

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Tsiviilõiguse õppetool

Liina Saaremets

**KOHALDATAV ÕIGUS PIIRIÜLESES MAKSEJÕUETUSMENETLUSES
EUROOPA LIIDU MAKSEJÕUETUSMÄÄRUSE KOHASELT**

Magistritöö

Juhendaja
Professor Paul Varul

Tartu
2015

SISUKORD

SISSEJUHATUS	3
1. KOHALDATAVA ÕIGUSE MÄÄRAMISE LÄHTEALUSED PIIRIÜLESES MAKSEJÕUETUSMENETLUSES	7
1.1 Esmase ja teisese menetluse eristamine piiriüleses maksejõuetusmenetluses	7
1.2 Universaalsuse ja territoriaalsuse printsiibid piiriüleses maksejõuetusmenetluses.....	17
2. ASUKOHARIIGI ÕIGUSE KOHALDAMINE KUI ERAND UNIVERSAALSUSE PRINTSIIBIST	25
2.1 Kinnisvaraga seotud lepingud	25
2.2 Maksesüsteemid ja finantsturud	27
2.3 Töölepingud	30
2.4 Mõjud registreerimisele kuuluvatele õigustele	33
2.5 Kolmandate isikute kaitse	34
2.6 Maksejõuetusmenetluse mõjud pooleliiolevatele kohtuasjadele.....	37
3. EUROOPA LIIDU MAKSEJÕUETUSMÄÄRUSE OTSEKOHALDAMINE KUI ERAND UNIVERSAALSUSE PRINTSIIBIST	40
3.1 Kolmandatele isikutele kuuluvad asjaõigused	40
3.2 Tasaarvestus	49
3.3 Omandireservatsioon.....	55
3.4 Ühenduse patendid ja kaubamärgid	58
3.5 Kahjustav tegevus	61
KOKKUVÕTE	67
SUMMARY	72
KASUTATUD ALLIKATE LOETELU	79
Kasutatud kirjandus.....	79
Kasutatud normatiivmaterjal	82
Kasutatud kohtupraktika	82
Muud kasutatud allikad	83

SISSEJUHATUS

Rahvusvaheline kaubandustegevus muutub üha aktiivsemaks – omavahel kauplevad erinevatest riikidest pärit füüsilised ja juriidilised isikud. Tehnoloogia areng soodustab nii inimeste kui ka materiaalse ja mittemateriaalse vara liikumist ühest riigist teise.¹ Koos kaubanduse arengu ja majandusliku integratsiooni suurenemisega on piiriülene maksejõuetus muutunud valdkonnaks, mis vajab tõhusat regulatsiooni.² Kui tegemist on sellise võlgniku maksejõuetusega, kes tegutseb ka väljaspool oma koduriiki, on selge, et sellise äriühingu maksejõuetusmenetluse läbiviimiseks ei piisa siseriiklikest seadustest, vaid vaja on täiendavat, rahvusvaheliselt kooskõlastatud reguleerimist.³ Vastasel juhul hakkavad eri riikide kohtud kohaldama piiriülele maksejõuetusmenetlusele siseriiklike rahvusvahelise eraõiguse norme, mis võivad eri riikides olla üksteisele vasturääkivad⁴, mistõttu nende kohaldamine tooks kaasa lõputuid vaidlusi. Maksejõuetusmenetluse osalistele – nii võlausaldajatele, kolmandatele isikutele kui ka võlgnikule – tekitaks kooskõlastatud reguleerimise puudumine õigussuhetesse astumisel ebakindlust, kuna ühe lepingupoole võimaliku maksejõuetuse tagajärjed pooltevahelisele õigussuhtele pole ettenähtavad. Eesmärgiga sellist ebamäärast, riikidevahelist vaidlusi tekitavat ja menetlusosaliste õigusi kahjustavat olukorda vältida, on tänaseks loodud mitmeid regulatsioone – üheks tuntuimaks neist on Euroopa Liidu Nõukogu määrus nr 1346/2000 maksejõuetuse kohta (edaspidi määrus).⁵

Olgugi, et piiriülest maksejõuetusmenetlust puudutavaid regulatsioone, konventsioone ja kokkuleppeid on tänaseks loodud mitmeid, keskendub käesolev magistritöö piiriülese maksejõuetusmenetluse valdkonna ühe olulisima regulatsiooni uurimisele. Magistritöö uurimisobjektiks on Euroopa Liidu Nõukogu määrus nr 1346/2000 maksejõuetuse kohta, mis kehtib alates 31. maist 2002. a ja on alates 1. maist 2004. a ka Eesti õiguse osa. Maksejõuetusmenetluste tõhus ja tulemuslik toimimine Euroopa Liidu liikmesriikides on vajalik Euroopa Liidu siseturu nõuetekohase toimimise jaoks.⁶ Siseturu tõhusa toimimise edendamist ning Euroopa Liidu sisest aktiivset majandustegevust silmas pidades loodi

¹ R. Mason. Cross-border Insolvency and Legal Transnationalisation. – INSOL International Insolvency Review 2012/21, lk 105.

² F. M. Mucciarelli. Not Just Efficiency: Insolvency Law in the EU and Its Political Dimension. – European Business Organization Law Review 2013/14, lk 176.

³ P. Varul, H. Tohvri, M. Laarmaa. Piiriülene pankrotimenetlus. – Juridica 2004/4, lk 243.

⁴ D. McKenzie. The EC Convention on Insolvency Proceedings. – European Review of Private Law 1996/4, lk 182.

⁵ Euroopa Liidu Nõukogu määrus (EÜ) nr 1346/2000, 29. mai 2000, maksejõuetusmenetluse kohta. – ELT L 160/1, 30.06.2000, lk 191-208.

⁶ Maksejõuetusmäärus (viide 5), preambuli p 2.

määrus, mille eesmärgiks on koordineerida liikmesriikide õigust ja kohtute tegevust.⁷ Määruse eesmärgiks ei ole ühtse pankrotiõiguse loomine Euroopa Liidus ega pankrotiregulatsiooni harmoniseerimine⁸, vaid selliste reeglite loomine, mis määravad kindlaks, millises liikmesriigis tuleb maksejõuetusmenetlus algatada ning mis õigus sellele menetlusele kohaldub.⁹

Kui määrus kohaldub üksnes Euroopa Liidu liikmesriikidele, siis ülemaailmse tähtsusega on UNCITRAL mudelseadus¹⁰ (edaspidi mudelseadus), mille eraldi käsitlemine pole küll antud magistritöö eesmärk, kuid mida on selgitaval ja võrdleval eesmärgil sellegipoolest käsitletud. Mudelseadus võeti vastu 1997. aastal ning tema eesmärgiks on aidata riikidel täiustada oma siseriiklikku maksejõuetusõigust sätetega, mis tagavad tõhusa piiriülese maksejõuetusmenetluse.¹¹ Mudelseaduse eesmärgiks on luua piiriülese maksejõuetusmenetluse läbiviimiseks efektiivne mehhanism, ergutades muuhulgas õiguslikku kindlust kaubanduse ja investeerimise valdkonnas ning õiglast ja efektiivset maksejõuetusmenetluse läbiviimist, mis kaitseks kõigi menetlusosaliste huvisid.¹² Erinevalt määrusest sisaldab mudelseadus endas üksnes juhendava iseloomuga sätteid, mida liikmesriigid võivad oma õiguskorda eri riikide maksejõuetusõiguse harmoniseerimise eesmärgil üle võtta.¹³ Mudelseadus on võrreldes määrusega paindlikum võimaldades seda jõustada soovival riigil teha soovi korral muudatusi ülevõetavatesse sätetesse.¹⁴ Tänapäevaks on mudelseaduse sätteid üle võtnud 20 riiki, sealhulgas Ameerika Ühendriigid, Ühendkuningriigid, Mehhiko, Kanada ja Jaapan.¹⁵

Käesoleva magistritöö eesmärgiks on otsida vastust küsimusele, kas universaalsuse printsiibist lähtumine kohaldatava õiguse määramisel piiriüleses maksejõuetusmenetluses on põhjendatud ning millised on vajalikud erandid universaalsuse printsiibist, et tagada menetlusosaliste huvide optimaalne kaitse. Käesoleva magistritöö teema on aktuaalne ennekõike seetõttu, et olenemata asjaolust, et rahvusvaheline kaubandus ning sellest osa võtvate äriühingute maksejõuetus ei ole uus nähtus, on piiriülest maksejõuetusmenetlust

⁷ F. M. Mucciarelli (viide 2), lk 176.

⁸ P. Varul, H. Tohvri, M. Laarmaa (viide 3), lk 243.

⁹ T. Camacho, A. N.-L. Burguera. Secondary proceedings: are cross-border insolvencies in the EU dealt with efficiency? – *International Insolvency Law Review* 2013/2, lk 143.

¹⁰ UNCITRAL model law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation. New York: United Nations 2014.

¹¹ Mudelseadus (viide 10), lk 19.

¹² Mudelseadus (viide 10), preambul.

¹³ S. Chandra Mohan. Cross-border Insolvency Problems: Is the UNCITRAL Model Law the Answer? – *International Insolvency Review* 2012/21, lk 203.

¹⁴ K. Haas. Võlgniku põhihuvide kese piiriüleses maksejõuetusmenetluses. Magistritöö. Tartu 2014, lk 21.

¹⁵ UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency. Status. – Arvutivõrgus: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html, 24. märts 2015.

puudutav määruse regulatsioon veel üsna noor. Teisalt on määruse rakendamise kohta tekkinud vajalikul määral kohtupraktikat, analüüse ja seisukohti, mistõttu on käesoleva töö autori arvates õige aeg järeldusi teha. Antud teema on uudne, kuna tegemist on Eestis esimese uurimusega, mis käsitleb kohaldatava õiguse määramise põhimõtteid piiriüleses maksejõuetusmenetluses.

Lähtuvalt magistritöö eesmärkidest on magistritöö peamised uurimisküsimused: 1) kas universaalsuse printsiibist lähtumine on kohaldatava õiguse määramist puudutava regulatsiooni loomisel põhjendatud; 2) millistel juhtudel on põhjendatud asukohariigi õiguse kohaldamine kui erand universaalsuse printsiibist; ja 3) millistel juhtudel on põhjendatud määruse otsekohaldamine kui erand universaalsuse printsiibist.

Käesolev magistritöö on uurimisküsimustest tulenevalt jagatud kolmeks peatükiks. Esimeses peatükis on autori eesmärgiks otsida vastust küsimusele, millisest printsiibist on kohaldatava õiguse normide loomisel sobivaim lähtuda. Lisaks uurib autor esimeses peatükis esmase ja teisese menetluse erisusi määruhes. Antud teema on magistritöö teemast tulenevalt oluline, kuivõrd kohaldatava õiguse normide kohaldamine sõltub teatud juhtudel asjaolust, kas lisaks esmasele maksejõuetusmenetlusele on algatatud ka teisene maksejõuetusmenetlus. Teises peatükis otsib autor vastust küsimusele, kuidas on tagatud menetlusosaliste kaitse määruse sätetega, milles on ette nähtud asukohariigi õiguse kohaldamine kui erand universaalsuse printsiibist. Näiteks uuritakse antud peatükis, kas menetlusosaliste õigused on optimaalselt kaitstud olukorras, kus maksejõuetusmenetlus puudutab kinnisvara või töösuhtega seotud lepinguid või õigusi. Kolmandas peatükis uurib autor, kuidas on tagatud menetlusosaliste kaitse määruse sätetega, milles on ette nähtud määruse otsekohaldamine kui erand universaalsuse printsiibist. Näiteks uuritakse antud peatükis, kas menetlusosaliste õigused on optimaalselt kaitstud olukorras, kus maksejõuetusmenetlus puudutab võlgniku varaga seotud asjaõigusi, omandireservatsiooniõigust või õigust teostada tasaarvestust.

Autor on magistritöö koostanud analüütilist ja võrdlevat uurimismeetodit. Magistritöö on teoreetiline uurimus, milles on analüüsitud määruse sätteid ja nende kohaldamist ning võrreldud erinevate õigusteadlaste tõlgendusi ja arvamusi. Vähesel määral on võrreldud ka määruse ja mudelseaduse kohaldatavat õigust puudutavaid sätteid, kuid keskel kohal on määruse sätete analüüs.

Autor on magistritöö koostamisel kasutanud peamiselt ingliskeelset teoreetilist kirjandust. Kasutatud on kirjandust sellistelt enimtuntud piiriülese maksejõuetusmenetluse õigusteadlastelt, nagu B. Wessels, B. Hess, I. Fletcher, G. Moss, T. Pfeiffer ja teised. Samuti

on kasutatud magistritöö teemat puudutavaid teadusartikleid, mis on avaldatud rahvusvahelistes teadusajakirjades, samuti teadusajakirjades *Juridica* ja *Juridica International* ilmunud teadusartikleid autoritelt P. Varul, S. Viimsalu ja A. Õunpuu. Lisaks on kasutatud Eestis koostatud piiriülest maksejõuetusmenetlust käsitlevaid teadustöid, Euroopa Komisjoni ja ekspertgruppide arvamusi ja ettepanekuid ning Euroopa Kohtu praktikat.

1. KOHALDATAVA ÕIGUSE MÄÄRAMISE LÄHTEALUSED PIIRIÜLESES MAKSEJÕUETUSMENETLUSES

1.1 Esmase ja teisese menetluse eristamine piiriüleses maksejõuetusmenetluses

Käesoleva magistritöö esimeses alapeatükis uuritakse esmase ja teisese maksejõuetusmenetluse eristamist Euroopa Liidu Nõukogu määruses nr 1346/2000 maksejõuetuse kohta. Antud määrus on Euroopa Liidu tasandil kõige olulisem piiriülest maksejõuetusmenetlust puudutav regulatsioon. Euroopa maksejõuetusmenetluse reguleerimise katsetuste ajalugu on olnud pikk ja vaearikas, mis ilmestab hästi hakkamasaamist liikmesriikide seaduste mitmekesisusega.¹⁶ Olgugi, et määrus kohaldub alates 2002. aastast, valmis juba 1995. aastaks määruse eelkäija maksejõuetuskonventsiooni lõplik versioon, mis oli küll keerulise kompromissi tulemus¹⁷, kuid mida on loetud suureks edasisammuks saavutamaks lahendus piiriülese maksejõuetusmenetluse probleemidele.¹⁸ 1995. aasta konventsioon paraku Ühendkuningriikide allkirja puudumise tõttu kunagi ei jõustunudki.¹⁹ Küll aga on konventsiooni kohta käiv kirjandus ning seletuskiri (edaspidi Virgos/Schmit'i raport)²⁰ asjakohane ka määruse uurimisel, kuna 1995. aasta konventsiooni ning määruse põhimõtted ja sätted kattuvad suures osas.

Määrus loodi tsiviilasjades tehtava õiguslase koostöö edendamise eesmärgil²¹, pidades muuhulgas silmas asjaolu, et piiriülese maksejõuetusmenetluse regulatsiooni puudumisel võivad tekkida olukorrad, kus osapooled viivad varasid või kohtumenetlusi ühest liikmesriigist teise enda jaoks soodsama õigusliku seisundi leidmiseks (ingl *k forum shopping* – meelepärase kohtualluvuse valimine)²². Määrus reguleerib peamiselt maksejõuetusmenetluse algatamise pädevust, kohaldatavat õigust, otsuseid, mis tehakse maksejõuetusmenetluse alusel, ning nende otsuste tunnustamist.²³ Olukorras, kus määrus ei

¹⁶ P. J. Omar. Genesis of the European Initiative in Insolvency Law. – International Insolvency Law Review 2003/3, lk 147.

¹⁷ M. Menjuq. EC-Regulation No 1346/2000 on Insolvency Proceedings and Groups of Companies. – European Financial and Company Law Review 2008/2, lk 136.

¹⁸ D. McKenzie (viide 4), lk 182.

¹⁹ G. Moss, I. F. Fletcher, S. Isaacs. The EC Regulation on Insolvency Proceedings. Second edition. New York: Oxford University Press 2009, lk 46.

²⁰ M. Virgos, E. Schmit. Report on the Convention on Insolvency Proceedings, 1996. – Arvutivõrgus: http://aei.pitt.edu/952/1/insolvency_report_schmidt_1988.pdf, 25. märts 2015.

²¹ Maksejõuetusmäärus (viide 5), preambuli p 2.

²² Maksejõuetusmäärus (viide 5), preambuli p 4.

²³ Maksejõuetusmäärus (viide 5), preambuli p 6.

kohaldu, võivad riigid käituda iseseisvalt ning kohaldada piiriülese maksejõuetusmenetluse läbiviimiseks enda siseriiklikku õigust ja praktikat.²⁴

Määrust kohaldatakse kõigi maksejõuetusmenetluste suhtes, olenemata sellest, kas võlgnik on füüsiline või juriidiline isik.²⁵ Määrust kohaldatakse ainult selliste menetluste suhtes, mille puhul võlgniku põhihuvide kese asub ühenduses²⁶, v.a Taanis, kelle suhtes määrus ei ole siduv²⁷. Seega on oluline silmas pidada, et määrus ei pruugi alati kohalduda, olgugi et võlausaldajad, huvitatud isikud ja varad võivad asuda Euroopa Liidu liikmesriigis. Samuti ei pruugi olla piisav asjaolu, et võlgnik, kelle suhtes on algatatud maksejõuetusmenetlus, omab tegevus- või asukohta ühes või mitmes Euroopa Liidu liikmesriigis, kuna võlgniku põhihuvide kese võib hoopis kolmandas riigis asuda.²⁸ Küll aga näeb määrus sellisel juhul ette võimaluse algatada teisene maksejõuetusmenetlus, mille algatamise eelduseks on võlgniku tegevuskoht antud liikmesriigis.²⁹ Määrus tunnustab seega kahte liiki maksejõuetusmenetlusi: esmast ehk põhimaksejõuetusmenetlust ning teisest maksejõuetusmenetlust.

Määruse fundamentaalseks põhimõtteks on, et liikmesriik, kus asub võlgniku põhihuvide kese, on õigustatud algatama põhimaksejõuetusmenetluse ning sellel menetlusel on universaalne mõju kõigis Euroopa Liidu liikmesriikides.³⁰ Sellisel menetlusel on üldine kohaldamisala ning selle eesmärk on hõlmata kõiki võlgniku varasid.³¹ Põhimaksejõuetusmenetluse universaalne mõju väljendub ennekõike põhimõttes, mille kohaselt põhimenetluse algatanud kohtu poolt tehtud menetluse algatamist käsitlevat otsust tunnustavad kõik teised liikmesriigid.³² Sarnaselt määrusega, loetakse ka mudelseaduse kohaselt põhimaksejõuetusmenetluseks menetlus, mis viiakse läbi riigis, kus asub võlgniku põhihuvide kese.³³

Põhihuvide kese peaks olema koht, kus võlgnik tegeleb regulaarselt oma huvide realiseerimisega ja on seetõttu kolmandate isikute poolt tuvastatav.³⁴ Mudelseadusest tulenevalt eeldatakse, et võlgniku põhihuvide kese on juriidilise isiku registrijärgses asukohas

²⁴ I. F. Fletcher. *Insolvency in Private International Law*. Second edition. New York: Oxford University Press Inc. 2005, lk 366.

²⁵ Maksejõuetusmäärus (viide 5), preambuli p 9.

²⁶ Maksejõuetusmäärus (viide 5), preambuli p 14.

²⁷ Maksejõuetusmäärus (viide 5), preambuli p 33.

²⁸ I. F. Fletcher. *Insolvency in Private International Law* (viide 24), lk 366.

²⁹ Maksejõuetusmäärus (viide 5), preambuli p 12.

³⁰ F. M. Mucciarelli (viide 2), lk 176.

³¹ Maksejõuetusmäärus (viide 5), preambuli p 12.

³² Maksejõuetusmäärus (viide 5), art 16 lg 1.

³³ Mudelseadus (viide 10), art 2 p b.

³⁴ Maksejõuetusmäärus (viide 5), preambuli p 13

või füüsilise isiku elukohas.³⁵ Määruse kohaselt loetakse äriühingu või juriidilise isiku puhul vastupidiste tõendite puudumisel tema põhihuvide keskmeks registrijärgset asukohta.³⁶ Samas võib tõendite olemasolu korral põhihuvide keskmee määramisel olla otsustavaks faktoriks maksejõuetu võlgniku peakontori, tegelike juhtide, peamiste varade või enamiku võlausaldajate asukoht. Põhihuvide keskmeks on võimalik lugeda ka riiki, mille õigus on määratud kohaldatavaks õiguseks enamikes vaidlustes.³⁷ Määrus ei anna ühtegi juhust füüsilise isiku põhihuvide keskmee määramise kohta, mistõttu tuleb füüsilise isiku põhihuvide keskmee määrata tuginedes preambulas sisalduvale selgitusele, mille kohaselt põhihuvide keskmee peab olema koht, kus võlgnik tegeleb regulaarselt oma huvide realiseerimisega ja on seetõttu kolmandatele isikutele tuvastatav.³⁸ Tõenäoliselt saab füüsilise isiku põhihuvide keskmeks lugeda tema elu- või alalist viibimiskohta.

Nii määruse kui ka mudelseaduse kohaselt tuleb üksnes eeldada juriidilise isiku põhihuvide keskmee asukohta tema registrijärgses asukohas. Asjaolu, et tegemist on üksnes eeldusega, on igati loogiline, kuna registrijärgne asukoht ei pruugi paljude äriühingute puhul omada erilist seost äriühingu tegeliku tegevusega ning seetõttu on võimalik registrijärgse asukoha eelduse ümberlükkamine. Just sel põhjusel tuleks võlausaldajatel näidata üles suurt hoolsust oma finantsriskide hindamisel ja mitte piirduda üksnes võlgnikust äriühingu registrijärgse asukoha seaduste uurimisega. Juhul, kui on kahtlusi, et äriühingu huvide realiseerimist korraldatakse mõne teise riigi territooriumilt, tuleks kaaluda registrijärgse asukoha kui põhihuvide keskmee eelduse kummutamise võimalustega.³⁹ Olgugi, et võlausaldajate jaoks võib põhihuvide keskmee eelduse ümberlükkamine olla suur tõendamiskohustus, on sellegipoolest käesoleva töö autori arvates määruse selguse huvides loogiline lähtuda esmalt registrijärgsest asukohast ning lubada nendel isikutel, kelle õigusi selline eeldus kahjustab, vajadusel eeldus ümber lükata.

Põhihuvide keskmee kontseptsioon on mõjutatud asjaolust, et võlgnikuga kauplevatel isikutel oleks võimalus omada võlgniku kohta teatud eelarvamusi ja ootusi, mis põhinevad mõistlikel järeldustel võlgniku tegevuse kohta.⁴⁰ Teades, milline õigus reguleerib pooltevahelisi suhteid lepingupartneri võimaliku maksejõuetusmenetluse korral, võimaldab pooltel kalkuleerida võimalikke riske, mis kaasnevad konkreetse õigusuhtesse astumisega. Nimelt sõltub kohaldatavast õigusest võlgniku pankrotivara ulatus, maksejõuetusmenetluse algatamise mõju

³⁵ Mudelseadus (viide 10), art 16 lg 3.

³⁶ Maksejõuetusmäärus (viide 5), art 3 lg 1.

³⁷ K. S. Park. COMI or not COMI: Timing is the question. – *International Insolvency Law Review* 2014/4, lk 421.

³⁸ K. Haas (viide 14), lk 46.

³⁹ A. Öunpuu. Põhimaksejõuetusmenetluse algatamise probleeme. – *Juridica* 2005/7, lk 476-477.

⁴⁰ I. F. Fletcher. *Insolvency in Private International Law* (viide 24), lk 367.

olemasolevatele lepingutele ning võlausaldajatele väljamaksete tegemise järjekord.⁴¹ Põhirõhk on asetatud võlausaldajate huvidele ja nende kaitsele. Registrijärgset asukohta ei saa vaadata põhihuvide keskmene ennekõike siis, kui esinevad tegurid, mis on kolmandate isikute jaoks objektiivsed ja kindlakstehtavad ning mis võimaldavad järeldada, et võlgniku põhihuvide kese asub mujal kui võlgniku registrijärgne asukoht.⁴² Selline n-ö võlausaldajate arusaamast lähtuv põhihuvide keskmee määramise kriteerium on tingitud asjaolust, et põhihuvide keskmee asukohast sõltub ka maksejõuetusmenetluses kohaldatav õigus. Sellest tulenevalt aitab põhihuvide keskmee kontseptsioon kaasa sellele, et võlausaldajad (kuid ka võlgnik ja kolmandad isikud) hoomaks, missugune õigus võlgniku võimaliku maksejõuetusmenetluse korral kohalduks.

Olgugi, et põhihuvide keskmest lähtuval regulatsioonil on võlausaldajaid kaitsev toime, on põhihuvide keskmee kontseptsioonile ette heidetud mõiste ebamäärasust ning asjaolu, et põhihuvide kesket on võimalik manipuleerida ning vahetult enne maksejõuetusmenetluse algatamist muuta.⁴³ Nimelt on võlgnikud üritanud oma põhihuvide kesket (täpsemalt tegureid ja elemente, mille alusel määratakse põhihuvide keskmee asukoht) liigutada liikmesriiki, mille maksejõuetusmenetlust puudutav õigus on võlgniku seisukohast kõige kasulikum. *Forum shopping* ei pruugi olla üksnes võlgniku huvides – ka teatud võlausaldajate grupid (nt töötajad ja aktsionärid) võivad olla huvitatud erinevate riikide õiguse kohaldamisest maksejõuetusmenetlusele.⁴⁴ Teisalt leidub määruses kaks *forum shopping*'ut piiravat asjaolu – esiteks on huvitatud isikutel võimalik taotleda teisese maksejõuetusmenetluse algatamist riigis, kus asub võlgniku tegevuskoht, ning teiseks on määruse artiklites 5-15 sätestatud kohaldatava õiguse reeglid, mis näevad ette erandi võlgniku põhihuvide keskmee asukohariigi õiguse kohaldamisest.⁴⁵

Põhihuvide keskmest lähtuva regulatsiooni puuduseks võib lugeda ka asjaolu, et määrusest ei tulene, kuidas toimub eelduse, et äriühingu põhihuvide kese on tema registrijärgses asukohas, ümberlükkamine ning millistest tõenditest piisab, et tõendada põhihuvide keskmee asukoha muutust. Teisalt on põhihuvide keskmee kontseptsioonis võetud ennekõike arvesse just võlausaldajate kaitset ning nende huvi tõendada võlgniku põhihuvide keskmee asukoht, mis on

⁴¹ M. Szydło. Prevention of Forum Shopping in European Insolvency Law. – European Business Law Review 2010/11, lk 259.

⁴² B. Wessels. The Changing Landscape of Cross-Border Insolvency Law in Europe. – Juridica International 2007/12, lk 122-123.

⁴³ G. McCormack. Reconstructing European insolvency law – putting in place a new paradigm. – Legal Studies 2010/1, lk 145.

⁴⁴ M. Szydło (viide 41), lk 254-256.

⁴⁵ G. McCormack. Time to Revise the European Insolvency Regulation. – Wessels, B. jt. The European Insolvency Regulation: An Update. England: INSOL Europe 2010, lk 84.

nähtav ja arusaadav just võlausaldajatele. Nimelt on Euroopa Kohus *Eurofood*'i kohtuasja otsuses leidnud, et registrijärgse asukoha eeldust aitavad ümber lükata asjaolud, mis on samaaegselt objektiivsed ja kolmandate isikute poolt tuvastatavad.⁴⁶ Käesoleva töö autor leiab, et mõiste “põhihuvide kese” lai tähendus on pigem kasulik kui kahjulik, kuna võimaldab pooltel tugineda mitmetele erinevatele asjaoludele, et põhihuvide keskme asukohta tõendada. Olukorras, kus põhihuvide keskmeks loetak스 üksnes registrijärgset asukohta, oleks oluliselt lihtsam oma põhihuvide keset liigutada kui olukorras, kus põhihuvide keskmeks loetakse kolmandatele isikutele välja paistvat ja arusaadavat aktiivset tegevuskohta.

Võlgniku põhihuvide keskme asukohariigis algatatud põhimaksejõuetusmenetlus on kogu võlgniku vara ja kõiki võlausaldajaid (sõltumata nende asukohast) hõlmav menetlus. Põhimaksejõuetusmenetluse algatamist käsitlevat otsust tunnustavad automaatselt kõik liikmesriigid⁴⁷ ning põhimaksejõuetusmenetlust juhtima määratud likvideerijal⁴⁸ on pädevus ja volitused tegutseda kogu Euroopa Liidu territooriumil⁴⁹. Kõik põhimaksejõuetusmenetluse algatanud riigist väljaspool asuvad võlgniku varad alluvad põhimaksejõuetusmenetluse algatanud liikmesriigi õiguslikule regulatsioonile.⁵⁰ Põhimaksejõuetus võib olla nii tervendava kui ka likvideeriva iseloomuga. Igal Euroopa Liidus põhihuvide keset omaval võlausaldajal on õigus esitada oma nõuded kõigis Euroopa Liidus pooleliolevates maksejõuetusmenetlustes.⁵¹

Erinevate huvide kaitset silmas pidades on määrusesse sisse viidud kontseptsioon, mille kohaselt on võlgniku suhtes võimalik paralleelselt esmase ehk põhimaksejõuetusmenetlusega algatada veel ka teisene maksejõuetusmenetlus⁵², mis on siseriiklik menetlus ja hõlmab ainult selles riigis asuvaid varasid, kus menetlus algatatakse⁵³. Teisene menetlus võib olla üksnes likvideeriv menetlus.⁵⁴ Teisest menetlust on kasutatud n-õ relvana esmase menetluse likvideerija tegevusse sekkumiseks.⁵⁵ Nii esmases kui ka teiseses maksejõuetusmenetluses kohaldub reeglina kohalik õigus. Võlausaldajad peavad oma nõuded esitama igas riigis eraldi

⁴⁶ EKo 02.05.06, C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd.*

⁴⁷ Maksejõuetusmäärus (viide 5), art 16 lg 1.

⁴⁸ Maksejõuetusmääruse (viide 5) artikli 2 punkti b kohaselt on likvideerija isik või organ, kelle ülesanne on hallata või likvideerida võlgniku vara, mille suhtes viimane on täielikult või osaliselt kaotanud käsutamisõiguse, või kontrollida tema asjaajamist. Käesolevas magistritöös on läbivalt (sealhulgas mõiste “pankrotihaldur” asemel) kasutatud mõistet “likvideerija”.

⁴⁹ Maksejõuetusmäärus (viide 5), art 18 lg 1.

⁵⁰ S. Viimsalu. Piiriülese maksejõuetusmenetluse õiguslikud küsimused. – *Juridica* 2008/6, lk 416.

⁵¹ Maksejõuetusmäärus (viide 5), preambuli p 21

⁵² Maksejõuetusmäärus (viide 5), preambuli p 12

⁵³ Maksejõuetusmäärus (viide 5), preambuli p 11

⁵⁴ Maksejõuetusmäärus (viide 5), art 3 lg 3.

⁵⁵ S. Taylor. Conference on Reform of the European Insolvency Regulation. – *International Insolvency Law Review* 2011/3, lk 243.

ja likvideerijal pole pädevusi väljaspool seda riiki, kus vara asub.⁵⁶ Ka mudelseadus tunnustab teisese maksejõuetusmenetluse algatamise võimalust riigis, kus asub võlgniku tegevuskoht.⁵⁷

Küll aga tuleb silmas pidada teisese menetluse algatamise piiranguid. Peamiseks piiranguks on asjaolu, et teisese maksejõuetusmenetluse võib algatada liikmesriigis, kus asub võlgniku tegevuskoht.⁵⁸ Tegevuskohaks ei saa riiki lugeda pelgalt seetõttu, et seal asub võlgniku vara.⁵⁹ Võlgniku tegevuskohaks loetakse määruse alusel kohta, kus toimub võlgniku alaline majandustegevus, mis hõlmab tööjõudu ja materiaalseid vahendeid⁶⁰, ning mudelseaduse kohaselt kohta, kus võlgnik viib inimressurssi, tooteid ja teenuseid kaasates püsivalt läbi majanduslikku tegevust⁶¹. Tegevuskoha mõistet on analüüsinud ka Tallinna Ringkonnakoht, leides, et tegevuskoht määruse tähenduses on oluliselt laiem kui tsiviilseadustiku üldosa seaduse § 29 lõikes 2 sätestatu, mis eeldab püsiva ja kestva majandustegevuse olemasolu. Piisavaks tegevuseks tuleks lugeda mistahes majanduslikku laadi tegevust, mis baseerub tööjõu ning varaliste väärtuste rakendamisel ja mis on majandustegevusena kolmandatele isikutele äratuntav.⁶² Käesoleva töö autor nõustub Tallinna Ringkonnakohtu seisukohaga, et tegevuskoha mõiste on määrukses käsitletud pigem laialt kui kitsalt. Lai tõlgendamine tagab võlausaldajate parima kaitse, kuna võimaldab neil rohkematel juhtudel taotleda teisese maksejõuetusmenetluse algatamist, tuginedes sealjuures asjaolule, et nende jaoks oli võlgniku tegevuskoht äratuntav.

