

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Äriõiguse ja intellektuaalse omandi õppetool

Susann Mikli

FAKTILISE ÜHINGUJUHI TSIVILÕIGUSLIK VASTUTUS

Magistritöö

Juhendaja
prof Irene Kull

Tartu
2013

Lühendite loetelu

AG	Saksamaa aktsiaselts, ka ajakiri – <i>Aktiengesellschaft</i>
AktG	Saksa aktsiaseltsiseadus – <i>Aktiengesetz</i>
BauR	Saksamaa ajakiri <i>Baurecht</i>
BayObLG	Bayeri Liidumaa endine kõrgeim kohus – <i>Bayerisches Oberstes Landesgericht</i>
BeckRS	Saksamaa Beck andmebaasi kohtupraktika – <i>Beck-Rechtsprechung</i>
BFH	Saksamaa föderaalne maksukohus – <i>Bundesfinanzhof</i>
BGB	Saksamaa tsiviilseadustik – <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BGE	Šveitsi föderaalkohtu otsused – <i>Bundesgerichtsentscheidungen</i>
BGH	Saksamaa Ülemkohus – <i>Bundesgerichtshof</i>
BGHSt	Saksamaa Ülemkohtu kriminaalkolleegium
BGHZ	Saksamaa Ülemkohtu tsiviilkolleegium
Bull civ	Prantsusmaa kassatsioonikohtu tsiviilkolleegiumi otsuste bulletään – <i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre civile)</i>
CA 2006	Suurbritannia 2006. a äriseadustik – <i>Companies Act 2006</i>
Cass com	Prantsusmaa Ülemkohtu kaubandus-, finants- ja majanduskolleegium – <i>Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de Cassation</i>
Cass crim	Prantsusmaa Ülemkohtu kriminaalkolleegium – <i>Chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
CC	Prantsusmaa tsiviilseadustik – <i>Code Civil</i>
CDC	Prantsusmaa äriseadustik – <i>Code de Commerce</i>
DB	Saksa ajakiri <i>Der Betrieb</i>
DStR	Saksamaa ajakiri <i>Deutsches Steuerrecht</i>
GmbH	Saksamaa piiratud vastutusega äriühing – <i>Gesellschaft mit beschränkter Haftung</i>
GmbHG	Saksamaa piiratud vastutusega äriühingute seadus – <i>Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung</i>
GmbHR	Saksamaa ajakiri <i>GmbH Rundschau</i>
HGB	Saksamaa äriseadustik – <i>Handelsgesetzbuch</i>

IA 1986	Suurbritannia 1986. a pankrotiseadus – <i>Insolvency Act 1986</i>
InsO	Saksamaa pankrotiseadus – <i>Insolvenzordnung</i>
JW	Saksamaa ajakiri <i>Juristische Woche</i>
komm	kommentaari
MoMig	Saksamaa piiratud vastutusega äriühingute moderniseerimise ja kuritarvituste vältimise seadus – <i>Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen</i>
Münch Komm	Saksamaa Müncheneri kommentaarid seadustele – <i>Münchener Kommentar</i>
NJW	Saksamaa ajakiri <i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
NStZ	Saksamaa ajakiri <i>Neue Strafrechtliche Zeitschrift</i>
NZG	Saksamaa ajakiri <i>Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht</i>
NZI	Saksamaa ajakiri <i>Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung</i>
OLG	Liidumaa kõrgeim kohus – <i>Oberlandesgericht</i>
OR	Obligationrecht
Rev sociétés	Prantsusmaa ühinguõiguse ajakiri – <i>Revue de droit des sociétés</i>
RG	Saksamaa Riigikohus (1879–1945) – <i>Reichsgericht</i>
RJDA	Prantsusmaa ajakiri kaubandusõiguse kohtupraktikast – <i>Revue de jurisprudence de droit des affaires</i>
RKKKo	Riigikohtu kriminaalkolleegiumi otsus
RKTKo	Riigikohtu tsiviilkolleegiumi otsus
RNotZ	Saksamaa ajakiri <i>Rheinische Notar-Zeitschrift</i>
ZIP	Saksamaa ajakiri <i>Zeitschrift für Wirtschaftsrecht</i>
StGB	Saksamaa karistusseadustik – <i>Strafgesetzbuch</i>
StV	Saksamaa ajakiri <i>Strafverteidiger</i>
TMKm	Tartu Maakohtu määrus
TsÜS	Tsiviilseadustiku üldosa seadus
VMKm	Viru Maakohtu määrus
VÕS	Võlaõigusseadus
ÄS	Äriseadustik

Sisukord

Lühendite loetelu	2
Sisukord.....	4
Sissejuhatus	5
1. Faktilise ühingujuht kui tsiviilõigusliku vastutuse subjekt	12
1.1. Faktilise ühingujuhi mõiste ja õiguslik tähendus	12
1.1.1. Faktilise ühingujuhi mõiste	12
1.1.2. Faktilise ühingujuhi instituudi õiguslik tähendus.....	16
1.2. Faktilise ühingujuhi instituudi piiritlemine	18
1.2.1. Faktilise ühingujuhi instituudi isikuline piiritlemine.....	18
1.2.2. Faktilise ühingujuhi instituudi esemeline piiritlemine	20
1.3. Faktilise ühingujuhi kriteeriumid	31
1.3.1. Faktilise ühingujuhi kriteeriumidest üldiselt	31
1.3.2. Faktiline ühingujuhtimine.....	33
1.3.3. Faktiline ühingujuhtimine ühingu nõusolekul.....	38
1.3.4. Faktiline ühingujuhtimise funktsiooni teostamine väljaspoole	41
1.3.5. Faktilise ühingujuhtimise ajaline kestus.....	44
1.3.6. Faktilise ühingujuhi subjektiivne teadmine.....	46
2. Faktilise ühingujuhi vastutuse aluseks olevad õigussuhted ja nõuded faktilise ühingujuhi vastu.....	49
2.1. Faktilise ühingujuhi vastutuse aluseks olevad õigussuhted.....	49
2.1.1. Ühingu sisesuhted ja formaalse juhatuse liikme vastutuse aluseks olev õigussuhe äriühinguga	49
2.1.2. Laias tähenduses faktilise ühingujuhi vastutuse aluseks olevad õigussuhted ..	52
2.1.2.1. Laias tähenduses faktilise ühingujuhi vastutuse aluseks olevad õigussuhted eesti kehtivas õiguses	52
2.1.2.2. Laias tähenduses faktilise ühingujuhi vastutuse aluseks olevate õigussuhete laiendav tõlgendamine	54
2.1.3. Kitsas tähenduses faktilise ühingujuhi vastutuse aluseks olevad õigussuhted ..	58
2.1.3.1. Kitsas tähenduses faktilise ühingujuhi vastutuse aluseks olevad õigussuhted eesti kehtivas õiguses	58
2.1.3.2. Kitsas tähenduses faktiliste ühingujuhtide vastutuse aluseks olevate õigussuhete laiendav tõlgendus	61
2.1.4. Faktilise ühingujuhi vastutuse aluseks olevad õigussuhted välissuhtes	64
2.2. Faktilise ühingujuhi vastu esitatavad nõuded laiendava tõlgendamise alusel	67
2.2.1. Üldiselt nõuetest formaalse juhatuse liikme ja faktilise vastu neile laienevate kohustuste alusel	67
2.2.2. Nõuded faktilise ühingujuhi vastu seoses üldise hoolsus- ja lojaalsuskohustusega.....	71
2.2.2.1. Üldine hoolsus- ja lojaalsuskohustus vastutuse alusena.....	71
2.2.2.2. Üldisest hoolsus- ja lojaalsuskohustustest tulenev faktilise ühingujuhi vastutus	73
2.2.3. Nõuded faktilise ühingujuhi vastu seoses põhikohustuste ja spetsiifiliste kohustustega.....	74
2.2.3.1. Põhikohustused ja spetsiifilised kohustused vastutuse alusena	74
2.2.3.2. Põhikohustustest ja spetsiifilistest kohustustest tulenev faktilise ühingujuhi vastutus.....	82
Kokkuvõte	85
Summary.....	95
Kasutatud allikad	97
Kasutatud kirjandus	97

Sissejuhatus

Käesoleva magistritöö „Faktilise ühingujuhi tsiviilõiguslik vastutus“ uurimise eesmärk on faktilise ühingujuhi instituut ja faktilise ühingujuhi võimaliku tsiviilõigusliku vastutuse teoreetilised alused. Teema teoreetiline läbitöötamine on vajalik, kuivõrd üha enam eesti õiguskirjanduses¹ käsitletud formaalsete juhatuse liikme isikliku vastutuse ja majanduskäibe tegelikkusega seoses, on oluliseks muutunud küsimus ka ühingu juhtimises faktiliselt osalevate isikute – keda võib nimetada „faktilisteks ühingujuhtideks“ – võimalikust vastutusest. Eesti õiguskorras termini legaaldefiniitsioon puudub, küll on lähedase instituudina äriseadustiku (edaspidi ÄS²) §-des 167¹ ja 289² reguleeritud äriühingu tegevuse mõjutaja vastutus. Termin on kasutusel eesti õiguskirjanduses ja Riigikohtu tsiviil- ja kriminaalkolleegiumi lahendites on faktilise ühingujuhi teematikat mõneti käsitletud³.

Faktilise ühingujuhi instituudi rakendamise teoreetiline taust on majanduslik-faktiline lähenemine. Majanduslik-faktiline lähenemine tugineb sarnasele tunnustatud tõlgendusviisile maksuõiguses⁴. Tsiviilõiguslikus kontekstis võiks põhimõtte kokkuvõtvalt sõnastada nii, et faktiliste asjaolude õiguslik hinnang ei tohiks sõltuda sellest, mida isikud on formaalselt deklareerinud. Selle asemel tuleb uurida toimingute majanduslikku sisu ja teha kindlaks, kas asjaolude tsiviilõiguslik tähendus annab poolte soovitu ja majanduslikult püüeldu õigesti edasi⁵. Majanduslik-faktilise lähenemise ja faktilise ühingujuhi instituudi kohaldamise vajadust on eesti õiguskirjanduses⁶ põhjendatud sellega, et nii saab välistada olukorrad, kus pooled muidu vabaneksid tsiviil- ja karistusõiguslikust vastutusest tegelike ühinguiseste suhete teadliku varjamise abil. Sama mõtte võib kokku võtta Saksamaa Ülemkohtu (edaspidi BGH) ja Suurbritannia Ülemkohtu tõdemusega, et kui isik tegutseb faktiliselt nagu juhatuse liige, olemata formaalselt selleks määratud, peab ta ka enda tegevuse eest vastutama nagu juhatuse liige⁷.

Faktilise ühingujuhi instituudi eesmärk on saavutada majanduslik-faktilise lähenemise abil, et ühingu juhtivate isikute vastutust puudutav regulatsiooni saaks laiendada tegelikkuses ühingu juhtivatele isikutele ja sellisena vastaks see majanduskäibe tegelikkusele. Peamiste

¹ M. Vutt. Aktsionäri kahju hüvitamise nõue aktsiaseltsi ja selle juhtorgani liikmete vastu. – *Juridica* 2012/II, lk 90–100. M. Ots. Äriühingu juhtorgani liikme vastutus äriühingu võlausaldaja ees. Magistratöö, juhendaja Paul Varul. Tartu: TÜ õigusteaduskond 2006.

² Äriseadustik RT I 1995, 26, 355 – RT I, 18.12.2012, 3.

³ M. Kairjak. Faktilise ühingujuhi karistusõiguslik vastutus. – *Juridica* 2011/VII, lk 540–547.

⁴ *Op. cit.* Kairjak; V. Lopman. Majandusliku lähenemise põhimõtte Eesti maksuõiguses. – *Juridica* 2005/VII, lk 488–500.

⁵ *Op. cit.* Lopman, lk 488.

⁶ *Op. cit.* Kairjak, lk 542.

⁷ Saksamaa: BGHZ 104, 44, 47; BGHZ 148, 167, 169 vrdl Suurbritannia: *Hydrodam (Corby) Ltd (1994) BCC* 161.

eesmärkidena on välja toodud ühingu, selle osanike ja võlausaldajate kaitse⁸ ning vastutusest pääsemisele suunatud konstruktsioonide vältimine⁹. Seejuures olgu aga rõhutatud, et faktilise ühingujuhi regulatsioon ei teeni käibekaitset¹⁰. Õiguskirjanduses on peamine küsimus seoses võlausaldajata kaitsega: kuidas kõrvaldada ebakõla mõju¹¹ ja vastutuse vahel, mis tekib faktilise ühingujuhtimise olukorras. Nimelt on faktilised ühingujuhid sisuliselt samas positsioonis kui vormiliselt juhatuse liikmetena tegutsevad isikud, ent neile erinevalt viimastest, ei kohaldu neile juhatuse liikme vastutus. Sellises olukorras tekib oht, et kaob juhatuse liikme positsiooniga seonduv kaudne võlausaldajate kaitse, kuni selleni, et juhatuse taandub ühingu liikmete nõuannete ja juhiste tõttu üksnes täidesaatva organi tasemele¹². Teine eesmärk on vastutusest möödapääsemisele suunatud konstruktsioonide välistamine. Faktiliste ühingujuhtide endi vastutust on peetud eriti asjakohaseks ühingu maksejõuetuse korral, et välistada olukorrad, kus tegelikult kahju tekitanud isikud vabanevad vastutusest nn tankisti kasutamise kaudu¹³.

Tihti ongi faktilise ühingujuhi institutsiooni rakendamise taust seotud ühingute maksejõuetusega¹⁴. Prantsusmaal võeti faktilise ühingujuhi (*dirigéant de fait*) regulatsioon kasutusele eesmärgiga, mitte lasta isikutel, kes on õigustamatult ühingu juhtimisse sekkunud, oma tegude eest vastutusest pääseda siis, kui ühingul on tekkinud raskused¹⁵. Faktilistel ühingujuhtidel on tihti osa maksejõuetuse tekitamisel ja nii tõusetub vajadus – eriti juhul kui faktiline ühingujuht on ühingu vara ühingust välja viinud – faktiliste ühingujuhtide vastu kahju hüvitamise nõude esitamiseks. Lisaks kahju hüvitamisele, võiksid esile kerkida ka konkreetsamad küsimused. Näiteks, kas faktilistel ühingujuhtidel võiks või peaks olema pankrotiavalduse esitamise kohustus ning kas nende tegevust peaks hindama üldise hoolsuskriteeriumi raames. Euroopa Liidu (edaspidi EL) tasandil on faktiliste ühingujuhtide vastutuse üle arutletud seoses juhatuse liikmete äritegevuse jätkamisega ühingu vältimatu

⁸ W. Zöllner, U. Noack, § 43 komm 1. – Beck'sche kurz Kommentare GmbHG Baumbach/Hueck. 20. Auflage. München: C.H Beck 2013; BGH II ZR 235/03 = DStR 2005, lk 1704; U. Stein. Das faktische Organ. Köln : C. Heymann 1984, s 184 ff, s 200. Vrdl Euroopa Liidus. Report of high level group of company law experts on a modern regulatory framework for company law in Europe. Brüssel, 04.11.2002, lk 12, 15, 16, 86, recommendation nr III, 13. Arvutivõrgus pdf: http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/ 12.03.2013

⁹ A. Dierlamm. Der faktische Geschäftsführer im Strafrecht – ein Phantom. – NStZ 1996/IV, lk 153, 157.

¹⁰ L. Strohn. Faktische Organe – Rechte, Pflichten, Haftung. – DB 2011/III, lk 158, 163; U. Haas. Die Rechtsfigur des faktischen GmbH-Geschäftsführers. – NZI 2006/IX, lk 494, 499.

¹¹ Vrdl eelpool viidatud ÄS §-de 167¹ ja 289² regulatsiooni.

¹² *Op. cit.* Haas NZI, lk 494.

¹³ H. Hirte, T. Lanzius, S. Mock. Directors' disqualification and creditor protection. – M. Lutter (ed). Legal Capital in Europe. European Company and financial law review, special edition. Berliin: de Gruyter 2006.

¹⁴ H. Fleischer, § 43 komm 220. – Münchener Kommentar zum GmbHG. 1. Auflage, 2. Band. München: C. H. Beck 2012; H. Fleischer. Zum GmbH-rechtlichen Verantwortlichkeit des faktischen Geschäftsführers. – GmbHR 2011/VII, lk 338.

¹⁵ J.R Nze Ndong Dit Mbele. Le dirigeant de fait en droit privé français. Nancy: Université Nancy 2 2008, doktoritöö, lk 20. Arvutivõrgus: http://cyberdoc.univ-nancy2.fr/htdocs/docs_ouvert/doc318/2008NAN20004.pdf 13.03.2013.

maksejõuetuse kontekstis (*wrongful trading*)¹⁶. Euroopa Komisjoni kokkukutsutud kõrgetasemeline äriühinguõiguse grupp koostas 2002. aastal raporti¹⁷, millega andis suuniseid edasise ühtse modernse Euroopa äriühinguõiguse raamistiku kujundamiseks. Eksperdid pooldasid reeglite kõrval, mis sätestavad sanktsioonid äritegevuse jätkamisel ühingu vältimatu maksejõuetuse korral, ka faktiliste ühingujuhtide vastutusele võtmist, argumenteerides, et juhatuse liikmete – ka faktiliste ühingujuhtide – vastutus tagab ja kaitseb ühinguõiguse reegleid, seega peaks ka need kontseptsioonid ühinguõiguse moderniseerimise juurde kuuluma¹⁸. Regulatsiooni rakendamise eesmärgina toodi välja võlausaldajate kaitse, mida saaks ettevõtete maksejõulisuse testiga ja vastutusele võetavate isikute ringi laiendamisega tagada. Küsitlusele vastanute arvates¹⁹ ei kuulunud temaatika ühinguõiguse valdkonda ja seega pole edaspidi EL tasandil faktiliste ühingujuhtide vastutust käsitletud.

Teiseks, seondub faktiliste ühingujuhtide vastutus ärikeelu temaatikaga. Juhul, kui eksisteerib ärikeelu rakendamise võimalus, on praktikas sellele vastukaaluks kasutusele võetud õiguslikud konstruktsioonid, mille kaudu saavad isikud, vaatamata nende suhtes kohaldatud keelule ettevõtluses osaleda²⁰. Probleemsed on äriühingu piiratud vastutuse kontseptsiooni kuritarvitused fiktiivsete äriühingute loomise kaudu²¹, maksupettused ja „tankistide“ kasutamise praktika, kus juhatuse liige on ametisse määratud üksnes formaalselt, samas kui tegelikkuses haldab ühingu vara variisik. Probleemsituatsiooni võtab Eesti kontekstis ilmekalt kokku hiljutine näide maksuhalduri praktikast: „Osahing KM palkab tööle passiivse juhatuse liikme. Tasu 100 € kuus. Vajalik ID kaardi olemasolu²².“

Seesuguste probleemide taustal on eri riikide kohtupraktikas välja arendatud faktilise ühingujuhi instituut, mille kaudu saab vastutusele võtta isikuid, kes pole formaalselt juhatuse liikmeteks määratud, kuid siiski juhatuse liikmena tegutsevad. Kohtupraktika areng on alguse saanud endiste juhatuse liikmete ja variisikute vastutuse küsimusest ning vastutuse vältimisele suunatud konstruktsioonide analüüsimisest. Näiteks puudutabki põhiline osa faktilise ühingujuhi instituudi suhtes relevantsest eesti kohtupraktikast endiste juhatuse liikmete

¹⁶ Sevenoaks Stationers (Retail) Ltd, Court of Appeal (Civil Division), 31.07.1990. [1990] B.C.C. 765.

¹⁷ *Op. cit.* Report of high level group.

¹⁸ K. Geens, KJ. Hopt. The European Company Law Action Plan Revisited: Reassessment of the 2003 Priorities of the European Commission. Leuven: Leuven University Press 2011, lk 48.

¹⁹ Siseturu ja teenuste ülddirektoraadi 20.12.2005–31.03.2006 läbi viidud küsitluse kokkuvõttev raport. Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/consultation/final_report_en.pdf 15.03.2013

²⁰ B. Hannigan. Company Law. Oxford: Oxford University Press 2012, lk 146; *Op. cit.* Strohn, lk 158.

²¹ Nn *phoenix syndrome*, vt täpsemalt nt L. Sealy, D. Milman. Annotated Guide to the Insolvency Legislation 2011. 14. Edition. London: Sweet & Maxwell 2011, lk 215.

²² K. Lorents. Juhatus liikme vastutus äriühingu maksuvõla eest, teooria ja praktika. – Finantskolledži aastakonverents, 2012. Arvutivõrgus: www.sisekaitse.ee/public/KLorents_MTA_s.ppt 13.02.2013.

vastutust ja õigussuhet äriühinguga²³. Samas kui saksa kohtupraktika²⁴ on alguse saanud tüüpilistest nn tankisti kaasustest, kus ühingut juhtis tankisti (*Strohmann*) vahendusel tegelikkuses variisik (*Hintermann*), kes ise tema suhtes rakendatud sanktsioonide tõttu või muul põhjusel, juhatuse liikmetele esitatud nõuetele ei vastanud. Tavapäraselt kasutasid variisikud tankistidena enda lähedasi, kes andsid variisikule üldvolutuse ühingu asjade korraldamiseks, mille kaudu oli variisikul võimalik enda majanduslikke riske maandada ning takistusteta ühingu tegevust ka välissuhtes juhtida²⁵. Kohtupraktika arenedes hakati – näiteks Prantsusmaal, Saksamaal ja Suurbritannias – faktilise ühingujuhi instituuti kohaldama ka olukordades, kus variisik ei tegutsenud mitte juhatuse liikmeks määratud isiku asemel, vaid tema kõrval. Sellises olukorras jaatatakse variisikute vastutust neis riikides juhul, kui faktiline ühingujuht tegutseb formaalse juhatuse liikmega vähemalt võrdsetel alustel²⁶. Edasises kohtupraktikas hakati faktilise ühingujuhi instituuti kohaldama variisik–tankist konstruktsioonide kõrval ka üldiselt isikute suhtes, kes äriühingu tegevust mõjutasid. Kohtupraktika areng on viinud sinnani, et oluliseks on muutunud küsimus mitte üksnes füüsiliste isikute, vaid ka juriidiliste isikute vastutusest²⁷ ning seda ühe ühingu siseseid suhteid puudutavate kaasuste kõrval ka suhetes ema- ja tütarettvõtete vahel kontsernis²⁸.

Faktilise ühingujuhi instituudiga puutusin kokku 2012. aastal justiitsministeeriumile eri riikide ärikeelu regulatsiooni kohta analüüsi tehes. Nimelt jäi Saksamaa, Prantsusmaa, Suurbritannia, Iirimaa ja Soome käsitlusi uurides silma, et tsiviilõiguslikke sanktsioone oli võimalik kohaldada nii formaalsete kui ka faktiliste ühingujuhtide suhtes. Analüüs oli taust Eestis praegu väljatöötamisel olevale regulatsioonile, millel veel ametlikku vormi pole ning mida senini on seetõttu kajastatud üksnes meedia vahendusel²⁹. Uue regulatsiooniga

²³ *Op. cit.* Kairjak, lk 540–541; S. Papp, J. Shipova. Juhatare liikme volituste lõppemine. – *Juridica*, 2007/III, lk 173–179. RKKKo 3-1-1-85-01 p 9; RKKKo 3-1-1-12-03 p 9.3; RKTko 3-2-1-39-05 p 14–16, 18; RKTko 3-2-1-68-06, p 21; RKTko 3-2-1-65-08 p 32–36; RKTko 3-2-1-152-08 p 12–14; RKKKo 3-1-1-61-09 p 36–38.4; RKTko 3-2-1-46-12, p 9, 13–14.

²⁴ K. H. Schramm, eelmärge § 164–181, komm 24–27; nr 38. – *Münchener Kommentar zum BGB*. 6. Auflage, 1. Band. München: C.H Beck 2012. RG JW 1938, 2837; BGHSt 3, 32; BGH VIII ZR 154/57 = NJW 1959, lk 332; BGHSt 1984, 461; BGH II ZR 225/91 = NJW 1992, lk 2023; BGH XI ZR 19/94 = NJW 1995, lk 727.

²⁵ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG, § 43 komm 231–233.

²⁶ Prantsusmaa: Cass com 10.10.1995, kohtuasi nr 93-15553; Cass com 24.06.2008, kohtuasi nr 07-13431. Saksamaa: *op. cit.* Dierlamm: BGHSt 3, 32, 37; BGHSt. 21, 101, 103; BGHSt 31, 118; BGH 1 StR 736/83. Suurbritannia: *Morris v Kanssen* [1946] AC 459; *Richborough Furniture Ltd* [1996] B.C.C. 155.

²⁷ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG, § 43, komm 235.

²⁸ Saksamaa: S. Röck. Die Rechtsfolgen der Existenzvernichtungshaftung: Indisponibilität- Gläubigerbezug-Schadensberechnung. Tübingen: Mohr Siebeck 2011; *Trihotel* BGH II ZR 3/04 = NJW 2007, lk 2689 *Bremer Vulkan* BGHZ 149, 10; S. Wimmer-Leonhardt. Konzernhaftungsrecht: Die Haftung der Konzernmuttergesellschaft für ihre Tochtergesellschaften im deutschen und englischen Recht. Tübingen: Mohr Siebeck 2004. Šveits: BGE 128 III 92, 94; BGE 107 II, 349, 354. Suurbritannia: *Holland v Revenue & Customs* [2011] B.C.C. 1; *Secretary of State for Trade and Industry v Hollier* [2007] BCC 11; *op. cit.* Hannigan, lk 146; Prantsusmaa: Cass com, 02.11.2005, kohtuasi nr 02-15895.

²⁹ T. Jõesaar. Plaan: maksuvõlglaste ärikeelu alla. – *Eesti Päevaleht*, 30.10.2012. Arvutivõrgus: <http://www.epl.ee/news/eesti/taismahus-plaan-maksuvõlglaste-arikeelu-alla.d?id=65186044> 13.02.2013.

kaalutakse kehtiva tegevus- ettevõtlus- ja ärikeelu kõrvale mingit laadi täiendava tsiviiltõkendi loomist, mille sisu oli algse idee kohaselt selles, et kui juhatuse liige pole enda kohustusi täitnud, saaks tema suhtes rakendada tõkendit olla juhatuse liige. Maksu- ja tolliameti seisukoht meedias oli, et äriühingu juhatuse liikmetele, kes on tekitanud maksuvõla, kohalduks haldustõkendina keeld juhatuse liikmetena tegutsemiseks³⁰. Pankrotihaldurite ja kohtutäiturite seisukohta näis väljendavat Andres Hermeti kommentaar: „Sellesama võimaliku haldusõigusliku ärikeeluga kasvab nende isikute arv, kes ei või enam olla juhatuse liikmed, nii suureks, et tankistiteenus läheb nii kalliks, et ettevõtja hakkab mõtlema, kas riskib niisuguste käikudega või mitte³¹“. Tegemist pole aga lõpliku ideega ja siinkirjutajale teadaolevate andmete põhjal on plaan siiani alles väljatöötamisel. Regulatsiooni eesmärgina toodi välja vajadus:“ /.../ leida vahendeid, mis mõjutaksid juhatuse liikmeid enda kohustusi täitma: arvestama jooksvalt maksevõimet, jälgima, et netovara oleks piisaval tasemel, ja probleemide korral esitama õigel ajal pankrotiavalduse³²“.

Eesti kehtiva regulatsiooni ja kohtupraktika³³ kohaselt rakendatakse äri-, ettevõtlus- või tegevuskeeldu üksnes formaalsetele juhatuse liikmetele³⁴. See tähendab, et neil vähestel juhtudel, kui otsustatakse isikule ärikeeld määrata, saab seda kehtiva seadusandluse ja kohtupraktika pinnalt rakendada variisiku–tankisti olukorras üksnes tankisti suhtes. Variisikuid ehk faktilisi ühingujuhte saab teoreetiliselt vastutusele võtta ÄS §-de 167¹ ja 289² alusel äriühingu tegevuse mõjutamise eest³⁵, ent tundub, et praktikas see ei toimu, vähemalt puudub andmebaasides sisuline kohtupraktika³⁶.

Üheselt on selge, et nii tsiviil- karistus- kui ka maksuõigust puudutav problemaatika eksisteerib ja senised lahendused pole jätkuvate kuritarvituste taustal piisavad. Samas ei saa

³⁰ *Op. cit.* Jõesaar.

³¹ Kohtutäiturite ja pankrotihaldurite koja juhatuse esimehe Andres Hermeti komm *op. cit.* Jõesaare artiklile.

³² *Op. cit.* Jõesaar.

³³ Aktuaalne problemaatika: A. Tubin. Menetlusjärgne ärikeeld: kas pankrotiõiguslik piirang või karistusõiguslik lisakaristus?. – *Juridica* 2012/VI, lk 447–449. Ärikeeldude rakendamise praktika Eestis: M. Vutt. Ärikeeld pankrotimenetluses. Kohtupraktika analüüs. Tartu: 2009. Arvutivõrgus kättesaadav pdf-na: <http://www.riigikohus.ee/?id=1252> 13.02.2013.

³⁴ Kuigi subjektide ring, kelle suhtes saab keelde rakendada, määratakse vormiliste kriteeriumide alusel, siis näiteks tegutsemiskeelu enda kohaldamisala määramisel kasutatakse majanduslik-faktilist lähenemist. RKKKo: „äriühingu tegelik juhtimine hõlmab ka ühingu organite liikmete nõustamist juhtimisotsuste tegemisel olukorras, kus nõustaja positsiooni ja mõju arvestades on nõuannete järgimise tõenäosus väga suur (nt juhul kui nõuandja näol on tegemist äriühingu enamusosaniku või –aktsionäriaga. /.../ Vt lähemalt RKKKo 3-1-1-34-07 p 7.1–7.6.

³⁵ Vrdl Saksmaal on AG juhatuse või nõukogu liikme tahtliku mõjutamise eest ette nähtud kahju hüvitamise kohustus § 117 lg 1 AktG mõttes. GmbH-de puhul sarnast alust pole, kohaldub üldine heade kommete vastasest käitumisest tulenev vastutus § 826 BGB mõttes. Vt ka A. Schall. § 117, komm 1. – G. Spindler, E. Stilz (Hrsg). Kommentar zum Aktiengesetz. 2. Auflage, 1. Band. München: C. H Beck 2010. Vt AktG – Saksamaa aktsiaseltsiseadus *Aktiengesetz* BGBI. I S. 1089 – BGBI. I S. 2751. Arvutivõrgus: <http://www.gesetze-im-internet.de/aktg/index.html> 01.04.2013. BGB – Bürgerliches Gesetzbuch BGBI. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738 – BGBI. I S. 831. Arvutivõrgus: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html> 01.04.2013.

³⁶ Sätteid on lahendites üksnes mainitud. Kohtupraktika ÄS § 167¹: TMKm 03.06.2010, 2-09-63460, asjaolude p 6. Kohtupraktika ÄS § 289² kohta: RKKo 3-2-1-7-10 p 29; VMKm 30.06.2008, 2-08-15369, asjaolude p 13.

siinkirjutaja eelpool välja pakutud lahendusvariandiga nõustuda. Lahendus Eesti kontekstis olulisele fiktiivsete äriühingute ja tankistide probleemide ringile ei peitu uue tsiviiltökendi välja töötamises, eriti juhul kui seda kavandatakse kohaldada üksnes formaalsete juhatuse liikmete suhtes. Nii ei saa nõustuda ka pankrotihaldurite koja juhatuse esimehe, Andres Hermeti seisukohaga, nagu vähendaks tankistidele uue sanktsiooni rakendamise võimalus tankistide kasutamise ja vastutusest vabanemise konstruktsioonide kasutamist majanduskäibes. Pigem on teiste riikide praktika³⁷ näidanud, et ärikeeldude määramise võimalus suurendab vastutusest vabanemise konstruktsioonide arvu. Kuni faktiliste ühingujuhtide tegevuse piiramine tegelikkuses ei toimi, pole ka probleemile pakutud lahendused efektiivsed ja regulatsioon siinkirjutaja hinnangul oma eesmärgi ei saavuta. Põhirõhk peaks formaalselt ametisse määratud juhatuse liikmetele ehk tankistidele keeldude rakendamise asemel nihkuma sellele, et oleks efektiivselt võimalik vastutusele võtta faktilisi ühingujuhte ehk need isikuid, kes tegelikkuses vastutuse vältimise skeemide taga on. Seda lähenemist on mõistlikuks peetud ka saksa võrdlevas õiguskirjanduses³⁸.

Töö hüpotees on, et faktilisi ühingujuhte saab Eestis ka tsiviilõiguslikult vastutusele võtta. Töö teema valik on ajendatud soovist teoreetiliselt läbi töötada, kuidas võiks faktiliste ühingujuhtide tsiviilõigusliku vastutuse rakendamine Eestis efektiivselt toimida. Kuigi karistusõiguslikku vastutust Eestis tunnustatakse³⁹, on tsiviilõiguslik vastutus ebaselge ja teoreetiliselt läbi töötamata. Intuitiivne on eeldada, et karistusõiguslike sanktsioonide kõrval on faktilistelt ühingujuhtidelt võimalik nõuda ka kahju hüvitamist, ent kuidas ja millisel alusel see – eriti variisikute kontekstis – toimuma peaks pole selge. Vastutuse teoreetiliste aluste selgitamiseks on töös esmalt käsitletud laiemalt faktilise ühingujuhi mõistet ja piiritletud kes ja milliste kriteeriumide alusel mõiste alla liigituvad. Teiseks on analüüsitud, milline õigussuhe ja millised kohustused faktilisel ühingujuhil eelkõige suhtes äriühinguga tekkida võiksid (2.1). Samuti on uuritud vastutuse rakendumise mehhanisme Eestis ja võrdlusriikides.

Tähelepanu ei saa pööramata jätta aga sellele, et kuigi eeltoodud problemaatikale saaks majanduslik-faktilise lähenemise ja faktilise ühingujuhi instituudi kaudu lahendusvariandi pakkuda, tuleb seejuures arvesse võtta instituudi rakendamisega kaasnevat tsiviil- kui karistusõiguslikku kriitikat. Karistusõiguslikust aspektist on saksa õiguskirjanduses⁴⁰ välja toodud, et ühest küljest on faktilise ühingujuhi instituut kriminaalpoliitiliselt mõttekas, ent

³⁷ *Op. cit.* Münch Komm BGB, eelmärkus §-dele 164–181, komm 24–27, allmärkus nr 38, RG JW 1938, 2837; BGH VIII ZR 154/57 = NJW 1959, lk 332; BGHSt 1984, 461; BGHSt 3, 32; BGH II ZR 225/91 = NJW 1992, lk 2023; BGH XI ZR 19/94 = NJW 1995, lk 727.

³⁸ *Op. cit.* Lutter, lk 277.

³⁹ *Op. cit.* Kairjak, lk 540–541. Vt ka RKKKo 3-1-1-85-01 p 9; RKKKo 3-1-1-12-03 p 9.3; RKKKo 3-1-1-61-09 p 36–38.4.

⁴⁰ *Op. cit.* Dierlamm, lk 153–157; *Op. cit.* Stein, lk 194–196.

teisalt ka küsitav, kui õigusriigi ja õiguskindluse põhimõtetega seonduvatele vastuväidetele piisavalt tähelepanu ei pöörata. Peamine eesti ja saksa õiguskirjanduses toodud probleemide ring seondub karistusõiguse aspektist määratletuspõhimõtte, analoogiakeelu ja erisubjektsust eeldavate koosseisude temaatikaga⁴¹. Tsiviilõiguslikult võivad majanduslik-faktiline lähenemine ja faktilise ühingujuhi vastutuse jaatamine kaasa tuua riive õigusselgusele ja tekitada küsimuse vastutuse ja kahju hüvitamise kohustuse ettenähtavusest. Raskusi tekitab ka äriühingu juhtimise defineerimine⁴², samuti piiritlemisprobleem muudest ühingu tegevust korraldavate isikutest, nagu nõuandjad, prokuristid ja likvideerijad (1.3).

Magistritöö koosneb kahest peatükist. Esimeses peatükis antakse võrdlev ülevaade faktilise ühingujuhi instituudist. Esiteks, analüüsitakse faktilise ühingujuhi mõistet ja selle arengut kohtupraktikas. Teiseks, tuuakse välja erinevad piiritlemisvõimalused teistest lähedastest instituutidest juhatuse liikme mõiste laiendava tõlgendamise kontekstis. Kolmandaks, analüüsitakse kohtupraktikas ja õiguskirjanduses toodud kriteeriume, mille alusel faktilist ühingujuhti kindlaks määrata. Teises peatükis analüüsitakse faktilise ühingujuhi õigussuhteid, kohustusi ja vastutust. Eesti kehtiva õiguse ja kohtupraktika kõrval tuuakse välja ka alternatiivsed laiendava tõlgendamise variandid.

Käesolevas töös on peamiselt kasutatud võrdlevat meetodit, kuivõrd Eestis on faktilise ühingujuhi instituudi täpsem määratlus alles arenemisjärgus. Eesti õiguse vastavat regulatsiooni ja kohtupraktikat on võrreldud eelkõige Saksamaa⁴³, Suurbritannia⁴⁴ ja Prantsusmaa⁴⁵ nii era-, avaliku- kui ka karistusõiguse valdkonnas kujundatud käsitlustega. Võrdluse alus on eri riikide seadused ja kohtupraktika. Normide tõlgendamise ja rakendamise praktilise aspektide täpsustamiseks on uuritud ka vastavate seaduste kommentaare, õiguskirjandust, varasemaid võrdlevaid õiguslaseid uurimusi ja akadeemilisi töid.

Sooviksin tänada juhendajat prof Irene Kulli, kes aitas materjali sisulise korrastamise ja asjalike märkustega kaasa magistritöö valmimisele.

⁴¹ *Op. cit.* Kairjak, lk 547.

⁴² Aktuaalne on praegu Autorollo OÜ kaasus, vt R.Veskioja. Kohtulahend kõigutab Pentus-Rosimannuse argumenti Autorollo juhtimise kohta. – Eesti Päevaleht, 18.01.2013. Arvutivõrgus: <http://www.epl.ee/news/eesti/kohtulahend-koigutab-pentus-rosimannuse-argumenti-autorollo-juhtimise-kohta.d?id=65547648> 01.02.2013.

⁴³ *Op. cit.* Fleischer GmbH; *op. cit.* Strohn; *op. cit.* Haas NZI; *op. cit.* Stein. KrK: BGHSt 46, 62, 64, BGHSt 3, 32; BGHSt 21, 101; BGHSt 31, 118; BGH 1 StR 736/83 = StV 1984, 461; BayObLG 5 St RR 159/96 = NJW 1997, lk 1936; BGHSt 52, 182, 186. TsK: BGHZ 104, 44; BGHZ 146, 264; BGHZ 150, 61, 69. Maksuõiguses: FG Hamburg 4 K 191/06 = BeckRS 2008, 26025857; BFH VII R 38/94 = DStR 1995, lk 765.

⁴⁴ Variisik algselt sätestatud juba *Companies Act* 1985 (CA 1985); legaaldefiniitsioon *Companies Act* 2006 (CA 2006) art 251 lg 1. *De facto* juhatuse liikme määratlus kohtuasjas Hydrodam (Corby) Ltd, Re [1994] BCC 161, 163. *Companies Act* 1985 (CA 1985). Arvutivõrgus: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/6/enacted/01.04.2013>. Kehtivas õiguses on varidirektori legaaldefiniitsioon on antud CA § 251 lg-s 1. *Companies Act* 2006 (CA 2006). Arvutivõrgus: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents> 01.04.2013.

⁴⁵ *Op cit* Lutter (toim), lk 180–185, vt viited lähenditele Cass crim 11.04.1983, Rev sociétés 1983, 817; Cass com 18.05.1981, Bulletin civil IV, nr 240, lk 180; Cass com 04.03.2003 RJDA 2003, lk 645 nr 724.

1. Faktilise ühingujuht kui tsiviilõigusliku vastutuse subjekt

1.1. Faktilise ühingujuhi mõiste ja õiguslik tähendus

1.1.1. Faktilise ühingujuhi mõiste

Eesti õiguskirjanduses on faktilise ühingujuhi mõistet käsitletud vähesel määral ja karistusõiguslikust perspektiivist. Faktilisi ühingujuhte on defineeritud kui isikuid, kes formaalselt pole küll juhatuse liikmed, ent tegelikkuses juhivad ühingut kas formaalse juhatuse liikme kõrval või siis täies ulatuses iseseisvalt⁴⁶. Eesti õiguskirjanduses on definitsioonina välja pakutud, et faktilise ühingujuht on teovõimeline isik, kes tegutseb tegelikkuses ühingu jaoks kui organ, olemata formaalselt ühingujuhiks – juhatuse liikmeks – määratud⁴⁷.

Faktilise ühingujuhi mõiste on üldiselt kasutusele võetud ja välja arendatud kohtupraktikas. Eesti kohtupraktikas faktilise ühingujuhi terminit otsesõnu ei kasutata ja instituut tundub – eriti tsiviilõiguses – olevat teiste riikidega võrreldes alles kujunemisjärgus. Kokkuvõtvalt on teiste riikide kohtupraktika arenedes liigutud kehtetult ametisse nimetatud ja endiste juhatuse liikmete vastutuse juurest variisik–tankist konstruktsioonide, äriühingu tegevust mõjutavate isikute ja ema- ja tütarettvõtete suheteni. Riigikohtu lahendites on seevastu siiani analüüsitud peamiselt endiste juhatuse liikmete vastutust ja õigussuhteid. Seejuures, kui kriminaalkolleegiumi lahendites on faktiliselt ühingut juhtinud isikute vastutus mõneti enam seotud faktiliste asjaoludega, siis tsiviilkolleegiumi otsustes lähtub endiste juhatuse liikmete vastutus ametiajast mitte faktilistest kriteeriumidest.

Riigikohtu kriminaalkolleegiumi lahendites on ühingu endised juhid juhatuse liikmetega võrdsustatud, vaatamata sellele, et neil teo toimepanemise ajal volitused puudusid. Samuti on kriminaalkolleegium varasemalt väljendanud, et võltsitud dokumentide alusel moodustatud äriühingu majandustegevuse ja raamatupidamise eest vastutavate isikute kindlaksmääramisel ei saa piirduda ÄS-s ja äriühingu asutamisdokumentides märgituga, vaid peab vältimatult analüüsima ka seda, kuidas ja kes tegelikult juhtis äriühingu tegevust⁴⁸. Hilisemates kriminaal- ja tsiviilkolleegiumi lahendites on lähenemist kitsendatud. Kuigi kriminaalkolleegiumi lähenemine on endiselt mõneti laiem, on viidatud ka tsiviilkolleegiumi kitsendavale käsitlusele⁴⁹. Tsiviilkolleegium on rõhutanud, et juhatuse liikme volituste tähtaegsel lõppemisel ei piisa volituste esinemise jaatamiseks vaid sellest, et juhatuse liige faktiliselt jätkab juhatuse liikmena tegutsemist. Juhatuse liikme ametiaega ei saa pidada pikenenuks üksnes seetõttu, et isik jätkab tegutsemist juhatuse liikmena. Nimetatud reeglist

⁴⁶ *Op. cit.* Kairjak, lk 540.

⁴⁷ *Op. cit.* Kairjak, lk 541, ka allmärkus nr 10.

⁴⁸ *Op. cit.* Kairjak lk 540–541; vt ka RKKKo 3-1-1-12-03 p 9.3; RKKKo 3-1-1-85-01 p 9.

⁴⁹ RKKKo 3-1-1-61-09, p 37.

on kohus teinud kaks erandit: osanike otsusega pikendatakse juhatuse liikme ametiaega tagasiulatuvalt, juhatuse liikme seisundit kinnitatakse majandusaasta aruande kinnitamisega⁵⁰. Seega võiks kohtupraktika alusel faktilise ühingujuhi mõiste alla kuuluda peamiselt üksnes endised juhatuse liikmed, kelle ametiaega pikendatakse osanike tagasiulatuva otsusega või majandusaasta aruandega.

Teiste riikide kohtupraktikas hõlmab faktilise ühingujuhi instituut märksa laiemat kohaldumisala. Saksa õiguses faktilise ühingujuhi (*faktischer Geschäftsführer*), küll kasutatakse terminit BGH tasandil nii tsiviil- kui kriminaalkohtu praktikas. Sealjuures on Saksamaal aktsiaseltside (edaspidi AS) – *Aktiengesellschaft* (edaspidi AG) – kontekstis käibel eritermin: *faktisches Organ*. Varasem on kriminaalkolleegiumi praktika – mis ulatub tagasi juba 19. sajandisse⁵¹. Üldise lähenemise kohaselt on faktiline ühingujuht isik, kes vaatamata sellele, et ta pole juhatuse liikmeks määratud, juhatuse liikme ülesandeid täidab. Sarnane lähenemine on ka šveitsi õiguses⁵². Saksa praktikas tunnustati faktilist ühingujuhtimist algselt kitsalt üksnes juhul, kui isiku formaalne juhatuse liikmeks määramine on aset leidnud, kuid see on vastuolu tõttu tsiviilõiguse reeglitega kehtetu⁵³. Seesugust kitsast tõlgendust on aga hilisemas kohtupraktikas oluliselt laiendatud. BGH tsiviilkolleegiumi praktika rõhuasetus on kõikide asjaolude tervikpildi hindamisel. Faktiline ühingujuht on isik, kelle tegevuse tervikpilti hinnates nähtub, et lisaks kestvale mõjule, mida isik avaldab formaalsele ühingujuhtimisele sisesuhtes, on ta olulisel määral enda kätte võtnud ühingu saatuse kujundamise ka välissuhtes⁵⁴. Kusjuures pole vajalik, et formaalselt ühingut juhtivad isikud oleksid täies ulatuses kõrvale jäetud ja faktilise ühingujuhtimisega asendatud⁵⁵. Konkreetsetes kohtuasjas kujundab otsustuse see, kuidas igal üksikjuhtumil väidetava faktilise ühingujuhi pädevust ja positsiooni puudutavad asjaolud ühingu suhete raames välja näevad. Faktiline ühingujuht on isik, kelle pädevus ja positsioon viitavad talle kui ühele kõige olulisemaid otsuseid langetavale ühingujuhile⁵⁶. Eesti äriühingu tegevuse mõjutaja vastutuse ÄS § 167¹ ÄS § 289² paralleelnorm Saksamaal on AG-de puhul § 117 AktG. Saksa piiratud vastutusega

⁵⁰ RKTko 3-2-1-65-08, p-d 32–36; RKTko 3-2-1-92-08, p 11; RKTko 3-2-1-152-08 p 12–14;; RKTko 3-2-1-124-09 p 25; RKTko 3-2-1-46-12 p-d 9, 13–14; vt ka *op. cit.* Papp/Shipova.

⁵¹ *Op. cit.* Dierlamm; vt ka *op. cit.* saksa KrK praktika.

⁵² Art. 753/4 OR; kohtupraktika: BGE 107 II 353; BGE 112 II 185; BGE 114 V 218; BGE 117 II 432; BGE 122 III 225; BGE 124 III 418.

⁵³ *Op. cit.* Dierlamm: RGSt 16, 269; RGSt 34, 412; RGSt 43, 407; RGSt 43, 430; RGSt 64, 81; RGSt 71, 112; RGSt 72, 187; RG JW 1934, 696; RGSt 1935, 2640. Hilisem: BayObLG 5 St RR 159/96 = NJW 1997, lk 1936.

⁵⁴ BGHZ 150, 61, 69; BGHZ 104, 44, 48.

⁵⁵ G. Wißmann, § 82, komm 44. Münchener Kommentar zum GmbHG. 1. Auflage, 3. Band. München: C. H. Beck 2011. BGHZ 150, 61, 69; BGH II ZR 113/03 = NZG 2005, 755; BGH II ZR 235/03 = NZG 2005, lk 816; BGH II ZR 291/06 = DSrR 2008, lk 1245, 1246; OLG Hamburg 11 U 148/08 = BauR 2010, lk 639, 641.

⁵⁶ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG, § 82, komm 44, BGHSt. 31, 118, 120.

äriühingute (edaspidi GmbH) osas eraldi säte puudub ja vastutuse alus on üldine heade kommete vastasest käitumisest tulenev kahju hüvitamine § 826 BGB mõttes⁵⁷.

Suurbritannias on faktilise ühingujuhi instituudist rääkides käibel kaks terminiti – varidirektor (*shadow director*) ja *de facto* juhatuse liige (*de facto director*) –, mis on kohtupraktikas olnud mõneti kattuvad. Varidirektori legaalse definitsioon võeti esimesena kasutusele 1985. aasta *Companies Act*⁵⁸ (edaspidi CA). Kehtiva 2006. aasta CA kohaselt on varidirektor isik, kelle suunistest ja juhustest lähtuvalt on juhatuse liikmetel harjumus tegutseda. Kontseptsioonile peeti varasemas kohtupraktikas iseloomulikuks, et varidirektor varjab end teiste isikute taha (*lurking in the shadows*), ise juhatuse liikme positsioonile pretendeerimata. Ühe kitsendusena on sätestati ning on käibel siiani, et professionaalne nõuandmine üksi isikut varidirektoriks ei tee⁵⁹. Kohtupraktika arenedes pole teiste isikute taha varjumist enam olemuslikuks tingimuseks peetud⁶⁰, olemuslik on isiku pädevus ja reaalne tegevus ühingu juhtimisel. See on kaasa toonud kontseptsioonide segunemise. Kui varasemas kohtupraktikas öeldi, et varidirektori ja *de facto* juhatuse liikme kontseptsioonid on üksteist välistavad ja oleks häbiväärne neid mitte eristada, siis kohtupraktika arenedes leiti, et isik võib samaaegselt olla nii varidirektor kui ka *de facto* juhatuse liige⁶¹. Küll on välja töötatud kriteeriume, mille alusel erinevaid kontseptsioone eristada⁶².

