

บทที่ 2

อำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายต่างประเทศ

เนื้อหาของบทนี้จะเป็นการศึกษาถึงหลักการเบื้องต้นของกระบวนการฟื้นฟูกิจการของต่างประเทศและนำเอาหลักเกณฑ์ของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายต่างประเทศอันได้แก่ Administrator ภายใต้กระบวนการ Administration Order ของประเทศอังกฤษและผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ภายใต้ Chapter 11 ว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีการกำหนดให้มีผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการใน 2 กรณี คือ ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ(debtor in possession) และทรัสต์ดี(trustee) มาศึกษาถึงโครงสร้างอำนาจ หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการและบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการดำเนินการฟื้นฟูกิจการโดยผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ โดยมุ่งสะท้อนให้เห็นจุดดีและจุดด้อยของกฎหมายของต่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการเพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาเปรียบเทียบขอบเขตอำนาจ หน้าที่ ความรับผิดชอบและบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายไทยต่อไป

2.1 อำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายประเทศอังกฤษ

ในส่วนนี้จะกล่าวถึงหลักการเบื้องต้นของกระบวนการฟื้นฟูกิจการและหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับอำนาจ หน้าที่ ความรับผิดชอบและบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับทำแผนฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายประเทศอังกฤษ

2.1.1 ความเบื้องต้นเกี่ยวกับกระบวนการฟื้นฟูกิจการของประเทศอังกฤษ

(1) หลักเกณฑ์การเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ

การดำเนินการฟื้นฟูกิจการของประเทศอังกฤษจะอยู่ภายใต้คำสั่งศาลในการจัดการทรัพย์สินที่เรียกว่า Administration Order* ซึ่งเป็นกระบวนการที่ถูกกำหนดขึ้นโดย Insolvency Act 1986 โดยมีวัตถุประสงค์ในการช่วยเหลือบริษัทที่ประสบปัญหาทางการเงิน(financial difficulties) ให้มีโอกาสหรือช่วงเวลาที่จะฟื้นฟูหรือปรับโครงสร้างกิจการตนเอง(restructure its business) โดยไม่อยู่ภายใต้การบังคับสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ทั้งหลาย¹ หรือการขายทรัพย์สินของบริษัทโดยมีลักษณะของ

* ต่อไปจะเรียก กระบวนการ และ คำสั่ง ของ ศาลในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้โดย Administrator ภายใต้ Insolvency Act 1986 ว่า "Administrator Order".

¹ Mark Stamp, Practical Company (London : Sweet&Maxwell), p.390.

กระบวนการทางกฎหมายแตกต่างไปจากกระบวนการหนี้สินล้มพันตัว(insolvency procedures) อื่นๆ*

การยื่นขอต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งAdministration Order นี้ อาจยื่นขอโดยบริษัทลูกหนี้ เจ้าหนี้ทั้งหลาย หรือเสมียนศาล** โดยอาจเป็นการยื่นคำขอร่วมกันหรือแยกกันระหว่างบุคคลดังกล่าว² ซึ่งในการยื่นคำขอต่อศาลดังกล่าวนี้ ผู้ยื่นคำขอจะต้องแสดงหลักฐานต่างๆ ให้ศาลเชื่อว่าบริษัทลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้³ เช่น หลักฐานที่แสดงฐานะทางการเงินของบริษัทลูกหนี้ รายละเอียดของทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ที่เป็นหลักประกันแก่เจ้าหนี้ เป็นต้น โดยศาลจะต้องพิจารณาให้ได้ความว่าบริษัทนั้นมีหนี้สินล้มพันตัว(insolvency) นั่นคือบริษัทลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ทั้งปวงเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้วซึ่งเป็นไปตามหลักbalance sheet basis หรือทรัพย์สินของลูกหนี้มีน้อยกว่าจำนวนหนี้สินโดยพิจารณาถึงหนี้สินในภายหน้า (contingent and perspective debt) ซึ่งเป็นไปตามหลักcash flow basis⁴ และการอนุญาตดังกล่าวจะต้องบรรลุนิติประสงค์ของกระบวนการ Administration Order ตามที่กฎหมายกำหนดไว้⁵ แต่กรณีที่บริษัทนั้นอยู่ในระหว่างการชำระบัญชี

* กระบวนการหรือกฎหมายว่าด้วยหนี้สินล้มพันตัวของประเทศอังกฤษโดยหลักแล้วจะประกอบไปด้วยกระบวนการดังต่อไปนี้ 1)กระบวนการฟื้นฟูกิจการ(Administrator) 2)กระบวนการข้อตกลงการฟื้นฟูกิจการโดยสมัครใจ(Company Voluntary Arrangement) 3)กระบวนการพิทักษ์ทรัพย์(Recievership) 4)และกระบวนการชำระบัญชีหรือเลิกกิจการ(Liquidation).

** ในกรณีบริษัทลูกหนี้ไม่ได้ชำระค่าปรับต่อศาลเมื่อศาลมีคำพิพากษา.

² Insolvency Act 1986, section 9 (1).

³ Insolvency Act 1986, section 8 (1). Insolvency Rules, regulation 2.1, regulation 2.3.

⁴ Insolvency Act 1986, section 123 (1), section 123 (2).

⁵ Insolvency Act 1986, section 8 (3) ได้กำหนดเงื่อนไขตามกฎหมายที่ศาลมีคำสั่ง Administration Order นั่นคือ ศาลพอใจได้ว่าบริษัทลูกหนี้ขาดความสามารถในการชำระหนี้ โดยหลักเกณฑ์ในการพิจารณาของศาลจะเป็นไปตามsection 123 และในการมีคำสั่งAdministration Order จะเป็นผลให้บรรลุนิติประสงค์ตามกฎหมายดังต่อไปนี้ (1). เพื่อให้บริษัทสามารถอยู่รอดต่อไปได้ซึ่งเป็นการรักษามูลค่ากิจการทั้งหมดหรือบางส่วนเมื่อกิจการยังสามารถดำเนินต่อไป (as going concern)

(2). การให้ความเห็นชอบข้อตกลงการจัดการทรัพย์สินโดยสมัครใจ(Voluntary Arrangement) ภายใต้หมวดที่ 1

(3). การให้ความคุ้มครอง มาตรา 425 ภายใต้ Companies Act ปี 1985 ตามข้อตกลงการประนีประนอมยอมความ หรือสัญญาระหว่างบริษัทลูกหนี้และบุคคลที่เกี่ยวข้องตามมาตรา

(4). เพื่อประโยชน์ในการจำหน่ายทรัพย์สินของบริษัทที่มีมากกว่าการเลิกกิจการ

(liquidation) หรือเป็นบริษัทประกันภายใต้ Insurance Act 1982 หรือสถาบันการเงินภายใต้ Banking Act 1987 ศาลจะไม่สามารถมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการได้⁶

จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์การเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการในประการสำคัญนั้นลูกหนี้จะต้องเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว (insolvency) โดยมีหลักเกณฑ์ พิจารณา 2 ประการคือ⁷

1) พิจารณาถึงการที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ที่ค้างได้เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว

2) พิจารณามูลค่าของทรัพย์สินของลูกหนี้ว่าน้อยกว่าหนี้สินของลูกหนี้หรือไม่ โดยไม่คำนึงถึงความรับผิดชอบของลูกหนี้ที่มีจำนวนไม่แน่นอนและในภายหน้าประกอบด้วย

การพิจารณาความมีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ซึ่งเป็นบริษัทกรณีแรกนั้น เรียกว่า "short-term insolvency" หรือ "current debt insolvency" โดยการพิจารณาความสามารถในการชำระหนี้ด้วยเงินสดของลูกหนี้ในขณะนั้นว่าลูกหนี้ยังคงมีความสามารถชำระต่อไปหรือไม่ ส่วนในกรณีที่สองเป็นวิธีที่เรียกว่า "balance sheet insolvency" โดยการพิจารณาว่าทรัพย์สินที่ปรากฏตามงบดุลนั้น เพียงพอต่อการชำระหนี้หรือไม่ ถ้าไม่เพียงพอก็ถือว่าเป็นผู้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว ซึ่งลูกหนี้สามารถเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้⁸

ไม่เพียงแต่ลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวจะสามารถเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้ แต่ลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวตามกฎหมายประเทศอังกฤษ* อาจเข้าสู่กระบวนการพิทักษ์ทรัพย์ (receivership) ซึ่งเป็นการร้องขอให้จัดการทรัพย์สินโดยเจ้าหนี้มีประกันหรือกระบวนการชำระบัญชี (liquidation) ซึ่งเป็นการเลิกกิจการ ดังนั้น มุมมองของกฎหมายต่อลูกหนี้ที่จะต้องล้มละลายหรือการเลิกกิจการ และกระบวนการฟื้นฟูกิจการหรือ Administration Order จึงมีลักษณะเดียวกัน

⁶ Mark Stamp, *Practical Company Law*, p.393.

⁷ Insolvency Act 1986, section 123 (2).

⁸ Ian F. Fletcher, *The Law of Insolvency*, p.5.

* หมายถึง Insolvency Act 1986.

ดังนั้น กฎหมายฟื้นฟูกิจการของประเทศอังกฤษจึงมองความสำคัญของลูกหนี้ในสถานะที่เป็นรอง** และไม่ควรมีบทบาทในการมีอำนาจควบคุมทรัพย์สินและกิจการของตนเองภายใต้กระบวนการฟื้นฟูกิจการ การแก้ไขปัญหาทางการเงินของลูกหนี้จึงจะต้องมีการจัดการทรัพย์สินและกิจการและการจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการโดยบุคคลภายนอกเป็นหลัก โดยมองไปที่ประโยชน์ของเจ้าหนี้ในแง่ของการได้รับชำระหนี้ภายใต้กระบวนการฟื้นฟูกิจการจะเป็นประโยชน์มากกว่าการที่ลูกหนี้ต้องล้มละลายหรือการเลิกกิจการ⁹ ส่วนลูกหนี้จะได้รับประโยชน์จากการที่สามารถรักษากิจการเอาไว้ได้ต่อไป¹⁰

หลักเกณฑ์การเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการของประเทศอังกฤษจึงเป็นการสร้างทางเลือกแก่เจ้าหนี้ในการบังคับใช้กระบวนการหนี้สินล้มละลายและแยกลูกหนี้ที่เป็นบริษัทซึ่งมีกิจการหรือธุรกิจออกมาจากบุคคลธรรมดาเพื่อให้มีสิทธิในการเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการโดยมุ่งหมายให้เจ้าหนี้และลูกหนี้มีผลประโยชน์ร่วมกันภายใต้การฟื้นตัวของกิจการ

(2) ผลของคำสั่งศาลในการบังคับใช้กระบวนการAdministration Order

(2.1) ผลของคำสั่งศาลต่อการจัดการกิจการและทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้

คำสั่งของศาลในการฟื้นฟูกิจการของบริษัทลูกหนี้หรือAdministration Order นั้น จะมีผลเป็นการแต่งตั้งAdministrator เพื่อเข้ามาบริหารจัดการทรัพย์สินและกิจการของลูกหนี้ รวมไปถึงการจัดทำและเสนอแผนฟื้นฟูกิจการ(proposal) ดังนั้นAdministrator จึงมีฐานะเป็นผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายเพื่อกำหนดมาตรการทั้งหลายเพื่อช่วยเหลือกิจการของลูกหนี้ที่ประสบปัญหาทางการเงินให้สามารถแก้ไขปัญหา สร้างประสิทธิภาพในการบริหารจัดการและจัดสรรชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายอย่างเป็นธรรมและได้รับประโยชน์สูงสุดจากการที่กิจการของลูกหนี้ฟื้นตัว

ผลของคำสั่งศาลในการอนุญาตให้บังคับใช้กระบวนการAdministration Order จะมีผลเป็นการระงับชั่วคราวซึ่งสิทธิเรียกร้องทั้งปวงที่มีต่อกิจการของบริษัทลูกหนี้ อันมีผลเป็นการพักการบังคับชำระหนี้ชั่วคราว(moratorium) และในระหว่างนี้บริษัทลูกหนี้จึงไม่สามารถมีมติเพื่อเลิกกิจการและไม่อาจมีการแต่งตั้งผู้พิทักษ์ทรัพย์ (administrative receiver) ได้ โดยAdministrator มีอำนาจใน

** เนื่องจากลูกหนี้ที่เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายประเทศอังกฤษจะต้องมีหนี้สินล้มละลายซึ่งลูกหนี้ดังกล่าวอาจถูกฟ้องให้ล้มละลายหรือชำระบัญชีได้ Administration Order จึงเป็นการเพิ่มทางเลือกแก่ผู้มีส่วนได้เสียที่จะรักษากิจการเอาไว้และให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ในการบังคับใช้กระบวนการหนี้สินนอกเหนือจากกระบวนการที่มีอยู่เดิมที่ครอบคลุมเฉพาะทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน.

⁹ Insolvency act 1986, section 8 (3) (d).

¹⁰ Insolvency act 1986, section 8 (3) (a).

การให้ความยินยอมที่จะกำหนดขั้นตอนของการบังคับทรัพย์สินที่เป็นหลักประกัน การคืนการครอบครอง รวมไปถึงการเริ่มต้นหรือดำเนินการต่อไปซึ่งขั้นตอนของการบังคับตามสัญญาต่อบริษัทลูกหนี้หรือทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้เช่นเดียวกับอำนาจของศาล¹¹ แต่จะมีข้อแตกต่างเพียงอำนาจของ Administrator จะสามารถดำเนินการได้โดยอิสระและริเริ่มได้โดยลำพัง¹²

นอกจากนี้ Insolvency Act 1986 ยังได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของ Administrator ในการดำเนินการต่างๆ เกี่ยวกับกระบวนการ Administration Order อันได้แก่ การดำเนินการที่จำเป็นในการจัดการกิจการธุรกิจและทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้¹³ การจัดการที่เกี่ยวกับการบริหารภายในของบริษัทลูกหนี้ เช่น การเปลี่ยนแปลงกรรมการของบริษัทลูกหนี้¹⁴ เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีอำนาจเกี่ยวกับการขายทรัพย์สิน ตลอดจนอำนาจเกี่ยวกับการเรียกข้อมูลเกี่ยวกับทรัพย์สิน หนี้สินและสถานะของบริษัทลูกหนี้และมีหน้าที่ที่สำคัญในการจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการ(statement of proposals) ซึ่งถือเป็นกระบวนการสำคัญเพื่อให้บรรลุผลของกระบวนการ Administration Order

(2.2) ผลของคำสั่งศาลในการแจ้งคำสั่ง Administration Order

เมื่อศาลมีคำสั่งให้บังคับใช้กระบวนการ Administration Order กฎหมายได้กำหนดหน้าที่แก่ Administrator เกี่ยวกับการแจ้งคำสั่ง Administration Order ดังต่อไปนี้

- 1) Administrator ต้องแจ้งคำสั่งไปยังบริษัทลูกหนี้
- 2) Administrator ต้องโฆษณาคำสั่งลงในราชกิจจานุเบกษา(London Gazette) และหนังสือพิมพ์ที่คาดว่าเจ้าหนี้ทั้งหลายจะได้ทราบคำสั่งนั้น¹⁵
- 3) Administrator ต้องแจ้งคำสั่งไปยังนายทะเบียนบริษัท(Registrar of Company) ภายใน 14 วัน นับแต่วันที่ศาลมีคำสั่ง¹⁶
- 4) Administrator ต้องส่งคำสั่งศาลในการแต่งตั้งผู้ทำแผนไปยังเจ้าหนี้ทั้งหมดเท่าที่ทราบที่อยู่ภายใน 28 วัน นับแต่วันที่ศาลมีคำสั่ง¹⁷

¹¹ Insolvency Act 1986, section 11 (3).

¹² Ian F. Fletcher, *The Law of Insolvency*, pp.442-443.

¹³ Insolvency Act 1986, section 17 (2).

¹⁴ Insolvency Act 1986, section 14 (2) (a).

¹⁵ Insolvency Rules 1986, regulation 2.10.

¹⁶ Insolvency Act 1986, section 21 (2).

¹⁷ Insolvency Act 1986, section 21 (1).

5) Administrator จะต้องออกไปส่งสินค้า ไปส่งชื่อสินค้า หรือจดหมายของบริษัทลูก
 หนี้ในนามของบริษัทลูกหนี้หรือAdministrator ว่ากิจการและทรัพย์สินทั้งหลายของบริษัทลูกหนี้ถูกจัด
 การโดยAdministrator¹⁸

ข้อกำหนดตามกฎหมายดังกล่าวก็ถือเป็นหน้าที่ตามกฎหมายกรณีแรกของ
 Administrator ภายหลังจากที่ศาลมีคำสั่งAdministration Order

2.1.2 การกำหนดคุณสมบัติของผู้ทำหน้าที่ฟื้นฟูกิจการ

Insolvency Act 1986 ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้เข้ามาทำหน้าที่ในฐานะของผู้ทำ
 แผนหรือAdministrator ว่าจะต้องเป็นบุคคลที่สามารถกระทำการในฐานะของผู้ประกอบวิชาชีพเกี่ยว
 กับหนี้สินล้มฟื้นตัวหรือInsolvency Practitioner โดยศาลจะทำการคัดเลือกจากรายชื่อของบุคคลที่
 สามารถทำหน้าที่ในฐานะของInsolvency Practitioner เนื่องจากเหตุผลที่ว่าผู้ทำแผนจำเป็นจะต้องมี
 ความเชี่ยวชาญและมีความสามารถในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายให้บรรลุผลสำเร็จในการฟื้นฟูกิจ
 การ

การกำหนดคุณสมบัติของInsolvency Practitioner จะมีกฎเกณฑ์การควบคุมคุณ
 สมบัติที่เคร่งครัด เนื่องจากกระบวนการฟื้นฟูกิจการของประเทศอังกฤษศาลจะแต่งตั้ง Administrator
 จากInsolvency Practitioner ที่เป็นบุคคลภายนอกคดีเพื่อเข้ามารักษาระยะของผู้มีส่วนได้เสียใน
 กระบวนการฟื้นฟูกิจการ ภายใต้กฎเกณฑ์ที่เข้มงวดในการคัดเลือกผู้ที่เข้ามาทำหน้าที่ของ
 Administrator ดังต่อไปนี้คือ

- 1) Insolvency Act 1986
 - 2) Insolvency Practitioner Rules 1986
 - 3) กฎเกณฑ์ภายในที่ควบคุมคุณสมบัติขององค์กรวิชาชีพ (professional authority)
- (1) หลักการเบื้องต้นของ Insolvency Practitioner

หลักการในปัจจุบันของInsolvency Practitioner นี้มีที่มาจากความจำเป็นของระบบ
 กฎหมายว่าด้วยหนี้สินล้มฟื้นตัวของประเทศอังกฤษที่กำหนดให้ผู้ที่มีสิทธิควบคุมดูแลกิจการไม่ว่าจะ
 อยู่ภายใต้กระบวนการใดจะต้องมีคุณสมบัติครบถ้วนตามนิยามหรือความหมายที่กฎหมายได้กำหนด
 ไว้ โดยแนวคิดหลักของการพิจารณาถึงคุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นทำหน้าที่ของInsolvency Practitioner

¹⁸ Insolvency Act 1986, section 12.

นั้น อยู่ที่ยุทธการกำหนดขอบเขตและความหมายของการกระทำในฐานะของ Insolvency Practitioner¹⁹ ซึ่งคำจำกัดความของการกระทำดังกล่าวจะอยู่ภายใต้มาตรา 388(1)²⁰ ซึ่งบัญญัติว่า

“บุคคลผู้กระทำการในฐานะ Insolvency Practitioner ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับบริษัท * จะกระทำการ

(a) ในฐานะของ liquidator, provisional liquidator, administrator หรือ administrative receiver หรือ

(b) ผู้ดูแลจัดการทรัพย์สินภายใต้ข้อตกลงโดยสมัครใจ (voluntary arrangement) ซึ่งอยู่ภายใต้ภาค 1 (Part 1)”

กฎหมายได้กำหนดให้การกระทำในฐานะของ Insolvency Practitioner หมายถึงการครอบครองและจัดการทรัพย์สินภายใต้กระบวนการต่างๆ ที่กฎหมายได้กำหนดไว้ โดยเฉพาะในฐานะของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการของบริษัทลูกหนี้ที่เข้าสู่กระบวนการ Administration Order ดังนั้น Administrator จะต้องมีคุณสมบัติในการเป็น Insolvency Practitioner เสียก่อน²¹ จึงจะสามารถเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ในฐานะของผู้ทำแผนได้

(2) หลักเกณฑ์การคัดเลือก Insolvency Practitioner

Insolvency Act 1986 ได้กำหนดให้ Administrator จะต้องมีคุณสมบัติในการกระทำการในฐานะของ Insolvency Practitioner โดยได้กำหนดกระบวนการคัดเลือกบุคคลดังกล่าวเอาไว้เป็นการเฉพาะเพื่อเป็นหลักประกันความสามารถและความเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ภายใต้กระบวนการ Administration Order²² โดยมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

¹⁹“act as insolvency practitioner” under Insolvency Act 1986, section 388.

²⁰Insolvency Act 1986, section 388 (1).

* “บริษัท” หมายถึง

1) บริษัทตามความหมายของมาตรา 735 (1) แห่ง Company Act 1985

2) บริษัทซึ่งได้เลิกกิจการ(wound up) ตามภาค 5(Part 5) แห่งพระราชบัญญัตินี้ (บริษัทที่ไม่จดทะเบียน)

3) บริษัทที่ได้ก่อตั้งและจดทะเบียนตามกฎหมายเก่า นั่นคือ Companies Act ปี 1956 ถึง 1983.

²¹ Insolvency Act 1986, section 230 (1).

²² G.A. Penn, A.M. Shea and A.Arora, The Law relating to Domestic Banking (London: Sweet & Maxwell), p.457.

(2.1) Insolvency Practitioner จะต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย

ในการคัดเลือกบุคคลเพื่อทำหน้าที่ในฐานะของ Insolvency Practitioner นั้น จะมีหลักการกำหนดคุณสมบัติในเชิงปฏิเสธ (negative criteria) อยู่ในมาตรา 390 นั่นคือจะกำหนดกรณีต่างๆ ที่บุคคลจะขาดคุณสมบัติหรือต้องห้ามในการกระทำการในฐานะของ Insolvency Practitioner เอาไว้สรุปได้ดังนี้

1) ผู้ซึ่งมิใช่บุคคลธรรมดา²³ ดังนั้น บริษัทหรือนิติบุคคลประเภทอื่นๆ จึงอยู่ในข้อห้ามในการทำหน้าที่เป็น Insolvency Practitioner

ในการแต่งตั้ง Administrator สามารถแต่งตั้งบุคคลหลายคนร่วมกันซึ่งบุคคลที่ถูกแต่งตั้งร่วมกันก็ยังคงอยู่ในบังคับของกฎหมายที่จะต้องมีสถานะเป็นบุคคลธรรมดา²⁴

2) ผู้ซึ่งอยู่ในฐานะบุคคลล้มละลาย (bankrupt) หรือบุคคลที่ยังไม่หลุดพ้นจากการล้มละลาย (undischarged bankrupt) และศาลมีคำสั่งอายัดกองทรัพย์สินของบุคคลดังกล่าว²⁵ บุคคลดังกล่าวย่อมไม่สามารถกระทำการในฐานะของ Insolvency Practitioner ได้ ในกรณีเช่นนี้ หมายถึงบุคคลซึ่งยังมีสถานะตามกฎหมายที่เป็นบุคคลล้มละลายและยังไม่หลุดพ้นจากการล้มละลาย โดยช่วงเวลาตามกฎหมายที่บุคคลจะตกเป็นบุคคลล้มละลายนั้นเริ่มนับตั้งแต่เวลาที่ศาลมีคำสั่งให้บุคคลเป็นบุคคลล้มละลายจนกระทั่งถึงระยะเวลาของการหลุดพ้นจากการล้มละลาย²⁶ หรือศาลมีคำสั่งยกเลิกการล้มละลาย²⁷ ในกรณีที่บุคคลดังกล่าวหลุดพ้นจากการล้มละลายตามที่กฎหมายกำหนดไว้

3) ผู้ซึ่งถูกศาลมีคำสั่งว่าขาดคุณสมบัติในการจัดการบริษัทภายใต้ Company Directors Disqualification Act 1986²⁸ กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่ควบคุมคุณสมบัติของบุคคลที่จะเข้ามาจัดการงานของบริษัทในฐานะของกรรมการ ถ้าบุคคลนั้นมีความสามารถและไม่ต้องห้ามในการเป็นกรรมการภายใต้กฎหมายฉบับนี้ บุคคลดังกล่าวก็สามารถกระทำการในฐานะของ Insolvency Practitioner ได้ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้จะกำหนดระยะเวลาของการห้ามการเป็นกรรมการบริษัทเอาไว้ ซึ่ง

²³ Insolvency Act 1986, section 390 (1).