Sõltuvalt sellest, kas teisene maksejõuetusmenetlus on algatatud enne või pärast põhimaksejõuetusmenetluse algatamist, on teisesed maksejõuetusmenetlused liigitatavad iseseisvateks territoriaalseteks maksejõuetusmenetlusteks ja iseseisvateks teisesteks maksejõuetusmenetlusteks.⁶³ Enne põhimaksejõuetuse algatamist on riigis, kus asub võlgniku tegevuskoht, õigus algatada teisene maksejõuetusmenetlus üksnes kohalikel võlausaldajatel ja kohaliku tegevuskoha võlausaldajatel, samuti juhul, kui põhimaksejõuetusmenetlust ei ole võimalik algatada selle liikmesriigi õiguse alusel, kus asub võlgniku põhihuvide kese. Antud piirangute eesmärgiks on tagada, et siseriiklike maksejõuetusmenetluste algatamist saaks enne põhimaksejõuetusmenetlust taotleda vaid hädavajadusel.⁶⁴ Teisest maksejõuetusmenetlust võib algatada ka pärast põhimaksejõuetusmenetlust, kuid sellisel juhul peab olema tegemist

⁵⁶ P. Varul, H. Tohvri, M. (viide 3), lk 245.

⁵⁷ Mudelseadus (viide 10) art 2 p c.

⁵⁸ Maksejõuetusmäärus (viide 5), preambuli p 12

⁵⁹ G. Moss, I. F. Fletcher, S. Isaacs (viide 19), lk 241.

⁶⁰ Maksejõuetusmäärus (viide 5), art 2 p h.

⁶¹ Mudelseadus (viide 10) art 2 p f.

⁶² TlnRnKo 14.06.2006, 2-05-530, p 13.

⁶³ P. Varul, H. Tohvri, M. Laarmaa (viide 3), lk 246.

⁶⁴ Maksejõuetusmäärus (viide 5), preambuli p 17.

likvideerimismenetlusega.⁶⁵ Teisese maksejõuetusmenetluse algatamist võib taotleda põhimaksejõuetusmenetluse likvideerija või isik, kellel on teisese maksejõuetusmenetluse algatanud riigi seaduste kohaselt selline õigus. Näiteks võib teisese maksejõuetusmenetluse algatamist nõuda võlausaldaja, kelle arvates on kasulik, kui tema nõuet menetletakse kohalikus menetluses.⁶⁶

Teisesel maksejõuetusmenetlusel on kaks peamist eesmärki: 1) võlausaldajate kaitse põhimaksejõuetusmenetluse mõjude eest; ning 2) põhimaksejõuetusmenetluse abistamine ja toetamine.⁶⁷ Eelkõige tagab teisene maksejõuetusmenetlus kaitset kohalikele väikevõlausaldajatele, kes muidu võiksid olla koormatud teises liikmesriigis, teise liikmesriigi õiguse järgi ja teises keeles toimivas maksejõuetusmenetluses nõuete esitamisega.⁶⁸ Võlausaldajad võivad olla kindlad, et isegi juhul, kui võlgniku põhihuvide kese asub teises liikmesriigis, siis nende õiguslik positsioon jääb selliseks, nagu ta oleks siseriikliku maksejõuetusmenetluse algatamise korral.⁶⁹ Tagatud on võlausaldajate parem informeeritus ning samuti on menetlust lihtsam läbi viia.⁷⁰ Teised menetlused on olulised ka menetlusökonoomia vaatepunktist, kuna võib esineda juhtumeid, mil võlgniku vara ühtse tervikuna käsitlemine on liiga raske või on õigussüsteemide erinevused nii suured, et võivad raskendada põhimenetluse algatanud riigi seaduste rakendamist riikides, kus võlgniku vara asub.⁷¹

Teisalt on kritiseeritud asjaolu, et teisese menetluse algatamine on liiga automaatne ning algatamisel keskendutakse liigselt võlausaldajate õigusele teisese menetluse algatamist nõuda, jättes analüüsivõime selle, kas teisese maksejõuetusmenetluse algatamine üldse vajalik on. Määruse kohaselt võib pärast põhimaksejõuetusmenetluse algatamist algatada teisese maksejõuetusmenetluse, ilma et selles riigis oleks võlgniku maksejõuetust kontrollitud.⁷² Küll aga oleks näiteks juhul, kui põhimaksejõuetusmenetluses toimub võlgniku majanduslikesse raskustesse sattumise tõttu saneerimine, kuid teises liikmesriigis (võlgniku tegevuskoha asukohariigis) toimib võlgniku äritegevus hästi, ebamõistlik algatada likvideeriva iseloomuga teisene maksejõuetusmenetlus. Likvideerimismenetluse algatamine võib mõjuda halvasti võlgniku mainele tema tegevuskoha asukohariigis, mis tooks kaasa äritegevuse aeglustumise

⁶⁵ Maksejõuetusmäärus (viide 5), art 3 lg 3.

⁶⁶ B. Wessels. The European Union Insolvency Regulation: An Overview With Trans-Atlantic Elaborations. – International Insolvency Institute, lk 491 – Arvutivõrgus: <http://iiglobal.org/component/jdownloads/finish/39/378.html>, 26. märts 2015.

⁶⁷ B. Wessels. The European Union Insolvency Regulation (viide 66), lk 491.

⁶⁸ RKTko 3-2-1-114-1, p 17.

⁶⁹ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 22.

⁷⁰ P. Varul, H. Tohvri, M. Laarmaa (viide 3), lk 245.

⁷¹ Maksejõuetusmäärus (viide 5), preambuli p 19.

⁷² Maksejõuetusmäärus (viide 5), art 27.

või seiskumise ning võlgniku sissetulekute vähenemise, mis omakorda ei ole kooskõlas võlausaldajate kaitse ning vara maksimeerimise põhimõtetega.⁷³ Seetõttu võiks *INSOL Europe* töögrupi arvates anda teisest menetlust algatavale kohtule pädevuse otsustada menetluse algatamise vajalikkuse üle olukorras, kus teise menetluse algatamata jätmine võiks olla võlausaldajate huvides või lihtsustaks menetluse algatamata jätmine võlgniku vara jagamist.⁷⁴ Käesoleva töö autor nõustub sellise seisukohaga. Tihti võib võlgnikul olla vara mitmetes riikides ning pole välistatud, et suurem osa võlgniku varast asub just väljaspool tema põhihuvide keskme asukohariiki. On ebamõistlik, kui olukorras, kus võlgnikul oleks piisavalt vara oma tegevuse jätkamiseks, algatavad kohtud ilma sisulise analüüsita teise maksejõuetusmenetluse, mille tagajärjel kahjustuvad kõigi menetlusosaliste huvid oluliselt suuremal määral, kui need kahjustuks teise maksejõuetusmenetluse läbiviimise tulemusel.

Selleks, et põhi- ja teisesed maksejõuetusmenetlused toimiks efektiivselt ning nende tulemusel oleks tagatud menetlusosaliste huvide optimaalseim kaitse, on oluline, et kõik võlgniku suhtes algatatud maksejõuetusmenetlused oleks kooskõlastatud. Likvideerijad eri riikides peavad omavahel tegema koostööd, kuid põhimaksejõuetusmenetluse valitseva seisundi tagamiseks peaks põhimaksejõuetusmenetluse likvideerijal olema võimalus sekkuda teistesse pooleliolevatesse menetlustesse.⁷⁵ Näiteks on põhimaksejõuetusmenetluse likvideerijal õigus taotleda teise maksejõuetusmenetluse peatamist⁷⁶ ning teise maksejõuetusmenetluse lõpetamine saneerimisplaani või kompromissi alusel on lubatud üksnes tema nõusolekul⁷⁷.

Nii põhi- kui ka teise maksejõuetusmenetluse ja selle mõjude suhtes kohaldatakse juhul, kui määruses ei ole sätestatud teisiti, selle liikmesriigi seadust, kelle territooriumil menetlus on algatatud (*lex concursus*).⁷⁸ Artikleid 3 ja 4 arvesse võttes võib järeldada, et üldreeglina kohaldub piiriülele maksejõuetusmenetlusele selle riigi õigus, kus on võlgniku põhihuvide kese. Selline reegel on ka igati loogiline, kuna võlgniku põhihuvide keskme asukohariigi õigus on menetlusosalistele enim ettenähtav, mistõttu saavad nii võlgnik kui võlausaldaja

⁷³ T. Camacho, A. N.-L. Burguera (viide 9), lk 144-147.

⁷⁴ *INSOL Europe*. Revision of the European Insolvency Regulation, lk 78. – Arvutivõrgus: http://www.nautadutilh.com/Documents/Publications%20to%20profiles/Revision_of_the_European_Insolvency_Regulation.pdf, 3. märts 2015.

⁷⁵ Maksejõuetusmäärus (viide 5), preambuli p 20.

⁷⁶ Maksejõuetusmäärus (viide 5), artikli 33 lõige 1.

⁷⁷ Maksejõuetusmäärus (viide 5), artikli 34 lõige 1.

⁷⁸ Maksejõuetusmäärus (viide 5), art 4 lg 1.

omavahelisse õigussuhtesse astudes arvestada võimalike riskide ning nende realiseerumise tagajärgedega.⁷⁹

Kohaldatav liikmesriigi seadus hõlmab üksnes riigi materiaaõigust, s.t määruses on kehtestatud *renvoi* keeld. *Renvoi* doktriini kohaldamine tooks kohaldatava õiguse määramisel kaasa liigseid segadusi ja raskusi, mis ei oleks aga kooskõlas piiriülese maksejõuetusmenetluse efektiivsemaks muutmise eesmärgiga.⁸⁰ Seega asendavad määruse ühtsed kollisiooninormid määruse reguleerimisalas eri riikides kehtivaid rahvusvahelise eraõiguse norme.⁸¹

Lex concursus'e alusel määratletakse maksejõuetusmenetluse nii materiaalsed kui ka protsessuaalsed mõjud asjaomastele isikutele ja õigussuhetele.⁸² Selliste "mõjude" defineerimise hõlbustamiseks on määruses toodud mittetäielik ja avatud nimekiri maksejõuetusmenetluse algatamise, läbiviimise ja lõpetamise tingimustest, mis iga liikmesriik oma siseriiklikus õiguses peab sätestama. Määruse artikli 4 lõikel 2 peaks olema mõningane harmoniseeriv tähendus. Tingimustes määratakse eelkõige kindlaks: a) milliste võlgnike suhtes saab maksejõuetusmenetlust algatada; b) maksejõuetusmenetluses käsitletavad varad ning selliste varade käsitlemine, mille võlgnik omandab pärast maksejõuetusmenetluse algatamist; c) võlgniku ja likvideerija volitused; d) tasaarvestuse tingimused; e) maksejõuetusmenetluse mõjud võlgniku lepingulistele suhetele; f) maksejõuetusmenetluse mõjud konkreetsete võlausaldajate algatatud menetlustele, välja arvatud pooleliolevad kohtuasjad; g) võlgniku vara suhtes esitatavad nõuded ning pärast maksejõuetusmenetluse algatamist tekkivate nõuete käsitlemine; h) nõuete esitamise, kontrollimise ja kinnitamise eeskirjad; i) eeskirjad, mis reguleerivad varade realiseerimisel saadud tulude jaotamist, nõuete järjestamist ning selliste võlausaldajate õigusi, kelle nõuded on pärast maksejõuetusmenetluse algatamist osaliselt rahuldatud asjaõiguse alusel või tasaarvestuse abil; j) maksejõuetusmenetluse lõpetamise tingimused ja mõjud, eelkõige kompromissiga lõpetamisel; k) võlausaldajate õigused pärast maksejõuetusmenetluse lõpetamist; l) maksejõuetusmenetlusega seotud kulude kandjad; m) eeskirjad, mis käsitlevad kõiki võlausaldajaid kahjustavate õigustoimingute kehtetuks tunnistamise korda.⁸³ Eesti

⁷⁹ B. Hess jt. External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings, lk 244. – Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/evaluation_insolvency_en.pdf, 29. märts 2015.

⁸⁰ G. Moss, I. F. Fletcher, S. Isaacs (viide 19), lk 57.

⁸¹ Maksejõuetusmäärus (viide 5), preambuli p 23.

⁸² Maksejõuetusmäärus (viide 5), preambuli p 23.

⁸³ Nimekiri on toodud maksejõuetusmääruse (viide 5) artikli 4 lõikes 2.

pankrotiseaduse (edaspidi PankrS) kohta võib öelda, et see vastab täielikult artikli 4 lõike 2 nõuetele.⁸⁴

Maksejõuetusmenetluse algatanud riigi õiguse kohaldamine maksejõuetusmenetlusele ja selle mõjudele on kohaldatava õiguse üldreegel. Määrus sätestab üldreeglit 11 erandit, mil maksejõuetusmenetlust algatanud riigi õiguse asemel kohaldub määruses sätestatud erand või mõne teise riigi õigus.⁸⁵ Kohaldatava õiguse üldreeglit erandite kehtestamine on vajalik ennekõike seetõttu, et teatud õiguslike suhete raskuskese võib asuda teises õigussüsteemis ning võib esineda olukordi, kus menetlusosalistele ettenähtav õigus ei saa olla *lex concursus*.⁸⁶ Ka liikmesriigid nõustuvad sellega, et kohaldatavat õigust käsitlevast üldreeglit võib põhjendatud juhul teha erandeid, et kaitsta õiguspäraseid ootuseid ja õiguskindlust.⁸⁷ Käesoleva magistritöö teises ja kolmandas peatükis on antud erandeid käsitletud eesmärgiga leida vastus küsimustele, millistel juhtudel erandite tegemine üldreeglit põhjendatud ning kas nende eranditega on tagatud menetlusosaliste huvide optimaalne kaitse.

Kui määruses on menetlusosalistele optimaalseima kaitse tagamise eesmärgil loodud kohaldatava õiguse määramise süsteem, siis UNCITRAL mudelseaduse kohaselt kohaldub maksejõuetusmenetlusele *lex concursus*.⁸⁸ Kui mudelseaduses endas puudub viide kohaldatavale õigusele, siis mudelseaduse juhendi kohaselt määrab maksejõuetusmenetluse algatanud riik enda siseriikliku õiguse (sealhulgas rahvusvahelise eraõiguse normidele) tuginedes, millise riigi õigus maksejõuetusmenetlusele kohaldub. Samas on riigid on oma seadustes kehtestanud mitmeid kohaldatava õiguse erandeid (nt maksesüsteemide, töölepingute ja omandiõiguse kohta), mille kohaldamine võib kohaldatava õiguse osas tekitada menetlusosalistele ebakindlust ja ettenähtamatust.⁸⁹ Mudelseaduse juhend küll viitab, et *lex concursus*'est võib teha erandi maksesüsteemide ja töölepingute puhul ning muud erandid *lex concursus*'est peavad olema selged ja piiratud.⁹⁰ Küll aga ei taga antud soovitus seda, et riigid hakkaksid oma siseriiklikku õigust soovituslega kooskõlla viima. Nimelt ei ole mudelseaduse sätete ega mudelseaduse juhendi soovitude järgimine kohustuslik mitte ühelegi

⁸⁴ P. Varul, H. Tohvri, M. Laarmaa (viide 3), lk 247.

⁸⁵ Maksejõuetusmäärus (viide 5), artiklid 5-15.

⁸⁶ B. Hess. jt. European Insolvency Law. Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report. Germany: Verlag C. H. Beck oHG 2013, lk 169.

⁸⁷ Sellisel arvamusel on 53% vastanutest, kes võtsid osa Euroopa Komisjoni poolt korraldatud avalikust konsultatsioonist. – Komisjoni aruanne Euroopa Parlamendile, Nõukogule ning Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele, mis käsitleb nõukogu 29. mai 2000. aasta määruse (EÜ) nr 1346/2000 (maksejõuetusmenetluse kohta) kohaldamist, Brüssel 2012, lk 11. – Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-report_et.pdf, 25. märts 2015.

⁸⁸ L. Doyle, A. Keay. Insolvency Legislation: Annotations and Commentary. Second edition. Bristol: Jordan Publishing Limited 2006, lk 1344.

⁸⁹ UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law. New York: United Nations Publication 2005, lk 67.

⁹⁰ UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law (viide 89), 32-34, lk 73-74.

riigile (kaasa arvatud riikidele, kes on mudelseaduse sätteid üle võtnud), kuna riigid saavad ise otsustada kas ja millises ulatuses nad mudelseaduse sätteid enda õiguskorda üle võtavad.⁹¹ Samuti on ka Euroopa Liidu maksejõuetusregulatsiooni ajalugu näidanud, et ebarealistlik on eeldada, et riigid hoiaks end tagasi *lex concursus*'est erandite tegemisest.⁹² Kui riikidel on võimalik, s.t juhul, kui nad pole sõlminud vastavat kokkulepet või kui kokkuleppe paindlikkus seda lubab, lähtuvad nad maksejõuetusmenetluse läbiviimisel sellegipoolest territoriaalsuse printsiibist.⁹³ Just põhjusel, et mudelseaduses on jäetud reguleerimata kohaldatava õiguse määramise kord, kuigi kohaldatava õiguse normid on menetlusosaliste kaitse tagamise aspektist üliolulise tähendusega, leiab käesoleva töö autor, et mudelseadusest tulenev maksejõuetusmenetlusele kohaldatava õiguse põhimõte ei taga menetlusosalistele optimaalset kaitset. Olgugi, et *lex concursus*'e kohaldumine on menetlusosaliste jaoks ettenähtav, ei ole kindlasti ettenähtavad siseriiklikust õigusest ning rahvusvahelise eraõiguse normidest tulenevad erandid, mis igas riigis varieeruvad olulisel määral. Asjaolu, et mudelseaduse juhendis on antud soovitusel, kuidas kohaldatavat õigust määrata, ei taga menetlusosalistele mingit kindlustunnet ega ettenähtavust.

1.2 Universaalsuse ja territoriaalsuse printsiibid piiriüleses maksejõuetusmenetluses

Globaliseerumise ning rahvusvahelise kaubanduse aktiivsuse suurenemisel tekib üha suurem vajadus piiriülese maksejõuetusõiguse regulatsiooni järele. Erinevused riikide maksejõuetusseadustes on niivõrd suured, et maksejõuetusõiguse harmoniseerimine on osutunud võimatuks.⁹⁴ Ainus lahendus probleemile on koostada koostöölepinguid, konventsioone, määrusi ja mudelseadusi, kuid eelnevalt tuleb riikidel kokku leppida põhimõtetes, millisest printsiibist regulatsiooni loomisel lähtuda. Riigid ei ole tänaseni üksmeelel, millisest printsiibist oleks regulatsiooni loomisel sobivaim lähtuda.⁹⁵ Ainsad maksejõuetusmenetluses kohaldatavad printsiibid, milles riigid on üksmeelsel seisukohal, on võlausaldajate võrdse kohtlemise printsiip, mille kohaselt tuleb sarnaste õigustega võlausaldajaid kohelda võrdselt⁹⁶, ning kollektiivsuse printsiip, mille kohaselt on maksejõuetus n-ö ühisfondi probleem (ingl k *common pool problem*), mis tõusetub iga kord,

⁹¹ S. Chandra Mohan (viide 13), lk 203.

⁹² B. Wessels. *International Insolvency Law*. Third edition. Deventer: Kluwer 2012, lk 324, para. 10420.

⁹³ I. Mevorach. *On the Road to Universalism: A Comparative and Empirical Study on the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*. – *European Business Organization Law Review* 2011/12, lk 519-520.

⁹⁴ M. Bowen. *An introduction to the fundamental principles governing cross-border insolvency in an English law context*. – *International Insolvency Law Review* 2013/2, lk 121.

⁹⁵ D. McKenzie (viide 4), lk 181-182.

⁹⁶ UNCITRAL *Legislative Guide on Insolvency Law* (viide 89), lk 11.

kui enam kui ühel inimesel on õigus samale piiratud vahendile.⁹⁷ Nendest printsiipidest lähtumine on aga keeruline juhul, kui maksejõuetusmenetlus puudutab mitmeid riike. Piiriülese maksejõuetusmenetluste sagenemise valguses on kriitilise tähtsusega, et riigid lepiksid kokku peamistes põhimõtetes, millest piiriüleste maksejõuetusmenetluste läbiviimisel lähtuda.

Tänaseks on välja kujunenud kaks võistlevat printsiipi: universaalsuse printsiip ja territoriaalsuse printsiip.⁹⁸ Tegemist on teineteist vastandavate printsiipidega, mis teljele paigutades asuks erinevates otses – territoriaalsuse printsiip ühes otsas ning universaalsuse printsiip teises otsas. Liikudes teljel ühest otsast teise, hakkavad printsiibid omavahel üha enam kattuma, esindades koostöölise territoriaalsuse ja modifitseeritud universaalsuse printsiipe.⁹⁹ Käesolevas alapeatükis uuritakse enimlevinud piiriülese maksejõuetusmenetluste printsiipide – universaalsuse ja territoriaalsuse printsiipide – eeliseid ja puuduseid ning kas määruses tuginemine modifitseeritud universaalsuse printsiibile tagab menetlusosaliste huvide optimaalseima kaitse. Nimelt on jõutud arusaamale, et universaalsuse ja territoriaalsuse printsiip oma puhtal kujul ei toimi nii hästi, kui kahe printsiibi eeliste ühendamisel loodud modifitseeritud universaalsuse printsiip, millest on lähtutud ka määruse loomisel.¹⁰⁰

Territoriaalsuse printsiip tähendab seda, et võlgniku pankrot võidakse välja kuulutada igas riigis, kus asub võlgniku vara. Iga pankrot hõlmab just seda vara, mis asub just selles riigis, ning igas menetluses kehtib kohalik seadus.¹⁰¹ Maksejõuetusmenetluste mõjuala kattub menetluste algatanud riigi territooriumiga – riigisiseseid menetlusi ei oma piiriüleseid mõjusid ning teises riigis algatatud menetlused ei mõjuta riigisiseseid menetlusi.¹⁰² Territoriaalsuse printsiip esindab seega riigi täieliku suveräänsuse põhimõtet, mille kohaselt on igal riigil õigus luua oma maksejõuetusmenetluste reeglistik ning seda vastavalt oma riigis ka kohaldada.¹⁰³ Oma puhtaimas vormis (mida reaalsuses esineb haruharva) keeldub territoriaalsuse printsiibi filosoofia tunnustamast välismaiseid maksejõuetusmenetlusi.¹⁰⁴ Just seetõttu ei sobi territoriaalsuse printsiip kohaldamiseks tänapäeva globaliseerivas maailmas.

⁹⁷ S. Viimsalu. Piiriülese maksejõuetusmenetluste lähtealused ja algatamine. Magistritöö. Tartu 2007, lk 22.

⁹⁸ L. M. Clark, K. Goldstein. Sacred Cows: How to Care for Secured Creditors' Rights in Cross-Border Bankruptcies. – Texas International Law Journal 2011, lk 515-516.

⁹⁹ C. Farley. An Overview, Survey, and Critique of Administrating Cross-Border Insolvencies. – Houston Journal of International Law 2004/1, lk 195.

¹⁰⁰ I. F. Fletcher. The European Union Convention on Insolvency Proceedings: Choice of Law Provisions. – Texas International Law Journal 1998, lk 124-125.

¹⁰¹ P. Varul, H. Tohvri, M. Laarmaa (viide 3), lk 245.

¹⁰² M. Agarmaa. Koostöö- ja teabeedastuskohustus piiriüleses maksejõuetusmenetluses. Magistritöö. Tartu 2013, lk 20.

¹⁰³ R. Mason (viide 1), lk 43.

¹⁰⁴ I. F. Fletcher. The European Union Convention on Insolvency Proceedings (viide 100), lk 123.

Olgugi, et piiriülese maksejõuetusmenetluse praktikas on territoriaalsuse printsiip suhteliselt levinud, on territoriaalsuse printsiip saanud suure kriitika osaliseks. Kriitikud on välja toonud viis peamist territoriaalsuse printsiibi puudust: 1) iga riik üritaks maksimeerida just kohalikele võlausaldajatele tagastamist; 2) vara saaks müüa suurema hinnaga, kui seda saaks müüa koos, arvestamata riigi piiridega; 3) territoriaalsuse printsiibi kohaldamine viiks võlausaldajate ebavõrdse kohtlemiseni, kuna riikidel on erinevad võlausaldajate eelistamise reeglid ning igal riigil on võim erinevate varade üle; 4) võlgnikud võivad liigutada vara ühest riigist teise, et anda teatud võlausaldajatele eelisõigus; 5) välismaised võlausaldajad on tihti kaotajateks kohalike võlausaldajate ees, kuna välismaine võlausaldaja pole maksejõuetusmenetlusest teadlik ning kohtud ei ole teadlikud välismaisest võlausaldajast.¹⁰⁵

Lisaks eelnevale loetakse territoriaalsuse printsiibi kohaldamise puuduseks veel selle kulukust. Mitmes riigis sama võlgniku kohta menetluse algatamine ei ole ökonoomne, kuna menetlemise kulusid kannab iga menetlust algatanud riigi kohus.¹⁰⁶ See omakorda tähendab mittejärjekindlat ja mittekoordineeritud menetlust, mis võib muuhulgas takistada ülemaailmse äriühingu restruktureerimist.¹⁰⁷ Samuti võib territoriaalsuse printsiibi kohaldamine viia lausa absurdse olukorra tekkimiseni, kuna vaadates võlgniku vara üksnes kohalikul tasemel, ei pruugi võlgnik maksejõuetus olukorras üldse ollagi ning seetõttu võib selles riigis maksejõuetusmenetluse algatamine osutada võimatuks.¹⁰⁸

Kuna territoriaalsuse printsiibi vastu rääkivad argumendid on kaalukad, on püütud leida printsiipi, mis sobituks piiriüleses pankrotimenetluses kohaldamiseks paremini. Seetõttu pooldavad osa (kuid vähesed) piiriülese maksejõuetusmenetluse spetsialistidest koostöölise territoriaalsuse printsiipi.¹⁰⁹ Koostöölise territoriaalsuse printsiip erineb n-ö puhtast territoriaalsuse printsiibist selle poolest, et maksejõuetusmenetluse algatanud kohtud teevad omavahel koostööd eesmärgiga tagada võlausaldajate suurem kaitse ning parandada menetlusökonoomiat.¹¹⁰ Maksejõuetusmenetlus algatatakse igas riigis, kus on võlgnikul vara. Igal menetlusel on esindaja ning kui esindajad leiavad, et võlgniku vara väärtus tervikuna müües oleks suurem kui eraldi müües, asuvad esindajad vara müümisel koostööd tegema.¹¹¹ Koostöölise territoriaalsuse printsiibile vastab näiteks UNCITRAL mudelseadus, kuna

¹⁰⁵ C. Farley (viide 99), lk 196-197.

¹⁰⁶ I. F. Fletcher. The European Union Convention on Insolvency Proceedings (viide 100), lk 123.

¹⁰⁷ L. M. Clark, K. Goldstein (viide 98), lk 518.

¹⁰⁸ I. F. Fletcher. The European Union Convention on Insolvency Proceedings (viide 100), lk 123.

¹⁰⁹ C. Farley (viide 99), lk 197.

¹¹⁰ L. M. Clark, K. Goldstein (viide 98), lk 520.

¹¹¹ J. M. Weiss. Tax Claims in Transnational Insolvencies. A "Revenue Rule" Approach. – International Insolvency Institute. Tenth Annual International Insolvency Conference, Rome 2010, lk 13.

mudelseaduse regulatsioon innustab riike omavahel koostööd tegema ning üksteist abistama ja nõustama.

Koostöölise territoriaalsuse printsiip sobiks hästi piiriülese maksejõuetusmenetluse efektiivseks läbiviimiseks, kuid puudub garantii, et riigid on nõus omavahel koostööd tegema. Kui kohtud hoiduvad koostöö tegemisest, muutuvad piiriülesed maksejõuetusmenetlused kiiresti segaseks.¹¹² Seetõttu on tänases vähereguleeritud piiriülese maksejõuetusmenetlusega maailmas võimalik olukord, kus ühe võlgniku kohta on algatatud mitu maksejõuetusmenetlust, mis omavahel kokkupuudet ei oma. Selline mittekoordineeritud – kohati lausa võistlev – menetluste rohkus on taunitav selle ebaefektiivsuse ja raiskava iseloomu tõttu.¹¹³

Territoriaalsuse printsiibi n-ö “vastaseks” on universaalsuse printsiip. Universaalsuse printsiip tähendab seda, et maksejõuetusmenetlus peab toimuma vaid ühes riigis, tavaliselt võlgniku elu- või asukohariigis, mille seadusi rakendatakse kõikides pankrotiga seotud küsimustes. Maksejõuetusmenetlus peaks hõlmama kogu võlgniku vara, vaatamata sellele, millises riigis see asub, ning kõik võlausaldajad peavad oma nõuded esitama riigis, kus tehti menetluse algatamise otsus.¹¹⁴

Universaalsuse printsiibi kohaldamine on enim kooskõlas n-ö ideaalse maksejõuetusmenetlusega, kuna ta on täielikus harmoonias kollektiivsuse ja võlausaldajate võrdse kohtlemise printsiipidega.¹¹⁵ Universaalsuse printsiibi peamised eelised on stabiilsus, ettenähtavus ja efektiivsus.¹¹⁶ Kohaldades universaalsuse printsiipi, hoitakse ära maksejõuetusmenetluste dubleerimisest ja paljususest tulenev segadus ning tagatakse võlausaldajate võrdsem kohtlemine.¹¹⁷ Lisaks aitab universaalsuse printsiibi kohaldamine hästi kaasa äriühingu restruktureerimisele, kuna ühes menetluses ja ühte seadust kohaldades on äriühingu kui terviku restruktureerimine oluliselt efektiivsem.¹¹⁸

Universaalsuse printsiip tagab hästi ka võlausaldajate huvide kaitse. Lähtudes piiriülese maksejõuetusmenetluse läbiviimisel universaalsuse printsiibist, on maksejõuetusmenetluse tulemused kõige ausamad, kuna eri riikidest pärit võlausaldajaid koheldakse nn oma “klassis”

¹¹² L. M. Clark, K. Goldstein (viide 98), lk 520.

¹¹³ I. F. Fletcher. The European Union Convention on Insolvency Proceedings (viide 100), lk 124.

¹¹⁴ P. Varul, H. Tohvri, M. Laarmaa (viide 3), lk 245.

¹¹⁵ L. M. Clark, K. Goldstein (viide 98), lk 517.

¹¹⁶ C. Farley (viide 99), lk 200.

¹¹⁷ L. M. Clark, K. Goldstein (viide 98), lk 516.

¹¹⁸ S. Viimsalu. The meaning and functioning of secondary insolvency proceedings. Doktoritöö. Tartu: Tartu University Press 2011, lk 32, joonealune märkus nr 131.

võrdselt.¹¹⁹ Universaalsuse printsiibi kohaldamine parandab muuhulgas rahvusvahelise kaubanduse arengut, kuna kaubanduses osalevad isikud saavad hõlpsamalt kindlaks määrata piiriülese pankroti võimalikke riske ning see omakorda ergutab isikuid koguma rohkem informatsiooni, vähendades muuhulgas maailmaturul esinevat ebaefektiivsust. Ühtne lähenemine piiriülesele maksejõuetusmenetlusele edendab ausat ja võrdset varade jagamist võlausaldajate vahel, kuna menetlus viiakse läbi ühes riigis ja ühe õiguse alusel.¹²⁰

Kuigi akadeemilises ringkonnas on universaalsuse printsiibil peaaegu ühtne toetus, ei ole seadusloojad antud printsiipi selle puhtal kujul üle võtnud. Kuna iga riigi õigus on erinev, pole riigid nõus sellega, et mõne teise riigi õigus sekkuks nende õiguskorda ning kahjustaks nende suveräänsust. Eriti kehtib see maksejõuetusõiguse kohta, kuna tegemist on nn metaõigusega, mis asub kõrgemal lepingu-, asja-, äri- ja perekonnaõigusest.¹²¹ Ühe riigi õigust saab teises riigis kohaldada üksnes siis, kui teine riik seda lubab.¹²² Seega on universaalsuse printsiibi kohaldamiseks vajalik eelnev kokkulepe riikide vahel, kuid tänaseni on selliste kokkulepete sõlmimine regionaalsel või ülemaailmsel tasemel olnud äärmiselt keeruline.¹²³

Samuti leitakse, et universaalsuse printsiibi kohaldamine võib kaasa tuua võlausaldajate, kes asuvad väljaspool menetlust algatanud riiki, ebavõrdse kohtlemise, kuna nende ootustega pole kooskõlas see, et maksejõuetusmenetlus viiakse läbi teises riigis teise õiguse alusel.¹²⁴ Eriti paistab see silma vähemarenenud riikides olevate võlausaldajate osas. Nimelt on suurtel rahvusvahelistel äriühingutel tihti põhihuvide kese arenenud riigis, mis toob kaasa just selles riigis menetluse algatamise ja selle riigi õiguse kohaldamise.¹²⁵ Selle tagajärjel jäävad vähemarenenud riikides asuvad võlausaldajad tihti nõrgemale positsioonile, kuna nendel riikidel puudub võlgniku tegevuskoha puudumisel võimalus algatada maksejõuetusmenetlus oma riigis ja kohaldada oma maksejõuetusmenetluse õigust.

