahju eest seda, et äriühingu, mille juhatuse liige ta on, pankrot oleks ka päriselt välja kuulutatud.⁸⁴ Kui äriühingu pankrotti ei ole välja kuulutatud ja äriühingul on olemas teatud perioodi kohta majandusprognoos, mille tulemusel on äriühing leidnud, et on võimeline tegevust jätkama, siis võiks juhatuse liige sellise majandusprognoosi esitamisel kohtule vabaneda vastutusest, kui prognoosi täitumine on tõenäoline, samamoodi nagu äriühing saab prognoosi abil ümber lükata püsiva maksejõuetuse eelduse pankrotiavalduse menetluses.

Olukord on mõneti keerulisem, kui äriühingu pankrot on juba välja kuulutatud. Sellisel juhul on küsitav, kas tulevikuprognoosi abil saab juhatuse liige tõendada, et tal ei olnud konkreetsel ajahetkel kohustust esitada pankrotiavaldust, kui see ajahetk jääb prognoosiperioodi sisse. Vastus on tõenäoliselt ei, kuivõrd testitulemus on olemuselt vaid indikatiivne ja seda hinnatakse sellises olukorras tagantjärele. Kui tagantjärele tulevikuprognoosi hindamisel selgub, et prognoos on täitunud ehk kattunud eluliste asjaoludega konkreetse ajahetke seisuga, millal võlausaldaja arvates oleks juhatuse liige pidanud esitama pankrotiavalduse, võiks juhatuse liige teoreetiliselt sellele abistava tõendina tugineda. See aga eeldab väga täpset ajajoonel põhinevat tulevikuprognoosi. Siiski ei tohiks autori arvates kohustuse rikkumise hindamisel lähtuda hüpoteetilisest prognoosist vaid reaalsest äriühingu majanduslikust seisust konkreetsel ajahetkel. Samas on Saksamaal vastupidiselt leitud, et kriminaalvastutusest vabanemiseks piisab selle tõendamisest, et ülevõlgnevuse olukorras pankrotiavalduse esitamata jätmise otsus konkreetsel ajahetkel põhines (hästi koostatud) tulevikuprognoosil. Autor leiab, et kui tulevikuprognoos, millest tulenevalt oli juhatuse liige arusaamal, et ettevõtte on suuteline tegevust jätkama, oli koostatud usutavalt ning prognoosi mittetäitumise ja seega pankrotistumise tingisid asjaolud, mida prognoosis ette näha ei saanud (nt ülemaailmne majanduslangus), siis võiks juhatuse liige tulevikuprognoosile siiski edukalt tugineda.

Prantsusmaal õiguse kohaselt, kui äriühingust võlgniku juhtorgani liikmed teadsid maksejõuetusest ja ei esitanud nõutud ajavahemiku jooksul pankrotiavaldust, võidakse neid võtta isiklikult deliktivastutusele väärjuhtimise (prantsuse keeles *faute de gestion*) eest ja neile võidakse kohaldada ka ametialaseid sanktsioone (nt keeld juhtida mistahes ettevõtet kestusega kuni 15 aastat).⁸⁵ Kui *going-concern* testi tulemuse põhjal leiab juhtorgani liige, et tegevuse jätkamine on võlausaldajatele kasulikum kui ettevõtte tegevuse lõpetamine, siis puudub

⁸⁴ TrtRgKo (05.06.2020) 2-19-14487, p 12.

⁸⁵ France: Restructuring & Insolvency. The Legal 500. Kättesaadav veebis:

<https://www.legal500.com/guides/chapter/france-restructuring-insolvency/> (26.04.2022).

sellistele juhtorgani liikmetele erikaitse, isegi et nad jätkasid ettevõtte tegevust võlausaldajate hüvanguks. Seda ka juhul, kui ettevõtte jätkamise tulemuseks on ettevõtte võlakoormuse suurenemine, olenemata sellest, et juhtorgani liikmed tegutsesid heas usus.⁸⁶ Seega ei omistata Prantsusmaa õiguse kohaselt maksevõimelisuse testile juhtorgani liikme vastutuse välistamise aspektist nii suurt tähtsust, mis on ka mõistetav, kuivõrd Prantsusmaal kasutatava kohustusliku rahavoolise testi sisu ei ühti traditsioonilise *going-concern* testiga, mis on kasutusel Saksamaal.

1.4.3. Pärast maksejõuetuse ilmnemist maksete tegemine

Õiguskirjanduses on selgitatud, et õigussüsteemides, kus ei ole kehtestatud miinimumkapitali nõuet, näib bilansitest olevat võlausaldajaga seotud kohustuste ja juhatuse liikme vastutuse kehtestamiseks sobimatu, kuna paljud kapitalita ettevõtted on bilansite sti silmis maksejõuetud maksete tegemise hetkel. Võlausaldajatega seotud kohustuste kehtestamine selles varajases staadiumis tähendaks, et ettevõtte oleks pidanud enne maksete tegemist mingil määral kapitali koguma. Seevastu ei ole õigussüsteemides, kus lähtutakse maksete tegemisel (kauplemisel) miinimumkapitali nõuetest, keelatud kasutada maksejõuetuse bilansite sti ega ka rahavoogude testi. Maksete tegemise peatamiseks võib näiteks Saksamaal tugineda ühele kahest testitulemusest, kui need näitavad äriühingu maksejõuetust.⁸⁷

Osaühingu juhatuse liikme vastutus osaühingu ees pärast osaühingu maksejõuetuse ilmnemist tehtud maksete eest on reguleeritud ÄS §-s 158, § 180 lõikes 5¹ ja §-s 187. Eelnimetatud sätete alusel vastutab juhatuse liige, kui esineb samaaegselt viis eeldust: kehtiv ametisuhe, kohustuse rikkumine, osaühingule kahju tekitamine, põhjuslik seos kohustuse rikkumise ja tekkinud kahju vahel ja vastutus kohustuse rikkumise eest. Osaühingu juhatuse kohustuse rikkumine seisneb osaühingu juhatuse liikme poolt pärast osaühingu maksejõuetuse ilmnemist osaühingu arvel makse tegemises (ÄS § 180 lõige 5¹). Osaühingule kahju tekitamine saab seisneda osaühingu vara arvelt tehtud väljamaksetes, mida pankrotihalduril ei õnnestu osaühingu

⁸⁶ P. Dubois. J. Gumpelson. S. Lemseffer. Insolvency and directors' duties in France: overview. Kättesaadav veebis:

<https://content.next.westlaw.com/0-606->

[1327?__lrTS=20220329221716598&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://content.next.westlaw.com/0-606-1327?__lrTS=20220329221716598&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)

(26.04.2022).

⁸⁷ P. Davies. Directors' Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency. – European Business Organization Law Review. Vol. 7 No. 1. Cambridge University Press 2006, lk 301-337. Kättesaadav veebis: <https://www.cambridge-org.ezproxy.utlib.ut.ee/core/journals/european-business-organization-law-review-ebor/article/directors-creditorregarding-duties-in-respect-of-trading-decisions-taken-in-the-vicinity-of-insolvency/2A0D872F32CCA8B576DF16B56E85D27C> (26.04.2022).

pankrotimenetluses tagasivõitmise korras tagasi saada. Juhatuse liige ei vastuta osaühingu maksejõuetuse ilmnemise järgselt osaühingu arvel tehtud väljamaksete eest, kui nende tegemine oli vaadeldavas olukorras kooskõlas korraliku ettevõtja hoolsusega (ÄS § 180 lõige 5¹). Juhatuse liikme vastu nimetatud eeldustel maksete hüvitamise nõude esitajaks on osaühing.⁸⁸ Aktsiaseltsi juhatuse liikmete vastutuse osas erisusi ei ole ning sarnane vastutuskoosseis on sätestatud ÄS §-s 280, § 306 lõikes 3¹ ja §-s 315.

Saksamaal reguleerib pärast maksejõuetuse ilmnemist tehtud makseid alates 1. jaanuarist 2021. a InsO § 15b.⁸⁹ InsO § 15b lõike 1 kohaselt ei tohi ühingu juhtorgani liikmed ja likvideerijad, kellel on InsO § 15a järgi kohustus esitada pankrotiavaldus, pärast ühingu maksejõuetust muutumist või ülevõlgnevuse ilmnemist enam makseid teha. See ei kehti selliste maksete kohta, mis käivad kokku heaperemeheliku ja kohusetundliku juhi hoolsusega. InsO § 15b lõike 4 kohaselt, kui makseid tehakse InsO § 15b lõike 1 vastaselt, on isikutel, kellel on kohustus esitada pankrotiavaldus, kohustus need maksed hüvitada. Kui juriidilise isiku võlausaldajatele tekkis väiksem kahju, piirdub hüvitise maksmise kohustus selle kahju hüvitamisega. Kuivõrd hüvitamine on vajalik juriidilise isiku võlausaldajate nõuete rahuldamiseks, ei välista kohustust ka asjaolu, et nad on tegutsenud kooskõlas juriidilise isiku juhtorgani otsusega. Juriidilise isiku loobumine hüvitamis- või hüvitisnõuetest või juriidilise isiku kokkulepe nende nõuete osas on kehtetu. See ei kehti juhul, kui hüvitamiseks kohustatud isik on maksejõuetu ja sõlmib oma võlausaldajatega kokkuleppe pankrotimenetluse ärahoidmiseks, kui hüvitamise või hüvitamise kohustus on reguleeritud maksejõuetusplaanis või kui pankrotihaldur tegutseb pankrotihalduri nimel. juriidiline isik.

InsO § 15b lõike 4 järgse vastutuskoosseisu kohta on tõendamiskoormise aspektist selgitatud, et kui juhtorgani liige soovib süülist käitumist ümber lükata, peab ta esitama asjaolud ja selgitama põhjuseid, mis ei võimaldanud tal tuvastada, et ettevõtte oli tegelikult maksejõuetuks muutunud. Selle argumendi hindamisel tuleb silmas pidada, et äriühingu juhtorgani liige peab igal ajal omama ülevaadet ettevõtte majanduslikust ja finantsolukorrast. Seda, kas juhtorgani liige on piisavalt täitnud oma kohustust pidevalt jälgida ettevõtte majanduslikku olukorda ja kriisinähtude ilmnemisel teha põhjalikum kontroll, tuleb hinnata ettevõtte jaoks majanduslikult

⁸⁸ K. Saare jt, änr 815-820.

⁸⁹ A. J. Baumert. § 15 b InsO – offene Praxisfragen beim korrigierenden Eingriff des Gesetzgebers in die Rechtsprechung des II. Senats. – Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2021, 443. Kättesaadav veebis: <https://beck-online-beck-de.ezproxy.utlib.ut.ee/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fnzg%2F2021%2Fcont%2Fnzg.2021.443.1.htm&p os=1&hlwords=on> (26.04.2022).

olulisi asjaolusid arvestades.⁹⁰ Juhtorgani liige, kes ise ei ole piisavalt pädev ühingu maksevõimet hindama, saab tugineda kvalifitseeritud sõltumatu isiku kinnitusele, et maksejõuetusega ei olnud tegemist, kui ta on esitanud sellisele spetsialistile igakülgset ettevõttega seonduvad asjaolud, esitanud maksevõimelise hindamiseks vajalikud dokumendid ning seejärel ise testitulemuse usutavust hinnanud.⁹¹

Kuivõrd Saksamaa regulatsioon on võrdlemisi uus, puudub veel vähe õiguskirjandust ja praktikat selle osas, kas vastutuse maksete tegemise eest saaks juhtorgani liige välistada eelnevalt koostatud maksevõimelisuse testi abil. Autori hinnangul tundub see veidi probleemne, kuivõrd olemasolev maksejõuetus, mida juhtorgani liige koostatud tulevikuprognooosi abil õigeaegselt tuvastada ei suutnud ja millest tulenevalt maksete tegemist ei vältinud, viitab sellise prognoosi ebausutavusele. Ka Saksa õiguskirjanduses on avaldatud arvamust, et juhatuse liikme vastutuse hindamise seisukohast on oluline mitte üksnes prognoosi koostamine, vaid küsimus, kas prognoosi, millel põhines otsus väljamaksete tegemise kohta, aluseks valiti asjakohane teave. Juhatuse liige peab lühiajalise finantsplaneerimise raames kogu vajaliku teabe välja selgitama ja selle tulevikuprognooosi aluseks võtma.⁹² Seega on autori arvates küsitav, kuidas jaguneb vastutus näiteks siis, kui prognoosis on tuginetud valede faktilistele andmetele ja finantsnäitajatele (või on andmetele tuginetud valikuliselt) või kui prognoosi täitumine ei ole realistlik ega eluliselt usutav, arvestades ettevõtte tegevust minevikus, või kui prognoosi koostamiseks on kasutatud isikut, kellel puudub sellealane kompetents.

⁹⁰ Wolfer. InsOK § 15b, Rn. 4-5.

⁹¹ E. Braun. Insolvenzordnung (InsO). InsO mit EuInsVO (2015). Kommentar. 9. Aufl. 2022. InsO § 15b, Rn. 39-40. C.H.Beck.

⁹² M. Casper. Liability of the Managing Director and the Shareholder in the GmbH (Private Limited Company) in Crisis. – German Law Journal 9/2008, lk 1131. Kättesaadav veebis: [https://intl.westlaw.com/Document/Ifca658f984da11dd93e7a76b30106ace/View/FullText.html?listSource=Search&navigationPath=Search%2fv1%2fresults%2fnavigation%2fi0ad74016000001804c062a9886080145%3fppci%3ded313585ab3b4073846e3ebc9f8765e0%26Nav%3dINTERNATIONAL-ANALYTICAL%26navQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26listQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26fragmentIdentifier%3dIfca658f984da11dd93e7a76b30106ace%26parentRank%3d0%26startIndex%3d81%26contextData%3d%2528sc.Search%2529%26transitionType%3dSearchItem&list=INTERNATIONAL-ANALYTICAL&rank=99&listPageSource=c58c9a14bd33e71241dae4dc29826521&originationContext=docHeader&contextData=\(sc.Search\)&transitionType=Document&needToInjectTerms=False&docSource=64b8b7f06afe4e90aa9912d47103095d&firstPage=true](https://intl.westlaw.com/Document/Ifca658f984da11dd93e7a76b30106ace/View/FullText.html?listSource=Search&navigationPath=Search%2fv1%2fresults%2fnavigation%2fi0ad74016000001804c062a9886080145%3fppci%3ded313585ab3b4073846e3ebc9f8765e0%26Nav%3dINTERNATIONAL-ANALYTICAL%26navQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26listQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26fragmentIdentifier%3dIfca658f984da11dd93e7a76b30106ace%26parentRank%3d0%26startIndex%3d81%26contextData%3d%2528sc.Search%2529%26transitionType%3dSearchItem&list=INTERNATIONAL-ANALYTICAL&rank=99&listPageSource=c58c9a14bd33e71241dae4dc29826521&originationContext=docHeader&contextData=(sc.Search)&transitionType=Document&needToInjectTerms=False&docSource=64b8b7f06afe4e90aa9912d47103095d&firstPage=true) (26.04.2022).

Samas on töö peatükis 1.4.1 selgitatud, et Saksamaal võib juhtorgani liige vastutusest pankrotiavalduse esitamise kohustuse rikkumise tõttu vabaneda juba siis, kui ta põhjendab, et pankrotiavalduse esitamata jätmise otsus põhines tulevikuprognosis. Autor leiab, et analoogia korras saaks juhatuse liige samasugusele argumendile tugineda ka maksete tegemise korral, kuna maksete tegemine või tegematajätmine on otseselt seotud juhtorgani liikme arusaamaga sellest, kas konkreetselt ajahetkel on vajadus esitada pankrotiavaldus või mitte. Siiski on kahe koosseisu puhul tõendamiskoormise sisu veidi erinev, kuivõrd InsO § 15b lõike 4 järgse vastutuse ümberlükkamine eeldab, et juhtorgani liige selgitab põhjuseid, mis ei võimaldanud tal tuvastada, et ettevõtte oli tegelikult maksejõuetuks muutunud.

Ühes magistritöös on leitud, et maksejõuetuse olukorras maksete tegemine peaks olema lubatud 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.⁹³ Lisaks võiks juhatuse liikme kahju vähendamiseks kasutusele võetavateks meetmeteks olla näiteks 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.⁹⁴ Eeltoodust tulenevalt leiab autor, et juhatuse liikmel on võimalik vabaneda enda vastutusest tuginedes enda hoolsuskohustuse täitmisele, kui ta on vabatahtlikult koostanud tulevikuprognosi, mille kohaselt võlausaldajate huvide kahjustamine oleks välistatud põhjusel, et ühing suudab tulevikus enda kohustused võlausaldajate ees täita. Selliselt oleks juhatuse liikmel võimalik välistada vastutus kohustuse rikkumise tasandil ÄS § 180 lõike 5¹ teise lause kohaselt.

1.4.4. Maksejõuetuse põhjustamine

Pahatahtlik pankrot on karistusõiguslikult karistatav kas varavastase süüteona karistusseadustiku⁹⁵ (lühendatult KarS) §-de 201 ja 217² järgi või maksejõuetuse põhjustamisena KarS § 384 järgi.⁹⁶ KarS §-s 201 sisaldub omastamise koosseis, KarS § 217²

⁹³ T. Toom. Äriühingu maksejõuetuse ilmnemisest tulenev maksete tegemise piirang. Magistritöö. Juhendaja Andres Vutt. Tartu: Tartu Ülikool 2014, lk 51. Kättesaadav veebis:

https://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/42706/toom_triin.pdf?sequence=1&isAllowed=y (26.04.2022).

⁹⁴ *Ibidem*, lk 56.

⁹⁵ Karistusseadustik. – RT I, 21.05.2021, 9.

⁹⁶ M. Kairjak. Majanduskaristusõigus karistusõiguse revisjoni raames. – *Juridica VIII/2014*, lk 637.

näeb ette süüteo seadusest või tehingust tuleneva teise isiku vara käsutamise või teisele isikule kohustuse võtmise õiguse ebaseadusliku ärakasutamise eest või teise isiku varaliste huvide järgimise kohustuse rikkumise eest, kui sellega on tekitatud suur varaline kahju ja kui puudub KarS §-s 201 sätestatud omastamise koosseis. KarS § 384 järgi on kuriteoks see, kui juriidilisest isikust võlgniku juhtorgani või seda asendava organi liige on teadvalt võlgniku varalist seisundit kohustustevastaselt kahjustanud ja kui sellega on põhjustatud võlgniku maksevõime oluline vähenemine või maksejõuetus.

Autor leiab, et maksevõimelisuse testi tegemine ei muuda kuidagi teo toimepanija – võlgnikust juriidilise isiku juhtorgani liikme või juriidilise isiku enda – vastutust pahatahtliku pankroti eest, sest selliste kuritegude puhul loeb subjektiivse elemendina teo toimepannud isiku tahe, mis ei saa pahatahtliku pankroti puhul nuginii olla suunatud äriühingu maksevõimelisuse hoidmisele. Näiteks KarS §-s 384 sisalduva kuriteo puhul on juriidilisest isikust võlgniku puhul subjektiivse teokoosseisu eelduseks teo toimepanija tahtlus kõigi objektiivse koosseisu asjaolude suhtes. Võlgniku varalist seisundit kahjustava teo ja selle kohustustevastasuse eeldustele vastavate faktiliste asjaolude suhtes on nõutav vähemalt otsene tahtlus (§ 16 lg 3). Otsene tahtlus eeldab seda, et toimepanija teab, et tegu kahjustab võlgniku varalist seisundit, ja tahab või vähemalt mõonab seda.⁹⁷

Pahatahtliku pankroti puhul võib autori arvates eeldada seda, et äriühingu juhtorgani liikmed ei tee vabatahtlikult maksevõimelisuse testi või testi kohustuslikkuse korral rikuvad testi koostamise kohustust eesmärgiga varjata kuriteo toimepanemisega seonduvaid asjaolusid. Alternatiivselt võib tekkida ka olukord, kus kuriteo varjamise eesmärgil on koostatud küll maksevõimelisuse test, aga see on koostatud andmeid võltsides ja/või muul viisil ebausutavalt, näitamaks ettevõtte majandusseisu paremana, kui see tegelikult on. Küsitav on seega, kas maksevõimelisuse testi vabatahtlik tegemine võiks näidata teo toimepanija väidetavat hoolsust ja tahet ühingu maksevõimet hoida ning seega rääkida negatiivselt toimepanija subjektiivse tahte osas panna toime võlgniku varalist seisundit kahjustav tegu. Tõenäoliselt on vastus konkreetse juhtumi asjaoludest. Autor nõustub ühinguõiguse revisjoni analüüs-kontseptsioonis toodud järeldusega⁹⁸, et maksevõimelisuse test ei aita kuidagi pahatahtlike pankrottide vastu, pigem võib tekkida olukord, kus maksevõimelisuse testiga üritatakse alusetult kriminaalvastutusest vabaneda.

⁹⁷ Vt lähemalt J. Sootak. P. Pikamäe. Karistusseadustik. Komm vlj. 5. tr. Tallinn: Juura 2021. KarSK § 384/7.

⁹⁸ M. Käerdi jt, lk 38.