²⁴ Insolvency Act 1986, section 13, section 231 (1).

²⁵ Insolvency Act 1986, section 390(4) (a).

²⁶ Insolvency Act 1986, section 278 (a), section 279, section 280.

²⁷ Insolvency Act 1986, section 282.

²⁸ Insolvency Act 1986, section 390(4) (b).

เป็นระยะเวลาที่แน่นอนและกำหนดระยะเวลาสูงสุด(maximum) และระยะเวลาต่ำสุด(minimum) ของการห้ามดังกล่าวเอาไว้²⁹

4) บุคคลซึ่งเป็นผู้ป่วย(patient) ตามความหมายของChapter 7 แห่งMental Health Act 1983 หรือตามมาตรา125(1) แห่ง Mental Health (Scotland) Act 1984³⁰ ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่าการกระทำกรในฐานของInsolvency Practitioner นั้นจะต้องมีความสามารถและมีสุขภาพกายได้มาตรฐานที่กฎหมายกำหนด นั่นคือ บุคคลดังกล่าวจะต้องไม่เป็นบุคคลไร้ความสามารถ (incapable) ซึ่งเป็นผู้มีปัญหาเกี่ยวกับสมอง(mental disorder) เนื่องจากการกระทำกรในฐานของ Insolvency Practitioner นั้นเกี่ยวข้องกับการจัดการทรัพย์สินและบริหารกิจการ

(2.2) Insolvency Practitioner จะต้องวางหลักประกันและได้รับการรับรองโดยองค์กรวิชาชีพ

กฎหมายได้กำหนดให้บุคคลที่จะกระทำกรในฐานInsolvency Practitioner จะต้องวางหลักประกันและได้รับอนุญาตตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังนี้

1) บุคคลจะต้องจัดหาประกันเพื่อรับรองการปฏิบัติหน้าที่ของตนว่ามีความเหมาะสมและประกันนั้นจะต้องครบถ้วนตามที่จำเป็นในการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งเกี่ยวข้องกับบุคคลอื่น ซึ่งในการพิจารณาประกันนั้นจะพิจารณาตามความเหมาะสมในแต่กรณีทีบุคคลนั้นได้ปฏิบัติหน้าที่³¹ โดยพิจารณาจากผลของข้อตกลงการค้าประกันการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์(fidelity bond) ที่จะต้องเป็นการประกันที่ครอบคลุมความผิดโดยเฉพาะ(specific penalty) และความผิดโดยทั่วไป(general penalty) ที่อาจเกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ของInsolvency Practitioner ซึ่งความผิดโดยทั่วไปนั้นจะกำหนดอยู่ที่ 250,000 ปอนด์ และความผิดโดยเฉพาะนั้นขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี โดยจะมีกระบวนการประเมินมูลค่าของทรัพย์สินทีบุคคลจะต้องเข้าไปปฏิบัติหน้าที่ในฐาน Insolvency Practitioner ในกรณีที่หากต่อมากองทรัพย์สินของลูกหนี้สูงกว่าที่ประเมินไว้ในตอนแรก Insolvency Practitioner จะต้องออกไปรับรองเพิ่มเติมในส่วนที่เพิ่มมา ซึ่งจำนวนขั้นสูงทีจะต้องรับผิดชอบซึ่งเป็นเพดานสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนดไว้คือ 5,000,000 ปอนด์³² โดยหน่วยงานทีกำกับดูแลในการ

²⁹ Company Directors Disqualification Act 1986, section 2 (3), section3 (5), section4 (3), section5 (5), section6 (4), section 8 (4) and section 10 (2).

³⁰ Insolvency Act 1986, section 390(4) (c).

³¹ Ian F. Fletcher, *The Law of Insolvency* , p.30.

³² Ibid.

กำหนดวงเงินประกันหรือสัญญาค้ำประกันให้มีความเหมาะสมคือ กรมการค้า(Department of Trade)

2) บุคคลจะต้องได้รับอนุญาตให้กระทำการโดยอำนาจของสมาชิกขององค์กรผู้ประกอบวิชาชีพ(professional body)³³ หรือได้รับอนุญาตภายใต้ข้อกำหนดขององค์กรผู้ประกอบวิชาชีพ³⁴ หรือเป็นผู้ได้รับใบอนุญาตซึ่งออกโดยองค์กรซึ่งควบคุมคุณสมบัติ (competent authority)³⁵ ซึ่งในกรณีนี้แยกพิจารณาได้ 3 กรณีคือ

ก. ได้รับอนุญาตโดยอำนาจของสมาชิกขององค์กรผู้ประกอบวิชาชีพ ซึ่งองค์กรผู้ประกอบวิชาชีพซึ่งมีInsolvency Practitioner เป็นสมาชิกในองค์กรนั้นจะต้องผ่านการรับรองจากกรมการค้า(Department of Trade) ซึ่งในปัจจุบันมีองค์กรผู้ประกอบวิชาชีพที่ได้รับการรับรองเพื่อการนี้ทั้งสิ้น 7 แห่ง* ซึ่งองค์กรผู้ประกอบวิชาชีพเหล่านี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคำขอ³⁶ เช่น ในเรื่องผลประโยชน์ขัดกัน(conflict of interest) ระหว่างผู้ยื่นคำขอและบุคคลหรือผลประโยชน์ทางการเงินที่ผู้ยื่นคำขอต้องเข้าไปดูแล

นอกจากนี้ยังกำหนดมาตรการให้มีการแจ้งหรือร้องเรียนในกรณีที่เกิดการที่เข้าสู่กระบวนการAdministration Order ว่ากิจการหรือบริษัทลูกนั้นมีส่วนได้เสียกับInsolvency Practitioner ซึ่งเป็นผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการ โดยบทบัญญัติของกฎหมายได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการห้ามระหว่างผู้ดูแลกิจการและกิจการไม่ให้มีผลประโยชน์ขัดแย้งกันและรับรองความเป็นอิสระในการประกอบวิชาชีพ(professional independence) และความเป็นกลาง(impartiality) ของผู้ที่เข้ามาทำหน้าที่ของ Insolvency Practitioner เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่โดยผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดกฎหมายของInsolvency Practitioner โดยไม่มีความเป็นกลางก็สามารถยื่นคำร้องไปได้ที่

³³ Insolvency Act 1986, section 391.

³⁴ Insolvency Act 1986, section 390 (2) (a).

³⁵ Insolvency Act 1986, section 393.

* องค์กรผู้ประกอบวิชาชีพซึ่งได้รับรองมีทั้งสิ้น 7 แห่งได้แก่ 1)the Chartered Association of Certified Accountants 2)the Insolvency Practitioners Association 3)the Institute of Chartered Accountants in England and Wales 4)the Institute of Chartered Accountants in Ireland 5)the Institute of Chartered Accountants in Scotland 6)the Law Society 7)the Law Society of Scotland.

³⁶ Insolvency Practitioners Regulation 1986, regulation 4 (1) (f).

กรมการค้า (Department of Trade) ซึ่งจะได้พิจารณาตัดสินว่าบุคคลนั้นมีความพร้อมและเหมาะสมในการกระทำการในฐานะ Insolvency Practitioner หรือไม่

ข. ได้รับอนุญาตภายใต้ข้อกำหนดขององค์กรผู้ประกอบการวิชาชีพ โดยจะต้องปฏิบัติตามข้อบังคับขององค์กรผู้ประกอบการเหล่านั้น เพื่อได้รับอนุญาตในการกระทำการในฐานะ Insolvency Practitioner

ค. ได้รับอนุญาตจากองค์กรซึ่งควบคุมคุณสมบัติโดยการยื่นคำขอไปยังรัฐมนตรี (Secretary of State) เพื่อวินิจฉัย ซึ่งพิจารณาจากข้อมูลของผู้ยื่นคำซึ่งเสนอเข้ามาพิจารณาร่วมกับข้อมูลซึ่งมาจากแหล่งอื่นๆ โดยคำนึงถึงความพร้อมและความเหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะ Insolvency Practitioner ของบุคคลนั้นและดูประวัติการศึกษา ประวัติการทำงาน การฝึกฝนอบรม และประสบการณ์เพื่อพิจารณาประกอบกัน ซึ่งในการพิจารณาความพร้อมและความเหมาะสมของบุคคล (fit and proper person) นั้นจะพิจารณาหลายปัจจัยจากหลายสิ่งประกอบกัน (inter alia) ว่าผู้ยื่นคำขอได้กระทำความผิดที่มีข้อหาเกี่ยวกับการฉ้อฉล (fraud) การหลอกลวง (dishonesty) หรือความผิดรุนแรง (violence) หรือไม่ หรือผู้ยื่นคำขอได้เคยกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยหนี้สินล้มพันตัว (Insolvency Law) ซึ่งเป็นกฎหมายภายในหรือกฎหมายต่างประเทศหรือไม่ หรือผู้ยื่นคำขอได้เข้าไปเกี่ยวข้องกับการดำเนินธุรกิจที่เป็นการหลอกลวง การเอาตัวเขาเปรียบ ไม่สุจริต ไม่เหมาะสม หรือผิดกฎหมายอย่างใดหรือไม่³⁷ ในการพิจารณาอนุญาตจะมีการเก็บข้อมูลต่างๆ ที่เกี่ยวกับระดับของความเหมาะสมในการประกอบวิชาชีพเพื่อพิจารณาการประกอบวิชาชีพเกี่ยวกับการล้มละลาย (insolvency) ทั้งในอดีต ปัจจุบันและอนาคตของผู้ยื่นคำขอ โดยดูถึงความเป็นอิสระ (independence) ความซื่อสัตย์ (integrity) และทักษะความสามารถในการประกอบวิชาชีพ (professional skills) ซึ่งหากได้มีการอนุญาตแล้วองค์กรจะต้องสามารถควบคุมดูแลและเก็บข้อมูลของ Insolvency Practitioner ในแต่ละคดีได้³⁸

³⁷ Ibid. see Insolvency Practitioners Regulations 1990, regulation. 4(1) (a),(b),(c).

³⁸ Ibid.

2.1.3 หลักเกณฑ์การแต่งตั้งผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการ

Insolvency Act 1986 ได้วางหลักเกณฑ์การแต่งตั้งผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการหรือ Administrator เอาไว้ ดังต่อไปนี้

2.1.3.1 การกำหนดที่มาของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการ

กฎหมายฟื้นฟูกิจการของประเทศไทยไม่ยอมรับแนวคิดในการให้ลูกหนี้เป็นผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการ จึงได้กำหนดให้ผู้ทำแผนจะต้องเป็นบุคคลภายนอกที่มีคุณสมบัติที่กฎหมายได้กำหนดไว้เท่านั้นโดยผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการหรือ Administrator ได้ถูกพัฒนามาจากการที่ให้กฎหมายให้สิทธิแก่เจ้าหนี้มีประกันในการตั้งผู้จัดการทรัพย์สิน (administrative receiver) ในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในส่วนของทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันเพื่อเข้ามาบริหารจัดการในทรัพย์สินที่มีประกันแต่การฟื้นฟูกิจการภายใต้คำสั่ง Administration Order จะมุ่งไปที่จัดการกิจการและทรัพย์สินทั้งปวงเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ในด้านการชำระหนี้และต่อลูกหนี้ในแง่การรักษากิจการให้คงอยู่ต่อไป ดังนั้นกฎหมายจึงให้อำนาจศาลในการคัดเลือก Administrator จากบุคคลที่เป็นคนกลางอย่างแท้จริงซึ่งไม่ใช่ฝ่ายลูกหนี้หรือเจ้าหนี้และจะต้องไม่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับฝ่ายลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ในคดี

2.1.3.2 กระบวนการคัดเลือกผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการ

การแต่งตั้ง Administrator จะอยู่ในดุลยพินิจและอำนาจของศาลโดยศาลจะคัดเลือกจากผู้มีคุณสมบัติในการกระทำการในฐานะ Insolvency Practitioner ซึ่งในการคัดเลือกผู้ที่เข้ามาเป็น Administrator นั้น ศาลอาจคัดเลือกจากรายชื่อที่ถูกเสนอ (nominations) หรือการคัดเลือกโดยตนเอง (appointment) ซึ่งทั้งดุลยพินิจในการคัดเลือกและอำนาจแต่งตั้ง Administrator กฎหมายได้กำหนดให้เป็นอำนาจโดยอิสระของศาล ดังนั้นระบบของการคัดเลือกผู้ที่เข้ามาเป็น Administrator จึงขึ้นอยู่กับการใช้ดุลยพินิจและอำนาจของศาลในแต่ละคดีเป็นสำคัญ

ผลของคำสั่ง Administration Order ของศาลถือเป็นการแต่งตั้ง Administrator ไปในตัว³⁹ และในกรณีที่ Administrator ต้องพ้นสภาพเนื่องมาจากการตาย การลาออกหรือเหตุใด ๆ ศาลจะต้องแต่งตั้ง Administrator เข้าไปแทนที่⁴⁰ อย่างไรก็ตามในกรณีการแต่งตั้ง Administrator ไม่ว่าในกรณีใด อาจมีการแต่งตั้ง Administrator มากกว่าหนึ่งคน* เพื่อร่วมกันทำหน้าที่โดยถือว่ามีตำแหน่ง

³⁹ Insolvency Act 1986, section 13 (1).

⁴⁰ Insolvency Act 1986, section 13 (12).

* เป็นระบบการแต่งตั้งผู้ทำแผนร่วมกันที่เรียกว่า Joint Appointment .

Administrator ร่วมกัน ซึ่งอาจมีการแบ่งหน้าที่ในระหว่างAdministrator และหากAdministrator คนใดคนหนึ่งต้องพ้นสภาพก็จะต้องมีการแต่งตั้งAdministrator คนใหม่เพื่อแทนที่ตำแหน่งที่ว่างลง

การยื่นเสนอเพื่อแต่งตั้งตำแหน่งของAdministrator อาจถูกเสนอโดยบริษัทลูกหนี้หรือโดยเจ้าหนี้กลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง โดยศาลจะเป็นผู้คัดเลือกบุคคลที่เหมาะสมที่สุดภายใต้รายชื่อบุคคลที่ถูกเสนอเข้ามาดังกล่าว ในกรณีที่บุคคลที่ถูกเสนอชื่อเข้ามามีประสบการณ์ทางวิชาชีพ(professional experience) และมีความเป็นกลางที่ทัดเทียมกัน ในกรณีเช่นนี้ศาลจะไม่ให้น้ำหนักในเรื่องผลของการทำหน้าที่หากบุคคลดังกล่าวเข้ามาควบคุมกิจการของลูกหนี้ซึ่งเป็นการทำหน้าที่ตามมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพและโดยเป็นกลางแต่ศาลจะให้น้ำหนักไปที่ความพร้อมและความคุ้นเคยในรายละเอียดและข้อมูลของกิจการของบริษัทลูกหนี้และสามารถที่จะเริ่มทำหน้าที่ได้ทันทีหลังจากมีการแต่งตั้งแล้ว และในกรณีที่มีการแต่งตั้งบุคคลหลายคนศาลจะพิจารณาในเรื่องความซ้ำซ้อนของหน้าที่ตรวจสอบ(investigative work) ในกรณีที่มีการแต่งตั้งบุคคลอื่นเข้ามาทำหน้าที่แล้ว

นอกจากนี้ภายใต้Insolvency Rules 1986 ยังกำหนดให้มีการจัดเตรียมรายงานเพื่อสนับสนุนคำร้องเพื่อให้ศาลมีคำสั่งAdministration Order⁴¹ ซึ่งทำขึ้นโดยบุคคลที่เป็นคนกลางหรือบุคคลอิสระ(independent person) ซึ่งทำให้การแต่งตั้งAdministrator เป็นไปได้อย่างรวดเร็วยิ่งขึ้น เนื่องจากรายงานดังกล่าวทำขึ้นโดยบุคคลที่อาจถูกแต่งตั้งเป็นAdministrator ที่มีความรู้ในกิจการของบริษัทลูกหนี้และบุคคลดังกล่าวจะต้องไม่ใช่กรรมการ เลขานุการ ผู้จัดการ หรือพนักงานของบริษัทลูกหนี้ โดยรายงานดังกล่าวจะต้องเสนอเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อสนับสนุนคำขอเพื่อให้ศาลมีคำสั่งฟื้นฟูกิจการตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้⁴² จะเห็นได้ว่าภายใต้รายงานของบุคคลดังกล่าว บุคคลที่เสนอรายงานอาจเป็นผู้ที่ศาลจะแต่งตั้งเป็นAdministrator ซึ่งยังคงต้องมีสถานะเป็นคนกลางซึ่งไม่มีส่วนได้เสียโดยตรงกับบริษัทลูกหนี้

ในกรณีที่มีปัญหาการโต้แย้งโดยผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวกับการแต่งตั้งAdministrator นั้น ศาลอาจมีการแต่งตั้งAdministrator ร่วมกัน(join appointment) ซึ่งเป็นแนวทางที่ทำให้เกิดการประนีประนอมระหว่างกัน แต่วิธีการดังกล่าวก็จะทำให้เกิดค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการ(costs of administration) ในระหว่างการฟื้นฟูกิจการมากยิ่งขึ้น

⁴¹ Insolvency Rules 1986, regulation 2.2 เราเรียกรายงานดังกล่าวว่า "Rule 2.2 report" ซึ่งมีลักษณะเป็นการสนับสนุนคำร้องเพื่อให้ศาลมีคำสั่ง Administration Order และมีผลทำให้ศาลแต่งตั้ง Administrator ได้ สะดวกรวดเร็วยิ่งขึ้น.

⁴² Insolvency Act 1986, section 8 (3).

2.1.4 อำนาจของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการ

กฎหมายฟื้นฟูกิจการของประเทศอังกฤษได้เปิดโอกาสให้Administrator ซึ่งเป็นคนกลางเข้ามาดูแลจัดการกิจการและทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ โดยกำหนดขอบเขตอำนาจไว้อย่างกว้างขวางมากที่สุดระบบหนึ่ง เนื่องจากกฎหมายเห็นว่าลูกหนี้เป็นผู้มีหนี้สินล้มละลาย (insolvency) และไม่ควรมีบทบาทในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของตนเองอีกต่อไป จึงจำเป็นต้องมีคนกลางเข้ามาดูแลจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ โดยถือว่าอำนาจของลูกหนี้ที่นี่ย่อมสิ้นสุดลงทั้งปวงและ Administrator จะเป็นผู้เข้ามาทำหน้าที่แทนลูกหนี้และมีอำนาจตามกฎหมายในเรื่องต่างๆ เพื่อให้บริษัทลูกหนี้ฟื้นตัวและบรรลุวัตถุประสงค์ของกระบวนการAdministration Order ตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้

2.1.4.1 อำนาจของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการ

(1) อำนาจทั่วไปในการจัดการงานของบริษัทลูกหนี้

เมื่อศาลมีคำสั่งAdministration Order อำนาจในการดำเนินกิจการและการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ย่อมสิ้นสุดลงและเมื่อศาลมีคำสั่งในการบังคับใช้กระบวนการฟื้นฟูกิจการย่อมเป็นผลในการแต่งตั้งAdministrator เข้ามามีอำนาจในการกระทำการใดๆ ที่จำเป็นในการจัดการกิจการธุรกิจและทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้⁴³ ตลอดช่วงเวลาที่กระบวนการฟื้นฟูกิจการยังมีผลบังคับอยู่ ดังนั้นผู้บริหารหรือกรรมการของบริษัทลูกหนี้ย่อมสิ้นสุดอำนาจลง Administrator จึงมีอำนาจในการถอดถอนหรือแต่งตั้งกรรมการคนใหม่เข้ามาบริหารบริษัทลูกหนี้⁴⁴ โดยถือว่าเป็นการจัดตั้งคณะผู้บริหารชั้นใหม่ (new management team) นอกจากนี้ในกรณีที่หากบริษัทลูกหนี้หรือเจ้าหน้าที่ของบริษัทลูกหนี้กระทำการหรือใช้อำนาจใดๆ ตามที่กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิหรือข้อบังคับของบริษัทในทางที่ขัดแย้งกับอำนาจของAdministrator ก็จะต้องได้รับความยินยอมจากAdministrator เสียก่อน⁴⁵ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าขอบอำนาจของAdministrator จะไม่ถูกจำกัดอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์หรือข้อบังคับของบริษัทลูกหนี้ เนื่องจากถือว่าAdministrator มีอำนาจอย่างกว้างขวางในการฟื้นฟูกิจการของบริษัทลูกหนี้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามกฎหมาย

Administrator ยังมีอำนาจในการเรียกประชุมเจ้าหนี้หรือเจ้าหน้าที่ของบริษัทลูกหนี้⁴⁶ เพื่อปรึกษากิจการต่างๆ เนื่องจากในบางเรื่องจะต้องอาศัยความเห็นจากเจ้าหนี้ซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสีย

⁴³ Insolvency Act 1986, section 14 (1) (a).

⁴⁴ Insolvency Act 1986, section 14 (2).

⁴⁵ Insolvency Act 1986, section 14 (4).

⁴⁶ Insolvency Act 1986, section 14 (2) (b).

หรือจากกรรมการของบริษัทซึ่งเป็นผู้รับรู้ถึงสภาพปัญหาของบริษัทลูกหนี้ นอกจากนี้ยังเป็นการขอคำยืนยันจากที่ประชุมดังกล่าวในกรณีที่จะร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้บริษัทลูกหนี้พ้นจากระบวนการAdministration Order เพื่อให้Administrator จะได้พ้นจากการทำหน้าที่ตามกฎหมาย

(2) อำนาจตามกำหนดการในกฎหมาย(Scheduled powers)

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าAdministrator จะต้องมีความคุณสมบัติในการกระทำการในฐานะของInsolvency Practitioner ซึ่งเป็นผู้ที่สามารถปฏิบัติหน้าที่ภายใต้กระบวนการต่างๆ ในกระบวนการว่าด้วยหนี้สินล้มพันตัว(insolvency procedures) ดังนั้น Insolvency Act 1986 จึงได้กำหนดอำนาจของAdministrator ไว้เช่นเดียวกับAdministrative Receiver ซึ่งมีอำนาจจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้แทนเจ้าหน้าที่ที่มีประกันโดยกำหนดไว้ใน Schedule 1⁴⁷ ซึ่งกฎหมายได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะสำหรับการใช้อำนาจหรือการกระทำในกรณีต่างๆ ของAdministrator การกำหนดอำนาจในกรณีต่างๆ ดังกล่าวนั้นมีที่มาจากอำนาจของAdministrative Receiver ที่มีอำนาจจัดการตามสัญญาซึ่งลูกหนี้ได้ให้ประกันให้แก่เจ้าหนี้⁴⁸ ดังนั้นจึงในคดีที่มีการพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้และมีการตั้งผู้แทนของเจ้าหนี้มีประกันเพื่อจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ จึงเป็นที่มาของการกำหนดอำนาจของAdministrative Receiver และได้นำมาใช้กับกรณีของAdministrator ซึ่งกำหนดไว้ในกฎหมาย ดังที่จะกล่าวต่อไป

(2.1) อำนาจในการครอบครอง รวบรวมและเรียกทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ และการดำเนินการที่เกี่ยวข้องตามที่เห็นสมควร⁴⁹ โดยเมื่อกฎหมายได้กำหนดให้Administrator มีหน้าที่เข้าครอบครองและควบคุมทรัพย์สินทั้งปวงของบริษัทลูกหนี้ ก็ยังได้กำหนดอำนาจแก่Administrator ในการเข้าครอบครองทรัพย์สินนั้นเช่นเดียวกับอำนาจของศาล⁵⁰ ซึ่งเป็นการสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของAdministrator อย่างไรก็ตามอำนาจนั้นจะจำกัดอยู่ภายใต้ของหลัก “reputed ownership”⁵¹ นั่นคือทรัพย์สินนั้นต้องปรากฏว่าเป็นของบริษัทลูกหนี้หรือลูกหนี้มีสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น หากปรากฏว่าทรัพย์สินนั้นเป็นของบุคคลภายนอกAdministrator ย่อมไม่มีอำนาจ ซึ่งในการดำเนินการดังกล่าวนี้จะต้องกระทำในนามของบริษัทลูกหนี้และถือว่าผูกพันบริษัทลูกหนี้ เว้นเสียแต่จะเป็นการกระทำที่ผิดพลาดซึ่งAdministrator จะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว⁵²

⁴⁷ Insolvency Act 1986, section 14(1)(b), schedule 1. (ต่อไปจะเรียกว่า “Schedule 1”)

⁴⁸ Hamish Anderson, Administrators Part II of The Insolvency Act 1986. p.92.

