

## บทที่ 4

### ข้อพิจารณาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายต่อการล้มละลายของกลุ่มบริษัทในประเทศไทย

ในบทนี้จะได้กล่าวถึงข้อพิจารณาทางกฎหมายต่อการล้มละลายของกลุ่มบริษัทของประเทศไทยในปัจจุบัน ปัญหาที่เกิดขึ้นและอาจเกิดขึ้นจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย รวมทั้งจักได้พิจารณาถึงแนวทางและมาตรการในการแก้ไขปัญหาที่ประเทศไทยควรนำมาศึกษาหรือปรับใช้

#### 4.1 กลุ่มบริษัทกับกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการของไทยในปัจจุบัน: กฎหมาย แนวปฏิบัติ และปัญหา

แม้ว่าการประกอบกิจการโดยใช้กลุ่มบริษัทเป็นองค์กรธุรกิจในประเทศไทยจะมีมาเป็นเวลาพอสมควรแล้ว และกำลังเป็นที่แพร่หลายในกลุ่มธุรกิจขนาดกลางและขนาดใหญ่เป็นอย่างมากโดยอาจพิจารณาตัวอย่างได้จากกลุ่มธุรกิจรอบครีกว่า 150 กลุ่มที่มีอยู่ในประเทศไทย ซึ่งกลุ่มธุรกิจทั้งหมดนี้ต่างก็อาศัยการประกอบกิจการในลักษณะเป็น โครงสร้างกลุ่มบริษัททั้งสิ้น\* และประเทศไทยก็ได้มีใช้บังคับกฎหมายล้มละลายมาเป็นเวลานานตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2484 แล้วก็ตาม อีกทั้งโครงสร้างกลุ่มบริษัทได้รับการยอมรับในกฎหมายบางสาขาแล้ว เช่น กฎหมายว่าด้วยการบัญชีที่มีข้อกำหนดให้กลุ่มบริษัทต้องจัดทำงบการเงินรวมของกลุ่มซึ่งต้องตัดรายการระหว่างกันออกจนหมดสิ้น เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี สำหรับกรณีการล้มละลายและฟื้นฟูกิจการของกลุ่มบริษัทซึ่งถือได้ว่าเป็นประเด็นทางกฎหมายล้มละลายที่มีความยุ่งยากซับซ้อนมากที่สุดประเด็นหนึ่ง<sup>153</sup> นั้น กฎหมายล้มละลายของไทยหาได้มีบทบัญญัติกำหนดมาตรการอย่างหนึ่งอย่างใด หรือกระบวนการพิจารณาไว้เป็นการเฉพาะกรณีแต่อย่างใดไม่ ทำให้หากเกิดกรณีที่บริษัทอันเป็นหนึ่งในสมาชิกของกลุ่มบริษัทประสบกับภาวะล้มละลายหรือขาดสภาพคล่อง กระบวนการแก้ไขภาวะล้มละลายหรือขาดสภาพคล่องตามกฎหมายล้มละลายจัก

\* โปรดดู Daniel Nielsen and Andrew Henderson, *Thai business groups 2003: A unique guide to who owns what*, 5<sup>th</sup> ed. (Bangkok: The Brooker Group, 2003)

<sup>153</sup> Interview with Neil Cooper, Partner, Corporate Advisory & Restructuring group, Kroll (London Office), 10 August 2008.

ต้องเป็นไปตามกรณีปกติเฉกเช่นเดียวกับบริษัทอื่นทั่วไปซึ่งมิได้มีลักษณะการดำเนินกิจการหรือโครงสร้างองค์กรธุรกิจเป็นกลุ่มบริษัท เป็นต้นว่า การเริ่มต้นหรือฟ้องคดีจำต้องฟ้องคดีแต่ละบริษัทแยกกัน การบริหารจัดการหรือการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีจำต้องกระทำแยกจากกัน รวมทั้งการฟื้นฟูกิจการก็จำต้องดำเนินแยกกัน โดยอาศัยแผนฟื้นฟูกิจการคนละแผนอีกด้วย

ลักษณะของบทบัญญัติทางกฎหมายดังกล่าวข้างต้นนี้นำมาซึ่งปัญหาอันเกิดขึ้นและอาจเกิดขึ้นจากข้อจำกัดทางกฎหมายไทยหลายประการดังนี้ กล่าวคือ

#### 4.1.1 การเริ่มต้นหรือฟ้องคดี

เนื่องจากปัจจุบันพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มิได้เปิดช่องอย่างชัดเจนให้สามารถเริ่มต้นหรือฟ้องคดีล้มละลายหรือคดีฟื้นฟูกิจการลูกหนี้หลายคน โดยคำฟ้องหรือคำร้องขอเดียวกันได้ จึงทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการเริ่มต้นหรือฟ้องคดี คือ ปัญหาจากการไม่สามารถเริ่มต้นคดีด้วยคำร้องขอหรือคำฟ้องร่วมกัน (Joint application) ทั้งที่เป็นการยื่นคำร้องขอเริ่มต้นคดีเพียงฉบับเดียว ซึ่งครอบคลุมสมาชิกรายต่างๆ ของกลุ่มบริษัทเข้าไว้ด้วยกัน และการยื่นคำร้องของคู่ขนาน (Parallel applications) ของสมาชิกแต่ละรายพร้อมกัน ดังนั้น หากปรากฏกรณีที่บริษัทในกลุ่มหลายบริษัท หรือทั้งกลุ่มบริษัทประสบกับภาวะหนี้สินล้มละลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีเป็นกลุ่มบริษัทที่มีการรวมตัวทางเศรษฐกิจอย่างเหนียวแน่นทั้งโดยลักษณะทางธุรกิจและการรวมกันของทรัพย์สิน (Intermingling of assets) ในลักษณะที่ปัญหาภาวะหนี้สินล้มละลายของบริษัทใดบริษัทหนึ่งในกลุ่มมีผลกระทบของบริษัทอื่นๆ หรือทั้งกลุ่มบริษัทไป ผู้มีอำนาจฟ้องคดีย่อมจะไม่สามารถฟ้องหรือเริ่มต้นคดีล้มละลายหรือคดีฟื้นฟูกิจการกับบริษัทในกลุ่มเหล่านั้นหรือต่อกลุ่มบริษัทได้ในคราวเดียวอันจะทำให้ผู้มีอำนาจฟ้องคดีจะต้องดำเนินคดีกับแต่ละบริษัทแยกกัน ซึ่งการฟ้องหรือเริ่มต้นคดีในลักษณะที่แยกเป็นส่วนๆ (Piecemeal commencement of proceedings) ดังกล่าวย่อมไม่ก่อให้เกิดความสะดวกและประหยัดอันเป็นวัตถุประสงค์หรือประโยชน์ประการหนึ่งของกฎหมายล้มละลาย และไม่สอดคล้องกับลักษณะของกลุ่มบริษัท อีกทั้งยังเป็นการไม่เอื้ออำนวยให้มีการบริหารจัดการคดีร่วมกัน (Joint administration) อีกประการหนึ่งด้วย

ตัวอย่างหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงข้อจำกัดดังกล่าวคือ กรณีการฟื้นฟูกิจการอันโด่งดังของบริษัทอุตสาหกรรมปิโตรเคมีกัลไทย จำกัด (มหาชน) และบริษัททยอยอันเป็นผลจากการเกิดวิกฤตเศรษฐกิจใน

ประเทศไทยและมีการประกาศเปลี่ยนแปลงระบบอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศของรัฐบาลซึ่งทำให้บริษัทในกลุ่มที่พีไอได้รับผลกระทบอย่างหนักโดยเฉพาะหนี้เงินกู้ในรูปสกุลเงินต่างประเทศที่มีอยู่จำนวนมากส่งผลให้มีมูลค่าหนี้สูงขึ้นตามไปด้วย จนก่อเกิดปัญหาสภาพคล่องทางการเงิน โดยในกรณีดังกล่าวนี้จำเป็นต้องมีการแยกการฟ้องคดีฟื้นฟูกิจการและแผนฟื้นฟูกิจการของบริษัทแม่กับบริษัทย่อยอีก 7 บริษัทออกจากกัน<sup>154</sup> กล่าวคือ คดีหมายเลขแดงที่ 8/2543 (คดีหมายเลขดำที่ 2/2543), คดีหมายเลขแดงที่ 515/2543 (คดีหมายเลขดำที่ 454/2543), คดีหมายเลขแดงที่ 466/2543 (คดีหมายเลขดำที่ 410/2543), คดีหมายเลขแดงที่ 465/2543 (คดีหมายเลขดำที่ 409/2543), คดีหมายเลขแดงที่ 533/2543 (คดีหมายเลขดำที่ 478/2543) และคดีหมายเลขแดงที่ 500/2543 (คดีหมายเลขดำที่ 429/2543)<sup>155</sup>

#### 4.1.2 การดำเนินคดีและการบริหารจัดการคดี

ปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินคดีและการบริหารจัดการคดีแยกจากกันนั้นสืบเนื่องมาจากพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ไม่มีบทบัญญัติที่อนุญาตให้รวมคดีล้มละลายหรือคดีฟื้นฟูกิจการของบริษัทต่างๆ ในกลุ่มบริษัทเดียวกัน หรือของทั้งกลุ่มบริษัท ไม่ว่าจะเป็กรณีที่มีการเริ่มต้นหรือฟ้องคดีต่อบริษัทต่างๆ ดังกล่าวหรือกลุ่มบริษัทโดยคำร้องขอหรือคำฟ้องร่วมกันมาตั้งแต่ต้น หรือกรณีที่เป็นกรณืเริ่มต้นหรือฟ้องคดีแยกกัน ทั้งนี้ เพื่อวัตถุประสงค์ในการบริหารจัดการคดีร่วมกันอันจะนำมาซึ่งประโยชน์ด้านการประหยัดเวลาและค่าใช้จ่าย (Cost efficiency) และลดอุปสรรคจากกระบวนการพิจารณา (Procedural convenience) จากการดำเนินการด้านต่างๆ ร่วมกัน เป็นต้นว่า การจัดประชุมเจ้าหนี้พร้อมกันในวันเดียว การประสานการเจรจาและจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการของกลุ่มบริษัท ไปจนถึงการแต่งตั้งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เพียงรายเดียวในการบริหารจัดการคดีล้มละลายหรือคดีฟื้นฟูกิจการของกลุ่มบริษัท รวมทั้งยังก่อให้เกิดประโยชน์ในการเข้าถึงและแบ่งปันข้อมูลเกี่ยวกับคดีอย่างมีประสิทธิภาพอีกด้วย ทั้งนี้ พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 คงมีเพียงบทบัญญัติในมาตรา 12 ว่าด้วยการรวมการพิจารณาคดีที่มุ่งใช้บังคับแก่ลูกหนี้รายเดียวกันและลูกหนี้ร่วมเท่านั้น มิได้มุ่ง

<sup>154</sup> ศาลล้มละลายกลาง, รวมคำสั่งศาลล้มละลายกลางคดีที่พีไอ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์กรีน ลิบรา จำกัด, ตุลาคม 2549), หน้า 4-6.

<sup>155</sup> หมายเหตุประกอบงบการเงิน บริษัท อุตสาหกรรมปิโตรเคมีกัลไทย จำกัด (มหาชน) และบริษัทย่อย ณ วันที่ 31 มีนาคม 2545, หน้า 55.

\* มาตรา 12 ถ้ามีคำฟ้องหลายราย ให้ลูกหนี้คนเดียวกัน ล้มละลายก็ดี หรือให้ลูกหนี้ร่วมกันแต่ละคนล้มละลายก็ดี ศาลมีอำนาจสั่งให้รวมการพิจารณาได้

หมายให้ใช้บังคับแก่กรณีของกลุ่มบริษัทดังกล่าว และยังไม่อาจนำมาใช้รวมคดีเพื่อให้เกิดการบริหารจัดการคดีร่วมกันได้

ตัวอย่างของกรณีดังกล่าวนี้คงหนีไม่พ้นกรณีของการฟื้นฟูกิจการของบริษัทอุตสาหกรรมปิโตรเคมีกัลไทย จำกัด (มหาชน) และบริษัทย่อยเช่นเดียวกัน เนื่องจากการดำเนินการต่างๆ ในคดีเหล่านี้ จำต้องกระทำแยกจากกันทั้งที่ในการพิจารณาเชิงเนื้อหาสาระของคดีหรือการกระทำต่างๆ คู่ความผู้มีส่วนได้เสียต่างเห็นพ้องในแนวทางเดียวกันแล้ว เช่น

1. การพิจารณาและมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ ในกรณีของ
  - 1.1. บริษัท อุตสาหกรรมปิโตรเคมีกัลไทย จำกัด (มหาชน) ศาลมีคำสั่งเมื่อวันที่ 15 มีนาคม 2543
  - 1.2. บริษัท ไทย เอ บี เอส จำกัด ศาลมีคำสั่งเมื่อวันที่ 26 มิถุนายน 2543
  - 1.3. บริษัท น้ำมัน ทีพีไอ จำกัด ศาลมีคำสั่งเมื่อวันที่ 26 มิถุนายน 2543
  - 1.4. บริษัท ทีพีไอ อะโรเมติกส์ จำกัด (มหาชน) ศาลมีคำสั่งเมื่อวันที่ 3 กรกฎาคม 2543
  - 1.5. บริษัท อุตสาหกรรมโพลียูรีเทนไทย จำกัด ศาลมีคำสั่งเมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม 2543
  - 1.6. บริษัท ทรายทอง แทงค์ เทอร์มินัล จำกัด ศาลมีคำสั่งเมื่อวันที่ 19 กรกฎาคม 2543
  - 1.7. บริษัท ผลิตไฟฟ้า ทีพีไอ จำกัด ศาลมีคำสั่งเมื่อวันที่ 19 กรกฎาคม 2543
  - 1.8. บริษัท ทีพีไอ โพลีออล จำกัด ศาลมีคำสั่งเมื่อวันที่ 19 กรกฎาคม 2543
2. การพิจารณาและลงมติยอมรับแผนฟื้นฟูกิจการ โดยที่ประชุมเจ้าหนี้
  - 2.1. บริษัท อุตสาหกรรมปิโตรเคมีกัลไทย จำกัด (มหาชน) ที่ประชุมเจ้าหนีกลงมติยอมรับแผนเมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน 2543
  - 2.2. บริษัท น้ำมันทีพีไอ จำกัด ที่ประชุมเจ้าหนีกลงมติยอมรับแผนเมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน 2543
  - 2.3. บริษัท ไทย เอ บี เอส จำกัด ที่ประชุมเจ้าหนีกลงมติยอมรับแผนเมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน 2543
  - 2.4. บริษัท อุตสาหกรรม โพลียูรีเทนไทย จำกัด ที่ประชุมเจ้าหนีกลงมติยอมรับแผนเมื่อวันที่ 23 พฤศจิกายน 2543
  - 2.5. บริษัท ทีพีไอ โพลีออล จำกัด ที่ประชุมเจ้าหนีกลงมติยอมรับแผนเมื่อวันที่ 23 พฤศจิกายน 2543

2.6. บริษัท ผลิตไฟฟ้า ทีพีไอ จำกัด ที่ประชุมเจ้าหน้าที่ลงมติยอมรับแผนเมื่อวันที่ 23 พฤศจิกายน 2543

2.7. บริษัท ทีพีไอ อะโรเมติกส์ จำกัด (มหาชน) ที่ประชุมเจ้าหน้าที่ลงมติยอมรับแผนเมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน 2543

อย่างไรก็ดี แม้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายจะมีได้เอื้ออำนวยให้มีการบริหารจัดการคดีร่วมกัน แต่ก็มีข้อว่าในทางปฏิบัติแล้วจะไม่มีคามพยายามอย่างใดๆ ในอันที่จะก่อให้เกิดความสะดวกในคดีเลย กล่าวคือ ในคดีฟื้นฟูกิจการของบริษัทอุตสาหกรรมปิโตรเคมีกัลไทย จำกัด (มหาชน) และบริษัทย่อยข้างต้นนั้น ศาลมีคำสั่งแต่งตั้งบริษัท เอ็ฟเฟ็คทีฟ แพลนเนอร์ส จำกัด เป็นผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการของบริษัทและบริษัทย่อยทั้ง 7 แห่ง<sup>156</sup> และเมื่อแผนฟื้นฟูกิจการได้รับความเห็นชอบแล้ว ยังมีการแต่งตั้งบริษัท เอ็ฟเฟ็คทีฟ แพลนเนอร์ส จำกัด ดังกล่าวเป็นผู้บริหารแผนของบริษัทและบริษัทย่อยอีก 6 แห่ง<sup>157</sup> และได้เปลี่ยนให้กระทรวงการคลังเป็นผู้บริหารแผนของบริษัทและบริษัทย่อยอีก 6 แห่งในเวลาต่อมา<sup>158</sup> ทั้งนี้ คงมีแต่เพียงคดีฟื้นฟูกิจการของบริษัท ระยอง แทงค์ เทอร์มินัล จำกัด ที่มีการแต่งตั้งผู้ทำแผนและผู้บริหารแยกต่างหากในภายหลัง เนื่องจากที่ประชุมเจ้าหน้าที่มีมติไม่ยอมรับแผนและได้มีการแต่งตั้งบริษัท เซอร์ชิลส์ ไพโรซ์ แพลนเนอร์ จำกัด เป็นผู้ทำแผนและผู้บริหารแผนของบริษัทดังกล่าวภายหลัง<sup>159</sup> นอกจากนี้ เมื่อครั้งที่ผู้บริหารแผนของบริษัทและบริษัทย่อย 6 แห่งได้ยื่นคำร้องขอแก้ไขแผนฟื้นฟูกิจการต่อศาลล้มละลายกลาง เมื่อวันที่ 9 เมษายน พ.ศ. 2545 นั้นมีการขอแก้ไขแผนฟื้นฟูกิจการของบริษัทและบริษัทย่อยในประเด็นเกี่ยวกับการออกเสียงลงคะแนนของเจ้าหน้าที่เข้าร่วมแผนปรับโครงสร้างหนี้ทางการเงินสำหรับการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญในแผน ซึ่งส่วนหนึ่งก็เพื่อให้สามารถใช้การลงมติดอกเสียงร่วมกัน (Common Voting) กล่าวคือ การออกเสียงของเจ้าหน้าที่เข้าร่วมแผนปรับโครงสร้างหนี้ทางการเงินที่เป็นของบริษัทและ/หรือบริษัทย่อยอีกหกแห่งที่อยู่ระหว่างการ

<sup>156</sup> หมายเหตุประกอบงบการเงิน บริษัท อุตสาหกรรมปิโตรเคมีกัลไทย จำกัด (มหาชน) และบริษัทย่อย ณ วันที่ 31 มีนาคม 2545. หน้า 18.

<sup>157</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 19.

<sup>158</sup> คดีใกล้เคียงหมายเลขดำที่ 1/2546 รายงานกระบวนการพิจารณา ศาลล้มละลายกลาง วันที่ 27 สิงหาคม พ.ศ. 2546 อ้างถึงใน ศาลล้มละลายกลาง, รวมคำสั่งศาลล้มละลายคดีทีพีไอ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์กรีน ลิบรา จำกัด, ตุลาคม 2549), หน้า 96.

<sup>159</sup> หมายเหตุประกอบงบการเงิน บริษัท อุตสาหกรรมปิโตรเคมีกัลไทย จำกัด (มหาชน) และบริษัทย่อย ณ วันที่ 31 มีนาคม 2545. หน้า 19.

ฟื้นฟูกิจการที่มีผู้บริหารแผนเดียวกันนั้น จะถือเป็นการออกเสียงในบริษัทย่อยๆ นั้นด้วย<sup>160</sup> ทั้งนี้ แม้ว่าศาลยังคงต้องพิจารณาและมีคำสั่งแยกกันในแต่ละคดีก็ตาม

กระนั้นก็ดี จะเห็นได้ว่าการบริหารจัดการคดีในลักษณะดังกล่าวยังไม่สามารถช่วยลดอุปสรรคจากกระบวนการพิจารณาอย่างมีประสิทธิภาพเต็มที่ ซึ่งยังไม่เป็นการประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายซึ่งไม่เป็นการส่งเสริมการเพิ่มมูลค่าให้แก่กองทรัพย์สินของกลุ่มบริษัทให้มากที่สุด (Maximization of group value of assets) อย่างครบถ้วนและเป็นระบบ ด้วยเหตุว่ากฎหมายยังมีได้บัญญัติรับรองให้ถูกต้องตามกฎหมาย (Legalized) และทำให้ในบางครั้งยังคงต้องอาศัยแผนฟื้นฟูกิจการหรือการตกลงยินยอมระหว่างกันเพื่อจะก่อให้เกิดผลประการต่างๆ เหล่านี้

#### 4.1.3 การชำระสะสางและการแยกแยะทรัพย์สิน และธุรกรรมระหว่างบริษัทในกลุ่ม

ปัญหาเกี่ยวกับการชำระสะสางและการแยกแยะทรัพย์สิน และธุรกรรมระหว่างบริษัทในกลุ่ม อันอาจเกิดขึ้น ในคดีล้มละลายหรือคดีฟื้นฟูกิจการนั้นสืบเนื่องมาจากลักษณะของการดำเนินกิจการและการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจของกลุ่มบริษัท โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่กลุ่มบริษัทมีการดำเนินกิจการและทำธุรกรรมหรือเคลื่อนย้ายทรัพย์สินเสมือนว่าเป็นการดำเนินกิจการขององค์กรธุรกิจเดียวกัน (Single Enterprise) หรือจนไม่มีการแบ่งแยกระหว่างแต่ละบริษัทในกลุ่มอย่างชัดเจน (No real separation between the members of a group) และขาดการบันทึกเอกสารที่เพียงพอและถูกต้อง ประกอบกับการประกอบกิจการมาเป็นเวลานาน เป็นผลให้มีการผสมผสานและปะปนกันของทรัพย์สินของกลุ่มบริษัทอย่างเหนียวแน่น (Intermingling of assets) และมีทรัพย์สินและธุรกรรมระหว่างกันเป็นจำนวนมากศาลอันเป็นผลให้การชำระสะสางหรือแยกแยะทรัพย์สินระหว่างกลุ่มบริษัทว่าบริษัทใดในกลุ่มบริษัทเป็นเจ้าของทรัพย์สินดังกล่าวเพื่อประโยชน์ในคดีล้มละลายหรือคดีฟื้นฟูกิจการไม่อาจจะกระทำได้ หรือหากสามารถกระทำได้ ก็ย่อมจะประสบกับความยุ่งยากในการแยกแยะและอาจใช้เวลาและค่าใช้จ่ายมากเกินไปจนสมควรจะทำให้กองทรัพย์สิน (Property of the estates) ลดลงหรือสูญสิ้นไป ทำให้เจ้าหนี้ทั้งหลายไม่ได้รับประโยชน์จากกฎหมายล้มละลายเท่าที่ควร อันเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายล้มละลายที่ประสงค์ให้เจ้าหนี้ได้รับการชำระหนี้อย่างเสมอภาคโดยรวดเร็วและเสียค่าใช้จ่ายน้อย และยังขัดกับหลักการเพิ่มพูนมูลค่าของกองทรัพย์สินให้มากที่สุด (Maximization of value of assets)

<sup>160</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 86.

นอกจากนี้ กรณีดังกล่าวยังก่อให้เกิดปัญหาแก่เจ้าหน้าที่ซึ่งเชื่อว่าตนกำลังติดต่อกับทั้งกลุ่มบริษัท มิใช่เพียงบริษัทใดบริษัทหนึ่ง กล่าวคือ ในการเริ่มต้นหรือฟ้องคดีนั้น เจ้าหน้าที่ดังกล่าวจำเป็นต้องทำการ ชำระสะสางหรือแยกแยะทรัพย์สินระหว่างกลุ่มบริษัทดังกล่าวเพื่อพิสูจน์ภาวะหนี้สินส่วนตัวของ ลูกหนี้อันเป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดีล้มละลายและคดีฟื้นฟูกิจการ อีกทั้งเจ้าหน้าที่อาจจะไม่สามารถ พิจารณาและตัดสินใจเลือกฟ้องระหว่างคดีล้มละลายกับคดีฟื้นฟูกิจการ ได้อย่างถูกต้องและเหมาะสม กับสภาพของลูกหนี้อีกด้วย ซึ่งต่อปัญหาดังกล่าวนี้พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มิได้ บัญญัติมาตรการที่จะใช้แก้ไขปัญหาดังกล่าวนี้เป็นการเฉพาะแต่ประการใด คงมีเพียงแต่บทบัญญัติว่า ด้วยการเพิกถอนนิติกรรมและโอนทรัพย์สินตามมาตรา 113-116<sup>1</sup> ประกอบกับบทนิยามคำว่า “บุคคล ภายในของลูกหนี้” ตามมาตรา 6 วรรค 10<sup>2</sup> สำหรับคดีล้มละลาย และมาตรา 90/40 และมาตรา 90/41<sup>3</sup>

<sup>1</sup> มาตรา 113 การขอให้ศาลเพิกถอนการฉ้อฉลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ให้เจ้าพนักงาน พิทักษ์ทรัพย์ขอได้โดยทำเป็นคำร้อง

มาตรา 114 ถ้านิติกรรมที่ขอเพิกถอนการฉ้อฉลตามมาตรา 113 นั้นเกิดขึ้นภายในระยะเวลาหนึ่งปีก่อนมีการขอให้ ล้มละลายและภายหลังนั้น หรือเป็นการทำให้โดยเสนหาหรือเป็นการที่ลูกหนี้ได้รับค่าตอบแทนน้อยเกินสมควร ให้ สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นการกระทำที่ลูกหนี้และผู้ที่ได้ลาถออกแต่การนั้นรู้ว่าเป็นทางให้เจ้าหน้าที่ต้องเสียเปรียบ

มาตรา 115 การโอนทรัพย์สินหรือการกระทำใด ๆ ซึ่งลูกหนี้ได้กระทำหรือยินยอมให้กระทำในระหว่างระยะเวลา สามเดือนก่อนมีการขอให้ล้มละลายและภายหลังนั้น โดยมุ่งหมายให้เจ้าหน้าที่คนหนึ่งคนใดได้เปรียบแก่เจ้าหน้าที่อื่น ถ้า เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีคำขอโดยทำเป็นคำร้อง ศาลมีอำนาจสั่งเพิกถอนการ โอนหรือการกระทำนั้นได้

ถ้าเจ้าหน้าที่ผู้ได้เปรียบเป็นบุคคลภายในของลูกหนี้ ศาลมีอำนาจสั่งเพิกถอนการ โอนหรือการกระทำตามวรรคหนึ่ง ที่ ได้กระทำขึ้นในระหว่างระยะเวลาหนึ่งปีก่อนมีการขอให้ล้มละลายและภายหลังนั้น

มาตรา 116 บทบัญญัติในมาตรา 115 ไม่กระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกอันได้มาโดยสุจริตและมีค่าตอบแทน ก่อนมีการขอให้ล้มละลาย

<sup>2</sup> มาตรา 6 ในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ข้อความจะแสดงให้เห็นเป็นอย่างอื่น...