Erinevalt varidirektorist Suurbritannias *de facto* juhatuse liikme legaalse definitsiooni ei leidu, küll on viimast puudutav kohtupraktika pikaajaline⁶³. Algselt kuulusid *de facto* juhatuse liikmete kategooriasse kohtupraktikas kitsalt isikud, kes on reeglitevastaselt või kehtetult ametisse nimetatud või jätkanud juhatuse liikmena tegutsemist ka pärast tagasikutsumist⁶⁴. Hiljem välja arendatud laiendava tõlgenduse kohaselt on *de facto* juhatuse liige isik, kes

⁵⁷ *Op. cit.* Spindler/Stilz AktG komm. § 117, komm 1.

⁵⁸ *Companies Act* 1985 (CA 1985), oli seda mainitud eelkõige §-des 232, 234, 288, 298, 300 peamiselt seoses äriühingu maksejõuetuse ja ärikeeldude määramisega. Samuti *Insolvency Act* 1986 (IA 1986) § 214 lg 7. *Insolvency Act* 1986 (IA 1986) Arvutivõrgus: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45_01.04.2013. Kehtivas õiguses (CA 2006) on varidirektori legaalse definitsioon on antud CA § 251 lg-s 1.

⁵⁹ Kaytech International plc [1999] BCC 390, 402; Secretary of State for Trade and Industry v Deverell [2000] BCC 1057.

⁶⁰ Secretary of State for Trade and Industry v Deverell [2000] BCC 1057.

⁶¹ Hydrodam (Corby) Ltd (1994) BCC 161; Ultraframe (UK) Ltd v Fielding [2006] F.S.R 17; Holland v Revenue & Customs [2011] B.C.C. 1.

⁶² Ultraframe (UK) Ltd v Fielding [2006] F.S.R 17; Holland v Revenue & Customs [2011] B.C.C. 1.

⁶³ Lo-Line Electric Motors Ltd [1988] Ch 477; Kaytech International plc [1999] BCC 390.

Hydrodam (1994) BCC 161; Secretary of State for Trade and Industry v Tjolle [1998] BCC 282; Ultraframe (UK) Ltd v Fielding [2006] F.S.R 17; Gemma Ltd v Davies [2008] BCC 812 p 42; Holland v Revenue & Customs [2011] B.C.C. 1; *Op. cit.* Hannigan, lk 143–146; Murray v Bush (1873) LR 6 HL 37; Mahony v East Holyford Mining Limited (1875) LR HL 869; Morris v Kanssen [1946] AC 459.

⁶⁴ N. Briggs, H. Sims. Identifying *de facto* directors after paycheck. Guildhall Chambers, 2011. Arvutivõrgus: http://www.guildhallchambers.co.uk/uploads/docs/section9/Identifying-de-facto-directorsafterPaycheck_NickBriggs_HughSims_June2011.pdf 01.04.2013; *Op. cit.* Hannigan, lk 143–146; Foss v Harbottle (1843) 2 Hare 461; Ultraframe (UK) Ltd v Fielding [2006] F.S.R 17; Hydrodam (Corby) Ltd (1994) BCC 161; Windows West Ltd [2002] BCC 760; Promwalk Services Ltd [2002] EWHC 2688 (Ch); [2003] 2 BCIC 305.

käitub eesmärgipäraselt juhatuse liikmena ja keda sellisena ka koheldakse, kuigi teda pole kunagi tegelikult või kehtivalt juhatuse liikmeks nimetatud⁶⁵. *De facto* juhatuse liige on osa ühingu juhtimise struktuurist ja ta on endale võtnud juhatuse liikme staatuse, funktsioonid ja vastutuse⁶⁶. Eesti seadustes sarnast eristust ei tehta ja selle osas puudub ka relevantne kohtupraktika, arutleda võiks, kumma kontseptsiooni alla liigituks äriühingu tegevuse mõjutaja vastutus. Uurimustes on pakutud, et ÄS §-de 167¹ ja 289² rakenduvad *de facto* ühingujuhile, samas on sätte mõttel rohkem ühist varidirektor käsitlusega⁶⁷ (2.1.3.1).

Prantsusmaal võeti seoses ühingute maksejõuetust puudutava seadusega 1985. aastal⁶⁸ formaalse juhatuse liikme (*dirigéant de droit*) mõiste kõrval kasutusele ka faktilise ühingujuhi (*dirigéant de fait*) termin. Õiguskirjanduse ja kohtupraktika kohaselt on faktiline ühingujuht isik, kes oma tegevusega otseselt või mingi isiku vahendusel sekkub korraldamise ja juhendamise sõltumatult ja iseseisvalt ühingujuhtimisse formaalsete organite kõrval või asemel⁶⁹. Sätte rakendub kõikidele isikutele, kes juhivad ühingu asjaajamist omamata formaalse juhatuse liikme staatust. Faktilise ühingujuhil peab seejuures olema võim sekkuda, üksnes ühingu tegevuse jälgimise korral sekkumise võimaluseta faktilise ühingujuhtimist jaatada ei saa⁷⁰.

Prantsusmaaga sarnastes õiguskordades on samuti kasutusel faktilise ühingujuhi instituut. Hispaanias on sätestatud, et isik, kes käitub faktilise ühingujuhina (*administrador de hecho*) on ühingu, osanike ja võlausaldajate ees isiklikult vastutav õigusvastase tegevusega tekitatud kahju hüvitamise ees⁷¹. Itaalias keskendutakse faktiliseks ühingujuhiks (*amministratore di fatto*) kvalifitseerimisel sellele, millisele sarnasele ametipositsioonile vastavad isiku täidetud konkreetsed juhtimisülesanded⁷². Itaalia kassatsioonikohus on rõhutanud, et faktilise

⁶⁵ Definitsioon, esimene laiendav tõlgendus kaasuses: Lo-Line Electric Motors Ltd [1988] Ch 477; vt ka p 1.2.2.

⁶⁶ Holland v Revenue & Customs [2011] B.C.C. 1.

⁶⁷ K. Madisson. Duties and liabilities of company directors under German and Estonian law: a comparative analysis. Research nr 7. Riga: Riga Graduate School of Law 2012, lk 14–16, 23.

⁶⁸ Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, art 180. Arvutivõrgus: <http://legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?cidTexte=JORFTEXT00000693911&idArticle=LEGIARTI000006401462> 13.03.2013.

⁶⁹ F. Billet, A. Descamps, B. Herman. Etude comparative de la responsabilité des dirigeants d'entreprises en faillite. Université Sorbonne-Panthéon, DEA de Droit Economique Francophone, 2004-2005; Cass com 04.03.2003 RJDA 2003, lk 645, nr 724; Cass crim 08.06.1999, kohtuasi nr 98-85228; N. Dedessus-le-Moustier. La responsabilité du dirigeant de fait. – Rev sociétés 1997, lk 498 (viidatud: *op. cit.* Lutter (toim)); Cass com, 10.10.1995, kohtuasi nr 93-15553; Cass com 25.01.1994, kohtuasi nr 91-20.007; Cass crim 03.06.1991 kohtuasi nr 89-86929; G. Notté. Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé. Paris, 1978 (viidatud: *op. cit.* Lutter (toim)); J.-L. Rives-Langes. La notion de dirigeant de fait du sens de l'article 99 de la loi du 13. juillet 1967. 1975, lk 41 (viidatud: *op. cit.* Lutter (toim)).

⁷⁰ A. Loos, M. de Avellez Pereira. Directors' Liability: A Worldwide Review. Alpen an den Rijn: Kluwer Law International and International Bar Association 2006, lk 277, 283.

⁷¹ *Op. cit.* Fleischer Münch Komm, kamm 243; vt viide õigusaktile – Ley de Sociedades Anonimas (LSA) art 133.2.

⁷² A. Maura. La responsabilità civile e penale degli amministratori e dei sindaci. Nuovi problemi e questioni controverse alla luce della giurisprudenza civile e penale della riforma del diritto societario. Avellino: Halley

ühingujuhtimise jaatamiseks peab juhtimisülesannete täitmine olema süstemaatiline⁷³. Belgias on sarnaselt Prantsusmaale rõhutatud tunnuseks sekkumisvõimaluse olulisust⁷⁴.

Kokkuvõtvalt võib öelda, et kohtupraktika suundumus teistes riikides on liikunud kitsalt tõlgenduselt laiemale tõlgenduse suunas. Ühisena võib eri riikide faktilise ühingujuhi mõiste juures välja tuua, et ta on isik, kes tegeleb ühingujuhtimisega, kuigi teda pole kunagi või pole kehtivalt juhatuse liikmeks määratud. Sealjuures peab faktilisel ühingujuhil olema funktsionaalselt võimalus kujundada ühingu vastuvõetavaid otsuseid.

1.1.2. Faktilise ühingujuhi instituudi õiguslik tähendus

Peamised õiguslikud küsimused instituudi rakendamisel eri õigusharudes on samad – mille alusel teha kindlaks, et tegemist on faktilise ühingujuhiga, kuidas piiritleda faktilist ühingujuhtimist sarnastest olukordadest ja kui lai kohaldamisala peaks instituudil olema (1.3). Faktilise ühingujuhi instituudi rakendamist on õigusharude-ülevalt motiveeritud üheselt: kui isik tegutseb faktiliselt nagu juhatuse liige, olemata formaalselt selleks määratud, peab ta ka enda tegevuse eest vastutama nagu juhatuse liige.

Faktilise ühingujuhi instituudi kohaldamise eesmärk majanduslik faktilise lähenemise kontekstis, on välistada olukorrad, kus isikud vabanevad vastutusest tegelike ühinguiseste suhete teadliku varjamise abil⁷⁵. Samuti toetada, et ühingu juhtivate isikute vastutust puudutav regulatsioon vastaks majanduskäibe tegelikkusele. Vajalik on, et ühingu juhtimine oleks läbipaistev, et välditud oleks faktilise ühingujuhtimisega kaasnevat ühingu juhtimisotsuste langetamise ja vastutuse ebakõla ning et ei kaoks formaalse juhatuse liikme positsiooniga kaasnev kaudne võlausaldajate kaitse⁷⁶. Seevastu oleksid soovimatud olukorrad, kus isikud, kes ühingu tegevust ei kujunda, vastutaksid sündmuste eest, mille üle neil tegelik kontroll nii õiguslikult kui faktiliselt puudub⁷⁷. Seetõttu on vajalik analüüsida, kui lai peaks olema faktilise ühingujuhi instituudi kohaldamisala ja kuidas piiritleda neid nõuandjatest, prokuristidest ja likvideerijatest. Piiritlemine on hinnanguline. Karistusõiguslikust aspektist on öeldud, et õiguspoliitiline küsimus on, kas selge majanduskäibest tulenev vajadus kaalub

Editrice Srl 2007, lk 55. Vt viide õiguslikule alusele AS kontekstis Itaalia tsiivilkoodeksi – *Codice Civile* art 2380 jj. Itaalia tsiivilkoodeks – *Codice Civile* 16 marzo 1942, n. 262 – Legge 11 dicembre 2012, n. 220. Arvutivõrgus: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=34794> 01.04.2013.

⁷³ *Op. cit.* Maura, lk 58; vt lähemalt Cass civ 27.02.02, otsus kohtuasi nr 2906.

⁷⁴ *Op. cit.* Geens, Hopt, lk 48; *op. cit.* Loos, lk 323. Sekkumisvõimalusest lähemalt Philip R. Wood. *Principles Of International Insolvency*. London: Sweet & Maxwell 2007.

⁷⁵ *op. cit.* Kairjak; vt ka sissejuhatus;

⁷⁶ *Op. cit.* Haas NZI, lk 494.

⁷⁷ *Secretary of State for Trade and Industry v Tjolle* [1998] BCC 282.

üles karistusõiguse süsteemi koherentsuse ja stabiilsuse⁷⁸. Samuti on õiguspoliitiline otsus see, milliseid konkreetseid isikuid peaks faktiliste ühingujuhtidena üldse vastutusele võtma.

Nii Eestis kui ka võrdlusriikides on faktilise ühingujuhi instituudi areng saanud alguse karistusõiguslikust kohtupraktikast. Eesti õiguskirjanduse⁷⁹ kohaselt on faktilise ühingujuhi instituudil karistusõiguslikust aspektist tähendus karistusseadustikus (edaspidi KarS⁸⁰) sätestatud omastamise, ebaseadusliku majandustegevuse ja ärikeelu rikkumise koosseisude eest KarS § 201, 372 ja 373 mõttes. Faktilise ühingujuhi instituut omab tähtsust ka karistusõiguslikult sanktsioneeritud maksusüütegude puhul, nagu maksuhaldurile andmete esitamata jätmise KarS § 389¹ mõttes.

Avalikus õiguses võiks faktilise ühingujuhi instituut olla oluline maksuõiguse valdkonnas. Kuigi täpsemad alused ja kriteeriumid on vaieldavad, võiks faktilise ühingujuhi instituudi kohaldamine olla Eestis kontekstis relevantne vastutusotsuse⁸¹ tegemisel. Maksukorralduse seaduse (edaspidi MKS⁸²) § 40 lg 1 võimaldab teha MKS §-s 8 sätestatud kohustuste tahtliku või raskelt hooletu rikkumise korral juriidilise isiku seadusliku esindaja või vara valitseja suhtes vastutusotsuse, mille kohaselt on isik maksuvõla eest solidaarselt maksukohustuslasega vastutav. Vaieldav on küll, kas MKS § 40 lg 1 ka endiste juhatuse liikmete ja laiemalt faktiliste ühingujuhtide suhtes kohaldub. Eesti õiguskirjanduses on pakutud välja, et MKS § 40 lg 1 peaks kohalduma üksnes formaalsetele juhatuse liikmete ehk seaduslike esindajate suhtes⁸³ ning sättes ei käsitleta olukorda, kus äriregistrisse on kantud tankist ja tegelikkuses juhivad äriühingut variisikud. Samas on võimatu mööda vaadata praktilisest vajadusest vastutusotsuseid ka faktilistele ühingujuhtidele teha.

Tsiviilõiguses on peamised eesmärgid ühingu, selle osanike ja võlausaldajate kaitse⁸⁴ ning vastutusest pääsemisele suunatud konstruktsioonide vältimine⁸⁵. Eelkõige omab faktilise ühingujuhi instituut tähendust olukordades, mil juhatuse liikmed püüavad isiklikust vastutusest pääseda väitega, et nende juhatuse liikmeks määramine on kehtetu, ka seoses endiste juhatuse liikmetega ja variisikutega, kes kujundavad ühingu tegevust teiste isikute ehk tankistide kaudu. Tsiviilõiguslik lisaküsimused seonduvad kahju hüvitamise nõudega ning faktilise ühingujuhi kohustuste ulatusega. Kohustuste ulatuse osas erineb tsiviilõiguslik

⁷⁸ *Op. cit.* Kairjak, lk 547.

⁷⁹ *Op. cit.* Kairjak, lk 544 jj.

⁸⁰ Karistusseadustik RT I 2001, 61, 364 – RT I, 20.12.2012, 3.

⁸¹ K. Lorents, V. Lopman. Vastutusotsus Äriühingu juhatuse liikme maksuõiguslik vastutus äriühingu maksuvõla eest. – *Juridica*, 2013/II, lk 118–127. K. Lorents. Vastutusotsus: juhatuse liikme vastutus äriühingu maksuvõla eest. Magistritöö, juhendajad V. Lopman, E. Uustalu. Tartu : Tartu Ülikooli õigusteaduskond 2012.

⁸² Maksukorralduse seadus RT I 2002, 26, 150 – RT I, 22.12.2012, 9.

⁸³ *Op. cit.* K. Lorents, magistritöö, lk 18–19.

⁸⁴ *Op. cit.* Baumbach/Hueck GmbHG, § 43 komm 1; BGH DSr 2005, lk 1704; *op. cit.* Stein, lk 184 jj, lk 200.

⁸⁵ *Op. cit.* Dierlamm, lk 157.

analüüs maksu- ja karistuslikust käsitlusest. Maksuõiguses on formaalsete juhatuse liikmete kohustuste laienemine faktilistele ühingujuhtidele küsitav. Samuti on eesti õiguskirjanduses öeldud, et faktilise ühingujuhi karistusõiguslik positsioon ei tekita isikule mingeid kohustusi ühingu suhtes, mistõttu ÄS-s rõhutatud lojaalsus- ja hoolsuskohustus ei evi antud juhul erilist tähendust⁸⁶. Tsiviilõigusliku kahju hüvitamise juures on lisaküsimus just see, kas ja millised formaalse juhatuse liikme kohustused faktilise ühingujuhi suhtes kohalduma peaksid ja milline peaks sellest tulenevalt olema faktilise ühingujuhi vastutuse alus ja ulatus (2. ptk).

Kokkuvõttes on faktilise ühingujuhi kohaldamisala hinnanguline küsimus, mis oleneb majanduskäibe tegelikkuses ilmnenud vajaduse määrast. Järgnevalt on seetõttu asjakohane vaadelda võrdlevalt, kes saavad faktilisteks ühingujuhtideks kvalifitseeruda (1.2.1), millistes olukordades (1.2.2) ja milline on olnud teiste riikide praktika. Samuti, milliste kriteeriumide alusel on võimalik faktilise ühingujuhi instituudi kohaldamisala piiritleda (1.3).

1.2. Faktilise ühingujuhi instituudi piiritlemine

1.2.1. Faktilise ühingujuhi instituudi isikuline piiritlemine

Faktiline ühingujuht on isik, kes tegutseb nagu juhatuse liige, kuigi teda pole kunagi või pole kehtivalt juhatuse liikmeks määratud. Isikute ring, kes faktilisteks ühingujuhtideks kvalifitseeruda võivad sõltub nii eri riikide õiguskorrast, konkreetsest vastutuse alusest kui ka seisukohtadest kohtupraktikas. Mõningase ettekujutuse saamiseks on asjakohane vaadelda, kes üldse võivad faktilised ühingujuhid olla ja kuidas neid formaalsetest juhatuse liikmetest ja nõuandjatest eristada. Seejärel uurida täpsemalt, millistes olukordades faktiliseks ühingujuhiks kvalifitseerimine toimuda võib ja keda täpsemalt eri riikides faktilise ühingujuhi mõiste alla võidakse mahutada.

Isikute ring, kelle tegevus formaalsete juhatuse liikmete pädevusvaldkonda kuuluvate ülesannetega kattuda võib, on lai⁸⁷ ning varieerub mõnes aspektis riigiti. Üldiselt võib välja tuua, et tavaliselt on faktiliste ühingujuhtide näol tegemist ühinguga seesmiselt seotud isikutega, nagu endised juhatuse liikmed⁸⁸, aktsionärid, osanikud ja ühingu töötajad⁸⁹. Ühingu

⁸⁶ *Op. cit.* Kairjak, lk 547.

⁸⁷ *Op. cit.* Stein, lk 143 jj.

⁸⁸ Eestis: RKKKo 3-1-1-85-01 p 9; RKKKo 3-1-1-12-03 p 9.3; RKTko 3-2-1-39-05 p 14–16, 18; RKTko 3-2-1-68-06, p 21; RKTko 3-2-1-65-08 p 32–36; RKTko 3-2-1-152-08 p 12–14; RKKKo 3-1-1-61-09 p 36–38.4; RKTko 3-2-1-46-12, p 9, 13–14.

⁸⁹ Saksamaa: BGHZ 125, 366, 367; BGHZ 148, 167, 174; M. Büning. Die strafrechtliche Verantwortung faktischer Geschäftsführer einer GmbH. Münster: LIT 2004, lk 145–147 viited otsustele: RGSt. 72, 187; RGSt. 71, 112; *Op. cit.* Münch Komm GmbHG, § 43 komm 237, vt ka viide šveitsi kohtupraktikale BGE 117 II 570, 573. Suurbritannia: Lo-Line Electric Motors Ltd [1988] Ch 477; Richborough Furniture Ltd [1996] B.C.C. 155; Secretary of State for Trade and Industry v Hall [2009] [2009] BCC 190; Holland v Revenue & Customs [2011] B.C.C. 1; [2010] UKSC 51, p 29, 39–40; Prantsusmaa: Cass com 13.02.2007, kohtuasi nr 05-20126; Cass com 24.06.2008, kohtuasi nr 07-13431.

likvideerimisel aga ka näiteks faktilised likvideerijad⁹⁰. Samuti võivad faktilisteks ühingujuhtideks kvalifitseeruda ka ühingu välissuhetes osalevad isikud, nagu lepingupartnerid, varustajad ja kõne alla tulevad ka – eriti ühingu maksejõuetuse olukorras – suuremad võlausaldajad ja pandipidajad⁹¹, kuid seda üksnes eeldusel, et nad on ületanud faktilise ühingujuhtimise piiri ja tegutsevad nagu juhatuse liikmed⁹². Vastutuse vältimisele suunatud konstruktsioonide juures on faktilised ühingujuhid tihti formaalsete juhatuse liikmete lähedased, kuivõrd variisikud tegutsevad tihti enda sõprade, vanemate, abikaasade ja laste kaudu⁹³. Faktilise ühingujuhi instituut leiab rakendust ka kontsernisuhetes ema- ja tütarettevõtete puhul⁹⁴, kus füüsiliste isikute kõrval võivad hõlmatud olla ka juriidilised isikud⁹⁵. Nii võivad faktilisteks ühingujuhtideks kvalifitseeruda näiteks kontserni kuuluva emaettevõtte juhatuse liikmed aga ka emaettevõtted ise. Samuti võidakse faktiliseks ühingujuhtimiseks kvalifitseerida pankade tegevus, kes ühingu tegevust kujundavad, seda küll juhul, kui nad on ettevõtte makseraskuste korral tavalise nõuandmise piiri ületanud ning asunud ühingule tegevuskava ette dikteerima⁹⁶.

Eraldi küsimus on, kas ja milliste eelduste täitmisel saavad faktilisteks ühingujuhtideks olla füüsiliste isikute kõrval ka juriidilised isikud. Riikide lähenemised on selles osas erinevad. Prantsusmaal jääb juriidilised isikute faktiliseks ühingujuhiks kvalifitseerimine üldise *dirigéant de fait* instituudi raamesse, Suurbritannias toimub see aga üldiselt varidirektori kontseptsiooni raames. Saksamaal eristatakse spetsiifilisi reegleid kontserni kuuluvate ettevõtete osas, muul juhul aga võimalust juriidilisi isikuid faktilise ühingujuhi mõiste alla mahutada eitatakse⁹⁷. Seda eelkõige seoses saksa piiratud vastutusega äriühingute seaduse (edaspidi GmbHG⁹⁸) §-dega 6 ning 43, mis sätestavad juhatuse liikmetele kui füüsilistele

⁹⁰ *Op. cit.* Strohn, lk 166–167.

⁹¹ Saksamaa: *op. cit.* Münch Komm GmbHG, § 43, kamm 236; H. Fleischer. Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organe. – AG 2004, lk 526–527; *op. cit.* Strohn, lk 162–163.

⁹² *Op. cit.* Fleischer, GmbHG, lk 344; *Op. cit.* Strohn, lk 163–164.

⁹³ Saksamaa: *op. cit.* Dierlamm: RG JW 1938, lk 2837; BGHSt 31,118; BGHSt 3, 32 jj; BGH VIII ZR 154/57 = NJW 1959, lk 332; BGHSt 1984, 461; BGH II ZR 225/91 = NJW 1992, lk 2023; BGH XI ZR 19/94 = NJW 1995, lk 727. Šveits: BGE 107 II 349, 354. Suurbritannia: Holland v Revenue & Customs [2011] B.C.C. 1. Prantsusmaa: *op. cit.* Lutter (toim): Cass com 05.05.2004, Révenu de Sociétés 1994, 321; Cass com, 02.11.2005, kohtuasi nr 02-15895; Cass. Crim 03.11.2005, kohtuasi nr 05-80979.

⁹⁴ Saksamaa: *op. cit.* Röck, lk 29 jj; *Trihotel* BGH II ZR 3/04 = NJW 2007, lk 2689 *Bremer Vulkan* BGHZ 149, 10; *op. cit.* Wimmer-Leonhardt. Šveits: BGE 128 III 92, 94. Suurbritannia: Secretary of State for Trade and Industry v Hollier [2007] BCC 11; Holland v Revenue & Customs [2011] B.C.C. 1; *op. cit.* Hannigan, lk 146

⁹⁵ Suurbritannia: *Hydrodam (Corby) Ltd* (1994) BCC 161; Secretary of State for Trade and Industry v Deverell [2000] BCC 1057. Prantsusmaa: Cass com 27.06.2006, kohtuasi nr 04-15831.

⁹⁶ Prantsusmaa: Cass com 27.06.2006, kohtuasi nr 04-15831 vrdl Suurbritannia: *Hydrodam (Corby) Ltd* (1994) BCC 161; Secretary of State for Trade and Industry v Deverell [2000] BCC 1057.

⁹⁷ *Op. cit.* Fleischer GmbHG, lk 343.

⁹⁸ GmbHG, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung BGBI, III, 4123-1 – BGBI I, 3044. Arvutivõrgus: <http://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/index.html> 13.02.2013.

isikutele seatavad nõuded ning vastutuse⁹⁹. Saksa õiguskirjanduses on argumenteeritud, et kuivõrd faktilise ühingujuhi positsiooni jaatatakse juhul, kui isik tegutseb nagu juhatuse liige ning juhatuse liikmed saavad olla üksnes füüsilised isikud, ei peaks faktiliste ühingujuhtide vastutus juriidilistele isikutele laienema¹⁰⁰. Viitega šveitsi õigusele on saksa õiguskirjanduses aga argumenteeritud, et juriidiline isik ei saa küll olla juhatuse liige, ent saab olla faktiline ühingujuht¹⁰¹. Seda argumenti on edasi arendatud tuues näiteks ärikeelu saanud isikud, kes ei saa samuti juhatuse liikmed olla, kelle positsiooni faktilise ühingujuhina aga tüüpiliste tankisti-variisiku skeemide puhul vaieldamatult jaatatakse¹⁰². Leidub on välja pakutud, et ühingute vahelistes suhetes saaks jaatada mitte teiste juriidiliste isikute positsiooni faktilise ühingujuhina, vaid käsitleda nende teiste juriidiliste isikute seaduslikke esindajaid vastutavana. Samas on seesugune käsitlus pigem praktikas irrelevantne üsna kunstlikult konstrueeritud teoreetiline lähenemine¹⁰³.

Eesti õiguskirjanduses on välja pakutud definitsioon, et faktiline ühingujuht on teovõimeline füüsiline isik, kes tegelikult ühingu jaoks kui organ tegutseb, olemata formaalselt juhatuse liikmeks määratud¹⁰⁴. Antud mõistemääratlusest saab järeldada, et Eestis pooldatakse üksnes füüsiliste isikute käsitlemist ühingujuhtidena, mis võiks käesoleva magistritöö kontekstis olla ka eelistatud seisukoht. Seda toetab ka asjaolu, et eesti õiguse kohaselt saavad juriidilise isiku juhtorgani liikmeks olla üksnes füüsilised isikud¹⁰⁵. Juriidilisi isikuid võiks faktilise ühingujuhi laiema kontseptsiooni alla liigitada, peamiselt just kontsernisuhetes ühingute omavahelise mõjutamise analüüsimisel. Antud töös keskendutakse vastutuse aluste ja kahju hüvitamise (2. ptk) osas kitsamalt just füüsilistele isikutele ühte ühingat puudutavate suhete raames ja analüüsi keskmes on faktiliselt juhatuse liikme positsiooni omavate isikute õigussuhe selle ühinguga. Juriidiliste isikute võimalikke vastutuse aluseid seetõttu töö teises peatükis lähemalt uuritud pole.

1.2.2. Faktilise ühingujuhi instituudi esemeline piiritlemine

Täpsema eristuse, keda ja millistes olukordades võidakse faktilise ühingujuhi mõiste alla liigitada, saab teha juhatuse liikme mõiste laiendavaid käsitlusi vaadeldes. Eestis puudub tsiviilõiguslik juhatuse liikme mõiste süstemaatiline laiendav käsitlus. Samas võib mõiste

⁹⁹ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG, § 43 komm 235; *op. cit.* Fleischer AG, lk 526; GmbHR, lk 343; *op. cit.* Wimmer-Leonhardt, lk 400.

¹⁰⁰ *Op. cit.* Fleischer GmbHR, lk 343; BGHZ 150, 61, 68.

¹⁰¹ *Op. cit.* Strohn, lk 163.

¹⁰² *Op. cit.* Strohn, lk 163.

¹⁰³ *Op. cit.* Fleischer GmbHR, lk 343; *Op. cit.* Strohn, lk 163.

¹⁰⁴ *Op. cit.* Kairjak, lk 540.

¹⁰⁵ K. Saare. Eraõigusliku juriidilise isiku organi liikmete õigussuhted. – *Juridica* 2010/VII, lk 482: Erandina on täis- ja usaldusühingu puhul võimalik, et ühingat juhivad osanikuks olev juriidiline isik, st ta kuulub juhatust asendavasse organisse.

laiendava käsitluse sisustamiseks inspiratsiooni saada karistus- ja maksuõiguslikest küsimustest. Teistes riikides on faktilise ühingujuhi süstemaatika ja juhatuse liikme mõiste laiendavad käsitlused süstemaatilisemad ja põhjalikumad.

Enim sarnanevad faktilised ühingujuhid formaalsetele juhatuse liikmetele ja nõuandjatele. Faktilise ühingujuhi ja nõuandja roll ühingus on sarnane täidetavate ülesannete poolest, mõlemad suunavad ühingu tegevust nõuannete kaudu. Peamine eristusalus on, et faktiline ühingujuht on isik, kes täidab ülesandeid, mis kuuluvad juhatuse liikmete pädevusvaldkonda, olles ise faktiliselt juhatuse liikmega sarnasel positsioonil. Kuivõrd piiri tõmbamine nõuandjate ja faktiliste ühingujuhtide vahel on hinnanguline ja võib osutada praktikas keeruliseks, toimub täpsem eristamine konkreetsete kriteeriumide alusel (1.3). Formaalsete ja faktiliste ühingujuhtide tegevus on sarnane nii funktsionaalsest aspektist kui ka positsiooni ja pädevuse osas, mis neil ühingus on. Eristuse formaalsete ja faktiliste ühingujuhtide vahel saab teha vormilise külje alusel. Kui formaalne juhatuse liige, on nõuetekohaselt juhatuse liikmeks määratud ning tegutseb seega juhatuse liikmena nii sisuliselt kui ka vormiliselt, siis faktiline ühingujuht tegutseb juhatuse liikmena üksnes sisuliselt¹⁰⁶.

Eesti üldises määratluses lähtutakse tsiviilseadustiku üldosa seaduse¹⁰⁷ (edaspidi TsÜS) ja ÄS-i sätetest. Juriidiline isik on õiguslik abstraktsioon, mis saab tegutseda füüsiliste isikute kaudu. TsÜS § 31 lg 5 sõnastusest tulenevalt lähtub juriidilise isiku käsitlus Eestis organi- ja fiktsiooniteooria vastanduses organiteooriast¹⁰⁸. TsÜS § 31 lg-s 2 on sätestatud, et eraõigusliku juriidilise isiku juhtorgan on juhatuse¹⁰⁹ ja antud töö osas relevantsetest ÄS-i sätetest tulenevalt on juhatuse juhtorgan, mis juhib äriühingut¹¹⁰ ja on TsÜS § 34 lg 1 mõttes juriidilise isiku seaduslik esindaja. Juhatuse liige on nõuetele vastav¹¹¹ füüsiline isik, kes on andnud nõusoleku saada juhatuse liikmeks ja kes on selleks valitud osanike või nõukogu poolt, vastavalt ÄS § 184, § 309 mõttes¹¹².

Tsiviilõiguslikult konkreetsetelt juhatuse liikme mõiste laiendavast tõlgendamisest rääkida ei saa. Peamiselt kuuluvad juhatuse liikme mõiste alla need isikud, kes on formaalselt juhatuse liikmeteks määratud. Juhatuse liikme valimist või ametiaja pikendamist saab kohtupraktika seisukohtade järgi asendada ühingu liikmete tagasiulatuvalt heakskiitva otsusega või

¹⁰⁶ *Op. cit.* Kairjak, lk 540–541.

¹⁰⁷ Tsiviilseadustiku üldosa seadus RT I 2002, 35, 216 – RT I, 06.12.2010, 12.

¹⁰⁸ *Op. cit.* Saare, *Juridica*, lk 482.

¹⁰⁹ TsÜS § 31 lg 2 2. lause lisab, et kui seaduses on sätestatud nõukogu olemasolu, on juhtorganiks ka nõukogu.

¹¹⁰ OÜ-de ja AS-de regulatsiooni. OÜ – ÄS § 180 lg 1; AS – ÄS § 306 lg 1.

¹¹¹ Nõuded OÜ – ÄS § 180 lg-d 2– 3¹. AS – ÄS § 308 2– 3¹.

¹¹² *Op. cit.* Lorents, Lopman, lk 119.

konkludentsel majandusaasta aruande kinnitamisega¹¹³. Teistes õigusharudes üles kerkinud küsimused näitavad, et mõnel juhul võiks juhatuse liikme kui seadusliku esindaja mõiste laiendav tõlgendamine otstarbekaks osutuda.

Maksuõiguses on arutletud seoses MKS §-dega 8, 40 ja 96, kellel võiks tekkida vastutus juriidilise isiku maksuvõla eest ehk kes on vastutusotsuse adressaat. MKS § 8 lg-st 2 ja § 40 lg-st 1 tuleneb, et vastutus lasub – aktsiaseltside (edaspidi AS) ja osaühingute (edaspidi OÜ) kontekstis – juriidilise isiku seaduslikul esindajal ja seesuguselt sõnastatud sätet ei saa laiendavalt tõlgendada¹¹⁴. Passiivsete juhatuse liikmete ehk tankistide suhtes saab samuti vastutusotsuse teha, ent praktikas pole vastutusotsuseid senini variisikute suhtes tehtud¹¹⁵. Samas võiks faktilise ühingujuhi instituut tulevikus siin oluline olla ja õigustatud võiks olla sätte muutmine ja võimalus rakendada seadusliku esindaja ja juhatuse liikme mõiste laiendavat tõlgendamist. Nii saaks vastutus laiendada näiteks tegevjuhtidele või olukordadele, kus juhatuse liikme asemel juhib ühingut tegelikkuses tema laps¹¹⁶.

Karistusõiguses on eraõigusliku organiteooriaga tinglikult sarnane täideviimisõpetuses kasutatav teovalitsemise käsitlus¹¹⁷. Karistusõigus läheb organiteooriast kaugemale¹¹⁸, mis võib anda suuna, kuidas juhatuse liikme mõistet laiendavalt tõlgendada. KarS § 14 kohaldamisala laiendati 2008. aasta seadusemuudatusega, mille lg 1 alusel vastutab juriidiline isik seaduses sätestatud juhtudel teo eest, mis on toime pandud tema organi, selle liikme, juhtivtöötaja või pädeva esindaja poolt juriidilise isiku huvides. Niisiis võib kaaluda juhatuse liikme mõiste laiendamist neile KarS § 14 lg-s 1 toodud isikutele kui faktilistele ühingujuhtidele.

Laiendava tõlgendamise alusena on eesti kehtivas õiguses võimalus lähtuda ÄS § 167¹ ÄS § 289² äriühingu tegevuse mõjutaja vastutusest, samuti on selle kõrval õiguskirjanduses välja pakutud viis olukorda, mis võivad faktilise ühingujuhi positsioonile viidata:

- juhatuse liikme volitused on lõppenud, ent isik jätkab faktiliselt tegutsemist juhatuse liikmena;
- juhatuse liikme ametisse nimetamine on kehtetu, nimetatud isiku suhtes on kohaldatud ärikeeldu või on määramise otsus ise kehtetu;
- keerulises majanduslikus olukorras võtavad ühingu tegeliku juhtimise üle suuremad võlausaldajad;

¹¹³ RKTko 3-2-1-65-08, p-d 32–36; RKTko 3-2-1-92-08, p 11; RKTko 3-2-1-152-08 p 12–14; RKTko 3-2-1-124-09 p 25; RKTko 3-2-1-46-12 p-d 9, 13–14.

¹¹⁴ *Op. cit.* Lorents, Lopman, lk 120.

¹¹⁵ *Op. cit.* Lorents, Lopman, lk 120.

¹¹⁶ *Op. cit.* Veskiõja, Autorollo OÜ kaasus; *Op. cit.* Lorents, Lopman, lk 120.

¹¹⁷ P. Pikamäe. Kes on juriidilise isiku pädev esindaja karistusseadustiku § 14 mõttes?. – *Juridica*, 2010/I, lk 4.

¹¹⁸ *Op. cit.* Pikamäe, lk 4.

- juhatuselise liikme tagasikutsumisel on vaid formaalne tähendus;
- ühingu juhibki faktiline ühingujuht vaid selleks, et tsiviil- ja karistusõiguslikust vastutusest vabaneda;
- juhatuselise liikme teovõime piiramise või surma tõttu puudub üldse juhtorgan¹¹⁹.

Asjakohane on eelnevaid suuniseid ja näidisloetelu võrrelda teiste riikide käsitlustega, mis võimaldavad suuniseid ja näidisloetelu hinnata ja anda süsteemsema ülevaate, milliseid olukordi on praktikas faktilise ühingujuhtimisena käsitletud.

Saksamaal tõlgendatakse juhatuselise liikme mõistet organilise vastutuse kontekstis laiendavalt. Formaalset ametisse nimetatud juhatuselise liikmete kõrval on organilise vastutuse osas juhatuselise liikmega samastatud kehtetult juhatuselise liikmeteks nimetatud isikud, faktilised ühingujuhid kitsas tähenduses ja juhatuselise liikmed õigusnäivuse tõttu¹²⁰. Faktilise ühingujuhi mõiste on kasutusel laias ja kitsas tähenduses. Laia käsitluse kohaselt paigutuvad faktilise ühingujuhi instituudi alla:

- kehtetult juhatuselise liikmeks nimetatud isikud;
- formaalselt ametisse nimetatud juhatuselise liikmed, kelle ametiaeg on lõppenud, kuid kes jätkavad organifunktsioonide teostamist;
- isikud, kes pole kunagi ametisse nimetatud ja kes ei täida ka faktiliselt juhatuselise liikme funktsioone, kuid kes paistavad kolmandatele isikutele juhatuselise liikmetena;
- isikud, keda pole kunagi – ka mitte kehtetult – juhatuselise liikmeks nimetatud, kuid kes osaliselt või tervikuna faktiliselt juhatuselise liikme ülesandeid täidavad¹²¹.

Kitsas tähenduses on faktilised ühingujuhid üksnes viimasena nimetatud isikud, keda iseloomustab, et nad ei tegutses vormiliselt juhatuselise liikmena, küll aga sisuliselt¹²². Üldiselt lähtutakse kitsast tõlgendusest, seega on oluline eristada, et erinevalt eesti õiguskirjanduses pakutud loetelust kehtetult juhatuselise liikmeks nimetatud isikud ja endised juhatuselise liikmed faktiliste ühingujuhtidega samadel alustel ei vastuta. See aga ei tähenda, et nende isikute vastutus juhatuselise liikmete kohustuste rikkumise eest välistatud oleks¹²³.

Isiku juhatuselise liikmeks nimetamine on praktikas kehtetu tavaliselt siis, kui juhatuselise liige ei vasta §-s 6 GmbHG sätestatud nõuetele või kui üldkoosolekul polnud täidetud juhatuselise liikme valimiseks vajalik kvoorum¹²⁴. Saksa õiguskirjanduse ja kohtupraktika kohaselt pole siis tegemist mitte faktiliste ühingujuhtidega, vaid nende isikute vastutus tuletatakse otseselt

¹¹⁹ *Op. cit.* Kairjak, lk 543–544.

¹²⁰ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG, § 43, kamm 218–244.

¹²¹ *Op. cit.* Strohn, lk 158.

¹²² *Op. cit.* Strohn, lk 159–164.

¹²³ Nende vastutus on automaatselt samastatud formaalsete juhatuselise liikmete vastutusega.

¹²⁴ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG, § 43, kamm 218.

juhatuse liikmeks nimetamiseks¹²⁵. Valitsev arvamus on, et nende suhtes kohalduvad kõik juhatuse liikme positsioonist tulenevad seadusjärgsed organilised kohustused ning selleks pole vajalik kohaldada käsundita asjaajamise sätteid või tõendada, et ühing on isiku konkludentset ametisse nimetanud¹²⁶. Kehtetult juhatuse liikmeks nimetatud isiku ja faktilise ühingujuhi tegutsemise alus on vastavalt, kas juhatuse liikmeks määramine või faktiliselt ühingu juhtimisülesannete ülevõtmine. Kohtupraktika käigus on kehtetult juhatuse liikmeks nimetatud isikute vastutuse käsitus laiendatud ka endistele juhatuse liikmetele¹²⁷. Juhatuse liige õigusnäivuse tõttu on seevastu isik, kes ühingu suhetes kolmandate isikutega jätab mulje, nagu ta esindaks ühingat. Seetõttu ei vastuta ta faktilise ühingujuhina, vaid *Bürgerliches Gesetzbuchis*¹²⁸ (edaspidi BGB) toodud üldistel alustel¹²⁹. Eesti kontekstis võiks paralleelne käsitus olla lepinguline esindamine taluvusvolituse alusel TsÜS § 118 lg 2 mõttes. Sarnaselt Saksamaale on ka Eestis oluline faktilise ühingujuhi kontseptsiooni alt välistada taluvusvolituse alusel tegutsevad isikud, sest taluvusvolituse alusel tegutsevate isikute regulatsiooni eesmärk on käibekaitse. Faktilise ühingujuhi instituut kindlustab aga osanike, aktsionäride ja võlausaldajate kaitse ega teeni käibekaitset¹³⁰. Oluline on eristada kahte eraldiseisvat küsimust – isiku pädevust ja vastutust sisesuhtes ja esindusõigust välissuhtes.

Lisaks faktilise ühingujuhi (*faktischer Geschäftsführer*) terminile on kontsernisuhtes kasutusel ka kvaasi juhatuse liikme (*Quasi-Geschäftsführer*) mõiste. Selget eristust nende vahel tehtud pole ning tavaliselt käsitletakse kvaasi juhatuse liikmeid faktilise ühingujuhi instituudi osana¹³¹. Saksa õiguskirjanduses on kvaasi juhatuse liikme mõiste kasutusel spetsiifiliselt faktiliste ühingujuhtide vastutuse analüüsimisel, kui emaettevõtte sekkub tütarettevõtte tegevusse ühingat ähvardava maksejõuetuse olukorras (*Existenzvernichtungshaftung*)¹³². Kvaasi juhatuse liikme mõiste eristub faktilisest ühingujuhust – lisaks sellele, et see kohaldub kontsernisuhtes – ka kriteeriumide osas. Kvaasi juhatuse liikmeks kvalifitseerimine pole nii range, peamine on ühingusisese tegevuse mõjutamise tõendamine¹³³. Kvaasi juhatuse liikme positsiooni tõendamisele pole seatud nii rangeid nõudeid seetõttu, et olukorras, kus ühingu reaalselt igapäevast tegevust ei toimi, võib raske olla tõendada juhtimisülesannete ülevõtmist, ühingujuhi kestvat tegevust ja välismõju

¹²⁵ *Op. cit.* Fleischer GmbH, lk 338; *op. cit.* Strohn, lk 159.

¹²⁶ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG, § 43, kamm 218.

¹²⁷ *Op. cit.* Strohn, lk 159.

¹²⁸ Bürgerliches Gesetzbuch BGBI. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738 – BGBI. I S. 831.

¹²⁹ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG, § 43 kamm 244.

¹³⁰ Vrdl RKTko 3-2-1-56-12 p 14; vt ka sissejuhatus.

¹³¹ *Op. cit.* Strohn, lk 161; H. C. Grigoleit. Gesellschaftshaftung für interne Einflussnahme. München: Beck 2006, lk 115 (viidatud: *op. cit.* Münch Komm GmbHG, § 43, kamm 231; *op. cit.* Stein, 173 jj).

¹³² *Op. cit.* Röck, lk 28 jj; R. Kraakman *et al.* The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach. Oxford: Oxford University Press 2009, lk 142.

¹³³ *Op. cit.* Röck, lk 28 jj.

olemasolu. Peamine erisus kvaasi ja faktilise ühingujuhi vahel on, et faktilise ühingujuhi kindlaks tegemise kriteerium on ka organifunktsiooni väljaspoole teostamine, samas on selle kriteeriumi vajalikkust õiguskirjanduses tugevalt kritiseeritud¹³⁴ (1.3.4). Seetõttu olulist sisulist erisust kvaasi ja faktiliste ühingujuhtide vahel pole. Praeguse töö fookus pole suunatud kontsernisuhetele, seega lähemalt kvaasi juhatuse liikmete spetsiifikat ei uurita.

Suurbritannias pole CA 2006 seletuskirjas¹³⁵ juhatuse liikmete (*director*) detailset definitsiooni toodud, et tagada, et sätted rakenduksid kõikide isikute suhtes, kellel on ühingu reaalne võim otsuseid vastu võtta. CA §-s 250 toodud definitsioon hõlmab nii kohaselt ametisse nimetatud tegevjuhte (*executive director*), kohaselt ametisse nimetatud äriühingu igapäevases tegevuses mitte osalevaid juhte (*non-executive director*) kui ka *de facto* juhatuse liikmeid (*de facto director*). Eraldi on CA §-s 251 välja toodud ka varidirektori (*shadow director*) mõiste.

Terminoloogiliselt eristatakse kolme liiki juhatuse liikmeid: formaalselt ametisse nimetatud ja vastava ühingu juhatuse liikmena äriregistrisse¹³⁶ kantud isikuid (*de jure director*), *de facto* juhatuse liikmeid ja varidirektoreid, millest viimased kaks võib liigitada faktilise ühingujuhi mõiste alla¹³⁷. Faktilise ühingujuhi instituudi piiritlemisel on oluline lisaks eelnevale kolmesele liigutusele eristada ka varidirektori ja *de facto* juhatuse liikme mõisteid omavahel ja piiritleda neid isikutest, kes tegutsevad ühingu huvides ja oleks seeläbi justkui ühingujuhi staatus saanud, kuid pole näiteks kunagi rohkemat kui nõuandjad¹³⁸. *De jure* juhatuse liikmest eristuvad varidirektor ja *de facto* juhatuse liige vormilise kriteeriumi alusel, kuivõrd viimased pole juhatuse liikmetena ametisse nimetatud ega äriregistrisse kantud. Täpsem eristamine toimub faktilise ühingujuhi kriteeriumide alusel (1.3) ning üksikjuhtumi põhiselt.

De facto juhatuse liikme algne kitsas kontseptsioon, mille kohaldamisalasse olid hõlmatud endised ja kehetult ametisse nimetatud juhatuse liikmed¹³⁹, on hiljutises kohtupraktikas omandanud laiemat tähendust. Põhiline *de facto* juhatuse liikme kontseptsiooni rakendamisalala on olukorrad, kus juhatuse liikmed jätkavad äritegevust ühingu vältimatu maksejõuetuse

¹³⁴ C. Pelz. Die persönliche Haftung des Geschäftsführers einer GmbH. – RNotZ 2003/9, 415, 417 jj.

¹³⁵ *Companies Act 2006 explanatory notes*. Arvutivõrgus: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>
Juhatusel liikmete määratlus: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/notes/division/5/28> 13.03.2012.

¹³⁶ Äriregister – *Companies House*. Kodulehekülge arvutivõrgus: <http://www.companieshouse.gov.uk/> 13.03.2013.

¹³⁷ Vt ka sissejuhatus; *op. cit.* Hannigan, lk 142; *Hydrodam (Corby) Ltd (1994) BCC 161*; *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell [2000] BCC 1057*; *Ultraframe (UK) Ltd v Fielding [2006] F.S.R 17*; *Holland v Revenue & Customs [2011] B.C.C. 1*.

¹³⁸ *Secretary of State for Trade and Industry v Hollier [2007] BCC 11*; *op. cit.* Hannigan, lk 146.

¹³⁹ S. Griffin. *Company Law: Fundamental Principles*. Essex: Pearson Education 2006, lk 288–292; *op. cit.* Briggs, Sims; *Lo-Line Electric Motors Ltd [1988] Ch 477*; *Kaytech International plc [1999] BCC 390*; *Hydrodam (Corby) Ltd (1994) BCC 161*; *Secretary of State for Trade and Industry v Tjolle [1998] BCC 282*; *Holland v Revenue & Customs [2011] B.C.C. 1*; *op. cit.* Hannigan, lk 143; *Secretary of State and Industry v Elms (16.01.1997)*.

kontekstis või panevad toime ametialaseid kuritarvitusi (*misfeasance*). Praktikaks püüavad isikud nende rikkumiste eest määratud sanktsioonidest või ärikeelu määramisest pääseda väitega, et nad pole kohaselt formaalseteks juhatuse liikmeteks määratud¹⁴⁰.