2. VÄLJAMAKSETE TEGEMISE OTSUSTAMINE MAKSEVÕIMELISUSE TESTI TOEL

2.1. Kehtiv väljamaksete tegemise regulatsioon

Ühingujuhtimise seisukohast ei ole maksevõimelisuse hindamine oluline üksnes ÄS § 180 lõikest 5¹ ja § 306 lõikest 3¹ tuleneva pankrotiavalduse esitamise kohustuse täitmiseks. Pankrotiavalduse esitamine on nn *ultima ratio* meede, mida tuleks rakendada ühingu äärmiselt raske ja pöördumatu majandusliku olukorra puhul. PankrS § 1 lõikes 3 sisalduvale bilansitestile lisaks peab ühing kehtiva õiguse kohaselt enda tegevuses rakendama ka nn netovara testi. ÄS § 176 sätestab, et kui osaühingul on netovara vähem kui pool osakapitalist või vähem kui ÄS §-s 136 nimetatud osakapitali suurus või muu seaduses sätestatud osakapitali minimaalne suurus, peavad osanikud otsustama osakapitali vähendamise või suurendamise tingimusel, et netovara suurus moodustaks seeläbi vähemalt poole osakapitalist ja vähemalt ÄS §-s 136 nimetatud osakapitali suuruse või muu seaduses sätestatud osakapitali minimaalse suuruse või muude abinõude tarvitusele võtmise, mille tulemusena osaühingu netovara suurus moodustaks vähemalt poole osakapitalist ja vähemalt ÄS §-s 136 nimetatud osakapitali suuruse või muu seaduses sätestatud osakapitali minimaalse suuruse või osaühingu lõpetamise, ühinemise, jagunemise või ümberkujundamise või pankrotiavalduse esitamise (aktsiaseltsi puhul sarnane säte ÄS § 301).

Netovara testi kasutatakse ka osanikele väljamaksete tegemise lubatavuse kontrolliks. ÄS § 157 lõige 3 sätestab, et osanikele ei tohi teha väljamakseid, kui ühingu viimase majandusaasta lõppemisel kinnitatud majandusaasta aruandest ilmnev ühingu netovara on väiksem või jääks väiksemaks osakapitali ja reservide kogusummast, mille väljamaksmine osanikele ei ole lubatud seadusest või põhikirjast tulenevalt. Aktsiaseltsi puhul sarnane säte puudub. ÄS § 276 lõike 1 kohaselt võib aktsiaseltsi võid teha aktsionäridele väljamakseid ainult puhaskasumist või eelmiste majandusaastate jaotamata kasumist, millest on maha arvatud eelmiste aastate katmata kahjum, vastavalt seadusele. Samasugune säte osaühingu jaoks sisaldub ÄS § 157 lõikes 1.

Kehtiv Eesti väljamaksete regulatsioon tuleneb EL-i kodifitseeritud direktiivist 2017/1132⁹⁹. Direktiivi 2017/1132 artikli 56 lõige 1 ja artikkel 58 näevad ette, et kui aktsiaseltsi netovara on raamatupidamise aastaaruande kohaselt viimase majandusaasta lõppemise kuupäeval väiksem

⁹⁹ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv (EL) 2017/1132, 14. juuni 2017, äriühinguõiguse teatavate aspektide kohta. ELT L 169, 30.6.2017, lk 46—127. Kättesaadav veebis:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/?uri=CELEX%3A32017L1132> (26.04.2022).

või muutu tulude jaotamise tõttu väiksemaks kui märgitud kapitali ja selliste reserve kogusumma, millest vastavalt seadusele või põhikirjale ei tohi väljamakseid teha, tuleb kokku kutsuda aktsionäride üldkoosolek liikmesriigi seaduses sätestatud tähtaja jooksul, otsustamaks, kas äriühing tuleb lõpetada, või tuleb rakendada muid meetmeid. Liikmesriikidele on jäetud õigus määrata kindlaks, mida loetakse omakapitali oluliseks vähenemiseks, kuid see määr ei või olla suurem kui pool märgitud kapitalist. Direktiivi sätted näevad liikmesriikidele ette kohustuse kohaldada neid nõudeid vaid aktsiaseltside suhtes.

2.2. Ühinguõigusliku maksevõimelisuse testi sisu

2.2.1. Ühinguõiguslikust maksevõimelisuse testist üldiselt

Õiguskirjanduses on leitud, et alternatiivselt Kontinentaal-Euroopas prevaleerivale kapitali säilitamise reeglitel põhinevale väljamaksete regulatsioonile tuleks Euroopa Liidus Ameerika Ühendriikide jt Anglo-Ameerika õigussüsteemide näitel kaaluda osanikele ja aktsionäridele väljamaksete tegemise otsustamist maksevõimelisuse testi abil.¹⁰⁰ Maksevõimelisuse testi kasutuselevõttu väljamaksete tegemise kontekstis käsitleti ka 2008. aastal valminud Euroopa Komisjoni tellitud uuringu raportis alternatiivsete kapitalisüsteemide kohta.¹⁰¹ Komisjoni raportis pakuti välja kaheastmeline maksevõime hindamise kontroll selliselt, et esimene kontrollietapp koosneb bilansitestist ning teine osa koosneb maksevõimelisuse testist (käibevara/lühiajaliste kohustuste test). Viimase kohaselt peab ettevõttel olema piisavalt likviidseid varasid, et tasuda oma kohustused nende sissenõutavaks muutumisel konkreetse prognoosiperioodi, näiteks 12 kuu jooksul.¹⁰²

¹⁰⁰ J. Arminger. Solvency-Tests – an Alternative to the Rules for Capital-Maintenance Within the Balance Sheet in the European Union. – ACRN Journal of Finance and Risk Perspectives 2013. Vol. 2 No. 1, lk 1. – <http://www.acrn-journals.eu/resources/jfrp201301a.pdf> (26.04.2022).

¹⁰¹ Feasibility study on an alternative to the capital maintenance regime established by the Second Company Law Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 and an examination of the impact on profit distribution of the new EU-accounting regime - main report. KPMG 2008, lk 407. Kättesaadav veebis: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/42762?locale=et> (26.04.2022).

¹⁰² P. Santella. Capital maintenance in the EU: is the Second Company Law Directive really that restrictive? – European Business Organization Law Review 9(3). Cambridge University Press 2008, lk 454. Kättesaadav veebis: <https://intl.westlaw.com/Document/I3FFFF4D1721A11E093D2C583C139DB77/View/FullText.html?listSource=Search&navigationPath=Search%2fv1%2fresults%2fnavigation%2fi0ad604ac000001804ab40ca843093ae2%3fppcid%3dd12fc3b352854b7c842f505fa7d406ce%26Nav%3dINTERNATIONAL-ANALYTICAL%26navQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26listQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26fragmentIdentifier%3dI3FFFF4D1721A11E093D2C583C139DB77%26parentRan>

Euroopa Liidu tasandil on maksevõimelisuse testi kasutuselevõtmist kasumi jaotamise eeldusena toetatud SUPi direktiivi eelnõus. Euroopa Komisjoni SUPi direktiivi eelnõu artikli 18 lõike 3 kohaselt ei tee SUP ainsale osanikule väljamakset, kui SUP ei suudaks selle tagajärjel täita võetud laenukohustusi, mis muutuvad sissenõutavaks pärast väljamakse tegemist. Juhatus peab kinnitama kirjalikult, et pärast SUPi tegevuse ja tulevikuväljavaadete põhjalikku analüüsi on juhatus jõudnud mõistlikule arvamusele, et SUP on võimeline tasuma oma võlad ettenähtud ajal tavapärase äritegevuse käigus ühe aasta jooksul alates kavandatava väljamakse kuupäevast. Juhatus peab maksevõimet kinnitavale tõendile alla kirjutama ja tõendi koopia tuleb esitada ainuosanikule 15 päeva enne seda, kui tehakse otsus väljamakse tegemise kohta. Sama artikli lõike 4 kohaselt tuleb maksevõimet kinnitav tõend avalikustada.

Eelnõu sissejuhatuse peatükis 6 on selgitatud, et artikkel 18 sisaldab bilansitesti, mille kohaselt võib väljamakse võib teha juhul, kui bilansitesti tulemus kinnitab, et pärast väljamakse tegemist jääb SUPil järele piisavalt vara, et täielikult täita oma kohustused. Lisaks peab SUPi juhatus esitama enne väljamakse tegemist SUPi osanikule maksevõimet kinnitava tõendi. Komisjon selgitab eelnõu sissejuhatuses, et nende kahe nõude sätestamine direktiivis tagab selle, et võlausaldajate huvid on hästi kaitstud, mis peaks kaasa aitama nimetuse „SUP” hea maine kujunemisele.

SUPi direktiivi eelnõus sisalduva maksevõimelisuse testi ja maksevõimet kinnitava tõendi kohta on õiguskirjanduses leitud, et see pakub võlausaldajatele varasemast suurema kaitse, mis on palju efektiivsem kui miinimumkapitali reeglid. Võlausaldajate suurema kaitse vajadust põhjendati asjaoluga, et kuna SUP oli kavandatud olema piiriülene äriühing, oli vajalik, et selle liikmesriigi võlausaldajad, kus SUP on asutatud, oleksid kaitstud olukorras, kus väljamakse on tehtud ainuosanikule, kes asub teises liikmesriigis.¹⁰³ Ka on SUPi direktiivi eelnõus sisalduvat maksevõime testi kiidetud seetõttu, et see muudab väljamaksed võlausaldaja jaoks

k%3d0%26startIndex%3d1%26contextData%3d%2528sc.Search%2529%26transitionType%3dSearchItem&list=INTERNATIONAL-

ANALYTICAL&rank=5&originationContext=docHeader&contextData=(sc.Search)&transitionType=Document&needToInjectTerms=False&docSource=485e8b74b6da4519868ec6ba1c60ef85&firstPage=true (26.04.2022).

¹⁰³ P.-H. Conac. The Societas Unius Personae (SUP): A “Passport” for Job Creation and Growth, lk 169. Kättesaadav veebis:

https://www.disag.unisi.it/sites/st07/files/allegatiparagrafo/01-02-2018/societas_unius_personae.pdf (26.04.2022).

läbipaistvamaks ja loob seega teatud kompensatsiooni puuduva miinimumkapitali eest.¹⁰⁴ Arvestades SUPi olemust (miinimumkapitali puudumist ja piiriülest elementi) ning asjaolu, et direktiivi eelnõu ei ole selle tagasivõtmise tõttu enam niivõrd asjakohane, ei saa üksnes SUPi direktiivi eelnõust teha järeldust, et maksevõimelisuse test tuleks igasugustest äriühingust väljamaksete tegemise puhul kasutusele võtta.

Õiguskirjanduses toetatakse maksevõimelisuse testi kasutuselevõttu eelkõige seetõttu, et olemasolev bilansiline kapitali säilitamise regulatsioon ja sellest tulenev väljamaksete piirang peab silmas eelkõige minevikupõhiseid majandusnäitajaid ning ei keskendu tulevikku suunatud rahavoo prognoosidele. Seetõttu ei arvestata väljamaksete tegemisel ühingu likviidsuse ja majandusotsustega tulevikus. Väljamaksete tegemist tohiks lubada ainult sellises ulatuses, et pärast väljamaksete tegemist suudab ühing täita kohustusi võlausaldajate ees.¹⁰⁵ Äriühingu kapital ei oma potentsiaalse võlausaldaja jaoks garantiifunktsiooni kohustuste täitmise osas. Hoolsad võlausaldajad kontrollivad eelkõige äriühingu finantsaruandeid, et saada täpsemat ülevaadet ettevõtte majanduslikust seisust ja elujõulisusest tulevikus. Kuna võlausaldajad pööravad tähelepanu pigem maksejõuetusriskidele ja tulevastele rahavoogudele kui kapitali olemasolule, ei vasta nn omakapitalil põhinev turvameede seega võlausaldajate tegelikele äri vajadustele ja sellisel turvameetmel puudub mõistlik seos ettevõtte pikaajalise likviidsusega.¹⁰⁶

Bilansilisest netovarast lähtumine on probleemne ka olukorras, kus bilansis on hinnatud varade väärtust liiga kõrgeks või vastupidi liiga madalaks, millisel ei peegelda bilansitest tegelikke maksevõime väljavaateid.¹⁰⁷ Juhatuse liikmed peaksid seega *ex ante* hindama kavandatud kasumijaotamise võimalikke tagajärgi äriühingu tegeliku majanduskeskkonna valguses, kusjuures erilist tähelepanu tuleks pöörata ettevõtte maksevõime väljavaadetele tulevikus.¹⁰⁸

¹⁰⁴ T. Drygala. What's SUP? Der Vorschlag der EU-Kommission zur Einführung einer europäischen Einpersonengesellschaft (Societas Unius Personae, SUP). – Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2014, 491. Kättesaadav veebis:

<https://beck-online-beck-de.ezproxy.utlib.ut.ee/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Feuzw%2F2014%2Fcont%2Feuzw.2014.491.1.htm&pos=14&hlwords=on> (26.04.2021).

¹⁰⁵ J. Armingier, lk 5.

¹⁰⁶ K. Poljanec. H. Horak. Solvency Test as Yardstick For Prudent Dividend Distribution: a Croatian Outlook, lk 25. Kättesaadav veebis: <https://hrcak.srce.hr/file/364230> (26.04.2022).

¹⁰⁷ *Ibidem*, lk 29.

¹⁰⁸ *Ibidem*, lk 29.

Bilansitestis ei võeta arvesse seda, kui suur osa ettevõtte vahenditest mittelikviidne vara ning kas ettevõtte äritegevuse käik eeldab tulevikus täiendavate vahendite olemasolu investeringuteks või jooksvateks kulutusteks.¹⁰⁹ Arvestada tuleks seega muuhulgas tulevaste rahavoogude, eeldatavate turutingimuste ning tulevaste ja tingimuslike kohustustega.¹¹⁰ Mis tahes kasumijaotamine, mis võib ohustada ettevõtte maksevõimet, peaks seega olema välistatud nn maksevõime tõendi tõttu. Ettevõtte juhid peavad koostama ja avalikustama maksevõime tõendi, kui osanikele või aktsionäridele kasumi jaotamine vähendab kapitalireservi. Vastupidiselt kapitali säilitamise reeglitele puudutavad maksevõimelisuse test ja maksevõime deklaratsioon otseselt ettevõtte tuleviku finantsootusi ja tuginevad seetõttu prognostilisele teabele.¹¹¹

Peamine argument maksevõimelisuse testi kasutuselevõtu vastu väliskirjanduses on see, et see viib suurema õigusliku ebakindluseni.¹¹² Sarnase järelduseni on jõutud ka ühinguõiguse revisjoni käigus, kus on maksevõimelisuse testi kriitikana toodud välja ettevõtluskeskkonna ebakindlamaks muutumine ja majanduslikult funktsioneerivate äriühingute lõpetamisele suunamine.¹¹³ Absoluutset kindlust selle osas, et ettevõtte ei muutu mingil ajahetkel maksevõimetuks, ei anna sarnaselt bilansitestile ka maksevõimelisuse test. On ka tõsine oht selle osas, et maksevõimelisuse test kasumijaotamise eeldusena paneb liigselt ranged piirid kasumiteenimisele ning vähendab äriühingu poolt äriliste riskide võtmist, mis on rikkuse teenimise peamine n-õ tõukejõud.¹¹⁴ Bilansitesti suureks eeliseks tunnistatakse laialdaselt selle

¹⁰⁹ W. Schön (2006), lk 189.

¹¹⁰ K. Poljanec jt, lk 28.

¹¹¹ F. D. Simões. Legal capital rules in Europe: is there still room for creditor protection? – International Company and Commercial Law Review, Sweet & Maxwell and its Contributors 2013, lk 166-172. Kättesaadav veebis: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2241011 (26.04.2022).

¹¹² M.-P. Weller. Solvenztest und Existenzvernichtungshaftung - Zwei grundverschiedene Gläubigerschutzfiguren. – Deutsches Steuerrecht 2007, 116. Kättesaadav veebis: https://beck-online-beck-de.ezproxy.utlib.ut.ee/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fdstr%2F2007%2Fcont%2Fdstr.2007.116.1.htm&p_os=8&hlwords=on (26.04.2022).

¹¹³ M Käerdi jt, lk 37.

¹¹⁴ J. Rickford. Legal Approaches to Restricting Distributions to Shareholders: Balance Sheet Tests and Solvency Tests. – European Business Organization Law Review Vol. 7 No. 1, 2006, lk 171. Kättesaadav veebis: <https://www-cambridge-org.ezproxy.utlib.ut.ee/core/journals/european-business-organization-law-review-ebor/article/legal-approaches-to-restricting-distributions-to-shareholders-balance-sheet-tests-and-solvency-tests/8AB95BBF69F5527C1EC53D9D7FAC7FEE> (26.04.2022).

lihtsust, kulutõhusust ja sellega kaasnevat õiguskindlust, mis peaks kohusetundlike juhtide vaates olema piisav.¹¹⁵

Oluliseks ebaselguseks on veel küsimus sellest, kui pikka ajaperioodi maksevõimelisuse testi raames koostatav tulevikuprognosis peaks hõlmama. On leitud, et maksevõimelisuse test ei pruugi olla usaldusväärne võlausaldajate kaitse meede just pikaajaliste kohustuste osas. Seda eelkõige seetõttu, et maksevõimelisuse testis ei küsita, kas olemasolevad varad katavad olemasolevad kohustused, vaid testi tegemine annab juhtorgani liikmetele kaalutusõiguse eeldada, et olemasolevad kohustused kaetakse tulevaste varadega ja tekkepõhise kasumiga, millest sõltub ettevõtte edasine tegevus. Juhtorgani liikmed võivad olla suutelised mõne kuu varade sissevoolu ja kasumiteket ette näha, aga maksevõimelisuse test ei pruugi täita enda ülesannet selliste kohustuste puhul, mis tuleb ühingul täita kümne või kahekümne aasta pärast. Maksevõimelisuse test võib seega viia olukorrani, kus ühing ei pea lähtuma ei traditsioonilise bilansitesti mõõdupuust (ehk eeldusest, et olemasolevad varad katavad olemasolevad kohustused) ega ka tulevikuprognosisist, mis arvestab pikaajaliste kohustustega. Seetõttu tuleks toetada bilansitesti jätkuvat kasutamist, et tagada miinimumkaitse võlausaldajatele pikaajaliste kohustuste puhul.¹¹⁶ Pikaajaliste võlausaldajate tõttu tekib ka küsimus, kas juhtorgani liikmed soovivad võtta endale isikliku vastutuse tulevikus tekkiva võiva olukorra eest, potentsiaalselt isegi pärast seda, kui nad on juhtkonnast lahkunud. Pikaajalsed võlausaldajad, kelle nõuded muutuvad sissenõutavaks hiljem, kui maksevõimelisuse testi jaoks määratud prognoosiperiood ette näeb, võivad seetõttu olla kartlikud maksevõimelisuse testi kasutuselevõtmise osas.¹¹⁷

¹¹⁵ H. Ziemons. C. Jaeger. M. Pöschke. Beck'sche Online-Kommentare GmbHG. 50. Edition Stand: 01.12.2021. GmbHG § 30, Rn. 14.

¹¹⁶ W. Schön (2006), lk 189-190.

¹¹⁷ R. S. Bradstreet. Should creditors rely on the solvency and liquidity threshold for protection? A South African case study. – Journal of African Law. Cambridge University Press 2015, lk 121-149. Kättesaadav veebis: [https://intl.westlaw.com/Document/I7831C4F0E56611E499B7D03BDC6E0161/View/FullText.html?listSource=Search&navigationPath=Search%2fv1%2fresults%2fnavigation%2fi0ad604ac000001804ab40ca843093ae2%3fpccid%3dd12fc3b352854b7c842f505fa7d406ce%26Nav%3dINTERNATIONAL-ANALYTICAL%26navQualifier%3dI1dec440a08911e28578f7ccc38dcbee%26listQualifier%3dI1dec440a08911e28578f7ccc38dcbee%26fragmentIdentifier%3dI7831C4F0E56611E499B7D03BDC6E0161%26parentRank%3d0%26startIndex%3d1%26contextData%3d%2528sc.Search%2529%26transitionType%3dSearchItem&list=INTERNATIONAL-ANALYTICAL&rank=3&originationContext=docHeader&contextData=\(sc.DocLink\)&transitionType=Document&needToInjectTerms=False&docSource=cf3fe84480664aaabac7eb5b1246253c&firstPage=true](https://intl.westlaw.com/Document/I7831C4F0E56611E499B7D03BDC6E0161/View/FullText.html?listSource=Search&navigationPath=Search%2fv1%2fresults%2fnavigation%2fi0ad604ac000001804ab40ca843093ae2%3fpccid%3dd12fc3b352854b7c842f505fa7d406ce%26Nav%3dINTERNATIONAL-ANALYTICAL%26navQualifier%3dI1dec440a08911e28578f7ccc38dcbee%26listQualifier%3dI1dec440a08911e28578f7ccc38dcbee%26fragmentIdentifier%3dI7831C4F0E56611E499B7D03BDC6E0161%26parentRank%3d0%26startIndex%3d1%26contextData%3d%2528sc.Search%2529%26transitionType%3dSearchItem&list=INTERNATIONAL-ANALYTICAL&rank=3&originationContext=docHeader&contextData=(sc.DocLink)&transitionType=Document&needToInjectTerms=False&docSource=cf3fe84480664aaabac7eb5b1246253c&firstPage=true) (26.04.2022).