“บุคคลภายในของลูกหนี้” หมายความว่า

- (1) กรรมการ ผู้จัดการ หุ่นส่วนผู้จัดการ หุ่นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินกิจการ หรือผู้สอบบัญชีของลูกหนี้
- (2) ผู้ถือหุ้นที่ถือหุ้นเกินจำนวนร้อยละห้าของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมดของกิจการของลูกหนี้
- (3) คู่สมรสและบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของบุคคลตาม (1) หรือ (2)
- (4) ห้างหุ้นส่วนสามัญที่ลูกหนี้หรือบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือ (3) เป็นหุ้นส่วน
- (5) ห้างหุ้นส่วนจำกัดที่ลูกหนี้หรือบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือ (3) เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบ หรือเป็น หุ้นส่วนจำพวกจำกัดความรับผิดชอบที่มีหุ้นรวมกันเกินร้อยละสามสิบของหุ้นทั้งหมดของห้างหุ้นส่วนจำกัด

ประกอบกับบทนิยามคำว่า “บุคคลภายในของลูกหนี้” ตามมาตรา 6 วรรค 10 สำหรับคดีฟื้นฟูกิจการ ซึ่งมุ่งเน้นให้มีการเพิ่มทุนกองทรัพย์สินในกรณีที่มีความพยายามที่จะทำให้สิทธิของบุคคลที่เกี่ยวข้องเปลี่ยนแปลงไป เพียงมาตรการเดียวเท่านั้น ซึ่งยังคงไม่เพียงพอแก่กรณีดังกล่าว เพราะเหตุว่ามีใช้ทุกนิติกรรมหรือธุรกรรมระหว่างบริษัทในกลุ่มที่จะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เรื่องเงื่อนไขเวลาของบทบัญญัติดังกล่าวที่กำหนดไว้อย่างมากที่สุดเพียง 1 ปีก่อนและหลังจากวันฟ้องคดีล้มละลายหรือยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการในอันที่จะเพิกถอนนิติกรรมดังกล่าว ยิ่งไปกว่านั้นการนำบทบัญญัตินี้มาใช้บังคับยังคงจำเป็นต้องมีการชำระสะสางหรือแยกแยะทรัพย์สิน และธุรกรรมระหว่างกลุ่มบริษัทอยู่นั่นเอง

ตัวอย่างของกรณีปัญหาดังกล่าว คดีที่น่าจะแสดงให้เห็นถึงปัญหาดังกล่าวนี้คงเป็นกรณีของกลุ่มบริษัท Enron ในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งในคดีนี้มีความเกี่ยวข้องกับบริษัทภายในกลุ่มเป็นจำนวน

- 
- (6) บริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัดที่ลูกหนี้หรือบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือ (3) หรือห้างหุ้นส่วนตาม (4) หรือ
  - (5) ถือหุ้นรวมกันเกินร้อยละสามสิบของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมดของบริษัทนั้น
  - (7) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่ลูกหนี้หรือบุคคลตาม (1) ถึง (6) ถือหุ้นรวมกันเกินร้อยละสามสิบของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมดของบริษัทนั้น
  - (8) กรรมการ ผู้จัดการ หุ้นส่วนผู้จัดการ หุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินกิจการ หรือผู้สอบบัญชีของห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนจำกัดบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด ตาม (4) หรือ (5) หรือ
  - (6) หรือ (7) แล้วแต่กรณี หรือคู่สมรสและบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะของบุคคลดังกล่าว

มาตรา 90/40 การขอให้ศาลเพิกถอนการถือผลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ให้ผู้ทำแผนผู้บริหารแผน หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ขอได้โดยทำเป็นคำร้อง

ถ้านิติกรรมที่ขอเพิกถอนการถือผลนั้นเกิดขึ้นภายในระยะเวลาหนึ่งปีก่อนวันยื่นคำร้องขอและภายหลังนั้น หรือเป็นการทำให้โดยเสนาหา หรือเป็นการที่ลูกหนี้ได้รับค่าตอบแทนน้อยเกินสมควร ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นการกระทำที่ลูกหนี้และผู้ที่ได้กลางออกแต่การนั้น รู้ว่าเป็นทางให้

เจ้าหนี้ต้องเสียเปรียบ

มาตรา 90/41 เมื่อปรากฏว่ามีการโอนทรัพย์สินหรือการกระทำใด ๆ ซึ่งลูกหนี้ได้กระทำหรือยินยอมให้กระทำ ในระหว่างระยะเวลาสามเดือนก่อนมีการยื่นคำร้องขอและภายหลังนั้นโดยมีจุดมุ่งหมายให้เจ้าหนี้คนหนึ่งคนใดได้เปรียบ เจ้าหนี้อื่น ผู้ทำแผน ผู้บริหารแผน หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์อาจยื่นคำขอต่อศาลโดยทำเป็นคำร้อง ในการนี้ศาลมีอำนาจสั่งเพิกถอนการโอนหรือการกระทำนั้นได้

ถ้าเจ้าหนี้ผู้ได้เปรียบเป็นบุคคลภายในของลูกหนี้ ศาลมีอำนาจสั่งเพิกถอนการโอนหรือการกระทำตามวรรคหนึ่งที่ได้กระทำขึ้นในระหว่างระยะเวลาหนึ่งปีก่อนมีการยื่นคำร้องขอและภายหลังนั้น

การเพิกถอนการโอนหรือการกระทำตามมาตรานี้ ไม่กระทบถึงสิทธิของบุคคลภายนอกอันได้มาโดยสุจริตและมีค่าตอบแทนก่อนมีการยื่นคำร้องขอ



เกือบ 3,000 บริษัท และมีธุรกรรมระหว่างกันที่ต้องพิจารณาว่า 180,000 ธุรกรรมเลยทีเดียว<sup>161</sup> นอกจากนี้ ในต่างประเทศนั้นยังมีคดีในทำนองนี้เกิดขึ้นอีกมาก เช่น Maxwell group, Polly Peck Company, Parmalat และ Worldcom โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของ Worldcom นั้นนับได้ว่าเป็นคดีฟื้นฟูกิจการของกลุ่มบริษัทขนาดใหญ่กว่ากรณีของ Enron และเกี่ยวข้องกับบริษัทจำนวนมากที่สุดเท่าที่เคยเกิดขึ้นเลยทีเดียว<sup>162</sup> ส่วนกรณีของประเทศไทยนั้น คดีของกลุ่มบริษัททีพีไอก็ปรากฏปัญหาเกี่ยวกับการค้าประกันและการให้กู้ยืมเงินระหว่างกลุ่มบริษัทในเครือที่ขาดหลักฐานและความโปร่งใสอันทำให้บรรดาเจ้าหนี้ขาดความเชื่อมั่นด้วยเช่นกัน<sup>163</sup> แต่อาจจะไม่ยุ่งยากและซับซ้อนเท่ากับกรณีของต่างประเทศที่กล่าวมา

อย่างไรก็ดี แม้ว่ากฎหมายล้มละลายของไทยจะมีได้กำหนดมาตรการที่จะนำมาแก้ไขปัญหาดังกล่าวนี้โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทไว้เป็นการเฉพาะ แต่ในทางปฏิบัติในคดีฟื้นฟูกิจการของบริษัทอุตสาหกรรมปิโตรเคมีกัลไทย จำกัด (มหาชน) และบริษัทย่อย หรือกลุ่มบริษัททีพีไอซึ่งเป็นกิจการธุรกิจปิโตรเคมีภัณฑ์ขนาดใหญ่ของประเทศ และมีบริษัทในเครืออีกหลายบริษัทที่ทำธุรกิจต่อเนื่องกันนั้น มีการกำหนดและปรับใช้แผนฟื้นฟูกิจการที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทโดยเสมือน (Deemed substantive consolidation or deemed consolidation) ที่มีการปรับใช้กันอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ การฟื้นฟูกิจการของกลุ่มบริษัททีพีไอ นั้นใช้แผนฉบับเดียวกันกับบริษัทลูกหนึ่งจำนวน 7 บริษัท คือ บริษัทไทย เอ บี เอส จำกัด บริษัท น้ำมัน ทีพีไอ จำกัด บริษัท ทีพีไอ อะโรเมติกส์ จำกัด (มหาชน) บริษัทอุตสาหกรรมโพลียูรีเทนไทย จำกัด บริษัท ระยอง แทงค์ เทอร์มินัล จำกัด บริษัท ผลิตไฟฟ้า ทีพีไอ จำกัด และบริษัท ทีพีไอ โพลีออล จำกัด คงยกเว้นแต่เพียง กรณีของบริษัท ระยอง แทงค์ เทอร์มินัล

<sup>161</sup> Stephen J. Taylor, "Practical difficulties in handling group insolvencies," in *The challenges of insolvency law reform in the 21st century: Facilitating investment and recovery to enhance economic growth*. eds. Henry Peter, Nicolas Jeandin, and Jason J. Kilborn (Zurich: Schulthess, 2006), p. 250.

<sup>162</sup> Alison McCourt, "A comparative study of the doctrine of corporate groups with special emphasis on insolvency," Paper presented at 2007 Oxford Business & Economics Conference Program, Oxford University, United Kingdom, 24-26 June 2007, p. 18.

<sup>163</sup> คดีหมายเลขแดงที่ พ. 8/2543 คำสั่งศาลล้มละลายกลาง วันที่ 21 เมษายน พ.ศ. 2546 อ้างถึงใน ศาลล้มละลายกลาง, *รวมคำสั่งศาลล้มละลายกลางคดีทีพีไอ* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์กรีน ลิบรา จำกัด, ตุลาคม 2549), หน้า 55.

จำกัด เท่านั้น โดยแผนฟื้นฟูกิจการฉบับที่ได้รับความเห็นชอบและที่แก้ไขนั้นมีหลักการและวิธีการฟื้นฟูกิจการว่าจะยึดถือหลักการปฏิบัติต่อลูกหนี้และบริษัทย่อยที่เข้าฟื้นฟูกิจการในลักษณะเสมือนลูกหนี้เป็นหนึ่งองค์กร<sup>164</sup> และยินยอมให้มีการรวมกระแสเงินสด สินทรัพย์และหนี้สินของแต่ละบริษัทเข้าด้วยกัน เพื่อวัตถุประสงค์ของแผนฉบับที่ขอแก้ไข โดยการปรับโครงสร้างหนี้ทางการเงิน การปรับโครงสร้างทุน และการปรับโครงสร้างองค์กรและการบริหาร<sup>165</sup> และจากนั้นแผนฟื้นฟูกิจการจึงได้จัดกลุ่มเจ้าหนี้ทั้งหมดออกเป็น 14 กลุ่มตามแผน

กระนั้นก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า การปรับใช้ของแผนฟื้นฟูกิจการดังกล่าวมิใช่มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท หรือมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทโดยเสมือนมาปรับใช้อย่างสมบูรณ์ ทั้งนี้ เนื่องจากมิได้มีการรวมเข้ากันของทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทอย่างแท้จริง หรือมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของการลงคะแนนเห็นชอบกับแผน การจัดการและจัดสรรทรัพย์สินในการชำระหนี้ หรือการเห็นชอบแก้แผน แล้วแต่กรณี เนื่องจากยังคงต้องมีการจัดประชุมเจ้าหนี้ของแต่ละบริษัทเพื่อขอความเห็นชอบด้วยแผนแยกกัน และหากบริษัทที่เข้าฟื้นฟูกิจการคดีใดไม่ได้รับความเห็นชอบด้วยแผน ย่อมจักต้องมีการจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการแยกต่างหาก หรือผู้บริหารแผนย่อมต้องบริหารกิจการไปตามแผนเดิม แล้วแต่กรณี<sup>166</sup> อันนับได้ว่าเป็นความเสี่ยงสำคัญประการหนึ่งในการปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทภายใต้การฟื้นฟูกิจการเพื่อให้สามารถฟื้นฟูกิจการบริษัททั้งหลายภายในกลุ่มบริษัทพร้อมกันและเพื่อช่วยแก้ไขปัญหากับการชำระสะสางและการแยกแยะทรัพย์สิน และธุรกรรมระหว่างบริษัทในกลุ่ม นอกจากนี้ ผู้เขียนยังมีความเห็นว่า การปรับใช้แผนฟื้นฟูกิจการในลักษณะดังกล่าวโดยปราศจากฐานอำนาจทางกฎหมายโดยชอบนั้นยังก่อให้เกิดความไม่แน่นอนของคดีว่าในคดีอื่นจะมีการยอมรับและปรับใช้มาตรการดังกล่าวอีกหรือไม่เนื่องจากคำพิพากษาในคดีก่อนไม่มีผลผูกพันศาลในคดีอื่น และข้อโต้แย้งจากคู่ความหรือการอาศัยเป็นช่องทางใน

<sup>164</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 71.

<sup>165</sup> คดีหมายเลขแดงที่ พ. 8/2543 คำสั่งศาลล้มละลายกลาง วันที่ 10 พฤศจิกายน พ.ศ. 2547 อ้างถึงใน ศาลล้มละลายกลาง, รวมคำสั่งศาลล้มละลายกลางคดีที่พิโอ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์กรีน ลิบรา จำกัด, ตุลาคม 2549), หน้า 118-119.

\* ซึ่งปรากฏว่าที่ประชุมเจ้าหนี้มีมติพิเศษเห็นชอบด้วยแผน และยอมรับข้อเสนอขอแก้ไขแผนในทุกคดีซึ่งบริษัทย่อยที่เข้าฟื้นฟูกิจการแล้ว เรื่องเดียวกัน, หน้า 144.

<sup>166</sup> เรื่องเดียวกัน.

การประวิงคดี อีกทั้งยังขาดหลักเกณฑ์การปรับใช้และมาตรการควบคุมการปรับใช้มาตรการดังกล่าว อันจะเป็นกรอบทางกฎหมายให้แก่ทั้งศาลและคู่ความ

อนึ่ง สำหรับในส่วนของข้อเสนอแก้ไขแผนฟื้นฟูกิจการ หน้า 54-55 เรื่อง โครงสร้างบริษัท โครงสร้างองค์กรและสถานะของบริษัทจดทะเบียนที่ขัดต่อกฎหมาย ตามคำร้องของผู้บริหารแผน (กระทรวงการคลัง) ฉบับลงวันที่ 6 กันยายน พ.ศ. 2547 ที่มีข้อกำหนดว่า

- ก) โครงสร้างบริษัท ผู้บริหารแผนจะทำการพิจารณาทบทวนโครงสร้างบริษัทของกลุ่มบริษัทลูกหนี้โดยละเอียด โดยการพิจารณาทบทวนนี้ถือเป็นส่วนหนึ่งของแผนการปรับปรุงโดยรวมในมาตรการบรรเทาหนี้และตราบเท่าที่ได้พิจารณาแล้วเห็นว่าจะเป็นประโยชน์ทางเศรษฐกิจต่อการฟื้นฟูกิจการของกลุ่มบริษัทลูกหนี้ และด้วยความเห็นชอบของคณะกรรมการเจ้าหนี้ ผู้บริหารแผนอาจจะดำเนินการเพื่อปรับให้โครงสร้างบริษัทของกลุ่มบริษัทลูกหนี้มีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยอาจกระทำด้วยวิธีการรวม แยกหรือเปลี่ยนแปลงด้วยวิธีอื่นใดซึ่งโครงสร้างองค์กรและ/หรืออินเทอร์เน็ตและ/หรือหนี้สินระหว่างบริษัทด้วยกันหรือโอนให้แก่บริษัทใหม่ตามที่พิจารณาเห็นเป็นการเหมาะสมและด้วยความเห็นชอบของคณะกรรมการเจ้าหนี้
- ข) โครงสร้างองค์กร ทำการทบทวนและปรับปรุงโครงสร้างองค์กร
- ค) สถานะของบริษัทจดทะเบียน ตราบเท่าที่เป็นไปได้จะยังสถานะการเป็นบริษัทจดทะเบียนของลูกหนี้ไว้ แต่อย่างไรก็ตาม กรณีนี้เป็นดุลพินิจของหน่วยงานกำกับดูแลที่เกี่ยวข้องและยังขึ้นอยู่กับผลประกอบการทางการเงินของลูกหนี้อีกประการหนึ่งด้วย<sup>167</sup>

ข้อกำหนดดังกล่าวอาจมีลักษณะคล้ายกับมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทซึ่งจะเป็นมาตรการทางกฎหมายที่ช่วยแก้ไขปัญหากับการชำระสะสางและการแยกแยะทรัพย์สิน และธุรกรรมระหว่างบริษัทในกลุ่มได้ทางหนึ่ง แต่ข้อกำหนดดังกล่าวนี้ก็มิใช่การปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทโดยอาศัยแผนฟื้นฟูกิจการแต่อย่างใด เนื่องจากการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงโครงสร้างองค์กร บริษัท หรือทรัพย์สินและหนี้สินทั้งหลายมิได้เป็นผลมาจากแผนฟื้นฟู

<sup>167</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 138-139.

กิจการโดยตรง หากแต่เป็นการพิจารณาของผู้บริหารแผนที่จะกระทำเหล่านี้ในกาลข้างหน้าและด้วยความเห็นชอบของคณะกรรมการเจ้าหนี้ โดยผู้บริหารแผนจะต้องดำเนินการต่างๆ ให้ถูกต้องตามขั้นตอนของกฎหมาย มิใช่เป็นบทบังคับของแผนฟื้นฟูกิจการแต่ประการใด และนอกจากนี้ การดำเนินเหล่านี้จักพึงไปเป็นเพื่อประสิทธิภาพและการปรับปรุงมาตรการบรรษัทภิบาลในการดำเนินงานเท่านั้น

#### 4.1.4 การจัดการหนี้สินระหว่างกันของกลุ่มบริษัท

ในการจัดการหนี้สินระหว่างกันของกลุ่มบริษัท (Treatment of intra-group debts) นั้นมักจะปรากฏมีปัญหาว່ว่าควรมีการยอมรับและปฏิบัติประการใดต่อหนี้สินที่มีระหว่างกันของกลุ่มบริษัทซึ่งอาจมีลักษณะพิเศษต่างจากหนี้สินทั่วไป เช่น การให้บริษัทในกลุ่มกู้ยืมแทนการลงทุนในหุ้นจนทำให้มีจำนวนเงินทุนในระดับต่ำหรือที่เรียกว่าการตั้งทุนต่ำ (Thin capitalization) ในทางกฎหมายภาษีอากรการให้กู้ยืมหรือให้สินเชื่อโดยอาศัยความสัมพันธ์ของกลุ่มบริษัทเพื่อประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มหรือเพื่อให้เจ้าหนี้อื่นได้รับความเสียหาย รวมถึงการฉ้อฉลโดยอาศัยโครงสร้างของกลุ่มบริษัทและการเข้าไปควบคุมที่มากกว่าปกติ (Excessive control) จนทำให้บริษัทดังกล่าวขาดความเป็นอิสระในการประกอบกิจการ เป็นต้น ต่อปัญหาดังกล่าวนี้พระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 มิได้บัญญัติมาตรการที่จะใช้แก้ไขปัญหาดังกล่าวนี้เป็นการเฉพาะแต่ประการใด คงมีเพียงแต่บทบัญญัติว่าด้วยการเพิกถอนนิติกรรมและโอนทรัพย์สินดังที่ได้กล่าวข้างต้นเพียงมาตรการเดียวเท่านั้น ซึ่งยังคงไม่เพียงพอแก่กรณีดังกล่าว ด้วยเหตุเกี่ยวกับข้อจำกัดด้านเงื่อนไขเวลาที่กำหนดไว้อย่างมากที่สุดเพียง 1 ปีก่อนและหลังจากวันฟ้องคดีล้มละลายหรือยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการเท่านั้น ทั้งที่หนี้สินระหว่างกลุ่มบริษัทดังกล่าวนี้ อาจมีมาตั้งแต่เริ่มจัดตั้งบริษัทในกลุ่มเลยก็เป็นได้ นอกจากนี้ หากว่าหนี้สินระหว่างกลุ่มบริษัททุกรายการจะมีลักษณะพิเศษดังกล่าวและเข้าหลักเกณฑ์ในการเพิกถอนเสมอแต่อย่างใดไม่ หากแต่ยังคงมีหนี้สินบางรายการที่เกิดขึ้นโดยวิธีทางธุรกิจเชิงการประกอบกิจการปกติและมีวัตถุประสงค์โดยชอบ (Legitimate purpose) ดังนั้น การใช้มาตรการการเพิกถอนนิติกรรมและโอนทรัพย์สินดังที่กล่าวข้างต้นเพียงมาตรการเดียวนั้นยังคงไม่เพียงพอและขาดความเหมาะสมหรือไม่เป็นธรรม

ตัวอย่างในทางปฏิบัติเกี่ยวกับปัญหาดังกล่าวนั้นปรากฏในคดีฟื้นฟูกิจการของกลุ่มบริษัทที่ไฟโอทีข้อกำหนดในแผนฟื้นฟูกิจการและฉบับที่แก้ไขมีการกำหนดเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อหนี้ของเจ้าหนี้ระหว่างบริษัท และเจ้าหนี้ที่เป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องไว้ด้วย แต่ข้อกำหนดดังกล่าวถูกโต้แย้งจากลูกหนี้และ

ผู้บริหารของลูกหนี้ว่า ข้อกำหนดดังกล่าวเป็นข้อเสนอขอแก้ไขแผนที่ไม่เป็นธรรมและไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเจ้าหนี้ระหว่างบริษัท และเจ้าหนี้ที่เป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องจะไม่ได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับหนี้ตามแผนปรับโครงสร้างหนี้ทางการเงินที่กำหนดไว้ในแผนปรับโครงสร้างทางการเงิน (FDRS) และเจ้าหนี้ที่เป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องไม่ได้รับชำระหนี้เลย หรือชำระหนี้ล่าช้าเกินกว่าเจ้าหนี้ตามแผนปรับโครงสร้างหนี้ทางการเงิน เป็นการเลือกปฏิบัติต่อเจ้าหนี้ดังกล่าว เพราะเจ้าหนี้ดังกล่าวควรจัดอยู่ในกลุ่มเจ้าหนี้ไม่มีประกันเช่นเดียวกัน เพราะเป็นหนี้ที่มีสาระสำคัญเหมือนกันหรือทำนองเดียวกัน และควรได้รับการปฏิบัติเท่าเทียมกัน ได้รับชำระหนี้ไปพร้อมกัน และข้อกำหนดเกี่ยวกับหนี้การค้าและหนี้อื่นๆ ที่มีกับเจ้าหนี้ที่เป็นบุคคลเกี่ยวข้องซึ่งกำหนดให้ปลดหนี้ดอกเบี้ยค้างชำระทั้งหมดที่มีอยู่จนถึงวันที่ศาลเห็นชอบด้วยแผนครั้งใหม่ ก็ไม่เป็นธรรมกับเจ้าหนี้ที่เป็นบุคคลที่เกี่ยวข้อง ผู้บริหารแผนเลือกปฏิบัติต่อบริษัท ในเครือของลูกหนี้ที่ไม่ได้ฟื้นฟูกิจการต่ำกว่ามาตรฐานที่ปฏิบัติต่อเจ้าหนี้และเป็นการจัดกลุ่มหนี้ที่ไม่เป็นธรรม<sup>168</sup>

#### 4.1.5 การใช้แผนฟื้นฟูกิจการ

การใช้แผนฟื้นฟูกิจการในกรณีของกลุ่มบริษัทนั้นมักจะมีปัญหาจากการไม่สามารถฟื้นฟูกิจการกลุ่มบริษัทโดยแผนฟื้นฟูกิจการเดียวกัน เนื่องจากกฎหมายฟื้นฟูกิจการของไทยมิได้มีบทบัญญัติรับรองเป็นการเฉพาะให้สามารถฟื้นฟูกิจการกลุ่มบริษัทโดยแผนฟื้นฟูกิจการเดียวกัน (Single reorganization plan) ซึ่งทำให้ต้องจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการรวมถึงกระบวนการต่างๆ แยกต่างหากจากกัน ส่งผลให้สิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายในการจัดทำกระบวนการต่างๆ และไม่ช่วยส่งเสริมหรือประสานการแก้ไขปัญหานี้สินล้นพ้นตัวของกลุ่มบริษัทให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันโดยสะดวกอีกด้วย

อย่างไรก็ดี แม้ว่าจะมีปัญหว่ากฎหมายฟื้นฟูกิจการมิได้บัญญัติรับรองการใช้แผนฟื้นฟูกิจการเดียวกันหรือรวมกันของกลุ่มบริษัทอย่างชัดเจน แต่ในทางปฏิบัตินั้นเคยมีการนำเอาแผนฟื้นฟูกิจการในลักษณะดังกล่าวมาใช้แล้ว กล่าวคือ ในคดีฟื้นฟูกิจการบริษัทอุตสาหกรรมปิโตรเคมีกัลไทย จำกัด (มหาชน) และบริษัทย่อยอีก 7 บริษัท คือ บริษัท ไทย เอ บี เอส จำกัด บริษัท น้ำมัน ทีพีไอ จำกัด บริษัท ทีพีไอ อะโรเมติกส์ จำกัด (มหาชน) บริษัท อุตสาหกรรมโพลีเอทิลีนไทย จำกัด บริษัท ระยอง แทงค์ เทอร์มินัล จำกัด บริษัท ผลิตไฟฟ้า ทีพีไอ จำกัด และบริษัท ทีพีไอ โพลีอล จำกัด นั้นได้มีการเสนอ

<sup>168</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 108-109.

และใช้แผนฟื้นฟูกิจการฉบับเดียวกันในคดีฟื้นฟูกิจการของแต่ละบริษัท ยกเว้นเพียงแต่กรณีของบริษัท ระบุของ แท็งค์ เทอร์มินัล จำกัด เท่านั้นที่มีการใช้แผนฟื้นฟูกิจการแยกต่างหาก ทั้งนี้ เนื่องมาจากที่ประชุม เจ้าหนี้ไม่เห็นชอบกับแผนฟื้นฟูกิจการฉบับรวม<sup>169</sup>

กระนั้นก็ดี เนื่องด้วยการใช้แผนฟื้นฟูกิจการรวมกันเป็นฉบับเดียวดังกล่าวนั้นอาศัยแต่การปรับ ใช้ในทางปฏิบัติเท่านั้น มิได้มีฐานอำนาจทางกฎหมายรองรับอย่างชัดเจนแต่ประการใด ดังนั้น กรณีจึง ก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความไม่แน่นอนทางกฎหมายของการใช้แผนฟื้นฟูกิจการในลักษณะดังกล่าว ว่าสามารถกระทำได้โดยชอบหรือไม่ และอาจนำไปสู่ความขัดแย้งทางคดีความหรือช่องทางในการถ่วง ดึงคดีความได้ดีประการหนึ่ง ดังเช่น ในคดีฟื้นฟูกิจการคดีหนึ่งที่ผู้เขียนได้มีโอกาสเข้าไปมีส่วนร่วม<sup>170</sup> ซึ่งมีความพยายามของผู้ทำแผนในการจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการ โดยรวมเอาการปรับโครงสร้างหนี้บริษัท ลูกเข้าไปอยู่ในแผนฟื้นฟูกิจการของบริษัทแม่ด้วย อย่างไรก็ตาม เนื่องจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายมิได้ เปิดช่องไว้อย่างชัดแจ้งจึงมีการโต้แย้งจากเจ้าหนี้ว่าแผนฟื้นฟูกิจการไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากแผน ฟื้นฟูกิจการได้กล่าวรวมถึงบริษัทอื่นซึ่งมิใช่ลูกหนี้ในคดีนี้เอาไว้ด้วย และได้อุทธรณ์ประเด็นดังกล่าว ไปยังศาลฎีกา อย่างไรก็ดี เนื่องจากภายหลังมีการตกลงกันเกี่ยวกับประเด็นทางธุรกิจและเงื่อนไขการ ชำระหนี้ที่ได้ประโยชน์ยิ่งขึ้นแก่เจ้าหนี้ คดีจึงมีการถอนอุทธรณ์ไปจากศาลฎีกาทำให้ประเด็นดังกล่าว มิได้รับการวินิจฉัยไปอย่างน่าเสียดาย<sup>171</sup> แม้คดีส่วนอื่นจะยังคงอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลฎีกาก็ ตาม ซึ่งหากกฎหมายฟื้นฟูกิจการของไทยไม่ได้รับการแก้ไขบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับกรณีดังกล่าวแล้ว ย่อมอาจทำให้เกิดข้อโต้แย้งในลักษณะดังกล่าวได้อีกหลายคดี

## 4.2 แนวคิดและหลักการในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายต่อการล้มละลายของกลุ่ม บริษัท

<sup>169</sup> คดีหมายเลขแดงที่ พ. 8/2543 คำสั่งศาลล้มละลายกลาง ลงวันที่ 21 เมษายน พ.ศ.2546 อ้างถึงใน ศาล ล้มละลายกลาง, รวมคำสั่งศาลล้มละลายกลางคดีที่พีไอ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์กรีน ลิบรา จำกัด, ตุลาคม 2549), หน้า 71. และ สำนักงานกิจการยุติธรรม, "ข้อมูลคดีฟื้นฟูกิจการ 1.คดีฟื้นฟูกิจการ บริษัท อัลฟาเทค อิเล็กทรอนิกส์ จำกัด (มหาชน) 2.คดีฟื้นฟูกิจการ บริษัท อุตสาหกรรมปิโตรเคมีกัลไทย จำกัด (มหาชน) (TPI)," สำนักงานกิจการยุติธรรม. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่), หน้า 56.