De facto juhatuse liige on isik, kes on osa ühingu juhtimise struktuurist ja kes on võtnud endale juhatuse liikme staatuse, funktsioonid ja vastutuse¹⁴¹. Kohtupraktikas on määravaks peetud isiku sisulist pädevust ühingu tegevuse korraldamisel. *De facto* juhatuse liiget on kirjeldatud kui isikut, kes oli avalikult tihedalt seotud ühingu asjaajamisega, samuti kui juhtivat jõudu ühingu loomisel, kelle roll ulatus läbirääkimistele, lepingute allkirjastamisele ja kes oli ühingujuhtimisse pea kõikides aspektides kaasatud. Samuti on *de facto* juhatuse liikme positsiooni jaatatud ka isiku puhul, kes teostas tegelikku võimu ühingu asjaajamise üle ja kellel oli sama palk ja juurdepääs ühingu finantsdokumentatsioonile nagu formaalsel juhatuse liikmel¹⁴². Nõuandmise ja faktilise ühingujuhtimise piiritlemisel pole määrav formaalne külg. Kohtupraktikas pole faktiliseks ühingujuhiks kvalifitseeritud isikut, vaatamata sellele, et ta ametinimetus oli müügi- ja turundusdirektor, põhjendusel, et isik polnud kaasatud ühingu finantsasjadesse ja tal polnud juurdepääsu ühingu kontole¹⁴³. Samuti ei kvalifitseerunud *de facto* juhatuse liikmeks juhatuse liikme abikaasat, kes täitis üksnes kantseleitöötaja funktsioone, kellel polnud tegelikku mõjuvõimu ühingu tegevuse kujundamisel¹⁴⁴.

Kontserne puudutavad kohtupraktikas on *de facto* juhatuse liikmete puhul olnud põhiküsimus, kuhu tõmmata piir emaettevõtte formaalse juhatuse liikme ülesannete täitmise ja tütarettevõtete tegevuse kujundamise vahele. Kohtupraktikas on öeldud, et juhatuse koosolekutel osalemine ja teistega hääletamine võib piiratud juhtudel tuua kaasa juhatuse liikme isikliku vastutuse vastava ühingu või ühingu võlausaldajate ees. Samas ei saa väita, et emaettevõtte juhatuse liikmete vastutust tütarettevõtete tegevuse eest peaks igal juhul jaatama. Kohtupraktikas on öeldud, et kui emaettevõtte juhatuse liige täidab enda tööülesandeid, siis ei saa teda seetõttu kvalifitseerida *de facto* ühingujuhi konstruktsiooni kaudu ka tütarettevõtte juhatuse liikmeks¹⁴⁵. Kohus rõhutas, et üksnes fakt, et isik käitub emaettevõtte juhatuse liikmena, pole piisav, et isiku positsiooni tütarettevõtte *de facto* juhatuse liikmena jaatada, selle kõrval on määrava tähtsusega muude lisaasjaolude esinemine¹⁴⁶.

¹⁴⁰ Holland v Revenue & Customs [2011] B.C.C. 1; *op. cit.* Hannigan, lk 143; Burke v Morrisson [2012] B.C.C. 315.

¹⁴¹ Holland v Revenue & Customs [2011] B.C.C. 1; *op. cit.* Hannigan, lk 142.

¹⁴² Kaytech International plc [1999] BCC 390; *Op. cit.* Hannigan, lk 142; IRC v McEntaggart [2007] BCC 260; Burke v Morrisson [2012] B.C.C. 315.

¹⁴³ *Op. cit.* Briggs, Sims; Secretary of State for Trade and Industry v Tjolle [1998] BCC 282.

¹⁴⁴ Gemma v Davies [2008] BCC 812; *op. cit.* Hannigan, lk 143.

¹⁴⁵ Lo-Line Electric Motors Ltd [1988] Ch 477.

¹⁴⁶ Secretary of State for Trade and Industry v Hall [2009] [2009] BCC 190; Holland v Revenue & Customs [2011] B.C.C. 1; [2010] UKSC 51, p 29, 36, 37;

Varidirektori ja *de facto* juhatuse liikmete kontseptsioonide piirid on kohtupraktika arengu jooksul hägustunud¹⁴⁷, ka kontseptsiooni rakendamisjuhud on seotud sarnase problemaatikaga. Varidirektori instituudi kohaldamine tuleb kõne alla eelkõige juhul, kui ühingud või isikud on maksejõuetud, kui äritegevust jätkatakse ühingu vältimatu maksejõuetuse korral ning kui ärikeelu saanud isikud osalevad ettevõtluses¹⁴⁸. Erinevus kahe instituudi vahel seisneb esiteks eelkõige vastutuse ulatuses. *De facto* juhatuse liikme suhtes kohalduvad põhimõtteliselt samad kohustused ja vastutus nagu formaalse juhatuse liikme suhtes. Seevastu varidirektori instituut on seadusandja konstruktsioon, mille alusel on isik vastutav üksnes siis, kui vastutus on seaduses sätestatud. CA § 170 lg 5 sätestab üksnes, et üldised kohustused kohalduvad varidirektoritele sel juhul ja ulatuses, mil see tuleneb konkreetsetest sätetest¹⁴⁹. Juhatusel liikmete hoolduskohustus (*fiduciary duties*) laieneb küll *de facto* juhatuse liikmele, kuid pole kindel, kas see ka varidirektoritele laienema peaks¹⁵⁰. Seetõttu on õiguskirjanduses avaldatud ka seisukohta, et *de facto* juhatuse liikmete kategooria võib saada tsiviilvastutuse põhiosaks, samas kui varidirektorile omistatakse kohustusi üksnes juhul, kui seadus seda konkreetsel juhul ette näeb¹⁵¹.

Teiseks, pole erinevalt *de facto* juhatuse liikmest varidirektori puhul rõhuasetus mitte sellel, kas isikul oli ühingus juhatuse liikmega sarnane positsioon, vaid see, millist mõju varidirektor ühingu tegevusele avaldas. Kontseptuaalselt on võimalik, et isik on järjestikku nii varidirektor kui ka *de facto* juhatuse liige. Kindlasti on see võimalik järjestikku, aga isegi samaaegselt olukorras, kus isik saab juhatuse liikme funktsioonid ühes – näiteks turunduse valdkonnas – ja annab juhatuse liikmetele suuniseid teises valdkonnas – näiteks finantsalal. Samas, kui isik vastab nii *de facto* juhatuse liikme kui ka varidirektori kriteeriumile, pole mõlema instituudi korraga kohaldamine üldjuhul siiski relevantne¹⁵².

Varidirektor on isik, kelle suunistest ja juhustest lähtuvalt on juhatuse liikmetel harjumus tegutseda. Seejuures tuleb arvesse võtta, et professionaalne nõuandmine üksi isikut varidirektoriks ei tee¹⁵³. Oluline on, et isiku nõuannetel oleks ühingu tegevust kujundav iseloom ja et nõuanded mahuksid varidirektori legaalseadefinitsioonis toodud suuniste või juhiste alla. Samuti – sarnaselt *de facto* juhatuse liikmele – on isiku nõuandjatest eristamisel määrav

¹⁴⁷ Holland v Revenue & Customs [2011] B.C.C. 1; Ultraframe (UK) Ltd v Fielding [2006] F.S.R 17; Hydrodam (Corby) Ltd (1994) BCC 161.

¹⁴⁸ *Op. cit.* Hannigan, lk 146.

¹⁴⁹ *Op. cit.* CA 2006, *explanatory notes*.

¹⁵⁰ Ultraframe (UK) Ltd v Fielding [2006] F.S.R 17.

¹⁵¹ *Op. cit.* Hannigan, lk 149.

¹⁵² *Op. cit.* Hannigan, lk 148; Secretary of State for Trade and Industry v Becker [2003] 1 BCLC 555; Secretary of State for Trade and Industry v Aviss [2007] BCC 288.

¹⁵³ Kaytech International plc [1999] BCC 390, 402; Secretary of State for Trade and Industry v Deverell [2000] BCC 1057.

sisuline pädevus ühingu asjade korraldamisel, mitte formaalne nimetus. Kohtupraktikas on öeldud, et nimetus, mille üks pool või mõlemad suhtlusele panid, ei saa olla rohkem kui üksnes üks faktor kaalumisel, kas suhtlemine mahub suuniste või juhiste alla¹⁵⁴. Kohus peab hindama objektiivselt kogu tõendusmaterjali valguses, kuidas nõuandeid kvalifitseerida. Sealjuures peavad juhatuse liikmed olema harjunud suunisteid järgima. Varasemas kohtupraktikas peeti varidirektoriks kvalifitseerimiseks vajalikuks, et kogu juhatuse järgiks isiku suunisteid, viimase aja kohtupraktikas ollakse seisukohal, et piisab, kui seda teevad pooled. Korporatsioonisuhetes keskendutakse mõjule, mida varidirektori antud suuniste ühingu tegevusele omasid, maksejõuetuse puhul ja siis kui juhatuse liikmed jätkasid äritegevust ühingu vältimatu maksejõuetuse kontekstis¹⁵⁵. Kohtupraktikas on varidirektoriks kvalifitseeritud näiteks isikud, kes otsustasid vaatamata gruppi kuuluvate ühingute juhatuste protestidele teha üldise korralduse, kuidas fondi varad emattevõttele jagada tuleb. Seesuguse mõjuvõimaluse ja ühingu tegevuse kujundamise tõttu kvalifitseeriti nad varidirektoriteks¹⁵⁶.

Prantsusmaal iseloomustatakse kitsama käsitluse kohaselt juhatuse liiget kui isikut, kellel on pädevus ühinguga seotud otsuseid langetada või neid ellu viia. Juhatuse liikme laiemal käsitluse kohaselt tehakse üldiselt kahene eristus, eksisteerivad formaalselt ametisse nimetatud juhatuse liikmed (*dirigéant de droit*) ja faktilised ühingujuhid (*dirigéant de fait*). Faktilisi ühingujuhte omakorda tavaliselt ei liigitata, pigem käsitletakse faktilise ühingujuhi institutsiooni kohtupraktikas funktsionaalsest aspektist¹⁵⁷, paigutades definitsiooni alla kõik isikud, kes oma tegevusega otseselt või mingi isiku vahendusel sekkuvad korraldamise ja juhendamise sõltumatult ja iseseisvalt ühingujuhtimisse formaalsete organite kõrval või asemel¹⁵⁸. Faktilisteks ühingujuhtideks kvalifitseeruvad vastutuse aspektist ka endised juhatuse liikmed¹⁵⁹. Olenevalt üksikjuhtumi asjaoludest ei ole välistatud ühegi eesti õiguskirjanduses toodud olukorra faktilise ühingujuhtimise alla kvalifitseerimine. Erisus eesti õiguskirjandusest seisneb aga selles, et faktiliseks ühingujuhiks võidakse kvalifitseerida ka juriidilised isikud. Olenevalt äriühingu liigist, võivad Prantsusmaal juhatuse liikmed olla ka juriidilised isikud. Kohtupraktikas on faktiliseks ühingujuhiks kvalifitseeritud emattevõtte juhul, kui on tõendatud, et tütarettevõtetel puudus täielikult autonoomia emattevõtte suhtes¹⁶⁰.

¹⁵⁴ Secretary of State for Trade and Industry v Deverell [2000] BCC 1057.

¹⁵⁵ E. Wymeersch. Groups of Companies in the EEC: A Survey Report to the European Commission on the Law relating to Corporate Groups in various Member States. Berlin: Walter de Gruyter 1993, lk 318.

¹⁵⁶ *Op. cit.* Hannigan, lk 147; Secretary of State for Trade and Industry v Aviss [2007] BCC 288.

¹⁵⁷ *Op. cit.* Mbele, lk 204, 376.

¹⁵⁸ *Op. cit.* Notté; *op. cit.* Rives-Langes.

¹⁵⁹ Cass crim. 12.09.2000, kohtuasi nr 99-88011; Cass com 15.03.2005, kohtuasi nr 03-19577.

¹⁶⁰ Cass com 02.11.2005, kohtuasi nr 02-15895.

Kokkuvõtvalt saab esmalt faktilise ühingujuhi mõiste isikulise piiritlemise kontekstis öelda, et üldjoontes võivad võrdlusriikides faktilise ühingujuhi mõiste alla laiemalt kvalifitseeruda nii füüsilised kui ka juriidilised isikud. Täpsemalt oleneb see aga, millisest lähenemisest hinnangu andmisel lähtutakse. Esimese lähenemise põhirõhk on suunatud küsimusele, kas isik on faktiliselt käitunud nagu juhatuse liiget. Sellisel alusel kvalifitseeritakse faktiliseks ühingujuhiks tavaliselt üksnes füüsilised isikud ja kontsernisuhted siia alla ei kuulu. Teise lähenemise puhul on põhiküsimus, kas isikul oli mõju ühingu tegevuse kujundamisele, kus faktilisteks ühingujuhtideks võivad kvalifitseeruda nii juriidilised kui ka füüsilised isikud nii ühte ühingut puudutavates kui ka kontsernisuhetes.

Esimese lähenemise puhul hinnatakse peamiselt isiku positsiooni ja pädevuse ulatust ühingu tegevuse kujundamisel. Sellist lähenemist rakendatakse eelkõige Saksamaa GmbH regulatsioonis, Suurbritannias *de facto* juhatuse liikme instituudi kontekstis ja funktsionaalse käsitluse kohaselt Prantsusmaal. Füüsilisest isikust faktiliste ühingujuhtide suhtes kohalduvad sellest tulenevalt üldiselt ka samad kohustused nagu formaalse juhatuse liikme suhtes. Eesti õiguskirjanduse kohaselt¹⁶¹ on faktilised ühingujuhid ka Eestis samastatud juhatuse liikmetega. Samas pole kohtupraktikas selgesõnaliselt faktilise ühingujuhi positsiooni ja sellest tulenevalt ka formaalse juhatuse liikme kohustuste laienemist faktilisele ühingujuhile jaatud¹⁶². Nii on ka kaheldav, kas faktilise ühingujuhi tsiviilõiguslikku käsitlust võiks Eestis pidada praeguse praktika kohaselt sama avaraks kui teistes riikides. Esiteks on võrdlusriikides hõlmatud isikute ringi, kes võivad olla faktilisteks ühingujuhtideks, märksa laiem. Teiseks pole konkludentne ametisse nimetamine faktiliseks ühingujuhiks kvalifitseerimise tarvilik tingimus (1.3.3). Samas kui Eestis on selles kontekstis relevantne üksnes endiste juhatuse liikmete vastutus ning neile formaalsete juhatuse liikmete kohustuste laienemine näib olevat rangelt seotud ametiaja või erandlikult konkludentse ametiaja pikendamise nõudega.

Teise lähenemise kohaselt on eelkõige kontsernisuhetes, kuhu on hõlmatud ka juriidilistes isikute vastutus, põhirõhk kvalifitseerimisel suunatud sellele, kas isiku suunistel oli seesugune mõju teise ühingu tegevusele, et selle ühingu enda juhatuse liikmetel puudus diskretsioon. Selleks ei ole olemuslikult tarvilik vaadelda faktilisi ühingujuhte nagu juhatuse liikmeid, samuti ei laiene neile üldjoontes formaalsete juhatuse liikmete kohustused. Käesoleva jaotuse alla mahuvad saksa kvaasi juhatuse liikmete ja inglise varidirektori instituut ning asjaoludest olenevalt, osa prantsuse faktilise ühingujuhi kontseptsioonist. Kuigi juriidiliste isikute faktilisteks ühingujuhtideks kvalifitseerimise praktika Eestis puudub, võiks rõhuasetuse alusel

¹⁶¹ *Op. cit.* Kairjak, lk 540–547.

¹⁶² RKTko 3-2-1-65-08, p-d 32–36; RKTko 3-2-1-74-08 p 18; RKTko 3-2-1-92-08, p 11; RKTko 3-2-1-152-08 p 12–14; RKKko 3-1-1-61-09, p 37; RKTko 3-2-1-124-09 p 25.

siia alla liigitada ka äriühingu tegevuse mõjutaja vastutuse ÄS §-des 167¹ ja 289² mõttes. Üldiselt on vaieldav, kas Eestis vaadeldakse tegelikkuses faktilisi ühingujuhte nagu juhatuse liikmeid, mõjutaja vastutuse raames tundub üsna üheselt, et regulatsiooni eesmärk pole olnud isikuid käsitleda nagu formaalseid juhatuse liikmeid. Sellele näib viitavat juba seadustehniline lahendus. Juhatuse liikmete vastutus on sätestatud vastavalt OÜ ja AS puhul ÄS §-s 187 ja §-s 315, mis asuvad juhtimise peatükkide all. Seevastu on mõjutaja vastutus reguleeritud osa, osanikke ning aktsionäre, aktsiaseltsi käsitlevate peatükkide lõpus. Põhiküsimus on mõjutaja vastutuse juures see, kas tal on faktiline mõju ühingu tegevuse kujundamisele, mitte see, kas tema positsioon ja pädevus vastasid tegelikkuses formaalse juhatuse liikme omale.

Faktiliseks ühingujuhiks kvalifitseeritavad isikud võivad olla ühinguga seotud nii seesmiselt kui ka väliselt. Nad võivad ühingut juhtida nii avalikult kui ka tegutseda varjatult. Ühinguga seesmiselt seotud isikud, näiteks ühingu töötajad, kvalifitseeritakse faktilisteks ühingujuhtideks, kui nad tegutsevad iseseisvalt ja neil on tegelikkuses ühingus formaalse juhatuse liikmega sarnane positsioon. Kuigi eesti käsitus on üsna kitsendav, võib öelda, et sarnaselt Eestile, kvalifitseeruvad endised juhatuse liikmed faktilisteks ühingujuhtideks. Prantsusmaal ja Suurbritannias¹⁶³. Saksamaal on endised ja kehtetult ametisse nimetatud juhatuse liikmed vastutuse aspektist võrdsustatud formaalsete juhatuse liikmetega¹⁶⁴. Teisalt ei pruugi faktilised ühingujuhikud olla ühinguga seesmiselt seotud või võivad olla seotud varjatult. Väliselt seotud isikud on tihti ühingu võlausaldajad, varjatult seotud isikute puhul on tavaliselt tegemist variisikutega.

Eesti õiguskirjanduses¹⁶⁵ välja pakutud liigitus, mille aluseks on asjaolu, kas isiku faktilise ühingujuhi positsiooni alus on kehtetu ametisse nimetamine või ta kujuneb oma tegevuse käigus faktiliseks ühingujuhiks, pole teiste riikide käsitlustes nii oluline. Siinkohal võib rõhutada saksa käsitlust (1.3.4), mille kohaselt tuleb eristada faktilisi ühingujuhte ja juhatuse liikmeid õigusnäivuse alusel. Esimest puudutava regulatsiooni eesmärk on kaitsta osanikke, võlausaldajaid ja ühingu vara selle kaudu, et ühingu vara kahjustanud isikule pannakse kohustus tekkinud kahju hüvitada. Samas kui õigusnäivuse regulatsioon on seatud tagama käibekaitset ehk et isik, kes käitub nagu oleks tal äriühingu seaduslik esindusõigus, hüvitaks usalduskahju, mis tekkis, et äriühinguga lepingut sõlmida sooviv isik tegelikult juhatuse liige polnud, vaid üksnes näis sellena. Peamine hinnangukriteerium on, milline positsioon ja sisuline pädevus oli isikul tegelikult ühingu asjade korraldamisel. Määrav pole, mis alusel talle pädevus oli antud ega see, kuidas tema positsioon ühingus välja paistis.

¹⁶³ Cass crim. 12.09.2000, kohtuasi nr 99-88011; Cass com 15.03.2005, kohtuasi nr 03-19577.

¹⁶⁴ *Op. cit.* Strohn, lk 159, vt ka allmärkus nr 16: BGHZ 41, 282, 287; BGHZ 148, 167, 169; *op. cit.* Fleischer GmbH, lk 338; Baumbach/Hueck GmbHG. § 43, komm 2.

¹⁶⁵ *Op. cit.* Kairjak, lk 543–544.

1.3. Faktilise ühingujuhi kriteeriumid

1.3.1. Faktilise ühingujuhi kriteeriumidest üldiselt

Põhiline küsimus faktilise ühingujuhi mõiste määratlemisel on nii karistusõiguslikust kui ka tsiviilõiguslikust aspektist, kuidas piiritleda faktilist ühingujuhti nõuandjatest, prokuristidest ja likvideerijatest, kes kujundavad samuti ühingu tegevust¹⁶⁶. Piiritlemine on oluline, kuivõrd faktilise ühingujuhi instituudi eesmärk pole vastutusele võtta kõiki isikuid, kes sisuliselt juhatuse liikme ülesandeid mingil määral täidavad. Eesti kohtupraktikas on Riigikohus näiteks juhatuse liikmete vastutuse laienemist kohtu määratud likvideerijatele eitanud, põhjendades seda nii, et ebamõistlik oleks eeldada, et kohtu ametisse määratud ülesannete täitjale tekib sellest seaduse jõul kohe isiklik rahaline kohustus. Vastasel juhul ei pruugi olla võimalik leida likvideerijat, kes ametiga nõustuks¹⁶⁷.

Tavaliselt saab juhatuse liikmeid ja teisi ühingu juhtimises osalevaid isikuid eristada formaalsete kriteeriumide alusel, kuid faktiliste ühingujuhtide piiritlemisel sellest lähtuda ei saa. Kui nõuetekohaselt ametisse nimetatud isikud tegutsevad juhatuse liikmena nii sisuliselt kui ka vormiliselt, siis faktiline ühingujuht on juhatuse liige küll sisuliselt, ent vormiliselt juhatuse liikmena ei tegutse¹⁶⁸. Piiritlemisel tuleb seega lähtuda sisulistest kriteeriumidest, mis majanduslik-faktilise lähenemise kontekstis tähendab, et õigusliku hinnangu andmisel tuleb formaalselt deklareeritu asemel lähtuda tegelikust faktilisest olukorrast ja majanduslikust sisust¹⁶⁹.

Faktilise ühingujuhi instituudi piiritlemise teeb keeruliseks esiteks see, et elulised asjaolud hõlmavad nii tsiviil- karistus- kui ka avaliku õigusega reguleeritud valdkondi. Seetõttu on ühtset õigusharude ülest faktilise ühingujuhi definitsiooni¹⁷⁰ või ühtset testi välja töötada keeruline¹⁷¹. Teiseks, on vastus küsimusele, kuhu tõmmata piir, mil tavapärane nõuandmine läheb üle faktiliseks ühingujuhtimiseks, üsnagi hinnanguline¹⁷². Niisiis on nii saksa kui ka inglise kohtupraktikas rõhutatud, et igal konkreetsel juhul peaks otsus olema kujundatud üksikjuhtumi asjaoludest lähtuvalt. Otsustuse kujundamisel – kas isiku faktilise ühingujuhi positsiooni jaatada – tuleb arvesse võtta kõiki üksikjuhtumi asjaolusid ja normi eesmärki. Seejärel on vajalik hinnata, kas isiku suhtes näib õigustatud tema vastutusele võtmine sellisena, nagu see on ametisse nimetatud juhatuse liikme organilise vastutuse puhul,¹⁷³.

¹⁶⁶ *Op. cit.* Kairjak, lk 543 jj; Secretary of State for Trade and Industry v Hollier [2007] BCC 11.

¹⁶⁷ RKTko 3-2-1-115-12 p 12.

¹⁶⁸ Hydrodam (Corby) Ltd (1994) BCC 161.

¹⁶⁹ *Op. cit.* Lopman.

¹⁷⁰ Samas on Prantsusmaal õigusharude ülest käsitlust ka kinnitatud: *op. cit.* Billet, Herman.

¹⁷¹ Secretary of State for Trade and Industry v Tjolle [1998] BCC 282.

¹⁷² Hydrodam (Corby) Ltd, (1994) BCC 161.

¹⁷³ *Op. cit.* Baumbach/Hueck GmbHG, § 43 komm 2–3; BGHZ 104, 44, 48; OLG Brandenburg 7 U 114/00 = NZG 2001, lk 807, 808; R. Weimar. Grundprobleme und offene Fragen um den faktischen GmbH-

Faktilist ühingujuhtimist jaatava koondotsuse puhul peab isikutele olema tagatud õigusselgus, õiguskindlus ehk et isikutele oleks oma tegude tagajärjed ja võimalik vastutus ettenähtavad. Instituudi kohaldamisala adekvaatse konkreetusastme saavutamiseks peab üksikjuhtumil antud hinnang sõltuma kindlast arvust välja töötatud kriteeriumidest¹⁷⁴. Saksa õiguskirjanduses ja karistusõiguslikus kohtupraktikas on välja toodud kolm põhitunnust, mis viitavad, et tegemist võiks olla faktilise ühingujuhiga: isik täidab ühingujuhtimise ülesandeid olles ühingu märkimisväärse positsioonil, isiku tegevusel on mõju väljaspool ühingu ja see mõju on kestev¹⁷⁵. Nende kriteeriumide põhjal ja eesti ja saksa kohtupraktikast lähtudes, on eesti õiguskirjanduses omalt poolt välja pakutud viis kriteeriumi, mille täitmisel saab isiku positsiooni faktilise ühingujuhina jaatada:

1. ühingujuhtimise ülesannete ülevõtmine;
2. tegutsemine ühingu selgel nõusolekul või vähemalt on tuvastatud, et ühing talus faktilise ühingujuhi tegevust;
3. isik teostab oma organifunktsiooni väljaspoole;
4. tegevuse ajaline kestus;
5. isik saab subjektiivselt aru, et tema on tegelik ühingu- või valdkonnajuht¹⁷⁶.

Müncheni kommentaaride viimases väljaandes 2012. aastal on rõhutatud, et hinnates nende kriteeriumide alusel kõikide faktorite koosmõjus isiku tegevust ei tuleks vaadelda mitte niivõrd seda, kas kõik kriteeriumid on täidetud, vaid rõhuasetus peaks olema sellel, millal on tavaline nõuandev tegevus ületanud seesuguse piiri, et isiku tegevus on juba kvalifitseeritav faktiliseks ühingujuhtimiseks¹⁷⁷. Kui faktiline ühingujuht on ühingujuhtimise ülesanded üle võtnud, tuleb hinnata ka seda, mil määral on formaalsed juhatause liikmed sealjuures ühingujuhtimisest kõrvale jäetud. Kui ühing pole andnud selget nõusolekut, et faktiline ühingujuht ühingu asju ajaks, tuleb ühingu ja faktilise ühingujuhi vahelisi suhteid hinnata skaalal, kus ühes otsas on osanike nõusolek ja teises heakskiidu puudumine¹⁷⁸. Formaalse ja faktilise ühingujuhi funktsionaalse võrdluse juures on määravad majanduslikud kriteeriumid ning see, kas ja milliseid juhtimisülesandeid faktiline ühingujuht endale võttis ning millises ulatuses¹⁷⁹. Funktsionaalse võrdluse juures on oluline ka see kui intensiivne oli mõju, kas see on pikaajaline või on faktiline ühingujuht manipuleerinud üksnes üksikuid otsuseid ja kas

Geschäftsführer. GmbHR 1997, lk 478 (viidatud: *op. cit.* Baumbach/Hueck GmbHG, § 43 komm 3). SB: *op. cit.* Sealy, Milman, lk 53; Secretary of State for Trade and Industry v Tjolle [1998] BCC 282.

¹⁷⁴ *Op. cit.* Dierlamm, lk 156.

¹⁷⁵ *Op. cit.* Dierlamm.

¹⁷⁶ *Op. cit.* Kairjak.

¹⁷⁷ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG, § 43 komm 228–236; *op. cit.* Fleischer GmbHR, lk 340–343.

¹⁷⁸ *Op. cit.* Fleischer, §-le 43 komm 228–236.

¹⁷⁹ U. Haas, H. Ziemons, § 43 GmbHG, komm 21. – H. Ziemons, C. Jaeger (toim). Beck'scher Online-Kommentar GmbHG. 13. Auflage. München: C.H. Beck 2013.

mõju oli isikul üksnes sisesuhtes või kujundas ta ühingu tegevust ka välissuhtes¹⁸⁰. BGH tsiviilõiguslikus kohtupraktikas on seejuures rõhutatud just eelkõige asjaolude tervikpildi¹⁸¹ ja regulatsiooni eesmärgi¹⁸² arvesse võtmise vajadust, mille juures saab vähene vastavus mõnede kriteeriumidele olla kompenseeritud teiste kriteeriumide täitmise suure mahuga¹⁸³.

1.3.2. Faktiline ühingujuhtimine

Olulisimaks kriteeriumiks, et isiku positsiooni faktilise ühingujuhina jaatada, võib nii Eesti kui ka teiste riikide praktikas pidada ühingujuhtimist ehk et isik on ühingujuhtimise ülesanded üle võtnud. Samas on selle kriteeriumi täidetavuse kontrollimine ka kõige keerulisem, kuivõrd puudub ühtne määratlus, mis on ühingujuhtimine¹⁸⁴. Eesti kohtupraktikas on Riigikohtu kriminaalkolleegium äriühingu juhtimisena määratlenud tavapäraselt äriühingu juhtstruktuuridele kuuluva pädevuse kasutamist ning lisanud: „/.../ äriühingu tegelik juhtimine hõlmab ka ühingu organite liikmete nõustamist juhtimisotsuste tegemisel olukorras, kus nõustaja positsiooni ja mõju arvestades on nõuannete järgimise tõenäosus väga suur (nt juhul kui nõuandja näol on tegemist äriühingu enamusosaniku või -aktsionäriga)¹⁸⁵.

Teiste riikide kohtupraktika ja õiguskirjanduse alusel võib kokkuvõtvalt öelda, et olulised komponendid ühingujuhtimisele hinnangu andmisel on: esiteks, kas isik korraldab tavapäraselt juhatuse liikmete pädevusvaldkonda kuuluvaid ülesandeid ning teiseks, milline on isiku positsioon ühingu ja kas tal on reaalne võim ühingu tegevust korraldada. Tavapäraselt juhatuse liikmete pädevusvaldkonda kuuluvad ülesanded on kaheksa kriteeriumi näol kõige täpsemalt välja toodud saksa kohtupraktikas¹⁸⁶ ja õiguskirjanduses¹⁸⁷. Valdkonnad, mis tüüpiliselt juhatuse kui organi kompetentsi kuuluvad on:

- ettevõtluspoliitika kujundamine;
- ettevõtluse organisatsiooniline korraldamine;
- kolleegide ametisse määramine ja tagasikutsumine, volituste andmine;
- ühingu lepingupartneritega ärisuhete kujundamine, mis hõlmab lepingu- ja makseviiside kindlaks määramist;
- maksuõiguslike küsimuste otsustamine;
- suhted krediidiandjatega;

¹⁸⁰ *Op. cit* Münch Komm GmbHG, § 43 komm 228–236.

¹⁸¹ BGHZ 150, 61, 69 jj; BGHZ 104, 44, 48.

¹⁸² *Op. cit.* Haas NZI, lk 494, 498.

¹⁸³ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG, § 43 komm 233; D. Leenen. Typus und Rechtsfindung: die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB. Berlin: Duncker & Humblot 1971, lk 34.

¹⁸⁴ H. Hirte. Berufshaftung. 1. väljaanne München: C.H. Beck 1996, lk 418.

¹⁸⁵ RKKKo 3-1-1-34-07 p 7.1–7.6.

¹⁸⁶ *Op. cit.* Dierlamm.

¹⁸⁷ BayObLG 5 St RR 159/96 = NJW 1997, lk 1936.

- maksud, raamatupidamine ja bilanss
- ning eelnevat toetab üldiselt ka palga suurus.

BGH on leidnud, et faktilise ühingujuhi positsiooni jaatamiseks poolte kriteeriumide täitmisest ei piisa, nii on saksa õiguskirjanduses pakutud välja, et neist kaheksast kriteeriumist peaks olema täidetud vähemalt kuus, et saaks piisava kindlusega väita, et vastav isik tegelikkuses juhatuse liikme positsiooni hoiab¹⁸⁸. Samas on see, mitu kriteeriumi täidetud peaks olema, vaieldav¹⁸⁹.

Prantsusmaal ja Suurbritannias välja toodud tavapäraselt juhatuse liikmete pädevusse kuuluvad valdkonnad on saksa praktikaga üsnagi sarnased. Prantsusmaal on faktiliste asjaoludena, mis isiku faktilise ühingujuhi positsioonile viidata võivad näiteks, kas isik on allkirjastanud ühingu äri- ja haldusdokumente ning kas tal oli võimalus ühingu klientidega lepinguid sõlmida¹⁹⁰. Suurbritannias kuuluvad sarnaselt saksa kohtupraktikale faktorite hulka, mis tavaliselt isiku *de facto* juhatuse liikme positsiooni tõendavad: vastutuse jagamine ühingu tegevuse korraldamisel, ühingu äritegevuse korraldamine või jälgimine ning ühingu pangaarve üle kontrolli omamine ja otsustamine, millistele võlausaldajatele raha tasuda¹⁹¹. Täpsemate kriteeriumidena on inglise kohtupraktikas *de facto* juhatuse liikme puhul välja toodud, et hinnatavad faktorid peaksid hõlmama vähemalt seda, kas ühing suhtus isikusse nagu juhatuse liikmesse, kas isik kasutas juhatuse liikme nimetust; kas isiku käsutuses oli vajalik informatsioon (nt raamatupidamisandmed), mille alusel otsuseid langetada, ja kas isik pidi langetama olulisi otsuseid¹⁹². Varidirektori puhul on vajalik selgitada välja, kes on ühingu *de facto* või *de jure* juhatuse liikmed ning tõendada, et isik juhtis või oli üks isikutest, kes juhtisid ühinguga seonduvat tegevust ning et juhatuse liikmed järgisid isikult saadud suuniseid ja neil oli tava neid järgida¹⁹³. Suurbritannias on viimase aja kohtupraktikas rõhk suunatud sellele, kas ülesanded, mille isik üle võttis, kuuluvad just üksnes juhatuse ainukompetentsi. Faktilise ühingujuhi positsiooni jaatamiseks peab isik üle võtma need funktsioonid, mida saab kohaselt täita üksnes juhatuse liige¹⁹⁴. Varasemalt oli inglise kohtupraktikas põhirõhk ühingu ja faktilise ühingujuhi suhetele ja potentsiaalse faktilise ühingujuhi tegevusele sealjuures. Hiljuti on aga öeldud, et üksnes juhtimisülesannete täitmine pole piisav näitaja, kui neid ülesandeid oleks saanud kohaselt täita ka juhatuse liikme

¹⁸⁸ BGHSt 3 StR 50/96 = NJW 1997, lk 66, 67; *op. cit.* Dierlamm.

¹⁸⁹ vt kriitika *op. cit.* Kairjak, lk 542, allmärkus nr 14.

¹⁹⁰ Cass com 06.02.2001, kohtuasi nr 98-15489.

¹⁹¹ Official Receiver v Nixon [1992] BCC 358; Moorgate Metals Ltd [1995] BCC 143.

¹⁹² Secretary of State for Trade and Industry v Tjolle [1998] BCC 282; Secretary of State for Trade and Industry v Hollier [2007] BCC 11.

¹⁹³ *Op. cit.* Briggs, Sims.

¹⁹⁴ R. Goode, R. M. Goode. Principles of corporate insolvency law. London: Sweet & Maxwell 2011, lk 642; Hydrodam (Corby) Ltd (1994) BCC 161.

positsiooni omamata¹⁹⁵. Sealjuures otsustatakse hinnangu andmisel, kas tegemist on puhtalt juhatuse liikme pädevuse kuuluva või muu valdkonnaga, kahtluse korral isiku kasuks¹⁹⁶.

Nii inglise¹⁹⁷ saksa¹⁹⁸ kui ka prantsuse¹⁹⁹ kohtupraktikas on välja toodud, et isiku tegevus võib seega sisuliselt juhatuse liikme pädevusvaldkonnaga mingil määral kattuda, ent kui ta tegevus jääb mõne teise võimaliku ametipositsiooni piiridesse, ei kvalifitseeru isik faktiliseks ühingujuhiks. Prantsuse kohtupraktikas on lisaks öeldud, et isikule võib olla loovutatud pädevus kas või terves juhtimisvaldkonnas, kuid ainuüksi selle alusel ei ole tegemist faktilise ühingujuhiga. Isik peab olema üle võtnud just need funktsioonid, mida saab kohaselt täita üksnes juhatuse liige ehk olema faktiliselt juhatuse liikme positsioonil.

Teine väga oluline faktor ühingu juhtimisülesannete ülevõtmise juures ongi see, et isik peab ühingujuhtimise ülesannete ülevõtmise kõrval olema seesugusel positsioonil, et tal on võim ja pädevus ühingu tegevust sõltumatult korraldada. See faktor on tihti peamiselt abiks faktilise ühingujuhi ning nõuandjate, prokuristide ja likvideerijate vahelise piiri tõmbamiseks. Saksa õiguskirjanduses on välja toodud, et vastutust saab jaatada üksnes siis, kui isikul on organispetsiifilised funktsioonid juhtorganile tüüpilisel viisil²⁰⁰. Seesugune funktsionaalne eristus võimaldab piiri tõmmata kolme kaasusgrupiga. Esiteks välistab see väliselt ühingu tegevust mõjutavate suurte lepingupartnerite vastutuse organifunktsiooni puudumise tõttu, teiseks ei kvalifitseeru juhtorgani positsioonile nõuandjad, kel puudub korraldusvõim ning kolmandaks töölepinguliste suhete alusel ühingut juhtivate isikute vastutuse organilise vastutuse puudumise tõttu²⁰¹. Just juhtimisfunktsioonide ülevõtmine faktiliselt juhatuse liikme positsiooni omades eristab saksa käsitlust eesti kontseptsioonist äriühingu tegevuse mõjutaja – ÄS § 167¹ ja § 289² – vastutuse kohta. Saksa kohtupraktikas²⁰² on rõhutatud, et ka ainuosaniku puhul pole oluline, kui suur faktiline mõju ainuosanikul ühingu juhtimisele oli, määrav on ainsana see, kas ta juhtis ühingu tegevust nagu juhatuse liige. Suurbritannias on samuti läbivalt välja toodud nii varidirektori kui ka *de facto directori* puhul, et määrav on, kas isik on tegelikkuses positsioonil, et realiseerida juhatuse liikme pädevust ja täita seesuguseid

¹⁹⁵ Hydrodam (Corby) Ltd (1994) BCC 161.

¹⁹⁶ Gemma Ltd v Davies [2008] BCC 812; Holland v Revenue & Customs [2011] B.C.C. 1; Mumtaz Properties Ltd [2011] EWCA Civ 610; vt ka *op. cit.* Briggs, Sims.

¹⁹⁷ Lo-Line Electric Motors Ltd [1988] Ch 477; Richborough Furniture Ltd [1996] B.C.C. 155; Secretary of State for Trade and Industry v Hall [2009] [2009] BCC 190; Holland v Revenue & Customs [2011] B.C.C. 1; [2010] UKSC 51, p 29, 39–40.

¹⁹⁸ BGHZ 148, 167, 174; BGHZ 125, 366; *op. cit.* Büning, lk 145–147, viited: RGSt. 72, 187; RGSt. 71, 112.

¹⁹⁹ Cass com 13.02.2007, kohtuasi nr 05-20126; Cass com 24.06.2008, kohtuasi nr 07-13431.

²⁰⁰ *Op. cit.* Fleischer GmbH, lk 341.

²⁰¹ *Op. cit.* Fleischer GmbH, lk 341.

²⁰² *Op. cit.* Strohn, lk 160; P. Jung. Der Unternehmergegesellschafter als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft. Tübingen: Mohr Siebeck 2002, lk 437; ka allmärkus nr 602: BGH = DB 1973, lk 2440, 2441.

funktsioone, mida tavaliselt saab täita üksnes juhatuse liige²⁰³. Põhjendusena on toodud, et vastasel juhul oleksid isikud vastutavad sündmuste eest, mille üle neil tegelik kontroll nii õiguslikult kui faktiliselt puudub²⁰⁴. Prantsuse kohtupraktika arengus on samuti märgata liikumist üha enam faktilise ühingujuhi funktsionaalse käsitluse suunas²⁰⁵, mis erineb kontseptuaalsest käsitlusest. Viimasel juhul jaatakse isiku positsiooni faktilise ühingujuhina üheselt siis, kui esineb kindel abstraktsete faktiliste asjaolude koosseis ja täidetud on konkreetsed kriteeriumid. Faktilist ühingujuhti käsitletakse sel juhul ühingu juhtimisse sekkunud õigusrikkuja tegevust²⁰⁶. Funktsionaalse käsitluse rõhuasetus on suunatud aga isiku sekkumisvõimaluse ja talle omistatud funktsioonide tervikule²⁰⁷. Arvesse võetakse seda, kuidas isik formaalsete organite kõrval või asemel²⁰⁸ ühingu tegevust on kujundanud ja juhendanud. Vajalik on, et faktiline ühingujuht oleks seejuures täielikult suveräänne ja iseseisev²⁰⁹ ning et ühingu juhtimine oleks toimunud tema aktiivse tegevuse kaudu²¹⁰. Suveräänseks ja iseseisvaks saab faktilist ühingujuhti pidada siis, kui tal on ühingu reaalne võim ja võimalus juhtimisse sekkuda²¹¹.

Võrdlusriikides on rõhuasetus seejuures alluvussuhete puudumisel. Nii pole prantsuse kohtupraktika kohaselt faktilise ühingujuhiga tegemist siis, kui isik on oma otsuste täideviimisel formaalse juhtorgani korraldustest sõltuv²¹². Ka saksa õiguskirjanduses ja kohtupraktikas on välistatud faktiliseks ühingujuhiks kvalifitseerimise võimalus ühingu töötajate puhul, kes on ühingu tegevuse korraldamisel alluvussuhetes, ei oma iseseisvat otsustusõigust ega võta enda kanda juhatuse kui organi spetsiifilisi ülesandeid, vaid üksnes valmistavad ette juhtimisotsuseid ja viivad neid täide juhatuse liikmete järelevalve all²¹³. Sama lähenemine on ka šveitsi õiguses²¹⁴

Nii saksa inglise kui ka prantsuse kohtupraktika kohaselt saab öelda, et isik on oma tegevuses sõltumatu ja tal on reaalne korraldusvõim eelkõige siis, kui ta juhib ja kujundab ühingu

²⁰³ Hydrodam (Corby) Ltd (1994) BCC 161; Kaytech International plc [1999] BCC 390.

²⁰⁴ Secretary of State for Trade and Industry v Tjolle [1998] BCC 282.

²⁰⁵ *Op. cit.* Mbele, lk 205.

²⁰⁶ *Op. cit.* Mbele, lk 376 jj.

²⁰⁷ *Op. cit.* Mbele, lk 205.

²⁰⁸ Cass com, 10.10.1995, kohtuasi nr 93-15553; Cass crim 12.09.2000, kohtuasi nr 99-88011.

²⁰⁹ Cass crim 08.06.1999, kohtuasi nr 98-85228; Cass com 13.02.2007, kohtuasi nr 05-20126; D. Tricot. Les critères de la gestion de fait. Droit et patrimoine, jaanuar 1996, lk 24 (viidatud: Cour de Cassation Rapport annuel 2006. IV ptk, lk 352. Arvutivõrgus: http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2006_2284/ 01.04.2013). Cass Com 16.04.1996 94-17215; Cass crim 03.06.1991 kohtuasi nr 89-86929.

²¹⁰ Cass Com 23.03.1971, kohtuasi nr 70-10308; Cass com 06.02.2001, kohtuasi nr 98-15489; Cass com 12.07.2005, kohtuasi nr 02-19860; Cass com 27.06.2006, kohtuasi nr 04-15.831.

²¹¹ Cass com 19.12.1995, kohtuasi nr 92-20116; Cass com 24.06.2008, kohtuasi nr 07-13431.

²¹² Cass com 13.02.2007, kohtuasi nr 05-20126; Cass com 24.06.2008, kohtuasi nr 07-13431.

²¹³ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG, § 43, komm 237; BGHZ 148, 167, 174; *op. cit.* Büning, lk 145–147 viited: RGSt. 72, 187; RGSt. 71, 112.

²¹⁴ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG, § 43 komm 237, vt ka viide šveitsi kohtupraktikale BGE 117 II 570, 573.

tegevust üksi²¹⁵. Nii on näiteks prantsuse kohtupraktikas faktiline ühingujuht eelkõige isik, kes käitub jagamatult juhina ühingu asjades²¹⁶. Teine võimalus on see, et faktiline ühingujuht tegutseb kõrvuti teiste isikutega. Saksa kohtupraktikas on asunud seisukohale, et tegutsemisel kõrvuti formaalsete juhatuse liikmetega, saab isiku faktilise ühingujuhi positsiooni jaatada siis, kui tal on ühingus märkimisväärne positsioon²¹⁷ või ülekaal²¹⁸. Kui ühingul on mitu tegevusvaldkonda, ei pea see tal olema kõikides neis. Faktilise ühingujuhi positsiooni jaatamiseks piisab ka sellest, et ta on seesugusel positsioonil ühingu ühes tegevusvaldkonnas²¹⁹. BGH tsiviilkolleegiumi seisukoht on, et märkimisväärse positsiooni asemel piisab ka sellest, kui isik on suures ulatuses juhtimisfunktsioonid üle võtnud, seda ka juhul kui piiratud ulatuses jätkub ka formaalse juhatuse liikme tegutsemine²²⁰. Faktilise ühingujuhi positsiooni hindamine peaks lähtuma isiku tegevuse tervikpildist²²¹. Vajalik pole, et isik oleks seadusliku ühingujuhtimise täielikult asendanud. Määrav on, et faktiline ühingujuht oleks oma tegudega formaalseid ühingujuhte tugevalt mõjutanud nii, et lisaks formaalsete juhtorganite tegevuse kujundamisele sisesuhtes, oleks ta enda kätte võtnud ka ühingu saatuse kujundamise välissuhtes²²².

Suurbritannias saab isiku positsiooni *de facto* juhatuse liikmena jaatada siis, kui juhtimine toimub kas kõrvuti teiste faktiliste ühingujuhtidega, kellest ükski pole formaalselt juhatuse liige, või kui isik tegutseb formaalse juhatuse liikme kõrval võrdsetel alustel²²³. Varidirektori puhul eeldab juba definitsioon, et teistel ühingujuhtimises osalevatel isikutel on tavaks faktilise ühingujuhi juhiseid järgida. Määrav on, et on kujunenud käitumismuster, kus juhatuse ei realiseeri otsuste langetamisel diskretsiooni, vaid käitub faktilise ühingujuhi suunistest lähtuvalt²²⁴.

Nii võib öelda, et ühingujuhtimise kontekstis võib teiste riikide kohtupraktikas faktilist ühingujuhti nõuandjatest, prokuristidest ja likvideerijatest sisuliselt piiritleda isiku pädevusse kuuluvate valdkondade ja positsiooni kaudu ühingus. Hinnangu andmine peab toimuma aga kõiki faktoreid ja üksikjuhtumi asjaolusid arvesse võtva koondpildi alusel.

²¹⁵ BGHSt. 21, 101, 103; Richborough Furniture Ltd [1996] B.C.C. 155; Cass com 24.06.2008, kohtuasi nr 07-13431.

²¹⁶ Cass com 10.10.1995, kohtuasi nr 93-15553.

²¹⁷ BGHSt 31, 118; BGH 1 StR 736/83 = StV 1984, 461.

²¹⁸ BGHSt 3, 32, 37.

²¹⁹ *Op. cit.* Dierlamm.

²²⁰ *Op. cit.* Fleischer GmbH, lk 341; vt ka BGHZ 104, 44.

²²¹ BayObLG RReg. 4 St 9/91 = BayObLGSt 1991, 6, 14.

²²² BGH II ZR 113/03 = NZG 2005, 755.

²²³ *Morris v Kanssen* [1946] AC 459; *Mckillen v Mislend (Cyprus) Investments Ltd*, Chancery Division (Companies Court), 05.03.2012. [2012] EWHC 521 (Ch).

²²⁴ *Hydrodam (Corby) Ltd* (1994) BCC 161, 163.

1.3.3. Faktiline ühingujuhtimine ühingu nõusolekul

Faktilise ühingujuhi positsiooni jaatamiseks on vajalikuks peetud, et tuvastatud oleks, et ühing andis faktiliseks ühingujuhtimiseks selge nõusoleku või vähemalt talus faktilise ühingujuhi tegevust. Ühingu nõusoleku tõendamise vajadus puudub aga siis, kui faktiline ühingujuht on ainus tegutsev juhatuse liige²²⁵. Võimalik oleks lähenemine, et kui juhatuse liikmena registreeritud isik ühingu tegevust korraldab, saab ühingu vaikivat nõusolekut jaatada, Riigikohtu praktikas ollakse aga teisel seisukohal²²⁶.