Veel on olulise kriitikana välja toodud seda, et kõigis sellistes tulevikuvaadetes põhinevates maksevõimelisuse testides sisaldub alati koostaja isiklik hinnang ja seega on küsitav, kas testi sisu ja tulemuste hindamise eest peaks vastutama juhtorgani liikmed, osanikud ja aktsionärid, audiitorid või lõppastmes hoopis kohtunikud.¹¹⁸ Maksevõimelisuse test paneb juhtorgani liikmed ebakindlasse olukorda, kus nad peavad ise otsustama enda tulevaste äriliste otsuste majandusliku mõju üle. Raske on seega eeldada juhtorgani liikmete erapooletust selle osas, kas praegused investeerimisotsused kannavad vilja järgmistel aastatel. Selline kohustuste jaotus maksevõime hindamisel tulevikuprognosi abil moonutab tõenäoliselt eelkõige investeerimisotsust ning eksitab osanikke/aktsionäre ja võlausaldajaid ettevõtte tegeliku majandusliku olukorra osas.¹¹⁹ Kui jätta bilansiline netovara test kõrvale ja võtta selle asemel kasutusele üksnes maksevõimelisuse test, võib tekkida olukord, kus juhatuse liikmed maalivad testi raames võlausaldajaile tuleviku ärikasumist ilusa pildi, mis ei vasta aga tegelikkusele ja millisel nihkub äriühingu tulevase äritegevuse risk osanikelt ja aktsionäridelt võlausaldajatele. Selline ühinguõiguse oluliste põhimõtete muutumine peaks olema taunitav.¹²⁰

Eeltoodust tulenevalt nähakse probleeme nii maksevõimelisuse testi ebamäärase sisu ja seega ka (subjektiivsusest tuleneva) ebakindla tulemuse ning testi tegemisega seonduva vastutuse jaotuse osas. Kaalukaks argumendiks on peetud veel seda, et kui riigis on kehtestatud sanktsioonid ebaseadusliku kasumijaotamise eest või väljamaksete tegemise keeld tuleneb juhatuse liikme kohustustest (nt lojaalsuskohustusest, mis nihkub maksejõuetuse lähenedes eemale osanike huvidest võlausaldajate huvide kasuks), siis ei ole ei bilansitesti ega maksevõimelisuse testi üldse vaja rakendada.¹²¹ Sarnaselt on Saksa õiguskirjanduses maksevõimelisuse testi puhul leitud, et seda ei ole vaja, kuna ettevõtte korralik juhtimine hõlmab nagunii vajaduspõhist maksevõime prognoosi.¹²² Eelviimase argumendiga töö autor ei

¹¹⁸ W. Schön (2006), lk 186.

¹¹⁹ *Ibidem*, lk 195.

¹²⁰ *Ibidem*, lk 188.

¹²¹ J. Rickford, lk 178.

¹²² A. Haaker. The Future of European Creditor Protection and Capital Maintenance from a German Perspective. – German Law Journal 13, 2012, lk 653. Kättesaadav veebis:

<https://intl.westlaw.com/Document/Icc919c58b1ca11e18b05fdf15589d8e8/View/FullText.html?listSource=Search&navigationPath=Search%2fv1%2fresults%2fnavigation%2fi0ad604ac000001804ab40ca843093ae2%3fppcid%3dd12fc3b352854b7c842f505fa7d406ce%26Nav%3dINTERNATIONAL-ANALYTICAL%26navQualifier%3dI1dec440a08911e28578f7ccc38dcbec%26listQualifier%3dI1dec440a08911e28578f7ccc38dcbec%26fragmentIdentifier%3dIcc919c58b1ca11e18b05fdf15589d8e8%26parentRank%3d0%26startIndex%3d1%26contextData%3d%2528sc.Search%2529%26transitionType%3dSearchItem&list=INTE>

nõustu, kui võrd autori hinnangul kannab konkretiseeritud väljamakse tegemise regulatsioon preventatiivset huvi ja toimib kõige paremini koostoimes vastavate vastutuskooresseisudega, mistõttu ei tuleks mõõdupuuks seada üksnes juhatuse liikme hooldsuskohustust. Samas ei tähenda see, et lisaks erikoosseisudele ei saaks juhatuse liiget võtta vastutusele ebaseaduslike väljamaksete tegemise eest ka üldalusel ehk hooldsuskohustuse rikkumise tõttu (nt Eestis osaihingu puhul ÄS § 187 lõike 2 alusel ja aktsiaseltsi puhul ÄS § 315 lõike 2 alusel, vt töö alapeatükk 2.4.1).

2.2.2. Saksamaa

Uus InsO § 15b lõikes 1 sisalduv regulatsioon võtab kokku varem Saksa ühinguõiguslikes seadustes sisaldunud regulatsioonid väljamaksete tegemise keeldude kohta olemasoleva maksejõuetuse korral. Uus regulatsioon puudutab juriidilisi isikuid, kelle suhtes on § 15a lõike 1 lause järgi juhtorgani liikmetel kohustus esitada pankrotiavaldus.¹²³ Seega on Saksamaal käesoleval ajal kasutusel n-ö ühtne maksevõimelisuse test, mille tulemust arvesse võttes peaksid juhtorgani liikmed olema võimelised otsustama nii maksete tegemise (sh dividendide ja muude väljamaksete) lubatavuse kui ka pankrotiavalduse esitamise. Sellise testi sisu kohta vt lähemalt töö alapeatükk 1.2.2.

Varasemalt eristati Saksamaal n-ö pankrotiõiguslikku ja ühinguõiguslikku maksevõimelisuse testi.¹²⁴ Üldine maksevõime tagamise põhimõte sisaldub endiselt Saksa äriseadustiku¹²⁵ (saksa keeles *Handelsgerichtsbuch*, lühendatult HGB) §-s 252, mis räägib majandusaasta aruandes varade ja kohustuste hindamisest. Hindamine peab põhinema *going concern* ehk tegevuse jätkuvuse põhimõttel, välja arvatud juhul, kui see on vastuolus tegelike või juriidiliste asjaoludega. Põhimõte jätab lahtiseks nii faktilised või õiguslikud asjaolud, mis õigustavad tegevuse jätkuvuse põhimõttest kõrvalekaldumist, kui ka ajavahemiku, mille jooksul ettevõtte

RNATIONAL-

ANALYTICAL&rank=6&originationContext=docHeader&contextData=(sc.Search)&transitionType=Document
&needToInjectTerms=False&docSource=afed5c908a2440769da71aea9baa8791 (26.04.2022).

¹²³ Wolfer. InsOK § 19, Rn. 57-60.

¹²⁴ R. Mader. A. Seitz. Unternehmensfortführung („Going concern“) – Prämisse, Prinzip oder Prognose? – Deutsches Steuerrecht 2018, 1933. Kättesaadav veebis:

<https://beck-online-beck->

[de.ezproxy.utlib.ut.ee/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fdstr%2F2018%2Fcont%2Fdstr.2018.1933.1.htm&pos=1&hlwords=on](https://beck-online-beck-de.ezproxy.utlib.ut.ee/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fdstr%2F2018%2Fcont%2Fdstr.2018.1933.1.htm&pos=1&hlwords=on) (26.04.2022).

¹²⁵ Handelsgesetzbuch. Kättesaadav veebis: <https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/BJNR002190897.html> (26.04.2022).

peab hindama, kas suudab tegevust jätkata. Ühe arvamuse kohaselt peab periood hõlmama järgmist bilansipäeva; teise arvamuse järgi piisab, kui võtta aluseks järgmised paar kuud, mille kohta saab piisava kindlusega ettevõtte arengut vaadelda.¹²⁶

Väljamaksete tegemist reguleeris varasemalt Eesti osäühinguga sarnaneva GmbH puhul GmbHG¹²⁷ § 64, mille kolmanda lause kohaselt pidid juhtorgani liikmed kontrollima, kas väljamakse tulemuseks oleks GmbH maksejõuetus (maksevõimelisuse test). Sellisel juhul ei olnud väljamakse tegemine lubatud. Osanike koosoleku otsused väljamakse tegemise kohta sealjuures tähtsust ei omanud (GmbHG § 64 neljas lause koostoimes § 43 kolmanda lausega). GmbHG-s sisalduv maksejõuetuseni viivate maksete tegemise keeld kehtis kapitali säilitamise reeglitest sõltumatult. Olenevalt konkreetsest juhtumist leiti, et vastav prognoosiperiood peaks olema umbes aasta, sest pikema perioodi kohta pole niikuinii võimalik usaldusväärset ülekaaluka tõenäosuse prognoosi teha.¹²⁸ Keelatud oli teha ka väljamakseid, mis ei pruugi küll mõjutada omakapitali, kuid viivad ettevõtte maksejõuetuseni.¹²⁹

Eesti aktsiaseltsile sarnaneva AG kohta käiva AktG¹³⁰ § 91 lõike 2 kohaselt peab juhatus rakendama sobivaid meetmeid, eelkõige looma seiresüsteemi, et ettevõtte jätkumist ohustavad arengud oleks varakult tuvastatavad. Varem kehtinud AktG § 92 lõikes 2 sisaldus väljamaksete keeld. Seaduse kommentaaris on selgitatud, et juhtkond peab prognoosi osana koostama finants- ja tuluplaani – tegevuse jätkumise prognoosi tulevikku vaatava osa. Tuleviku finantsplaan väljamaksete tegemiseks peaks näitama kavandatavaid tulusid ja kulusid rahavoogude aruande loetelu tähenduses. Audiitor peab tutvuma juhatuse liikmete tulevikuplaaniga ja kavandatud meetmete tegeliku elluviimise kavatsusega, ning laskma juhatuse liikmetel need kirjalikult kinnitada. Finants- ega tuluplaani koostamine ei ole aga vajalik, kui on juba olemas üksikud eraldiseisvad plaanid, mis on ettevõtte maksevõimet

¹²⁶ Ballwieser. Münchener Kommentar zum HGB. 4. Aufl. 2020. C.H.Beck. HGB § 252, Rn. 10.

¹²⁷ Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Kättesaadav veebis: <https://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/> (26.04.2022).

¹²⁸ F. Oppenländer jt, Rn. 100.

¹²⁹ S. Greulich. J. Bunnemann. Geschäftsführerhaftung für zur Zahlungsunfähigkeit führende Zahlungen an die Gesellschafter nach § 64 II 3 GmbHG-RefE - Solvenztest im deutschen Recht? – Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2006, 681. Kättesaadav veebis:

<https://beck-online-beck-de.ezp.nlib.ee/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Ffnzg%2F2006%2Fcont%2Ffnzg.2006.681.1.htm&pos=5&hwords=on> (26.04.2022).

¹³⁰ Aktiengesetz. Kättesaadav veebis: <https://www.gesetze-im-internet.de/aktg/> (26.04.2022).

tulevikus kahjustavate sündmuste osas määravad. Ajalise raami osas nõutakse tavaliselt prognoosiperioodi jooksvast majandusaastast kuni järgmise majandusaasta lõpuni, välja arvatud pikema tootmistsükliga ettevõtete puhul. Üksikjuhtumite puhul on määravaks majanduslikult juhitav ehk ettenähtav periood.¹³¹ Võib eeldada, et GmbHG-st ja AktG-st varem tulenenud põhimõtted kehtivad GmbH-de ja AG-de kohta Saksamaal ka praegusel ajal olenemata sellest, et väljamaksete tegemise regulatsioon (ja iseeneslikult seega ka testitegemise kohustus) on enamjaolt viidud pankrotiseaduse alla.

Ka Saksa õiguskirjanduses on välja toodud, et prognoosi üks põhiprobleeme on tõenäosusel põhineva hinnangu subjektiivsus ja selle aluseks olev riskihoiak. Jätkuvuse prognoosi kohaselt peab äritegevuse jätkamine või mittejätkamine olema suure tõenäosusega kindel. See viitab aga objektiivsele tõenäosusele, millesse tuleks suhtuda skeptiliselt, kuna seda ei saa ettevõtte ja majanduse arengu keerukust arvestades kindlaks määrata isegi lühikese aja jooksul. Samuti on leitud, et kuna prognoos peab toetuma faktidele ja viidetele, ent on oma olemuselt subjektiivne hinnang ning *status quo* hindamisel võib esineda ebatäpsusi ja erinevaid tõlgendusvõimalusi, siis ei tohiks prognoosile kohalduda ärilise kaalutluse reegel. Prognoosile ei tohiks kohalduda ärilise kaalutluse reegel ka seetõttu, et pankrotiavalduse esitamine negatiivsele tulevikuprognoosile tuginedes on juhatuse liikme konkreetne kohustus, mitte kaalutusõigus.¹³²

Prognoosi kriitikana on välja toodud veel see, et paljud ettevõtted kalduvad kavandama pigem enda strateegilisi eesmärke, mitte realistlikke tulevikustsenaariume. Väikeste ja keskmise suurusega ettevõtete puhul ei koosta juhtkond sageli eelarvet, vaid omab vaid üldisi ettekujutusi ettevõtte edasiste arengute kohta.¹³³ Samuti on leitud, et juhtorgani liige, keda ähvardab isiklik vastutus liiga suures ulatuses kasumi jaotamise eest, loob enda vastutuse välistamiseks n-ö puhvri ja sellise maksevõimelisuse testi tulemusena ei jaota kogu vara, mida oleks reaalselt võimalik osanike või aktsionäride vahel jaotada. Sellisel juhul ei pruugi maksevõimelisuse test täita eesmärki võimaldada jaotada kogu äritegevuseks mittevajalik vara. Maksevõime hindamisel tuleks seega lähtuda peaaesjalikult bilansitestist, milliselt pöördub maksejõuetuse põhistamise tõendamiskoormis isikule, kes soovib väita, et tulevikuprognoos on ebatäpne või valesti koostatud.¹³⁴

¹³¹ Spindler. Münchener Kommentar zum Aktiengesetz. 5. Aufl. 2019. AktG § 92, Rn. 72-73. C.H.Beck.

¹³² *Ibidem*, Rn. 74-76.

¹³³ R. Mader. A. Seitz. DStr 2018, 1933.

¹³⁴ C. Teichmann. Reform des Gläubigerschutzes im Kapitalgesellschaftsrecht. – Neue Juristische Wochenschrift 2006, 2444. Kättesaadav veebis:

2.2.3. Holland

Enne 1. oktoobrit 2012 oli võimalik Eesti osaühingule sarnanevast Hollandi BV-st (*besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*) välja jagada ainult see kasum, mis ilmes viimasest BV majandusaasta aruandest. Lisaks sai väljamakseid teha ainult niivõrd, kui võrd BV omakapital ületas põhikirja või seaduse alusel hoitavaid kohustuslikke reserve. Alates 1. oktoobrist 2012 jõustunud BV seaduste paindlikumaks muutmisega muutusid oluliselt BV seaduste sätted jaotamise kohta. Muudatused tõid muuhulgas kaasa minimaalse omakapitali säilitamise nõude kaotamise ning juhatuse liikmete vastutusele kohalduvate sätete märkimise seaduses. BV minimaalne omakapital ei ole enam väljamaksete tegemise aluseks. Sellegipoolest saab üldkoosolek otsustada väljamakse tegemise ainult niivõrd, kui võrd BV omakapital ületab seaduse ja/või põhikirja alusel säilitatavaid reserve. BV omakapitali ja reservide suuruse määramisel ei ole BV seotud viimase majandusaasta aruandega.¹³⁵

Otsustavaks teguriks on BV tegelik finantsseis jaotamise (makse) tegemise hetkel. Prognoosi koostamise eest vastutavad juhtorgani liikmed.¹³⁶ Soovitav on vastav hinnang seega nõuetekohaselt dokumenteerida. BV juhatus võib keelduda kavandatava jaotuse kinnitamisest vaid juhul, kui ta teab või peaks mõistlikult teadma, et BV ei saa pärast kavandatava jaotuse tegemist oma tasumisele kuuluvaid ja tasumisele kuuluvaid (lühiajalisi) võlgnevusi tasuda. Juhatus võib oma äranägemise järgi määrata, millistele dokumentidele tema hinnang tugineb. Jaotamise test tähendab, et juhatus peab hindama BV likviidsust, tuleviku maksevõimet ja kasumlikkust kavandatava jaotuse valguses, võttes arvesse kõiki asjakohaseid asjaolusid. Enamasti piisab, kui prognoosiperioodiks on aasta.¹³⁷

<https://beck-online-beck->

[de.ezproxy.utlib.ut.ee/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fnjw%2F2006%2Fcont%2Fnjw.2006.2444.1.htm&pos=4&hlwords=on](https://beck-online-beck-de.ezproxy.utlib.ut.ee/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fnjw%2F2006%2Fcont%2Fnjw.2006.2444.1.htm&pos=4&hlwords=on) (26.04.2022).

¹³⁵ Distributions of profits out of a Dutch BV. Norton Rose Fulbright 2015. Kättesaadav veebis: <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/1deb38ae/distributions-of-profits-out-of-a-dutch-bv> (26.04.2022).

¹³⁶ H. Boschma. L. Lennarts. H. Schutte-Veenstra. The reform of Dutch private company law: new rules for the protection of creditors – European Business Organization Law Review 8(4). Cambridge University Press 2007, lk 603. Kättesaadav veebis:

[https://intl.westlaw.com/Document/I3FE17050721A11E093D2C583C139DB77/View/FullText.html?originationContext=docHeader&contextData=\(sc.Search\)&transitionType=Document&needToInjectTerms=False&docSource=eafd730de0db40f69ab436fcd1457e33](https://intl.westlaw.com/Document/I3FE17050721A11E093D2C583C139DB77/View/FullText.html?originationContext=docHeader&contextData=(sc.Search)&transitionType=Document&needToInjectTerms=False&docSource=eafd730de0db40f69ab436fcd1457e33) (26.04.2022).

¹³⁷ Distributions of profits out of a Dutch BV. Norton Rose Fulbright 2015.

2.2.4. Ühendkuningriik

Ka Ühendkuningriigis peab väljamaksete tegemise otsust toetama juhtorgani liikmete maksevõime aruanne. Selline maksevõime aruanne on kinnitus selle kohta, et ettevõtte iga juhtorgani liige on kujundanud seisukoha, et aruande esitamise kuupäeval ei ole alust eeldada, et äriühing ei suuda oma võlgasid tasuda ja et kui (i) aruanne on ette nähtud äriühingu likvideerimise alustamiseks kaheteistkümne kuu jooksul on äriühing võimeline oma võlad täies ulatuses tasuma; või (ii) mis tahes muul juhul suudab äriühing tasuda oma võlad nende maksetähtajal kohe aruande kuupäevale järgneva aasta jooksul.¹³⁸ Prognoosiperiood, mille jooksul ettevõtte maksevõimet hinnata, peaks olema mõistlik lähitulevik. Lõplik periood sõltub kõigist asjaoludest, eriti konkreetse ettevõtte äritegevuse eripäradest. Test peaks olema paindlik.¹³⁹

Rahavoo testi ja bilansitesti kasutatakse samaaegselt. Bilansitest, eriti kui seda kohaldatakse tingimuslike ja tulevaste kohustuste suhtes, ei ole mehaaniline test. Kui kohus peab mõistlikust lähitulevikust kaugemale minema, muutub igasugune rahavoo test täiesti spekulatiivseks ning bilansitesti rakendamine on seega ainus mõistlik võimalus. Kohus peab otsustama, kas on tuvastatud, et ettevõtte varasid vaadates ning ettevõtte tulevasi ja tingimuslikke kohustusi

¹³⁸ J. M. Braga de Cruz. The case to reform the EU capital maintenance rules: where do we stand now? – RDS IV (2012), 4, lk 906. Kättesaadav veebis: [http://www.revistadedireitodassociedades.pt/files/RDS%202012-4%20\(899-934\)%20-%20Doutrina%20-%20Jos%C3%A9%20Maria%20Braga%20da%20Cruz%20-%20The%20case%20to%20reform%20the%20EU%20capital%20maintenance%20rules%20where%20do%20we%20stand%20now.pdf](http://www.revistadedireitodassociedades.pt/files/RDS%202012-4%20(899-934)%20-%20Doutrina%20-%20Jos%C3%A9%20Maria%20Braga%20da%20Cruz%20-%20The%20case%20to%20reform%20the%20EU%20capital%20maintenance%20rules%20where%20do%20we%20stand%20now.pdf) (26.04.2022).