<sup>170</sup> คดีหมายเลขแดงที่ พ. 864/2543

<sup>171</sup> คำร้องขอถอนอุทธรณ์ ลงวันที่ 21 ตุลาคม พ.ศ.2545 โดยเจ้าหนี้รายที่ 3

#### 4.2.1 กลุ่มบริษัทกับแนวคิดของกฎหมายล้มละลาย

เมื่อได้พิจารณาถึงลักษณะของความสัมพันธ์ การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ และการมีผลประโยชน์ร่วมกันของกลุ่มบริษัทในด้านต่างๆ ประกอบกับปัญหาประการต่างๆ อันเกิดขึ้นและอาจเกิดขึ้นจากการปรับใช้กฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการทั่วไปอันมุ่งหมายจะปรับใช้แก่กรณีบริษัทเดียวทั่วไป รวมถึงแนวปฏิบัติดังที่ได้พิจารณาแล้วข้างต้น กรณีทำให้เกิดแนวคิดในลักษณะที่เห็นว่า เมื่อเกิดภาวะขาดสภาพทางการเงินหรือภาวะหนี้สินล้นพ้นตัวของบริษัทในกลุ่มหรือของทั้งกลุ่มแล้วกลุ่มบริษัทซึ่งรวมเข้ากันเพื่อประโยชน์ร่วมกันเหล่านี้ไม่อาจให้ความช่วยเหลือแก่กันหรือดำเนินการใดๆ ในอันที่จะลดข้อขัดแย้งระหว่างกัน เพื่อให้ผ่านพ้นภาวะดังกล่าวไปได้ แนวทางหรือกระบวนการที่จะเข้ามาจัดการสถานะดังกล่าวนี้ควรจะเป็นไปในลักษณะของการจัดการหรือแก้ไขสถานะดังกล่าวพร้อมกันไปที่เดียวทั้งกลุ่ม เนื่องจากการรวมกลุ่มเข้ากันนั้นนอกจากได้รับผลประโยชน์จากการรวมกลุ่มแล้ว การรวมกลุ่มยังต้องก่อให้เกิดความรับผิดชอบร่วมกันอีกด้วย โดยลักษณะของการจัดการหรือแก้ไขสถานะดังกล่าวพร้อมกันไปที่เดียวทั้งกลุ่มอาจเป็นไปในรูปแบบของการชำระบัญชีอันเป็นนโยบายของกฎหมายล้มละลาย (Bankruptcy policy) แบบดั้งเดิมไปพร้อมกันทั้งกลุ่ม หรือการฟื้นฟูกิจการอันเป็นนโยบายของกฎหมายล้มละลายแบบใหม่เพื่อรักษามูลค่าหรือประโยชน์ทางเศรษฐกิจของส่วนรวมพร้อมกันทั้งกลุ่ม ดังนี้ เพื่อแก้ไขปัญหากับข้อจำกัดทางกฎหมาย กำหนดกรอบทางกฎหมายและเพิ่มความแน่นอนให้คดีล้มละลายและคดีฟื้นฟูกิจการของกลุ่มบริษัท ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่ากฎหมายล้มละลายของไทยควรกำหนดมาตรการทางกฎหมายสำหรับกระบวนการวิธทางกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการสำหรับกลุ่มบริษัทเป็นการเฉพาะ โดยอาศัยการกำหนดมาตรการหรือกลไกในการเชื่อมโยง (Linking mechanism or linking tool)<sup>172</sup> บริษัทที่มีลักษณะรวมกันแต่ถูกกฎหมายแยกออกจากกันโดยผลของแนวคิดที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกัน ทั้งนี้ เพื่อพิจารณาบริษัททั้งหลายร่วมพร้อมกันอีกครั้งหนึ่งในเชิงของกระบวนการตามกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการอันจะนำมาซึ่งประสิทธิภาพและความรวดเร็วของกระบวนการต่างๆ รักษามูลค่าร่วมกันของกิจการทั้งหมดของกลุ่มบริษัทเป็นส่วนรวม และเพื่อให้การฟื้นฟูกิจการและการขายกิจการทั้งกลุ่มมีโอกาสประสบความสำเร็จมากขึ้น รวมทั้งเพื่อให้เป็นไปตามความคาดหมายทางกฎหมายของบรรดาเจ้าหนี้กลุ่มต่างๆ (Legitimate expectations of variety of different groups) รวมไปถึงการ

<sup>172</sup> Irit Mevorach, "Appropriate treatment of corporate groups in insolvency: A universal view," *European Business Organization Law Review* 8, 2 (2007): 181.

ปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและมาตรการทางกฎหมายอันเหมาะสมแก่กลุ่มบริษัท (Equitable treatment and appropriate remedies)<sup>173</sup> ทั้งนี้ มาตรการหรือกลไกในการเชื่อมโยงดังกล่าวก็ได้แก่ มาตรการต่างๆ ซึ่งได้พิจารณาไว้แล้วในบทที่ 3 เป็นต้นว่า มาตรการบริหารจัดการคดีร่วมกัน (Procedural consolidation or joint administration) หรือมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท (Substantive consolidation)

#### 4.2.2 หลักการอันควรคำนึงถึงในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายต่อการล้มละลายของกลุ่มบริษัท

เพื่อให้การกำหนดและปรับใช้ซึ่งมาตรการหรือกลไกในการเชื่อมโยงดังกล่าวเป็นไปด้วยความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ และสามารถรักษามูลค่าร่วมกันของกิจการทั้งหมดของกลุ่มบริษัทเป็นส่วนรวม ผู้เขียนขอกล่าวถึงหลักการเบื้องต้นอันควรคำนึงถึงในการกำหนดและปรับใช้มาตรการทางกฎหมาย 3 ประการ กล่าวคือ<sup>174</sup>

##### 1) การกำหนดและปรับใช้อย่างระวัง (Proceed with caution)

การกำหนดและปรับใช้ซึ่งมาตรการทางกฎหมายหรือกลไกในการเชื่อมโยงกลุ่มบริษัทเข้าไว้ด้วยกันเพื่อที่จะรักษามูลค่าร่วมกันของกิจการทั้งหมดของกลุ่มบริษัทเป็นส่วนรวมนั้นพึงต้องหลีกเลี่ยงการปรับใช้มาตรการทางกฎหมายอย่างสุดขั้ว (Extreme) ทั้งนี้ เนื่องจากมาตรการทางกฎหมายหรือกลไกเชื่อมโยงดังกล่าวนี้จะส่งผลกระทบต่อโดยตรงและแทรกแซงหลักการสำคัญ 2 ประการ คือ หลักการเกี่ยวกับสภาพนิติบุคคลของบริษัท และหลักการความรับผิดชอบจำกัดของผู้ถือหุ้น ซึ่งต่างเป็นหลักการสำคัญในทางเศรษฐกิจและความคาดหมายของบุคคลโดยทั่วไป ดังนั้น การกำหนดและปรับใช้ซึ่งมาตรการทางกฎหมายจะต้องสร้างและรักษาสมดุลของความต้องการมาตรการอันเหมาะสมและการส่งเสริมวิสาหกิจ ลักษณะเฉพาะของแต่ละกลุ่มบริษัท นโยบายของกฎหมายต่างๆ นอกจากนี้ จะต้องปรับใช้มาตรการทางกฎหมายอย่างจำกัดขอบเขตและเพียงเฉพาะที่จำเป็นแก่กรณีเท่านั้น โดยอาจอาศัย

<sup>173</sup> Ibid.

<sup>174</sup> Ibid., pp. 182-185.



มาตรการทางกฎหมายที่มีความยืดหยุ่น (Flexible tools) เพื่อปรับเปลี่ยนไปตามความเหมาะสมของแต่ละกรณี

## 2) การใช้หลักเกณฑ์ภาวะวิสัยและชัดเจน (Using clear and objective tests)

การกำหนดและปรับใช้ซึ่งมาตรการทางกฎหมายหรือกลไกในการเชื่อมโยงกลุ่มบริษัทนั้นควรเป็นไปโดยอาศัยหลักเกณฑ์อันมีลักษณะเป็นภาวะวิสัยและมีความชัดเจน เพื่อให้ความสอดคล้องกัน และสามารถคาดหมายได้ หากยังสามารถกำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นภาวะวิสัยและตั้งอยู่รากฐานความเป็นจริงทางเศรษฐกิจได้มากเพียงใด ก็จะทำให้ผลสรุปของคดีแต่ละคดีเป็นไปในทำนองเดียวกัน มีความสอดคล้องกัน และคู่ความทุกฝ่ายสามารถคาดหมายผลแห่งคดีได้มากขึ้นเท่านั้น และ仍将นำมาซึ่งความแน่นอนและความคาดหมายผลได้ของคดีอีกด้วย ดังนั้น จึงควรกำหนดหลักเกณฑ์อันมีลักษณะดังกล่าวในการปรับใช้มาตรการทางกฎหมายอันสามารถนำทางให้แก่ศาลเมื่อต้องวินิจฉัยข้อเท็จจริงของคดีเพื่อปรับใช้มาตรการทางกฎหมาย โดยไม่ควรที่จะกำหนดให้มีทางเลือกอย่างกว้างขวางจนเกินสมควร และไม่กำหนดและพยายามแยกแยะความแตกต่างอันเล็กน้อยของแต่ละกรณี รวมทั้งหลีกเลี่ยงมาตรการที่มีลักษณะยืดหยุ่นเกินสมควร (Over-flexibility)

## 3) การคำนึงไว้ล่วงหน้าถึงการล้มละลายระหว่างประเทศ (Planning ahead for the international scenario)

แม้ว่าประเด็นเกี่ยวกับการล้มละลายระหว่างประเทศจะอยู่นอกเหนือขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ แต่เมื่อกลุ่มบริษัทนั้นเป็น โครงสร้างขององค์กรธุรกิจที่ได้รับความนิยมจากวิสาหกิจสมัยใหม่อย่างกว้างขวางทั่วโลก การกำหนดนโยบายหรือมาตรการทางกฎหมายอันเกี่ยวกับการล้มละลายของกลุ่มบริษัทย่อมควรคำนึงถึงการปรับใช้ต่อคดีการล้มละลายหรือฟื้นฟูกิจการระหว่างประเทศด้วยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ โดยการกำหนดและใช้หลักเกณฑ์อันมีลักษณะเป็นภาวะวิสัยและมีความชัดเจนจะมีส่วนช่วยอย่างสำคัญ นอกจากนี้ กรณีอาจยึดถือแนวทางเชิงสากล (Universalist approach) ซึ่งประสงค์ให้ใช้กระบวนการทางกฎหมายล้มละลายอย่างสากลร่วมกัน โดยให้กระบวนการทางกฎหมายดังกล่าวได้รับการบริหารจัดการโดยศาลเพียงแห่งเดียวและกฎหมายล้มละลายเพียงฉบับเดียวเท่านั้น

#### 4.2.3. การจำแนกกลุ่มบริษัทในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายต่อการล้มละลายของกลุ่มบริษัท

แนวทางในการพิจารณากำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อควบคุมกำกับหรือแก้ไขปัญหาทางกฎหมายอันเกิดขึ้นแก่กรณีของกลุ่มบริษัทนั้น นักกฎหมายส่วนใหญ่มีความเห็นตรงกันว่า แนวทางหรือวิธีการในการออกแบบหรือกำหนดมาตรการทางกฎหมายสามารถกระทำได้ใน 2 แนวทาง กล่าวคือ

แนวทางแรก คือ การกำหนดและปรับใช้มาตรการทางกฎหมายโดยอาศัยการจำแนกรูปแบบโครงสร้างของกลุ่มบริษัทในอันที่จะนำไปสู่ผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันออกไปในแต่ละรูปแบบ (Structural regulation)

แนวทางที่สอง คือ การกำหนดและปรับใช้มาตรการทางกฎหมายโดยมิได้อาศัยการจำแนกรูปแบบโครงสร้างของกลุ่มบริษัท หากแต่เป็นการพิจารณาถึงลักษณะเฉพาะในแต่ละความสัมพันธ์ นิติกรรม หรือธุรกรรมของกลุ่มบริษัทอันจะพึงเกี่ยวข้องกับการพิจารณาทางกฎหมายแต่ละประเด็น (Non-structural or Ad Hoc regulation)

ทั้งนี้ สิ่งสำคัญที่นักกฎหมายพึงจะต้องกระทำให้ได้ นั่น คือ การรักษาความสมดุลระหว่างในการเลือกปรับใช้แนวทางทั้งสองประการข้างต้นในกฎหมายแต่ละสาขาอันมีวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ที่แตกต่างกัน (Balance between structural and non-structural regulation) เนื่องจากแนวทางการกำหนดและปรับใช้มาตรการทางกฎหมายโดยอาศัยการจำแนกรูปแบบโครงสร้างของกลุ่มบริษัทนั้นย่อมมีความจำเป็นแต่เพียงในบางกรณี มิใช่ว่าการพิจารณากลุ่มบริษัทในทางกฎหมายทุกกรณีทุกประเด็นจักต้องอาศัยการจำแนกรูปแบบโครงสร้างของกลุ่มบริษัท<sup>175</sup>

<sup>175</sup> Tom Hadden, "Regulating corporate groups: An international perspective," in *Corporate control and accountability*, eds. Joseph McCahery, Sol Picciotto, and Colin Scott (New York: Oxford University Press, 1993), pp. 368-369.

สำหรับในกรณีการพิจารณาของกลุ่มบริษัทในเชิงของกฎหมายล้มละลายนั้น แม้จะได้พิจารณาไว้ข้างต้นแล้วว่ากรณีการล้มละลายของกลุ่มบริษัทนั้นเหมาะสมต่อการใช้แนวคิดที่เห็นว่าแนวทางหรือกระบวนการที่จะเข้ามาจัดการสภาวะการล้มละลายควรจะเป็นไปในลักษณะของการจัดการหรือแก้ไขสภาวะดังกล่าวพร้อมกันไปทีเดียวทั้งกลุ่ม โดยอาศัยการกำหนดมาตรการหรือกลไกในการเชื่อมโยงอันควรพิจารณาควบคู่ไปกับหลักการเบื้องต้นอันควรคำนึงถึงในการกำหนดและปรับใช้ 3 ประการดังกล่าวข้างต้นแล้ว แต่อย่างไรก็ดี แนวคิดดังกล่าวก็มิได้เป็นแนวคิดอันมีลักษณะเด็ดขาด (Absolute) กล่าวคือ หากเชื่อว่าแนวคิดและการกำหนดมาตรการหรือกลไกเชื่อมโยงเพื่อรักษามูลค่าร่วมกันของกิจการทั้งหมดของกลุ่มบริษัทเป็นส่วนรวมดังกล่าวจะมีความเหมาะสมแก่กลุ่มบริษัททุกกลุ่มทุกกรณีแต่อย่างใดไม่ ทั้งนี้ เนื่องจากรูปแบบ ลักษณะและระดับความสัมพันธ์ของกลุ่มบริษัทนั้นสามารถแปรเปลี่ยนได้ต่างๆ กันออกไปในแต่ละกลุ่มบริษัท แต่ละโครงสร้างของกลุ่มบริษัท แต่ละระดับความสัมพันธ์ระหว่างกันของบริษัทภายในกลุ่ม โดยมีปัจจัยประการต่างๆ จำนวนมากอันทำให้รูปแบบลักษณะและระดับความสัมพันธ์ดังกล่าวมีความแตกต่างกันออกไป ทั้งปัจจัยภายในของกลุ่มบริษัทเอง เช่น กลุ่มธุรกิจหรืออุตสาหกรรมที่ประกอบกิจการ ขนาดของกิจการ ระดับการควบคุมการประกอบกิจการของกฎหมาย สัญชาติของบริษัทแม่ นโยบายทางธุรกิจของบริษัทแม่ โครงสร้างการถือครองหุ้น การพึ่งพาระหว่างกันในด้านต่างๆ ของบริษัทภายในกลุ่ม รวมถึงลักษณะเฉพาะประการต่างๆ ของบริษัทย่อยแต่ละบริษัท เป็นต้นว่า ประเภทธุรกิจ ขนาดของกิจการ ผลประกอบการ ความยาวนานของการประกอบกิจการ เป็นต้น และปัจจัยภายนอกกลุ่มบริษัท เช่น ลักษณะและระดับการแข่งขัน นโยบายการควบคุมกำกับประกอบกิจการของรัฐบาล เป็นต้น ประกอบกับเมื่อพิจารณาถึงลักษณะหรือหลักสำคัญ 2 ประการของกลุ่มบริษัท คือ ความหลากหลายของบริษัทหรือหน่วยธุรกิจ (Diversity) และการรวมกลุ่มระหว่างกัน (Unity) ซึ่งลักษณะสำคัญทั้งสองประการดังกล่าวได้สะท้อนไปยังกฎหมายเป็นหลักกฎหมายสำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ หลักการความเป็นอิสระของบริษัท (Principle of corporate autonomy) และหลักการอำนาจการควบคุมบริษัท (Principle of corporate control) ดังนั้น รูปแบบลักษณะและระดับความสัมพันธ์ของกลุ่มบริษัทจึงสามารถแปรเปลี่ยนกันออกไปในแต่ละกลุ่มบริษัทตามระดับของการผสมผสานหลักการสำคัญทั้งสองประการดังกล่าวได้หลากหลายรูปแบบ (Creative and dynamic interplay of these contradictory elements) ดังนั้น กรณีจึงไม่อาจมีกลุ่มบริษัทสองกลุ่มที่มีความเหมือนกันทุกประการได้ (No two identical groups)<sup>176</sup>

<sup>176</sup> José Engrácia Antunes, *Liability of corporate groups: Autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German, and EEC law: An international and comparative perspective* (Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994), pp. 489-491.

เมื่อรูปแบบ ลักษณะและระดับความสัมพันธ์ของกลุ่มบริษัทนั้นสามารถแปรเปลี่ยนได้ในลักษณะต่างๆ กันออกไป และทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างกันของบริษัทภายในกลุ่มอาจเป็นกลุ่มบริษัทที่รวมตัวเข้ากัน (Integrated group) หรือเป็นกลุ่มบริษัทที่มีลักษณะและโครงสร้างรวมศูนย์อำนาจ (Centralized) หรือกระจายอำนาจ (Decentralized) ซึ่งระดับของการรวมกลุ่มของกลุ่มบริษัทในแต่ละกรณีเหล่านี้ยังมีความแตกต่างกันออกไปอีกในแต่ละกลุ่ม<sup>177</sup> ดังนั้น จึงมีเพียงกลุ่มบริษัทบางกลุ่มบางลักษณะเท่านั้นที่มีลักษณะอันเหมาะสมต่อการเอาแนวคิดดังกล่าวข้างต้น โดยอาศัยการกำหนดมาตรการหรือกลไกในการเชื่อมโยงประการต่างๆ หรือมีลักษณะกลุ่มบริษัทที่มีผลต่อนโยบายทางกฎหมายล้มละลาย (Bankruptcy policy) เช่น มีโครงสร้างหรืออำนาจบริหารที่เชื่อมโยงติดต่อกันอย่างเหนียวแน่น ดำเนินกิจการในธุรกิจต่อเนื่องหรือผูกขาด หรือมีธุรกรรมต่อเนื่องจำนวนมาก เป็นต้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การนำเอาแนวคิดและมาตรการหรือกลไกในการเชื่อมโยงมาปรับใช้นั้นต้องอาศัยการพิจารณาถึงรูปแบบ ลักษณะและระดับความสัมพันธ์ของกลุ่มบริษัทที่มีความเชื่อมโยงระหว่างกันทางเศรษฐกิจอย่างเพียงพอ (Economic integration) ในอันที่จะปรับใช้แนวคิดและมาตรการทางกฎหมายซึ่งจะเชื่อมโยงบริษัททั้งหลายภายในกลุ่มบริษัทเข้าด้วยกันในรูปแบบประการต่างๆ ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Legal integration) เพื่อก่อให้เกิดกระบวนการทางกฎหมายที่สามารถรักษามูลค่าร่วมกันของกิจการทั้งหมดของกลุ่มบริษัท

ดังนั้นแล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่ากรณีสมควรที่จะพิจารณาถึงลักษณะทางเศรษฐกิจ และการดำเนินกิจการของกลุ่มบริษัทเพื่อกำหนดรูปแบบหรือประเภทเบื้องต้นของกลุ่มบริษัทที่มีความเหมาะสมต่อการพิจารณาทางกฎหมายเสียก่อน แล้วจึงนำเอาแนวคิดการจัดการสถานะการล้มละลายพร้อมกันไปทีเดียวทั้งกลุ่มดังกล่าวมาปรับใช้เพื่อกำหนดมาตรการหรือกลไกในการเชื่อมโยงกลุ่มบริษัทในเชิงผลทางกฎหมายล้มละลายหรือการฟื้นฟูกิจการ โดยมุ่งปรับใช้กับกลุ่มบริษัทประเภทหนึ่งประเภทที่มีลักษณะและระดับความเชื่อมโยงทางเศรษฐกิจอย่างเพียงพอและเหมาะสมต่อมาตรการหรือกลไกทางกฎหมายอย่างหนึ่งอย่างใด หรืออาจกล่าวได้ว่าประเด็นสำคัญของการพิจารณากำหนดและปรับใช้มาตรการทางกฎหมายต่อการล้มละลายของกลุ่มบริษัทนั้นคือ การพิจารณาถึงระดับการรวมกลุ่มกันของกลุ่มบริษัททั้งในเชิงเศรษฐกิจและโครงสร้าง (Economically and organizationally integrated) และ

<sup>177</sup> Irit Mevorach, "Appropriate treatment of corporate groups in insolvency: A universal view," *European Business Organization Law Review* 8, 2 (2007): 186.

พิจารณาต่อไปว่าระดับของการรวมกลุ่มดังกล่าวจะส่งผลต่อการพิจารณากำหนดและปรับใช้มาตรการทางกฎหมายต่อการล้มละลายของกลุ่มบริษัทอย่างไร<sup>178</sup>

ในการพิจารณากำหนดรูปแบบหรือประเภทของกลุ่มบริษัทดังกล่าวนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าการกำหนดรูปแบบหรือการแบ่งประเภทกลุ่มบริษัทตามระดับการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจน่าจะมีความเหมาะสมต่อการพิจารณาและกำหนดมาตรการทางกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการมากกว่าการแบ่งในลักษณะอื่น กล่าวคือ การแบ่งตามลักษณะความสัมพันธ์ การแบ่งตามลักษณะโครงสร้างของกลุ่มบริษัท หรือการแบ่งกลุ่มบริษัทตามเขตภูมิศาสตร์ ทั้งนี้ ตามที่ได้พิจารณาแล้วในบทที่ 2 เนื่องมาจากการแบ่งกลุ่มบริษัทตามระดับการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจเป็นการพิจารณาถึงความเป็นจริงทางเศรษฐกิจจากลักษณะประการต่างๆ ของกลุ่มบริษัทซึ่งมีรายละเอียดครบถ้วนกว่า และการพิจารณาถึงระดับการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจดังกล่าวจัสอดคล้องกับการพิจารณาถึงระดับและประเภทของมาตรการทางกฎหมายเพื่อรวมกลุ่มบริษัทเข้าด้วยกันในเชิงกฎหมาย หรือคือการใช้ระดับการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจเพื่อชี้ระดับการรวมกลุ่มทางกฎหมายโดยอาศัยมาตรการหรือกลไกเชื่อมโยงกลุ่มบริษัททางกฎหมาย นอกจากนี้ ยังมีที่มาจากการพิจารณาคำพิพากษาในคดีซึ่งเกี่ยวข้องกับกลุ่มบริษัทในประเด็นข้อกฎหมายด้านต่างๆ ที่มีให้นำเอาหลักการหรือแนวคิดที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียว (Enterprise principle) มาปรับใช้แก่คดี และได้้นำเอาหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่ศาลใช้ในการพิจารณาว่าความสัมพันธ์ของกลุ่มบริษัทที่เป็นคดีความอยู่ถือได้ว่าเป็นการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ (Economic unity) หรือไม่นั้น มาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาแบ่งแยกรูปแบบ ลักษณะ หรือระดับความสัมพันธ์ของกลุ่มบริษัท ทำให้การพิจารณาแบ่งกลุ่มในลักษณะดังกล่าวน่าจะมีความเหมาะสมต่อการปรับใช้ในเชิงผลทางกฎหมายได้ดีกว่าการแบ่งรูปแบบของกลุ่มบริษัทในลักษณะอื่นๆ ข้างต้น

### 1) หลักเกณฑ์การจำแนกรูปแบบของกลุ่มบริษัทตามระดับการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ

หลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาถึงการระดับการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจดังกล่าวผู้เขียนจะอาศัยแนวทางตามที่มีนักกฎหมายท่านหนึ่งของประเทศสหรัฐอเมริกาได้พิจารณากำหนดไว้อันประกอบด้วย ระดับของอำนาจควบคุม การรวมกันทางเศรษฐกิจ การพึ่งพากันทางการเงิน การพึ่งพากันทางการบริหาร

<sup>178</sup> United Nations Commission on International Trade Law, "Treatment of corporate group in insolvency note by the secretariat, a/cn.9/wg.V/wp.76," New York, 2007. (Online), p. 3.