Veel üheks universaalsuse printsiibi puuduseks loetakse selle kulukust. Olgugi, et territoriaalsuse printsiibi kohaldamine ei ole kooskõlas menetlusökonoomiaga, kuna toimub menetluste dubleerimine, võib ka universaalsuse printsiibi kohaldamine teatud olukordades kulukaks osutada. Näiteks võib selline olukord, kus kõikide nõuete ja varadega tegeleb ainult

¹¹⁹ K. Anderson. The Cross-Border Insolvency Paradigm: A Defense of the Modified Universal Approach Considering the Japanese Experience. – University of Pennsylvania Journal of International Law 2000/21, lk 688.

¹²⁰ C. Farley (viide 99), lk 201.

¹²¹ C. Farley (viide 99), lk 201-202.

¹²² L. M. Clark, K. Goldstein (viide 98), lk 518.

¹²³ K. Anderson (viide 119), lk 688.

¹²⁴ L. M. Clark, K. Goldstein (viide 98), lk 517.

¹²⁵ C. Farley (viide 99), lk 203.

ühe riigi kohus, kujuneda oluliselt kallimaks kui olukord, kus kaugetes riikides asuvate nõuete ja varadega tegeleks kohalik kohus.¹²⁶

Nagu eelnevast nähtub, on nii territoriaalsuse kui ka universaalsuse printsiibil oma eelised ja puudused ning seetõttu ei ole praktiline neid printsiipe kohaldada oma puhtal kujul. Ühendades mõlema printsiibi mõningaid positiivseid omadusi, on loodud modifitseeritud universaalsuse printsiip, mis on maailmas kõige enam levinud piiriülese maksejõuetusmenetluse printsiip.¹²⁷ Modifitseeritud universaalsuse printsiip on praktilisem versioon universaalsuse printsiibist, mis arvestab praeguse piiriülese maksejõuetusmenetlusõiguse olukorraga. Printsiibi põhimõtte kohaselt toimub üks universaalse mõjuga maksejõuetusmenetlus ning teised maksejõuetusmenetlused on lubatud üksnes kindlaksmääratud juhtudel.¹²⁸

Modifitseeritud universaalsuse printsiip hõlmab võrreldes universaalsuse printsiibiga endas kolme asjaolu: 1) modifitseeritud universaalsuse printsiip on oluliselt paindlikum, kuna võimaldab vajadusel algatada lisaks põhimaksejõuetusmenetlusele ka kohalik maksejõuetusmenetlus; 2) modifitseeritud universaalsuse printsiip arvestab riikide suveräänsusega, kuna iga riik saab peamiselt kohaldada oma siseriiklikku õigust; ning 3) modifitseeritud universaalsuse printsiibi kohaldamine ei saavuta küll sellist kulude kokkuhoidu nagu seda võimaldab universaalsuse printsiibi kohaldamine, kuid sellegipoolest võimaldab modifitseeritud universaalsuse printsiibi kohaldamine vähendada menetluskulusid tulenevalt sellest, et kõik võlgniku kohta käivad menetlused on omavahel kooskõlastatud.¹²⁹ Lisaks arvestab käesoleva töö autori arvates modifitseeritud universaalsuse printsiip oluliselt rohkem menetlusosaliste õigustatud ootustega, kuna teatud erandite tegemine kohaldatava õiguse üldreeglist on ajendatud just asjaolust, et menetlusosalistele saab teatud olukordades ettenähtavaks õiguseks olla muu õigus kui *lex concursus*.

Võib öelda, et modifitseeritud universaalsuse printsiip pakub seni parima lahenduse praegusesse rohkete õiguskordadega maailma ning globaalsemate lahenduste otsijate arvates võimaldab modifitseeritud universaalsuse printsiip sujuva ülemineku täieliku universaalse printsiibi kohaldamiseni.¹³⁰ Antud seisukohast võib järeldada, et mõningate õigusteadlaste arvates on piiriülese maksejõuetusmenetluse regulatsiooni lõplikuks eesmärgiks jõuda universaalsuse printsiibi kohaldamiseni. Teisalt on käesoleva töö autori arvates väga

¹²⁶ L. M. Clark, K. Goldstein (viide 98), lk 517.

¹²⁷ C. Farley (viide 99), lk 206.

¹²⁸ K. Pannen. European Insolvency Regulation. Berlin: De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH 2007, lk 16.

¹²⁹ K. Anderson (viide 119), lk 691.

¹³⁰ C. Farley (viide 99), lk 207.

ebatõenäoline, et riigid oleksid nõus oma suveräänsusest loobuma ning riikide õiguskorrad ja arengutase ühtlustuvad sellisel määral, et universaalsuse printsiibi kohaldamine saaks probleemideta toimida. Kuna maksejõuetusõiguse põhimõtted on riikide õiguskorda sügavalt juurdunud, tundub modifitseeritud universaalsuse printsiibi kohaldamine käesoleva töö autori jaoks ka tulevikus kõige tõenäolisem, kuna ta ühendab endas nii menetluse ühtsuse kui ka riikide õiguse kohaldada teatud olulistest valdkondades enda õigust.

Olgugi, et modifitseeritud universaalsuse printsiip on väga levinud just oma eeliste tõttu, esinevad printsiibil ka oma puudused. Üks tuntumaid territoriaalsuse printsiibi pooldajaid professor LoPucki kritiseerib modifitseeritud universaalsuse printsiipi, kuna selle kohaldamise tulemusena suureneb siseriiklike kohtute pädevus otsustada kohalike võlausaldajate huvide kaitsmise üle ning on võimalik, et modifitseeritud universaalsuse printsiibi alusel toimides võib algatada maksejõuetusmenetluse igas riigis, kus võlgnikul on vara.¹³¹ Kaob universaalsuse printsiibi üks suurimatest eelistest – ettenähtavus, mis riigis maksejõuetusmenetlus mis õiguse alusel läbi viiakse – kuna menetlust algatav riik ning kohaldatav seadus on sõltuvuses sellest, kus riigis vara menetluse algatamise hetkel asub.¹³² Lisaks leiab ta, et ka modifitseeritud universaalsuse teooria ei lahenda võlgniku põhihuvide keskme määramise ega ka *forum shopping*'uga seotud probleeme.¹³³

Käesoleva töö autor leiab, et selline kriitika ei ole mõistetav, kuivõrd professor LoPucki poolt välja toodud modifitseeritud universaalsuse printsiibi puudusi saab ette heita ka universaalsuse ja territoriaalsuse printsiipidele. Kindlasti ei taga modifitseeritud universaalsuse printsiibi järgimine võlausaldajatele täielikku ettenähtavust, mis õigus maksejõuetusmenetlusele kohaldub. Samas arvestab modifitseeritud universaalsuse printsiip ettenähtavusega rohkem kui universaalsuse printsiip, mille kohaselt kohaldub üksnes ühe riigi õigus, olenemata asjaolust, et mõne teise riigi õigus on teatud vara või õigussuhtega tugevamalt seotud. Käesoleva töö autori arvates modifitseeritud universaalsuse printsiip sobivaim printsiip, millest piiriüleses maksejõuetusmenetluses lähtuda, kuna see tagab menetlusosalistele optimaalseima kaitse – ühe riigi õiguse kohaldamisega saavutatakse võlausaldajate võrdne kohtlemine ja vara müük viiakse läbi suurima kasumlikkusega, ühtlasi on menetlusosalistele tagatud piisav ettenähtavus kohaldatava õiguse osas, kuna lisaks ettenähtavale võlgniku põhihuvide keskmele arvestab printsiip ka eranditega põhihuvide keskme asukohariigi õiguse kohaldamisest. Asjakohane pole ka professor LoPucki väide, et modifitseeritud universaalsuse printsiibist lähtumine võimaldab algatada

¹³¹ C. Farley (viide 99), lk 207-208.

¹³² L. M. Clark, K. Goldstein (viide 98), lk 519.

¹³³ C. Farley (viide 99), lk 207-208.

maksejõuetusmenetluse igas riigis, kus võlgnikul on vara. Nimelt on määruse artikli 3 lõike 2 kohaselt teise maksejõuetusmenetluse algatamiseks vajalik võlgniku tegevuskoht asjakohases riigis, mistõttu ei piisa üksnes võlgniku vara olemasolust asjakohases riigis.

Ka määruse koostamisel on lähtunud just modifitseeritud universaalsuse printsiibist. Nimelt arvestab määrus riikide õiguskordade vaheliste erinevustega, luues erandid kohaldatava õiguse üldreeglit ning lubades lisaks põhimaksejõuetusmenetlusele algatada ka teiseid menetlusi.¹³⁴ Küll on aga oluline silmas pidada, et määruse loogika kohaselt pole tegemist kahe eraldi seisva isoleeritud menetluse liigiga, vaid teisene maksejõuetusmenetlus on selgelt allutatud põhimenetlusele.¹³⁵ Kohaldatava õiguse normid määrukses on edukas segu elementidest, mida rivaalitsevad koolkonnad on pidanud “õigeks” piiriülese maksejõuetusmenetluse läbiviimisel. Need elemendid on kombineeritud pragmaatiliselt – nad arvestavad piiridega, mida suveräänsed riigid tänases integreeritud Euroopas tõenäoliselt poleks nõus ületama – ning praktiliselt – nad pakuvad lahendusi, mis on reaalses elus kasutatavad ja kaitstavad.¹³⁶ Käesoleva töö autori arvates on määruse lähtumine modifitseeritud universaalsuse printsiibist igati õigustatud, kuna modifitseeritud universaalsuse printsiibiga kooskõlas olev regulatsioon tagab parima tasakaalu menetlusosaliste kaitse (nt on võimalik teise menetluse algatamine ning menetlusosalistele ettenähtava õiguse kohaldamine) ning riikide suveräänsusega arvestamise (nt on mõningatel juhtudel võimalik põhimaksejõuetusmenetluses kohaldada *lex concursus*’e asemel teise riigi õigust, pidades silmas teise riigi huvi kohaldada teatud küsimustes enda õigust) vahel.

Käesoleva magistr töö järgnevad peatükid keskenduvad ühele olulisimale modifitseeritud universaalsuse printsiibi tunnusele määrukses – eranditele kohaldatava õiguse üldreeglit, mille eesmärgiks on menetlusosaliste huvide kaitse tagamine ning piiriülese maksejõuetusmenetluse tõhus toimimine Euroopa Liidus.

¹³⁴ Maksejõuetusmäärus (viide 5), preambuli p 11.

¹³⁵ M. Agarmaa. Koostöö- ja teabeedastuskohustus piiriüleses maksejõuetusmenetluses. Magistritöö. Tartu 2013, lk 22-23.

¹³⁶ I. F. Fletcher. The European Union Convention on Insolvency Proceedings (viide 100), lk 124-125.

2. ASUKOHARIIGI ÕIGUSE KOHALDAMINE KUI ERAND UNIVERSAALSUSE PRINTSIIBIST

2.1 Kinnisvaraga seotud lepingud

Maksejõuetusmenetlusel võib olla mõju kehtivatele lepingutele.¹³⁷ Likvideerijal võib näiteks olla õigus leping lõpetada, et vältida kahjustavate lepingute täitmise jätkamist.¹³⁸ Üldreegli kohaselt määratakse maksejõuetusmenetluse mõjud võlgniku lepingulistele suhetele kindlaks maksejõuetusmenetluse algatanud liikmesriigi seadustes.¹³⁹ Menetlust algatanud riigi õigus on ülimuslik Rooma I määruse¹⁴⁰ alusel määratud lepingule kohaldatava õiguse suhtes.¹⁴¹ Selline reegel, mis üldjoontes arvestab hästi võlausaldajate huvidega, võib teatud isikute suhtes siiski kahjulik olla. Kui Rooma I määruse alusel määratav lepingule kohaldatav õigus on poolte jaoks ettenähtav, siis võlgniku suhtes maksejõuetusmenetluse algatav riik ja selle õigus ei ole lepingupoolte jaoks ettenähtav (eriti veel võttes arvesse asjaolu, et maksejõuetusmenetlus võidakse algatada mitmes liikmesriigis).¹⁴² Nende isikute õiguste kaitseks on kahe lepingutüübi osas kehtestatud erand, mil maksejõuetusmenetluse mõjusid lepingule ei reguleeri menetlust algatanud riigi õigus – nendeks lepinguteks on kinnisvaraga seotud lepingud ning töölepingud¹⁴³.

Artikli 8 kohaselt reguleerib maksejõuetusmenetluse mõjusid kinnisvara omandamis- või kasutamissoigust käsitlevale lepingule ainuüksi selle liikmesriigi seadus, kelle territooriumil kinnisvara asub (*lex situs*). Artikli 8 kohaldamisalasse kuuluvad nt kinnisasjade üüri-, liisingu- ja müügilepingud.¹⁴⁴ Kinnisvara asukohariigi õigus hõlmab muuhulgas selle riigi maksejõuetusmenetlussoigust.¹⁴⁵ Seega peab näiteks kinnisvara üürida või osta sooviv isik enne lepingu sõlmimist tutvuma kinnisvara asukohariigi maksejõuetusmenetlust puudutavate normidega, et mõista müüja või üürileandja võimaliku maksejõuetuse tagajärgi.¹⁴⁶ Seda, kas on olemas lepingu artikli 8 mõttes ning kas tegemist on kinnisvaraga, reguleerib vara

¹³⁷ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 79 p 116.

¹³⁸ I. F. Fletcher. The European Union Convention on Insolvency Proceedings (viide 100), lk 134.

¹³⁹ Maksejõuetusmäärus (viide 5), art 4 lg 2 p e.

¹⁴⁰ Rooma I määruse artikli 3 lõike 1 kohaselt kohaldatakse lepingule lepingupoolte valitud õigust ning kui sellist õigust pole valitud, kohaldatakse artikli 4 lõike 1 kohaselt lepingu suhtes selle riigi õigust, millega leping on kõige tugevamalt seotud. – Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EÜ) nr 593/2008, 17. juuni 2008, lepinguliste võlasuhete suhtes kohaldatava õiguse kohta (“Rooma I”). – ELT L 177/6, 04.07.2008, lk 6-16.

¹⁴¹ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 80 p 117.

¹⁴² D. McKenzie (viide 4), lk 197.

¹⁴³ Töölepingute osas vaata täpsemalt käesoleva töö peatükki 2.3.

¹⁴⁴ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 81 p 119.

¹⁴⁵ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 80 p 118.

¹⁴⁶ I. F. Fletcher. Insolvency in Private International Law (viide 24), lk 414 p 7.108.

asukohariigi õigus.¹⁴⁷ Kinnisvara asukohariigi õigus reguleerib kõike, mis puudutab kinnisvara omandamis- või kasutamiseõigust käsitlevat lepingut ühe lepingupoole maksejõuetuse korral, muuhulgas lepingu lõpetamist, etteteatamistähtaegasid, rendileandja õigusi jne.

Ainus praktikas tõenäoliselt ette tulev olukord, kus *lex concursus* omab teatud mõju kinnisvara omandamis- või kasutamiseõigust käsitlevale lepingule, on olukord, kus kinnisvara asukohariigi õigus näeb ette maksejõuetusmenetluse algatanud kohtult loa küsimise kohustuse enne lepingu muutmist või lõpetamist, kuid kinnisvara asukohariigis ei ole maksejõuetusmenetlust algatatud. Professor Wessels on leidnud, et sellisel juhul loa küsimine maksejõuetusmenetluse algatanud kohtult ei ole artikliga 8 vastuolus, kuna artikli 8 poolt kaitstavad huvid (liikmesriigi huvi kaitsta lepingupoole õigusi) ei ole sellise loa küsimise poolt mõjutatud.¹⁴⁸ Samal seisukohal on ka Euroopa Komisjon, kes on antud olukorra selgemaks reguleerimiseks teinud muudatusettepaneku, mille kohaselt juhul, kui kinnisvara asukohariigi õigus näeb ette loa küsimise kohustuse maksejõuetusmenetluse algatanud kohtult, on maksejõuetusmenetluse algatanud kohus pädev sellise lepingu muutmiseks või lõpetamiseks nõusolekut andma.¹⁴⁹

Käesoleva töö autor nõustub eelnevaga ning leiab, et sellises olukorras tuleks sellegipoolest luba taotleda põhimaksejõuetusmenetluse algatanud kohtult. Ühest küljest oleks tegemist maksejõuetusmääruse regulatsiooni sekkumisega siseriiklikusse õigusesse, teisalt oleks antud olukorras olulisem tagada menetlusosaliste kaitse ning võimaldada kohtult loa küsimine enne lepingu muutmist või lõpetamist. Küll on aga oluline eristada, kas põhimaksejõuetusmenetluse algatanud kohus kohaldaks sellisel juhul kinnisvara asukohariigi õigust või *lex concursus*'t. Tõenäoliselt kohaldaks põhimaksejõuetusmenetluse algatanud kohtud antud olukorras vara asukohariigi õigust ning sellisel juhul oleks loa andmine või sellest keeldumine kooskõlas artikliga 8. Juhul, kui kohus peaks aga kohaldama *lex concursus*'t, võib eelneva loa küsimine teatud olukorras siiski artikliga 8 vastuolus olla. Näiteks olukorras, kus maksejõuetusmenetluse võlgnik üürib teises riigis olevat kinnisvara ning põhimaksejõuetusmenetluse algatanud riigi kohus ei anna luba üürilepingu lõpetamiseks, on kahjustatud kinnisvara üürileandja huvid – tal ei ole võimalust lõpetada leping, kuigi vara asukohariigi õiguse kohaselt tal see õigus oleks. PankrS § 51 lõike 1 ning võlaõiguseaduse §

¹⁴⁷ B. Wessels. *International Insolvency Law* (viide 92), lk 615, para. 10686.

¹⁴⁸ B. Wessels. *International Insolvency Law* (viide 92), lk 616, para. 10688.

¹⁴⁹ Euroopa Parlamendi 5. veebruari 2014. aasta seadusandlik resolutsioon ettepaneku kohta võtta vastu Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrus, millega muudetakse nõukogu määrust (EÜ) nr 1346/2000 maksejõuetusmenetluse kohta. – Arvutivõrgus: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0093+0+DOC+XML+V0//ET>, 23. märts 2015.

139 lõigete 1 ja 2 kohaselt on näiteks üürniku pankroti korral üürileandjal õigus nõuda tagatist, mille maksmata jätmise korral on üürileandjal õigus üürileping ülesütlemissahtaega järgimata üles öelda. Olukorras, kus põhimaksejõuetusmenetluse algatanud kohus lepingu lõpetamiseks luba ei anna, on *lex concursus* mõjutanud kinnisvaraga seotud lepingut, mis on artiklist 8 tuleneva põhimõttega vastuolus.

Artikkel 8 kohaldub üksnes olukorras, kus vara asub teises liikmesriigis. Kui vara asub kolmandas riigis, määrab maksejõuetusmenetluse mõjud kinnisvaraga seotud lepingutele maksejõuetusmenetluse algatanud riigi õigus (sealhulgas selle riigi rahvusvahelise eraõiguse normid). Teisalt on tavapärane, et kinnisvaraga seotud lepingutele kohaldatakse vara asukohariigi õigust¹⁵⁰, mistõttu on menetlusosaliste kaitse enamasti tagatud ka juhul, kui kinnisvara asub kolmandas riigis.

Käesoleva töö autor leiab, et kinnisvara asukohariigi õigus on menetlusosalistele oluliselt paremini ettenähtav kui maksejõuetusmenetluse algatanud riigi õigus, mistõttu on artiklist 8 tulenev regulatsioon oluline ja vajalik. Küll on aga oluline on eristada kinnisvaraga seotud asjaõigusi kinnisvaraga seotud lepingulistest õigustest. Asjaõigusi ei saa maksejõuetusmenetluse algatamine üldse mõjutada (artikkel 5), lepingulisi õigusi saab mõjutada üksnes kinnisvara asukohariigi õigus.¹⁵¹

2.2 Maksesüsteemid ja finantsturud

Kohaldatava õiguse norme on lisaks lepingupoolte huvide kaitseks vaja ka teatud mehhanismide kaitseks. Selliseks erikaitse objektideks on maksesüsteemid ja finantsturud. Maksesüsteemid ja finantsturud hõlmavad endas suuremõõtmelisi tehinguid ning on oluline tagada nende sujuv toimimine ja turvalisus¹⁵², mis omakorda tagab kindlustunde ja kaitse lepingupooltele. Sellistes süsteemides esinevate tehingute lõpetamis- ja tasaarvelduskokkulepete, väärtpaberi müügi ja sellistele tehingutele antavate tagatiste suhtes tuleks kohaldada ainult seda õigust, mis on kõnealuse süsteemi või turu puhul asjakohane. Euroopa Liit on loonud selliste maksesüsteemide ja finantsturgude reguleerimiseks 19. mai 1998. aasta direktiivi 98/26/EÜ (direktiiv arvelduse lõplikkuse kohta makse- ja

¹⁵⁰ I. F. Fletcher. *Insolvency in Private International Law* (viide 24), lk 414 p 7.108.

¹⁵¹ B. Hess jt. (viide 86), lk 205.

¹⁵² M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 81 p 120.

väärtpaberiarveldussüsteemides), mis sisaldab määruse üldreeglite suhtes ülimuslikke erisätteid.¹⁵³

Artikli 9 lõike 1 kohaselt reguleerib maksejõuetusmenetluse mõjusid makse- või arveldussüsteemi või finantsturu osapoolte õigustele ja kohustustele ainuüksi selle liikmesriigi seadus (sealhulgas selle riigi maksejõuetusmenetlust puudutavad seadused¹⁵⁴), kelle seadusi kõnealuse süsteemi või turu suhtes kohaldatakse. Regulatsiooni eesmärgiks on vältida olukorda, kus maksejõuetusmenetluse algatamise puhul *lex concursus* mõjutaks makse- või tasaarvestussüsteemides või reguleeritud finantsturgudel ettenähtud maksemehhanisme ja tehingute arveldamise mehhanisme.¹⁵⁵ Tegemist on sättega, mis arvestab täielikult lepingupoolte ootustega ning lubab maksesüsteemides ja finantsurul osalejatel arvestada üksnes nende sätetega, mida kohaldatakse vastavas maksesüsteemis või finantsturul.¹⁵⁶ Seega tagab artikkel 9 tõhusa menetlusosaliste kaitse, kuna välistatud on üllatuslik teise õiguse kohaldumine maksesüsteemidele ja finantsturgudele.

Erinevalt artiklitest 5, 6 ja 7, milles on viidatud võimalikele meetmetele, mida võetakse seoses õigustoimingute tühisuse tuvastamise või kehtetuks tunnistamisega vastavalt artikli 4 lõike 2 punktile m, on artiklis 9 sellisest viitest loobutud.¹⁵⁷ Selle asemel on artikli 9 lõikes 2 toodud põhimõtte, mille kohaselt ei ole artikli 9 lõike 1 kohaldamisalast välistatud ka meetmed, mida võidakse võtta väljamaksete või tehingute tühisuse tuvastamise või kehtetuks tunnistamisega seoses asjaomase maksesüsteemi või finantsturu suhtes kohaldatavate seaduste alusel.¹⁵⁸ Seega on määruseloojate tahe olnud suunatud sellele, et isegi, kui tehtud on kõiki võlausaldajaid kahjustav õigustoiming, ei saa seda artikli 4 lõike 2 punkti m (seega *lex concursus*'e) alusel kehtetuks tunnistada, vaid tuginema peab ikkagi maksesüsteemidele ja finantsturgudele kohaldatavale õigusele ning sellest õigusest tulenevatele võimalustele tehinguid või väljamakseid kehtetuks tunnistada.

Kuigi artikkel 9 lubab lepingupooltel täielikult arvestada vaid maksesüsteemile ja finantsturule kohaldatava õigusega, on siiski ette nähtud üks erand. Nimelt sätestab artikkel 9, et liikmesriigi seadust kohaldatakse kõnealuse süsteemi või turu suhtes viisil, mis ei piiraks artikli 5 (mis räägib maksejõuetusmenetluse mõjudest kolmandatele isikutele kuuluvatele asjaõigustele) kohaldamist. See tähendab, et kolmandate isikute asjaõiguste kaitse on määruse

¹⁵³ Maksejõuetusmäärus (viide 5), preambuli p 27.

¹⁵⁴ B. Wessels. *International Insolvency Law* (viide 92), lk 619, para. 10691.

¹⁵⁵ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 81 p 120.

¹⁵⁶ I. F. Fletcher. *The European Union Convention on Insolvency Proceedings* (viide 100), lk 135.

¹⁵⁷ I. F. Fletcher. *Insolvency in Private International Law* (viide 24), lk 415 p 7.109.

¹⁵⁸ Kuigi määruses on kasutatud sõnastust “väljamaksete või tehingute *tühiseks* tunnistamisega seoses”, tuleks siinkohal kasutada korrektsemat tõlget ning kasutada sõnastust “väljamaksete või tehingute *tühisuse tuvastamise* või *kehtetuks* tunnistamisega seoses”.

alusel alati tagatud, kuna artikkel 5 on artikli 9 suhtes ülimuslik.¹⁵⁹ Eelnevast tulenevalt järeldeb käesoleva töö autor, et määruse silmis on asjaõiguste omajate kaitse tähtsam kui maksesüsteemides või finantsturgudel osalejate õiguskindluse tagamine. Samuti saab järelendada, et määruses sisalduvad kohaldatava õiguse normid on omavahel hierarhilises suhtes (näiteks artikkel 5 on mõnevõrra ülimuslik artikli 9 suhtes) – olgugi, et ühe sätte kohaselt näib, et lepingupoolele oleks justkui tagatud täielik õiguskindlus, tuleb sellegipoolest arvestada ka teiste sätetega, mis konkreetse sätte suhtes võivad ülimuslikud olla.

Olgugi, et liikmesriigid ei ole artikli 9 kohaldamises mingeid puuduseid välja toonud, võib ühe puudusena välja tuua asjaolu, et määrus ei reguleeri mõistet “finantsturg”, mistõttu võib sätte tõlgendamine keeruliseks osutada. Virgos/Schmit’i raporti kohaselt saab “finantsturuks” lugeda liikmesriigis asuvat turgu, kus kaubeldakse finantsinstrumentide ning teiste kaubeldavate rahaliste vahendite, optioonide ja futuuridega.¹⁶⁰ *INSOL Europe* töögrupp on teinud ettepaneku sätte sõnastust täpsustada.¹⁶¹ *INSOL Europe* töögrupi ettepaneku kohaselt tuleks artikkel 9 viia kooskõlla finantsõigust puudutavate direktiividega ning lisada artiklisse 9 viide mitmepoolsetele kauplemissüsteemidele. Nimelt viidatakse finantsõigust puudutavates direktiivides tavapärast nii reguleeritud turgudele kui ka mitmepoolsetele kauplemissüsteemidele, mida tuleks maksejõuetusmenetluse algatamise korral kohelda võrdselt. Praeguse artikli 9 sõnastuse kohaselt on mõiste “finantsturg” mittetäielik¹⁶², mistõttu võivad teatud maksesüsteemide ja finantsturgude osalised olla eelisseisus.

Teiseks artikli 9 puuduseks saab lugeda asjaolu, et sätte kohaldamine on praktikas väga limiteeritud. Artikkel 9 kohaldub üksnes olukordades, kus maksesüsteemile või finantsturule kohaldatakse *liikmesriigi* seadust.¹⁶³ Paraku on enamik maksesüsteemides ja finantsturul osavõtjatest finantsasutused, millele kohalduvad eriseadused, kus muuhulgas on reguleeritud äriühingute likvideerimine ja ümberkujundamine. Seetõttu on enamasti vähetõenäoline, et liikmesriik saaks maksejõuetusmenetluse korral kohaldada enda seadust.¹⁶⁴

¹⁵⁹ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 82 p 124.

¹⁶⁰ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 81 p 120.

¹⁶¹ B. Hess jt. (viide 86), lk 205.

¹⁶² *INSOL Europe* (viide 74), lk 56.

¹⁶³ I. F. Fletcher. *Insolvency in Private International Law* (viide 24), lk 415 p 7.109.

¹⁶⁴ B. Wessels. *International Insolvency Law* (viide 92), lk 620, para. 10691.

2.3 Töölepingud

Lisaks eelnevalt uuritud kinnisvaraga seotud lepingule on määrusega tagatud täiendav kaitse ka töölepingu pooltele. Töölepingust tulenevad õigused ja õigussuhted on eriti olulised¹⁶⁵ - erinevalt teistest võlausaldajatest kaotavad võlgniku töötajad oma töökoha, mis võib endaga kaasa tuua olulisi majanduslikke ja sotsiaalseid raskusi.¹⁶⁶ Võttes arvesse seda töötajate mõnevõrra nõrgemat staatust, on vajalik, et neile oleks tagatud tööandja maksejõuetuse puhul lisakaitse. Seetõttu reguleerib artikli 10 kohaselt maksejõuetusmenetluse mõjusid töölepingutele ja –suhetele ainuüksi selle liikmesriigi seadus, kelle seadusi töölepingu suhtes kohaldatakse (muuhulgas selle riigi maksejõuetusmenetlust puudutavad seadused)¹⁶⁷. Muuhulgas kuuluvad artikli 10 reguleerimisalasse kollektiivlepingud ja nendest tulenevad suhted.¹⁶⁸ Sätte eesmärgiks on kaitsta töölepingu pooli (muuhulgas ka tööandjaid) võõra riigi õiguse kohaldamisest, mis võib poolte jaoks maksejõuetusmenetluse algatamise korral olla üllatuslik. Selle eesmärgi täitmiseks reguleerib maksejõuetusmenetluse mõjusid töölepingu jätkumisele või lõppemisele ning töölepingu poolte õigustele ja kohustustele üksnes töölepingule kohaldatav seadus (*lex contractus*).¹⁶⁹

Seda, mis riigi õigus töölepingule kohaldub, reguleerib Rooma I määrus, mida kohaldatakse kõigi Euroopa Liidu liikmesriikide osas. Töölepingu pooltel on õigus valida töölepingule kohaldatav õigus¹⁷⁰, kuid selline valitud õigus ei või põhjustada töötaja ilmajäämist kaitsest, mis on talle ette nähtud imperatiivsete sätetega, mis õiguse valiku puudumisel kuuluksid kohaldamisele¹⁷¹. Kui lepingu suhtes kohaldatavat õigust ei ole valitud, kohaldatakse lepingu suhtes selle riigi õigust, kus töötaja lepingujärgselt oma põhitööd teeb, isegi kui ta ajutiselt töötab mõnes teises riigis, või kui töötaja ei tee oma põhitööd ühes ja samas riigis, siis selle riigi õigust, kus asub tegevuskoht, mille kaudu töötaja on tööle võetud, välja arvatud juhul, kui asjaoludest tervikuna ilmneb, et leping on tugevamalt seotud mõne teise riigiga – sellisel juhul kohaldatakse lepingu suhtes selle teise riigi õigust.¹⁷² Juhul, kui eelnevast tulenevalt järeldub, et töölepingule kohaldub Euroopa Liidu liikmesriigi õigus, siis artikkel 10 kohaldub. Kui kohaldatavaks õiguseks on kolmanda riigi õigus, määrab maksejõuetusmenetluse mõjud

¹⁶⁵ Maksejõuetusmäärus (viide 5), preambuli p 11.

¹⁶⁶ J. Sarra. Widening the Insolvency Lens: The Treatment of Employee Claims. – P. J. Omar. International Insolvency Law. Themes and Perspectives. Great Britain: Ashgate Publishing Limited 2008, lk 295.

¹⁶⁷ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 83 p 125.

¹⁶⁸ B. Wessels. International Insolvency Law (viide 92), lk 621, para. 10696.

¹⁶⁹ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 81 p 120.

¹⁷⁰ Rooma I määrus (viide 140), art 3 lg 1.

¹⁷¹ Rooma I määrus (viide 140), art 6 lg 1.

¹⁷² Rooma I määrus (viide 140), art 6 lg 2.

töölepingutele ja –suhetele artikli 4 lõike 2 punkti e kohaselt *lex concursus*. Kuigi Rooma I määruses on töölepingute erikohtlemise põhjuseks töötajate kaitse (töölepingule kohaldatava õiguse määramisel lähtutakse töötaja poolt töö tegemise asukohast), siis artikkel 10 tagab kaitse nii töötajale kui ka tööandjale.

Artikkel 10 ei täpsusta, milliseid mõjusid töölepingutele ja –suhetele on artiklis 10 täpsemalt silmas peetud ning kas selliseks mõjuks saab lugeda ka töölepingu lõpetamist. Töölepingule kohaldatava seaduse ehk *lex laboris*'e reguleerimisalas on küsimused, kas maksejõuetusmenetluse algatamisel lõpeb tööleping automaatselt ning kui ei, siis millistel tingimustel võib likvideerija töölepingu lõpetada.¹⁷³ Näiteks on töölepingu seaduse § 89 lõige 2 punkti 2 kohaselt tööandjal pankroti väljakuulutamisel, pankrotimenetluse lõpetamisel või raugemisel õigus töötaja koondada. Samuti on töölepingule kohaldatava seadusega reguleeritud lõpetamisega seotud tähtjad¹⁷⁴ ning töötajale tööandja maksejõuetuse korral makstav kompensatsioon.¹⁷⁵ Muud maksejõuetusmenetluse mõjud, mis ei ole mõjud töölepingule ja –suhetele, määrab kindlaks *lex concursus*. Näiteks kuuluvad *lex concursus*'e kohaldamisalasse maksejõuetusõigusega seotud küsimused, nagu näiteks töötajate nõuete kaitstus eelisõigustega ja selliste eelisõiguste staatus.¹⁷⁶ Samuti määrab maksejõuetusmenetluse algatanud riigi õigus kindlaks nõuete esitamise, kontrollimise ja kinnitamise eeskirjad.¹⁷⁷

Küsimusi tekitab olukord, mil töötaja töötab riigis A, kus ei kuulutatud välja tööandja kohta käiv põhimaksejõuetusmenetlus (mis kuulutati välja riigis B), kuid riigis A asub tööandja tegevuskoht. Kui töölepingule kohaldub töökoha asukohariigi (riigi A) õigus, mille kohaselt tuleb enne töölepingu lõpetamist saada luba maksejõuetusmenetluse algatanud kohtult, kuid põhimaksejõuetusmenetluse algatanud riigi (riigi B) õigus sellist loa küsimise kohustust ette ei näe, võib tekkida olukord, kus enne töölepingu lõpetamist kohtult luba küsida ei saagi, kuigi töölepingule kohaldatav õigus selle ette näeb. Euroopa Komisjon on viimasele probleemile tähelepanu juhtinud ning teinud artiklite 8 ja 10 muutmiseks ettepaneku¹⁷⁸, mille kohaselt juhul, kui *lex laboris* näeb ette loa küsimise kohustuse maksejõuetusmenetluse algatanud kohtult, on maksejõuetusmenetluse algatanud kohus pädev sellise lepingu

¹⁷³ I. F. Fletcher. The European Union Convention on Insolvency Proceedings (viide 100), lk 136.