¹³⁹ United Kingdom: corporate insolvency - tests of insolvency. – Journal of International Banking Law and Regulation, lk 83-85. Shearman & Sterling 2014. Kättesaadav veebis: [https://intl.westlaw.com/Document/IB3CC5710081B11E4AFDD89EE4AD02FE7/View/FullText.html?listSource=Search&navigationPath=Search%2fv1%2fresults%2fnavigation%2fi0ad604ac00001804af904dc43096227%3fpccid%3d4f8031c9af2144e88ed9d406f85145a9%26Nav%3dINTERNATIONAL-ANALYTICAL%26navQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26listQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26fragmentIdentifier%3dIB3CC5710081B11E4AFDD89EE4AD02FE7%26parentRank%3d0%26startIndex%3d21%26contextData%3d%2528sc.Search%2529%26transitionType%3dSearchItem&list=INTERNATIONAL-ANALYTICAL&rank=37&listPageSource=31f37607105b301474a3370ed88d8b77&originationContext=docHeader&contextData=\(sc.Search\)&transitionType=Document&needToInjectTerms=False&docSource=316fffee60c94e00831a80989a848813](https://intl.westlaw.com/Document/IB3CC5710081B11E4AFDD89EE4AD02FE7/View/FullText.html?listSource=Search&navigationPath=Search%2fv1%2fresults%2fnavigation%2fi0ad604ac00001804af904dc43096227%3fpccid%3d4f8031c9af2144e88ed9d406f85145a9%26Nav%3dINTERNATIONAL-ANALYTICAL%26navQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26listQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26fragmentIdentifier%3dIB3CC5710081B11E4AFDD89EE4AD02FE7%26parentRank%3d0%26startIndex%3d21%26contextData%3d%2528sc.Search%2529%26transitionType%3dSearchItem&list=INTERNATIONAL-ANALYTICAL&rank=37&listPageSource=31f37607105b301474a3370ed88d8b77&originationContext=docHeader&contextData=(sc.Search)&transitionType=Document&needToInjectTerms=False&docSource=316fffee60c94e00831a80989a848813) (26.04.2022).

nõuetekohaselt arvesse võttes ei saa temalt nende kohustuste täitmist mõistlikult eeldada. Kui jah, siis loetakse ettevõtte maksejõuetuks.¹⁴⁰

2.2.5. Ameerika Ühendriigid

Ameerika Ühendriikide suund on olnud lahutada dividendide maksmine konkreetsetest arvutustest ja majanduslikest näitajatest ning siduda väljamaksete tegemine ettevõtte maksevõimega ja avalikustamiskohustusega. Isegi need Ameerika Ühendriikide osariigid, mille õiguse kohaselt määratakse väljamaksete tegemise kindlaks varade ja kohustuste vahelise suhte alusel (ehk bilansitesti abil), kasutatavad palju paindlikumaid reegleid, kuna sealsetes õiguskordades puudub miinimumkapitali tagatis. Seega on USA-s tavaliselt kasutusel maksevõimelisuse test. Kui testi tegemise kohustust ei järgita, võib kaasneda juhtorgani liikmete vastutus. Lisaks kohaldatakse ebaseaduslike maksete kohta käivat õigust (inglise keeles *fraudulent transfer law*).¹⁴¹

USA-s võeti maksevõime testil põhinev kaitsesüsteem esmakordselt kasutusele 1984. aasta äriõiguse mudelseadusega¹⁴² (inglise keeles *Model Business Corporation Act*, lühendatult MBCA).¹⁴³ MBCA § 6.40 lõike c punkt 1 sisaldab endas maksevõimelisuse testi ja sätestab, et väljamakseid ei tohi teha, kui selle tagajärjel ei suuda ettevõtte ei suuda oma võlgasid tavapärasel ajal tasuda. Sama sätte punkt 2 sisaldab endas alternatiivselt bilansitesti ning sätestab, et väljamaksete tegemine on keelatud, kui ettevõtte varade kogumaht on väiksem kui selle kohustuste kogusumma. Ettevõtte juhid võivad anda garantii maksejõulisuse kohta kohe, kui audiitorid leiavad, et ettevõtte on suuteline tegevust jätkama. Prognoosis tuleb kajastada võlgniku varade likviidsust, vara teenimispotentsiaali ja kohustuse tasumise aega.¹⁴⁴ MBCA näeb ette "objektiivse testi, mis ei sõltu konkreetse isiku mõistlikust veendumusest". Tuues analoogia kontrolliga, kas juhtorgani liige on tegutsenud nõuetekohase hoolsuse ja oskustega,

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ L. Panetsos. Accounting Standards and Legal Capital in EU Law. – *Utrecht Law Review* 2016, Vol. 12, No. 1, lk 150. Kättesaadav veebis: <https://www.utrechtlawreview.org/articles/abstract/10.18352/ulr.322/> (26.04.2022).

¹⁴² Model Business Corporation Act (2016 Revision) (December 9, 2016) Kättesaadav veebis: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corplaws/2016_mbca.authcheckdam.pdf (26.04.2022).

¹⁴³ M. Preisser. Solvenztest oder Bilanztest. Das vorzugswürdige Kapitalerhaltungssystem der Europäischen Privatgesellschaft. Kättesaadav veebis: <https://www.grin.com/document/121831> (26.04.2022).

¹⁴⁴ *Ibidem*.

on leitud, et maksevõimelisuse test on puhtalt objektiivne, kuna see ei hõlma nn hoolsuse testis sõnaselgelt sisalduvaid subjektiivseid tegureid, nt hoolsust, oskuseid ja töökust.¹⁴⁵

2.2.6. Kanada

Kanadas on otsus dividendide jaotamise kohta on juhatuse pädevuses. Dividendi väljakuulutamiseks peavad olema täidetud mõlemad järgmised kriteeriumid: (a) ei tohi olla põhjendatud alust arvata, et pärast dividendi väljamaksmist ei ole ettevõtte võimeline oma kohustusi õigeaegselt tasuma (maksevõimelisuse test) ning b) ei tohi olla põhjendatud alust arvata, et ettevõtte varade realiseerimisväärtus oleks seega väiksem kui tema kohustuste kogusumma" (bilansitest).¹⁴⁶

2.2.7. Uus-Meremaa

Uus-Meremaal rõhutati võlausaldajate jaoks vajalikku kaitset ühingust väljamaksete tegemisel esimest korda juba 1882. aastal nn Flitcrofti kaasuses¹⁴⁷. Asjas leiti, et kuna võlausaldaja annab ühingule krediiti, mille arvelt ühingu kapital suureneb, ja teeb seda heas usus, et seda kapitali kasutatakse ainult äritegevuse eesmärgil, on sellisel võlausaldajal ka õigus öelda, et ettevõtte peaks selle kapitali säilitama ja mitte tagastama seda osanikele.

Õiguspäraseks kasumijaotamiseks peab juhatuse sarnaselt Kanada õigusele teostama kahekordse kumulatiivse testi: äriühing peab olema suuteline tasuma oma võlgnevusi õigeaegselt (maksevõimelisuse test) ja ettevõtte vara väärtus peab ületama tema kohustuste väärtust (bilansi test), sh tingimuslikud kohustused. Dividendi maksmise otsustanud juhatuse liikmed peavad allkirjastama sellekohase tõendi (maksevõime tõendi), mis peab olema põhjendatud. Juhtorgani liikmed peavad viitama ettevõtte viimastele finantsaruannetele ja kõikidele muudele asjaoludele, millest nad teavad või peaksid teadma, mis mõjutavad või võivad mõjutada varade ja kohustuste väärtust. Arvesse tuleb võtta ka tingimuslike kohustustega ja tingimuse saabumise tõenäosusega, samuti meetmetega, mis kohustust tekitava tingimuse saabumise ära hoiaks.¹⁴⁸ Kasumijaotamise poolt hääletanud juhatuse liikmed peavad allkirjastama tõendi, mis kinnitab, et nende arvates läbib ettevõtte pärast kasumijaotamist maksevõime testi; selline arvamus peab

¹⁴⁵ R. S. Bradstreet, lk 121-149.

¹⁴⁶ P. Santella, lk 427-461.

¹⁴⁷ Re Exchange Banking Company (1882) 21 Ch D 519.

¹⁴⁸ P. Santella, lk 427-461.

olema tõendis põhjendatud. Sellise regulatsiooni eesmärk on parandada äriühingute juhtimise eest vastutavate isikute vastutust.¹⁴⁹

2.3. Ühinguõigusliku testi rakendusvõimalused ja -viisid

Kuna bilansitesti, mille käigus hinnatakse, kas ühingu netovara (bilansi aktiva üldsumma miinus passivas näidatud kohustuste üldsumma) on vähemalt kui pool osa- või aktsiakapitalist, kohustuslikkus aktsiaseltsidele tuleneb Euroopa Liidu õigusest, siis ei ole võimalik sellest loobuda.¹⁵⁰ Seetõttu tuleks analüüsida maksevõimelisuse testi kasutuselevõttu lisaeeldusena lisaks bilansilisele netovara testile. Ka õiguskirjanduses on eelkõige väljendatud seisukohta, et väljamaksete tegemise otsustamiseks ei tohiks kasutada üksnes maksevõimelisuse testi, vaid see tuleks kombineerida bilansitestiga, et olla kindel, et olemasolevast varast suudetakse pikaajalised kohustused täita.¹⁵¹

Kui kaaluda kasumijaotamisel maksevõimelisuse testi kohustuslikuks tegemist Eestis, siis tuleks sarnaselt pankrotiõiguslikule testile hinnata, kas testi kohustuslikuks tegemine võlausaldajate huvisid silmas pidades kaalub üles äriühingust võlgniku huvid. Selline test võiks autori arvates olla testi kohustuslikkuse korral võimalikult universaalne, s.t kasutatav üheaegselt nii pankrotiavalduse esitamise otsustamiseks kui ka kasumi jaotamise ja muude maksete peatamiseks, nagu Saksamaal.

¹⁴⁹ M. Keating. Payment and Cancellation of Dividends: When Two Worlds Collide. – New Zealand Universities Law Review 2010. Kättesaadav veebis:

[https://intl.westlaw.com/Document/I095d0c6ae65711df9b8c850332338889/View/FullText.html?listSource=Search&navigationPath=Search%2fv1%2fresults%2fnavigation%2fi0ad604ac000001804ab40ca843093ae2%3fppcid%3dd12fc3b352854b7c842f505fa7d406ce%26Nav%3dINTERNATIONAL-ANALYTICAL%26navQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26listQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26fragmentIdentifier%3dI095d0c6ae65711df9b8c850332338889%26parentRank%3d0%26startIndex%3d1%26contextData%3d%2528sc.Search%2529%26transitionType%3dSearchItem&list=INTERNATIONAL-ANALYTICAL&rank=4&listPageSource=47f2e5bcf6ff35c0ddc655df5815d2e0&originationContext=docHeader&contextData=\(sc.Search\)&transitionType=Document&needToInjectTerms=False&docSource=3875f3a2e00943ee9eeaf1a016ba330a](https://intl.westlaw.com/Document/I095d0c6ae65711df9b8c850332338889/View/FullText.html?listSource=Search&navigationPath=Search%2fv1%2fresults%2fnavigation%2fi0ad604ac000001804ab40ca843093ae2%3fppcid%3dd12fc3b352854b7c842f505fa7d406ce%26Nav%3dINTERNATIONAL-ANALYTICAL%26navQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26listQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26fragmentIdentifier%3dI095d0c6ae65711df9b8c850332338889%26parentRank%3d0%26startIndex%3d1%26contextData%3d%2528sc.Search%2529%26transitionType%3dSearchItem&list=INTERNATIONAL-ANALYTICAL&rank=4&listPageSource=47f2e5bcf6ff35c0ddc655df5815d2e0&originationContext=docHeader&contextData=(sc.Search)&transitionType=Document&needToInjectTerms=False&docSource=3875f3a2e00943ee9eeaf1a016ba330a) (26.04.2022).

¹⁵⁰ M. Käerdi jt, lk 37.

¹⁵¹ Vt nt W. Schön (2006), lk 193.

Õiguskirjanduses on leitud, et üks võimalus võlausaldajate kaitse parandamiseks oleks nõuda äriühingutelt testi korrapärasest avaldamist.¹⁵² Ühinguõiguse revisjoni käigus on aga leitud, et maksevõimelisuse testi kohustuslik avalikustamine lisab ühingutele halduskoormust. Testi avalikustamine ei muudaks ka mingilgi viisil juhatuse kohustusi ega vastutust, kuna vastutus õigeaegse pankrotiavalduse esitamise eest järgneb tulenevalt kahju tekkimisest, millel ei ole aga vähimatki seost testi avalikustamisega.¹⁵³ Samuti on märgitud, et kui miinimumkapitali reeglitele alternatiivne kord peaks ette nägema maksevõime testi, mis viiakse läbi enne dividendide maksmist või mis tahes muu vara jaotamist osanikele ja aktsionäridele, siis peaksid maksevõime testi tulemusi sisaldava ametliku maksevõime tõendi väljastamise eest vastutama juhtorgani liikmed.¹⁵⁴ Maksevõime tõendi avalikustamine lisab regulatsioonile teatud formaalsuse ning suurendab juhtorgani liikmete tsiviilvastutusele võtmise väljavaateid.¹⁵⁵

Autor nõustub ühinguõiguse revisjonis toodud argumendiga, et testi avalikustamine juhatuse kohustusi ega vastutust ei muudaks. Avalikustamise tagajärjel ei tohiks tekkida olukord, kus vastutus võlgniku kohustuse täitmatajätmise ees lasub kasvõi osaliselt võlausaldaja enda peal, kui ta jättis tehingu tegemise eelselt hindamata võlgniku tulevikuprognosi, mis oli ühingu poolt avalikustatud. Samuti ei aita prognoosi avalikustamine nn tahtmatuid võlausaldajaid (inglise keeles *involuntary creditors*), kelle nõue ei tulene tehingust ega tehingulaadsest suhtest. Samas annaks testi avalikustamine kindlasti parema kaitse potentsiaalsetele võlausaldajatele, kuivõrd ohumärke näitava tulevikuprognosi puhul on võlausaldajal võimalik tehingu tegemisest loobuda või võtta kasutusele täiendavad tsiviilõiguslikud meetmed tehingust vastusoorituse saamiseks, nt käenduse või garantii andmine, pandi (sh hüpoteegi) seadmine võlgniku asjale jne.

¹⁵² H. Merkt. *Creditor Protection Through Mandatory Disclosure*. – *European Business Organization Law Review*, Vol. 7 No. 1. Cambridge University Press 2006, lk 113. Kättesaadav veebis: <https://www-cambridge-org.ezproxy.utlib.ut.ee/core/journals/european-business-organization-law-review-ebor/article/creditor-protection-through-mandatory-disclosure/93CE16975D9DE60073BDC6EF9BF91A32> (26.04.2022).

¹⁵³ M. Käerdi jt, lk 37-38.

¹⁵⁴ P. O. Mülberr. *A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection, or: A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection*. – *European Business Organization Law Review*, Vol 7. No 1. Cambridge University Press 2006, lk 361. Kättesaadav veebis: <https://www-cambridge-org.ezproxy.utlib.ut.ee/core/services/aop-cambridge-core/content/view/6A123A75F47B10F9E9C663D3FE0A15AF/S1566752906003570a.pdf/a-synthetic-view-of-different-concepts-of-creditor-protection-or-a-high-level-framework-for-corporate-creditor-protection.pdf> (26.04.2022).

¹⁵⁵ J. Rickford, lk 176.

Küsitav on ka see, kus testitulemus tuleks avalikustada – kas äriregistris, ettevõtte kodulehel või kuskil mujal? Võrdluseks esitatakse majandusaasta aruanne äriregistrile (ÄS § 179 lõige 4, § 334 lõige 2). ÄS § 63 järgi ei ole äriühingul kohustust esitada registripidajale oma Interneti kodulehe aadressi. Kodulehel võib kehtiva seaduse järgi avalikustada osaühingu juhatuse koostatud ja osanike, nõukogu või audiitori esitatud otsuste eelnõud ja põhjendused (ÄS § 171² lõige 4). Erisusena on börsiaktiiaseltsil kohustus kodulehte pidada ja seal avalikustada näiteks üldkoosolekuga seonduv teave (ÄS § 294¹). Kuna äriregistris avaldatav majandusaasta aruanne on suunatud eelkõige (kuid mitte ainult) isikutele nn välissuhtes (nt võlausaldajad) ning kodulehel avalikustatakse teave pigem osanike ja aktsionäride tarbeks ehk nn sisesuhtes, siis tundub mõistlikum eelistada prognoosi avalikustamise jaoks äriregistrit. Küsitav on ka see, kas prognoosi avalikustamiskohustuse rikkumise eest tuleks ette näha vastutus juhatuse liikmetele ja/või äriühingule sarnaselt ÄS §-st 60 tulenevatele tagajärgedele ühingu majandusaasta aruande äriregistrile esitamise jätmise korral. Võrdlusriikidest on Uus-Meremaal kui ka Ühendkuningriigis ette nähtud kriminaalvastutus maksevõime tõendi põhjendamatult avalikustamata jätmise eest.¹⁵⁶

Siiski ei toeta töö autor äriühingutele tulevikuprognoosi tegemise kohustuse panemist ega koos sellega avalikustamiskohustuse seadmist, kuivõrd testitulemuse avalikustamisest tulenev kasu võlausaldajatele ei kaalu tõenäoliselt üle äriühingutele lisanduvat halduskoormust. Sarnasele arvamusele on jõutud ka Saksa õiguskirjanduses: maksevõimelisuse testi tegemine võib olla eelistatav võlausaldajate poolt, kuid väikeettevõtete jaoks tähendab see ebaproportsionaalset pingutust.¹⁵⁷ Hoolas võlausaldaja saab enne tehingu tegemist küsida tulevikuprognoosi vm tuleviku maksevõimega seonduvaid asjaolusid otse võlgnikult endalt.

2.4. Vastutus ebaseadusliku väljamakse põhjustamise eest

2.4.1. Juhtorgani liikme vastutus

Kehtiv ÄS § 158 lg 1 sätestab, et kui osaühingu osanikule on tehtud väljamakse, mida tal ei olnud õigust saada, peab ta alusetult saadu tagastama. Kui osanik väljamakset saades ei teadnud ega pidanudki teadma selle alusetusest, võib väljamakse tagastamist nõuda üksnes juhul, kui see on vajalik osaühingu võlausaldajate nõuete rahuldamiseks (ÄS § 158 lg 2). Väljamakse tagastamise eest vastutavad solidaarselt juhatuse liikmed, nõukogu liikmed ja väljamakse

¹⁵⁶ J. Rickford, lk 176.

¹⁵⁷ C. Teichmann, NJW 2006, 2444.

saanud osanik (ÄS § 158 lg 6) ning sellise kahju hüvitamise nõude esitajaks on osaühing.¹⁵⁸ Ebaseadusliku väljamakse korral ei ole välistatud juhatuse liikme vastutus ka ÄS § 187 lg 2 alusel.¹⁵⁹ Sarnane vastutuskooresseis aktsiaseltsi puhul sisaldub ÄS §-s 280. Euroopa Liidu tasandil reguleerib direktiivi 2017/1132 artikkel 57 ebaseaduslikult tehtud väljamaksete tagasinõudmist, sätestades, et kõik artikliga 56 vastuolus tehtud väljamaksed tuleb neid saanud aktsionäridel tagastada, kui äriühing tõendab, et need aktsionärid teadsid või pidid teadma, et selline väljamaksete tegemine oli lubamatu.

ÄS §-de 158 ja § 280 järgi on juhtorgani liikme vastutusel viis eeldust: kehtiv ametisuhe, kohustuse rikkumine, osaühingule kahju tekitamine, põhjuslik seos kohustuse rikkumise ja tekkinud kahju vahel ning vastutus kohustuse rikkumise eest.¹⁶⁰ Osaühingu juhatuse kohustuse rikkumine seisneb eelkõige osanikule väljamakse tegemises, mida osanikul ei olnud õigust saada (ÄS § 158 lg 1).¹⁶¹ Aktsiaseltsi puhul on Riigikohus selgitanud, et ebaseadusliku ja seega keelatud väljamaksena saab käsitada igasugust olukorda, mille majanduslik tulemus on osanikule osaühingust väljamakse tegemine õigusliku aluseta.¹⁶² Õiguskirjanduses on selgitatud, et sama põhimõtte kehtib analoogia korras osaühingu puhul.¹⁶³ Äriühingule kahju tekitamine saab seisneda osanikule või aktsionärile tehtud ebaseaduslikus väljamakses, mida äriühingul ei õnnestu väljamakse saanud osanikelt või aktsionäridelt tagasi saada, samuti ebaseadusliku väljamakse tegemise ja tagasinõudmisega seotud kuludes.¹⁶⁴

Õiguskirjanduses on avaldatud seisukohta, et kui võtta kasutusele maksevõimelisuse test väljamaksete tegemise lubatavuse hindamiseks, tuleks vastavalt üle vaadata ka juhtorgani liikme vastutus väljamaksete tegemise eest.¹⁶⁵ Maksevõimelisuse testi kasutuselevõtul Eestis mõjutaks maksevõimelisuse test juhtorgani liikme vastutust autori arvates eelkõige kohustuse rikkumise tasandil. Kui äriühingul on maksevõimelisuse testi näol olemas positiivne tulevikuprognosis, s.t prognoos, mille kohaselt jätkuks äriühingul vara, millest täita kohustusi pärast väljamaksete tegemist, siis oleks juhtorgani liikmel võimalik testi abil tõendada, et õiguslik alus väljamaksete tegemiseks oli olemas. Selline käsitlus eeldab loomulikult seda, et

¹⁵⁸ K. Saare jt, änr 813.

¹⁵⁹ *Ibidem*, änr 809.

¹⁶⁰ *Ibidem*, änr 810-812.

¹⁶¹ *Ibidem*, änr 811.

¹⁶² RKTko 3-2-1-40-13, p 28.

¹⁶³ K. Saare jt, änr 811.

¹⁶⁴ *Ibidem*, änr 812 ja 1759.

¹⁶⁵ Vt nt J. Arminger, lk 5.

maksevõimelisuse testile omistatakse õiguskorras suur tähtsus, mis eeldab omakorda seda, et testi koostamisele ja sisule on seatud konkreetsed reeglid, mida äriühingutel on võimalik järgida.