จัดการ โครงสร้างการทำงานที่ทับซ้อนกัน ภาพลักษณ์ร่วมกันของกลุ่ม ทั้งนี้ ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 2\*

## 2) รูปแบบของกลุ่มบริษัทตามระดับการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาถึงการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจข้างต้น ประกอบกับการแบ่งประเภทของกลุ่มบริษัทในเบื้องต้นตามที่พิจารณาไว้แล้วในบทที่ 2 ผู้เขียนขอแบ่งรูปแบบของกลุ่มบริษัทเพื่อประโยชน์ในการพิจารณากำหนดและปรับใช้มาตรการและกลไกในการเชื่อมโยงกลุ่มบริษัทในทางกฎหมายล้มละลายออกเป็น 3 รูปแบบโดยปรับปรุงจากที่พิจารณาไว้เดิม ดังนี้

### ก) กลุ่มบริษัทที่รวมตัวกันอย่างเหนียวแน่น (Strongly integrated group)

รูปแบบนี้เป็นกลุ่มบริษัทที่บริษัทแม่และบริษัทย่อยรวมตัวกันจนเป็นหน่วยธุรกิจเดียว (Single business enterprise) โดยมีการประกอบกิจการในประเภทเดียวกันและเกี่ยวเนื่องกันซึ่งทำให้ต้องมีการซื้อขายหรือทำธุรกรรมระหว่างกันอยู่เสมอและเป็นจำนวนมาก มีการใช้อำนาจควบคุมระหว่างกันในระดับสูงอย่างมีนัยสำคัญ (Centralized) แม้ว่าอาจจะมิได้เข้าไปควบคุมการดำเนินกิจการประจำวันก็ตาม นอกจากนี้ ยังมีการใช้เครื่องหมายการค้าร่วมหรือเป็นเครื่องหมายกลุ่มและมีภาพลักษณ์อันปรากฏต่อสาธารณชนร่วมกันซึ่งมักปรากฏในรายงานประจำปีและเอกสารต่างๆ เกี่ยวกับบริษัทในกลุ่ม และมักจะรวมถึงการพึ่งพากันทางการเงิน การพึ่งพากันทางการบริหารจัดการ และการจ้างผู้บริหารและพนักงานรวมทั้งการบริหารจัดการ การฝึกอบรม และการดูแลผลประโยชน์ผู้บริหารและพนักงานร่วมกันด้วย

### ข) กลุ่มบริษัทที่รวมตัวเข้ากัน (Integrated group)

รูปแบบนี้เป็นกลุ่มบริษัทที่การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจด้านต่างๆ ระหว่างกันในกลุ่มบริษัทมีระดับที่ลดลงจากกลุ่มบริษัทที่รวมตัวกันอย่างเหนียวแน่น ทั้งในด้านของการใช้อำนาจควบคุมโดยบริษัทที่แทรกแซงการดำเนินกิจการของบริษัทย่อยที่ลดลง การลดการพึ่งพากันทางการเงินและการ

\* โปรดดูบทที่ 2 หัวข้อที่ 2.4.2

บริหารจัดการ และความแตกต่างกันของประเภทกิจการที่ดำเนินกิจการกันในกลุ่ม หรือกล่าวโดยย่อคือ บริษัทในกลุ่มนั้นมีความเป็นอิสระในการดำเนินกิจการมากขึ้นและอำนาจการตัดสินใจในด้านต่างๆ จะมีลักษณะเป็นการกระจายศูนย์อำนาจมากขึ้น

### ก) กลุ่มบริษัทที่รวมตัวกันอย่างไม่เหนียวแน่น (Weakly integrated group)

รูปแบบนี้เป็นกลุ่มบริษัทที่การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจด้านต่างๆ ระหว่างกันในกลุ่มบริษัทมีระดับที่ลดลงไปอีกไปจนถึงระดับที่มีความเกี่ยวพันในระหว่างกลุ่มบริษัทเองน้อยมาก (Decentralized) เช่น มีเพียงแค่การรวมกลุ่มทางด้านโครงสร้างการถือครองหุ้นเท่านั้น เป็นต้น

ทั้งนี้ ในส่วนของรูปแบบกลุ่มบริษัทที่ประกอบกิจการหลายประเภท (Conglomerate) นั้น ผู้เขียนมิได้นำมาพิจารณาไว้ ณ ที่นี้ด้วย เนื่องด้วยเห็นว่า รูปแบบดังกล่าวมิได้มีความสำคัญต่อการแบ่งรูปแบบของกลุ่มบริษัทโดยอาศัยการพิจารณาถึงระดับการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจอย่างมีนัยสำคัญ และน่าจะไม่สามารถนำมาปรับใช้ในทางกฎหมายได้ เพราะเหตุว่าเป็นรูปแบบกลุ่มบริษัทที่บริษัทแม่และบริษัทย่อยประกอบกิจการต่างประเภทกิจการกันและมิได้มีการซื้อขายหรือทำธุรกรรมระหว่างกันเป็นประจำ โดยที่บริษัทแม่มักจะเข้ามาควบคุมกำกับบริษัทย่อยในด้านเงินทุนของกิจการและงบประมาณในการดำเนินกิจการเพื่อให้กลุ่มบริษัทสามารถสร้างผลกำไรให้มากที่สุด นอกจากนี้ ยังมีการจ้างพนักงานและผู้บริหารร่วมกันระหว่างกัน รวมทั้งบริษัทในกลุ่มบริษัทนี้มีแนวโน้มที่จะเสนอหรือแสดงตนว่าเป็นสมาชิกหนึ่งของกลุ่มบริษัท ส่วนในเรื่องของการพึ่งพากันทางการเงินและการพึ่งพากันทางการบริหารจัดการนั้นในแต่ละกลุ่มมักจะมึระดับของการพึ่งพากันแตกต่างกันออกไป ดังนี้ จะเห็นได้ว่าภายในกลุ่มบริษัทรูปแบบนี้อาจสามารถแบ่งแยกย่อยรูปแบบ ลักษณะ และระดับความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทต่างๆ ได้อีกชั้นหนึ่ง โดยกรณีอาจเป็นไปได้ทั้งกลุ่มบริษัทที่รวมตัวกันอย่างเหนียวแน่น (Strongly integrated group) กลุ่มบริษัทที่รวมตัวเข้ากัน (Integrated group) และกลุ่มบริษัทที่รวมตัวกันอย่างไม่เหนียวแน่น (Weakly integrated group) และด้วยเหตุดังกล่าวนี้เอง ผู้เขียนจึงเห็นว่าการแบ่งกลุ่มบริษัทออกเป็นรูปแบบดังกล่าวนี้ไม่น่าจะนำมาใช้ประโยชน์ในเชิงกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งการพิจารณากำหนดและปรับใช้มาตรการหรือกลไกทางกฎหมายสัมลະลายต่อกลุ่มบริษัทได้ในตัวเอง

### 3) ข้อสังเกตของการจำแนกรูปแบบของกลุ่มบริษัท

จากการพิจารณาจำแนกรูปแบบของกลุ่มบริษัทตามระดับการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ ผู้เขียนขอกล่าวถึงข้อสังเกตที่มีต่อการจำแนกรูปแบบของกลุ่มบริษัทข้างต้น 2 ประการ ดังนี้

### ก) รูปแบบความสัมพันธ์อันหลากหลายของกลุ่มบริษัท

เนื่องด้วยโครงสร้างของกลุ่มบริษัทแต่ละกลุ่มนั้นมีขนาดใหญ่และมีความสลับซับซ้อน ประกอบกับแนวทางหรือนโยบายการบริหารจัดการ โครงสร้างภายในกลุ่มบริษัท ทำให้รูปแบบ ลักษณะ และระดับความสัมพันธ์ระหว่างกันภายในกลุ่มบริษัทนั้นอาจมีความแตกต่างกันออกไปได้ หลากหลายรูปแบบ ทั้งที่เป็นกลุ่มบริษัทที่รวมตัวกันอย่างเหนียวแน่น (Strongly integrated group) กลุ่มบริษัทที่รวมตัวเข้ากัน (Integrated group) และกลุ่มบริษัทที่รวมตัวกันอย่างไม่เหนียวแน่น (Weakly integrated group) ซึ่งอาจรวมกันอยู่ภายในกลุ่มบริษัทเพียงกลุ่มเดียว ดังนั้น การพิจารณากำหนดรูปแบบของกลุ่มบริษัท รวมทั้งการกำหนดและปรับใช้ซึ่งมาตรการหรือกลไกทางกฎหมายย่อมต้องพึงคำนึงข้อเท็จจริงดังกล่าวและกำหนดปรับใช้ให้เหมาะสมกับรูปแบบความสัมพันธ์แต่ละลักษณะด้วยเสมอ

### ข) ความเห็นแย้งของการจำแนกรูปแบบของกลุ่มบริษัท (Antithesis) ในทางกฎหมาย

แม้ว่าแนวทางการจำแนกกลุ่มบริษัทตามระดับการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจซึ่งได้มีนักกฎหมายท่านหนึ่งศึกษาไว้ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวแล้วข้างต้นน่าจะมีความเหมาะสมต่อการกำหนดและปรับใช้ซึ่งมาตรการทางกฎหมายมากกว่าการจำแนกกลุ่มบริษัทในลักษณะอื่น แต่แนวทางดังกล่าวนี้คงเป็นเพียงความคิดเห็นหรือข้อสมมติฐานของผู้เขียนเท่านั้นมิได้มีลักษณะสมบูรณ์เด็ดขาดหรือสามารถปรับใช้แก่การพิจารณาในเชิงกฎหมายได้ทุกกรณีแต่ประการใด หากแต่ยังมีนักกฎหมายท่านหนึ่งมีความเห็นและข้อสมมติฐานที่แตกต่างออกไป (Antithesis) โดยเห็นว่าเราไม่อาจแบ่งแยกรูปแบบหรือลักษณะของกลุ่มบริษัทได้อย่างชัดเจน ทั้งการแบ่งแยกที่ละเอียดไปกว่าระหว่างรูปแบบกลุ่มบริษัทที่รวมศูนย์อำนาจ (Centralized group) และกลุ่มบริษัทที่กระจายศูนย์อำนาจ (Decentralized group) หรือแม้กระทั่งการกำหนดขอบเขตอย่างชัดเจนว่ากลุ่มบริษัทหนึ่งเป็นรูปแบบใดในระหว่างรูปแบบ 2 ประการข้างต้นก็ยังมีอาจจะกระทำได้โดยปราศจากข้อโต้แย้ง ทั้งนี้ เนื่องจากรูปแบบทั้งสองประการดังกล่าวนี้เป็นผลของหลักการหรือแนวคิดสำคัญที่อยู่คนละด้านกันสองประการ คือ หลักการความเป็นอิสระของบริษัท



(Principle of corporate autonomy) และหลักการอำนาจการควบคุมบริษัท (Principle of corporate control) ซึ่งในความเป็นจริงแล้วย่อมไม่มีรูปแบบหรือลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างกันในกลุ่มบริษัทใดที่มีลักษณะอยู่ตรงข้ามใดข้อหนึ่งหรือด้านใดด้านหนึ่งข้างต้น กล่าวคือ ไม่ปรากฏทั้งกลุ่มบริษัทที่บริษัทในกลุ่มยังคงมีความเป็นอิสระอย่างเต็มที่เฉกเช่นบริษัทเดี่ยวทั่วไป และกลุ่มบริษัทที่บริษัทในกลุ่มถูกควบคุมอย่างเต็มที่ในทุกด้านของการดำเนินกิจการโดยบริษัทแม่ หากแต่รูปแบบ ลักษณะ หรือระดับความสัมพันธ์ในกลุ่มบริษัทนั้นจักเกิดขึ้นในช่องว่างระหว่างสองด้านนี้ได้หลากหลายรูปแบบ โดยสะท้อนถึงการควบรวมกันระหว่างหลักการหรือรูปแบบ 2 ประการดังกล่าว (Combination or mixture of autonomy and control or centralization and decentralization) นอกจากนี้ ลักษณะความสัมพันธ์ในประการต่างๆ นั้น ย่อมจักแปรเปลี่ยนไปในแต่ละกลุ่ม (From group to group) หรืออีกนัยหนึ่งคือ ย่อมไม่อาจมีกลุ่มบริษัท 2 กลุ่มที่เหมือนกันในทุกอย่าง ในแต่ละบริษัทย่อย (From subsidiary to subsidiary) ในแต่ละด้าน (From area to area) และแต่ละเรื่องกรณี (From decision to decision) <sup>179</sup> และเมื่อโครงสร้างของกลุ่มบริษัทนั้นประกอบขึ้นด้วยลักษณะสำคัญ 2 ประการ ความหลากหลายของบริษัทหรือหน่วยธุรกิจ (Diversity) และการรวมกลุ่มระหว่างกัน (Unity) แนวทางการพิจารณากลุ่มบริษัทเพื่อกำหนดถึงความรับผิดชอบกฎหมายจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของลักษณะสำคัญทั้งสองประการดังกล่าว มิใช่พิจารณาเฉพาะแต่ความหลากหลายของบริษัทหรือหน่วยธุรกิจแต่กลับละเลยการรวมกลุ่มระหว่างกันเหมือนกับแนวคิดที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกันซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นแกนนำสำคัญ หรือพิจารณาเฉพาะแต่การรวมกลุ่มระหว่างกันแต่กลับละเลยความหลากหลายของบริษัทหรือหน่วยธุรกิจเหมือนกับแนวคิดที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียวในลักษณะที่กลุ่มประเทศสหภาพยุโรปพยายามนำไปใช้ และต้องมีใ้การพยายามแยกลักษณะสำคัญทั้งสองประการออกจากกันดังแนวทางของกฎหมายเยอรมัน <sup>180</sup> นักกฎหมายท่านนี้จึงเห็นว่าการพิจารณาถึงความรับผิดชอบระหว่างกันของกลุ่มบริษัทนั้นจำต้องอาศัยระบบความรับผิดชอบผสมซึ่งสามารถยืดหยุ่นได้ (Flexible and hybrid system of liability imputation) โดยไม่อาศัยการพิจารณาจำแนกรูปแบบของกลุ่มบริษัทระหว่างรูปแบบกลุ่มบริษัทที่รวมศูนย์อำนาจ (Centralized group) และกลุ่มบริษัทที่กระจายศูนย์อำนาจ (Decentralized group) ซึ่งไม่อาจกระทำได้อย่างชัดเจน หากแต่ประเด็นสำคัญคือ การพิจารณาลักษณะสำคัญทั้งสองประการข้างต้นจากความสัมพันธ์อันหนึ่งอันใด

<sup>179</sup> José Engrácia Antunes, *Liability of corporate groups: Autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German, and EEC law: An international and comparative perspective* (Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994), pp. 206-208.

<sup>180</sup> *Ibid.*, pp. 382-384.

ระหว่างกันของบริษัทภายในกลุ่มเป็นการเฉพาะว่าการพิจารณาและตัดสินใจในทางธุรกิจอันก่อให้เกิดความรับผิดชอบนั้นเป็นไปโดยการพิจารณาและตัดสินใจอย่างอิสระของบริษัทย่อยหรือด้วยอำนาจควบคุมของบริษัทแม่<sup>181</sup>

กระนั้นก็ดี ด้วยความเคารพต่อนักกฎหมายท่านนี้ ผู้เขียนยังคงเห็นว่าแนวทางน่าจะมุ่งประสงค์ที่จะปรับใช้แก่การพิจารณาถึงความรับผิดชอบระหว่างกันของกลุ่มบริษัทเท่านั้น ไม่อาจนำไปปรับใช้แก่การพิจารณาเกี่ยวกับกลุ่มบริษัทในทุกกรณี และไม่น่าจะเหมาะสมหากจะนำมาปรับใช้แก่การพิจารณา กำหนดและปรับใช้ซึ่งมาตรการหรือกลไกเชื่อมโยงในเชิงของกฎหมายล้มละลายหรือฟื้นฟูกิจการ เนื่องจากการพิจารณากำหนดและปรับใช้ดังกล่าวนี้ควรพิจารณาถึงโครงสร้างหรือรูปแบบของกลุ่มบริษัทอย่างกว้างๆ เสียก่อนเพื่อให้สามารถเลือกและปรับใช้มาตรการทางกฎหมายในกระบวนการวิธีพิจารณาได้อย่างเหมาะสม และสามารถรักษามูลค่าร่วมกันของกิจการทั้งหมดของกลุ่มบริษัทเป็นส่วนรวม มิใช่จะอาศัยเพียงแต่การพิจารณาความสัมพันธ์อันหนึ่งอันใดระหว่างกันของบริษัทภายในกลุ่มเป็นการเฉพาะเฉกเช่นการพิจารณาถึงความรับผิดชอบระหว่างกันของกลุ่มบริษัทข้างต้นได้ นอกจากนี้ แม้นักกฎหมายหลายท่านจะมีความเห็นว่า เนื่องด้วยกลุ่มบริษัทมีความซับซ้อนและมีลักษณะเฉพาะตัวที่หลากหลายจึงไม่มีประโยชน์ประการใดที่จะกำหนดบทนิยามว่าด้วยกลุ่มบริษัทหรือโครงสร้างของกลุ่มบริษัทในลักษณะที่เป็นสากล หากแต่ต้องอาศัยการพิจารณาอย่างรอบคอบในแต่ละระบบกฎหมาย และแต่ละประเด็น รวมไปถึงการปรับใช้มาตรการทางกฎหมายต่อกลุ่มบริษัทเพื่อความประสงค์เฉพาะเรื่องไป (Ad hoc basis) แต่นักกฎหมายก็ยังคงมีความเห็นกันว่า ในบางประเด็นหรือบางสาขาของกฎหมายที่เป็นการพิจารณาถึงผลของกลุ่มบริษัทอันจะพึงมีในทางกฎหมายโดยเฉพาะ หรือที่ต้องอาศัยการพิจารณารูปแบบหรือโครงสร้างของกลุ่มบริษัทเป็นภาพรวมแล้ว กรณีย่อมจะมีความเหมาะสมและสมเหตุสมผลที่จะจำแนกรูปแบบหรือลักษณะของกลุ่มบริษัท (Structural basis) และปรับใช้มาตรการทางกฎหมายที่แตกต่างกันออกไปได้<sup>182</sup>

<sup>181</sup> Ibid., p. 495.

<sup>182</sup> Dan D. Prentice, "Some comments on the law relating to corporate groups," in *Corporate control and accountability*, eds. Joseph McCahery, Sol Picciotto, and Colin Scott (New York: Oxford University Press, 1993), pp.371-373.

## 4.3 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายต่อการล้มละลายของกลุ่มบริษัทของประเทศไทย

ภายหลังจากที่ได้พิจารณาถึงหลักเกณฑ์การจำแนกรูปแบบของกลุ่มบริษัทและรูปแบบของกลุ่มบริษัทดังกล่าวแล้ว ในส่วนนี้จักได้พิจารณาถึงแนวทางการพิจารณากำหนดปรับใช้ซึ่งมาตรการหรือกลไกทางกฎหมายในการเชื่อมโยงบริษัทต่างๆ ภายในกลุ่มบริษัทเข้าด้วยกันเพื่อผลในทางกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการอันจักทำให้กระบวนการทางกฎหมายดำเนินไปอย่างรวดเร็วมีประสิทธิภาพ และรักษามูลค่าร่วมกันของกิจการกลุ่มบริษัท

### 4.3.1 ข้อพิจารณาเบื้องต้น

การพิจารณากำหนดและปรับใช้มาตรการหรือกลไกทางกฎหมายในการเชื่อมโยงกลุ่มบริษัทนั้นจะมีความเกี่ยวข้องกับแนวทางและระดับการยอมรับแนวคิดที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกัน (Separate entity approach or entity principle) และแนวคิดที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียว (Single enterprise approach or enterprise principle) ซึ่งได้กล่าวถึงในบทที่ 2 ข้างต้น แม้ว่าโดยทั่วไปแล้วกฎหมายสาขาต่างๆ รวมทั้งกฎหมายล้มละลายจะให้การยอมรับแนวคิดที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกันและเคารพสภาพนิติบุคคลของแต่ละบริษัทเป็นหลักการสำคัญ แต่ในบางกรณีอันสมควรกฎหมายล้มละลายของหลายประเทศได้นำมาเอามาตรการทางกฎหมายบางประการอันเป็นการปฏิเสธแนวคิดที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกัน<sup>183</sup> และนำเอาแนวคิดที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียวมาแทนที่ ซึ่งกฎหมายล้มละลายนั้นนับได้ว่าเป็นกฎหมายที่ยอมรับเอาแนวคิดที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียวมากที่สุดสาขาหนึ่งเลยทีเดียว ดังจะเห็นได้จากประเทศสหรัฐอเมริกา นิวซีแลนด์ และออสเตรเลียต่างก็นำเอา

<sup>183</sup> United Nations Commission on International Trade Law, "Treatment of enterprise groups in insolvency, note by the secretariat (continued), a/cn.9/wg.V/wp.78/add.1," Vienna, 2007. (Online), p.1.

\* ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายภาษีอากรก็น่าจะเป็นอีกสาขาหนึ่งที่มีการนำเอาแนวคิดกล่าวไปปรับใช้มากเช่นกัน และอีกศาสตร์หนึ่งมีอาจถือได้ว่ายอมรับเอาแนวคิดดังกล่าวไปปรับใช้เช่นกันและอาจจะยอมรับในระดับที่มากกว่าในเชิงนิติศาสตร์ด้วยคือ ศาสตร์ว่าด้วยการบัญชี ซึ่งมาตรฐานการบัญชีของประเทศต่างๆ รวมทั้งประเทศไทย ได้กำหนดให้บริษัทใหญ่บริษัทย่อยซึ่งมีอำนาจควบคุมระหว่างกันไม่ว่าในรูปแบบใดต้องจัดทำและแสดงงบการเงินรวม ซึ่งต้องตัดรายการระหว่างกันออกจนหมดสิ้น โดยให้ความสำคัญกับแนวคิดทางบัญชีว่า เนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบ ต้อง

มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทไปปรับใช้ต่อคดีการล้มละลายของกลุ่มบริษัทแล้วในรูปแบบและระดับต่างๆ<sup>184</sup> และกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ยอมรับเอาแนวคิดที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียวไปปรับใช้กับกรณีของกลุ่มบริษัทมากขึ้นเรื่อยๆ เพื่อรักษาไว้ซึ่งนโยบายทางกฎหมายด้านต่างๆ มิให้มีการหลบเลี่ยงโดยอาศัยการใช้กลุ่มบริษัทได้<sup>185</sup> แม้มาตรการทางกฎหมายบางอย่างที่ถูกลำเอียงไปใช้ยังคงมีความเกี่ยวข้องกับหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท แต่มาตรการอีกหลายอย่างก็มิได้มีความเกี่ยวข้องพันกับหลักการดังกล่าวแม้ว่าอาจนำไปสู่ผลลัพธ์ที่คล้ายคลึงกันได้บ้างในบางกรณี<sup>186</sup>

อย่างไรก็ดี วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มิได้มีวัตถุประสงค์หรือขอบเขตที่จะพิจารณาว่าข้อดีและข้อเสียของแนวคิดทั้งสองประการข้างต้น และผู้เขียนก็มิได้ความเห็นว่าเป็นแนวคิดประการหนึ่งดีกว่าหรือเหนือกว่าแนวคิดอีกประการหนึ่งแต่อย่างใด หากแต่คงเป็นที่ยอมรับกันว่าแนวคิดที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียวน่าจะมีความเหมาะสมต่อการปรับใช้แก่กรณีของกลุ่มบริษัทมากกว่าในบางกรณี และมีอิทธิพลที่สำคัญกว่าต่อการกำหนดและปรับใช้ซึ่งมาตรการหรือกลไกทางเชื่อมโยงกลุ่มบริษัทในเชิงกฎหมายล้มละลาย กระนั้นก็ดี แนวคิดที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคล

---

มองข้ามเส้นแบ่งเขตตามกฎหมายออกไปหาข้อเท็จจริงที่ว่า แท้จริงแล้ว บริษัทใหญ่และบริษัทย่อยคือ บุคคลคนเดียวกัน แม้ว่าตามรูปแบบของกฎหมายจะเป็นนิติบุคคลที่แยกออกจากกัน นอกจากนี้ ยังเห็นว่า การแสดงงบการเงินที่แยกบริษัททั้งสองออกจากกัน เพื่อให้เป็นไปตามรูปแบบของกฎหมายมีแค่จะทำให้หนักลงทุนเข้าใจฐานะการเงินและผลการดำเนินงานของบริษัททั้งสองผิดไป ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อความตัดสินใจของนักลงทุนได้ เนื่องจาก งบการเงินเฉพาะบริษัทให้ข้อมูลตัวเลขที่ไม่มีความหมายและไม่สะท้อนข้อเท็จจริงทางธุรกิจ โปรดดู ภาพร เอกอรรดพร, ฐิติชัย มีประโยชน์ (นนทบุรี: สถาบันกัทธ, 2545), หน้า 171-180.

<sup>184</sup> Alison McCourt, "A comparative study of the doctrine of corporate groups with special emphasis on insolvency," Paper presented at 2007 Oxford Business & Economics Conference Program, Oxford University, United Kingdom, 24-26 June 2007, pp. 9-10.

<sup>185</sup> United Nations Commission on International Trade Law, "Treatment of corporate group in insolvency note by the secretariat, a/cn.9/wg.V/wp.74," Vienna, 2006. (Online), p. 16.

<sup>186</sup> United Nations Commission on International Trade Law, "Treatment of enterprise groups in insolvency, note by the secretariat (continued), a/cn.9/wg.V/wp.78/add.1," Vienna, 2007. (Online), p. 2.

แยกกันยังคงมีความสำคัญอยู่ไม่น้อยโดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นที่มีความเกี่ยวข้องกับหลักการความรับผิดชอบจำกัดของผู้ถือหุ้น<sup>187</sup>

ในการพิจารณาแนวทางการกำหนดปรับใช้ซึ่งมาตรการหรือกลไกทางกฎหมายในการเชื่อมโยงบริษัทต่างๆ ภายในกลุ่มบริษัทเข้าด้วยกันเพื่อผลในทางกฎหมายล้มละลายนั้น ผู้เขียนเห็นว่าขั้นตอนต่อไปหลังจากที่ได้พิจารณาจำแนกรูปแบบลักษณะอย่างกว้างของกลุ่มบริษัทแล้ว กรณีควรจำแนกประเภทของมาตรการทางกฎหมายอย่างกว้างเพื่อเป็นแนวทางในการปรับใช้กับแต่ละรูปแบบของกลุ่มบริษัท โดยมาตรการหรือกลไกหลักในทางกฎหมายล้มละลายนั้นอาจแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่มใหญ่ คือ มาตรการทางกฎหมายในเชิงวิธีพิจารณา กับมาตรการทางกฎหมายในเชิงสารบัญญัติ โดยมาตรการทางกฎหมายในเชิงวิธีพิจารณานั้นมุ่งเน้นให้เกิดความสะดวกและควมมีประสิทธิภาพของกระบวนการทางกฎหมายมิได้เป็นมาตรการที่มีลักษณะรุนแรงหรือสุดขั้วเนื่องจากไม่เป็นอันกระทบกระทั่งต่อสิทธิหน้าที่ของผู้มีส่วนได้เสียในเชิงสารบัญญัติ ส่วนมาตรการทางกฎหมายในเชิงสารบัญญัติโดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทนั้นจะเป็นมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของผู้มีส่วนได้เสียในเชิงสารบัญญัติ และอาจมีลักษณะเป็นมาตรการที่สุดขั้วเพื่อแก้ไขสภาพการณ์ที่สุดขั้วเช่นกัน โดยอาจมีลักษณะที่ขัดแย้งกับแนวคิดที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกันและหลักการความรับผิดชอบจำกัดของผู้ถือหุ้นอีกด้วย ดังนี้แล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่าโดยทั่วไปแล้วการกำหนดและปรับใช้ซึ่งมาตรการทางกฎหมายในเชิงสารบัญญัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทนั้นควรปรับใช้กับกลุ่มบริษัทที่รวมตัวกันอย่างเหนียวแน่น (Strongly integrated group) และปรับใช้มาตรการทางกฎหมายในเชิงวิธีพิจารณากับกลุ่มบริษัทที่รวมตัวเข้ากัน (Integrated group) โดยอาจปรับใช้แก่กลุ่มบริษัทที่รวมตัวกันอย่างเหนียวแน่นได้ด้วย หากพิจารณาแล้วกรณีเป็นที่เห็นว่าโดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มไม่เหมาะสมหรือไม่เป็นธรรม ส่วนกลุ่มบริษัทที่รวมตัวกันอย่างไม่เหนียวแน่น (Weakly integrated group) นั้น โดยหลักแล้วควรให้ดำเนินกระบวนการทางกฎหมายล้มละลายตามปกติเช่นเดียวกันกับบริษัทเดี่ยวทั่วไป เนื่องจากกรณีไม่มีลักษณะการรวมกลุ่มระหว่างกันอย่างเพียงพอและเหมาะสมในอันที่จะนำเอามาตรการทางกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้เพื่อเชื่อมโยงกลุ่มบริษัทนี้ในทางกฎหมายล้มละลายซึ่งนักกฎหมายผู้เชี่ยวชาญในประเด็นการล้มละลายและฟื้นฟูกิจการของกลุ่มบริษัทต่างก็มีความเห็นที่

<sup>187</sup> Phillip I. Blumberg, *The law of corporate groups: Problems in the bankruptcy or reorganization of parent and subsidiary corporations, including the law of corporate guaranties* (Boston: Little, Brown and Company, 1990), p. 700.