Riigikohtu tsiviilkolleegiumi praktika käsitleb analoogseid küsimusi üldiselt endiste juhatuse liikmete vastutuse kontekstis²²⁷. Juhatuse liikme positsiooni jaatatakse siis, kui isik on formaalselt ametisse nimetatud. Ka endiste juhatuse liikmete vastutuse puhul käsitletakse varasemates kohtulahendites põhiküsimusena, kas ametiaega tuleb lugeda lõppenuks või see veel kestab. Analoogia korras saab vaadelda aga Riigikohtu argumentatsiooni, mis on ühingu nõusoleku andmise funktsioon ühingu faktilise juhtimise kontekstis. Varasemates kohtulahendites, on rõhutatud, et juhatuse liikme ametiaega ei saa lugeda pikenenuks ainuüksi seetõttu, et isik jätkab tegutsemist juhatuse liikmena. Osanikel peab olema reaalne võimalus juhatuse liikme ametiaja möödumisel otsustada, kas nad soovivad tema juhatuse liikmena jätkamist. Riigikohus põhjendas enda seisukohta äriühingu enda ning osanike või aktsionäride kaitse vajalikkusega²²⁸. Nii varasemas kui ka hilisemas kohtupraktikas on ühingu nõusolek täitnud isiku konkludentse ametisse nimetamise rolli. Ühingu vaikimisest üksi ei piisa, ent Riigikohus on jaatanud võimalust, et juhatuse liikme ametiaja saab tagasiulatuvalt pikenenuks lugeda mõlemapoolseid tahteavaldusi ja käitumist hinnates, erandjuhul võib selle lugeda toimunuks näiteks juhatuse esitatud majandusaasta aruande kinnitamisega²²⁹. Kehtiva ÄS regulatsiooni alusel pikenevad OÜ juhatuse liikmete volitused automaatselt²³⁰, seega on faktilise ühingujuhtimise olukorrad ametiaja lõppemise tõttu ilmselt tulevikus vähem relevantset. Endiste juhatuse liikmete situatsiooni analüüsivate lahendite kõrval, pole otseselt puudutatud küsimust, kas isiku puhul, keda pole kunagi formaalselt juhatuse liikmeks määratud, saaks jaatada konkludentset ametisse nimetamise võimalust.

²²⁵ *Op. cit.* Kairjak, lk 544.

²²⁶ RKTko 3-2-1-65-08; RKTko 3-2-1-92-08.

²²⁷ RKTko 3-2-1-65-08, p-d 32–36; RKTko 3-2-1-92-08, p 11; RKTko 3-2-1-152-08 p 12–14; RKTko 3-2-1-124-09 p 25; *op. cit.* Papp/Shipova.

²²⁸ RKTko 3-2-1-74-08 p 18.

²²⁹ *Op. cit.* kohtulahendid, viide nr 161 ja RKTko 3-2-1-46-12 p-d 9, 13–14.

²³⁰ Muudetud äriseadustiku muutmise seadusega RT I 2010, 77, 589, vt ka äriseadustiku muutmise seaduse eelnõud (SE 733) ja seletuskirja. Aktsiaseltside juhatuse liikmete ametiaeg on ÄS § 309 lg-st 2 tulenevalt samas ikkagi tähtajaline.

Saksa õiguskirjanduses on ühingu nõusolekut faktiliseks ühingujuhtimiseks peetud kriteeriumina vaieldavaks²³¹. Küsitav on, kas vajalik on kõikide ühingu liikmete nõusolek, enamuse nõusolek või teadmine faktilise ühingujuhi tegevuse kohta või AG puhul nõukogu heakskiit²³². BGH kriminaalkolleegiumi praktikas ja osaliselt ka õiguskirjanduses on isiku faktilise ühingujuhi positsioon jaatamine ühingu nõusoleku või isiku tegevuse talumisega seotud, samas kui BGH tsiviilkolleegiumis küsimust puudutanud pole ja teine osa õiguskirjandusest kriteeriumit ebavajalikuks peab²³³. Kriteeriumi rakendamisel puudub igal juhul mõte kui ühingu juhtimisega tegeleb üksnes üks isik²³⁴. Ka muul juhul omab ühingu nõusolekut puudutav arvamuste lahknevus õiguskirjanduses vähest praktilist relevantsust, kuivõrd osanikud kiidavad faktilise ühingujuhi tegevust tavaliselt heaks või vähemalt taluvad seda²³⁵.

Teisalt oleneb kriteeriumi käsitlemise vajalikkus konkreetselt vastutuse alusest. Karistusõiguses on analoogiakeelu rikkumise vältimiseks peetud oluliseks, et isik käituks väljaspoole äratuntavalt nagu juhatuse liige. Seejuures ei pea see toimuma formaalsete juhatuse liikmete täieliku kõrvale jätmise kaudu, vaid osanike nõusolekul, mida saab vaadelda konkludentse ametisse nimetamisena²³⁶. Samuti võib kriteerium olla vajalik ühingu maksejõuetuse korral pankrotiavalduse esitamise kohustuse ja õiguse väljaselgitamise raames²³⁷, mis Saksamaal tsiviilõigusliku nõude täitmata jätmisena toob kaasa lisaks tsiviilõiguslikele ka karistusõiguslikud tagajärjed. Üldises plaanis, pole tsiviilõiguses erinevalt karistusõigusest analoogia kohaldamine formaalsete ja faktiliste juhatuse liikmete vahel lubamatu, nii pole ka kõikide õiguskirjanduses ja kohtupraktikas toodud faktiliste ühingujuhi kriteeriumide täitmine igal üksikjuhul tingimata vajalik. BGH tsiviilkolleegiumi praktikas on rõhutatud just eelkõige asjaolude tervikpildi²³⁸ ja regulatsiooni eesmärgi²³⁹ arvesse võtmise

²³¹ *Op. cit.* Fleischer GmbHR, lk 339.

²³² *Op. cit.* Strohn, lk 162–163.

²³³ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG, § 43 kamm 234.

²³⁴ H. Altmeppen § 43, kamm 133–138. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung GmbHG Kommentar Altmeppen/Roth. 7. Auflage. München: C.H. Beck 2012.

²³⁵ Vaieldav on näiteks ka, kas faktiliseks ühingujuhiks kvalifitseerimisel ning üldise hoolsuskohustuse kohaldamiseks § 43 GmbHG alusel, peaks olema tuvastatud § 43 nr 5 GmbHG mõttes, et üldkoosolek faktilise ühingujuhi tegevust talus või sellega nõus oli. Lähemalt vt *op. cit.* Münch Komm GmbHG, § 43, kamm 224.

²³⁶ *Op. cit.* Dierlamm, lk 156, 157; K. Kiethe, O. Hohmann § 82 GmbHG, kamm 35–43. – W. Joecks, R. Schmitz (Hrgs.). Münchener Kommentar zum StGB. 1. Auflage, 6. Band. München: C.H. Beck 2010. BGHSt 3, 32, 38; BGHSt 21, 101, 103 jj.

²³⁷ T. Holzborn, D. Just, kamm 543. Holzborn/v Vietinghoff, Haftung und Insolvenz im GmbH-Recht. 1. Auflage. München: C.H. Beck 2013; Faktilise ühingujuhi õigusest pankrotiavaldus esitada: H. Bußhardt, § 15, kamm 13. – E. Braun (toim). Insolvenzordnung (InsO) Kommentar. 5. Auflage. München: C. H. Beck 2012; *op. cit.* Fleischer GmbHR, lk 339.

²³⁸ BGHZ 150, 61, 69 f.; BGHZ 104, 44, 48.

²³⁹ *Op. cit.* Haas, lk 494, 498.

vajadust, mille juures saab vähene vastavus mõnedele kriteeriumidele olla kompenseeritud teiste kriteeriumide täitmise suure mahuga²⁴⁰.

Suurbritannias oli varasemas kohtupraktikas *de facto* juhatuse liikme puhul see, kas ühing suhtus isikusse kui juhatuse liikmesse arvestatav kriteerium²⁴¹ (1.3.2; 1.3.3). Eriti seoses viimase aja märkimisväärseima *Hollandi* kaasusega 2010. aastal²⁴², on fookus aga üha enam nihkunud ühingu ja faktilise ühingujuhi suhtelt sellele, kas isik on omandanud juhatuse liikme pädevuse ja kas tema vastutust juhatuse liikmena võib eeldada. Sealjuures tuleb arvesse võtta isiku reaalsel mõjuvõimu ja tegevust ühingu juhtimisel. Alates 1990. aastates kuni *Hollandi* kaasuseni oldi kohtupraktikas enamasti seisukohal, et see, kas isik omab ühingu silmis juhatuse liikme positsiooni pole tarvilik tingimus, kuigi see võib olla oluline faktor järelduse toetamisel, ühtlasi pole see ka piisav tingimus²⁴³. Oluline on isiku reaalne tegevus ja mõjuvõim, mille välja selgitamiseks tuleb analüüsida, kas isik osales iseseisval positsioonil ühingujuhtimise korraldamises ja kas ta omandas juhatuse liikme pädevuse ja funktsioonid²⁴⁴. Niisiis on ka Suurbritannias liigutud kohtupraktika arenedes suunas, mille kohaselt selle kriteeriumi täitmine pole keskne.

Prantsusmaal analüüsitakse faktilise ühingujuhi tegevust teisest vaatepunktist. Isiku positsiooni faktilise ühingujuhina saab jaatada esiteks, juhul, kui tema mõju ühingu tegevusele on selline, et formaalsed juhatuse liikmed kaotavad enda autonoomia. Teiseks, juhul kui saab öelda, et ta on tegevuse valitseja (*le maître de l'affaire*)²⁴⁵. Teisel juhul peab isikul olema just seesugune piisav pädevus, et täita faktiliselt juhatuse liikme ülesandeid kõikides valdkondades, olenemata formaalsete juhatuse liikmete või ühingu liikmete nõusolekust²⁴⁶.

Kohtupraktika arengut ühingu nõusoleku juurest faktilise ühingujuhi tegevuse sisulise hindamiseni võib näha Itaalias. Varasemas kohtupraktikas lähtuti faktilise ühingujuhi positsiooni hindamisel ühingu konkludentse nõusoleku vajadusest²⁴⁷, seda kuni Bonelli ja Abriani doktriinis esitatud kriitikani, kus väljendati, et faktilise ühingujuhi mõiste peab vastama tavapärase juhatuse liikme mõistele ning juhatuse liikme vastutus peab laienema ka neile, kes on süstemaatiliselt seotud äriühingu toimimisega²⁴⁸. Kohtupraktika arenedes jõudis

²⁴⁰ *Op. cit.* Fleischer, komm 233; *op. cit.* Leenen, lk 34.

²⁴¹ *Op. cit.* Sealy, Milman, lk 53; Secretary of State for Trade and Industry v Tjolle [1998] BCC 282.

²⁴² Holland v Revenue & Customs [2011] B.C.C. 1; vt ka Mumtaz Properties Ltd [2011] EWCA Civ 610;

²⁴³ *Op. cit.* Briggs, Sims.

²⁴⁴ Gemma Ltd v Davies [2008] BCC 812; vt ka *op. cit.* Briggs, Sims.

²⁴⁵ *Op. cit.* Mbele, lk 153.

²⁴⁶ *Op. cit.* Mbele, lk 153.

²⁴⁷ *Op. cit.* Maura, lk 57.

²⁴⁸ *Op. cit.* Maura, lk 57

kassatsioonikohus samuti seisukohale, et äriühingu juhatuse liikmete kohta käivad normid kohalduvad ka neile, kes on äriühingu majandamise ja juhtimisega seotud, ka juhul kui neid pole formaalselt juhatuse liikmeteks määratud²⁴⁹.

Seega võib öelda, et nii Eesti kui ka teiste riikide kontekstis on see, kas ühing või osanikud nõustusid isiku tegevusega juhatuse liikmena või suhtusid temasse kui juhatuse liikmesse, vaieldava tähtsusega. Kriteerium võib aga asjakohane olla kui on kahtlus, kas tavaline nõuandmine on juba ületanud faktilise ühingujuhtimise piiri. Põhiline, mis nõuandjaid ja faktilisi ühingujuhte eristab on see, et faktiline ühingujuht tegutseb nagu juhatuse liige ehk et tal on juhtimisfunktsioon. See, kas ühing seda aktsepteerib või vähemalt talub, saab järeldust toetada. Mõistlik näib olevat nõustuda Suurbritannia kohtupraktikaga, mille kohaselt ei ole kriteerium ei tarvilik ega piisav tingimus, kuid võib ühe faktorina isiku faktilise ühingujuhi positsioonile viidata.

1.3.4. Faktiline ühingujuhtimise funktsiooni teostamine väljaspoole

Eesti õiguskirjanduses on välja pakutud, et faktiline ühingujuhi jaatamiseks on vajalik, et isik teostaks oma organifunktsiooni väljaspoole ja tegutseks kolmandale isikule arusaadavalt ja eristatavalt²⁵⁰. Esiteks on siinkirjutaja hinnangul vajalik neid kahte nõuet täpsustada ja eristada. Organifunktsiooni väljaspoole teostamine ei saa olla puhtalt samastatav ühingu faktilise esindamisega välissuhtes, mille puhul tuleks kõne alla juhatuse liikmena tegutsemise arusaadavus kolmandatele isikutele. Organifunktsiooni väljaspoole teostamine peaks seonduma pigem sellega, millist positsiooni faktiline ühingujuht omas (1.3.2). Kas isik korraldas ühingu tegevust üksnes sisesuhtes või oli tal ka võim ja pädevus alluvussuhtes olemata langetada iseseisvaid otsuseid, ühingu suhetes kolmandate isikutega.

Saksamaal on peamine seisukohtade lahknevus kohtupraktika ja valitseva õiguskirjanduses levinud seisukoha (*herrschende Lehre*) vahel seotud organifunktsiooni väljaspoole teostamisega²⁵¹. BGH definitsiooni kohaselt määrav, et faktiline ühingujuht oleks oma tegudega formaalseid ühingujuhte tugevalt mõjutanud nii, et lisaks formaalsete juhtorganite mõjutamisele sisesuhtes oleks ta enda kätte võtnud ka ühingu saatuse kujundamise välissuhtes²⁵². Samuti on BGH on öelnud, et isik peab väljaspoole paistma nagu juhatuse liige ja osaliselt nõustutakse sellega ka õiguskirjanduses²⁵³. Nõude legitiimne eesmärk on ennetada vastutuse korrapäratut vohamist. Organifunktsiooni väljaspoole teostamise nõudega saab

²⁴⁹ *Op. cit.* Maura, lk 57; vt ka viide: Cass civ 14.09.1999, kohtuasi nr 9795.

²⁵⁰ *Op. cit.* Kairjak, lk 543–544.

²⁵¹ *Op. cit.* Strohn, lk 160–161.

²⁵² BGH II ZR 113/03 = NZG 2005, 755

²⁵³ BGHZ 104, 44, 47; BGHZ 150, 61, 69; *op. cit.* Baumbach/Hueck GmbHG, eelmärkus §-le 43 komm 3.

eristada nõuandmist lubamatust juhatuse liikme ülesannete ülevõtmisest²⁵⁴. Väljaspoole teostamise nõudest võivad olla erandid aga näiteks võlausaldajate ja perekonnasuhete raames toimuv mõjutamine, ühingu liikmete seesugused otsused, mida juhatuse liikmed järgima ei pea ja enamusaktsionäride otsustus, mis ohustab vähemusaktsionäride õigusi²⁵⁵.

Saksa õiguskirjanduses on valitsev seisukoht, et piisab ka olulisel määral juhatuse liikme pädevuse ülevõtmisest sisesuhtes²⁵⁶. Kuivõrd organifunktsiooni väljaspoole teostamise nõue tõstatab hulgaliselt küsitavusi²⁵⁷. Õiguskirjanduses on öeldud, et seeugune nõue jätab faktilise ühingujuhi instituudile praktikas vähe ruumi²⁵⁸. Kritisieritud on eelkõige seda, et kriteerium pole faktilise ühingujuhi instituudiga teleoloogiliselt seotud²⁵⁹, kriteerium ei aita tagada seda eesmärki²⁶⁰, mille kaitsmiseks faktilise ühingujuhi instituut ellu on kutsutud. Instituudiga taotletakse ühingu, osanike ja võlausaldajate kaitset, mille jaoks ei oma tähendust, kuidas faktiline ühingujuhtimine ka välissuhtes peegeldub²⁶¹. Seejuures pole instituudi eesmärk teenida käibekaitset²⁶², mida võiks aga kriteeriumi mitmetimõistetavuse tõttu järeldada. See loob ohu, et juhatuse liikmeid õigusnäivuse tõttu hakatakse faktilise ühingujuhtimisega samastama ja sellega hägustatakse nende kahe kontseptsiooni dogmaatilist erinevust ja vastutuse aluseid²⁶³.

Faktiliste ühingujuhtide piiritlemisel on oluline eristus käibekaitse ja juhatuse liikmete kohustuste ja vastutuse faktilistele ühingujuhtidele laienemise vahel (1.2.2). Faktiliste ühingujuhtide on, vaatamata formaalsele ametisse nimetamata jätmisele, käsitletavad juhatuse liikmetena, seega on nad vaadeldavad seaduslike esindajatena ja seetõttu tuleb teha kindel eristus lepingulisest esindusest. Võrdluseks eesti õigusega võib tuua tegutsemise taluvusvolituse alusel TsÜS § 118 lg 2 mõttes. Ka Riigikohus on pidanud vajalikuks rõhutada eristust seadusjärgse ja lepingulise esinduse vahel ühingu välissuhtes: /.../ juriidilise isiku juhatus või seda asendav organ loetakse TsÜS § 34 lg 1 järgi suhetes teiste isikutega juriidilise isiku seaduslikuks esindajaks. TsÜS § 118 lg 2 nagu ka TsÜS § 118 tervikuna reguleerib üksnes volitust ehk tehingulist esindust ega puuduta juriidilise isiku kui seadusjärgse esindaja esindusõigust²⁶⁴ /.../. Nii võiks organifunktsiooni teostamine väljaspoole olla arvestatav kriteerium juhul, kui sealjuures ei analüüsita, kuidas faktiliste ühingujuhtide

²⁵⁴ *Op. cit.* Strohn, lk 161.

²⁵⁵ *Op. cit.* Strohn, lk 161.

²⁵⁶ *Op. cit.* Strohn, lk 161, vt allmärkus nr 31.

²⁵⁷ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG, § 43 komm 231; *Op. cit.* Pelz, lk 417 jj.

²⁵⁸ *Op. cit.* Haas NZI, lk 497.

²⁵⁹ *Op. cit.* Haas NZI, lk 494, 498.

²⁶⁰ Vt ka sissejuhatus.

²⁶¹ U. Burgard. Garantie- und Verschuldenschaftung von Mitgesellschaftern einer GmbH. – NZG 2002/13, lk 608.

²⁶² *Op. cit.* Strohn, lk 158, 163.

²⁶³ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG, § 43 komm 231.

²⁶⁴ RKTko 3-2-1-56-12 p 14.

tegevus kolmandatele isikutele paistis, vaid keskendutakse sellele, milline pädevus oli faktilisel ühingujuhil ühingu suhetes kolmandate isikutega.

Funktsiooni väljaspoole teostamise kriteerium pole tsiviilõigusliku vastutuse kontekstis primaarne. Pigem on kriteerium vajalik karistusõigusliku vastutuse puhul²⁶⁵, kus välismõjuta puuduks juhatuse liikme vastutuseks vajalik eritunnus²⁶⁶. Seda tsiviilõiguse normide²⁶⁷ tõttu, mis on erinevate koosseisude alusel vastutusele võtmise eelduseks. Karistusõiguslik lähenemine variisikuid vastutusele võtta ei võimaldaks. Tsiviilõigust ei puuduta analoogiakeelu probleematika, samuti on variisikute vastutusele võtmine majanduskäibe tegelikkuse tõttu äärmiselt vajalik. Võrdleva õigusliku analüüsi tulemused on näidanud, et igal pool laieneb vastutus ka variisikutele²⁶⁸, kes tegutsevad tankistide vahendusel ja kelle tegevus seetõttu kolmandatele isikutele arusaadav ja eristatav pole²⁶⁹. Saksamaal on võimalik selle kriteeriumi täitmise vähene määr kompenseerida teiste kriteeriumide täitmise suurema määraga (1.3.1).

Suurbritannia kohtupraktikas on pole faktilise ühingujuhi positsiooni jaatamiseks funktsiooni väljaspoole teostamise nõuet toodud. *De facto* juhatuse liikme raames kriteeriumit analüüsitud pole ja varidirektorit puudutav varasem kohtu praktika seadis varasemalt hoopis vastupidise eelduse. Varidirektorilt eeldati, et ta „hiilib varjudes“, peites end teiste isikute taha, keda ta väidab olevat ainsateks ühingu juhatuse liikmeteks, jättes end juhatuse liikme positsioonist täielikult kõrvale²⁷⁰. Hiljem on varidirektori ja *de facto* juhatuse liikme kontseptsioonide piiride hägustudes asunud kohtupraktikas seisukohale, et teiste isikute varjus tegutsemine pole faktilise ühingujuhi positsiooni hindamiseks tarvilik tingimus. Määrav on, et isikul on ühingu juhtimisele olnud tegelik mõju, mis vahel võib olla varjatud, vahel nähtav või teinekord segu neist mõjudest²⁷¹.

Prantsusmaal on juhtimisfunktsiooni väljaspoole teostamine relevantne kriteerium²⁷². Võib öelda, et kohtud on peaaegu süstemaatiliselt kvalifitseerinud faktilisteks ühingujuhtideks isikuid, kellel on juhtimisvõime väljaspool ühingut, samas eitanud vahel faktilise ühingujuhi positsiooni, isikute puhul, kes on tegutsenud üksnes ühingusiseselt. Seetõttu saab öelda, et kohtupraktikas on üsna tugev seos isiku väljaspoole tegutsemise ja faktiliseks ühingujuhiks

²⁶⁵ *Op. cit.* Haas NZI, lk 497–498.

²⁶⁶ *Op. cit.* Dierlamm, lk 156–157.

²⁶⁷ §-des 35a, 37 ja 39 GmbHG.

²⁶⁸ vt ka nt variisikuid nimetatakse teistes riikides – *Hintermann, shadow director, dirigeant par personne interposée, amministratore indiretto*.

²⁶⁹ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG, § 43 komm 232.

²⁷⁰ Hydrodam (Corby) Ltd (1994) BCC 161.

²⁷¹ Kaytech International plc [1999] BCC 390.

²⁷² *Op. cit.* Mbele, lk 36–53.

kvalifitseerimise vahel²⁷³. Välismõju on kriteeriumina oluline seetõttu, et faktilist ühingujuhtimist saab jaatada üksnes isikute puhul, kellel on kõige laiem pädevus tegutseda kõikidel juhtudel ühingu nimel²⁷⁴. Samas on ka peetud vajalikuks rõhutada, et eristada tuleb seda, kuidas näib juhatuse liikmena kolmandatele ja seda kas isik on tegelenud aktiivse juhtimistegevusega²⁷⁵. Ühingu välissuhetes omatav pädevus pole faktilise ühingujuhi positsiooni jaatamiseks vajalik tingimus, vaid seda tuleb hinnata sekkumise kontekstis, pädevus üksnes lihtsustab ühingu asjade ajamist²⁷⁶. Samuti on rõhutatud, et faktilise ühingujuhi mõju ei pruugigi olla väljaspoole äratuntav, kuivõrd ta saab tegutseda ka tankisti kaudu (*par personne interposée*)²⁷⁷.

Seega võib öelda, et seisukohad selle osas, kas organifunktsiooni väljaspoole teostamine on faktilise ühingujuhi positsiooni jaatamiseks vajalik tingimus, erinevad riigiti. Ühtne on aga seisukoht, et tarvilik pole organifunktsiooni teostamine kolmandale isikule arusaadavalt ja eristatavalt tegutsemise näol. Kriteeriumit on igal juhul vajalikuks peetud karistusõiguses. Tsiviilõiguses võiks olla mõistlik mitte vaadelda seda, kuidas see kolmandatele isikutele paistis, vaid kasutada seda faktorit isiku pädevuse ulatuse määramisel. Kriteeriumi arvesse võtmine võib olla asjakohane analüüsides, kas isik käitus nagu juhatuse liige ja milline oli tema tegelik võim ja pädevuse ulatus ühingujuhtimise kujundamisel.

1.3.5. Faktilise ühingujuhtimise ajaline kestus

Mõju ühingu tegevuse kujundamisele peab olema kestev. Ühingu tegevuse pikaajalise kujundamise kriteeriumi rakendamine on vajalik, et üksnes üksikute otsuste juures nõuandvate isikute vastutus välistada. Saksa õiguskirjanduses on öeldud, et üksnes lühiajaline või ajutine juhatuse liikme funktsiooni ülevõtmine – näiteks üheks nädalaks – pole piisav²⁷⁸. Sama kriteeriumi tugevamat rakendamist pooldatakse šveitsi kohtupraktikas²⁷⁹, mille kohaselt on faktilise ühingujuhi positsiooni jaatamiseks vajalik kestev mõju äritegevuse kujundamisel küsimustes, mis ületavad tavapärase igapäevase majandustegevuse käigus langetatavaid otsuseid. Ühekordne tegutsemine või üksnes abistav pädevus otsuse langetamisel, pole faktilise ühingujuhi positsiooni jaatamiseks piisav²⁸⁰. Faktilise ühingujuhi instituudi rakendamiseks peab isikul olema ühingu tegevuse kujundamisel võim ja reaalne otsustamisõigus (1.3.2). Erandjuhtudel võib saksa õiguskirjanduse kohaselt tugev ühingu

²⁷³ *Op. cit.* Mbele, lk 50.

²⁷⁴ *Op. cit.* Mbele, lk 49.

²⁷⁵ *Op. cit.* Mbele, lk 158.

²⁷⁶ *Op. cit.* Mbele, lk 158.

²⁷⁷ *Op. cit.* Mbele, lk 152.

²⁷⁸ *Op. cit.* Dierlamm, lk 158; vrdl S. Bank 4. ptk, komm 37. R. Patzina *et al.* Haftung von Unternehmensorganen, Vorstände, Aufsichtsräte, Geschäftsführer. 1. Auflage. München: C.H Beck 2010.

²⁷⁹ BGE 128 III, 29–33; BGE 128 III 92, 95.

²⁸⁰ BGE 128 III, 29, 31, 33.

tegevuse kujundamise võimalus väljenduda ent ka faktilise ühingujuhi lühiajalises tegevuses. Üksnes ajutine pädevus piisavat mõju omada juhul, kui isiku käitumine paistaks välja, nagu registrisse kantud juhatuse liikme tegevus ja ta sellega antud kaasuse kontekstis ühingu saatust oluliselt mõjutaks²⁸¹. Mõju kestus on üksnes üks element hinnates, kas isik on oluliselt ühingu juhtimist mõjutanud²⁸².

Suurbritannia kohtupraktikas *de facto* juhatuse liikmete puhul mõju ajalist kestust eraldi rõhutatud pole, ent varidirektori kontseptsiooni juurde kuulub nõue, et faktilise ühingujuhi positsiooni jaatamiseks peab olema tõendatud käitumismuster, kus formaalsed juhatuse liikmetel on tavaks faktilise ühingujuhi instruksioone järgida. Ühekordsest sekkumisest või juhiseid faktilise ühingujuhi positsiooni jaatamiseks ei piisa²⁸³.

Prantsusmaal on kohtupraktikas ja akadeemilistes töodes öeldud, et faktilist ühingujuhtimist ei saa jaatada juhul, kui tegevus on juhusliku iseloomuga või ajutine²⁸⁴. Sekkumine ei pea tingimata olema aga ka pikaajaliselt kestev, ületatud peab olema hinnanguline joon, mis näitab, et sekkumine väljus tavalise nõuandmise piiridest²⁸⁵. Oluline on anda hinnang esiteks sellele, kas ühingu tegevusse sekkumine oli harjumuspärane ning teiseks, millise ajaperioodi jooksul see toimus²⁸⁶. Mitme otsustuse juures peab faktilise ühingujuhi juhiseid olema järgitud, et tema tegevust saaks lugeda harjumuspäraseks, ei saa üheselt öelda. Õiguskirjanduses pole küsimusele otsest vastust antud, kuivõrd hinnang sõltub enam üksikjuhtumi asjaoludest, kuid välja on pakutud, et kui juhiste andmise sageduse ja kordade arvu pinnalt on raske faktilise ühingujuhi positsiooni kinnitada või ümber lükata, tuleb keskenduda isiku konkreetse tegevuse sisule²⁸⁷. Hinnangu andmisel, kas faktilise ühingujuhi nõuannete jagamine ja arvestamine oli ühingu harjumuspärane, toetab see kui sekkumine oli järjepidev. Järjepidevust näitab see, et faktilisel ühingujuhil oli ühingu tegevuse kujundamisel oma koht. Ta langetas korduvalt erinevatesse valdkondadesse puutuvaid otsuseid nii, et tegemist polnud üksnes juhusliku või ühekordse juhendamise²⁸⁸. Sealjuures ei välista faktilise ühingujuhi positsiooni jaatamist see, kui kõrvuti faktilise ühingujuhiga korraldasid ühingu tegevust ka formaalsed juhatuse liikmed. Kestva ühingu tegevuse mõjutamise juures pole vajalik, et faktilise ühingujuhi tegevus oleks olnud formaalsete juhatuse liikmete otsuste

²⁸¹ *Op. cit.* Büning, lk 151, viited BGH GmbHR 1958, 179, 180, vt ka allmärkus 27; BGH 1989, 121, 124.

²⁸² *Op. cit.* Strohn, lk 162.

²⁸³ Gerald Cooper Chemicals Ltd [1978] Ch. 262; Secretary of State for Trade and Industry v Becker [2003] 1 BCLC 555; Ultraframe (UK) Ltd v Fielding [2006] F.S.R 17; [2005] EWHC 1638, 1270–1278; *op. cit.* Hannigan, lk 145, viide Liquidator of Rosshill Properties Ltd v Sinai Securities Ltd [2004] BCC 986.

²⁸⁴ *Op. cit.* Notté, lk 132–134, viited kohtulahenditele: Cass. com. 19.02.2002, RJDA 2002, nr 763, p 638; Cass. crim. 23.11.2004, kohtuasi nr 04 -80830; Cass com 13.02.2007, kohtuasi nr 05-20126.

²⁸⁵ *Op. cit.* Rives-Lange, lk 41 jj.

²⁸⁶ *Op. cit.* Mbele, lk 164–182.

²⁸⁷ *Op. cit.* Notté, lk 133.

²⁸⁸ *Op. cit.* Mbele, lk 171–172.

suhtes alati primaarne või et faktilisele ühingujuhile oleks antud juhtiv positsioon. Mõju kestvust saab jaatada ka juhul kui faktilisel ühingujuhil polnud ühingus domineerivat rolli²⁸⁹. Õiguskirjanduses on öeldud, et kui korduvus ei kinnita isiku kestvat ühingu tegevust kujundavat käitumist, on vajalik vähemalt näidata, et erinevaid pädevusvaldkondi puutuvad otsused on sellise iseloomuga, et isiku funktsioonid polnud piiratud üksnes ühe kindla ülesandega, vaid olid seotud ühingu huvidega tervikuna²⁹⁰.

Seega võib öelda, et faktilise ühingujuhi positsiooni jaatamiseks on vajalik näidata, et ühingu tegevuse kujundamine polnud isoleeritud ühingu tavapärasest juhtimisest. Faktiline ühingujuht langetas otsuseid rohkem kui kitsalt üht küsimust puudutavates asjades ning tema tegevus oli järjepidev. Kriteeriumi täitmist aitab hinnata ka see, kui vaadelda, kas faktilise ühingujuhi nõuandmine oli ühingu asjaajamises harjumuspärane ja kas leidub käitumismuster, mille kohaselt faktilise ühingujuhi arvamust arvesse võeti.

1.3.6. Faktilise ühingujuhi subjektiivne teadmine

Saksa õiguskirjanduses pole tsiviilõiguses otsesõnu faktilise ühingujuhi enda käitumist ja teadmist eraldi kriteeriumina hinnatud. Õiguskirjanduses on aga toodud välja eristus, et faktiliseks ühingujuhiks ei kvalifitseeru isik üksnes seetõttu, et ta enda huvide kaitse tõttu ühingu tegevust võib mõjutada. Isik, kes krediidiandjana kontrolliõigust või enamusosanikuna hääleõigust teostab, peab oma tegevusega silmas eelkõige enda huvide kaitset, mitte ühingu tegevuse kujundamist ega kvalifitseeru seetõttu faktiliseks ühingujuhiks²⁹¹. Kust läheb piir enda huvide kaitse ja ühingu tegevuse mõjutamise vahel, tuleb üksikjuhtumil kindlaks määrata²⁹².

Ka Suurbritannias pole kohtupraktikas varidirektoriteks kvalifitseeritud pandipidajast võlausaldajat²⁹³, põhjendusega, et pandipidaja õiguste rakendamisest üksi ei tulene varidirektori positsioon. Kohtuasjas *Deverell* on varidirektori kontseptsiooni juures on välja toodud, et vaadeldakse, kuidas toimus ühingu ja faktilise ühingujuhi vaheline suhtlus ja kas ühingul oli tavaks antud suuniseid järgida. Samas ei kuulu seesuguse suhtlemise analüüsimisel tõendamisesemesse, kas isikul oli arusaamine, et tema juhendeid annab või kas andja või saaja poolel oli ootus, et juhendeid antakse. Paljudel – kui mitte kõigil – juhtudel piisab sellest, kui tõendada, et suhtlus toimus ning näidata ära selle tagajärjed²⁹⁴. Teises kohtuasjas *Kaytech* on ka seoses *de facto* juhatuse liikmega välja toodud, et isik ei pea

²⁸⁹ *Op. cit.* Mbele, lk 178, vt viide: Cass. soc. 21.02.2006, kohtuasi nr 03-41487.

²⁹⁰ *Op. cit.* Tricot, lk 24.

²⁹¹ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG, § 43, kamm 236; *Op. cit.* Strohn, lk 158, 163; *op. cit.* Fleischer AG, lk 526.

²⁹² *Op. cit.* Münch Komm GmbHG, § 43, kamm 236.

²⁹³ *Op. cit.* Hannigan, lk 143 viited: Jourdain v Paul [1995] BCC 280; MC Bacon Ltd [1990] BCC 78.

²⁹⁴ Secretary of State for Trade and Industry v Deverell [2000] BCC 1057.

arvama, et ta tegutseb nagu juhatuse liige, et teda saaks *de facto* juhatuse liikmena käsitleda²⁹⁵.

Prantsusmaal isiku subjektiivset teadmist eraldi kriteeriumina arvesse ei võeta, küll on aga faktilise ühingujuhi definitsioonis rõhutatud, et vajalik on, et faktiline ühingujuht oleks seejuures täielikult suveräänne ja iseseisev²⁹⁶ ning et ühingu juhtimine oleks toimunud tema aktiivse tegevuse kaudu²⁹⁷. Samuti peab äriühingu tegevuse kujundamine olema kestev (1.3.4), harjumuspärane ja isik peab tegutsema kavatselt. See tähendab esiteks, et faktilise ühingujuhi positsiooni jaatamiseks peab isik olema tegutsenud piiranguteta, tahtlikult ja vabana alluvussuhetest nii, et tema teod on eesmärgistatult suunatud ühingu juhtimise korraldamisele²⁹⁸. See viib järelduseni, et üksnes juhulikust või tahtmatust ühingu tegevust kujundavast käitumismustrist faktilise ühingujuhtimise harjumuspärasuse jaatamiseks ei piisa²⁹⁹.

Riikide võrdluses võib öelda, et isiku subjektiivne teadmine ja arusaamine tingimata faktilise ühingujuhi positsiooni jaatamiseks vajalikku tõendamisesemesse ei kuulu. Samas on oluline arvesse võtta isiku ja ühingu vahelisi suhteid ja isiku tegevust. Hinnata tuleb, kas isiku tegevus oli eesmärgipäraselt suunatud ühingu juhtimisülesannete ülevõtmisele või tegutses isik enda huvide kaitseks. Kui isik tegutses ühingu faktilise juhina, on vajalik vaadelda, kas seesugune korraldus oli ühingu ja isiku vahelistes suhetes harjumuspärane käitumismuster. Samuti on vajalik hinnata, millisel positsioonil isik oli, kas ta tegutses iseseisvalt ja kavatselt ning kas tal oli reaalne võim ühingu saatust kujundada.

Kokkuvõtvalt võib faktilise ühingujuhi kriteeriumide osas öelda, et faktiline ühingujuht on isik, kes tegutseb nagu juhatuse liige, olemata selleks formaalselt määratud. Isiku faktilise ühingujuhi positsiooni saab jaatada eelkõige kui ta tegeleb ühingu juhtimisülesannetega, nagu näiteks ettevõtluspoliitika kujundamine, äripartneritega lepingute sõlmimine, maksude tasumine ja arvete haldamine. Isik tegeleb juhtimisülesannetega ainuisikuliselt või suure osaga juhtimisülesannetest teiste isikute kõrval, jättes formaalsed juhatuse liikmed selles osas juhtimisest kõrvale. Faktilisi ühingujuhte saab nõuandjatest, prokuristidest ja likvideerijatest eristada eelkõige faktilise ühingujuhi positsiooni kaudu ühingus. Faktilise ühingujuhi positsioon ühingus peab olema märkimisväärne, ta peab korraldama oma tegevust iseseisvalt ja vabana alluvussuhetest. Tal peab olema reaalne võim ühingu asjaajamisse sekkuda ja

²⁹⁵ Kaytech International plc [1999] BCC 390.

²⁹⁶ Cass crim 03.06.1991 kohtuasi nr 89-86929; Cass Com 16.04.1996, kohtuasi nr 94-17215; Cass crim 08.06.1999, kohtuasi nr 98-85228; Cass com 13.02.2007, kohtuasi nr 05-20126; *op. cit.* Tricot, lk 24.

²⁹⁷ Cass com 06.02.2001, kohtuasi nr 98-15489; Cass com 12.07.2005, kohtuasi nr 02-19860; Cass com 27.06.2006, kohtuasi nr 04-15831; *op. cit.* Tricot, lk 24, viide: Cass Com 23.03.1971, kohtuasi nr 70-10308.

²⁹⁸ *Op. cit.* Mbele, lk 53–61.

²⁹⁹ *Op. cit.* Mbele, lk 169.

otsuseid langetada nii ühinguiseses asjaajamises kui ka ühingu välissuhetes, sealjuures pole üksnes protsesside jälgimisõigus piisav. Isiku sekkumine peab olema piisavalt intensiivne ja kestev, et seesugust korraldust võiks ühingu tegevuse korraldamisel pidada harjumuspäraseks käitumismustriks. Lisakriteeriumidena aitab nõuandjate ja faktiliste ühingujuhtide vahele piiri tõmmata see, kuidas ühing faktilise ühingujuhi tegevusse suhtus ning millisena nägi enda tegevust faktilise ühingujuht ise.

Arvesse tuleb võtta ka seda, et tegemist on näitliku kriteeriumide loeteluga ja faktilise ühingujuhi positsiooni jaatav hinnang peaks lähtuma isiku käitumise tervikpildist ja normi eesmärgist. Kriteeriume ei tuleks võtta tõsikindlate postulaatidena, vaid need peaks olema abiks nõuandmise ja faktilise ühingujuhtimise vahelise piiri tõmbamisel. Alati pole tingimata tarvilik kõikide eelpool toodud kriteeriumide täitmine, mõne kriteeriumi täitmise vähese määra või täitmata jätmise võib kompenseerida teise kriteeriumi täitmise suur määr.

2. Faktilise ühingujuhi vastutuse aluseks olevad õigussuhted ja nõuded faktilise ühingujuhi vastu

2.1. Faktilise ühingujuhi vastutuse aluseks olevad õigussuhted

2.1.1. Ühingu sisesuhted ja formaalse juhatuse liikme vastutuse aluseks olev õigussuhe äriühinguga

Faktilise ühingujuhi võimalike kohustuste ja vastutuse analüüsimiseks on alustuseks vajalik selgitada välja, millised õigussuhted faktilise ühingujuhi instituudi juures üldse kõne alla võiksid tulla. Võrdlusriikide praktikas on välja toodud, et faktilisi ühingujuhte käsitletakse nagu formaalseid juhatuse liikmeid. Samas võivad ka ühingu liikmed ise faktilisteks ühingujuhtideks kvalifitseeruda. Seega on selguse saamiseks esmalt asjakohane vaadelda laiemalt ühingu sisesuhteid ja selle hulgas formaalse juhatuse liikme õigussuhet ühinguga OÜ ja AS-i näitel. Sealjuures ka suhete tekkimist ja lõppemist. Käesolevas peatükis on faktilise ühingujuhi vastutuse aluseks olevate kohustuste juures peaarõhk pööratud töö piiratud mahu tõttu peamiselt saksa käsitlusele. Saksa käsitluse kasuks on otsustatud seetõttu, et sellel on konkreetsete vastutusosaluste osas Eestile võrdlusriikidest sarnasem õiguskord, samuti oli siinkirjutajale ligipääsetavates allikates saksa faktilise ühingujuhi kohustuste ja vastutuse käsitus kõige detailsem ja põhjalikum.

Ühinguõiguslike suhete analüüsimisel tuleb arvestada, et neile on iseloomulik mitmetasandilisus, mis tuleneb õigussuhete osaliste paljususest³⁰⁰. Õigussuhted saab tinglikult jagada sise- ja välissuheteks, kus „/.../sisesuhteks on äriühingu organite vahelised või äriühingu ja organi vahelised õigussuhted, mille alusel korraldatakse äriühingu sisemist toimimist. /.../ Välissuhteks on äriühingu ja selle organite suhted kolmandate isikutega“³⁰¹ (2.1.1; 2.1.4). Sisesuhete võrgustikku kuuluvad ühingu suhted aktsionäride, osanike, ja juhtorganite liikmetega. Aktsionäridel ja osanikel on õigussuhe selle äriühinguga, milles nad osalust omavad. Samuti on neil osaluse tõttu ka omavahel eriline seotus³⁰². Riigikohtu praktikas³⁰³ on öeldud, et tegemist pole iseenesest tehinguliste õigussuhetega. Ühingu liikmete ja ühingu vaheline suhe võiks oma olemuselt olla muu võlasuhe võlaõigusseaduse³⁰⁴ (edaspidi VÕS) § 3 p 6 mõttes³⁰⁵ ehk seadusjärgne võlasuhe³⁰⁶, mida iseloomustavad vastastikused õigused ja kohustused. Suhtest tuleneva kohustustusena on peamiselt ühingule

³⁰⁰ *Op. cit.* Vutt *Juridica*, lk 90..

³⁰¹ *Op. cit.* Papp/Shipova, lk 174, allmärkus nr 11. vt ka K. Tamm. Äriühingu juhtorgani liikme deliktiline vastutus äriühinguga seotud kuritarvituste korral. – *Juridica*, 2006/VI, lk 396–404.

³⁰² *Op. cit.* Saare, *Juridica*, lk 481–490.

³⁰³ *Op. cit.* Saare, *Juridica*, lk 483 allmärkus nr 16; vt ka RKTko 3-2-1-7-10, p 31.

³⁰⁴ Võlaõigusseadus RT I 2001, 81, 487 – RT I, 05.04.2013, 4.

³⁰⁵ *Op. cit.* Vutt *Juridica*, lk 91.

³⁰⁶ RKTko 3-2-1-7-10, p 31.

on suunatud osanike ja aktsionäride võrdse kohtlemise põhimõtte³⁰⁷. Juriidilise isiku liikmed omavad ühingu suhtes õigusi ja kohustusi, mida piiravad liikmete omavahelisest suhtest tulenevad kohustused³⁰⁸. Lisaks TsÜS §-s 138 sätestatud üldisele hea usu põhimõttele on kohaldub ka TsÜS §-st 32 tulenev kohustus järgida ka ühingu liikmete omavahelistes suhetes hea usu põhimõtet ja arvestada üksteise õigustatud huve³⁰⁹.

Juhatuse liikme õigussuhete kontekstis tulevad sisesuhete puhul üheaegselt kõne alla juhtorganite liikmete suhted ühinguga kui ka juhtorganite liikmete suhted osanike ja aktsionäridega³¹⁰. AS-i ja OÜ igal juhtorgani liikmel on seaduse ja põhikirjaga reguleeritud õigussuhe vastava juriidilise isikuga. Juriidilise isiku ja tema juhtorgani liikme vaheline õigussuhe on kohtupraktika kohaselt käsitatav käsundilaadse lepingusarnase õigussuhtena, millele kohalduvad lisaks juriidilise isiku või juriidilise isiku liigi kohta käivatele erinormidele üldnormidena ka VÕS käsunduslepingut reguleerivad sätted³¹¹. Eelpool toodud seadusjärgse käsundilaadse õigussuhte kõrval, võib ühingu ja juhatuse liikme vahel olla sõlmitud ka eraldi juhtorgani liikme leping, mis on mõeldud käsundilaadse suhte täiendamiseks. Oluline on, et seesugune leping ei mõjuta seadusjärgse käsundilaadse suhte tekkimist või lõppemist³¹².

Juhatuse liikmele tekivad ühingu ees seadusjärgse käsundilaadse suhte alusel õigused ja kohustused ametisse nimetamisega. Ta loetakse ametisse nimetatuks alates hetkest, mil ta on valitud või nimetatud juhatuse liikmeks³¹³. Sealjuures on äriregistri kandel üksnes deklaratiivne tähendus ning õiguste ja kohustuste teke pole sellega seotud³¹⁴. Ka saksa õiguskirjanduses ollakse seisukohal, et GmbH ja AG juhatuse liikme õiguste ja kohustuste ja vastutuse algus ei seonu äriregistrisse kande tegemisega³¹⁵. Saksamaal kohalduvad üldreeglina juhatuse liikmele kohustused ja vastutus hetkest, mil ühing ja isik on isiku juhatuse liikme positsiooni osas saavutanud kokkuleppe. Ühingu ja võlausaldajate kaitse tagamiseks, pole kohustuste ja vastutuse algus seotud ka kehtiva ametisse nimetamise ega sisemise pädevuse, vaid juhtorgani positsiooni saamisega. Seetõttu võivad juhatuse liikme

³⁰⁷ OÜ puhul AS § 85 ja AS puhul AS § 272; vt ka *op. cit.* Vutt *Juridica*, lk 91–92.

³⁰⁸ *Op. cit.* Saare, *Juridica*, lk 485.

³⁰⁹ RKTko 3-2-1-7-10, p 31; *Op. cit.* Vutt *Juridica*, lk 91–92.

³¹⁰ *Op. cit.* Vutt *Juridica*, lk 90.

³¹¹ *Op. cit.* Saare, *Juridica*, lk 486, vt ka allmärkuses nr 25 viidatud kohtupraktika RKTko 3-2-1-65-08; RKTko 3-2-1-41-05; RKTko 3-2-1-39-05.

³¹² *Op. cit.* Saare, *Juridica*, lk 487.

³¹³ *Op. cit.* Saare, *Juridica*, lk 486.

³¹⁴ *Op. cit.* Saare, *Juridica*, lk 486, vt ka allmärkus nr 28, viide RKTko 3-2-1-89-07.

³¹⁵ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG, § 43, komm 216; *op. cit.* Patzina/Bank. 4. ptk, komm 13, 26.

õigused ja kohustused ka faktilise ühingujuhi suhtes kohalduda alates sellest, kui ta on ametipositsiooni üle võtnud³¹⁶.

Juhatuse liikme ja äriühingu vaheline õigussuhe võib Eestis lõppeda, kas ametiaja möödumise, juhatuse liikme tagasikutsumise, juhatuse liikme tagasiastumise või juhatuse liikme surmaga³¹⁷. Ametiaja lõppemisega seoses on oluline märkida, et kehtiva ÄS regulatsiooni alusel pikeneb OÜ juhatuse liikmete ametiaeg eelduslikult automaatselt, samas kui AS-i puhul on ametiaeg on tähtajaline³¹⁸. Riigikohtu kriminaalkolleegiumi varasemas praktikas on küll kahe osaniku, kes olid ühtlasi ainsad juhatuse liikmed, positsiooni juhatuse liikmena jaatatud ka pärast ametiaja lõppemist³¹⁹. Seevastu on üldiselt Riigikohtu praktikas³²⁰ rõhutatud, et juhatuse liikme ja ühingu vaheline õigussuhe lõpeb automaatselt ametiaja lõppemisega. OÜ-de kontekstis on välja toodud, et tähtaja möödumisel lõpeb ametiaeg ja see pole seotud osanike aktiivse tegevusega juhatuse liikme tagasikutsumiseks ega uue juhatuse liikme valimisega³²¹. Riigikohus on oma seisukohta põhjendanud argumenteerides, et juhatuse liikme ja ühingu vahelises käsunduslepingu laadses suhtes on pooled leppinud kokku teatud ülesannete täitmisel teatud aja jooksul. Nii nagu tähtajaline leping lõpeb tähtaja möödumisega, lõpevad ametiaja möödumisel ka isiku kohustused juhatuse liikmena³²². Ametiaega ei saa pidada pikenenuks üksnes seetõttu, et isik jätkab tegutsemist juhatuse liikmena. Vajalik on mõlema poole, nii ühingu kui ka isiku, nõusolek. Nimetatud reeglist on kaks erandit: osanike otsusega pikendatakse juhatuse liikme ametiaega tagasiulatuvalt, juhatuse liikme seisundit kinnitatakse majandusaasta aruande kinnitamisega³²³ (1.3.3).