SUPi direktiivi eelnõu artikli 18 lõike 5 kohaselt vastutab SUPi juhatuse liige isiklikult väljamakse tegemise soovitamise või korralduse andmise eest, kui ta teadis või asjaolusid arvestades pidi teadma, et väljamakse tegemine oleks vastuolus artikli 18 lõikega 2 või 3. Õiguskirjanduses on selgitatud, et selline vastutus oleks SUPi juhatuse liikmel siis, kui ta teadis, et bilansitesti ja maksevõimelisuse testi tulemusel väljamakset teha ei tohiks. Seega lasub juhatuse liikmel väga suur risk. Sel põhjusel on SUPi direktiivi eelnõud ka kritiseeritud, kuivõrd on küsitav, milline juhatuse liige oleks valmis sellise „heidutava“ vastutuse jaotuse puhul maksevõimet kinnitavale tõendile alla kirjutama.¹⁶⁶ Veel on leitud, et juhatuse liikme vastutus sõltuks praktikas sõltuks paljuski sellest, mil määral on kohtud valmis andma juhatuse liikmele tegevusruumi või isegi täielikku ettevõtlusvabadust kaalutusõiguse osas maksevõime prognoosimisel. Arusaamine sellest on Euroopas üsna erinev. Selline ebamäärane vastutuse jaotus võib olla tulevase SUPi juhatuse liikme jaoks märkimisväärseks ebakindlusteguriks.¹⁶⁷

a) Saksamaa

Nagu eelnevalt selgitatud, siis ebaseaduslik kasumijaotamine on hõlmatud 2021. aastast kehtima hakanud üldise Saksa pankrotiseaduses sisalduva maksekeeluga (vt lähemalt töö alapeatükk 1.4.2). Varem kehtinud GmbHG § 64 kontekstis on selgitatud, et GmbH juhtorgani liige on kohustatud ebaseadusliku makse hüvitama. Lisaks osanike vastu suunatud nõudele ühingu vara hävitamise eest tagab see, et GmbH-le jääb alles ellujäämiseks vajalik vara ning luuakse lisavõimendus, et juhtorgani liikmed saaksid olla vastu osaniku dividendinõudele, mille täitmine võib hiljem tuua kaasa GmbH majanduskrahi. Keelatud on mitte ainult need maksed, mis viivitamatult ja ühepõhjuslikult viivad maksejõuetuseni, vaid ka sellised maksed, mille puhul objektiivne vaatleja pidi jõudma järeldusele, et maksejõuetuse saabumine on enam kui tõenäoline hilisemal ajahetkel.¹⁶⁸

¹⁶⁶ P.-H. Conac, lk 169.

¹⁶⁷ T. Drygala. What's SUP? Der Vorschlag der EU-Kommission zur Einführung einer europäischen Einpersonengesellschaft (Societas Unius Personae, SUP). – Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2014, 491.

¹⁶⁸ F. Oppenländer jt, Rn. 100.

Aktsiaseltsi kontekstis on selgitatud, et juhatuse liikme vastutusest vabanemine eeldab tõendamist, et juhatus ei suutnud tuvastada vähemalt ühte väljamaksete tegemise keelu eeldust. Juhatus kannab seega tõendamiskoormist. Samas ei ole selge, milliseid tõendeid saaks juhatus vastutusest vabanemiseks esitada. Tulevikuprognosis võiks olla abiks üheks selliseks tõendiks, kuna juhatuse liikmel on nagunii enesekontrollkohustus, eelkõige seoses tema kohustusega esitada õigeaegselt pankrotiavaldus. Samas ei ole see kohustuslikuks tõendiks, kuna juhatusel on ka muid tõendeid. Sama kehtib ka sõltumatu spetsialisti koostatud prognoosi kohta. Vastutusest vabanemine või selle vähendamine on võimalik juhtudel, kui maksejõuetuse toovad kaasa välised mõjud, mida ei ole võimalik prognoosi raames tuvastada, näiteks kui juhatus ei saanud väliste tegurite (nt sõjasündmused) tõttu aktsionäridele maksete kaudu maksejõuetust ette näha.¹⁶⁹ Eeltoodust tulenevalt on Saksamaal võimalik maksevõime prognoosi abil seega tõenäoliselt vastutusest vabaneda. Siiski peab olema prognoos koostatud võimalikult täpselt, et seda tagantjärele oleks vastutuse aspektist võimalik hinnata.

b) Holland

Kui BV ei saa pärast kavandatud kasumijaotamist oma sissenõutavaks muutunud ja tasumisele kuuluvaid võlgu tasuda, vastutavad juhtorgani liikmed, kes väljamaksete tegemise ajal teadsid või oleks pidanud seda olukorda mõistlikult ette nägema, solidaarselt BV ees vastavast jaotusest tekkinud puudujäägi (sealhulgas seadusjärgsete intresside) hüvitamise eest. Kui juhtorgani liige suudab tõestada, et teda ei saa süüdistada BV jaotamises ja et ta ei olnud ebasoodsate mõjude vältimiseks meetmete võtmisel hooletu, on võimalik end sellest vastutusest vabastada.¹⁷⁰ Iga juhatuse liige eraldi võib tõestada, et ta ei vastuta kasumi jaotamise eest ja et ta on võtnud piisavaid meetmeid jaotamise negatiivsete tagajärgede ärahoidmiseks. Praktikas kehtib see näiteks nende juhatuse liikmete kohta, kes ei olnud maksevõime analüüsiga rahul ja hääletasid jaotamise heakskiitmise vastu.¹⁷¹ Seega seondub vastutuse olemasolu Hollandis mõneti ka testi sisu ja subjektiivsusega, s.t testi sisu allub kohtulikule kontrollile.

¹⁶⁹ Spindler. MüKoAktG § 92, Rn. 53.

¹⁷⁰ Distributions of profits out of a Dutch BV. Norton Rose Fulbright 2015.

¹⁷¹ Distributions to shareholders under the new Dutch private company law. Clifford Chance 2012. Kättesaadav veebis:

<https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2012/09/distributions-to-shareholders-under-the-new-dutch-private-company-law.pdf> (26.04.2022).

c) Ühendkuningriik

Ühendkuningriigis saab juhatuse liige vabaneda vastutusest maksevõimelisuse testi abil. Seda on õiguskirjanduses ka kritiseeritud. Nimelt on leitud, et kui juhatuse liige jaotab kasumi tuleviku maksevõimest lähtudes, teades, et selline prognoos on vale, on tal võimalik hoiduda vastutusest, kuna on tõenäosus, et kohus peab maksevõime tõendit usutavaks ja põhjendatuks või on selle abil jõuda pooltel kergemini kohtumenetluses kompromissile.¹⁷²

d) Ameerika Ühendriigid

MBCA § 8.33 lõike a kohaselt vastutavad juhtorgani liikmed isiklikult ettevõtte ees keelatud väljamakse tegemise eest, kui nad on väljamakse tegemise poolt hääletanud. Vastutus piirdub vahega, mis ületab lubatud väljamakse summat. Vastutus eeldab juhtorgani liikme subjektiivset süüd. Lisaks antakse juhtorgani liikmetele ärilise kaalutluse reegli raames ettevõtte maksevõime hindamisel kaalutusõigus. Kuni juhtorgani liikmed järgivad MBCA § 8.30 lõigetest a ja b tulenevat vajalikku hoolsus- ja lojaalsuskohustust, ei allu äri otsus väljamaksete tegemise kohta kohtulikule kontrollile ega anna seega võimalust juhtorgani liiget vastutusele võtta.¹⁷³ Juhtorgani liikmetel on kaalutusõiguse raames lubatud olla „mõistlikult optimistlik“ ning kõik kahtlused ettevõtte edasise maksejõulisuse suhtes tulevad tavaliselt neile kasuks.¹⁷⁴ Juhtorgani liikme vastutus eeldab teatud teadmisi ja käitumist juhtorgani liikme poolt, kuid isegi kui võlausaldajad saaksid edukalt vastutusele võtta üht või mitut juhtorgani liiget, on enamasti ebatõenäoline, et need juhtorgani liikmed suudaksid hüvitada ettevõttele

¹⁷² D. Kershaw. Involuntary creditors and the case for accounting-based distribution regulation. – Journal of Business Law 2009, 2, lk 163. Sweet & Maxwell and its Contributors. Kättesaadav veebis: [https://intl.westlaw.com/Document/IA9EEECA0EF5111DDAC89E019443F967C/View/FullText.html?listSource=Search&navigationPath=Search%2fv1%2fresults%2fnavigation%2fi0ad604ac000001804ab40ca843093ae2%3fppcid%3dd12fc3b352854b7c842f505fa7d406ce%26Nav%3dINTERNATIONAL-ANALYTICAL%26navQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26listQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26fragmentIdentifier%3dIA9EEECA0EF5111DDAC89E019443F967C%26parentRank%3d0%26startIndex%3d1%26contextData%3d%2528sc.Search%2529%26transitionType%3dSearchItem&list=INTERNATIONAL-ANALYTICAL&rank=9&originationContext=docHeader&contextData=\(sc.Search\)&transitionType=Document&needToInjectTerms=False&docSource=ac230718f45247f2ac337860cc0f9431](https://intl.westlaw.com/Document/IA9EEECA0EF5111DDAC89E019443F967C/View/FullText.html?listSource=Search&navigationPath=Search%2fv1%2fresults%2fnavigation%2fi0ad604ac000001804ab40ca843093ae2%3fppcid%3dd12fc3b352854b7c842f505fa7d406ce%26Nav%3dINTERNATIONAL-ANALYTICAL%26navQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26listQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26fragmentIdentifier%3dIA9EEECA0EF5111DDAC89E019443F967C%26parentRank%3d0%26startIndex%3d1%26contextData%3d%2528sc.Search%2529%26transitionType%3dSearchItem&list=INTERNATIONAL-ANALYTICAL&rank=9&originationContext=docHeader&contextData=(sc.Search)&transitionType=Document&needToInjectTerms=False&docSource=ac230718f45247f2ac337860cc0f9431) (26.04.2022).

¹⁷³ M. Preisser. Solvenztest oder Bilanztest. Das vorzugswürdige Kapitalerhaltungssystem der Europäischen Privatgesellschaft.

¹⁷⁴ M. Schillig. "Deepening insolvency" - liability for wrongful trading in the United States? – Company Lawyer 2009, Vol. 30(10), lk 301. Kättesaadav veebis: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1341586 (26.04.2022).

kahju väljamakstud summa ulatuses, kui väljamaksete on tehtud suurele hulgale aktsionäridele.¹⁷⁵ Seega on Ameerika Ühendriikides jäetud juhtorgani liikmetele küllaltki suur kaalutlusruum ja juhtorgani liikmed on maksevõimelisuse testi tegemisel suuresti kaitstud ärilise kaalutluse reeglina.

2.4.2. Osaniku ja aktsionäri vastutus

Nagu alapeatükis 2.4.1 selgitatud, vastutavad ebaseaduslikult tehtud väljamaksete tagastamise eest juhatuse liikmetega solidaarselt osanikud ja aktsionärid. Alusetuks väljamakseks tuleb muu hulgas pidada ilma osanike sellekohase otsuseta tehtud dividendimakset või osaühingu majanduslikule olukorrale mittevastava dividendi maksmist, kuid ka muud õigusliku aluseta saadud makset. Alusetu ei ole selline makse, mille osaühing teeb osanikule mingil muul alusel, näiteks osaniku ja osaühingu vahel sõlmitud töölepingu järgi. Väljamakse tagasinõudmisel tuleb arvestada sellega, et kui osanik oli alusetu väljamakse saamise suhtes heauskne, saab temalt väljamakse tagastamist nõuda üksnes juhul, kui see on vajalik osaühingu võlausaldajate nõuete rahuldamiseks (ÄS § 158 lg 2).¹⁷⁶

Kui ühingu aktiva ehk vara katab passiva ehk kohustused, siis ei ole ühingu jaoks alusetu väljamakse heausksele osanikule probleemiks olukorras, kuna ühingu nõuete rahuldamine tegelikult ohtu ei satu. Sellises olukorras kaitseb seadus heauskset väljamakse saajat, kes võib olla saadud väljamakset juba käsutanud ja asetab tema huvid esiplaanile võrreldes ühingu huviga saada ebaseaduslik väljamakse tagasi. Heausksus tähendab, et osanik ei tea midagi asjaoludest, mis kujutavad endast põhjust, miks väljamakse on alusetu või vastuolus seadusega, ega peagi neist asjaoludest midagi teadma. Osanik peab heausksuse välistamiseks teadma, et väljamakse tulemusel muutub ühingu varaline seis selliselt, et väheneb ühingu omakapital ja kahjustub ühingu varaline seis. Kui osanik küll ei teadnud, et ühingu varaline seis väljamakse tulemusel kahjustub, kuid teadmatust saab talle ette heita, siis ei ole ta heauskne. Vähemalt üldjuhul tuleb eeldada, et osanik on kohustatud täitma oma finantseerimiskohustusi teadlikult. Näiteks ei saa osanik vabandada ennast heausksusega, kui talle on tehtud ühingust väljamakse ilma igasuguse kasumi jaotamise otsuseta (ÄS § 157 lõige 1) või muu aluseta (nt ÄS § 200¹). Osanik ei pea väljamakset üldjuhul tagastama, kui dividendi maksmise otsus osutub hiljem tühiseks põhjusel, millest osanik midagi ei teadnud.¹⁷⁷ Sarnased sätted kehtivad ka aktsiaseltsi

¹⁷⁵ R. S. Bradstreet, lk 121-149.

¹⁷⁶ K. Saare jt, änr 1312-1313.

¹⁷⁷ *Ibidem*, änr 1314-1315.

puhul: aktsionäril on kohustus tagastada alusetu väljamakse ÄS § 280 lõike 1 järgi ning heauskne aktsionär peab tagastama üksnes juhul, kui see on vajalik aktsiaseltsi võlausaldajate nõuete rahuldamiseks ÄS § 280 lõike 2 järgi.

Välisriikide õiguskirjanduses on leitud, et juhtorgani liikmed ei peakski vastutama ebaseaduslikult jaotatud kasumi eest, kuna sellised rikkumised ei tulene mitte juhatuse pädevuse kuritarvitamisest, vaid pigem osanike või aktsionäride oortunismlikust ja kasu taotlevast käitumisest. Osanikud või aktsionärid peaksid ainuisikuliselt vastutama ebaseaduslike väljamaksete eest, kui nad teadsid või pidid teadma saadud jaotuse ebaseaduslikkusest.¹⁷⁸ Sellise argumendiga töö autor ei nõustu, kuna juhatuse pädevuse kuritarvitust ei saa välistada (eriti olukorras, kus juhatuse liige on ise osanik või aktsionär või omab muul viisil majanduslikku huvi ühingu toimimise vastu). Samuti omavad juhatuse liikmed reeglina paremat ülevaadet äriühingu majanduslikust seisust, mistõttu peaks vastutus lasuma eelkõige neil.

SUPi direktiivi artikli 19 kohaselt tuleb ebaseaduslikult tehtud väljamakse SUPile tagastada, kui on kindlaks tehtud, et ainuosanik teadis või asjaolusid arvestades pidi teadma, et väljamakse tegemine oleks vastuolus SUPi direktiivi artikli 18 lõikega 2 või 3. Õiguskirjanduses on selgitatud, et artiklis 19 sisalduv lubamatute väljamaksete tagasinõudmine osaniku teadmistest sõltuv ja kavandatud äriühingu tõendamiskohustusega. Sellist osaniku tõendamiskohustust on Saksa õiguskirjanduses peetud liiga väheseks võrreldes Saksamaal varem kehtinud GmbHG §-ga 31 ja AktG §-ga 62, mis ei lubanud osaniku heausksusele tugineda maksejõuetuse (GmbHG) või avalikult avalikustatud kasumieraldiste (AktG) puhul. Sellise tõendamiskohustuse puhul peaks ettevõtte tõendama et varjatud väljamaksete puhul ei olnud tingimused ei olnud turul tavapärased ja et aktsionär oleks pidanud seda teadma.¹⁷⁹

Saksamaal ei ole alates 2021. aastast InsO § 15b lõike 1 esimese lause järgi osanikud ega aktsionärid ebaseadusliku makse eest vastutavad. Õiguskirjanduses on küll spekulieritud, et varasema kohtupraktika analoogia järgi võidakse vastutust laiendada ka neile.¹⁸⁰ Ameerika Ühendriikides on juhtorgani liikmel regressinõue osaniku või aktsionäri suhtes MCBA § 8.32

¹⁷⁸ K. Poljanec jt, lk 33.

¹⁷⁹ T. Drygala. What's SUP? Der Vorschlag der EU-Kommission zur Einführung einer europäischen Einpersonengesellschaft (Societas Unius Personae, SUP). – Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2014, 491.

¹⁸⁰ Wolfer. InsOK § 15b, Rn. 9.

lõike b punkti 2 kohaselt juhul, kui see osanik või aktsionär on olnud pahauskne.¹⁸¹ Ka Uus-Meremaal kuuluvad ebaseaduslikult makstud dividendid kuuluvad tagasinõudmisele, välja arvatud juhul, kui need on saadud heas usus või osaniku/aktsionäri poolt, kelle finantsseisund on muutunud ning tagasimaksmise nõudmine oleks tema suhtes ebaõiglane.¹⁸² Hollandis vastutab osanik (kui väljamaksest kasusaaja), kes teadis või pidi mõistlikult ette nägema, et BV satub väljamakse tagajärjel makseraskustesse, solidaarselt juhatuse liikmega nii tekkinud puudujäägi kui ka seadusjärgsete intresside hüvitamise eest. Seetõttu on oluline, et juhatuse liikmed hoiaksid osanikke BV finantsseisundist ühingu maksevõime osas nõuetekohaselt kursis.¹⁸³ Kõigis võrdlusriikides, kus on osaniku või aktsionäri vastutus ebaseadusliku väljamakse eest ette nähtud, eeldab osaniku või aktsionäri vastutus seega nende isikute teadmist negatiivsest tulevikuprognosist, kui see on juhatuse liikme poolt koostatud.

Eeltoodust tulenevalt võiks autori arvates ka Eesti äriühingu osanik või aktsionär vastutada juhul, kui ta väljamakse tegemise hetkel teadis, et tulevikuprognos on negatiivne, kuivõrd Eestis kehtib sarnane osaniku/aktsionäri heausksuse eeldus. Vastutuse seisukohast on oluline ka see, kas ühingu juhatuse liige on täitnud enda informatsiooni andmise kohustuse. Nii peab osaühingu juhatus esitama osanikele (nõukogu olemasolul nõukogule) vähemalt kord nelja kuu jooksul ülevaate osaühingu majandustegevusest ja majanduslikust olukorrast, samuti teatama kohe osaühingu majandusliku seisundi olulisest halvenemisest (ÄS § 180 lõige 5). Juhatus on kohustatud nimetatud ülevaate esitama ning teavitama osanikke omal algatusel.¹⁸⁴ Lisaks on osaühingu juhatus kohustatud andma osanikele nende nõudel teavet osaühingu tegevuse kohta ning võimaldama tutvuda osaühingu dokumentidega (ÄS § 166 lõige 1). Aktsiaseltsi juhatuse liikme informeerimiskohustust reguleerivad vastavalt ÄS § 287 ja § 306 lõige 3. Kui juhatuse liige on enda informeerimise kohustuse (sh tulevikuprognosi osas) täitnud, siis ei tohiks osanik ega aktsionär vastutusest vabaneda. Osanik ja aktsionär peaks alapeatükis 2.4.1 toodust tulenevalt vastutama ka juhul, kui väljamaksete tegemisel tulevikuprognosist lähtunud juhatuse liige oli samaaegselt äriühingu osanik või aktsionär.

¹⁸¹ M. Preisser. Solvenztest oder Bilanztest. Das vorzugswürdige Kapitalerhaltungssystem der Europäischen Privatgesellschaft.

¹⁸² P. Santella, lk 427-461.

¹⁸³ Distributions of profits out of a Dutch BV. Norton Rose Fulbright 2015.

¹⁸⁴ K. Saare jt, änr 572.

KOKKUVÕTE

Käesoleva magistritöö eesmärgiks oli vastata küsimusele, kas ja millisel viisil tuleks Eestis kasutusele võtta maksevõimelisuse test äriühingu maksevõime hindamiseks, seda eelkõige pankrotiolukorra tuvastamise ja väljamaksete tegemise seisukohast. Magistritöö hüpoteesiks oli, et maksevõimelisuse testi tegemine võiks teatud juhtudel vähendada juhatuse liikme vastutust, kuivõrd see aitaks juhatusel senisest selgemalt teha kindlaks ühingu reaalse majandusliku olukorra ja sellest lähtuvalt võtta vastu vajalikud otsused. Seega oli töö eesmärk vastata ka küsimusele, kas ja kuidas mõjutab maksevõimelisuse testi tegemine juhatuse liikme vastutust ühingu enda ja ühingu võlausaldajate ees. Ebaseadusliku väljamakse regulatsiooni puhul käsitleti ka osaniku ja aktsionäri vastutust väljamakse tagastamise eest.