สอดคล้องกับแนวทางข้างต้น กล่าวคือ กรณีมีความจำเป็นที่จะต้องแบ่งแยกประเภทมาตรการทางกฎหมายในเชื่อมโยงกลุ่มบริษัทเป็น 2 ประเภท ซึ่งจะไปเกี่ยวข้องกับกลุ่มบริษัท 2 ประเภทใหญ่ คือ กลุ่มบริษัทที่รวมตัวเข้ากัน (Integrated group) และกลุ่มบริษัทที่รวมตัวกันอย่างเหนียวแน่น (Strongly integrated group)<sup>188</sup> และหรืออีกนัยหนึ่งก็คือ ควรนำเอามาตรการบริหารจัดการคดีร่วมกันมาใช้กับกลุ่มบริษัทที่รวมตัวกันโดยทั่วไปกรณีหนึ่ง และควรที่จะนำเอามาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินในฐานะที่เป็นข้อยกเว้นมาปรับใช้กับกลุ่มบริษัทที่รวมตัวกันเหนียวแน่นเป็นพิเศษ<sup>189</sup>

กระนั้นก็ดี ผู้เขียนมิได้หมายความว่า หากกลุ่มบริษัทที่กำลังพิจารณาอยู่มีลักษณะเป็นรูปแบบหนึ่งรูปแบบใดข้างต้นแล้ว จะมีความเหมาะสมที่จะนำเอามาตรการทางกฎหมายอย่างไรๆ มาปรับใช้ได้ทันที (Kneejerk solution) แต่อย่างไร หากแต่คงเป็นเพียงแนวโน้มนหรือข้อสันนิษฐานได้เบื้องต้นเท่านั้น กรณียังต้องประกอบด้วยเหตุแห่งความจำเป็นของการเชื่อมโยง (Integration or linking) บริษัททั้งหลายภายในกลุ่มบริษัทเข้าไว้ด้วยกันในผลทางกฎหมายรูปแบบต่างๆ กล่าวคือ ประโยชน์ในการรักษาและเพิ่มพูนมูลค่าร่วมกันของกิจการกลุ่มบริษัท (Maximization of group value of assets) อันจะพึงได้รับร่วมกันจากการเชื่อมโยงในทางกฎหมายดังกล่าว ทั้งนี้ เนื่องจากในบางกรณีแม้กลุ่มบริษัทจะมีการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจระหว่างกันแต่การปรับใช้มาตรการหรือกลไกเชื่อมโยงทางกฎหมายอาจไม่มีความจำเป็นหรือไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ในเชิงกระบวนการทางกฎหมายล้มละลายหรือฟื้นฟูกิจการ นอกจากนี้ยังต้องอาศัยการพิจารณาหลักเกณฑ์เฉพาะกรณีของแต่ละมาตรการและนโยบายทางกฎหมายล้มละลายประกอบด้วยอีกชั้นหนึ่ง

นอกจากนี้ ในการกำหนดและปรับใช้มาตรการหรือกลไกทางกฎหมายดังกล่าวนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ควรนำเอาแนวทางของทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและของ UNCITRAL มาพิจารณาควบคู่กัน โดยอาจใช้แนวทางของ UNCITRAL ในภาพกว้างสำหรับพิจารณามาตรการทางกฎหมาย เนื่องจากในปัจจุบันยังคงไม่มีกฎหมายล้มละลายของประเทศใดเลยที่กำหนดไว้ถึงมาตรการทางกฎหมายต่อการล้มละลายของกลุ่มบริษัทไว้อย่างครบถ้วนตลอดสายอย่างแนวทางของ UNCITRAL ซึ่งได้พิจารณามาตรการทางกฎหมายหลักใหญ่ไว้ครบถ้วน แต่อย่างไรก็ดี แนวทางของ UNCITRAL จะมีได้พิจารณากำหนด

<sup>188</sup> Irit Mevorach, "Appropriate treatment of corporate groups in insolvency: A universal view," *European Business Organization Law Review* 8, 2 (2007): 195-191.

<sup>189</sup> Interview with Neil Cooper, Partner, Corporate Advisory & Restructuring group, Kroll (London Office), 10 August 2008.

หลักเกณฑ์การปรับใช้ในรายละเอียดไว้ เนื่องด้วยเห็นว่าข้อกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวมักจะเป็นเรื่อง ที่อาจแปรเปลี่ยนได้ตามข้อเท็จจริง (Fact-intensive) และยังขึ้นอยู่กับระบบและวัฒนธรรมในทางกฎหมาย ของแต่ละประเทศอีกด้วย<sup>190</sup> และในส่วนนี้เองที่แนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นการกำหนด และปรับใช้มาตรการหรือกลไกทางกฎหมายในทางปฏิบัติจริง จะสามารถนำมาพิจารณาในเชิงของ รายละเอียดเพื่อเพิ่มเติมหลักเกณฑ์การปรับใช้มาตรการทางกฎหมายได้

#### 4.3.2 มาตรการทางกฎหมายในเชิงวิธีพิจารณา

ดังที่กล่าวแล้วข้างต้นว่าโดยหลักแล้ว มาตรการทางกฎหมายในเชิงวิธีพิจารณาจะนำไปปรับใช้ กับกลุ่มบริษัทที่รวมตัวเข้ากัน (Integrated group) โดยผู้เขียนขอแยกพิจารณามาตรการทางกฎหมายใน เชิงวิธีพิจารณาในแต่ละมาตรการไป ดังนี้

##### 1) การเริ่มต้นคดีด้วยคำร้องขอร่วมกัน

การเริ่มต้นคดีด้วยคำร้องขอร่วมกันนั้นเป็นมาตรการทางกฎหมายที่เปิดช่องอนุญาตให้มีการ ฟ้องร้องหรือเริ่มต้นคดีล้มละลายหรือฟื้นฟูกิจการของบริษัทต่างๆ ภายในกลุ่มบริษัทโดยอาศัยคำฟ้อง หรือคำร้องขอเพียงฉบับเดียวร่วมกันได้ ทั้งนี้ เพื่อสนับสนุนการพิจารณาให้มีคำร้องขอเพื่อเริ่มต้นคดี ของสมาชิกของกลุ่มบริษัทตั้งแต่ 2 รายขึ้นไปพร้อมกันอันจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพ ประหยัดเวลาและ ลดค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการเริ่มต้นคดีล้มละลาย อันอาจจะนำไปสู่มาตรการทางกฎหมายต่อการ ล้มละลายของกลุ่มบริษัทในประการอื่นๆ เช่น การบริหารจัดการคดีร่วมกัน (Joint administration) การ รวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท (Substantive consolidation) รวมไปถึงการฟื้นฟูกิจการ โดย อาศัยแผนฟื้นฟูกิจการเดียวกัน เป็นต้น มาตรการดังกล่าวจะช่วยแก้ไขปัญหากเกี่ยวกับการเริ่มต้นหรือ ฟ้องคดีจากการไม่สามารถเริ่มต้นคดีด้วยคำร้องขอหรือคำฟ้องร่วมกันได้ โดยการเริ่มต้นคดีด้วยคำร้อง ขอร่วมกันอาจกระทำได้ใน 2 รูปแบบดังที่แนวทางของ UNCITRAL ได้พิจารณาไว้ กล่าวคือ การยื่นคำ ร้องขอเริ่มต้นคดีเพียงฉบับเดียวซึ่งครอบคลุมสมาชิกรายต่างๆ ของกลุ่มบริษัทเข้าไว้ด้วยกัน (Joint

<sup>190</sup> United Nations Commission on International Trade Law, "Report of working group v (insolvency law) on the work of its thirty-first session, a/cn.9/618," Vienna, 2007. (Online), p. 9.

application) หรือการยื่นคำร้องของกลุ่มงาน (Parallel applications) ของสมาชิกแต่ละรายพร้อมกัน โดยรูปแบบที่ใช้อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นจะเป็นรูปแบบประการหลังนี้

ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายล้มละลายของไทยควรรับเอามาตรการดังกล่าวมาใช้บังคับเพื่อลดทอนข้อจำกัดอันเกิดขึ้นจากกฎหมาย และก่อให้เกิดประโยชน์ด้านความมีประสิทธิภาพ ประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายดังกล่าวเช่นเดียวกับแนวทางของกฎหมายต่างประเทศ โดยควรเปิดช่องอย่างไม่เป็นการบังคับให้การเริ่มต้นคดีด้วยคำร้องขอร่วมกันสามารถกระทำได้ทั้งสองรูปแบบ คือ ทั้งการยื่นคำร้องขอเริ่มต้นคดีเพียงฉบับเดียวและการยื่นคำร้องของกลุ่มงาน เนื่องจากในบางครั้งการพิจารณาสภาพทางเศรษฐกิจหนี้สิน และความเหมาะสมของการดำเนินคดีล้มละลายหรือฟื้นฟูกิจการให้ครบถ้วนพร้อมกันในคราวเดียวซึ่งต้องอาศัยเวลาและค่าใช้จ่ายในการพิจารณาอยู่บ้างนั้นอาจกระทำได้ไม่ครบถ้วนสมบูรณ์ นอกจากนี้ สถานะการฟื้นฟูกิจการที่อาจผันแปรได้ อาจทำให้ไม่สามารถเริ่มต้นหรือฟ้องร้องคดีได้อย่างครบถ้วนในคราวแรกที่ได้ยื่นคำร้องขอเริ่มต้นคดี

ในส่วนของการกำหนดปรับใช้หลักเกณฑ์ในการเริ่มต้นหรือฟ้องคดีด้วยคำร้องขอร่วมกันนั้น ผู้เขียนเห็นว่า แม้ผู้เขียนจะได้พิจารณาข้างต้นแล้วว่าการพิจารณากำหนดและปรับใช้ซึ่งมาตรการหรือกลไกเชื่อมโยงทางกฎหมายสมควรที่จะพิจารณาถึงลักษณะทางเศรษฐกิจ และการดำเนินกิจการของกลุ่มบริษัทเพื่อกำหนดรูปแบบหรือประเภทเบื้องต้นของกลุ่มบริษัทที่มีความเหมาะสมต่อการพิจารณาทางกฎหมายเสียก่อน แล้วจึงนำเอาแนวคิดการจัดการสถานะการล้มละลายพร้อมกันไปที่เดียวทั้งกลุ่มดังกล่าวมาปรับใช้เพื่อกำหนดมาตรการหรือกลไกในการเชื่อมโยงกลุ่มบริษัทในเชิงผลทางกฎหมายล้มละลายหรือการฟื้นฟูกิจการ โดยมุ่งปรับใช้กับกลุ่มบริษัทประเภทหนึ่งประเภทที่มีลักษณะและระดับความเชื่อมโยงทางเศรษฐกิจอย่างเพียงพอและเหมาะสมต่อมาตรการหรือกลไกทางกฎหมายอย่างหนึ่งอย่างใด และปรับใช้มาตรการทางกฎหมายในเชิงวิธีพิจารณาอันควรรวมถึงการเริ่มต้นคดีด้วยคำร้องขอร่วมกัน กับกลุ่มบริษัทที่รวมตัวเข้ากัน (Integrated group) แต่อย่างไรก็ดี ในกรณีของมาตรการเริ่มต้นคดีด้วยคำร้องขอร่วมกันนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าหากอาศัยหลักเกณฑ์ของการเริ่มต้นคดีด้วยคำร้องขอร่วมกันในลักษณะดังกล่าวย่อมจะทำให้เกิดความไม่แน่นอนขึ้นในการเริ่มต้นคดีซึ่งเป็นเสมือนหนึ่งมาตรการต้นทางหรือทางเข้าสู่กระบวนการทางกฎหมายที่สำคัญ ทั้งที่มาตรการดังกล่าวนี้ยังมีได้มีผลกระทบใดๆ ต่อผู้มีส่วนได้เสีย ทั้งนี้ สาเหตุของความไม่แน่นอนดังกล่าวสืบเนื่องมาจากหลักเกณฑ์การจำแนกรูปแบบของกลุ่มบริษัทที่ใช้การพิจารณาถึงระดับการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจนั้น อาศัยแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจควบคุม (Notion of control) ยิ่งกว่าแนวคิดเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของ



(Notion of ownership) ซึ่งแม้ว่าแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจควบคุมจะสามารถสะท้อนลักษณะของความเป็นจริงทางเศรษฐกิจได้ดียิ่งกว่า แต่จะขาดความแน่นอน<sup>191</sup> อันพึงมีให้แก่คู่ความที่ประสงค์จะเริ่มต้นหรือฟ้องคดีไปอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ หากกำหนดว่าคู่ความจะเริ่มต้นหรือฟ้องคดีด้วยคำร้องขอร่วมกันได้ต่อเมื่อกลุ่มบริษัทมีลักษณะและระดับการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจอันถือได้ว่าเป็นกลุ่มบริษัทที่รวมตัวเข้ากัน (Integrated group) แล้ว คู่ความย่อมจะไม่มีโอกาสทราบได้เลยว่าการพิจารณาวินิจฉัยรูปแบบของกลุ่มบริษัทของตนมีความถูกต้องเหมาะสม และจะต้องด้วยความเห็นของศาลหรือไม่ เพียงใด เช่นนี้แล้ว ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า แนวทางการพิจารณาคำว่าบุคคลหรือบริษัทในเครือ (Affiliate) ตามมาตรา 101 (2) (B) ของประมวลกฎหมายล้มละลายใน Title 11 แห่งประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (United States Code)<sup>192</sup> ดังที่ได้พิจารณาไว้แล้วในบทที่ 2 น่าจะเป็นแนวทางที่เหมาะสมแก่กรณีดังกล่าวนี้ได้ โดยจะพิจารณาถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการถือครอง ควบคุม หรือเป็นเจ้าของ หุ้น หรือหลักทรัพย์อันมีสิทธิในการออกเสียงลงคะแนน (Voting securities) ตั้งแต่ร้อยละ 20 ขึ้นไปเป็นเกณฑ์สำคัญ หรืออาจจะใช้แนวทางการพิจารณาคำว่าบุคคลภายในของลูกหนี้ตามพระราชบัญญัติล้มละลายพุทธศักราช 2483 มาตรา 6 มาเป็นแนวทางการพิจารณาก็ได้ หรือหากจะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ผู้เขียนเห็นว่าในส่วนของการเริ่มต้นคดีด้วยคำร้องขอร่วมกันนั้น การพิจารณาถึงรูปแบบหรือระดับความสัมพันธ์และการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจเฉพาะเพียงแต่การถือครองหุ้นระหว่างกันในกลุ่มบริษัทนั้นน่าจะมีความเพียงพอและเหมาะสมต่อการนำเอามาตรการทางกฎหมายดังกล่าวประการนี้มาปรับใช้กับกลุ่มบริษัทแล้ว

อนึ่ง ผู้เขียนมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า หากกฎหมายล้มละลายของไทยประสงค์จะนำเอามาตรการทางกฎหมายดังกล่าวเข้ามาปรับใช้อย่างมีประสิทธิภาพ กรณีอาจต้องพิจารณาถึงประเด็นเกี่ยวกับการเปิดช่องอนุญาตให้มีการยื่นคำร้องขอของลูกหนี้เพื่อเข้าสู่กระบวนการทางกฎหมายทั้งการชำระบัญชีและการฟื้นฟูกิจการ โดยสมควรใจด้วย

## 2) การบริหารจัดการคดีร่วมกันหรือการประสานงานเชิงวิธีพิจารณา

<sup>191</sup> Ibid., p. 4.

<sup>192</sup> 28 U.S.C. § 101(2)(B)

มาตรการบริหารจัดการคดีร่วมกันหรือการประสานงานเชิงวิธีพิจารณาดังกล่าวนี้จะนำมาปรับใช้เพื่อแก้ไขปัญหาลักษณะเกี่ยวกับการดำเนินคดีและการบริหารจัดการคดีแยกจากกัน เพื่อเปิดช่องให้มีการรวมกันของกระบวนการวิธีของคดีล้มละลายเพื่อประโยชน์ในทางกระบวนการพิจารณาโดยเฉพาะ (Only procedural aspect of the insolvency is consolidated) โดยมุ่งประสงค์ให้มีศาลและผู้แทนคดีล้มละลายเพียงหนึ่งเดียวที่จะเป็นผู้มีเขตอำนาจเหนือคดีล้มละลายของกลุ่มบริษัท<sup>193</sup> และบริหารจัดการคดีทั้งหลายของบริษัทในกลุ่มบริษัทร่วมกันทั้งที่เป็นคดีล้มละลายและคดีฟื้นฟูกิจการ ลดความซ้ำซ้อนทางขั้นตอนและทางเอกสารในการดำเนินคดีดังกล่าวของกลุ่มบริษัท อันจะก่อให้เกิดความสะดวกรวดเร็วในการดำเนินคดีพร้อมกับช่วยลดค่าใช้จ่ายและต้นทุนในการดำเนินคดีมิให้เป็นภาระแก่กองทัพสันหรือเป็นอุปสรรคแก่การฟื้นฟูกิจการ รวมทั้งรักษาและส่งเสริมมูลค่าของกองทัพสันของกลุ่มบริษัทให้มากที่สุด โดยที่ยังคงให้ความเคารพต่อสภาพนิติบุคคลที่แยกออกจากกันของบริษัทลูกหนึ่งแต่ละราย และมีได้มีผลเปลี่ยนแปลงสิทธิหน้าที่ของคู่ความทุกฝ่ายในเชิงสารบัญญัติ (Substantive issues) แต่อย่างใด ซึ่งประเทศไทยควรรับเอามาตรการบริหารจัดการคดีร่วมกันดังกล่าวนี้มาปรับใช้ตามแนวทางของ UNCITRAL และประเทศสหรัฐอเมริกา

มาตรการทางกฎหมายดังกล่าวนี้เป็นมาตรการที่ถูกนำมาใช้กับคดีล้มละลายและคดีฟื้นฟูกิจการของกลุ่มบริษัทอย่างแพร่หลาย ได้รับการยอมรับกันว่าเป็นมาตรการจำเป็นสำหรับคดีดังกล่าวของกลุ่มบริษัท และนักกฎหมายส่วนใหญ่จะเห็นตรงกันว่าเป็นมาตรการที่มีประโยชน์แก่คดีล้มละลายและฟื้นฟูกิจการของกลุ่มบริษัท สมควรที่จะยึดเป็นมาตรการหลักสำคัญเพื่อปรับใช้ในกรณีดังกล่าว เว้นแต่กรณีจะเป็นขัดแย้งว่าบริษัทย่อยบริษัทหนึ่งบริษัทใดมีลักษณะที่แยกออกไปจากบริษัทอื่น หรือมีการจัดกันของผลประโยชน์อันไม่สามารถบริหารจัดการได้เกิดขึ้น<sup>194</sup> ซึ่งจะแตกต่างจากมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท (Substantive consolidation) ที่ยังไม่ได้รับการยอมรับอย่างเอก

<sup>193</sup> Henry Peter, "Insolvency in a group of companies, substantive and procedural consolidation: When and how?," in *The challenges of insolvency law reform in the 21st century: Facilitating investment and recovery to enhance economic growth*. eds. Henry Peter, Nicolas Jeandin, and Jason J. Kilborn (Zurich: Schulthess, 2006), p. 207.

<sup>194</sup> Stephen J. Taylor, "Practical difficulties in handling group insolvencies," in *The challenges of insolvency law reform in the 21st century: Facilitating investment and recovery to enhance economic growth*. eds. Henry Peter, Nicolas Jeandin, and Jason J. Kilborn (Zurich: Schulthess, 2006), p. 252.

ฉันท์ และในประเทศหรือระบบกฎหมายที่ยอมรับมาตรการดังกล่าวนี้ก็ยังมีการปรับใช้ไม่มากนักเมื่อเทียบกับมาตรการบริหารจัดการคดีร่วมกันดังกล่าวนี้

แม้ว่าจะมีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่ามาตรการบริหารจัดการคดีร่วมกันจะส่งผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ในเชิงสารบัญญัติของผู้มีส่วนได้เสียได้อยู่แล้วในตัวเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีล้มละลายคดีใหญ่ เช่น กรณีของกลุ่มบริษัท Enron เป็นต้น เนื่องจากมาตรการดังกล่าวจะเป็นผลให้คู่ความในคดีที่มีการบริหารจัดการร่วมกันนั้นมีส่วนร่วมหรือใช้สิทธิหน้าที่ของตนเองได้น้อยลง นอกจากนี้ นักกฎหมายท่านนี้ยังเห็นต่อไปอีกว่า เมื่อใดที่มีการปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท คดีย่อมจะต้องมีการบริหารจัดการร่วมกันไปด้วยเสมอโดยสภาพ ดังนั้น เมื่อมีการปรับใช้มาตรการบริหารจัดการคดีร่วมกัน มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทก็ควรถูกมาใช้ตามไปด้วย ดังนั้น จึงเสนอให้ยุบรวมมาตรการทั้งสองข้างต้นเป็นเพียงมาตรการเดียวเรียกว่า Consolidation โดยให้มีผลในลักษณะเดียวกับมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทซึ่งจะพึงได้รวมเอามาตรการบริหารจัดการคดีร่วมกันไว้ด้วยกันอยู่แล้ว<sup>195</sup> แต่อย่างไรก็ดี ด้วยความเคารพต่อนักกฎหมายท่านนี้ ผู้เขียนเห็นว่าแนวทางในลักษณะดังกล่าวไม่น่าจะเหมาะสม เนื่องจากมาตรการทั้งสองประการดังกล่าวนี้ควรนำไปปรับใช้แก่ระดับการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน กล่าวคือ หากกลุ่มบริษัทที่กำลังพิจารณามีระดับการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจในระดับหนึ่งที่มีได้มากจนเรียกได้ว่ามีลักษณะผสมผสานหรือผูกติดกัน (Commingle) แล้ว มาตรการทางกฎหมายในเชื่อมโยงกลุ่มบริษัทก็ควรเป็นลักษณะการบริหารจัดการคดีร่วมกันอันมีผลในเชิงวิธีพิจารณาหรือการดำเนินกระบวนการทางกฎหมายเท่านั้น แต่หากกลุ่มบริษัทที่กำลังพิจารณามีระดับการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจถึงระดับที่ผูกโยงกันจนเหนียวแน่นไม่อาจแยกแยะหรือหากแยกแยะแล้วกระทบต่อนโยบายต่อกฎหมายล้มละลายหรือกระบวนการทางกฎหมายแล้ว จึงจะสมควรที่จะนำเอามาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทมาปรับใช้ทำให้กลุ่มบริษัทดังกล่าวมีความเชื่อมโยงกันในทางกฎหมาย เพื่อลดทอนหรือกำจัดช่องว่างระหว่างความเป็นจริงทางเศรษฐกิจกับความเป็นจริงทางกฎหมายให้หมดไป นอกจากนี้ แนวทางข้างต้นนั้นก็มิได้รับการยอมรับจากนักกฎหมายทั่วไปหรือแนวทางจากนานาประเทศอีกด้วย

<sup>195</sup> Jonathan Hightower, "The consolidation of the consolidations in bankruptcy," *Georgia Law Review Association* 38 (2003): 467-482.

อนึ่ง แม้ว่าในทางปฏิบัติของประเทศไทยจะมีการดำเนินการหลายประการในลักษณะเดียวกัน กับมาตรการบริหารจัดการคดีร่วมกันอยู่บ้างก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่า หากสามารถกำหนดยอมรับ มาตรการดังกล่าวไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจนได้ย่อมจะช่วยให้ศาลและบุคคลผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายสามารถ ปรับใช้มาตรการดังกล่าวได้อย่างครบถ้วนเป็นระบบมีกรอบและหลักเกณฑ์ และยังป้องกันปัญหา เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายและข้อโต้แย้งจากคู่ความด้วย

สำหรับหลักเกณฑ์ในการร้องเพื่อให้มีการปรับใช้มาตรการดังกล่าวนี้ ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อ มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการในเชิงวิधिพิจารณา จึงควรกำหนดและปรับใช้แก่กลุ่มบริษัทที่มีระดับการ รวมกลุ่มทางเศรษฐกิจอย่างน้อยที่สุดอยู่ในระดับของกลุ่มบริษัทที่รวมตัวเข้ากัน (Integrated group) เป็น สำคัญ ดังนั้น เมื่อคู่ความได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้บริหารจัดการคดีร่วมกัน จึงเป็นอำนาจหน้าที่ ของศาลที่จะวินิจฉัยชี้ขาดว่า กลุ่มบริษัทที่เป็นคดีความอยู่นั้นมีรูปแบบลักษณะเป็นกลุ่มบริษัทที่รวมตัว เข้ากันเป็นอย่างน้อยหรือไม่ หากได้ความว่ามีรูปแบบลักษณะดังกล่าว และศาลได้พิจารณาถึงประโยชน์ อันพึงได้รับจากการปรับใช้มาตรการดังกล่าวประกอบกับการคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าหนี้ทั้งหลายใน แต่ละคดีของลูกหนี้ รวมถึงความขัดแย้งทางผลประโยชน์อันอาจเกิดขึ้นจากคำสั่งดังกล่าวแล้ว ศาลจึง จะมีคำสั่งให้บริหารจัดการคดีร่วมกันได้

ผลของคำสั่งให้บริหารจัดการคดีร่วมกันดังกล่าวนี้จะมีผลให้การดำเนินการในขั้นตอนต่างๆ ของคดีเป็นไปในลักษณะร่วมกัน เพื่อลดขั้นตอนที่ซ้ำซ้อนกัน เพิ่มความรวดเร็วในการดำเนินการ และ ช่วยลดค่าใช้จ่ายอันเกิดขึ้นจากขั้นตอนที่ซ้ำซ้อนกัน ทั้งนี้ รูปแบบหรือวิธีการในการบริหารจัดการคดี ร่วมกันนั้นอาจกระทำได้หลายวิถีทางตามที่ได้พิจารณาไว้แล้วในส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกาและ แนวทางของ UNCITRAL แต่ในส่วนของการแต่งตั้งผู้แทนคดีล้มละลายหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ ของไทยเพียงหนึ่งเดียวนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรนำไปพิจารณาแยกไว้เป็นอีกมาตรการหนึ่งดังที่จะกล่าวถึง ต่อไป

### 3) มาตรการเกี่ยวกับการแต่งตั้งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์

การแต่งตั้งผู้แทนคดีล้มละลายหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในกรณีของประเทศไทย เพียง หนึ่งเดียวนั้นนับว่าเป็นมาตรการสำคัญประการหนึ่งที่จะช่วยส่งเสริมสนับสนุนมาตรการบริหารจัดการ คดีร่วมกันได้อย่างมีประสิทธิภาพทั้งคดีล้มละลายและคดีฟื้นฟูกิจการ ทั้งยังช่วยแก้ไขปัญหาการ

ดำเนินคดีและการบริหารจัดการคดีแยกจากกันได้อีกส่วนหนึ่งด้วย โดยในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นได้รวมเอาการแต่งตั้งผู้แทนคดีล้มละลายเพียงหนึ่งเดียวเป็นผลประการหนึ่งของมาตรการบริหารจัดการคดีร่วมกัน และอาจจะถือได้ว่าเป็นผลที่ตามมาของคำสั่งให้บริหารจัดการคดีร่วมกันโดยสภาพ แต่การที่ผู้เขียนแยกพิจารณามาตรการทั้งสองประการข้างต้นนั้น มิได้หมายความว่าผู้เขียนไม่เห็นพ้องด้วยการนำมาตราทั้งสองประการไปปรับใช้ควบคู่กันสำหรับกรณีของกฎหมายล้มละลายของไทยแต่อย่างใด หากแต่ผู้เขียนเห็นพ้องด้วยกับแนวทางของ UNCITRAL มากกว่าที่มีได้นำเอามาตรการบริหารจัดการคดีร่วมกันมาเป็นเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์ของการแต่งตั้งผู้แทนคดีล้มละลายเพียงหนึ่งเดียว โดยจะให้ความสำคัญแก่ดุลพินิจของศาลในการพิจารณาว่าการแต่งตั้งผู้แทนคดีล้มละลายเพียงหนึ่งเดียวจักพึงก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่คดีหรือไม่ เป็นหลักเกณฑ์สำคัญแทน แต่ทั้งนี้หากกรณีได้นำเอามาตรการทั้งสองประการมาปรับใช้พร้อมกันหรือควบคู่กันแล้ว ย่อมจะเป็นผลดีและก่อให้เกิดความมีประสิทธิภาพต่อกดีได้มากกว่าการปรับใช้เพียงอย่างหนึ่งอย่างใดเท่านั้น นอกจากนี้ ผู้เขียนยังเห็นว่า ในกรณีทั่วไปที่มีคำสั่งให้บริหารจัดการคดีร่วมกัน กฎหมายล้มละลายควรกำหนดให้ ผู้แทนคดีล้มละลายหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ทั้งหลายซึ่งถูกแต่งตั้งในคดีล้มละลายแต่ละคดีจะต้องให้ความร่วมมือระหว่างกันอีกด้วย