⁴⁹ Schedule 1, 1.

⁵⁰ Insolvency Act 1986, section 234 (2).

⁵¹ Hamish Anderson, Administrators Part II of The Insolvency Act 1986. p.94.

⁵² Ibid.

(2.2) อำนาจในการขายหรือจำหน่ายโดยวิธีอื่นๆในทรัพย์สินของบริษัทลูกหนึ่งโดยการขายทอดตลาดหรือการขายเป็นรายกรณี⁵³ ซึ่งในการขายหรือจำหน่ายนั้นบริษัทลูกหนึ่งไม่สามารถตกลงเงื่อนไขอื่นหรือให้การประกันในการขายหรือจำหน่ายทรัพย์สินนั้นแก่คู่สัญญาได้* แต่ Administrator อาจทำสัญญาให้บุคคลอื่นรับประกันทรัพย์สินที่ขายหรือจำหน่ายนั้นได้⁵⁴

(2.3) อำนาจในการรวบรวมหรือยืมเงินและให้ประกันเหนือทรัพย์สินของบริษัทลูกหนึ่ง⁵⁵ อำนาจนี้มีความสำคัญต่อการอยู่รอดทางธุรกิจของกิจการเป็นอย่างมาก เนื่องจากการดำเนินการฟื้นฟูกิจการและการบริหารจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนึ่งที่ประสบปัญหาทางการเงินย่อมมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องได้เงินทุนหมุนเวียนเพื่อใช้ในกิจการ โดยการกู้ยืมเงินดังกล่าว Administrator ไม่ต้องรับผิดชอบเนื่องจากการถือว่าเป็นการกระทำแทนบริษัทลูกหนึ่ง

(2.4) อำนาจในการแต่งตั้งที่ปรึกษากฎหมาย นักบัญชีหรือผู้ประกอบการวิชาชีพ เพื่อช่วยเหลือ Administrator ในการทำหน้าที่⁵⁶ โดยปกติ Administrator จะมีสถานะเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งมีภาระหน้าที่ในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการหลายประการจึงจำเป็นที่จะต้องมีการตั้งบุคคลผู้มีความเชี่ยวชาญในสาขาที่จำเป็นต่อการฟื้นฟูธุรกิจของบริษัทลูกหนึ่ง อย่างไรก็ตามศาลอาจเพิกถอนการแต่งตั้งนั้นได้หากพบว่าการแต่งตั้งผู้มีผลประโยชน์ขัดกัน(conflict of interest) กับการทำหน้าที่ของ Administrator⁵⁷

(2.5) อำนาจในการฟ้องร้องหรือต่อสู้คดีหรือดำเนินกระบวนการพิจารณาใดๆ ในชื่อและในนามของบริษัทลูกหนึ่ง⁵⁸ ในกรณีที่ Administrator ฟ้องร้องต่อสู้คดีใดๆ ในนามตนเองซึ่งเป็นการจัดการแทนบริษัทลูกหนึ่งแล้ว ศาลอังกฤษจะตัดสินให้ Administrator ไม่ต้องรับผิดชอบต่อในมูลหนี้ตามคำพิพากษาหรือค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการดำเนินคดีนั้น⁵⁹

⁵³ Schedule 1, 2.

* แปลความตาม Law of Property Act 1925 และ Sale of Goods Act 1979 ได้กำหนดให้บริษัทที่ไม่สามารถชำระหนี้ได้ให้การรับประกันเท่าที่จะกระทำได้ แสดงว่ากฎหมายมุ่งหมายไม่ให้นักบริษัทหนึ่งสินล้นพ้นตัวรับประกันในการขายของตน.

⁵⁴ Hamish Anderson. *Administrators Part II of The Insolvency Act 1986*. p.95.

⁵⁵ Schedule 1, 3.

⁵⁶ Schedule 1, 4.

⁵⁷ In re F.T. Hawkins & Company Ltd.(1925) Ch.881.

⁵⁸ Schedule 1, 5.

⁵⁹ Hamish Anderson. *Administrators Part II of The Insolvency Act 1986*. pp.96-98.

(2.6) อำนาจในการใช้กระบวนการอนุญาตโดยตุลาการในการระงับข้อพิพาทของบริษัทลูกหนี้⁶⁰

(2.7) อำนาจในการจัดให้มีและต่อสัญญาการประกันกิจการและทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้⁶¹

(2.8) อำนาจในการใช้ตราประทับของบริษัทลูกหนี้⁶² เป็นกรณี queแสดงถึงว่า Administrator มีอำนาจในการขายและทำสัญญาใดที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ ซึ่งอำนาจในข้อนี้จะแสดงว่าการกระทำใดๆ ของ Administrator นั้นไม่ได้กระทำในนามของตนเอง ซึ่งอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบส่วนตัวขึ้น ซึ่งในทางปฏิบัติ Administrator มักจะออกเอกสารเช่นใบเสร็จในนามของบริษัทลูกหนี้แต่มีการลงลายมือชื่อของ Administrator พร้อมระบุว่ากระทำกรโดย Administrator⁶³

(2.9) อำนาจในการกระทำกรใดๆ และการจัดการตามข้อตกลง ใบเสร็จหรือเอกสารอื่นใด ในชื่อและในนามของบริษัทลูกหนี้⁶⁴

(2.10) อำนาจในการถอน รับรอง ทำขึ้นและสลักหลัง ตัวแลกเงินหรือตัวสัญญาใช้เงินในชื่อและในนามของบริษัทลูกหนี้⁶⁵ ซึ่งอำนาจดังกล่าวรวมถึงการจัดการใดๆ เกี่ยวกับเช็คด้วย

(2.11) อำนาจในการแต่งตั้งตัวแทนเพื่อดำเนินธุรกิจที่ Administrator ไม่สามารถกระทำได้ด้วยตนเองหรือธุรกิจนั้นสามารถจัดการได้อย่างสะดวกโดยตัวแทนนั้นและอำนาจในการจ้างและเลิกจ้างลูกจ้าง⁶⁶ แต่แม้ Administrator จะมีอำนาจแต่งตั้งบุคคลดังกล่าวเพื่อช่วยเหลือในการปฏิบัติหน้าที่ แต่ Administrator จะแต่งตั้งตัวแทนให้กระทำกรทุกอย่างหรือกระทำกรในฐานะของ Administrator ไม่ได้

(2.12) อำนาจในการกระทำกรทั้งปวง ตามที่จำเป็นเพื่อจำหน่ายทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ รวมถึงการจัดการงานให้ลุล่วง⁶⁷

⁶⁰ Schedule 1, 6.

⁶¹ Schedule 1, 7.

⁶² Schedule 1, 8.

⁶³ Hamish Anderson. Administrators Part II of The Insolvency Act 1986. p.99.

⁶⁴ Schedule 1, 9.

⁶⁵ Schedule 1, 10.

⁶⁶ Schedule 1, 11.

⁶⁷ Schedule 1, 12.

(2.13) อำนาจในการชำระหนี้ตามที่จำเป็นหรือหนี้ที่เกิดขึ้นโดยไม่ได้คาดหมายล่วงหน้าซึ่งเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของAdministrator⁶⁸ ซึ่งในบางครั้งการจัดการธุรกิจของAdministrator มักก่อให้เกิดหนี้ขึ้นโดยเป็นเหตุสุดวิสัย(force majeure) รวมถึงหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนที่ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการAdministration Order ซึ่งมีความจำเป็นจะต้องชำระ เช่น ค่าใช้จ่ายสาธารณูปโภคต่างๆ Administrator ก็จะมีอำนาจตามข้อนี้

(2.14) อำนาจในการจัดการธุรกิจของบริษัทลูกหนี้⁶⁹

(2.15) อำนาจในการก่อตั้งบริษัทสาขาของลูกหนี้⁷⁰

(2.16) อำนาจในการโอนบริษัทสาขาหรือโอนธุรกิจหรือทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วน⁷¹ อำนาจดังกล่าวเสมือนอำนาจจัดการในกระบวนการพิทักษ์ทรัพย์ (receivership) และกระบวนการชำระบัญชี(liquidation) ที่เรียกว่า "hiving down" ซึ่งภายใต้กระบวนการฟื้นฟูกิจการนั้นอำนาจในข้อนี้มีความสำคัญต่อAdministrator อย่างยิ่ง เนื่องจากการดำเนินการปรับโครงสร้างกิจการของบริษัทที่ประสบปัญหาทางการเงิน ย่อมจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องรักษาส่วนที่สามารถอยู่รอดได้หรือเจริญเติบโตได้ดีเอาไว้ และจำหน่ายหรือโอนส่วนที่ประสบปัญหาหรือไม่สามารถอยู่รอดออกไปเพื่อรักษากิจการของบริษัทแม่(parent company)ซึ่งเป็นกิจการหลักเอาไว้⁷²

(2.17) อำนาจในการละทิ้งการให้เช่าหรือการเช่าทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้และอำนาจในการให้เช่าหรือเช่าทรัพย์สินที่จำเป็นหรือเพื่อความสะดวกในการประกอบธุรกิจของบริษัทลูกหนี้⁷³

(2.18) อำนาจในการจัดการหรือประนีประนอมในนามของบริษัทลูกหนี้⁷⁴

⁶⁸ Schedule 1, 13.

⁶⁹ Schedule 1, 14.

⁷⁰ Schedule 1, 15.

⁷¹ Schedule 1, 16.

⁷² Hamish Anderson, Administrators Part II of The Insolvency Act 1986. p.101.

⁷³ Schedule 1, 17.

⁷⁴ Schedule 1, 18.

(2.19) อำนาจในการเรียกให้ชำระหนี้ที่ยังค้างชำระกับบริษัทลูกหนี้⁷⁵ มีข้อสังเกตว่าในกรณีที่หนี้นั้นไม่ได้ชำระเป็นเงิน Administrator อาจให้ผู้ถือหนี้ดังกล่าวชำระค่าหุ้นเป็นเงินได้ เมื่อเห็นว่าการจัดสรรหนี้นั้นเป็นไปโดยชอบหรือไม่เป็นธรรมในมูลค่าตามปกติที่ชำระค่าหุ้น⁷⁶

(2.20) อำนาจในการจัดลำดับและใช้สิทธิเรียกร้องต่อบุคคลที่เป็นหนี้กับบริษัทลูกหนี้ภายใต้กระบวนการล้มละลายกระบวนการหนี้สินล้มฟื้นตัว กระบวนการยึดทรัพย์สินหรือกระบวนการชำระบัญชี รวมถึงการรับเงินปันผลหรือรับเอกสารการประกันการชำระหนี้ประเภท trust deeds เพื่อเจ้าหนี้หรือบุคคลใดๆ⁷⁷ ในกรณีนี้ถือเป็นอำนาจในการติดตามเพื่อบังคับสิทธิตามกฎหมายต่อลูกหนี้ของบริษัทลูกหนี้

(2.21) อำนาจในการเสนอหรือคัดค้านคำร้องขอเพื่อเลิกกิจการของบริษัทลูกหนี้⁷⁸ แม้ว่าตามกฎหมายการที่ศาลมีคำสั่งAdministration Order จะทำให้บริษัทลูกหนี้ไม่อาจมีมติเลิกกิจการได้⁷⁹ แต่ข้อห้ามนั้นมีผลบังคับต่อเจ้าหนี้ซึ่งไม่ได้ขอความยินยอมจากAdministrator หรือไม่ได้ขออนุญาตจากศาลเท่านั้น แต่Administrator มีอำนาจในการยื่นคำร้องขอเพื่อเลิกบริษัทลูกหนี้ได้ โดยอาจร้องขอร่วมกับการขอให้บริษัทลูกหนี้พ้นจากคำสั่งAdministration Order⁸⁰

(2.22) อำนาจในการเปลี่ยนที่อยู่ซึ่งจดทะเบียนของบริษัทลูกหนี้⁸¹ โดยจะต้องแจ้งไปยังนายทะเบียนบริษัทภายใน 14 วัน ซึ่งการละเว้นไม่แจ้งดังกล่าวจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่กรรมการของบริษัทลูกหนี้ แต่Administrator จะไม่มีความผิด⁸²

(2.23) อำนาจในการกระทำการทั้งปวงที่อาจเกิดขึ้น เพื่อบังคับใช้อำนาจตามข้อที่กล่าวมาแล้ว⁸³ ในข้อนี้เป็นการกำหนดอำนาจของAdministratorให้เปิดกว้าง หมายความว่าอำนาจต่างๆตามข้อกำหนดในกฎหมาย(scheduled powers) จะไม่เป็นข้อจำกัดอำนาจของAdministrator

⁷⁵ Schedule 1, 19.

⁷⁶ In re Wragg Ltd. (1897), 1 Ch.796.

⁷⁷ Schedule 1, 20.

⁷⁸ Schedule 1, 21.

⁷⁹ Insolvency Act 1986, section 11(3) (a).

⁸⁰ Insolvency Act 1986, section 18 (1).

⁸¹ Schedule 1, 22.

⁸² Insolvency Act 1986, section 14 (4); Companies Act 1985, section 287.

⁸³ Schedule 1, 23.

อีกต่อไป การที่กฎหมายใช้คำว่า ที่อาจเกิดขึ้น(incidental) ก็เพื่อให้Administrator มีอำนาจในการกระทำการใดๆ ที่แตกต่างจาก Schedule 1 ได้

2.1.4.2 ข้อจำกัดอำนาจของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการ

แม้กฎหมายได้กำหนดอำนาจของAdministrator ในกรณีต่าง ๆ อย่างกว้างขวางก็ได้ กำหนดข้อจำกัดการใช้อำนาจของAdministrator เอาไว้ดังนี้

(1) ข้อจำกัดอำนาจในการดำเนินธุรกิจ

อำนาจของAdministratorในการจัดการงานของบริษัทลูกหนึ่งนั้นถือได้ว่าทำไปในฐานะตัวแทนของบริษัทลูกหนึ่ง(agent of the company)⁸⁴ ดังนั้นในการดำเนินธุรกิจหรือการจัดการธุรกิจประเภทใดๆ จึงต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดของบริษัทลูกหนึ่ง โดยเมื่อตามSchedule 1 ได้ให้อำนาจแก่Administrator ในการดำเนินธุรกิจของลูกหนึ่งและการโอนธุรกิจทั้งหมดหรือบางส่วนไปยังบริษัทสาขา คำว่า“ธุรกิจ” ดังกล่าวนั้น ย่อมมีความหมายถึงธุรกิจที่บริษัทลูกหนึ่งที่ได้ดำเนินการตามหนังสือบริคณห์สนธิ(memorandum of association) ดังนั้นAdministrator จึงต้องผูกพันตามหนังสือบริคณห์สนธินั้น โดยจะต้องจัดการงานและดำเนินธุรกิจของลูกหนึ่งภายใต้ขอบเขตหรือประเภทธุรกิจซึ่งได้กำหนดไว้ในวัตถุประสงค์หรือข้อบังคับของบริษัทลูกหนึ่ง⁸⁵

อย่างไรก็ตามInsolvency Act 1986 ได้ให้อำนาจแก่Administrator ในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการหลายประการแต่ยังมีปัญหาว่าAdministrator มีอำนาจในการเพิ่มเติมแก้ไขหนังสือบริคณห์สนธิของบริษัทลูกหนึ่งได้โดยลำพังหรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาตามCompanies Act 1985 แล้วจะพบว่า การดำเนินการเพิ่มเติมแก้ไขหนังสือบริคณห์สนธิ Administrator จะต้องเรียกประชุมสมาชิกของบริษัทลูกหนึ่งเพื่อขอมติในการเพิ่มเติมแก้ไขดังกล่าว ซึ่งAdministrator ย่อมมีอำนาจเรียกประชุมตามกฎหมาย⁸⁶ ซึ่งหากมติดังกล่าวไม่ผ่าน Administrator ก็จะต้องผูกพันตามหนังสือบริคณห์สนธิฉบับเดิม อย่างไรก็ตามAdministrator อาจแก้ไขข้อขัดข้องดังกล่าวโดยการตั้งบริษัทสาขาและจัดทำหนังสือบริคณห์สนธิฉบับใหม่ขึ้น โดยโอนทรัพย์สินของบริษัทลูกหนึ่งไปยังบริษัทสาขาที่จัดตั้งขึ้นใหม่เพื่อบริหารกิจการตามแนวทางของตนเอง⁸⁷

⁸⁴ Insolvency Act 1986, section 14 (5).

⁸⁵ Hamish Anderson, *Administrators Part II of The Insolvency Act 1986*. p.103.

⁸⁶ Insolvency Act 1986, section 14 (2) (b).

⁸⁷ Hamish Anderson. *Administrators Part II of The Insolvency Act 1986*. pp.103-104.

(2) ข้อจำกัดอำนาจตามกฎหมาย

ในการจัดการงานของบริษัทลูกหนี้ Insolvency Act 1985 ได้กำหนดข้อจำกัดอำนาจของ Administrator ในกรณีต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

(2.1) เมื่อมีการขอคำสั่งศาล(directions) เกิดขึ้นในกรณี Administrator ขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งในกรณีใดกรณีหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการตามหน้าที่⁸⁸ ดังนั้นเมื่อศาลมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่ง ให้ Administrator กระทำการหรือละเว้นกระทำการใดๆ Administrator ก็จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งศาลนั้น

อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตประการหนึ่งว่าการขอคำสั่งศาลดังกล่าวเสมือนเป็นการขอความเห็น หรือเปิดโอกาสให้นำกระบวนการทางศาลมาสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของ Administrator โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ไม่แน่ใจว่ากิจการนั้นๆ ตนเองมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมายหรือไม่

(2.2) เมื่อศาลมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งเกี่ยวกับการจัดการกิจการ ธุรกิจ และทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้โดย Administrator ในช่วงเวลาก่อนแผนฟื้นฟูกิจการจะได้รับการเห็นชอบ⁸⁹

(2.3) เมื่อศาลมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่เห็นสมควร เมื่อ Administrator ยื่นขอให้บริษัทลูกหนี้หลุดพ้นจากคำสั่ง Administration Order⁹⁰

(2.4) เมื่อศาลมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่เห็นสมควรเมื่อ Administrator รายงานต่อศาลว่าแผนฟื้นฟูกิจการของ Administrator ไม่ได้ได้รับความเห็นชอบ⁹¹

2.1.4.3 ขอบอำนาจของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการ

Insolvency Act 1986 ได้กำหนดขอบอำนาจของ Administrator ไว้อย่างกว้างขวาง นั่นคือ มีอำนาจในการกระทำการใดๆ ที่จำเป็น(necessary) สำหรับการจัดการกิจการ ธุรกิจ และทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้⁹² ซึ่งเป็นการกำหนดอำนาจไว้โดยกว้างเพื่อเสริมอำนาจที่กำหนดไว้ใน Schedule 1 เช่นเดียวกับข้อ 22 ที่เป็นการกำหนดไว้กว้าง ๆ ว่า “อำนาจกระทำการทั้งปวงที่อาจเกิดขึ้น เพื่อบังคับใช้อำนาจตามข้อที่กล่าวมาแล้ว” (to do all other things incidental to exercise of the foregoing powers)⁹³

⁸⁸ Insolvency Act 1986, section 14 (3).

⁸⁹ Insolvency Act 1986, section 17 (2) (a).

⁹⁰ Insolvency Act 1986, section 18 (1), section 18 (3).

⁹¹ Insolvency Act 1986, section 24 (5).

⁹² Insolvency Act 1985, section 14 (1) (9).

⁹³ Schedule 1, 23.

จะเห็นได้ว่าไม่ว่าจะเป็นอำนาจโดยทั่วไปหรืออำนาจโดยเฉพาะที่กำหนดไว้ใน Schedule 1 จะมีลักษณะที่เปิดกว้างแก่ Administrator โดยอาจกล่าวได้ว่าเป็นการใช้อำนาจเสมือน คณะกรรมการบริษัท (board of directors)⁹⁴ ดังนั้นกล่าวได้ว่า Administrator มีขอบอำนาจในการจัดการทั้งปวงเพื่อประโยชน์แก่กิจการของบริษัทลูกหนี้ ซึ่งศาลจะเป็นผู้ควบคุมการกระทำหรือการจัดการนั้นโดยตรง เนื่องจากเมื่อ Administrator อยู่ในสถานะของผู้ทำแผน อำนาจของ Administrator จะอยู่ภายใต้การควบคุมหรือคำสั่งของศาล

2.1.5 สถานะและหน้าที่ของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการ

ในส่วนนี้จะกล่าวถึงสถานะและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของ Administrator ที่กฎหมายได้บัญญัติไว้

2.1.5.1 สถานะของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการ

สถานะของ Administrator ภายใต้กฎหมายที่สำคัญคือการเป็นตัวแทนของบริษัทลูกหนี้ (company's agent) ในการกระทำการต่างๆ ในระหว่างกระบวนการฟื้นฟูกิจการ โดยการใช้อำนาจตามกฎหมายของ Administrator ในฐานะตัวแทนของบริษัทลูกหนี้จะอยู่ภายใต้มาตรา 14(5) ซึ่งกล่าวไว้ว่า "ในการใช้อำนาจของ Administrator ถือว่าเป็นการกระทำการในฐานะตัวแทนของบริษัทลูกหนี้"⁹⁵ ผลของมาตรานี้ทำให้บริษัทลูกหนี้ต้องรับผิดชอบหรือผูกพันในการกระทำการหรือการละเว้นการกระทำของ Administrator ในกรณีต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีการก่อความผูกพันหรือสัญญาขึ้นใหม่ของ Administrator ที่ทำขึ้นในนามของบริษัทลูกหนี้และการผิดสัญญาที่สร้างขึ้นแล้วไม่ว่าจะเป็นสัญญาที่ทำกับบุคคลภายนอก เช่น สัญญาการให้บริการต่างๆ หรือสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่ง Administrator ได้เป็นผู้ทำสัญญาดังกล่าวขึ้นเองหรือยินยอมให้บริษัทลูกหนี้เป็นผู้ทำสัญญาขึ้นเหล่านี้ย่อมมีผลผูกพันต่อบริษัทลูกหนี้⁹⁶

⁹⁴ L.C.B. Gower, *Gower's Principles of Modern Company Law*. pp.752-753.

⁹⁵ Insolvency Act 1986, section 14 (5).

⁹⁶ R.M. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*. p.127.

