

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
ERAÕIGUSE OSAKOND

Talis Tiirik

VARJATUD JUHTIMINE KONTSEERNIS

Magistritöö

Juhendaja

Dr. iur. Andres Vutt

Tartu

2016

Sisukord

Sisukord	2
Sissejuhatus	3
1. Varjatud juhtimise määratlemine kontsernis	9
1.1. Kontserni olemus ja tähendus	9
1.2. Varjatud juhtimise tähendus	12
2. Kontserni ja emaühingu juhtimine	19
2.1. Emaühingu huvid ja nende mõju tütarühingule	19
2.2. Kontserni suunised	21
2.2.1. Emaühingu juhtorgani liige kui varjatud juht	21
2.2.2. Äriühingu nõuandja kui varjatud juht	23
2.2.3. Ühe aktsionäriaga kontsern	27
2.3. Kontserni moodustamisega on võimalus hoiduda tegutsemiskeelust	29
2.4. Varjatud juhtimisega kaasnev vastutus	31
2.4.1. Varjatud juhi vastutus	31
2.4.2. Emaühingu kui varjatud juhi vastutus	33
3. Tütarühingu juhtimine	40
3.1. Tütarühingu juhtimise autonoomsus	40
3.2. Tütarühingu juhatuse otsustusõigus	42
3.2.1. Seaduse alusel	42
3.2.2. Põhikirja alusel	43
3.2.3. Korralduste täitmine	46
3.3. Varjatud juhi määratud juhtorgani liikmed	49
3.4. Tütarühingu juhtorganite liikmete vastutus ja sellest vabanemine	52
3.4.1. Vastutusele võtmise võimalikkus	52
3.4.2. Vastutust välistavad asjaolud	55
Kokkuvõte	58
Shadow directoring in group. Summary	62
Kasutatud allikad	66
Kasutatud lühendid	71

Sissejuhatus

Eestis on äriühingute juhtimisega seondud reguleeritud mitmetes õigusaktides. Järjest enam saab teha järeldusi, et kui majandustegevus kasvab ja muutub rohkem kompleksemaks, siis tihti valitakse tee, mis näeb ette tütarühingu moodustamise. See võib omada mitmeid eesmärke, näiteks uue tootmisharu avamine. Kontsernide fenomen on moodsas äriühingu reaalsuses tavapärane. Tänapäeva rahvusvahelises ärimaailmas on see üldine tava, et tütarühingute näol levib kontsern kogu maailmas. Asukohariigi tütarühingute näol on olemas eelised, kuid see võib kätkeada endas ka riske. Eesti majandusest lähtuvalt võib kontserne jagada kahte gruppi. Üheks grupiks on Eesti territooriumil tegutsevad väliskontsernid, mille peategevused asuvad väljaspool Eestit ja teise grupi moodustavad Eesti kapitali kontrolli all olevad kontsernid. 2010. aastal tegutses Eestis 4807 kontserni, neist 63% Eesti ning 37% väliskapitali kontrolli all.¹ Analüüsides äriregistri portaali, siis võib nentida, et nähes, kui paljude äriühingute ainuosanikuks või- aktsionäriks on teine äriühing, siis faktiliselt võib Eestis asuvate võimalike kontsernide number olla suurem, sest klassikalises mõttes need äriühingud ei pea ennast kontserniks.

Kontsernide kaks peamist probleemi on seotud enamus- ja vähemusaktsionäride vaheliste suhetega ning aktsionäride ja võlausaldajate suhetega.² Kui välja on võimalik tuua probleeme, siis peaks eksisteerima ka lahendused, kuid Euroopa Liidu tasemel puuduvad kontsernide kohta käivad ulatuslikud reeglid. Siiski esinevad mõned kontserni puudutavad direktiivid. Näiteks ühinguõiguse seitsmes direktiiv nr. 83/349/EMÜ³, mis seotud kontserniaruande direktiiviga. Euroopa Liidus on välja töötatud ühinguõiguse üheksanda direktiivi eelnõu (kontsernidirektiiv)⁴, kuid mida ei ole senimaani vastu võetud.⁵ Lisaks haakub kontserniga tugevalt ka maksuõigus, eelkõige dividendide väljavõtmisega, riiklike maksude tasumine ja tegutsemisega erinevates liikmesriikides. Siinkohal tahan autorina etteruttavalt mainida, et käesolevas töös ei ole käsitletud kontsernidega seotud maksupoliitikat.

¹ Aasmäe, K. Majandust räsitud kriis ei säästnud ka kontsernidesse koondunud ettevõtteid. – Statistikaamet 2011. Arvutivõrgus: <http://rup.ee/uudised/majandus-ja-ari/majandust-rasinud-kriis-ei-saastnud-ka-kontsernidesse-koondunud-ettev-tteid> (18.04.2016).

² Hopt, K. J. Groups of Companies - A Comparative Study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups. European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Working Paper No. 286/2015, p 1. Arvutivõrgus: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2560935 (06.01.2016).

³ Euroopa nõukogu seitsmes 13.06.1983. a direktiiv 83/349/EMÜ, mis põhineb asutamislepingu artikli 54 lõike 3 punktil g ja käsitleb konsolideeritud aastaaruandeid. – ELT L 193/1, 18.07.1983, lk 58-74.

⁴ Preliminary draft of a directive based on article 54,3 (g) on Harmonization of the Law of Groups of Companies, Part I – EEC Doc. XI/328/74-E, Part II – EEC Doc. XV/593/75-E.

⁵ Conac, P.H. Director's Duties in Groups of Companies – Legalizing the Interest of the Group at the European Level. – European Company and Financial Law Review, 2013, No 2, p 196.

Kuna Euroopa Liidu tasemel puuduvad kontsernide kohta käivad reeglid, siis liikmesriikide seadusandluste põhjal on võimalik välja tuua kaks põhimõttelist lähenemist kontsernide reguleerimisel. Ühe võimalusena on seaduses ulatuslik kontsernide kohta käiv reeglistik (nt Saksamaa), teisel juhul puuduvad sellised reeglid ja piirdatakse üksnes kontserni defineerimise ja mõnede üksikküsimuste lahendamise (nt Põhjamaad, Ühendkuningriik).⁶ Kuna äriseadustikus on ainult üks paragrahv, mis otseselt seotud kontserniga (ÄS § 6), siis saab väita, et Eesti kuulub teise gruppi. Tõsi, leidub ka erinevaid lõikeid teistest paragrahvidest, mis puudutavad näiteks kontserni kuuluvate ühingute juhatuse liikmete piiranguid, laenu andmise piiranguid, kuid need tulenevad pigem üldisematest põhimõtetest, kuivõrd detailsest reeglistikust. Teataval juhul võib tinglikult nimetada ka kolmanda põhimõttelise lähenemise - eriseadused panganduse, konkurentsi ja maksundusega seonduvalt. Viimast gruppi reegleid võib lugeda ka esimese ja teise põhimõtte kombineeritud variandiks.⁷ Kontsernide puhul saab välja tuua kaks funktsiooni, mis teevad need eriti atraktiivseks. Esimeseks funktsiooniks peetakse kontserni kui organisatsiooni paindlikkust, mis hõlbustab jaotamist ja tootlikkust.⁸ Teiseks võimalikuks soosivaks asjaoluks saab pidada võimaliku vastutuse tekkimise minimaliseerimist.⁹ See, aga ei tähenda, et emaühingut ei oleks võimalik võtta vastutusele.

Tsiviilseadustiku üldosa seaduse¹⁰ (edaspidi: TsÜS) § 31 lg 1 alusel on eraõigusliku juriidilise isiku organiks üldkoosolek ja juhatus, kui seaduses ei ole sätestatud teisi. Sama paragrahvi teise lõike ning äriseadustiku¹¹ (edaspidi: ÄS) § 306 lg 1 alusel on eraõigusliku juriidilise isiku juhtorganiks on juhatus ning kui seaduses on sätestatud nõukogu olemasolu, siis juhtorganiks on ka nõukogu. Kuid, kas võlausaldaja saab alati kindel olla, et isik, kellega ta võlaõiguslikesse suhetesse astub, on ikka reaalne ühingu juht ehk teisisõnu – egas ta ei esinda hoopis kedagi kolmandat teise lepingupoole teadmata. Tegelikult võib reaalselt ühingu juhtimist liigitada kolmeks: *de jure* (juriidiline), *de facto* (faktiline) ja varjatud juhtimine (shadow directoring). Sellest käsitlusest tulenevalt on äriühingut võimalik juhtida omamata selleks vajalikku seaduslikku staatust ja pädevust. Niisuguse probleemi korral kerkib üles küsimus võimaliku vastutuse osas ehk, kes peaks olema vastutav äriühingu siseste ja väliste kohustuste ees.

⁶ Saare, K., Volens, U., Vutt, A., Vutt, M. Ühinguõigus I, Kapitaliühingud. Tallinn: Juura, 2015, lk 86.

⁷ *Op. cit.* Hopt, K. J., p 1.

⁸ Ferran, E. Company Law and Corporate Finance. Oxford, University Press 1999, p 26.

⁹ Ramsey, I. Holding Company Liability for the Debts of an Insolvent Subsidiary: A Law and Economics Perspective. UNSW Law Journal, 1994, p 530. Arvutivõrgus: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLJ/1994/18.pdf> (20.04.2016).

¹⁰ Tsiviilseadustiku üldosa seadus. – RT I 2002, 35, 216 ... RT I, 12.03.2015, 106.

¹¹ Äriseadustik. – RT I 1995, 26, 355 ... RT I, 30.12.2015, 73.

De jure juhiks on isik, kellel on kehtiv ametisuhe äriühingu juhtorganiga. Iga isik, kes annab juhiseid või korraldusi juhatajale, omamata selleks juriidilist pädevust, omandab samad kohustused ja vastutuse nagu tavaline juhtorgani liige. Selline regulatsioon ei välista, kuid aitab vähendada argikeeles tuntud "tankisti" kasutamist. *De facto* juhataja on see isik, kes reaalselt igapäevaselt juhib ettevõtet ja tegutseb justkui juhatuse liikmena ilma selle staatuseta. Sellist viisi võib tõlgendada millegi varjamiseks, kas siis isikul on halb maine ja temaga ei taheta teha tehinguid või sarnaselt ÄS § 308 lg 3¹ alusel on kohus talle vastavalt karistusseadustiku¹² (edaspidi: KarS) §-dele 49 ja 49¹ kohaldanud juhatuse liikmena tegutsemise keeldu või ettevõtluskeeldu. Varjatud juhiks (shadow director) saab pidada isikut, kellel on piisav mõju teiste juhatuse liikmete või firma üle tervikuna, et otsuseid mõjutada. Tal võib olla konkreetne huvi ühingu mõjutamise vastu tervikuna ja tahab, et asjad kulgeksid tema tahtmise järgi. Tuleb märkida, et isikut ei loeta "vari" juhatajaks üksnes põhjusel, et juhatajad tegutsevad majandus-ja kutsetegevuses tema nõuandeid järgides. Õiguskirjanduses on peetud oluliseks eristada *de facto* ja varjatud juhti, kuigi vastutus on üldjoontes sarnane. Siiski eksisteerib õiguskirjandust, mis leiab, et nende puhul on tegemist fundamentaalselt erinevate kontseptsioonidega ning nende kahe eristamine on vastutuse kohaldamise seisukohast äärmiselt oluline.¹³ Tegelikult on Eesti õiguses püütud varjatud juhtimisest tulenevat vastutust kaudselt omistada läbi mõjutamise paragrahvi, mille alusel oma mõju aktsiaseltsile ära kasutades juhatuse või nõukogu liiget või prokuristi aktsiaseltsi kahjuks tegutsema mõjutanud isik peab hüvitama aktsiaseltsile sellega tekitatud kahju.

Kuigi eespool sai tõdetud, et Eesti kuulub kontserni reeglitega osas ühte gruppi Ühendkuningriigiga, siis *Companies Act 2006*¹⁴ (edaspidi: CA) sisaldab väga paljude paragrahvide näol ja isegi eraldi definitsioonina varjatud juhtimise põhimõtet. CA artikkel 251 alusel saab varjatud juhiks nimetada isikut, kelle juhiste või instruksioonide järgi ühingu juhid on harjunud käituma. Kuigi ÄS § 289² reguleerib vastutust aktsiaseltsi kahjustamise eest aktsiaseltsi tegevuse mõjutamise kaudu, siis olemuselt selle ja varjatud juhtimise vahele ei saa tõmmata võrdusmärki ehk teisisõnu puudub Eesti õiguses faktilise juhi regulatsioon.

¹² Karistusseadustik. – RT I 2001, 61, 364 ... RT I, 17.12.2015, 9.

¹³ Noonan, C., Watson, S. The nature of shadow directorship: ad hoc statutory intervention or core company law principle? – Journal of Business Law, 2006, p 763.

¹⁴ Ühendkuningriigi äriseadustik *Companies Act* 2006. Arvutivõrgus: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf (11.02.2016).

Varjatud juhtimise kontseptsioon mängib olulist rolli enamusaktsionäri ja emaühingule vastutuse omistamisel. Teisisõnu on see oluline võlausaldaja kaitseks. Varjatud juhi mõistet on käsitletud paljudes jurisdiktsioonides, muuhulgas Ameerika Ühendriikides, Ühendkuningriigis, Prantsusmaal, Saksamaal, Itaalias, Hollandis, Hispaanias ja Šveitsis. Kuid nendes riikides esinevad erinevad nõuded, et enamusaktsionäri vastutusele võtta. Algse mudeli loojaks peetakse Ühendkuningriiki. CA järgi ei saa ühingut lugeda varjatud juhiks ainuüksi põhjusel, et tütarühingu juhid olid harjunud käituma emaühingu juhiste järgi. Prantsusmaal on kohtud enamusaktsionäri ja emaühingut kohelnud *dirigeant de fait* (*de facto* juhina), kui viimane pidevalt sekkub ja on seotud ühingu juhtimise või kontrollimisega ning tütarühingu otsustega.¹⁵ Seega saab öelda, et praktika on riigiti erinev. Probleemaatiliseks teeb antud teema kajastamise kohtupraktika vähesus ja selle keeruline tõendamiskoormus.

Käesoleva magistritöö eesmärgiks on analüüsida, (1) kas ja kuidas on võimalik kontsernis varjatud juhtimise staatuse tekkimine ja milline on sellega kaasnev vastutus ning (2) kas ja milliseid varjatud juhtimist soodustavaid sätteid Eesti õigus sisaldab. Eesmärkidest lähtuvalt on püstitatud hüpotees, et igasugused emaühingu poolt antavad korraldused ja soovitusel tütarühingule kujutavad endast varjatud juhtimist.

Eelnevast tulenevalt on käesolev magistritöö struktureeritud kolmeks suuremaks peatükiks. Magistritöö esimeses osas selgitatakse ja antakse lühiülevaade varjatud juhtimise kontseptsioonist ning kontserni juhtimisest. Magistritöö teises peatükis analüüsitakse, kas ja kuidas on emaühingule võimalik omistada varjatud juhi staatust ja milline on sellest tulenev vastutus. Lisaks on püütud tuua reaalseid näiteid, mis võivad viidata võimalikult varjatud juhtimisele. Võimaliku vastutuse osas on kirjeldatud asjaolusid, mis peavad kindlasti esinema, et oleks võimalik rääkida varjatud juhust. Magistritöö viimases ehk kolmandas peatükis püütakse kindlaks teha tütarühingu juhtimise autonoomsus ja sõltumatus emaühingust ning kas Eesti õiguses esineb olukordi, mis soosib varjatud juhtimise tekkimist kontsernis. Ka viimast peatükki on püütud illustreerida võimalike näidetega.

¹⁵ *Op. cit.* Hopt, K. J., p 21.

Et vastata püstitatud õiguslikule probleemile on töös kasutatud võrdlev-õiguslikku meetodit eesmärgiga võrrelda Eesti ja teiste riikide kohast seadusandlust ning kohtupraktikat, et tuvastada võimalikud erinevused ning seosed, mis võiksid kaasa aidata ÄS-i paremaks sisustamiseks ja võimaliku tulevase kohtupraktika paremaks mõistmiseks, mis puudutab varjatud juhtimist kontsernides.

Kasutatud allikate osas tuleb märkida, et nii eestikeelset kui ka võõrkeelset kirjandust on võrdlemisi vähe. Töö kirjutamiseks on kasutatud kirjandust, mis on konkreetse magistritööga kaudselt seotud, eelkõige näiteks artiklid, mis räägivad varjatud juhtimisest üldiselt ning emaühingu vastutusest. Ka erinevad välismaised veebilehed tunnistavad, et näiteks Ühendkuningriikides ja Irimaal on kohtud varjatud juhtimist kontsernis käsitletud võrdlemisi vähe. Magistritöö kirjutamisel oli olulisel kohal ka õigusaktid, eelkõige Ühendkuningriikide CA ning lisaks kontserni huvi puudutav ühtlustamiskava *European Model Company Act*¹⁶ (edaspidi: EMCA). Kuna Eestis on juba kontserni oluliselt vähem, siis arusaadaval põhjusel puudub ka meil sellel teema kohane kohtupraktika. Tsiviilseadustiku üldosa kommenteeritud väljaande kohaselt on tuleb Eesti õiguse tõlgendamisel ja rakendamisel arvestada ka välismaise kohtupraktika ja tavadega. Riigikohus on märkinud, et kuigi välismaist kohtupraktikat ei saa automaatselt üle võtta, siis on probleemi hindamisel lubatud toetuda vastavas valdkonnas rahvusvaheliselt kehtivatele tavadele ja praktikale.¹⁷ Kuna Eestis on antud teemal kohtupraktikat võrdlemisi vähe, mida analüüsida, siis on kasutatud muuhulgas näiteks ka Ühendkuningriikide ja Austraalia kohtupraktikat. Enne lõputöö valmimist jõudis Riigikohus teha otsuse ka Autorollo tsiviilasjas¹⁸, mille väiteid ja põhjendusi on kasutatud magistritöö sisustamisel. Antud lahend on üks väheseid Eesti kohtupraktikas, mis on käsitletud faktilise ühingu juhi staatust ja sellest tulenevat vastutust. Võimalike hüpoteetiliste olukordade loomiseks sai kasutatud äriregistri teabesüsteemi.¹⁹ Kuigi eestikeelses õiguskirjanduses on seni palju käsitletud äriühingu juhtorgani liikme vastutust²⁰, mõjutanud isiku vastutuse instituudiga külgnevat faktilise ühingujuhi vastutust²¹, mõjutanud isiku

¹⁶ The European Model Company Law Act, 2013. Arvutivõrgus:

http://law.au.dk/fileadmin/Jura/dokumenter/CHAPTER_16_GROUPS_OF_COMPANIES.pdf (10.03.2016).

¹⁷ Varul, P., Kull, I., Kõve, V., Käerdi, M. Tsiviilseadustiku üldosa seadus: kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2010. § 2 komm. 3.4.

¹⁸ RKTko 3-2-1-181-15 (OÜ Autorollo (pankrotis) pankrotihaldurite Martin Krupi (Krupp) ja Katrin Prüki (Prükk) hagi Rain Rosimannuse (Rosimannus), Siim Roode, OÜ Roode & Partnerid, NJORD Advokaadibüroo OÜ (endine ärinimi MAQS Law Firm Advokaadibüroo OÜ) ja Keit Pentus-Rosimannuse vastu kahjuhüvitise saamiseks.

¹⁹ E-äriregister. Registrate ja infosüsteemide keskus. Arvutivõrgus: <https://ariregister.rik.ee> (16.03.2016).

²⁰ T.Tiivel. Äriühingu juhtorgani liikme kohustused ja vastutus. Magistritöö. Tartu: Tartu Ülikooli õigusteaduskond 2004; M. Vutt. Aktsionäri kahju hüvitamise nõue aktsiaseltsi ja selle juhtorgani liikmete vastu. – Juridica 2012/II, lk 90–100.

²¹ M. Kairjak. Faktilise ühingujuhi karistusõiguslik vastutus. – Juridica 2011/VII, lk 540–547.

vastutust²² ja kontserni huvi arvestamine tütarühingu juhtimisel²³, siis puudub analüüs, mis käsitleks varjatud juhtimise staatuse omistamise võimalikkus kontsernis.

Magistritööd kõige enam iseloomustavad märksõnad: äriühinguõigus, kontsernid, emaühingud, tütarühingud, juhtimine.²⁴

²² O.Kranich. Vastutus osäühingu või aktsiaseltsi kahjustamise eest ühingu tegevuse mõjutamise kaudu. Magistritöö. Tartu: Tartu Ülikooli õigusteaduskond 2014.

²³ T.Tigane. Kontserni huvi arvestamine tütarühingu juhtimisel. Magistritöö. Tartu: Tartu Ülikooli õigusteaduskond 2015.

²⁴ Eesti Märksõnastik. Arvutivõrgus: <http://ems.elnet.ee/index.php>

1. Varjatud juhtimise määratlemine kontsernis

1.1. Kontserni olemus ja tähendus

Kontsern on ema- ja tütarühingute kogum, mis tegutseb ühtse majandusüksusena ühtse kontrolli all. Kontsernid on laialt levinud eelkõige suuremahulise äritegevuse puhul ja neil on majanduses oluline tähendus. Paljud kontsernid on ka rahvusvahelised ning kontserni kuuluvad äriühingud asuvad eri riikides. Kontsernid tekivad tavaliselt kas selliselt, et äriühing (emaühing) asutab uue äriühingu ja annab osa oma tegevusest uuele äriühingule üle, emaühing avab uue ärisuuna ja asutab selleks uue tütarühingu või emaühing omandab enamusaluse juba olemasolevas äriühingus. Kontserni on vaja õiguslikult määratleda põhjusel, et oleks võimalik teatud olukordades käsitleda iseseisvad isikuid ühtse tervikuna. Eesti õiguse kohaselt, kui üks äriühing on teises äriühingus osanik või aktsionär ning omab seal häälteenamust, nimetatakse osalevat ühingut emaühinguks ja ühingut, kus ta osaleb, tütarühinguks. Emaühingu tütarühinguks on ka ühing, kus häälteenamus on teisel tütarühingul või tütarühingutel üksinda või koos emaühinguga. Emaühing koos tütarühingu(te)ga moodustab kontserni. Kontsern on seega eelkõige majanduslik ja raamatupidamislik mõiste.²⁵ CA artiklid 1159 jj sätestavad analoogselt, et tütarühinguga on tegemist, kui esiteks, emaühing hoiab üldkoosolekul häälteenamust, teiseks, kui emaühing omab õigust nimetada ja tagasi kutsuda juhtorgani liikmeid või kolmandaks, kui emaühing omab üksi täielikku kontrolli või eeldusel, et kokkuleppel teiste aktsionäridega, on temal otsuste vastuvõtmisel häälteenamus.

Nagu eespool kirjutatud võib loogiliselt tuletada, siis kontserni eelduseks on vähemalt kahe äriühingu omavaheline seotus, millest üks omab kontrolli teise üle. Võttes aluseks ÄS-i sõnastuse, siis kontsern on moodustunud, kui üks äriühing on teises äriühingus osanik või aktsionär ning omab seal häälteenamust. Sellisel juhul nimetatakse osalevat ühingut emaühinguks ja ühingut, kus ta osaleb, tütarühinguks. Emaühingu tütarühinguks on ka ühing, kus häälteenamus on teisel tütarühingul või tütarühingutel üksinda või koos emaühinguga (ÄS § 6 lg 1). Lisaks saab tütarühinguks lugeda ka ühingut, kus teine ühing (emaühing) omab selle osaniku või aktsionärina lepingu alusel või ilma selleta valitsevat mõju (ÄS § 6 lg 2). Kokku võib kontsern esineda kolmel juhul: osaluskontsern, lepinguline kontsern ja faktiline

²⁵ Saare, K., Volens, U., Vutt, A., Vutt, M. Ühinguõigus I, Kapitaliühingud. Tallinn: Juura, 2015, lk 85.

kontserni.²⁶ Kontserni puhul tuleb silmas pidada, et selle näol ei ole tegemist juriidilise isikuga. Juriidilisteks isikuteks on TsÜS § 24 jj alusel ikkagi iseseisvad äriühingud, mis kontserni kuuluvad.

Kuigi kontserni olemus peaks olema loogiline, siis võib selle definitsioon seadustes erineda. EMCA esimese artikli alusel loetakse kontserniks äriühingute gruppi, mis koosneb emaühingust ja selle asukohamaa ning välisriikide tütarühingutest, kui ei ole teisiti sätestatud. Kuigi ÄS ei tee vahet siseriiklikul ja välismaa tütarühingul, siis näiteks Soome piiratud vastutusega ühingu seaduse²⁷ artiklis 12 on otsesõnu sätestatud, et kontserniga on tegemist, kui aktsiaselts omab kontrolli oma asukohamaa ühingu või välismaa äriühingu üle. EMCA-s on eraldi paragrahvina võetud vaevaks defineerida ema- ja tütarühingut. Lisaks on EMCA eelnõu koostajad pidanud vajalikuks märkida, et füüsiline isik ei saa olla emaühinguks.²⁸ ÄS-i sõnastusest ei olegi võimalik tegelikult teisiti aru saada. Ei ole võimalik ette kujutada, et üks füüsilisest isikust ettevõtja moodustaks äriühinguõiguse mõttes teise füüsilisest isikust ettevõtjaga kontserni, sest tegemist ei ole juriidiliste isikutega.