¹⁷⁴ B. Wessels. International Insolvency Law (viide 92), lk 622, para. 10696.

¹⁷⁵ I. F. Fletcher. The European Union Convention on Insolvency Proceedings (viide 100), lk 136.

¹⁷⁶ Maksejõuetusmäärus (viide 5), preambuli p 28.

¹⁷⁷ Maksejõuetusmäärus (viide 5), art 4 lg 2 p h.

¹⁷⁸ Euroopa Parlament ei ole Euroopa Komisjoni muudatusettepanekut arvesse võtnud. Vt Euroopa Parlamendi 5. veebruari 2014. aasta seadusandlik resolutsioon (viide 149), lk 22.

muutmiseks või lõpetamiseks nõusolekut andma.¹⁷⁹ Hollandi Kuninglik Rahvusvahelise Eraõiguse Komitee leidis, et tõenäoliselt tuleb sellises olukorras töötajal taotleda teise menetluse algatamist riigis A, mille tulemusena kohaldataks riigi A õigust ning töötajal oleks tagatud, et enne töölepingu lõpetamist taotletakse kohtult vastav luba.¹⁸⁰ Käesoleva töö autor leiab, et teise menetluse algatamine lahendaks küll probleemi, kuid sellegipoolest tuleks antud olukorda määruses reguleerida, kuna teise menetluse algatamine pelgalt töölepingu lõpetamise loa taotlemiseks ei pruugi olla ökonoomne. Sarnane probleem, kus enne lepingu lõpetamist tuleb küsida luba maksejõuetusmenetluse algatanud kohtult, võib kerkida üles ka seoses kinnisvaraga seotud lepingutega (vt käesoleva töö peatükk 2.1) ning autor leiab, et sarnaselt kinnisvaraga seotud lepingutega, tuleks ka töölepingutega seoses võimaldada vajadusel loa küsimist põhimaksejõuetusmenetluse algatanud kohtult, kuid üksnes eeldusel, et kohus kohaldab sellisel juhul loa andmise otsustamise protsessis töölepingule kohaldatavat õigust. Tegemist oleks küll määruse sekkumisega siseriiklikusse õigusesse (sama riigi kohtu asemel menetleb loa andmist teise riigi kohus, mis on *lex laboris*'ega vastuolus), kuid teisalt on loa küsimise kohustuse näol tegemist töölepingu pooli kaitsva sättega ning käesoleva töö autor leiab, et antud olukorras on siseriiklikusse õigusesse sekkumisest olulisem töölepingu poolte kaitse.

Ka Euroopa Komisjon on tõdenud, et hetkel on töölepingute lõpetamine piiriüleses maksejõuetusmenetluses keeruline ennekõike seetõttu, et eri riikidel on erinevad töölepingu lõpetamise nõuded. Euroopa Komisjon on oma aruandes määruse kohaldamise kohta öelnud, et “erinevad tööõigusnormid võivad takistada likvideerijat võtmast samu meetmeid mitmes eri liikmesriigis asuvate töötajate suhtes ning et selline olukord võib äriühingu restruktureerimist raskendada”.¹⁸¹ Teisalt tuleb silmas pidada, et tööõigus ongi igas liikmesriigis erinev ning kindlasti ei ole siseriikliku tööõiguse harmoniseerimine võimalik maksejõuetusmääruses.¹⁸² Käesoleva töö autor nõustub, et tööõiguse harmoniseerimine maksejõuetusmääruses oleks lubamatu ning seetõttu tuleks võimaluse korral hoiduda meetmetest, mille kohaselt ühe riigi kohus saab otsustada teise riigi kohtu pädevuses olevaid küsimusi. Olukorras, kus selline vajadus aga tekib, tuleks küsimus lahendada likvideerijatel ja kohtutel omavahelise koostöö abil.

¹⁷⁹ Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus, millega muudetakse nõukogu määrust (EÜ) nr 1346/2000 maksejõuetusmenetluse kohta. Euroopa Komisjoni ettepanek. – Arvutivõrgus: [http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2012/0744/COM_COM\(2012\)0744_ET.pdf](http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2012/0744/COM_COM(2012)0744_ET.pdf), 23. märts 2015.

¹⁸⁰ B. Wessels. *International Insolvency Law* (viide 92), lk 624, para. 10698.

¹⁸¹ Komisjoni aruanne Euroopa Parlamendile, Nõukogule ning Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele (viide 87), lk 12.

¹⁸² B. Hess jt. (viide 86), lk 206.

2.4 Mõjud registreerimisele kuuluvatele õigustele

Põhimaksejõuetusmenetluse algatanud riigi õiguse kohaldamine võib teatud juhtudel sekkuda liigselt teise riigi õiguskorda näiteks olukorras, kus maksejõuetusmenetlus mõjutab menetlusosaliste õigusi, mis on seotud registrisse kantava varaga. Registrid mängivad riigi õigussüsteemis olulist rolli, kuna nad kaitsevad kaubandust ning õiguskindlust.¹⁸³ Probleemi lahendamiseks on määruses artikkel 5, mille kohaselt ei mõjuta maksejõuetusmenetluse algatamine võlausaldajatele kuuluvaid asjaõigusi, mis on seotud võlgnikule kuuluva varaga. Artikkel 5 piirdub aga üksnes võlausaldajatele kuuluvate asjaõigustega, mistõttu on määruses veel üks registreerimisele kuuluvate õigustega seotud kohaldatava õiguse erand.¹⁸⁴ Nimelt määratakse artikli 11 kohaselt maksejõuetusmenetluse algatamise mõjud võlgniku registreerimisele kuuluvatele asjaõigustele kindlaks selle liikmesriigi seadusega, kelle alluvuses registrit peetakse (*lex registrationis*). Artikkel 11 kohaldub üksnes asjaõigustele, mis on seotud kinnisvara, laeva või õhusõidukiga ja mis kuuluvad avalikus registris registreerimisele. Tegemist on väärtusliku varaga, mille asukoht ei tohiks olla määravaks kriteeriumiks maksejõuetusmenetluse mõjude määramiseks sellise varaga seotud õigustele.¹⁸⁵

Artikli 11 eesmärgiks on tagada menetlusosalistele kindlustunne, et maksejõuetusmenetluse tagajärgedel on registreerimisele kuuluva varaga seotud õigustele samasugune mõju nii piiriülese kui ka siseriikliku maksejõuetusmenetluse algatamise korral. Registri asukohariigi õigus määrab seega, missugused maksejõuetusmenetluse mõjud registreerimisele kuuluvatele õigustele on lubatavad ning võivad võlgniku õigusi mõjutada. Oluline on silmas pidada, et artikkel 11 ei viita varale, vaid varaga seotud õigustele, mistõttu on oluline määratleda, kes on õiguse omaja.¹⁸⁶

Võrreldes teiste määruse kohaldatava õiguse sätetega, mis käsitlevad kinnisvaraga seotud lepingutele, töölepingutele ning maksesüsteemide ja finantsturgudele kohaldatava õiguse määramist, on artiklist 11 tulenev kohaldatava õiguse erand oluliselt piiravam.¹⁸⁷ Nimelt ei tulene artiklist 11, et maksejõuetusmenetluse mõju registreerimisele kuuluvatele õigustele määrab kindlaks *ainuüksi* selle liikmesriigi seadus, kelle alluvuses registrit peetakse. Seega kohaldatakse kumulatiivselt nii põhimaksejõuetusmenetluse algatanud riigi õigust kui ka artiklis 11 viidatud riigi õigust. Nimelt määratakse artikli 4 lõike 2 punkti c kohaselt

¹⁸³ B. Wessels. *International Insolvency Law* (viide 92), lk 630, para. 10704.

¹⁸⁴ B. Hess jt. (viide 86), lk 208.

¹⁸⁵ I. F. Fletcher. *Insolvency in Private International Law* (viide 24), lk 416-417, p 7.112.

¹⁸⁶ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 85 p 130.

¹⁸⁷ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 85 p 130.

maksejõuetusmenetluse algatanud riigi õiguses kindlaks likvideerija volitused ning artikli 11 kohaselt määratakse registri asukohariigi õiguse kohaselt kindlaks, kuidas toimub pankroti väljakuulutamise sissekandmine registrisse ning mis on sissekande tagajärg registrile.¹⁸⁸ Seega peab registripidaja ja likvideerija vahel toimuma teatud koostöö ja suhtlus, mille tulemusena tehakse registrisse vajalikud kanded.¹⁸⁹

Artikli 11 kohaldamise kohta puudub Euroopa Kohtu praktika, samuti ei ole liikmesriigid viidanud ühelegi artikli 11 puudusele.¹⁹⁰ Küll aga saab üheks artikli 11 puuduseks lugeda asjaolu, et maksejõuetusmenetluse mõjud registreerimisele kuuluvatele õigustele on igas liikmesriigis erinevad, mis omakorda toob kaasa menetluse läbiviimise keerukuse ning lisakohustused likvideerijale.¹⁹¹ Sellegipoolest võib käesoleva töö autori arvates artiklit 11 pidada õnnestunud regulatsiooniks, tagades võlgnikule ettenähtavuse, kuidas mõjutab võimalik maksejõuetusmenetlus tema õigusi seoses temale kuuluva tõenäoliselt kõige kallima varaga. Samuti tagab säte hästi registrite õiguskindluse ja puutumatus.

2.5 Kolmandate isikute kaitse

Pärast maksejõuetusmenetluse algatamist kaotab võlgnik õiguse oma vara käsutada. Vara käsutamise õigus läheb üle likvideerijale, et kaitsta kõiki võlausaldajaid võlgniku vara väärtuse vähenemise eest.¹⁹² Küll aga võib juhtuda, et võlgnik sellegipoolest pärast maksejõuetusmenetluse algatamist oma vara võõrandab. Üldreegli kohaselt loetakse pärast maksejõuetusmenetluse algatamist tehtud käsutus maksejõuetusmenetluse algatanud riigi õiguse kohaselt tühiseks.¹⁹³ Maksejõuetusmenetluse algatamisest teavitamine ja avalikkusele kuulutamise tähtsus seisnebki selles, et vältida olukorda, kus kolmandad isikud kahjustuvad seetõttu, et võlgnik teeb lubamatuid käsutusi enne kui likvideerija on tema vara üle täieliku kontrolli saanud. Samas ei pruugi näiteks ühes riigis algatatud maksejõuetusmenetlus teise riigi avalikes registrites koheselt kajastuda, mistõttu võib võlgnik olukorda ära kasutada ning vara heausksele omandajale võõrandada.¹⁹⁴ Sellise heauskselt võlgniku vara omandanud isiku

¹⁸⁸ B. Hess jt. External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings (viide 79), lk 303.

¹⁸⁹ I. F. Fletcher. The European Union Convention on Insolvency Proceedings (viide 100), lk 137.

¹⁹⁰ B. Hess jt. (viide 86), lk 209.

¹⁹¹ D. McKenzie (viide 4), lk 198.

¹⁹² I. F. Fletcher. Insolvency in Private International Law (viide 24), lk 418 p 7.115.

¹⁹³ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 90 p 141.

¹⁹⁴ I. F. Fletcher. The European Union Convention on Insolvency Proceedings (viide 100), lk 137.

õigusi tuleks reguleerida selle riigi õigusaktidega, kelle territooriumil heauskselt omandatud vara asub või kelle alluvuses registrit peetakse.

Artikkel 14 sätestab, et kui võlgnik on pärast maksejõuetusmenetluse algatamist võõrandanud tasu eest kinnisvara, avalikus registris registreerimisele kuuluva laeva või õhusõiduki või väärtpabereid, mille olemasolu eeldab registreerimist seadusega ettenähtud registris, reguleerivad seda tegevust selle riigi õigusaktid, kelle territooriumil kinnisvara asub (*lex rei sitae*) või kelle alluvuses registrit peetakse (*lex registrationis*). Sätte eesmärgiks on tagada nii registrite õigsuse eelduse kaitse kui ka heausksete omandajate kaitse, kes on registri õigsuse eeldusele tuginedes võlgnikult vara omandanud.¹⁹⁵ Artikkel 14 lähtub põhimõttest, et heausksete võlausaldajate kaitse ei tohiks sõltuda võlgniku suhtes maksejõuetusmenetluse algatamise kohast¹⁹⁶, kuna sellisel juhul ei pruugi nende kaitse olla täielikult tagatud.¹⁹⁷ Artikkel 14 ei viita liikmesriigile, vaid üksnes riigile, mis tähendab, et heausksete omandajate kaitse on tagatud isegi juhul, kui näiteks soetatud kinnisvara asub väljaspool Euroopa Liitu. Küll aga tuleb silmas pidada, et artikkel 14 ei kohaldu, kui heauskne omandaja sai vara põhjuseta ja tasuta.¹⁹⁸

Õigusteadlaste seas on tekkinud küsimus, mis õigus reguleerib asjaolu, kas võõrandamisega läks vara omand täielikult üle. Mõned õigusteadlased leiavad, et kuna tegemist ei ole maksejõuetusõigusliku, vaid pigem asjaõigusliku küsimusega, peaks antud küsimust reguleerima kinnisvara või registri asukoha riigi õigus. Teised õigusteadlased leiavad, et kui tegemist on asjaõiguse valdkonna küsimusega, siis miks on antud küsimust üleüldse maksejõuetusmääruses reguleeritud.¹⁹⁹ Samuti on mitmeti mõistetav, mis riigi õigus reguleerib küsimust, kas võõrandamine on toimunud põhjuseta ja tasuta. Mitmed õigusteadlased leiavad, et antud küsimused peaks olema reguleeritud maksejõuetusmenetluse algatanud riigi õigusega.²⁰⁰ Üks nendest õigusteadlastest on A. J. Berends, kes selgitab, et määruses tuleks ennekõike juhendada kohaldatava õiguse üldreeglit ning üksnes registrisse kantava vara osas on lubatud lähtuda teisest õigusest, et kaitsta registrite õigsuse eeldusele tuginemise õigust.²⁰¹

¹⁹⁵ I. F. Fletcher. *Insolvency in Private International Law* (viide 24), lk 418 p 7.115.

¹⁹⁶ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 90 p 141.

¹⁹⁷ I. F. Fletcher. *The European Union Convention on Insolvency Proceedings* (viide 100), lk 137.

¹⁹⁸ N. Segal. *The Choice of Law Provisions in the European Union Convention on Insolvency Proceedings*. – *Brooklyn Journal of International Law* Vol. 1997/23, lk 72-73.

¹⁹⁹ A. J. Berends. *The EU Insolvency Regulation*. – *The Netherlands International Law Review* 2010, lk 427-428.

²⁰⁰ B. Wessels. *International Insolvency Law* (viide 92), lk 633, para. 10708.

²⁰¹ A. J. Berends (viide 199), lk 427-428.

Käesoleva töö autor nõustub Berends'i seisukohaga. Määruse sätete tõlgendamisel tuleks alati lähtuda määruse üldistest põhimõtetest. Kohaldatava õiguse sätted määruses lähtuvad ennekõike universaalsuse printsiibist, mistõttu erandite tegemine artiklist 4 peab olema piiratud ning lubatud üksnes määruses reguleeritud juhtudel. Artiklist 14 tuleneb, et teatud liiki vara võõrandamisel pärast maksejõuetusmenetluse algatamist reguleerib seda tegevust vara või registri asukoha riigi õigus. Tegemist on erandiga, mis puudutab üksnes kinnisvara ning avalikus registris registreeritud laevasid, õhusõidukeid ja väärtpabereid. Muud liiki vara (nt vallasvara) võõrandamist reguleerib seega artikli 4 kohaselt *lex concursus*. Kui tõlgendada artiklit 14 nii, et vara või registri asukohariigi õiguse reguleerida on omandi ülemineku õigus ning asjaolu, kas vara võõrandati tasuta ja põhjuseta, tekib küsimus, mis riigi õigus reguleerib antud küsimusi muude vara liikide võõrandamise korral. On ebamõistlik, et eri liiki vara võõrandamise õiguse küsimus on reguleeritud erinevate riikide seadusega, kuna see oleks vastuolus universaalsuse printsiibiga. Tõenäoliselt ei ole määruse eesmärgiks selliste asjaõiguslike küsimuste lahendamine. Seega tuleks vaadata artiklit 4 üldreeglina, millest on tehtud teatud vara osas ning teatud ulatuses erand artikli 14 näol – artikli 4 kohaldamisalasse jääb võõrandamise olemasolu küsimuse otsustamine, artikli 14 kohaldamisalasse jäävad kõik muud küsimused, mis puudutavad üksnes registrisse kantava vara võõrandamise tagajärgi heausksele omandajale ning toiminguid registris. Näiteks tuleb artikli 14 kohaselt kohaldamisele asjaõiguseaduse § 56¹ lõige 1, mille kohaselt juhul, kui isik tehinguga omandab kinnisomandi kinnistusraamatu andmetele tuginedes, loetakse kinnisturaamatusse kantud andmed tema suhtes õigeks, välja arvatud juhul, kui kinnistusraamatusse kantud andmete õigsuse vastu on kinnistusraamatusse kantud vastuväide või kui omandaja teadis või pidi teadma, et kinnistusraamatusse kantud andmed on ebaõiged.

Seega tuleneb artiklist 14 kaitse nendele võlausaldajatele, kes on heauskselt pärast võlgniku maksejõuetusmenetluse algatamist omandanud võlgnikult kinnisvara või registrisse kandmisele kuuluva laeva, õhusõiduki või väärtpaberid. Muude varaliikide omandajatele (nt vallasvara või mootorsõidukid) artiklist 14 kaitset ei tulene. Samuti ei tulene ühegi varaliigi heausksele omandajale artiklist 14 kaitset juhul, kui vara on omandatud enne maksejõuetusmenetluse algatamist. Sellistel juhtudel kohaldatakse vara võõrandamisele üksnes maksejõuetusmenetluse algatanud riigi õigust.

2.6 Maksejõuetusmenetluse mõjud pooleliiolevatele kohtuasjadele

Maksejõuetusmääruses tehakse vahet võlausaldajate poolt algatatud menetlustel ning pooleliiolevatel kohtuasjadel.²⁰² Maksejõuetusmenetluse mõjudele konkreetsete võlausaldajate algatatud menetlustele kohaldatakse maksejõuetusmenetluse algatanud riigi seadust.²⁰³ Sellest tulenevalt saab kollektiivne maksejõuetusmenetlus takistada maksejõuetu võlgniku võlausaldajate poolt individuaalsete täitmiskooste²⁰⁴, mis puudutavad näiteks vara arestimist või konfiskeerimist, esitamist.²⁰⁵ See on vajalik võlausaldajate võrdse kohtlemise tagamiseks.²⁰⁶ Küll aga reguleerib artikli 15 kohaselt maksejõuetusmenetluse mõjusid pooleliiolevatele kohtuasjadele, kus käsitletakse neid võlgniku varasid või õigusi, mille suhtes viimane on käsutamiskoost kaotanud, ainuüksi selle liikmesriigi seadus, kus need kohtuasjad pooleli on. Määruseloojate selgeks eesmärgiks on vältida *vis attractiva concursus* reegli kohaldumist, mille kohaselt võib maksejõuetusmenetluse algatamisel võlgniku suhtes pooleliiolevad kohtuasjad liigutada kohtust, kus kohtuasi algatati, maksejõuetusmenetluse algatanud kohtu ainupädevusse.²⁰⁷

Artikli 15 regulatsioon on vajalik ennekõike seetõttu, et liikmesriikide õigusnormid erinevad suurel määral selles osas, missugune on maksejõuetusmenetluse mõju juba pooleliiolevatele kohtuasjadele. *Lex concursus*'e ja kohtumenetlust läbi viiva riigi õiguse (*lex processus*'e²⁰⁸) konflikt võib kaasa tuua segadust ja ebakindlust.²⁰⁹ Seega määrab antud riigi menetlusõigus kindlaks, kas maksejõuetusmenetluse algatamine peatab pooleliioleva kohtuasja, kuidas kohtuasi jätkub ning kas tarvitusele tuleks võtta mõni protseduuriline muudatus seoses sellega, et võlgnik on maksejõuetuse tõttu kaotanud käsutamiskoost, mis on omakorda läinud üle likvideerijale.²¹⁰

Enamike liikmesriikide seadused näevad ette maksejõuetusmenetluse eelisõiguse teiste menetluste ees, nähes ette menetluse peatumise, menetluse ülemineku maksejõuetusmenetluse algatanud kohtu pädevusse või täitemenetluste keelu, kuigi täpsemad menetluslikud aspektid

²⁰² M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 91 p 142.

²⁰³ Maksejõuetusmäärus (viide 5), art 4 lg 2 p f.

²⁰⁴ N. Segal (viide 198), lk 73.

²⁰⁵ B. Wessels. International Insolvency Law (viide 92), 635, para. 10710.

²⁰⁶ B. Hess jt. External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings (viide 79), lk 253.

²⁰⁷ INSOL Europe (viide 74), lk 64.

²⁰⁸ B. Wessels. International Insolvency Law (viide 92), lk 634, para. 10710.

²⁰⁹ I. F. Fletcher. Insolvency in Private International Law (viide 24), lk 419 p 7.117.

²¹⁰ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 91 p 142.

on igas liikmesriigis erinevad.²¹¹ Näiteks jätab kohus PankrS § 43 lõike 2 kohaselt juhul, kui enne pankroti väljakuulutamist alanud kohtumenetluses on varaline nõue võlgniku vastu, mille kohta ei ole veel otsust tehtud, nõude hagimenetluses läbi vaatamata.²¹² Kui aga lahend on juba olemas, võib haldur PankrS § 43 lõike 5 kohaselt võlgniku nimel edasi kaevata. Kui enne pankroti väljakuulutamist on võlgniku vastu esitatud nõue eseme väljastamiseks pankrotivarast, vaatab kohus PankrS § 43 lõike 4 kohaselt nõude läbi ning haldur võib menetlusse astuda võlgniku asemel. Juhul, kui võlgnik on ise enne pankroti väljakuulutamist teise isiku vastu esitanud hagi, võib PankrS § 43 lõike 1 kohaselt haldur astuda menetlusse võlgniku asemel.

Küsitav on, kas artikkel 15 laieneb ka vahekohtumenetlustele. Mõningad õigusteadlased leiavad, et artikkel 15 laieneb vahekohtumenetlustele artikli 15 sõnastuse tõttu – olgugi, et määruse tõlge mõningates keeltes viitaks justkui üksnes kohtumenetlusele, siis mõningate riikide tõlge viitab menetlusele pädevas instantsis (nt tõlge prantsuse keelde).²¹³ Kuivõrd antud küsimus pole selge, on Euroopa Komisjon teinud ettepaneku artiklit 15 täiendada nii, et see laieneks ka vahekohtumenetlustele²¹⁴, mida on kohus varasemalt vaikimisi kohtuasjas *Syska v Vivendi Universal SA*²¹⁵ juba ka eeldanud. Kohus leidis antud kohtuasjas, et oleks ebamõistlik võimaldada artiklist 15 tulenevat kaitset üksnes nendele isikutele, kes on võlgniku vastu esitanud hagi, ning mitte nendele isikutele, kes on kohtumenetluse asemel soovinud vahekohtumenetlust.²¹⁶ Käesoleva töö autor nõustub, et vahekohtumenetluses osalejate õiguste piiramine olukorras, kus vahekohtul on vastavad pädevused asja menetleda, ei ole õiglane ning ei taga maksejõuetusmenetluses osalejate võrdset kohtlemist. Seetõttu tuleks teha Euroopa Komisjoni poolt välja käidud artikli 15 muudatus.

Samas leiab käesoleva töö autor, et iga küsitavuse ja probleemi korral ei ole mõistlik määrust muuta ja täiendada. Oluliselt vajalikum on määruse ametliku seletuskirja või kommenteeritud versiooni loomine, milles leiduks vastus seni üles kerkinud küsimustele. Seletuskirja või kommenteeritud versiooni eelis määrusemuudatuse ees on asjaolu, et määruse iga tõlge on

²¹¹ B. Hess jt. External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings (viide 79), lk 318.

²¹² Käesoleva töö autor leiab, et antud säte võiks kohalduda ka olukorras, kus kõik menetluslikud toimingud on tehtud ning jäänud on veel vaid välja kuulutada kohtulahend. Vastasel juhul võib näiteks tekkida olukord, kus pikka ja kulukat kohtumenetlust ei ole võimalik lõpetada kohtulahendi väljakuulutamise, kuna vahetult enne otsuse tegemist on välja kuulutatud pankrot. Selline muudatus võimaldaks ka pankrotimenetlust mõnevõrra ökonoomsemalt läbi viia, kuna PankrS § 103 lõike 4 kohaselt loetakse jõustunud kohtulahendiga rahuldatud nõue kaitsmiseta tunnustatuks.

²¹³ B. Wessels. International Insolvency Law (viide 92), lk 638, para. 10712g.

²¹⁴ Euroopa Komisjoni ettepanek (viide 179), lk 23.

²¹⁵ *Syska v Vivendi Universal SA*. Commercial Court, 02.10.2008. (2008) APP.L.R. 10/02. Arvutivõrgus: <http://www.nadr.co.uk/articles/published/Arbitration/Syska%20v%20Vivendi%202008.pdf>, 22. aprill 2015.

²¹⁶ G. McGormack. Reforming the European Insolvency Regulation: A Legal and Policy Perspective. – Journal of Private International Law Vol. 2014/10, lk 62.

ametlik õigusakt. Teisalt näitab senine praktika, et tihti erinevad määruse tõlked omavahel olulisel määral, mis toob kaasa asjatut segadust ja mitmetimõistmist. On paratamatu, et igas keeles ei leidu samu termineid ning mõistete tähendus erinevates keeltes varieerub suuremal või vähemal määral, kuid ei ole aktsepteeritav, et selliste faktorite tõttu võib määruse sätete tõlgendamine erinevates riikides olla nii erinev, et ühes riigis võib täielikult olla välistatud mõni menetlusosalise eelis, mis võib teises riigis lubatud olla. Menetlusosaliste erinev kohtlemine pelgalt seetõttu, et määruse tõlge on erinevates riikides erinev, ei ole lubatav.

3. EUROOPA LIIDU MAKSEJÕUETUSMÄÄRUSE OTSEKOHALDAMINE KUI ERAND UNIVERSAALSUSE PRINTSIIBIST

3.1 Kolmandatele isikutele kuuluvad asjaõigused

Kui võlgniku suhtes algatatakse maksejõuetusmenetlus, määratakse maksejõuetusmenetluses käsitletavat varad menetluse algatanud riigi õigusega.²¹⁷ Põhimaksejõuetusmenetlus on universaalne ja hõlmab endas võlgniku kõiki varasid.²¹⁸ Teatud varadega võivad aga olla seotud võlausaldajate või kolmandate isikute asjaõigused. Enamasti näevad riikide seadused ette, et maksejõuetusmenetlus mõjutab mingil määral võlgniku varaga seotud asjaõiguseid. Tavaliselt näeb regulatsioon ette ajutised meetmed asjaõiguse teostamise piiramiseks või likvideerija õiguse asjaõigusega seotud vara müümiseks.²¹⁹ Määruse artiklist 5, mida võiks lugeda määruse kõige suurema ulatusega erandiks universaalsuse printsiibist²²⁰, tuleneb, et maksejõuetusmenetluse algatamine ei mõjuta võlausaldajatele või kolmandatele isikutele kuuluvaid asjaõigusi, mis on seotud võlgnikule kuuluva varaga. Kuigi määrusest otseselt nii ei tulene, kaitseb artikkel 5 tõenäoliselt ka asjaõigusega tagatud nõuet²²¹, mistõttu ei saa maksejõuetusmenetluse algatamine mõjutada asjaõiguse omaja nõuet maksejõuetu võlgniku vastu.

Asjaõigusi puudutav erand on oluline ennekõike seetõttu, et asjaõigustel on rahvusvahelises kaubanduses krediidi andmisel eriti suur tähtsus²²² ning nad kaitsevad asjaõiguste omajaid võlgniku maksejõuetuse ja kolmandate isikute sekkumise eest.²²³ Nad võimaldavad krediidi saamist tingimustel, mis ei oleks ilma sellise garantiita võimalik.²²⁴ Teisalt on maksejõuetusmenetluse üks olulisimaid eesmärke jagada olemasolev vara võlausaldajate vahel võimalikult võrdselt ja õiglaselt.²²⁵ Olenemata artikli 5 olulisusest rahvusvahelises

²¹⁷ Maksejõuetusmäärus (viide 5), art 4 lg 2 p b.

²¹⁸ Maksejõuetusmäärus (viide 5), preambuli p 12.

²¹⁹ N. W. A. Tollenaar. Proposal for Reform: Improving the ability to rescue multinational Enterprises under the European Insolvency Regulation. – International Insolvency Law Review 2011/3, lk 260.

²²⁰ D. McKenzie (viide 4), lk 195.

²²¹ R. F. Abeln, T. G. Abeln. Report on the Conference on the Future of the European Insolvency Regulation. – International Insolvency Law Review 2011/3, lk 358.

²²² Maksejõuetusmäärus (viide 5), preambuli p 25.

²²³ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 71 p 97.

²²⁴ B. Wessels. European Union Regulation on Insolvency Proceedings. An Introductory Analysis, lk 19. – Arvutivõrgus:

<http://www.insol.org/INSOLfaculty/pdfs/BasicReading/Session%205/European%20Union%20Regulation%20on%20Insolvency%20Proceedings%20An%20Introductory%20analysis,%20Bob%20Wessels.pdf>, 29. märts 2015.

²²⁵ B. Wessels. International Insolvency Law (viide 92), lk 579, para. 10640a.

kaubanduses on artikkel 5 saanud kirjanduses suure kriitika osaliseks, kuna peaaegu kõik artikli 5 juures on vastuoluline või küsimusi tekitav.²²⁶

Artikli 5 näol ei ole tegemist kohaldatava õiguse sättega selle klassikalises mõttes.²²⁷ Määrus ei reguleeri, millise riigi seadus kehtib, vaid üksnes fikseerib selle, et teises riigis maksejõuetusmenetluse algatamine ei mõjuta asjaõiguste omajate, näiteks pandipidaja, õigusi.²²⁸ Tegemist on n-õ negatiivse reegluga, kuna see ei täpsusta asjaõigustele kohaldatavat õigust, vaid üksnes toob välja, et *lex concursus* asjaõigustele ei kohaldu.²²⁹ Huvitaval kombel välistab artikkel 5 asjaõigustele igasuguse mõju, sealhulgas mõju, mis tuleneks asjaõigustele vara asukohariigi õiguse (*lex situs*) kohaselt.²³⁰ Tegemist on n-õ “tugeva ja kiire” reegluga (ingl k *the hard and fast rule*)²³¹, kuna isegi juhul, kui vara asukohariigi õiguse kohaselt mõjutaks maksejõuetusmenetluse algatamine võlgniku varaga seotud asjaõigusi, tagab artikkel 5 sellistele asjaõigustele immuunsuse.²³² Antud tõlgendusele on esitatud vastuväiteid, selgitades, et artikli 5 sõnastusest ning määruse loogikat arvesse võttes on võimalik jõuda ka järeldusele, et maksejõuetusmenetluse mõjud asjaõigusele tulenevad siiski vara asukohariigi õigusest. Antud seisukohaga ei nõustu enamik õigusteadlasi ning väga paljudes liikmesriikides tõlgendatakse artiklit 5 sisulise piirava eeskirjana, mis tähendab, et asjaõiguseid ei mõjuta ei menetluse algatanud riigi ega varade asukohariigi maksejõuetusmenetlust käsitlevad sätted.²³³ Käesoleva töö nõustub viimase seisukohaga, kuna vastasel juhul oleks artikkel 5 sõnastatud kohaldatava õiguse normina (nagu näiteks artiklid 8 ja 10), milles oleks selgelt viidatud vara asukohariigi õigusele.