กล่าวโดยสรุปแล้วในการปฏิบัติหน้าที่ภายใต้กระบวนการฟื้นฟูกิจการ Administrator จะมีสถานะดังต่อไปนี้⁹⁷

(1) เจ้าหน้าที่ของศาล(officer of court)

ศาลเป็นผู้มีคำสั่งแต่งตั้งAdministrator พร้อมกับกำกับการที่มีคำสั่งAdministration Order ดังนั้นAdministrator จึงมีสิทธิและความรับผิดชอบเป็นกรณีพิเศษนั่นคือ Administrator จะได้รับการคุ้มครองในการปฏิบัติหน้าที่โดยการคุ้มครองภายใต้กฎหมายว่าด้วยละเมิดอำนาจศาล(law of contempt) หากมีการกระทำใดที่เป็นการขัดขวางการปฏิบัติหน้าที่ของAdministrator นอกจากนี้ศาลยังมีอำนาจมีคำสั่งให้ Administrator พ้นจากความรับผิดที่เกิดจากการกระทำตามหน้าที่ ดังนั้น Administrator จึงมีสถานะเป็นเจ้าหน้าที่ของศาลและอยู่ในความควบคุมดูแลของศาล⁹⁸

(2) เจ้าหน้าที่ของบริษัทลูกหนี้(officer of company)

แม้Administrator ไม่ได้มีความหมายเป็นเจ้าหน้าที่ของบริษัทลูกหนี้ตามความหมายของCompanies Act 1985 โดยตรง รวมถึงอำนาจของAdministrator ก็มีที่มาจากคำสั่งแต่งตั้งของศาลไม่ใช่มาจากบริษัทลูกหนี้ แต่Administrator จะต้องปฏิบัติหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต(fiduciary duties) เช่นเดียวกับเจ้าหน้าที่ของบริษัท ซึ่งเป็นหน้าที่ที่เกิดจากแนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษ

(3) ตัวแทนของบริษัทลูกหนี้(agent of company)

Insolvency Act 1986 ได้บัญญัติไว้โดยตรงให้Administrator ใช้อำนาจในฐานะของตัวแทนของบริษัทลูกหนี้⁹⁹ ดังนั้นการทำหน้าที่ตามกฎหมายและการเข้าทำสัญญาของAdministrator จึงไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวเว้นแต่ในสัญญาได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น แต่ Administrator อาจมีความรับผิดชอบบางประการ เช่น การเข้าค้ำประกันในมูลหนี้เกี่ยวกับสาธารณูปโภค เป็นต้น

(4) ทรัสต์(trustee)

แม้Administrator ไม่ใช่ทรัสต์ตามความหมายของTrustee Act 1925 แต่สถานะของทรัสต์นั้นเกิดจากฐานะของการเป็นตัวแทนของบริษัทลูกหนี้ ซึ่งจะต้องดูแลกองทรัพย์สินทั้งปวงของลูกหนี้ เพื่อดูแลผลประโยชน์ทั้งปวงของผู้มีส่วนได้เสียไม่เฉพาะแก่ผู้ยื่นคำร้องขอหรือเจ้าหน้าที่บาง

⁹⁷ Gavin Lightman and Gabriel Moss, *The Law of Receivers of Companies* (London : Sweet&Maxwell,1986), pp. 256-258.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Insolvency Act 1986, section 14 (5).

รายเท่านั้น ซึ่งเกิดจากแนวคำพิพากษาในการขยายอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบโดยเฉพาะในเรื่อง ละเมิดแก่ Administrator¹⁰⁰

2.1.5.2 หน้าที่ของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการ

กฎหมายได้กำหนดบทบังคับให้ Administrator มีหน้าที่สำคัญในการดำเนินการฟื้นฟู กิจการดังต่อไปนี้

(1) หน้าที่ในการจัดทำและเสนอแผนฟื้นฟูกิจการ

การจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการคือหน้าที่พื้นฐานที่สำคัญของ Administrator โดย Administrator จะต้องจัดทำแผนและเสนอรายการแผนฟื้นฟูกิจการ(statement of proposals) ที่มีเนื้อหา ในการบรรลุวัตถุประสงค์ของกระบวนการ Administration Order¹⁰¹ หรือวัตถุประสงค์ที่ระบุเป็นการ เฉพาะในแผนนั้น ภายใน 3 เดือนนับตั้งแต่วันที่ศาลมีคำสั่ง Administration Order¹⁰² ซึ่งศาลมีอำนาจ ในการขยายกำหนดเวลาดังกล่าวได้

ภายในกำหนดเวลาดังกล่าวเมื่อ Administrator จัดทำแผนฟื้นฟูกิจการแล้ว จะต้องส่ง แผนดังกล่าวไปยังนายทะเบียนบริษัทและเจ้าหน้าที่ทุกราย และจัดทำสำเนาของแผนก่อนการแจ้งนัด ประชุมเจ้าหน้าที่ของบริษัทไม่น้อยกว่า 14 วัน และส่งสำเนาของแผนไปยังสมาชิกของบริษัทลูกหนี้เท่าที่ Administrator จะทราบที่อยู่หรือแจ้งที่อยู่ทีสมาชิกเหล่านั้นจะเขียนติดต่อมาเพื่อขอแผนดังกล่าวโดย ไม่มีการคิดค่าธรรมเนียมใดๆ¹⁰³ โดยในการโฆษณาแจ้งดังกล่าวนั้นจะต้องโฆษณาในหนังสือพิมพ์ฉบับ เดียวกับที่ลงโฆษณาคำสั่ง Administration Order

ในการจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการนั้นอยู่ในดุลยพินิจของ Administrator ในการกำหนดเนื้อหา ของแผนขึ้นมา ซึ่งกฎหมายก็ไม่ได้ให้คำนิยามหรือกำหนดรูปแบบของแผนเอาไว้ แต่โดยทั่วไปแผน ฟื้นฟูกิจการจะเป็นมาตรการโดยกว้างที่ Administrator กำหนดขึ้นเพื่อบริหารจัดการบริษัทลูกหนี้หรือ กำหนดผลสำเร็จของกระบวนการ Administration Order ดังนั้นเนื้อหาของแผนจึงครอบคลุมในเรื่อง ต่างๆ ทั้งในเรื่องขั้นตอนและเนื้อหาของกรดำเนินการฟื้นฟูกิจการของบริษัทลูกหนี้ มาตรการในการ แก้ไขปัญหาทางการเงิน การกำหนดกระบวนการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้และการหา ประโยชน์จากทรัพย์สินดังกล่าว การปรับโครงสร้างกิจการ การหาแหล่งเงินทุนเพื่อใช้ในการกิจการ ตลอดจนการจัดการเกี่ยวกับการจัดสรรชำระหนี้ ซึ่ง Administrator สามารถกำหนดเนื้อหาเหล่านี้

¹⁰⁰ Hamish Anderson, *Administrators Part II of The Insolvency Act 1986*. p.76.

¹⁰¹ Insolvency Act 1986, section 8 (3).

¹⁰² Insolvency Act 1986, section 23 (1).

¹⁰³ Insolvency Act 1986, section 23 (1) (a) (b), section 23 (2) (a) (b).

ขึ้น อย่างไรก็ตามยังมีข้อกำหนดให้ Administrator ต้องจัดทำรายการแนบไปกับแผนที่ Administrator จัดทำขึ้นและจะต้องยื่นตามที่กฎหมายกำหนดด้วย ซึ่งจะต้องมีเนื้อหาดังต่อไปนี้¹⁰⁴

1) รายละเอียดของการแต่งตั้ง Administrator และวัตถุประสงค์ของการบังคับใช้ Administration Order

2) ชื่อของกรรมการและเลขานุการของบริษัทลูกหนี้

3) สำเนาหรือรายการย่อของรายการเกี่ยวกับกิจการของบริษัทลูกหนี้ (Statement of affairs) (ถ้ามี)

4) รายละเอียดของสถานะทางการเงินของบริษัทลูกหนี้ในปัจจุบัน*

5) กระบวนการจัดการกิจการของบริษัทลูกหนี้ และการจัดการทางการเงิน หากแผนฟื้นฟูกิจการได้รับความเห็นชอบ

6) ข้อมูลอื่นๆ ที่ Administrator เห็นสมควรว่ามีความจำเป็นต่อการตัดสินใจในการให้ความเห็นชอบต่อแผนฟื้นฟูกิจการ

รายการดังกล่าวจึงเป็นเสมือนรายการพื้นฐานที่ Administrator จะต้องจัดทำขึ้นพร้อมกับกำหนดยุทธศาสตร์ของแผน นอกจากนี้ Administrator อาจนำเอาข้อตกลงการจัดการทรัพย์สินโดยสมัครใจ (voluntary arrangement) ภายใต้ภาค 1 มาใช้เป็นส่วนหนึ่งของแผนที่ Administrator จัดทำขึ้น ซึ่งเป็นกรณีที่มักเกิดขึ้นเมื่อมีการจัดทำแผนโดย Administrator¹⁰⁵ เนื่องจากข้อตกลงการจัดการทรัพย์สินของบริษัทโดยสมัครใจ (company voluntary arrangements) นั้นสามารถบังคับใช้คู่กับกระบวนการ Administration Order ได้ นั่นคือเมื่อบริษัทลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการ Administration Order แล้วก็จะได้รับความคุ้มครองจากการพักบังคับชำระหนี้ (moratorium) ในกรณีเช่นนี้บริษัทลูกหนี้ อาจทำข้อตกลงเกี่ยวกับการประนีประนอมการชำระหนี้หรือการจัดการทรัพย์สินกับเจ้าหนี้ทั้งหลาย ภายใต้กระบวนการข้อตกลงการจัดการทรัพย์สินของบริษัทโดยสมัครใจ ซึ่งจะเป็นผลให้บริษัทของลูกหนี้บรรลุผลสำเร็จและออกจากกระบวนการ Administration Order ได้รวดเร็วยิ่งขึ้น¹⁰⁶

¹⁰⁴ Insolvency Rules 1986, regulation 2.16.

* ในกรณีที่ไม่มีกรณียุทธศาสตร์เกี่ยวกับกิจการของบริษัทลูกหนี้ต่อศาล.

¹⁰⁵ R.M. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*. p.130.

¹⁰⁶ Mark Stamp, *Practical Company Law*. pp. 391-392.

เมื่อ Administrator จัดทำแผนฟื้นฟูกิจการแล้ว Administrator จะต้องนำแผนนั้นไปขอความเห็นชอบจากที่ประชุมเจ้าหนี้ ซึ่ง Administrator เป็นผู้ชี้หน้าที่ในการเรียกประชุมดังกล่าว¹⁰⁷ นอกจากนี้ Administrator ยังมีหน้าที่ในการรายงานผลของการประชุมเจ้าหนี้ไปยังศาลและแจ้งผลไปยังนายทะเบียนบริษัทและบุคคลที่ถูกกำหนดไว้¹⁰⁸

ในกรณีที่ประชุมเจ้าหนี้เห็นชอบกับแผนฟื้นฟูกิจการนั้นไม่ว่าจะมีการแก้ไขหรือไม่ Administrator จะต้องจัดการกิจการและทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ตามข้อกำหนดในแผนฟื้นฟูกิจการนั้น¹⁰⁹ แต่หากที่ประชุมเจ้าหนี้ให้ความเห็นชอบโดยมีการแก้ไขแผน การแก้ไขนั้นจะต้องได้รับความยินยอมจาก Administrator¹¹⁰

ในกรณีที่ที่ประชุมเจ้าหนี้ไม่อาจหาเสียงส่วนใหญ่ในการให้ความเห็นชอบกับแผนฟื้นฟูกิจการเดิมหรือแผนที่มีการแก้ไข ประธานในที่ประชุม* อาจเลื่อนการประชุมเจ้าหนี้ออกไปได้ไม่เกิน 14 วัน¹¹¹ และหากในที่สุดที่ประชุมเจ้าหนี้ลงมติไม่เห็นชอบกับแผนฟื้นฟูกิจการเดิมหรือแผนที่แก้ไขใหม่ ศาลจะต้องใช้อำนาจพิจารณามีคำสั่งเกี่ยวกับแผนนั้นด้วยความระมัดระวัง เนื่องจากหากศาลยกเลิกคำสั่ง Administration Order ย่อมเป็นการยกเลิกผลการพักบังคับชำระหนี้หรือ Moratorium ในทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ ทำให้อาจมีการยื่นขอเลิกกิจการของลูกหนี้ได้ในที่สุด ดังนั้นศาลอาจมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้¹¹²

- 1) ยกเลิกกระบวนการ Administration Order และออกคำสั่งเกี่ยวกับผลที่ตามมาตามที่เห็นสมควร
 - 2) เลื่อนการพิจารณาคดีออกไปโดยมีเงื่อนไขหรือไม่มีเงื่อนไข
 - 3) ออกคำสั่งชั่วคราว (interim order) หรือคำสั่งอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่เห็นสมควร
- จะเห็นได้ว่าศาลในกระบวนการ Administration Order นั้นมีทางเลือกหรือมีดุลยพินิจในกรณีที่แผนไม่ได้รับความเห็นชอบในหลายกรณี

¹⁰⁷ Insolvency Act 1986, section 23 (1) (b), section 24.

¹⁰⁸ Insolvency Act 1986, section 24 (4).

¹⁰⁹ Insolvency Act 1986, section 17 (2) (b).

¹¹⁰ Insolvency Act 1986, section 24 (2).

* ภายใต้ Insolvency Rules 1986, regulation 2.20 กำหนดให้ Administrator หรือผู้แทนของ Administrator ทำหน้าที่เป็นประธานในที่ประชุมเจ้าหนี้เพื่อพิจารณาแผนฟื้นฟูกิจการ.

¹¹¹ Insolvency Rules 1986, regulation 2.18 (4).

¹¹² Insolvency Act 1986, section 24 (5).

อย่างไรก็ตามหากแผนฟื้นฟูกิจการนั้นได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมเจ้าหนี้ Administrator ก็มีสิทธิในการยื่นแก้ไขเพิ่มเติมแผนนั้น โดยปกติแล้ว Administrator จะมีอำนาจโดยอิสระในการดำเนินการต่าง ๆ เพื่อให้แผนฟื้นฟูกิจการบรรลุผลสำเร็จ ดังนั้นในการริเริ่มกระทำกรใด ๆ ใหม่ๆ นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในแผนฟื้นฟูกิจการ Administrator ย่อมมีอำนาจกระทำได้โดยการแก้ไขแผนฟื้นฟูกิจการ โดยในการใดหากเป็นการแก้ไขเล็กน้อย (minor revisions) ก็ย่อมอยู่ในอำนาจกระทำได้เพื่อให้การดำเนินการต่างๆ ตามแผนลุล่วงไปได้ แต่ในกรณีการแก้ไขดังกล่าวเป็นการแก้ไขในสาระสำคัญ (substantial nature) ในกรณีเช่นนี้กระบวนการจะย้อนกลับไปที่ Administrator จะต้องเสนอแผนที่มีการแก้ไขในสาระสำคัญแทนที่แผนฉบับเดิม โดยถือว่าเป็นแผนฉบับใหม่เพื่อให้ที่ประชุมเจ้าหนี้พิจารณาให้ความเห็นชอบอีกครั้งหนึ่ง¹¹³ โดยมีกระบวนการกลับไปเริ่มต้นใหม่เช่นเดียวกับการเสนอแผนฟื้นฟูกิจการในขั้นแรก¹¹⁴

ในการจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการโดย Administrator นี้ กฎหมายได้กำหนดความรับผิดชอบทางอาญาเอาไว้ นั่นคือ ในกรณีที่ Administrator จัดทำแผนโดยผิดพลาด และในกรณีที่ Administrator ไม่สามารถจัดทำแผนและส่งแผนได้ภายในกำหนดเวลาที่กฎหมายกำหนดโดยไม่มีเหตุอันควร¹¹⁵ ดังนั้น Administrator จึงต้องจัดทำแผนด้วยความระมัดระวังและอยู่ในสถานะที่จะต้องเสนอความเห็นต่อกิจการของลูกหนี้เป็นอย่างดีเป็นอิสระและมีความเป็นกลาง¹¹⁶

(2) หน้าที่ในการควบคุมและจัดการทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้

ภายหลังจากที่ศาลมีคำสั่ง Administration Order แล้ว Administrator มีหน้าที่ในการเข้าควบคุมทรัพย์สินทั้งปวงของบริษัทลูกหนี้หรือที่ปรากฏว่าบริษัทลูกหนี้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้น¹¹⁷ โดยถือว่า Administrator เข้าไปแทนที่กรรมการของบริษัทลูกหนี้ในการดำเนินกิจการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับบริษัท โดยในการดำเนินการดังกล่าวศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ที่ครอบครองหรือควบคุมทรัพย์สิน เอกสารหรือบันทึกใดๆ ที่ปรากฏว่าเป็นของบริษัทลูกหนี้หรือลูกหนี้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้น ให้จ่าย ส่งมอบ สละหรือโอนทรัพย์สินหรือเอกสารนั้นแก่ Administrator¹¹⁸

¹¹³ Insolvency Act 1986, section 25 (1).

¹¹⁴ Insolvency Act 1986, section 25 (2)-(6).

¹¹⁵ Insolvency Act 1986, section 23 (3).

¹¹⁶ Ian F. Fletcher, *The Law of Insolvency*, p.463 see In re Newport County Association Football Club (1987) BCLC582.

¹¹⁷ Insolvency Act 1986, section 17 (1).

¹¹⁸ Insolvency Act 1986, section 234 (2).

ในการจัดการกิจการของบริษัทลูกหนึ่งนั้น หากแผนฟื้นฟูกิจการของAdministratorยังไม่ได้รับความเห็นชอบโดยที่ประชุมเจ้าหนี้ การจัดการกิจการและทรัพย์สินของบริษัทลูกหนึ่งโดยAdministrator จะต้องอยู่ภายใต้คำสั่งศาล(directions) และเมื่อภายหลังจากที่แผนฟื้นฟูกิจการได้รับความเห็นชอบแล้วAdministrator ก็สามารถจัดการกิจการและทรัพย์สินของบริษัทภายใต้แผนฟื้นฟูกิจการนั้น¹¹⁹

โดยในการจัดการทรัพย์สินและกิจการของAdministrator ภายหลังจากที่แผนฟื้นฟูกิจการได้รับความเห็นชอบนั้น Administrator ย่อมมีอำนาจโดยอิสระในการทำหน้าที่ในการดำเนินการต่างๆ เพื่อให้บรรลุแผนฟื้นฟูกิจการ(duty to implement his proposals)¹²⁰ โดยในกรณีที่บริษัทลูกหนึ่งขาดเงินทุนหมุนเวียนในกิจการAdministrator ก็สามารถเข้าเจรจากับธนาคารเพื่อขอสินเชื่อเพื่อนำมาใช้เป็นเงินทุนได้¹²¹ รวมถึงการจัดการอื่นๆ ตามแผนฟื้นฟูกิจการ

อย่างไรก็ตามแม้จะถือได้ว่าAdministrator เข้ามามีอำนาจหน้าที่แทนผู้บริหารหรือกรรมการของบริษัทลูกหนึ่งแต่การทำหน้าที่ของAdministrator ถือว่าเป็นการจัดการกิจการและทรัพย์สินของบริษัทลูกหนึ่งภายใต้วัตถุประสงค์ของกระบวนการAdministration Order หรือที่กำหนดไว้ในแผนฟื้นฟูกิจการและการจัดการดังกล่าวจะอยู่ภายใต้คำสั่งของศาลหรือข้อกำหนดในแผนฟื้นฟูกิจการเท่านั้น โดยไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของคณะกรรมการบริษัทหรือที่ประชุมผู้ถือหุ้นดังเช่นกรณีของกรรมการบริษัทในช่วงที่กิจการอยู่ในภาวะปกติ

(3) หน้าที่ของในการจัดเตรียมเอกสารทางบัญชี

Administrator มีหน้าที่ยื่นรายการทางบัญชีที่จำเป็น(requisite accounts) ของการรับและจ่ายเงินของบริษัทลูกหนึ่งต่อศาล นายทะเบียนบริษัทและเจ้าหนี้ทั้งหลายในคณะกรรมการเจ้าหนี้ ภายใน 2 เดือน เมื่อพ้นกำหนด 6 เดือนนับตั้งแต่วันที่ได้รับแต่งตั้ง และภายใน 2 เดือนของทุกๆ ช่วงของ 6 เดือนนั้นแต่เวลาดังกล่าว ในกรณีที่Administrator พ้นจากตำแหน่งก็มีหน้าที่ยื่นเอกสารดังกล่าวภายใน 2 เดือนนับตั้งแต่วันที่พ้นจากตำแหน่ง¹²² โดยถือว่าเป็นหน้าที่รายงานการทำหน้าที่ของAdministrator ในการจัดการทางการเงินเพื่อให้คณะกรรมการเจ้าหนี้ได้รับทราบ

¹¹⁹ Insolvency Act 1986, section 17 (2)

¹²⁰ Ian F. Fletcher, *The Law of Insolvency*, p.465.

¹²¹ R.M. Goode *Principles of Corporate Insolvency Law*, p.128.

¹²² Insolvency Rules 1986, regulation 2.52.

(4) หน้าที่ต่อผู้มีส่วนได้เสีย (interested persons)

เมื่อ Administrator มีหน้าที่ในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ กฎหมายจึงได้กำหนดให้ Administrator มีหน้าที่ในการแจ้งหรือรับข้อมูลต่อผู้มีส่วนได้เสียในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ดังนี้

(4.1) Administrator มีหน้าที่รับคำชี้แจงเกี่ยวกับกิจการและทรัพย์สิน(statement of affairs)¹²³

(4.2) Administrator มีหน้าที่ออกหมายนัดประชุมเจ้าหนี้ของบริษัทลูกหนี้ เมื่อมีการร้องขอโดยเจ้าหนี้ซึ่งมีจำนวนหนี้ 1 ใน 10 ของจำนวนหนี้ทั้งหมดหรือเมื่อศาลมีคำสั่ง¹²⁴

(4.3) Administrator มีหน้าที่ขอต่อศาลเพื่อมีคำสั่งให้บริษัทลูกหนี้หลุดพ้นจากกระบวนการ Administration Order¹²⁵

2.1.5.3 มาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการ

อำนาจหน้าที่ของ Administrator ในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ นั้น Administrator จะต้องทำหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์สุจริต(fiduciary duties) และหน้าที่แห่งความระมัดระวัง (duty of care) ในการกระทำต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกิจการและทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้¹²⁶ ดังนั้น มาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของ Administrator จึงมีลักษณะเช่นเดียวกับกรรมการบริษัท

ในการปฏิบัติหน้าที่ของ Administrator นั้นเป็นไปเพื่อรักษาผลประโยชน์ทั่วไป (general benefit) แก่ผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่าย ไม่ใช่การรักษาประโยชน์แก่เจ้าหนี้รายใดรายหนึ่ง¹²⁷

ในการที่ Administrator ทำหน้าที่ในฐานะตัวแทน(as agents) ของบริษัทลูกหนี้ย่อมทำให้เกิดหน้าที่เกี่ยวกับความไว้วางใจ(fiduciary duties) ต่อเจ้าหนี้ทั้งหลายและบุคคลผู้มีส่วนได้เสีย ในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ กล่าวโดยทั่วไป Administrator จะต้องกระทำการโดยสุจริต(acting good faith) และไม่มีผลประโยชน์ขัดแย้ง(without conflict of interest) โดยจะต้องเป็นกลาง(impartial) และใช้ความระมัดระวังในการจัดการงานของบริษัทลูกหนี้ ตลอดจนห้ามแสวงหากำไรจากการปฏิบัติหน้าที่ของตนเอง¹²⁸

¹²³ Insolvency Act 1986, section 22.

¹²⁴ Insolvency Act 1986, section 17 (3).

¹²⁵ Insolvency Act 1986, section 18 (1).

¹²⁶ R.M. Goode *Principles of Corporate Insolvency Law*. p. 128.

¹²⁷ Hamish Anderson, *Administrators Part II of the Insolvency Act 1986*. p.76.

¹²⁸ Ibid.

จะเห็นได้ว่าหน้าที่เกี่ยวกับความไว้วางใจของ Administrator นั้น มีลักษณะเดียวกับ กรรมการบริษัท เนื่องจาก Administrator ไม่ใช่ทรัสต์ตีตามความหมายของ Trustee Act 1925 ดังนั้น การปฏิบัติหน้าที่ของ Administrator จึงมีมาตรฐานเช่นเดียวกับกรรมการบริษัทแต่การปฏิบัติหน้าที่ของ Administrator เป็นไปเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้และบริษัทลูกหนึ่ง

ดังนั้น มาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของ Administrator จึงเทียบเคียงได้กับกรรมการบริษัท ได้ในกรณีดังต่อไปนี้

1) หน้าที่ที่ซื่อสัตย์สุจริตแห่งความภักดีและเจตนาสุจริต (Fiduciary duties of loyalty and good faith)

Administrator จะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตด้วยความเชื่อของตนเอง และ Administrator จะถูกคาดหวังให้กระทำการโดยสุจริต (act bona fide) ในทางที่เห็นว่าเป็นประโยชน์แก่บริษัทลูกหนึ่งและผู้มีส่วนได้เสีย นอกจากนี้ Administrator จะต้องไม่กระทำการในเรื่องที่ผลประโยชน์ของตนเองขัดกับผลประโยชน์ของบริษัทลูกหนึ่ง (conflict of duty and interest)

2) หน้าที่แห่งความระมัดระวังและทักษะความชำนาญ (duties of care and skill)

Administrator จะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังและตามทักษะและความชำนาญของตนเอง

โดยหน้าที่ทั้ง 2 กรณีนี้ ศาลสามารถนำมาเป็นหลักเพื่อวินิจฉัยมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่และกำหนดความรับผิด Administrator ภายใต้กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้

2.1.6 สถานะของหนี้ที่ผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการก่อขึ้น

Administrator มีอำนาจในการก่อหนี้ขึ้นในระหว่างการดำเนินการฟื้นฟูกิจการเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการ เช่น การหาแหล่งเงินทุนเพื่อใช้ในกิจการ โดยหนี้หรือความรับผิดที่เกิดขึ้นไม่ว่าโดยสัญญาหรือสัญญาจ้างแรงงานที่ได้รับรองโดย Administrator ซึ่งเกิดจากการที่ Administrator ได้ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายถือว่าเป็นหนี้บุริมสิทธิเหนือหนี้ที่มีหลักประกัน *

หนี้ที่ Administrator ก่อขึ้นในระหว่างการฟื้นฟูกิจการจะถูกชำระจากทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในความครอบครองของ Administrator ก่อนค่าตอบแทนหรือค่าใช้จ่ายของ Administrator ดังนั้นจะเห็นได้ว่ามูลหนี้ก่อขึ้นโดยเฉพาะการหาเงินช่วยเหลือแก่กิจการในระหว่างการฟื้นฟูกิจการย่อม

* หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดบุริมสิทธิในมูลหนี้ที่ Administrator ก่อขึ้นในระหว่างการฟื้นฟูกิจการปรากฏใน Insolvency Act 1986, section 19 (4), section 19 (5).