Kontserni kuulumisel on olemas selged eelised ja puudused. Peamise eelisena võib välja tuua, et ema- ja tütarühingu struktuur isoleerib kummagi äriühingu riskid iseseisvalt, sest nende puhul on tegemist kahe eraldisesiva juriidilise isikuga. Antud mõtet kinnitab ka ÄS, mille kohaselt vastutab osaühing või aktsiaselts oma kohustuste täitmise eest oma varaga (ÄS § 135 lg 3 ja § 221 lg 3). Tegelikult on emaühingul võimalik teostada võimu efektiivselt tütarühingu üle ka olukorras, kus emaühing omab tühist osa tütarühingu osalusest. Kontserni opereerimine lubab siiski laiendada selle äritegevuse haaret ning tõsta tootlikust, mistõttu ei olegi alati vajalik emaühingu süvateadmised tütarühingu ärilistest protsessidest. Kontserni peamised probleemid võivad väljenduda selle juhatuse ja aktsionäride vahelistes konfliktides, enamus- ja vähemusaktsionäride vahelistes erimeelsustes ning aktsionäride ja võlausaldajate vahelistes suhetes.²⁹

²⁶ *Op. cit.* Saare, K., Volens, U., Vutt, A., Vutt, M. Ühinguõigus, lk 86.

²⁷ Finnish Limited Liability Companies Act, 2012. Arvutivõrgus: <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2006/en20060624.pdf> (02.04.2016).

²⁸ The European Model Company Law Act, 2013. Arvutivõrgus: http://law.au.dk/fileadmin/Jura/dokumenter/CHAPTER_16_GROUPS_OF_COMPANIES.pdf (10.03.2016), p 7.

²⁹ *Op. cit.* Hopt, K. J., p 1.

Kontserni eelduseks on vähemalt kahe äriühingu olemasolu. Äriühingute liigid on loetletud ÄS § 2 lõikes 1, mille kohaselt on äriühinguks täisühing, usaldusühing, osaühing, aktsiaselts ja tulundusühistu ning seaduses võib ette näha ka teisi äriühinguid. Kuigi TsÜS § 25 lg 2 alusel on riik ja kohalik omavalitsus üksus küll avalik-õiguslik juriidiline isik, siis olemuslikult ei ole võimalik, et kohalik omavalitsus või riik kuuluks kontserni. Kuid edasises magistritöös, kui uurimise alla tuleb varjatud juhtimine kontsernides, siis analoogia kohaselt võiks kohalike omavalitsuste ja sellele kuuluvatele äriühingutele juhiste andmist käsitleda kui vertikaalset võimu teostamist. Nii näiteks on tavapärane, et kohalikele omavalitsustele kuuluvates äriühingutes on juhatuse või nõukogu liikmeteks selle kohaliku omavalitsuse linna- või vallavalitsuse ja volikogu liikmed, kes ideaalis peaksid käituma kohaliku omavalitsuse huvides, kuid samaaegselt ei saa unustada asjaolu, et oma kohustusi tuleb täita korraliku ettevõtja hoolsusega ning lähtuda tuleb äriühingu parimates huvides. Sama analoogia kohaselt võiks veel paralleele tuua, kui rääkida ka ministeeriumi ja riigi osalusega äriühingute vahelisest vertikaalsest juhtimisstiilist (näiteks aktsiaselts Tallinna Sadam, Tallinna Lennujaam, Eesti Energia jpt).³⁰ Näiteks Konkurentsiseaduse³¹ (edaspidi: KonkS) § 2 lg 2 alusel nähakse ette, et kui riik, kohaliku omavalitsuse üksus, avalik-õiguslik juriidiline isik või muu haldusüksus täitev isik osaleb kaubaturul, kohaldatakse talle ettevõtja kohta käivaid sätteid.

Rääkides kontserni üldisest vastutusest, siis üldpõhimõtetest tuleneb, et kui tütarühing muutub näiteks maksejõuetuks, siis tegelikult on ainult tütarühing ise vastutav enda võlgade ees ning emaühing ei kanna vastutust. ÄS-i üldpõhimõtte alusel ei vastuta aktsionär isiklikult aktsiaseltsi kohustuste eest³², kuid loomulikult vastutab süüliselt tekitatud kahju eest.³³ Lisaks näeb ÄS ette, et aktsiaselts vastutab oma kohustuste täitmise eest oma varaga ehk teisiti sõnastades ei vastuta emaühing tütarühingu kohustuste eest. Eespool sai nenditud, et kontsern on pigem majanduslik ja raamatupidamislik mõiste, siis võlausaldaja jaoks ei saa kohustuste täitmise nõudmisel olla võlusõnaks “emaühing”.

³⁰ Riigi osalusega äriühingud. Arvutivõrgus:

https://www.eesti.ee/est/kontaktid/riigi_osalusega_ariuhingud_1/riigi_osalusega_ariuhingud_2 (04.03.2016).

³¹ Konkurentsiseadus. – RT I 2001, 56, 332 ... RT I, 30.12.2014, 15.

³² ÄS § 221 lg 2.

³³ ÄS § 289 lg 1.

1.2.Varjatud juhtimise tähendus

Eesti õigus ei sisalda varjatud juhtimise mõistet, mistõttu tuleb selle paremaks mõistmiseks ja selle sisustamiseks kasutada CA-d, mille artikkel 251 sätestab, et varjatud juhiks on isik, kelle juhiste ja korralduste järgi on ettevõtte juhtorgani liikmed harjunud käituma. Koheselt võib tekkida küsimus, et kuidas sisustada mõistet “harjunud käituma”, millele vastab käesolev magistritöö hilisemas faasis (punktis 2.2.1.).

Varjatud juhtimiseks saab pidada olukorda, kus isik, kes omab ning kontrollib äriühingut, kuid, kes formaalselt ei ole juhatuse liige ja kes avalikult ei teosta oma õigusi ühingu juhtimisel, kuid kelle juhiseid ja õpetussõnu täidetakse ettevõtte töötajate või juhatuse liikmete poolt. Võimalik on välja tuua peamised tegevused, mis võivad osutada käitumismallidele, et omistada isikule varjatud juhi staatus. Üldisemalt võib vastavad tegevused olla eelkõige, kui isik kehtestab äriühingule finantsilised nõuded, omab kontrolli äriühingu finantssuhete üle, moodustab või oluliselt mõjutab ettevõtte strateegilisi otsuseid, omab vetoõigust äriühingu otsuste üle, astub läbirääkimistesse äriühingu lepingupoolega juhatuse nimel või omab absoluutset õigust juhtorgani liikmete nimetamise osas.³⁴ Tegelikult võib sellesse nimekirja lisada veel tegevusi, millega omistada isikule varjatud juhtimist, kuid lõppkokkuvõttes peab igat konkreetset juhtumit hindama samm-sammult. Seesugused tegevused võivad olla indikaatoriks, et äriühing omab varjatud juhti.

Erinevalt CA-st ei sätesta ÄS samuti otsesõnu varjatud juhtimisest tulenevat vastutust. CA erinevate normide juures on kirjas, et varjatud juhti koheldakse kui äriühingu juhatuse liiget.³⁵ Üheks võimaluseks on seda tõlgendada läbi ÄS-i § 289¹ lg 1, mille kohaselt peab isik, kes oma mõju aktsiaseltsile ära kasutades juhatuse või nõukogu liiget või prokuristi aktsiaseltsi kahjuks tegutsema mõjutanud hüvitama aktsiaseltsile sellega tekitatud kahju. Kuigi antud norm võib endas kätkeada varjatud juhtimisest tulenevat vastutust, siis päris lõpuni ei saa selle paragrahvi ja varjatud juhtimise vahele tõmmata võrdusmärki. Kuna erinevates seadustes on varjatud juhile omane asjaolu, et juhatuse või nõukogu liikmed olid harjunud käituma tema juhiste järgi, siis ÄS § 289¹ lg 1 alusel piisab vastutusele võtmisest ühest konkreetsest mõjutamisest, mille tagajärjeks oli kahju tekkimine. Erinevus ÄS § 289¹ lg 1 järgi keelatud teo ja faktilise ühingujuhi kohustuste rikkumise vahel seisneb selles, et mõjutaja ÄS § 289¹

³⁴ Bottard, G. What is a Shadow Director? Future Law, 2011. Arvutivõrgus: <http://www.future-law.co.uk/wp-content/uploads/2011/09/WHAT-IS-A-SHADOW-DIRECTOR1.pdf> (16.01.2016).

³⁵ UK Companies Act artiklid 63(2), 68(5), 75(5), 76(6), 84(2), 156(6), 162(6), 165(4), 167(4), 223(1), 231(5), 239(5)(c), 265(5)(b), 272(6), 275(6), 276(3), 859.

Ig 1 mõttes kallutab äriühingu juhtorgani liiket äriühingule kahjulikke tegusid tegema või kahju ärahoidvast tegevusest hoiduma, kuid faktiline ühingujuht teeb äriühingu juhtorgani liikme asemel toiminguid ise.³⁶ Lisaks ei ole mõjutaja puhul tähtis, kas isik on otseselt või kaudselt kahju saava äriühinguga seotud või mitte.

Varjatud juhtimise puhul saab välja tuua kaks põhilist erandit. Esiteks, ei saa isikut lugeda varjatud juhiks põhjusel, kui tegemist on elukutselise nõustajaga ehk isikuga, kes tegutseb enda majandus- ja kutsetegevuses ja tema antud nõu võetakse kuulda. Arusaadavalt on "elukutselise" tingimust võimalik pahatahtlikult ära kasutada, et vabaneda varjatud juhtimise vastutusest. Eelkõige on võimalus reaalne, kui isik, kes kardab varjatud juhtimise staatust, asutab endale uue äriühingu, mille põhitegevusalaks äriregistris valib Eesti Majanduse Tegevusalade Klassifikaatorist³⁷ (edaspidi: EMTAK) 66191³⁸, mis näeb ette finantsnõustamist, sealhulgas finantsnõustamist, turuanalüüsi ja informatsiooni edastamist, investeerimisnõustamist ja hüpoteegi seadmisega seotud nõustamist. Kindlasti ei saa tegevusala märkimisega tugineda võimalikule välistavale asjaolule vastutuse suhtes, sest see ei ole õigustloov ja too juriidilise isikule kaasa lisaõigusi või kohustusi. Samuti ei saa varjatud juhiks pidada äriühingu palgalist raamatupidajat, kes nõustab äriühingu juhtorgani liikmeid seoses erinevate võimalike maksualaste küsimustega, mis otseselt kuulub tema tööülesannete hulka, mistõttu ei ole reeglina võimalik rääkida raamatupidajast kui faktiliselt ühingujuhust. Tuleb rõhutada, et sellest käsitlusest on võimalik samuti nii-öelda kõrvale kalduda. Ka professionaalse äriühingu nõustaja suhtes ei ole välistatud faktilise ühingujuhi staatuse tekkimine. See on mõeldav, kui konkreetne nõustaja on püüdnud anda juhiseid või korraldusi, millega ta väljus põhimõtteliselt tema pädevuses olevatest ülesannetest ning juhtorgani liikmed käitusidki vastavalt nendele. Hea usu põhimõttest lähtuvalt peaks iga seda laadi niinimetatud nõustaja jälgima, et teda ei saaks seostada varjatud juhtimisega.³⁹ Siiski annab CA selge aluse, mida mõista „varjatud juhtimise“ all ja mida tähendab tasu saava professionaali arvamus.⁴⁰

³⁶ RKTko 3-2-1-181-15, p 39.

³⁷ Eesti Majanduse Tegevusalade Klassifikaator (EMTAK) on rahvusvaheliselt ühtlustatud Euroopa Ühenduse majandustegevusalade statistilise klassifikaatori Eesti rahvuslik versioon. EMTAK on aluseks tegevusala määramisel, mis on omakorda oluliseks allikaks erineva valdkonnastatistika tootmisel.

³⁸ EMTAK 2008 selgitavad märkused. Arvutivõrgus: http://www.rik.ee/sites/www.rik.ee/files/elfinder/article_files/EMTAK_sisukorraga_0.pdf (02.04.2016).

³⁹ Davies, J. A guide to directors' responsibilities under the Companies Act 2006. Certified Accountants Educational Trust, July 2007. Arvutivõrgus: <http://www.accaglobal.com/content/dam/accaglobal/PDF-technical/business-law/tech-tp-cdd.pdf> (07.03.2016), p 13.

⁴⁰ CA artikkel 251(2) sätestab, et isikut ei saa lugeda varjatud juhiks põhjusel, et juhatus liige käitub juhiste järgi, mida antakse igapäevase tööülesande käigus.

Teine erand, millal ei saa rääkida varjatud juhtimisest on seotud olukorraga, kus emaühingule on tütarühingu suhtes reaalne võimalus omistada faktilise ühingujuhi staatust, kuid esineb välistav asjaolu. Kuna AS ei kehtesta otseseid reegleid, siis analüüsides antud erandit CA pinnalt, siis saab öelda sama nagu esimese erandi puhul, et emaühingut ei saa pidada tütarühingu suhtes varjatud juhiks ainuüksi põhjusel, et tütarühingu juhtorgani liikmed on harjunud käituma emaühingu juhiste või korralduste kohaselt.

Kasutades mõistet “varjatud juhtimine”, siis ei saa “juhi” all mõista alati ainult füüsilist isikut. Niinimetatud “varjatud juht” ei tähenda selle kitsas mõistes ainult isikut, kes kontrollib äriühingu juhatust ja nõukogu ilma juriidilise sildita “juhataja”, vaid seda tuleb mõtestada laiemalt. “Varjatud juhiks” võib olla ka juriidiline isik ehk emaühing, mis täielikult kontrollib tütarühingu juhtorganite poolt vastu võetavaid otsuseid.

Eesti õiguse kohaselt on juhtorgani liikmetel äriühingu ja selle aktsionäride ees laialdased kohustused, kuid vastutusele saab neid võtta siiski kindlate reeglite alusel. Kuid juhtorgani liikme vastutusele võtmisel on kriitilise tähtsusega vajalik mõista, keda saab siis pidada juhtivaks töötajaks, et oleks võimalik omistada faktilise ühingujuhi staatus. See on oluline seetõttu, et hinnata, kas isikul oli reaalne võimalus suunata tütarühingus tehtavaid protsesse temale meelepärases suunas. Kui rääkida varjatud juhtimisest, siis võib alati esineda risk, kus saame rääkida emaühingu tavalistest töötajatest, kellele saab objektiivselt omistada faktilise juhtorgani liikme staatuse. Ühelt poolt tuleks tõsta juriidiliste ühingu juhtide teadlikkust, kust jookseb piir faktilise ja varjatud juhi vahel, kuid teisalt teevad need inimesed oma tavapärasest tööd, mistõttu oleks lisavastutuse kohaldamine nende suhtes ebaõiglane. Kuid emaühingu juhti või nagu eespool selgitatud, ka emaühingut ennast, saab ebaõnnestunud tehingu puhul näha varjatud juhina, kui tütarühingu juht rikkus oma kohustust ning käitus emaühingu juhiste järgi, mis ei järginud tütarühingu parimaid huve. Kindlasti ei piisa faktilise ühingujuhi mõiste sisustamisel karistusõiguslikus mõttes juhtivtöötaja mõistest.⁴¹ Karistusõiguse kommentaar seab ette, et juhtivtöötajana tuleb üldjuhul vaadelda juriidilise isiku sisemise hierarhia tipus asuvaid töötajaid, kellele on antud pädevus teha juriidilise isiku igapäevase majandustegevuse raames juhtimisotsustusi ja võtta tema nimel kohustusi.⁴² Lisaks loetakse kohtupraktikas juhtivtöötajaks ka keskastme juhti, kui talle on juriidilise isiku organi või tippjuhi poolt delegeeritud vastutus ja ta on seetõttu konkreetses valdkonnas pädev langetama iseseisvaid

⁴¹ KarS § 14 lg 1 alusel vastutab juriidiline isik seaduses sätestatud juhtudel teo eest, mis on toime pandud tema organi, selle liikme, juhtivtöötaja või pädeva esindaja poolt juriidilise isiku huvides.

⁴² Sootak, J., Pikamäe, P. Karistusseadustik. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2015, § 14 komm 7.3.

otsustusi ning sellega suunama juriidilise isiku tahet⁴³, samuti väikeettevõtte korral töödejuhatajat, kui ta korraldab realselt selle ettevõtte põhitegevusega seonduvat.⁴⁴ Tegelikult saab väita, et siinkohal ei saa karistusõiguslikus mõttes juhtivtöötaja mõistet samastada võimaliku varjatud juhtimisega kontsernis, sest faktilise ühingu juhtimise staatuse tekkimiseks ei pea isik realselt omama juhtimisfunktsioonile omaseid pädevusi, vaid lihtsalt võimu tütarühingu otsustusprotsesside üle, mis ei pea alati väljenduma juhtimises.

Tegelikult on teatud juhtudel võimalik ka olukord, kus võlausaldaja või laenuandja võib omada täielikku kontrolli laenulepingust tulenevast survest äriühingu üle nõnda, et võlgnikul tekib reaalne tunne, et ta peab käituma vastavalt võlausaldaja või laenuandja juhistele. Sarnaselt tavalisele töötajale või äriühingu nõuandjale, on ka kreditorile võimalik omistada varjatud juhi staatust. ÄS § 281 lg 1 alusel ei ole emaühingul keelatud andmast laenu tütarühingule. Tütarühing võib anda laenu oma emaühingule või emaühingu aktsionärile, osanikule või liikmele, mis moodustab tütarühinguga sama kontserni, kui sellega ei kahjustata aktsiaseltsi majanduslikku seisundit ega võlausaldajate huve. Ema- ja tütarühingu poolt antavad vastastikused laenud võivad endas kätkeada varjatud juhtimist.

Austraalia Ülemkohtu kaasuses Buzzle vs. Apple oli peamiseks küsimuseks, kas Apple, kui laenuandja ja selle tegevdirektor käitus Buzzle'i, kui laenusaja suhtes varjatud juhina, sest laenusaja kui juriidiline isik järgis tema juhiseid ja korraldusi, mis puudutas äriühingu edasist müügistrateegiat. Buzzle'i puhul oli tegemist jaemüügiga tegeleva ettevõttega, mis vahendas Apple'i tooteid. Suur osa Buzzle'i aktsiatest olid koormatud Apple'i kasuks. Kuigi Buzzle oli lähedal, et kuulutada välja oma maksejõuetus, siis pool aastat hiljem nad jätkasid oma majandustegevusega, mida sisuliselt dikteeris Apple, korraldades neile vastavaid tehinguid. Sellel perioodil tekkis raskustes olevale Buzzle'le siiski lisaks veel 18 miljoni dollari eest lisakohustusi, kuid kaasuse puhul eluliselt tähtsa asjaoluna suutis senisele peamisele võlausaldajale Apple'ile tasuda 12 miljoni dollari eest tagasimakseid. Seevastu tasumata jäi kolmandatele võlausaldajatele ca. 6 miljoni dollari eest võlgnevusi. Sellega äriühing siiski oma tegevuse lõpetas ning likvideerijad nentisid, et Apple ning selle tegevdirektor peaksid vastutama lisaks tekkinud võlgade eest, sest sellel hetkel, kui Apple keelitas Buzzle'it jätkama, oli laenu saav äriühing iseenesest juba tegelikult maksejõuetu. Lisaks püüti tõendada, et kuigi võlgnik suutis täita osaliselt oma kohustused peamise võlausaldaja ees, siis nende tagasimaksete näol ei saanud rääkida teiste võlausaldajate ehk

⁴³ RKKKo 3-1-1-137-04, p 14.4.; 3-1-1-9-05, p 7.

⁴⁴ RKKKo 3-1-1-51-12, p 10.

antud kontekstis kolmandate isikute õigustatud ootusest ning püüti tõendada, et üks äriühing teenis ettevõtlustulu teise mõjutamisest. Kohus asus antud asjas seisukohale, et antud juhul ei olnud tegemist varjatud juhtimisega. Seda põhjendati sellega, et isik ei saa muutuda lihtsalt varjatud juhiks põhjusel, et ta kehtestab majandus- ja kutsetegevuses endale soodsaid äritingimusi ning millega teine pool tundis kohustust järgida neid.⁴⁵ Siinkohal on keeruline teha põhjapanevamaid järeldusi, kuna teada ei ole laenulepinguga seotud läbirääkimistel ja müügistrateegiat puudutavatel läbirääkimistel osalenud isikute nimekiri ning nende soovitud ega korraldused.

Eespool mainitud vaidluses leidis kohus, et analüüsid varjatud juhi staatusest tuleneva vastutuse omistamist, siis peaks selleks esinema kausaalne seos konkreetsetelt juhiste või korralduste andmise ja järgnevatel tehingute vahel. Kui tuua paralleele lepinguvabadusega, siis loogilisele lõppjäreldusele jõudis ka kohus, et äriühingu juhatuse liikmed on vabad otsustama ja tegema tehinguid, mis on ja mis ei ole ettevõtte parimates huvides. Äritegevuse üheks eesmärgiks on kasumi teenimine, mistõttu ei saa pimesi alati nõustuda teise lepingupoole tingimustega. Kui tugineda väitele, et järgiti tegevdirektori juhiseid, siis kerkib koheselt küsimus - milline on see ajavahemik, mille jooksul saab isikul tekkida tunne, et varjatud juhi juhised on saanud tavaks. Kui analüüsida Eesti õiguse kohaselt võimalikku käsitlust, millega ollakse harjunud ehk tava, siis kõige mõistlikum oleks selle sisustamisel tugineda võlaõigusseadusele. Vastavalt VÕS § 25 lõike 1 kohaselt saab tavaks lugeda olukorda, kui lepingupoolel on oma majandus- või kutsetegevuses sõlmitud lepingu puhul kohustatud järgima iga tava, mille järgimises nad on kokku leppinud, ja praktikad, mis on nendevahelistes suhetes tekkinud. Aga kuna VÕS § 25 kuulub kohaldamisele eelkõige kohustuste laiendamisel ning kohustuste sisu täpsustamisel või muudel juhtudel õiguslikuks aluseks lepingulise võlasuhte sisu kindlaksmääramisel⁴⁶, siis varjatud juhtimise käigus tekkinud harjumuslikku käitumist ei saa tõlgendada VÕS § 25 alusel. Lõpetuseks nentis antud kaasuses kohus, et varjatud juhil peab olema potentsiaalne ja reaalne võimalus kontrollida võlgniku olukorda ja suunata vastavaid tehinguid suunas, mis on võlausaldajale meelepärased. Tõenäoliselt oleks võlgnik võinud oma äritegevuse lõpetada siis, kui esimest korda maksejõuetus tekkis, kuid majanduse jätkamisest tulenevat kahju on sellegipoolest keeruline, kui mitte võimatu, omistada võlausaldajale.

⁴⁵ Buzzle Operations Pty Ltd (In Liq) v Apple Computer Australia Pty Ltd [2010] NSWSC 233.

⁴⁶ Varul, P. Kull, I. Kõve, V. Käerdi, M. Võlaõigusseadus I: kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2006. § 25 komm. 4.1.

Kuigi antud juhul leidis kohus, et tegevdirektorile ei saa omistada faktilise ühingujuhi staatust, tuleb sellisesse käitumisse suhtuda kriitiliselt. Seesugune küsimus võib tõenäoliselt tõusetuda juhul, kui laenu saav ettevõtte on maksejõuetu ning siis tuleb mängu laenuandja, kes hakkab dikteerima, kuidas peaks pankroti äärel olev ettevõtte hakkama kujundada enda edasist majandustegevust. Kaasuse kontekstist lähtuvalt ei ole ilmvõimatu omistada faktilise juhi staatust ka pankadele ja teistele võlausaldajatele. Sellise käsitluse võimalikkus võib avaneda olukorras, kus laenu saav äriühing on makseraskustes ning algatatud on saneerimismenetlus. Siinkohal võiks käsitleda ka piimatööstus AS Tere kaasust. Nimelt, äriregistri andmetel kuuluvad ettevõtte aktsiad teatud osas Nordea Bank AB Eesti filiaalile, kes on teistpidi ühtlasi ka piimaetevõtte võlausaldaja⁴⁷, kes omab saneerimisseaduse⁴⁸ § 24 lg 1 alusel hääleõigust saneerimiskava vastuvõtmisel. Põhimõtteliselt on tekkinud olukord, kus pank, kes ei juhi äriühingu majandustegevust, võib läbi saneerimisprotsessi omada pädevust suunata äriühingu ehk võlgniku majandustegevust suunas, mis talle on sobivaim – antud konteksti kohaselt kas hääletada saneerimise poolt või jätta saneerimiskava poolt hääletamata ning sellega taotleda pankrotti või hoopistükkis ettevõtte müümist.

Kui modifitseerida Buzzle'i ja Apple'i kaasust selliselt, et võlausaldaja näol oleks tegemist emaühinguga, siis on tõenäoline, et kohus oleks teinud siiski teistpidise otsuse ning omistanud emaühingu tegevdirektorile varjatud juhi staatuse. Sellisel juhul saab väita, et emaühing otsustas oma kasumi eesmärgil võtta viimast tütarühingu majandustegevusest ning selle lõpptulemuseks kujunes pankrot, mida oleks saanud ära hoida, kui arvestatud oleks konkreetsel juhul kontserni ja tütarühingu huvidega. Tõenäoliselt on kontserni puhul lihtsam sisustada eespool viidatud „ajaperioodi“ ehk kas võlgnikust tütarühingu juhtorgani liikmed oleksid olnud harjunud tegevdirektori juhustega. Modifitseeritud kaasust silmas pidades tuleb arvestada ÄS-i §-st 281 tulenevate laenukeeldudega.

Peamine eelis, mis tuleneb emaühingu ja tütarühingu struktuurist, on kontrolli olemasolu. On täiesti reaalne ja võimalik, et käivet mitteomav äriühing, olenemata selle äriühingu liigist, omab hääleõiguse enamust tütarühingus ning vastupidi. Reeglina tähendab see seda, et emaühingul on õigus valida ja kutsuda tagasi tütarühingu juhatuse liikmeid ja/või nõukogu liikmeid ning kinnitada tütarühingu majandusaasta aruanded ja tegevusplaanid. Lihtsustatult saab öelda, et emaühing omab kontrolli tütarühingu tegemist puudutavates küsimustes, eelkõige, kes kuuluvad juhtorganitesse ning kuidas on äriühingu majandustegevus

⁴⁷ BNS. Kohus algatas AS Tere saneerimise. – Postimehe majandusuudised 18.03.2016. Arvutivõrgus: <http://majandus24.postimees.ee/3589143/kohus-algatas-as-tere-saneerimise> (19.04.2016).