Saksamaal seevastu ei loeta GmbH ja AG juhatuse liikme kohustusi ja vastutust lõppenuks ametiaja läbi saamisega, vaid alles siis, kui juhatuse liige enam tegelikult enda funktsioone ei täida³²⁴. Nii võivad endised juhatuse liikmed – kehtetult ametisse nimetatud juhatuse liikmete suhtes välja kujundatud kohtupraktika³²⁵ eeskujul – vastutada üldise hoolsuskohustuse rikkumise eest ka siis, kui nad pärast ametiaja lõppu ühingu tegevust juhivad³²⁶ (1.2.2). Selline tõlgendus võiks olla aluseks õigussuhte laiendavale käsitlusele. Peamiselt on sellega seoses kritiseeritud, et õiguslikult määratlemata faktilistest asjaoludest ei peaks isikule

³¹⁶ *Op. cit.* Ziemons/Jaeger GmbHG komm, § 43 GmbHG, komm 33, 34.

³¹⁷ *Op. cit.* Papp/Shipova, lk 175–176.

³¹⁸ OÜ regulatsioon; ÄS § 184 lg 2; AS regulatsioon: ÄS § 309 lg-st 2.

³¹⁹ RKKKo 3-1-1-85-01, p 9.

³²⁰ RKTko 3-2-1-65-08, p-d 32–36; RKTko 3-2-1-92-08, p 11; RKTko 3-2-1-152-08 p 12–14; RKKKo 3-1-1-61-09, p 37; RKTko 3-2-1-124-09 p 25; RKTko 3-2-1-46-12 p-d 9, 13–14.

³²¹ *Op. cit.* Papp/Shipova, lk 173–174; vt ka RKTko 3-2-1-39-05 p 14–16, 18.

³²² *Op. cit.* Papp/Shipova, lk 173–174; vt ka RKTko 3-2-1-39-05 p 14.

³²³ RKTko 3-2-1-65-08, p-d 32–36, kinnitab ka järgnev kohtupraktika: RKTko 3-2-1-74-08; RKTko 3-2-1-92-08; RKTko 3-2-1-99-08; RKTko 3-2-1-152-08; RKTko 3-2-1-97-11.

³²⁴ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG, § 43, komm 217; *op. cit.* Patzina/Bank. 4. ptk, komm 13.

³²⁵ *Op. cit.* Strohn, lk 159; *Op. cit.* Münch Komm GmbHG, § 43, komm 218.

³²⁶ Vastutuse alus on § 43 lg 2 GmbHG; *Op. cit.* Münch Komm GmbHG, § 43, komm 217.

tulenema õiguslikke tagajärgi³²⁷. Teisalt räägib laiendava tõlgenduse kasuks õiguskirjanduses rõhutatud ühingujuhtimise materiaalne käsitlus³²⁸, vastuolulise käitumise keeld ja juhatuse liikmete kohustuste teleoloogilise laiendamise vajadus faktilistele ühingujuhtidele³²⁹. See põhineb BGH õiguseetilisel tõdemusel³³⁰, et kui isik tegutseb faktiliselt nagu juhatuse liige, olemata formaalselt selleks määratud, peab ta ka enda tegevuse eest vastutama nagu juhatuse liige³³¹.

2.1.2. Laias tähenduses faktilise ühingujuhi vastutuse aluseks olevad õigussuhted

2.1.2.1. Laias tähenduses faktilise ühingujuhi vastutuse aluseks olevad õigussuhted eesti kehtivas õiguses

Eestis erinevalt Saksamaast faktilisi ühingujuhte laias tähenduses – kuhu on hõlmatud ka kehtetult ametisse nimetatud ja endised juhatuse liikmeid – formaalsete juhatuse liikmetega automaatselt ei samastata (1.2.2). Seetõttu on ühingu liikmete ja formaalsete juhatuse liikmete õigussuhete kõrval oluline eraldi uurida laias tähenduses faktiliste ühingujuhtide võimalikke suhteid ühinguga. Eeskjuju võib võtta saksa õiguskirjanduses toodud liigitusest. Kitsas tähenduses faktilised ühingujuhid on isikud, keda pole vormiliselt kunagi juhatuse liikmeteks nimetatud, kuid kes sisuliselt juhatuse liikme ülesandeid täidavad. Laias tähenduses on faktilise ühingujuhi instituudiga hõlmatud ka endised või kehtetult ametisse nimetatud juhatuse liikmed³³².

Eesti kehtiva õiguse ja praegu kohtupraktikas valitseva seisukoha järgi pole pole endistel ja kehtetult ametisse nimetatud juhatuse liikmetel tavaliselt ühinguga õigussuhet, kuivõrd täidetud pole formaalsed nõuded seadusjärgse käsundilaadse võlasuhte tekkimiseks. Õigussuhted saavad alguse kehtivalt ametisse nimetamisest ja kestavad ametiaja lõppemiseni, kui ei esine muid lõppemise aluseid³³³. Juhul, kui endine juhatuse liige jätkab pärast ametiaja lõppemist juhatuse liikmena tegutsemist, võivad endine juhatuse liige ja ühing olla teinud kaudsed tahteavaldused TsÜS § 68 lg 3 mõttes, mille olemasolu tuvastamisel on määrav, et tegevuses, mille hindamise kaudu tuleb otsustada, kas vastav tahteavaldus on olemas või

³²⁷ U. Hüffer, § 93 AktG, komm 12. – U. Hüffer. Beck'scher kurz Kommentare Band 53 Aktiengesetz. 10. Auflage, 1. Buch. München: C.H Beck 2012.

³²⁸ *Op. cit.* Stein, lk 186.

³²⁹ *Op. cit.* Fleischer GmbH, lk 340.

³³⁰ *Unmittelbare rechtsethische Überzeugungskraft*; vt ka *Op. cit.* Fleischer GmbH, lk 339–341.

³³¹ Saksamaa: BGHZ 104, 44, 47; BGHZ 148, 167, 169; vt ka *op. cit.* Strohn, lk 160.

³³² Analüüsist on välja jäetud Kairjaki käsitluses toodud olukord, mil ühingu juhtimise on üle võtnud suuremad võlausaldajad või kui ühingul puudub juhatuse liikme surma tõttu juhtorgan, kuivõrd need olukorrad paigutuvad faktilise ühingujuhi kriteeriumide täitmisel (1.3) kitsas tähenduses faktilise ühingujuhi alla. Samuti pole käsitletud ka saksa õiguskirjanduses toodud juhatuse liikmeid õigusnäivuse tõttu, et vältida kahe dogmaatiliselt erineva instituudi segamini ajamist (1.2.2; 1.3.4).

³³³ Õigussuhte lõppemise alused: ametiaja möödumine, juhatuse liikme tagasikutsumine, juhatuse liikme tagasiastumine või juhatuse liikme surm.

mitte, väljendub tahe kaasa tuua õiguslikke tagajärgi³³⁴. Siia lisandub TsÜS § 68 lg-s 4 sätestatud põhimõte, et vaikimist või tegevusetust ei loeta üldjuhul tahteavalduseks. Selle kohaselt ei oleks juhul, mil isik jätkab juhatuse liikmena tegutsemist olukorras, kus ühing tema ametiaega ei pikenda, tegemist tahteavalduste tegemisega. Riigikohtu praktikas on öeldud küll: „ /.../ juhatuse liikme ametiaja võib lugeda pikenuks ka mõlemapoolseid tahteavaldusi ja käitumist hinnates TsÜS § 68 lg 3 alusel (või ka VÕS § 1 lg 1 ja § 9 lg 1 alusel nende koostoimes) kaudsete tahteavaldustega /.../“, kuid Riigikohus lisas „/.../ selleks on lisaks (endise) juhatuse liikme poolsele jätkamisele viitavale käitumisele vajalik OÜ osanike otsus, millega selgesõnaliselt kiidetakse heaks isiku tegutsemine juhatuse liikmena, st pikendatakse tema ametiaega tagasiulatuvalt. /.../“³³⁵. Kohtupraktikas lähtutakse seega eeldusest, et õigussuhte tekkimiseks on vajalik nii ühingu kui ka isiku vastastikune nõusolek³³⁶. Heaks kiitmisega pikeneb ühingu ja isiku vaheline võlasuhe tagasiulatuvalt ja kestab kuni esineb mõni lõppemise alus. Sealjuures on osanike nõusolekuna võimalik otsuse asemel erandkorras näha ka ühingu nõusolekuna majandusaasta aruande kinnitamist, kuivõrd sellega tunnustavad osanikud eeldatavasti ka selle juhatuse liikmena koostanud ja osanikele kinnitamiseks esitanud isikute ametiseisundit³³⁷. Samas lahendis on rõhutatud, et oluline pole mitte asjaolu, et juhatuse liikmena tegutsev isik oleks majandusaasta aruande koostanud ja selle esitanud, vaid rõhuasetus on suunatud sellele, et osanikud oleksid selle kinnitanud. Kriminaalasjades on maakohtu ja ringkonnakohtu lahendites on toetatud laiemat lähenemist, mille kohaselt saaks isiku ametiaja lugeda vaikimisi kokkuleppel osanikega pikendatuks. Riigikohtu tasandil pole sellise seisukohaga nõustatud viitega tsiviilkolleegiumi toodud seisukohale, et lisaks endise juhatuse liikme jätkamisele viitavale käitumisele on vajalik ka osauhingu osanike selgesõnaliselt heakskiitev otsus³³⁸.

Eelpool toodud endiseid juhatuse liikmeid puudutav kohtupraktika võiks relevantne olla ka kehtetult ametisse nimetatud juhatuse liikme õigussuhte määratlemisel. Õigussuhte tekkimiseks on ühingul lihtsaim võimalus kehtetu ametisse nimetamise otsuse tegemisel – näiteks kvooruminõude täitmata jätmisel – võimalus võtta vastu uus kehtiv otsus, mille alusel isik ametisse nimetada või varasem otsus kinnitada³³⁹. Samuti võiks ühingu nõusoleku

³³⁴ P. Varul. Tahteavaldus ja selle tegemine. – Juridica 2010/VII, lk 499.

³³⁵ RKTko 3-2-1-65-08 p 34.

³³⁶ Vt ka RKKko 3-1-1-61-09 p 2.2.2.

³³⁷ RKTko 3-2-1-65-08 p 34.

³³⁸ RKKko 3-1-1-61-09 p 2.2.2, 36–38.3.

³³⁹ TsÜS § 38 lg 5 sätestab: Organi otsuse kehtetuks tunnistamise nõude aegumistähtaeg on kolm kuud alates otsuse vastuvõtmisest. Otsuse kehtetuks tunnistamist ei saa nõuda, kui organ on selle uue otsusega kinnitanud ja uue otsuse suhtes ei ole eelmises lauses nimetatud tähtaja jooksul esitatud käesoleva paragrahvi lõikes 1 nimetatud hagi. Lisada võib, et relevantsem on ilmselt küll täiesti uue otsuse tegemine.

andmine olla võimalik isiku kehtivalt juhatuse liikmeks nimetamiseks konkludentselt TsÜS § 68 lg 3 mõttes, tagasiulatuvalt heakskiitva otsuse või majandusaasta aruande kinnitamisega.

Nende eelduste täitmisel tekib nii algselt kehtetult ametisse nimetatud kui ka endistel juhatuse liikmetel ühinguga – nii nagu formaalsetel juhatuse liikmetel – käsundilaadne lepingusarnane õigussuhe. Endiste juhatuse liikmete puhul ei tekita ühingu tagasiulatuv heakskiit küsimusi ühingu ja isiku vahelise suhte ajalisest aspektist. Seevastu kehtetult ametisse nimetatud isikute juhatuse liikmeks nimetamise puhul jääb küsimus, millisest ajahetkest saab lugeda, et ühingu ja juhatuse liikme vahel on tekkinud õigussuhe. Kui puudustega juhatuse liikmeks nimetamise otsus uue otsusega nõuetekohaselt kinnitatakse, siis see tagab algse otsuse õiguspärasuse³⁴⁰. Juhatuse liikme ja ühingu vaheline õigussuhe võiks sel juhul tekkida esimese otsuse tegemisest. Täiesti uue otsuse tegemisel on uue otsuse tagasiulatava mõju määramine keeruline, igal juhul on ühingu ja isiku vahel õigussuhe uue kehtiva otsuse tegemisest. Juhul kui ühingu nõusolekut saab järeldada konkludentselt on samuti õigussuhte tekkimise algus küsitav. Võimalik on tõlgendada, et ametiaja kehtivus on seotud isiku juhatuse liikmena tegutsemise heakskiitmise otsuse tegemise hetke või majandusaasta aruande kinnitamisega või kui anda heakskiidule tagasiulatuv mõju, tuleb õigussuhte alguspunkti väljaselgitamiseks nähtavasti tõlgendada ühingu TsÜS § 68 lg 3 mõttes antud kaudset tahteavaldust. Olukorras, kus puudusega otsust ei saagi kehtivalt vastu võtta, seda juhul kui valitav isik ei vasta seaduses toodud nõuetele³⁴¹ – näiteks on tema suhtes kohaldatud ärikeeldu –, siis formaalselt ühingu ja isiku vahel juhatuse liikme positsioonist tulenevat õigussuhet ei tekigi ja sisuliselt on sisuliselt tegemist olukorraga, mida tuleks analüüsida kitsas tähenduses faktilise ühingujuhi õigussuhete raames (2.1.3).

2.1.2.2. Laias tähenduses faktilise ühingujuhi vastutuse aluseks olevate õigussuhete laiendav tõlgendamine

Eesti kehtivast õigusest ja praegusest kohtupraktikast tuletatud tõlgenduste kõrval oleks võimalik ka endiste ja kehtetult ametisse nimetatud juhatuse liikmete õigussuhete laiendav tõlgendamine. Võimalusi on mitmeid, alates kitsamatest tõlgendustest juhatuse liikme mõiste laiendava käsitluseni. Võrdlusriikides on kehtivate seaduste ja kohtupraktika alusel esimene võimalus pooldada prantsuse või inglise käsitlust (1.2.2), kus endiste ja kehtetult ametisse nimetatud juhatuse liikme tegevust vaadeldakse faktilise ühingujuhi tegevusena. Teise

³⁴⁰ K. Saare. § 38, komm p 3.4.2 b. – P. Varul *et al* (koost). Tsiviilseadustiku üldosa seadus : kommenteeritud väljaanne. Tallinn : Juura 2010.

³⁴¹ OÜ ja AS juhatuse liikmed peavad olema füüsilised isikud, ei või olla nõukogu liikmed, nende suhtes ei või olla kohadatud keeldu olla juhatuse liige äri- või ettevõtluskeelu alusel või konkurentsipiirangu tõttu, vastavalt: ÄS § 180 lg-d 2, 3, 3¹ ja ÄS § 308 lg 2, 3, 3¹.

võimaluse pakub Saksamaa lähenemine, kus endiste ja kehtetult ametisse nimetatud juhatuse liikmete vastutus on automaatselt samastatud formaalsete juhatuse liikmete vastutusega.

Esimene alternatiiv oleks tugineda varasemale *Reichsgerichti*-aegsele saksa kohtupraktikale ja vaadelda kehtetult ametisse nimetatud ja endiste juhatuse liikmete tegevust käsundita asjaajamisena või laiendada senist kohtupraktikas kujundatud käsitlust isikute konkludentsest ametisse nimetamisest, nagu seda tehti varasemas saksa kohtupraktikas³⁴². Eesti kontekstis tähendaks see käsundita asjaajamise normide kohaldamist VÕS § 1018 jj mõttes. Eelistatud oleks siinkirjutaja hinnangul märksa laiem tõlgendus, seetõttu pole käsundita asjaajamise spetsiifikat eraldi täpsemalt välja toodud.

Konkludentse ametisse nimetamise laiendav tõlgendus hõlmaks ka Eestis esimese ja teise astme karistusõiguslikus praktikas endiste juhatuse liikmetega seoses pakutud lahendust, mida Riigikohus ei toetanud³⁴³. Seesuguse lähenemise alusel saaks endist juhatuse liiget käsitleda õigussuhte ja vastutuse mõttes formaalse juhatuse liikmena, mille kohaselt saaks lugeda isiku ametiaja vaikumisi kokkuleppel osanikega pikendatuks. Eraldi ühingu liikmete selgesõnaliselt heakskiitev otsus sel juhul vajalik poleks. Endistel juhatuse liikmetel oleks ühinguga õigussuhe, mis kestaks edasi TsÜS § 68 lg 3 mõttes mõlemapoolseid tahteavaldusi hinnates. Sama võiks kehtida ka kehtetult ametisse nimetatud juhatuse liikmete suhtes, kus TsÜS § 68 lg 3 alusel mõlemapoolseid tahteavaldusi hinnates leitaks, et isik on konkludentsest ametisse nimetatud. Endiste ja kehtetult ametisse nimetatud juhatuse liikmete õigussuhe oleks sellisel juhul siiski seotud ametiajaga, kus laiendavalt oleks tõlgendatud üksnes tahteavalduste tegemise võimalust.

Teine võimalus oleks õigussuhte määratlemisel seotus ametiajaga üldse kõrvale jätta ja ühingu ja faktilise ühingujuhi vahelist õigussuhet laiendavalt tõlgendada. Sellise tõlgenduse alus saaks olla majanduslik-faktiline lähenemine. Saksa praktika eeskujul tekiks õigussuhte siis, kui isik on faktiliselt juhatuse liikme positsiooni üle võtnud ja lõppeks alles seejärel, kui endised või kehtetult ametisse nimetatud juhatuse liikmed tegelikkuses enam juhatuse liikme funktsioone ei täida³⁴⁴. Seda toetab prantsuse õiguskirjanduses toodud funktsionaalne lähenemine, mille kohaselt on õigussuhe ja vastutus seotud funktsioonide täitmisega³⁴⁵. Selle alusel on isik kuni ta faktiliselt tegutseb nagu juhatuse liige, ühinguga erilise seadusjärgse võlasuhte kaudu seotud. See ühtiks ka valitseva arvamusega saksa õiguskirjanduses, mille järgi kohalduvad endiste ja kehtetult ametisse nimetatud isikute suhtes, kes juhatuse liikme

³⁴² *Op. cit.* Fleischer GmbH, lk 338, ka allmärkus nr 14, 15; *Op. cit.* Münch Komm GmbHG. § 43, komm 218.

³⁴³ RKKKo 3-1-1-61-09 p 2.2.2, 36–38.3.

³⁴⁴ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG. § 43, komm 217; *op. cit.* Patzina/Bank. 4. ptk, komm 13.

³⁴⁵ *Op. cit.* Mbele, lk 208–211.

funktsioonid täidavad, kõik juhatuse liikme positsioonist tulenevad seadusjärgsed organisatsioonid kohustused ning selleks pole vajalik kohaldada käsundita asjaajamise sätteid või tõendada, et ühing on isiku konkludentset ametisse nimetanud³⁴⁶.

Omaette küsimus on, kas endised ja kehtetult ametisse nimetatud juhatuse liikmed peaksid olema sarnaselt Saksamaale asjaolude tõendamisel automaatselt juhatuse liikmetega samastatud³⁴⁷ või oleks kohane nende vastutus tuletada faktilise ühingujuhi instituudi kaudu (2.1.2.2). See tooks kaasa erisuse saksa äriühingu tegevuse mõjutaja vastutuse § 117 AktG mõttes, millest Eestis ÄS §-d 167¹, 289² mõttes äriühingu tegevuse mõjutaja vastutuse kujundamisel ilmselt eeskujuna on võetud (2.1.3.1). Kehtetult ametisse nimetatud isiku automaatsel samastamisel formaalse juhatuse liikmega (2.1.2.2) on ka tema isik, kellele mõju avaldamisel mõjutaja § 117 AktG alusel vastutab³⁴⁸. Üldiselt laieneb kehtetult ametisse nimetatud isikute suhtes tehtud kohtupraktika ka endistele juhatuse liikmetele³⁴⁹, eeldada võib, et ka § 117 AktG suhtes. Samas kui faktiliselt juhatuse liikmena tegutsevad isikud ehk faktilised ühingujuhikud kitsas tähenduses pole viitega õiguskindlusele § 117 AktG mõttes samastatud nende formaalsete juhatuse liikmetega, kellele mõju avaldamisel mõjutajad vastutusele võetakse³⁵⁰. See ei välista aga kitsas tähenduses faktiliste ühingujuhtide vastutusele võtmist näiteks üldisel alusel § 826 BGB mõttes heade kommete vastase käitumise tõttu³⁵¹.

Igal juhul on majanduslik-faktilisel lähenemisel õigussuhetele selge tõenduslik eelis kohustuste ja vastutuse kehtiva ametiajaga sidumise ees. Esiteks, pakuvad kehtetult ametisse nimetatud juhatuse liikmete osas põhjenduse juba asjaolud, miks faktilise ühingujuhi instituut ja majanduslik-faktiline lähenemine sellisel kujul kasutusele võeti³⁵². Võlausaldajate huvide ja ühingu vara kaitse pole tagatud, kui protseduuriliste vigade või pahatahtlikkuse tõttu saavad isikud vastutusest pääseda üksnes seetõttu, et nad viitavad ametisse nimetamise puudustele. Sel juhul on tegemist vastuolulise käitumisega, kus hõljuvalt kehtetu otsuse alusel tegutsetakse seni, kuni tahetakse ja ühingu makseraskuste puhuks jäetakse endale formaalsete kriteeriumide mittetäitmisele apelleerimisega võimalus vastutusest vabaneda. Endiste juhatuse liikmete osas on laiendava tõlgendamise eelised eriti nähtavad tankisti-variisiku konstruktsioonide puhul. Näitena võib tuua OÜ, kus endise juhatuse liige tegutseb variisikuna

³⁴⁶ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG. § 43, kamm 218.

³⁴⁷ *Op. cit.* Fleischer GmbHHR, lk 338; *op. cit.* Strohn, lk 159.

³⁴⁸ G. Spindler. § 117, kamm 23, 24. – Münchener Kommentar zum Aktiengesetz. 3. Auflage, 2. Band. München: C.H Beck 2008.

³⁴⁹ *Op. cit.* Fleischer GmbHHR, lk 338.

³⁵⁰ *Op. cit.* Spindler/Stilz AktG kamm. § 117, kamm 17.

³⁵¹ *Op. cit.* Münch Komm AktG. § 117, kamm 24.

³⁵² Vt sissejuhatus.

olles formaalseteks juhatuse liikmeteks palganud mõned tankistid, kuid juhib ühingu tegevust tegelikkuses ise³⁵³. Raske on ette kujutada, miks peaks variisiku juhiste alustel tegutsevatel tankistidel ehk formaalsetel juhatuse liikmetel olema motivatsioon ÄS § 171 lg 1 alusel kokku kutsuda osanike koosolek, et osanikud saaksid variisiku ÄS § 184 lg 1 alusel juhatuse liikmeks valida.

Osanike koosoleku kokku kutsumise õigus on ka osanikel endil ÄS § 171 lg 2 p 3 ja lg 3 mõttes. Juhul kui variisik on ühtlasi osanik, siis pole temal kindlasti motivatsiooni saada juhatuse liikmeks valitud ega ka põhjust koosolekut kokku kutsuda. Juhul kui osanikud on kolmandad isikud, on kaks loogilist võimalust: nad kas teavad, et variisik tegutseb juhatuse liikmena või ei tea seda. Juhul kui osanikud teavad, et tegelikkuses juhib variisik ühingu tegevust, siis on nad seda selgelt juba aktsepteerinud. Vastasel juhul oleks ühingus juba tankistid kohaste formaalsete juhatuse liikmete vastu välja vahetatud ja variisik enam ühingu tegevust juhtida ei saaks. Juhul kui osanikud variisiku tegevusest teadlikud pole, ei ole neil ka kuidagi võimalik variisikut juhatuse liikmeks valida. Võimalik oleks ette kujutada senise eesti kohtupraktika järgi osanike tagasiulatuvalt heakskiitva otsuse tegemist variisiku tegevusest teadasaamisel. Iseasi, miks peaksid osanikud variisiku tegevuse üldse heaks kiitma. Liiatigi näib variisiku õigussuhte ja vastutuse sidumine ametiajaga üleliigne. Intuitiivne pole eeldada, et variisikuna tegutsev endine juhatuse liige vastutusest vabaneks, vaid et ta vastutaks ühingu tegevuse kahjustamise eest.

Riigikohtu praktikas³⁵⁴ on argumenteeritud faktilise ühingujuhtimise kaudu ametiaja pikenemise võimaluse vastu viitega Eesti Vabariigi põhiseaduse³⁵⁵ (edaspidi PS) § 29 lg-le 2, mis sätestab, seoses igaühe õigusega vabalt ametikohta valida, keelu kedagi vaba tahte vastaselt tööle sundida³⁵⁶. Hindamise küsimus on, kas juhul kui isik formaalselt juhatuse liikmena ei tegutse, ent faktiliselt on vabatahtlikult ühingujuhtimise enda kätte võtnud, on PS § 29 lg 2 mõttes põhiõiguse riive nii suur, et kaalub üles ühingu ja võlausaldajate kaitse vajaduse.

Riigikohtu seniste seisukohtade laiendamise motiveerimiseks võib argumentidena, et regulatsiooni toimimiseks on vajalik selle vastavus majanduskäibe tegelikkusele³⁵⁷. Samuti saksa õiguskirjandusest toodud vastuolulise käitumise keelu ja teleoloogilise kohustuste laiendamise vajaduse faktilistele ühingujuhtidele³⁵⁸ ja BGH õiguseetilise tõdemuse³⁵⁹, et kui

³⁵³ Vt sissejuhatus.

³⁵⁴ RKTko 3-2-1-39-05, p 14.

³⁵⁵ Eesti Vabariigi põhiseadus RT 1992, 26, 349 – RT I, 27.04.2011, 2.

³⁵⁶ Vt ka *op. cit.* Papp/Shipova, lk 173–174.

³⁵⁷ Vt ka sissejuhatus.

³⁵⁸ *Op. cit.* Fleischer GmbH, lk 340.

isik tegutseb faktiliselt nagu juhatuse liige, olemata formaalselt selleks määratud, peab ta ka enda tegevuse eest vastutama nagu juhatuse liige³⁶⁰ (2.1.1).

2.1.3. Kitsas tähenduses faktilise ühingujuhi vastutuse aluseks olevad õigussuhted

2.1.3.1. Kitsas tähenduses faktilise ühingujuhi vastutuse aluseks olevad õigussuhted eesti kehtivas õiguses

Kitsas tähenduses faktilisi ühingujuhte pole vormiliselt kunagi juhatuse liikmeteks nimetatud. Nende õigussuhte määratlemisel ei saa seega lähtuda eesti kohtupraktikas toodud seisukohtadest, mille kohaselt sõltub isiku õigussuhe ühinguga kehtivast ametiajast. Faktilise ühingujuhi õigussuhte määratlemisel saab aluseks võtta kas eesti õiguses toodud äriühingu tegevuse mõjutaja instituudi või laiendava tõlgenduse, mis põhineb majanduslik-faktilisel lähenemisel, mille kohaselt ei saa lähtuda formaalsetest kriteeriumidest, vaid tuleb uurida toimingute majanduslikku sisu³⁶¹.

Alustuseks võib välja tuua, et juhul kui faktilise ühingujuhina tegutseb ühingu osanik või aktsionär (1.2.1), võib tema õigussuhet ja kohustusi kehtiva õiguse alusel tuletada ühingu liikme positsiooniga kaasneva erilisest seadusjärgsest võlasuhtest VÕS § 3 p 6 mõttes³⁶² (2.1.1). Seadusjärgse võlasuhte tõttu laienevad talle vastastikuses suhtes ühinguga kohustused nii ühingu kui ka teiste ühingu liikmete suhtes, hea usu põhimõte ja ühingu liikmete omavahelises suhtes TsÜS §-st 32 tulenev kohustus arvestada üksteise õigustatud huve³⁶³. Seega on osanike ja aktsionäride suhtes vajalik faktilise ühingujuhi instituudi kohaldamine ulatuses, kus seadusjärgne võlasuhe seda ei kata.

Faktiliste ühingujuhtide suhet ühinguga reguleerivad eesti kehtivas õiguses äriühingu tegevuse mõjutaja vastust sätestavad normid AS §-d 167¹, 289² mõttes. Sätete sõnastuse kohaselt peab oma mõju OÜ-le või AS-le ära kasutades juhatuse või nõukogu liiget või prokuristi ühingu kahjuks tegutsema mõjutanud isik hüvitama ühingule sellega tekitatud kahju. Kahju hüvitamist saab nõuda ühingule, seega on nõude alus isiku suhe äriühinguga. Küsitav on, milline on selle õigussuhte olemus. Kas kahju hüvitamine peaks toimuma deliktiõiguslikult või kvaasi lepinguõiguslikult ehk kas tegemist on lepinguvälise või lepingulaadse võlasuhtega³⁶⁴. Õigussuhte olemus ja sellest tulenev kahju hüvitamise alus on

³⁵⁹ *Op. cit.* Fleischer GmbHHR, lk 339–341.

³⁶⁰ Saksamaa: BGHZ 104, 44, 47; BGHZ 148, 167, 169; vt ka *op. cit.* Strohn, lk 160.

³⁶¹ *Op. cit.* Lopman, lk 488.

³⁶² *Op. cit.* Saare, *Juridica*, lk 483 allmärkus nr 16; vt ka RKTko 3-2-1-7-10, p 31.

³⁶³ RKTko 3-2-1-7-10, p 31; *Op. cit.* Vutt *Juridica*, lk 91–92.

³⁶⁴ Sätte enda sõnastusest alus otseselt ei tulene ning küsimust eelnõude seletuskirjades ka ei puudutata. Vt ka AS kohta AS § 289² lisamise seletuskiri eelnõule 552 SE II; OÜ-de kohta AS §-d 167¹ mõttes seletuskiri eelnõule 105 SE III. Arvutivõrgus kättesaadav Riigikogu kodulehelt www.riigikogu.ee.

olulised seetõttu, et need määravad vastutusstandardi. Vastavalt kohaldub lepingulaadse kahju hüvitamise puhul garantiivastutus, samas kui VÕS § 1043 alusel tekkivast kahju hüvitamise kohustusest saab isik vabaneda, tõendades, et ta järgis käibes vajalikku hoolsust VÕS § 1050 lg 1 mõttes³⁶⁵.

Võlasuhe on VÕS § 2 lg 1 mõttes õigussuhe, millest tuleneb ühe isiku kohustus teha teise isiku kasuks teatud tegu või jätta see tegemata ning võlausaldaja õigus nõuda võlgnikult kohustuse täitmist. Sama sätte lg 2 kohaselt võib võlasuhe piirduda ka võlasuhte poolte kohustusega teatud viisil arvestada teise võlasuhte poole õiguste ja huvidega ehk võlasuhte sisuks võib olla ka ainult kaitsekohustus³⁶⁶. VÕS § 3 p-de 2 ja 6 kohaselt võib võlasuhe tekkida muuhulgas vastavalt kahju õigusvastasest tekitamisest või muust seadusest tulenevast alusest. ÄS äriühingu tegevuse mõjutaja vastutust reguleerivaid sätteid võib tõlgendada nii, et neis sätestatud seadusjärgse kohustusega on isikule pandud kaitsekohustus mitte mõjutada juhatuse või nõukogu liiget või prokuristi ühingu kahjuks tegutsema. Eesti õiguskirjanduses on Riigikohtu praktikale tuginedes öeldud: „Juhtumeid, kus isikute vahel on seaduse alusel tekkinud võlasuhe, millest tulenevate kohustuste rikkumise tagajärjel tekib ühele võlasuhte osalisele kahju, on Eesti õigusteoorias ja Riigikohtu praktikas üldiselt käsitatud lepingulise kahju hüvitamise koosseisu analoogidena,“ lisatud on ka, et „/.../ kuna lepingulaadse võlasuhtega kaasneb suurendatud ehk garantiivastutus, siis on ilmselt õigustatud pidada lepingulise võlasuhtega vastutuse mõttes sarnaseks ka selliseid seaduses sätestatud kohustuste rikkumisest tulenevaid võlasuhteid, kus seadus kehtestab isiku selge kohustuse kindlaksmääratud subjekti või subjektide ringi suhtes^{367c}.

Äriühingu tegevuse mõjutaja õigussuhte kontekstis oleks võimalik argumenteerida selle poolt, et eesti õigusteoorias³⁶⁸ tulenev nõue kohustuse ja subjektide selgeks määratletuseks on täidetud. Samas oleks seejuures ikkagi kaheldav, et sellest kohustusest tulenevalt on poolte vahel tekkinud muu seadusjärgne võlasuhe VÕS § 3 p 6 tähenduses. Seadusjärgse võlasuhte näidetena õiguskirjanduses toodud lepingueelsed suhted, audiitori vastutus³⁶⁹, samuti kaasomanike ja korteriomanike ühisusest tekkiv eriline seadusjärgne võlasuhe³⁷⁰, mis erinevad mõjutaja ja ühingu vahelisest suhtest. Seadusjärgne võlasuhe näib lisaks eeldavat

³⁶⁵ T. Tampuu, M. Käerdi. § 1043, komm 3.3; § 1050 komm 3.1. – P. Varul *et al.* (koost). Võlaõigusseadus. III : kommenteeritud väljaanne, 8. ja 10. osa (§-d 619-916 ja 1005-1067). Tallinn: Juura 2009.

³⁶⁶ I. Kull. § 2, komm 4.3. – P. Varul *et al.* (koost). Võlaõigusseadus. I, Üldosa ([paragrahvid] 1-207) : kommenteeritud väljaanne. Tallinn : Juura, 2006.

³⁶⁷ *Op. cit.* Vutt *Juridica*, lk 91–92.

³⁶⁸ *Op. cit.* VÕS III komm. § 1043, komm 3.3.

³⁶⁹ *Op. cit.* VÕS I komm. § 3, komm 3.6.

³⁷⁰ *Op. cit.* VÕS III komm. § 1043; vt ka viidatud: RKTko 3-2-1-89-06, p 15; RKTko 3-2-1-38-05 p 10. Uuemad lahendid: RKTkm 3-2-1-77-11, p 13; RKTko 3-2-1-116-11 p 23; seotud RKTko 3-2-1-3-13.

mingit laadi seotust ja vastastikuseid õigusi ja kohustusi³⁷¹. Äriühingu tegevuse mõjutaja võib olla aga täiesti ühinguväline isik, kellel ühinguga mingit seost pole, samuti on keeruline jaatada kohustuste vastastikusust, kuivõrd kohustus lasub üksnes mõjutajal. Seetõttu võiks ühingu ja äriühingu tegevuse mõjutaja õigussuhte näol olla pigem tegemist lepinguvälise suhte ja seega deliktilise kahju hüvitamise nõudega.

Eesti õiguses sätestatud äriühingu tegevuse mõjutaja vastutuse osas on eeskjuju võetud ilmselt suuresti Saksamaal §-s 117 AktG sätestatud mõjutaja koosseisust, mille eesmärk on lisaks ühingu huvide kaitsmisele ka juhatuse liikmete vaba tahtekujunduse tagamine³⁷². Oluline on mainida, et GmbH-de suhtes analoogset regulatsiooni sätestatud pole ning ka § 117 AktG näib 1930. aastatest alates, mil regulatsioon kasutusele võeti, puuduvat rohkem kontsernisuhteid ja puhtalt enamusaktsionäri mõju ühingu tegevusele³⁷³. Seetõttu ei anna § 117 AktG edasi üldisi faktilise ühingujuhi instituudiga taotletavaid eesmärke, millega faktiliselt ühingu juhtivatele isikutele laienevad formaalse juhatuse liikme kohustused. Paralleeli võib tuua eelnevalt käsitletud jaotusega (1.2.2), mille kohaselt ühingu tegevust mõjutavate isikute vastutuse korral keskendutakse ühel juhul mõju hindamisele ja teisel juhul faktiliselt juhatuse liikme funktsioonide ülevõtmisele, nii nagu ka Suurbritannias varidirektori ja *de facto* juhatuse liikme eristamisel (1.2.2). Paragrahv 117 AktG oleks sellises jaotuses lähenemine, mis kuuluks esimese variandi ehk mõju hindamise alla.

Eestis tuleneb ÄS § 167¹ ja § 289² lg-test 1, et mõjutajal on hüvitamise kohustus ühingu ees. Samade sätete lg-d 5 annavad õiguse ka võlausaldajatele ja pankrotihalduritele nõuda, et mõjutaja hüvitaks kahju ühingule. Kahes eelpool toodud eesti lahendis³⁷⁴ on sätete lg-tes 5 antud võimalusele viidatud, ent kohtud pole lahendi sisulises osas teemat lähemalt avanud. Faktilised ühingujuhid kitsas tähenduses pole § 117 AktG mõttes formaalsete juhatuse liikmetega samastatud ehk nende mõjutamist ei hinnata, vaid pigem analüüsitakse teiste sätete alusel, millist mõju nad ise on avaldanud³⁷⁵ (2.1.3.1). Paragrahv § 117 AktG alusel tuleb kahju hüvitamise kohustuse raames hinnata mõjutaja tegu, mõju, mõjutaja teadmist mõjutatava kohustuse rikkumisele suunava teo õigusvastasusest ja aktsionäridele tekkinud kahju. Oluline erisus eesti ja saksa normide vahel on asjaolu, et saksa § 117 AktG eeldab, et

³⁷¹ *Op. cit.* VÕS III komm. § 1043, komm 3.3; vrld *op. cit.* Vutt Juridica, lk 91–92 aktsionäride ja äriühingu vahelisest suhtest tulenev kahju hüvitamise nõue on seadusjärgsest võlasuhtest tulenev ehk lepingulaadne kahju hüvitamise nõue.

³⁷² *Op. cit.* Münch Komm AktG. § 117, komm 35.

³⁷³ *Op. cit.* Münch Komm AktG. § 117, komm 7–9; 72–73.

³⁷⁴ Vt sissejuhatus; kohtupraktika ÄS § 167¹: TMKm 03.06.2010, 2-09-63460, asjaolude p 6. Kohtupraktika ÄS § 289² kohta: RKTko 3-2-1-7-10 p 29; VMKm 30.06.2008, 2-08-15369, asjaolude p 13.

³⁷⁵ *Op. cit.* Münch Komm AktG. § 117, komm 24.

mõjutaja oleks tegutsenud tahtlikult (*vorsätzlich*)³⁷⁶, samas pole mõjutatava formaalse juhatuse liikme aktiivne tegutsemine vajalik, piisab ka tegevusetusest³⁷⁷. Seda seetõttu, et kahju hüvitamise kohustuse tekkimiseks ei hinnata mõjutatava vaid mõjutaja enda tegevust. Kuivõrd analüüsitakse mõjutaja tegevust, siis süü vormid tulenevad deliktiõigusest. See tähendab, et mõjutaja ei kvalifitseeru kvaasi juhatuse liikmeks ja seetõttu ei kohaldu tema tegevuse hindamisele ka § 93 lg 1 2. lause AktG mõttes korraliku ettevõtja hoolsuse kriteerium³⁷⁸.

Paragrahvis 117 lg 1 1. lauses AktG sätestatud mõjutaja vastutus on sätte koosseisuelemente hinnates deliktiline ja põhineb ilmselt kahju õigusvastasel tekitamisel – Eestis VÕS § 1043 jj – § 823 BGB mõttes (*unerlaubte Handlung*), samas on vastutuse iseloom mõneti ebaselge. Kuivõrd paljudel juhtudel on § 117 AktG relevantne enamusaktsionäride ja kontsernisuhete puhul, on sätet püütud siduda aktsionäride lojaalsuskohustusega ja jaatada kahjustaja ja ühingu vahelist erilist seadusjärgset võlasuhet. Samas rõhutatakse, et normi koosseisu peavad saama täita kõik isikud, mitte üksnes ühinguga seotud isikud. Tagamaks sätte rakendamise eesmärk ja võtta kahju eest solidaarvastutusele ükskõik kes – mitte üksnes enamusaktsionärid – kes ühingule mõjutamise kaudu kahju tekitas³⁷⁹. Seetõttu kinnitab ka saksa käsitlus pigem järeldust, et mõjutaja vastutuse puhul on tegemist lepinguvälise deliktalise suhtega, mitte erilise seadusjärgse võlasuhtega.

Äriühingu tegevuse mõjutaja vastutuse puudus on, et see ei reguleeri olukordi, kus faktiline ühingujuht ei tegutses formaalsete juhatuse liikmete tegevuse mõjutamise kaudu³⁸⁰. Eriti seesugustel asjaoludel, ent ka muudel, on võimalik kasutada kitsas tähenduses faktiliste ühingujuhtide vastutuse aluseks olevate õigussuhete laiendavat tõlgendust. Suhte määramisel saab aluseks võtta majanduslik-faktilise lähenemise ja käsitleda faktilise ühingujuhi suhet ühinguga sarnaselt formaalse juhatuse liikmete omale.

2.1.3.2. Kitsas tähenduses faktiliste ühingujuhtide vastutuse aluseks olevate õigussuhete laiendav tõlgendus

Eesti kehtivas õiguses sätestatud lahendused on keskendunud mõju hindamisele, samas kui juhatuse liikme mõiste laiendava tõlgenduse ja prantsuse faktilise ühingujuhi tegevuse funktsionaalse käsitluse³⁸¹ eelis on kõikehõlmav ühtne lähenemine. Faktilise ühingujuhi laiendava tõlgendamise kasuks räägib äriühingu tegevuse mõjutaja vastutuse kohaldamise

³⁷⁶ Paragrahv 117 lg 1 1. lause AktG algab sõnadega: *Wer vorsätzlich unter Benutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft ein Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats /.../*.

³⁷⁷ *Op. cit.* Münch Komm AktG. § 117, komm 30.

³⁷⁸ *Op. cit.* Münch Komm AktG. § 117, komm 34.

³⁷⁹ *Op. cit.* Münch Komm AktG. § 117, komm 1–4.

³⁸⁰ *Op. cit.* Veskioja, Autorollo OÜ kaasus.

³⁸¹ *Op. cit.* Mbele, lk 208–212; 376 jj.

asemel esiteks asjaolu, et see pakub samasuguse metoodika ja hindamiskriteeriumid (1.2.2; 1.3) kõikidele faktilise ühingujuhtimise situatsioonidele ja selle kohaldamine praktikas toimib. Nii nagu eelpool toodud (2.1.3.1) mõjutaja vastutus § 117 AktG mõttes reguleerib üksnes kindlaid juhte, on ka Suurbritannia varidirektori ja *de facto* juhatuse liikme kontseptsioonide peamine erisus, et määravaks on peetud *de facto* juhatuse liikme käsitlust, mille kaudu laiendatakse formaalse juhatuse liikme kohustused ka faktilisele ühingujuhile. Samas kui varidirektori mõju hindamisele keskenduv käsitlus kohaldub üksnes kindlatel seaduses ette nähtud üksikkoosseisude puhul ja tihti hoopis seoses kontsernisuhetega (1.2.2).

Õiguskirjanduses pööratakse eelkõige tähelepanu faktilisele ühingujuhile laienevatele kohustustele ja vastutusele, jättes õigussuhte olemuse tagaplaanile. Prantsusmaal on see lünk asjaliku käsitlusega kaetud. Eristada saab kontseptuaalset ja funktsionaalset käsitlust, millel oluline tähtsus õigussuhte iseloomu määratlemisel: esimesel juhul vaadeldakse faktilist ühingujuhti ühingu tegevusse sekkunud õigusrikkuja tegevusena, teisel juhul formaalse juhatuse liikme funktsioonide täitjana³⁸² (1.3.2). Kontseptuaalse käsitluse puhul on faktilise ühingujuhi õigussuhted lepinguvälised ja vastutus deliktiline, samas kui funktsionaalse käsitluse kohaselt on isik kvaasi-lepingulises suhtes ja ka vastutus on seetõttu kvaasi-lepinguline (*quasi-contractuelle*). Prantsuse kehtivas õiguses on olnud suundumus üha enam funktsionaalse käsitluse suunas, mille alusel toimub faktilise ja formaalse juhatuse liikme kontseptsioonide assimileerumine³⁸³. Põhiküsimus lepinguväliste õigussuhete alusel kvaasi-lepinguliste suhete pooldamisel on prantsuse õiguskirjanduses varasemalt seatud eeldus, et kvaasi-lepingulised suhted põhinevad altruismil³⁸⁴. Faktilise ühingujuhi õigussuhte määratlust kvaasi-lepingulisena see siiski ei välista, kuivõrd prantsuse modernses kvaasi-lepinguliste suhete teoorias ei pea kvaasi-lepingulised suhted põhinema ainuüksi altruismil, vaid see võivad olla motiveeritud ka kasu saamise lootusega või isiku rikastumisega³⁸⁵.

Saksa õiguskirjanduses on faktilise ühingujuhi õigussuhet käsitledes öeldud, et faktilisel ühingujuhil tekib ühinguga õigussuhe momendist, mil ta ühingu teadmisel juhatuse liikme funktsioonid üle võtab ja lõpeb siis, kui ta enam tegelikkuses juhatuse liikme funktsioone ei täida³⁸⁶. Eriline seadusjärgne ühingu ja faktilise ühingujuhi vaheline õigussuhe põhineb juhatuse liikme funktsioonide ülevõtmisel³⁸⁷. Enim Eestis probleeme tekitanud tankisti-variisiku konstruktsiooni osas on suhete Ursula Steini põhjapanevas teoses³⁸⁸ toodud põhjalik

³⁸² *Op. cit.* Mbele, lk 376 jj.

³⁸³ *Op. cit.* Mbele, lk 248, 376 jj.

³⁸⁴ *Op. cit.* Mbele, lk 379.

³⁸⁵ *Op. cit.* Mbele, lk 379, vt ka allmärkus nr 1, kassatsioonikohtu praktika aastast 1996.

³⁸⁶ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG. § 43 rn 216–217.

³⁸⁷ *Op. cit.* Münch Komm AktG. § 93, komm 17.

³⁸⁸ *Op. cit.* Stein, 7. ptk.

käsitlus. Esmalt võib välja tuua tankisti-variisiku õigussuhteid käsitleva regulatsiooni eesmärgi ja ulatuse. Steini järgi on tankisti-variisiku konstruktsioonides variisikute õiguslik samastamine juhatuse liikmetega õigustatud sel juhul, kui tankisti konstruktsiooni eesmärk on üheselt ja üksnes anda variisikule sisuline juhatuse liikme positsioon, jättes formaalsed juhatuse liikmed juhtimisest kõrvale ja kui seesugune situatsioon vastab poolte tahtele³⁸⁹.

Variisikut sidumist juhatuse liikmetele kohustusi reguleerivate sätetega on õigustatud eesmärgipärase tõlgendamise kaudu³⁹⁰. Tankisti-variisiku konstruktsioonide puhul ei lange formaalne ja materiaalne normiaddressaat kokku, seetõttu poleks kohustusi tekitavate normide eesmärk täidetud, kui vastutusele saaks võtta üksnes formaalset juhatuse liiget³⁹¹. Seetõttu tuleks õiguslikult iseseisvaid juhatuse liikme positsiooni osi vaadelda koos ning tankist ja variisik tuleks ühiselt juhatuse tegevust reguleerivatele normidele allutada³⁹². Variisik on sel juhul materiaalse normiaddressaadina juhatuse liikme kohustustega seotud ja vastutab nende rikkumise eest juhatuse liikme organilise vastutuse mastaabi järgi³⁹³. Välissuhtes, tekivad tankistile enda nimel sõlmitud lepingu alusel õigused ja kohustused, isegi juhul, kui kolmas isik teadis, et ta on tankist³⁹⁴.

Äärmiselt huvitav on tankisti ja variisiku omavahelise õigussuhte olemus. Sisulisest küljest, on variisiku-tankisti konstruktsioonide puhul sageli tegemist olukorraga, kus tankisti kasutamise vajadus on variisikul seetõttu, et ta ise ei vasta juhatuse liikmetele esitatavatele nõuetele³⁹⁵. Tankist tegutseb formaalse juhatuse liikmena, ent täidab sealjuures variisiku määratud ülesandeid ja käitub tema juhustest lähtuvalt. Saksa õiguskirjanduses on välja pakutud, et nende vahelist suhet võiks seetõttu iseloomustada käsundilaadse usaldussuhtena. Selleks tuleb igal üksikjuhul hinnata, kas variisiku ja tankisti suhet saab usaldussuhtena tõlgendada. Omavahelises sisesuhtes on tankist on käsundisaaja (*Auftragnehmer, Treuhänder*) ja variisik käsundiandja (*Auftraggeber, Treugeber*)³⁹⁶. Oluline on välja tuua, et tankisti ja variisiku vaheline suhe ei ole näilik tehing (*Scheingeschäft*) § 117 BGB mõttes³⁹⁷. Seepärast, et näiliku tehingu üks põhitunnuseid on, et tehtud tahteavaldustel pole avaldatud tahtele vastavaid õiguslikke tagajärgi³⁹⁸. Tankisti-variisiku konstruktsioonide puhul väljendavad pooled

³⁸⁹ *Op. cit.* Stein, lk 186.

³⁹⁰ *Op. cit.* Stein, lk 186.

³⁹¹ *Op. cit.* Stein, lk 186.

³⁹² *Op. cit.* Stein, lk 186.

³⁹³ *Op. cit.* Stein, lk 186.

³⁹⁴ *Op. cit.* Münch Komm BGB. Eelmärgus §-dele 164–181, komm 25.

³⁹⁵ Vt sissejuhatus.

³⁹⁶ *Op. cit.* Münch Komm BGB. Eelmärgus §-dele 164–181, komm 24–27.

³⁹⁷ *Op. cit.* Münch Komm BGB. Eelmärgus §-dele 164–181, komm 25.