ได้รับบุริมสิทธิเหนือมูลหนี้ที่มีหลักประกันและค่าตอบแทนและค่าใช้จ่ายของ Administrator ซึ่งจะเป็นแรงจูงใจให้เจ้าหนี้ในการให้สินเชื่อแก่กิจการ และลดความเสี่ยงในการได้รับชำระหนี้คืน

2.1.7 ค่าใช้จ่ายของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการ

ภายใต้กระบวนการฟื้นฟูกิจการของประเทศอังกฤษ Administrator จะมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนจากการปฏิบัติหน้าที่ของตนเอง¹²⁹ โดยชำระจากกองทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ โดยศาลจะมีอำนาจในการพิจารณาอนุญาตค่าตอบแทนของ Administrator ซึ่งคณะกรรมการเจ้าหนี้จะเป็นผู้กำหนดจำนวนหรือเป็นผู้ควบคุมค่าตอบแทนนั้น แต่หากในคดีนั้นไม่มีคณะกรรมการเจ้าหนี้ก็จะต้องมีการประชุมเจ้าหนี้เพื่อพิจารณาค่าตอบแทนของ Administrator¹³⁰ โดยค่าตอบแทนจะคำนวณอยู่ในรูปของเปอร์เซ็นต์ที่กำหนดไว้แน่นอน (fixed as a percentage) จากกองทรัพย์สินที่ Administrator จะต้องเข้าไปปฏิบัติหน้าที่หรือใช้วิธีคำนวณจากระยะเวลาที่เหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่ของ Administrator และเจ้าหนี้ที่ช่วยเหลือ¹³¹ ซึ่งคณะกรรมการเจ้าหนี้จะกำหนดค่าตอบแทนขึ้นโดยใช้วิธีใดวิธีหนึ่งที่เหมาะสมและพิจารณาถึงเหตุดังต่อไปนี้¹³²

- 1) ความซับซ้อนของคดี
- 2) การทำหน้าที่ของ Administrator ในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้มีขอบเขตการรับผิดชอบเพียงใด
- 3) ประสิทธิภาพของการทำหน้าที่ของ Administrator ว่าได้ทำหน้าที่ตามกฎหมายได้บรรลุผลมากน้อยเพียงใด
- 4) มูลค่าและลักษณะของทรัพย์สินที่ Administrator จะต้องเกี่ยวข้องกับและเมื่อคณะกรรมการเจ้าหนี้ได้เลือกใช้วิธีคำนวณค่าตอบแทนร่วมกับเหตุตามกฎหมายแล้วเพื่อกำหนดจำนวนของค่าตอบแทนออกมาได้จำนวนใดจำนวนหนึ่งศาลก็จะเป็นผู้ให้ความเห็นชอบค่าตอบแทนนั้นในขั้นตอนสุดท้ายโดยคณะกรรมการเจ้าหนี้ไม่อาจร่วมตัดสินใจได้

อย่างไรก็ตาม ในกรณีเจ้าหนี้คนใดคนหนึ่งไม่พอใจจำนวนค่าตอบแทนของ Administrator เจ้าหนี้คนใดคนหนึ่ง ในคณะกรรมการเจ้าหนี้ที่พิจารณาเห็นชอบอาจร้องขอต่อคณะกรรมการเจ้าหนี้เพื่อให้มีมติในการกำหนดค่าตอบแทนอีกครั้ง¹³³ หรือในกรณีที่ Administrator เห็นว่า

¹²⁹ Insolvency Rules 1986, regulation 2.47.

¹³⁰ Hamish Anderson, *Administrations Part II of The Insolvency Act 1986*. pp.80-86.

¹³¹ Ibid. see *In re Bridal Centre Co. Pty. Ltd.* (1985) 9 A.C.L.R. 481.

¹³² Insolvency Rules 1986, regulation 2.47 (4) (a)-(d).

¹³³ Insolvency Rules 1986, regulation 2.48.

จำนวนค่าตอบแทนที่เจ้าหนี้คนใดคนหนึ่งในคณะกรรมการเจ้าหนี้พิจารณาให้ความเห็นชอบน้อยเกินไป ก็อาจร้องขอศาลเพื่อพิจารณาคำสั่งเพิ่มค่าตอบแทนขึ้น¹³⁴

2.1.8 การพ้นจากตำแหน่งของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการ

การพ้นจากตำแหน่งหรือการพ้นสภาพของAdministrator นั้นกฎหมายได้กำหนดเหตุเอาไว้สรุปได้ดังนี้¹³⁵

1) การตาย
2) การลาออก
3) บุคคลนั้นขาดคุณสมบัติในการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะInsolvency Practitioner ซึ่งเกี่ยวข้องกับบริษัทลูกหนี้

4) บริษัทลูกหนี้หลุดพ้น(discharge) จากคำสั่งAdministration Order

5) ศาลมีคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่ง

ในกรณีของการลาออกของAdministrator นั้นกฎหมายกำหนดว่าการที่Administrator ของบริษัทลูกหนี้จะพ้นจากตำแหน่งโดยการลาออกนั้น จะต้องแจ้งการลาออกจากตำแหน่งไปยังศาลเสียก่อน¹³⁶ ซึ่งกรณีที่Administrator จะมีสิทธิลาออกนั้นกระทำได้เฉพาะกรณีต่อไปนี้¹³⁷

ก. การเจ็บป่วย

ข. เกิดการขัดกันของผลประโยชน์(conflict of interest) ในการทำหน้าที่ของAdministrator

ค. มีการแต่งตั้งAdministratorร่วมกัน(joint appointment) ซึ่งไม่ได้มีการกำหนดว่าสมควรจะให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือทั้งหมดดำรงตำแหน่งต่อไป

ง. ศาลเห็นสมควรตามเหตุผลของการลาออก

ในกรณีที่ตำแหน่งAdministrator วางลงเนื่องจาก ความตาย การลาออก ของAdministrator หรือเหตุอื่นที่ทำให้ตำแหน่งดังกล่าวว่างลง ศาลอาจมีคำสั่งแต่งตั้งAdministratorคนใหม่แทนที่ตำแหน่งที่ว่างลง ซึ่งคำร้องขอต่อศาลดังกล่าวอาจถูกเสนอ¹³⁸

¹³⁴ Insolvency Rules 1986, regulation 2.49.

¹³⁵ Insolvency Act 1986, section 13 (1), section 19 (2).

¹³⁶ Insolvency Act 1986, section 19 (1).

¹³⁷ Insolvency Rules 1986, regulation 2.53.

¹³⁸ Insolvency Act 1986, section 13 (3).

- 1) โดยAdministrator ของบริษัทลูกหนี้ที่ยังคงทำหน้าที่อยู่
- 2) กรณีที่ไม่มีAdministrator ดังกล่าว โดยคณะกรรมการเจ้าหนี้ตามมาตรา26
- 3) กรณีที่ไม่มีAdministrator และคณะกรรมการเจ้าหนี้ดังกล่าว โดยบริษัทลูกหนี้ กรรมการในบริษัทลูกหนี้หรือเจ้าหนี้คนใดคนหนึ่งหรือหลายคนของบริษัทลูกหนี้

หลักเกณฑ์ของกฎหมายดังกล่าวจึงกำหนดไว้ชัดเจนถึงบุคคลผู้มีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งแต่งตั้งAdministratorคนใหม่เมื่อตำแหน่งว่างลงซึ่งในการแต่งตั้งAdministrator คนใหม่นั้นจะต้องมีการประกาศหรือโฆษณาและแจ้งไปยังนายทะเบียนบริษัทถึงการแต่งตั้งดังกล่าว¹³⁹

ดังที่กล่าวมานั้นจะเห็นได้ว่าAdministrator อาจพ้นจากตำแหน่งได้โดยคำสั่งศาล¹⁴⁰ โดยคำสั่งศาลดังกล่าวอาจเกิดขึ้นจากการพิจารณาของศาลตามมาตรา 27¹⁴¹ นั่นคือเมื่อคำสั่งฟื้นฟูกิจการมีผลบังคับแล้ว เจ้าหนี้ หรือฝ่ายบริษัทลูกหนี้อาจยื่นคำขอเพื่อแถลงต่อศาลว่าการจัดการทรัพย์สิน และการบริหารจัดการธุรกิจของบริษัทลูกหนี้โดยAdministrator ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างไม่เป็นธรรมต่อผลประโยชน์ของเจ้าหนี้และบริษัทลูกหนี้¹⁴² ศาลอาจมีคำสั่งตามที่เห็นสมควรเพื่อบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือเลื่อนการพิจารณาออกไปโดยมีเงื่อนไขหรือไม่มีเงื่อนไข หรือมีคำสั่งชั่วคราว หรือมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งตามความเหมาะสม¹⁴³ ซึ่งในกรณีที่มีหลักฐานแสดงว่าเกิดความบกพร่องในการทำหน้าที่ของAdministrator ตามคำขอที่ยื่นต่อศาล ศาลอาจมีคำสั่งอย่างใดตามที่เห็นสมควร (order as it thinks fit) หรือมีคำสั่งตามมาตรา 19 (1)¹⁴⁴ เพื่อยกถอนAdministrator ออกจากตำแหน่ง และหากในคำขอที่ยื่นมาศาลยังไม่อาจพิจารณา Administrator ที่เหมาะสมได้ ศาลอาจพิจารณาตามขั้นตอนมาตรา 13 (2) นั่นคือ ให้ผู้มีสิทธิตามกฎหมายนั้นคือAdministrator ที่เหลืออยู่คณะกรรมการเจ้าหนี้ บริษัทลูกหนี้ กรรมการของบริษัทลูกหนี้ หรือเจ้าหนี้แล้วแต่กรณียื่นคำร้องเข้ามาเพื่อให้ศาลพิจารณาแต่งตั้งตำแหน่งAdministrator ที่ว่างลง

¹³⁹ Insolvency Rules 1986, regulation 2.55.

¹⁴⁰ Insolvency Act 1986, section 19 (1).

¹⁴¹ Insolvency Act 1986, section 27.

¹⁴² Insolvency Act 1986, section 27 (1).

¹⁴³ Insolvency Act 1986, section 19 (1).

¹⁴⁴ Insolvency Act 1986, section 13 (2).

อย่างไรก็ตามการพ้นจากตำแหน่งของAdministrator ไม่ว่าจะในกรณีใดๆ จะไม่เป็นผลต่อคำสั่งฟื้นฟูกิจการหรือAdministration Order ที่จะยังคงมีผลบังคับต่อบริษัทลูกหนึ่งต่อไปจนกว่าจะหลุดพ้นโดยคำสั่งของศาล¹⁴⁵

2.1.9 ความรับผิดของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

เมื่อInsolvency Act 1986 ได้กำหนดให้Administrator มีอำนาจและหน้าที่ในกรณีต่างๆ ภายใต้ไต่กระบวนการAdministration Order การใช้อำนาจและการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวจึงอาจก่อให้เกิดความรับผิดได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) ความรับผิดทางแพ่งของ Administrator

กฎหมายได้กำหนดให้Administrator ใช้อำนาจตามกฎหมายในฐานะตัวแทนของบริษัทลูกหนึ่ง¹⁴⁶ โดยอำนาจของAdministrator มีขอบเขตที่กว้างและครอบคลุมถึงเรื่องต่างๆ ที่เป็นอำนาจของบริษัทลูกหนึ่ง ซึ่งในกรณีนี้การกระทำของAdministrator จะก่อให้เกิดความรับผิดขึ้นได้หรือไม่ แยกพิจารณาได้ดังนี้

(1.1) ความรับผิดในสัญญา

การกระทำของAdministrator ในฐานะตัวแทนในนามของบริษัทลูกหนึ่ง ย่อมก่อให้เกิดความผูกพันต่อลูกหนี้และผู้ที่เกี่ยวข้อง ในกรณีที่Administrator เข้าทำสัญญากับบุคคลภายนอก สัญญานั้นย่อมมีผลผูกพันระหว่างลูกหนี้และบุคคลภายนอก ผลดังกล่าวทำให้Administrator ไม่ต้องรับผิดเป็นการส่วนตัว(personal liability) ในสัญญานั้นแม้ว่าจะเป็นการกระทำที่เกินอำนาจ(ultra vires) ก็ตาม¹⁴⁷ คู่สัญญาที่เป็นบุคคลภายนอกจึงฟ้องให้Administrator รับผิดในมูลหนี้ตามสัญญานั้นไม่ได้

อย่างไรก็ตามในการเข้าทำสัญญาซึ่งเป็นการกระทำที่เกินอำนาจนั้น ในทางปฏิบัติมักไม่เกิดขึ้น เนื่องจากกฎหมายได้เอื้อยกการกระทำของเกินอำนาจหรือข้อบกพร่องในเรื่องอำนาจของAdministrator เอาไว้ นั่นคือ แม้ว่าภายหลังพบว่า การแต่งตั้งAdministrator คุณสมบัติของAdministrator หรืออำนาจหน้าที่ตามมาตรา 14 (1) หรือที่กำหนดไว้ในSchedule 1 มีข้อบกพร่องตามกฎหมายก็ถือว่าการกระทำของAdministrator ที่ได้กระทำไปแล้วมีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย¹⁴⁸ ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวมีความหมายที่กว้างจึงครอบคลุมถึงการเข้าทำสัญญาของAdministrator โดยปราศจาก

¹⁴⁵ R.M. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, p.132.

¹⁴⁶ Insolvency Act 1986, section 14 (5).

¹⁴⁷ Hamish Anderson, *Administrators Part II of The Insolvency Act 1986*, p.77.

¹⁴⁸ Ibid.

อำนาจ ดังนั้นความรับผิดชอบของ Administrator จึงขึ้นอยู่กับถ้อยคำหรือเงื่อนไขในสัญญาอันเป็นสำคัญ หมายความว่าในกรณีที่ข้อสัญญาเขียนไว้ชัดเจนว่า Administrator ต้องร่วมรับผิดชอบในมูลหนี้ใดๆ ที่เกิดขึ้นตามสัญญานั้น Administrator จึงต้องมีความรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว¹⁴⁹

นอกจากนี้ กฎหมายได้กำหนดให้ Administrator ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในกรณีที่ผู้ให้บริการสาธารณูปโภคประเภทต่างๆ กำหนดเงื่อนไขการให้บริการเอาไว้ เมื่อ Administrator ร้องขอให้มีการให้บริการในสาธารณูปโภคนั้น ผู้ให้บริการอาจกำหนดให้ Administrator ต้องประกันการจ่ายเงินหรือค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการให้บริการนั้น¹⁵⁰ ดังนั้นหากมีการผิดสัญญาการให้บริการสาธารณูปโภคโดย Administrator เขาก็ต้องรับผิดชอบส่วนตัวจากการที่เข้าประกันการปฏิบัติตามสัญญานั้นในฐานะผู้ค้ำประกัน

อย่างไรก็ตาม ความรับผิดชอบในมูลหนี้ตามสัญญาซึ่ง Administrator เป็นผู้กระทำขึ้นนั้น รวมถึงมูลหนี้ตามสัญญาจ้างแรงงานที่ Administrator รับมาใช้ นั่นถือเป็นค่าใช้จ่ายในกองทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้เมื่อ Administrator พ้นจากตำแหน่ง¹⁵¹

(1.2) ความรับผิดในละเมิด

Insolvency Act 1986 ไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับความรับผิดของ Administrator ในมูลหนี้ละเมิดไว้โดยตรง ดังนั้น ในกรณีที่ Administrator ใช้อำนาจหรือปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามคำสั่งของศาลที่กำหนดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวอย่างชัดแจ้งย่อมต้องมีความรับผิดในมูลหนี้ละเมิด¹⁵² การกำหนดให้หนี้ที่เกิดขึ้นโดย Administrator ถือเป็นค่าใช้จ่ายในกองทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ ตามมาตรา 19 (5) นั้น จึงไม่รวมถึงมูลหนี้ที่เกิดจากการกระทำละเมิดโดย Administrator¹⁵³ ดังนั้นผู้เสียหายจึงไม่สามารถฟ้องให้บริษัทลูกหนี้รับผิดชอบในการกระทำละเมิดของ Administrator ได้

หาก Administrator ได้กระทำการครบองค์ประกอบความรับผิดในทางละเมิด Administrator จะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในฐานะผู้กระทำละเมิดไม่ว่า Administrator จะได้กระทำการในฐานะตัวแทนของบริษัทลูกหนี้หรือไม่และไม่ว่าผู้เสียหายจะเป็นบริษัทลูกหนี้ เจ้าหนี้ หรือบุคคลใดๆ ซึ่งความรับผิดในมูลหนี้ละเมิดนั้นจะผูกพันต่อบริษัทลูกหนี้ต่อเมื่อลูกหนี้ได้ให้สัตยาบันหรือรับอำนาจในการกระทำของ Administrator

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ Insolvency Act 1986, section 233.

¹⁵¹ Insolvency Act 1986, section 19 (5).

¹⁵² Hamish Anderson, *Administrators Part II of The Insolvency Act 1986*. p.78.

¹⁵³ Ibid., p.79.

มีข้อนำพิจารณาประการหนึ่งคือ ตามกฎหมายอังกฤษกรรมการจะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในคำสั่งหรือการดำเนินการที่ก่อให้เกิดความเสียหาย¹⁵⁴ แม้ว่ากรรมการจะไม่ได้กระทำการนั้นโดยตรง เนื่องจากถือว่าการกรรมการเป็นผู้มีอำนาจกระทำหรือจัดการกิจการงานของบริษัททั้งปวง ถือเป็นความรับผิดชอบในตำแหน่งหน้าที่ในการจัดการ(managerial position) ดังนั้นจึงเห็นได้ชัดว่า Administrator ก็อาจจะต้องมีความรับผิดชอบในทำนองเดียวกับกรรมการ เนื่องจากอยู่ในฐานะที่มีอำนาจเด็ดขาดในการจัดการบริษัทลูกหนี้ แต่อย่างไรก็ตามความรับผิดชอบในละเมิดดังกล่าวก็ยังคงมีการพิสูจน์ถึงการกระทำและการละเว้นกระทำ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ไม่ใช่เกิดความรับผิดชอบเพราะเพียงแต่มีตำแหน่งตามกฎหมาย¹⁵⁵

อย่างไรก็ตาม Administrator อาจพ้นจากความรับผิดชอบในมูลหนี้ละเมิดได้เมื่อศาลมีคำสั่งให้ Administrator หลุดพ้นจากความรับผิดชอบ¹⁵⁶ นอกจากนี้ Administrator ยังมีสิทธิที่จะได้รับชดเชยค่าสินไหมทดแทนจากทรัพย์สินของบริษัทลูกหนี้ หาก Administrator ได้กระทำละเมิดในระหว่างกระบวนการ Administration Order ดังนั้นจึงถือว่ามีกระบวนการทางกฎหมายเข้ามาเยียวยาความเสียหาย หรือความบกพร่องที่เกิดจากการใช้อำนาจหรือการปฏิบัติหน้าที่ของ Administrator

(2) ความรับผิดชอบทางอาญาของ Administrator

Insolvency Act 1986 ได้กำหนดบทลงโทษทางอาญาแก่ Administrator ภายใต้กระบวนการ Administration Order ในกรณีดังต่อไปนี้

(2.1) Administrator ขาดคุณสมบัติในการกระทำการในฐานะ Insolvency Practitioner แต่ยังคงกระทำการในฐานะเช่นนั้น¹⁵⁷

(2.2) Administrator ไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการดำเนินการต่อไปนี้ โดยไม่มีเหตุอันสมควร

(2.2.1) ส่งดำเนินคำสั่งศาลของบริษัทลูกหนี้ที่อนุญาตให้จำหน่ายทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันแก่นายทะเบียนบริษัท ภายใน 14 วันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งดังกล่าว

¹⁵⁴ Ibid., p.79 see in re Rainbow Chemical Works v. Belvedere Fish Guano Co.,Ltd. (1921) 2 A.C. 465.

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ Insolvency Act 1986, section 20 (2).

¹⁵⁷ Insolvency Act 1986, section 389.

(2.2.2) ส่งสำเนาคำสั่งศาลของบริษัทลูกหนี้ในการบังคับใช้กระบวนการ Administration Order แก่ นายทะเบียนบริษัทและบุคคลที่ระบุในคำสั่งภายใน 14 วันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งดังกล่าว¹⁵⁸

(2.2.3) ส่งสำเนาคำสั่งศาลของบริษัทลูกหนี้ที่ยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงกระบวนการ Administration Order * แก่ นายทะเบียนบริษัทภายใน 14 วันนับแต่วันที่คำสั่งศาลดังกล่าวมีผลบังคับ¹⁵⁹

(2.3) Administrator ขาดคุณสมบัติในการกระทำการเป็นกรรมการบริษัทตาม Company Director Disqualification Act 1986 และศาลมีคำสั่งให้ขาดคุณสมบัติ (disqualification order) แล้วแต่ยังทำหน้าที่ของ Administrator ต่อไป¹⁶⁰

(2.4) Administrator ไม่ทำหน้าที่เกี่ยวกับแผนฟื้นฟูกิจการภายใน 3 เดือนนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่ง Administration Order ในกรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้¹⁶¹

(2.4.1) จัดทำและส่งแผนฟื้นฟูกิจการต่อนายทะเบียนบริษัท และเจ้าหน้าที่ทั้งหมดเท่าที่ทราบที่อยู่

(2.4.2) จัดทำสำเนารายการของแผนฟื้นฟูกิจการก่อนการประชุมเจ้าหนี้

(2.4.3) ส่งสำเนารายการของแผนฟื้นฟูกิจการไปยังสมาชิกของบริษัทลูกหนี้ หรือ เจ้าหนี้ที่อยู่ซึ่งสมาชิกเหล่านั้นจะเขียนติดต่อมาเพื่อขอรับแผนโดยปราศจากค่าธรรมเนียม

(2.5) Administrator ไม่ส่งรายการย่อของการรับและจ่ายเงินของบริษัทลูกหนี้ต่อศาลนายทะเบียนบริษัทหรือเจ้าหนี้¹⁶²

¹⁵⁸ Insolvency Act 1986, section 21(3).

* ศาลอาจยกเลิกคำสั่ง Administration Order ได้ใน 3 กรณีคือ

- 1) Administrator มีคำขอให้ศาลยกเลิก เมื่อวัตถุประสงค์ของกระบวนการบรรลุแล้ว (section 18)
- 2) ที่ประชุมเจ้าหนี้ปฏิเสธการให้ความเห็นชอบแผนฟื้นฟูกิจการ (section 24)
- 3) เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของเจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสีย (section 27).

¹⁵⁹ Insolvency Act 1986, section 18 (5), section 24 (7) and section 27 (6).

¹⁶⁰ Company Directors Disqualification Act 1986, section 13.

¹⁶¹ Insolvency Act 1986, section 23.

¹⁶² Insolvency Rules 1986, regulation 2.52.