Kehtiva õiguse järgi on äriühingu maksevõime hindamine oluline seetõttu, et osanikud või aktsionärid saaksid vastu võtta olulised ühingu juhtimisega seotud otsused. Nii peavad osanikud või aktsionäride üldkoosolek ÄS § 176 või ÄS § 301 järgi hindama ühingu netovara suurust ja ebapiisava netovara puhul otsustama osa- või aktsiakapitali vähendamise või suurendamise või muude abinõude tarvitusele võtmise selliselt, et ühingu netovara suurus moodustaks vähemalt poole osa- või aktsiakapitalist, ühingu lõpetamise, ühinemise, jagunemise või ümberkujundamise või pankrotiavalduse esitamise. PankrS § 1 lõike 2 järgi on äriühing maksejõuetu, kui ta ei suuda rahuldada võlausaldaja sissenõutavaks muutunud nõuet ja see suutmatus ei ole võlgniku majanduslikust olukorrast tulenevalt ajutine. PankrS § 1 lõike 3 esimese lause järgi on juriidilisest isikust võlgnik maksejõuetu ka siis, kui võlgniku vara ei kata tema kohustusi (nn bilansitest) ja selline seisund ei ole võlgniku majanduslikust olukorrast tulenevalt ajutine. Alates 2021. aastast kehtiva PankrS § 31 lõike 1² järgi eeldatakse osaühingu või aktsiaseltsi maksejõuetust, kui ühingul on netovara (bilansi aktiva üldsumma miinus passivas näidatud kohustuste üldsumma) vähem kui seaduses ette nähtud ulatuses.

Äriühingu juhatuse liikme kohustus esitada pankrotiavaldus ühingu maksejõuetuse ilmnemisel ja edasiste maksete tegemise keeld sisaldub osaühingu ja aktsiaseltsi puhul vastavalt ÄS § 180 lõikes 5¹ ja ÄS § 306 lõikes 3¹. Osaühingu puhul tuleb netovara suurust hinnata ka osanikele väljamaksete tegemise otsustamiseks. Nii ei tohi ÄS § 157 lõike 3 järgi osanikele teha väljamakseid, kui ühingu viimase majandusaasta lõppemisel kinnitatud majandusaasta aruandest ilmnev ühingu netovara on väiksem või jääks väiksemaks osakapitali ja reserve kogusummast, mille väljamaksmine osanikele ei ole lubatud seadusest või põhikirjast tulenevalt.

Maksevõimelisuse testi all mõeldakse ühingu- ja maksejõuetusõiguses testi, mille abil tehakse kindlaks, kas võib mõistlikult eeldada, et ühing suudab kohustuste sissenõutavaks muutumisel need tasuda. Väljamaksete tegemise kontekstis kontrollitakse maksevõimelisuse testi abil, kas pärast väljamaksete tegemist jääb ühingule piisavalt vara, et tulevikukohustused täita. Töös leiti, et maksevõimelisuse testi sisuks erinevates riikides ongi reeglina äriühingu tulevikuprognosis, mis näitab, kas ühing suudab teatud ajaperioodi jooksul tulevikus enda kohustused täita. Eestis on Riigikohus leidnud, et kui äriühingul on olemas positiivne äriplaan (positiivne tuleviku prognoos), milles esinevad sellised asjaolud, mis annavad objektiivsele kõrvaltvaatajale alust pidada võlgniku finantsseisundit normaliseeriva tulevikustsenaariumi realiseerumist tõenäoliseks, siis on võimalik võlgnikul püsiva maksejõuetuse eeldus ümber lükata. Seega on ka kehtiva õiguse järgi võimalik ühingul teha maksevõimelisuse test ja positiivse prognoositulemuse korral vältida ühingu suhtes pankroti väljakuulutamist.

Valdavalt leitakse õiguskirjanduses, et prognoos peaks kajastama üksnes seda, kas ühing suudab tulevikus täita enda kohustused, ning et lugeda prognoositulemust positiivseks ei pea prognoosist tulenema, et ühing suudab hakata tulevikus kasumlikult tegutsema, s.t tegemist ei ole kasumiteenimise prognoosiga. Riigiti on erinev arusaam, milliseid tuleviku tuluallikaid peaks prognoosis kajastama. On leitud, et tulevikuprognosis võib kajastada kõiki finantseerimisvõimalusi, mille olemasolu on ühingul võimalik tõestada, näiteks omakapitali süst, osanike või aktsionäride antavad laenud, muu krediit jne, samuti tuleks kajastada tulevase rahavoogusid, eeldatavaid turutingimusi ning tulevase ja tingimuslikke kohustusi. Samas aga Prantsusmaal on test kitsam ja rahavoo testis tuleb aluseks võtta ainult ühingu olemasolevad varad. Võrdlusriikide õiguskirjanduses on leitud, et prognoosiperiood võiks olla 12-24 kuud. Pikema prognoosiperioodi rakendamise kasuks võiksid rääkida ettevõtte või tegevusala eripärad. Prognoosi koostamiseks on kõigis võrdlusriikides kohustatud juhatuse liikmed, kasutada võib ka audiitori vm spetsialisti abi, kui juhatuse liikmel puuduvad piisavad teadmised ja oskused ettevõtte maksevõime hindamiseks.

Maksevõimelisuse testi kasutuselevõttu soosib eelkõige olemasoleva bilansitesti kriitika õiguskirjanduses. Nii on maksejõuetuse kontekstis ka Eestis leitud, et püsiva maksejõuetuse mõiste PankrS § 1 lõike 3 järgi ei saa rajaneda ainuüksi raamatupidamislikel näitajatel, vaid arvestada tuleb ka majandusliku prognoosiga, mille raames on võimalus arvestada konkreetse äritegevuse eripäraga. Ühinguõiguse revisjoni käigus leiti, et bilansitest ei pruugi näidata õigeid seoseid maksejõuetusega. Ka Riigikohus on leidnud, et selle kindlakstegemiseks, kas äriühing on mingiks ajaks püsivalt maksejõuetuks muutunud, tuleb hinnata kõiki äriühingu majanduslikku olukorda mõjutavaid olulisi asjaolusid kogumis, keskendumata vaid ühele

kriteeriumile või näitajale. Bilansiline kapitali säilitamise regulatsioon ja sellest tulenev väljamaksete piirang peab silmas eelkõige minevikupõhiseid majandusnäitajaid ning ei keskendu tulevikku suunatud rahavoo prognoosidele. Seetõttu ei arvestata väljamaksete tegemisel ühingu likviidsuse ja majandusotsustega tulevikus. Ka võib bilansitesti tulemusest lähtumine osutada probleemseks olukorras, kus bilansis on hinnatud varade väärtust liiga kõrgeks või vastupidi liiga madalaks, millisel ei peegelda bilansitest tegelikke maksevõime väljavaateid.

Maksevõimelisuse testi tegemine peaks silmas ka hoolsate võlausaldajate reaalselt äri vajadust, kuna võlausaldajad pööravad tähelepanu pigem võlgnikust äriühingu maksejõuetusriskidele ja tulevastele rahavoogudele kui kapitali olemasolule. Eeltoodust tulenevalt leidis autor leidis, et Eestis aitaks maksevõimelisuse test paremini suunata äriühinguid saneerimismenetlusse ja kohtuvälisel teel võlausaldajatega kokkuleppeid sõlmima, et vältida üleüldse äriühingu suhtes pankrotimenetluse algatamist, kuna testi regulaarsel tegemisel tuleks maksevõimet ohustavad tegurid ühingu tegevuses tõenäoliselt välja maksejõuetuse varasemas faasis, kus püsiva maksejõuetuseni veel jõutud ei ole. Bilansitesti suureks eeliseks tuleb pidada aga selle lihtsust, kulutõhusust ja sellega kaasnevat õiguskindlust.

Peamise maksevõimelisuse testi kriitikana on välja toodud ebaselgus selle osas, mida tulevikuprognosis peaks hõlmama ja kuidas seda koostada. Selline õiguslik ebakindlus võib muuta ettevõtluskeskkonna ebakindlamaks ja suunata majanduslikult funktsioneerivaid äriühinguid tegevust lõpetama. Ka ei anna maksevõimelisuse test absoluutset kindlust selle osas, et ettevõtte ei muutu mingil ajahetkel maksevõimetuks. Kõigis sellistes tulevikuvaadetes põhinevates maksevõimelisuse testides sisaldub alati koostaja isiklik hinnang. Realistliku prognoosi koostamine eeldab aga juhatuse liikme erapooletust tema enda äriliste otsuste mõju üle tulevikus, mida juhatuse liikme positsiooni tõttu eeldada ei tuleks. On oht, et juhatuse liikmed kavandavad pigem enda strateegilisi eesmärke kui et realistlikke tulevikustsenaariume.

Väljamaksete tegemise aspektist on oht selle osas, et maksevõimelisuse test kasumijaotamise eeldusena paneb liigselt ranged piirid kasumiteenimisele ning vähendab äriühingu poolt äriliste riskide võtmist. Juhtorgani liige, keda ähvardab isiklik vastutus liiga suures ulatuses kasumi jaotamise eest, võib enda vastutuse välistamiseks n-ö puhvri luua ja sellise maksevõimelisuse testi tulemusena ei jaota kogu vara, mida oleks reaalselt võimalik matemaatiliselt vahel jaotada. Samuti ei pruugi maksevõimelisuse test olla usaldusväärne võlausaldajate kaitse meede just pikaajaliste kohustuste osas. Seda eelkõige seetõttu, et maksevõimelisuse testis ei küsita, kas olemasolevad varad katavad olemasolevad kohustused, vaid testi tegemine annab juhtorgani

liikmetele kaalutusõiguse eeldada, et olemasolevad kohustused kaetakse tulevaste varadega ja tekkepõhise kasumiga, millest sõltub ettevõtte edasine tegevus.

Töös tehti ka ettepanek Eesti pankrotiseaduse muutmiseks Saksamaa pankrotiseaduse eeskujul selliselt, et PankrS § 1 lõikes 3 määrataks kindlaks periood, mille jooksul maksevõimetuse esinemist saab pidada püsivaks. Selliseks perioodiks võiks olla 12 kuud, nagu on Saksamaal. 12-kuulist perioodi toetab ka ülemaailmne raamatupidamistava, mille kohaselt ongi *going concern* testi prognoosiperioodiks 12 kuud. Samas ei peaks periood olema formaalselt alati 12 kuud ja äriühingust võlgnikul peaks olema võimalik kohtule esitada ka tulevikuprognos pikema perioodi kohta. Pikema prognoosiperioodi kasutamine võiks olla võimalik ja isegi tervitatav eelkõige juhul, kui see on vajalik tulenevalt ettevõtte äritegevuse eripärast või kui ettevõttel on tulevikukohustusi pikemaajaliselt, samas ka muude sarnaste oluliste asjaolude esinemise korral. Perioodi kindlaksmääramine seaduses annaks ettevõtjale konkreetsema suunise selle osas, kuidas enda maksevõimet hinnata, samas ei muudaks see olemasolevat regulatsiooni nii drastiliselt, et sellel võiksid olla negatiivsed kõrvalmõjud ettevõtjatele või kohtusüsteemile.

Kokkuvõtlikult leiti töös, et kuni mõne Euroopa Liidu õigusaktiga ei ole kehtestatud täpseid nõudeid maksevõimelisuse testi sisule ega ka selle rakendamise viisile ja kohustuslikus korras maksevõimelisuse testi tegemist ei ole kasutusele võtnud ka ükski teine riik, ei tuleks toetada ka kohustusliku maksevõimelisuse testi sisseviimist Eesti seadustesse. Bilansitesti kaotamist pankrotiolukorra kindlakstegemiseks sarnaselt Prantsusmaale töö autor ei toeta, kuna bilansitest toimib hästi lihtsuse ja kuluefektiivsuse tõttu ning raamatupidamislikele näitajatele tuginemine on etem ka arvestades juhatuse liikme kohustuste rikkumise hindamist. Bilansitesti kaotamine aktsiaseltside puhul ei ole ka võimalik, kuna nõue selleks tuleb Euroopa Liidu õigusest.

Maksevõimelisuse test (kombineeritult bilansitestiga) peaks seega jääma ühingule vabatahtlikuks ja abistavaks meetmeks maksevõime hindamisel seni, kuni testi kohustuslikuks muutmist ei soodusta Euroopa Liidu tasandil reguleeritud ühtsed raamatupidamisreeglid, mida praegusel ajal ei eksisteeri, või majanduskeskkonna oluline muutumine. Testi tegemise kohustus suurendaks märgatavalt väikeste ja keskmise suurusega ettevõtete halduskoormust, kuna sellised ettevõtted ei vii reeglina läbi keerulist finantsplaneerimist isegi kriiside lähenedes. Testi kohustuslikkuse korral võiks see arvestades ühingutele lisanduvat halduskoormust olla võimalikult universaalne, s.t kasutatav üheaegselt nii pankrotiavalduse esitamise otsustamiseks kui ka kasumi jaotamise ja muude maksete peatamiseks, nagu Saksamaal. Tulevikuprognosi avalikustamise kohta leiti sarnaselt, et kuigi see võib paremini kaitsta võlausaldajate huvisid

(välja arvatud tahtmatute võlausaldajate omi), siis ei kaalu võlausaldajate huvide kaitse tõenäoliselt üle äriühingutele lisanduvat halduskoormust. Samuti on küsitav, kus selline prognoos avalikustada tuleks. Kaalukas argument maksevõimelisuse testi kohustuslikuks muutmise vastu on ka võimalik kohtute töökoormuse tõus, mis tuleneb maksevõimelisuse testi raames koostatud tulevikuprognoosi sisulisest hindamisest.

Töös jõuti järeldusele, et tulevikuprognoosi koostamine maksevõimelisuse testi raames võiks teatud juhul äriühingu juhatuse liikme ja osaniku või aktsionäri vastutusest vabastada. Seetõttu leidis kinnitust töös seatud hüpotees. Eelkõige oleks juhatuse liikmel võimalik maksevõimelisuse testi abil vabaneda vastutusest, kui talle heidetakse ette pankrotiavalduse esitamise kohustuse rikkumist. Juhatuse liikmel oleks olukorras, kus äriühingu pankrotti ei ole välja kuulutatud, maksevõimelisuse testi tulemusega võimalus lükata ümber püsiva maksejõuetuse eeldus, kui võlausaldaja on esmalt tõendanud ära, et bilansiline ülevõlgnevus teatud ajahetkel esines, samamoodi nagu äriühing saab prognoosi abil ümber lükata püsiva maksejõuetuse eelduse enda suhtes esitatud pankrotiavalduse menetluses. Küsitav on, kas maksevõimelisuse testi abil saab vabaneda vastutusest ka siis, kui ühingu pankrot on juba välja kuulutatud, kuna sellisel juhul on kahtluse all prognoosi usutavus. Autor leidis, et kui tulevikuprognoos, millest tulenevalt oli juhatuse liige arusaamal, et ettevõtte on suuteline tegevust jätkama, oli koostatud usutavalt ning prognoosi mittetäitumise ja seega pankrotistumise tingisid asjaolud, mida prognoosis ette näha ei saanud (nt ülemaailmne majanduslangus), siis võiks juhatuse liige tulevikuprognoosile siiski edukalt tugineda.

Analoogia korras leidis autor, et vastutusest pärast maksejõuetuse ilmnemist maksete tegemise eest võiks juhatuse liige maksevõimelisuse testi abil vabaneda, kui ühingu pankrotti veel välja kuulutatud ei ole. See on põhjendatav, kuna pärast maksejõuetust maksete tegemine või tegematajätmine on otseselt seotud juhtorgani liikme arusaamaga sellest, kas konkreetselt ajahetkel on vajadus esitada pankrotiavaldus või mitte. Kui tulevikuprognoosile tuginedes leidis juhatuse liige põhjendatult, et pankrotiavalduse esitamiseks ja maksete peatamiseks alust ei ole, siis võiks ta vastutusest vabaneda. Pahatahtliku pankroti puhul (KarS §-des 201, 217² ja § 384 sätestatud süüteod) leidis autor, et maksevõimelisuse hindamine tulevikuprognoosi abil ei muuda kuidagi teo toimepanija – võlgnikust juriidilise isiku juhtorgani liikme või juriidilise isiku enda – vastutust pahatahtliku pankroti eest, sest selliste kuritegude puhul loeb subjektiivse elemendina teo toimepannud isiku tahe, mis ei saa pahatahtliku pankroti puhul nagunii olla suunatud äriühingu maksevõimelisuse hoidmisele.

Ebaseadusliku dividendi või muu kasumi jaotamise kohta leidis autor, et maksevõimelisuse testi kohustuslikkuse korral mõjutaks tulevikuprognosis juhtorgani liikme vastutust autori arvates eelkõige kohustuse rikkumise tasandil. Kui äriühingul on maksevõimelisuse testi näol olemas positiivne tulevikuprognosis, s.t prognoos, mille kohaselt jätkuks äriühingul vara, millest täita kohustusi pärast väljamaksete tegemist, siis oleks juhtorgani liikmel võimalik testi abil tõendada, et õiguslik alus väljamaksete tegemiseks oli olemas. Selline käsitlus eeldab loomulikult seda, et maksevõimelisuse testile omistatakse õiguskorras suur tähtsus, mis eeldab omakorda seda, et testi koostamisele ja sisule on seatud konkreetsed reeglid, mida äriühingutel on võimalik järgida. Sarnane võimalus tõendamiseks on olemas ka Saksamaal.

Äriühingu osanik või aktsionär võiks ebaseadusliku väljamakse eest vastutada juhul, kui ta väljamakse tegemise hetkel teadis, et tulevikuprognosis on negatiivne, kuivõrd Eestis kehtib osaniku/aktsionäri heausksuse eeldus. Kui juhatuse liige on enda informeerimise kohustuse (sh negatiivse tulevikuprognosisi osas) täitnud, siis ei tohiks osanik ega aktsionär vastutusest vabaneda. Osanik või aktsionär peaks vastutama ka juhul, kui väljamaksete tegemisel tulevikuprognosisist lähtunud juhatuse liige oli samaaegselt äriühingu osanik või aktsionär.

IMPLEMENTATION OF THE SOLVENCY TEST FOR EVALUATING COMPANY SOLVENCY. Abstract

The aim of this master's thesis was to answer the question whether and in what way a solvency test should be introduced in Estonia to assess a company's solvency, especially from the point of identifying insolvency and making payments (including the distribution of dividends). The hypothesis of the master's thesis was that undergoing the solvency test could in some cases reduce the liability of a member of the management board, as it would help the management board to identify the company's real financial situation and make the necessary decisions more clearly. Thus, the aim of the thesis was to answer the question whether and how the performance of the solvency test affects the liability of a member of the management board towards the company itself and the creditors of the company. In the case of unlawful dividend payments, the liability of the shareholder for the return of the payment was also analysed.

To achieve the set aims, an analytical, qualitative and comparative research method was used in the master's thesis. Based on the sources of the thesis, a systematic overview and analysis was prepared to test the hypotheses of the work. The current Estonian regulations were mainly compared with German law, as the Estonian Commercial Code (hereinafter referred to as the ECC) has been developed largely based on the corresponding German laws, and the Estonian Bankruptcy Act (hereinafter referred to as the EBA) is also very similar to German insolvency law. In addition, jurisdictions that have already introduced a solvency test to determine the company's insolvency and / or as a precondition for dividend distribution were used for comparative analysis. These countries are Germany, the Netherlands, the United Kingdom, the United States, Canada and New Zealand. In addition, the solvency test as a precondition for dividend pay-outs was analysed in light of the SUP (*Societas Unius Personae*) Directive. Although the proposal for a draft SUP directive was withdrawn by the European Commission in 2018, the author considered that the analysis of the draft SUP directive was still relevant and necessary, as it shows a direction to move beyond capital maintenance rules at the EU level. The sources used in the work are mainly Estonian and foreign legislative acts, scientific publications, commentaries on laws and explanatory memoranda. A small amount of reliance is also placed on case law.

According to current Estonian law, the assessment of the company's solvency is important because the shareholders must take important solvency-related decisions. Thus, pursuant to § 176 and § 301 of the ECC, the shareholders must assess the amount of the company's net assets and decide to reduce or increase the share capital or take other measures so that the company's

net assets make up at least half of the company's share capital, decide on dissolution, merger, division or decide on submission of a bankruptcy petition. Pursuant to § 1 (2) of the EBA, a company is insolvent if the debtor is unable to satisfy the claim of a creditor that has fallen due and such inability, due to the debtor's financial situation, is not temporary. According to the first sentence of § 1 (3) of the Bankruptcy Act, a debtor who is a legal person is insolvent also if the assets of the debtor are insufficient for covering the obligations thereof (a so-called balance sheet test) and due to the debtor's financial situation, such insufficiency is not temporary. Pursuant to § 31 (1²) of the EBA, which has been in force since 2021, the insolvency of a private limited company or a public limited company is presumed if the company has less net assets (total assets on the balance sheet less total liabilities) than prescribed by law.

The obligation of a member of the management board to file for bankruptcy in the event of insolvency of the company and the prohibition to make further payments are included in § 180 (5¹) and § 306 (3¹) of the ECC. Thus, pursuant to § 157 (3) of the ECC, no payments may be made to shareholders if the company's net assets appearing from the annual report approved at the end of the last financial year are less than or less than the total amount of share capital and reserves.

The solvency test is a test prevalent in company and insolvency law that determines whether a company can reasonably be expected to be able to pay its liabilities when they become due. In the context of making payments, the solvency test is used to evaluate whether the company has sufficient assets to meet its future obligations after the payments have been made. The study found that the content of the solvency test in different countries is usually the company's future forecast, which shows whether the company will be able to meet its obligations in the future for a certain time period. The Supreme Court of Estonia has found that if a company has a positive business plan (positive future forecast) in which there are circumstances that give an objective bystander a reason to believe that a future scenario normalizing the debtor's financial condition is probable, the debtor's permanent insolvency can be rebutted. Thus, according to the current law, it is also possible for a company to take a solvency test and, in case of a positive forecast result, to avoid declaring the company bankrupt.