⁴⁸ Saneerimisseadus. – RT I RT I 2008, 53, 296 ... RT I, 09.05.2014, 18.

reguleeritud. Siinkohal saabki liigse kontrolli olemasolul rääkida varjatud juhtimisest. Seetõttu on äärmiselt oluline, et nii ema- kui ka tütarühingu juhtimisel mõistaksid mõlemad erinevust emaühingu kontrolli teostamise ja tütarühingu iseseisvust otsuste vastuvõtmise vahel.

2. Kontserni ja emaühingu juhtimine

2.1. Emaühingu huvid ja nende mõju tütarühingule

Kontserni mõistega võib paratamatult tekkida seos kohevalt emaühinguga ning selle tütarühingutega, mis tegutsevad ainult emaühingu tarbeks või kasuks. Arvestades kontserni huvi üldisemalt, on õiguskirjanduses analüüsitud, kas kontserni huvina tuleb mõista kontserni emaühingu huve. T. Tigane jõudis oma magistritöös järeldusele, et kuigi kontserni huvi määratletakse erinevates regulatsioonides erinevalt, siis nende käsitluste kohaselt ei ole kontserni huvi ühelgi juhul võrdsustatud üksnes emaühingu huviga.⁴⁹ Lisaks jõuti kõnealusel magistritöö järeldusele, et erinevaid käsitlusi kokku võttes, on kontserni huvi kas kontserniühingu individuaalne huvi või kontserniühingute individuaalsetest huvidest iseseisev kontseptsioon ehk kontserni kui terviku huvi. Olgugi, et kontserni huvi määramise lähtepunktid erinevad põhimõtteliselt, ei ole tehingu kontserni huvidele vastavuse analüüsimise tulemused tihti erinevad. Üksiku kontserniühingu kasuks tegutsemine võib praktikas olla ka kontserni kui terviku huvides.

Kui sissejuhatuses sai mainitud, et kuna ÄS ei sisalda detailset kontsernide reeglistikku, siis tuleb ema- või tütarühingu juhtimisel käituda üldpõhimõtete alusel ehk lähtuda tuleks korraliku ettevõtja hoolsusest ning hea ühingujuhtimise tava kohaselt. Kontserni huvi arvestamine on eelkõige õiguspoliitiline küsimus, kas vähendada kontserniühingute autonoomiat ning viia õiguslik regulatsioon kooskõlla majandusliku tegelikkusega, kus kontserne käsitletakse terviklikumalt kui seda teeb kehtiv õigus. Kontserni huviga arvestava regulatsiooni ülevõtmise võimaliku negatiivse mõjuna on välja toodud õigusselguse vähenemine. Samas ei ole ka ÄS-i kehtiv regulatsioon kontserni huviga arvestamise küsimuses selge.⁵⁰ 2015. aasta lõpus märkis tsiviilkolleegium, et ekslik on maakohtu seisukoht, et kontsernisisesed otsused ei saa üheski olukorras prevaleerida juhatuse liikmete kohustuste üle ja et iga juhatuse liige peab tegutsema alati vaid selle äriühingu huvides, mille juhatuse liige ta on.⁵¹ Õige on küll see, et seadus ei näe ette selgeid erandeid kontserni kuuluvate äriühingute juhatuse liikmete hoolsuskohustuse kohta, kuid juhatuse liikme hoolsusstandardi sisustamisel tuleb arvestada ka kontsernisuhteid. Ärilise kaalutluse reegli nõudeid saab lugeda täidetuks juhul, kui juhatuse liige ei ole oma tegevusest isiklikult

⁴⁹ *Op. cit.* Tigane, T., lk 59.

⁵⁰ *Ibid.*, 66.

⁵¹ RKTko 3-2-1-129-15, p 17.

huvitatud, ta on informeeritud määral, mida saab vastavalt asjaoludele pidada mõistlikuks, ja kui sarnases olukorras tegutsev heauskne juhatuse liige võib ratsionaalselt uskuda, et tema tegevus või otsus on ühingu parimates huvides. Kui eelnimetatud nõuded on täidetud, tuleb juhatuse liikme tegevus lugeda osatüingu suhtes põhjendatuks sõltumata sellest, milline on tegelik tagajärg. Ärilise kaalutluse reegli järgimise hindamisel on keskse tähendusega otsuse tegemise protsess, mitte otsusega kaasnev tagajärg.

Ühest küljest on käesoleva peatüki peamiseks ideeks selgitada välja, et millised on emaühingu võimalikud sammud ja vahendid, et kasutada oma emaühingu staatusest tulenevat võimu legaalselt ning juhtida tütarühingut selliselt, et ise samal ajal mitte olemast varjatud juht. Seejuures on oluliseks märksõnaks tütarühingute juhtimisel ka usaldusväarsus. Krediitiasutuste seaduse⁵² § 20⁵ lg 2 p 3 näeb ette, et Eesti finantseerimisasutus, kes on krediitiasutuse tütarühingu või kelles kaks või enam krediitiasutust omavad koos valitsevat mõju ning kes soovib asutada lepinguriigis filiaali või pakkuda piiriüleseid teenuseid, peab finantseerimisasutuse krediitiasutusest emaühing taotlema Finantsinspeksioonilt kirjaliku kinnituse, et emaühing tagab finantseerimisasutuse usaldusväärse juhtimise.⁵³ See küll ei välista absoluutselt, kuid annab võimaliku aluse loast keelduda, kui peaks näima, et tütarühingu juhtimine ei pruugi olla läbipaistev ja usaldusväärne ehk käesoleva magistriröö kohaselt võib esineda faktiline ühingujuht. Samuti võib usaldusväarsust kahandada emaühing, mis asub niinimetatud paradiisriigis, kus võimalike juhtorganite koosseisu või teisi äriühinguga seotud andmete anonüümsust hinnatakse kõrgelt.

⁵² Krediitiasutuste seadus. – RT I 1999, 23, 349 ... RT I, 11.03.2016, 4.

⁵³ Sama sisuline nõue sätestatud ka KAS § 21⁶ lg 2 p-s 3.

2.2.Kontserni suunised

2.2.1. Emaühingu juhtorgani liige kui varjatud juht

Alati võib tõusetuda küsimus, kelle huvide kohaselt käitutakse ühe või teise otsuse vastuvõtmisel äriühingu siseselt. Küsimus võibki jääda vastuseta, kui ühingat juhib hoopis faktiline juhtorgani liige, kuid sellegipoolest on oluline tuvastada persoon, keda võidakse soosida äriühingu poolt vastuvõetavate otsustustega. Kogu tõendamise võib keerulisemaks muuta ka asjaolu, et soodustatud isikuks võib olla hoopis keegi kolmas, millega võib kaasneda lisaks kõigele ka faktilise juhi olemasolu ning sellest tulenev vastutus. Seetõttu peaks ja tuleks igat varjatud juhtimisega seotud kaasust hindama kaasuse põhiselt ning puudub rusikareegel, kuidas üht või teist olukorda hinnata.

Olukorras, kus emaühingu juhatuse liige on samaaegselt ka tütarühingu juhatuse liige, on keeruline vaadata mööda võimalikust reaalsest varjatud juhtimisest. Eesti õigus sellisele võimalusele piiranguid ei sea. Vastupidi, ÄS § 312 lg 1 p 3 sätestab, et juhatuse liige võib ilma nõukogu nõusolekuta olla aktsiaseltsiga samal tegevusalal tegutseva äriühingu juhtorgani liige, kui tegemist on ühte kontserni kuuluvate äriühingutega. Suure tõenäosusega võib võlausaldajate silmis olla tegemist huvide konfliktiga, mis peaks äratama kahtlust võimalike asjasse mitte puutuvate huvide osas. EMCA kommentaaride kohaselt võib olla kindel, et kontsernides jagatakse korraldusi ülevalt alla ehk emaühingult tütarühingule juhiseid, sõltumata sellest, kas need on suulised või kirjalikud.⁵⁴ Lõppude lõpuks on oluline juhiste ja korralduste sisu ning nendest tulenev võimalik vastutusele võtmine, sest iseenesest varjatud juhtimine ei tähenda veel ilmtingimata kahju tekkimist ning kolmandate isikute võimalikest nõuetest tütarühingu, emaühingu või varjatud juhi vastu.

⁵⁴ The European Model Company Law Act, 2013. Arvutivõrgus: http://law.au.dk/fileadmin/Jura/dokumenter/CHAPTER_16_GROUPS_OF_COMPANIES.pdf (10.03.2016), p 15.

Kui Euroopas tegutsevate krediidasutuste või investeerimisühingute majandustegevus on halvenemas, siis saab nõuda nende äriühingute juhtorgani koosseisus muutumiste tegemist. Euroopa Komisjon on direktiiviga 2014/59/EU⁵⁵ soovinud luua krediidasutuste ja investeerimisühingute finantsseisundi taastamise ja kriisilahenduse õigusraamistiku. Kuigi direktiiv ei ole otsesõnu seotud kontserniga, siis võib nentida fakti, et Eestis tegutsevate suurimate krediidasutuste puhul on tegemist tütarühingutega, mistõttu on antud direktiiv teemakohane. Direktiivi artikkel 28 alusel peavad liikmesriigid tagama, et juhul, kui krediidasutuse või investeerimisühingu finantsseisund on oluliselt halvenemas või kui rikutakse tõsiselt seadusi, määrusi või krediidasutuse või investeerimisühingu põhikirja või esineb tõsiselid haldusaktide rikkumisi ning muude meetmete võtmine ei ole olukorra parandamiseks piisav, võivad pädevad asutused nõuda krediidasutuse või investeerimisühingu kõrgema juhtkonna või juhtorgani mõne liikme või täiskoosseisu tagasikutsumist.⁵⁶ Kõrgema juhtkonna või juhtorgani uus koosseis nimetatakse ametisse kooskõlas liikmesriigi ja Euroopa Liidu õigusega ning selle eelduseks on pädeva asutuse heakskiit või nõusolek. Sellisel puhul nimetatakse ametisse ajutine või ajutised haldurid.

Varjatud juhtimist silmas pidades on märkimisväärne asjaolu, et direktiiviga on paika pandud teatud tingimused, mis tuleb ajutise halduri nimetamise puhul täita. Näiteks, kui ametisse nimetatakse ajutine haldur, kes peab töötama koos krediidasutuse või investeerimisühingu juhtorganiga, täpsustatakse ajutise halduri nimetamise ajal ajutise halduri rolli, ülesanded ja õigused ning krediidasutuse või investeerimisühingu juhtorganile kehtestatud nõuded, mis puudutavad ajutise halduriga konsulteerimist või temalt nõusoleku saamist enne teatavate otsuste tegemist või meetmete võtmist. Lisaks tagavad liikmesriigid, et ajutisel halduril on oma ülesannete täitmiseks vajalik kvalifikatsioon, võimed ja teadmised ning tal puudub huvide konflikt. Käesoleva magistritöö raames on ajutise halduriga seonduvaga võtmekohaks krediidasutuste direktiivi artikkel 29 lg 10, mis sätestab, et ajutist haldurit ei peeta siseriikliku õiguse kohaselt varijuhiks ega de facto juhiks. Seesuguselt paika pandud reeglid aitavad vähendada võimalikku varjatud juhtimist, kuid ei välista seda lõplikult.

⁵⁵ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/59/EL, 15. mai 2014, millega luuakse krediidasutuste ja investeerimisühingute finantsseisundi taastamise ja kriisilahenduse õigusraamistik ning muudetakse nõukogu direktiivi 82/891/EMÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 2001/24/EÜ, 2002/47/EÜ, 2004/25/EÜ, 2005/56/EÜ, 2007/36/EÜ, 2011/35/EL, 2012/30/EL ja 2013/36/EL ning määruseid (EL) nr 1093/2010 ja (EL) nr 648/2012 Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0059&from=ET> (16.03.2016).

⁵⁶ Direktiivi 2014/59/EU artikkel 2(1) alusel on pädevaks asutuseks EL määruse nr 575/2013 artikli 4 lõike 1 punktis 40 määratletud pädev asutus.

Mitmel korral on eelnevalt mainitud termineid “emaühingu juhised ja korraldused”. Varjatud juhtimise tuvastamisel seisneb kardinaalne erinevus emaühingu juhiste ja nõuannete vahel, kuid problemaatiline võib olla nende omavaheline eristamine. Õiguskirjanduses on jõutud järeldusele, et “nõu andmine” on lihtsalt oma arvamuse väljendamine ja see ei ole suunatud konkreetsete otsuste vastuvõtmisele.⁵⁷ Vastupidiselt juhisele on tütarühingu juhtorgani liikmetel kohustus neid järgida. Kuigi näiteks CA-s on kirjas “juhised ja soovid” mitmuses, siis kuidas on puht grammatiliselt tõlgendades ühe, kuid väga olulise emaühingu poolt antud suunisega. Tõenäoliselt tuleb lähtuda õiguse üldpõhimõttest ja tõlgendada mitmusest selliselt, et see oleks kooskõlas seaduse mõtte ja eesmärgiga ehk varjatud juhtimine eksisteerib ka ühekordse juhise andmisel, kui see toob kaasa tütarühingu majandustegevuses oluliste otsustusprotsesside suunamise.

Varjatud juhtimise tuvastamisel on oluliseks faktoriks ka see, kas tütarühingu juhtorgani liikmed olid harjunud käituma juhiste järgi. Mõiste “harjunud käituma” viidab asjaolule, et varjatud juht omab kontrolli tütarühingu juhtorgani liikme üle, mistõttu viimasel puudub iseseisev mõtlemine ja analüüsivõime. Seega saab harjumise all mõista olukorda, kus juhitud üldjuhul aktsepteerib temale antud juhiseid ning tal puuduvad omapoolsed vastuväited.⁵⁸ Juhul kui, emaühingu liikme poolt tuleb tütarühingu liikmele juhis, mis puudutab näiteks teatud müügi- või tootmispoliitika ümberkujundamist, kuid tütarühingu juhatuse liige ei kiirusta seda tegema nii nagu emaühingu poolne korraldus ette näeb, vaid võtab aega selle analüüsimiseks, kuid lõpuks siiski nendib olukorra muutmise vajadust, siis usun, et ei saa 100-protsendiliselt jaatada varjatud juhtimise olemasolu.

2.2.2. Äriühingu nõuandja kui varjatud juht

Esineb võimalus, et äriühingu nõuandja või konsultandi näol võib olla tegemist varjatud juhiga. Varjatud juhiga on tegemist juhul, kui füüsiline või juriidiline isik, mis küll ametlikult ei ole juhatuse liikmeks, kontrollib või mõjutab ettevõtte juhtimist. Instruktsioone või nõuandeid jagavat raamatupidajat või advokaati ei saa ja ei loetagi varjatud juhtideks, sest nende tegevus kätkeb endas eraldi seisvat majandustegevust. Seda saab põhjendada ka seletusega, et kui kedagi üldse tahta pidada varjatud juhiks, kas siis füüsilise või juriidilise isiku näol, peab vastav isik omama kontrolli kas enamuse või juhatuse üle tervikuna kindlal perioodil. Siit võib aga tekkida küsimus, et mis võib olla see periood, kas pigem tehingute

⁵⁷ Shub, O. Separate Corporate Personality: Piercing the Corporate Veil. FDCC Quarterly 2006, p 262.

⁵⁸ *Ibid.*

kaupa üksikult või peaks seda siiski määrama ajalise faktori alusel. Keeruline on anda konkreetset vastust, sest see oleneb siiski suunistest, mida faktiline ühingujuht andis ning kas äriühing on kandnud seeläbi kahju. Eesti äriregister annab võimaluse ettevõtte tegevusalaks märkida konsultatsioonid.⁵⁹ Olukorras, kus emaühing on oma tegevusalaks märkinud konsultatsioonide pakkumise, siis ei saa taolise tegevusega omistada või välistada emaühingu tegevust kui varjatud juhtimist. Tuleb rõhutada, et tegevusala märkimine ei saa olla aluseks kellegi vastutusest vabanemisel, sest sellel puudub sisuline tähendus.

Kohtulahendis *Grimaldi vs. Chamelon* tuvastas Austraalia föderaal kohus, et võlaõigusliku lepingu alusel äriühingu nõuandjat saab lugeda äriühingu töötajaks ja kui varjatud juhiks, sest tema käitumine ja otsused mängisid olulist rolli, mille tagajärjel ettevõtte suunas oma majandusalaseid strateegiaid ja tehtud otsuseid.⁶⁰ Antud kaasuses varjatud juht mõjutas küsimusi, mis puudutasid ettevõtte rahanduspoliitikat, lepingueelseid läbirääkimisi ja mitmel juhul erinevaid tehinguid, mis kujutasid endast ettevõtte igapäevast majandustegevust. Kohus leidis, et antud isiku näol pidid äriühingu võlausaldajad mõistlikkuse põhimõttest lähtuvalt saama aru, et isik ei tegutse äriühingus koosseisuväliselt. Kui arvestada võlaõigusseaduses sätestatud mõistlikkuse põhimõtet, siis mõistlikuks loetakse seda, mida samas olukorras heas usus tegutsevad isikud loeksid tavaliselt mõistlikuks. Mõistlikkuse hindamisel arvestatakse võlasuhte olemust ja tehingu eesmärki, vastava tegevus- või kutseala tavaid ja praktikad, samuti muid asjaolusid. *Grimaldi* kaasuse pinnalt saab teha järelduse, et tõendamise seisukohalt on oluline, kuidas kolmas isik objektiivsetest asjaoludest tulenevalt sai aru, kes ja kuidas otsuseid vastu võttis või osales nende vastu võtmisel.

Grimaldi kaasuses anti hilisemale varjatud juhile juhatuse poolt luba osaleda selle koosolekul. Teda ei käsitletud kui juhatuse liiget ning tal puudus esindusõigus ehk võimalus ennast äriühinguga siduda. Sellele vaatamata leidis kohus, et isik oli selgelt volitatud korduvate ülesannete täitmiseks, mis oleks kolmandale poolele pidanud olema ilmselge indikaator uskumaks, et isik võib olla varjatud juht. Kohus nentis põhimõtteliselt seda, et isik ei pea omama kontrolli (ultimate control) äriühingu üle, et saavutada juhtorgani subjekti staatus. Kohtuotsust põhjendati järgmiselt: "Kui asuda seisukohale, et juhatuse liikmed lubasid isikul kutse alusel koosolekul osaleda ja teda ei võetud kui võimalikku äriühingu juhti, on siiski vastuolu selles, et aeg-ajalt lubati tal täita äriühingu nimel ülesandeid, mis pidi

⁵⁹ EMTAK 66191 alusel finantsnõustamine, mis hõlmab finantsnõustamist, turuanalüüsi, investeerimisnõustamist ja hüpoteegi seadmisega seotud nõustamist.

⁶⁰ *Grimaldi v Chameleon Mining NL* (No 2) [2012] FC AFC 6.

tekitama mõistlikule kolmandale poolele ettekujutuse, et isiku näol võib olla tegemist varjatud juhiga."

Selge on see, et isegi, kui isik osaleb kutse alusel juhatuse koosolekul, ei ole tal sellegipoolest õigust osaleda hääletusprotsessis, sest vastupidisel korral on üsna tõenäoline, et isik omandab varjatud juhi staatuse läbi otsuste vastu võtmise. Kohtupraktika alusel saab väita, et isik, kes on osalenud oluliste otsustusprotsessides, peab olema teadlik asjaoludest, et konkreetse otsuse vastuvõtmine võib mõjutab kolmandate isiku varalisi huve.⁶¹ Riigikohus on korduvalt märkinud, et normatiivse koosseisutunnuse puhul ei ole nõutav, et isik teaks selle tunnuse täpset juriidilist tähendust, vaid et ta mõistaks selle üldist sotsiaalset või üldkeelelist tähendust⁶², mistõttu ei saa varjatud juht pärast tütarühingu jaoks olulise otsuse suunamisel tugineda faktile, et ta seda tegelikult ei soovinud.

Tuvastamaks, kas tegemist on de facto või varjatud juhiga, tuleb vaadata läbi kolmanda osapoole objektiivse pilgu - kuidas nemad seda näevad.⁶³ Juhatuse koosolekul osalejat ja otsuste suunamisest huvitatud isikut ei saa lugeda lihtsalt heategijaks, kes panustab oma ressursse, nagu aega ja vaba tahet "ühiskondlikku projekti".

Kuigi isikul ei olnud pädevust käituda juhina ja võtta vastu otsuseid, siis olenemata sellest, kas talle anti koosolekul luba hääletada või sellega nõustusi vähemalt kaks nõukogu liiget konkludentselt, siis äriühingu olulisematesse küsimustesse sekkumist saab endale lubada siiski selleks ainult määratud juhataja, mitte antud olukorras varjatud juhi staatuse omandanud isik. Arvestades neid õigusi ja funktsioone, millele ta omas ligipääsu, siis oleks teda pidanud hoiatama teised juhatuse või nõukogu liikmed temale osaks saavast vastutusest, kohustustest ning usaldusisiku staatusest kui juhatuse liikmena. Sellest tulenevalt ei ole võimalik väita, et faktiliseks ühingujuhiks saamine võiks toimuda isikule teadmata või kogemata õigete asjaolude kokkulangemisel.

⁶¹ RKKKo 3-1-1-98-15, p 94.

⁶² RKKKo 3-1-1-69-12, p 15.

⁶³ Grimaldi v Chameleon Mining NL (No 2) [2012] FC AFC 6.

Kokkuvõttes leidis kohus, et antud isiku näol, olenemata sellest, kas talle anti võimalus ja pädevus täita äriühingu nimel ülesandeid, mida tavaliselt oodatakse de jure juhatuse liikmetelt või olenemata väitest, et tal oli võimalus passiivne võimalus ehk tegevusetusega mõjutada teiste juhatuse liikmete tegevust, saab isikule omistada juhatuse liikme pädevuse, aga kuna isik ei ole selleks ametlikult nimetatud, siis laieneb talle varjatud juhi staatusest tulenev vastutus.

Austraalia apellatsioonikohus vaagis sarnast küsimust nagu eespool viidatud Grimaldi kaasuses, et kas äriühingu konsultanti saab lugeda varjatud juhatuse liikmeks või mõjutajaks. Antud kaasuses oli konsultant andnud nõu äriühingu majandustegevust puudutavates sisulistes küsimustes ühele kolmest juhatuse liikmele. Kui üheks ettepanekuks oli küsimus, mis seotud tütarühingu vastaste nõuetega, siis konsultant eraldas selle päevakorrapunkti teistest sellel koosolekul arutluse all olevatest päevakorrapunktidest. Taolise käitumisega on selgelt mõistetav, et konsultandi õigusi oli laiendatud võimalusega muuta või eemaldada päevakorrapunkte, mis mõjutasid äriühingu nõuded ja selle sidemeid tütarühinguga.⁶⁴ Siinkohal ei tekiks konsultandile varjatud juhi staatuse omistamisega probleeme ka Eesti õiguses, sest juhatuse on äriühingu juhtorgan, mis esindab ja juhib aktsiaseltsi. Konkreetset juhul saab väita, et konsultant juhtis sisuliselt juhatuse tööd, eemaldades antud päevakorrapunkti, mis puudutas emaühingu nõuet tütarühingu vastu.

Apellatsioonikohus ei võtnud seisukohta, kas antud tegevus konsultandi poolt oli piisav panus, et tegemist oleks reaalse osalemisega otsustusprotsessis. Kohtu fookus oli seatud sellele, et millised on vajalikud tingimused, mis peavad olema täidetud selleks, et osaleda oluliste küsimuste otsustamisel. Kohus leidis, et osalemine otsustusprotsessis, ükskõik millise äriühingu majandustegevusega seotud koosolekul, millele järgneb reaalne otsus, ei ole piisav väitmaks konsultandi kohta, et ta võiks olla otsustuspädevust omav isik. Need otsustused, milles ta osaleb, peavad olema olulise tähendusega äriühingu enda jaoks. Mida saab Eesti õiguse kohaselt lugeda oluliseks? Tegelikult tuleb nentida eespool viidatud asjaolule, et igat kaasust tuleb vaadata eraldiseisvalt, sest oluline tehing või otsus võib erineda nii ajalises faktoris, äriühingu tegevusalalt tulenevatest erisustes, konkreetsest tehingust või kontserni enda üldisest poliitikast. Faktilise ühingujuhi tuvastamise kaasuses tugines hageja asjaoludele, et kostjad tekitasid pankrotistunud äriühingule ühiselt kahju sellega, et võtsid sellelt juhtimise faktiliselt üle ja mõjutasid selle juhatuse liiget tegema äriühingule kahjulikke tehinguid ja, et kõigil kostjatel oli äriühinguga sõlmitud käsundusleping, millest tulenevaid kohustusi nad on

⁶⁴ Shafron v Australian Securities and Investments Commission [2012] HCA 18.

rikkunud, mistõttu võivad kostjad vastutada kahju tekitamise eest ka lepingulisel alusel.⁶⁵ Kohtumenetluses ei vaieldud selle üle, et kostjad ei ole kunagi olnud de jure juhatuse liikmed. Kuigi eespool sai tõdetud, et mõjutamine ja varjatud juhtimine ei ole oma olemuslikult samad, saab siiski nende tegevust sisustada küllaltki sarnaste käitumistega. Kolleegium märkis, et mõjutamiseks ei saa lugeda seda, kui juhtorgani liige küsib väidetavalt mõjutajalt nõu või usaldab teda mingis küsimuses nagu asjatundjat.⁶⁶ Taoline kohtu põhjendus kinnitab eelpool välja toodud arvamust, et hinnates varjatud juhi käitumist, tuleb tema käitumist ja konkreetset otsust hinnata eraldi.