2.2 อำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

ในส่วนนี้จะกล่าวถึงหลักการเบื้องต้นของกระบวนการฟื้นฟูกิจการและผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการและหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับอำนาจ หน้าที่ ความรับผิดชอบและบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

อนึ่ง กฎหมายฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดให้มีสถานะของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการไว้เป็นการเฉพาะ แต่เปิดโอกาสให้ลูกหนี้มีสิทธิที่ดีกว่าในการเสนอแผนฟื้นฟูกิจการก่อนผู้มีส่วนได้เสียฝ่ายอื่นๆ¹⁶³ ผู้ที่จัดทำและมีสิทธิเสนอแผนฟื้นฟูกิจการก็คือ ลูกหนี้ ทรัสต์ หรือผู้มีส่วนได้เสียหรือเกี่ยวข้องในคดี ดังนั้นผู้ที่มีสถานะทางกฎหมายเทียบเคียงกับผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการของไทยจึงมีความหมายถึง ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ(debtor in possession) และทรัสต์(trustee)* ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจและหน้าที่ในการจัดการทรัพย์สินและกิจการของลูกหนี้

2.2.1 ความเบื้องต้นเกี่ยวกับกระบวนการฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกา

การดำเนินการฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกาอยู่ภายใต้Chapter 11** แห่ง Bankruptcy Code บทบัญญัติในกฎหมายฉบับนี้มีลักษณะเป็นการเปิดโอกาสให้แก่ลูกหนี้ในการเริ่มต้นชีวิตใหม่ในทางการดำเนินธุรกิจ โดยหลักการสำคัญของกระบวนการฟื้นฟูกิจการดังกล่าวอยู่ที่การใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อเอื้อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการโดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้ลูกหนี้ได้มีช่วงเวลาในการดำเนินการเพื่อจัดการแก้ไขปัญหาของกิจการ อันได้แก่ปัญหาภาระหนี้สิน ปัญหาเกี่ยวกับทุนในการดำเนินกิจการ ปัญหาที่เกี่ยวกับการบริหารกิจการและการจัดการทรัพย์สิน รวมถึงปัญหาอื่นที่ทำให้กิจการของลูกหนี้อยู่ในภาวะขาดทุนและส่งผลกระทบต่อความสามารถในการชำระหนี้ ดังนั้นในช่วงระยะเวลาดังกล่าวนับตั้งแต่กระบวนการฟื้นฟูกิจการเริ่มต้นขึ้น การใช้มาตรการทางกฎหมายในการเข้ามาแก้ไขปัญหาและส่งเสริมการฟื้นฟูกิจการจึงมีความสำคัญอย่างยิ่ง โดยการดำเนินกระบวนการภายใต้Chapter 11 นั้น ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการถือว่ามิบทบาทและหน้าที่ที่สำคัญต่อการฟื้นฟูกิจการอย่างยิ่ง กลไกของกฎหมายในการกำหนดสิทธิ อำนาจ และหน้าที่ต่างๆ

¹⁶³ 11 U.S.C., section 1121.

* ต่อไปจะเรียกทั้ง 2 กรณีรวมกันว่า “ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ”.

** ต่อไปจะเรียกกระบวนการฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกาในหมวดที่ 11 ของUnited States Code ในส่วนกฎหมายฟื้นฟูกิจการว่า “Chapter11”.

ของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการตลอดจนกลไกการตรวจสอบในการดำเนินการดังกล่าวของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ จึงเป็นปัจจัยผลักดันที่สำคัญต่อความสำเร็จในการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้

(1) หลักเกณฑ์การเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ

การเริ่มต้นคดีฟื้นฟูกิจการภายใต้ Chapter 11 กระทำได้ 3 กรณีคือ

1) การยื่นคำขอโดยสมัครใจ (voluntary petition) เป็นการยื่นคำขอโดยลูกหนี้ซึ่งจะต้องไม่ใช่หน้าร้านค้า ห้างร้าน หรือบริษัทประกัน โดยลูกหนี้ที่นั้นอาจมีสถานะเป็นบุคคลธรรมดา ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท¹⁶⁴ โดยคำขอดังกล่าวถือเป็นการขอคำสั่งศาลเพื่อบรรเทา (order for relief) ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับกิจการตนเอง โดยลูกหนี้จะไม่ถูกห้ามมิให้ดำเนินกิจการหรือจัดการทรัพย์สินของตนเองเมื่อมีการยื่นคำขอโดยสมัครใจแล้ว¹⁶⁵ โดยการยื่นขอฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้โดยสมัครใจนั้นลูกหนี้มีสิทธิยื่นขอแม้จะไม่อยู่ในสถานะมีหนี้สินล้นพ้นตัวก็ตาม* ซึ่งคดีส่วนมากศาลจะอนุญาตให้ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้ทันที

2) การยื่นคำขอโดยไม่สมัครใจ (involuntary petition) เป็นการยื่นคำขอโดยเจ้าหนี้หรือกลุ่มของเจ้าหนี้เพื่อบังคับให้ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ โดยลูกหนี้มีสิทธิยื่นคำให้การโต้แย้งคำขอนั้น¹⁶⁶ ซึ่งในกรณีที่ลูกหนี้เป็นชาวนา ครอบครัวชาวนาหรือองค์กรที่ไม่มีวัตถุประสงค์ในการค้าหากำไร เจ้าหนี้จะยื่นขอฟื้นฟูกิจการลูกหนี้เหล่านี้ไม่ได้¹⁶⁷ ซึ่งในการยื่นคำขอประเภทนี้ศาลจะอนุญาตให้ฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงกรณีใดกรณีหนึ่งต่อไปนี้¹⁶⁸

ก. ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ภายในกำหนดเวลาที่ต้องชำระได้ โดยไม่อาจอ้างความสุจริตเพื่อโต้แย้งการชำระหนี้ของตนเองได้

ข. ทรัพย์สินของลูกหนี้ถูกยึดครองหรือมีการตั้งบุคคลเข้าควบคุมทรัพย์สินของลูกหนี้ภายใน 120 วัน ก่อนวันที่ยื่นคำขอให้ฟื้นฟูกิจการ

¹⁶⁴ 11 U.S.C., section 101 (41), section 109 (d).

¹⁶⁵ 11 U.S.C., section 301 (f).

* ลูกหนี้ที่อยู่ในสถานะขาดสภาพคล่องก็สามารถร้องขอเพื่อเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการภายใต้ Chapter

11.

¹⁶⁶ 11 U.S.C., section 301 (d).

¹⁶⁷ 11 U.S.C., section 303 (a).

¹⁶⁸ Stuart E. Hertzberg and Dennis Kayes, "Reorganization under Chapter 11 : Administration",

The Bankruptcy Reform Act Manual, 5th ed. (Illinois :The Commercial Law League of America, 1996) p.7-

5.

ค. มีการเปลี่ยนกระบวนการมาจากChapter 7 หรือChapter 13 เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการภายใต้Chapter 11¹⁶⁹ โดยการร้องขอของลูกหนี้หรือผู้มีส่วนได้ในคดี¹⁷⁰ หรือ United State Trustee

ผลของการเริ่มต้นกระบวนการฟื้นฟูกิจการภายใต้Chapter 11 ทำให้กองทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย โดยถือว่ากองทรัพย์สินของลูกหนี้แยกต่างหากจากตัวลูกหนี้ซึ่งในกรณีของลูกหนี้ที่ประกอบกิจการค้าในรูปของบริษัทซึ่งมีธุรกิจที่ดำเนินกิจการอยู่ ทรัพย์สินในกิจการทั้งหลายที่เป็นของบริษัทลูกหนี้ก็จะเป็นกองทรัพย์สิน(estate) ที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย และในการนี้ยังมีมาตรการทางกฎหมายเพื่อเข้ามาคุ้มครองกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ในช่วงระยะเวลาหนึ่งเพื่อไม่ให้มีการฟ้องคดีหรือบังคับตามสิทธิใดๆ ต่อกองทรัพย์สินของลูกหนี้ อันจะเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งเรียกว่า กระบวนการพักบังคับชำระหนี้(automatic stay)¹⁷¹

เมื่อผลทางกฎหมายทำให้เกิดการควบคุมและคุ้มครองกองทรัพย์สินและกิจการของลูกหนี้ จึงจำเป็นจะต้องมีตัวแทนในการดำเนินการบริหารจัดการกองทรัพย์สินของลูกหนี้ตลอดจนการจัดทำแผนการฟื้นฟูกิจการ(Reorganization Plan) ในนามของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งการดำเนินการกระบวนการฟื้นฟูกิจการนั้นแตกต่างจากการฟ้องคดีโดยทั่วไป เนื่องจากการดำเนินการฟื้นฟูกิจการเป็นขั้นตอนหรือกระบวนการทางกฎหมายจะต้องมีการดำเนินการเพื่อรักษาผลประโยชน์ของผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายไม่ว่าจะเป็นเจ้าหนี้ ลูกหนี้ คนงานของกิจการ ตลอดจนประชาชนเจ้าของเงินออม ดังนั้นผลแพ้ชนะของคดีจึงไม่ใช่เป้าหมายหลักของการฟื้นฟูกิจการแต่การประสานประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียทุกคน โดยการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับภาระหนี้สินและการรักษาองค์กรธุรกิจในส่วนของการสร้างผลิตผลของสังคม(save an entity as a representative ingredient of the society) จึงเป็นวัตถุประสงค์หลักของการฟื้นฟูกิจการภายใต้ Chapter 11

(2) ผลของคำสั่งศาลในการบังคับใช้กระบวนการฟื้นฟูกิจการภายใต้Chapter 11

ผลของการเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการภายใต้Chapter 11 คือการรักษาอำนาจของการบริหารจัดการทรัพย์สินและกิจการของลูกหนี้เอาไว้ โดยมีบุคคลเข้ามาดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการเพื่อให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากสภาพปัญหาทางการเงิน

¹⁶⁹ 11 U.S.C., section 706 (a).

¹⁷⁰ 11 U.S.C., section 706 (b).

¹⁷¹ 11 U.S.C., section 362.

ผลของChapter 11 ที่ยึดถือในระบบที่เปิดโอกาสให้ลูกหนี้เข้ามาดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ได้ทำให้การกำหนดให้โครงสร้างของกระบวนการฟื้นฟูกิจการภายใต้Chapter 11 นั้นมุ่งไปที่การกำหนดมาตรการในการควบคุมดูแล(supervise) และกระบวนการตรวจสอบผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการอย่างเคร่งครัด

(3) หลักการเบื้องต้นของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

(3.1) หลักการเบื้องต้นของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ(Debtor in Possession)

การดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการภายใต้ Chapter 11 มีการวางแนวทางให้มีบุคคลที่มีความรู้ในธุรกิจที่กำลังดำเนินอยู่เข้ามามีบทบาทในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการโดยกำหนดให้บุคคลที่เรียกว่า ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ หรือ Debtor in Possession เข้ามาดำเนินการกระบวนการฟื้นฟูกิจการ โดยมีความเชื่อว่าลูกหนี้เป็นผู้เข้าใจสภาพปัญหาและสภาพธุรกิจของตนเองได้ดีที่สุด การที่กิจการของลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ ลูกหนี้จึงเป็นผู้ที่มีความเหมาะสมที่สุดในการที่จะเข้ามามีบทบาทสำคัญในการแก้ไขปัญหาของกิจการตนเอง ทั้งในด้านการรักษาผลประโยชน์ของผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ด้านการรักษากิจการของตนเองให้อยู่รอดและการจัดสรรการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย โดยอุปมาเปรียบประโยชน์ของการที่ให้ลูกหนี้ยังคงมีอำนาจในการดำเนินกิจการของตนเองต่อไปภายใต้กระบวนการฟื้นฟูกิจการว่าเป็นการไม่เปลี่ยนแปลงแม่ทัพกลางศึกสงคราม (not to change generals in the middle of a battle for survival)¹⁷² ซึ่งเป็นการให้โอกาสแก่ผู้ที่เผชิญปัญหาได้มีโอกาสแก้ไขปัญหาของตนเอง

ผลของการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการจะทำให้เกิดกองทรัพย์สินของลูกหนี้ (estate) ตามกฎหมายขึ้น ซึ่งผลทางกฎหมายที่ตามมาคือจะต้องมีการแต่งตั้งบุคคลเข้ามาบริหารจัดการกองทรัพย์สินดังกล่าวเช่นเดียวกับกรณีการยื่นคำร้องขอเพื่อชำระบัญชีภายใต้Chapter 7 แต่ข้อแตกต่างของการดำเนินการฟื้นฟูกิจการภายใต้Chapter 11 คือ การเปิดโอกาสให้ลูกหนี้เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการและเป็นตัวแทนกองทรัพย์สินของลูกหนี้(representative of estate) ในฐานะของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ(debtor in possession) อย่างไรก็ตามมิใช่ว่าการแต่งตั้งบุคคลภายนอกเข้ามาดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะกระทำมิได้ แต่การแต่งตั้งบุคคลภายนอกเข้ามาดำเนินการฟื้นฟูกิจการในลักษณะของทรัสต์(trustee) หรือ ทรัสต์อิสระ(independent trustee) จะต้องเข้ากรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดไว้ โดย

¹⁷² Richard I. Aaron, *Bankruptcy Law Fundamentals*. p.4-11.

เป็นข้อยกเว้นนั่นคือ จะต้องมีเหตุตามกฎหมาย¹⁷³ ทรัสต์จึงจะเข้ามาทำหน้าที่ในฐานะของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

(3.2) หลักการเบื้องต้นของทรัสต์ (trustee)

ภายใต้ Bankruptcy Code การแต่งตั้งทรัสต์อาจเกิดขึ้นภายใต้กระบวนการต่าง ๆ ของแต่ละหมวดภายใต้ Chapter 11 การแต่งตั้งทรัสต์ถือเป็นทางเลือกอีกกรณีหนึ่งนอกเหนือจากกรณีของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ แต่ทั้งนี้การแต่งตั้งทรัสต์จะต้องเป็นไปตามกรณีหรือเหตุที่กฎหมายกำหนด สำหรับแนวคิดในการแต่งตั้งคนกลางเข้ามาดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้น เริ่มต้นมาตั้งแต่กฎหมายล้มละลายฉบับเดิม (Superseded Bankruptcy Act) จนกระทั่งพัฒนามาเป็นข้อสรุปเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ ของการแต่งตั้งทรัสต์ภายใต้กฎหมายฉบับปัจจุบัน¹⁷⁴ โดยรากฐานของการแต่งตั้งทรัสต์อิสระ (independent trustee) นั้นอยู่ที่การกำหนดหรือจำกัดเหตุและกรณีของข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่าจะต้องมีกรณีของการฉ้อฉล (fraud) การจัดการที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรง (gross mismanagement) และข้อเท็จจริงในทำนองเดียวกัน จึงจะมีการแต่งตั้งทรัสต์ (trustee) ขึ้นได้ตามกฎหมาย ดังนั้นภายใต้ Chapter 11 ทรัสต์จึงเป็นทางเลือกอีกกรณีหนึ่งหรือเป็นข้อยกเว้นของการให้ลูกหนี้เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งแนวคิดหลักของการแต่งตั้งทรัสต์ภายใต้กระบวนการฟื้นฟูกิจการที่สำคัญก็คือ การจัดให้มีคนกลางหรือผู้ที่ไม่ได้มีส่วนได้เสีย (disinterested)¹⁷⁵ ในกิจการของลูกหนี้เข้ามาดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ดังนั้นผู้ที่มีประโยชน์หรือมีส่วนได้เสียโดยตรงจากการดำเนินการฟื้นฟูกิจการเช่น ผู้ถือหุ้น ศาลจะไม่แต่งตั้งบุคคลดังกล่าวเพื่อเข้ามาทำหน้าที่ของทรัสต์ แต่ทรัสต์จะต้องมีความเป็นอิสระและเป็นกลางในการทำหน้าที่ของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

ภายหลังจากที่ได้มีการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการ ภายใต้ Chapter 11 และหากในคดีนั้นมีการยื่นคำร้องเพื่อแต่งตั้งทรัสต์และศาลมีคำสั่งอนุญาต ทรัสต์จะเข้ามามีบทบาทในการฟื้นฟูกิจการ โดยการเข้ามาจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ โดยถือเป็นตัวแทนของทรัพย์สินของลูกหนี้ (estate) โดยการกำหนดให้ทรัสต์เข้ามามีบทบาทในการฟื้นฟูกิจการนี้ถือเป็นการนำมาตรการที่ใช้ในหมวดอื่นๆ มาใช้ นั่นคือ ทรัสต์จะถูกแต่งตั้งภายใต้ Chapter 7 Chapter 12 และ Chapter 13 เสมอ และอาจถูกร้องขอเพื่อแต่งตั้งขึ้นตาม Chapter 9 และ Chapter 11 ว่าด้วยการฟื้นฟูกิจการนี้ โดยในแต่ละหมวดก็จะมีข้อกำหนดอำนาจหน้าที่โดยเฉพาะของทรัสต์แตกต่างกันไป แต่ทรัสต์ก็ยังมี

¹⁷³ 11 Richard I. Aaron, *Bankruptcy Law Fundamentals*, p.4-11.

¹⁷⁴ 11 U.S.C., section 1104.

¹⁷⁵ 11 U.S.C., section 1104 (c).

แนวคิดหลักร่วมกันในเรื่องการนำเอาคนกลางที่ไม่มีผลประโยชน์ได้เสียในธุรกิจหรือบริษัทของลูกหนี้ที่มีการดำเนินการฟื้นฟูกิจการ เข้ามาดูแลจัดการทรัพย์สินและกิจการที่เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ อย่างไรก็ตามภายใต้ Chapter 11 นี้ ทรัสต์ถือเป็นผู้ที่มีความสำคัญต่อการดำเนินการฟื้นฟูกิจการ เนื่องจากทรัสต์จะต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถในทางธุรกิจ(business skills) เพื่อที่จะดำเนินการและจัดการทรัพย์สินในช่วงเวลาที่มีการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งในการที่กฎหมายเปิดโอกาสให้มีผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนอกเหนือจากตัวลูกหนี้ นั้นถือเป็นข้อดีของการแต่งตั้งทรัสต์ นั่นคือเป็นการสร้างทางเลือกในการคัดเลือกผู้เข้ามาทำหน้าที่ในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการ และหาบุคคลที่เหมาะสมที่สุดในการทำหน้าที่ดังกล่าว ตัวอย่างเช่น ในกรณีของการแต่งตั้งประธานบริหารของกิจการอื่นแห่งหนึ่งเข้ามาเป็นทรัสต์ ทำให้บุคคลดังกล่าวมีประสบการณ์และคุณสมบัติที่ดีในการเข้ามาดำเนินการกระบวนการฟื้นฟูกิจการในภาวะที่กำลังประสบปัญหา¹⁷⁶ ให้สามารถแก้ไขปัญหาของกิจการให้ลุล่วงไปได้

2.2.2 คุณสมบัติของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

ในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการภายใต้Chapter 11 อาจมีการแต่งตั้งผู้เข้ามาดำเนินการฟื้นฟูกิจการได้ 2 กรณีคือ ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ(debtor in possession) และทรัสต์(trustee) ซึ่งทั้ง 2 กรณีก็มีที่มาหรือเหตุของการแต่งตั้งที่แตกต่างกันออกไป สำหรับในกรณีของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้นกฎหมายกล่าวไว้ว่าหมายถึงตัวลูกหนี้ในคดีฟื้นฟูกิจการนั้น เว้นเสียแต่จะมีบุคคลผู้มีความสมบัติตามมาตรา 322 ของหมวดนี้ เข้ามาทำหน้าที่ในฐานะของทรัสต์ในคดี¹⁷⁷ จะเห็นได้ว่าการกำหนดให้ลูกหนี้มีฐานะทางกฎหมายในการเป็นลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ กฎหมายไม่ได้กำหนดคุณสมบัติโดยเฉพาะเอาไว้ซึ่งแตกต่างกับกรณีของทรัสต์ ซึ่งเป็นคนกลางเข้ามาดูแลจัดการทรัพย์สินและกิจการของลูกหนี้ได้มีบทบัญญัติกำหนดการมีสิทธิที่จะได้รับเลือกและคุณสมบัติเอาไว้เป็นการเฉพาะ เหตุผลที่กฎหมายไม่กำหนดคุณสมบัติของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ก็เป็นไปตามความมุ่งหมายของกฎหมายที่ส่งเสริมให้ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการเพื่อมีโอกาสได้แก้ไขปัญหาทางธุรกิจของตนเอง ภายใต้การส่งเสริมของมาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่ และเปิดโอกาสให้ลูกหนี้เดิมซึ่งมีความคุ้นเคยกับกิจการของตนเองเข้ามาดำเนินการฟื้นฟูกิจการอันจะทำให้การฟื้นฟูกิจการมีโอกาสบรรลุผลสำเร็จมากยิ่งขึ้น ดังนั้นการจำกัดโอกาสหรือการกำหนดคุณสมบัติของลูกหนี้ในการเข้ามาดำเนินการฟื้นฟูกิจการจึงไม่ใช่วัตถุประสงค์หลักของChapter 11 ในทางตรงข้ามการให้บุคคล

¹⁷⁶ Daniel R. Cowans, *Cowans Bankruptcy Law and Practice Volume 3*, 9th ed.(U.S.A. : West Publishing, 1987), p.302.

¹⁷⁷ 11 U.S.C.,section 1101 (1).

ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกเข้ามาดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้น กฎหมายได้วางข้อจำกัดหรือกำหนดคุณสมบัติของบุคคลดังกล่าวไว้

ซึ่งในการคัดเลือกบุคคลผู้มีคุณสมบัติในการกระทำการในฐานะของทรัสต์นั้น กฎหมายได้วางระบบของการคัดเลือกผู้ที่เข้ามาทำหน้าที่ในฐานะของทรัสต์จะมีหลักที่สำคัญสรุปได้ 2 ประการคือ¹⁷⁸

1) ศาลจะเป็นผู้พิจารณาว่าในกรณีของคดีฟื้นฟูกิจการนั้นสมควรที่จะมีการแต่งตั้งทรัสต์หรือไม่

2) United States Trustee จะเป็นผู้วางระบบการคัดเลือกบุคคลที่มีความเหมาะสมในการทำหน้าที่ในฐานะของทรัสต์ ซึ่งระบบดังกล่าวจะครอบคลุมคดีฟื้นฟูกิจการที่เกิดขึ้นในทุกรัฐ

นอกจากทรัสต์จะถูกคัดเลือกโดยกฎเกณฑ์การกำหนดคุณสมบัติเป็นการเฉพาะของ United States Trustee แล้ว Chapter 11 ได้กำหนดคุณสมบัติของทรัสต์เอาไว้ว่าจะต้องยื่นหลักประกัน (bond) ต่อศาลภายในเวลา 5 วันก่อนที่บุคคลนั้นได้รับคัดเลือกหรือก่อนเวลาเริ่มต้นปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย เพื่อประโยชน์แห่งสหรัฐอเมริกาในการเข้ามาปฏิบัติงานด้วยความซื่อสัตย์ ในการทำหน้าที่ตามกฎหมายดังกล่าว¹⁷⁹

การกำหนดให้ทรัสต์ยื่นหลักประกัน(bond) เพื่อจะได้มีคุณสมบัติครบถ้วนในการทำหน้าที่ตามกฎหมายนั้น ยังเป็นการประกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นในรวมไปถึงในการทำหน้าที่ของทรัสต์ที่บางครั้งอาจทำให้เกิดข้อพิพาทหรือมีการฟ้องร้อง(lawsuit) ต่อทรัสต์ซึ่งเกี่ยวพันการทำหน้าที่ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการนั้น ดังนั้นจึงอาจมีการชดใช้ด้วยหลักประกันดังกล่าว¹⁸⁰

นอกจากนี้ United States Trustee ยังมีอำนาจในการร้องขอเพื่อแต่งตั้งทรัสต์ และหน้าที่ในการกำหนดจำนวนของหลักประกันที่ทรัสต์จะต้องยื่นต่อศาล หรือพิจารณาว่าหลักประกันที่ยื่นมานั้น พอเพียงพอต่อการประกันหรือความรับผิดชอบที่อาจเกิดขึ้นหรือไม่¹⁸¹ นอกจากนี้ยังเป็นผู้พิจารณาว่าทรัสต์จะไม่ต้องรับผิดชอบหรือไม่ต้องชดใช้ด้วยหลักประกันในข้อหาหรือค่าปรับที่ลูกหนี้เป็นผู้ก่อให้เกิด¹⁸²

¹⁷⁸ 11 U.S.C., section 1104.