“Ei mõjuta” tähendab ennekõike seda, et asjaõiguse omajal säilivad kõik asjaõigusega seotud vastavad õigused – näiteks on tal õigus vara maha müüa ning selle arvelt enda nõue rahuldada.²³⁴ Küll aga pole üheselt mõistetav, kas artikli 5 mõte on keelustada ka ajutised asjaõiguse teostamise piirangud ning asjaõiguse teostamine asjaõiguse omaja tahte vastaselt. Mitmete riikide maksejõuetusõiguses on ette nähtud kohtuniku õigus anda määrus, mille kohaselt teatud ajaperioodi (nt 2 kuu) jooksul ei või võlausaldajad ega kolmandad isikud

²²⁶ B. Wessels. *International Insolvency Law* (viide 92), lk 577, para. 10639.

²²⁷ B. Wessels. *International Insolvency Law* (viide 92), lk 589, para. 10653a.

²²⁸ P. Varul, H. Tohvri, M. Laarmaa (viide 3), lk 247.

²²⁹ P. Smart. *Rights In Rem, Article 5 and the EC Insolvency Regulation: An English Perspective*. – *INSOL International Insolvency Review* 2006/15, lk 23.

²³⁰ N. W. A. Tollenaar (viide 219), lk 260.

²³¹ *INSOL Europe* (viide 74), lk 52.

²³² B. Wessels. *International Insolvency Law* (viide 92), lk 590, para. 10654.

²³³ Komisjoni aruanne Euroopa Parlamendile, Nõukogule ning Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele (viide 87), lk 12.

²³⁴ B. Wessels. *International Insolvency Law* (viide 92), lk 588, para. 10651.

võlgnikule kuuluva vara arvelt oma nõudeid ilma kohtu eelneva loata rahuldada.²³⁵ Professor Wessels on siinkohal leidnud, et asjaõiguse kohaldamise ajutine edasilükkamine ei ole käsitletav asjaõiguse mõjutamisena, kuna asjaõiguse omajal on hiljem võimalik oma nõue täielikult maksta panna.²³⁶

Lisaks tuleb arvesse võtta, et üksnes maksejõuetusmenetluse *algatamine* ei või asjaõigusi mõjutada. Näiteks on arutletud, kas olukorras, kus *lex concursus* näeb ette saneerimiskava koostamise ja võlausaldajatele esitamise likvideerija poolt, võib kohus peatada asjaõiguse teostamise õiguse, kui kohus on veendunud, et see ei põhjustaks asjaõiguse omajale olulisi raskusi.²³⁷ Rangelt tõlgendades võib öelda, et selline olukord ei ole seotud menetluse algatamisega ning seetõttu pole antud olukord kaetud määruse artikli 5 lõikes 1 toodud olukorraga. Mitmed saksa ja austria õigusteadlased on kindlal veendumusel, et asjaõigusega tagatud nõudeid on võimalik vähendada või isegi lõpetada saneerimiskavaga.²³⁸ Antud veendumust toetab lisaks asjaolu, et määruses on eraldi reguleeritud maksejõuetusmenetluse algatamise otsuse tunnustamist (artikkel 16) ning maksejõuetusmenetluse läbiviimist ja lõpetamist käsitleva otsuse tunnustamist (artikkel 25), mille kohaldamisalas on muuhulgas ka saneerimiskava tunnustamine.²³⁹

Teisalt vähendaks selline tõlgendus asjaõiguste omajatele antud kaitset ning oleks vastuolus artikli 5 eesmärgiga säilitada asjaõiguse puutumatus.²⁴⁰ Juhul, kui saneerimiskava koostamine mõjutaks teises riigis asuvate varadega seotud asjaõigusi, tuleks kohaldada vara asukohariigi õigust selleks, et teha kindlaks saneerimismenetluse mõju asjaõigusele. Selline olukord raskendaks menetluse läbiviimist oluliselt (muuhulgas paneks põhimaksejõuetusmenetluse likvideerijale täiendavaid kohustusi) ning on kaheldav, et selline võis olla määruse loojate eesmärk.²⁴¹ Käesoleva töö autor nendib, et määruse artikli 5 lõike 1 sõnastus “maksejõuetusmenetluse *algatamine* ei mõjuta” tekitab küsimusi, kuid sätte kohaldamisel tuleks silmas pidada selle eesmärki – asjaõiguse omaja eelisõigust teiste võlausaldajate ees ning tema kaitset välisriigi õiguse sekkumise eest. Tõenäoliselt oli seadusandja tahe suunatud sellele, et maksejõuetusmenetluse algatamise mõju asjaõiguste omajate õigustele tuleks tõlgendada laialt. Võttes arvesse asjaõiguse eesmärki – anda asjaõiguse omajale kindlustunne,

²³⁵ Sellise ajutise piirangu eesmärgiks võib olla näiteks likvideerijale aja andmine selleks, et tal oleks võimalik hinnata pankrotivara suurust ning enda rolli pankrotimenetluses.

²³⁶ B. B. Wessels. *International Insolvency Law* (viide 92), lk 591, para. 10657.

²³⁷ G. McGormack (viide 216), lk 60.

²³⁸ B. Wessels. *International Insolvency Law* (viide 92), lk 594, para. 10658c.

²³⁹ B. Hess jt. (viide 86), lk 195-196.

²⁴⁰ P. Smart (viide 229), lk 23-24.

²⁴¹ B. Hess jt. (viide 86), lk 196.

et tema nõue on tagatud – on tõenäoline, et artikli 5 eesmärgiks on asjaõiguse säilimise tagamine maksejõuetusmenetluse algatamise korral.

Likvideerija õigused seoses asjaõigusega seotud varaga erinevad liikmesriikides oluliselt. Enamikes liikmesriikides on likvideerijal õigus asjaõigusega seotud vara maha müüa ning isikul, kellele kuulub antud varaga seotud asjaõigus, on vara müügist saadavale rahale eelisõigus.²⁴² Paljudes riikides peab likvideerija asjaõiguse omajat vara müügist teavitama, kusjuures asjaõiguse omajal on mõnes riigis võimalik pakkuda enam tulutoovat vara müümisviisi või isegi keelata likvideerijal vara müümist, kui see on asjaõiguse omajale kahjulik.²⁴³ Kuigi maksejõuetusmenetluse algatamine ei mõjuta teises liikmesriigis asuva võlgniku varaga seotud asjaõiguse omajate õigusi, tekib sellegipoolest küsimus, kas likvideerija võiks asjaõiguse omajale võlgniku võla ära maksta ning sellega vara üle kontrolli saada. Tegemist võib olla majanduslikult kasuliku otsusega, kuna varasid eraldi müües võib vara hind olla väiksem. Professor Wessels on antud küsimuses olnud mitmel seisukohal, kuid on hiljem tunnistanud, et likvideerijal pigem ei ole ilma asjaõiguse omaja eelneva nõusolekuta sellist õigust. Teistsugusel seisukohal on professor Virgos, kelle arvates võiks likvideerijal selline õigus olla. Selle teooria poolt räägib asjaolu, et sisuliselt ei ole asjaõiguse omaja õigusi mõjutatud, kui likvideerija maksab asjaõiguse omajale summa, mis vastab võlgniku võla suurusele.²⁴⁴ Küll on aga asjaõiguse omaja õigusi mõjutatud olukorras, kus likvideerija müüb asjaõigusega seotud vara maha, kuid tegemist on varaga, mille väärtus ajaga kasvab ning asjaõiguse omaja huvides oleks olnud vara hilisem müümine.²⁴⁵

Antud küsimus on käesoleva töö autori arvates problemaatiline, kuna tihti on just asjaõigusega koormatud kinnisasi võlgniku suurima väärtusega varaks ning kõigi võlausaldajate ja maksejõuetusmenetluse kiire läbiviimise huvides on kinnisasja võimalikult kiire müümine. Seisukoha, et artikli 5 kohaselt ei ole lubatud asjaõigusega seotud vara maha müüa, poolt räägib asjaolu, et ka mõndades Euroopa Liidu liikmesriikides (nt Soomes, Austrias ja Hollandis) kehtib põhimõte, et maksejõuetusmenetluse algatamine ei mõjuta asjaõigusi ning sellest tulenevalt ei või likvideerija ka asjaõigusega seotud vara üldjuhul maha müüa. Teisalt on ka eelmainitud riikide õiguse korral teatud juhtudel vara müümine lubatud –

²⁴² Näiteks võib Eestis PankrS § 139 lõike 2 kohaselt haldur kinnisasja enampakkumisel maha müüa, mille tagajärjel jäävad kehtima üksnes need asjaõigused, mis asuvad järjekoha poolest eespoole sellest esimesena kinnistusraamatusse kantud õigusest, millest tulenevalt saaks nõuda kinnisasja sundmüüki. Kui kinnisasja ei müüda enampakkumisel, on PankrS § 139 lõike 5 kohaselt asjaõiguste kustutamiseks vajalik asjaõiguse omaja nõusolek. Nõusoleku puudumisel kaotab asjaõiguse omaja õiguse nõuda enda nõude rahuldamist asjaõigusega tagatud osas.

²⁴³ B. Hess jt. (viide 86), lk 184-185.

²⁴⁴ P. Smart (viide 229), lk 25-26.

²⁴⁵ J. Marshall. The Future of the European Insolvency Regulation – Rights in rem. – International Insolvency Law Review 2011/3, lk 268.

Soomes peab vara müümine toimuma kindlate reeglite alusel, Austrias ja Hollandis võib likvideerija pandiõiguse lõpetada, makstes asjaõiguse omajale võla.²⁴⁶ Käesoleva töö autor leiab, et kuna käesoleval hetkel ei leidu ühtegi Euroopa Liidu liikmesriiki, mille õiguse kohaselt oleks täielikult välistatud likvideerija õigus asjaõigusega seotud vara maha müüa, tuleks ka artiklit 5 tõlgendada viisil, et vara müümine on teatud juhtudel (ennekõike siis, kui asjaõiguse omajale makstakse ära võlgniku võlg tema ees) lubatud. Vastasel juhul sõltuks asjaõiguse omaja nõusoleku puudumisest kogu edasine menetluse käik, kuivõrd võlausaldajate nõuete rahuldamine asjaõigusega seotud vara müügist saadava tulu arvelt osutub võimatuks. Tõenäoliselt on artikli 5 sõnastusega “ei mõjuta” ennekõike silmas peetud asjaolu, et maksejõuetusmenetluse algatamine ei too kaasa asjaõiguse automaatset lõppemist.

Oluline on silmas pidada, et artikkel 5 kohaldub üksnes olukordades, kus vara asub teises Euroopa Liidu liikmesriigis kui riigis, kus algatati maksejõuetusmenetlus.²⁴⁷ Artikkel 5 kohaldub nende asjaõiguste puhul, mis on seotud võlgniku varaga, muuhulgas loetakse võlgniku vara hulka ka teatud varalisi õigusi.²⁴⁸ Artiklit 5 kohaldatakse ainult juhul, kui võlgniku varaga seotud asjaõigused on tekkinud enne põhimaksejõuetusmenetluse algatamist.²⁴⁹ Muuhulgas kohaldub artikkel 5 ka olukorras, kus maksejõuetusmenetlus on algatatud ühes liikmesriigis ning sel hetkel ei ole riik, kus asub asjaõigusega seotud vara, veel Euroopa Liidu liige, kuid vara asub selles riigis ka Euroopa Liiduga liitumise hetkel.²⁵⁰

Juhise vara asukoha määramiseks annab artikkel 2 punkt g, mis annab ülevaate vallasvara, registrisse kantava vara ning nõuete asukoha määramiseks. Kuna artikli 5 kohaldamine on suures sõltuvuses vara asukohast, tekib menetlusosalistel soov liigutada vara manipulatsiooni eesmärgil teise riiki.²⁵¹ Vara liigutamine vahetult enne maksejõuetusmenetluse algatamist menetlust algatavasse riiki on kahjulik asjaõiguse omajale, kuna sellisel juhul ei tulene artiklist 5 asjaõigusele mingit kaitset – kohaldub ju artikkel 5 üksnes olukorras, kus asjaõigusega seotud vara asub maksejõuetusmenetluse algatamise hetkel teises liikmesriigis kui riigis, kus algatati maksejõuetusmenetlus. Vastupidine olukord, s.t vara liigutamine vahetult enne maksejõuetusmenetluse algatamist menetlust algatavast riigist teise liikmesriiki toob kaasa asjaõiguste omajale eelise andmise, kuna sellisel juhul ei saa maksejõuetusmenetluse algatamine asjaõigust mõjutada. Selline manipulatsioon omab küll

²⁴⁶ B. Hess jt. External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings (viide 79), lk 268-269.

²⁴⁷ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 70 p 94.

²⁴⁸ B. Wessels. International Insolvency Law (viide 92), lk 578, para. 10640.

²⁴⁹ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 71 p 96.

²⁵⁰ EKO 05.07.12, C-527/10 *Erste Bank Hungary Nyrt*, p 45.

²⁵¹ I. F. Fletcher. The European Union Convention on Insolvency Proceedings (viide 100), lk 129.

positiivset mõju asjaõiguse omajale²⁵², kuid on kahjustav teistele võlausaldajatele, kuna asjaõiguse omaja nõue on manipulatsiooni tulemusel paremini kaitstud. Manipulatsioonide tegemise vastukaaluks on artikli 5 lõikes 4 ette nähtud võimalus tuvastada vara asukoha muutmise õigustoimingu tühisus või tunnistada see õigustoiming kehtetuks.²⁵³ Teine võimalus manipulatsioonide vältimiseks on võlgniku ja asjaõiguse omaja kokkulepe, mille kohaselt on vara liigutamiseks teise riiki vajalik eelnev asjaõiguse omaja nõusolek.²⁵⁴ Käesoleva töö autor leiab, et võimalus vara liigutamise toiming kehtetuks tunnistada, on hõlbus vahend manipulatsioonide vältimiseks ning kuna enamasti on asjaõigused seotud kinnisvaraga, mida ei ole võimalik liikmesriikide vahel liigutada, siis on vara liigutamine manipulatsiooni eesmärgil praktikas väga keeruline.

Asjaõigused võivad olla seotud igat liiki varaga²⁵⁵ - asjaõigused võivad olla seotud nii materiaalse kui immateriaalse, nii kinnis- kui ka vallasvaraga, nii konkreetse vara kui ka vara kogumiga, mis võib aja jooksul muutuda.²⁵⁶ Asjaõiguste teke, kehtivus ja ulatus on reguleeritud selle riigi õigusega, kus asub vara, millega asjaõigused seotud on²⁵⁷, maksejõuetusmenetluse algatamise hetke määramiseks kohaldatakse menetlust algatanud riigi õigust.²⁵⁸ Siseriikliku õiguse reguleerida on samuti jäetud mõiste "asjaõigus" sisustamine²⁵⁹, millega on määrus tunnustanud iga riigi huvi kaitsta oma siseriiklike seaduste alusel loodud asjaõiguste regulatsiooni ühtsust.²⁶⁰ Sellegipoolest võib enimlevinumateks asjaõigusteks lugeda hüpoteeki ja panti, kuigi nende õiguslik tähendus varieerub eri liikmesriikides oluliselt.²⁶¹ Võttes arvesse asjaõiguste erinevusi riikides, võib siseriiklikule õigusele "asjaõiguse" mõiste sisustamise jätmine osutada problemaatiliseks.²⁶²

Määruse ainus kindel suunis tuleneb artikli 5 lõikest 3, kust tuleneb, et asjaõiguseks peetakse avalikus registris registreeritud ja kolmandate isikute vastu pööratavat õigust, mille alusel saab omandada asjaõiguse. Lisaks tulenevad kaudsed suunised asjaõiguse mõiste sisustamiseks artikli 5 lõikest 2, mis pandi kirja eemärgiga siseriiklikele seaduste vabadust asjaõiguse mõiste määramisel veidi piirata.²⁶³ Artikli 5 lõike 2 kohaselt tähendab asjaõigus

²⁵² I. F. Fletcher. *Insolvency in Private International Law* (viide 24), lk 404-405 p 7.90.

²⁵³ I. F. Fletcher. *The European Union Convention on Insolvency Proceedings* (viide 100), lk 129.

²⁵⁴ I. F. Fletcher. *Insolvency in Private International Law* (viide 24), lk 405 p 7.90.

²⁵⁵ I. F. Fletcher. *The European Union Convention on Insolvency Proceedings* (viide 100), lk 129.

²⁵⁶ Maksejõuetusmäärus (viide 5), art 5 lg 1.

²⁵⁷ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 70-71 p 95.

²⁵⁸ P. Smart (viide 229), lk 21.

²⁵⁹ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 73 p 100.

²⁶⁰ N. Segal (viide 198), lk 63.

²⁶¹ B. Wessels. *International Insolvency Law* (viide 92), lk 582, para. 10643.

²⁶² D. McKenzie. *The EC Convention on Insolvency Proceedings*. – *European Review of Private Law* 4/1996, lk 196.

²⁶³ P. Smart (viide 229), lk 30.

ennekõike a) õigust likvideerida või lasta likvideerida varasid ning rahuldada nõudeid kõnealuste varade likvideerimisest saadavast tulust või sissetulekust, eelkõige kinnipidamisõiguse või hüpoteegi kaudu; b) ainuõigust nõude rahuldamiseks, eelkõige õigust, mis on tagatud kinnipidamisõigusega või nõude tagatisena loovutamise; c) õigust nõuda varade tagastamist ja/või hüvitamist nendelt, kelle valduses või kasutuses need on õigustatud poole tahte vastaselt; ning d) asjaõigusega tagatud õigust saada omandilt tulu. Loetelu loomisel on lähtunud kahest asjaõiguse omadusest – asjaõiguse otsesest ja vahetust suhtest varaga, mida asjaõigus mõjutab, ning asjaõiguse omajale asjaõigusest tulenevast absoluutsest õigusest.²⁶⁴ Käesoleva töö autor leiab, et mõiste “asjaõigus” võib sellegipoolest tekitada teatud ebakindlust. On võimalik, et kohtud tõlgendavad “asjaõiguse” mõiste kohalike võlausaldajate huvide kaitseks laiemaks kui on määruse mõttest tulenev. Liiga lai mõiste “asjaõigus” tõlgendamine võib tuua kaasa asjaõigusi mitteomavate võlausaldajate huvide kahjustumise.

Kuna artikli 5 kohaldamise eelduseks on vara asukoht teises liikmesriigis, tuleb silmas pidada ühtseid vara asukoha kindlaksmääramise reegleid. Paraku puuduvad kindlad põhimõtted teatud liiki vara asukoha määramise kohta. Kui kinnisvara asukoha määramine on lihtne ja selge, siis nõuete ja mittemateriaalsete esemete asukoha määramine on keerulisem.²⁶⁵ Artikli 2 punkt g sätestab küll asja, registrisse kantava õigusega seotud õiguse või omandi ning nõuete asukoha määramise põhimõtted, kuid on mitmeid vara liike, mis ei sobitu artikli 2 punktis g toodud liigituse alla või sobivad mitme vara liigi alla (nt laev, mis on nii vallasasi kui ka omand, millega seotud õigus tuleb kanda avalikku registrisse). Küsitav on näiteks intellektuaalse omandi õiguste ning äriühingu aktsiate asukoha määramise meetodika. Euroopa Komisjon on teinud ettepaneku täiendada määruse artikli 2 punkti g, mille kohaselt loetakse aktsiate asukohaks liikmesriiki, kelle territooriumil on aktsiad emiteerinud äriühingu registrijärgne asukoht,²⁶⁶ kuid Euroopa Parlament ei ole tänaseks Euroopa Komisjoni muudatusettepanekut arvesse võtnud.

Enim on praktikas tekitanud küsimusi, kas teise liikmesriigi panga kohalikus harukontoris avatud konto asukohaks tuleks lugeda riiki, kus asub panga peakontor, või riiki, kus asub panga harukontor.²⁶⁷ Artikli 2 punkt g²⁶⁸ viitaks justkui asjaolule, et pangakonto asukohaks tuleks lugeda panga põhihuvide keskme (seega panga peakontori) asukohta. Pangakonto

²⁶⁴ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 74 p 103.

²⁶⁵ J. Marshall (viide 245), lk 266.

²⁶⁶ Euroopa Komisjoni ettepanek (viide 179), lk 20.

²⁶⁷ B. Hess jt. (viide 86), lk 183.

²⁶⁸ Maksejõuetusmäärus (viide 5) artikli 2 punkti g kohaselt tuleks vara asukohariigiks lugeda nõuete korral liikmesriiki, kelle territooriumil asub nende nõuete täitmiseks kohustatud kolmanda isiku põhihuvide kese.

asukohaks tuleks aga lugeda panga harukontori asukohta²⁶⁹, kuna loogilisem oleks konto asukoha määramisel lähtuda riigist, mis on välja toodud pangakonto IBAN koodis.²⁷⁰ Käesoleva töö autor nõustub, et pangakonto asukohaks tuleks lugeda harukontori asukohta, kuna määrukses olev põhihuvide keskmee kontseptsioon lähtub eelkõige põhimõttest, et põhihuvide kese peab olema äratuntav ja ettenähtav kolmandatele isikutele. Kuna pangad omavad tihti harukontoreid mitmetes riikides, oleks panga peakontori käsitlemine konto asukohana võlausaldajate jaoks nende õigustatud ootusi kahjustav.

Artiklist 5 tulenevat asjaõiguste omajate kaitset mõjutab suurel määral asjaolu, kas lisaks põhimenetlusele ka teisene menetlus algatatakse. Nimelt ei anna artikkel 5 asjaõiguste omajatele siiski täielikku “immuunsust”, sest kui vara asukohariigi õiguse kohaselt mõjutab maksejõuetusmenetlus varaga seotud asjaõiguseid, võib likvideerija algatada vara asukohariigis teise menetluse²⁷¹, mis viiakse läbi vara asukohariigi õiguse alusel ning mille käigus on võimalik asjaõigusi mõjutada.²⁷² Kui aga teisest menetlust ei algatata, makstakse asjaõigustega hõlmatud varade müügist tekkiv ülejääk põhimaksejõuetusmenetluses likvideerijale²⁷³, kuna põhimaksejõuetusmenetlusel on universaalne mõju võlgniku kõigi varade üle. Nimelt piirab artikkel 5 põhimaksejõuetusmenetluse mõju varaga seotud asjaõigustele, kuid asjaõigusega seotud vara jääb sellegipoolest maksejõuetusmenetluses käsitletava vara hulka.²⁷⁴

Artikkel 5 on saanud kriitika osaliseks just seetõttu, et olukorras, kus teisest menetlust ei algatata, annab määrus asjaõiguste omajatele piiriüleises maksejõuetusmenetluses täiendava boonuse. Asjaõiguse omajal on õigus vara asukohariigis oma asjaõigus maksma panna isegi siis, kui vara asukohariigi õigus seda ette ei näe.²⁷⁵ Artikkel 5 välistab seega isegi sellised maksejõuetusmenetluse mõjud asjaõigustele, mis muidu vara asukohariigis võimalikud oleks.²⁷⁶ Teises liikmesriigis asuva varaga seotud asjaõiguste omajad saavad eelisõiguse isegi nende võlausaldajate ees, kelle nõuded (näiteks maksu- ja töötasu nõuded) rahuldatakse põhimaksejõuetusmenetluse algatanud riigi õiguse kohaselt enne kõiki teisi võlausaldajaid.²⁷⁷

²⁶⁹ R. F. Abeln, T. G. Abeln (viide 221), lk 357.

²⁷⁰ B. Hess jt. (viide 86), lk 194.

²⁷¹ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 72 p 98.

²⁷² Praktikaks on likvideerija sellist võimalust ära kasutanud ka olukorras, kus põhimaksejõuetusmenetlust pole veel algatatudki. Nimelt taotles põhimaksejõuetusmenetluse eelmenetluse ajal likvideerija teise menetluse algatamist teises liikmesriigis, et takistada seal riigis asjaõiguse realiseerimist, kuigi kohus polnud võlgniku maksejõuetust veel kinnitanudki. – B. Hess jt. (viide 86), lk 181.

²⁷³ Maksejõuetusmäärus (viide 5), preambuli p 25.

²⁷⁴ B. Wessels. International Insolvency Law (viide 92), lk 587, para. 10649.

²⁷⁵ G. McGormack (viide 216), lk 59-60.

²⁷⁶ A. Flessner. The Future German International Insolvency Law. – European Business Law Review 1999, lk 3.

²⁷⁷ M. Veder. The Future of the European Insolvency Regulation – Applicable law, in particular security rights. – International Insolvency Law Review 2011/3, lk 293.

Käesoleva töö autor leiab, et tegemist on ebaõiglase lahendusega, mis ei ole kooskõlas määruse ning selles sisalduvate kohaldatava õiguse määramise reeglite eesmärgiga. Kohaldatava õiguse üldreeglit tehtavate erandite eesmärgiks on võlausaldaja kaitse ootamatu välisriigi õiguse sekkumise eest olukorras, kus tema jaoks ettenähtav kohaldatav õigus ei ole võlgniku põhihuvide keskmee asukohariigi õigus. Asjaõiguse omaja on lõppude lõpuks aktsepteerinud siseriiklikust õigusest tulenevate mõjudega asjaõigustele võlgniku võimaliku maksejõuetusmenetluse korral, kuna see on tema jaoks ettenähtav kohaldatav õigus. Jääb arusaamatuks, miks välistab artikkel 5 isegi võlausaldaja jaoks ettenähtava õiguse kohaldamise.

Ka *INSOL Europe* töögrupp on antud küsimuses kriitikat väljendanud ning teinud ettepaneku muuta artiklit 5 nii, et see oleks kohaldatava õiguse säte, mille kohaselt teises liikmesriigis asuva varaga seotud asjaõiguse omajate õigusi reguleerib üksnes vara asukohariigi õigus.²⁷⁸ Teine võimalus artiklit 5 muuta on kohaldades samasugust põhimõtet, millest on lähtunud artiklis 13, ning kohaldada maksejõuetusmenetluse mõjude määramisel asjaõigusele *lex concursus*-t. Näiteks oleks võimalik määrusesse lisada artikkel 4 lõige 2 punkt n, mille kohaselt sätestatakse menetluse algatanud riigi seadustes maksejõuetusmenetluse algatamise mõjud ükskõik millises liikmesriigis asuva varaga seotud asjaõigustele. Artikkel 5 tuleks vastavalt sõnastada sarnaselt artikliga 13 ning sätestada, et artikkel 4 lõige 2 punkt n ei kohaldu, kui asjaõiguse omaja tõendab, et vara asus maksejõuetusmenetluse algatamise hetkel teise liikmesriigi territooriumil ning vara asukohariigi õigus ei ole kooskõlas menetlust algatanud riigi õigusega.²⁷⁹ Tegemist on ilmselt sobivaima muudatusettepanekuga, kuna sellisel juhul arvestaks artikkel 5 üheaegselt nii artiklist 4 tuleneva kohaldatava õiguse üldreegliga ning ka võlausaldajate õigustatud ootustega kohaldatava õiguse osas.²⁸⁰ Samas saab antud muudatusettepanekule heita ette asjaolu, et võlausaldajad oleks kohustatud tõendama, et asjaõigusele kohaldub *lex situs*. Teisalt saab sellist lisakohustust lugeda aktsepteeritavaks, kuna võlausaldajad saaksid pöörduda kohalikku kohtusse, mis on kursis kohaliku õigusega ning teeks ettekirjutise kiiresti ja ökonoomselt.²⁸¹

Käesoleva töö autor nõustub muudatusettepanekuga, kuna hetkel kehtiv artikkel 5 annab osadele asjaõiguste omajatele selge eelise, mis pole aga kooskõlas võlausaldajate võrdse kohtlemise põhimõttega. Olgugi, et artiklist 5 tulenevat immuunsust vähendab asjaolu, et vara asukohariigis on võimalik algatada teisene menetlus, tuleb silmas pidada, et teise menetluse

²⁷⁸ *INSOL Europe* (viide 74), lk 10.

²⁷⁹ B. Hess jt. (viide 86), Estonian National Report vastus küsimusele 13, lk 197.

²⁸⁰ B. Hess jt. (viide 86), Estonian National Report vastus küsimusele 13, lk 193.

²⁸¹ B. Hess jt. External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings (viide 79), lk 279.

algatamine ei ole kohustuslik ning tihti ka võimalik põhjusel, et asjaomases liikmesriigis puudub võlgniku tegevuskoht.

Töö autori jaoks jääb arusaamatuks, miks ei või asjaõigusi mõjutada vara asukohariigi õigusest tulenevad maksejõuetuse mõjud. Sellisel seisukohal on ka professor Paulus, kelle arvates oli artiklist 5 tulenev “liigne kaitse” tõenäoliselt määruseloajate eesmärk, kuid tänasel päeval ei saa sellist regulatsiooni enam tolereerida.²⁸² Üks määruse loojatest, M. Balz, on leidnud, et artikli 5 eesmärk on likvideerijate kaitse – juhul, kui likvideerija peaks kohaldama lisaks põhimenetluse algatanud riigi õigusele ka vara asukohariigi õigust, oleks likvideerija kohustatud endale selgeks tegema ka vara asukohariigi õiguse.²⁸³ Professor Virgos on tõdenud, et artikli 5 sõnastus ja põhimõtte pole sobivaimad, kuid artikli 5 praeguse versiooni loomisel on ennekõike arvesse võetud artikli kohaldamise lihtsust ning väikest raha- ja ajakulu.²⁸⁴ Käesoleva töö autori arvates pole likvideerijate kaitse ning sätte kohaldamise lihtsuse näol tegemist piisavalt kaaluka põhjusega, võttes arvesse artikli 5 kohaldamisest tulenevat võlausaldajate võimalikku ebavõrdset kohtlemist. Artikliga 5 taotletavad eesmärgid oleks võimalik saavutada ka sobivama ja võrdsemat kohtlemist tagavama sättega – määrates kohaldatavaks õiguseks vara asukohariigi õiguse, mis on pooltele ettenähtav, või lähtudes artiklis 13 sisalduvast põhimõttest. Käesoleva töö autori arvates sobiks viimane variant kõige paremini, kuna sellisel juhul oleks võimalik olukorras, kus põhimaksejõuetusmenetlust algatanud riigi ning vara asukoha riigi õigustest tulenevad maksejõuetusmenetluse mõjud asjaõigustele oleksid sarnased või võrreldavad, kohaldada põhimaksejõuetusmenetluse algatanud riigi õigust. Tagatud oleks nii võlausaldajate võrdne kohtlemine, kohaldatava õiguse ettenähtavus, asjaõiguste kaitse, põhimaksejõuetusmenetluse universaalsus ning likvideerija kaitse.

3.2 Tasaarvestus

Sarnaselt artiklist 5 tulenevale põhimõttele, mille kohaselt maksejõuetusmenetluse algatamine ei mõjuta võlausaldajate ja kolmandate isikute asjaõigusi, tuleneb artikkel 6 lõikest 1 põhimõtte, mille kohaselt maksejõuetusmenetluse algatamine ei mõjuta võlausaldajate õigust nõuda oma nõuete ja võlgniku nõuete tasaarvestust. Küll aga on võrreldes artikliga 5, millest

²⁸² C. G. Paulus. Security Rights in Cross-Border Insolvency Proceedings. – International Insolvency Law Review 2014/4, lk 370.

²⁸³ A. J. Berends (viide 199), lk 432.

²⁸⁴ B. Wessels. International Insolvency Law (viide 92), lk 580-581, para. 10640b.

tulenevalt puudub maksejõuetusmenetluse algatamisel igasugune mõju asjaõigusele, artikli 6 kohaldamisala piiratud. Nimelt on oluline, et tasaarvestus oleks lubatud maksejõuetu võlgniku nõude suhtes kohaldatava seadusega. Tasaarvestusele kohaldatava õigus määratakse Rooma I määruse alusel, mille kohaselt juhul, kui pooled pole tasaarvestusele kohaldatavas õiguses kokku leppinud, on tasaarvestus reguleeritud õigusega, mida kohaldatakse nõudele, mille suhtes tasaarvestust nõutakse.²⁸⁵ Samast põhimõttest on lähtunud ka artiklis 6, kuna nõue, mille suhtes tasaarvestust nõutakse, on maksejõuetu võlgniku nõue võlausaldaja vastu. Asjaolu, et tasaarvestus peab olema lubatud üksnes ühele nõudele kohaldatava seadusega, tuleneb määruse üldisest eesmärgist vältida erinevate riikide õiguste kumulatiivset kohaldamist.²⁸⁶

Tasaarvestus toimib võlausaldaja jaoks teatava tagatisena, mis põhineb õigusnormidel, millele asjaomane võlausaldaja saab nõude tekkimisel tugineda.²⁸⁷ Pooled arvestavad lepingulistesse kohustustesse astumisel tavaliselt tasaarvestamise võimalusega ning tihti sõlmitakse krediidikaitse eesmärgil ka tasaarvelduskokkuleppeid.²⁸⁸ Seetõttu on tasaarvestuse kohaldamisel maksejõuetusmenetluses tähtis roll ning on väga oluline, et riikide maksejõuetusõigused kaitseksid tasaarvestamise võimalust.²⁸⁹

Tasaarvestuse tingimused sätestatakse menetlust algatava riigi seadustes.²⁹⁰ Menetlust algatava riigi seaduses reguleeritakse nii seda, kas tasaarvestus on pärast maksejõuetusmenetluse algatamist lubatud, kui ka seda, mis on tasaarvestuse õiguslikud tagajärjed.²⁹¹ Näiteks võib PankrS § 99 lõike 1 kohaselt võlausaldaja oma kaitstud nõude pärast pankroti väljakuulutamist tasaarvestada juhul, kui võlausaldaja võis ka enne pankroti väljakuulutamist oma nõude võlgniku nõudega tasaarvestada.²⁹² Kui maksejõuetusmenetlus algatatakse, kohaldatakse menetlust algatanud riigi õigust võlgniku nõude suhtes tasaarvestuse lubatavuse ja tingimuste kindlaksmääramiseks. Juhul, kui põhimaksejõuetusmenetluse algatanud riigi õiguse kohaselt on tasaarvestus lubatud, ei teki

²⁸⁵ Rooma I määrus (viide 140), art 17.