On selge, et "vastutust kandev isik" on laialivalguv mõiste. Ettevõtte peab mõistma ja olema teadlik, et isiku käsitlemist kui juhatuse liikmena, ei pea ta olema selleks ilmingimata äriregistrisse kantud kui juhatuse liige. Niikaua, kui konkreetne isik täidab äriühingu siseselt olulist funktsiooni ning see on mõistlikult tajutav kolmandale isikule, kannab ta samasugust vastutust nagu de jure juhatuse liige, mis on loogiline ja vajalik, et võtta vastutusele isikud, kelle puhul see võib olla välistatud põhjusel, et nad ei ole kolmandate isikute jaoks objektiivselt vaadates ühingu juhid ja neil puudub lepinguline suhe ühinguga.

2.2.3. Ühe aktsionäriiga kontsern

Varjatud juhtimine tähendab, et isik kontrollib ja juhib äriühingu otsustusprotsesse nagu de jure juhatuse liige, kuid ei oma kehtivat ametisuhet äriühingu juhtorganiga. Sarnane käitumine võib esineda ka kontsernides, mida saab käsitleda kui ühe aktsionäriiga kontserni ehk isik, kellele kuulub ainuisikuliselt mitu äriühingut, omab kõikides neis lepingulise kontserniteooria alusel kontrolli. Ühe aktsionäriiga äriühingu mõte tuleneb Euroopa Ühenduse 12. direktiivist, mis on loodud eesmärgiga täiustada ühe aktsionäriiga ühingute äriühinguõiguse direktiivi.⁶⁷ Eelnõu peamine idee on anda ühele liikmele, kas osanikule või aktsionäriile, üldkoosoleku volitused ja pädevused, et teostada sellest tulenevaid õigusi. Kaheteistkümnenda äriühinguõiguse direktiiv võeti esimest korda nõukogu poolt vastu 21. detsembril 1989, mis reguleeris ühe osanikuga äriühinguid. Põhjus seisnes selles, et osades liikmesriikides toimusid seadusandluses reformid, mille tulemusel ühe osanikuga osahingud olid teatud liikmesriigis lubatud ning see tekitas lahknevusi liikmesriikide seaduste vahel, mis

⁶⁵ 3-2-1-181-15, p 22.

⁶⁶ *Ibid.*, p 28.

⁶⁷ Euroopa Parlamendi ja nõukogu 16.09.2009. a direktiiv 2009/102/EÜ äriühinguõiguses reguleerivad ühe osanikuga osahingud. - ELT L 258/20, 01.10.2009. Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:258:0020:0025:ET:PDF> (22.02.2016).

omakorda õõnestas Euroopa siseturgu. Tulemuslik äriühingu üldjuhtimise raamistik on määrava tähtsusega, sest hästi juhitud äriühingud on tõenäolisemalt konkurentsivõimelisemad ning pikaajalises perspektiivis jätkusuutlikumad. Ainuisikulise äriühingu üheks peamiseks eesmärgiks on, et otsused saaks vastu võetud ühe isiku poolt, et ei tekiks eriarvamusi ühingu siseselt, mis mitme osanikuga ühingu puhul võib erimeelsuste tõttu halvimal juhul viia likvideerimiseni.

Ühe aktsionäri ühinguks loetakse selline äriühing, mille asutab üks isik. Samuti juhul, kui kõik selle osad lähevad üle ühele isikule. ÄS § 289¹ lg 1 näeb ette aktsiaseltsi, millel on üks aktsionär ning paneb juhatusele lisakohustuse. Nimelt, kui aktsiaseltsi kõik aktsiad kuuluvad ühele aktsionäri või kui ühe aktsionäri kõrval kuuluvad selle aktsiaseltsi aktsiad ainult aktsiaseltsile endale, peab juhatus viivitamatult esitama äriregistri pidajale sellekohase kirjaliku teadaande.

Ühe aktsionäri äriühingu eelnõude loomise eesmärk on liberaliseerida õiguskorda.⁶⁸ Tulemuslik äriühingu üldjuhtimise raamistik on määrava tähtsusega, sest hästi juhitud äriühingud on tõenäolisemalt konkurentsivõimelisemad ning pikaajalises perspektiivis jätkusuutlikumad.

Kui nüüd ainuaktsionär peaks samal hetkel olema ka juhatuse liige ning läbi lepingulise kontserniteooria omama ka tütarühingut⁶⁹, siis vaadates nii objektiivselt kui tahes, ei saa jätta mainimata, et sõltumata tütarühingu juhatuse ja nõukogu liikmeskonnast, juhib emaühingu ainuaktsionär ja juhatuse liige sisuliselt ka tütarühingut. Objektiivselt vaadates ei tohiks ainuisikulisel kontsernil tekkida probleeme võimaliku varjatud juhtimisest tuleneva vastutusega, sest võlausaldaja saab mõistlikult eeldada, et emaühingu aktsionär on ühtlasi ka tütarühingu oluliste küsimuste arutamise juures. Siiski on ainuisikuliste äriühingute eelnõus peetud vajalikuks reguleerida ka varjatud juhi mõistet. Selle kohaselt iga isik, kes annab juhiseid või korraldusi juhatajale, omamata selleks juriidilist pädevust, omandab samad kohustused ja vastutuse.⁷⁰ Selle sätte eesmärk on katta de facto juhataja ja "vari" juhataja mõiste ühtlustamist. Kokkuvõttes võib nentida, et ainuisikulise kontserni puhul on keeruline tuvastada varjatud juhtimist. Samale seisukohale võib kaudselt jõuda ka tõlgendades EMCA

⁶⁸ Draft proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on Single Member Companies (SMC). 22 July 2013. Prepared for the European Commission by members of the former Reflection Group on the future of EU company law, and other Professors, as an own initiative project.

⁶⁹ ÄS § 6 lg 2 kohaselt on tütarühinguks ka ühing, kus teine ühing omab selle osaniku või aktsionäri lepingu alusel valitsevat mõju.

⁷⁰ SMC artikkel V-3(4).

artiklit 9(4), mis näeb ette nii-öelda registrikannet, kui tegemist on ainuisikulise äriühinguga. Seega ei saa ainuisikulise äriühingutega kontserni puhul võimalik tuvastada varjatud juhtimist, sest kolmandatele isikutele on mõistlikul viisil tuvastatav, kuidas toimub reaalne juhtimine, seda eelkõige emaühingu ainuaktsionäri eestvedamisel.

2.3. Kontserni moodustamisega on võimalus hoiduda tegutsemiskeelust

Kui isikule on määratud tegutsemiskeeld, mis seisneb, et ta ei tohi teataval tegevusalal kindla ajaperioodi jooksul tegutseda, siis võib kontserni näol esineda võimalus sellest mööda hiilimiseks. Juhatuse liikmeks ei või olla nõukogu liige ning lisaks võib ÄS § 308 lõike 3 alusel näha ette isikuid, kes äriühingu põhikirjaga ei või olla juhatuse liikmeks. Täiendavalt on sama paragrahvi lõikes 3¹ sätestatud, et juhatuse liikmeks ei või olla isik, kelle suhtes on kohus vastavalt KarS §-dele 49 või 49¹ kohaldanud juhatuse liikmena tegutsemise keeldu või ettevõtluskeeldu, samuti isik, kellel on keelatud tegutseda samal tegevusalal, millel tegutseb aktsiaselts, või kellel on keelatud olla juhatuse liige seaduse või kohtulahendi alusel. Vaadates KarS-i sõnastust, siis antud juhul on välistatud edasine analüüs, mis puudutab KarS § 49¹ ettevõtluskeeldu, sest selle sisu ja sanktsioon on absoluutne ning ei anna võimalust laveerida mööda arutluse all olevast keelust.

KarS § 49 alusel võib kohus kutse- või ametiõiguste kuritarvitamise või ametikohustuste rikkumisega seotud kuriteo eest lisakaristusena kohaldada teataval ametikohal töötamise või teataval tegutsemisalal tegutsemise keeldu kuni kolmeks aastaks, mille sõnastuse väärtõlgendamisel võib esineda võimalus teataval tegutsemisalal tegutsemise keelust laveerida mööda kontserni moodustamisega.

Kohtul on võimalik isikule määrata tegutsemiskeeld kindlal tegutsemisalal. Olukorras, kus isikule on lisakaristusena ette nähtud tegutsemiskeeld äriühingus, mille ainuaktsionär ta on, siis kõige tõenäolisem tagajärg sellele oleks see, kui isik võõrandab oma aktsiad. Tegelikult võib esineda veel üks olukord, mis seisneb selles, et isikul on võimalus asutada uus äriühing, mille tegevusalaks saab valida seesuguse, mida tegutsemiskeeld ei hõlma. Edasine käik oleks vastloodud äriühinguga olemasoleva toimiva äriühingu omandamine. Kui luua hüpoteetiline olukord, kus isik on saanud tegutsemiskeelu metsanduses⁷¹ (näitlik tegevusala), kuid omab enne tegutsemiskeelu saamist väga hea kasumlikkusega äriühingut ning soovib seda edasi

⁷¹ EMTAK 84131 Põllumajanduse, metsanduse, maakasutuse, kalanduse ja jahinduse haldus.

juhtida, siis kas eksisteerib võimalus, et isik, kes on saanud keelu metsanduses loob uue äriühingu, mille tegevusalaks raamatupidamine⁷² (samuti näitlik tegevusala) ning seejärel omandab vastloodud äriühinguga valitseva mõju ettevõttes, mille tegevusalaks on metsandus ja hakkab juhtima kontserni, mille üheks tütarühinguks on ettevõtte, mille tegevusalal on isik saanud tegutsemiskeelu, kuid omab endiselt reaalselt kontrolli äriühingu üle, mille juhtorgani liikmeks olemine on keelatud. Kuna emaühingu tegevusalaks on märgitud raamatupidamine, siis on legaalne võimalus, et anda emaühingule pädevus korraldada ka tütarühingu siseasju.

Karistusseadustiku kommenteeritud väljaande kohaselt on äriühingu juhiks isik, kes sõltumata oma formaalsest ametiseisundist faktiliselt juhib äriühingu tegevust.⁷³ Tõenäoliselt soovitakse faktilise juhtimisega ära katta ka muud võimalikud juhtimistüübid ehk *de jure* ja varjatud juhtimine. Juhtimine võib avalduda erinevates vormides ega pruugi olla seotud konkreetse protseduuriga. Nii võib käsitleda äriühingu juhtimisena tegutsemist juhtorgani asemel või äriühingu tegevusese aktiivset sekkumist, juhatuse liikmete nõustamist juhtimisotsuste tegemisel, kui nõustaja seisundit ja mõju arvestades on nõuande järgimise tõenäosus väga suur. Ka ei ole oluline, milliseid tehinguid või muid toiminguid isik äriühingu nimel teeb. Oluline on äriühingu juhtstruktuuridele kuuluva pädevuse kasutamine, seega sellise pädevuse kasutamine, mis pankrotiseaduse⁷⁴ § 91 lg-te 1 ja 2 järgi on omane juriidilise isiku juhtorgani liikmele, juriidilise isiku likvideerijale või prokuristile. Riigikohus on 2007. aasta lahendis leidnud⁷⁵, et KarS § 49 alusel ära võetud õigus töötada äriühingu juhina tähendab keeldu olla nii ametlikult äriühingu juhtorgani liige kui ka täita faktiliselt ülesandeid ja evida volitusi, mis sarnastes äriühingutes kuuluvad juhtorganitele. Siinkohal on riigikohtu lahendiga vastatud küsimusele antud peatüki skeemi legaalsuses, kuid ei saa välistada võimalust, et kontserniga on võimalik hiilida mööda ärikeelust.

Lisakaristuse kohaldamine väljendub selle liigituse kohaselt vastavalt kas seaduse alusel antud õiguse äravõtmises või tulevikku suunatud karistusõiguslikus keelus tegutseda konkreetses valdkonnas.- Tegevusala tähendab isiku tegutsemist mingil kutse- või tööalal. Kui ametikoht seondub töökohaga mingis organisatsioonis, siis on tegevusala määratletav pigem funktsionaalse valdkonnaga, mis ei sõltu konkreetsest struktuurist. Igal juhul peab keeld käima konkreetselt määratletud tegevusala kohta. Kui kohus leiab, et kohtualune ei või senisel ametikohal edasi töötada, tuleb ametikoht või tegevusala nii sõnastada, et see oleks antud

⁷² EMTAK 6920 Arvepidamine, raamatupidamine ja auditeerimine; maksualane nõustamine.

⁷³ Sootak, J., Pikamäe, P. Karistusseadustik. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2015. § 49¹ komm. 7.

⁷⁴ Pankrotiseadus. – RT I 2003, 17, 95 ... RT I, 30.12.2015, 34.

⁷⁵ RKKKo 3-1-1-34-07, p 7.2.

otsuses sisalduva tegevuskeeluga hõlmatud. Käesoleva peatüki saab illustreerida Tallina Ringkonnakohtu otsusega⁷⁶, mille alusel võeti isikutelt KarS § 49 kohaselt kolmeks aastaks finantsteenuse osutamise seotud tegevusalal tegutsemise õigus, mis annab selge ja reaalse võimaluse omandada finantsteenusega seotud äriühingu üle kontroll eraldiseisva äriühinguga, mille põhitegevusalaks ei ole finantsteenuse osutamine. Seega võib hetkel kehtivat regulatsiooni grammatiliselt tõlgendades tekkida olukord, kus seadus soodustab skeemi, mille puhul on juriidiliselt kõik korrektne ehk kontserni loomisega on võimalik hoiduda kõrvale KarS § 49 sätestatud keelust. Kuid arvestades, et seaduse sätet tõlgendatakse koos seaduse teiste sätetega, lähtudes seaduse sõnastusest, mõttest ja eesmärgist, siis just kaks viimast komponenti viitavad, et tõenäoliselt ei ole KarS § 49 puhul soovitud soodustada eespool kirjeldatud skeemi.

2.4. Varjatud juhtimisega kaasnev vastutus

2.4.1. Varjatud juhi vastutus

Eesti õigus ei sisalda faktilise ühingujuhi mõistet. Selleks, et juhatuse liige vastutaks kahju tekitamise eest üldises korras, peab isiku ja äriühingu vahel olema sõlmitud juhatuse liikme leping.⁷⁷ Riigikohus on seisukohal, et faktiline ühingujuht ei saa vastutada äriühingule kahju tekitamise eest juhatuse liikme vastutuse sätete alusel.⁷⁸ CA ja Ühendkuningriigi kohtupraktika alusel omandab varjatud juht täpselt samad kohustused, keelud ja õigused nagu juriidiline juhtorgani liige.

Eesti õiguskirjanduses puudub küll käsitlus varjatud juhi vastutuse kohta, kuid on leitud, et faktiline juhatuse liige ehk isik, kes ei ole juhatuse liige, kuid kes tegutseb äratuntavalt kui juhatuse liige osanike ja/või nõukogu teadmisel kas tegeliku juhatuse liikme kõrval või tema asemel vastutab samamoodi ning samadel alustel ja eeldustel kui juriidiline juhatuse liige.⁷⁹ Kohustused hõlmavad eelkõige vastutust kahju tekkimise eest äriühingule endale ja selle võlausaldajatele. Keelud on seotud tehingutega iseendaga ning laenukeeluga. ÄS annab võimaluse aktsiaseltsi võlausaldajale nõuda juhatuse liikmelt kahju hüvitamist aktsiaseltsile,

⁷⁶ TlnRnko 1-12-12477, p 2.

⁷⁷ RKTko 3-2-1-65-08, p 34.

⁷⁸ RKTko 3-2-1-181-15, p 36.

⁷⁹ *Op. cit.* Saare, K., Volens, U., Vutt, A., Vutt, M. Ühinguõigus, lk 158.

kui ta ei saa oma nõudeid rahuldada võlgniku vara arvel.⁸⁰ Samuti on võlausaldajal või ka pankrotihalduril õigus kahju hüvitamise nõue esitada juhul, kui aktsiaselts on nõudest juhatuse liikme vastu loobunud või sõlminud temaga kompromissilepingu või nõuet või selle esitamist kokkuleppel juhatuse liikmega muul viisil piiranud või aegumistähtaega lühendanud. Samasisulised nõuded on võimalik esitada ka nõukogu liikmete vastu.⁸¹ Kuigi ÄS-s ei ole reguleeritud varjatud juhtimist, muuhulgas ka varjatud juhi vastutust, siis siinkohal on käesolev töö varjatud juhi vastutuse analüüsimisel lähtunud CA-st. CA artikkel 223(1) kohaselt need juhatuse liikme tehingud, mis nõuvad teatavad heakskiitu, kehtivad ka faktilise ühingujuhi suhtes.

Autorollo kaasuses analüüsis kolleegium võimalikku õiguslikku alust, et võtta vastutusele faktilist ühingujuhti. Lahendist nähtub, et kui isik tegutseb faktilise ühingujuhina, olenemata selleks lepingu järgi kohustatud, võib tema tegevus olla kvalifitseeritav käsundita asjaajamisena VÕS § 1018 mõttes. Lisaks jaatati ning põhjendati VÕS § 1018 lg 1 p 1 ja 2 tingimust, mille tõlgendamist varjatud juhtimise puhul võib lugeda mõistlikuks.⁸² Siiski ei pruugi kolleegiumi käsitlest piisata, et samal alustel käsitleda ka faktilise ühingujuhi käitumist kontsernis, mis iseenesest ei olnud ka kohtulahendi sisuks. Kaasuses on muuhulgas viidatud ka VÕS § 1018 lg-le 2, mis näeb ette, et käsundita asjaajamisega ei ole tegemist, kui isikul puudub tahe tegutseda teise isiku kasuks. Kuidas oleks kõige mõistlikum sisustada faktilise ühingujuhi tahet tütarühingu asja ajamisel? Õigustatud käsundita asjaajamisega ei ole tegemist siis, kui asjaajaja arvab, et aetava asja näol on tegemist üksnes tema enda asjaga. Sellisel juhul on tegemist eksliku käsundita asjaajamisega VÕS § 1026 lg 1 mõttes.⁸³ Näiteks, kui varjatud juht kasutab oma võimu ning seab tütarühingu poolt vastu võetud otsustele veto, siis kas saab sellest järeldada, et faktilisel ühingujuhil on tahe ajada tütarühingu asja. Võõra asja ajamise tahte tõendamise seisukohalt omab tähtsust see, kas tegemist on objektiivselt või subjektiivselt võõra asja ajamisega. Pigem võiks rääkida võimalikust huvide konfliktist ning veto-õigusega teostaks faktiline ühingujuht ainult enda isiklikku tahet, mistõttu ei ole võimalik allutada taolist käitumist käsundita asjaajamise reeglitele VÕS § 1026 lg 1 kohaselt.

⁸⁰ Aktsiaseltsi osas ÄS § 315 lg 4 ja 5; osäühingu osas ÄS § 187 lg 4 ja 5.

⁸¹ Aktsiaseltsi osas ÄS § 327 lg 4 ja 5; osäühingu osas ÄS § 189 lg 2.

⁸² RKTko 3-2-1-181-15, p 38.

⁸³ Käerdi, M., Köve, V., Kull, I., Varul, P. Võlaõigusseadus III. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2009. § 1018 komm. 3.3.

Varjatud juhtimise tuvastamisel ja tõendamisel võib tõusetuda probleem, kellel lasub tõendamiskohustus. Kas see kohustus peaks olema isikul, kellele on kahju tekkinud või tegemist peaks olema pööratud tõendamiskoormusega ehk isik peab tõendama, et pole käitunud varjatud juhina? Tsiviilkohtumenetluse seadustiku⁸⁴ § 230 lg 1 alusel peab kumbki pool hagimenetluses tõendama neid asjaolusid, millele tuginevad tema nõuded ja vastuväited, kui seadusest ei tulene teisiti. Pooled võivad kokku leppida tõendamiskoormise jaotuse erinevalt seaduses sätestatust ja selle, millised on tõendid, millega mingit asjaolu võib tõendada, kui seadusest ei tulene teisiti. Olukorras, kus äriühingu võlausaldaja soovib oma nõuded maksma panna äriühingu juhatuse liikme vastu ning tuginetakse väitele, et tegemist oli varjatud juhiga, siis kas võlausaldajal on objektiivselt võttes võimalik seda tõendada? Realistliku hinnangu kohaselt on see põhimõtteliselt võimatu, sest puudub ligipääs üldkoosolekute, juhatuse ja nõukogu otsuste protokollidele, rääkimata võimalikest suusõnalistest kokkulepetest. Tegelikult ilmestab hetkel aktuaalne olev Autorollo kaasus just seda, kui keeruline on tõendada faktilise ühingujuhi olemasolu.

Lisaks tuleks antud magistritöö teema raames käsitleda, kas ja millisel võimalusel oleks lepingupoolel võimalik taganeda või üles öelda leping ettevõttega, mis tegutses varjatud juhi nõuannete järgi? Ühendkuningriigi kohtupraktika alusel on asutud seisukohale, et varidirektori vastutus ei kohaldu ühinguvälistele isikutele. Seega ei ole võimalik varjatud juhtimisega seotud äriühingu äripartneril või lepingupoolel tugineda VÕS-iga reguleeritud olulisele lepingurikkumisele (VÕS § 116) jt õigusi ja kohustusi lõpetavatele õiguslikule normidele.

2.4.2. Emaühingu kui varjatud juhi vastutus

Walesi Ülemkohus arutas Antico kaasuses küsimust, kas emaühingule on võimalik omistada varjatud juhi staatust ja sellest tulenevat vastutust. Ettevõtte Pioneer (emaühing) omas 42-protsendilist osalust ettevõttes Giant (tütarühing) ning lisaks oli emaühingu poolt nimetatud ametisse tütarühingu kolm juhatuse liiget. Tütarühing omas ligi 30 miljoni dollari ulatuses kohustusi Standard Chartered panga ees, mille täitmise tähtaega korduvalt pikendati.⁸⁵

⁸⁴ Tsiviilkohtumenetluse seadustik. – RT I 2005, 26, 197 ... RT I, 10.03.2016, 10.

⁸⁵ Standard Charter Bank of Australia Ltd v Antico (1995) 13 ACLC 1381.

Kaasuse asjaolude kohaselt oli tütarühing likvideerimisel, kui pank esitas hagi emaühingu vastu ning tugines asjaolule, et emaühing muutis tütarühingu maksejõuetuks läbi erinevate tehingute, mida ehk poleks juhtunud, kui tütarühingu juhtorgani liikmed oleksid oma kohustusi täitnud korraliku ettevõtja hoolsusega. Menetluse käigus tutvuti erinevate finantsaruannetega ning nendest nähtus, et emaühing oli teinud tütarühingu eest strateegilisi otsuseid ja kontrollinud teisi majandusalaseid ja tütarühingu juhtimisega seonduvat. Kohtunik jõudis järeldusele, et emaühingu näol oli tegemist varjatud juhiga, sest emaühingu võimalus ja reaalne tegevus tütarühingu juhtimisel annab aluse seda väita, kuna tütarühingu otsuste vastuvõtmisel lähtuti emaühingu juhistest ja korraldustest. Vastutusest ei pääsenud ka tütarühingu juhatuse liikmed, sest nad rakendasid emaühingult tulnud juhiseid analüüsivamata⁸⁶, millega rikkusid oma hoolsuskohustust. Sellist tegevust on põgusalt käsitletud ka alapunktis 2.2.1. Objektiivselt vaadates on reaalne, et mõistlik inimene mõistab sellises olukorras pigem juhiste kui nõu andmist emaühingu poolt.

Kuigi emaühingut ei ole traditsiooniliselt võimalik võtta vastutusele tütarühingu tehingute või võlgade tõttu, siis põhimõtteliselt on see võimalik, kui tuvastada võimalik pettus või mõjutustegevus tütarühingu kohustuste tekkimisel. Kõige lihtsam näide oleks see, kui tütarühingu võlausaldaja suudab ära tõendada, et tütarühingule uute võlakohustuste tekkimisel oli aluseks emaühingu juhtorgani liikmete mitteteadmised tütarühingu kehvast majanduslikust olukorrast ning kui eksisteeris võimalus enne uusi kohustusi likvideerida tütarühing. Siinkohal oleks võimalus rääkida vastutuse omistamisest emaühingu juhatusele ja nõukogule. ÄS § 317 lg 1 p 1¹ alusel peab eksisteerima nõukogu nõusolek, kui otsustatakse tütarühingu lõpetamist. Sellest tulenevalt on võimalik, et kui nõukogu ei anna nõusolekut, et likvideerida tütarühing ning nende otsus tugineb aktsionäride palvele, mida nõukogu liikmed kohaldasid, arvestamata äriühingu parimate huvidega, siis on tegemist varjatud juhtimisega. Analoogsed kaasused on kirjeldatud eespool Apple vs. Buzzle ja Antico näol, kus emaühing nii-öelda kasutas tütarühingut emaühingu huvides, hoolimata selle edasisest tulevikust ning arvestamata võlausaldajate huvide ning nõuetega.

Kuigi varjatud juht võib olla nii füüsiline kui ka juriidiline isik, siis emaühingu vastu kahju nõude esitamine võib olla problemaatiline. Välistatud ei ole emaühingu vastutus tütarühingu mõjutamise eest ÄS § 289² alusel. Tegelikult taandub küsimus sellele, et kas ja millisel viisil on võimalik, et tütarühingu võlausaldaja saab nõuda tekkinud kahju ka emaühingult. Kui tugineda teooriale, et varjatud juhtimist saab omistada nii füüsilisele kui juriidilisele isikule,

⁸⁶ Standard Charter Bank of Australia Ltd v Antico (1995) 13 ACLC 1381.

siis peaks eksisteerima võimalus võtta vastutusele ka emaühing. Eesti õigusteadlased leiavad, et kuna emaühing on tütarühingu osanik või aktsionär, võib emaühing vastutada tütarühingule tekitatud kahju eest osaniku või aktsionärina.⁸⁷ Samuti võib emaühing vastutada tütarühingu juhatuse, nõukogu või prokuristi mõjutajana. Sissejuhatuses sai märgitud, et mõjutaja vastutuse ja varjatud juhi vahele ei saa tõmmata võrdusmärki. Samale seisukohale on jõudnud ka O.Kranich oma magistritöös, kus ta nendib, et varidirektori vastutust analüüsisvas kohtupraktikas avaldatud seisukoha kohaselt varidirektori vastutus ei kohaldu ühinguvälistele isikutele⁸⁸, mis on just nimelt mõjutanud isiku vastutuse kohaldamise peamiseks eesmärgiks.⁸⁹ Mõjutanud isiku ja varidirektori vastutust eristab ka nende isikute ring, kes võivad olla mõjutamise adressaatideks. ÄS § 167¹ lg 1 ja § 289² lg 1 sätestavad sõnaselgelt, et mõjutanud isik vastutab äriühingule tekkinud kahju eest, kui ta oma mõju ära kasutades mõjutas äriühingut kahjustavalt tegutsema selle juhatuse või nõukogu liiget või prokuristi. Grammatilisest tõlgendusest lähtudes piisab vastutuse tekkimiseks seega juba üheainsa juhatuse liikme mõjutamisest, kuid varjatud juhtimise tekkimiseks on oluline otsustusprotsessi üle võimu omamine, milleks ei pruugi piisata ainult ühe juhatuse liikme ülene kontroll.