ในกรณีศาลมีคำสั่งแต่งตั้งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เพียงหนึ่งเดียวแล้ว กฎหมายล้มละลายควรบัญญัติเกี่ยวกับการขัดแย้งกันของผลประโยชน์ (Conflict of interest) ในระหว่างคดีทั้งหลาย โดยกำหนดถึงมาตรการสำหรับการแก้ไขสถานะกรณีดังกล่าวซึ่งอาจรวมถึงการแต่งตั้งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เพิ่มเติมก็ได้ และหากศาลมีคำสั่งให้แต่งตั้งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เพิ่มเติมแล้ว กฎหมายล้มละลายควรกำหนดให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ทั้งหลายต้องให้ความร่วมมือระหว่างกันด้วย โดยรูปแบบของความร่วมมือระหว่างกันนั้นอาจกระทำได้หลายรูปแบบ เช่น การแบ่งปันและเปิดเผยข้อมูลหรือการประสานงานด้านต่างๆ เป็นต้น

#### 4) การใช้แผนฟื้นฟูกิจการร่วมกัน

การฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ซึ่งเป็นบริษัททั้งหลายในกลุ่มบริษัทนั้น หากกฎหมายฟื้นฟูกิจการของไทยเปิดช่องให้ฟื้นฟูกิจการลูกหนี้เหล่านี้โดยอาศัยแผนฟื้นฟูกิจการร่วมกันเป็นแผนเดียวย่อมช่วยปลดล็อกปัญหาจากการไม่สามารถฟื้นฟูกิจการกลุ่มบริษัทโดยแผนฟื้นฟูกิจการเดียวกันดังเช่นคดีฟื้นฟูกิจการรายหนึ่งซึ่งผู้เขียนมีโอกาสเข้าไปมีส่วนร่วมและประสบปัญหาลักษณะดังกล่าวอันทำให้คู่ความ

ในคดีมีข้อพิพาทกันว่าแผนฟื้นฟูกิจการที่กำหนดรวมไปถึงบริษัทอื่นซึ่งมิใช่ลูกหนี้ในคดีเป็นแผนฟื้นฟูกิจการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และยังคงช่วยให้เกิดความประหยัด นำไปสู่วิธีการแก้ไขปัญหาทางการเงินร่วมกันอย่างมีประสิทธิภาพและมีทิศทางเดียวกันอันจะเป็นผลดีต่อความสำเร็จของการฟื้นฟูกิจการรักษามูลค่าของกิจการร่วมกันทั้งหมดของกลุ่มบริษัท และเพิ่มมูลค่าหรือประโยชน์ให้แก่เจ้าหนี้อย่างสูงสุด นอกจากนี้ ยังอาจช่วยส่งเสริมมาตรการบริหารจัดการคดีร่วมกันให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นอีกด้วย โดยในกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา การใช้แผนฟื้นฟูกิจการรวมดังกล่าวจะกระทำได้อันเนื่องมาจากใช้มาตรการประสานเชิงวิधिพิจารณาหรือมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทด้วยเท่านั้น หากปราศจากมาตรการเหล่านี้แล้ว การใช้แผนฟื้นฟูกิจการรวมในเชิงปฏิบัติจะต้องอาศัยความยินยอมของทุกฝ่ายเท่านั้น

เพื่อลดทอนปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายและข้อโต้แย้งจากคู่ความโดยเฉพาะอย่างยิ่งจากฝ่ายที่เสียประโยชน์อย่างใด ๆ ดังที่ผู้เขียนเคยพบ ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายฟื้นฟูกิจการของไทยควรบัญญัติรับรองให้สามารถใช้แผนฟื้นฟูกิจการรวมสำหรับการฟื้นฟูกิจการของกลุ่มบริษัทได้ หากว่ากลุ่มบริษัทภายใต้การฟื้นฟูกิจการมีรูปแบบลักษณะอย่างน้อยเป็นกลุ่มบริษัทที่รวมตัวเข้ากัน (Integrated group) และการใช้แผนฟื้นฟูกิจการรวมกันของกลุ่มบริษัทมีส่วนช่วยทำให้การฟื้นฟูกิจการของกลุ่มบริษัทมีโอกาสที่จะประสบความสำเร็จมากขึ้น โดยให้เป็นไปเพื่อประโยชน์ต่างๆ ดังกล่าวข้างต้น และไม่เป็นการกระทบกระทั่งต่อสิทธิ หน้าที่ในเชิงสารบัญญัติของผู้มีส่วนได้เสีย และการลงคะแนนเห็นชอบด้วยแผน ทั้งนี้ ตามแนวทางของ UNCITRAL

#### 4.3.3 มาตรการทางกฎหมายในเชิงสารบัญญัติ

##### 1) มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท

มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท (Substantive consolidation) นั้นเป็นการรวมเอาบรรดาทรัพย์สินและหนี้สินของลูกหนี้ทั้งหลายซึ่งเป็นกลุ่มบริษัทหรือเป็นบริษัทในเครือเข้าไว้ด้วยกันทั้งหมด และถือเสมือนหนึ่งว่าทรัพย์สินและหนี้สินทั้งหลายเป็นของลูกหนี้รายเดียว (Treated as though held and incurred by one entity) กลายเป็นกองทรัพย์สินเพียงหนึ่งเดียว ซึ่งย่อมจะทำให้นิติกรรมหรือธุรกรรมใดๆ ระหว่างกันของกลุ่มบริษัทเป็นอันหายไปด้วยในตัวเองอันจะช่วยจัดข้อพิพาทเกี่ยวเนื่องกับนิติกรรมหรือธุรกรรมเหล่านี้ได้ เพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทุกรายของลูกหนี้ทั้งหลาย โดยมี

วัตถุประสงค์เพื่อเป็นหลักประกันถึงการปฏิบัติที่เป็นธรรมแก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย มาตรการดังกล่าวนี้จะช่วยแก้ไขปัญหายุ่งยากเกี่ยวกับการชำระสะสางและการแยกแยะทรัพย์สิน และธุรกรรมระหว่างบริษัทในกลุ่ม ซึ่งอาจมีการผสมผสานและปะปนกันของทรัพย์สินของกลุ่มบริษัทอย่างเหนียวแน่น (Intermingling of assets) และมีทรัพย์สินและธุรกรรมระหว่างกันเป็นจำนวนมากมหาศาล หรือขาดการบันทึกเอกสารที่เพียงพอและถูกต้อง จนทำให้การชำระสะสางหรือแยกแยะทรัพย์สินระหว่างกลุ่มบริษัทว่าบริษัทใดในกลุ่มบริษัทเป็นเจ้าของทรัพย์สินดังกล่าวไม่อาจจะกระทำได้ หรือหากสามารถกระทำได้ ก็ย่อมจะประสบกับความยุ่งยากในการแยกแยะและอาจจะใช้เวลาและค่าใช้จ่ายมากเกินไปจนสมควรจนอาจทำให้กองทรัพย์สินลดลงหรือสูญสิ้นไปได้

มาตรการดังกล่าวนี้อาจนับได้ว่าเป็นมาตรการทางกฎหมายล้มละลายต่อกลุ่มบริษัทอันแพร่หลายและได้รับการกล่าวถึงมากที่สุดประการหนึ่ง พร้อมกับเป็นมาตรการที่มีข้อถกเถียงโต้แย้งเกี่ยวกับการพิจารณากำหนดและปรับใช้เป็นเวลายาวนานและมากที่สุดด้วยเช่นเดียวกัน โดยอาจดูได้จากจำนวนของบทความและหนังสือที่พิจารณาเกี่ยวกับประเด็นของมาตรการดังกล่าวนี้เฉพาะของประเทศสหรัฐอเมริกาประเทศเดียวก็มีจำนวนมากมาแล้ว ซึ่งข้อถกเถียงที่สำคัญเริ่มต้นในช่วงปีค.ศ. 1975-1976 ระหว่าง Professor Jonathan Landers<sup>196</sup> กับ Professor Richard Posner<sup>197</sup> โดย Professor Jonathan Landers อาศัยการพิจารณาจากคดีล้มละลายต่างๆ และเห็นว่า เนื่องด้วยลักษณะประการต่างๆ ของการดำเนินกิจการของกลุ่มบริษัทที่มุ่งแสวงหากำไรสูงสุดของกลุ่ม จึงเสนอให้นำเอามาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทมาปรับใช้แก่คดีล้มละลายของกลุ่มบริษัทเป็นหลักสำคัญ ยกเว้นแต่มาตรการดังกล่าวจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมอย่างสำคัญต่อเจ้าหนี้ผู้สามารถพิสูจน์ได้ว่าตนพิจารณาและอาศัยเฉพาะแต่ฐานะและความน่าเชื่อถือของลูกหนี้ของตนเพียงรายเดียวเท่านั้น หรือเป็นกลุ่มบริษัทที่มีดำเนินกิจการอย่างแยกจากกันเหมือนบริษัทเดี่ยวทั่วไป ส่วน Professor Richard Posner ก็ได้โต้แย้งโดยอาศัยหลักการทางเศรษฐศาสตร์ว่า กลุ่มบริษัททั้งหลายส่วนใหญ่แล้วมิได้มีลักษณะดังที่ Professor Jonathan Landers กล่าวอ้าง หากแต่เป็นกลุ่มบริษัทที่หลากหลายและกระจายศูนย์อำนาจการบริหารกิจการ ดังนั้น จึงไม่เห็นด้วยกับการปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท ยกเว้น

<sup>196</sup> Jonathan M. Landers, "A unified approach to parent, subsidiary, and affiliate questions in bankruptcy," *The University of Chicago Law Review* 42, 4 (1975): 589-652. และ Jonathan M. Landers, "Another word on patents, subsidiaries and affiliates in bankruptcy," *The University of Chicago Law Review* 43, 3 (1976): 527-540.

<sup>197</sup> Richard A. Posner, "The rights of creditors of affiliated corporations," *The University of Chicago Law Review* 43, 3 (1976): 499-526.

เพียงกรณีเดียวคือ การแสดงตนของกลุ่มบริษัทอื่นทำให้เจ้าหน้าที่เข้าใจหรือสำคัญผิด (Misrepresentation) เนื่องจากเป็นกรณีมีเหตุผลในเชิงเศรษฐศาสตร์เกี่ยวกับการให้สินเชื่อและการเข้าถึงข้อมูลของเจ้าหน้าที่<sup>198</sup> และนับจากนั้นประเด็นเกี่ยวกับมาตรการดังกล่าวก็เป็นที่ถกเถียงกันเรื่อยมาทั้งในเชิงสนับสนุน และคัดค้านมาตรการดังกล่าว รวมทั้งเสนอแนะหลักเกณฑ์การปรับใช้

กฎหมายล้มละลายของหลายประเทศได้รับเอามาตรการดังกล่าวไปปรับใช้แล้วทั้งในรูปแบบของกฎหมายบัญญัติ และคำพิพากษาของศาล เช่น

1. ประเทศนิวซีแลนด์ที่ได้บัญญัติมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทในส่วนของ การชำระบัญชีไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรใน Companies Act 1993 มาตรา 271 และมาตรา 272 ซึ่งต้องถือว่าเป็นบทบัญญัติที่ทำได้ยากยิ่งในบรรดาประเทศทั้งหลาย<sup>199</sup>
2. ประเทศออสเตรเลียที่แม้ว่าจะไม่มีบทบัญญัติในทำนองเดียวกัน แต่มีการปรับใช้มาตรการดังกล่าวนี้ภายใต้กระบวนการทางกฎหมายล้มละลายเดิมอยู่บ้าง นอกจากนี้ ยังมีความพยายามที่จะปรับปรุงกฎหมายล้มละลายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการล้มละลายของกลุ่มบริษัทอันรวมเอามาตรการดังกล่าวไว้ด้วยทั้งโดยคำสั่งของศาลและโดยความตกลงยินยอมของเจ้าหน้าที่ทั้งหลาย<sup>200</sup> ด้วยอาศัยคำแนะนำจากคณะกรรมการชุดต่างๆ 3 ฉบับ คือ General Insolvency inquiry 1998 (The Harmer Report) ซึ่งจัดทำโดยคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายออสเตรเลีย (Australian Law Reform Commission) Corporate groups final report 2000 และ Rehabilitating large and complex enterprises in financial difficulties report 2004 ซึ่งจัดทำโดยคณะกรรมการที่ปรึกษาด้านบริษัทและหลักทรัพย์ (Companies and securities advisory committee)

<sup>198</sup> Phillip I. Blumberg, *The law of corporate groups: Problems in the bankruptcy or reorganization of parent and subsidiary corporations, including the law of corporate guaranties* (Boston: Little, Brown and Company, 1990), pp. 444-448.

<sup>199</sup> Alison McCourt, "A comparative study of the doctrine of corporate groups with special emphasis on insolvency," Paper presented at 2007 Oxford Business & Economics Conference Program, Oxford University, United Kingdom, 24-26 June 2007, pp. 9-11.

<sup>200</sup> Jason Harris, "Corporate group insolvencies: Charting the past, present and future of 'pooling' arrangements," *Insolvency Law Journal* 15 (2007): 91-92.



3. ประเทศแคนาดาที่แม้กฎหมายล้มละลายจะมีได้กำหนดถึงมาตรการดังกล่าวไว้ แต่ศาลของแคนาดาได้นำเอาแนวทางและหลักเกณฑ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาในการกำหนดปรับใช้มาตรการดังกล่าว โดยอาศัยอำนาจแห่งความยุติธรรมของศาลเช่นเดียวกัน<sup>201</sup>
4. ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ที่ได้นำมาตรการดังกล่าวไปปรับใช้แก่คดีแล้ว แม้ว่าจะยังไม่แพร่หลายและหลักเกณฑ์ยังไม่ชัดเจนนัก<sup>202</sup>
5. ประเทศสหรัฐอเมริกาตามที่ได้พิจารณาไว้ข้างต้นแล้วในบทที่ 3
6. ส่วนในประเทศอังกฤษนั้น แม้ว่าจะยังคงยึดถือแนวคิดที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกันตามคดี *Salomon v. Salomon Co., Ltd* อยู่อย่างเหนียวแน่นจนทำให้มาตรการดังกล่าวไม่ได้กลายเป็นประเด็นในกฎหมายอังกฤษดังเช่นที่ปรากฏในคดี *Re Polly Peck International plc* ก็ตาม<sup>203</sup> แต่ศาลอังกฤษเคยยอมรับการปรับใช้มาตรการดังกล่าวนี้โดยผ่านทางข้อตกลงยินยอมของทุกฝ่ายในคดี *Re Bank of Credit and Commerce International* หรือคดี *BCCI* อันโด่งดัง<sup>204</sup> รวมไปถึงในคดี *Multinational gas* และ *Quadnet* ด้วย<sup>205</sup>
7. นอกเหนือจากนี้แล้ว ยังมีประเทศเม็กซิโก และประเทศโคลัมเบียได้บัญญัติมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร<sup>206</sup>

---

<sup>201</sup> Michael B. Rotsztain and Natasha De Cicco, "Substantive consolidation in ccaa restructurings: A critical analysis," *Annual Review of Insolvency Law* (2004): 332.

<sup>202</sup> Henry Peter, "Insolvency in a group of companies, substantive and procedural consolidation: When and how?," in *The challenges of insolvency law reform in the 21st century: Facilitating investment and recovery to enhance economic growth*. eds. Henry Peter, Nicolas Jeandin, and Jason J. Kilborn (Zurich: Schulthess, 2006), p. 210.

<sup>203</sup> Richard Ambery, "To pierce or not to pierce the corporate veil and why substantive consolidation is not an issue under english law," *Business Restructuring and Reorganization: Lawyer Publications*, 2000. (Online), pp. 8-9.

<sup>204</sup> Companies & Securities Advisory Committee, "Corporate groups final report," Australia. 2000. (Online), p.158.

<sup>205</sup> Interview with Neil Cooper, Partner, Corporate Advisory & Restructuring group, Kroll (London Office). 10 August 2008.

<sup>206</sup> Ibid.

สำหรับกรณีของประเทศไทยนั้น แม้ว่าจะเคยมีการใช้ข้อกำหนดในแผนฟื้นฟูกิจการในคดีฟื้นฟูกิจการของกลุ่มบริษัททีไอที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับมาตรการดังกล่าวที่ได้พิจารณาไว้ข้างต้นแล้วก็ดี แต่การดำเนินการดังกล่าวเป็นไปโดยอาศัยความตกลงยินยอมของกลุ่มความปราศจากฐานอำนาจทางกฎหมายโดยชอบ ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความไม่แน่นอนของคดี ความเสี่ยงการปรับใช้มาตรการดังกล่าวในการฟื้นฟูกิจการหากแผนฟื้นฟูกิจการของบริษัทบางแห่งไม่ได้รับความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่ การขาดกรอบและหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย และการโต้แย้งของกลุ่มความ นอกจากนี้ แม้ว่ามาตรการดังกล่าวนี้อาจต้องถือว่าเป็นกรณีข้อยกเว้นซึ่งอาจไม่เกิดขึ้นบ่อยนัก แต่หากสามารถกำหนดเอากรณีดังกล่าวให้เป็นกรณีข้อยกเว้นที่เป็นระบบภายใต้กรอบแห่งกฎหมายแล้ว ย่อมจะยังให้เกิดความแน่นอนแก่คดีและกลุ่มความได้ดีกว่า อีกทั้งการกำหนดรับเอามาตรการดังกล่าวนี้ไว้ในกฎหมายย่อมจะยังให้เกิดความชัดเจนทางกฎหมายอันจะนำมาซึ่งประโยชน์ในการรักษาและเพิ่มพูนมูลค่าร่วมกันของกิจการกลุ่มบริษัท (Maximization of group value of assets) ได้ดีกว่าอีกด้วย

ดังนี้แล้ว เมื่อพิจารณาลักษณะของกลุ่มบริษัทและปัญหาอันอาจเกิดขึ้นเกี่ยวกับการชำระหนี้และการแยกแยะทรัพย์สิน และธุรกรรมระหว่างบริษัทในกลุ่ม ประกอบกับแนวทางและข้อถกเถียงในประเทศต่างๆ ข้างต้นแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า กฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการของไทยควรนำเอามาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท ใดๆ ก็ดี มาตรการดังกล่าวนับได้ว่ามีลักษณะที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ในเชิงสารบัญญัติของทุกฝ่ายอย่างมีนัยสำคัญ ทั้งยังเป็นการปฏิเสธแนวคิดที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกัน แตกต่างจากมาตรการบริหารจัดการคดีร่วมกัน อันเป็นเพียงการรวมกันในเชิงวิธีพิจารณาความเท่านั้นมิได้กระทบต่อสิทธิหน้าที่ในเชิงสารบัญญัติแต่อย่างใด ดังนั้น การพิจารณากำหนดและปรับใช้มาตรการดังกล่าวจึงไม่ควรปรับใช้เป็นการทั่วไป คงใช้เฉพาะกรณีที่จำเป็นและเหมาะสมเท่านั้น และต้องคำนึงถึงหลักการอันสำคัญในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายต่อการล้มละลายของกลุ่มบริษัท 3 ประการข้างต้น คือ การกำหนดและปรับใช้อย่างระมัดระวัง (Proceed with caution) การใช้หลักเกณฑ์ภาวะวิสัยและชัดเจน (Using clear and objective tests) และการคำนึงไว้ล่วงหน้าถึงการล้มละลายระหว่างประเทศ (Planning for the international scenario) กำกับไว้ด้วยเสมอ ทั้งนี้ ผู้เขียนขอแยกพิจารณาถึงข้อพิจารณาถึงแนวทางและหลักเกณฑ์การกำหนดปรับใช้มาตรการดังกล่าวออกเป็น 5 ส่วนด้วยกัน ดังนี้

#### ก) กลุ่มบริษัทที่มีความเหมาะสม (When to apply)

มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทอันเป็นการยุบรวมบรรดาทรัพย์สินและหนี้สินของลูกหนี้ทั้งหลายซึ่งเป็นกลุ่มบริษัทหรือเป็นบริษัทในเครือเข้าไว้ด้วยกันทั้งหมด และดำเนินการทางกฎหมายล้มละลายหรือฟื้นฟูกิจการอย่างเสมือนหนึ่งว่าทรัพย์สินและหนี้สินทั้งหลายเป็นของลูกหนี้รายเดียนั้นนับได้ว่าเป็นมาตรการทางกฎหมายที่มีผลทางกฎหมายค่อนข้างจะรุนแรงและสุดขั้ว ดังนั้น จึงต้องปรับใช้เฉพาะในกรณีที่สุดขั้ว หรืออีกนัยหนึ่งคือ จะต้องเป็นรูปแบบหรือลักษณะของกลุ่มบริษัทที่มีความเหมาะสมเป็นการเฉพาะเท่านั้น นอกจากนี้แล้ว หากพิจารณาถึงข้อถกเถียงระหว่างระหว่าง Professor Jonathan Landers กับ Professor Richard Posner แล้ว ผู้เขียนเห็นว่า นักกฎหมายทั้งสองท่านนี้มีได้คัดค้านหรือโต้แย้งการพิจารณาปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทแก่คดีแต่อย่างใด หากแต่ความเห็นที่แตกต่างกันนั้นมาจากการพิจารณาถึงลักษณะและรูปแบบของกลุ่มบริษัทที่แตกต่างด้วยแหล่งที่มาของข้อมูลในการวิเคราะห์ที่ไม่เหมือนกัน กล่าวคือ การสังเกตจากคดีทางหนึ่ง และการวิเคราะห์ด้วยหลักทางเศรษฐศาสตร์อีกทางหนึ่งมากกว่า และการพิจารณาที่แตกต่างกันข้างต้นจึงนำมาซึ่งแนวทางการปรับใช้มาตรการทางกฎหมายดังกล่าวที่แตกต่างกัน

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการปรับใช้มาตรการดังกล่าวนี้สามารถจะกระทำได้อย่างเหมาะสมและส่งเสริมความมีประสิทธิภาพให้แก่กระบวนการทางกฎหมายได้ หากสามารถกำหนดรูปแบบของกลุ่มบริษัทที่เหมาะสมสำหรับมาตรการทางกฎหมายดังกล่าวนี้ได้ และเมื่อมาตรการดังกล่าวมีลักษณะค่อนข้างจะรุนแรง เนื่องจากมีผลเชื่อมโยงบริษัททั้งหลายภายในกลุ่มบริษัทเข้าด้วยกันในเชิงสิทธิหน้าที่ทางกฎหมายสารบัญญัติ และกระบวนการทางกฎหมายทางวิธีพิจารณา ดังนั้น กลุ่มบริษัทที่สมควรนำเอามาตรการดังกล่าวมาปรับใช้นั้นควรเป็นกลุ่มบริษัทที่มีการรวมตัวเข้ากันในระดับสูง อันหมายถึงรูปแบบของกลุ่มบริษัทที่รวมตัวกันอย่างเหนียวแน่น (Strongly integrated group)<sup>207</sup> โดยการพิจารณาจากระดับการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจดังที่พิจารณาไว้แล้วข้างต้นนั่นเอง

#### ข) หลักเกณฑ์การทดสอบปรับใช้ (What the suitable tests)

<sup>207</sup> Irit Mevorach, "Appropriate treatment of corporate groups in insolvency: A universal view," *European Business Organization Law Review* 8, 2 (2007): 187.

ประเด็นเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การทดสอบปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทนั้นนับว่าเป็นอีกประเด็นหนึ่งที่ยังมีความเห็นที่แตกต่างกันพอสมควรในแนวทางของประเทศต่างๆ ที่มีการปรับใช้ เช่น ประเทศแคนาดา ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศนิวซีแลนด์ เป็นต้น รวมไปถึงแนวทางของ UNCITRAL นอกจากนี้ แม้แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการวางแนวทางเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การปรับใช้ไว้แล้ว แต่ยังคงมีความเห็นของศาลหรือนักกฎหมายที่ยังคงไม่ลงรอยกันอยู่

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในการพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์การปรับใช้สำหรับกฎหมายล้มละลายของไทยนั้นควรที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ให้มีลักษณะเป็นภาวะวิสัยและชัดเจน (Using clear and objective tests) ด้วยอาศัยแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกาโดยใช้หลักเกณฑ์การทดสอบความสมดุลระหว่างทุกฝ่าย (Balancing test) เป็นหลักและใช้ปัจจัยหรือรายการสำหรับตรวจสอบถึงความเหมาะสมในการปรับใช้มาตรการดังกล่าว (Checklist approach) ร่วมด้วยสำหรับการพิจารณารายละเอียดในบางกรณี ประกอบกับแนวทางของ UNCITRAL และเมื่อพิจารณาถึงแนวทางทั้งสองประการแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า หลักการสำคัญที่จะเป็นหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขสำคัญในการปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทนั้นประกอบด้วยหลัก 3 ประการ กล่าวคือ

1. หลักการเกี่ยวกับความยึดถือในสภาพนิติบุคคลของเจ้าหนี้ (Reliance) ในการพิจารณาให้สินเชื่อแก่ลูกหนี้ อย่างไรก็ดี หลักการพิจารณาเกี่ยวกับความยึดถือดังกล่าวนี้ ผู้เขียนเห็นว่า อาจจะเป็นการพิจารณาในเชิงอัตวิสัย เนื่องจากการพิจารณาว่าบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลาย

---

\* ประเทศนิวซีแลนด์นั้นเป็นเพียงหนึ่งในไม่กี่ประเทศที่มีการบัญญัติถึงหลักเกณฑ์การปรับใช้มาตรการดังกล่าว (ซึ่งในประเทศนิวซีแลนด์จะเรียกว่า Pooling order) ไว้ในกฎหมายบัญญัติ โดยมีหลักเกณฑ์ 4 ประการ กล่าวคือ

1. การพิจารณาเกี่ยวกับระดับของการเข้ามีส่วนร่วมในการบริหารกิจการของบริษัทหนึ่งโดยบริษัทอื่น
2. การพิจารณาถึงการกระทำของบริษัทอื่นใดในกลุ่มที่มีต่อเจ้าหนี้ของบริษัทหนึ่ง
3. การพิจารณาว่าการกระทำอันนำไปสู่สถานะล้มละลายของบริษัทหนึ่งมีสาเหตุส่วนหนึ่งมาจากการกระทำของบริษัทอื่นด้วยหรือไม่
4. การพิจารณาประการใดที่ศาลเห็นสมควร

อย่างไรก็ดี เนื่องจากหลักเกณฑ์เหล่านี้ก็มีความคล้ายคลึงกับหลักเกณฑ์ของประเทศอื่น และยังคงมีความคลุมเครือจากการกำหนดให้อำนาจแก่ศาลอย่างกว้างเกินไป รวมทั้งความยุ่งยากในการเข้าถึงข้อมูล ผู้เขียนจึงมิได้นำมาพิจารณาโดยละเอียดในบทที่ 3

ได้ติดต่อและพิจารณาบริษัทลูกหนึ่งซึ่งหลายเสมือนหนึ่งว่าเป็นหน่วยเศรษฐกิจเดียวหรือไม่ และมีได้อาศัยความเป็นนิติบุคคลที่แยกออกจากกันของแต่ละบริษัทในการพิจารณาให้สินเชื่อดังที่ปรากฏจากหลักเกณฑ์ในคดี Re Augie/Restivo Baking Co. Ltd. จึงขอเสนอการพิจารณาดังกล่าวในเชิงภาวะวิสัยโดยเป็นการพิจารณาในส่วนของลักษณะการกระทำหรือการแสดงตนของกลุ่มบริษัทแทน

2. หลักการเกี่ยวกับความเกี่ยวพันและปะปนกันของทรัพย์สิน หนี้สิน และกิจการของกลุ่มบริษัท (Intermingling)
3. หลักการเกี่ยวกับการฉ้อฉลหรือการกระทำอันมิชอบของกลุ่มบริษัท (Fraud)

นอกเหนือจากหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขสำคัญในการปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัททั้ง 3 ประการข้างต้นแล้ว การปรับใช้มาตรการดังกล่าวยังคงคำนึงถึงผลที่จะได้รับจากมาตรการดังกล่าวทั้งในแง่ของการปฏิบัติต่อเจ้าหนี้ว่าเป็นธรรมและในแง่ของประสิทธิภาพของกระบวนการทางกฎหมาย

ดังนั้นแล้ว ผู้เขียนขอเสนอหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทของกฎหมายล้มละลายไทยโดยขอพิจารณาในลักษณะไทยๆ ว่าต้องพิจารณา 3 หัว 2 เงื่อนไข ดังนี้

1. เมื่อศาลเห็นว่ากลุ่มบริษัทแสดงตนเป็นวิสาหกิจเดี่ยว (Single enterprise) หรือประพหุคิดตนในลักษณะที่อาจทำให้บุคคลภายนอกติดต่อกับกลุ่มบริษัทอย่างเป็นวิสาหกิจเดี่ยว หรือเชื่อว่าได้ติดต่อกับกลุ่มบริษัทในฐานะที่เป็นวิสาหกิจเดี่ยว และเป็นผลให้บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายได้ติดต่อและพิจารณาบริษัทลูกหนึ่งซึ่งหลายเสมือนหนึ่งว่าเป็นหน่วยเศรษฐกิจเดียวมิได้อาศัยความเป็นนิติบุคคลที่แยกออกจากกันของแต่ละบริษัทในการพิจารณาให้สินเชื่อ หรือทำให้เส้นแบ่งสภาพนิติบุคคลตามกฎหมายมีลักษณะคลุมเครือ โดยในกรณีนี้อาจใช้รายการสำหรับตรวจสอบ (Checklist) ในคดี Re Vecco Const. Industries Inc มาพิจารณาซึ่งประกอบไปด้วย
  - ก. รายงานทางการเงินหรืองบการเงินรวมของ (Presence of consolidated financial statements) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการพิจารณาของเจ้าหนี้ว่าให้ความสำคัญแก่รายงานดังกล่าวมากน้อยเพียงใด

- ข. การรวมกันของผลประโยชน์และความเป็นเจ้าของ (Unity of interests and ownership) ระหว่างบริษัททั้งหลาย
  - ค. การค้ำประกันหรือให้สินเชื่อบริษัท (Intercompany guarantees or loans) ซึ่งแสดงให้เห็นได้ว่าเจ้าหนี้มีได้อาศัยเฉพาะการพิจารณาถึงฐานะและความน่าเชื่อถือของบริษัทลูกหนี้เพียงแห่งเดียวเท่านั้น
  - ง. ความยากง่ายในการแยกแยะทรัพย์สินและหนี้สินของแต่ละบริษัท
  - จ. การโอนทรัพย์สินระหว่างกัน โดยมีได้ปฏิบัติตามรูปแบบหรือขั้นตอนทางกฎหมาย
  - ฉ. การปะปนกันซึ่งทรัพย์สินและกิจการ
  - ช. ความสามารถในการหาทำไรของแต่ละกิจการ หรือ
2. เมื่อศาลเห็นว่ามีการปะปนกันซึ่งทรัพย์สินของสมาชิกในกลุ่มบริษัทจนทำให้การแยกแยะทรัพย์สินดังกล่าวไม่อาจจะกระทำได้เลย หรือจะทำให้เสียเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเกินสมควร หรือ
  3. เมื่อศาลเห็นว่ากลุ่มบริษัทได้กระทำใดๆ อันมีลักษณะเกี่ยวพันกับการฉ้อฉล หรือกิจกรรมซึ่งปราศจากวัตถุประสงค์ทางธุรกิจโดยชอบ และศาลเห็นว่ามาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทมีความจำเป็นต่อการแก้ไขเยียวยาความมิชอบดังกล่าว

นอกเหนือจากหลักเกณฑ์หรือห่วงการปรับใช้ 3 ประการข้างต้นว่ากลุ่มบริษัทในคดีมีความเหมาะสมกับมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทแล้ว ศาลยังจะต้องพิจารณาถึงเงื่อนไขเกี่ยวกับความเป็นธรรมและความมีประสิทธิภาพ (Cost-efficiency) ด้วยอีก 2 ประการ ดังนี้

1. การปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทจะเป็นหลักประกันถึงการปฏิบัติที่เป็นธรรมแก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย โดยคำนึงถึงความขัดแย้งทางผลประโยชน์ระหว่างกลุ่มผู้มีส่วนได้ส่วนเสียทั้งหลายของคดี และ
2. การปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทก่อให้เกิดความมีประสิทธิภาพแก่คดี และจะเป็นประโยชน์หรือเยียวยาความเสียหายแก่บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลาย หรือนำมาซึ่งโอกาสความสำเร็จของการฟื้นฟูกิจการของกลุ่มบริษัท

นอกจากนี้แล้ว กฎหมายยังควรเปิดช่องให้เจ้าหนี้ผู้ไม่เห็นด้วยการปรับใช้มาตรการดังกล่าวได้ หากเจ้าหนี้ผู้คัดค้านสามารถแสดงให้เห็นได้ว่า

1. เจ้าหนี้ผู้คัดค้านได้พิจารณาและอาศัยเฉพาะฐานะและความน่าเชื่อถือของลูกหนี้ของตน เพียงรายเดียวเท่านั้น และ
2. เจ้าหนี้ผู้คัดค้านจะได้รับความเสียหายมากอย่างไม่เป็นธรรมจากมาตรการรวมทรัพย์สิน และหนี้สินของกลุ่มบริษัท

### ค) ลักษณะการปรับใช้ (How to apply)

เนื่องจากลักษณะโครงสร้างของกลุ่มบริษัทนั้นอาจมีขนาดใหญ่และมีความสลับซับซ้อน ประกอบกับแนวทางหรือนโยบายการบริหารจัดการโครงสร้างภายในกลุ่มบริษัท ทำให้รูปแบบ ลักษณะ และระดับความสัมพันธ์ระหว่างกันภายในกลุ่มบริษัทนั้นอาจมีความแตกต่างกันออกไปได้แม้จะเป็นภายในกลุ่มบริษัทเดียวกัน นอกจากนี้ เพื่อให้สามารถผ่อนปรนความเคร่งครัดของการปรับใช้ มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทซึ่งนับได้ว่าเป็นมาตรการทางกฎหมายที่มีความรุนแรงและเข้มงวด จึงทำให้ผู้เขียนมีความเห็นว่า การปรับใช้มาตรการดังกล่าวควรเป็นไปในลักษณะที่เปิดช่องให้มีการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทได้ในหลายระดับ (Several levels of pooling) และควรให้อำนาจแก่ศาลในการวินิจฉัยออกคำสั่งในลักษณะที่สามารถยืดหยุ่นได้ (Flexible mean) เพื่อให้สามารถตอบสนองสภาวะการณ์ในแต่ละกรณีได้อย่างมีประสิทธิภาพ<sup>208</sup> และเหมาะสมต่อ ลักษณะและระดับการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจของแต่ละกลุ่มบริษัท\* เช่น ศาลสามารถปรับใช้ได้ทั้ง มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทอย่างสมบูรณ์ (Full or complete substantive consolidation) หรือมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทแต่เพียงบางส่วน (Partial substantive consolidation) ทั้งในเชิงเจ้าหนี้ ทรัพย์สิน หรือหนี้สิน รวมทั้งมาตรการรวมทรัพย์สินและ

<sup>208</sup> Irit Mevorach, "Appropriate treatment of corporate groups in insolvency: A universal view," *European Business Organization Law Review* 8, 2 (2007): 187.

\* ตัวอย่างโปรดดู ผลของมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทในลักษณะต่างๆ ในคดีล้มละลาย ขนาดใหญ่ เช่น Worldcom, Inc. หรือ Enron Corp. เป็นต้น ใน William H. Widen, "Prevalence of substantive consolidation in large bankruptcies from 2000-2004: Preliminary results," *American Bankruptcy Institute Law Review* 14 (2006): 58-63.

หนี้สินของกลุ่มบริษัทโดยเสมือน (Deemed substantive consolidation or deemed consolidation) เป็นต้น

นอกจากนี้ การปรับใช้มาตรการดังกล่าวภายใต้กฎหมายล้มละลายนั้นควรยึดถือเป็นหลักการทั่วไปได้ว่า กฎหมายล้มละลายควรให้การเคารพต่อสิทธิและลำดับการชำระหนี้ของเจ้าหนี้ผู้ทรงสิทธิในหลักประกันเหนือทรัพย์สินของกลุ่มบริษัทซึ่งตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท โดยมาตรการดังกล่าวจะไม่เป็นที่กระทบกระทั่งต่อสิทธิของเจ้าหนี้มีหลักประกัน ยกเว้นแต่กรณีของสิทธิเรียกร้องอันมีหลักประกันเป็นหนี้ระหว่างกันของสมาชิกกลุ่มบริษัทหรือสิทธิในหลักประกันระหว่างกันของบริษัทภายในกลุ่ม (Intra-group securities)<sup>209</sup> หรือเป็นสิทธิในหลักประกันดังกล่าวได้มาด้วยการฉ้อฉล ทั้งนี้ ตามแนวทางสากลของประเทศต่างๆ<sup>210</sup>

#### ง) รูปแบบการปรับใช้ (Form of application)

ด้วยเหตุที่มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทมีลักษณะเป็นการปฏิเสธแนวคิดและหลักการสำคัญเกี่ยวกับสภาพนิติบุคคลของบริษัท อีกทั้งยังส่งผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ในเชิงสารบัญญัติของผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่าย ดังนั้น จึงเป็นที่เห็นว่า มาตรการดังกล่าวจักพึงมีขึ้นและนำมาปรับใช้แก่คดีได้ด้วยความยินยอมของเจ้าหนี้ทั้งหลาย หรือด้วยการพิจารณาวินิจฉัยโดยศาลเท่านั้น<sup>211</sup> ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าแนวทางกฎหมายล้มละลายของไทยในการกำหนดปรับใช้มาตรการดังกล่าวจึงควรกระทำได้ใน 2 ลักษณะ กล่าวคือ

1. รูปแบบคำสั่งของศาลตามหลักเกณฑ์การปรับใช้ 3 ห้วง 2 เดือน ใจที่ได้พิจารณาแล้วข้างต้น  
อย่างไรก็ดี รูปแบบดังกล่าวมักจะมีข้อจำกัดในกรณีที่มีการปรับใช้ซึ่งมาตรการรวม

<sup>209</sup> Companies & Securities Advisory Committee, "Corporate groups final report," Australia, 2000. (Online), p. 169.

<sup>210</sup> Ibid., pp. 168-169, 178.

<sup>211</sup> Henry Peter, "Insolvency in a group of companies, substantive and procedural consolidation: When and how?," in The challenges of insolvency law reform in the 21st century: Facilitating investment and recovery to enhance economic growth, eds. Henry Peter, Nicolas Jeandin, and Jason J. Kilborn (Zurich: Schulthess, 2006), pp. 175-176.



ทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทไม่อาจดำเนินไปในลักษณะที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทุกราย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกลับเป็นผลเสียแก่เจ้าหนี้บางราย เช่น ทำให้อัตราการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้รายหนึ่งรายใดต้องลดลงจากการที่ต้องแบ่งสรรปันส่วนทรัพย์สินแก่เจ้าหนี้ทั้งหลายรายอื่น เป็นต้น ซึ่งศาลที่ต้องประสบปัญหาดังกล่าวมักจะต้องวินิจฉัยประเด็นอันยุ่งยากว่า กรณีควรพิจารณาปรับใช้มาตรการดังกล่าวเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ส่วนใหญ่โดยเป็นผลเสียแก่เจ้าหนี้บางรายหรือไม่ หากเห็นควรก็ยังคงต้องวินิจฉัยต่อไปว่าประโยชน์ที่จะได้รับจากรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทมีน้ำหนักและสำคัญยิ่งไปกว่าผลเสียหายของเจ้าหนี้รายดังกล่าวอย่างมาก (Heavily outweigh the harm) หรือไม่อีกประการหนึ่งด้วย

2. รูปแบบความตกลงยินยอมของลูกหนี้และเจ้าหนี้ทั้งหลาย ซึ่งอาจแสดงความตกลงดังกล่าวโดยอาศัยแผนฟื้นฟูกิจการ รูปแบบดังกล่าวจะช่วยลดข้อจำกัดของมาตรการดังกล่าวในรูปแบบคำสั่งของศาลดังที่กล่าวข้างต้นได้ โดยอาศัยข้อตกลงอย่างใดๆ ในลักษณะที่ช่วยลดเซยผลเสียหายของเจ้าหนี้บางรายได้ ซึ่งรูปแบบนี้กำลังเป็นที่กล่าวถึงและแพร่หลายในประเทศสหรัฐอเมริกามากกว่ารูปแบบแรกเสียอีก<sup>212</sup> และนักกฎหมายบางท่านยังกล่าวว่า เป็นมาตรการทางกฎหมายที่สำคัญที่สุดต่อการฟื้นฟูกิจการกลุ่มบริษัท<sup>213</sup> ตัวอย่างเช่น กรณีของกลุ่มบริษัท WorldCom ที่ภายใต้การใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทจะส่งผลให้เจ้าหนี้ของบริษัทย่อย WorldCom MCI ได้รับชำระหนี้ในอัตราส่วนที่ลดลง เนื่องจากบริษัทย่อยดังกล่าวมีทรัพย์สินมากกว่าบริษัทอื่นทั้งหลายในกลุ่มอย่างชัดเจน และเมื่อมีการใช้มาตรการดังกล่าวจึงทำให้ทรัพย์สินดังกล่าวถูกแบ่งสรรชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้พร้อมกับบริษัทอื่นภายในกลุ่มซึ่งมีทรัพย์สินน้อยกว่า ดังนั้น เจ้าหนี้ทั้งหลายจึงเสนอข้อตกลงให้ใช้มาตรการดังกล่าวโดยให้เจ้าหนี้ของบริษัทย่อยรายนี้ได้รับชำระหนี้ในอัตราส่วนที่มากกว่าเจ้าหนี้ทั้งหลายรายอื่น เป็นต้น กล่าวกันว่าการใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทในรูปแบบนี้แทบจะกลายเป็นบรรทัดฐานใหม่สำหรับคดีล้มละลายของกลุ่มบริษัทในระยะหลังไปแล้ว คือ คดีล้มละลายของกลุ่มบริษัทนี้จะถูกรวมเข้ากันทั้งในทางกระบวนการพิจารณาและในทางสารบัญญัติโดยอาศัยหลักความ

<sup>212</sup> William H. Widen, "Corporate form and substantive consolidation." *George Washington Law Review* 75, 2 (2007): 251.

<sup>213</sup> *Ibid.*, p. 238.

ยินยอมของกลุ่มความกังวล<sup>214</sup> หนึ่ง ผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อการปรับใช้ในรูปแบบดังกล่าวนี้จะเป็นไปโดยอาศัยความยินยอมของเจ้าหนี้ทั้งหลาย ศาลจึงไม่ควรมีบทบาทในการพิจารณาหลักเกณฑ์การทดสอบเพื่อปรับใช้มาตรการดังกล่าวอย่างเต็มบริบูรณ์ดังเช่นกรณีการปรับใช้ในรูปแบบคำสั่งของศาลข้างต้น หากแต่บทบาทของศาลดังกล่าวควรจำกัดอยู่แค่เพียงการพิจารณาเงื่อนไขเกี่ยวกับความเป็นธรรมและความมีประสิทธิภาพทั้ง 2 ประการดังที่ได้พิจารณาข้างต้นเท่านั้น

### จ) ข้อโต้แย้งและข้อสังเกตในการปรับใช้

ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่า มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทนั้นนับได้ว่าเป็นมาตรการที่มีข้อถกเถียงโต้แย้งเกี่ยวกับการพิจารณากำหนดและปรับใช้เป็นเวลายาวนานและมากที่สุดประการหนึ่ง นอกจากเหนือจากข้อโต้แย้งเกี่ยวกับฐานอำนาจการปรับใช้ซึ่งมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทในประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอกกล่าวถึงข้อโต้แย้งและข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการปรับใช้มาตรการดังกล่าวเพื่อให้เป็นแนวทางส่วนหนึ่งของการพิจารณากำหนดปรับใช้ดังนี้

1. นักกฎหมายบางท่านได้แสดงความไม่เห็นด้วยกับมาตรการดังกล่าว เนื่องจากเห็นว่า การปรับใช้มาตรการดังกล่าวไม่ว่าจะด้วยอาศัยหลักเกณฑ์ในการปรับใช้ประการใดก็ตาม มีลักษณะเป็นการขัดหรือแย้งต่อกฎหมายสารบัญญัติ (Substantive law) เกี่ยวกับสภาพนิติบุคคลและหลักความรับผิดชอบของลูกหนี้ที่จะพึงมีเฉพาะต่อเจ้าหนี้ของตนเท่านั้นอันเป็นหลักกฎหมายสำคัญที่กฎหมายล้มละลายควรให้ความเคารพและบังคับตาม และการปรับใช้มาตรการดังกล่าวอาจเป็นการเลือกปฏิบัติต่อเจ้าหนี้บางรายอันอาจทำให้คดีมีข้อโต้แย้งเพิ่มมากขึ้น อีกทั้งยังเห็นว่าหลักเกณฑ์การทดสอบเพื่อปรับใช้ไม่มีความเชื่อมโยงกับผลของ

---

<sup>214</sup> David A. Skeel, "Groups of companies: Substantive consolidation in the USA," in *The challenges of insolvency law reform in the 21st century: Facilitating investment and recovery to enhance economic growth*, eds. Henry Peter, Nicolas Jeandin, and Jason J. Kilborn (Zurich: Schulthess, 2006), p. 233.

มาตรการดังกล่าว<sup>215</sup> นอกจากนี้ นักกฎหมายบางท่านยังแสดงความไม่เห็นด้วยกับแนวทางการปรับใช้มาตรการดังกล่าวในรูปแบบความตกลงยินยอมของเจ้าหนี้ทั้งหลาย เนื่องจากเกรงว่าจะทำให้หลักเกณฑ์การทดสอบเพื่อปรับใช้ประการต่างๆ หมดความหมาย และกลายเป็นเสือกระดาษไป และอาจทำให้มาตรการดังกล่าวมีสภาพกลายเป็นกฎเกณฑ์หลักแทนที่จะเป็นข้อยกเว้น<sup>216</sup>

2. มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่ากรจำแนกรูปแบบของกลุ่มบริษัทเพื่อปรับใช้กับมาตรการดังกล่าวนั้นควรจำแนกเป็น 2 รูปแบบ กล่าวคือ กลุ่มบริษัทแนวตั้ง (Vertical group) และกลุ่มบริษัทแนวนอน (Horizontal group) โดยให้มีข้อสันนิษฐานเบื้องต้นที่สามารถหักล้างได้ว่าให้ปรับใช้มาตรการดังกล่าวกับกลุ่มบริษัทแนวตั้งซึ่งมีลักษณะที่รวมเป็นหนึ่งเดียวอย่างสำคัญ และปฏิเสธการปรับใช้มาตรการดังกล่าวกับกลุ่มบริษัทแนวนอนซึ่งมิได้มีลักษณะที่รวมเป็นหนึ่งเดียวอย่างสำคัญ<sup>217</sup>
3. แนวทางการกำหนดหลักเกณฑ์การปรับใช้ที่ผู้เขียนได้เสนอข้างต้นนั้นอาจนับได้ว่าเป็นแนวทางใหม่ที่ลดทอนข้อจำกัดของการปรับใช้มาตรการดังกล่าว (Liberal trend) ที่มีการพิจารณาปรับใช้กันอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา แม้ว่านักกฎหมายบางท่านจะไม่เห็นด้วยกับแนวทางดังกล่าวและประสงค์ให้กลับไปใช้แนวทางดั้งเดิม (Traditional trend) ที่มุ่งเน้นการพิจารณาถึงความมีอยู่ของการฉ้อฉลและใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทในการปรับใช้<sup>218</sup> แต่ยังมีนักกฎหมายอีกหลายท่านที่เห็นด้วยกับแนวทางใหม่

---

<sup>215</sup> Daniel Staehelin, "No substantive consolidation in the insolvency of groups of companies," in The challenges of insolvency law reform in the 21st century: Facilitating investment and recovery to enhance economic growth. eds. Henry Peter, Nicolas Jeandin, and Jason J. Kilborn (Zurich: Schulthess, 2006), p. 207.

<sup>216</sup> Eric A. Webber, "Consensual substantive consolidation: Comments on the working papers of professor skeel and dr. Staehelin," in The challenges of insolvency law reform in the 21st century: Facilitating investment and recovery to enhance economic growth. eds. Henry Peter, Nicolas Jeandin, and Jason J. Kilborn (Zurich: Schulthess, 2006), p. 217.

<sup>217</sup> James H.M. Sprayregen, Jonathan P. Friedland, and Jeffrey W. Gettleman, "The sum and substance of substantive consolidation," Norton Annual Survey of Bankruptcy Law 1 (2006): 15-16.

<sup>218</sup> Timothy E. Graulich, "Substantive consolidation-a post-modern trend," American Bankruptcy Institute Law Review 14 (2006): 553-557.

ดังกล่าวและแนวคิด Enterprise view เนื่องจากจะก่อให้เกิดประโยชน์และมีความเหมาะสมกับสถานะที่มีการใช้กลุ่มบริษัทในการประกอบกิจการอย่างแพร่หลายมากกว่า<sup>219</sup>

4. ในการปรับใช้มาตรการดังกล่าวโดยศาลโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ศาลมักจะกล่าวเน้นย้ำอยู่เสมอว่า มาตรการดังกล่าวที่สมควรที่จะปรับใช้ในคดีอย่างน้อยก็ (Should be rare and used sparingly) เนื่องจากลักษณะและผลทางกฎหมายของมาตรการดังกล่าวที่ค่อนข้างจะรุนแรง อย่างไรก็ตามก็จะมีคำถามกันอยู่เสมอว่าในความเป็นจริงแล้วการปรับใช้มาตรการดังกล่าวมีลักษณะที่เป็นไปตามคำกล่าวข้างต้นของศาลหรือไม่ เพียงใด ในประเด็นนี้ นักกฎหมายท่านหนึ่งได้ทำการศึกษาทดลองคดีล้มละลายขนาดใหญ่เชิงประจักษ์ (Empirical study) ในแง่ของมูลค่าทรัพย์สินในคดีของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เกิดขึ้นในช่วงปีค.ศ. 2000 ถึง 2004 ในประเด็นเกี่ยวกับมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท ผลปรากฏว่า ในคดีล้มละลายขนาดใหญ่ที่สุด (Largest bankruptcies) มีการใช้มาตรการดังกล่าวเป็นจำนวน 11 คดีจากคดีทั้งหมด 21 คดี คิดเป็นอัตราส่วนประมาณร้อยละ 50 ส่วนในคดีล้มละลายขนาดใหญ่อื่นนั้น พบว่ามีการใช้มาตรการดังกล่าวเป็นจำนวน 40 คดีจากคดีทั้งหมด 344 คดี คิดเป็นอัตราส่วนประมาณร้อยละ 11.6 โดยที่ตัวเลขดังกล่าวยังมีได้นับรวมเอาคดีฟื้นฟูกิจการที่มีการระงับไว้ในแผนว่าสามารถนำเอามาตรการดังกล่าวมาใช้ได้ในอนาคตตามความเหมาะสม ซึ่งหากพิจารณาจากจำนวนตัวเลขเหล่านี้แล้วจะเห็นได้ว่า สภาพการณ์ในการปรับใช้มาตรการดังกล่าว น่าจะคลาดเคลื่อนไปจากคำกล่าวข้างต้นของศาล<sup>220</sup> และก่อให้เกิดหลักการเกี่ยวกับมาตรการดังกล่าวที่ผิดพลาด<sup>221</sup>

<sup>219</sup> James H.M. Sprayregen, Jonathan P. Friedland, and Jeffrey W. Gettleman, "The sum and substance of substantive consolidation," *Norton Annual Survey of Bankruptcy Law* 1 (2006): 17-18. และ William H. Widen, "Corporate form and substantive consolidation," *George Washington Law Review* 75, 2 (2007): 237.

<sup>220</sup> William H. Widen, "Prevalence of substantive consolidation in large bankruptcies from 2000-2004: Preliminary results," *American Bankruptcy Institute Law Review* 14 (2006): 53-64. นอกจากนี้ นักกฎหมายท่านนี้ยังได้วิเคราะห์ถึงสาเหตุของการใช้มาตรการดังกล่าวที่ค่อนข้างแพร่หลายจากตัวเลขเหล่านี้โดยอาศัยหลักการและเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ไว้ด้วยใน William H. Widen, "Corporate form and substantive consolidation," *George Washington Law Review* 75, 2 (2007): 255-262.

<sup>221</sup> William H. Widen, "Corporate form and substantive consolidation," *George Washington Law Review* 75, 2 (2007): 252.

5. นักกฎหมายส่วนใหญ่จะเห็นตรงกันว่ามาตรการดังกล่าวไม่ควรจะปรับใช้โดยอัตโนมัติ และควรจำกัดอยู่เฉพาะกรณีที่เจ้าหน้าที่ทั้งหลายเห็นด้วย หรือกรณีอันมีลักษณะสุดขั้ว (Extreme circumstances) เท่านั้น ในขณะที่มาตรการบริหารจัดการคดีร่วมกันจะได้รับการสนับสนุนอย่างกว้างขวางมากกว่า<sup>222</sup>
6. มีข้อสังเกตในการปรับใช้มาตรการดังกล่าวว่าอาจมีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายภาษีอากรได้ เนื่องจากกฎหมายภาษีอากรส่วนใหญ่จะเก็บภาษีจากส่วนเพิ่มของเงินทุนซึ่งผู้ถือหุ้นได้รับกลับคืนจากการเลิกบริษัทหรือการชำระบัญชีโดยถือว่าเป็นกำไรจากเงินลงทุน (Capital gain) และเมื่อมีการปรับใช้มาตรการดังกล่าวแล้วปรากฏว่ามีทรัพย์สินเหลือคืนให้แก่ผู้ถือหุ้นของกลุ่มบริษัท กรณีอาจกลายเป็นว่าผู้ถือหุ้นจะต้องถูกเก็บภาษีในจำนวนเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินซึ่งบริษัทอื่นภายในกลุ่มบริษัทเป็นเจ้าของได้<sup>223</sup>

## 2) มาตรการด้อยสิทธิโดยอำนาจศาล

มาตรการด้อยสิทธิโดยอำนาจศาลจะนำมาปรับใช้เพื่อแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการจัดการหนี้สินระหว่างกันของกลุ่มบริษัท (Treatment of intra-group debts) ซึ่งมักจะมียุทธศาสตร์พิเศษต่างจากหนี้สินทั่วไป ซึ่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 กำหนดไว้เพียงแต่บทบัญญัติว่าด้วยการเพิกถอนนิติกรรมและโอนทรัพย์สินดังที่ได้กล่าวข้างต้นเพียงมาตรการเดียวเท่านั้น ซึ่งยังคงไม่เพียงพอแก่กรณีดังกล่าว ด้วยเหตุเกี่ยวกับข้อจำกัดด้านเงื่อนไขที่กำหนดไว้อย่างมากที่สุดเพียง 1 ปีก่อนและหลังจากวันฟ้องคดีล้มละลายหรือยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการเท่านั้น ทั้งที่หนี้สินระหว่างกลุ่มบริษัทดังกล่าวนี้ อาจมีมาตั้งแต่เริ่มจัดตั้งบริษัทในกลุ่มเลยก็เป็นได้ นอกจากนี้ หากใช้ว่าหนี้สินระหว่างกลุ่มบริษัททุกรายการจะมีลักษณะพิเศษดังกล่าวและเข้าหลักเกณฑ์ในการเพิกถอนเสมอแต่อย่างใดไม่ หากแต่ยังคงมีหนี้สินบางรายการที่เกิดขึ้นโดยวิถีทางธุรกิจเชิงการประกอบกิจการปกติและมีวัตถุประสงค์โดยชอบ ทั้งนี้ ปัญหาดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ทั้งในคดีล้มละลายหรือคดีฟื้นฟูกิจการทั้งกลุ่ม และในคดีล้มละลาย

<sup>222</sup> Henry Peter, Nicolas Jeandin, and Jason J. Kilborn, "Final recommendations in symposium entitled "financing and refinancing companies in the prospective of insolvency – international legal debate", in *The challenges of insolvency law reform in the 21st century: Facilitating investment and recovery to enhance economic growth*, eds. Henry Peter, Nicolas Jeandin, and Jason J. Kilborn (Zurich: Schulthess, 2006), p. 591.