²⁸⁶ I. F. Fletcher. The European Union Convention on Insolvency Proceedings (viide 100), lk 132.

²⁸⁷ Maksejõuetusmäärus (viide 5), preambuli p 26.

²⁸⁸ A. Flessner (viide 276), lk 3.

²⁸⁹ UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law (viide 89), lk 242.

²⁹⁰ Maksejõuetusmäärus (viide 5), art 4 lg 2 p d.

²⁹¹ B. Wessels. International Insolvency Law (viide 92), lk 597, para. 10662.

²⁹² PankrS § 99 lg 2 kohaselt kui võlgniku nõue oli pankroti väljakuulutamise ajal seotud edasilükkava tingimusega või kui võlgniku nõue ei olnud pankroti väljakuulutamise hetkel veel sissenõutav või kui võlgniku nõue ei ole suunatud samaliigiliste kohustuste täitmisele, saab nõude tasaarvestada alles siis, kui edasilükkav tingimus on saabunud, võlgniku nõue on muutunud sissenõutavaks või kohustused on muutunud samaliigilisteks. Tasaarvestus ei ole lubatud, kui võlgniku nõude edasilükkav tingimus saabub või nõue muutub sissenõutavaks enne, kui võlausaldaja saaks oma nõude tasaarvestada.

probleeme ning kohaldatakse põhimenetluse algatanud riigi seadusi.²⁹³ Lubatud ei ole tasaarvestuse kohaldamise välistamine viitega võlgniku või võlausaldaja nõudele kohaldatavale õigusele, kui menetlust algatanud riigi õigusega on tasaarvestus lubatud.²⁹⁴ Seega on tagatud põhimenetluse universaalsus ning põhimenetluses kohaldatava õiguse kohaldamine menetluse läbiviimisel.

Kui aga tasaarvestus põhimaksejõuetusmenetluse algatanud riigi seaduste kohaselt ei ole lubatud või see on lubatud üksnes teatud tingimustel, siis loob artikkel 6 erandi *lex concursus*'e kohaldamisest ning vaadatakse maksejõuetu võlgniku nõude suhtes kohaldatavat õigust.²⁹⁵ Näiteks vaadatakse nõudele kohaldatavat õigust juhul, kui menetlust algatanud riigi õiguse kohaselt on õigus tasaarvestada üksnes siis, kui poolte nõuded on vastastikused, muutunud sissenõutavaks ning pole tingimuslikud. Küll aga ei pruugi nõudele kohaldatava riigi õigus tasaarvestamise kohaldamisele mingeid lisatingimusi seada ning sellisel juhul saab võlausaldaja artiklist 6 tuleneva kaitse ning õiguse tasaarvestust kohaldada.

Ainsaks tasaarvestuse lubatavuse kohustuslikuks tingimuseks saab Virgos/Schmit'i raporti kohaselt lugeda tingimust, et poolte vastastikused nõuded peavad olema tekkinud enne maksejõuetusmenetluse algatamist ning olukorras, kus vastastikused nõuded on tekkinud pärast maksejõuetusmenetluse algatamist, kohaldatakse tasaarvestuse lubatavuse ja tingimuste määramiseks üksnes artiklit 4 (seega maksejõuetusmenetlust algatanud riigi õigust)²⁹⁶ Teisalt on mõned asjatundjad seisukohal, et vajalik pole niivõrd vastastikuste nõuete, vaid lepingu olemasolu enne maksejõuetusmenetluse algatamist ning pole oluline, kas nõue on maksejõuetusmenetluse algatamise hetkel tingimuslik või pole veel sissenõutavaks muutunud.²⁹⁷ Käesoleva töö autor leiab, et artikkel 6 ei kehtesta tasaarvestuse kohaldamisele mingeid tingimusi. Seda, kas poolte nõuded peavad olema vastastikused või tekkinud enne maksejõuetusmenetluse algatamist, reguleerib võlgniku nõudele kohaldatav õigus. Kindlasti võivad võlausaldajad juhul, kui vastastikused nõuded võivad olla tekkinud ka pärast maksejõuetusmenetluse algatamist, olla põhjendamatus eelisseisundis võrreldes teiste võlausaldajatega, kuna nende jaoks oli ettenähtav asjaolu, et tingimuslikke või veel sissenõutavaks mitte muutunud nõudeid ei pruugigi olla võimalik esitada. Lisaks võivad võlausaldajad pärast maksejõuetusmenetluse algatamist pahatahtlikult nõuda tasaarvestuse kohaldamist, kuigi olukorras, kus maksejõuetusmenetlust poleks algatatud, ei oleks poolte nõuded sissenõutavaks muutunudki. Teisalt võimaldab artikli 6 lõige 2 kõiki võlausaldajaid

²⁹³ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 77 p 109.

²⁹⁴ I. F. Fletcher. The European Union Convention on Insolvency Proceedings (viide 100), lk 132.

²⁹⁵ I. F. Fletcher. The European Union Convention on Insolvency Proceedings (viide 100), lk 132.

²⁹⁶ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 77 p 110.

²⁹⁷ B. Wessels. International Insolvency Law (viide 92), lk 596, para. 10662.

kahjustavate toimingute kehtetuks tunnistamist. Lisaks on enamiku riikide õiguses tasaarvestamise kohaldamise eelduseks just vastastikuste nõuete tekkimine enne maksejõuetusmenetluse algatamist. Seetõttu ei tekitaks kõigi tasaarvestuse kohaldamise eelduste määramise jätmine nõudele kohaldatava õiguse reguleerida võlausaldajate ebavõrdset kohtlemist.

Maksejõuetu võlgniku nõudele kohaldatav õigus ei ole maksejõuetusmenetluse algatamise ajal kehtinud õigus, vaid varasemal hetkel ehk tasaarvestusõiguse tekkimise hetkel kehtinud õigus. Asjaolu, kas võlausaldajal on õigus tasaarvestada selle õiguse alusel, mis kohaldub tema nõudele maksejõuetu võlgniku vastu, ei oma tähtsust.²⁹⁸ Küll aga jääb arusaamatuks, millist õigust tuleb kohaldada olukorras, kus võlgniku nõudele kohaldatav õigus ja tasaarvestusele kohaldatav õigus on erinevad²⁹⁹ (nt siis, kui lepingupooled lepivad kokku, et tasaarvestusele kohaldatakse teise riigi seadust). Sellisel juhul on lepingupoolte jaoks ettenähtav tasaarvestuse regulatsioon mitte võlgniku nõudele kohaldatav seadus, vaid mõne teise riigi seadus. Käesoleva töö autor leiab, et selguse huvides tuleks sellisel juhul esmalt sellegipooltest lähtuda võlgniku nõudele kohaldatavast seadusest ning juhul, kui võlausaldaja leiab, et nõudele peaks kohalduma mõne teise riigi õigus, peab ta tõendama, et just poolte poolt valitud õigus nõudele kohaldub ning selle õiguse alusel oleks tal õigus tasaarvestada.

Lisaks jääb nii määrusest kui ka Virgos/Schmit'i selgitavast raportist arusaamatuks, kas võlgniku nõudele kohaldatav õigus tähendab muuhulgas selle riigi maksejõuetusõigust. Sellise käsitlusega nõustub näiteks *INSOL Europe* töögrupp, kelle arvates on artiklis 6 viidatud "võlgniku nõude suhtes kohaldatav seadus" viide selle riigi maksejõuetusseadusele.³⁰⁰ Mõned õigusteadlased on aga leidnud, et arvestades artiklist 6 tulenevast võlausaldajate kaitse põhimõtet ei oleks loogiline, kui kohaldatav õigus tähendaks muuhulgas kohaldatavat maksejõuetusõigust ning selleks, et artikli 6 garantiifunktsiooni saaks kohaldada võimalikult optimaalselt, on lubatud üksnes väga vähetähtsad maksejõuetusõiguse mõjud.³⁰¹ Seega piisaks näiteks asjaolust, et võlgniku nõudele kohaldatavas õiguses (nt mõnes lepingu- või võlaõigust puudutavas seaduses) on ette nähtud nõuete tasaarvestamise võimalus ning riigi maksejõuetusõigust ei pea kontrollimagi. Kindlasti oleks käesoleva töö autori arvates sellisel juhul võlausaldajate õigused paremini kaitstud, kuna maksejõuetusõiguses olev tasaarvestuse lubatavust puudutav regulatsioon kehtestab tavaliselt tasaarvestuse tegemiseks lisatingimusi. Käesoleva töö autor leiab aga, et vaadata tuleks ka riigi

²⁹⁸ B. Wessels. *International Insolvency Law* (viide 92), lk 598-599, para. 10664.

²⁹⁹ M. Veder (viide 277), lk 295.

³⁰⁰ *INSOL Europe* (viide 74), lk 54.

³⁰¹ B. Wessels. *International Insolvency Law* (viide 92), lk 600, para. 10666.

maksejõuetusõigust. Põhimõtte, et tasaarvestus peab olema lubatud võlgniku nõudele kohaldatava seadusega, täidab kohaldatava õiguse ettenähtavuse eesmärki. Ühtlasi saab poolte jaoks olla ettenähtav ka riigi maksejõuetusõigus, mistõttu peaks võlgniku nõude suhtes kohaldatavaks õiguseks lugema ka maksejõuetusõigust.

Tasaarvestuse lubatavus ja tingimused on Euroopa Liidu liikmesriikides reguleeritud väga erinevalt. Ühendkuningriikide õiguse kohaselt on tasaarvestuse kohaldamine juhul, kui täidetud on nõuete vastastikkuse tingimused, alati kohustuslik. Vastupidisel seisukohal ollakse mandri-euroopa õigussüsteemides, kus leitakse, et tasaarvestuse kohaldamine ei ole kooskõlas *pari passu*³⁰² printsiibiga ning peaks olema lubatud üksnes erandlikel juhtudel, kus vastastikused kohustused tõusetuvad samast lepingust või kohustusest.³⁰³ Olukorras, kus tasaarvestusele kohaldatava õiguse eest “võistlevad” anglo-ameerika ja mandri-euroopa õigussüsteemid, võib pooltel olla raske hinnata riske, mis kaasnevad ühe poole maksejõuetusega.³⁰⁴ Riskide hindamine võib olla raske ainuüksi juba siis, kui “võistlevad” kahe riigi seadused, kuna tasaarvestust puudutav regulatsioon on igas riigis niivõrd erinev.³⁰⁵ Seetõttu tasuks lepingupooltel lepingule kohaldatavat õigust valides arvestada, et lepingule kohalduks õigus, mille tasaarvestuse reeglid oleks mõlema poole jaoks sobivaimaid. Sellisele kohaldatava õiguse valikule annab aluse Rooma määruse artikkel 3, mille kohaselt kohaldatakse lepingule või selle osale poolte poolt valitud õigust.³⁰⁶

Tähelepanuväärne on asjaolu, et artiklist 6 ei tulene nõuet, et maksejõuetu võlgniku suhtes kohaldatav seadus peaks olema Euroopa Liidu liikmesriigi seadus. On võimalik, et määruse üldisest tõlgendusest tulenevalt kehtib alati eeldus, et kui määruses on viidatud teise riigi seadusele, peetakse silmas teise Euroopa Liidu liikmesriigi seadust³⁰⁷ ning artikkel 6 lõike 1 sõnastus on pelgalt hooletusviga³⁰⁸. Küsimusi tekitab aga asjaolu, et artikkel 6 oma praeguses sõnastuses eksisteerib määruse eelkäija Euroopa maksejõuetuskonventsiooni³⁰⁹ mustandis

³⁰² Printsiip, mille korral võlausaldajad saavad rahuldust järkudes proportsionaalselt oma nõude osale. – S. Viimsalu. Piiriülese maksejõuetusmenetluse lähtealused ja algatamine (viide 97), lk 22, joonealune märkus nr 85.

³⁰³ I. F. Fletcher. The European Union Convention on Insolvency Proceedings (viide 100), lk 131.

³⁰⁴ I. F. Fletcher. Insolvency in Private International Law (viide 24), lk 408-409 p 7.97.

³⁰⁵ Näiteks on mõningates riikides (nt Prantsusmaa, Leedu, Luksemburg, Malta) tasaarvestuse kohaldamine pärast maksejõuetusmenetluse algatamist üldjuhul keelatud. Enamikes riikides (nt Belgia, Bulgaaria, Eesti, Saksamaa) on tasaarvestus lubatud, kui tasaarvestuse tingimused olid enne maksejõuetusmenetluse algatamist täidetud või kui vastastikused nõuded eksisteerisid maksejõuetusmenetluse algatamise hetkel. Mõningates riikides (nt Saksamaa, Itaalia, Poola) peab võlausaldaja nõue maksejõuetu võlgniku vastu olema tekkinud 3, 6 või 12 kuud enne maksejõuetusmenetluse algatamist. – B. Hess jt. (viide 86), lk 200.

³⁰⁶ I. F. Fletcher. Insolvency in Private International Law (viide 24), lk 411-412 p 7.101.

³⁰⁷ G. McGormack (viide 216), lk 61.

³⁰⁸ B. Hess jt. (viide 86), lk 198.

³⁰⁹ Maksejõuetuskonventsioonis sisalduvad sätted on saadaval Virgos/Schmit'i raportis. Vt M. Virgos, E. Schmit (viide 20).

alates 1993. aastast, enne seda viitas tasaarvestust puudutav säte teise liikmesriigi õigusele.³¹⁰ Kuna aga suurem osa praegu kehtivas määruses olevatest viidetest teisele riigile on sätestatud kui viited teisele liikmesriigile, on võimalik, et antud juhul tähendab loobumine viitest teisele liikmesriigile asjaolu, et teine riik võib olla ka väljastpoolt Euroopa Liitu. Iseenesest tuleneb ka Rooma I määrusest põhimõte, et viide riigi õigusele tähendab mis tahes riigi õigust, kaasa arvatud väljaspool Euroopa Liitu asuva riigi õigust, kuigi määrus ise kohaldub üksnes Euroopa Liidu liikmesriikidele.³¹¹ Ka enamikus Euroopa Komisjoni hindamisuuringu raames esitatud riiklikes aruannetes kinnitati artikli 6 kohaldatavust ka juhul, kui see viitab kolmanda riigi õiguse kohaldamisele.³¹² Seega on võimalik, et ka maksejõuetusmenetluse määruse artikkel 6 lõike 1 sõnastus viitab ükskõik millise maailma riigi seadusele. Viimasega nõustub ka käesoleva töö autor. Määruse kohaldatava õiguse normid viitavad nii teise riigi kui ka teise liikmesriigi seadusele, mistõttu oleks ebaloogiline järeldada, et artiklis 6 sisalduv viide on tegelikkuses viide liikmesriigi seadusele. Võttes aga arvesse, et mõlema teooria poolt on kaalukaid poolt- ja vastuargumente, võiks regulatsiooni täpsustada ning preambula 26 uus sõnastus võiks olla “kui seda võimaldab maksejõuetu võlgniku nõude suhtes kohaldatav seadus, muuhulgas kolmanda riigi seadus”.

Oluline on silmas pidada, et juhul, kui võlgniku nõudele kohaldub kolmanda riigi õigus, ei kohaldata maksejõuetusmenetluses määruse artiklit 26¹, mille kohaselt võib iga liikmesriik keelduda teises liikmesriigis maksejõuetusmenetluse käigus tehtud otsuse täitmisest, kui see oleks vastuolus tema riigikorraga.³¹³ Nimelt räägib antud säte üksnes teises liikmesriigis tehtud otsusest. Selle tagajärjel võivad aga kahjustuda menetlusosaliste huvid, kuna kõik liikmesriigid on kohustatud tunnustama ja täitma ka otsuseid, mis oleks vastuolus tema riigikorraga. Olgugi, et selliseid olukordi, kus otsuse tunnustamine või täitmine oleks vastuolus riigikorraga, esineb harva, tasuks käesoleva töö autori arvates muuta kas artiklit 6 (viitaks liikmesriigi seadusele) või artiklit 26¹ (viitaks ükskõik millise riigi seadusele).

Mõiste “tasaarvestus” võib omada eri riikide õiguses erinevat tähendust. Seetõttu on küsitav, kas tasaarvestuse mõistele tuleks määruse tõlgendamiseks anda autonoomne tähendus ning kui jah, siis kas see autonoomne tähendus hõlmaks endas ka tasaarvelduskokkuleppe mõistet.³¹⁴ Euroopa Komisjon on teinud ettepaneku täiendada artiklit 6 sättega, mille kohaselt kohaldatakse ka poolte vahel sõlmitud tasaarvelduskokkuleppele (ingl. k *netting*

³¹⁰ I. F. Fletcher. *Insolvency in Private International Law* (viide 24), lk 410-411 p 7.100.

³¹¹ Rooma I määrus (viide 140), art 2.

³¹² Komisjoni aruanne Euroopa Parlamendile, Nõukogule ning Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele (viide 87), lk 12.

³¹³ I. F. Fletcher. *The European Union Convention on Insolvency Proceedings* (viide 100), lk 132.

³¹⁴ G. McGormack (viide 216), lk 60-61.

*agreement*³¹⁵) selle riigi õigust, mis kohaldub pooltevahelisele lepingule.³¹⁶ Küll aga leiavad asjatundjad, et tegemist pole vajaliku muudatusega, kuna määrus on tasaarvelduskokkuleppeid juba preambula punktis 27 juba puudutanud³¹⁷, jättes antud teema direktiivi 98/26/EÜ arvelduse lõplikkuse kohta makse- ja väärtpapieriarveldussüsteemides kohaldamisalasse, mille erisätted on muuhulgas maksejõuetusmääruses sisalduvate üldeeskirjade suhtes ülimuslikud³¹⁸. Käesoleva töö autor leiab aga, et mõiste “tasaarvestus” võiks määruses sellegipoolest reguleeritud olla. Mõiste sisu avamine väldiks mitmetimõistetavust ning lahendaks küsimuse, kas tasaarvestuse kohaldamise eelduseks on üksnes vastastikuste nõuete olemasolu või peavad olema täidetud veel täiendavad eeldused.

3.3 Omandireservatsioon

Omandireservatsioon on Euroopa Liidu liikmesriikides reguleeritud väga erinevalt. Selleks, et vähendada omandireservatsiooni puudutavate regulatsioonide erinevustest tulenevat ebakindlust³¹⁹ ning tagada lepingupoolte õigustatud ootuste kaitse, on vajalik leida ühtne lähenemine maksejõuetusmenetluse mõjudele omandireservatsioonile.³²⁰ Artikkel 7 välistab maksejõuetusmenetluse mõjualast nii ostjale kui ka müüjale kuuluvad omandireservatsioonil põhinevad õigused. Eriline rõhk artiklis 7 on omandireservatsiooniga ostetud vara asukohal maksejõuetusmenetluse algatamise hetkel.³²¹ Artikli 7 põhimõtted on sarnased artiklist 5 tuleneva põhimõttega, mille kohaselt on maksejõuetusmenetluse mõjualast välistatud võlausaldajatele või kolmandatele isikutele kuuluvad võlgniku varadega seotud asjaõigused. Seetõttu saab artikli 5 kohta käivaid tõlgendusi kohaldada *mutatis mutandis* ka artikli 7 osas.³²²

Artikli 7 lõige 1 räägib olukorrast, kus maksejõuetusmenetlus on algatatud varade ostja suhtes. Sellisel juhul ei mõjuta maksejõuetusmenetlus varade müüja omandireservatsioonil põhinevaid õigusi, kui varad asuvad menetluse algatamise ajal mõne teise kui menetluse algatanud liikmesriigi territooriumil. Tegemist on põhimõtteliselt artikli 5 täiendusega³²³, kuna artikli 7 lõige 1 räägib samuti võlgniku suhtes algatatud maksejõuetusmenetluse mõjust

³¹⁵ Silmas on peetud tasaarvelduskokkuleppeid, mille poolteks on maksesüsteemide ja finantsturgude osalised.

³¹⁶ G. McGormack (viide 216), lk 60.

³¹⁷ B. Hess jt. (viide 86), lk 199.

³¹⁸ Maksejõuetusmäärus (viide 5), preambuli p 27

³¹⁹ I. F. Fletcher. *Insolvency in Private International Law* (viide 24), lk 412 p 7.104.

³²⁰ I. F. Fletcher. *The European Union Convention on Insolvency Proceedings* (viide 100), lk 133.

³²¹ A. Flessner (viide 276), lk 3.

³²² M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 78 p 112.

³²³ A. Flessner (viide 276), lk 3.

võlausaldajale kuuluvale asjaga seotud õigusele, milleks käesoleval juhul on omandireservatsioonil põhinev õigus. Sarnaselt artikliga 5 välistab ka artikkel 7 omandireservatsioonile nii *lex concursus*'e kui ka *lex situs*'e mõju, kuigi leidub õigusteadlasi, kes leiavad, et *lex situs*'t tuleks sellegipoolest kohaldada. Küll aga tõlgendatakse paljudes liikmesriikides artiklit 7 sisulise piirava eeskirjana, mis tähendab, et omandireservatsiooni ei mõjuta ei menetluse algatanud riigi ega varade asukohariigi maksejõuetusmenetlust käsitlevad sätted.³²⁴ Käesoleva töö autor leiab, et artikli 7 lõike 1 sõnastus ei ole üheselt mõistetav, kuid kuivõrd sätte sõnastus on “ei mõjuta müüja omandireservatsioonil põhinevaid õigusi”, siis tõenäoliselt on nende õiguste all silmas peetud müüja omandiõiguse säilimist kuni asja eest on täielikult tasutud. Sellest tulenevalt tuleks artikli 7 lõiget 1 tõlgendada viisil, et maksejõuetusmenetluse mõjusid omandireservatsioonile ei mõjuta ka *lex situs*. Olukorras, kus võlgnikust ostja vastu algatatakse maksejõuetusmenetlus, kuid ta on ostnud vara, mis ei asu menetluse algatamise hetkel menetlust algatanud liikmesriigis, siis loetakse, et vara müüja on endiselt vara omanik ning ta ei muutu automaatselt võlausaldajaks maksejõuetusmenetluses, olenemata sellest, milline reegel tuleneb *lex situs*'est.

Sätte eesmärgiks on kaitsta müüjat üksnes vara osas, mis asub väljaspool riiki, kus algatati maksejõuetusmenetlus.³²⁵ Vara asukoha muutus pärast menetluse algatamist ei mõjuta antud sätte kohaldamist.³²⁶

Artikli 7 lõige 2 reguleerib olukorda, kus maksejõuetusmenetlus algatatakse varade müüja suhtes. Sellisel juhul ei ole maksejõuetusmenetluse algatamine pärast müüja poolt varade üleandmist piisav põhjus müügilepingu lõpetamiseks ning ei takista ostjat saamast selle omandiõigust, kui müüdav vara asub menetluse algatamise ajal mõne teise kui menetluse algatanud liikmesriigi territooriumil.³²⁷ Kui ostja jätkab maksete tegemist, saab ta lepingus ettenähtud perioodi lõppedes vara omanikuks.³²⁸ Sellise regulatsiooni puudumisel tekiks olukord, kus vara müüjal (seega tegelikkuses likvideerijal) on võimalik vara tagasi nõuda ning ostja poolt tehtud maksed endale jätta.³²⁹ Seega kaitseb artikli 7 lõige 2 tõhusalt omandireservatsiooni alusel vara ostnud isikut.

³²⁴ Sellisel seisukohal on näiteks professor Fletcher. Vt. I. F. Fletcher. The European Union Convention on Insolvency Proceedings (viide 100), lk 133.

³²⁵ EKo 10.09.09, C-292/08 *German Graphics Graphische Maschinen GmbH*, p 35.

³²⁶ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 78 p 113.

³²⁷ Selline regulatsioon on kooskõlas ka PankrS § 49 lõikega 1, mille kohaselt ei või haldur loobuda müügilepingust tulenevate võlgniku kohustuste täitmisest, kui võlgnik on enne pankroti väljakuulutamist müünud vallasasja omandireservatsiooniga ja ostjale asja valduse üle andnud.

³²⁸ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 79 p 114.

³²⁹ D. McKenzie (viide 4), lk 197.

Oluline on silmas pidades, et artikkel 7 reguleerib üksnes olukordi, kus just lepingupoole maksejõuetus võib mõjutada omandireservatsioonil põhinevaid õigusi. Muud alused tehingu tühisuse tuvastamiseks või kehtetuks tunnistamiseks võivad sellegipoolest esineda, nt olukorras, kus vara müük on kokku lepitud ebaõiglaselt madala hinna eest, mille tulemusena kahjustuvad teised võlausaldajad. Seetõttu on artikkel 7 lõikes 3 ette nähtud maksejõuetusmenetluse algatanud riigi õiguse alusel õigustoimingute kehtetuks tunnistamise võimalus.³³⁰ Õigustoimingu võib kehtetuks tunnistada ka olukorras, kus omandireservatsiooni alusel müüdud vara on artiklist 7 tuleneva kaitse saamise eesmärgil viidud vahetult enne maksejõuetusmenetluse algatamist teise liikmesriiki.

Kriitikud on leidnud, et artikkel 7 lõige 1 ei oma üldises plaanis suurt praktilist tähendust. Nimelt asuvad ostetud varad tavaliselt samas riigis, kus on ka ostja põhivahude kese - seega riigis, kus on ostja vastu algatatud maksejõuetusmenetlus.³³¹ Isegi kui ostja vara asub teises liikmesriigis, on väga tõenäoline, et see asub riigis, kus asub ostja tegevuskoht, mistõttu on selles riigis võimalik algatada teisene maksejõuetusmenetlus. Samuti on kritiseeritud artiklit 7 (sarnaselt artikliga 5) seetõttu, et see tagab võlausaldajatele liigse kaitse, kuna artikli 7 kohaldamise tulemusena välistatakse igasugune mõju (sealhulgas müüja asukohariigi õigusest tulenevad mõjud) müüja omandireservatsioonil põhinevatele õigustele.³³² Käesoleva töö autori arvates on omandireservatsiooni alusel ostnud või müünud isikutele artiklist 7 tuleneva immuunsuse andmine põhjendamatu samadel põhjustel, nagu käesoleva töö peatükis 3.1 kirjeldatud artiklist 5 tuleneva immuunsuse andmine asjaõiguste omajatele. Omandireservatsiooni alusel müüdud vara müügilepingu pooled on arvestanud teise poole võimaliku maksejõuetuse ning sellele kohaldatava õigusega, mistõttu on põhjendamatu, et selline poolte jaoks ettenähtav õigus ei kohaldu. Sellise põhjendamatu eelise andmine on ebavõrdne ja kahjustav teiste võlausaldajate jaoks.

Kuna artikli 7 puudused on sarnased artikli 5 puudustega, on ka artikli 7 lõike 1 kohta tehtud muudatusettepanek, mille kohaselt maksejõuetusmenetluse algatamise mõjusid omandireservatsioonile reguleeriks *lex concursus*, välja arvatud juhul, kui müüja tõendab, et varad asusid menetluse algatamise hetkel teises riigis ning maksejõuetusmenetluse mõjud omandireservatsioonile tulenevad selle riigi õigusest.³³³ Käesoleva töö autor nõustub sellise muudatusettepanekuga, kuna sellisel juhul oleks tagatud võlausaldajate võrdsem kohtlemine. Nimelt pole artiklist 7 tulenevate eeliste andmine menetlusosalistele üksnes seetõttu, et vara

³³⁰ I. F. Fletcher. The European Union Convention on Insolvency Proceedings (viide 100), lk 134.

³³¹ B. Wessels. International Insolvency Law (viide 92), lk 604, para. 10672.

³³² M. Veder (viide 277), lk 292.

³³³ B. Hess jt. External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings (viide 79), lk 294-295.

asus maksejõuetusmenetluse algatamise hetkel teises liikmesriigis, õiglane teiste menetlusosaliste suhtes, eriti nende menetlusosaliste suhtes, kes on omandireservatsiooniga müüdnud asja müügilepingu poolteks, kuid kellele ei kohaldu artikkel 7, kuna omandireservatsiooniga ostetud või müüdnud ese asub maksejõuetusmenetluse algatanud liikmesriigi territooriumil. Artikli 7 muutmine viisil, et maksejõuetusmenetluse mõjud määrab kindlaks *lex concursus*, arvestab hästi nii poolte ettenähtavusega (kuna menetlus algatatakse riigis, mis on poolte jaoks arusaadav kui võlgniku põhihuvide kese) kui ka võlausaldajate võrdse kohtlemise põhimõttega (kuna ühed võlausaldajad ei ole eelisseisus teiste võlausaldajate eest üksnes seetõttu, et vara asus menetluse algatamise hetkel teises riigis). Samas oleks isikul vajadusel võimalus tõestada, et omandireservatsioonil põhinevatele õigustele kohaldub hoopis vara asukohariigi õigus – sellisel juhul oleks täielikult arvesse võetud poolte jaoks ettenähtavat õigust, samuti oleks tagatud võlausaldajate võrdne kohtlemine, kuna maksejõuetusmenetluse mõjusid omandireservatsioonil põhinevatele õigustele reguleeriks vara asukohariigi õigus ning omandireservatsioonil põhinevad õigused ei oleks põhjendamatult immuused maksejõuetusmenetluse mõjude ees.

3.4 Ühenduse patendid ja kaubamärgid

Määruse artikli 12 kohaselt võib olukorras, kus kohaldatakse maksejõuetusmäärust, ühenduse patent, ühenduse kaubamärk või muu samasugune ühenduse õigusega kehtestatud õigus kuuluda ainult artikli 3 lõikes 1 osutatud menetlustesse (seega põhimaksejõuetusmenetlustesse). Artiklist 12 ei tulene, mis riigi õigus kohaldub, vaid ta sätestab üksnes selle, millisesse maksejõuetusmenetluse ühenduse patendid ja kaubamärgid peavad kuuluma.³³⁴ Antud sätte eesmärgiks on vältida, et terves ühenduses kehtivad patendid ja kaubamärgid oleks kaasatud territoriaalselt piiratud mõjuga kohalikku maksejõuetusmenetluse.³³⁵

Artikkel 12 asendab juba olemasolevates ühenduse patentide ja kaubamärkide kohta käivas seadusandlussesisaldavaid sätteid, mille kohaselt võivad ühenduse patendid ja kaubamärgid olla kaasatud üksnes selles maksejõuetusmenetluses, mis algatatakse esimesena, olenemata sellest, kas tegemist on esmase või teisese maksejõuetusmenetlusega.³³⁶ Selline reegel oli

³³⁴ B. Wessels. International Insolvency Law (viide 92), lk 646, para. 10715.

³³⁵ A. Flessner (viide 276), lk 4.

³³⁶ Näiteks sätestab ühenduse kaubamärgi määruse artikli 21 lg 1, et ühenduse kaubamärgid võivad olla vaid sellise maksejõuetusmenetluse objektiks, mis on algatatud liikmesriigis, mille territooriumil asub võlgniku

loogiline senikaua kuni puudusid ühtsed piiriülese maksejõuetusmenetluse reeglid.³³⁷ Maksejõuetusmäärus asendab need sätted reeglina, et ühenduse patent ja kaubamärk saab kuuluda üksnes põhimaksejõuetusmenetlusele. Küll aga pole antud reegel kohaldatav kõikidel juhtudel – juhul, kui võlgniku põhihuvide kese asub väljaspool Euroopa Liidu liikmesriiki, kohaldatakse endiselt vastavat Euroopa Liidu seadusandlust ühenduse patentide ja kaubamärkide kohta.³³⁸

Jääb arusaamatuks, mis saab olukorras, kus võlgniku põhihuvide kese küll asub Euroopa Liidu liikmesriigis, kuid selles riigis pole maksejõuetusmenetlust algatatud, kuna algatatud on üksnes teisene maksejõuetusmenetlus võlgniku tegevuskoha asukohariigis. Selline olukord võib tekkida näiteks siis, kui võlgniku põhihuvide keskme asukohariigis ei saa maksejõuetusmenetlust algatada selle liikmesriigi õigusaktides sätestatud tingimuste tõttu.³³⁹ Tõlgendades artiklit 12 võib jõuda järeldusele, et juhul, kui põhimaksejõuetusmenetlust pärast teise maksejõuetusmenetluse algatamist ei algatatagi, on ühenduse patendid ja kaubamärgid maksejõuetusmenetlusest välistatud.³⁴⁰ R. Magnus on probleemi lahendamiseks teinud ettepaneku täiendada artiklit 12 järgneva lausega: “Käesolev säte ei kehti olukorras, kus algatatud on teisene maksejõuetusmenetlus artikli 3 lõike 4 punkti a alusel”. Käesoleva töö autor nõustub antud muudatuse ettepanekuga, kuna see on lihtne, selge ja praktiline. Olgugi, et olukorrad, kus teisele maksejõuetusmenetlusele ei järgne põhimaksejõuetusmenetlust, on pigem harvad, tuleks sellegipoolest artiklit 12 muuta viisil, et see teatud juhtudel ei välistaks ühenduse patentide ja kaubamärkide maksejõuetusmenetluse kaasamise täielikult.