Riigikohtu lahendis 3-2-1-173-15 leidis kolleegium, et kontserni kuuluvad ema- ja tütarühingud on iseseisvad juriidilised isikud, kellel kõigil on oma vara, õigused, kohustused ja võlausaldajad. Sealhulgas ei ole kolmandate isikutega tehtavatest tütarühingu tehingutest tekkivad õigused ja kohustused omistatavad emaühingule ning see seisukoht on kohaldatav ka menetluskulude kindlaksmääramisel.⁹⁰ Sarnastele seisukohtadele on Riigikohus jõudnud ka varasemates lahendites.⁹¹

Ühendkuningriigi Apellatsioonikohtu otsuses leiti, et emaühingul lasub teatud hoolsuskohustus oma tütarühingu töötajate ees, mis seisneb selles, et emaühing peab kaitsma oma tütarühingu töötajaid töökohast tingituna võimalike vigastuste eest. Niisugune otsus oli märkimisväärne ka Inglise õiguse kohaselt, sest see lõi pretsedendi, mis puudutas varjatud juhi vastutust.⁹² Samas lahendis viitas kohus Chandleri kaasusele, milles apellatsioonikohus selgitas, et millest sõltub emaühingule võimaliku vastutuse tekkimine. Oluliseks peeti nelja kriteeriumit antud kontekstis: (1) vastutust on lihtsam või kergem omistada olukorras, kus

⁸⁷ *Op. cit.* Saare, K., Volens, U., Vutt, A., Vutt, M. Ühinguõigus, lk 88.

⁸⁸ Re Unisoft Group Ltd (No. 2), 08.06.1993. [1994] B.C.C. 766.

⁸⁹ *Op. cit.* Kranich, O., lk 22.

⁹⁰ RKTko 3-2-1-173-15, p 11.

⁹¹ RKTko 3-2-1-154-15, p 9., RKHko 3-3-1-53-15, p 16.

⁹² Thompson v The Renwick Group plc [2014] EWCA Civ 635.

ema- ja tütarühing tegelevad sama tegevusega; (2) kui emaühing teadis või oleks pidanud teadma asjaolusid, mis puudutasid ohutust konkreetses tootmisharus; (3) kui emaühing teadis või oleks pidanud teadma asjaolu, et tütarühingu töökeskkond ja tootmissüsteem ei olnud ohutu ja (4) kui emaühing teadis või oleks pidanud teadma, et tütarühing ja selle töötajad tuginevad emaühingu professionaalsetele teadmistele töötajate kaitsmisel. Kohus leidis, et Chandleri kaasuses olid need tingimused täidetud ning koos sellega tõdeti, et emaühing hoidis kontrolli tütarühingu tegevuse üle, mis tegeles asbestiga. Kuna kohus leidis, et emaühing oleks vastutusest vabanemiseks saanud palgata arsti teadmistega nõustaja või vajaliku teadmise teadlase, kes oleks tegelenud asbestist tuleneva ohtudega.⁹³ Asbest on kiuline materjal, mis on mehhaaniliselt tugev ning väga vastupidav kuumusele ja keemilisele mõjutusele. Sellest kootakse sageli kangaid, mida kasutatakse tsemendi ja plastiku tugevdamiseks. Asbest on ohtlik üksnes siis, kui sellest eraldub lendlevaid kiude – asbestitolmu. Nende kiudude sisse hingamine võib põhjustada raskeid haigusi. Kuid inimesed, kes ei puutu kokku suurte asbestikogustega, haigestuvad neisse väga harva. Need haigused kujunevad peamiselt välja inimestel, kes töötavad või tavatsesid töötada asbestiga regulaarselt.⁹⁴ Ka Chandleri kaasuses oli kahju põhjustamiseks asbestitolm. See lahend erineb senimaani muust analüüsitud kohtupraktikast selle poolest, et emaühingule võib põhimõtteliselt omistada varjatud juhtimist ka tegevusetusega, kui tütarühing täidab emaühingu huve ning on viimase kontrolli all.

Rahvakeeli “tankisti” kasutamine, mis küll seondub eelkõige de jure juhatuse liikmega, või antud magistritöö kontekstis faktiline ühingujuht on oma olemasolult sarnane kaudselt karistusõiguslikule väljendile nagu peitkuritegu. Ainult selle vahega, et käitumine ei pruugi olla karistusõiguslik, kuid sellegipoolest on isikute ring, kes sellest teab, tõenäoliselt minimaalne ja kindlasti on see asjaosaliste kindlameelne tahe, et olukord nii ka jääks. On üsna tõenäoline, et varjatud juhi olemasolu võib kolmandate isikute huve arvestades tulla mängu, kui neile on tekkinud kahju, sest arvatavasti ei ole kolmanda lepingupoole huviks varjatud juhti avastada.

Varjatud juhtimise tuvastamisel ei oma tähtsust asjaolu, kellele me anname töendamiskoormuse - oluline on see, kuidas on seda üldse võimalik tuvastada, sest selle küsimuse tõusetumisel võib eksisteerida isikuid, kes võivad tahtlikult varjatud juhtimise tuvastamisele vastu töötada. Tõenäoliselt on seda lihtsam tõendada kriminaalmenetluses, kuid

⁹³ Chandler v Cape plc [2012] 1 WLR 3111.

⁹⁴ Euroopa Komisjon. Maksundus ja tolliliit. Asbest – töötervishoid ja tööohutus. Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/taxation_customs/dds2/SAMANCTA/ET/Safety/Asbestos_ET.htm (02.03.2016).

üsna keeruline on subsumeerida varjatud juhtimist karistusseadustiku 21. peatükis sätestatud koosseisudesse. Varjatud juhtimine ei ole iseenesest karistatav, vaid selle teostajal lasub kahju tekkimisel samasisuline vastutus nagu de jure juhatuse liikmel. Varjatud juhtimisega ei pea alati kaasnema kahju hüvitamise nõue. Kas Eesti kehtiv õigus näeb ette võimaluse võtta vastutusele emaühingut ka karistusõiguslikult? Karistusseadustiku 21. peatüki 7. jagu reguleerib konkurentsialaseid süütegusid. KarS § 400 lg 1 näeb ette, et keelatud on konkurentsi kahjustava eesmärgi või tagajärjega ettevõtjate vaheline kokkulepe, otsus või kooskõlastatud tegevus. Karistusseadustiku kommenteeritud väljaande kohaselt on § 400 kaitstavaks õigushüveks vaba konkurents ja vaba ettevõtlus mistahes majandustegevuse valdkonnas. Vabal konkurentsil puudub ühene legaaldefiniitsioon. Vaba konkurentsi kahjustatakse sel teel, et konkurendid või vertikaalselt seotud turgudel tegutsevad ettevõtjad isekeskis otsustavad üldse mitte konkureerida või otsustavad konkurentsi moonutada. Sellega kaovad või vähenevad vastavate ettevõtjate jaoks need riskid, mis tavapäraselt seonduvad majandustegevuses osalemise ja teiste ettevõtjate ettearvamatu käitumisega.⁹⁵ Majandusteooria kohaselt püüab iga ettevõtja suurendada oma kasumit ja vähendada riske, mis teatud piirini ühiskonna huvides. Euroopa Kohtu järgi tähendab konkurents, et iga majandussuhtes osaleja määrab iseseisvalt, kuidas ta ühisturul tegutseb ning kannab sellega seotud riskid. Kui majandussuhtes osaleja ei määra oma käitumist iseseisvalt või ei kanna oma käitumisega seotud riske, siis lakkab võistlus ning selles valguses tuleks läheneda ka KarS-i 7. jaos sätestatud kuriteokoosseisudele.⁹⁶ Kas siinkohal saab varjatud juhtimisest tulenevaid korraldusi ja juhiseid lugeda konkurentsi kahjustavaks käitumiseks? Õigusteadlased püüavad sellist kontseptsiooni tõlgendada KonkS § 2 lg 3 alusel, et tegemist on valitseva mõju kaudu seotud ettevõtte ehk emaühingu ja tütarühingu võib konkurentsiõiguses lugeda üheks ettevõtjaks.⁹⁷

Õiguskirjanduses on leitud, et äriühinguõiguses on tähtis määratleda, kas tegemist on olulise või valitseva mõjuga. Olulise mõju all peetakse silmas, et ühingul on võime osaleda teise ettevõtte finants- ja äritegevust puudutavate otsuste langetamisel, omamata kontrolli nende otsuste üle. Valitsevaks mõjuks saab pidada olukorda, kus ettevõttel on võimekus otsustada teise ettevõtte finants- ja äritegevuse üle. Seega esineb valitsev mõju teise ettevõtte tegutsemispõhimõtete määramises ja võimaluses saada osa tema kasumist. Valitsev mõju avaldub kas otseselt või kaudselt. Otseselt näeks see välja nii, et kas hääleõigusega aktsiastest omatakse üle 50 protsendi; sõlmitakse kokkulepe teiste osanikega, mille kohaselt teine

⁹⁵ *Op. cit.* Sootak, J., Pikamäe, P. § 400 komm. 3.

⁹⁶ *Ibid.*, § 400 komm. 4.

⁹⁷ *Ibid.*, § 400 komm. 7.2.

aktsionär esindab häälteenamust; vahetatakse välja enam kui pool juhatuses ja nõukogust; või emaühingu nimel tegutsev isik ostab kokku valitsevaks mõjuks vajaliku paki aktsiatest või osa.⁹⁸ Konkurentsiseadus § 4 lg 4 sätestab, et valitsev mõju on võimalus ühe või mitme ettevõtja poolt ühiselt või ühe või mitme füüsilise isiku poolt ühiselt teise ettevõtja aktsiate või osade omamise kaudu, tehingu või põhikirja alusel või muul viisil otseselt või kaudselt mõjutada teist ettevõtjat, mis võib seisneda õiguses, kas oluliselt mõjutada teise ettevõtja juhtorganite koosseisu, hääletamist või otsuseid või kasutada või käsutada teise ettevõtja kogu vara või olulist osa sellest.

Reeglina on rahvusvahelistel ettevõtetel ning kontsernidel paika pandud tegevuskava, arengustrateegia jt alusdokumendid, millest lähtutakse majandustegevuse plaanimisel ja täideviimisel. Ei ole välistatud, et taolised dokumendid võivad sätestada ka tütarühingute konkreetsed ja detailsed müügi- või teenusepoliitika, olenevalt siis sellest, millega ühing tegeleb. Kontsern pole iseenesest juriidiline isik, kuid kõige tõenäolisemalt seostub sellega koheselt emaühingu, sest võib tunduda, et kogu juhtpaneel on just tema käes. Loomulikult on võimalik, et emaühing on käibeta äriühing ning formaalselt toimub majandustegevus tütarühingus. Küsimuse puhul, kas ja kuidas on emaühingul võimalik suunata ja juhtida kontserni ja tütarühingut niimoodi, et vastuollu ei satutaks varjatud juhtimise institutsiooniga, tuleb lähtuda iga juriidilise isiku autonoomsusest, mis võib tekitada kõhklusi, et see pole võimalik, kuid järgmised alapunktid aitavad varjatud juhtimist kontsernis paremini mõista.

Ühe ettevõtja regulatsiooni peetakse oluliseks, et §-s 400 sätestatud kuritegu ei hõlma üheks ettevõtjaks loetavate isikute vahelist kokkulepet või kooskõlastatud tegevust.⁹⁹ Kui nentida, et konkurentsi kahjustav kokkulepe ei kehti emaühingu ja tütarühingu vahel, aga kui võimalikku konkurentzialast kuritegu modifitseerida ja tekitada hüpoteetiline olukord, kus kokkuleppe on teinud omavahel kaks samasse kontserni kuuluvat tütarühingut. Kas me saame väita, et sellisel juhul on need tütarühingud samamoodi käsitletavad kui üks ettevõtte? Pigem tuleks siin vastutust välistavast asjaolust loobuda ja tõdeda, et tegemist on konkurentsi kahjustava kokkuleppega, sest kontsern soovib kahe tütarühingu vahelise kokkuleppega saavutada siiski turul paremat positsiooni. Olgu see siis hanke raames, kus üks pakkuja esitab madalama pakkumise, millega igal juhul hange võita ning teine pakkuja pakub kõrgemat hinda, et juhul kui nad saavutavad pakkumiste osas esimese ja teise koha, siis eemaldatakse esialgsem madalam pakkumine.

⁹⁸ Arumäe, U. Organisatsiooni ja juhtimise õiguslik korraldus. Tallinn: Kirjastus Juura, 2013, lk 84.

⁹⁹ RKKKo 3-1-1-32-10, p 11.2., RKKKr 3-1-1-12-11, p 17.1.

Analüüsid küsimust, kas ÄS vajaks varjatud juhtimisest tulenevat vastutuse normi, siis loomulikult ei ole sellest definitsioonist võimalik rääkida enne, kui ÄS sisaldab üleüldiselt varjatud juhi mõistet. On ilmne, et varjatud juht ei saa vabaneda vastutusest põhjusel, et ta ei teadnud varjatud juhtimisega kaasnevaid riske või ta ise ei tunnista ennast olemast varjatud juht. Nii füüsilised kui juriidilised isikud peavad seetõttu olema teadlikud ning ettevaatlikud, et kogemata või muul viisil ei saaks neile omandada varjatud juhi rolli.

CA artikkel 251(3) kohaselt ei saa emaühingut lugeda varjatud juhiks tütarühingu suhtes, kui emaühing täidab juhatuse liikmena enda üldisi kohustusi ning esineb erisubjekt¹⁰⁰, mis eelkõige on seotud tehingutega, mis nõuavad teatavat heakskiitu ning lepingud, mis on sõlmitud ainsa aktsionäri, kes on ühtlasi ka juhatuse liige.

Kuigi Eesti õiguse üldreegli ehk ÄS § 315 lg 2 teise lause kohaselt vabaneb juhatuse liige vastutusest, kui ta tõendab, et on oma kohustusi täitnud korraliku ettevõtja hoolsusega, siis kas samale vastutusest vabanemise alusele saab tugineda ka varjatud juht ja kuidas seda tema puhul mõõta. Põhimõtteliselt jõuab analüüs tagasi eespool püstitatud küsimuseni, et kes peaks tõendama varjatud juhtimise staatust. Autorollo kaasusega tegi riigikohus siiski veel ühe vajaliku märkuse, mis näeb ette, et kuna käsundita asjaajajana tegutsemine ei anna faktilisele ühingujuhile juhatuse liikme seadusest tulenevat pädevust, siis ei saa faktilisele ühingujuhile omistada kohustuse rikkumisi, mida saab omistada ainult äriühingu juhatuse liikme pädevusega isikule. Näiteks ei saa faktilisele ühingujuhile omistada ÄS § 180 lg 5¹ esimeses lauses sätestatud kohustuse - esitada osaühingu püsiva maksejõuetuse korral osaühingu pankrotiavaldus - rikkumist. Taoline käsitus on mõistlik ja õiglane, sest antud sätet grammatiliselt tõlgendades ei ole varjatud juhil pädevust esitada kohtule pankrotiavaldust, sest kui tegemist on ettevõtte püsiva maksejõuetusega, on pankrotiavalduse kohustatud esitama ettevõtte juhatuse liikmed või likvideerijad, mistõttu ei saa rääkida ka mehaaniliselt kõikide kohustuste ülekandumisest faktilisele ühingujuhile. Seaduse eesmärgiks on olnud, et pankrotiavalduse saab esitada siiski ainult de jure juhatuse liige.

¹⁰⁰ CA artikkel 251(3) alusel on erisubjekt seotud üldkohustuste, tehingute heakskiidu ning ainuaktsionäri tegevusega.

3. Tütärühingu juhtimine

3.1. Tütärühingu juhtimise autonoomsus

Kuigi tütärühing võib 100-protsendiliselt kuuluda emaühingule on tegemist siiski täiesti eraldiseisva ja iseseisva juriidilise isikuga. Võib levida vale arusaam, et tütärühingu iseseisvus tähendab, et emaühingul puudub võimalus seda kontrollida. Tunnustades tütärühingu iseseisvust, ei saa seda siiski iseloomustada kui kontrollimatut ettevõtet. Kuigi eksisteerivad erinevad õigusaktid ning kitsendused, siis on võimalik teha otsuseid ka kontserni siseselt, sest päeva lõpuks kinnitab teatud otsused just emaühing. Põhiliselt võib seesugune probleem olla seotud asjaoludega, et tütärühingu siseasjade korraldamine peaks kuuluma siiski vastava ühingu juhatuse liikmete pädevusesse, mitte emaühingu. Seejuures tuleb meele pidada, et emaühingul on õigus valida ja kutsuda tagasi tütärühingu juhatuse ning nõukogu liikmeid.

Tütärühingu juhatuse liikmed on ühingut mõjutavate otsuste tegemisel kohustatud tegutsema just tütärühingu huvides. Seda ka juhul, kui need huvid võivad minna vastuollu emaühingu või laiemalt kontserni nägemusega. Vastavalt erinevatele juhatuse liikmete kohustustele ning tõlgendades hoolsus kohustust ja hea ühingu juhtimise tava, võib peamiseks juhatuse liikme kohustuseks lugeda tingimust käituda ühingu parimates huvides. Kui tegemist on rahvusvahelise kontserniga, siis tütärühingu juhid peavad käituma vastavalt asukohariigi seadusandlusele, eelkõige, mis puudutab kohustusi ja vastutust.¹⁰¹

Riigikohtu lahendis 3-2-1-158-12 leidis kolleegium, et emaühingu aktsionäril on õigus taotleda erikontrolli korraldamist seoses kontserni kuuluvate ühingutega. Kuigi emaühing ja tütärühingud on iseseisvad juriidilised isikud, ei tähenda see, et kontsernistruktuuri võiks kasutada selleks, et varjata emaühingu aktsionäride eest tütärühingute tegevust.¹⁰² Kuid, kust jookseb piir pahatahtliku aktsionäri kui võimaliku varjatud juhi ja mõistlikkuse vahel erikontrolli taotlemisel? Tõenäoliselt ei ole ka siin võimalik anda ühest vastust, sest seda tuleb alati kaasuse põhiselt hinnata.

¹⁰¹ Bonomelli, M. Wholly-owned subsidiaries: same same but different. Australia Gilbert Tobin, 2014. Arvutivõrgus: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=90cc6c72-de1a-4ba7-91d0-7cd7a798c5ed> (10.01.2016).

¹⁰² RKTko 3-2-1-158-12, p 16.

Siiski on erinevaid võimalusi, kuidas emaühing saab kontrollida niinimetatud iseseisvat tütarühingut. Loomulikult saab täielikku kontrolli teostada, kui emaühing või varjatud juht omab võimu ja häälteenamust, et muuta või kutsuda tagasi juhatuse või nõukogu liikmeid. Täieliku kontrolli saamiseks on teisigi erinevaid võimalusi. Peamine neist ja kõige lihtsam viis on olla ainuaktsionär. Teiseks on äriühingu igasuguste protseduuriliste küsimuste lahendamist võimalik piirata põhikirjaga. ÄS reguleerib mitmeid olukordi, kus põhikirjaga on võimalik ette näha täiendavaid keelde. Põhikirjaga võib ette näha ka neid tingimusi, mis ei ole seaduses otsesõnu kirjas, kuid need ei saa olla seadusega vastuolus.¹⁰³ Võimalikke kitsendusi põhikirja alusel esineb ÄS-s palju.¹⁰⁴

Tütarühinguga seonduvalt on väga oluline peatuda ka teemal, mis käsitleb kuidas tütarühingute võlausaldajatele ja vähemusaktsionäridele tagatakse nende õiguste kaitse.¹⁰⁵ TsÜS § 26 lg 1 kohaselt on juriidilise isiku õigusvõimeks omada tsiviilõigusi ja kanda tsiviilkohustusi. Eraõigusliku juriidilise isiku õigusvõime ei ole seotud ega piiratud eraõigusliku juriidilise isiku eesmärgiga. Eraõiguslik juriidiline isik võib omada õigusi ja kohustusi, mis ei seonu vastava juriidilise isiku asutamise või tegevuse aluseks olevas ühingulepingus või põhikirjas fikseeritud eesmärgi või tegevusalaga. Eraõiguslik juriidiline isik võib ühtlasi ka teha tehinguid, mis on vajalikud nimetatud õiguste ja kohustuste omandamiseks. Eelnimetatud põhimõtte kaudu tagatakse õiguskindlus ja usaldus kolmandate isikute jaoks, kes astuvad õigussuhetesse eraõigusliku juriidilise isikuga. Eraõigusliku juriidilise isiku õigusvõime mitteseotus oma eesmärgiga on kantud ka põhimõttest, mille kohaselt eraõigusliku juriidilise isiku sisesuhtest tulenevad piirangud ei avaldada mõju juriidilise isiku suhtele kolmandate isikutega ehk välissuhtele, kui seadusest ei tulene teisiti. Nimetatud põhimõttega tagatakse heausksete kolmandate isikute õiguste kaitse.¹⁰⁶

Lõppkokkuvõttes on kõige lihtsam nõnda nimetatud varjatud juhtimist legaliseerida, kui emaühingu juhatuse liige määrata ka tütarühingu juhatuse liikmeks, sest seadus vastavat käitumist ei keelusta. Ainsaks keeluks on sama ühingu siseselt olemast üheaegselt nii juhatuse kui ka nõukogu liige.

¹⁰³ ÄS § 139 lg 2 ja § 244 lg 2.

¹⁰⁴ ÄS § 229 lg 2, § 232 lg 1, § 244 lg 2, § 295, § 306 lg 5, § 307 lg 1, § 308 lg 3 jt.

¹⁰⁵ Vutt, M. Kas kontsern on Eesti ühinguõiguses olemas? Ettekanne 2015. Arvutivõrgus: http://www.oi.ut.ee/sites/default/files/oi/margit_vutt_teesid.pdf (10.03.2016).

¹⁰⁶ Varul, P. Kull, I. Kõve, V. Käerdi, M. Tsiviilseadustiku komm., Tallinn: Juura 2010. § 26 komm. 3.3.

3.2. Tütarühingu juhatuse otsustusõigus

3.2.1. Seaduse alusel

ÄS-i alusel on juhatus aktsiaseltsi juhtorgan, mis esindab ja juhib aktsiaseltsi. ÄS § 306 lg 2 alusel peab juhatus juhtimisel kinni pidama nõukogu seaduslikest korraldustest. Tehinguid, mis väljuvad igapäevase majandustegevuse raamest, võib juhatus teha ainult nõukogu nõusolekul. Juhatus on kohustatud tegutsema majanduslikult kõige otstarbekamal viisil.

Teatud tulemuseni jõudmisel, olgu selleks siis, kas tehingu tegemine või mõne muu otsuse vastuvõtmine, on erinevaid võimalusi, kuidas seda emaühingu poolt suunata või isegi legaalseks teha. ÄS § 307 lg 3 alusel aktsiaseltsi ja juhatuse liikme vahel tehtud tehing on tühine, kui tehinguga ei nõustunud nõukogu. See ei kehti tehingu suhtes, mis tehakse aktsiaseltsi igapäevases majandustegevuses kauba või teenuse turuhinna alusel. Kui ÄS § 317 lg 1 alusel nõukogu annab juhatusele korraldusi aktsiaseltsi juhtimise korraldamisel. Nõukogu nõusolek on vajalik aktsiaseltsi nimel tehingute tegemiseks, mis väljuvad igapäevase majandustegevuse raamest ning need on sätestatud sama lõike kaheksas punktis.¹⁰⁷ Välistatud ei ole, et varjatud juhil võib nõukogu nõusolek olemas olla alati konkludentset, sest ta sisuliselt juhib ka selle tööd.

Suure tõenäosusega võib emaühingu poolt antavaid juhiseid pidada varjatud juhtimise indikaatoriks. Kuid näiteks EMCA artikkel 9 annab emaühingule õiguse anda tütarühingu juhtorganile instruksioone. Seda kitsendab artikkel 9(3), mis näeb ette, millised tütarühingu juhtorgani liikmed ei ole seotud emaühingu juhistega. Esimesena on välja toodud, et juhistega ei ole seotud isikud, kes ei ole nimetatud emaühingu või enamusaktsionäri poolt.¹⁰⁸ Lisaks ei ole emaühingu instruksioonidega seotud juhatuse liikmed, kes on Corporate Governance Code¹⁰⁹ alusel liigitatud iseseisvateks juhtorgani liikmeteks (independent director).¹¹⁰ "Iseseisvus" juhatuse liikme puhul viitab sellele, et tegemist ei ole tegevdirektoriga ning tema ainus varaline seotus äriühinguga on tema juhatuse liikme tasu. Teisisõnu, iseseisval juhatuse liikmel puuduvad (mitte)varalised sidemed ettevõtte, teiste juhatuse liikmete, emaühingu või

¹⁰⁷ Osaluse omandamine ja lõppemine teistes ühingutes (p 1); tütarühingu asutamine või lõpetamine (p 1¹); kinnisasjade ja registrisse kantud vallasasjade võõrandamine ja koormamine (p 3); välisfiliaalide asutamine ja sulgemine (p 4); investeringute tegemine, mis ületavad selleks majandusaastaks ettenähtud kulutuste summa (p 5); laenude ja võlakohustuste võtmine, mis ületavad selleks majandusaastaks ettenähtud summa (p 6); laenude andmine ja võlakohustuste tagamine, kui see väljub igapäevase majandustegevuse raamest (p 7).