<sup>223</sup> Companies & Securities Advisory Committee, "Corporate groups final report," Australia, 2000. (Online), p. 180.

หรือคดีฟื้นฟูกิจการเพียงบริษัทหนึ่งบริษัทใดอันมีประเด็นเกี่ยวกับความรับผิดชอบในหนี้สินระหว่างกันก็ได้ ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่ว่ากลุ่มบริษัทที่เป็นคดีจะมีรูปแบบลักษณะเป็นกลุ่มบริษัทที่รวมตัวกันอย่างเหนียวแน่นหรือไม่ หากคดีมีประเด็นเกี่ยวกับการจัดการหนี้สินระหว่างกันของกลุ่มบริษัทแล้ว ย่อมควรที่จะนำเอามาตรการดังกล่าวมาปรับใช้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมได้

มาตรการดังกล่าวนี้มีใช้บังคับกันอยู่ในหลายประเทศ<sup>224</sup> เช่น ประเทศสเปน ประเทศเยอรมัน ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลียในรูปแบบของข้อตกลงด้วยสิทธิด้วยความสมัครใจ ส่วนในประเทศอังกฤษศาลเองก็เคยมีคำสั่งในทำนองเดียวกับมาตรการดังกล่าวแต่ใช้หลักการของลามิกวอร์ได้แทน<sup>225</sup> เป็นต้น แต่แนวทางที่ผู้เขียนเห็นว่าควรนำมาพิจารณาปรับใช้ในกรณีของประเทศไทย คงหนีไม่พ้นแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา ส่วนแนวทางของ UNCITRAL นั้น แม้ว่าเคยได้มีการนำเอามาตรการดังกล่าวมาพิจารณา แต่ทาง UNCITRAL ยังมีได้กำหนดร่างคำแนะนำเกี่ยวกับมาตรการดังกล่าวนี้แต่ประการใด

การพิจารณากำหนดมาตรการดังกล่าวควรตั้งอยู่บนการพิจารณาการกระทำอันไม่ชอบธรรม (Inequitable conduct) และการกระทำนี้ส่งผลให้เกิดความไม่เป็นธรรม ความไม่เท่าเทียม หรือความเสียหายแก่เจ้าหนี้ทั้งหลายอันเป็นการขัดต่อแนวคิดและหลักการสำคัญของกฎหมายล้มละลาย มาตรการดังกล่าวนี้จึงมีขึ้นเพื่อลบล้างความไม่เป็นธรรมดังกล่าว โดยการด้วยสิทธิของเจ้าหนี้ผู้การกระทำอันไม่ชอบธรรมให้ต่ำกว่าเจ้าหนี้รายอื่น โดยอาจพิจารณาหลักเกณฑ์การปรับใช้จากแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ หลักเกณฑ์การทดสอบ 3 ด้าน (Three-prong test, tripartite test) อันประกอบด้วย

1. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำอันมิชอบ (Inequitable conduct) กล่าวคือ เจ้าหนี้ผู้ยื่นคำขอรับชำระหนี้หรือเรียกร้องสิทธิในหนี้ของตนนั้นต้องได้ทำการอันมิชอบอันจะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมหรือได้เปรียบเสียเปรียบขึ้นระหว่างเจ้าหนี้ทั้งหลาย หากปล่อยให้สิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นหรือเกี่ยวเนื่องกับการกระทำอันมิชอบมีลำดับการชำระหนี้เท่าเทียมกับสิทธิเรียกร้อง

<sup>224</sup> United Nations Commission on International Trade Law, "Treatment of enterprise groups in insolvency, note by the secretariat (continued), a/cn.9/wg.V/wp.78/add.1," Vienna, 2007. (Online), p. 15.

<sup>225</sup> Companies & Securities Advisory Committee, "Corporate groups final report," Australia, 2000. (Online), p. 183.

ของเจ้าหน้าที่ทั้งหลาย เช่น การลงทุนต่ำ การบริหารกิจการโดยมิชอบ การละเลยหรือไม่ใส่ใจต่อความมีตัวตนแยกออกต่างหากของบริษัท หรือการปะปนกันหรือโอนย้ายระหว่างกันซึ่งทรัพย์สิน เป็นต้น

2. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการก่อให้เกิดความเสียหายหรือได้เปรียบอย่างไม่เป็นธรรม กล่าวคือ การกระทำอันมิชอบดังกล่าวจักต้องก่อให้เกิดความเสียหายต่อเจ้าหน้าที่ทั้งหลาย หรือส่งผลให้ผู้เรียกร้องสิทธิได้เปรียบอย่างไม่เป็นธรรม
3. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 เกี่ยวกับลำดับการชำระหนี้

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีข้อสังเกตในการปรับใช้มาตรการดังกล่าวนี้ว่า ในการพิจารณาปรับใช้ซึ่งมาตรการดังกล่าวนี้พึงต้องใช้ความระมัดระวังว่า มาตรการดังกล่าวนี้มีลักษณะที่นำเอาแนวคิดที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียวมาใช้ และอาจขัดหรือแย้งต่อแนวคิดที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกัน นอกจากนี้ มาตรการดังกล่าวยังอาจส่งผลกระทบต่อเจ้าหน้าที่ของบริษัทที่ถูกด้อยสิทธิของตนอีกด้วย<sup>226</sup> ดังนั้น ในการปรับใช้มาตรการดังกล่าวจำเป็นต้องกำหนดหลักเกณฑ์การปรับใช้ที่เป็นภาวะวิสัยและมีความเป็นชัดเจน (Clear and objective tests) รวมทั้งต้องกำหนดและปรับใช้อย่างรอบคอบ (Proceed with caution)

#### 4.4 สรุปมาตรการทางกฎหมายต่อการล้มละลายของกลุ่มบริษัท

กลุ่มบริษัทนั้นเป็นการรวมตัวกันของบริษัททั้งหลายในทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์ร่วมกันประการต่างๆ โดยมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ ความหลากหลายของบริษัทหรือหน่วยธุรกิจ (Diversity) และการรวมกลุ่มระหว่างกัน (Unity) ซึ่งลักษณะสำคัญทั้งสองประการดังกล่าวได้สะท้อนออกมาทางกฎหมายโดยอาศัยหลักกฎหมายสำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ หลักการความเป็นอิสระของบริษัท (Principle of corporate autonomy) และหลักการอำนาจการควบคุมบริษัท (Principle of corporate control) ดังนั้น รูปแบบ ลักษณะและระดับความสัมพันธ์ของกลุ่มบริษัทจึงสามารถแปรเปลี่ยนกันออกไปในแต่ละกลุ่มบริษัทตามระดับของการผสมผสานหลักการสำคัญทั้งสองประการดังกล่าวหรือระดับของการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจได้หลากหลายรูปแบบ เมื่อใดที่กลุ่มบริษัทเหล่านี้มีอัน

<sup>226</sup> Ibid., p. 184.

ต้องประสบกับปัญหาทางการเงินจนต้องเข้าสู่กระบวนการทางกฎหมายล้มละลายหรือการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งยังคงยึดมั่นกับแนวคิดที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกัน (Separate entity approach or Entity principle) เป็นสำคัญ อันจะส่งผลให้การพิจารณาบริษัททั้งหลายในกลุ่มที่มีลักษณะรวมกลุ่มเข้ากัน ในทางเศรษฐกิจจำต้องกระทำในลักษณะที่แยกออกจากกัน ในทางกฎหมาย และนำมาซึ่งปัญหาอันเกิดขึ้นและอาจเกิดขึ้นจากข้อจำกัดทางกฎหมาย และจากแนวทางปฏิบัติหลายประการดังกล่าวข้างต้น ทั้งที่เป็นปัญหาในเชิงกระบวนการพิจารณา และปัญหาในเชิงสารบัญญัติหรือสิทธิหน้าที่ของผู้มีส่วนได้เสีย

ผู้เขียนมีความเห็นว่า แนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวข้างต้นนั้นควรมีการศึกษาและแก้ไขกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการของไทยให้ยอมรับถึงความมีอยู่ของกลุ่มบริษัทอันมีแนวโน้มที่จะแพร่หลายมากขึ้นทุกขณะ และนำเอาแนวคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับกลุ่มบริษัทไปปรับใช้เพื่อกำหนดขึ้นซึ่งมาตรการหรือกลไกทางกฎหมายประการต่างๆ ที่จักเชื่อมโยงบริษัททั้งหลายเข้าด้วยกันในผลทางกฎหมายล้มละลายหรือการฟื้นฟูกิจการ และปรับใช้มาตรการหรือกลไกทางกฎหมายเหล่านี้ให้เหมาะสมกับแต่ละกลุ่มบริษัท แม้ว่าอาจจะเป็นลักษณะของข้อยกเว้น แต่การกำหนดมาตรการหรือกลไกทางกฎหมายประการต่างๆ ไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายย่อมจะทำให้ข้อยกเว้นดังกล่าวเป็นข้อยกเว้นโดยชอบด้วยกฎหมาย มีความเป็นระบบและความแน่นอนทางกฎหมาย เพื่อให้คดีล้มละลายและคดีฟื้นฟูกิจการของกลุ่มบริษัทดำเนินไปด้วยความมีประสิทธิภาพ ความโปร่งใส และคาดหมายได้รวมทั้งจรรยาบรรณและเพิ่มมูลค่าของกิจการร่วมกันของกลุ่มบริษัท ทั้งนี้ แม้ว่าในทางปฏิบัติของศาลและคู่ความจะมีการนำเอามาตรการหรือกลไกบางประการไปปรับใช้แก่คดีฟื้นฟูกิจการของกลุ่มบริษัทบ้างแล้ว แต่การปรับใช้ดังกล่าวโดยปราศจากฐานอำนาจทางกฎหมายโดยชอบย่อมจะนำมาซึ่งข้อโต้แย้งจากคู่ความ และยังไม่สามารถปรับใช้มาตรการหรือกลไกทางกฎหมายล้มละลายหรือฟื้นฟูกิจการแก้ไขคดีได้อย่างสมบูรณ์และเกิดประสิทธิผลอย่างเต็มที่ นอกจากนี้ การปรับใช้ในลักษณะนี้อาจมีลักษณะที่ขัดแย้งกับระบบกฎหมายของไทยอันเป็นระบบประมวลกฎหมายซึ่งถือว่าหลักเกณฑ์ของกฎหมายเป็นใหญ่ คำพิพากษาของศาลเป็นแต่เพียงการตีความในตัวของประมวลกฎหมายหรือตัวของพระราชบัญญัติเท่านั้น คำพิพากษาของศาลจึงไม่ใช่ “ที่มาของกฎหมาย” ดังเช่นในระบบกฎหมายธรรมดา (Common law) ที่ถือเอาผลในการพิพากษาคดีเป็นใหญ่<sup>227</sup>

<sup>227</sup> หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2542), หน้า 6-8.



สำหรับแนวทางการแก้ไขกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการสำหรับกรณีของกลุ่มบริษัทดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า จำเป็นที่จะต้องมีการพิจารณาถึงความจำเป็นของการนำเอามาตรการหรือกลไกทางกฎหมายในอันที่จะเกิดผลเชื่อมโยงบริษัททั้งหลายในกลุ่มบริษัทในทางกฎหมาย กล่าวคือ มีการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ และความจำเป็นในการเชื่อมโยงทางกฎหมายเพื่อก่อให้เกิดประโยชน์ของการรักษาและเพิ่มมูลค่าร่วมกันของกิจการกลุ่มบริษัท และเมื่อกลุ่มบริษัทในโลกแห่งความเป็นจริงทางเศรษฐกิจและการประกอบกิจการนั้นสามารถแปรเปลี่ยนกันออกไปได้ในรูปแบบหรือลักษณะต่างๆ กันตามแต่ระดับการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ ดังนี้ ก่อนที่มีการแก้ไขปัญหานั้นเกิดขึ้นจากข้อจำกัดของกฎหมายล้มละลายและกฎหมายฟื้นฟูกิจการดังกล่าวโดยการนำเอามาตรการหรือกลไกทางกฎหมายเพื่อเชื่อมโยงบริษัททั้งหลายในกลุ่มเข้าด้วยกันในทางกฎหมายอันจะจัดหรือลดทอนช่องว่างระหว่างลักษณะความจริงในทางเศรษฐกิจและการพิจารณาในเชิงกฎหมายลงไปได้นั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรมีการจำแนกรูปแบบของกลุ่มบริษัทออกเป็นรูปแบบหรือประเภทต่างๆ เพื่อให้เกิดความเหมาะสมเข้าคู่กันในระหว่างรูปแบบหรือประเภทของกลุ่มบริษัทกับประเภทหรือระดับของมาตรการหรือกลไกทางกฎหมายดังกล่าวเสียก่อนในเบื้องต้น โดยอาศัยหลักเกณฑ์การจำแนกรูปแบบของกลุ่มบริษัทตามระดับการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ ซึ่งสามารถจำแนกรูปแบบของกลุ่มบริษัทเพื่อนำมาใช้สำหรับกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการได้เป็น 3 รูปแบบ กล่าวคือ

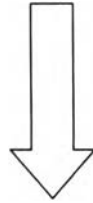
1. กลุ่มบริษัทที่รวมตัวกันอย่างเหนียวแน่น (Strongly integrated group)
2. กลุ่มบริษัทที่รวมตัวเข้ากัน (Integrated group)
3. กลุ่มบริษัทที่รวมตัวกันอย่างไม่เหนียวแน่น (Weakly integrated group)

หลังจากนั้น จึงนำเอามาตรการหรือกลไกทางกฎหมายทั้งหลายในระดับต่างๆ มาปรับใช้แก่รูปแบบของกลุ่มบริษัทที่มีความเหมาะสมกับแต่ละมาตรการ ซึ่งผู้เขียนจึงเห็นว่า โดยทั่วไปแล้วการกำหนดและปรับใช้ซึ่งมาตรการทางกฎหมายในเชิงสารบัญญัติโดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มนั้นควรปรับใช้กับกลุ่มบริษัทที่รวมตัวกันอย่างเหนียวแน่น (Strongly integrated group) และปรับใช้มาตรการทางกฎหมายในเชิงวิธีพิจารณาอย่างน้อยที่สุดกับกลุ่มบริษัทที่รวมตัวเข้ากัน (Integrated group) โดยอาจปรับใช้แก่กลุ่มบริษัทที่รวมตัวกันอย่างเหนียวแน่นได้ด้วย หากพิจารณาแล้วกรณีเป็นที่เห็นว่ามาตรการกฎหมายในเชิงสารบัญญัตินั้นไม่เหมาะสมหรือไม่เป็นธรรม ส่วนกลุ่มบริษัทที่รวมตัวกันอย่างไม่เหนียวแน่น (Weakly integrated group) นั้นโดยหลักแล้วคงให้ดำเนินกระบวนการทางกฎหมายล้มละลายตามปกติเฉกเช่นเดียวกันกับบริษัทเดี่ยวทั่วไป เนื่องจาก

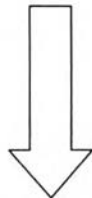
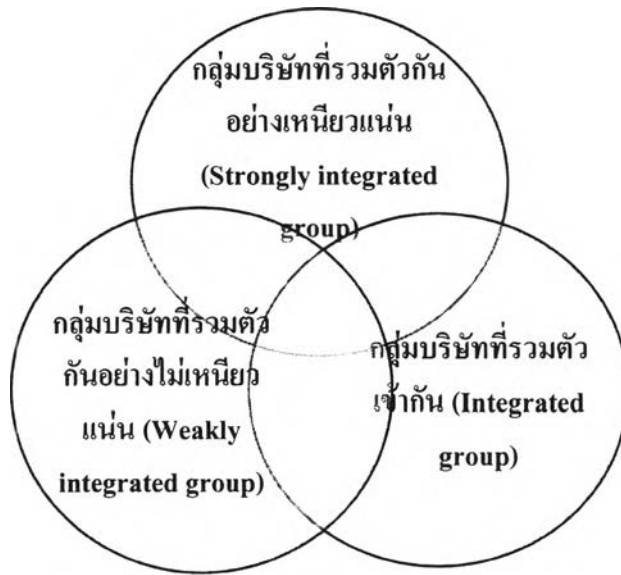
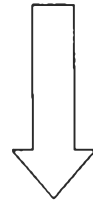
กรณีไม่มีลักษณะการรวมกลุ่มระหว่างกันอย่างเพียงพอและเหมาะสมในอันที่จะนำเอามาตรการทางกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้เพื่อเชื่อมโยงกลุ่มบริษัทนี้ในทางกฎหมายล้มละลาย และเมื่อกำหนดรูปแบบของกลุ่มบริษัทและมาตรการทางกฎหมายที่ควรนำมาปรับใช้ได้แล้ว จึงมาพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ในการทดสอบปรับใช้มาตรการทางกฎหมายดังกล่าวโดยอาศัยนโยบายทางกฎหมายล้มละลายเป็นหลักในการพิจารณา รวมทั้งอาศัยการพิจารณาแนวทางและตัวอย่างการปรับใช้จากต่างประเทศในระดับสากลอีกชั้นหนึ่ง ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามหลักการอันสำคัญในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายต่อการล้มละลายของกลุ่มบริษัท 3 ประการข้างต้น คือ การกำหนดและปรับใช้อย่างระมัดระวัง (Proceed with caution) การใช้หลักเกณฑ์ภาวะวิสัยและชัดเจน (Using clear and objective tests) และการคำนึงไว้ล่วงหน้าถึงการล้มละลายระหว่างประเทศ (Planning ahead for the international scenario) และเพื่อให้กระบวนการล้มละลายและฟื้นฟูกิจการเป็นไปโดยรวดเร็ว ประหยัด รักษามูลค่าร่วมกันของกลุ่มบริษัทให้มากที่สุด และให้ความคุ้มครองแก่บุคคลทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง นั่นเอง โดยมาตรการทางกฎหมายที่ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายล้มละลายไทยควรนำมาใช้ประกอบด้วย

1. มาตรการทางกฎหมายในเชิงวิธีพิจารณา กล่าวคือ การเริ่มต้นคดีด้วยคำร้องขอร่วมกัน การบริหารจัดการคดีร่วมกันหรือการประสานงานเชิงวิธีพิจารณา มาตรการเกี่ยวกับการแต่งตั้งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ และการใช้แผนฟื้นฟูกิจการร่วมกัน
2. มาตรการทางกฎหมายในเชิงสารบัญญัติ กล่าวคือ มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท และมาตรการค้ำยสิทธิโดยอำนาจศาล

ทั้งนี้ เพื่อให้ง่ายต่อการทำความเข้าใจยิ่งขึ้นและมีให้เป็นการเข้าช้อนกับเนื้อหาส่วนอื่นข้างต้น ผู้เขียนจึงขอสรุปแนวทางการปรับใช้มาตรการทางกฎหมายต่อการล้มละลายของกลุ่มบริษัทเป็นแผนภูมิ (โดยที่จะยังไม่พิจารณาถึงหลักเกณฑ์การปรับใช้ของแต่ละมาตรการทางกฎหมาย) ดังนี้

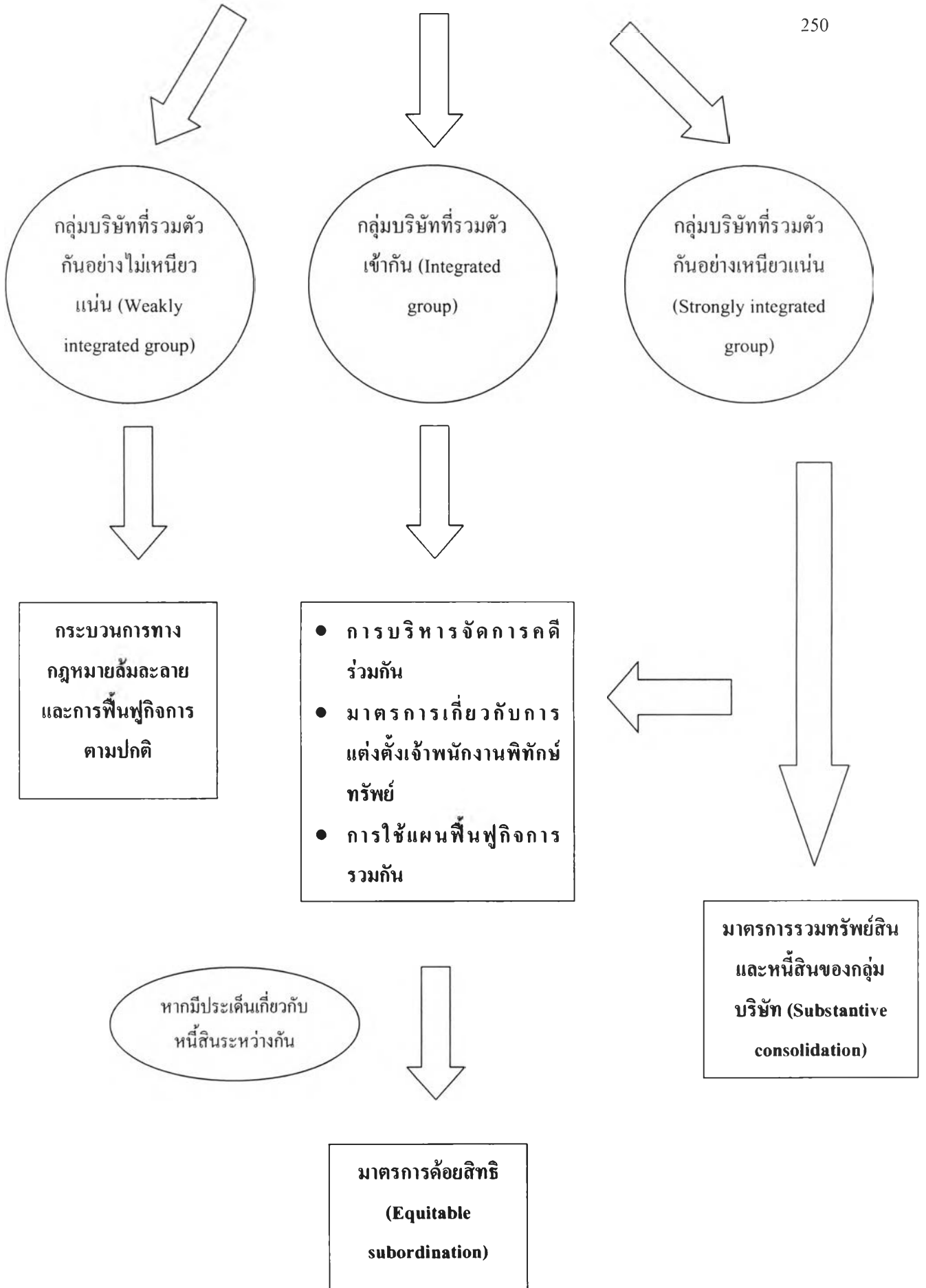


มีการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ และความจำเป็นในการเชื่อมโยงทางกฎหมายเพื่อ  
ก่อให้เกิดประโยชน์ของการรักษาและเพิ่มมูลค่าร่วมกันของกิจการกลุ่มบริษัท



การพิจารณาด้วยหลักเกณฑ์  
การถือครองหุ้น

การเริ่มต้นคดีด้วยคำร้องขอร่วมกัน  
(Joint application)



อนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่า หากประเทศไทยจะมีการพิจารณาแก้ไขพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 และนำเอามาตรการหรือกลไกทางกฎหมายเหล่านี้มาปรับใช้เพื่อแก้ไขปัญหาต่างๆ ดังกล่าวแล้ว ประเด็นปัญหาหรือข้อพิจารณาเกี่ยวกับกฎหมายล้มละลายและกฎหมายฟื้นฟูกิจการใน ส่วนอื่น เช่น การเริ่มต้นคดีด้วยคำร้องของลูกหนี้โดยสมัครใจ เป็นต้น ควรจะได้รับการพิจารณาแก้ไข ไปพร้อมกัน ในอันที่จะสามารถนำเอาประเด็นเหล่านั้นมาพิจารณาถึงความเชื่อมโยงและผลกระทบต่อ การพิจารณากำหนดมาตรการทางกฎหมายต่อการล้มละลายของกลุ่มบริษัทด้วยในคราวเดียว อันจะ นำมาซึ่งกระบวนการทางกฎหมายที่สมบูรณ์ยิ่งขึ้น อีกทั้งหากในส่วนของกฎหมายสาขาอื่นได้รับการ พิจารณาถึงผลทางกฎหมายของกลุ่มบริษัทไปพร้อมกันด้วย ก็ย่อมจะนำไปสู่การพัฒนากฎหมาย เกี่ยวกับกลุ่มบริษัท (Law of corporate groups) ได้อย่างบูรณาการ ดังเช่นที่บางประเทศกำลังดำเนินการ ปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกลุ่มบริษัทอยู่ในขณะนี้

นอกจากนี้แล้ว ผู้เขียนยังคงตระหนักดีว่าแนวทางในการพิจารณากำหนดมาตรการทาง กฎหมายต่อการล้มละลายของกลุ่มบริษัทข้างต้นที่ผู้เขียนเสนอไว้ นั้นเป็นแนวทางหรือสมมติฐานหนึ่ง (Thesis) เท่านั้น กรณีย่อมมีแนวทางความเห็นหรือสมมติฐานอีกด้านหนึ่ง (Antithesis) อยู่ด้วยเสมอ ยิ่งไปกว่านั้นอาจกล่าวได้ว่าในปัจจุบันยังไม่ปรากฏแนวทางหรือกฎหมายและแนวปฏิบัติของประเทศใดที่ พิจารณากำหนดเกี่ยวกับการล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการของกลุ่มบริษัท และปรับใช้มาตรการทาง กฎหมายล้มละลายต่อคดีล้มละลายและคดีฟื้นฟูกิจการของกลุ่มบริษัทได้อย่างครบถ้วนเป็นระบบ สมบูรณ์ และเป็นที่ยอมรับแก่นานาประเทศ คงมีคณะทำงานชุดที่ 5 (Working Group V) แห่ง คณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งองค์การสหประชาชาติ (UNCITRAL) ที่ กำลังดำเนินการพิจารณาประเด็นดังกล่าวอยู่ในขณะนี้<sup>11</sup> ส่วนแนวทางปฏิบัติของหลายประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศในระบบกฎหมาย Common law นั้นจะมีการปรับใช้มาตรการทางกฎหมาย ดังกล่าวข้างต้นโดยอำนาจของศาลโดยที่มิได้มีการจำแนกรูปแบบของกลุ่มบริษัท และกำหนดปรับใช้ มาตรการทางกฎหมายล้มละลายในกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด หากแต่ผู้เขียนเห็นว่าแนวทาง ดังกล่าวที่นำเอาข้อพิจารณาและมาตรการทางกฎหมายเหล่านี้ผ่านอำนาจขององค์กรศาลในการตัดสิน พิจารณาอรรถคดีนี้ไม่น่าจะเหมาะสมกับกฎหมายไทยอันเป็นระบบประมวลกฎหมายนัก

<sup>11</sup> เช่น ในประเทศออสเตรเลีย Companies & Securities Advisory Committee, "Corporate groups final report," Australia, 2000. (Online), pp. i-ii.

<sup>12</sup> โปรดตรวจสอบความคืบหน้าล่าสุด

[http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working\\_groups/5Insolvency.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/5Insolvency.html)