¹⁷⁹ 11 U.S.C.,section 322 (a).

¹⁸⁰ Carl Felsenfeld, *Bankruptcy*, p.62.

¹⁸¹ 11 U.S.C.,section 322 (a) (b).

¹⁸² 11 U.S.C.,section 322 (c).

บุคคลที่สามารถทำหน้าที่ในฐานะทรัสต์ได้นั้นแยกได้ 2 กรณี กรณีแรกคือ บุคคลธรรมดา สามารถเป็นทรัสต์ได้เมื่อมีความสามารถในการทำหน้าที่ในฐานะทรัสต์และมีถิ่นที่อยู่หรือมีสำนักงานในเขตอำนาจศาลที่คตินั้นพิจารณาอยู่หรือในเขตที่ติดต่อกัน กรณีที่สองคือ บริษัท ซึ่งได้รับอำนาจจากข้อบัญญัติ(Charter) ของบริษัทนั้น หรือโดยกฎหมายกำหนดให้ทำหน้าที่ในฐานะทรัสต์ และมีสำนักงานตั้งอยู่อย่างน้อยหนึ่งแห่งในเขตอำนาจศาลที่คตินั้นพิจารณาอยู่หรือในเขตที่ติดต่อกัน¹⁸³ อย่างไรก็ตามโดยหลักการในการแต่งตั้งทรัสต์แล้ว ทรัสต์จะต้องไม่มีประโยชน์ส่วนตัวกับกิจการที่เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ

2.2.3 หลักเกณฑ์การแต่งตั้งผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

Chapter 11 ได้วางหลักเกณฑ์การแต่งตั้งผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการเอาไว้ ดังต่อไปนี้

2.2.3.1 การกำหนดที่มาของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

โดยผลของการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการจะทำให้เกิดกองทรัพย์สิน(estate) ของลูกหนี้แยกต่างหากจากตัวลูกหนี้ ซึ่งผลทางกฎหมายคือจะต้องมีการแต่งตั้งบุคคลเข้ามาบริหารจัดการกองทรัพย์สินดังกล่าวเช่นเดียวกับกรณีการยื่นคำร้องขอเพื่อชำระบัญชีภายใต้ Chapter 7 แต่ข้อแตกต่างของการของดำเนินการฟื้นฟูกิจการภายใต้ Chapter 11 คือ การเปิดโอกาสให้ลูกหนี้เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการและเป็นตัวแทนกองทรัพย์สินของลูกหนี้(representative of estate) ในฐานะของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ(debtor in possession) ดังนั้นจึงเป็นผลให้ลูกหนี้มีโอกาสในการบริหารกิจการตนเองต่อไปและมีโอกาสในการแก้ไขปัญหาของกิจการ อย่างไรก็ตามมิใช่ว่าการแต่งตั้งบุคคลภายนอกเข้ามาดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะกระทำมิได้ แต่การแต่งตั้งบุคคลภายนอกเข้ามาดำเนินการฟื้นฟูกิจการในลักษณะของทรัสต์ (trustee) หรือทรัสต์อิสระ(independent trustee) จะต้องเข้ากรณีที่ถูกกฎหมายกำหนดไว้ โดยเป็นข้อยกเว้นนั่นคือลูกหนี้กระทำการฉ้อฉล ทุจริต ไม่มีความสามารถหรือจัดการผิดพลาดอย่างร้ายแรงต่อกิจการของลูกหนี้¹⁸⁴ ทรัสต์จึงจะเข้ามาทำหน้าที่ในฐานะของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ



¹⁸³ 11 U.S.C., section 321.

¹⁸⁴ 11 Richard I. Aaron, Bankruptcy Law Fundamentals, p.4-11, cited in 11 U.S.C., section 1104.

2.2.3.2 กระบวนการคัดเลือกผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

(1) การแต่งตั้งลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

การแต่งตั้งลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ(debtor in possession) นั้นเกิดขึ้นโดยผลของการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการ ดังนั้นการเริ่มต้นคดีฟื้นฟูกิจการภายใต้Chapter 11 นั้น โดยหลักผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะเป็นตัวลูกหนี้ที่ถูกร้องขอให้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการนั่นเอง

อย่างไรก็ดีผลของการที่ลูกหนี้มีสถานะเป็นลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้น ไม่เพียงมีที่มาจากกรณียื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการเท่านั้น แต่อาจเกิดจากกรณีที่กิจการของลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการในหมวดอื่นของBankruptcy Code แล้วคดีนั้นได้เปลี่ยนมาเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการภายใต้Chapter 11 ผลทางกฎหมายดังกล่าวย่อมทำให้ลูกหนี้ที่ถูกดำเนินการตามหมวดอื่นนั้นมิฐานะเป็นลูกหนี้ผู้ดำเนินการไปโดยทันที แม้ว่าการดำเนินคดีในหมวดอื่นนั้นจะได้มีการแต่งตั้งทรัสต์เพื่อควบคุมดูแลทรัพย์สินและกิจการของลูกหนี้มาแล้วก็ตาม ผลดังกล่าวก็ทำให้การแต่งตั้งทรัสต์แต่เดิมนั้นสิ้นผลลงไปโดยปริยาย¹⁸⁵ นั่นคือ หมายความว่าหากจะมีการแต่งตั้งทรัสต์เพื่อเข้ามาดำเนินการฟื้นฟูกิจการต่อไปก็ต้องมีการร้องขอโดยอาศัยเหตุภายใต้ Chapter 11¹⁸⁶ นี้เท่านั้น

ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า สถานะของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้นเกิดขึ้นโดยอัตโนมัติเมื่อมีการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการ แต่ศาลยังคงมีอำนาจในการมีคำสั่งเป็นอย่างอื่นได้ ดังนั้นการกำหนดให้คดีนั้นมีลูกหนี้เป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะต้องอยู่ภายใต้การอนุญาตของศาลในการพิจารณารับคำร้องขอฟื้นฟูกิจการ โดยในการพิจารณาของศาลที่จะรับคำร้องขอฟื้นฟูกิจการ ศาลจะพิจารณาถึงประเด็นว่า การทำหน้าที่ของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการว่า จะมีโอกาสขัดแย้งกับหน้าที่เกี่ยวกับความไว้วางใจ(fiduciary) หรือไม่ หรือพิจารณาว่า การทำหน้าที่ของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้นจะมีโอกาสทำให้ลูกหนี้สามารถกลับเข้าไปบริหารกิจการได้ดังเดิมหรือไม่ หากแผนฟื้นฟูกิจการได้รับความเห็นชอบแล้ว¹⁸⁷

(2) การแต่งตั้งทรัสต์

การแต่งตั้งทรัสต์จะเกิดขึ้นโดยการร้องขอจากผู้มีส่วนได้เสียในคดีหรือโดย United State Trustee โดยการร้องขอเพื่อแต่งตั้งทรัสต์ดังกล่าวจะต้องกระทำก่อนที่จะมีการรับรองแผนฟื้นฟูกิจการ ซึ่งตามกฎหมายการแต่งตั้งทรัสต์จะมีผลเมื่อมีคำบอกกล่าวและพิจารณาต่อศาลแล้ว¹⁸⁸

¹⁸⁵ 11 U.S.C.,section 348 (e).

¹⁸⁶ 11 U.S.C.,section 1104.

¹⁸⁷ Daniel R. Cowans, *Cowans Bankruptcy Law and Practice Volume 3*. pp.294-295.

¹⁸⁸ 11 U.S.C., section 1104 (a).

หลักของการที่ศาลจะพิจารณาแต่งตั้งทรัสต์นั้น ศาลจะมีหลักการในการพิจารณาโดยอาศัยเหตุ 2 ประการ นั้นคือ¹⁸⁹

- 1) ลูกหนี้บริหารกิจการและจัดการทรัพย์สินโดยฉ้อฉล ทุจริต ไม่มีความสามารถหรือจัดการผิดพลาดอย่างร้ายแรงหรือมีเหตุทำนองเดียวกัน
- 2) เป็นการแต่งตั้งเพื่อการรักษาประโยชน์ของเจ้าหนี้ทั้งหลาย ผู้ถือหุ้น และกองทรัพย์สินของลูกหนี้

ในกรณีแรก เป็นกรณีที่ลูกหนี้บริหารกิจการหรือจัดการธุรกิจโดยทุจริตหรือก่อให้เกิดความเสียหายโดยพิจารณาจากการกระทำของลูกหนี้ในช่วงเวลาก่อนหรือหลัง และขณะเริ่มต้นคดีฟื้นฟูกิจการและศาลจะไม่พิจารณาถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับจำนวนผู้ถือหลักประกันในทรัพย์สินของลูกหนี้หรือจำนวนทรัพย์สินและความรับผิดชอบของลูกหนี้ สำหรับตัวอย่างในกรณีนี้นั้นเคยมีคดีเกิดขึ้น เป็นกรณีที่ลูกหนี้ดำเนินธุรกิจนอกเหนือจากทางการค้าปกติ(regular course of business) นั้นคือจากเดิมที่ลูกหนี้ดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับการเล่นเรือช่วงฤดูร้อนต่อมาได้เปลี่ยนไปทำในฤดูหนาว ซึ่งผลดังกล่าวศาลได้วินิจฉัยโดยวางหลัก 2 ประการ ประการแรกคือ ลูกหนี้ดำเนินธุรกิจโดยขัดกับกฎหมายในท้องถิ่น ประการที่สอง ลูกหนี้มีความผิดจากการดำเนินธุรกิจผิดพลาด (mismanagement) ผลจากการดำเนินธุรกิจผิดพลาดซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น นั่นคือ ผู้ถือหุ้นรายใหญ่รายหนึ่งในกิจการของลูกหนี้ได้ถอนเงินลงทุนออกจากบริษัทลูกหนี้และโอนเงินนั้นไปยังบริษัทอื่นโดยปราศจากการให้เหตุผลทางธุรกิจในการกระทำดังกล่าว¹⁹⁰ ซึ่งผลในการดำเนินธุรกิจดังกล่าวทำให้กิจการของลูกหนี้เกิดความเสียหายอย่างมาก จึงเป็นกรณีที่ลูกหนี้บริหารกิจการและจัดการทรัพย์สินโดยผิดพลาดอย่างร้ายแรง ที่จะเป็นเหตุให้มีการแต่งตั้งทรัสต์

ในกรณีที่สองนั้น เป็นการแต่งตั้งทรัสต์เพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ทั้งหลาย เพื่อผู้ถือหุ้นชนิดมีหลักประกัน(equity holders of securities) * หรือเพื่อประโยชน์แก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งกฎหมายไม่ได้กำหนดว่าประโยชน์ดังกล่าวต้องมีขึ้นเพื่อผู้ถือหุ้นที่คนหรือกองทรัพย์สินซึ่งประกอบไปด้วยทรัพย์สินและความรับผิดว่าต้องเป็นจำนวนเท่าใด แต่หากลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ซึ่งสมควร

¹⁸⁹ 11 U.S.C., section 1104 (1), section 1104 (2).

¹⁹⁰ In re Sea Queen Kontaratos Lines Ltd., 10 B.R.609, 7 B.C.D.601 (Bkrtcy.D.Me.1981); In re Main Line Motors, Inc., 9 B.R.782, 7 B.C.D. 594 (Bkrtcy.E.D.Pa.1981).

* equity security ประเภทของหุ้นที่สามารถแปรสภาพเป็นหลักประกันได้ ไม่ว่าจะมามีค่าตอบแทนหรือไม่ ซึ่งอยู่ภายใต้ Securities Exchange Act; 15 U.S.C.A.

ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย นั่นคือการส่งรายงานต่อศาล การจัดการประกันภัยเพื่อคุ้มครองกิจการ หรือหน้าที่ที่เกี่ยวกับการบริหารจัดการทรัพย์สินและกิจการกรณีเช่นนี้ก็ถือว่าเป็นกรณีที่สามารรถแต่งตั้งทรัสต์ด้วยเหตุดังกล่าวได้¹⁹¹

ข้อพิจารณาในการแต่งตั้งทรัสต์ของศาลอีกประการหนึ่งคือ การวิเคราะห์เปรียบเทียบผลได้และผลเสีย(cost-benefit analysis) จากการแต่งตั้งทรัสต์ ซึ่งหลักการดังกล่าวศาลนำมาพิจารณาในกรณีที่ความเสี่ยงอาจจะเกิดขึ้นจากการขัดกันของผลประโยชน์(conflict of interest) หากลูกหนี้ยังดำเนินการบริหารกิจการและจัดการทรัพย์สินด้วยตนเองต่อไปในฐานะลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ¹⁹² และนอกจากนี้ยังมีกรณีที่ศาลพิจารณาว่าลูกหนี้ไม่สมควรดำเนินการด้วยตนเองต่อไป เนื่องจากมีการบริหารจัดการกิจการที่ผิดพลาด(mismanagement) แม้จะไม่ได้กระทำการฉ้อฉลหรือทุจริตก็ตาม เนื่องจากศาลเห็นว่าการจัดการบริหารจัดการกิจการที่ผิดพลาดเป็นเครื่องบ่งชี้ถึงความไร้ความสามารถของลูกหนี้ในการบริหารจัดการกิจการของตนเอง¹⁹³

คำขอเพื่อแต่งตั้งทรัสต์อาจถูกเสนอโดยผู้ถือหุ้นซึ่งได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการเจ้าหนี้ เนื่องจากในบางกรณีผู้มีอำนาจจัดการในบริษัทลูกหนี้นั้นขาดความสามารถหรือไม่อาจอุทิศตนในการเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ทั้งหลายได้ หรือในกรณีที่พนักงานบางคนของบริษัทลูกหนี้กระทำความผิด(misconduct) หรือไม่ยอมเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารจัดการกิจการ ในกรณีเช่นนี้ศาลจึงสมควรตั้งคนกลางเข้ามาช่วยดูแลบริหารจัดการทรัพย์สินและกิจการของลูกหนี้และช่วยในการตัดสินใจต่างๆ โดยอาจกำหนดให้มีการแต่งตั้งทรัสต์ให้เข้าไปมีอำนาจลงลายมือชื่อร่วมกับผู้มีอำนาจลงลายมือชื่อเดิมเพื่อช่วยในการตัดสินใจเรื่องต่างๆ โดยถือว่าเป็นที่ปรึกษา(counsel) ของบริษัทลูกหนี้เพื่อให้การฟื้นฟูกิจการบรรลุผลสำเร็จ¹⁹⁴

ในการคัดเลือกบุคคลผู้มีคุณสมบัติในการกระทำการในฐานะของทรัสต์นั้น กฎหมายได้วางระบบของการคัดเลือกผู้ที่เข้ามาทำหน้าที่ในฐานะของทรัสต์จะมีหลักที่สำคัญสรุปได้ 2 ประการคือ¹⁹⁵

¹⁹¹ Daniel R. Cowans, *Cowans Bankruptcy Law and Practice Volume 3*, pp.300-301.

¹⁹² *Ibid.* pp.302-303 see *In re Brown*, 31 B.R.583 (D.D.C.1983).

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ *Ibid.*, p.301.

¹⁹⁵ 11 U.S.C., section 1104.

1) ศาลจะเป็นผู้พิจารณาว่าในกรณีของคดีฟื้นฟูกิจการนั้นสมควรที่จะมีการแต่งตั้งทรัสต์หรือไม่

2) United States Trustee จะเป็นผู้วางระบบการคัดเลือกบุคคลที่มีความเหมาะสมในการทำหน้าที่ในฐานะของทรัสต์ ซึ่งระบบดังกล่าวจะครอบคลุมคดีฟื้นฟูกิจการที่เกิดขึ้นในทุกรัฐ

2.2.4 อำนาจของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

กฎหมายฟื้นฟูกิจการของประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ (debtor in possession) และทรัสต์ (trustee) เข้ามาดูแลจัดการกิจการและทรัพย์สินในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ (estate) โดยมุ่งเน้นไปที่การสร้างระบบการตรวจสอบอำนาจของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการในการจัดการดังกล่าว เนื่องจากกฎหมายมุ่งไปที่การเปิดโอกาสให้ลูกหนี้มีบทบาทในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของตนเองต่อไป โดยผลของการมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการย่อมมีผลทำให้ลูกหนี้ยังคงมีอำนาจในการบริหารกิจการของตนเองและมีอำนาจตามกฎหมายในเรื่องต่างๆ เพื่อให้กิจการฟื้นตัวและบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย แต่หากเป็นกรณีที่ลูกหนี้บริหารกิจการหรือกระทำการโดยทุจริตหรือผิดพลาดก็อาจจะมีการแต่งตั้งทรัสต์ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกเข้ามาเป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการต่อไป

2.2.4.1 อำนาจของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

ภายใต้ Chapter 11 ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการและทรัสต์จะมีอำนาจในเรื่องต่างๆ ในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการ และผลของกฎหมายดังที่กล่าวมาแล้วว่า ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ (debtor in possession) ย่อมมีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการเช่นเดียวกับทรัสต์ (trustee)¹⁹⁶ ขอบเขตอำนาจในการดำเนินการต่างๆ ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการของทรัสต์จึงถูกนำมาใช้กับกรณีของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

อำนาจของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการภายใต้ Chapter 11 นี้มีพื้นฐานมาจากหลัก 2 ประการคือ

- 1) อำนาจทั่วไปของทรัสต์ ที่กฎหมายกำหนดไว้
- 2) อำนาจเฉพาะของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการภายใต้ Chapter 11

จากหลักดังกล่าวจึงเป็นที่มาของการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องอำนาจของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ในกรณีต่างๆ ดังต่อไปนี้

¹⁹⁶ 11 U.S.C., section 1107.

(1) อำนาจในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้และการดำเนินธุรกิจ

ผลของการยื่นคำขอฟื้นฟูกิจการยอมทำให้เกิดกองทรัพย์สินของลูกหนี้(estate) ขึ้น และได้รับการคุ้มครองโดยผลของการพักบังคับชำระหนี้(automatic stay) ซึ่งกองทรัพย์สินดังกล่าวจะถูกควบคุมและจัดการโดยลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการหรือทรัสต์ซึ่งศาลมีคำสั่งแต่งตั้งในช่วงเวลาของการฟื้นฟูกิจการ

นอกจากนี้Chapter 11 ยังได้กำหนดให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีอำนาจในการดำเนินธุรกิจ(operating a business) ซึ่งถือเป็นมาตรการที่สำคัญประการหนึ่งของกระบวนการฟื้นฟูกิจการที่แตกต่างจากหมวดอื่นๆ เนื่องจากเป็นการช่วยเหลือกิจการของลูกหนี้ให้สามารถดำเนินต่อไปในระยะยาว(ongoing business) แต่กระบวนการในหมวดอื่นๆ เช่นChapter 7 จะให้อำนาจในการดำเนินธุรกิจของลูกหนี้ในช่วงสั้นๆ เพื่อเข้าสู่กระบวนการชำระบัญชี(liquidation) เท่านั้น¹⁹⁷

อำนาจในการดำเนินธุรกิจของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการแม้จะเกิดขึ้นโดยอัตโนมัติเมื่อศาลมีคำสั่งแต่งตั้งแต่จะต้องอยู่ภายใต้คำสั่งของศาลซึ่งผู้มีส่วนได้เสียอาจร้องขอต่อศาลมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งเกี่ยวกับการจัดการธุรกิจของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ โดยศาลต้องแจ้งและพิจารณาการร้องขอนั้นเสียก่อน¹⁹⁸ ศาลจึงอาจมีคำสั่งใดๆ ที่เป็นการจำกัดอำนาจของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ เช่น ระงับการดำเนินธุรกิจของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการและให้มีอำนาจเฉพาะการดำเนินการตามแผนฟื้นฟูกิจการเท่านั้น¹⁹⁹ โดยมุ่งไปที่การทำให้เกิดความสมดุลในผลประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสีย ทั้งการกำหนดมาตรการช่วยเหลือกิจการของลูกหนี้และการกำหนดสิทธิของผู้มีส่วนได้เสียในหลักทรัพย์ประกัน(collateral) และเจ้าหนี้นี้มีประกันให้ได้รับการพิจารณาที่รวดเร็วซึ่งกำหนดออกมาเป็นโครงสร้างอำนาจของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการในกรณีต่างๆ

ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีอำนาจจัดการกองทรัพย์สินของลูกหนี้อย่างกว้างขวาง ภายใต้มาตรการพักบังคับชำระหนี้(automatic stay) ซึ่งเป็นการคุ้มครองกองทรัพย์สินของลูกหนี้ เพื่อป้องกันการบังคับสิทธิของเจ้าหนี้และเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการ อย่างไรก็ตามศาลอาจมีคำสั่งบรรเทาความเสียหายจากการพักบังคับชำระหนี้ได้ เมื่อเจ้าหนี้นี้มีประกันหรือผู้มีส่วนได้เสียยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อมีคำสั่งบรรเทาความเสียหายหรือคุ้มครองสิทธิของผู้ร้องอย่างเพียงพอได้²⁰⁰ ซึ่งเป็นผล

¹⁹⁷ Carl Felsenfeld, *Bankruptcy*, p.97.

¹⁹⁸ 11 U.S.C., section 1108.

¹⁹⁹ John T. Roache, *The Fiduciary Obligations of a Debtor in Possession*, p.4.

²⁰⁰ 11 U.S.C., section 362 (e).

ในการจำกัดอำนาจหรือกำหนดหน้าที่บางประการแก่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ โดยศาลอาจมีคำสั่งบรรเทาความเสียหายจากมาตรการพักบังคับชำระหนี้ได้ 3 กรณีคือ

(1.1) การคุ้มครองสิทธิอย่างเพียงพอ (adequate protection)²⁰¹

ศาลอาจมีคำสั่งคุ้มครองสิทธิของผู้ร้องอย่างเพียงพอ โดยการกำหนดมาตรการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ ซึ่งรวมถึงการกำหนดให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการชดใช้เงินหรือกำหนดช่วงเวลาการชดใช้เงินต่อการเสื่อมค่าในทรัพย์สิน ในขณะที่ลูกหนี้ยังคงใช้ทรัพย์สินนั้น หรือกำหนดให้มีการให้หลักประกันเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าหนี้รวมถึงการมีคำสั่งใดๆ เป็นการบรรเทาความเสียหาย²⁰² โดยหากมีการกำหนดค่าเสียหายใดๆ แก่ผู้ร้องให้ถือเป็นค่าใช้จ่ายในการบริหาร(administrative expense) ในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ

(1.2) ลูกหนี้ไม่มีสิทธิในทรัพย์สินและทรัพย์สินไม่มีความจำเป็นในการฟื้นฟูกิจการ²⁰³

ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่มีสิทธิในหลักประกันหรือหลักประกันนั้นมีค่าน้อยกว่ามูลหนี้ ดังนั้นลูกหนี้จึงไม่มีความจำเป็นที่จะครอบครองทรัพย์สินนั้น²⁰⁴ รวมถึงกรณีอื่นๆ ที่ลูกหนี้ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องครอบครองทรัพย์สินนั้นไว้ กรณีเช่นนี้ศาลอาจมีคำสั่งบรรเทาความเสียหายจากมาตรการพักบังคับชำระหนี้โดยการกำหนดให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการคืนทรัพย์สินบางอย่างแก่เจ้าหนี้หรือผู้ร้องขอ ดังนั้นทรัพย์สินดังกล่าวจึงไม่อยู่ภายใต้มาตรการพักบังคับชำระหนี้และอำนาจในการบริหารจัดการของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการอีกต่อไป

(1.3) ลูกหนี้ประกอบกิจการอสังหาริมทรัพย์ขนาดเล็ก²⁰⁵

ในกรณีที่ลูกหนี้มีรายได้ส่วนใหญ่มาจากอสังหาริมทรัพย์ตั้งแต่ 3 หน่วยลงมาและวงเงินจำนวนอสังหาริมทรัพย์นั้นไม่เกิน 4 ล้านเหรียญสหรัฐและลูกหนี้ไม่จัดทำและยื่นแผนฟื้นฟูกิจการภายใน 90 วัน หลังจากศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการหรือลูกหนี้ไม่ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้มีประกันในอสังหาริมทรัพย์เป็นงวดๆ ทุกเดือน ศาลอาจมีคำสั่งใดๆ อันเป็นการบรรเทาความเสียหายจากมาตรการพักบังคับชำระหนี้ได้²⁰⁶ ซึ่งกรณีดังกล่าวหากศาลยกเลิกมาตรการพักบังคับชำระหนี้ในทรัพย์สิน

²⁰¹ 11 U.S.C., section 361.