¹⁰⁸ EMCA section 9(3)(a).

¹⁰⁹ UK Corporate Governance Code. 2014. Arvutivõrgus: <https://www.frc.org.uk/Our-Work/Publications/Corporate-Governance/UK-Corporate-Governance-Code-2014.pdf> (02.04.2016).

¹¹⁰ EMCA section 9(3)(b).

tütärühinguga, mis võib mõjutada tema sõltumatust otsuste vastuvõtmisel.¹¹¹ Viimase ehk kolmanda võimalusena näeb EMCA ette, et juhataja, kes esindab töötajaid, ei ole seotud samuti emaühingu juhustega.¹¹² Siinkohal võib tekitada küsimusi, et kas tegemist on juhatajaga, kelle üheks tööülesandeks ongi tegeleda ainult küsimustega, mis puudutavad personali või tegemist on põhimõtteliselt töölepingu seadusest¹¹³ tuleneva töötajate esindajaga.¹¹⁴ Tõenäoliselt polegi sellel vahet, sest esineb väike tõenäosus, et antud isik võtaks vastu otsuseid, mis võivad kardinaalselt muuta ema- või tütärühingu äritegevusega seotud küsimusi.

3.2.2. Põhikirja alusel

Äriseadustiku alusel on põhikirjaga võimalik ette näha mitmeid kitsendusi ja reegleid, et korraldada muuhulgas ka juhatuse või nõukogu täpsem töökord. Seaduslik alus tuleneb TsÜS § 31 lg 3 teisest alternatiivist, mis sätestab, et eraõigusliku juriidilise isiku organi pädevus nähakse ette seaduse ja põhikirjaga. Sama sisuline on ka ÄS § 306 lg 5 ja § 317 lg 11¹¹⁵, mis näeb ette, et juhatuse või nõukogu täpsema töökorra võib ette näha põhikirjas või üldkoosoleku või juhtorgani enda otsusega.

Aktsiaseltsi põhikirjas peab muuhulgas olema märgitud eri liiki aktsiate väljalaskmise korral eri liiki aktsiate tähistus, aktsiatega seotud õigused ning nimiväärtusega aktsiate korral igat liiki aktsiate nimiväärtus; üldkoosoleku kokkukutsumise ja otsuste vastuvõtmise kord; juhatuse ja nõukogu liikmete arv, mis võib olla väljendatud kindla suurusena või ülem- ja alammäärana ning vajaduse korral juhatuse liikmete esindusõiguse erisused ja muud seaduses sätestatud kohustuslikud tingimused. Lisaks annab ÄS võimaluse, et põhikirjas võib ette näha ka muid tingimusi, mis ei ole seadusega vastuolus. Seega on seaduses fikseeritu ülimuslik põhikirja suhtes, kui seadusest ei tulene sõnaselget volitust põhikirjaga teisiti kokku leppida.¹¹⁶ Selline põhikirja piirang annab võimaluse vähendada varjatud juhtimise võimalikku tekkimist ja selle olemasolu.

¹¹¹ Singh, A. Corporate governance: changing regulatory scenario and the role of the independent director. India Ernest & Young Pvt. Ltd, 2012. Arvutivõrgus: [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Corporate_governance_for_changing/\\$FILE/Corporate_governance_for_changing_regulatory_scenario_and_the_role_of_the_independent_director_EY_FIDS.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Corporate_governance_for_changing/$FILE/Corporate_governance_for_changing_regulatory_scenario_and_the_role_of_the_independent_director_EY_FIDS.pdf) (30.03.2016).

¹¹² EMCA section 9(3)(c).

¹¹³ Töölepingu seadus. – RT RT I 2009, 5, 35 ... RT I, 12.07.2014, 146.

¹¹⁴ Töölepingu seaduses ei ole otsesõnu defineeritud töötajate esindajat, kuid selle olemust saab tuletada §-dest § 46 lg 5, § 89 lg 5, § 92 lg 1 p 4 jt.

¹¹⁵ Osäühingu osas ÄS § 180 lg 8.

¹¹⁶ *Op. cit.* Varul, P. Kull, I. Kõve, V. Käerdi, M. Tsviilseadustiku komm., Tallinn: Juura 2010. § 28 komm. 3.2.

Põhikirja muutmine kuulub osanike pädevusse ÄS § 298 lg 1 p 1 alusel.¹¹⁷ Põhikirja saab vastu võtta 2/3 koosolekul osalenud häälest. Kas saab väita, et lihtsaim viis kehtestada varjatud juhi jaoks vajalikud tingimused juhatuse töös on põhikirja muutmise näol? Tegelikult luuakse äriühing ja tegelikult ka kontsern eesmärgiga teenida kasumit. Põhikirjas sätestatud erandite ja varjatud juhtimise koosmõju analüüsimisel tuleb mõista asjaolusid, et varjatud juhtimine ei tähenda alati negatiivset lõpptulemust ning oluline on ka tingimus, et aktsionäril jääksid alles võimalused mingilgi määral suunata äriühingute tegevust. Ei ole mõeldav, et välistamaks varjatud juhtimist, tuleb eemaldada kõik muud väiksemadki aktsionäri võimalused, osalemaks otsustusprotsessides, mis ei puuduta üldkoosoleku õigust.

Kuigi seaduse alusel on kehtestatud tehingud ja toimingud, millal on vajalik nõukogu nõusolek (kajastatud ka eelnevas alapunktis 3.2.1.), siis ÄS § 317 lg 2 annab veel lisaks võimaluse põhikirjaga ette näha tehingud, mille tegemiseks ei ole nõukogu nõusolek vajalik või vastupidiselt on vajalik, mis võib olla ohuks, et teostatakse varjatud juhtimist, mistõttu vastutatakse samadel alustel nagu de jure juhtorgani liikmed. Kui soovitakse seaduses sätestatust eeltoodu osas kõrvale kalduda, tuleb see põhikirjas selgelt väljendada. Näitena õiguskirjandusest saab tuua olukorra, kus põhikirjas on märgitud, et juhatusele on vajalik nõukogu nõusolek kõigi tehingute tegemiseks, mille maksumus on suurem kui 50 000 eurot.¹¹⁸ Kas siinkohal võib nõukogu ette näha alammääraks ka utoopilised 500 eurot, millega võtaks selgelt ja arusaadavalt üle osad juhatuse funktsioonid ja asuks teostama ettevõtte juhtimist varjatud juhi staatuse alt. Keegi ei pruugi olla kaitstud ontliku nõukogu liikme eest, kuid keeruline on sisustada mõistliku alammäära, mida võiks põhikirjaga ette näha. Tõenäoliselt ei ole võimalik siin anda ühest vastust, sest see sõltuks käibest, kasumist, ettevõtte põhi- ja lisategevusalast ja paljudest teistest teguritest. Kuid sellest hoolimata kanduks osa juhatuse funktsioonidest üle nõukogule, mis ei oleks kooskõlas Eestis kehtestatud kaheastmelise äriühingu juhtimiskorraldusega ja annaks selge võimaluse viidata võimalikule varjatud juhi olemasolule nõukogu liikme näol.

Riigikohtu otsuses ei vaieldud asjaolu üle, et kostja põhikirja kohaselt ei ole nõukogu nõusolek igapäevase majandustegevuse raamest väljuvate tehingute tegemiseks juhatusele vajalik.¹¹⁹ Olukorras, kus kostja juhatuse oli pädev otsustama tütarühingu asutamist või lõpetamist, oli ta pädev otsustama ka tütarühingus aktsiaemissiooni läbiviimist ja selle tingimuste määramist. Riigikohus leidis, et ekslik on ringkonnakohtu järeldus, et praegusel

¹¹⁷ Osäühingu osas ÄS § 168 lg 1 p 1.

¹¹⁸ *Op. cit.* Saare, K., Volens, U., Vutt, A., Vutt, M. Ühinguõigus, lk 373.

¹¹⁹ RKTko 3-2-1-106-10, p 14.

juhul puudus kostja juhatusel pädevus otsustada, et suurendatakse kindlaksmääratud tingimustel kolmanda isiku (tütarühingu) aktsiakapitali. Seega juhul, kui aktsionär(id) on põhikirjas ette näinud, et nõukogu nõusolek ei ole igapäevase majandustegevuse raamest väljuvate tehingute tegemiseks juhatusel vajalik ja aktsionär on samaaegselt juhatuse liikmeks, siis on reaalne oht varjatud juhi staatuse tekkimiseks. Sama kehtib olukorras kui emaühingu aktsionär on tütarühingu juhatuse liikmeks.

Faktilisel ühingujuhul on võimalus määrata kindlaks juhatuse esindusõigus, et teostada varjatud juhtimist kontsernis. Varjatud juhi vastutust puudutava Inglise kohtupraktika kohaselt ei piisa aga isiku varjatud juhi klassifitseerimiseks juhiste ja korralduste järgimisest ühe tütarühingu juhatuse liikme poolt. Varjatud juhi vastutus saab tekkida, kui vastava isiku suunistele allus kogu juhatuse tervikuna või vähemasti juhtorgani otsustusõiguslik enamus.¹²⁰ Siinkohal, analüüsides varjatud juhtimise nüansse ÄS-i alusel, saab esitada teatud vastuväited, miks ei ole varjatud juhtimise tekkimiseks vajalik kontrollida rohkem kui ühte juhatuse liiget. ÄS § 307 lg 1 kohaselt võib aktsiaseltsi kõikide tehingute tegemisel esindada iga juhatuse liige, kui põhikirjas ei ole ette nähtud, et juhatuse liikmed või mõned neist võivad esindada aktsiaseltsi ühiselt. Kolmandate isikute suhtes kehtib ühine esindus ainult siis, kui see on kantud äriregistrisse ning sama paragrahvi teise lõike kohaselt on juhatuse liikmed aktsiaseltsi nimel tehingute tegemisel kohustatud aktsiaseltsi suhtes järgima põhikirjas ettenähtud või üldkoosoleku, nõukogu või juhatuse kehtestatud piiranguid. Seetõttu saab vähemalt Eesti õiguse pinnalt öelda, et koosmõjus äriühingu põhikirja ja selles määratud juhatuse liikmete esindusõigusega ei ole varjatud juhtimiseks vajalik rohkema kui ühe juhatuse liikme ülest kontrolli.

Eraõigusliku juriidilise isiku juhatuse liikmete esindusõiguse piirangute puhul tuleb eristada sisemisi ja väliseid piiranguid. Esindusõiguse välise piirangutena on käsitletavad piirangud, millel on õiguslik tähendus kolmandate isikute jaoks, eelkõige mis võivad kaasa tuua piirangut rikkudes tehtud tehingu tühisuse tulenevalt esindusõiguse puudumisest või selle piiride ületamisest. Esindusõiguse sisemistel piirangutel üldjuhul õiguslikku tähendust kolmandate isikute jaoks ei ole.¹²¹ ÄS § 307 lg 1 alusel võib aktsiaseltsi kõikide tehingute tegemisel esindada iga juhatuse liige, kui põhikirjaga ei ole ette nähtud, et juhatuse liikmed esindavad osaühingut mitmekesi või ühiselt.¹²² Kolmandate isikute suhtes kehtib ühine esindus ainult siis, kui see on kantud äriregistrisse. Loomulikult on juhatuse liikmed

¹²⁰ Re Unisoft Group Ltd (No. 2), 08.06.1993. [1994] B.C.C. 766.

¹²¹ *Op. cit.* Varul, P. Kull, I. Kõve, V. Käerdi, M. Tsviilseadustiku komm., Tallinn: Juura 2010. § 34 komm. 3.3.

¹²² Osaühingu osas ÄS § 181 lg 1.

osaühingu nimel tehingute tegemisel kohustatud osaühingu suhtes järgima põhikirjas ettenähtud või osanike, nõukogu või juhatuse kehtestatud piiranguid. Ühtepidi võib emaühingu poolt tütarühingu juhatuse esindusõigust piirates tõlgendada seda, kui varjatud juhtimist. Teisalt, kuna kolmanda poole jaoks on ühingu esindamist puudutavat infot kerge leida äriregistrist, ei saa tugineda võimalikule varjatud juhtimisele.

Kuigi eelmise lõike kohaselt ei oma sisemised piirangud õiguslikku tähendust kolmandate isikute jaoks, siis ei saa väita seda, et need ei pruugi vihjata võimalikule varjatud juhtimisele. Näiteks ei avalda aktsiaseltsi juhatuse esindusõigusele kolmandate isikute suhtes mõju asjaolu, et tehingu tegemiseks on seaduse või põhikirja kohaselt nõutav nõukogu või aktsionäride üldkoosoleku nõusolek.¹²³

3.2.3. Korralduste täitmine

Tõsisemaks probleemiks tütarühingu juhtimisel saab pidada emaühingu poolt antud korralduste täitmist ehk vertikaalset juhtimist. Sellist olukorda saab puhta kujuliselt pidada varjatud juhtimiseks ning ei ole võimalik rääkida vastutuse mitte ülekandumisest korraldusi jagavale isikule. Punktis 3.2.2. sai viidatud sättele, mis võimaldab juhatuse täpsemat töökorda ette näha ka osanike otsusega. See võib olla küll barbaarne ja kilplasilik käitumine ning mitte täita juhatuse funktsiooni, kuid põhimõtteliselt on võimalik, et juhatas võtab vastu otsuseid, mis näevad ette igasuguse tehingu tegemiseks nõusoleku küsimist eelnevalt aktsionäridelt või lepingueelsete läbirääkimiste tulemuste teavitamisest aktsionäre. ÄS § 307 lg 2 alusel on juhatuse liikmed aktsiaseltsi nimel tehingute tegemisel kohustatud aktsiaseltsi suhtes järgima põhikirjas ettenähtud või üldkoosoleku, nõukogu või juhatuse kehtestatud piiranguid.¹²⁴ Esindusõiguse piiramine ei kehti kolmandate isikute suhtes.

Keeruline on anda ühest hinnangut küsimustele, millised on võimalused ja kas kuidagi on võimalik tütarühingu juhatuse liiget kaitsta aktsionäride liigsete piirangute eest. Kui tütarühinguks on aktsiaselts, siis võimaliku võimu kuritarvituse eest kaitseb juhatuse liiget asjaolu, et juhatuse liikme valib ja kutsub tagasi nõukogu liige, mis iseenesest võib realselt funktsioneerida ainult paberil, kuid ei välista aktsionäri võimalust mõjutada nõukogu liiget, kutsumast tagasi juhatuse liiget.

¹²³ ÄS § 298 sätestab üldkoosoleku pädevuse ja § 317 nõukogu õigused.

¹²⁴ Osaühingu osas ÄS § 181 lg 2.

Kui tütarühingu näol on tegemist osaühinguga, siis on juhatuse liige pea võimatus olukorras, sest kui ühingul puudub ka nõukogu, siis juhatuse liikmed valib ja kutsub tagasi osanike poolt. See tähendab, et kui juhatuse liige ei käitu vastavalt osanike ootustele ja korraldustele, mis objektiivselt vaadates võivad olla ebamõistlikud, siis lõppude lõpuks on sellegi poolest emaühingu aktsionäril või osanikul juhatuse liige tagasi kutsuda sõltumata põhjusest.

Millisest juhtimisest saab rääkida juhul, kui ühte kontserni kuuluvad tütarühingud osalevad ühel ja samal riigihankel. Näiteks olukorras, kus ühe kontserni kaks tütarühingut esitavad pakkumise samale hankele, siis võib esineda võimalus, kus emaühingut saab käsitleda varjatud juhina. Kindlasti tuleb sellise probleemi korral analüüsida, mis on hanke tingimused, kuid kui hange näeb ette suuremahulisi investeeringuid ning võimalikke pangagarantiisid, siis on tõenäoline, et tütarühing peab hankel osalemiseks läbirääkimisi emaühinguga. Kui nüüd olukorras, kus tütarühingute juhid soovivad arutada emaühinguga finantseerimise ja muus osas vajalikke hanketingimusi, siis kuidas peaks käituma emaühingu juhtorgani liige. Selge on see, et pärast esimese tütarühingu poolt volitatud isikuga rääkimist ei ole võimalik enam tugineda erapooletusele ühe või teise tütarühingu suhtes.

Tegelikult võib jäädagi püstitama erinevaid hüpoteese, millal võib esineda varjatud juhtimist ning kas ja kuidas seda soodustatakse juhtorgani liikmete poolt. Triviaalne, kuid üheks võimalikuks küsimusteks võib olla olukord, kus tütarühing peab uue töötaja palkamisel saama nõusoleku emaühingult või leebemal juhul olema kohustatud konsulteerima kellegagi emaühingust. Seda küsimust võib ka omakorda jagada kaheks, et ühel juhul kui rääkida näiteks osakonnajuhtidest, kelle puhul on kohaldatavad standardid kõrgemad ja töötasu suurem kui reatöötajal. Siiski, kas emaühingul peaks olema tahe ja vajadus selliseid asju kontrollida või peaks piisama teadmisest, et tütarühingu majandustegevus on stabiilne ja täidab oma eesmärgi ning selle juhatuse liikmed käituvad niigi seesuguselt, et arvestavad ainult tütarühingu parimaid huve? Arusaadavalt võivad eelnevalt püstitatud küsimuste vastused erineda vastavalt kontsernist, kuid objektiivselt vaadates võiks öelda, et tegemist peaks olema tütarühingu otsusega, mitte emaühingu, sest eelnevalt punktis 3.1 kirjeldatud juriidilise isiku õigusvõime ja autonoomsuse korral peaks tütarühing tegema otsuse just enda vajadusi arvestades. Sarnaselt on olukord reguleeritud ka näiteks AS-s SEB ehk emaühingu ja AS SEB Varahaldus ehk tütarühinguga, kus uute töötajate välja valimise ja palkamise õigus kuulub täielikult tütarühingule SEB Varahaldusele.

Kui liikuda järgmise probleemi juurde, mis seisneb ettevõtte reklaamis ning turunduses, siis esmapilgul seisukohta võtta, kas tütarühing peaks konsulteerima emaühinguga või mitte, on raske võtta. Teadaolevalt teeb näiteks AS SEB Varahaldus turunduse osas tihedat koostööd emaühinguga. Antud püstitatud küsimuse võiks pigem siduda kontserni üldse huviga, sest reeglina peaksid uudistooted ja teenused olema kontserni siseselt kooskõlastatud ning isetegevuseks ei tohiks jääda ruumi.

Teoretiseerides edasi ning arvestades asjaoluga, et tegemist on piiriülese kontserniga, siis kas tütarühingu tegutsemisstrateegiad peaksid tulenema kontserni üldisest poliitikast või peaks tütarühingul õigus teha oma tegevust silmas pidades mõõndusi strateegia muutmisel, arvestades eelkõige turuseisu, geograafilist paiknemist, maksusüsteemi jne. Ka selle küsimuse osas sai uuritud AS-lt SEB Varahaldus. Nad sõnasid, et neil on õigus arvestada kohaliku turu spetsiifikat (näiteks konkurentsiolukord) ja lausa tuleb arvestada vägagi spetsiifilist kohalikku seadusandlust, mis reguleerib investeerimisfondide ja pensionifondide tegevust. Samas uute toodete turule toomisel, investeerimisotsuste tegemisel (investeering, mis nende mõistes tähendab kliendi raha investeerimist) tuleb lähtuda grupi varahalduse valdkonna üldisest poliitikast.

Juhatus peab arvestama äriühingu huvidega ning need ei pruugi alati kattuda omaniku eesmärkidega. Juhatusel liikmed ei saa vastutusest vabanemisel tugineda väitele, et „ma täitsin ainult korraldust“. Juhatusel liikme kui äriühingu juhi positsioon eeldab tema võimet alati vastata miks, kuidas ja kus midagi juhtus ning mis saab edasi. Seda ka siis, kui juhi positsioon tundub illusoorne ning on dikteeritud tema seljale toetuva suurema jõu poolt. Samas ei tasu alahinnata omanike soovi kuulata ära juhi ettepanekud erinevate võimaluste kohta ning pole harvad ka juhud, kus omanik mõtleb seejärel ümber.¹²⁵

¹²⁵ Madisson, K., Murula, I., Omanik käsib juht vastutab? Õigusblogi, 2011. Arvutivõrgus:<http://www.sorainen.com/et/Publications/legal-blogs/2341/omanik-kasib-ja-juht-vastutab> (01.04.2014).

3.3. Varjatud juhi määratud juhtorgani liikmed

Paljudele juhtidele on ilmselt tuttav olukord, kus ühingu juht on sunnitud järgima nii-öelda kõrgemalseisja korraldusi, mille majanduslik kasu ühingule on küsitav. Aktsionäri ja ühingu huvid aga võivadki olla väga erinevad.¹²⁶ EMCA autorid kinnitavad üldlevinud teadmist, et tütarühing peab täitma neid juhiseid, mida emaühingu talle annab, sest vastasel juhul võib tütarühingu juhtorgani liikmete seas toimuda vangerdusi.¹²⁷ Millised võivad taolise käitumise mõjud olla tütarühingule? Kehtib Eesti vanasõna, et üheksa korda mõõda ja üks kord lõika. Mida ma sellega öelda tahan, on see, et läbimõttlemata otsustusprotsess juhtorgani liikmete määramisel võib tekitada põhjendamatu ühingsiseseid pingeid, mis lõppakordis võivad kajastuda miinusemärgi ja muude probleemidega tütarühingu majandusaasta aruannetes.

Millised on varjatud juhi kättemaksu võimalused tütarühingu juhatuse liikme suhtes, kui viimane ei täida temale edastatud korraldusi? Viidates äriseadustiku sõnastusele, siis peamine märksõna on "sõltumata põhjusest", kuid siinkohal on teatavad erisused, mis siiski kaitsevad tütarühingu juhatuse liiget pahatahtliku varjatud juhi eest.

Kui äriseadustik näeb ette mitmeid võimalusi, millal lõpeb juhatuse liikme ametisuhe, siis kontserni ja võimaliku varjatud juhtimise tagajärjel on kõige tõenäolisem ametisuhete lõppemise viis see, kui aktsiaseltsi juhatuse liige kutsutakse tagasi nõukogu poolt. ÄS § 309 lg 3 näeb ette, et nõukogu võib juhatuse liikme sõltumata põhjusest tagasi kutsuda, mis paneb juhatuse liikme keerulisse olukorda. Kas ja kuidas see kaitseb varjatud juhtimise eest? Kas siinkohal aitab aktsiaseltsi puhul nõukogu olemasolu kohustuslikkus ning asjaolu, et osanikud ise ei saa nõuda mõjuva põhjuse olemasolul juhatuse liikme tagasikutsumist kohtu poolt, mida on aga võimalik teha nõukoguta osaühingu puhul, kui osanikud, kelle osadega on esindatud vähemalt 1/10 osakapitalist, võivad mõjuval põhjusel nõuda juhatuse liikme tagasikutsumist kohtu poolt (ÄS § 184 lg 5). Väga olulise sättena aitab varjatud juhtimise institutsiooni ennetada ÄS-i § 318 lg 4 neljas alternatiiv, mis näeb ette, et nõukogu liikmeks ei või olla aktsiaseltsi tütarühingu juhatuse liige, mis kaotaks puhta kujuliselt ära ühe nõukogu olemusliku vajaduse - järelevalve juhatuse tegevuse üle.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ The European Model Company Law Act, 2013. Arvutivõrgus: http://law.au.dk/fileadmin/Jura/dokumenter/CHAPTER_16_GROUPS_OF_COMPANIES.pdf (10.03.2016), p 17.

Kuid nüüd omakorda probleemini, mis seisneb selles, et kes valib nõukogu. ÄS § 298 lg 1 p 4 alusel on üldkoosoleku pädevuses valida ja kutsuda tagasi nõukogu liikmed. Ehk siis on reaalne võimalus, et üldkoosoleku poolt nimetatud nõukogu liikmed teevad nii nagu käsib varjatud juht, sest sarnaselt juhatuse liikmetele saab ka neid kutsuda tagasi sõltumata põhjusest.