INSOL Europe töögrupp on teinud ettepaneku laiendada artikli 12 mõjuala, lisades artikli 12 sõnastusse täienduse “ja kõik muud intellektuaalse omandi õigused (sõltumata nende registreerimise asukohast)”. *INSOL Europe* töögrupp selgitab muudatust asjaoluga, et intellektuaalse omandi õiguste “lailipillutamine” erinevatesse riikidesse vähendab oluliselt nende väärtust.³⁴¹ Nimelt puudub määruses säte, mis puudutaks maksejõuetusmenetluse mõjusid intellektuaalse omandi õigustele, mistõttu kohaldatakse intellektuaalse omandi lepingutele põhimaksejõuetusmenetluse algatanud riigi õigust.³⁴² *INSOL Europe* töögrupi ettepanekuga ei nõustu R. Magnus, kes leiab, et kohaldada tuleks paindlikumat lahendust.

põhihuvide kese. – Euroopa Liidu Nõukogu määrus (EÜ) nr 207/2009, 26. veebruar 2009, ühenduse kaubamärgi kohta (kodifitseeritud versioon). – ELT L 78/1, 24.03.2009, lk 1-42.

³³⁷ B. Wessels. *International Insolvency Law* (viide 92), lk 647, para. 10715.

³³⁸ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 87 p 134.

³³⁹ Maksejõuetusmäärus (viide 5), art 3 lg 4 p a.

³⁴⁰ D. McKenzie (viide 4), lk 198.

³⁴¹ *INSOL Europe* (viide 74), lk 59.

³⁴² B. H. Malkawi. *The Inter-relationship between Intellectual Property and International Insolvency*. – *International Insolvency Review* 2010/19, lk 15.

Nimelt tuleks lubada intellektuaalse omandi õiguste kaasamist ka teistes maksejõuetusmenetlustes, kuid sellisel juhul on oluline likvideerijatevaheline tihe koostöö.³⁴³

Praktikas pole artikli 12 kohaldamisel probleeme esinenud, samuti puudub artikli 12 kohta silmapaistev kohtupraktika.³⁴⁴ Küll aga on mõningaid küsimusi tekitanud artikli 12 ja artikli 5 vahekord. Nimelt näevad ühed õigusteadlased artiklit 12 kui normi, mis aitab määrata ühenduse patendi ja kaubamärgi asukohta (milleks on põhimaksejõuetusmenetluse algatanud riik), teised õigusteadlased leiavad aga, et artikkel 12 määrab ühenduse patendi ja kaubamärgi asukoha ära pelgalt esmase ja teise maksejõuetusmenetluse vahelises suhtes, mistõttu ei tulene artiklist 12 mingit reeglit ühenduse patendi ja kaubamärgi asukoha määramiseks. Selline vahetegu on oluline artikli 5 kohaldamise küsimuses. Esimese teooria kohaselt ei saa ühenduse patentide ja kaubamärkide osas artiklit 5 kunagi kohaldada, kuna artikkel 5 kohaldub üksnes juhul, kui vastav asjaõigusega seotud vara asub teises riigis kui menetlust algatanud riik. Teise teooria kohaselt on artikli 5 kohaldamine ühenduse patentide ja kaubamärkide osas võimalik ning tekib küsimus, kas kolmandatele isikutele kuuluvad ühenduse patentide ja kaubamärkidega seotud asjaõigused on artikli 5 kaitsealas. Kuivõrd antud küsimused jäävad hetkel kehtivas määruses vastuseta, on õigusteadlane R. Magnus teinud muudatusettepaneku, mille kohaselt tuleks artiklis 12 välja tuua, et sätte kohaldamine ei mõjuta artikli 5 kohaldamist.³⁴⁵ Kindlasti on muudatusettepanek tervitatav, kuid käesoleva töö autor leiab, et enne vastava muudatuse tegemist tuleks määruseloogitel vastata küsimusele, kas asjaolu, et ühenduse patendid ja kaubamärgid kuuluvad üksnes põhimaksejõuetusmenetlusele, määrab ära ka ühenduse patendi ja kaubamärgi asukoha või on tegemist üksnes määrusest tuleneva reegluga, mis sätestab, et ühenduse patent ja kaubamärk ei või kunagi kuuluda teisesesse maksejõuetusmenetlusele. Käesoleva töö autor aga leiab, et artikli 12 näol pole tegemist sättega, mis määrab ära ühenduse patendi või kaubamärgi asukoha, vaid tegemist on üksnes reegluga, millisesse menetluse ühenduse patent või kaubamärk võib kuuluda. Ühenduse patendi ja kaubamärgi asukoht tuleb aga määrata neile kohaldatava regulatsiooni alusel.

³⁴³ B. Hess jt. (viide 86), lk 210-211.

³⁴⁴ Komisjoni aruanne Euroopa Parlamendile, Nõukogule ning Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele (viide 87), lk 13.

³⁴⁵ B. Hess jt. (viide 86), lk 211-212.

3.5 Kahjustav tegevus

Artikkel 13 sätestab erandi artikli 4 lõike 2 punkti m kohaldamisest, mille kohaselt menetluse algatanud riigi seadustes sätestatakse eeskirjad, mis käsitlevad kõiki võlausaldajaid kahjustavate õigustoimingute tühisuse tuvastamise või kehtetuks tunnistamise korda.³⁴⁶ Eestis vastab artikli 4 lõike 2 punktis m viidatud eeskirjadele pankrotiseaduse paragrahvides 109-119 leiduv tagasivõitmise regulatsioon. Nimelt saab kohus PankrS § 109 lõike 1 kohaselt tunnistada pankrotiseaduses sätestatud alustel kehtetuks võlgniku tehingu või muu toimingu, mis on tehtud enne pankroti väljakuulutamist ja mis kahjustab võlausaldajate huve. Artikli 4 lõike 2 punkti m näol on tegemist sättega, millele on viidatud artiklites 5-7, seega kohaldatakse maksejõuetusmenetluse algatanud riigi seadust juhul, kui mõni menetlusosaline on teinud asjaõiguse, tasaarvestuse või omandireservatsiooniga seoses kõiki võlausaldajaid kahjustava toimingu. Menetlust algatanud riigi õiguses reguleeritakse tingimused, mis peavad olema täidetud õigustoimingute tühisuse tuvastamiseks või kehtetuks tunnistamiseks, viis, kuidas tühisuse tuvastamine või kehtetuks tunnistamine toimub (automaatselt, likvideerija tegevuse tulemusel jne), ning tühisuse tuvastamise või kehtetuks tunnistamise õiguslikud tagajärjed.³⁴⁷ Artikli 4 lõike 2 punkti m eesmärgiks pole mitte üksnes õigustoimingute tühisuse tuvastamise või kehtetuks tunnistamise protseduurireeglite kehtestamine, vaid see asendab ka õiguse, mis oleks toimingule muidu kohaldatav.³⁴⁸ Antud reegel kehtib nii esmase kui ka teise menetluse korral³⁴⁹, kusjuures teise menetluse puhul on artikli 4 lõike 2 punkti m kohaldamine piiratum. Sellisel juhul saab õigustoimingute tühisuse tuvastamisel või kehtetuks tunnistamisel teise maksejõuetusmenetluse algatanud riigi õigust kohaldada üksnes ulatuses, milles võlausaldajaid kahjustav õigustoiming on tekitatud seoses teise maksejõuetusmenetluse algatanud riigis asuvate võlgniku varadega.³⁵⁰

Artikli 13 kohaselt eelmainitud sätet ei kohaldata, kui täidetud on korraga kaks eeldust – kõiki võlausaldajaid kahjustanud tegevusest kasu saanud isik tõendab esiteks, et kõnealuse tegevuse suhtes kohaldatakse menetlust algatava riigi seaduse asemel mõne teise liikmesriigi seadust ning teiseks, et kõnealuse seaduse alusel ei ole võimalik tema tegevust mingil viisil vaidlustada. Tegemist on õigustoimingust kasu saanud isikute õigustatud huve kaitsva sättega, kuna säte arvestab nende ettenähtavusega kohaldatava õiguse osas. Olgugi, et likvideerijatel

³⁴⁶ Kuigi määruses on kasutatud sõnastust “õigustoimingute *tühiseks* tunnistamise kord”, tuleks siinkohal kasutada korrektsemat tõlget ning kasutada sõnastust “õigustoimingute *tühisuse tuvastamise või kehtetuks tunnistamise kord*”.

³⁴⁷ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 87 p 135.

³⁴⁸ I. F. Fletcher. The European Union Convention on Insolvency Proceedings (viide 100), lk 127-128.

³⁴⁹ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 89 p 139.

³⁵⁰ I. F. Fletcher. The European Union Convention on Insolvency Proceedings (viide 100), lk 128.

tekib sätte alusel kohustus kohaldada mitme riigi õigust tuvastamiseks seda, kas õigustoimingu tühisuse saab tuvastada või õigustoimingu saab kehtetuks tunnistada, on see keerukus vajalik, et saavutada nõuetekohased tulemused poolte õiguspäraste ootuste tagamisel.³⁵¹ Lisaks vähendab likvideerijate koormust asjaolu, et tõendamiskoormis lasub õigustoimingust kasu saanud isikul ning ta peab tõendama, et toimingule kohaldub teise riigi õigus, mis on selle õiguse sisu ning et selle õiguse alusel pole võimalik tegevust vaidlustada.³⁵² Seetõttu leiab käesoleva töö autor, et artikli 13 näol pole tegemist likvideerijate kohustuste ülemäärase laiendamisega, kuna tõendamiskoormis lasub täielikult isikul, kes õigustoimingu kasu sai ning likvideerija peab selle võrra vähem teise riigi õigust analüüsima.

Kriitikud on leidnud, et kohaldatav õigus määratakse ennekõike määruse artiklite 3 ja 4 alusel, mistõttu artiklist 13 tulenev erireegel ei ole vajalik – on ju artiklite 3 ja 4, mis põhinevad võlgniku põhihuvide asukoha põhimõttel, alusel määratav kohaldatav õigus samuti võlgnikuga seotud isikutele ettenähtav.³⁵³ Samuti on ettenähtav üldreeglis artiklites 5-7 ette nähtud erandite alusel määratav kohaldatav õigus. Käesoleva töö autori arvates on selline kriitika arusaadav, kuna igasugune kõrvalekalle võlgniku põhihuvide keskme alusel määratavast kohaldatava õiguse reeglist vähendab määruse eesmärki tagada võlausaldajate ühtne ja võrdne kohtlemine ühtse menetluse ja ühtse kohaldatava õiguse abil. Teisalt tuleb arvestada ka poolte õigusega leppida kohaldatavas õiguses kokku. Nimelt tuleb üldise rahvusvahelise eraõiguse reegli kohaselt lepingus kokku lepitud kohaldatava õiguse sätteid lubada pooltel kohaldada, kuna tavaliselt on lepingus kindla kohaldatava õiguse valimise põhjuseks asjaolu, et pooltel on kohaldatava õiguse valimiseks õigustatud ja edasilükkamatu vajadus. Seadusandlusest tulenevad kohaldatava õiguse reeglid ei pruugi alati olla piisavalt selged ja ettenähtavad, ennekõike näiteks olukorras, kus võlgnik muudab pärast lepingu sõlmimist oma põhihuvide keskme asukohta.³⁵⁴ Seega võib järeldada, et artikkel 13 näol on tegemist mitte niivõrd kõigi võlausaldajate, kuid teatud võlausaldajate kaitse tagamiseks loodud sättega, mis võtab arvesse isikul olevat õigustatud huvi, mis tugineb kindlatel eeldustel.

Kriitikud on leidnud, et on võimalik, et pooled lepivad lepingus kokku kohaldatavas õiguses, mis võimaldaks neil artiklile 13 tuginedes võlausaldajaid kahjustava õigustoimingu tühisuse tuvastamisest või kehtetuks tunnistamisest pääseda. Teisalt on käesoleva töö autori arvates

³⁵¹ Komisjoni aruanne Euroopa Parlamendile, Nõukogule ning Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele (viide 87), lk 13.

³⁵² M. F. de Rattalma. Avoidance Actions under Article 13 EC Insolvency Regulation: An Italian View. – European Company Law 2009/6, lk 30.

³⁵³ B. Hess jt. (viide 86), lk 213.

³⁵⁴ B. Hess jt. (viide 86), lk 213-214.

väga ebausutav, et pooled lepiks kokku kohaldatavas õiguses üksnes eesmärgil, et ühe poole maksejõuetuks muutumise korral ei oleks võimalik lepingule kohaldatava õiguse tõttu õigustoimingute tühisust tuvastada või neid kehtetuks tunnistada. Kohaldatava õiguse kokkulepe lepingus on kooskõlas Rooma I määruse artikliga 3 ning kohaldatava õiguse valimist ei saa lugeda petturlikuks või kehtetuks üksnes põhjusel, et see viitab õigusele, mis võimaldab vältida toimingute tühisuse tuvastamise või kehtetuks tunnistamise sätteid. Pealegi ei ole tõenäoliselt ühegi liikmesriigi õiguses sätet, mille kohaselt poleks võlausaldajaid kahjustanud teost kasu saanud isiku petturliku käitumise korral tegevust mingilgi viisil võimalik vaidlustada.

Mõnevõrra probleemne on küsimus, millistel juhtudel on tõendatud, et mingi tegevuse suhtes kohaldatakse just teatud riigi seadust. Üks võimalus on kohaldatava õiguse määramiseks lähtuda Rooma I määrusest, mille kohaselt kohaldatakse lepingu suhtes poolte valitud õigust³⁵⁵ ning sellise kokkuleppe puudumisel näeb Rooma I määrus ette muud kriteeriumid kohaldatava õiguse määramiseks.³⁵⁶ Näiteks näeb Rooma I määrus ette kohaldatava õiguse määramise reeglid töölepingute ning tarbijaga sõlmitud lepingute suhtes.³⁵⁷ Küll aga leiavad osad õigusteadlased, et artiklit 13 saab kohaldada üksnes juhul, kui pooled on kohaldatavas õiguses sõnaselgelt kokku leppinud.³⁵⁸ Kindlasti oleks sellisel juhul artikli 13 kohaldamise eeldused kindlamalt tõendatud, kuid käesoleva töö autori arvates ei ole tõenäoliselt seadusandja tahe olnud piirata artikli 13 kohaldamist niivõrd ulatuslikult ning piisab, kui on tõendatud teise riigi õiguse kohaldumine Rooma I määrusele tuginedes.

Artikli 4 lõike 2 punkti m eesmärk on, et menetlust algatanud riigi seadustes sätestatakse õigustoimingu tühisuse tuvastamise või kehtetuks tunnistamise tingimused. Tühisuse tuvastamine või kehtetuks tunnistamine on tagasiulatuva jõuga.³⁵⁹ Artikli 4 lõike 2 punkt m on sobiv ja praktiline lahendus probleemile, millise riigi õigust kohaldada olukorras, kus tehtud on kõiki võlausaldajaid kahjustav õigustoiming. Õigustoimingu kehtivust peab artikli 13 kohaselt tõendama isik, kes soovib õigustoimingu kehtivuse jätkumist. Kui isik õigustoimingu kehtivust ei tõenda, on õigustoimingu tühisuse tuvastamise või kehtetuks tunnistamiseks vajalik üksnes asjaolu, et selline alus tuleneks maksejõuetusmenetluse algatanud riigi õigusest. Artikli 4 lõike 2 punktist m tuleneva reegli puudumisel tekiks küsimus, kas olukorras, kus on tehtud kõiki võlausaldajaid kahjustav õigustoiming, tuleb selle õigustoimingu kehtetuks tunnistamiseks kohaldada kõigi menetlusega seotud riikide seadusi.

³⁵⁵ Rooma I määrus (viide 140), art 3.

³⁵⁶ Rooma I määrus (viide 140), art 4.

³⁵⁷ Rooma I määrus (viide 140), art-d 6 ja 8.

³⁵⁸ B. Wessels. *International Insolvency Law* (viide 92), lk 649, para. 10719.

³⁵⁹ N. Segal (viide 198), lk 69.

Olgugi, et mõned riigid sellist praktikat kohaldavad, on tegemist siiski äärmiselt ebapraktilise lahendusega, kuna sellisel juhul peaks likvideerija leidma õigustoimingute tühisuse tuvastamise või kehtetuks tunnistamiseks aluse kõigi maksejõuetusmenetlusega seotud riikide õigusest³⁶⁰, millega kahjustataks oluliselt võlausaldajate huve.³⁶¹ Nimelt on võimalik olukord, kus õigustoimingu tühisuse tuvastamise või kehtetuks tunnistamise alused on erinevates riikides niivõrd erinevad, et likvideerijal puudub lõppkokkuvõttes võimalus õigustoimingu tühisus tuvastada või see kehtetuks tunnistada. Jättes tühisuse tuvastamise ning kehtetuks tunnistamise alused üksnes ühe riigi õiguse reguleerida, suureneb oluliselt tõenäosus, et võlausaldajaid kahjustanud tegevuse tühisus tuvastatakse.

Käesoleva töö autor leiab samuti, et artikli 4 lõike 2 punkti m näol on tegemist sobiva, praktilise ja ennekõike proportsionaalse lahendusega. Olgugi, et artiklist 13 tuleneva reegli eesmärk on kaitsta nende isikute õigustatud huve, mis tuginevad õigustoimingule selle tegemise hetkel kohaldataval seadusel³⁶² ning õigustoimingu tühisuse tuvastamine või kehtetuks tunnistamine rikub neid õigustatud ootusi, mis on igal juhul kaitsmist väärt, tuleb arvesse võtta ka asjaolu, et ühe või mõne isiku jaoks kasulik õigustoiming võib olla kahjustav suurele hulgale võlausaldajatele. Artikkel 13 annab piisava võimaluse õigustoimingust kasu saanud isikule õigustoimingu tühisuse tuvastamise või kehtetuks tunnistamist ära hoida. Juhul, kui kahjustavast tegevusest kasu saanud isik ei suuda tõendada, et kõnealusele tegevusele kohaldub mõne teise liikmesriigi õigus, ei ole põhjendatud ega õigustatud kasu saanud isiku “õigustatud” ootus, et kõnealusele tegevusele kohaldub just selle riigi seadus.

Artikli 13 kohaldamine on piiratud nii ajaliselt kui ka riigi, mille õigus kahjustavale tegevusele kohaldub, asukohaga. Esiteks on artikli 13 kohaldamine õigustatud olukorras, kus võlausaldajaid kahjustanud tegevus on toimunud enne maksejõuetusmenetluse algatamist. Pärast maksejõuetusmenetluse algatamist toimunud kahjustava tegevuse puhul ei ole tegevusest kasu saanud isiku tuginemine tehingu kehtivusele siseriikliku õiguse alusel enam õigustatud. Maksejõuetusmenetluse algatamise hetkest alates on kõik võlgniku poolt tehtud käsutused kehtetud³⁶³ võlgniku käsutusõiguse puudumise tõttu ning käsutuste kehtetust tunnustavad kõigi liikmesriikide kohtud.³⁶⁴ Teiseks, artikkel 13 kaitseb tegevusest kasu saanud isiku õigustatud huve üksnes siis, kui õigustoimingule kohaldub teise liikmesriigi seadus. Kui võlausaldajaid kahjustanud tegevusele kohaldub kolmanda riigi seadus,

³⁶⁰ I. F. Fletcher. The European Union Convention on Insolvency Proceedings (viide 100), lk 128.

³⁶¹ I. F. Fletcher. Insolvency in Private International Law (viide 24), lk 366.

³⁶² I. F. Fletcher. The European Union Convention on Insolvency Proceedings (viide 100), lk 128.

³⁶³ Maksejõuetusmääruse (viide 5) artikli 1 lõikest 1 tulenevalt kohaldatakse määrust maksejõuetusmenetluste suhtes, mille käigus võlgnik kaotab täielikult või osaliselt oma vara käsutamise õiguse ja määratakse likvideerija.

³⁶⁴ M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 89 p 138.

kohaldatakse sellegipoolest maksejõuetusmenetlust algatanud riigi õigust ning artikli 4 lõike 2 punkti m.³⁶⁵

Teise liikmesriigi seaduse kindlaksmääramisel tuleb vaadata ennekõike kahjustava tegevuse liiki ning arvestada antud tegevusele kohaldatava õiguse määramise põhimõtetega. Nii näiteks on olukorras, kus võlausaldajatele on kahju tekitatud vara omandiõiguse üleminekuga, kohaldatavaks seaduseks vara asukohariigi õigus. Kui võlausaldajaid kahjustavaks teoks on mõne makse tegemine, on selleks teise liikmesriigi seaduseks seadus, mis kohaldub maksmise kohustusele, mitte lepingule kohaldatav õigus, mis reguleerib makse tegemise meetodit.³⁶⁶ Käesoleva töö autor leiab, et kohaldatava õiguse määramine artikli 13 kohaldamisel võib osutada keerulisemaks kui esmapilgul tundub. Nimelt on võimalik, et ühele toimingule “sobivad” mitme riigi õigus kui toimingule kohaldatav õigus. Lisaks eelnevale tuleb arvestada asjaoluga, et lepingupoolel on alati õigus valida lepingule kohaldatav õigus, mis võidakse valida muuhulgas eesmärgiga saada võimaliku maksejõuetuse korral teiste võlausaldajate seas eelis.³⁶⁷ *INSOL Europe* töögrupp on seetõttu teinud ettepaneku muuta artiklit 13, mille kohaselt artikli 4 lõike 2 punkt m ei kohaldu, kui selle riigi, kus asus õigustoimingu tegemise ajal võlgniku põhihuvide kese, seaduse alusel ei ole võimalik tema tegevust käesoleval juhul mingil viisil vaidlustada.³⁶⁸ Sellega oleks välistatud pahatahtlikud kohaldatava õiguse kokkulepped ning *forum shopping*. Küll aga on määruse väljatöötamisel sellega arvestatud, kuid määruse loojad leidsid, et *forum shopping*'u vältimine ei ole nii oluline kui kolmanda isiku ettenähtavuse kaitse.³⁶⁹ See kinnitab asjaolu, et kohaldatava õiguse sätted lähtuvad ennekõike põhimõttest, et kaitsta tuleb menetlusosaliste ettenähtavust kohaldatava õiguse osas. Ka käesoleva töö autori arvates tuleks kohaldatava õiguse kokkulepetele teatud tähtsus anda, kuna kokkuleppe taga võib olla lisaks *forum shopping*'ule ka oluline põhjus kohaldatavas õiguses kokkuleppimiseks.

Artikli 13 kohaldamise oluliseks eelduseks on, et õigustoimingule kohaldatava seaduse alusel ei ole “tegevust käesoleval juhul mingil viisil võimalik vaidlustada”. Sõnastus „mingil viisil võimalik vaidlustada“ tähendab seda, et tegevust ei saa vaidlustada ei siseriiklike maksejõuetusmenetluse reeglite ega ka muu siseriikliku õiguse reeglite alusel.³⁷⁰ Artiklit 13 ei

³⁶⁵ I. F. Fletcher. *The European Union Convention on Insolvency Proceedings* (viide 100), lk 128.

³⁶⁶ B. Wessels. *International Insolvency Law* (viide 92), lk 650, para. 10720.

³⁶⁷ S. Kolmann. *Thoughts on the governing insolvency law.* – *International Insolvency Law Review* 2011/3, lk 281.

³⁶⁸ *INSOL Europe* (viide 74), lk 11.

³⁶⁹ B. Wessels. *International Insolvency Law* (viide 92), lk 651, para. 10721.

³⁷⁰ N. Segal (viide 198), lk 69-70.

saa kohaldada, kui siseriikliku õiguse alusel pole küll võimalik tegevust vaidlustada, kuid maksejõuetusõigus näeb sellegipoolest ette võimaluse toimingut vaidlustada.³⁷¹

Teine eeldus – “käesoleval juhul” – on huvitaval kombel aga määruse eestikeelsest tõlkest välja jäänud. Käesoleva töö autori arvates on tegemist ääretult olulise tõlkimisveaga. Nimelt on ingliskeelses versioonis kirjas: “*that law does not allow any means of challenging that act in the relevant case*”. Eestikeelses versioonis puudub aga sätte sõnastuse osa “*in the relevant case*”. Seetõttu tuleks määruse eestikeelse versiooni sätet täiendada nii, et uus sõnastus näeks välja järgmine: “kõnealuse seaduse alusel ei ole *käesoleval juhul* võimalik tema tegevust mingil viisil vaidlustada”. Praktikas ei pruugi selline erinevus olulist rolli mängida, kuid teisalt on näiteks Virgos/Schmit’i raportis välja toodud “*in the relevant case*” tähendus – õigustoimingut ei saa kehtetuks tunnistada enne kui arvesse on võetud kõiki õigustoiminguga seotud asjaolusid.³⁷² Hetkel aga tekib määruse eestikeelse tõlke alusel arusaam, et isegi kui esineb asjaolusid, mis kõnealuse liikmesriigi õiguse alusel annaks aluse tegevuse vaidlustamiseks, siis ei ole kõnealuse seaduse alusel võimalik tema tegevust mitte ühelgi viisil vaidlustada. See ei ole aga ilmselgelt artikli 13 mõtte ning määruse eestikeelse versiooni kohaldamine võib viia sellise olukorra tekkimiseni, kus võlausaldajaid kahjustavat toimingut ei tunnistata kehtetuks ega tuvastata selle tühisust, kuigi alus selleks on muuhulgas ka toimingule kohaldatavas õiguses olemas.

Euroopa Kohtu praktika artikli 13 kohta praktiliselt puudub. Kohtuasjas *Seagon./Deko Marty* on puudutatud üksnes küsimust, kas maksejõuetusmenetluse algatanud kohtul on rahvusvaheline pädevus otsustada selle üle, kas päev enne maksejõuetusmenetluse algatamist üle kantud raha tagasivõitmine teises liikmesriigis asuvalt isikult on õigustatud. Lõppkokkuvõttes jõudis Euroopa Kohus järeldusele, et määrust tuleb tõlgendada nii, et maksejõuetusmenetluse algatanud kohtud on pädevad arutama tagasivõitmise hagi teises liikmesriigis asuva isiku vastu.³⁷³ Kuigi antud kohtuasjas jõudis Euroopa Kohus lõpliku vastuseni seadusandja tahet ning määruse eesmärki uurides, on tagasivõitmise hagi esitamise näol sisuliselt tegemist artikkel 4 lõige 2 punktis m sätestatud “kahjustavate õigustoimingute tühisuse tuvastamise või kehtetuks tunnistamisega”, mis kuulub selgelt maksejõuetusmenetlust algatanud kohtu pädevusse (juhul, kui pole täidetud artikli 13 eeldused).

³⁷¹ B. Wessels. *International Insolvency Law* (viide 92), lk 651, para. 10721.

³⁷² M. Virgos, E. Schmit (viide 20), lk 88 p 137.

³⁷³ EKO 12.02.09, C-339/07 *Christopher Seagon*, p-d 12-13.

KOKKUVÕTE

Käesolevas magistritöös on tehtud alljärgnevad järeldused. Lähtuvalt magistritöö eesmärkidest on magistritöö peamiseks uurimisküsimusteks, kas universaalsuse printsiibist lähtumine on kohaldatava õiguse määramist puudutava regulatsiooni loomisel põhjendatud ning millistel juhtudel on põhjendatud asukohariigi õiguse kohaldamine ning määruse otsekohaldamine kui erandid universaalsuse printsiibist. Alljärgnevalt on toodud eelnimetatud uurimisküsimuste analüüsi peamised järeldused ning samuti järeldused uurimisküsimustega seotud alaküsimuste kohta.

Maksejõuetusmääruses sisalduva kohaldatava õiguse määramise regulatsiooni üldreegli kohaselt kohaldatakse maksejõuetusmenetlusele menetlust algatanud riigi seadust (*lex concursus*). Kohaldatava õiguse määramise üldreegli lähtumine põhihuvide keskmee kontseptsioonist tagab menetlusosalistele ettenähtavuse, millise riigi õigus kohaldub võlgniku võimaliku maksejõuetuse korral maksejõuetusmenetlusele.

Määrus eristab põhimaksejõuetusmenetlust, millel on liikmesriikides universaalne mõju, ning teisest maksejõuetusmenetlust, mille eesmärgiks on võlausaldajate kaitse põhimaksejõuetusmenetluse mõjude eest ning põhimaksejõuetusmenetluse abistamine. Samas on autori arvates teiseste maksejõuetusmenetluste algatamine liiga automaatne ning selle tagajärjel kahjustuvad menetlusosaliste huvid, kuna alati ei ole teisese maksejõuetusmenetluse algatamine vara väärtuse suurendamise mõttes kõige õigem valik. Seega peaks kohus menetluse algatamisel võtma arvesse võlgniku üldist majanduslikku seisundit nii menetlust algatavas riigis kui ka teistes riikides.

Piiriüleses maksejõuetusmenetluses on tänaseks välja kujunenud kaks võistlevat printsiipi – territoriaalsuse ja universaalsuse printsiibid. Territoriaalsuse printsiibi kohaselt võidakse võlgniku pankrot kuulutada välja igas riigis, kus asub võlgniku vara ning igas menetluses kehtib kohalik seadus. Samas on territoriaalsuse printsiibi puudusteks selle kulukus, ebaotstarbekus ning asjaolu, et võlausaldajaid koheldakse tulenevalt riikide erinevatest õiguskordadest ebavõrdselt. Universaalsuse printsiibi kohaselt peab maksejõuetusmenetlus toimuma vaid ühes riigis, mille seadusi rakendatakse kõikides pankrotiga seotud küsimustes. Samas on universaalsuse printsiibi puuduseks asjaolu, et riigid ei ole suutelised kokku leppima, millise riigi õigust tuleks piiriüleses maksejõuetusmenetluses kohaldada. Samuti pole igas olukorras võlausaldajate ootustega kooskõlas see, et maksejõuetusmenetlus viiakse läbi teises riigis teise õiguse alusel.

Autor leiab, et kohaldatava õiguse määramist puudutava regulatsiooni loomisel on sobivaim lähtuda universaalsuse ja territoriaalsuse printsiibi n-ö segust ehk modifitseeritud universaalsuse teooriast, millest on lähtunud ka määruse loomisel. Modifitseeritud universaalsuse printsiibi kohaselt toimub üks universaalse mõjuga maksejõuetusmenetlus ning teised maksejõuetusmenetlused on lubatud üksnes kindlaksmääratud juhtudel. Antud printsiibi peamiseks eeliseks on autori arvates asjaolu, et modifitseeritud universaalsuse printsiibiga kooskõlas olev regulatsioon tagab parima tasakaalu menetlusosaliste kaitse ning riikide suveräänsusega arvestamise vahel – esiteks on menetlusosaliste jaoks ettenähtav võlgniku põhihuvide keskme asukohariigi õigus ning vajadusel on menetlusosalistel võimalus algatada võlgniku tegevuskohas teisene maksejõuetusmenetlus. Teiseks kehtib nii põhi- kui ka teiseses maksejõuetusmenetluses peamiselt menetlust algatanud riigi õigus, mis võimaldab riikidel säilitada oma suveräänsuse.

Olukordades, kus menetlusosalise jaoks ei saa olla ettenähtav, et maksejõuetusmenetluses kohaldub *lex concursus*, sätestab määrus erandid kohaldatava õiguse üldreeglist, mille kohaselt kohaldub teatud juhtudel maksejõuetusmenetluses asukohariigi õigus. Asukohariigi õiguse kohaldamine on õigustatud ka juhul, kui mingit küsimust puudutav regulatsioon on liikmesriikides nii erinev, et on vajalik kehtestada kindel reegel, millise riigi õigus antud küsimuses kohaldub. Autori arvates on kõik määruses toodud erandid kohaldatava õiguse üldreeglist, mille kohaselt kohaldub asukohariigi õigus, õigustatud ja vajalikud. Küll aga vajaks mõningad sätteid muutmist, täiendamist või määruseloojate poolset täpsemat selgitamist, kuna olukorras, kus kohtud tõlgendavad sätet valesti, ei pruugi olla tagatud menetlusosaliste optimaalne kaitse.

Maksejõuetusmenetluse mõjusid kinnisvara omandamis- või kasutamiseõigust käsitlevale lepingule reguleerib selle liikmesriigi seadus, kelle territooriumil kinnisvara asub, ning mõjusid töölepingutele ja –suhetele reguleerib selle liikmesriigi seadus, kelle seadusi töölepingu suhtes kohaldatakse. Probleemaatiline on, mis saab olukorras, kus kinnisvara või töökoha asukohariigi õigus näeb ette maksejõuetusmenetluse algatanud kohtult loa küsimise kohustuse enne lepingu muutmist või lõpetamist, kuid kinnisvara või töökoha asukohariigis ei ole maksejõuetusmenetlust algatatud. Autor leiab, et sellisel juhul tuleks võimaldada loa küsimist maksejõuetusmenetluse algatanud kohtult, kuid üksnes eeldusel, et kohus kohaldab sellisel juhul loa andmise otsustamise protsessis kinnisvara asukohariigi või töölepingule kohaldatavat õigust. Tegemist oleks küll määruse sekkumisega siseriiklikusse õigusesse (sama riigi kohtu asemel menetleb loa andmist teise riigi kohus, mis on *lex situs*'e või *lex laboris*'ega vastuolus), kuid teisalt on loa küsimise kohustuse näol tegemist lepingupooli

kaitsva sättega ning käesoleva töö autor leiab, et antud olukorras on siseriiklikusse õigusesse sekkumisest olulisem lepingupoolte kaitse.