³⁹⁸ Vrdl TsÜS § 89 lg 1: näilik on tehing, mille puhul pooled on kokku leppinud, et tehingu tegemisel tehtud tahteavaldustel ei ole avaldatud tahtele vastavaid õiguslikke tagajärgi, sest pooled tahavad jätta mulje tehingu olemasolust või varjata tehingut, mida nad tegelikult teha tahavad.

üksteisele enda tahet ja tankisti-variisiku suhe toimib nende tahteavalduste kohaselt³⁹⁹. Tankisti tõlgendatakse variisiku ja tankisti omavahelises suhtes tavaliselt eriliigilise usaldusisikuna (*Treuhänder besonderer Art*)⁴⁰⁰.

Kokkuvõtvalt pooldatakse eesti kohtupraktikas väga kitsast lähenemist, kus ühingusisestes suhetes juhatuse liikme positsioon on seotud ametiajaga, mida üksnes erandjuhtudel konkludentsete tahteavalduste valguses tõlgendada saab. Igal juhul on vajalik osanike heakskiit – tagasiulatuvalt heakskiitva otsuse või majandusaasta aruande kinnitamise näol – ja Riigikohtu praktikas on rõhutatud ka juhatuse liikme põhiõiguste PS § 29 lg 2 mõttes kaitsmise vajadust. Ka eesti kehtivas õiguses ÄS §-des 167¹, 289² sätestatud äriühingu tegevuse mõjutaja vastutus, mis on pea identne saksa § 117 AktG üksnes AG-dele laienevale käsitlusele, ei väljenda kindlasti faktilise ühingujuhi instituudiga edasi antavat mõtet. Selle asemel tuleks, nagu eelpool toodud (eelkõige 1.3.1–1.3.3) peamine rõhuasetus suunata majanduslik-faktilise lähenemise kaudu sellele, kas isik on tegelikkuses käitunud nagu juhatuse liige ja viia talle laienev vastutuse ulatus vastavusse tema täidetud funktsioonidega. Apelleerida saab vajadusele, et regulatsioon vastaks majanduskäibe tegelikkusele, võlausaldajate ja ühingu huvide kaitse vajadusele. Samuti vastuolulise käitumise keelule mitte välistades nende isikute vastutust, kelle eesmärk on, kas tegelikku ühingusiseseid suhteid tahtlikult varjata või tegutseda nii, et neil on tagataskus alati varuks võimalus ebasoodsates oludes tugineda ametisse nimetamise formaalsetele puudustele.

Kõige parema tulemuseni viiks faktilise ühingujuhi õigussuhte ühinguaga määratlemine laiendava tõlgenduse kaudu: muu seadusjärgse võlasuhtena VÕS § 3 p 6 mõttes või kvaasi-lepingulise suhtena, mille alus on juhatuse liikme mõiste funktsionaalne tõlgendus. Terminoloogiliselt võib eelistada esimest varianti, mis on võrreldes kvaasi-lepingulise suhtega eesti õiguskorrale tuttavam Tankisti-variisiku konstruktsioonides saab isikute omavahelisi suhteid tõlgendada käsundilaadsetele usaldussuhetena VÕS § 619 mõttes. Samuti saab selliste konstruktsioonide puhul neid käsitleda, vaatamata sellele, et nad on õiguslikult iseseisvad, ühiste normiadressaatidena ehk juhatuse liikme positsiooni formaalse ja sisulise külje ühise väljendusena.

2.1.4. Faktilise ühingujuhi vastutuse aluseks olevad õigussuhted välissuhtes

Välissuhte alla kuuluvad äriühingu ja selle organite suhted kolmandate isikutega⁴⁰¹. Eraõiguslik juriidiline isik kui õiguslik abstraktsioon saab kolmandate isikutega tehinguid sõlmida esindusorgani vahendusel. TsÜS § 34 lõike 1 kohaselt loetakse juhatuse suhetes teiste

³⁹⁹ *Op. cit.* Münch Komm BGB. Eelmärgus §-dele 164–181, komm 25.

⁴⁰⁰ *Op. cit.* Münch Komm BGB. Eelmärgus §-dele 164–181, komm 27.

⁴⁰¹ *Op. cit.* Papp/Shipova, lk 174, allmärkus nr 11.

isikutega juriidilise isiku esindajaks⁴⁰². TsÜS § 31 lg 5 tulenevalt loetakse organi tegevus juriidilise isiku tegevuseks, seetõttu ei teki juriidilise isiku organi liikmel üldjuhul äriühingu võlausaldajaga õigussuhet⁴⁰³.

Faktilise ühingujuhi laiendav käsitlus põhineb formaalse juhatuse liikme õigussuhetel, seega pole ka faktilistel ühingujuhtidel üldjuhul õigussuhet otseselt kolmandate isikutega. Faktiliste ühingujuhtide vastutus on üldiselt organiline vastutus⁴⁰⁴, mis tähendab, et faktiline ühingujuht vastutab ühingu ees ühingule põhjustatud kahju eest ja eraldi õigussuhet tal võlausaldaja või ühingu liikmega pole. Eesti õiguskirjanduses on arutatud äriühingu juhtorgani liikme deliktilist vastutust äriühinguga seotud kuritarvituste korral ja võlausaldajate ja aktsionäride nõuete esitamise võimalust otse juhatuse liikmete vastu⁴⁰⁵.

Formaalsetel juhatuse liikmetel ja faktilistel ühingujuhtidel võiks siiski tekkida lepinguvälised deliktilised suhted võlausaldajaga, näiteks juhul kui nad käituvad tahtlikult heade kommete vastaselt ja kahjustavad sellega võlausaldajate huve. Võrdluseks olgu toodud, et ka saksa käsitluses on faktilisele ühingujuhile laienevate kohustuste kõrval võimalikuna välja toodud ka üldine §-st 826 BGB lähtuv heade kommete vastase tahtliku tegevusega tekitatud kahju hüvitamise võimalus⁴⁰⁶. Eesti õiguskirjanduses on seoses formaalsete juhatuse liikmetega välja pakutud, et juhul kui juhtorgani liikmed väljuvad oma otsuste tegemisel oluliselt normaalse majandusrisi raamest, vastutavad nad kannatanu ees isiklikult deliktiõiguslikul alusel⁴⁰⁷. Näidetena on toodud pettuse ja kelmuse kasutamine ning tahtlik heade kommete vastane käitumine, millest viimane võib hõlmata näiteks olukordi, kus juhtorgani liige põhjustab tahtlikult ühingu maksejõuetuse, tehingu eesmärk on võlausaldajate kahjustamine või teadlik kohustuste mittetäitmine, millega kaasneb kahju võlausaldajatele⁴⁰⁸. Eesti õiguskirjanduses on viidatud ka Riigikohtu praktikale, kus on leitud, et juhtumiks, millega võib kaasnedda juhatuse liikmete otsene isiklik vastutus ühingu võlausaldajate ees, võib olla näiteks ÄS § 180 lõikes 5¹ ja § 306 lõikes 3¹ sätestatud pankrotiavalduse esitamise kohustuse rikkumine⁴⁰⁹.

Üldiselt ei too aga ühinguvälised suhted kaasa deliktiõiguslikku otsevastutust võlausaldaja ees, mistõttu ei saa rääkida ka konkreetse õigussuhte tekkimisest. Üldiselt on tegemist juhtorgani liikme kaudse vastutuse kohaldamisega, kus näiteks võlausaldajatel ja

⁴⁰² *Op. cit.* Saare, *Juridica*, lk 483.

⁴⁰³ *Op. cit.* Papp/Shipova, lk 174.

⁴⁰⁴ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG. § 43, komm 225–226.

⁴⁰⁵ *Op. cit.* Tamm; *op. cit.* Ots, *Juridica*; *op. cit.* Vutt, *Juridica*.

⁴⁰⁶ *Op. cit.* Spindler/Stilz AktG komm. § 117, komm 1.

⁴⁰⁷ *Op. cit.* Tamm, lk 404.

⁴⁰⁸ *Op. cit.* Tamm, lk 401–404.

⁴⁰⁹ *Op. cit.* Vutt, *Juridica*, lk 99.

pankrotihalduritel on õigus nõuda juhtorgani liikmelt kahju hüvitamist ühingule. Eesti õiguskirjanduses on nenditud, et kohtupraktikat juhtorgani liikme kaudse vastutuse kohaldamise osas on vähe nii Eestis kui ka teistes Mandri-Euroopa riikides⁴¹⁰. Põhjused ei peitu kirjutajate hinnangul mitte regulatsiooni puuduses või vähesuses, vaid muust.

Üks faktoritest võiks olla asjaolu, et tavaliselt tekib võlausaldajal kahju nõude esitamiseks alus saades teada ühingu maksejõuetusest ja olukorras, kus pankrotimenetlus on juba algatatud võib võlausaldaja esitatud hagi takistada pankrotimenetluse kulgemist⁴¹¹. Võlausaldajale iseseisva nõude andmist pankrotimenetluse väliselt pole praktilise tähtsuse puudumise tõttu peetud otstarbekaks⁴¹². Eesti õiguskirjanduses on väljendatud seisukohta, et üldiselt võib enamikus õigussüsteemides kaudse vastutuse maksmapanemine pankrotihalduri poolt pidada peamiseks ja kõige olulisemaks kaudse vastutuse maksmapaneku viisiks. Võlausaldajatele on antud täiendavad võimalused nõuete esitamiseks olukorras, kus pankrotihaldur jätab nõude äriühingu nimel juhtorgani liikme vastu esitamata⁴¹³.

Saksamaal pole GmbH-de osas eraldi juhtorgani liikmete vastu kaudse vastutuse kohaldamist ette nähtud, samuti peetakse seda praktikas harvaks, ent ühe võimalusena on välja pakutud § 93 lg 5 2. ja 3. aluse AktG analoogne kohaldamine⁴¹⁴. Samuti on ÄS §-de 167¹, 289² ja § 117 AktG mõttes äriühingu tegevuse mõjutaja vastutus juhtorgani liikme kaudse vastutuse juhtum, millega võlausaldaja või pankrotihaldur saab nõuda kahju hüvitamist ühingule, mitte otse endale.

Kokkuvõtvalt võib seetõttu öelda, et juhatuse liikmete – sh faktiliste ühingujuhtide – otsest vastutust välissuhtes ja selle alusel tekkivaid õigussuhteid saab tavaliselt jaatada üksnes juhtudel kui juhatuse liikmed on põhjutanud deliktilist kahju võlausaldajale, mille eest nad isiklikult võlausaldaja ees vastutavad. Peamiselt võiks see kõne alla tulla tahtliku heade kommete vastase käitumise korral VÕS § 1045 lg 1 p 8⁴¹⁵ ja § 826 BGB mõttes. Seoses juhatuse liikmetele ja faktiliste ühingujuhtidele laienevate põhikohustustega võib kõne alla tulla ka pankrotiavalduse õigeaegse esitamise kohustuse rikkumine, kus ÄS § 180 lg 5¹ ja § 306 lg 3¹ võiksid vastavalt OÜ või AS puhul olla kaitsenormiks VÕS § 1045 lg 1 p 7 mõttes, mille alusel saaks juhatuse liikme või faktilise ühingujuhi vahel lugeda tekkinuks lepinguväline deliktiline võlasuhe. Seetõttu põhineb ka vastutuse analüüs (2.2.2.2; 2.2.3.2).

⁴¹⁰ *Op. cit.* Ots, Juridica, lk 243.

⁴¹¹ *Op. cit.* Ots, Juridica, lk 242–243.

⁴¹² *Op. cit.* Ots, Juridica, lk 242.

⁴¹³ *Op. cit.* Ots, Juridica, lk 242.

⁴¹⁴ *Op. cit.* Roth/Altmeppen GmbHG kamm. § 43, kamm 117.

⁴¹⁵ RKTkm 3-2-1-90-07, p 13; RKTko 3-2-1-7-10 29-30.

2.2. Faktilise ühingujuhi vastu esitatavad nõuded laiendava tõlgendamise alusel

2.2.1. Üldiselt nõuetest formaalse juhatuse liikme ja faktilise vastu neile laienevate kohustuste alusel

Eestis on juriidilise isiku ja tema juhtorgani liikme vaheline õigussuhe kohtupraktika kohaselt käsitatav käsundilaadse lepingusarnase õigussuhtena⁴¹⁶. Sellese õigussuhtesse on üksteisest sõltumatult hõlmatud nii seadusest kui lepingust tulenevad kohustused. Juhtorgani liikme kohustused võivad seaduse kõrval tekkida ka ühingu põhikirjast, kõrgema organi otsustest ja eraldi sõlmitud juhtorgani liikme lepingust, samuti põhineb enamik kohustusi eelkõige mõistlikkuse ja hea usu põhimõtte⁴¹⁷.

Eestis pole faktiliste ühingujuhtide kohustusi eristatud, ent võimalikest laienevatest kohustustest saab ülevaate formaalse juhatuse liikme kohustuste kaudu. Õiguskirjanduses on öeldud, et tulenevalt nende olemusest võib eristada juhtorgani liikme üldisi, põhilisi ja spetsiifilisi kohustusi. Lühidalt, on juhatuse liikme põhikohustused äriühingu tegevuse juhtimine, planeerimine, järelevalve ja äriühingu esindamine. Spetsiifilised kohustused on näiteks raamatupidamise korraldamine, üldkoosolekute kokkukutsumine, dividendide väljamaksmine ja äriregistriga suhtlemine⁴¹⁸. Eelpool toodu kõrval on juhatuse liikmel Riigikohtu praktika kohaselt ka TsÜS § 35 mõttes kohustused täita oma ülesandeid juhtorgani liikmelt tavaliselt oodatava hoolega ja olla juriidilisele isikule lojaalne⁴¹⁹. Viimaseid võib käsitleda kohustuste täitmise üldiste standardite ehk üldkohustustena⁴²⁰, kus hindamiskriteeriumina on kasutusel „korraliku ettevõtja hoolsus“⁴²¹.

Eesti õiguskirjanduses on faktilise ühingujuhi temaatikale senini lähenetud üksnes karistusõiguslikust perspektiivist ja leitud: „ /.../ nagu edaspidi rõhutatakse, on faktilise ühingujuhi positsioonil tähtsust vaid füüsilise isiku karistusõigusliku vastutuse kindlaksmääramisel, s.t vähemalt faktilise ühingujuhi karistusõiguslik positsioon ei tekita isikule mingeid kohustusi ühingu suhtes, mistõttu ÄS-s rõhutatud lojaalsus- ja hoolsuskohustus ei evi antud juhul erilist tähendust. /.../“⁴²². Tsiviilõiguslikult samale

⁴¹⁶ *Op. cit.* Saare, *Juridica*, lk 486, vt ka allmärkuses nr 25 viidatud kohtupraktika RKTko 3-2-1-39-05; RKTko 3-2-1-41-05; RKTko 3-2-1-65-08.

⁴¹⁷ T. Tiivel. Äriühingu juhtorgani liikme kohustused ja vastutus. Magistritöö, juhendaja Paul Varul. Tartu: Tartu Ülikool, 2004, lk 12–13; RKTko 3-2-1-33-10, p 11, hea usu põhimõtte TsÜS §-de 32, 138 ja VÕS §-i 6 mõttes.

⁴¹⁸ *Op. cit.* Tiivel, lk 13.

⁴¹⁹ RKTko 3-2-1-33-10, p 11: /.../ hoolsust ja lojaalsust nõuab juhatuse liikmetelt ka VÕS § 620. /.../; vt ka RKTko 3-2-1-41-03, p 10; RKTko 3-2-1-41-05, p 31.

⁴²⁰ *Op. cit.* Tiivel, lk 13; *op. cit.* Ots, lk 47.

⁴²¹ Eelkõige ÄS § 187 lg 1,2 ja § 315 lg 1,2 mõttes, vt ka ÄS §-d 167¹ lg 2, 180 lg 5¹, 289² lg 2, 306 lg 3¹, 327 lg 1, 2; vt ka T. Kalas. Juhatuse liikmete hoolsuskohustus ja ärilise otsuse reegel üldise õiguse maades. – *Juridica* 2000/V, lk 271–280.

⁴²² *Op. cit.* Kairjak, lk 546–547.

positsioonile asuda ei saa, küll on faktilisele ühingujuhile kohustuste laiendamisel vajalik eelnevalt instituudi kohaldamisala kindlaks määrata.

Õiguskindluse tagamiseks tuleb faktilise ühingujuht eristada piirnevatest instituutidest (1.2.1; 1.2.2) ja konkreetsete kriteeriumide alusel (1.3) kindlaks teha, et tegemist on isikuga, kes on juhatuse liikme positsioonil ja kellele on võim ühingus asju korraldada. Seejärel saab erinevalt eeltoodud artiklis viidatud seisukohast majanduslik-faktilise lähenemise ja ühingujuhi mõiste ja õigussuhte laiendava tõlgendamise kaudu omistada faktilisele ühingujuhile ka formaalse juhatuse liikme positsiooniga kaasnevad kohustused ja vastutuse. Hoolsus- ja lojaalsuskohustus on tsiviilõigusliku vastutuse puhul üldiste kohustustena määrava tähtsusega, samuti täidab hoolsuskohustus ka lisaks üldklauslile ka olulist rolli hindamiskriteeriumina. Hoolsuskohustuse hindamise juures on oluline koht nii Eestis kui ka Mandri-Euroopas üldiselt ärilise otsustuse kriteerium (*Business Judgement rule*)⁴²³.

Saksamaal on selgelt välja toodud juhatuse liikmete üldised, põhilised ja spetsiifilised kohustused ja õiguskirjanduses on pakutud välja ka põhjalik käsitlus, millised neist kohustustest faktilisele ühingujuhile laienema peaksid. Lisaks üldisele hoolsus- ja lojaalsuskohustusele (2.2.1; 2.2.2.) on õiguskirjanduse kohaselt faktilise ühingujuhile laienevad kohustused seotud: sissemaksetega ühingu asutamisel, negatiivse bilansiga ühingu asutamisel esmakande tegemisega, kapitali säilitamisega, raamatupidamiskohustusega, õigeaegse pankrotiavalduse esitamise kohustusega, väljamaksete tegemisega maksejõuetuse ja ähvardava maksejõuetuse korral, pankroti vältimise ja ühingu likvideerimisega⁴²⁴. Üsna suures osas seonduvad need kohustused seega ühingu maksejõuetusega, samas hõlmavad kõiki olulisemaid formaalse juhatuse liikme ülesannete hulka kuuluvaid kohustusi.

Suurbritannias on formaalse juhatuse liikme kohustused toodud CA §-des 171–177. CA § 170 sätestatab kohustuste kohaldumisala ja normiadressaadid. Kõrvalepõikena olgu öeldud, et CA § 170 lg 5 alusel kohalduvad endistele juhatuse liikmetele automaatselt huvide konflikti vältimise kohustus ja kohustus mitte vastu võtta hüvesid kolmandatelt isikutelt, mis on talle antud seoses tema juhatuse liikme positsiooniga, vastavalt CA §-de 175 ja 176 mõttes. Arutleda võiks, kas nende kohustuste automaatse kohaldamise tõttu, tuleks ka Suurbritannias jaatada endiste ja kehtetult ametisse nimetatud juhatuse liikmete automaatset vastutust. Kuivõrd teised kohustused automaatselt ei kohaldu, oleks siinkohal Saksamaaga paralleeli tõmbamine ilmselt siiski õigustamatu.

⁴²³ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG. § 43, kamm 7; *op. cit.* Kraakman *et al.* lk 79.

⁴²⁴ *Op. cit.* Strohn, lk 165–167.

Peamiste juhatuse liikme kohustustena võib CA § 171–177 põhjal vastavalt välja tuua: kohustuse käituda vastavalt ühingu põhikirjale ja volituste ulatusele, ühingu heaolu heas usus edendamine, otsuste langetamine sõltumatult, hoolsuskohustus ja kohase hoolsuse täitmine (*duty of care, due diligence*), huvide konflikti vältimine, kolmandatelt isikutelt hüvede vastu võtmise keeld ja huvide konfliktist teavitamine. Nimetatud kohustused laienevad ka *de facto* juhatuse liikmele, samas kui CA § 170 lg 5 määrab, et varidirektorile laienevad kohustused üksnes seaduses selgelt sätestatud ulatuses⁴²⁵. Üldise hoolsuskohustuse laienemist varidirektorile sätestatud pole ning õiguskirjanduses on välja toodud, et ka CA sätete hägune sõnastus ei aita seda ka selgelt määratleda⁴²⁶. Varidirektorile laieneb ka vältimatu maksejõuetuse kontekstis äritegevuse jätkamisega (*wrongful trading*) tekkinud kahju hüvitamise kohustus IA 1986 § 214 lg 7 alusel.

Prantsuse õiguskirjanduse kohaselt on kehtivas õiguses näha kontseptuaalse ja funktsionaalse käsitluse liigituses suundumust funktsionaalse käsitluse (1.2.2) suunas, mille kohaselt laienevad faktilisele ühingujuhile formaalsele juhatuse liikme funktsioonide teostamisega kaasnevad kohustused⁴²⁷. Formaalsed ja faktilised ühingujuhid pole samas identsed, seetõttu, et kaasne faktilise ühingujuhtimisega ka täpselt samad tagajärjed. See tähendab eelkõige, et funktsionaalse käsitluse alusel laiendatakse formaalse juhatuse liikme kohustusi faktilise ühingujuhile, ent üldiselt ei laiene talle formaalse juhatuse liikme õigused⁴²⁸, näiteks ei ole faktilisel ühingujuhil õigust nõuda töötasu⁴²⁹. Samas on see vaieldav, funktsionaalne käsitlus võib viia ka utilitaristlike kaalutlusteni, mille kohaselt aktsepteeritakse poolte privaatautonomiat, ühingu enda olemuse funktsionaalsust, efektiivsust ja eesmärgipärasust ning seetõttu võib sinna juurde kuuluda ka faktilisele ühingujuhile õiguste andmine⁴³⁰. Muus osas kohalduvad talle samad kohustused, mis formaalsele juhatuse liikmele, sellises mahus, mis vastab tema üle võetud formaalse juhatuse liikme pädevuse ulatusele⁴³¹.

Kontseptuaalse käsitluse kohaselt käsitletakse faktilist ühingujuhti õigusrikkujana, kelle vastutus tuleneb eelkõige üldisest deliktilisest alusest, mille kõrval on teiste üldiste alustena võimalik lepinguõiguslik ja juhatuse liikme vastutus⁴³². Deliktiline üldvastutus prantsuse

⁴²⁵ Näiteks on CA-s laiendatud vastutus varidirektorile registriandmete, juhatuse liikmete nimekirja ja valeandmete esitamise eest, samuti seoses huvide konfliktist teavitamisega; *Op. cit.* Hannigan, lk 154.

⁴²⁶ *Op. cit.* Hannigan, lk 154.

⁴²⁷ *Op. cit.* Mbele, lk 208–211.

⁴²⁸ *Op. cit.* Mbele, lk 376; vrdl nt Saksamaal faktilise ühingujuhi õigus esitada pankrotiavaldus: H. Schmal § 15, komm 1–2; 68, 100. – Kirchhof, H. P., Lwowski, H.-J., Stürner, R. (Hrsg). Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung Band 1. 2. Auflage. München: C. H. Beck 2007.

⁴²⁹ *Op. cit.* Mbele, lk 212.

⁴³⁰ *Op. cit.* Mbele, lk 376–381.

⁴³¹ *Op. cit.* Mbele, lk 212.

⁴³² *Op. cit.* Mbele, lk 212.

tsiviilseadustiku *Code Civil*⁴³³ (edaspidi CC) art 1382, 1383 mõttes võimaldab küll faktilist ühingujuhti põhjustatud kahjude eest vastutusele võtta, ent selle puudus on, et kohalduv vastutus ei võimalda juhatuse liikme kohustusi faktilisele ühingujuhile laiendada. Lepingulise kohustuse rikkumisest tuleneva nõudena CC art 1146,1147 laieneksid faktilisele ühingujuhile ka juhatuse liikme kohustused, ent see tooks kaasa, et lepingulise suhte olemasolu tõttu tuleks jaatada ka faktiliste ühingujuhtide osas samu õigusi, mis formaalsete juhatuse liikmete puhul. Juhatuse liikme vastutusena Prantsusmaa kaubanduskoodeksi *Code de Commerce*⁴³⁴ (edaspidi CDC) art-te L 223-22 ja L 225-251 kohaselt võiks juhatuse liikmete vastutus, võrreldes eelnevate alustega küll enim tasakaalus olla, ent selle aluse osas on välja toodud, et kohtupraktikas pole selle aluse kohaldumist jaatatud just seetõttu, et faktilise ühingujuhi käsitlust mitte kitsendada ega edasise kohtupraktika suunisena rangemaid tõenduslikke nõudeid seada⁴³⁵.

Ühinguõiguslik vastutus võib olla nii tsiivil- kui ka karistusõiguslik. Paljuski on tegemist karistusõiguslike sanktsioonide ja ärikeelu määramise võimalusega⁴³⁶, mille kõrval on üks olulisemaid tsiviilõigusliku vastutuse koosseise CDC art L 651-2, mis sätestab raske juhtimisvea ja tegevusetuse korral juhatuse liikme vastutuse (*insuffisance d'actif*)⁴³⁷, kuhu on hõlmatud ühingu vara enda huvides kasutamine ja mis laieneb sama sätte lg 1 alusel ka faktilisele ühingujuhile.

Ühisena võib Suurbritannias ja Prantsusmaal välja tuua vastutuse seoses äritegevuse jätkamisege ühingu vältimatu maksejõuetuse (*wrongful trading*) kontekstis, mida ka EL tasandil kõrgetasemeline ühinguõiguse grupp raportis oluliseks pidas⁴³⁸. Argumenteerides, et faktiliste ühingujuhtide vastutus kuulub ühinguõiguse moderniseerimise juurde seetõttu, et see tagab ja kaitseb ühinguõiguse reegleid⁴³⁹. Saksamaal kuulub äritegevuse jätkamine vältimatu maksejõuetuse järgselt üldisesse juhatuse liikmete vastutuse süsteemi.

Järgnevalt on töö kitsendatud Saksamaal faktilisele ühingujuhile laienevatele kohustustele. Võrdlus Saksamaaga on valitud seetõttu, et prantsuse süsteemis on paljud kohustused karistusõiguslikult sanktsioneeritud, jättes tsiviilõiguslikule vastutusele vähem ruumi.

⁴³³ *Code Civil* (CC). Arvutivõrgus: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT00006070721> 13.03.2013

⁴³⁴ *Code de Commerce* (CDC). Arvutivõrgus: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT00005634379> 13.03.2013

⁴³⁵ *Op. cit.* Mbele, lk 249, 253.

⁴³⁶ *Op. cit.* Mbele, lk 230 jj. CDC art-d L. 653-5 p 2,3,5, 6 – totaalne ärikeeld (*faillite personnelle*) L. 653-8 – osaline ärikeeld ehk *interdiction de gérer* L. 654-2 – vastutus pankroti või saneerimismenetluse algatamisel.

⁴³⁷ *Op. cit.* Lutter, lk 161–162; lk 183 jj.

⁴³⁸ Vt sissejuhatus ja *op. cit.* Report of high level group.

⁴³⁹ K. Geens, KJ. Hopt. The European Company Law Action Plan Revisited: Reassessment of the 2003 Priorities of the European Commission. Leuven: Leuven University Press 2011, lk 48.

Suurbritannias laieneb juhatuse liikmete vastutus täies ulatuses üksnes *de facto* juhatuse liikmetele, samas varidirektoritele üksnes mõnede normide puhul. Suurbritannia kirjanduses välja toodud faktilisele ühingujuhile laienevad kohustused on hõlmatud hoolsus- ja lojaalsuskohustuse valdkonda jäävaga, seetõttu ei anna Suurbritannia käsitlus põhikohustuste ja spetsiifiliste kohustuste võrdlemiseks head alust.

2.2.2. Nõuded faktilise ühingujuhi vastu seoses üldise hoolsus- ja lojaalsuskohustusega

2.2.2.1. Üldine hoolsus- ja lojaalsuskohustus vastutuse alusena

Saksa õiguskirjanduses on võrdlevalt välja toodud, et Mandri-Euroopa juhatuse liikme vastutuse käsitlustes on pea igal pool eeskuju võetud USA mudelist. Selle kohaselt jaotatakse üldised kohustused hoolsus- (*Sorgfaltspflicht, duty of care*) ja lojaalsuskohustuseks (*Treuepflicht, duty of loyalty*), kus otsuste hindamise alus on *Business Judgement Rule*⁴⁴⁰.

Eesti lähtub samuti eelpool toodud Mandri-Euroopa käsitlusest, nimelt sätestab üldise hoolsus- ja lojaalsuskohustuse TsÜS §-s 35⁴⁴¹. Saksamaal on üldine hoolsus- ja lojaalsuskohustus sätestatud vastavalt GmbH-de ja AG-de osas § 43 lg-s 1 GmbHG ja § 93 lg 1 1. lauses AktG⁴⁴². Faktilisel ühingujuhil onvalitseva arvamuse kohaselt samad kohustused, mis formaalsetel juhatuse liikmetel, seega kohalduvad eelpool toodud üldised kohustused ka tema suhtes⁴⁴³.

Eestis saab sarnaselt Saksamaale rääkida üldise hoolsuskohustuse topelfunktsioonist, mida valitsev arvamus Saksamaal nii AG-de kui ka GmbH-de kontekstis tunnistab⁴⁴⁴: ühest küljest seab üldine hoolsuskohustus süü hindamise mastaabi, milleks on „korraliku ettevõtja hoolsus“, teisalt ka üldklausli kujul üldised käitumismõõdud. Üldklausel on õiguskirjanduse kohaselt vähemalt AG-de osas, § 93 AktG mõttes alus, millest lähtudes konkretiseerimise kaudu üksikkohustusi tuletada saab, niivõrd, kui need seadustes eraldi kirjas pole⁴⁴⁵.

Eestis koosneb üldine hoolsuskohustus kui üldklausel õiguskirjanduse järgi kitsamalt: kohustusest olla hoolas, olla otsuste vastu võtmiseks piisavalt informeeritud, mitte võtta juriidilisele isikule põhjendamatuid riske⁴⁴⁶. Eelnevale kolmele kriteeriumile võiks lisanduda ka kohustus käituda majanduslikult kõige otstarbekamal viisil, millele on kohtupraktikas

⁴⁴⁰ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG. § 43, komm 7; *op. cit.* Kraakman *et al.* lk 79. Vrdl Eesti hoolsuskohustuse hindamiskriteerium on „korraliku ettevõtja hoolsus“. Juhatuse liikmed – ÄS § 187 lg 1, 2 (OÜ), § 315 lg 1, 2 (AS), nõukogu liikmed – ÄS § 327 lg 1, 2, äriühingu tegevuse mõjutaja vastutus – § 167¹ lg 2 (OÜ), § 289² lg 2.

⁴⁴¹ ÄS § 187 lg 1,2 ja § 315 lg 1,2 mõttes, vt ka ÄS §-d 167¹ lg 2, 180 lg 5¹, 289² lg 2, 306 lg 3¹, 327 lg 1, 2.

⁴⁴² Vrdl Prantsusmaal lojaalsuskohustus toimida ühingu huve silmas pidades CDC art L 221-4.

⁴⁴³ *Op. cit.* Strohn, lk 165.

⁴⁴⁴ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG. § 43, komm 10; *op. cit.* Beck kurz AktG komm. § 93, komm 3a.

⁴⁴⁵ *Op. cit.* Beck kurz AktG komm. § 93, komm 3a.

⁴⁴⁶ *Op. cit.* Saare, Juridica, lk 487–488.

rõhku pandud⁴⁴⁷. Saksamaal on õiguskirjanduses GmbHG-d puudutavas praktikas ja teoreetilises kirjanduses välja pakutud, et juhatuse liikmete üldise hoolsuskohustusega on hõlmatud neli peamist valdkonda: legaalsuskohustus, hoolsuskohustus kitsamas tähenduses, järelevalvekohustus ja nn täitmiskohustus (*Compliance-Pflicht*), kus viimase eesmärk on õigusrikkumiste ennetamine kokkulepitud ettevaatusabinõude kaudu⁴⁴⁸. Kokkuvõtvalt, peavad juhatuse liikmed tagama GmbHG ja teiste seaduste ja ühingusisese regulatsiooni järgimise, kohustuste täitmise korraliku ettevõtja hoolsusega ja kohustuste rikkumise ennetamise⁴⁴⁹.

Hoolsuskohustuse rakendamise praktiliste aspektidega seoses on eesti õiguskirjanduses rõhutatud, et juhtorgani liikme käsundilaadsest võlaõiguslikust suhtest ühingu tuleneb, et juhtorgani liige ei ole oma kohustusi juriidilise isiku ees rikkunud, kui ta on tulenevalt üldise hoolsuskohustuse sisust teinud tulemuse saavutamiseks kõik mõistlikult võimaliku VÕS § 24 lg 1 mõttes⁴⁵⁰. Teisalt tuleb arvesse võtta, et hoolsuskohustuse standard on „korraliku ettevõtja hoolsus“, mis tähendab et lisaks heausklikule ühingu kasu silmas pidavale ja kahju vältivale käitumisele, hinnatakse lisaks isiku kui professionaali käitumist, samuti võib isiku käitumise hindamise aluseks olla tava⁴⁵¹.

Tavana on kasutusel näiteks hea ühingujuhtimise tava, mis rakendub Saksamaal AG-de puhul hea ühingujuhtimise koodeksi (*Corporate-Governance-Kodex*)⁴⁵² vormis. Eestis piirduvad hea ühingujuhtimise tava⁴⁵³ viidatud hoolsuskohustuse täpsustused, eessõnas toodud lausega, et emitent, mille aktsiad on võetud kauplemisele reguleeritud turule, peab enda juhtimise korraldamisel lähtuma kõrgendatud hoolsusest ja tagama kõikide aktsionäride võrdse kohtlemise. Saksamaal täpsustab hea ühingujuhtimise koodeksi p 3.8 AG-dele rakenduva üldise hoolsuskohustuse täpsustusena juba § 93 lg 1 1. lauses AktG sätestatud põhimõtet, et juhatuse ja nõukogu liikmed peavad enda kohustusi täitma kohase hoolega⁴⁵⁴. Sama koodeksi punkt seab otsuste tegemise aluseks *Business Judgement Rule* ehk kohustusi ei loeta rikutuks kui juhatuse või nõukogu liige võis kohase informatsiooni alusel mõistlikult eeldada, et ta käitub ühingu huvides. Selle kõrval on oluline ka p 4.1.1, mis sätestab kohustuse tegutseda ettevõtte primates huvides, arvestades aktsionäride, töötajate ja teiste ühingu liikmete huve, eesmärgiga püsivalt toota jätkusuutlikult lisandväärtust. Punkt 4.1.3 kordab üldist reeglit, mis

⁴⁴⁷ *Op. cit.* Saare, *Juridica*, lk 487–488; vt ka viited kohtulahenditele allmärkus nr 38.

⁴⁴⁸ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG. § 43, kamm 11–12.

⁴⁴⁹ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG. § 43, kamm 12.

⁴⁵⁰ *Op. cit.* Saare, *Juridica*, lk 488.

⁴⁵¹ *Op. cit.* Saare, *Juridica*, lk 487–488.

⁴⁵² Hea ühingujuhtimise koodeks Saksamaal: *Deutscher Corporate Governance – Kodex*, vastu võetud 26.02.2002 – viim mud 15.05.2012. Arvutivõrgus inglise keeles: <http://www.corporate-governance-code.de/eng/kodex/1.html> 01.04.2013.

⁴⁵³ Hea ühingujuhtimise tava Eestis. Arvutivõrgus: <http://www.fi.ee/failid/20050922HYT.pdf> 01.04.2013.

⁴⁵⁴ G. Spindler. § 93, kamm 1. – *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*. 3. Auflage, 2. Band. München: C.H Beck 2008.

seab juhatuse liikmele kohustuse hoolitseda selle eest, et järgitaks seadusi ja ühingu kehtestatud reegleid⁴⁵⁵.

Lojaalsuskohustus, mis saksa regulatsiooni sõnastusest *expressis verbis* ei tulene, ent mis siiski kahtlusteta tunnustatud on, hõlmab üldiselt eelkõige konkurentsipiirangut ja saladuse hoidmise kohustust⁴⁵⁶. Eesti õiguskirjanduses on lojaalsuskohustuse sisu avatud üldise hea usu põhimõttel baseeruva juriidilise isiku juhtorgani kohustusena, eelistada oma tegevuses juhtorgani liikmena juriidilise isiku huve isiklikele või kolmandate isikute huvidele⁴⁵⁷. Siia alla kuuluvad sarnaselt Saksamaale ka tegevuse kestel huvide konflikti vältimine ja juhtorgani liikme saladuse hoidmise kohustus ja konkurentsipiirang pärast ametiaja lõppu⁴⁵⁸. Saksamaal on lojaalsuskohustuse määratlus GmbH-de osas üsna sarnane Eesti omale, hõlmates juhatuse liikmete kohustust käituda kõikidel juhtudel, mis puudutavad ühingu huve, üksnes ühingu huvides ja mitte enda või kellegi teise huve silmas pidades⁴⁵⁹.

2.2.2.2. Üldisest hoolsus- ja lojaalsuskohustustest tulenev faktilise ühingujuhi vastutus

Esiteks on oluline tähelepanu pöörata Saksamaa näitel sellele, milliste faktilise ühingujuhi kriteeriumide (1.3) hindamine üldise hoolsus- ja lojaalsuskohustuse hindamisel vajalikud on. Seejärel hinnata vastutuse aluseid Eestis ja Saksamaal.

Enne vastutuse hindamist on oluline tähelepanu pöörata faktiliseks ühingujuhiks kvalifitseerimise kriteeriumidele. Saksamaal on üldise hoolsus- ja lojaalsuskohustuse hindamisel oluliseks peetud hinnata – muul juhul Müncheni kommentaarides vaieldavaks peetud⁴⁶⁰ – organifunktsiooni väljaspoole teostamise kriteeriumit (1.3.4), seda ka tankisti-variisiku konstruktsioonide puhul⁴⁶¹. Samas kui faktilise ühingujuhi mõju kestus⁴⁶² (1.3.5) ühingu tegevuse korraldamisel hoolsus- ja lojaalsuskohustuse hindamisel relevantne pole. Lisaks on Müncheni kommentaarides AG-de osas, rõhutatud, et faktilise ühingujuhi konkludentne ametisse nimetamine pole vajalik, et kohustusi ja vastutust § 93 AktG alusel jaatada. Piisab juba juhatuse liikme funktsiooni teostamisest nõukogu teadmisel⁴⁶³. Põhjendusena on toodud, et AG kaitse ei saa sõltuda formaalselt kehtivast ametisse nimetamisest, kui samu funktsioone teostatakse faktiliselt. Kohustuste ja vastutuse laienemine

⁴⁵⁵ Vrdl *op. cit.* Münch Komm AktG. § 93, komm 1.

⁴⁵⁶ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG. § 43, komm 152; *op. cit.* Beck kurz AktG komm. § 84, komm 9

⁴⁵⁷ *Op. cit.* Saare, Juridica, lk 489.

⁴⁵⁸ *Op. cit.* Saare, Juridica, lk 489.

⁴⁵⁹ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG. § 43, komm 153.

⁴⁶⁰ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG. § 43, komm 231–233.

⁴⁶¹ *Op. cit.* Münch Komm AktG. § 93, komm 18.

⁴⁶² *Op. cit.* Münch Komm AktG. § 93, komm 18.

⁴⁶³ G. Spindler. § 93, komm 17. – Münchener Kommentar zum Aktiengesetz. 3. Auflage, 2. Band. München: C.H Beck 2008.

on õigustatud organifunktsioonide faktilise ülevõtmisega, mis loob ühingu ja faktilise ühingujuhi vahel erilise õigussuhte⁴⁶⁴.

Saksamaal on hoolsus- ja lojaalsuskohustuse rikkumisel, vastutuse alus nii nagu formaalse juhatuse liikme puhul, vastavalt GmbH-de puhul § 43 lg 1 GmbHG ja AG-de osas § 93 lg 2 2. lause. Analüüsid, kuidas senise praktika laiendava tõlgendamise kohaselt võiks faktilise ühingujuhi vastutus Eestis välja näha, on oluline esmalt välja tuua, et see erineb üsna oluliselt kehtivas õiguses sätestatud olematut praktilist relevantsust omavast äriühingu tegevuse mõjutaja vastutusest ÄS § 167¹ ja § 289², mille saksa analoog on § 117 AktG. Eestis tuleneks faktilise ühingujuhi vastutuse alus vastavalt OÜ-de ja AS-de puhul ÄS § 187 lg-st 2 ja § 315 lg-st 2, kus faktiliste ühingujuhtide käitumist hinnatakse formaalsete juhatuse liikmetega sarnaselt. Hoolsuse hindamisel kasutatakse hindamiskriteeriumina korraliku ettevõtja hoolsust. Saksamaal peab faktiline ühingujuht tõendama vastutusest vabanemiseks nii § 43 lg 1 GmbHG kui ka § 93 lg 2 2. lause mõttes, et ta kasutas korraliku ettevõtja hoolsust. Eestis on hindamiskriteerium sama ning tuleneb vastavalt ÄS § 187 lg-st 1 ja § 315 lg-st 1.

Faktilisel ühingujuhi instituut sätestab erisused vastutuse ulatuse hindamisel. Lähtudes saksa õiguskirjandusest on nimelt faktilise ühingujuhi vastutus piiratud nende kohustuste rikkumisega, kus ta on formaalse juhatuse liikme kohustused üle võtnud ja mis tema mõjupiirkonda kuuluvad⁴⁶⁵. Näiteks, kui ühing tegutseb nii tootmise, müügi kui ka toodete lühiajalise üürimisega, siis kui faktiline ühingujuht on võtnud juhatuse liikme funktsioonid üle üksnes lühiajalise üürimisega tegelevas osakonnas, siis ta ei vastuta kahju ees ulatuses, mis tulenes tootmisest või edasimüügist.

2.2.3. Nõuded faktilise ühingujuhi vastu seoses põhikohustuste ja spetsiifiliste kohustustega

2.2.3.1. Põhikohustused ja spetsiifilised kohustused vastutuse alusena

Saksamaal on faktilisel ühingujuhil valitseva arvamuse kohaselt samad kohustused, mis formaalsetel juhatuse liikmetel⁴⁶⁶, sealhulgas laienevad talle üldise hoolsus- ja lojaalsuskohustuse kõrval formaalse juhatuse liikme põhilised ja spetsiifilised kohustused. Saksa õiguskirjanduses on faktilise ühingujuhi käsitluste juures pea kõikjal välja toodud küsimus, kas faktilise ühingujuhi vastutuse aluste samastamine formaalse juhatuse liikme omaga peaks tähendama seda, et faktilistele ühingujuhtidele peaksid laienema kõik formaalse juhatuse liikme kohustused⁴⁶⁷. BGH tsiviilkollegiumi kohtunik Lutz Strohn on seoses selle

⁴⁶⁴ *Op. cit.* Münch Komm AktG. § 93, kamm 17.

⁴⁶⁵ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG. § 43, kamm 242.

⁴⁶⁶ *Op. cit.* Strohn, lk 165.

⁴⁶⁷ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG. § 43, kamm 220.

küsimusega tabavalt välja toonud, et faktiline ühingujuht ei peaks juhatuse liikme funktsioonide üle võtmisel saama kohustuste seast n-ö paremaid palasid nagu rosinaid välja noppida⁴⁶⁸. Faktiline ühingujuht, kes vaatamata asjaolule, et teda pole formaalselt ametisse nimetatud siiski faktiliselt juhatuse liikme funktsioonid üle võtab, peab selle eest ka, vaatamata formaalse ametisse nimetamise puudumisele, vastutama. Antud seisukoht ühtse lähenemise jaatamiseks näib olevat ka õigustatud. Lutz Strohn on lisaks välja toonud ka kohustuste loetelu, kus faktilise ühingujuhi instituut tähendust võiks omada⁴⁶⁹. Eesti käsitluse kujundamiseks saksa analoogia põhjal on esmalt vajalik tuua välja põhikohustuste erisus.

Põhikohustuste ja spetsiifiliste kohustuste eristamisel on Saksamaal määrav tähtsus eelkõige GmbH-de kontekstis. Erinevalt AktG-s sätestatud AG-de regulatsioonist, on GmbH juhatuse liikmed tavaliselt seotud ühingu liikmete juhustega (*weisungsgebunden*)⁴⁷⁰, välja arvatud kardinaalsete hoolsuskohustuste põhiosas (*Kernbereich kardinaler Sorgfaltspflichten*), kus juhatuse liige peab kohustusi järgima, sõltumata osanike otsustest⁴⁷¹. Põhikohustuste eristamine on oluline seetõttu, et Strohni pakutud käsitluses laieneksid faktilisele ühingujuhile eelkõige just need põhikohustused.

Põhilised hoolsuskohustused algavad ja seotus osanike juhustega lõpeb seal, kus juhatuse liige täidab üldiste – eelkõige võlausaldajate – huvide kaitseks seaduses sätestatud kohustusi⁴⁷². Üldreeglina pole juhatuse liikmed seotud selliste juhustega, mis on võlausaldajate vaatepunktist möödapääsmatult olulised ja mille puhul ei saa eeldada, et juhatuse liige peaks saavutama kohustuste täitmiseks osanike enamuse nõusoleku⁴⁷³. Sõltumatute hoolsuskohustuste vajadust on põhjendatud sellega, et vältida juhatuse taandumist üksnes täidesaatva organi tasemele. Samuti peavad juhatuse liikmed olema ühingu huvides seotud seaduste ja hea tavaga sõltumatult osanike juhustest (*weisungsfrei*)⁴⁷⁴.

Põhi- ja spetsiifiliste kohustuste osas erinevad Eesti ja Saksamaa käsitlused selles osas, et Saksamaal on GmbH-de juhatuse liikmetel osanike juhuste järgimise kohustus. Sarnast kohustust juhatuse liikmetel Eestis ÄS sätetest lähtuvalt pole. ÄS sätetes § 168 lg 2 ja § 298 lg 2 tehakse eristus juhatuse ja nõukogu pädevusse kuuluvate küsimuste ja osanike pädevusala vahel. OÜ ja AS juhatuse kohustused järgima üksnes nõukogu, mitte osanike korraldusi. OÜ juhatuse kohustus tuleneb – eeldusel, et OÜ-l on nõukogu – ÄS § 180 lg 4 1. lausest. Sama

⁴⁶⁸ *Op. cit.* Strohn, lk 159.

⁴⁶⁹ *Op. cit.* Strohn 165.

⁴⁷⁰ *Op. cit.* Roth/Altmeppen GmbHG komm. § 37, komm 3; vrdl regulatsioone AG – § 76 AktG ja GmbH – juhatuse liikmete juhustega seotus väljendub §-des 6 lg 3, 37 lg 1, 38 lg 1, 46 p 5,6 GmbHG.

⁴⁷¹ *Op. cit.* Roth/Altmeppen GmbHG komm. § 37, komm 4.

⁴⁷² *Op. cit.* Roth/Altmeppen GmbHG komm. § 37, komm 6.

⁴⁷³ *Op. cit.* Roth/Altmeppen GmbHG komm. § 37, komm 6.

⁴⁷⁴ *Op. cit.* Roth/Altmeppen GmbHG komm. § 37, komm 4.

kohustus lasub ÄS § 306 lg 2 1. lause alusel ka AS juhatuse liikmetel (vrld RKTko 3-2-1-46-12). Osanikel on osanikel õigus otsustada juhatuse liikme pädevusvaldkonda kuuluvaid küsimusi, misjuhul vastutavad nad ÄS § 168 lg 2 ja § 298 lg 2 mõttes nagu juhatuse või nõukogu liikmed. See norm on aga ühesuunaline ega pane juhatuse liikmetele osanike otsuste järgimise kohustust. Seetõttu ei vabane juhatuse liikmed Eestis ÄS-i alusel ka vastutusest, kui nad järgisid osanike otsust või juhiseid.

Saksa võrdlevas kirjanduses on välja toodud, et saksa õiguskorda võib selles osas üsna liberaalseks pidada, võrreldes teiste riikidega, kus juhatuse liikmete vastutus on rangem, kuivõrd Saksamaal tunnustatud ühingu liikmete vabadust igal ajal pea igasuguse juhtumi üle üldkoosolekul otsustada, mis toob kaasa juhatuse liikmete vastutusest vabanemise selles osas, teistes õiguskordades sellises mastaabis tunnustatud pole⁴⁷⁵. Eestis käsitlese puhul tuleb seetõttu silmas pidada küsimust, kas just saksa õiguskirjanduses välja toodud kohustuste laienemine faktilisele ühingujuhile Eestis on õigustatud. Samuti kas Eestis tuleks faktilisele ühingujuhile laienevate kohustuste ja vastutuse piir tõmmata just sinna, kust algavad saksa käsitleuses kardinaalsed põhikohustused.