Nõukogu ja juhatuse liikme tagasikutsumisel võivad tekkida teatud protseduurilised reeglid, mis võivad aidata vältida kiireid ja mõtlemata otsuseid. Nõukogu koosoleku toimumised ja kokku kutsumised on sätestatud ÄS §-s 321. Üldkoosoleku kokku kutsumine on sätestatud ÄS-i §-des 291 ja 292, vastavalt siis korraline ja erakorraline üldkoosolek. On ebatõenäoline, et nõukogu liikme tagasikutsumise vajadusega oodatakse korralise üldkoosoleku kokku kutsumiseni. Küll aga on ÄS § 292 lg 1 p 2-4 alusel võimalik seda teha erakorralise üldkoosolekuga. Teine punkt annab võimaluse üldkoosolek kokku kutsuda, kui seda nõuavad vähemalt teatud arv aktsionärid. Tinglikult sai võimaluste alla liigitatud ka ÄS § 292 lg 1 kolmas punkt, mis näeb erakorralise üldkoosoleku kokku kutsumise juhul, kui seda nõuab nõukogu või audiitor. Nõukogu otsus on aga omakorda vastu võetud juhul, kui selle poolt hääletas üle poole hääletamisel osalenud nõukogu liikmetest, kuid seda nõuet saab suurendada põhikirjaga. Seetõttu võib varjatud juhtimise ennetamise seisukohast olla põhjendatav nõue, et nõukokku peab kuuluma vähemalt kolm liiget. Siiski jääb lõpuni õhku võimalus, et kolmest liikmest kaks alluvad varjatud juhile ning nõukogu tegevus on horisontaalsel tasandil üldkoosolekuga. Erakorralist üldkoosolekut on võimalik kokku kutsuda erandjuhul kui see on aktsiaseltsi huvides ilmselt vajalik. Siin tekib kaalumise koht, mis on "ilmselt vajalik" ja mis mitte? Kui luua hüpoteetiline olukord ning tõepoolest kutsuti kokku erakorraline üldkoosolek, mille eesmärk on vabaneda aktsionäride jaoks tülikast nõukogu liikmest, siis kas on mingisugunegi võimalus otsus tühistada? Peamine võimalus oleks tugineda ÄS § 301¹ lg 1 p-le 2, mille alusel on aktsionäride üldkoosoleku otsus tühine, kui otsus ei vasta headele kommetele. Kas otsus, mis kätkeb endas puhtakujulist ebaratsionaalset võimuteostamist varjatud juhtimise näol saab lugeda heade kommetega mittevastavaks? TsÜS § 38 lg 2 sätestab, et juriidilise isiku organi otsus on tühine, kui see on tagajärjena seaduses otse sätestatud või kui otsus on vastuolus heade kommetega või kui see rikub juriidilise isiku võlausaldajate kaitseks või muu avaliku huvi tõttu kehtestatud seaduse sätet või kui selle vastuvõtmisel rikuti oluliselt selleks ettenähtud korda. Huvitatud isik saab otsuse tühisusele tugineda, kui kohus on otsuse tühisuse tuvastanud. Kaalumise ja motiveerimise koht, kas nõukogu liikme tagasikutsumine täidab ära nõude „ilmselt vajalik“.

ÄS-s säte puudub säte, mis kaitseb juhatuse liikmeid. Miks mitte kaaluda sellise sätte lisamist, sest see välistaks juhatuse liikmest vabanemist põhjusel, et ta ei teinud nii nagu seda soovis aktsionär. See on üheks indikaatoriks, mis võib põhjustada varjatud juhtimise mõtte realiseerumist ühingutes ja kontsernides - juhatuse liikmel puuduvad reaalsed võimalused ennast kaitsta ning oma otsuseid põhjendada sõltumatule asutusele nagu seda on võimalik teha töövaidluskomisjonis.

Tartu Maakohtu otsuses 2-12-47144 soovis hageja tuvastada üldkoosoleku otsuse tühisust. Vastavalt ÄS § 317 lg 10 peab nõukogu taotlema juhatusele aktsionäride üldkoosoleku kokkukutsumist, kui see on ilmselt vajalik aktsiaseltsi huvides. Antud lahendis nõustus kohus, et ÄS ei reguleeri võimalust otsustada eraldi nõukogu liikmete ametiaja pikendamist, kuid seadusest ei tulene ka keeldu, et nõukogu liikmete volitusi ei tohi pikendada. Konkreetnes äriühingus oli taoline nõukogu liikmete volituste pikendamine toimunud ka varasemalt. Kohus ei näinud selles vastuolu seadusega, sest analoogiliselt on ÄS § 309 lg 2 kohaselt reguleeritud sõimalus aktsiaseltsi juhatuse liikme ametiaja pikendamiseks. Kuna nõukogu pädevusse kuulub äriühingu juhtimise planeerimine, võib nõukogu teha ettepanekuid ka äriühingu juhtimisorganite liikmete valimise või volituste pikendamise kohta. ÄS § 291 lg 1 näeb ette, et korraline üldkoosolek, mille päevakorras on majandusaasta aruande kinnitamine, toimub vähemalt üks kord aastas. ÄS § 292 lg 1 p 3 kohaselt juhatusele kutsutakse kokku erakorralise üldkoosoleku muuhulgas ka siis, kui seda nõuab nõukogu. Kohus nõustus väidetega, et nõukogu kohustuste hulka kuulub aegsasti planeerida äriühingu tegevust ja tagada äriühingu juhtimine parimal viisil. Lõpliku otsuse nõukogu liikmete koosseisu ja volituste pikendamise osas teeb nõukogust sõltumatult kostja üldkoosolek, kel on õigus nõukogu liikmete volitusi mitte pikendada.¹²⁸

Nõukogu liikmeks võib olla ka aktsionär, kes peab saama valituks üldkoosolekul. Kui aktsionär on samaaegselt nõukogu liige, siis kooskõlas kohtupraktikaga on nõukogu liikmel õigus nõuda üldkoosoleku kokkukutsumist ja seega aktsionärina otsustada enda staatust nõukogu liikmena. Seega kehtiv seadusandlus võib teatud määral soosida varjatud juhtimise staatuse tekkimist.

¹²⁸ TMKo 2-12-47144.

3.4. Tütarühingu juhtorganite liikmete vastutus ja sellest vabanemine

3.4.1. Vastutusele võtmise võimalikkus

Üldine juhatuse liikme vastutus tuleneb ÄS § 315 lg-st 1, mille kohaselt juhatuse liige peab oma kohustusi täitma korraliku ettevõtja hoolsusega. Nõukogu liikme vastutus on sarnane ning reguleeritud ÄS § 327 lg 1. Kui rääkida emaühingust kui varjatud juhust ja seeläbi aktsiaseltsi tegevuse mõjutamisest, siis ÄS § 289² lg 2 esimene alternatiiv seab tütarühingu juhatuse või nõukogu liikmele täiendava vastutuse. Antud normi kohaselt vastutab oma kohustusi rikkunud juhatuse või nõukogu liige solidaarselt teda mõjutanud isikuga. Lisaks kehtib täiendava vastutuse võimalus ka prokuristi suhtes. Kui erialases kirjanduses on leitud, et varjatud juhiks võib olla ka juriidiline isik, siis ka mõjutajaks ÄS § 289² lg 1 alusel võib olla juriidiline isik.¹²⁹

Üldiselt vabaneb juhatuse liige ÄS-i alusel vastutusest, kui ta tõendab, et on oma kohustusi täitnud korraliku ettevõtja hoolsusega (ÄS § 315 lg 2 teine lause). Eespool nimetatud täiendavast vastutusest mõjutamise kaudu tekkinud kahjust vabaneb juhatuse või nõukogu liige samuti juhul, kui ta tõendab, et on oma kohustusi täitnud korraliku ettevõtja hoolsusega (ÄS § 289² lg 2 teine alternatiiv). Kas korrapäraselt käitunud juhatuse liige saab tugineda väitele, et ta juriidiliselt täitis faktilise või varjatud juhi korraldusi? Pigem tuleb sellele küsimusele vastata eitavalt. Nii näiteks faktilise juhatuse liikme vastutus äriühingu ees ei välista tegelike juhatuse liikmete vastutust, kui viimased ei tegutse korraliku ettevõtja hoolsusega, sealhulgas ei tunne huvi ühingu juhtimise vastu ega teosta järelevalvet ühingu faktiliselt juhtivate isikute tegevuse üle.¹³⁰ Juhtorgani liikmed peavad äriühingu nimel ja selle vara arvel võtma vastu ärilisi otsuseid, millega kaasneb alati vähemal või suuremal määral risk ebaõnnestuda. Seadustes peab olema sätestatud regulatsioon, mis kaitseks hoolsaid ärijuhte, julgustaks neid asuma juhtorgani liikme ametikohale ja heas usus võtma ühingu nimel mõistlikke äririske, liigselt kartmata sellega kaasneda võivat isiklikku vastutust.¹³¹ ÄS ise ei sisusta korraliku ettevõtja hoolsust, kuid Ühendkuningriigi äriseadustik näeb ette kindlad usaldus- ja lojaalsusreeglid juhtorgani liikmetele. Peamised vastavasisulised kohustused on sätestatud CA artiklites 171-177.

¹²⁹ RKTko 3-2-1-181-15, p 29.

¹³⁰ *Op. cit.* Saare, K., Volens, U., Vutt, A., Vutt, M. Ühinguõigus, lk 158.

¹³¹ *Op. cit.* Tiivel, T, lk 635.

Äriühingu juhtimisega tegeleval isikul on kohustus tegutseda vastavalt oma pädevusele. Juhtimisfunktsiooni omav isik peab käituma kooskõlas äriühingu põhikirjaga ning teostama oma õigusi neile etteantud piirides. Milline saab olla tütarühingu juhatuse liikme pädevus, kui tegelikult tuleb tal kuulekalt juhendada emaühingu juhustest ja üldisest kontserni huvist, sest vastasel korral nagu punktis 3.3. kirjeldatud, saab juhatuse liikme tagasi kutsuda selleks mõjuvat põhjust omamata. Sellest hoolimata ei saa tütarühingu juhatuse liige tugineda vastutusest vabanemisel väitele, et ta täitis kõrgemalt tulnud korraldusi. On tõenäoline, et olemast faktiline ühingujuht ning mitte täites juhatuse liikme peamist kohustust – aktsiaseltsi juhtimist – ei ole pädev argument kohtus, vabanemaks vastutusest tütarühingu juhtimisel, sest käitunud ei ole korraliku ettevõtja hoolsusega.

CA artikkel 172 näeb ette, et juhatuse liige peab käituma äriühingu huvisid silmas pidades. Üldises plaanis saab selle all mõista juhtimisfunktsiooni omava isiku heas usus käitumist, et edendada äriühingu edukust ja kasumlikust. Millisest edust ja kasumlikkusest me saame rääkida äriühingus, mida ei juhi selleks kohustatud inimene, vaid täidab ühingu seisukohast kaalumata kindlameelselt faktilise ühingu juhi nõuandeid.

CA artikkel 173 kohaselt on juhtorgani liikmel kohustus teostada sõltumatu otsuseid. Antud artiklit saab kaudselt tõlgendada kui viidet varjatud juhtimise vältimisele. Käesoleva magistr töö punktis 3.1. on selgitatud tütarühingu juhtimise autonoomsust, siis sellest ei saa eristada juhtorgani sõltumatus. Samuti on see selge viide ka eespool käsitletud teemale, mis nägi ette tütarühingu juhatuse liikme käitumist käsukorras. Seetõttu tuleb veel kord rõhutada, et mehaaniliselt kellegi korraldusi täites ei ole võimalik hiljem tugineda väitele, et oma kohustusi on täidetud korraliku hoolsusega. Kohustust käituda mõistlikult, hoolsalt ja vastavalt võimetele võib samastada kohustusega täita oma ülesandeid korraliku hoolsusega.

Kohustust vältida huvide konflikti on keeruline sisustada varjatud juhtimisega seonduvalt kontsernides. Tütarühingu juhatuse liikme puhul on peamised huvide konflikti põhjustajaks, kas tehing iseendaga või töötasu laekumine kontsernivälisest ühingust. Saab nentida, et tütarühingu juhatuse liikmel, kui ta ei ole ametisse nimetatud selleks, et esindada emaühingu aktsionäri, siis ei saa me rääkida huvide konfliktist.

CA artikkel 176 näeb ette kohustust vältida kasu saamist kolmandatelt isikutelt ning kohustust avaldada kavandatava tehingu või kokkuleppe huvi. Kuigi Eesti äriühinguõiguses vastav säte puudub, siis oma olemuselt võib kasu saamine kolmandatelt isikutelt äriühingu arvelt liigituda altkäemaksu võtmiseks erasektoris. Kui eraõigusliku isiku huvides majandustegevuses tegutsemiseks pädeva isiku poolt või temaga seotud kolmas isik on saanud varaliselt hinnatavat kasu, siis saab rääkida karistusõiguslikust juhtorgani liikme vastutusest, sest temale antud pädevust on kuritarvitatud. Sellel õiguslikul alusel tekkivat vastutust ei ole võimalik omistada ema- ja tütarühingu vahelistele suhetele, sest nende vahel eksisteerib valitsev mõju.

Vastavalt TsÜS § 37 lg 1 alusel, kui juriidilise isiku juhtorgani liikmed, kes on oma kohustuse rikkumisega tekitanud kahju juriidilisele isikule, vastutavad juriidilise isiku ees solidaarselt. Juhtorgani liige ei vastuta, kui ta tegutses vastavalt juriidilise isiku üldkoosoleku või muu pädeva organi õiguspärasele otsusele. Siit kerkib küsimus, et kas TsÜS § 37 lg 1 teise lause kohaselt on võimalik tütarühingu juhatuse liikmel võimalik vabaneda vastutusest kui käitus vastavalt emaühingu juhistele? Juriidilise isiku juhtorgani liikme vastutust juriidilise isiku ees välistavaks spetsiifiliseks aluseks on juhtorgani liikme tegutsemine vastavalt juriidilise isiku üldkoosoleku või muu pädeva organi õiguspärasele otsusele. Nimetatud pädeva organi all on silmas peetud juriidilise isiku konkreetse juhtorgani suhtes kõrgemalseisvat organit, kes teostab vahetut järelevalvet ja kontrolli vastava juhtorgani tegevuse üle. Kõrgemalseisva organi otsus on õiguspärane, kui see vastab nii sisuliselt kui vormiliselt seadusest tulenevatele nõuetele ning selle vastuvõtmisel on järgitud seaduse ja juriidilise isiku põhikirja või ühingulepinguga kehtestatud korda. Tsiviilseadustiku üldosa seaduse kommenteeritud väljaandes leitakse, et üldjuhul ei saa nõukogu anda juhatusele korraldusi tehingute tegemiseks.¹³² Vastus küsimusele, kas tütarühingu juhatuse liige saab vabaneda vastutusest, kui täitis lihtlabaselt emaühingu korraldusi, on eitav, sest kõige lihtsama ja loogilisema järelduse alusel on tütarühingu juhatuse liige rikkunud oma kohustust juhtida äriühingut korraliku ettevõtja hoolsusega.

ÄS § 306 lg 7 sätestab, et juhatus tagab vajalike abinõude rakendamise, eelkõige sisekontrolli korraldamise, et avastada võimalikult varakult aktsiaseltsi tegutsemist ohustavad asjaolud. Retooriliselt võib küsida, et kes peaks kontsernisisesest varjatud juhtimisest esimesena arusaama või sellele võimalikkusele tähelepanu pöörama. Kui tütarühingu juhatuse liikmeks

¹³² *Op. cit.* Varul, P. Kull, I. Kõve, V. Käerdi, M. Tsiviilseadustiku komm., Tallinn: Juura 2010. § 37 komm. 3.5.1.

on mõistlik isik¹³³, siis vaadates ükskõik kui objektiivselt ja lähtudes põhimõttest, et juhatuse on aktsiaseltsi juhtorgan, mis esindab ja juhib aktsiaseltsi, siis ei ole võimalust, et tütarühingu juhatajaks valitud isik ei saa aru, et sisuliste ning muude otsuste vastuvõtmisel lähtutakse emaühingu aktsionäri või juhtorgani liikme tahtest.

Eespool viidatud lahendis 3-2-1-129-15 oli peamiseks küsimuseks tütarühingu juhatuse liikme vastutusest vabanemise võimalus. Kolleegium märkis, et kontsernihuvist lähtumine ja emaühingu antud juhiste järgimine võib välistada tütarühingu juhatuse liikme vastutuse olukorras, kus tegu on selgelt tuvastatava kontsernisuhtega, ja eeldusel, et tegevus, mille hoolsusstandardile vastavust hinnatakse, on äratuntavalt kontserni kui terviku huvides, see tähendab, et ei piisa, kui see on ühe ühingu, näiteks ainult emaühingu huvides. Lisaks peab niisuguses olukorras tehtud tehing olema tehtud vastusooritusega. Kontsernihuvi järgimisega ei saa õigustada lojaalsuskohustust rikkuvaid kuritarvitusi ega ühtegi sellist tehingut, mis tehakse hoolsuskohustust rikkudes juba maksejõuetu ühingu arvel (vt ÄS § 306 lg 3¹) või millega põhjustatakse tütarühingu maksejõuetus. Seega võib kontserni kuuluva tütarühingu juhatuse liige vabaneda vastutusest, kui ta teeb tehingu, mis esmapilgul ei ole küll tütarühingu huvides, kuid mis kõiki asjaolusid kogumis kaaludes on kontserni kui terviku ja seega lõppastmes ka tehingu teinud tütarühingu huvides, eeldusel et tehinguga ei tehta hoolsuskohustust rikkudes sooritust mõne teise kontserni kuuluva ühingu kasuks maksejõuetu tütarühingu arvel ega põhjustata tütarühingu maksejõuetust.¹³⁴

3.4.2. Vastutust välistavad asjaolud

Peamine vastutust välistav asjaolu või tingimus on siiski seotud ÄS § 315 lg-ga 1, mille kohaselt juhatuse liige peab oma kohustusi täitma korraliku ettevõtja hoolsusega ning § 315 lg 2 teise lause kohaselt vabaneb juhatuse liige vastutusest, kui ta tõendab, et on oma kohustusi täitnud korraliku ettevõtja hoolsusega.

Tütarühingu juhtorgani liikme vastutust võib analoogia korras välistada ka EMCA artikkel 16 alusel, kus viidatakse, et kui tütarühingu juhatuse liige võtab vastu otsuse emaühingu korralduste järgi, mis ei ole tütarühingu huvides, siis esineb kolm võimalust, millega vabandada tütarühingu juhatuse liikme hoolsuskohustuse rikkumist. Esimene neist on küllalt

¹³³ Mõistlik isiku arusaamine vastavalt TsÜS § 75 lg 1 teise lause kohaselt: kui tahteavalduse saaja tahteavalduse tegija tegelikku tahtet ei teadnud ega pidanudki teadma, tuleb tahteavaldust tõlgendada nii, nagu tahteavalduse saajaga sarnane mõistlik isik seda samadel asjaoludel mõistma pidi.

¹³⁴ RKTko 3-2-1-129-15, p 17.

loogiline ja näeb ette olukorra, kus vastuvõetud tehing või otsus oli kogu kontserni huvides ehk analoogne olukord eelnevalt kirjeldatud riigikohtu lahendile¹³⁵, milles nenditi, et kontsernihuvist lähtumine ja emaühingu antud juhiste järgimine võib välistada tütarühingu juhatuse liikme vastutuse olukorras, kus tegu on selgelt tuvastatava kontsernisuhtega, ja eeldusel, et tegevus, mille hoolsusstandardile vastavust hinnatakse, on äratuntavalt kontserni kui terviku huvides, see tähendab, et ei piisa, kui see on ühe ühingu, näiteks ainult emaühingu huvides.

Teise võimalusena vabaneb tütarühingu juhatuse liige vastutusest, kui konkreetse tehingu tegemisele järgneb kahju, kuid mõistlikult eeldades ja mõistliku ajavahemiku jooksul saab see balansseeritud kasumiga.¹³⁶ Siinkohal saab rääkida tavapärasest äritegevusest või investeerimisest, mis käib äriühingute olemusega kaasas. Siiski näeb EMCA ette, et käesolev tingimus ei kohaldu ainuisikule kontserni puhul.

EMCA näeb viimase võimalusena, kui tütarühingu juhatuse liige vabaneb vastutusest, olukorda, kus otsuse vastuvõtmisel tekkinud äriühingu kahju ei pane ohtu ettevõtte edasise eksisteerimise.¹³⁷ See on kaalumise koht, kus tuleb hinnata varjatud juhi poolt edastatud korralduste sisu, mahtu, kavatsusi ja perioodi, millal neid esitada.

Eesti õiguskirjandusest saab välja tuua praktilisi soovitusi olukordadeks, kus emaühing surub peale tehingu tegemist, mis juhatuse arvates ei teeni ühingu majanduslikke huve.¹³⁸ Peamisteks soovitusteks on, et tütarühingu juhatuse liikmel tuleks mõelda seaduses sätestatud silmas pidades läbi juhtimismudel – kas ja mil määral võib emaühing tütarühingu juhatuse liikmele korraldusi anda. Lisaks tuleks enda jaoks läbi mõelda mitmel korral viidatud asjaolu, et sõltumata korraldustest, tuleb tütarühingu juhatuse liikmel täita oma kohustusi korraldiku ettevõtja hoolsusega, mis tähendab, et ei saa ja ei tohi toimuda mehaanilist korralduste täitmist de jure juhatuse liikme poolt.

Lisaks sellele esineb õiguskirjanduses nõuandeid, missuguste tegevustega veel kaitsta ennast aktsionäri eest. Võimalus oleks koostada analüüs konkreetse tehingu majandusliku otstarbekuse ja riskide kohta (finants- ja õigusanalüüs). Analüüsist, iseseisvalt kogutud informatsioonist ja tütarühingu huvidest lähtuvalt kujundada arvamused, mis esitada nõukogule

¹³⁵ EMCA section 16(1)(a).

¹³⁶ EMCA section 16(1)(b).

¹³⁷ EMCA section 16(1)(c).

¹³⁸ *Op. cit.* Madisson, K., Murula, I., Omanik käsib juht vastutab.

või emaühingule, saamaks heakskiidu või põhjendatud kriitika, mis erinevate nägemuste juures on üheks lahutamatuks osaks majandustegevuses. Siinjuures ei ole välistatud, et tütarühingu juhtorgani liige võiks tehingu küsida ka otsuse vormis.

Hilisemal tõendamisel võib mängida rolli ka tegevus, kui tütarühingu juhtorgani liige protokollib kogu protsessi, lisaks märgib üles võimalikud eriarvamused ja arutluskäigu, et siis hiljem analüüsida, kas ja kes võis olla tehingust või otsusest enim huvitatud. Ühe olulisema tegurina, mis võib tütarühingu juhatuse liikme vastutust välistada, on pidev aruandlus nõukogule või aktsionäridele. Loomulikult ei saa kas vabatahtlik või kohustuslik aruandlus olla põhjendamatult koormavaks.

Kokkuvõte

Magistritöö eesmärgiks oli uurida, milline on varjatud juhtimise tekkimise võimalikkus kontsernides ning kas ja milliseid varjatud juhtimist soodustavaid sätteid Eesti õigus sisaldab. Magistritöö püstitatud hüpoteesiks oli, et igasugused emaühingu poolt antavad korraldused ja soovitused tütarühingule kujutavad endast varjatud juhtimist. Esitatud hüpotees ei pidanud paika, sest esinevad küll kindlad eeldused, mille täitumisel saab rääkida varjatud juhtimisest, kuid see ei tähenda, et igasugune emaühingu poolt edastatav korraldus või nõuanne kätkeks endast varjatud juhtimist.

Kontserni loomisel ja sinna kuulumisel on selged eelised ja puudused. Peamine eelis on äriühingute iseseisev risk, sest tegemist on eraldisesivate juriidiliste isikutega, kuid mida ei saa sellegipoolest lõpuni välistada, eelkõige juhul kui emaühing teostab varjatud juhtimist tütarühingu üle. See võib avalduda olukorras, kus emaühingu aktsionär teostab läbi enda poolt määratud tütarühingu juhatuse või nõukogu või kolmandate isikute selle majandustegevust ja soovib vastu võtta otsuseid, mis ei pruugi olla tütarühingu huvides. Seetõttu on äärmiselt oluline, et nii ema- kui ka tütarühingu juhtimisel mõistaksid mõlemad erinevust emaühingu kontrolli teostamise ja tütarühingu iseseisvust otsuste vastuvõtmise vahel. Kontserni puudustena saab käsitleda ema- ja tütarühingute juhatuse ja aktsionäride vahelistes konfliktides, enamus- ja vähemusaktsionäride vahelistes erimeelsustes ning aktsionäride ja võlausaldajate vahelistes suhtes. Võimaliku kontserni vastutuse puhul tuleb nentida, et kontsern on pigem majanduslik ja raamatupidamislik mõiste ning tütarühingu võlausaldaja jaoks ei saa kohustuste täitmise nõudmisel olla võlusõnaks “emaühing”.

Eesti õigus ei käsitle varjatud juhi mõistet, kuid CA kohaselt on varjatud juhiks isik, kelle juhiste ja korralduste järgi on ettevõtte juhtorgani liikmed harjunud käituma. Käesoleva magistritöö üheks olulisemaks verstapostiks oligi tuvastada, kas ja millistel tingimustel on faktilise ühingujuhi staatuse tekkimine võimalik. Autorina jõudsin järeldusele, et igasugust käitumist, millega emaühing ise või läbi oma töötajate suunab tütarühing tegevust, ei ole võimalik lugeda faktiliseks ühingu juhtimiseks ehk varjatud juhtimine ei teki tavapärase majandustegevuse raames.

Vastates küsimusele, miks varjatud juhtimise tuvastamine on niivõrd oluline, siis põhjendus seisneb selles, et faktiline ühingujuht vastutab tegelikult nagu tavapärase tütarühingu juhtorgani liige ehk eesmärgiks on katta ka teiste isikute vastutus, kelle seos tütarühinguga ei ole sedavõrd iseenesest mõistetav. Faktilise ühingujuhi staatuse tekkimise puhul võib ühelt poolt olla oluline ka asjaolu, kuidas sõltumatu kolmas isik seda mõistab. Reeglina on varjatud juhi käitumine kontsernisisene.

Keeruline on liigitada üht või teist tegevust varjatud juhtimiseks, mistõttu tuleb konkreetset tegevust hinnata üksikjuhtumi pinnalt. Sellegipoolest on välja kujunenud kindlad teatud tegevused, millel saab omistada faktilise juhi staatust kontsernis emaühingule, kuid see nimekiri ei lõplik, sest ühe või teise otsuse tähtsus võib sõltuda väga paljudest teguritest, milleks võivad olla äriühingu käive, kasum, selle põhi- ja lisategevusalad ja paljud teised tegurid, mille hindamine on oluline konkreetsetel ajamomendil.

Kontserni huvi ei ole erinevate regulatsioonide kohaselt võrdsustatud emaühingu huviga. Ei ole vastuvõetav põhimõte, et emaühing käsib, keelab, poob ja laseb. Taoline käsitus tekitab segadust kolmandate isikute suhtes, kes ei pruugi objektiivselt aru saada, kellega nad lepingulistesse suhetesse astuvad. Kehtiv Eesti kohtupraktika on samal seisukohal ning näeb ette, et kontsernisisesed otsused ei saa üheski olukorras prevaleerida juhatuse liikmete kohustuste üle ning, et iga juhatuse liige peab tegutsema alati vaid selle äriühingu huvides, mille juhatuse liige ta on. Õige on küll see, et seadus ei näe ette selgeid erandeid kontserni kuuluvate ühingute juhatuse liikmete hoolsuskohustuse kohta, kuid juhatuse liikme hoolsusstandardi sisustamisel tuleb arvestada ka kontsernisuhteid.