Maksejõuetusmenetluse mõjusid makse- või arveldussüsteemi või finantsturu osapoolte õigustele ja kohustustele reguleerib ainuüksi selle liikmesriigi seadus, kelle seadusi kõnealuse süsteemi või turu suhtes kohaldatakse. Samas kohaldatakse liikmesriigi seadust kõnealuse süsteemi või turu suhtes viisil, mis ei piiraks artikli 5 (mis räägib maksejõuetusmenetluse mõjudest kolmandatele isikutele kuuluvatele asjaõigustele) kohaldamist. Eelnevast tulenevalt järeldeb autor, et määruse silmis on asjaõiguste omajate kaitse tähtsam kui maksesüsteemides või finantsturgudel osalejate õiguskindluse tagamine. Muuhulgas järeldeb autor, et kohaldatava õiguse määramise normid on määruses omavahelises hierarhilises suhtes, mistõttu tuleb kohaldatava õiguse määramise protsessis alati analüüsida ka teisi erandeid kohaldatava õiguse määramise üldreeglist.

Kui muidu on määruse kohaldatava õiguse normides viidatud ühe riigi seadusele, siis maksejõuetusmenetluse algatamise mõjud võlgniku registreerimisele kuuluvatele asjaõigustele määratakse kindlaks nii maksejõuetusmenetluse algatanud riigi kui ka selle liikmesriigi seadusega, kelle alluvuses registrit peetakse. See toob autori arvates kaasa menetluse keerukuse ning lisakohustused likvideerijale, mis omakorda võivad suurendada menetluse kestust ja kulusid. Samas leiab autor, et antud puudused ei ole piisavalt suured ning antud sätet tuleb lugeda õnnestunud regulatsiooniks, kuna see tagab võlgnikule ettenähtavuse, kuidas mõjutab võimalik maksejõuetusmenetlus tema õigusi seoses temale kuuluva tõenäoliselt kõige kallima varaga.

Võlgniku poolt pärast maksejõuetusmenetluse registrisse kantava asja tasulisel võõrandamisel reguleerivad seda tegevust selle riigi õigusaktid, kelle territooriumil kinnisvara asub või kelle alluvuses registrit peetakse. Autor leiab, et sellised küsimused, kas asja omand on üle läinud ning kas asi võõrandati tasulise ja põhjusega, peaksid aga kuuluma maksejõuetusmenetluse algatanud riigi õiguse kohaldamisalasse ning kohaldatava õiguse sätte kohaldamisalasse peaksid jääma kõik muud küsimused, mis puudutavad registrisse kantava vara võõrandamise tagajärgi heausksele omandajale ning toiminguid registris.

Maksejõuetusmenetluse mõjusid pooleliolevatele kohtuasjadele, kus käsitletakse neid võlgniku varasid või õigusi, mille suhtes viimane on käsutamissoiguse kaotanud, reguleerib selle liikmesriigi seadus, kus need kohtuasjad pooleli on. Autor leiab, et määruses tuleks reguleerida, et sätte kohaldub ka vahekohtumenetluste korral, sest autori arvates puudub

õigustus, miks ei peaks vahekohtumenetluse osalistele laienema antud sättest tulenev regulatsioon.

Teatud juhtudel näeb määrus kohaldatava õiguse määramise üldreeglis ette erandi, mille kohaselt tuleb kohaldada määrusest tulenevat sätet. Autori arvates vajavad osad antud sätetest muutmist, täpsustamist või selgitamist. Hetkel kehtivate sätete kohaldamisel võib aga tekkida olukord, kus osad võlausaldajad on võrreldes teiste võlausaldajatega põhjendamatus eeliseisundis.

Määruse kõige suurema ulatusega erandist tuleneb, et maksejõuetusmenetluse algatamine ei mõjuta võlausaldajatele või kolmandatele isikutele kuuluvaid asjaõigusi, mis on seotud võlgnikule kuuluva varaga, kui vara asus maksejõuetusmenetluse algatamise hetkel teises liikmesriigis. Autor leiab, et antud erand välistab asjaõigustele igasuguse mõju, sealhulgas mõju, mis tuleneks asjaõigustele vara asukohariigi kohaselt – vastasel juhul oleks antud säte sõnastatud kohaldatava õiguse normina, mis viitaks mõne teise riigi õigusele. Samas leiab autor, et tegemist on võlausaldajate ebavõrdset kohtlemist soodustava sättega, kuna asjaõiguse omanik on asjaõiguse tekkimisel pidanud arvestama vähemalt mõne riigi õigusest tulenevate võimalike pankrotimenetluse tagajärgedega, kuid antud sätte kohaselt on asjaõigus hoolimata asjaõigusele kohaldatavast õigusest puutumatu. Seetõttu soovib autor antud sätet muuta ning kohaldada maksejõuetuse mõjude määramiseks asjaõigusele maksejõuetusmenetluse algatanud riigi õigust ning vajadusel saab võlausaldaja tõendada, et asjaõigusele kohaldub mõne teise riigi õigus.

Lisaks eelnevale on mitmetimõistetav, mida tuleks täpsemalt lugeda asjaõiguse mõjutamiseks. Autor leiab, et mõjutamiseks ei tuleks lugeda asjaõiguse omaniku nõusolekuta vara müümist juhul, kui asjaõigus selle omajale alles jääb. Samuti ei tuleks mõjutamiseks lugeda olukorda, kus likvideerija müüb asjaõigusega seotud vara ning tasub asjaõiguse omajale võlgniku võla.

Võlausaldajal on lubatud oma nõue võlgniku nõudega tasaarvestada, kui see on lubatud võlgniku nõude suhtes kohaldatava õigusega. Esmalt tuleb aga tasaarvestuse lubatavuse määramisel kontrollida *lex concursus*'t ning juhul, kui *lex concursus*'e kohaselt tasaarvestamine lubatud pole, tuleb vaadata nõudele kohaldatavat õigust. Autor leiab, et säte ei kehtesta tasaarvestamise kohaldamisele mingeid tingimusi (sealhulgas tingimusi, mis puudutavad nõuete vastastikust ja sissenõutavust), kuna neid reguleerib nõudele kohaldatav seadus.

Maksejõuetusmenetlus ei mõjuta varade müüja omandireservatsioonil põhinevaid õigusi, kui varad asuvad menetluse algatamise ajal mõne teise kui menetluse algatanud liikmesriigi

territooriumil. Autor leiab, et selliseks müüja õiguseks võib olla vara omandiõigus, mis säilib ka maksejõuetusmenetluse algatamise korral kuni vara eest on täielikult tasutud. Sarnaselt asjaõiguse omajatele põhjendamatu eelise andmisega, on ka võlgnikule vara müünud isikutele sellise eelise andmine autori arvates põhjendamatu – omandireservatsioonil põhinevad õigused võiksid olla reguleeritud müüja või ostja nõudele kohaldatava õigusega.

Ühenduse patent, ühenduse kaubamärk või muu samasugune ühenduse õigusega kehtestatud õigus võib kuuluda ainult põhimaksejõuetusmenetlusse. Kuivõrd antud sätte sõnastusest tulenevalt ei saa ühenduse patent või kaubamärk olukorras, kus algatatud on üksnes teisene maksejõuetusmenetlus, kuuluda mitte ühessegi maksejõuetusmenetlusse, tuleks autori arvates sätet täiendada sõnastusega, mille kohaselt sätte ei kohaldu olukorras, kus on algatatud üksnes teisene maksejõuetusmenetlus.

Määrus sätestab ka reegli tagasivõitmise takistamiseks – nimelt ei toimu tagasivõitmist olukorras, kus võlausaldaja tõendab, et tema tegevusele kohaldub teise riigi seadus, mille kohaselt ei ole võimalik tema tegevust kehtetuks tunnistada. Autori arvates on sätte oluline eelkõige selleks, et tagada poolte vahel sõlmitud kohaldatava õiguse kokkuleppe kindlus. Juhul, kui isik ei suuda tõendada, et tema tegevusele kohaldub mingi konkreetne õigus, ei ole põhjendatud ka tema õigustatud ootus, et tema poolt tehtud võlausaldajaid kahjustav toiming on kehtiv.

Eelmainitud mitmetimõistetavuste ja probleemide lahendamiseks soovitab autor koostada määruse ametlik seletuskiri, kuna kohaldatava õiguse määramise regulatsioon määruses on kohati küsimusi tekitav ja problemaatiline. Seletuskirja eelis määrusemuudatuse ees on asjaolu, et seletuskiri aitab vältida määruse vigase või mitmetimõistetavast tõlkimisest tekkivat asjatut segadust ja tõlgendamisprobleeme. Lisaks tuleks menetlusosaliste võrdse kohtlemise tagamiseks teha mõningates kohaldatava õiguse sätetes muudatused.

APPLICABLE LAW IN CROSS-BORDER INSOLVENCY ACCORDING TO THE EUROPEAN UNION INSOLVENCY REGULATION

SUMMARY

International trade is becoming more active each day and this brings along a need for effective cross-border insolvency regulation. Otherwise the countries would apply their own private international law rules which would bring about a chaos since the private international law rules in each country vary considerably. The absence of a cross-border insolvency regulation would result in the uncertainty and doubt of the participants of the international trade since the consequences of a possible insolvency of a party to an agreement would be unknown and unpredictable.

In order to avoid such uncertainty and to improve the functioning of international trade, many agreements, conventions, models laws and regulations have been created as of today – one of the most significant regulations being the European Union Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings (hereinafter the regulation) which is (as of 1 May 2004) part of the Estonian legal order. The aim of the regulation is to improve the efficiency of cross-border insolvency in the European Union by creating provisions regarding jurisdiction, law applicable, recognition of insolvency proceedings and cooperation of liquidators and courts. Internationally important is also the UNCITRAL model law, the purpose of which is to help countries improve their insolvency regulation.

The aim of this master's thesis is to research whether it is suitable to base the provisions regarding applicable law in cross-border insolvencies on the principle of universality and what are the well-grounded exceptions from the principle of universality in order to guarantee the optimal protection of the interests of the participants of the insolvency proceedings. The main research questions of this master thesis are the following: 1) is the creation of the provisions regarding applicable law based on the principle of universality well-grounded; 2) in which cases is it well-grounded to apply the law of the location as an exception from the principle of universality; and 3) in which cases is it well-grounded to apply the regulation directly as an exception from the principle of universality. These main research questions determine the structure of this thesis. The author has used analytical and comparative research methods by analyzing the provisions of the regulation, their application and the interpretation of various scholars.

In the first chapter, the author researches the questions of main and secondary insolvency proceedings, as well as the main principles of the cross-border insolvency.

The fundamental principle of the regulation is that the courts of the member state on the territory of which the centre of a debtor's main interests is situated shall have jurisdiction to open insolvency proceedings which have a universal effect in all European Union member countries. A company's centre of main interests is assumed to be the place of the registered office. However, creditors and other interested parties have a possibility to prove that it is foreseeable and understandable for them that the centre of debtor's main interests is somewhere else.

In addition to or before main insolvency proceedings it is possible to open secondary insolvency proceedings which have no cross-border effects and only encompass the debtor's assets situated in the state of the opening of secondary insolvency proceedings. The secondary insolvency proceedings may only be opened in member states in which the debtor has an establishment. The proceeding may only be with a liquidating nature which may in the author's opinion bring about problems because the courts have no obligation to analyze the debtor's state of insolvency. It is advisable that the courts receive a competence to decide not to open secondary insolvency proceedings in cases where the opening of secondary insolvency proceedings would be harmful to creditors or it would drastically decrease the effectiveness of the distribution of proceeds.

The law applicable in the main and secondary proceedings is the law of the member state in which the proceedings have been opened (*lex concursus*). The regulation imposes 11 exceptions from the application of *lex concursus* for the purpose of the optimal protection of the interests of the participants of the insolvency proceedings. However, according to UNCITRAL model law, it is for the *lex concursus* to decide which law applies to the insolvency proceedings. The author finds that UNCITRAL model law does not protect the interests of the participants of the insolvency proceedings enough since the private international law rules of each country differ considerably, thus it is not foreseeable which law shall be applied to the insolvency proceeding.

As regulations regarding cross-border are applied to many countries, all of which have different insolvency laws and practice, it is important to agree upon principles of cross-border insolvency before drafting a cross-border insolvency regulation. Two of the most common principles of cross-border insolvency are the principle of territoriality and the principle of universality.

The principle of territoriality means that the insolvency of the debtor may be declared in every country in which the debtor has assets and each insolvency proceeding only deals with the assets that are situated within the country – thus the insolvency proceedings have no cross-border effects and because of this, the principle of territoriality is not suitable for today's globalized world. In addition, the application of the principle of territoriality is not economical since the proceedings are opened in many countries and each court will bear the costs of the proceedings entirely by themselves. For this reason, some scholars are in favour of the principle of cooperative territorialism according to which the courts and liquidators cooperate with the intention of reducing the costs of the proceedings and increasing the protection of the rights of the participants of the insolvency proceedings. On the other hand, there is no guarantee that the courts in different countries will cooperate and if they do not cooperate, the insolvency proceedings will quickly become inefficient.

Opposing the principle of territoriality is the principle of universality, according to which the insolvency proceedings must take place in one country, the laws of which shall be applied to every aspect of the insolvency proceeding. The insolvency proceeding has cross-border effects since it encompasses all the assets of the debtor irrespective of the location of the assets. The main advantages of the principle of universality are its lower costs and the equal treatment of creditors. However, for some creditors it may be difficult to lodge a claim in a proceeding which is conducted in another country. In addition, countries are not willing to give up their sovereignty and let the court of one country apply the law of another country. For this reason, principle of universality is not very commonly used today.

As the principles of territoriality and universality have serious disadvantages, there exists a principle that unifies the advantages of these principles – the principle of modified universality which is the most common principle in the world. According to this principle there exists one insolvency proceeding with universal effects and other insolvency proceedings are only allowed in certain cases. Compared to the principle of universality, the principle of modified universality is more flexible and it respects the sovereignty of states and the expectations of creditors and third parties.

The author finds that the principle of modified universality is the most suitable principle to use in cross-border insolvency because it bears in mind the protection of the rights of the creditors (for example the right to apply for the opening of secondary proceedings or the exceptions from *lex concursus*) and the sovereignty of the states (the exceptions from the *lex concursus*, for example the application of *lex situs*) at the same time. In addition, as *lex*

concurus will govern most aspects of the proceedings, the principle of modified universality helps maximize the value of the debtor's assets.

The effects of insolvency proceedings on current contracts are usually regulated by *lex concursus*. However, the regulation makes exceptions regarding two types of contracts – contracts relating to immovable property and contracts of employment. The effects of insolvency proceedings conferring the right to acquire or make use of (for example lease or sales contract) immovable property shall be solely governed by *lex situs*. The author finds that this provision allows the parties to the sales or rental contract of an immovable to base their expectations related to the applicable law in insolvency proceedings solely on the location of the intangible asset. As the insolvency of an employer has a material effect on the employees' life, it is important to grant the parties to the employment contract some additional protection. The effects of insolvency proceeding on employment contracts and relationships shall be governed by the law of the member state applicable to the contract. This law shall be determined based on the Rome I regulation according to which *lex laboris* is usually the law that the parties have agreed upon or the law of the state where the employee works. In case of insolvency, *lex laboris* shall only govern the question related to the continuation or termination of an employment contract, the rest of the insolvency related questions (such as the status of the claims of the employees) shall be governed by *lex concursus*.

It is, however, questionable how to act in case according to *lex situs* or *lex laboris* the rental or employment contract may be, for example, terminated with the consent of the court which has opened the insolvency proceedings but there is no insolvency proceeding in the country the law of which is applied to the employment contract or in which the intangible asset is located. The author finds that in order to protect the interests of the parties to the contract, the court that has opened the proceedings has the right to decide upon the termination of such a contract but only if it applies *lex situs* or *lex laboris* while deciding the question. However, the author finds that such cases, in which a court has to decide upon a question which is in the competence of another court should be limited and avoided because the nature of the regulation is not to harmonize the laws of the member states.

The effects of insolvency proceedings in the rights and obligations of the parties to a payment system or a financial market shall be solely governed by the law of the member state applicable to that system or market. As payment systems and financial markets encompass large-scale transactions, it is important that the insolvency of one party to the system or market does not affect the functioning and the security of the system or market. However, the

application of article 9 is limited in practice, since the provision refers to the law of the member state but in reality such systems and markets are regulated by their own regulations not the law of the member states.

Insolvency may have an effect on the rights that are registered in a public register. However these registers have an important role in the state in which they are situated, thus it is important that an insolvency of a person whose rights are registered in the register have no effect on the functioning of the register. Thus the effects of insolvency proceedings on the rights of the debtor in immovable property, a ship or an aircraft subject to registration shall be determined by the law of the member state under the authority of which the register is kept (*lex registrationis*). The aim of the article is to provide certainty that the insolvency of one party does not have any additional effects on the rights subject to registration than it would have in case of a local insolvency proceeding. However, it is important to note that *lex registrationis* does not regulate the issue solely – the rights of the liquidator shall be determined by *lex concursus* after which the liquidator must cooperate with the registrar to achieve the registration of the insolvency proceedings in the register.

After the commencement of insolvency proceedings the debtor's loses the right to dispose his assets. However it is possible that even after the commencement of insolvency proceedings the debtor sells his assets to a person who acts in good faith and is not aware of the insolvency proceedings that take place in another country. If a debtor disposes an immovable asset, a ship, an aircraft or securities that are subject to registration, the validity of that act shall be governed by the *lex situs* or the *lex registrationis*. The purpose of the provision is to protect the persons acting in good faith and also the presumption of the validity of a register. However, the author finds that the provision only regulates in which cases the buyer is deemed to have acted in good faith and what are the consequences of buying an asset subject to registration in good faith. The question whether the right of ownership has passed to the buyer shall be regulated by *lex concursus*.

The effects of insolvency proceedings on a lawsuit pending concerning an asset or a right of which the debtor has been divested shall be governed by the law of the state in which the lawsuit is pending (*lex processus*). *Lex processus* shall determine whether the pending lawsuit shall pause, how the proceedings shall continue and whether the liquidator has the right to intervene. The author finds that the provision shall be applied in case of arbitration proceedings also, since it is unjustified why the participants in arbitration proceedings shall be treated differently from the participants in court proceedings if the arbitral tribunal has all the competence necessary to carry out a proceeding.

The most important exception from the regulation's general rule of applicable law is the provision regarding third parties' rights in rem. The opening of insolvency proceedings shall not affect the rights in rem of creditors in respect of assets belonging to the debtor which are situated within the territory of another member state at the time of the opening of proceedings. Rights in rem need protection because their goal is to guarantee the claim against the debtor, thus it is important that this guarantee is preserved in case of the insolvency of the debtor as well. The author finds that the liquidator has, in most cases, the right to sell the asset and pay the amount of debt to the holder of the right in rem because in this case the opening of insolvency proceedings has substantially not affected the rights of the holder of the rights in rem. However, according to the regulation the rights in rem cannot be affected even by the law of the state in which the asset is situated. Thus, the author finds that the application of this provision brings about the unequal treatment of creditors. It is not reasonable that even *lex situs* shall not affect the rights in rem when the idea of the regulation is that unless *lex concursus* is applied, at least some law should be applied. For the holders of rights in rem *lex situs* is foreseeable and thus the application of *lex situs* would not be damaging to the creditors.

The opening of insolvency proceedings shall not affect the creditors' right to demand the set-off of their claims against the claims of the debtor where such a set-off is permitted by the law applicable to the insolvent debtor's claim. However it is obligatory to first apply *lex concursus* to determine the right to demand set-off and if according to the *lex concursus* there is no such right or it is limited, the law applicable to the debtor's claim shall be applied. The author finds that the regulation does not impose a condition of the existence of mutual claims that have fallen due because all conditions shall be determined by the law applicable to the debtor's claim.

The opening of insolvency proceedings shall not affect the seller's rights based on a reservation of title where at the time of the opening of proceedings the asset is situated within the territory other than the state of opening of proceedings. However, both the effects of *lex concursus* and *lex situs* are excluded. The author finds that it is not reasonable that even *lex situs* shall have no effect, as for the seller *lex situs* is foreseeable and thus the application of *lex situs* would not be damaging to the seller. The opening of insolvency proceedings against the seller, however, shall not constitute grounds for terminating the sales contract if the asset is situated within the territory other than the state of opening of proceedings. The author finds that this rule is necessary because in case the liquidator should have the right to terminate the

sales contract, the liquidator may demand for the asset and keep the payments already made by the buyer.

Community patents and trademarks may only be included in the main insolvency proceedings. The aim of this provision is to prevent a situation in which these patents and trademarks that are valid in all European Union member states are engaged in a local secondary proceeding with a limited territorial scope. The author finds that article 12 should not be seen, however, as a provision that establishes the location of the community patent or trademark.

Lex concursus shall determine the rules relating to voidness of legal acts detrimental to all creditors. However, this rule shall not apply in case a person who benefited from such an act proves that the said act is subject to some other member state's law, according to which it is not in any way possible to challenge such an act. This rule is particularly important in case the debtor and the person who benefitted from the detrimental act have previously agreed upon an applicable law. The author finds it is important to respect the right to choose an applicable law and guarantee that in case a person proves the applicability of another law it is possible to apply it even if it may be detrimental to the rest of the creditors.

KASUTATUD ALLIKATE LOETELU

Kasutatud kirjandus

1. Abeln, R. F., Abeln, T. G. Report on the Conference on the Future of the European Insolvency Regulation. – International Insolvency Law Review 2011/3.
2. Agarmaa, M. Koostöö- ja teabeedastuskohustus piiriüleses maksejõuetusmenetluses. Magistritöö. Tartu 2013.
3. Anderson, K. The Cross-Border Insolvency Paradigm: A Defense of the Modified Universal Approach Considering the Japanese Experience. – University of Pennsylvania Journal of International Law 2000/21.
4. Berends, A. J. The EU Insolvency Regulation. – The Netherlands International Law Review 2010.
5. Bowen, M. An introduction to the fundamental principles governing cross-border insolvency in an English law context. – International Insolvency Law Review 2013/2.
6. Camacho, T., Burguera, A. N.-L. Secondary proceedings: are cross-border insolvencies in the EU dealt with efficiency? – International Insolvency Law Review 2013/2.
7. Chandra Mohan, S. Cross-border Insolvency Problems: Is the UNCITRAL Model Law the Answer? – International Insolvency Review 2012/21.
8. Clark, L. M., Goldstein, K. Sacred Cows: How to Care for Secured Creditors' Rights in Cross-Border Bankruptcies. – Texas International Law Journal 2011.
9. De Rattalma, M.F. Avoidance Actions under Article 13 EC Insolvency Regulation: An Italian View. – European Company Law 2009/6.
10. Doyle, L., Keay, A. Insolvency Legislation: Annotations and Commentary. Second edition. Bristol: Jordan Publishing Limited 2006.
11. Farley, C. An Overview, Survey, and Critique of Administrating Cross-Border Insolvencies. – Houston Journal of International Law 2004/1.
12. Flessner, A. The Future German International Insolvency Law. – European Business Law Review 1999.
13. Fletcher, I. F. Insolvency in Private International Law. Second edition. New York: Oxford University Press Inc. 2005.
14. Fletcher, I. F. The European Union Convention on Insolvency Proceedings: Choice of Law Provisions. – Texas International Law Journal 1998.

15. Haas, K. Võlgniku põhiuvide kese piiriüleses maksejõuetusmenetluses. Magistritöö. Tartu 2014.
16. Hess, B. jt. European Insolvency Law. Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report. Germany: Verlag C. H. Beck oHG 2013.
17. Hess, B. jt. External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings. – Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/evaluation_insolvency_en.pdf, 23. märts 2015.
18. Kolmann, S. Thoughts on the governing insolvency law. – International Insolvency Law Review 2011/3.
19. Malkawi, B. H. The Inter-relationship between Intellectual Property and International Insolvency. – International Insolvency Review 2010/19.
20. Marshall, J. The Future of the European Insolvency Regulation – Rights in rem. – International Insolvency Law Review 2011/3.
21. Mason, R. Cross-border Insolvency and Legal Transnationalisation. – INSOL International Insolvency Review 2012/21.
22. McCormack, G. Reconstructing European insolvency law – putting in place a new paradigm. – Legal Studies 1/2010.
23. McCormack, G. Time to Revise the European Insolvency Regulation. – Wessels, B. jt. The European Insolvency Regulation: An Update. England: INSOL Europe 2010.
24. McGormack, G. Reforming the European Insolvency Regulation: A Legal and Policy Perspective. – Journal of Private International Law Vol. 2014/10.
25. McKenzie, D. The EC Convention on Insolvency Proceedings. – European Review of Private Law 1996/4.
26. Menjucq, M. EC-Regulation No 1346/2000 on Insolvency Proceedings and Groups of Companies. – European Financial and Company Law Review 2008/2.
27. Mevorach, I. On the Road to Universalism: A Comparative and Empirical Study on the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency. – European Business Organization Law Review 2011/12.
28. Moss, G. I. F., Fletcher, I. F., Isaacs, S. The EC Regulation on Insolvency Proceedings. Second edition. New York: Oxford University Press 2009.
29. Mucciarelli, F. M. Not Just Efficiency: Insolvency Law in the EU and Its Political Dimension. – European Business Organization Law Review 2013/14.
30. Omar, P. J. Genesis of the European Initiative in Insolvency Law. – International Insolvency Law Review 2003/3.

31. Pannen, K. European Insolvency Regulation. Berlin: De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH 2007.
32. Park, K. S. COMI or not COMI: Timing is the question. – International Insolvency Law Review 2014/4.
33. Paulus, C. G. Security Rights in Cross-Border Insolvency Proceedings. – International Insolvency Law Review 2014/4.
34. Sarra, J. Widening the Insolvency Lens: The Treatment of Employee Claims. – P. J. Omar. International Insolvency Law. Themes and Perspectives. Great Britain: Ashgate Publishing Limited 2008.
35. Segal, N. The Choice of Law Provisions in the European Union Convention on Insolvency Proceedings. – Brooklyn Journal of International Law 1997/23.
36. Smart, P. Rights In Rem, Article 5 and the EC Insolvency Regulation: An English Perspective. – INSOL International Insolvency Review 2006/15.
37. Szydlo, M. Prevention of Forum Shopping in European Insolvency Law. – European Business Law Review 2010/11.
38. Taylor, S. Conference on Reform of the European Insolvency Regulation. – International Insolvency Law Review 2011/3.
39. Tollenaar, N. W. A. Proposal for Reform: Improving the ability to rescue multinational enterprises under the European Insolvency Regulation. – International Insolvency Law Review 2011/3.
40. Varul, P., Tohvri, H., Laarmaa, M. Piiriülene pankrotimenetlus. – Juridica 2004/4.
41. Veder, M. The Future of the European Insolvency Regulation – Applicable law, in particular security rights. – International Insolvency Law Review 2011/3.
42. Viimsalu, S. Piiriülese maksejõuetusmenetluse lähtealused ja algatamine. Magistritöö. Tallinn 2007.
43. Viimsalu, S. Piiriülese maksejõuetusmenetluse õiguslikud küsimused. – Juridica 2008/6.
44. Viimsalu, S. The meaning and functioning of secondary insolvency proceedings. Doktoritöö. Tartu: Tartu University Press 2011.
45. Weiss, J. M. Tax Claims in Transnational Insolvencies. A “Revenue Rule” Approach. – International Insolvency Institute. Tenth Annual International Insolvency Conference, Rome 2010.
46. Wessels, B. European Union Regulation on Insolvency Proceedings. An Introductory Analysis. – Arvutivõrgus:
<http://www.insol.org/INSOLfaculty/pdfs/BasicReading/Session%205/European%20U>

- nion%20Regulation%20on%20Insolvency%20Proceedings%20An%20Introductory%20analysis,%20Bob%20Wessels.pdf, 29. märts 2015.
47. Wessels, B. *International Insolvency Law*. Third edition. Deventer: Kluwer 2012.
48. Wessels, B. *The Changing Landscape of Cross-Border Insolvency Law in Europe*. – *Juridica International* 2007/12.
49. Wessels, B. *The European Union Insolvency Regulation: An Overview With Trans-Atlantic Elaborations*. – *International Insolvency Institute*. Arvutivõrgus: <http://iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/39/378.html>, 26. märts 2015.
50. Õunpuu, A. Põhimaksejõuetusmenetluse algatamise probleemid. – *Juridica* 2005/7.

Kasutatud normatiivmaterjal

51. Asjaõigusseadus. RT I 1993, 39, 590...RT I, 08.07.2014, 7.
52. Euroopa Liidu Nõukogu määrus (EÜ) nr 1346/2000, 29. mai 2000, maksejõuetusmenetluse kohta. – *ELT L* 160/1, 30.06.2000, lk 191-208.
53. Euroopa Liidu Nõukogu määrus (EÜ) nr 207/2009, 26. veebruar 2009, ühenduse kaubamärgi kohta (kodifitseeritud versioon). – *ELT L* 78/1, 24.03.2009, lk 1-42.
54. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus (EÜ) nr 593/2008, 17. juuni 2008, lepinguliste võlasuhete suhtes kohaldatava õiguse kohta ("Rooma I"). – *ELT L* 177/6, 04.07.2008, lk 6-16.
55. Pankrotiseadus. RT I 2003, 17, 95...RT I, 21.06.2014, 20.
56. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. RT I 2002, 35, 216...RT I, 13.03.2014, 103.
57. Töölepingu seadus. RT I 2009, 5, 35...RT I, 12.07.2014, 146.
58. UNCITRAL model law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation. New York: United Nations 2014.
59. Võlaõigusseadus. RT I 2001, 81, 487...RT I, 11.04.2014, 13.

Kasutatud kohtupraktika

60. EKo 02.05.06, C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd*.
61. EKo 05.07.12, C-527/10 *Erste Bank Hungary Nyrt*.
62. EKo 10.09.09, C-292/08 *German Graphics Graphische Maschinen GmbH*.
63. EKo 12.02.09, C-339/07 *Christopher Seagon*.
64. RKTKo 3-2-1-114-1.

65. Syska v Vivendi Universal SA. Commercial Court, 02.10.2008. (2008) APP.L.R. 10/02. Arvutivõrgus: <http://www.nadr.co.uk/articles/published/Arbitration/Syska%20v%20Vivendi%202008.pdf>, 22. aprill 2015.
66. TlnRnKo 14.06.2006, 2-05-530.

Muud kasutatud allikad

67. Euroopa Parlamendi 5. veebruari 2014. aasta seadusandlik resolutsioon ettepaneku kohta võtta vastu Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrus, millega muudetakse nõukogu määrust (EÜ) nr 1346/2000 maksejõuetusmenetluse kohta. – Arvutivõrgus: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0093+0+DOC+XML+V0//ET>, 23. märts 2015.
68. Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus, millega muudetakse nõukogu määrust (EÜ) nr 1346/2000 maksejõuetusmenetluse kohta. Euroopa Komisjoni ettepanek. – Arvutivõrgus: [http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2012/0744/COM_COM\(2012\)0744_ET.pdf](http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2012/0744/COM_COM(2012)0744_ET.pdf), 23. märts 2015.
69. INSOL Europe. Revision of the European Insolvency Regulation. – Arvutivõrgus: http://www.nautadutilh.com/Documents/Publications%20to%20profiles/Revision_of_the_European_Insolvency_Regulation.pdf, 3. märts 2015
70. Komisjoni aruanne Euroopa Parlamendile, Nõukogule ning Euroopa Majandus- ja Sotsiaalkomiteele, mis käsitleb nõukogu 29. mai 2000. aasta määruse (EÜ) nr 1346/2000 (maksejõuetusmenetluse kohta) kohaldamist, Brüssel 2012. – Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-report_et.pdf, 25. märts 2015.
71. Omar, P. J. International Insolvency Law. Themes and Perspectives. Great Britain: Ashgate Publishing Limited 2008.
72. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law. New York: United Nations Publication 2005.
73. UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency. Status. – Arvutivõrgus: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html, 24. märts 2015.

74. Virgos, M., Schmit, E. Report on the Convention on Insolvency Proceedings, 1996. –
Arvutivõrgus: http://aei.pitt.edu/952/1/insolvency_report_schmidt_1988.pdf, 25. märts
2015.

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Liina Saaremets (sünnikuupäev: 18. oktoober 1991. a), annan Tartu Ülikoolile tasuta loa (lihtlitsentsi) enda loodud teose

“Kohaldatav õigus piiriüleses maksejõuetusmenetluses Euroopa Liidu maksejõuetusmääruse kohaselt”,

mille juhendaja on professor Paul Varul,

1. reprodutseerimiseks säilitamise ja üldsusele kättesaadavaks tegemise eesmärgil, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace-is lisamise eesmärgil kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni;
2. üldsusele kättesaadavaks tegemiseks Tartu Ülikooli veebikeskkonna kaudu, sealhulgas digitaalarhiivi DSpace'i kaudu kuni autoriõiguse kehtivuse tähtaja lõppemiseni.
3. Olen teadlik, et punktis 1 nimetatud õigused jäävad alles ka autorile.
4. Kinnitan, et lihtlitsentsi andmisega ei rikuta teiste isikute intellektuaalomandi ega isikuandmete kaitse seadusest tulenevaid õigusi.

Tartus, 4. mai 2015. a