The legal literature generally considers that the forecast should only reflect whether the company will be able to meet its obligations in the future, and that a positive result does not have to imply that the company will be able to operate profitably in the future, i.e. it is not a profit forecast. The understanding of which sources of future revenue should be reflected in the forecast differs from country to country. It is considered that the future forecast may reflect all

financing options that the company can demonstrate, such as an equity injection, shareholder loans, other credit, etc., as well as future cash flows, expected market conditions and future and contingent liabilities. However, in France the test is narrower, and the cash flow test should be based only on the company's existing assets. It has been found in the legal literature of the analysed jurisdictions that the forecast period could be 12-24 months. The specifics of the company or industry could speak in favour of a longer forecast period. The members of the management board are usually obliged to prepare the forecast, the assistance of an auditor or other specialist may also be used if the member of the management board does not have sufficient knowledge and skills to assess the company's solvency by themselves.

The introduction of the solvency test is favoured due to the criticisms of the existing balance sheet test in the legal literature. Thus, in the context of insolvency, it has also been found in Estonia that the concept of permanent insolvency according to § 1 (3) of the EBA cannot be based solely on accounting indicators but must also take into account economic forecasts. The company law audit found that the balance sheets may not correctly indicate company insolvency. The Supreme Court has also found that to determine whether a company has become permanently insolvent, it is necessary to assess all the significant circumstances affecting the company's financial situation as a whole, without focusing on only one criterion or indicator. The balance sheet-oriented capital maintenance regulation and the resulting pay-out constraint focus primarily on past performance and do not focus on forward-looking cash flow projections. Therefore, future liquidity and economic decisions of the company are not considered when making payments. Reliance on the results of the balance sheet test may also be problematic in a situation where the value of assets is assessed in the balance sheet as too high or, conversely, too low, which does not reflect the actual solvency prospects of the company.

Carrying out a solvency test should also consider the real business needs of diligent creditors, as creditors pay attention to the insolvency risks and future cash flows of the debtor company rather than to the existence of capital. In view of the above, the author found that the solvency test in Estonia would help to better guide companies to reorganisation proceedings and enter into out-of-court settlements with creditors in order to avoid initiating bankruptcy proceedings against the company at all. However, the great advantage of the balance sheet test is its simplicity, cost-effectiveness and the associated legal certainty.

The solvency test has mainly been criticized for its ambiguity as to what the future forecast should cover and how to prepare it. Such legal uncertainty may make the business environment

more uncertain and lead economically viable companies to close. Nor does the solvency test provide absolute assurance that a company will not become insolvent at any point in time. All such solvency tests based on forward-looking statements always include the personal assessment of the preparer. However, the preparation of a realistic forecast presupposes the impartiality of a member of the management board over the impact of his or her own business decisions in the future, which should not be expected due to the position of the member of the management board. There is a risk that board members will plan their own strategic goals rather than realistic future scenarios.

From the point of view of making payments, there is a risk that the solvency test, as a precondition for profit distribution, will place excessively strict limits on earning profits and reduce the company's risk-taking. A member of the management body who is threatened with excessive personal liability for the distribution of profits may create a 'buffer' to exclude his liability, and such a solvency test will not distribute all the assets that could be realistically distributed. Also, the solvency test may not be a reliable measure of creditor protection for long-term liabilities. This is mainly because the solvency test does not ask whether existing assets cover existing liabilities but gives the members of the management body the discretion to assume that existing liabilities will be covered by future assets and accrued income, on which the company's future operations depend.

The paper also proposed amending the EBA, following the example of the German Bankruptcy Act, so that § 1 (3) of the EBA defines the period during which the occurrence of insolvency can be considered permanent. This period could be 12 months, as is in Germany. The 12-month period is also supported by global accounting practice, according to which the forecast period for the going concern test is 12 months. However, the period should not always be limited to 12 months and the debtor company should also be able to submit a longer-term forecast to the court. The use of a longer forecast period could be possible and even welcome, if it is necessary due to the nature of the company's business or if the company has long-term liabilities, but also in the presence of other similar significant circumstances. Defining a period in EBA would give companies more specific guidance on how to assess their solvency, but would not change the existing regulation so drastically that it could have negative side effects on companies or the Estonian court system.

In summary, it was found that until some European Union legislation establishes precise requirements for the content of the solvency test and the manner of its implementation, and no other country has introduced a mandatory solvency test, the introduction of a mandatory

solvency test into Estonian law should not be supported. The abolition of the balance sheet test for bankruptcy, like in France, is not supported by the author, as the balance sheet works well because of its simplicity and cost-effectiveness, and the reliance on accounting figures is more important in assessing the failure of a member of the board. It is also not possible to abolish the balance sheet test in the case of public limited companies, as the requirement for this comes from European Union law.

The solvency test (combined with the balance sheet test) should therefore remain a voluntary and ancillary measure for the company in assessing solvency, if the test is not made mandatory by uniform accounting rules regulated at EU level, which do not currently exist, or by a significant change in the economic environment. The obligation to carry out a test would significantly increase the administrative burden on small and medium-sized enterprises, as such enterprises do not generally carry out complex financial planning even in the face of crises. If the test is mandatory, it should be as universal as possible, taking into account the additional administrative burden on associations, i.e. used both to decide on filing for bankruptcy and to suspend the distribution of profits and other payments, as in Germany. Similarly, the disclosure of the forward-looking statement was found to be more effective in protecting the interests of creditors (other than those of involuntary creditors), and the protection of creditors' interests is unlikely to outweigh the administrative burden on companies. It is also questionable where such a forecast should be published. A strong argument against making the solvency test mandatory is also the possible increase in the workload of the courts because of the substantive assessment of the future forecast.

The thesis concluded that the preparation of a future forecast in the framework of the solvency test could in some cases release the company from the liability of a member of the management board and a shareholder. Therefore, the hypothesis set out in the thesis was confirmed. A member of the management board would be able to be released from liability by means of a solvency test if he or she is accused of breaching the obligation to file for bankruptcy. In a situation where a company has not been declared bankrupt, a member of the board would be able to rebut the presumption of permanent insolvency as a result of a solvency test if the creditor has first proved that the balance sheet is overdue, just as a company can rebut the presumption of insolvency filed for bankruptcy. It is questionable whether the solvency test can be used to release liability even if the company has already been declared bankrupt, in which case the credibility of the forecast is in doubt. The author found that if the future forecast, because of which the member of the management board understood that the company was able to continue operating, was prepared credibly and bankruptcy was not caused by circumstances

that could have been foreseen in the prognosis, the manager can rely on the prognosis successfully.

By analogy, the author found that a member of the management board could be released from liability for making payments after insolvency by means of a solvency test if the company has not yet been declared bankrupt. This is justified because making or failing to make payments after insolvency is directly linked to a member of the management body's perception of whether there is a need to file for bankruptcy at a particular point in time. If, based on a forward-looking prognosis, a member of the management board reasonably found that there are no grounds for filing for bankruptcy and suspending payments, they could be released from liability. In the case of malicious bankruptcy (offenses provided for in § 201, § 217² and § 384 of the Estonian Penal Code), the author found that the assessment of solvency by future forecast does not exclude the liability of the perpetrator - a member of the debtor's management body or the company itself - for malicious bankruptcy.

Regarding the distribution of an illegal dividend or other profit, the author considered that if the solvency test were mandatory, the future forecast would affect the liability of a member of the management body primarily at the level of breach of obligation. If the company has a positive outlook in the form of a solvency test, i.e., a forecast that the company would have assets to continue to meet its obligations after disbursements, the test will allow the member of the management body to prove that the legal basis for disbursements existed. Such an approach presupposes, of course, that the solvency test is given a high profile in the legal system, which in turn presupposes that specific rules are laid down on the design and content of the test which companies can comply with. A similar burden of proof exists in Germany.

A shareholder of a company could be liable for an illegal payment if they knew at the time of the payment that the future forecast is negative, as the presumption of good faith of the shareholder applies in Estonia pursuant to § 158 (2) and § 280 (2) of the ECC. If the management board has fulfilled their obligation to provide information for shareholders (incl. informing them of a negative future forecast), the shareholder should not be released from liability. A shareholder should also be liable if a member of the management board who operated in the view of a forward-looking solvency statement when making payments was at the same time a shareholder in the company.

LÜHENDID

AG	<i>Aktiengesellschaft</i>
AktG	<i>Aktiengesetz</i>
Aufl.	<i>Auflage</i>
BV	<i>besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid</i>
EBA	<i>Estonian Bankruptcy Act</i>
ECC	<i>Estonian Commercial Code</i>
GmbH	<i>Gesellschaft mit beschränkter Haftung</i>
GmbHG	<i>Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung</i>
HGB	<i>Handelsgesetzbuch</i>
InsO	<i>Insolvenzordnung</i>
KarS	karistusseadustik
m	määrus
MBCA	<i>Model Business Corporation Act</i>
MüKo	<i>Münchener Kommentar</i>
PankrS	pankrotiseadus
o	otsus
RKHK	Riigikohtu halduskolleegium
RKKK	Riigikohtu kriminaalkolleegium
RKTK	Riigikohtu tsiviilkolleegium
Rn.	<i>Randnummer</i>
SanS	saneerimisseadus
SUP	<i>Societas Unius Personae</i>
TlnRgK	Tallinna Ringkonnakohus
TrtRgK	Tartu Ringkonnakohus
VÕS	võlaõigusseadus
änr	äärenumber
ÄS	äriseadustik

KASUTATUD ALLIKAD

Kasutatud kirjandus

1. M. Agarmaa. Maksejõuetusõiguse revisjon. Pankrotiavalduse esitamine, pankrotimenetluse raugemine, pankroti välja kuulutamine ja tagajärjed, pankrotivara moodustamine, pankrotivara valitsemine. Tallinn: Justiitsministeerium 2018. Kättesaadav veebis: https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/mari_agarmaa_analuus-kontseptsioon.pdf (26.04.2022).
2. D. Andres. R. Leithaus. M. Dahl. Insolvenzordnung (InsO) Kommentar. 4. Aufl. 2018. C.H.Beck.
3. J. Arminger. Solvency-Tests – an Alternative to the Rules for Capital-Maintenance Within the Balance Sheet in the European Union. – ACRN Journal of Finance and Risk Perspectives 2013, Vol. 2 No. 1, lk 1. Kättesaadav veebis: <http://www.acrn-journals.eu/resources/jfrp201301a.pdf> (26.04.2022).
4. J. Armour. Legal Capital: An Outdated Concept? – European Business Organization Law Review, Vol. 7 No 1. Cambridge University Press 2006, lk 25. Kättesaadav veebis: <https://www-cambridge-org.ezproxy.utlib.ut.ee/core/journals/european-business-organization-law-review-ebor/article/legal-capital-an-outdated-concept/4FD751A2AA1C47879F75E5FAB1A466C9> (26.04.2022).
5. A. J. Baumert. § 15 b InsO – offene Praxisfragen beim korrigierenden Eingriff des Gesetzgebers in die Rechtsprechung des II. Senats. – Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2021, 443. Kättesaadav veebis: <https://beck-online-beck-de.ezproxy.utlib.ut.ee/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fnzg%2F2021%2Fcont%2Fnzg.2021.443.1.htm&pos=1&hlwords=on> (26.04.2022).
6. M. Boché-Robinet. France: Restructuring & Insolvency Comparative Guide. Guide. Boché Dobelle. Kättesaadav veebis: <https://www.mondaq.com/france/insolvencybankruptcyrestructuring/939076/restructuring-insolvency-comparative-guide> (26.04.2022).
7. H. Boschma. L. Lennarts. H. Schutte-Veenstra. The reform of Dutch private company law: new rules for the protection of creditors. – European Business Organization Law Review 8(4). Cambridge University Press 2007, lk 567-604. Kättesaadav veebis: [https://intl.westlaw.com/Document/I3FE17050721A11E093D2C583C139DB77/View/FulIText.html?originationContext=docHeader&contextData=\(sc.Search\)&transitionType=Do](https://intl.westlaw.com/Document/I3FE17050721A11E093D2C583C139DB77/View/FulIText.html?originationContext=docHeader&contextData=(sc.Search)&transitionType=Do)

cument&needToInjectTerms=False&docSource=eafd730de0db40f69ab436fcd1457e33
(26.04.2022).

8. J. M. Braga de Cruz. The case to reform the EU capital maintenance rules: where do we stand now? – RDS IV (2012), 4, lk 899-934. Kättesaadav veebis:
[http://www.revistadedireitodassociedades.pt/files/RDS%202012-4%20\(899-934\)%20-%20Doutrina%20-%20Jos%C3%A9%20Maria%20Braga%20da%20Cruz%20-%20The%20case%20to%20reform%20the%20EU%20capital%20maintenance%20rules%20where%20do%20we%20stand%20now.pdf](http://www.revistadedireitodassociedades.pt/files/RDS%202012-4%20(899-934)%20-%20Doutrina%20-%20Jos%C3%A9%20Maria%20Braga%20da%20Cruz%20-%20The%20case%20to%20reform%20the%20EU%20capital%20maintenance%20rules%20where%20do%20we%20stand%20now.pdf) (26.04.2022).
9. R. S. Bradstreet. Should creditors rely on the solvency and liquidity threshold for protection? A South African case study. – Journal of African Law. Cambridge University Press 2015, lk 121-149. Kättesaadav veebis:
[https://intl.westlaw.com/Document/I7831C4F0E56611E499B7D03BDC6E0161/View/FullText.html?listSource=Search&navigationPath=Search%2fv1%2fresults%2fnavigation%2fi0ad604ac000001804ab40ca843093ae2%3fppcid%3dd12fc3b352854b7c842f505fa7d406ce%26Nav%3dINTERNATIONAL-ANALYTICAL%26navQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26listQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26fragmentIdentifier%3dI7831C4F0E56611E499B7D03BDC6E0161%26parentRank%3d0%26startIndex%3d1%26contextData%3d%2528sc.Search%2529%26transitionType%3dSearchItem&list=INTERNATIONAL-ANALYTICAL&rank=3&originationContext=docHeader&contextData=\(sc.DocLink\)&transitionType=Document&needToInjectTerms=False&docSource=cf3fe84480664aaabac7eb5b1246253c&firstPage=true](https://intl.westlaw.com/Document/I7831C4F0E56611E499B7D03BDC6E0161/View/FullText.html?listSource=Search&navigationPath=Search%2fv1%2fresults%2fnavigation%2fi0ad604ac000001804ab40ca843093ae2%3fppcid%3dd12fc3b352854b7c842f505fa7d406ce%26Nav%3dINTERNATIONAL-ANALYTICAL%26navQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26listQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26fragmentIdentifier%3dI7831C4F0E56611E499B7D03BDC6E0161%26parentRank%3d0%26startIndex%3d1%26contextData%3d%2528sc.Search%2529%26transitionType%3dSearchItem&list=INTERNATIONAL-ANALYTICAL&rank=3&originationContext=docHeader&contextData=(sc.DocLink)&transitionType=Document&needToInjectTerms=False&docSource=cf3fe84480664aaabac7eb5b1246253c&firstPage=true) (26.04.2022).
10. E. Braun. Insolvenzordnung (InsO). InsO mit EuInsVO (2015). Kommentar. 9. Aufl. 2022. C.H.Beck.
11. M. Casper. Liability of the Managing Director and the Shareholder in the GmbH (Private Limited Company) in Crisis. – German Law Journal 9/2008, lk 1131. Kättesaadav veebis:
<https://intl.westlaw.com/Document/Ifca658f984da11dd93e7a76b30106ace/View/FullText.html?listSource=Search&navigationPath=Search%2fv1%2fresults%2fnavigation%2fi0ad74016000001804c062a9886080145%3fppcid%3ded313585ab3b4073846e3ebc9f8765e0%26Nav%3dINTERNATIONAL-ANALYTICAL%26navQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26listQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26fragmentIdentifier%3dIfca658f984da11dd93e7a76b30106ace%26parentRank%3d0%26startIndex%3d81%26contextData%3d%2528sc.Search%2529%26transitionType%3dSearchItem&list=INTERNATIONAL-ANALYTICAL&rank=99&listPageSource=c58c9a14bd33e71241dae4dc29826521&origi>

- nationContext=docHeader&contextData=(sc.Search)&transitionType=Document&needToInjectTerms=False&docSource=64b8b7f06afe4e90aa9912d47103095d&firstPage=true (26.04.2022).
12. P.-H. Conac. The Societas Unius Personae (SUP): A “Passport” for Job Creation and Growth, lk 169. Kättesaadav veebis:
https://www.disag.unisi.it/sites/st07/files/allegatiparagrafo/01-02-2018/societas_unius_personae.pdf (26.04.2022).
 13. P. Davies. Directors' Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency. – European Business Organization Law Review. Vol. 7 No. 1. Cambridge University Press 2006, lk 301-337. Kättesaadav veebis: <https://www-cambridge-org.ezproxy.utlib.ut.ee/core/journals/european-business-organization-law-review-ebor/article/directors-creditorregarding-duties-in-respect-of-trading-decisions-taken-in-the-vicinity-of-insolvency/2A0D872F32CCA8B576DF16B56E85D27C> (26.04.2022).
 14. I. Drescher. H. Fleischer. K. Schmidt. Münchener Kommentar zum HGB. 4. Aufl. 2020. C.H.Beck.
 15. T. Drygala. What's SUP? Der Vorschlag der EU-Kommission zur Einführung einer europäischen Einpersonengesellschaft (Societas Unius Personae, SUP). – Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2014, 491. Kättesaadav veebis: <https://beck-online-beck-de.ezproxy.utlib.ut.ee/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Feuzw%2F2014%2Fcont%2Feuzw.2014.491.1.htm&pos=14&hlwords=on> (26.04.2021).
 16. P. Dubois. J. Gumpelson. S. Lemseffer. Insolvency and directors' duties in France: overview. Kättesaadav veebis:
[https://content.next.westlaw.com/0-606-1327?__lrTS=20220329221716598&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://content.next.westlaw.com/0-606-1327?__lrTS=20220329221716598&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true) (26.04.2022).
 17. K. Feldman (koost.). Ühinguõiguse revisjoni lähteülesanne. Tallinn: Justiitsministeerium 2016. Kättesaadav veebis:
http://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/uhinguoiguse_revisjoni_lahteulesanne_loplik_1_0.5.2016.pdf (26.04.2022).
 18. U. Foerste. Pankrotiõigus. Tallinn: Juura 2017.
 19. A. Fridgen. A. Gelwitz. B. Göpfert. Beck'sche Online-Kommentare Insolvenzrecht. 26. Ed. 15.1.2022.
 20. W. Goette. M. Habersack. S. Kalss. Münchener Kommentar zum Aktiengesetz. 5. Aufl. 2019. C.H.Beck.