Varjatud juhtimisel tuleb analüüsida, kas ja kes on jaganud tütarühingu juhtorgani liikmetele korraldusi, kas ja kuidas on tütarühingu juhtorgani liikmed neid korraldusi jälginud ja kas taolistest korraldustest andmisest saab välja lugeda teatud harjumuslikku käitumist. Kindlate tingimuste täitmisel on võimalik varjatud juhina käsitleda muuhulgas ka näiteks krediitiasutust, kes võib oma soovitude ja korraldustega asuda varjatud juhi positsioonile. Kõige kindlamalt saab väita, et varjatud juhtimise alla liigituvad tegevused, mis seonduvad tegevustega, kui isik kehtestab äriühingule finantsilised nõuded, omab kontrolli äriühingu finantssuhete üle, moodustab või oluliselt mõjutab ettevõtte strateegilisi otsuseid, omab vetoõigust äriühingu otsuste üle, astub läbirääkimistesse äriühingu lepingupoolega juhatuse nimel või omab absoluutset õigust juhtorgani liikmete nimetamise osas. Varjatud juhtimise korral peab esinema kausaalne seos varjatud juhi juhiste või korralduste andmise ja sellele

järgnevate tehingute osas, mida varjatud juht suunas oma tegevusega. Korralduste jagamine peab olema seotud kindla tahtega osaleda tütarühingu otsustusprotsessides.

Oluline on eristada emaühingu korraldusi ja soove emaühingu nõuannetest. See tähendab, et tütarühingu juhtorgani liikmete poolt ei toimu mehaanilist tegutsemist kellegi teise juhiste järgi, vaid mõeldakse ja kaalutakse laekunud teave tütarühingu parema juhtimise kontekstis. Faktilise ühingujuhi olemasolu võib riivata ka avalikkuse huvi, seda eelkõige riigihangete näol, kus siis osalevad kas ema- ja tütarühing eraldiseisvalt, mis antud ajahetkel on kehtiva seadusandluse seisukohast lubatud või osalevad samal riigihankel korraga ühe kontserni kaks tütarühingut, mille kohta hetkel puudub kohtupraktika, kas ja mis viisil see võiks toimida. Ei ole võimalik tagada emaühingu sõltumatust, kui riigihange näeb ette suuremat sorti pangagarantii esitamist hankijale või muud kulutust, et tütarühingud ei konsulteeriks emaühingu juhtorgani liikmetega. Kuni ei ole selle kohast kohtupraktikat, siis ei ole õigusselgust, kas taoline käitumine võiks kaasa tuua nii tsiviil- kui ka karistusõigusliku vastutuse nii ühingutele endale kui ka faktilisele ühingujuhile. See on koht, kus võib tugevalt seada kahtluse alla tütarühingute autonoomsuse emaühingu ja kogu kontserni huve silmas pidades. Tütarühingu autonoomsust tunnistab kehtiv seadusandlus täielikult, kuid siiski esinevad võimalused, mis annavad aluse kahelda faktilise ühingujuhi tekkimise võimalikkuses.

Karistusseadustiku kohaselt on võimalik füüsilisele isikule süüteo eest kohaldada lisakaristusi, nende hulgas ka tegutsemiskeeldu. Tegutsemiskeeldu all peetakse silmas, et isikule võib teataval tegutsemisalal tegutsemise eest kohaldada keeldu, mis võib antud keeldu tõlgendades seisneda ka konkreetsel tegevusalal tegutsemise keeldu. Antud magistritöö raames jõudsin seisukohale, et kehtiva õiguse kohaselt on isikul, kellele on keelatud töötada teatud tegevusalal juhtorgani liikmena võimaluse sellest kõrvale põigata legaalsel viisil, mis võiks soodustada varjatud juhtimist. Selleks viisiks on kontsern ehk äriühingu asutamine teisel tegevusalal, mis omakorda omandaks siis selle äriühingu, mille tegevusalal tegutsemiskeeld isikule määrati. Kindlasti ei saa pidada seda probleemi esmatahtsaks, kuid seniks, kui puudub sellekohane kohtupraktika, ei saa lõpuni kindel olla, et taoliselt keelust ei ole võimalik lihtsa skeemiga kõrvale hoiduda.

Varjatud juhtimise seisukohalt on oluline tuvastada, kas ja kuidas on võimalik tagada tütarühingu iseseisev toimimine. Magistritöö viitab mitmel korral, et tütarühing on oma juhtimisel autonoomne, kuid loomulikult ei saa olla tegemist kontrollimatu äriühinguga, sest see kahjustaks aktsionäri huve ja ei soodustaks äritegevuse toimimist kontsernide näol. Tütarühingu siseasjade korraldamine on vastava ühingu juhatuse liikmete pädevuses, mitte emaühingu. Siiski tuleb meeles pidada, et emaühingul on õigus valida ja kutsuda tagasi tütarühingu juhatuse liikmed ja/või nõukogu liikmeid. Selleks, et tütarühingu juhatuse liikmed sooviks vältida võimalikku vastutust, tuleks käituda põhimõtte kohaselt, et arvestada tuleb alati selle ühingu huvidega, millega ollakse kehtiva ametisuhtega seotud. Emaühingu korraldusi tütarühingule ei saa võtta iseenesest mõistetavalt.

Siiski on erinevaid võimalusi, kuidas emaühing saab kontrollida niinimetatud iseseisvat tütarühingut. Seadusest on võimalik välja lugeda kaks kriteeriumi, millega faktiline ühingujuht saab piirata tütarühingu juhtorganite otsustusõigust. Nendeks on üldpõhimõtted, näiteks tehingud, millele peab nõukogu andma nõusoleku ning põhikirjast tulenevad kitsendused. Äriseadustikus on mitmeid viiteid, kuidas saab põhikirjaga näiteks reguleerida tütarühingu juhtorganite töökorda ja esindamist. Tõsisemaks probleemiks tütarühingu juhtimisel saab pidada emaühingu poolt antud korralduste täitmist ehk vertikaalset juhtimist. Sellist olukorda saab puhta kujuliselt pidada varjatud juhtimiseks ning ei ole võimalik rääkida vastutuse mitte ülekandumisest korraldusi jagavale isikule. Selge on see, et juhatuse liiget ei ole võimalik kaitsta aktsionäri või faktilise ühingujuhi liigsete piirangute eest, kes teostab pahatahtlikult temale seaduse alusel antud võimu. Sattudes konflikti korraldusi jagava isikuga, on seaduse alusel võimalik juhatuse liiget kutsuda tagasi selleks põhjust omamata.

Kokkuvõtvalt tuleb nentida, et see on kaalumise koht, kas hetkeseisuga Eesti õigus vajab otsesõnu faktilise juhi definitsiooni või mitte. Praegu on keeruline öelda, et see on ilmtingimata vajalik, aga nagu näitas Autorollo kaasus, siis taoline käitumine võib olla paratamatu ning tulevikus võiks kaaluda võimalikke faktilist ühingujuhtimist puudutavate paragrahvide lisamist, et kohtupraktika faktilise ühingujuhi seisukoha kujunemisel oleks selgem ja ühetaolisem, mitte niivõrd tõlgendustele üles ehitatud. Huviga ootaksin praktikat, mis sisustaks ära võimalikud käitumismallid, millega kontsernis on võimalik saavutada faktilise ühingujuhi staatus ehk missugused oleksid emaühingu huvid ja soovid tütarühingu juhtorgani otsuste vastuvõtmisel.

Shadow directoring in group. Summary

The phenomenon of the groups of companies is not very rare anymore in society, but it has some advantages and disadvantages. One benefit for the parent of a parent-subsiary structure is the element of control. Another benefit for the parent of a parent-subsiary structure is protection from the subsidiary's liabilities. The general rule is that a parent corporation will not be held liable for the acts of its subsidiaries. This rule, however, is not absolute.

According to Commercial Code, if a company is a partner or shareholder of another company and owns a majority voting interest therein, the participating company shall be called the parent undertaking, and the company in which it participates shall be called a subsidiary. A company in which another subsidiary or subsidiaries, with or without the parent undertaking, have a majority voting interest is also a subsidiary of the parent undertaking. A subsidiary is also a company in which another company (parent undertaking) has control as a partner or shareholder, on the basis of an agreement or without an agreement. All companies are required to have at least one director. This is because companies cannot act themselves.

The purpose of the master's thesis was to find out which are the circumstances what have to be fulfilled to talk about shadow directoring in group and liability of shadow director, because shadow directors are as responsible and as liable as de jure directors. A shadow director is treated in many ways as a real director of the company concerned and so will be bound by the same duties and obligations. However, in most cases the shadow director is unaware of his/her need to comply with the laws relating to directors and accordingly takes no protective action.

The discussion rely on Estonian and United Kingdom Companies Act and compare them. United Kingdom Companies Act is a prototype for Estonian Commercial Code which regarding the treatment of group. In addition, the master's thesis use different other acts to give a better overview and examples of shadow director. Also, master's thesis analyze Estonian, United Kingdom and Australian cases which are involved with shadow directoring in group.

However, in company law we can define three different types of directors: de jure, de facto and shadow directors. None of them definitions, we can't find in Estonian Commercial Code. A de jure director is one who has been validly appointed as a director via standard procedure, eg by being elected by the company's membership at a general meeting or by being appointed by the board acting under constitutional authority. A de facto director is someone who has not been properly appointed as a director but who nevertheless acts as a director. A shadow director is a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act. Note the reference to person as opposed to individual meaning that a company can also be seen as a shadow director.

In different literature, there are important to define de jure and de facto separately. But a liability of the de jure and de facto directors is the same. A de facto director differs from a de jure director in that he or she will not have been validly appointed as director via any accepted standard procedure.

Estonian Commercial Code does not include shadow director's paragraph, but according to UK's Companies Act article 251(1) shadow director means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act. However in Estonian Commercial Code stipulate paragraph 289² by which a person who, by misusing his or her influence, influences a member of the management board or supervisory board to act contrary to the interests of the public limited company, is liable to compensate any damage incurred thereby to the public limited company. In master thesis's I reached to conclusion, that influencing activity is not the same which is shadow directoring.

A parent company can be a shadow director of all or any of its subsidiaries. There are certain rules, when we can't talk about shadow director. First, a person will not be deemed to be a shadow director of a company if he or she is a professional adviser to a company and its directors act on the basis of advice given to them solely in that capacity. The second exception applies to parent companies. Where a company is a parent company, the possibility of it being deemed to act as a shadow director of its subsidiary companies is real – the greater the level of control exercised by the parent the higher the chances are that it will fall within the definition. A parent is not to be regarded as a shadow director in respect of its subsidiaries 'by reason only' that the directors of the subsidiary companies are accustomed to act in accordance with the parent's directions or instructions.

It is important, that the terms “instructions and wishes” can be distinguished from “advice” on the basis that “advice” is merely an opinion and not a directed course of action. It means, that directors of subsidiary can’t make decision in way that they directly use only parent company’s directions. It is also against to Estonian Commercial Code paragraph 315 which stipulate that a member of the management board shall perform his or her duties with due diligence. Member of the management board have to take decisions, which are the best for a subsidiary. Second important element of shadow director is that the member of subsidiary have to accustomed to act. This element is intended to cover those persons with effective control of a corporation, making decisions that the directors of the corporation simply follow without independent thought, analysis or discretion.

In conclusion, there are some indicators which may referable to shadow director, but the main factor is related with circumstance that person is shadow director when shadow director have certain intent to participate in subsidiary’s decisions like it’s more useful for him than subsidiary. In Estonian Commercial Code exist some paragraphs, which are referring to possibilities for shadow directoring. These kind of paragraphs are involved with possible restrictions from articles of associations.

Although a subsidiary might be wholly-owned, the subsidiary is a separate and distinct legal entity from the parent company. Autonomous of subsidiaries is important general principle, which means they are independent to make decisions, which are only in subsidiaries’ interests. Management board of subsidiary have to own competence of subsidiary’s home affairs. There are different possibilities how parent company can organize working order of subsidiary’s management board. Some of them are written in law, but some of them can set up with articles of association. The main problem is involved with parent company’s behests. This kind of situation can be expounded directly as a shadow director. In this situation, it is needful to expand the liability for the person, who is managing subsidiary vertically. Comprehensible is that, subsidiary’s member of management board is defenseless in reference to parent company. In conclusion, it is important to understand, which are directions and advices, because it’s significant when we talk about shadow director’s liability.

During the master's thesis I brought out some situations, which may refer to circumstance, that there are shadow director in subsidiary. Typical of them are, when a person imposing financial reporting requirements on the company, or taking control of the financial affairs of the company; making, or substantially influencing, major strategic decisions of the company, or exercising any power of veto over the company's decisions; negotiating with third parties on behalf of the rest of the board; controlling the appointment of senior management of the company. Actually, the list of activities is not definitely final and every time have to be analyze it step by step because there are different factors which may decisive, if there is shadow director or not. Talking about shadow director, it is possible to bring out two very substantial exception. Person can't be a shadow director in reason, he/she is professional adviser and subsidiary use useful tips from adviser. Naturally we can't handle person as a shadow director, when these are his/her everyday duties. All in all, the most important elements to ascertain beingness of shadow director are involved with the content of directions. Director is someone who directs the operations of the company, not just someone who attends board meetings. If a person know that he/she is not a director and do not want to risk being a shadow director, then he/she can't behave like a director. If a person attend the board meeting, then he or she can only to advice and can't direct the board.

Kasutatud allikad

Kasutatud kirjandus

1. Aasmäe, K. Majandust räsitud kriis ei säästnud ka kontsernidesse koondunud ettevõtteid. – Statistikaamet 2011. Arvutivõrgus: <http://rup.ee/uudised/majandus-ja-ari/majandust-rasinud-kriis-ei-saastnud-ka-kontsernidesse-koondunud-ettev-tteid> (18.04.2016).
2. Arumäe, U. Organisatsiooni ja juhtimise õiguslik korraldus. Tallinn: Kirjastus Juura, 2013.
3. Bonomelli, M. Wholly-owned subsidiaries: same but different. Australia Gilbert Tobin, 2014. Arvutivõrgus: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=90cc6c72-de1a-4ba7-91d0-7cd7a798c5ed> (10.01.2016)
4. Bottard, G. What is a Shadow Director? Future Law, 2011. Arvutivõrgus: <http://www.future-law.co.uk/wp-content/uploads/2011/09/WHAT-IS-A-SHADOW-DIRECTOR1.pdf> (16.01.2016).
5. Conac, P.H. Director's Duties in Groups of Companies – Legalizing the Interest of the Group at the European Level. – European Company and Financial Law Review, 2013, No 2.
6. Davies, J. A guide to directors' responsibilities under the Companies Act 2006. Certified Accountants Educational Trust, July 2007. Arvutivõrgus: <http://www.accaglobal.com/content/dam/acca/global/PDF-technical/business-law/tech-tp-cdd.pdf> (07.03.2016).
7. Ferran, E. Company Law and Corporate Finance. Oxford, University Press 1999.
8. Hopt, K. J. Groups of of Companies - A Comparative Study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups. Law Working Paper No. 286/2015. Arvutivõrgus: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2560935 (06.01.2016).
9. Kairjak, M. Faktilise ühingujuhi karistusõiguslik vastutus. Juridica 2011/VII, lk 540–547.
10. Kranich, O. Vastutus osauhingu või aktsiaseltsi kahjustamise eest ühingu tegevuse mõjutamise kaudu. Magistritöö. Tartu: Tartu Ülikooli õigusteaduskond 2014.
11. Madisson, K., Murula, I., Omanik käsib juht vastutab? Õigusblogi, 2011. Arvutivõrgus: <http://www.sorainen.com/et/Publications/legal-blogs/2341/omanik-kasib-ja-juht-vastutab> (01.04.2014).
12. Noonan, C., Watson, S. The nature of shadow directorship: ad hoc statutory intervention or core company law principle? – Journal of Business Law, 2006.

13. Oja, T. Riik asub oma ettevõtteid korrastama. - Postimees 13.04.2016. Arvutivõrgus: <http://pluss.postimees.ee/3654557/riik-asub-oma-ettevotteid-korrastama> (15.04.2016).
14. Ramsey, I. Holding Company Liability for the Debts of an Insolvent Subsidiary: A Law and Economics Perspective. UNSW Law Journal, 1994. Arvutivõrgus: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLJ/1994/18.pdf> (20.04.2016).
15. Saare, K., Volens, U., Vutt, A., Vutt, M. Ühinguõigus I, Kapitaliühingud. Tallinn: Juura, 2015.
16. Shub, O. Separate Corporate Personality: Piercing the Corporate Veil. FDCC Quarterly 2006.
17. Singh, A. Corporate governance: changing regulatory scenario and the role of the independent director. India Ernest & Young Pvt. Ltd, 2012. Arvutivõrgus: [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Corporate_governance_for_changing/\\$FILE/Corporate_governance_for_changing_regulatory_scenario_and_the_role_of_the_independent_director_EY_FIDS.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Corporate_governance_for_changing/$FILE/Corporate_governance_for_changing_regulatory_scenario_and_the_role_of_the_independent_director_EY_FIDS.pdf) (30.03.2016).
18. Sootak, J., Pikamäe, P. Karistuseseadustik. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2015.
19. Tigane, T. Kontserni huvi arvestamine tütarühingu juhtimisel. Magistritöö. Tartu: Tartu Ülikooli õigusteaduskond 2015.
20. Tiivel, T. Äriühingu juhtorgani liikme kohustused ja vastutus. Magistritöö. Tartu: Tartu Ülikooli õigusteaduskond 2004.
21. Varul, P., Kull, I., Kõve, V., Käerdi, M. Tsiviilseadustiku üldosa seadus: kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2010.
22. Varul, P., Kull, I., Kõve, V., Käerdi, M. Võlaõigusseadus I: kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2006.
23. Varul, P., Kull, I., Kõve, V., Käerdi, M. Võlaõigusseadus III: kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2006.
24. Vutt, M. Aktsionäri kahju hüvitamise nõue aktsiaseltsi ja selle juhtorgani liikmete vastu. – Juridica 2012/II, lk 90–100.
25. Vutt, M. Kas kontsern on Eesti ühinguõiguses olemas? 2015. Arvutivõrgus: http://www.oi.ut.ee/sites/default/files/oi/margit_vutt_teesid.pdf (10.03.2016).

Kasutatud normatiivmaterjal

26. Euroopa nõukogu seitsmes 13.06.1983. a direktiiv 83/349/EMÜ, mis põhineb asutamislepingu artikli 54 loike 3 punktil g ja käsitleb konsolideeritud aastaaruandeid. – ELT L 193/1, 18.07.1983, lk 58-74.
27. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2009/102/EÜ, 16. september 2009, mis käsitleb äriühinguõiguses reguleerivaid ühe osanikuga osauhingud. - ELT L 258/20, 01.10.2009. Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:258:0020:0025:ET:PDF> (22.02.2016).
28. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/59/EL, 15. mai 2014, millega luuakse krediitiasutuste ja investeerimisühingute finantsseisundi taastamise ja kriisilahenduse õigusraamistik ning muudetakse nõukogu direktiivi 82/891/EMÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 2001/24/EÜ, 2002/47/EÜ, 2004/25/EÜ, 2005/56/EÜ, 2007/36/EÜ, 2011/35/EL, 2012/30/EL ja 2013/36/EL ning määruseid (EL) nr 1093/2010 ja (EL) nr 648/2012 Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0059&from=ET> (16.03.2016).
29. Finnish Limited Liability Companies Act. 2012. Arvutivõrgus: <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2006/en20060624.pdf> (02.04.2016).
30. Karistusseadustik. – RT I 2001, 61, 364 ... RT I, 17.12.2015, 9.
31. Konkurentsiseadus. – RT I 2001, 56, 332 ... RT I, 30.12.2014, 15.
32. Krediitiasutuste seadus. – RT I 1999, 23, 349 ... RT I, 11.03.2016, 4.
33. Pankrotiseadus. – RT I 2003, 17, 95 ... RT I, 30.12.2015, 34.
34. Saneerimisseadus. – RT I 2008, 53, 296 ... RT I, 09.05.2014, 18.
35. The European Model Company Law Act, 2013. Arvutivõrgus: http://law.au.dk/fileadmin/Jura/dokumenter/CHAPTER_16_GROUPS_OF_COMPANIES.pdf (10.03.2016).
36. Tsiviilkohtumenetluse seadustik. – RT I 2005, 26, 197 ... RT I, 10.03.2016, 10.
37. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. – RT I 2002, 35, 216 ... RT I, 12.03.2015, 106.
38. Töölepingu seadus. – RT I 2009, 5, 35 ... RT I, 12.07.2014, 146.
39. Võlaõigusseadus. – RT I 2001, 81, 487 ... RT I, 11.03.2016, 2.
40. Äriseadustik. – RT I 1995, 26, 355 ... RT I, 30.12.2015, 73.
41. Ühendkuningriigi äriseadustik Companies Act 2006. Arvutivõrgus: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/pdfs/ukpga_20060046_en.pdf (11.02.2016).

Kasutatud muud allikad

42. BNS. Kohus algatas AS Tere saneerimise. – Postimehe majandusuudised 18.03.2016.
Arvutivõrgus: <http://majandus24.postimees.ee/3589143/kohus-algatas-as-tere-saneerimise>
(19.04.2016).
43. Draft proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on Single Member Companies (SMC). 22 July 2013. Prepared for the European Commission by members of the former Reflection Group on the future of EU company law, and other Professors, as an own initiative Project.
44. Euroopa Komisjon. Maksundus ja tolliliit. Asbest – tervishoid ja tööohutus.
Arvutivõrgus:
http://ec.europa.eu/taxation_customs/dds2/SAMANCTA/ET/Safety/Asbestos_ET.htm
(02.03.2016).
45. Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrus (EL) nr 575/2013, 26. juuni 2013, krediidiasutuste ja investeerimisühingute suhtes kohaldatavate usaldatavusnõuete kohta ja määruse (EL) nr 648/2012 muutmise kohta. – L 176/1. Arvutivõrgus: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:176:0001:0337:ET:PDF>
(30.04.2016).
46. E-äriregister. Registrate ja infosüsteemide keskus. Arvutivõrgus: <https://ariregister.rik.ee>
47. Preliminary draft of a directive based on article 54,3 (g) on Harmonization of the Law of Groups of Companies, Part I – EEC Doc. XI/328/74-E, Part II – EEC Doc. XV/593/75-E.
48. Riigi osalusega äriühingud. Arvutivõrgus:
https://www.eesti.ee/est/kontaktid/riigi_osalusega_ariuhingud_1/riigi_osalusega_ariuhingud_2 (04.03.2016).
49. United Kingdom Corporate Governance Code. 2014. Arvutivõrgus:
<https://www.frc.org.uk/Our-Work/Publications/Corporate-Governance/UK-Corporate-Governance-Code-2014.pdf> (02.04.2016).

Kasutatud kohtupraktika

Eesti kohtupraktika

50. RKHKo 3-3-1-53-15.
51. RKKKo 3-1-1-137-04.
52. RKKKo 3-1-1-9-05.
53. RKKKo 3-1-1-34-07.

54. RKKKo 3-1-1-32-10.
55. RKKKo 3-1-1-12-11.
56. RKKKo 3-1-1-51-12.
57. RKKKo 3-1-1-69-12.
58. RKKKo 3-1-1-98-15.
59. RKTko 3-2-1-65-08.
60. RKTko 3-2-1-106-10.
61. RKTko 3-2-1-158-12.
62. RKTko 3-2-1-129-15.
63. RKTko 3-2-1-154-15.
64. RKTko 3-2-1-173-15.
65. RKTko 3-2-1-181-15.
66. TlnRnKo 1-12-12477.
67. TMKo 2-12-47144.

Ühendkuningriigi kohtupraktika

68. Shafron v Australian Securities and Investments Commission [2012] HCA 18.
69. Thompson v The Renwick Group plc [2014] EWCA Civ 635.
70. Re Unisoft Group Ltd (No. 2), 08.06.1993. [1994] B.C.C. 766.
71. Chandler v Cape plc [2012] 1 WLR 3111.

Austraalia kohtupraktika

72. Buzzle Operations Pty Ltd (In Liq) v Apple Computer Australia Pty Ltd [2010] NSWSC 233.
73. Grimaldi v Chameleon Mining NL (No 2) [2012] FCAFC 6.
74. Standard Charter Bank of Australia Ltd v Antico (1995) 13 ACLC 1381.

Kasutatud lühendid

CA	Ühendkuningriigi äriseadustik
EMCA	European Model Company Act
EMTAK	Eesti Majanduse Tegevusalade Klassifikaator
KarS	Karistusseadustik
KAS	Krediitiasutuste seadus
KonkS	Konkurentsiseadus
RKHKo	Riigikohtu halduskolleegiumi otsus
RKKKo	Riigikohtu kriminaalkolleegiumi otsus
RKTKo	Riigikohtu tsiviilkolleegiumi otsus
SMC	Single Member Company
TlnRnkKo	Tallinna Ringkonnkohtu otsus
TMKo	Tartu Maakohtu otsus
TsMS	Tsiviilkohtumenetluse seadustik
TsÜS	Tsiviilseadustiku üldosa seadus
VÕS	Võlaõigusseadus
ÄS	Äriseadustik

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Talis Tiirik
(sünnikuupäev: 22.04.1992)

1. annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose „Varjatud juhtimine kontsernis“, mille juhendaja on *dr. iur.* Andres Vutt
 - 1.1.reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
 - 1.2.üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
2. olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
3. kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tartus, 02.05.2015