Saksa kommentaaride kohaselt kuuluvad põhiliste osanike juhustest sõltumatute kohustuste hulka esmajoones kapitali säilitamise kohustus⁴⁷⁶ ja saksa pankrotiseaduse – *Insolvenzordnung* (edaspidi InsO⁴⁷⁷) – §-s 15a sätestatud õigeaegne pankrotiavalduse esitamise kohustus⁴⁷⁸. Samuti kuuluvad siia hulka normid, mis on seotud GmbH õiguskäibes esindamisega⁴⁷⁹ ja ühingu ähvardava maksejõuetuse olukorraga⁴⁸⁰. Lutz Strohn on välja pakkunud ka täpsema käsitlese, milliste olukordadega seoses kohustused faktilisele ühingujuhile laieneda võiksid⁴⁸¹: sissemaksete tegemine ühingu asutamisel, negatiivne bilanss esmakande tegemisel seoses ühingu asutamisega, kapitali säilitamine, raamatupidamiskohustus, õigeaegne pankrotiavalduse esitamise kohustus, väljamaksete tegemine maksejõuetuse ja ähvardava maksejõuetuse korral, pankroti vältimine ja ühingu likvideerimine⁴⁸².

Saksamaal laieneb seoses sissemaksete tegemisega faktilisele ühingujuhile kohustus juba ühingu asutamisel esiteks § 8 lg 2 GmbHG mõttes äriregistrisse kande tegemiseks registrile

⁴⁷⁵ *Op. cit.* Haas NZI, lk 497.

⁴⁷⁶ §-de 30, 31 ja § 43 lg 2 ja 3 GmbHG mõttes.

⁴⁷⁷ *Insolvenzordnung* BGBI. I S. 2866 – BGBI. I S. 2854. Arvutivõrgus: <http://www.gesetze-iminternet.de/inso/index.html> 13.03.2013.

⁴⁷⁸ *Op. cit.* Roth/Altmeppen GmbHG komm. § 37, kamm 6.

⁴⁷⁹ §-d 35, 40, 41, 42, 49, 78 GmbHG.

⁴⁸⁰ *Op. cit.* Roth/Altmeppen GmbHG komm. § 37, kamm 7; maksejõuetus § 30, 31 GmbHG.

⁴⁸¹ *Op. cit.* Strohn, lk 165–167.

⁴⁸² *Op. cit.* Strohn, lk 165–167.

teada anda, et rahaliste või mitterahaliste sisse maksetega on kaetud vähemalt pool minimaalsest algkapitalist ja et juhatuse liikmel on õigus seda vara käsutada⁴⁸³. Valeandmete esitamisel laieneb vastutus ka faktilisele ühingujuhile. Eesti vaste, mis seab OÜ või AS asutamisel juhatusele kohustuse äriregistrile andmete esitamiseks tuleneb vastavalt ÄS § 144 lg-st 1 § 250 lg-st 1. Registrile valeandmete esitamist puudutava vastutuse sätestavad OÜ ja AS osas vastavalt ÄS § 146, § 252 lg 1, asutajate vastutuse võlausaldajate ees lisab ka ÄS § 147 lg 4.

Teiseks, peab Saksamaal GmbH asutamisel registrikannet tehes olema GmbH-l tulenevalt nn puutumatus põhimõttest (*Unversehrtheitsgrundsatz*) netovara vähemalt osakapitali ulatuses. GmbH asutajad on osakapitali ja ühingu vara tegeliku väärtuse vahe ulatuses registrikande tegemise hetkel vastutavad. BGH on seesugust käsitlust põhjendanud väitega, et asutajad peavad olema isiklikult vastutavad enne registrikande tegemist tekkinud kahjude eest⁴⁸⁴. Kui GmbH bilanss on asutamisel esmakande tegemisel negatiivne, on ka faktiline ühingujuht kohustatud nõude ühingu liikmete suhtes maksma panema (*Unterbilanzhaftung*)⁴⁸⁵. Miinimumkapitali nõude sätestavad ÄS § 136 ja § 222. ÄS § 140 lg 2 ja § 252 lg 2 panevad asutajatele kohustuse tasuda osa eest täielikult enne registrikande tegemist, maksega viivitamise tagajärjel tekkiva juhatuse teate saatmise kohustuse määravad ÄS § 156 lg 2 ja § 275 lg 2. Nende kahe kohustuse osas on eesti ja saksa käsitlused üsna sarnased, pannes kohustuse juhatusele, ent samas hõlmates vastutusega ka teisi isikuid, laiendades solidaarse vastutuse juhatuse ja nõukogu liikmetele ja asutajatele.

Saksamaal lasub faktilisel ühingujuhil ühingu asutamise ja registrisse kandmise järgselt osakapitali säilitamise kohustus, mis väljendub §-s 30 GmbHG sätestatud keskses võlausaldajaid kaitsvas normis⁴⁸⁶. Keelatud on igasugune aktiva ja passiva kõrvutamisel tekkiva bilansi alusel arvutatava osakapitali moodustava vara, mis peab osakapitali säilimiseks ja võlausaldajate huvide kaitseks tagatud olema, kahjustamine⁴⁸⁷. Eestis, toovad kapitali säilitamise kohustuse ÄS-s välja vara vähenemist reguleerivad sätted ÄS § 176 ja § 310, juhatuse kohustuse kutsuda sel juhul kokku erakorraline koosolek sätestavad § 171 lg 2 p 1 ja § 292 lg 1 p 1. Vaatamata sätete pealkirja erinevusele, on kapitali säilitamise kohustus nii Saksamaal kui Eestis reguleeritud sama põhimõtte alusel. Olulisena võib tankisti-variisiku konstruktsioonide juures veel välja tuua küsimuse, kuidas õigustada ikkagi kohustuse

⁴⁸³ *Op. cit.* Strohn, lk 166, allmärkus nr 76, BGHZ 165, 391.

⁴⁸⁴ H. Fleischer, W. Goette. § 11, komm 156, vt ka allmärkus nr 6 BGHZ 80, 129, 141. Münchener Kommentar zum GmbHG. 1. Auflage, 1. Band. München: C. H. Beck, 2010.

⁴⁸⁵ *Op. cit.* Strohn, lk 166.

⁴⁸⁶ *Op. cit.* Roth/Altmeppen, GmbHG komm. § 30, komm 1.

⁴⁸⁷ *Op. cit.* Roth/Altmeppen, GmbHG komm. § 30, komm 1, 8.

laienemist variisikule. Saksa õiguskirjanduses on seda põhjendatud väitega, et majanduslik-faktilise lähenemise kaudu on variisik enda õigusliku positsiooni tõttu tankistiga õigussuhtes, mida võib nimetada näiteks usaldussuhteks (*Treuhandverhältnis*)⁴⁸⁸. Tankisti käitumine omistatakse variisikule ja mingit rolli ei mängi see, kas sooritus tehti otse variisikule või esmalt tankistile⁴⁸⁹.

Saksamaal sätestab raamatupidamiskohustuse § 41 GmbHG, mis laieneb ka faktilisele ühingujuhile, kui ta on tegelikult ühingujuhtimise üle võtnud⁴⁹⁰. Juhatus kohustab korraldada raamatupidamist, tuleneb ÄS §-st 183 ja § 306 lg-st 4. Saksamaal on välja toodud, et raamatupidamiskohustus laieneb kõikidele formaalsetele ja faktilistele ühingujuhtidele eraldi ehk see pole ühtselt juhatus kui organi kohustus tervikuna. Raamatupidamiskohustus on eelkõige sätestatud mitte võlausaldajate, vaid osanike huvides⁴⁹¹. Säte paneb kohustuse hoolitseda raamatupidamise eest, mis tähendab, et isikud ei pea seda kohustust isiklikult täitma, vaid võivad kehtestada ühingusisese tööjaotuse või teha selle ülesandeks hoopis kellelegi väljaspool ühingut⁴⁹². Õiguskirjanduses on välja toodud, et kui muul juhul on kohtupraktikas faktiliseks ühingujuhiks kvalifitseerimisel kriteeriumina oluline organifunktsiooni väljaspoole teostamine, siis see võiks olla üks kohustus, mille puhul see kriteerium relevantne pole, samas on sellist seisukohta ka kritiseeritud⁴⁹³.

Peamine nii õiguskirjanduses ja kohtupraktikas enim kõneainet pakkunud ja üheselt jaatatud on faktilisel ühingujuhil lasuv § 15a lg-s 1 InsO sätestatud pankrotiavalduse esitamise kohustus kolme nädala jooksul maksejõuetuse ilmnemisest⁴⁹⁴. Kohustuse eesmärk on tagada, et võlausaldajate ja üldiste huvide kaitseks saaks pankrotiavaldus viivituseeta ja õigeaegselt esitatud⁴⁹⁵. Oluline on, et kehtetult ametisse nimetatud isikute puhul pole tegemist olukorraga, kus ühingul pole juhatust ja seega tekib kohustus ka sel juhul § 15a lg-1 InsO mitte sama sätte lg 3 alusel⁴⁹⁶. Pankrotiavalduse esitamise kohustuse ja maksete tegemise keelu maksejõuetuse ilmnemise järel sätestavad ÄS § 180 lg 5¹ ja § 306 lg 3¹, mis on ka sõnastuse poolest saksa

⁴⁸⁸ *Op. cit.* Roth/Altmeyen, GmbHG komm. § 30, komm 32.

⁴⁸⁹ *Op. cit.* Roth/Altmeyen, GmbHG komm. § 30, komm 33. Seisukohta on põhjendatud sellega, et tankistivarisiiku konstruktsioonides on nendevaheline usaldussuhe vaadeldav käsunduslepingu analoogina, kus käsundisaajal on kohustus käsundiandjale kõik saadu niikuinii välja anda.

⁴⁹⁰ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG. § 41, komm 11.

⁴⁹¹ *Op. cit.* Roth/Altmeyen, GmbHG komm. § 41, komm 4. Oluline on eristada karistus- ja tsiviilõiguslikkus vastutust, karistusõiguslikult faktiline ühingujuht erisubjekti nõudva koosseisu tõttu ei vastuta.

⁴⁹² *Op. cit.* Münch Komm GmbHG. § 41, komm 1, 12.

⁴⁹³ *Op. cit.* Strohn, lk 166.

⁴⁹⁴ 1999. a seadusemuudatuste ja 2008.a MoMig reformiga koondati vastutus InsO-sse, varasemas kohtupraktikas oli Vt ka 1999. a muudatuste kohta: U. Haas. Insolvenzantragsrecht und -pflicht in der GmbH insbesondere des "faktischen Geschäftsführers" nach neuem Recht. – DStR 1998, lk 1359–1363.

⁴⁹⁵ *Op. cit.* Münch Komm Inso. § 15, komm 1–2.

⁴⁹⁶ C. Brand, M. Brand. Die insolvenzrechtliche Führungslosigkeit und das Institut des faktischen Organs. – NZI 2010, lk 716.

käsitlusega sarnased. Oluliste aspektidena võib välja tuua aga, et Saksamaal tõlgendatakse §-st 15a InsO tulenevat pankrotiavalduse õigeaegse esitamise kohustust väga laialt. Näiteks ei tulene sätte sõnastusest otseselt kohustuse laienemine ka faktilisele ühingujuhile, ent nagu edaspidi näidatud, faktilise ühingujuhile kohustuse laienemist siiski jaatatakse. Teiseks on oluline küsimus, kas lisaks pankrotiavalduse esitamise kohustusele on faktilisel ühingujuhil ka pankrotiavalduse esitamise õigus.

Esimene oluline aspekt, mida saksa õiguskirjanduses on analüüsitud, on küsimus, kas BGH kohtulahendi järgset seisukohta, millega varasema regulatsiooni kohaselt pankrotiavalduse esitamise kohustust § 64 GmbHG mõttes tunnustati⁴⁹⁷, muudab reformidejärgne seadusandlus, mille grammatilisest tõlgendusest faktilise ühingujuhi vastutust järeldada ei saa. Nimelt viidi reformidega pankrotiavalduse esitamise kohustus GmbHG-st InsO-sse ja MoMig reformiga 2008. aasta kujundatud § 15a lg 1 InsO sõnastus tekitab kahtlusi, kas kohustus ka faktilisele ühingujuhile laieneb. Sättes on pankrotiavalduse esitamise kohustus „esindusorgani liikmetel“ ehk see on seotud esindusõiguse mitte täidetavate ülesannete ja funktsioonidega. Valitsev arvamus on siiski seisukohal, et uus sätte sõnastus olukorda ei muuda ja § 64 GmbHG suhtes tehtud lahendid jäävad kehtima, seega laieneb kohustus ka faktilisele ühingujuhile⁴⁹⁸.

Teine oluline aspekt on küsimus, kas faktilisel ühingujuhil on lisaks kohustusele ka õigus pankrotiavaldus esitada. Intuitiivne oleks eeldada, et kuivõrd faktilist ühingujuhti saab pankrotiavalduse õigeaegse esitamata jätmise eest nii tsiviil- kui karistusõiguslikult vastutusele võtta, siis peaks tal lisaks kohustusele olema ka õigus. Faktilisel ühingujuhil on aktuaalsete õiguskirjanduses avaldatud seisukohtade järgi õigust esitada pankrotiavaldus üksnes ähvardava maksejõuetuse korral § 18 InsO mõttes, mil tal iroonilisel kombel kohustust avaldus esitada ei lasu⁴⁹⁹. Varasemas BGH kohtupraktikas ja õiguskirjanduses üldiselt samuti jaatati faktilise ühingujuhi kohustuse kõrval ka õigust⁵⁰⁰. Samas on praeguses õiguskirjanduses osaliselt pooldatud kitsamat seisukohta, et avalduse esitamise õigus peaks olema seotud osanike nõusolekuga faktilise ühingujuhi tegevusele üldiselt või tema konkludentse või kehtetu ametisse nimetamisega⁵⁰¹. Veel enam, Müncheni kommentaarides ollakse seisukohal, et vaatamata õiguskirjanduses laialt levinud arvamusele, tuleks faktilise ühingujuhi õigust eitada⁵⁰². Pankrotiavalduse esitamise kohustust tuleks tõlgendada nii, et

⁴⁹⁷ Vastutuse alusena § 64 GmbHG: BGH II ZR 235/03 = DStR 2005, 1704; BGHZ 150, 61; BGHZ 104, 44.

⁴⁹⁸ *Op. cit.* Baumbach/Hueck GmbHG. § 64, komm 172.

⁴⁹⁹ *Op. cit.* Braun InsO komm. § 15, komm 12.

⁵⁰⁰ BGH II ZR 235/03 = DStR 2005, 1704; BGHZ 150, 61; BGHZ 104, 44; *op. cit.* Münch Komm InsO. § 15, komm 68.

⁵⁰¹ *Op. cit.* Braun InsO komm. § 15, komm 13.

⁵⁰² *Op. cit.* Münch Komm InsO. § 15, komm 68, 100.

faktilisel ühingujuhil on vastutuse faktilise ülevõtmise tagajärjel kohustus hoolitseda selle eest, et ühingu seaduslikud esindajad ühingu maksejõuetuse korral õigeaegselt avalduse esitaksid⁵⁰³. Osanike nõusoleku vajadust ja pigem hoolsuskohustust selle eest, et formaalsed juhatuse liikmed pankrotiavalduse esitaksid on põhjendatud sellega, et kohtutel pole võimalik mõistliku aja jooksul välja selgitada, kas isik kvalifitseerub faktiliseks ühingujuhiks⁵⁰⁴.

Faktilisele ühingujuhil laieneb § 64 lg 1 1. lauses GmbHG sätestatud⁵⁰⁵ keeld teha maksejõuetuse saabumise järgselt väljamakseid ja kohustus hüvitada nende maksetega tekkinud kahju, kui ei järgitud sama sätte 2. lauses toodud korraliku ettevõtja hoolsust. Sarnase sõnastusega on sätestatud juhatuse liikme kohustus ka ÄS-s, mis tuleneb samadest sätetest kui oankrotiavalduse esitamise kohustus, vastavalt OÜ-de ja AS-de osas ÄS § 180 lg-st 5¹ ja § 306 lg-st 3¹. Sätte mõte on kindlustada pankrotivara säilimine⁵⁰⁶ ja vältida osade võlausaldajate eeliskohtlemist. Kohustus laieneb nii kehtetult ametisse nimetatud juhatuse liikmetele kui ka faktilistele ühingujuhtidele kitsas tähenduses (1.2.2), kes saavad olla üksnes füüsilised isikud. Faktilistele ühingujuhtidele, kes tegutsevad juhatuse liikmetena, olemata formaalselt kunagi juhatuse liikmeteks nimetatud – kitsas tähenduses –, on kohustuse laienemiseks siinkohal rõhutatud osanike teadmist ja tahet ühingujuhi tegevuse suhtes⁵⁰⁷. Vaieldav on, kas vajalik on kõigi või enamiku osanike nõusolek⁵⁰⁸. Saksamaal on lisaks välja toodud, et kahju hüvitamise nõude kõrval ei saa ära unustada ka tagasivõitmist pankrotimenetluses § 129 InsO mõttes⁵⁰⁹. Sarnane alternatiiv on olemas ka eesti õiguses, mis on defineeritud pankrotiseaduse⁵¹⁰ (edaspidi PankrS) §-s 109 ja kohaldub PankrS §-dest 110–114 lähtudes.

Ühtlasi on Saksamaal faktilisel ühingujuhil kohustus pankrotti vältida § 64 lg1 3. lausest tulenevalt. See hõlmab kohustust mitte teha osanikele väljamakseid, mis ühingu maksejõuetuseni viivad. Eestis võib juhatuse liikmele sätestatud keeldu teha kahjulikke tehinguid võiks tõlgendada ilmselt eelpool toodud üldise hoolsuskohustuse ja täpsemalt korraliku ettevõtja hoolsuse kontekstis, vastavalt OÜ-de ja AS osas ÄS § 187 lg 1 ja 2 ning § 315 lg 1 ja 2 mõttes. AS puhul on eraldi § 306 lg 2 3. lause rõhutatud just käitumist

⁵⁰³ *Op. cit.* Münch Komm InsO. § 15, komm 68; *op. cit.* Baumbach/Hueck GmbHG. § 64, komm 172.

⁵⁰⁴ *Op. cit.* Braun InsO komm. § 15, komm 14.

⁵⁰⁵ *Op. cit.* Strohn, lk 166; kohustus on sätestatud ka saksa äriseadustiku § 130a lg 1 3. lauses HGB. Saksamaa kaubandusseadustik HGB – *Handelsgesetzbuch* BGBl III, 4100-1 – BGBl. I S. 831. Arvutivõrgus: <http://www.gesetze-iminternet.de/hgb/index.html> 01.04.2013.

⁵⁰⁶ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG. § 64, komm 125.

⁵⁰⁷ *Op. cit.* Baumbach/Hueck GmbHG. § 64, komm 9a.

⁵⁰⁸ *Op. cit.* Baumbach/Hueck GmbHG. § 64, komm 9a.

⁵⁰⁹ *Op. cit.* Münch Komm GmbHG. § 64, komm 125.

⁵¹⁰ Pankrotiseadus RT I 2003, 17, 95 – RT I, 21.12.2012, 14.

majanduslikult kõige otsatarbekamal viisil, mis OÜ-de osas on ilmselt siiski kaetud ka korraliku ettevõtja hoolsusega.

Saksamaal on leitud, et väljamaksete keeld ja pankroti vältimine on erinevad kohustused, sest sätete eesmärk on erinev⁵¹¹. Nõude aluste konkurents võib siiski esinda, kui makseid tehakse siis, kui ühing on juba maksejõuetu⁵¹². Kohustuse täitmiseks on juhatuse liikmetel ja faktilistel ühingujuhtidel vaja enne soorituse tegemist viia läbi majanduslik enesekontroll. See hõlmab hinnangu andmist sellele, kas ja millisel määral ühing enda tulevasi kohustusi täita suudab⁵¹³. Kasumi jaotamise puhul on näiteks kohustusi rikutud siis, kui jaotamisest ilmselgelt piisab ühingule kahju tekitamiseks⁵¹⁴. See, kas juhatuse liige teeb soorituse ise osanikule või ühingu kaudu ei oma sealjuures tähendust⁵¹⁵. Võib öelda, et vaatamata sõnastuse erinevusele eesti ja saksa käsitluses olulisi erisusi ei ole, mis välistaksid analoogia korras kohustuste ja vastutuse süsteemi kohaldamise.

Lisaks eelnevatele juhatuse liikmete kohustustele, mis faktilisele ühingujuhile laienevad, võib välja tuua ka likvideerijate vastutuse. Saksamaal on leitud, et faktilise ühingujuhi instituut hõlmab ka faktiliste likvideerijate tegevuse, neile kohaldub üldine hoolsuskohustus ja nad vastutavad, sõltumata osanike juhustest, samadel üldistel alustel kui faktilised ühingujuhid, vastavalt § 73 lg 3 AktG ja § 43 lg 3 GmbHG mõttes⁵¹⁶. Eestis laienevad juhatuse liikme kohustused likvideerijale ÄS § 372 lg 1 1. lause alusel, eristada tuleb küll kohtu määratud ja sisemisi likvideerijaid⁵¹⁷. Vastutus laieneb üksnes viimastele, seega on saksa lähenemine selles osas kooskõlas ka eesti kehtiva õigusega.

Kokkuvõttes võib öelda, et vähemalt saksa käsitluses toodud kohustuste puhul võiks kohustuste laienemist faktilisele ühingujuhile jaatada. Vaatamata Saksamaal sätestatud juhatuse liikmete kohustusele järgida osanike juhiseid, on Eestis sätete sõnastus ja põhimõtted Saksamaaga piisavalt sarnased, et analoogne kohustuste ja vastutuse käsitlus võiks olla õigustatud ka Eestis. Töö piiratud mahu tõttu jääb edasiste uurimistööde käsitleda see, kas lisaks saksa õiguskirjanduses toodud kohustustele võiks faktilisele ühingujuhile laieneda ka muud kohustused, mille osas on Saksamaal juhatuse liikme vastutus välistatud seotuse tõttu osanike juhustega.

⁵¹¹ *Op. cit.* Baumbach/Hueck GmbHG. § 64, komm 94.

⁵¹² *Op. cit.* Münch Komm GmbHG. § 64, komm 154.

⁵¹³ *Op. cit.* Baumbach/Hueck GmbHG. § 64, komm 95.

⁵¹⁴ *Op. cit.* Baumbach/Hueck GmbHG. § 64, komm 95.

⁵¹⁵ *Op. cit.* Baumbach/Hueck GmbHG. § 64, komm 96.

⁵¹⁶ *Op. cit.* Strohn, lk 166–167.

⁵¹⁷ RRTKo 3-2-1-115-12 p 12.

2.2.3.2. Põhikohustustest ja spetsiifilistest kohustustest tulenev faktilise ühingujuhi vastutus

Põhilised küsimused on: kas eelpool toodud (2.2.3.1) analoogia saksa käsitlesega on õigustatud, kas Eestis peaks faktilistele ühingujuhtidele just nimetatud kohustused laienema ning kas on õigustatud nende kohustuste rikkumisel laienev vastutus. Eesti õiguskirjanduses on avaldatud karistusõiguslikust küljest seisukohta, et teatud juhtudel on faktilise ühingujuhi olemusest tulenevalt vastutus välistatud, olgugi et ta tegelikult ühingat juhtis⁵¹⁸. Näidetena karistusõiguslikust käsitlesest on eitatud vastutust pankrotiavalduse esitamata jätmise, koosoleku kokku kutsumata jätmise, ebaõigete andmete esitamise ja raamatupidamiskohustuse rikkumise eest⁵¹⁹. Seesugune konstateering põhineb eelkõige sellistel karistusõiguslikel koosseisudel, mis eeldavad erisubjekti. Tsiivilõiguses analoogiakeelu ja erisubjektsuse problemaatikale ruumi pole. Seetõttu ei tuleks siinkirjutaja arvates karistusõigusliku analüüsi tulemusena esitatud seisukohti automaatselt tsiivilõigusliku vastutuse määramisele üle kanda. Põhjendusena küsimusele, miks peaksid faktilisele ühingujuhile kõik formaalse juhatuse liikme kohustused laienema, võib tuua eelpool mainitud Strohni vastuolulise käitumise keelul põhineva ilmeka mõtte, et faktiliselt juhatuse liikme funktsioonid üle võtnud isik ei peaks saama kohustuste seast parimaid palu nagu rosinaid välja noppida⁵²⁰, vaid juhatuse liikme funktsioonide üle võtmisega peavad talle laienema ka juhatuse liikme kohustused ja kaasnema sellest tulenev vastutus.

Saksamaal tuleneb juhatuse liikmete vastutus samadest normidest, kus on sätestatud formaalse juhatuse liikme kohustused (2.2.3.1) ehk tegemist on üldiste juhatuse liikme kohustuse rikkumisega tekitatud kahju juhtumitega. Loetakse, et faktilisel ühingujuhil on juhatuse liikme funktsioonide ülevõtmisega tekkinud ühinguga seadusjärgne eriline seotus, mille alusel laienevad talle juhatuse liikme kohustused ja vastutus. Erisuse toob üksnes asjaolu, et kapitali säilitamise kohustust on rõhutatud GmbH-de puhul ka üldist hooldsuskohustust sätestavate normide juures § 30 GmbHG-le lisaks seega ka § 43 lg-s 3 GmbHG. Pankrotiavalduse esitamise kohustuse juures võib välja tuua ka, et see on üks juhte, kus jaatatakse ka faktilise ühingujuhi vastu esitatavat otsenõuet. Võlausaldaja kahju hüvitamise nõue on deliktiõiguslik ja kahjuhüvitamise alus on delikti üldkoosseis, kus § 15a InsO toimib kaitsenormina, kahju hüvitamise alusena võib määratleda § 823 lg 2 BGB seoses §-ga 15a InsO. Eestis tähendaks see deliktiõiguslikku kahju hüvitamist delikti üldkoosseisu alusel seoses kaitsenormiga VÕS § 1045 lg 1 p 7 mõttes.

⁵¹⁸ *Op. cit.* Kairjak, lk 545.

⁵¹⁹ *Op. cit.* Kairjak, lk 545.

⁵²⁰ *Op. cit.* Strohn, lk 159.

Saksamaal eeskujul võiks faktilise ühingujuhi vastutus alata juba ühingu asutamise eelselt. Eestis annaks esimese aluse faktilise ühingujuhi vastutuse kohaldamiseks seoses valeandmete esitamisega äriregistrile annaks Eestis OÜ ja AS osas ÄS § 146, § 252 lg 1, mis hõlmab ka faktilise ühingujuhi, kes on asutaja. Juhatuse ja nõukogu liikmete vastutus tuleneks nende käsundilaadsest suhtest ühinguga ja oleks seetõttu lepinguline. Faktiline ühingujuht ja asutaja vastutaksid ilmselt erilise seadusjärgse võlasuhte alusel VÕS § 3 p 6 mõttes, samuti lepingulise kahju hüvitamise analoogi järgi. Kaaluda võib ka võlausaldajate otsenõuet faktilise ühingujuhi vastu ÄS § 147 lg 4 alusel, mis annaks võlausaldajatele kahju hüvitamise otsenõude, kui faktiline ühingujuht on ühingu asutamise eelselt teinud OÜ-d kahjustavaid tehinguid. Kahju hüvitamise alust saaks seadusjärgse kohustuse rikkumise tõttu, käsitleda lepingulaadse kahju hüvitamise analoogina. Asutajate kohustus tasuda sissemaksed, paneb juhatuse liikmele ja faktilisele ühingujuhile kohustuse edastada teate ÄS § 156 lg 2 ja § 275 lg 2 alusel, ka see võiks faktilistele ühingujuhtidele laieneda. Asutamisega seonduvate kohustuste ja vastutuse laienemist faktilisele ühingujuhile võiks pooldada seetõttu, et potentsiaalne vastutus aitaks ennetada nn riilifirmade (*phoenix companies*) rajamist, mille arvelt variisikud juriidiliste konstruktsioonide kaudu rikastuda saaksid.

Ühingu tegutsemisperioodil laienevad faktilisele ühingujuhile laiendava käsitluse alusel peamiselt kapitali säilitamise ja raamatupidamiskohustus. Relevantsed on OÜ-de ja AS-de osas vara vähenemist reguleerivad sätted ÄS § 176 või § 310 mõttes ja juhatuse kohustus kutsuda sel juhul kokku erakorraline koosolek § 171 lg 2 p 1 või § 292 lg 1 p 1 alusel. Raamatupidamiskohustus lähtudes ÄS §-st 183 ja § 306 lg-st 4 peaks samuti laienema faktilisele ühingujuhile. See aitaks saada selgust tegelikku majanduslikku sisu varjate tehingute osas või raamatupidamis puudumisel, annaks see aluse faktilise ühingujuhi vastutust jaatada. Nende kohustuste rikkumisel vastutaksid faktilised ühingujuhid ühingu ees üldise juhatuse liikme kohustuste rikkumise alusel OÜ ja AS osas, vastavalt ÄS § 187 lg 2 ja 315 lg 2 alusel.

OÜ ja AS osas toob vastutuse ÄS § 187 lg 2 ja 315 lg 2 alusel kaasa ka ÄS § 180 lg 5¹ ja § 306 lg 3¹ mõttes pankrotiavalduse esitamise kohustuse rikkumine, mida on peamisena alati Saksamaal seoses faktiliste ühingujuhtide tsiviilõigusliku vastutusega välja toodud⁵²¹. Kuigi leidub vähe aluseid, mil võlausaldajal võiks olla otsene kahju hüvitamise nõue faktilise ühingujuhi vastu, siis pankrotiavalduse õigeaegse esitamise kohustuse rikkumine võiks olla üks neist. Analoogia korras Saksamaaga toimiksid ÄS § 180 lg 5¹ ja § 306 lg 3¹ deliktiõigusliku kahju hüvitamise nõude kaitsenormidena VÕS § 1045 lg 1 p 7 mõttes.

⁵²¹ *Op. cit.* Baumbach/Hueck GmbHG. § 64, komm 94–96.

Kaaluda võib ka, kas mõni teine vastutuse konstruktsioon oleks sobivam. Eraldi vastutuse alusena toimivad AS § 180 lg 5¹ ja § 306 lg 3¹, kui juhatuse liikmed või faktilised ühingujuhid on teinud pärast maksejõuetuse ilmnemist OÜ või AS eest makseid ja nende maksete tegemine polnud kooskõlas korraliku ettevõtja hoolsusega.

Vastutuse ulatuse arvestamisel tuleb arvesse võtta üldpõhimõtet, mille kohaselt on faktilise ühingujuhi vastutus piiratud nende kohustuste rikkumisega, kus ta on formaalse juhatuse liikme kohustused üle võtnud ja mis tema mõjupiirkonda kuuluvad⁵²². Teiseks, tuleneb vastutuse ulatuse erisus üldisest solidaarvastutusest kapitali äriühingu asutamise ja kapitali säilitamise osas, kus kahju on piiratud ulatusega, mis osas see võlausaldajatele reaalselt tekkis. Näiteks valeandmete esitamisel on faktilise ühingujuhi sh ka nii tankisti kui variisiku solidaarvastutus tekkinud kahju – nt miinimumkapitali puudujäägi – eest sätestatud § 9a lg 1 GmbHG-s. Kahju hüvitamise ulatus on aga § 9b GmbHG alusel piiratud summaga, mis on vajalik võlausaldajate nõuete rahuldamiseks⁵²³ ning säte kohaldub § 43 lg 3 GmbHG alusel ka kapitali säilitamise kohustuse juures.

Kokkuvõtvalt võib välja tuua, et analoogia Saksamaaga on kohane, kuivõrd mõlemas riigis on kohustuste sisu ja eesmärk pea identsed. Paralleeli toomist Saksamaaga ei välista ka Saksamaa regulatsioon, mis paneb juhatuse liikmetele osanike otsuste järgimise kohustuse. Peamiselt on tegemist ühingu sisesuhtest tulenevate nõuetega, mis põhinevad faktilise ühingujuhi erilisel seotusel ühinguga alates juhatuse liikme funktsioonide ülevõtmisest. Välissuhtest tulenevaid deliktilisi otsenõudeid faktilise ühingujuhi vastu võiks senist formaalseid juhatuse liikmeid puudutavat praktikat järgides jaatada peamiselt üksnes faktilise ühingujuhi tahtliku heade kommete vastase tegevuse korral või juhul kui faktiline ühingujuht tekitas otseselt võlausaldajale seesuguse kahju, mille eest saaks tema isiklikku deliktiõiguslikku vastutust võlausaldaja ees eeldada. Deliktiõiguslikke – seega tsiviilõiguslikku kahju hüvitamist, mitte karistusõiguslikke sanktsioone – võiks kaaluda ka juhul kui faktiline ühingujuht on rikkunud pankrotiavalduse õigeaegse esitamise kohustust.

Otsustuskoht on, kas lisaks eelpool toodud põhikohustustele peaks faktiline ühingujuht vastutama ka nende kohustuste eest, kus Saksamaal on faktilise ühingujuhi vastutus välistatud seetõttu, et juhatuse liikmetel on osanike otsuste järgimise kohustus. Samuti võib küsida, kas piiri peaks Eestis tõmbama sinna, kus Saksamaal jookseb eristus kardinaalsete põhikohustuste ja spetsiifiliste kohustuste vahel. Antud küsimus ja faktilise ühingujuhi täpsem vastutus välissuhtes võiksid olla hea materjal järgnevatele õigusteaduslikele töödele.

⁵²² *Op. cit.* Münch Komm GmbHG. § 43, komm 242.

⁵²³ *Op. cit.* Strohn, lk 165–166, allmärkus nr 76, BGHZ 165, 391.

Kokkuvõte

Käesoleva magistritöö uurimise eesmärk on faktilise ühingujuhi instituut ja faktilise ühingujuhi tsiviilõigusliku vastutuse alused. Faktiline ühingujuht on isik, kes tegutseb sisuliselt nagu juhatuse liige, olemata formaalselt selleks määratud.

Faktilise ühingujuhi instituudi teoreetiline taust on maksuõiguses tunnustatud majanduslik-faktiline lähenemine, mille kohaselt ei saa faktiliste asjaolude õiguslik hinnang sõltuda sellest, mida isikud on formaalselt deklareerinud, vaid hinnata tuleb toimingute majanduslikku sisu. Faktilise ühingujuhi instituut on välja kujunenud kohtupraktikas seoses vajadusega viia juhatuse liikmete vastutuse regulatsioon vastavusse majanduskäibe tegelikkusega. Teiste riikide kohtupraktika arengus on liigutud kehtetult ametisse nimetatud ja endiste juhatuse liikmete vastutuse juurest tankisti-variisiku konstruktsioonide, äriühingu tegevust mõjutavate isikute ja ema- ja tütarettevõtete suhteid puudutava vastutuseni. Instituudi kohaldamise üldine põhjendus on tõdemus, et isikud, kes tegutsevad faktiliselt nagu juhatuse liikmed, peaksid ka vastutama nagu juhatuse liikmed. Faktilise ühingujuhi instituudi eesmärk on tagada võlausaldajate ja ühingu varade kaitse ning piirata juhatuse liikme vastutusest vabanemisele suunatud konstruktsioonide kasutamist.

Ühiskondlik taust on seotud nii tsiviil-, karistus- kui ka maksuõiguslike probleemidega. Peamiselt on levinud tankisti-variisiku konstruktsioonid, kus tankist on juhatuse liikmeks määratud üksnes formaalselt ja tegelikkuses juhib ühingut variisik. Variiskute vastutusest vabanemisega formaalsete kriteeriumide täitmata jätmise tõttu, kaasneb kahju ühingule ja võlausaldajatele, samuti ei piira see selliste skeemide kaudu toimepandavaid maksupettusi ega kuritegevust. Praktikas on instituudi kohaldamine relevantne ühingu maksejõuetuse korral ja riikides, kus on võimalus kohaldada isikutele ärikeeldu.

Töö hüpotees oli, et Eestis on võimalik faktilisi ühingujuhte tsiviilõiguslikult vastutusele võtta ja see hüpotees leidis kinnitust. Millises ulatuses faktiliste ühingujuhtide vastutus kohalduma peaks jääb praktikas õiguspoliitilistest kaalutlustest lähtuvalt otsustada, samuti kohtupraktika kujundada, kui võrd käesolevas töös toodud lähenemine põhineb võrdlusriikides kujundatud tunnustatud kohtupraktikal. Hinnates eesti kehtivat õigust ja praktikat võib öelda, et paremate tulemusteni viiks kindlasti laiendav tõlgendamine. See eeldab aga senise juhatuse liikmete vastutust käsitleva praktika paradigma muutust. Rõhuasetus peaks nihkuma laiendavate äri-, ettevõtlus-, tegutsemiskeeldude ja tsiviiltõkendite välja töötamise ja isikute tegevuse abstraktse mõju aspektist hindamise asemel sellele, et faktiliste ühingujuhtide tegevusele antaks hinnang tema positsioonile ja ülevõetud funktsioonidele ühingus.

Eesti kehtiv õigus pakub siinkirjutaja hinnangul üsna piiratud võimalust faktilisi ühingujuhte vastutusele võtta. Kehtivas õiguses on toodud küll võimalus – analoogina üksnes saksa AG-dele kohalduva § 117 AktG mõttes – äriühingu tegevuse mõjutaja vastutus, vastavalt OÜ-de osas ÄS § 167¹ alusel ja AS-de puhul ÄS §-st 289² lähtudes, faktilisi ühingujuhte vastutusele võtta, ent praktikas seda võimalust ei kasutata. Mõjutaja vastutuse mitte-kohaldamise põhjused võivad peituda esmalt selles, et kohtumenetluse poolte jaoks pole mõjutaja vastutusele tuginemine veel juurdunud. Teiseks, seab mõjutaja vastutuse kohaldamine sellele koosseisule tuginevatele isikutele suure tõendamiskoormise, mida võlausaldajatel, kes ühingu siseasjadest võivad teada saada alles ühingu maksejõuetuse kontekstis, on raske täita. Pankrotihalduritel on pankrotimenetluse algatamise järgselt küll võlausaldajatega võrreldes suuremad võimalused asjaolude väljaselgitamiseks, ent alternatiivina on pankrotihalduritel nähtavasti lihtsam valida tagasivõitmine, kus tõendamisesemesse ei kuulu faktilise ühingujuhi ning juhatuse, nõukogu liikme või prokuristi vahelise abstraktse mõju tõendamine. Kolmandaks, ei kata mõjutaja vastutus olukordi, kus juhatuse liikme funktsioonide teostamine ei toimu teise isiku mõjutamise kaudu, mille osas võib praktilise näitena tuua käimasoleva Autorollo OÜ kohtumenetluse.

Eesti kohtupraktikas on kasutusel samuti üsna kitsendav tõlgendus, kus ka endiste ja kehtetult ametisse nimetatud juhatuse liikmete vastutuse eeldus on seotud formaalselt ametiaja kehtivusega ja alternatiivina võidakse üksnes ühingu liikmete tagasiulatuva heakskiitva otsuse või majandusaasta aruande kinnitamisega juhatuse liikmete vastutust ajaliselt pikendada. Majanduslik-faktilise lähenemise alusel ja funktsionaalsest aspektist juhatuse liikme õigussuhet tegelikkuses ei hinnata. Seetõttu ei saa päriselt nõustuda ka Kairjaki artiklis toodud seisukohtadega justkui poleks faktiliste ühingujuhtide mõistes midagi uut. Laias tähenduses faktiliste ühingujuhtide mõiste alla kuuluvad ka endised ja kehtetult ametisse nimetatud juhatuse liikmed. Samas kui kitsas tähenduses faktiliste ühingujuhtide – ehk isikute kes tegutsevad faktiliselt nagu juhatuse liikmed, olemata formaalselt selleks määratud – osas reaalselt Eestis faktilise ühingujuhi instituudi tegelikku tähendust hõlmav kohtupraktika puudub.

Alternatiivina kehtivale õigusele, kohtupraktikale ja kavandatavatele seadusemuudatustele uue tsiviiltõkendi loomiseks, on käesolevas töös uue paradigmana välja pakutud laiendav tõlgendus. Laiendavat tõlgendust järgides saaks faktilisi ühingujuhte võtta vastutusele nagu juhatuse liikmeid. Selle jaoks tuleb analüüsida esiteks, kas konkreetse kaasuse puhul täidab isik kindlaksmääratud kriteeriumid ja kvalifitseerub faktiliseks ühingujuhiks (1. ptk). Teiseks määratleda tema õigussuhe äriühinguga, kohustused ja tsiviilõigusliku vastutuse alus (2. ptk)

ja langetada otsus, kas juhul kui alused isiku faktiliseks ühingujuhiks kvalifitseerimiseks ja vastutusele võtmiseks esinevad, on isiku vastutus nagu juhatuse liige ka antud konkreetsel üksikjuhtumil õigustatud.

Faktilise ühingujuhi instituudi kohaldamiseks on oluline esmalt vaadelda, kas isik faktiliseks ühingujuhiks kvalifitseerub. Selleks tuleb faktilise ühingujuhi instituut isikuliselt ja esemeliselt piiritleda ja langetada otsus, kas konkreetsel üksikjuhtumil kattuvad isiku positsioon ühingus ja ülevõetud funktsioonid formaalse juhatuse liikme omaga sellises ulatuses, et isikule peaksid kohalduma seaduses formaalsete juhatuse liikmete suhtes sätestatud tagajärjed. Isikulise piiritlemise osas võib välja tuua, et kuigi faktilise ühingujuhi instituut hõlmab nii kontsernisuhteid kui ka juriidiliste isikute tegevuse hindamist, on käesolevas töös keskendunud faktilistele ühingujuhtidele kui füüsilistele isikutele, kes pole seotud kontsernisuhetega, vaid on kaasatud ühe ühingu tegevusse. Faktiliseks ühingujuhiks kvalifitseeruvate isikute põhinäited on variisikud, endised ja kehtetult ametisse nimetatud juhatuse liikmed, ühingu töötajad, ühingu liikmed ja võlausaldajad. Põhirõhk on suunatud Eestis faktilise ühingujuhi kontekstis kõige põletavamale probleemile, mis seondub tankisti-variisiku skeemidega.

Esemelise piiritlemise osas on töös tehtud Saksamaa eeskujul peamine eristus laias ja kitsas tähenduses faktiliste ühingujuhtide vahel ja piiritletud neid juhatuse liikmetest õigusnäivuse tõttu. Juhatuse liikmeid õigusnäivuse tõttu on paslik faktilistest ühingujuhtidest eristada dogmaatiliselt erinevate instituutide osas segaduse vältimiseks ja seetõttu, et instituutidega taotletavad eesmärgid on erinevad. Õigusnäivus teenib käibekaitset, samas kui faktilise ühingujuhi instituut on suunatud ühingu ja võlausaldajate huvide kaitsele ja hõlmab ühingu sisesuhtes kohalduvaid kohustusi, mitte ühingu suhteid kolmandate isikutega. Kitsas tähenduses on faktilised ühingujuhikud isikud, kes juhivad ühingut, olemata kunagi formaalselt juhatuse liikmeks määratud. Laias tähenduses on faktilise ühingujuhi instituudiga hõlmatud ka kehtetult ametisse nimetatud ja endised juhatuse liikmed. Otsustamiskoht on, kas pooldada saksa lähenemist ja jaatada endiste ja kehtetult ametisse nimetatud juhatuse liikmete automaatset samastamist formaalsete juhatuse liikmetega või lähtuda inglise ja prantsuse käsitlusest, kus ka nende tegevust analüüsitakse kitsas tähenduses faktiliste ühingujuhtide kontekstis.

Kriteeriumide osas on oluline välja tuua saksa käsitluses rõhutatud juhised. Esiteks pole kriteeriumide näol tegemist absoluutsete postulaatidega. Teiseks ei tuleks kriteeriumide analüüsimisel otsus langetada mitte tuues välja, kas kriteerium on täidetud või mitte, vaid pigem hinnata kriteeriumi täitmise määra, kus ühes skaala otsas on faktilisele

ühingujuhtimisele mitte viitavad asjaolud ja teises otsas faktid, mis kindlasti faktilisele ühingujuhtimisele viitavad. Kolmandaks, tuleks otsus langetada iga üksikjuhtumi asjaoludest lähtuvalt ja arvesse võtta kriteeriumide alusel kujunenud hinnangu üldpilti, arvestades, et ühe kriteeriumi täitmise väike määr võib olla kompenseeritud teise kriteeriumi suure määraga.

Faktiliseks ühingujuhiks kvalifitseerimise kriteeriumid on: faktiline ühingujuhtimine, ühingujuhtimine ühingu nõusolekul, ühingujuhtimise funktsiooni teostamine väljaspoole, ühingujuhtimise ajaline kestus ja faktilise ühingujuhi subjektiivne teadmine. Kõige olulisem kriteerium on esimene, mille kontekstis on oluline välja selgitada, milliseid ülesandeid isik ühingus täitis, kas seda saab kvalifitseerida ühingujuhtimiseks ja millisel määral isik sealjuures formaalse juhatuse liikme funktsioonid üle võttis. Mis on ühingujuhtimine, pole üheselt määratletav, samas saab juhiseid kohtupraktikast (RKKKo 3-1-1-34-07 p 7.1–7.6), kus seoses tegutsemiskeelu määratlemisega on suundumus juhatuse liikmete ülesannete tõlgendamisel majanduslik-faktilise lähenemise funktsionaalse käsitluse suunas. Eesti õiguskirjanduses on ainsana faktilise ühingujuhi temaatikat lähemalt käsitletud Kairjaki artiklis. Seal toodud tunnustele lisaks oleks esimese kriteeriumi raames väga oluline hinnata ka faktilise ühingujuhi positsioon ühingus. Määrava tähtsusega on see, kas faktiliseks ühingujuhiks kvalifitseeritav isik oli ühingus juhatuse liikmega sarnasel positsioonil ja kas tal üldse oli reaalne pädevus ühingu tegevust korraldada. Ta peab olema üle võtnud just need funktsioonid, mida saab kohaselt täita üksnes juhatuse liige. Näiteks on Prantsusmaal peamised faktilist ühingujuhti konstitueerivad tunnused just isiku iseseisvus, sõltumatus, sekkumisvõimalus ja võim ühingu asjade korraldamisel. Eristatakse faktilise ühingujuhi kontseptuaalset ja funktsionaalset lähenemist, kus esimese puhul on faktiline ühingujuht justkui ühingu sisemisse korraldusse sekkuv õigusrikkuja ja teisel juhul vaadeldav, mitte õigusrikkuja, vaid juhatuse liikmena. Nii Saksamaa, Suurbritannia kui ka Prantsusmaa käsitlustes on ühisena välja toodud, et faktilist ühingujuhtimist iseloomustab alluvussuhete puudumine, samuti peab faktiline ühingujuht juhul, kui ühingus on olemas ka formaalsed juhatuse liikmed, tegutsema vähemalt nendega võrdsetel alustel.

Ülejäänud kriteeriumid pole tingimata isiku faktiliseks ühingujuhiks kvalifitseerimiseks vajalikud, ent kindlasti on need faktorid, mille alusel kahtluse korral hinnata, kas isiku tegevus on juba ületanud nõuandmise piiri ja liigitub faktilise ühingujuhtimise alla. Juhatuse liikmete kohustuste laiendamisel on nenditud küll tavaliselt, et ühingu nõusolek pole praktikas väga relevantne, samas on üldiste ja põhikohustuste – nagu hoolsus-, lojaalsus- ja raamatupidamiskohustus – juures rõhutatud just ühingu nõusoleku vajadust ning arutelu koht on, millised vormis peaks ühingu nõusolek väljenduma – kas vajalik on kõikide ühingu

liikmete konkludentne heakskiit või piisab enamuse nõusolekust. Saksa praktikas on kõige suurem lõhe BGH praktika ja õiguskirjanduse vahel seoses nõudega, et faktiline ühingujuht peab oma organifunktsiooni teostama ühingust väljaspoole. Kriteeriumi vajalikkust karistusõiguses ei saa alahinnata, ent tsiviilõiguses pole selle täitmine õiguskirjanduse kohaselt vajalik, eriti näiteks raamatupidamiskohustuse juures. Oluline on selle vastu suunatud kriitika, mille kohaselt ähvardab kriteerium tekitada segadust juhatuse liikme õigusnäivuse tõttu instituudi ja faktilise ühingujuhi instituudi vahel. Samuti on argumenteeritud, et kriteerium ei ole faktilise ühingujuhi instituudiga teleoloogiliselt seotud, kuivõrd faktilise ühingujuhi positsiooni ja funktsioonide hindamine puudutab tema suhet ühingu, mitte kolmandate isikutega. Seetõttu tundub mõttekas BGH praktikas rõhutatud kriteeriumi igatahes mitte ilmtingimata vajalikuna käsitleda. Samuti võib kriteerium olla takistuseks Eestis kõige aktuaalsema probleemi – tankisti-variisiku konstruktsioonide kasutamise – vastu lahenduse leidmiseks. Siinkirjutaja on eeltoodu põhjal seetõttu arvamusel, et selle kriteeriumi täitmata jätmine ei peaks välistama isiku faktiliseks ühingujuhiks kvalifitseerimist.

Ühingujuhtimise ajaline kestus on oluline isiku mõju intensiivsuse hindamisel ja selle käsitus on põhiosas hõlmatud juba isiku positsiooni analüüsiga. Faktilise ühingujuhi subjektiivne teadmine seondub eelkõige õiguskindluse ja regulatsiooni kohaldamise ettenähtuvusega ja on seetõttu määratud olulistel kaalutlustel, samas on kriteeriumil õiguskirjanduses ja kohtupraktikas vähene relevantsus, eriti variisikute kontekstis, kes tegutsevad alati teadlikult ja kelle tegevus baseerubki tegelike ühingusiseste suhete varjamisel.

Faktiliseks ühingujuhiks kvalifitseerimise järel on oluline määratleda tema võimalike õigussuhete iseloom ühingusuhete võrgustikus, millest saab tuletada talle laienevad kohustused ja mis õigustab tema vastutus formaalse juhatuse liikmega samadel alustel.