21. A. Haaker. The Future of European Creditor Protection and Capital Maintenance from a German Perspective. – German Law Journal 13, 2012, lk 653. Kättesaadav veebis: [https://intl.westlaw.com/Document/Icc919c58b1ca11e18b05fdf15589d8e8/View/FullText.html?listSource=Search&navigationPath=Search%2fv1%2fresults%2fnavigation%2fi0ad604ac000001804ab40ca843093ae2%3fppcid%3dd12fc3b352854b7c842f505fa7d406ce%26Nav%3dINTERNATIONAL-ANALYTICAL%26navQualifier%3dI1dec440a08911e28578f7ccc38dcbee%26listQualifier%3dI1dec440a08911e28578f7ccc38dcbee%26fragmentIdentifier%3dIcc919c58b1ca11e18b05fdf15589d8e8%26parentRank%3d0%26startIndex%3d1%26contextData%3d%2528sc.Search%2529%26transitionType%3dSearchItem&list=INTERNATIONAL-ANALYTICAL&rank=6&originationContext=docHeader&contextData=\(sc.Search\)&transitionType=Document&needToInjectTerms=False&docSource=afed5c908a2440769da71aea9baa8791](https://intl.westlaw.com/Document/Icc919c58b1ca11e18b05fdf15589d8e8/View/FullText.html?listSource=Search&navigationPath=Search%2fv1%2fresults%2fnavigation%2fi0ad604ac000001804ab40ca843093ae2%3fppcid%3dd12fc3b352854b7c842f505fa7d406ce%26Nav%3dINTERNATIONAL-ANALYTICAL%26navQualifier%3dI1dec440a08911e28578f7ccc38dcbee%26listQualifier%3dI1dec440a08911e28578f7ccc38dcbee%26fragmentIdentifier%3dIcc919c58b1ca11e18b05fdf15589d8e8%26parentRank%3d0%26startIndex%3d1%26contextData%3d%2528sc.Search%2529%26transitionType%3dSearchItem&list=INTERNATIONAL-ANALYTICAL&rank=6&originationContext=docHeader&contextData=(sc.Search)&transitionType=Document&needToInjectTerms=False&docSource=afed5c908a2440769da71aea9baa8791) (26.04.2022).
22. M. Hansson. Kapitali säilitamise reeglid Eesti ja rahvusvahelise finantsaruandluse standardite valguses. Magistritöö. Juhendaja Andres Vutt. Tallinn: Tartu Ülikool 2017. Kättesaadav veebis: http://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/57058/hansson_ma_2017.pdf (26.04.2022).
23. H. Hax. Economic Aspects of Bankruptcy Law. – Journal of Institutional and Theoretical Economics, Bd. 141, H. 1, lk 80-98. Kättesaadav veebis: <https://www.jstor.org/stable/40750784> (26.04.2022).
24. J. B. Heaton. Solvency Tests. – The Business Lawyer 2007, Vol. 62 No. 3, lk 983-1006. Kättesaadav veebis: https://www-jstor-org.ezproxy.utlib.ut.ee/stable/40688428?searchText=solvency+test&searchUri=%2Faction%2FdoBasicSearch%3FQuery%3Dsolvency%2Btest%26so%3Drel&ab_segments=0%2FSYC-6294%2Ftest_segment_2&refreqid=fastly-default%3A2d1e99f3005875880f03948a321779af&seq=1 (26.04.2022).
25. J. J. Hübler. Aktuelles europäisches und Internationales Insolvenzrecht in Krise und Insolvenz. – Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht 2020, 507. Kättesaadav veebis: <https://beck-online-beck-de.ezproxy.utlib.ut.ee/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fnzi%2F2020%2Fcont%2Fnzi.2020.507.1.htm&pos=2&hlwords=on> (26.04.2022).
26. M. Käerdi jt. Ühinguõiguse revisjon: Analüüs-kontseptsioon. Tallinn: Justiitsministeerium 2018. Kättesaadav veebis:

- https://www.just.ee/sites/www.just.ee/files/uhinguoiguse_revisjoni_analuus-kontseptsioon.pdf (26.04.2022).
27. S. Greulich. J. Bunnemann. Geschäftsführerhaftung für zur Zahlungsunfähigkeit führende Zahlungen an die Gesellschafter nach § 64 II 3 GmbHG-RefE - Solvenztest im deutschen Recht? – Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2006, 681. Kättesaadav veebis: <https://beck-online-beck-de.ezp.nlib.ee/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Ffng%2F2006%2Fcont%2Ffng.2006.681.1.htm&pos=5&hlwords=on> (26.04.2022).
28. M. Kairjak. Majanduskaristusõigus karistusõiguse revisjoni raames. – Juridica VIII/2014, lk 633-637.
29. M. Keating. Payment and Cancellation of Dividends: When Two Worlds Collide. – New Zealand Universities Law Review 2010. Kättesaadav veebis: [https://intl.westlaw.com/Document/I095d0c6ae65711df9b8c850332338889/View/FullText.html?listSource=Search&navigationPath=Search%2fv1%2fresults%2fnavigation%2fi0ad604ac000001804ab40ca843093ae2%3fppcid%3dd12fc3b352854b7c842f505fa7d406ce%26Nav%3dINTERNATIONAL-ANALYTICAL%26navQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26listQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26fragmentIdentifier%3dI095d0c6ae65711df9b8c850332338889%26parentRank%3d0%26startIndex%3d1%26contextData%3d%2528sc.Search%2529%26transitionType%3dSearchItem&list=INTERNATIONAL-ANALYTICAL&rank=4&listPageSource=47f2e5bcf6ff35c0ddc655df5815d2e0&originat ionContext=docHeader&contextData=\(sc.Search\)&transitionType=Document&needToInjectTerms=False&docSource=3875f3a2e00943ee9eeaf1a016ba330a](https://intl.westlaw.com/Document/I095d0c6ae65711df9b8c850332338889/View/FullText.html?listSource=Search&navigationPath=Search%2fv1%2fresults%2fnavigation%2fi0ad604ac000001804ab40ca843093ae2%3fppcid%3dd12fc3b352854b7c842f505fa7d406ce%26Nav%3dINTERNATIONAL-ANALYTICAL%26navQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26listQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26fragmentIdentifier%3dI095d0c6ae65711df9b8c850332338889%26parentRank%3d0%26startIndex%3d1%26contextData%3d%2528sc.Search%2529%26transitionType%3dSearchItem&list=INTERNATIONAL-ANALYTICAL&rank=4&listPageSource=47f2e5bcf6ff35c0ddc655df5815d2e0&originat ionContext=docHeader&contextData=(sc.Search)&transitionType=Document&needToInjectTerms=False&docSource=3875f3a2e00943ee9eeaf1a016ba330a) (26.04.2022).
30. D. Kershaw. Involuntary creditors and the case for accounting-based distribution regulation. – Journal of Business Law 2009, 2, lk 140-165. Sweet & Maxwell and its Contributors. Kättesaadav veebis: <https://intl.westlaw.com/Document/IA9EEECA0EF5111DDAC89E019443F967C/View/FullText.html?listSource=Search&navigationPath=Search%2fv1%2fresults%2fnavigation%2fi0ad604ac000001804ab40ca843093ae2%3fppcid%3dd12fc3b352854b7c842f505fa7d406ce%26Nav%3dINTERNATIONAL-ANALYTICAL%26navQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26listQualifier%3dI1decd440a08911e28578f7ccc38dcbee%26fragmentIdentifier%3dIA9EEECA0EF5111DDAC89E019443F967C%26parentRank%3d0%26startIndex%3d1%26contextData%3d%2528sc.Search%2529%26transitionType%3dSearchItem&list=INTERNATIONAL>

- ANALYTICAL&rank=9&originationContext=docHeader&contextData=(sc.Search)&transitionType=Document&needToInjectTerms=False&docSource=ac230718f45247f2ac337860cc0f9431 (26.04.2022).
31. V. Kõve. 10-aastane äriseadustik – tagasivaade senisele arengule. – *Juridica IX/2005*, lk 595-605.
32. R. Mader. A. Seitz. Unternehmensfortführung („Going concern“) – Prämisse, Prinzip oder Prognose? – *Deutsches Steuerrecht 2018, 1933*. Kättesaadav veebis: <https://beck-online-beck-de.ezproxy.utlib.ut.ee/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fdstr%2F2018%2Fcont%2Fdstr.2018.1933.1.htm&pos=1&hlwords=on> (26.04.2022).
33. H. Merkt. Creditor Protection Through Mandatory Disclosure. – *European Business Organization Law Review*, Vol. 7 No. 1. Cambridge University Press 2006, lk 95-112. Kättesaadav veebis: <https://www-cambridge-org.ezproxy.utlib.ut.ee/core/journals/european-business-organization-law-review-ebor/article/creditor-protection-through-mandatory-disclosure/93CE16975D9DE60073BDC6EF9BF91A32> (26.04.2022).
34. P. O. Mülbert. A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection, or: A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection. – *European Business Organization Law Review*, Vol 7. No 1. Cambridge University Press 2006, lk 357-408. Kättesaadav veebis: <https://www-cambridge-org.ezproxy.utlib.ut.ee/core/services/aop-cambridge-core/content/view/6A123A75F47B10F9E9C663D3FE0A15AF/S1566752906003570a.pdf/a-synthetic-view-of-different-concepts-of-creditor-protection-or-a-high-level-framework-for-corporate-creditor-protection.pdf> (26.04.2022).
35. F. Oppenländer. T. Trölitersch. *Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung*, 3. Aufl. 2020. C.H.Beck.
36. L. Panetsos. Accounting Standards and Legal Capital in EU Law. – *Utrecht Law Review* 2016, Vol. 12 No. 1, lk 139-158. Kättesaadav veebis: <https://www.utrechtlawreview.org/articles/abstract/10.18352/ulr.322/> (26.04.2022).
37. K. Pihlak. Ettevõtete pankrotistumise prognoosimine Eesti ettevõtete näitel. Bakalaureusetöö. Juhendaja Peeter Luikmel. Kättesaadav TalTechi digikogus (26.04.2022).
38. M. Pluta. Insolvenzgründe im Kontext von StaRUG und InsO. *Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung – Beilage* 2021, 22. Kättesaadav veebis: <https://beck-online-beck-de.ezp.nlib.ee/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fnzi-beil%2F2021%2Fcont%2Fnzi-beil.2021.22.1.htm&pos=3&hlwords=on> (26.04.2022).

39. K. Poljanec. H. Horak. Solvency Test as Yardstick For Prudent Dividend Distribution: a Croatian Outlook. Kättesaadav veebis: <https://hrcak.srce.hr/file/364230> (26.04.2022).
40. M. Preisser. Solvenztest oder Bilanztest. Das vorzugswürdige Kapitalerhaltungssystem der Europäischen Privatgesellschaft. Kättesaadav veebis: <https://www.grin.com/document/121831> (26.04.2022).
41. J. Rickford. Legal Approaches to Restricting Distributions to Shareholders: Balance Sheet Tests and Solvency Tests. – European Business Organization Law Review 2006, Vol. 7 No. 1, lk 135-179. Kättesaadav veebis: <https://www-cambridge-org.ezproxy.utlib.ut.ee/core/journals/european-business-organization-law-review-ebor/article/legal-approaches-to-restricting-distributions-to-shareholders-balance-sheet-tests-and-solvency-tests/8AB95BBF69F5527C1EC53D9D7FAC7FEE> (26.04.2022).
42. K. Saare. U. Volens. A. Vutt. M. Vutt. Ühinguõigus I. Kapitaliühingud. Tallinn: Juura 2015.
43. P. Santella. Capital maintenance in the EU: is the Second Company Law Directive really that restrictive? – European Business Organization Law Review 9(3). Cambridge University Press 2008. Kättesaadav veebis: <https://intl.westlaw.com/Document/I3FFFF4D1721A11E093D2C583C139DB77/View/FullText.html?listSource=Search&navigationPath=Search%2fv1%2fresults%2fnavigation%2fi0ad604ac000001804ab40ca843093ae2%3fppcid%3dd12fc3b352854b7c842f505fa7d406ce%26Nav%3dINTERNATIONAL-ANALYTICAL%26navQualifier%3dI1dec440a08911e28578f7ccc38dcbee%26listQualifier%3dI1dec440a08911e28578f7ccc38dcbee%26fragmentIdentifier%3dI3FFFF4D1721A11E093D2C583C139DB77%26parentRank%3d0%26startIndex%3d1%26contextData%3d%2528sc.Search%2529%26transitionType%3dSearchItem&list=INTERNATIONAL-> (26.04.2022).
44. F. D. Simões. Legal capital rules in Europe: is there still room for creditor protection? – International Company and Commercial Law Review, Sweet & Maxwell and its Contributors 2013, lk 166-172. Kättesaadav veebis: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2241011 (26.04.2022).
45. M. Schillig. "Deepening insolvency" - liability for wrongful trading in the United States? – Company Lawyer 2009, Vol. 30(10), lk 298-303. Kättesaadav veebis: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1341586 (26.04.2022).
46. W. Schön. Balance Sheet Tests or Solvency Tests – or Both? – European Business Organization Law Review, Vol. 7 No. 1. Cambridge University Press 2006, lk 181-198. Kättesaadav veebis: <https://www-cambridge-org.ezproxy.utlib.ut.ee/core/services/aop->

- cambridge-
core/content/view/19C18A8F9F7DBC704D582538B5858B60/S1566752906001819a.pdf/
balance-sheet-tests-or-solvency-tests-or-both.pdf (26.04.2022).
47. W. Schön. Playing Different Games? Regulatory Competition in Tax and Company Law Compared. – *Common Market Law Review*, Vol. 42 No. 2. 2005, lk 331-335. Kättesaadav veebis: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1590812 (26.04.2022).
48. J. Sootak. P. Pikamäe. Karistusseadustik. Komm vlj. 5. tr. Tallinn: Juura 2021.
49. G. Spindler. Trading in the Vicinity of Insolvency. *European Business Organization Law Review*, Vol. 7 No. 1. Cambridge University Press 2006, lk 339-352. Kättesaadav veebis: <https://www-cambridge-org.ezproxy.utlib.ut.ee/core/services/aop-cambridge-core/content/view/27E51817397D245BC636426343EC9D76/S1566752906003399a.pdf/trading-in-the-vicinity-of-insolvency.pdf> (26.04.2022).
50. R. Stürner. H. Eidenmüller. H. Schoppmeyer. Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung. 4. Aufl. 2019.
51. H. Ziemons. C. Jaeger. M. Pöschke. Beck'sche Online-Kommentare GmbHG. 50. Edition Stand: 01.12.2021.
52. P. Tarvis. Ärilise kaalutluse reegel juhtorgani liikme vastutuse hindamisel. Magistritöö. Juhendaja Andres Vutt. Tartu: Tartu Ülikool 2019. Kättesaadav veebis: https://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/64556/tarvis_peeter.pdf?sequence=1&isAllowed=y (26.04.2022).
53. C. Teichmann. Reform des Gläubigerschutzes im Kapitalgesellschaftsrecht. – *Neue Juristische Wochenschrift* 2006, 2444. Kättesaadav veebis: <https://beck-online-beck-de.ezproxy.utlib.ut.ee/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fnjw%2F2006%2Fcont%2Fnjw.2006.2444.1.htm&pos=4&hlwords=on> (26.04.2022).
54. T. Toom. Äriühingu maksejõuetuse ilmnemisest tulenev maksete tegemise piirang. Magistritöö. Juhendaja Andres Vutt. Tartu: Tartu Ülikool 2014, lk 51. Kättesaadav veebis: https://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/42706/toom_triin.pdf?sequence=1&isAllowed=y (26.04.2022).
55. T. Toom. Äriühingu püsiv maksejõuetus ja edasiste maksete tegemine. Kus on piir keelatu ja lubatu vahel? – *Juridica* VI/2014, lk 485-489.
56. P. Varul. Olulisemad muudatused pankrotiseaduses. – *Juridica* VI/2021, lk 407-420.
57. M. Välja. Pankrotiavalduse esitamise kohustus. Bakalaureusetöö. Juhendaja Urmas Volens. Tallinn: Tartu Ülikool 2013. Kättesaadav veebis: http://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/33112/valja_merlin.pdf (26.04.2022).

58. M.-P. Weller. Solvenztest und Existenzvernichtungshaftung - Zwei grundverschiedene Gläubigerschutzfiguren. – Deutsches Steuerrecht 2007, 116. Kättesaadav veebis: <https://beck-online-beck-de.ezproxy.utlib.ut.ee/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fdstr%2F2007%2Fcont%2Fdstr.2007.116.1.htm&pos=8&hlwords=on> (26.04.2022).

Kasutatud muud allikad

59. Distributions of profits out of a Dutch BV. Norton Rose Fulbright 2015. Kättesaadav veebis:

<https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/1deb38ae/distributions-of-profits-out-of-a-dutch-bv> (26.04.2022).

60. Distributions to shareholders under the new Dutch private company law. Clifford Chance 2012. Kättesaadav veebis:

<https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2012/09/distributions-to-shareholders-under-the-new-dutch-private-company-law.pdf> (26.04.2022).

61. Esimene tõus alates eelmisest kriisist: pankrottide arv kasvas aastaga 26%. Creditinfo 2021. Kättesaadav veebis: <https://creditinfo.ee/2021/05/esimene-tous-alates-eelmisest-kriisist-pankrottide-arv-kasvas-aastaga-26/> (26.04.2022).

62. Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv ühe osanikuga osaühingute kohta, COM/2014/0212 final, 2014/0120 (COD). Kättesaadav veebis: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/?uri=COM%3A2014%3A212%3AFIN> (26.04.2022).

63. Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv ühe osanikuga osaühingute kohta COM/2014/0212 final, 2014/0120 (COD). Teave menetluse kohta. Kättesaadav veebis: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/HIS/?uri=COM%3A2014%3A212%3AFIN> (26.04.2022).

64. Feasibility study on an alternative to the capital maintenance regime established by the Second Company Law Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 and an examination of the impact on profit distribution of the new EU-accounting regime - main report. KPMG 2008, lk 407. Kättesaadav veebis:

<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/42762?locale=et> (26.04.2022).

65. France: Restructuring & Insolvency. The Legal 500. Kättesaadav veebis: <https://www.legal500.com/guides/chapter/france-restructuring-insolvency/> (26.04.2022).

66. German restructuring and insolvency law update - New law to create restructuring frameworks. Noerr. Kättesaadav veebis:

<https://www.noerr.com/en/newsroom/news/german-restructuring-and-insolvency-law-update> (26.04.2022).

67. United Kingdom: corporate insolvency - tests of insolvency. – Journal of International Banking Law and Regulation, lk 83-85. Shearman & Sterling 2014. Kättesaadav veebis: [https://intl.westlaw.com/Document/IB3CC5710081B11E4AFDD89EE4AD02FE7/View/FullText.html?listSource=Search&navigationPath=Search%2fv1%2fresults%2fnavigation%2fi0ad604ac000001804af904dc43096227%3fpccid%3d4f8031c9af2144e88ed9d406f85145a9%26Nav%3dINTERNATIONAL-ANALYTICAL%26navQualifier%3dI1dec440a08911e28578f7ccc38dcbee%26listQualifier%3dI1dec440a08911e28578f7ccc38dcbee%26fragmentIdentifier%3dIB3CC5710081B11E4AFDD89EE4AD02FE7%26parentRank%3d0%26startIndex%3d21%26contextData%3d%2528sc.Search%2529%26transitionType%3dSearchItem&list=INTERNATIONAL-ANALYTICAL&rank=37&listPageSource=31f37607105b301474a3370ed88d8b77&originContext=docHeader&contextData=\(sc.Search\)&transitionType=Document&needToInjectTerms=False&docSource=316fffee60c94e00831a80989a848813](https://intl.westlaw.com/Document/IB3CC5710081B11E4AFDD89EE4AD02FE7/View/FullText.html?listSource=Search&navigationPath=Search%2fv1%2fresults%2fnavigation%2fi0ad604ac000001804af904dc43096227%3fpccid%3d4f8031c9af2144e88ed9d406f85145a9%26Nav%3dINTERNATIONAL-ANALYTICAL%26navQualifier%3dI1dec440a08911e28578f7ccc38dcbee%26listQualifier%3dI1dec440a08911e28578f7ccc38dcbee%26fragmentIdentifier%3dIB3CC5710081B11E4AFDD89EE4AD02FE7%26parentRank%3d0%26startIndex%3d21%26contextData%3d%2528sc.Search%2529%26transitionType%3dSearchItem&list=INTERNATIONAL-ANALYTICAL&rank=37&listPageSource=31f37607105b301474a3370ed88d8b77&originContext=docHeader&contextData=(sc.Search)&transitionType=Document&needToInjectTerms=False&docSource=316fffee60c94e00831a80989a848813) (26.04.2022).
68. Pankrotiseaduse ja teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu, 195 SE. Kättesaadav veebis: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/857ac417-4293-45a1-a782-0c19c257a42c> (26.04.2022).
69. Pankrotiseaduse ja teiste seaduste muutmise seadus eelnõu seletuskiri, 195 SE. Kättesaadav veebis: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/857ac417-4293-45a1-a782-0c19c257a42c> (26.04.2022).
70. Äriregistri seaduse eelnõu, 493 SE. Kättesaadav veebis: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/45b35838-9623-4c33-b4b4-a7b644ee4c73/%C3%84riregistri%20seadus> (27.04.2022).

KASUTATUD ÕIGUSAKTID

Eesti õigusaktid

71. Karistusseadustik. – RT I, 21.05.2021, 9.
72. Pankrotiseadus. – RT I, 30.11.2021, 13.
73. Raamatupidamise seadus. – RT I, 23.11.2021, 3.
74. Saneerimisseadus. – RT I, 04.01.2021, 39.
75. Tsiviilkohtumenetluse seadustik. – RT I, 22.12.2021, 23.
76. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. – RT I, 22.03.2021, 8.

77. Võlaõigusseadus. – RT I, 15.03.2022, 14.

78. Äriseadustik. – RT I, 12.03.2022, 12.

Euroopa Liidu õigusaktid

79. Direktiiv 2017/1132 Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv (EL) 2017/1132, 14. juuni 2017, äriühinguõiguse teatavate aspektide kohta. ELT L 169, 30.6.2017, lk 46—127.
Kättesaadav veebis:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/?uri=CELEX%3A32017L1132>
(26.04.2022).

Välisriikide õigusaktid

80. Aktiengesetz. Kättesaadav veebis: <https://www.gesetze-im-internet.de/aktg/> (26.04.2022).

81. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Kättesaadav veebis: <https://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/> (26.04.2022).

82. Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts. Bundesgesetzblatt Jahrgang 2020 Teil I Nr. 66, ausgegeben zu Bonn am 29. Dezember 2020. Kättesaadav veebis:

https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/BGBl_SanInsFoG.pdf;jsessionid=EDDF58FE755B89B72AF552823E14D9C1.1_cid289?__blob=publicationFile&v=4 (26.04.2022).

83. Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen. – Bundesministerium de Justiz. Kättesaadav veebis: <https://www.gesetze-im-internet.de/starug/BJNR325610020.html> (26.04.2022).

84. Handelsgesetzbuch. Kättesaadav veebis:

<https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/BJNR002190897.html> (26.04.2022).

85. Insolvenzordnung. Kättesaadav veebis: <https://www.gesetze-im-internet.de/inso/> (26.04.2022).

86. Model Business Corporation Act (2016 Revision) (December 9, 2016) – https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/corplaws/2016_mbca.authcheckdam.pdf (26.04.2022).

KASUTATUD KOHTUPRAKTIKA

Riigikohtu lahendid

87. RKTko 3-2-1-188-12.

88. RKTko 3-2-1-150-09.

89. RKTko 3-2-1-143-16

90. RKKko 3-1-1-49-11.

91. RKTkm 3-2-1-74-13.

92. RKHko 3-3-1-37-13.

93. RKTko 3-2-1-40-13.

Ringkonnakohtu lahendid

94. TlnRgkm 2-21-3458.

95. TrtRgkm 2-19-10335.

96. TrtRgko (20.10.2021) 2-19-14487.

97. TrtRgko (05.06.2020) 2-19-14487.

Välisriikide kohtulahendid

98. Re Exchange Banking Company (1882) 21 Ch D 519.