Õigussuhete määratlemisel on oluline paralleel formaalsete juhatuse liikmete ja ühingu vahelise suhtega, samuti faktilise ühingujuhi paigutumine üldisesse ühingusiseste suhete mitmetasandilisse võrgustikku. Tähtis on ka eelpool toodud eristus laias ja kitsas tähenduses faktiliste ühingujuhtide vahel (1.2.2). Formaalse juhatuse liikme suhe ühinguga on Eesti kohtupraktikas lepinguline käsundilaadne suhe, millele kohalduvad käsunduslepingu sätted VÕS § 619 jj mõttes. Samas kui ühingu suhted osanike ja aktsionäridega on muud seadusjärgsed võlasuhted VÕS § 3 p 6 mõttes. Juhatuse liikme suhtele on kõige iseloomulikumad üldine hoolsus- ja lojaalsuskohustus, ärilise otsustuse reegel ja hindamiskriteeriumina korraliku ettevõtja hoolsus. Teisi ühingusiseseid suhteid iseloomustab eelkõige oma õiguste heas usus teostamise nõue, sh ka ühingu liikmete omavahelistes suhetes.

Laias tähenduses faktiliste ühingujuhtide ehk endiste ja kehtetult ametisse nimetatud juhatuse liikmete õigussuhe ühinguga võiks laiendada käsitluse kohaselt olla, kas saksa käsitlust järgides automaatselt sisuliste kriteeriumide täitmise tõttu käsitletav samuti käsundilaadse lepingulise suhtena või prantsuse ja inglise eeskujul mahtuda kitsas tähenduses faktilise ühingujuhi seadusjärgse või kvaasi-lepingulise võlasuhte alla. Kuivõrd kvaasi-lepingulise suhte mõiste eesti õiguskorra kontekstis käibel pole, võib terminoloogiliselt eelistada esimest määratlust. Kitsas tähenduses faktilise ühingujuhi õigussuhet iseloomustab niisiis eriline seotus ühinguga alates juhatuse liikme funktsioonide ülevõtmisest ja tal tekib sellega seoses ühinguga muu seadusjärgne võlasuhe VÕS § 3 p 6 mõttes.

Võrreldes eesti kehtiva õiguse ja seniste seisukohtadega kohtupraktikas, mis eeldavad põhiosas isikule juhatuse liikme kohustuste ja vastutuse omistamisel ametiaja formaalset analüüsi, pakub laiendav tõlgendus välja funktsionaalse lähenemise faktilise ühingujuhi õigussuhte. Eriti saksa käsitluses on rõhutatud, et seni kuni isik faktiliselt täidab juhatuse liikme funktsioone, peab ta neid teostama kooskõlas juhatuse liikmetele laienevate kohustustega ja talle peab laienema ka vastutus. Erinevalt äriühingu tegevuse mõjutaja õigussuhetest, mille alusel tekib deliktiline kahju hüvitamise nõue ja mis seetõttu on lepinguväline õigussuhe, pooldab faktilise ühingujuhi laiendav käsitlus õigussuhte kvalifitseerimist seadusjärgseks võlasuhteks, mille alusel tekkivad nõuded on käsitletavad lepingulise kahju hüvitamise analoogidena. Püüdes tankisti-variisiku konstruktsioone määratleda, võib öelda, et nende omavaheline suhe on saksa õiguskirjanduse kohaselt käsitletav käsundilaadse usaldussuhtena, mis Eesti kontekstis võiks tähendada nende suhtele VÕS § 619 jj käsunduslepingu normide laienemist. Selle kõrval tulenevad faktilisele ühingujuhile kohustused ja vastutus formaalseid juhatuse liikmeid hõlmavatest ÄS normidest.

Üldine hoolsus- ja lojaalsuskohustus on tunnustatud – nii nagu enamikus Mandri-Euroopa riikides – Eesti TsÜS §-s 35 sätestatud üldnormi kõrval ka kõigis kolmes võrdlusriigis ehk Saksamaal, Suurbritannias ja Prantsusmaal. Samas kui põhikohustuste ja spetsiifiliste kohustuste käsitlus on Eestile kõige sarnasem Saksamaal. Suurbritannias ja Prantsusmaal, nagu ka EL ühinguõiguse kõrgetasemelise grupi raportis, on rõhutatud faktilise ühingujuhi vastutuse vajadust seoses ühingu maksejõuetusega ja eriti maksete jätkamisega ühingu vältimatu maksejõuetuse kontekstis (*wrongful trading*). Prantsusmaa käsitluses on faktilise ühingujuhi vastutus kaetud karistusõiguslike normidega ja inglise õiguskirjanduses on peamiselt välja toodud faktilisele ühingujuhile laienevad kohustused, mis on hõlmatud üldise hoolsus- ja lojaalsuskohustuse valdkonnaga. Eeltoodud põhjustele lisaks määrasid ka töö piiratud maht, Saksamaa juhatuse liikmete vastutuse suurim sarnasus Eesti käsitlusega ja

siinkirjutajale kättesaadavate allikate põhjal Saksamaa käsitlese suurim detailsus ja põhjalikkus selle, et faktilise ühingujuhi kohustuste ja vastutuse võrdlev analüüs põhineb, eriti põhikohustuste ja spetsiifiliste kohustuste osas, Saksamaa käsitusel.

Üldisel hoolsuskohustusel on topelfunktsioon: see seab hoolsuskohustuse üldklausli ja samas ka hoolsuse hindamise kriteeriumi – korraliku ettevõtja hoolsuse – eelkõige § 43 lg 1 GmbHG, § 93 lg 1 AktG ja ÄS § 187 lg 1 ja § 315 lg 1 mõttes. Hoolsuskohustus hõlmab saksa ja eesti käsitlese kombinatsioonis kohustust järgida seaduses ja ühingu põhikirjas sätestatud, kitsamat hoolsuskohustust, olla piisavalt informeeritud, mitte võtta ühingule põhjendamatuid riske, käituda majanduslikult kõige otstarbekamal viisil, järelevalvekohustust ja kohustust õigusrikkumisi kokkulepitud ettevaatusabinõude kaudu ennetada. Hoolsuskohustust täpsustavad ärilise otsustuse reegel ja hea ühingujuhtimise tava. Lojaalsuskohustus hõlmab peamiselt kohustust käituda kõigis ühingu puudutavates asjades ühingu, mitte enda ega kellegi teise huvidest lähtuvalt, konkurentsipiirangut ja saladuse hoidmise kohustust. Eestis võiks laiendada käsitlese kohaldamisel olla faktiliste ühingujuhtide vastutus ja kahju hüvitamise kohustus nende üldkohustuste rikkumise eest tuletatav, vastavalt OÜ ja AS osas, ÄS § 187 lg-st 2 ja § 315 lg-st 2. Arutluskoht on, kas faktilisele ühingujuhile peaks laienema vastutus üldkohustuste rikkumise eest. Just hoolsus- ja lojaalsuskohustuse sisu hõlmab kõige paremini tankisti-variisiku konstruktsioonides esinevaid rikkumisi, seetõttu ei ole faktilise ühingujuhi vastutuse jaatamiseks vajalikud kumuleeruvalt ka muud rikkumised. Faktilise ühingujuhi vastutuse jaatamiseks piisab siinkirjutaja hinnangul ka üldiste kohustuste rikkumisest.

Põhiliste ja spetsiifiliste kohustuste osas erinevad Eesti ja Saksamaa käsitleused selles osas, et Saksamaal on GmbH-de juhatuse liikmetel osanike juhiste järgimise kohustus. Sarnast kohustust juhatuse liikmetel Eestis ÄS sätetest lähtuvalt pole. AS juhatuse liikmetel on kohustus järgida nõukogu seaduslikke kohustusi (vrld RKTko 3-2-1-46-12). Samuti on osanikel õigus otsustada juhatuse liikme pädevusvaldkonda kuuluvaid küsimusi, misjuhul vastutavad nad ÄS § 168 lg 2 ja § 298 lg 2 mõttes nagu juhatuse või nõukogu liikmed. See norm on aga ühesuunaline ega pane juhatuse liikmetele osanike otsuste järgimise kohustust. Eristus on oluline seetõttu, et peamiselt BGH tsiviilkolleegiumi kohtuniku Lutz Strohni käsitluses laienevad faktilistele ühingujuhtidele põhikohustused ehk kohustused, mille järgimise kohustus on juhatuse liikmetel sõltumata osanike otsustest. Regulatsiooni ja selle eesmärkide sarnasuse tõttu ei häiri Saksamaa ja Eesti erinevus selles küsimuses Eesti laiendava käsitlese kujundamisel analoogia korras saksa käsitlusest lähtumist.

Saksamaal eeskujul võiks faktilise ühingujuhi vastutus alata juba ühingu asutamise eelselt. Esimese aluse faktilise ühingujuhi vastutuse kohaldamiseks seoses valeandmete esitamisega äriregistrile annaks Eestis OÜ ja AS osas ÄS § 146, § 252 lg 1, mis hõlmab ka faktilise ühingujuhi, kes on asutaja. Asutajana tegutseva faktilise ühingujuhi vastutuse võlausaldajate ees sätestab ÄS § 147 lg 4, kus kahju hüvitamine oleks seadusjärgse kohustuse rikkumise tõttu lepingulaadse kahjuhüvitamise analoog. Sissemaksete tasumise osas võiks ÄS § 156 lg 2 ja § 275 lg 2 alusel laieneda faktilisele ühingujuhile ka kohustus edastada sissemakse tasumise kohustuse kohta teade. Asutamisega seonduvate kohustuste ja vastutuse laienemine faktilisele ühingujuhile aitavad ennetada nn riulifirmade (*phoenix companies*) rajamist, mille arvelt variisikud juriidiliste konstruktsioonide kaudu rikastuda saaksid.

Ühingu tegutsemisperioodil laienevad faktilisele ühingujuhile laiendava käsitluse alusel peamiselt kapitali säilitamise ja raamatupidamiskohustus. Relevantssed on OÜ-de ja AS-de osas vara vähenemist reguleerivad sätted ÄS § 176 või § 310 mõttes ja juhatuse kohustus kutsuda sel juhul kokku erakorraline koosolek § 171 lg 2 p 1 või § 292 lg 1 p 1 alusel. Raamatupidamiskohustus lähtudes ÄS §-st 183 ja § 306 lg-st 4 laieneb samuti faktilisele ühingujuhile. Nende kohustuste rikkumisel vastutavad faktilised ühingujuhid ühingu ees üldise juhatuse liikme kohustuste rikkumise alusel OÜ ja AS osas, vastavalt ÄS § 187 lg 2 ja 315 lg 2 alusel. Samadel alustel toob vastutuse kaasa ka ÄS § 180 lg 5¹ ja § 306 lg 3¹ mõttes pankrotiavalduse esitamise kohustuse rikkumine, mida on peamisena alati Saksamaal seoses faktiliste ühingujuhtide tsiviilõigusliku vastutusega välja toodud. Pankrotiavalduse õigeaegse esitamise kohustuse rikkumisel on oluline ka faktilise ühingujuhi vastutus võlausaldaja ees, kus pankrotiavalduse esitamise kohustust sätestavad ÄS § 180 lg 5¹ ja § 306 lg 3¹ on deliktiõigusliku kahju hüvitamise nõude kaitsenormid VÕS § 1045 lg 1 p 7 mõttes. Eraldi vastutuse aluse sätestavad ÄS § 180 lg 5¹ ja § 306 lg 3¹, kui juhatuse liikmed või faktilised ühingujuhid on teinud pärast maksejõuetuse ilmnemist OÜ või AS eest makseid ja nende maksete tegemine polnud kooskõlas korraliku ettevõtja hoolsusega.

Need faktilisele ühingujuhile laienevad kohustused võiksid aidata tagada ühingu ja võlausaldajate huvide kaitset ja tagada ühingute toimimise ja majanduskeskkonna toimimise. Vastutuse ulatus on arutlemiskoht, õigustatud näib kõikide võrdlusriikide praktikas toodud väide, et vastutus peaks juhul, kui ühingul on mitu tegevusvaldkonda piirduma selle tegevusvaldkonnaga, milles faktiline osa juhatuse liikme funktsioonid on üle võtnud. Samuti võib vastutuse ulatuse osas kaaluda vastutuse piiramist ülevõetud funktsioonide ulatusega ja kapitali säilitamise ja asutamise puhul kaaluda saksa § 9b lg 1 GmbH analoogina vastutuse piiramist võlausaldajatele nõuete rahuldamiseks vajalikku summaga.

Üldine küsimus on, miks peaksid faktilisele ühingujuhile formaalse juhatuse liikme kohustused ja vastutus laienema. Seda võib põhjendada nii Suurbritannia Ülemkohtu kui ka BGH õiguseetilise tõdemusega, et isikule, kes käitub faktiliselt nagu juhatuse liige, peaksid laienema ka selle positsiooniga seonduvad kohustused ja vastutus. Teiseks võib selle kasuks tuua argumentidena vajaduse, et juhatuse liikmete vastutuse regulatsioon vastaks majanduskäibe tegelikkusele, vastuolulise käitumise keelu, prantsuse funktsionaalse lähenemise ja vajaduse juhatuse liikme mõiste teleoloogiliseks laiendamiseks.

Vastuargumentidena võib tuua riive õigusselgusele, õiguskindlusele, millele lisanduvad karistusõigusest veel määratletuspõhimõtte ja analoogiakeeld. Riive õigusselgusele ja õiguskindlusele on kaalutluskohht, ent sellele võib omakorda vastuargumendina välja tuua – eriti, mis puudutab variisikuid –, et neile laienevad kohustused ja vastutus peavad neile faktiliselt juhatuse liikmete funktsioonide ülevõtmisega ettenähtavad olema. Lubamatu on praegune olukord, kus lisaks äriühingu vormi kuritarvitustele on faktilised ühingujuhikud ka märksa soodsamas olukorras kui formaalsed juhatuse liikmed. Samuti puudub alus nende käitumise hindamisele, kui juriidiliselt korrektsete skeemidega seadusest mööda hiilitakse. Laiendav käsitus võimaldaks ka süüteo koosseisu mitte täitvate rikkumiste puhul hinnata faktiliste ühingujuhtide tegevust korraliku ettevõtja hoolsuskriteeriumi alusel.

Veel enam, tsiviilõigus ei vaevle erinevalt karistusõigusest erisubjektsuse, analoogiakeelu ja määratletuse põhimõtte problemaatika käes. Tsiviilõigusliku ja karistusõigusliku faktilise ühingujuhi kontseptsioonide erisuse võimalust on võrdlusriikide õiguskirjanduses jaatatud ja seda eriti faktiliseks ühingujuhiks kvalifitseerimise kriteeriumi juures, mis seab organifunktsiooni väljaspoole teostamise nõude. Tsiviilõiguslike tagajärgede mõte ei ole isikut sanktsioneerida, vaid tagada kahju hüvitamine ja potentsiaalse vastutusele võtmise võimaluse kaudu ühingu ja võlausaldajate kaitse, mis siinkirjutaja hinnangul ületavad võimaliku kriitika, rääkimata sellest, et laiendav tõlgendus pakub ühtse aluse faktiliste ühingujuhtide tegevuse hindamiseks. Eestis on laiendav tõlgendamine vajalik eriti võttes arvesse valitsevat praktikat, kus tankisti kui passiivse juhatuse liikme amet figureerib juba avalikes töökuulutustes. Üldiste kaalutluste kõrval võib veelkord välja tuua põhjendusena, miks peaksid faktilisele ühingujuhile kõik juhatuse liikme kohustused ja vastutus laienema, Lutz Strohni tabava lause, et faktiline ühingujuht ei peaks saama juhatuse liikme funktsioonide ülevõtmisel paremaid palu nagu rosinaid välja noppida, vaid talle peaksid laienema pädevusega ka vastutus. Siia juurde võib lisada ka, et faktiline ühingujuht ei saa olla paremas positsioonis kui formaalne juhatuse liige, kelle tegevus on sisulisest küljest sama.

Üldised suundumused võrdlusriikide kohtupraktikas, võib välja tuua kahes osas: selles, mis puudutab faktiliseks ühingujuhiks kvalifitseerimist ja mis puudutab tema õigussuhteid.

Faktiliseks ühingujuhiks kvalifitseerimise osas võib välja tuua, et suundumus on kitsalt tõlgenduselt laiendava suunas: formaalne lähenemine, formaalsuse kuritarvituste vältimine, kehtetult ametisse nimetatud juhatuse liikmete vastutus, endiste juhatuse liikmete käsitlemise samastamine kehtetult ametisse nimetatud juhatuse liikmete omaga, lähtumine mõjust, liikumine majanduslik-faktilise lähenemise poole ja funktsionaalne käsitus, kõikide mõjutajate faktiliseks ühingujuhiks kvalifitseerimise võimalikkus, tankisti-variisiku kontseptsioonid ja kontsernisuhted, mõjutamine ema-ja tütarettevõtete suhetes. Seesuguselt teljelt on näha, et Eesti käsitus on üsna kitsa käsitlemise alguses sidudes kohustused ja vastutuse formaalse ametisse nimetamisega. Samas jaatatakse võimalust vastutusele võtta ka mõjutajaid, kuid selle puudus on, et see ei hõlma kõiki olukordi, seab suure tõendamiskoormise ega anna ühtset käsitlust ja selgeid juhiseid juhatuse liikme institutsiooni laiendava tõlgenduse kohta.

Õigussuhete, osas võib faktilise ühingujuhi käsitlemise osas võrdlusriikides välja tuua suundumuse formaalsetelt nõuetelt faktiliste poole: formaalne lähenemine, konkludentne ametisse nimetamine, lepinguvälise suhtena – näiteks käsundita asjaajamisena – käsitlemine, majanduslik-faktiline lähenemine ja funktsionaalne käsitus, mis seob faktilise ühingujuhi ühinguga erilise seadusjärgse võlasuhte alusel.

Käesolevas töös on välja toodud võimalik faktilise ühingujuhi tsiviilõigusliku vastutuse skeem nii faktiliseks ühingujuhiks kvalifitseerimise kui ka vastutuse aluste osas. Töös toetatakse laiendava käsitlemise kohaldamist. Nagu eelpool toodud, on näidatud ka üldised suundumused ja kitsa ja laia tõlgendamise telg. Need peaksid olema praktikat suunavaks juhiseks, samuti indikaatoriks, mille alusel on võimalik Eesti positsiooni hinnata ja võimalikke arenguperspektiive näha.

Summary

Resümee

The civil liability of *de facto* director

Current research focuses on the concept and liability of *de facto* director. The concept and liability are analysed in comparison with the regulation in Germany, Great Britain and France, to elaborate and specify the concept in Estonia. *De facto* director can be defined as a person who acts as a member of the board although never appointed as such.

The first chapter focuses on the concept of *de facto* director and outlines the criteria that has to be met, to qualify someone as a *de facto* director. There is little judicial practice concerning *de facto* directors in Estonia, so the first chapter bases largely on the judicial practice of Germany, Great Britain and France. To define the scope of *de facto* director, it must be firstly separated from similar concepts. Current research follows the classification that has been worked out in Germany that distinguishes *de facto* directors in large sense and in narrow sense. In narrow sense, *de facto* directors are persons who have never been appointed as members of the board, but nonetheless act as such. In broader sense former members of the board and persons whose appointment as a board member has been void. It is important to separate *de facto* directors from the directors that appear to third parties as such. The distinction has to be made to avoid the confusion between the two dogmatic concepts, as the first concept is aimed to protect the interests of the company and creditors, but the second protects the functioning of market.

Furthermore, five criteria can be pointed out that have to be evaluated to determine that someone has acted as a *de facto* director: the management of company, the company has approved the management of the company by *de facto* director, exercising the functions as a *de facto* director outside the internal relations of the company, the duration of the influence that *de facto* director has on the management of the company, the subjective acknowledgement of acting as a *de facto* director. The first criterion can be considered as the most important one as the evaluation of the other factors is also largely included there. Moreover, an emphasis must be put on the position of *de facto* director in the internal relations concerning the company and the amount of functions – that usually belong to the competence of the formally appointed board member – *de facto* director has taken over. It is important to bring out that *de facto* director must take over the functions that usually can solely be exercised by a formally appointed director.

The other criteria can rather be as guideline in the circumstances, when it can be doubted, whether the line between counselling and *de facto* management has been crossed. The criteria should not be absolute and when some criteria are not fulfilled, it can be compensated with the greater amount that other criteria is met. Moreover the conclusion, whether someone has acted as a *de facto* director, should be reached separately in every particular case taking into consideration the overall deliberations after evaluating if the criteria has been met.

The second chapter focuses on the legal relations that *de facto* director has with the company. The legal relation can be defined as a special relation based on law or *quasi*-contract, opposed to the authorization agreement like relation formal board members have. The approach in Estonia, based on the law in force and on the correct judicial practice, can be characterized as a narrow one. The alternative could be a broader method that focuses on the functional approach and on the economical-factual evaluation of the relationship between *de facto* director and the company. Moreover, the wider approach supports the broadening of scope of the obligations and liability applied to *de facto* director.

Current research supports the development of the concept of *de facto* director towards a broader interpretation that has the ability to give a solution to the problems concerning phoenix companies and the practice of using puppet-boards that are instructed by shadow directors or puppet-masters. The broader approach would help regain the support companies and creditors need for the adequate functioning of economy. Furthermore, the application of the broader approach in Estonia can be supported by the developments in comparison with Germany, Great Britain and France, where the tendency has been in both areas, concerning both – the qualification of *de facto* directors and the interpretation of the legal relations – aspects towards a wider and factual method of interpretation.

.....
Allkiri

.....
Kuupäev

Kasutatud allikad

Kasutatud kirjandus

1. Altmeppen, H., Roth, G. H. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung GmbHG Kommentar. 7. Auflage. München: C.H. Beck 2012.
2. Baumbach, A., Hueck, A. (Hrsg). Beck'sche kurz Kommentare Band 20 GmbHG Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 20. Auflage. München: C.H Beck 2013.
3. Billet, F., Descamps, A., Herman, B. Etude comparative de la responsabilité des dirigeants d'entreprises en faillite. Université Sorbonne-Panthéon, DEA de Droit Economique Francophone, 2004-2005.
4. Brand, C., Brand, M. Die insolvenzrechtliche Führungslosigkeit und das Institut des faktischen Organs. – NZI 2010, lk 712–717.
5. Braun, E. (Hrsg). Insolvenzordnung (InsO) Kommentar. 5. Auflage. München: C. H. Beck 2012.
6. Briggs, N., Sims, H. Identifying *de facto* directors after paycheck. Guildhall Chambers, 2011. Arvutivõrgus: http://www.guildhallchambers.co.uk/uploads/docs/section9/Identifying-de-facto-directorsafterPaycheck_NickBriggs_HughSims_June2011.pdf 01.04.2013.
7. Burgard, U. Garantie- und Verschuldenshaftung von Mitgesellschaftern einer GmbH. – NZG 2002/13, lk 606-608.
8. Büning, M. Die strafrechtliche Verantwortung faktischer Geschäftsführer einer GmbH. Münster: LIT 2004.
9. Dedessus-le-Moustier, N. La responsabilité du dirigeant de fait. – Rev sociétés 1997, lk 498 (viidatud: M. Lutter (ed). Legal Capital in Europe. European Company and financial law review, special edition. Berliin: de Gruyter 2006)
10. Dierlamm, A. Der faktische Geschäftsführer im Strafrecht – ein Phantom. – NSTZ 1996/IV, lk 153–157.
11. Fleischer, H. Zum GmbH-rechtlichen Verantwortlichkeit des faktischen Geschäftsführers. – GmbHR 2011/VII, 337–346.
12. Fleischer, H. Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organe. – AG 2004, lk 517–527.
13. Fleischer, H., Goette, W. (HrsG). Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG. 1. Auflage, 1. Band. München: C. H. Beck, 2010
14. Fleischer, H., Goette, W. (Hrsg). Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG. 1. Auflage, 2. Band. München: C. H. Beck 2012.
15. Fleischer, H., Goette, W. (Hrsg). Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG. 1. Auflage, 3. Band. München: C. H. Beck 2011.
16. Geens, K., Hopt, K. J. The European Company Law Action Plan Revisited: Reassessment of the 2003 Priorities of the European Commission. Leuven: Leuven University Press 2011.

17. Goode, R., Goode, R. M. Principles of corporate insolvency law. London: Sweet & Maxwell 2011.
18. Griffin, S. Company Law: Fundamental Principles. Essex: Pearson Education 2006.
19. Grigoleit, H. C. Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme. München: Beck 2006. (viidatud: Fleischer, H., Goette, W. (Hrsg). Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG. 1. Auflage, 2. Band. München: C. H. Beck 2012, § 43, komm 231)
20. Haas, U. Die Rechtsfigur des faktischen GmbH-Geschäftsführers. – NZI 2006/IX, 494–499.
21. Haas, U. Insolvenzantragsrecht und -pflicht in der GmbH insbesondere des “faktischen Geschäftsführers” nach neuem Recht. – DStR 1998, I 1359–1363.
22. Hannigan, B. Company Law. Oxford: Oxford University Press 2012.
23. Hirte, H. Berufshaftung. 1. Aufl. München: C.H. Beck 1996.
24. Holzborn, T., Vietinghoff, P. v. Haftung und Insolvenz im GmbH-Recht. 1. Auflage. München: C.H. Beck 2013.
25. Hüffer, U. Beck'scher kurz Kommentare Band 53 Aktiengesetz. 10. Auflage, 1. Buch. München: C.H. Beck 2012.
26. Joecks, W., Schmitz, R. (Red). Münchener Kommentar zum StGB. 1. Auflage, 6. Band. München: C.H. Beck 2010.
27. Jung, P. Der Unternehmergesellschafter als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft. Tübingen: Mohr Siebeck 2002.
28. Jõesaar, T. Plaan: maksuvõlglast ärikeelu alla. – Eesti Päevaleht, 30.10.2012. Arvutivõrgus: <http://www.epl.ee/news/eesti/taismahus-plaan-maksuvõlglast-arikeelu-alla.d?id=65186044> 13.02.2013.
29. Kairjak, M. Faktilise ühingujuhi karistusõiguslik vastutus. – Juridica 2011/VII, lk 540–547.
30. Kalas, T. Juhatusel liikmete hoolekohustus ja ärilise otsuse reegel üldise õiguse maades. – Juridica 2000/V, lk 271–280.
31. Kirchhof, H. P., Lwowski, H.-J., Stürner, R. (hrsg). Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung. 2. Auflage, 1. Band. München: C. H. Beck 2007.
32. Kirchhof, H. P., Lwowski, H.-J., Stürner, R. (Hrsg). Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung Band 1. 2. Auflage. München: C. H. Beck 2007.
33. Kraakman, R. *et al.* The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach. Oxford: Oxford University Press 2009.
34. Leenen, D. Typus und Rechtsfindung: die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB. Berlin: Duncker & Humblot 1971.
35. Loos, A., Aveliz Pereira, M. de. Directors' Liability: A Worldwide Review. Alpen an den Rijn: Kluwer Law International and International Bar Association 2006.
36. Lopman, V. Majandusliku lähenemise põhimõte Eesti maksuõiguses. – Juridica 2005/VII, lk 488–500.
37. Lorents, K. Juhatusel liikme vastutus äriühingu maksuvõla eest, teooria ja praktika. – Finantskolledži aastakonverents, 2012. Arvutivõrgus: [www.sisekaitse.ee/public/ KLorents_MTA_s.ppt](http://www.sisekaitse.ee/public/KLorents_MTA_s.ppt) 13.02.2013.

38. Lorents, K. Vastutusotsus: juhatuse liikme vastutus äriühingu maksuvõla eest. Magistritöö, juhendajad V. Lopman, E. Uustalu. Tartu : Tartu Ülikooli õigusteaduskond 2012.
39. Lorents, K., Lopman, V. Vastutusotsus Äriühingu juhatuse liikme maksuõiguslik vastutus äriühingu maksuvõla eest. – *Juridica*, 2013/II, lk 118–127.
40. Lutter, M. (ed). *Legal Capital in Europe. European Company and financial law review, special edition*. Berliin: de Gruyter 2006.
41. Madisson, K. *Duties and liabilities of company directors under German and Estonian law: a comparative analysis*. Research nr 7. Riga: Riga Graduate School of Law 2012.
42. Maura, A. *La responsabilità civile e penale degli amministratori e dei sindaci. Nuovi problemi e questioni controverse alla luce della giurisprudenza civile e penale della riforma del diritto societario*. Avellino: Halley Editrice Srl 2007.
43. *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*. 3. Auflage, 2. Band. München: C.H Beck 2008.
44. Notté, G. *Les dirigéants de fait des personnes morales de droit privé*. Pariis, 1978 (viidatud: Lutter, M. (ed). *Legal Capital in Europe. European Company and financial law review, special edition*. Berliin: de Gruyter 2006).
45. Nze Ndong Dit Mbele, J. R. *Le dirigeant de fait en droit privé français*. Nancy: Université Nancy 2 2008, doktoritöö. Arvutivõrgus: http://cyberdoc.univ-nancy2.fr/htdocs/docs_ouvert/doc318/2008NAN20004.pdf 13.03.2013.
46. Ots, M. Äriühingu juhtorgani liikme vastutus äriühingu võlausaldaja ees. Magistritöö, juhendaja Paul Varul. Tartu: TÜ õigusteaduskond 2006.
47. Papp, S., Shipova, J. *Juhatusel liikme volituste lõppemine*. – *Juridica*, 2007/III, lk 173–179.
48. Patzina, R. *et al.* *Haftung von Unternehmensorganen, Vorstände, Aufsichtsräte, Geschäftsführer*. 1. Auflage. München: C.H Beck 2010.
49. Pelz, C. *Die persönliche Haftung des Geschäftsführers einer GmbH*. – *RNotZ* 2003/9, lk 415–433.
50. Pikamäe, P. Kes on juriidilise isiku pädev esindaja karistusseadustiku § 14 mõttes?. – *Juridica*, 2010/I, lk 3–10.
51. Rives-Langes, J.-L. *La notion de dirigeant de fait du sens de l'article 99 de la loi du 13. juillet 1967*. 1975 (viidatud: Lutter, M. (ed). *Legal Capital in Europe. European Company and financial law review, special edition*. Berliin: de Gruyter 2006).
52. Röck, S. *Die Rechtsfolgen der Existenzvernichtungshaftung: Indisponibilität-Gläubigerbezug- Schadensberechnung*. Tübingen: Mohr Siebeck 2011.
53. Saare, K. Eraõigusliku juriidilise isiku organi liikmete õigussuhted. – *Juridica* 2010/VII, lk 481–490.
54. Sealy, L., Milman, D. *Annotated Guide to the Insolvency Legislation 2011*. 14. Edition. London: Sweet & Maxwell 2011.
55. Spindler, G., Stilz, E. (Hrsg). *Kommentar zum Aktiengesetz Band 1*. 2. Auflage. München: C. H Beck 2010.
56. Stein, U. *Das faktische Organ*. Köln : C. Heymann 1984.
57. Strohn, L. *Faktische Organe – Rechte, Pflichten, Haftung*. – *DB* 2011/III, lk 158–167.

58. Säcker, F. J., Rixecker, R. (Hrsg). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 6. Auflage, 1. Band. München: C.H Beck 2012.
59. Säcker, F. J., Rixecker, R. Münchener Kommentar zum BGB. 6. Auflage, 1. Band. München: C.H Beck 2012.
60. Ziemons, H., Jaeger, C. (Hrsg). Beck'scher Online-Kommentar GmbHG. 13. Auflage. München: C.H. Beck 2013.
61. Tamm, K. Äriühingu juhtorgani liikme deliktiline vastutus äriühinguga seotud kuritarvituste korral. – Juridica, 2006/VI, lk 396–404.
62. Tiivel, T. Äriühingu juhtorgani liikme kohustused ja vastutus. Magistritöö, juhendaja Paul Varul. Tartu: Tartu Ülikool, 2004.
63. Tricot, D. Les critères de la gestion de fait. Droit et patrimoine, jaanuar 1996, lk 24 (viidatud: Cour de Cassation Rapport annuel 2006. IV ptk, lk 352 kaudu. Arvutivõrgus: http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2006_22_84/01.04.2013).
64. Tubin, A. Menetlusjärgne ärikeeld: kas pankrotiõiguslik piirang või karistusõiguslik lisakaristus?. – Juridica 2012/VI, lk 447–449.
65. Varul, P. *et al* (koost). Tsiviilseadustiku üldosa seadus : kommenteeritud väljaanne. Tallinn : Juura 2010.
66. Varul, P. *et al.* (koost). Võlaõigusseadus. I, Üldosa ([paragrahvid] 1-207): kommenteeritud väljaanne. Tallinn : Juura 2006.
67. Varul, P. *et al.* (koost). Võlaõigusseadus. III : kommenteeritud väljaanne, 8. ja 10. osa (§-d 619–916 ja 1005–1067). Tallinn: Juura 2009.
68. Varul, P. Tahteavaldus ja selle tegemine. – Juridica 2010/VII, lk 497–507.
69. Weimar, R. Grundprobleme und offene Fragen um den faktischen GmbH-Geschäftsführer. GmbHR 1997, lk 473–478 (viidatud: Baumbach, A., Hueck, A. (Hrsg). Beck'sche kurz Kommentare Band 20 GmbHG Gesetz betreffend die gesellschaften mit beschränkter Haftung. 20. Auflage. München: C.H Beck 2013).
70. Veskioja, R. Kohtulahend kõigutab Pentus-Rosimannuse argumenti Autorollo juhtimise kohta. – Eesti Päevaleht, 18.01.2013. Arvutivõrgus: <http://www.epl.ee/news/eesti/kohtulahend-koigutab-pentus-rosimannuse-argumenti-autorollo-juhtimise-kohta.d?id=65547648> 01.02.2013.
71. Wimmer-Leonhardt, S. Konzernhaftungsrecht: Die Haftung der Konzernmuttergesellschaft für ihre Tochtergesellschaften im deutschen und englischen Recht. Tübingen: Mohr Siebeck 2004.
72. Wood, P. R. Principles Of International Insolvency. London: Sweet & Maxwell 2007.
73. Vutt, M. Aktsionäri kahju hüvitamise nõue aktsiaseltsi ja selle juhtorgani liikmete vastu. – Juridica 2012/II, lk 90–100.
74. Vutt, M. Ärikeeld pankrotimenetluses. Kohtupraktika analüüs. Tartu: 2009. Arvutivõrgus kättesaadav pdf-na: <http://www.riigikohus.ee/?id=1252> 13.02.2013.
75. Wymeersch, E. Groups of Companies in the EEC: A Survey Report to the European Commission on the Law relating to Corporate Groups in various Member States. Berlin: Walter de Gruyter 1993.

Kasutatud normatiivmaterjal

76. Prantsusmaa kaubanduskoodeks *Code de Commerce* (CDC). Arvutivõrgus: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379> 13.03.2013
77. Prantsusmaa seadus, millega muudeti ühingute saneerimis- ja likvideerimismeneltust. *Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, art 180.* Arvutivõrgus: <http://legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?cidTexte=JORFTEXT000000693911&idArticle=LEGIARTI000006401462> 13.03.2013.
78. Prantsusmaa tsiviilkoodeks *Code Civil* (CC). Arvutivõrgus: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> 13.03.2013.
79. Saksamaa aktsiaseltsiseadus *Aktiengesetz* BGBl. I S. 1089 – BGBl. I S. 2751. Arvutivõrgus: <http://www.gesetze-im-internet.de/aktg/index.html> 01.04.2013.
80. Saksamaa kaubandusseadustik *Handelsgesetzbuch* (HGB) BGBl III, 4100-1 – BGBl. I S. 831. Arvutivõrgus: <http://www.gesetze-im-internet.de/hgb/index.html> 01.04.2013
81. Saksamaa pankrotiseadus *Insolvenzordnung* (InsO), Arvutivõrgus: <http://www.gesetze-im-internet.de/insol/index.html> 13.03.2013.
82. Saksamaa piiratud vastutusega äriühingute seadus *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (GmbHG) BGBl, III, 4123-1 –BGBl I, lk 3044. Arvutivõrgus: <http://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/index.html> 13.03.2013.
83. Saksamaa tsiviilseadustik *Bürgerliches Gesetzbuch* BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738 – BGBl. I S. 831. Arvutivõrgus: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html> 01.04.2013.
84. Suurbritannia 1985. a äriseadustik. *Companies Act 1985* (CA 1985). Arvutivõrgus: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/6/enacted> 01.04.2013.
85. Suurbritannia 1986. a pankrotiseadus. *Insolvency Act 1986* (IA 1986) Arvutivõrgus: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/> 01.04.2013.
86. Suurbritannia 2006. a äriseadustik. *Companies Act 2006* (CA 2006). Arvutivõrgus: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46> 01.05.2013.
87. Äriseadustiku muutmise seadus RT I 2010, 77, 589.
88. Itaalia tsiviilkoodeks – *Codice Civile* 16 marzo 1942, n. 262 – Legge 11 dicembre 2012, n. 220. Arvutivõrgus: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=34794> 01.04.2013.

Kasutatud kohtupraktika

Eesti kohtupraktika

89. RKKKo 3-1-1-12-03.
90. RKKKo 3-1-1-34-07.
91. RKKKo 3-1-1-61-09.
92. RKKKo 3-1-1-85-01.
93. RKTkm 3-2-1-77-11, p 13;
94. RKTkm 3-2-1-77-11.
95. RKTkm 3-2-1-90-07.

96. RKTko 3-2-1-115-12.
97. RKTko 3-2-1-116-11.
98. RKTko 3-2-1-124-09.
99. RKTko 3-2-1-152-08.
100. RKTko 3-2-1-3-13.
101. RKTko 3-2-1-33-10.
102. RKTko 3-2-1-38-05.
103. RKTko 3-2-1-39-05.
104. RKTko 3-2-1-41-03.
105. RKTko 3-2-1-41-05.
106. RKTko 3-2-1-46-12.
107. RKTko 3-2-1-56-12.
108. RKTko 3-2-1-65-08.
109. RKTko 3-2-1-68-06.
110. RKTko 3-2-1-7-10.
111. RKTko 3-2-1-74-08.
112. RKTko 3-2-1-89-06.
113. RKTko 3-2-1-92-08.
114. RKTko 3-2-1-97-11.
115. RKTko 3-2-1-99-08.
116. TMKm 2-09-63460, 03.06.2010.
117. VMKm 2-08-15369, 30.06.2008.

Prantsusmaa kohtupraktika

118. Cass Com. 70-10308, 23.03.1971. Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre commerciale N. 91 P. 84.
119. Cass crim. 89-86929, 03.06.1991. Arvutivõrgus: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007546244&fastReqId=1852187759&fastPos=1> 01.05.2013.
120. Cass com. 91-20007, 25.01.1994. Arvutivõrgus: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007211902&fastReqId=689469484&fastPos=1> 01.05.2013.
121. Cass com. 93-15553, 10.10.1995. Arvutivõrgus: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007274332&fastReqId=417078740&fastPos=1> 01.05.2013.
122. Cass com. 94-17215, 16.04.1996. Arvutivõrgus: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007615743&fastReqId=911225177&fastPos=1> 01.05.2013.
123. Cass crim. 98-85228, 08.06.1999. Arvutivõrgus: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007574709&fastReqId=1001020233&fastPos=1> 01.05.2013.

124. Cass crim. 99-88011, 12.09.2000. Bulletin criminel 2000 N° 268 p. 791.
125. Cass com. 98-15489, 06.02.2001. Arvutivõrgus: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007424311&fastReqId=745510712&fastPos=1> 01.05.2013.
126. Cass. Crim. 04-80830, 23.11.2004. Arvutivõrgus: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007613436&fastReqId=2067461161&fastPos=1> (01.05.2013).
127. Cass com. 03-19577, 15.03.2005. Arvutivõrgus: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007489700&fastReqId=239600882&fastPos=1> (01.05.2013).
128. Cass com. 02-19860, 12.07.2005. Bulletin 2005 IV N° 169 p. 183.
129. Cass com. 02-15895, 02.11.2005. Arvutivõrgus: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007502640&fastReqId=1411970114&fastPos=2> 01.05.2013.
130. Cass Crim. 05-80979, 03.11.2005. Arvutivõrgus: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007607073&fastReqId=1747023932&fastPos=1> 01.05.2013.
131. Cass. Soc. 03-41487, 21.02.2006. Arvutivõrgus: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007491896&fastReqId=204965672&fastPos=1> 01.05.2013.
132. Cass com. 04-15831, 27.06.2006. Bulletin 2006 IV N° 151 p. 161.
133. Cass com. 05-20126, 13.02.2007. Bulletin 2007, IV, N° 41.
134. Cass com. 07-13431, 24.06.2008. Arvutivõrgus: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019085498&fastReqId=715311190&fastPos=1> 01.05.2013.

Saksamaa kohtupraktika

135. BGH. 1 StR 153/52, 24.06.1952. BGHSt 3, 32.
136. BGH. 5 StR 190/58, 10.06.1958. GmbHR 1958, 179, 180.
137. BGH. VIII ZR 154/57, 02.12.1958. NJW 1959, 332
138. BGH. 1 StR 414/65, 28.06.1966. BGHSt 21, 101.
139. BGH. 3 StR 287/82, 22.09.1982. NJW 1983, 240.
140. BGH. 1 StR 736/83, 17.04.1984. StV 1984, 461.
141. BGH. VII ZR 137/87, 10.11.1988. BGHZ 1989, 121, 124.
142. BayObLG. RReg. 4 St 9/91, 29.01.1991. BayObLGSt. 1991, 6.
143. BGH. II ZR 225/91, 13.04.1992. NJW 1992, 2023.
144. BGH. II ZR 16/93, 13.04.1994. BGHZ 125, 366.
145. BGH. II ZR 65/93, 21.04.1994. NJW 1994, 2027.
146. BGH. XI ZR 19/94, 06.12.1994. NJW 1995, 727.
147. BFH. VII R 38/94, 16.03.1995. BStBl II 1995, 859.
148. BGH. 3 StR 50/96, 10.07.1996. NJW 1997, 66.

149. BayObLG. 5 St RR 159/96, 20.02.1997. NJW 1997, 1936.
150. BGH. 3 StR 101/00, 10.05.2000. BGHSt 46, 62
151. BGH. II ZR 88/99, 08.01.2001. BGHZ 146, 264 (NJW 2001, 1280).
152. BGH. II ZR 38/99, 25.06.2001. BGHZ 148, 167.
153. BGH. II ZR 178/9, 17.09.2001. BGHZ 149, 10.
154. BGH. II ZR 194/87, 21.03.1988. BGHZ 104, 44, 48 (NJW 1988, 1789).
155. BGH. II ZR 196/00, 25.02.2002. BGHZ 150, 61.
156. BGH. II ZR 113/03, 27.06.2005. NZG 2005, 755.
157. BGH. II ZR 235/03, 11.07.2005. DStR 2005, 1704.
158. BGH. II ZR 65/04, 16.01.2006. BGHZ 165, 391.
159. BGH. II ZR 3/04, 16.07.2007. NJW 2007, 2689.
160. BGH. II ZR 291/06, 11.02.2008. NJW-RR 2008, 1066.
161. BGH. 5 StR 354/07, 02.04.2008. BGHSt 52, 182.
162. FG Hamburg. 4 K 191/06, 24.06.2008. BeckRS 2008, 26025857.
163. OLG Brandenburg, 7 U 114/00, 15.11.2000. NZG 2001, 807.
164. OLG Hamburg, 11 U 148/08, 09.09.2009. BauR 2010, 639.

Suurbritannia kohtupraktika

165. *Burke v Morrisson*, Chancery Division (Manchester District Registry), 31.03.2011. [2012] B.C.C. 315.
166. *Foss v Harbottle*, Court of Chancery, 25.03.1843. (1843) 2 Hare 461.
167. *Gemma Ltd v Davies*, Chancery Division (Companies Court), 17.03.2008. [2008] B.C.C 812.
168. *Gerald Cooper Chemicals Ltd*, Chancery Division, 22.11.1977. [1978] Ch. 262.
169. *Holland v Revenue & Customs*, Supreme Court, 24.11.2010. [2011] B.C.C. 1; [2010] UKSC 51.
170. *Hydrodam (Corby) Ltd*, Chancery Division, 17.12.1993. (1994) B.C.C 161.
171. *IRC v McEntaggart*, Chancery Division, 21.05.2004. [2007] B.C.C 260.
172. *Jourdain v Paul*, Chancery Division (Companies Court), 18.11.1994. [1995] B.C.C 280.
173. *Kaytech International plc*, Court of Appeal (Civil Division), 30.11.1998. [1999] B.C.C 390.
174. *Liquidator of Rosshill Properties Ltd v Sinai Securities Ltd*, Chancery Division, 21.07.2004. [2004] B.C.C 986.
175. *Lo-Line Electric Motors Ltd*, Chancery Division (Companies Court), 30.03.1988. [1988] Ch. 477.
176. *Mahony v East Holyford Mining Co Ltd* House of Lords (UK - Ireland), 12.07.1875. (1874-75) L.R. 7 H.L. 869.
177. *MC Bacon Ltd*, Chancery Division (Companies Court), 30.11.1989. [1990] B.C.C 78.

178. Mckillen v Misland (Cyprus) Investments Ltd, Chancery Division (Companies Court), 05.03.2012. [2012] EWHC 521 (Ch).
179. Moorgate Metals Ltd, Chancery Division, 23.03.1994. [1995] B.C.C 143.
180. Morris v Kanssen, House of Lords, 22.03.1946. [1946] A.C 459.
181. Mumtaz Properties Ltd, Court of Appeal (Civil Division), 24.05.2011. [2011] EWCA Civ 610.
182. Murray v Bush, House of Lords, 05.05.1873. (1873) L.R. 6 H.L. 37.
183. Official Receiver v Nixon, Court of Appeal (Civil Division), 11.02.1992. [1992] B.C.C 358.
184. Promwalk Services Ltd, Chancery Division, 10.12.2002. [2002] EWHC 2688 (Ch).
185. Richborough Furniture Ltd, Chancery Division (Companies Court), 21.08.1995. [1996] B.C.C. 155.
186. Secretary of State for Trade and Industry v Deverell, Court of Appeal (Civil Division), 21.12.1999. [2000] B.C.C 1057.
187. Secretary of State for Trade and Industry v Aviss, Chancery Division, 20.07.2006 [2007] B.C.C 288.
188. Secretary of State for Trade and Industry v Becker, Chancery Division, 18.10.2002 [2003] 1 B.C.L.C 555.
189. Secretary of State for Trade and Industry v Hall, Chancery Division (Companies Court), 28.07.2006. [2009] B.C.C 190.
190. Secretary of State for Trade and Industry v Hollier, Chancery Division, 17.07.2006. [2007] B.C.C 11.
191. Secretary of State for Trade and Industry v Tjolle, Chancery Division, 02.05.1997. [1998] B.C.C 282.
192. Sevenoaks Stationers (Retail) Ltd, Court of Appeal (Civil Division), 31.07.1990. [1990] B.C.C. 765.
193. Ultraframe (UK) Ltd v Fielding, Chancery Division, 27.07.2005. [2006] F.S.R 17.
194. Windows West Ltd, Chancery Division (Companies Court), 26.07.2001. [2002] B.C.C 760.

Šveitsi kohtupraktika

195. BGE 107 II 349, 14.07.1981.
196. BGE 112 II 172, 08.04.1986.
197. BGE 114 V 213, 24.10.1988.
198. BGE 117 II 432, 27.08.1991.
199. BGE 117 II 570, 12.12.1991.
200. BGE 122 III 225, 03.04.1996.
201. BGE 124 III 418, 20.10.1998.
202. BGE 128 III, 29, 29.10.2001.
203. BGE 128 III 92, 29.10.2001.

Kasutatud muud allikad

204. Suurbritannia äriseadustiku 2006 seletuskiri: *Companies Act 2006, explanatory notes*. Arvutivõrgus: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents> 13.03.2012
205. Report of high level group of company law experts on a modern regulatory framework for company law in Europe. Brüssel, 04.11.2002, lk 12, 15, 16, 86, recommendation nr III, 13. Arvutivõrgus pdf: http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/ 12.03.2013
206. Seletuskiri notarite infosüsteemi ja õigusregistritega seotud seaduste muutmise seaduse eelnõule 105 SE III. Arvutivõrgus: <http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou&op=ems2&emshelp=true&eid=136465&u=20130505005727> 05.05.2013.
207. Seletuskiri äriseadustiku muutmise seaduse eelnõule 552 SE II. Arvutivõrgus: http://www.riigikogu.ee/?op=emspain2&content_type=text/html&page=mgetdoc&itemid=043510004 05.05.2013.
208. Seletuskiri äriseadustiku muutmise seaduse eelnõule 773 SE III. Arvutivõrgus: <http://www.riigikogu.ee/?page=eelnou&op=ems2&emshelp=true&eid=992707&u=20130505010244> 05.05.2013.
209. Siseturu ja teenuste ülddirektoraadi 20.12.2005–31.03.2006 läbi viidud küsitluse kokkuvõttev raport. Arvutivõrgus: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/consultation/final_report_en.pdf 15.03.2013

Lihtlitsents lõputöö reprodutseerimiseks ja lõputöö üldsusele kättesaadavaks tegemiseks

Mina, Susann Mikli (sünnikuupäev: 09.09.1988)

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

Tartus, 06.05.2013