²⁰² Carl Felsenfeld, *Bankruptcy*, p.178.

²⁰³ 11 U.S.C., section 362 (d) (1)-(2).

²⁰⁴ Carl Felsenfeld, *Bankruptcy*, p. 179.

²⁰⁵ 11 U.S.C., section 362 (d) (3).

²⁰⁶ *Ibid.*

ส่วนใด อำนาจของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการในส่วนนั้นก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองจากมาตรการพักบังคับชำระหนี้เจ้าหนี้มีประกันจึงอาจบังคับเอาสิ่งหาริมทรัพย์เพื่อชำระหนี้ได้

อำนาจในการจัดการกองทรัพย์สินและดำเนินธุรกิจของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการภายใต้ Chapter 11 นั้น อาจมีที่มาจากข้อกำหนดอำนาจทั่วไปของทรัสต์ ซึ่งมีอำนาจในการบริหาร (administrative powers) โดยมุ่งไปที่การทำให้เกิดสมดุลในผลประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียรวมทั้งการกำหนดมาตรการช่วยเหลือกิจการของลูกหนี้และการกำหนดสิทธิของผู้มีส่วนได้เสียในหลักทรัพย์ประกัน(collateral) และเจ้าหนี้มีประกันให้ได้รับการพิจารณาที่รวดเร็ว²⁰⁶ ซึ่งกำหนดเป็นโครงสร้างอำนาจของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการในกรณีต่างๆ ดังจะกล่าวในส่วนตัวต่อไป

(2) อำนาจในการใช้ ขายและให้เช่าทรัพย์สิน

ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีอำนาจในการใช้ ขายและให้เช่าทรัพย์สินในกรณีต่างๆ ดังต่อไปนี้

1) กรณีในทางการค้าปกติ(ordinary course of business) ในกรณีเช่นนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีอำนาจใช้ ขาย หรือให้เช่าทรัพย์สินโดยไม่ต้องมีการแจ้งและพิจารณาต่อศาล²⁰⁷

2) กรณีนอกทางการค้าปกติ(other than ordinary course of business) ในกรณีเช่นนี้ ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะต้องแจ้งต่อผู้มีส่วนได้เสียและพิจารณาต่อศาลเพื่ออนุญาตให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีอำนาจในการใช้ ขาย หรือให้เช่าทรัพย์สิน²⁰⁸

อย่างไรก็ตามหากผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการกระทำการใช้ ขาย หรือให้เช่าทรัพย์สินนอกทางการค้าปกติซึ่งจะต้องมีการแจ้งและพิจารณาต่อศาล กฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องมีการพิจารณาการกระทำของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการในทุกกรณี²⁰⁹ โดยหากมีการแจ้งไปยังผู้มีส่วนได้เสียแล้วไม่มีการโต้แย้ง เพื่อร้องขอให้พิจารณาการกระทำนั้นแล้ว ศาลก็อาจมีคำสั่งอนุญาตให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการกระทำการนั้นได้โดยไม่ต้องมีคำสั่งคุ้มครองผู้มีส่วนได้เสีย แต่หากผู้มีส่วนได้เสียร้องขอให้มีการพิจารณาแล้ว ศาลจะอนุญาตให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการใช้ ขาย หรือให้เช่าทรัพย์สินต่อ

²⁰⁶ Stuart E. Hertzberge and Dennis Kayes, "Reorganization Under Chapter 11 : Administration", The Bankruptcy Reform Act Manual, p.7-11.

²⁰⁷ 11 U.S.C., section 363 (c).

²⁰⁸ 11 U.S.C., section 363 (b).

²⁰⁹ 11 U.S.C., section 102 (1).

เมื่อมีการกำหนดวิธีการคุ้มครองผู้มีส่วนได้เสียอย่างเพียงพอ* แล้วเท่านั้น²¹⁰ ดังนั้นศาลจึงมีอำนาจในการห้ามหรือกำหนดเงื่อนไขในการใช้ ขาย หรือให้เช่าทรัพย์สินตามที่จำเป็นเพื่อการคุ้มครองประโยชน์ผู้มีส่วนได้เสียอย่างเพียงพอ²¹¹

ในการพิจารณาว่าการกระทำโดยอยู่ในขอบการค้ำตามปกติของลูกหนี้นั้น กฎหมายไม่ได้กำหนดขอบเขตของการกระทำดังกล่าวเอาไว้ แต่แนวคิดในการร่างกฎหมายในเรื่องนี้เห็นว่าหากเรื่องใดเป็นการกระทำนอกทางการค้ำปกติจำเป็นจะต้องให้โอกาสแก่ผู้มีส่วนได้เสียจะได้ทราบถึงการกระทำนั้น ดังนั้นมาตรฐานในเรื่อง “ความปกติ”(ordinariness) จึงอยู่ที่ผู้มีส่วนได้เสียจะสามารถคาดหมายถึงการกระทำหรือการจัดการนั้นอยู่เป็นเรื่องปกติทางการค้ำได้หรือไม่²¹² นอกจากนี้ยังอาจพิจารณาถึงธุรกิจของลูกหนี้ซึ่งเคยกระทำก่อนที่คดีจะเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ²¹³ ว่ามีลักษณะเช่นไร

กรณีนี้ถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นทางการค้ำปกติ ตัวอย่างเช่น²¹⁴

- ลูกหนี้ประกอบกิจการขายสินค้า ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการขายสินค้าที่ได้เตรียมไว้ล่วงหน้าหรือ ตามรายการสินค้าที่มีอยู่

- ลูกหนี้ประกอบกิจการผลิตโทรทัศน์ ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการขายโทรทัศน์แก่ผู้แทนจำหน่ายเป็นจำนวนมาก

เหล่านี้ถือว่าเป็นกิจการที่เป็นทางการค้ำปกติของลูกหนี้ซึ่งผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการไม่ต้องขอให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตในเรื่องดังกล่าวเสียก่อน

ในกรณีที่ใช้ ขาย หรือให้เช่าทรัพย์สินของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการอยู่ในทางการค้ำปกติของลูกหนี้แล้ว ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่เป็นหลักทรัพย์ประกันนั้นมีข้อปฏิบัติดังนี้

* ได้กล่าวถึงวิธีการคุ้มครองอย่างเพียงพอ (adequate protection) ในหัวข้อก่อนหน้านี้.

²¹⁰ Stuart E. Hertzberg and Dennis Kayes, "Reorganization Under Chapter 11 : Administration", *The Bankruptcy Reform Act Manual*. p.7-13.

²¹¹ 11 U.S.C., section 363 (e).

²¹² Richard F. Broude, *Reorganizations Under Chapter 11 of the Bankruptcy Code*. 3rd ed. (New York : Law Journal Seminars-Press, 1988) p. 6-19. See *In re James A. Phillips, Inc.*, 29 Bankr. 391 (S.D.N.Y. 1983).

²¹³ Richard I. Aaron, *Bankruptcy Law Fundamentals*. p.9-15.

²¹⁴ *Ibid.*, p 9-16.

1) หลักทรัพย์ประกันประเภทไม่มีสภาพคล่อง(non-cash collateral) เช่น รายการสินค้า บัญชีที่จะมีรายรับในอนาคต เครื่องจักรและอุปกรณ์ต่างๆ ทรัพย์สินเหล่านี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ อาจใช้ขายหรือให้เช่าโดยไม่ต้องแจ้งต่อผู้มีสิทธิในหลักประกันและไม่ต้องพิจารณาต่อศาล²¹⁵ แต่ผู้มีสิทธิในหลักประกันนั้นร้องขอศาลอาจกำหนดให้มีการคุ้มครองอย่างเพียงพอ²¹⁶

2) หลักทรัพย์ประกันประเภทมีสภาพคล่อง(cash collateral) เช่น เงินสด ตราสาร เปลี่ยนมือ หลักทรัพย์ บัญชีเงินฝาก เอกสารสิทธิต่าง ๆ²¹⁷ ทรัพย์สินเหล่านี้หากผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ จะใช้ ขาย หรือให้เช่า จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้มีสิทธิในหลักประกันและมีคำสั่งอนุญาตจากศาล หลังจากที่ได้มีการแจ้งและพิจารณาแล้ว²¹⁸

(3) อำนาจในการเพิกถอนนิติกรรม

ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีอำนาจเพิกถอนนิติกรรมการโอน การชำระหนี้หรือการกระทำใด ๆ ที่กระทำก่อนที่มีการยื่นคำร้องขอให้ฟื้นฟูกิจการภายใต้ Chapter 11 ในกรณีนี้ที่เจ้าหนี้ได้รับชำระไปแล้วหากถูกเพิกถอนจะต้องคืนเงินดังกล่าวกลับคืนสู่กองทรัพย์สิน ในบางกรณีการชำระหนี้ที่เกิดขึ้นภายใน 90 วันก่อนยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการ อาจถูกเพิกถอนได้ ส่วนการชำระหนี้ให้แก่ insider* อาจถูกเพิกถอนได้ หากได้กระทำภายในระยะเวลา 1 ปี ก่อนยื่นคำร้อง²¹⁹

อำนาจการเพิกถอนนิติกรรมนั้นเป็นอำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะแก่ทรัสต์(trustee's avoiding powers) ซึ่งได้นำมาใช้กับกรณีของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการเช่นเดียวกัน²²⁰ ซึ่งอำนาจดังกล่าวมีดังนี้

1) การเพิกถอนการโอนหรือการชำระหนี้ก่อนมีการร้องขอฟื้นฟูกิจการ(power to avoid prepetition transfers and obligation)²²¹

²¹⁵ 11 U.S.C., section 363 (c) (1).

²¹⁶ 11 U.S.C., section 363 (e).

²¹⁷ 11 U.S.C., section 363 (a).

²¹⁸ 11 U.S.C., section 363 (c) (2).

* หมายถึง บุคคลผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดเป็นพิเศษกับลูกหนี้ ซึ่งการกระทำของบุคคลดังกล่าวจะต้องถูกตรวจสอบเป็นพิเศษ.

²¹⁹ ภูมิวิมล พุทธสุวัตตา, "บทคัดย่อ : กฎหมายฟื้นฟูกิจการของสหรัฐอเมริกา", ดุลพินิจ เล่ม 2 ปีที่ 43, (เมษายน-มิถุนายน 2538) : 43.

²²⁰ 11 U.S.C., section 1107.

²²¹ 11 U.S.C., section 544.

2) การเพิกถอนสิทธิยึดหน่วงตามกฎหมาย(power to avoid statutory liens)* ซึ่ง เป็นสิทธิที่มีผลบังคับตามกฎหมายของรัฐ²²²

3) การเพิกถอนการให้เปรียบ(power to avoid preferences)²²³

4) การเพิกถอนการโอนหรือการชำระหนี้โดยกลฉ้อฉล(power to avoid fraudulent transfers and obligations)²²⁴

5) การเพิกถอนการหักกลบลบหนี้(power to avoid setoffs)²²⁵

จะเห็นว่าอำนาจในการเพิกถอนครอบคลุมหลายกรณี และในแต่ละกรณีก็จะมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกัน ซึ่งการชำระหนี้บางประเภทก็ไม่อาจเพิกถอนได้ เช่น การชำระหนี้ในการแลกเปลี่ยนที่เกิดขึ้นในเวลาเดียวกัน การชำระหนี้อันเป็นธรรมดาในการดำเนินธุรกิจและภายใต้เงื่อนไขสัญญาในทางธุรกิจ การชำระหนี้หลังจากเจ้าหนี้ได้ขยายวงเงินสินเชื่อให้แก่ลูกหนี้ และการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้มีประกันอย่างบริบูรณ์นั้นไม่อาจเพิกถอนหรือเรียกคืนได้²²⁶

สำหรับการจำหน่ายจ่ายโอนอันเป็นการฉ้อฉลและทำให้กองทรัพย์สินมีมูลค่าลดลง อาจถูกเพิกถอนได้เพื่อรวบรวมกลับคืนเข้าสู่กองทรัพย์สิน ซึ่งโดยทั่วไปรวมถึงการให้โดยเสน่หา การจำหน่ายทรัพย์สินซึ่งลูกหนี้ได้กระทำโดยลดราคาลงมาก การเพิกถอนการโอนอันเป็นการฉ้อฉลนี้อาจกระทำได้แม้การจำหน่ายจ่ายโอนนั้นจะเกิดขึ้นหลายปีก่อนมีการยื่นคำร้องในคดีล้มละลาย นอกจากนี้ การจำหน่ายจ่ายโอนที่ได้ตั้งใจจะทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบหรือทำให้ล่าช้าเป็นที่เสียหายแก่เจ้าหนี้ นั้นแล้ว กฎหมายยังอนุญาตให้เพิกถอนการโอนที่ได้มาซึ่งมูลค่าอันต่ำกว่ามูลค่าที่แท้จริงโดยไม่สมควรได้ ถ้าหาก²²⁷

- 1) ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวหรือตกอยู่ในภาวะเช่นนั้น เพราะการจำหน่ายจ่ายโอน
- 2) การจำหน่ายจ่ายโอนทำให้ทุนทรัพย์ของลูกหนี้ลดลงจนไม่อาจดำเนินกิจการต่อไป

* หมายถึง สิทธิยึดหน่วงที่เกิดขึ้นโดยผลบังคับของกฎหมายต่อเหตุการณ์โดยเฉพาะที่เกิดขึ้น หรือเงื่อนไข โดยเฉพาะ หรือสิทธิยึดหน่วงที่เกิดขึ้นจากการเช่า.

²²² 11 U.S.C., section 545.

²²³ 11 U.S.C., section 547.

²²⁴ 11 U.S.C., section 548.

²²⁵ 11 U.S.C., section 553.

²²⁶ ภูมิวุฒิ พุทธสุธัตตา, "บทคัดย่อ : กฎหมายฟื้นฟูกิจการของสหรัฐอเมริกา", อุบลพาหุ : หน้า 44.

²²⁷ เรื่องเดียวกัน.

3) ลูกหนี้เจตนาดำเนินธุรกิจหรือจำหน่ายจ่ายโอน อันทำให้ทรัพย์สินที่คงเหลืออยู่ไม่เพียงพอ

กำหนดเวลาในการเพิกถอนนิติกรรมหรือการกระทำนั้นจะอยู่ภายใต้กำหนดเวลาดังต่อไปนี้²²⁸

- 1) ไม่เกิน 2 ปี นับตั้งแต่บังคับใช้กระบวนการฟื้นฟูกิจการ
- 2) ไม่เกิน 1 ปี นับตั้งแต่มีการแต่งตั้งทรัสต์หรือลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ
- 3) ก่อนคดีสิ้นสุดหรือหลุดพ้นจากกระบวนการฟื้นฟูกิจการ
- (4) อำนาจในการหาเงินทุนเพื่อใช้ในกิจการ

ในการที่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะดำเนินธุรกิจให้เกิดประสิทธิภาพจะต้องมีการหาเงินทุนใช้ในกิจการ โดยผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีอำนาจในการขอสินเชื่อที่ไม่มีประกัน (unsecured credit) และอาจก่อหนี้ที่ไม่มีประกัน(unsecured debt) ในทางการค้าปกติของลูกหนี้ โดยถือเป็นสินเชื่อที่เป็นการส่งเสริมธุรกิจของลูกหนี้ที่เรียกว่า สินเชื่อทางการค้า(trade credit) และหนี้ที่เกิดขึ้นจะจัดให้อยู่ในฐานะของค่าใช้จ่ายในการบริหาร(administrative expense)²²⁹ แต่ถ้าหากผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะขอสินเชื่อหรือก่อหนี้ดังกล่าวนอกทางการค้าปกติของลูกหนี้ จะต้องมีการแจ้งและพิจารณาต่อศาล เพื่อให้ศาลมีคำสั่งอนุญาต²³⁰

การที่กฎหมายกำหนดให้สินเชื่อของเจ้าหนี้อยู่ในลำดับขั้นของค่าใช้จ่ายในการบริหาร โดยการกำหนดให้หนี้ของเจ้าหนี้มีบุริมสิทธิซึ่งทำให้มีฐานะที่ดีในการได้รับชำระหนี้ นั้น ถือเป็น การสนับสนุนการดำเนินธุรกิจของลูกหนี้และเปิดโอกาสให้ผู้ดำเนินการได้นำเงินกู้มาใช้เป็นเงินทุนหมุนเวียนเพื่อบริหารกิจการ

อย่างไรก็ตามในกรณีที่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการไม่สามารถหาสินเชื่อที่ไม่มีประกันในกรณีดังกล่าวได้ศาลอาจมีคำสั่งหรือจากที่ได้มีการแจ้งและพิจารณาแล้ว ในกรณีดังต่อไปนี้²³¹

- 1) กำหนดให้ค่าใช้จ่ายในการบริหารอื่นๆ* นอกจากกรณีนี้มีบุริมสิทธิ

²²⁸ 11 U.S.C., section 546.

²²⁹ 11 U.S.C., section 363 (a)

²³⁰ 11 U.S.C., section 364 (b).

²³¹ 11 U.S.C., section 364 (c).

* เช่น ค่าใช้จ่ายในการรักษาของทรัพย์สินของลูกหนี้ ค่าจ้าง ภาษี ค่าปรับ เป็นต้น รวมถึงค่าใช้จ่ายในการบริหารอื่นๆ ที่กำหนดไว้ในมาตรา 503.

2) กำหนดให้มีประกันในหนี้โดยใช้ทรัพย์สินที่ไม่มีภาระติดพัน ของกองทรัพย์สินของลูกหนี้

3) กำหนดให้มีประกันลำดับรองในหนี้โดยใช้ทรัพย์สินที่มีภาระติดพันของกองทรัพย์สินของลูกหนี้

กฎหมายกำหนดเปิดช่องให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการอาจออกหนี้ที่มีประกันในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ เนื่องจากในบางกรณีเจ้าหนี้ที่ให้สินเชื่อโดยเฉพาะเจ้าหนี้สถาบันทางการเงินมีความต้องการหลักประกันในหนี้เงินกู้ ศาลจึงมีอำนาจกำหนดให้ทรัพย์สินในกองทรัพย์สินของลูกหนี้เป็นหลักประกันได้ แม้ทรัพย์สินนั้นจะมีภาระติดพันหรือเป็นหลักประกันอยู่แล้ว ศาลก็อาจกำหนดให้การขอสินเชื่อใหม่โดยผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีทรัพย์สินที่มีภาระติดพันอยู่แล้วเป็นหลักประกันรองได้

นอกจากนี้กฎหมายยังขยายการขอสินเชื่อของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการออกไปอีก นั่นคือ เมื่อมีการแจ้งและพิจารณาแล้ว ศาลอาจอนุญาตให้ทรัพย์สินในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เป็นหลักประกันอยู่แล้วนำมาเป็นหลักประกันหนี้ในการขอสินเชื่อใหม่โดยการกำหนดให้ฐานะของหลักประกันครั้งใหม่เท่าเทียมหรือเหนือกว่าฐานะของหลักประกันเดิม แต่กรณีเช่นนี้ต้องปรากฏต่อศาลว่าหนี้นั้นมีความจำเป็นต่อผลสำเร็จของการฟื้นฟูกิจการ²³² และต้องปรากฏว่า²³³

1) ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการไม่สามารถขอสินเชื่อด้วยวิธีใด ๆ ได้แล้ว

2) มีการให้ความคุ้มครองอย่างเพียงพอต่อประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิในประกันในทรัพย์สินในกองทรัพย์สินของลูกหนี้

กรณีดังกล่าวผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจึงนำเอาทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันอยู่แล้ว นำมาเป็นหลักประกันในการขอสินเชื่อใหม่ได้ และเจ้าหนี้ในการให้สินเชื่อครั้งใหม่นี้ก็จะมีฐานะเท่าเทียมหรือฐานะดีกว่าเจ้าหนี้มีประกันเดิม ซึ่งถือเป็นมาตรการส่งเสริมให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูสามารถหาแหล่งเงินทุนในการดำเนินธุรกิจของลูกหนี้ได้คล่องตัวมากยิ่งขึ้น

(5) อำนาจในการรับหรือปฏิเสธสัญญา

ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีอำนาจในการรับหรือปฏิเสธสัญญาที่เห็นว่าเป็นภาระหรือเพื่อให้กิจการของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ เพื่อคงไว้ซึ่งสัญญาที่เป็นประโยชน์ต่อการฟื้นฟูกิจการ เนื่องจากลูกหนี้อาจมีสัญญามากมายที่ผูกพันมาก่อนที่จะเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ จึงเป็นดุลย

²³² Carl Felsenfeld, *Bankruptcy*, p.182.

²³³ 11 U.S.C., section 364 (c).

พินิจของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะดำเนินการรับหรือปฏิเสธสัญญานั้น โดยกฎหมายกำหนดให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการอาจรับหรือปฏิเสธสัญญาที่ยังไม่มีการปฏิบัติ (executory contract) หรือสัญญาเช่าที่อยู่อาศัยหรือทรัพย์สินส่วนตัวของลูกหนี้ที่ยังไม่สิ้นสุดในเวลาก่อนที่แผนฟื้นฟูกิจการจะได้รับการรับรอง แต่ศาลอาจกำหนดระยะเวลาให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการพิจารณาตัดสินใจว่าจะยอมรับหรือปฏิเสธสัญญาหรือการเช่านั้น ตามที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซึ่งไม่ใช่ลูกหนี้เป็นผู้ร้องขอ²³⁴

อย่างไรก็ตามหากแผนฟื้นฟูกิจการได้รับการรับรองแล้วอาจมีการกำหนดให้มีการรับหรือปฏิเสธสัญญานั้นลงในแผนฟื้นฟูกิจการได้²³⁵ ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจึงจะต้องตรวจสอบว่าอาจเกิดความรับผิดในมูลหนี้ขึ้นใดหลังจากแผนมีผลบังคับใช้แล้ว

ในกรณีของสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่ใช่เพื่อการอยู่อาศัยและสัญญาเช่าทรัพย์สินส่วนตัวซึ่งลูกหนี้เป็นผู้เช่านั้น ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะต้องรับสัญญาเช่านั้นภายใน 60 วันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการหรือรับสัญญาเช่าที่ถือว่าถูกปฏิเสธและปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาเช่าภายในกำหนดเวลาดังกล่าว²³⁶

ในกรณีที่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการประสงค์จะรับสัญญาที่ยังไม่มีการปฏิบัติ ซึ่งสัญญานั้นไม่ได้ถูกดำเนินการชำระหนี้หรือมีการผิดนัดชำระหนี้ ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะต้องเยียวยาผลของการไม่ปฏิบัติตามดังกล่าว โดยชำระค่าเสียหายจากการไม่ชำระหนี้และหาหลักประกันในการปฏิบัติตามสัญญาในอนาคตที่เพียงพอ (adequate assurance of future performance) เสียก่อนที่จะรับเอาสัญญาดังกล่าวมาปฏิบัติในระหว่างการฟื้นฟูกิจการ²³⁷

ข้อสัญญาในสัญญาที่ยังไม่มีการปฏิบัติที่เป็นการเลิกสัญญาที่เกิดจากข้อเท็จจริง (ipso facto) ที่ทำให้สัญญาระงับลงโดยทันทีหรือให้คู่สัญญามีสิทธิบอกเลิกสัญญาเมื่อลูกหนี้มีหนี้สินล้มพันตัวหรือตกเป็นบุคคลล้มละลาย ข้อสัญญานั้นจะใช้บังคับไม่ได้ เนื่องจากมาตรา 365 กำหนดข้อยกเว้นเอาไว้ทำให้สัญญานั้นยังคงมีผลผูกพันคู่สัญญาต่อไป²³⁸ อย่างไรก็ตาม ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการไม่อาจรับและโอนสิทธิในสัญญาที่ยังไม่มีการปฏิบัติหรือสัญญาเช่าของลูกหนี้ได้ เมื่อกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญายกเว้นให้คู่สัญญาที่ไม่ใช่ลูกหนี้ไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่ต้องยอมรับการ

²³⁴ 11 U.S.C., section 365 (d) (2).

²³⁵ 11 U.S.C., section 1123 (b) (2).

²³⁶ 11 U.S.C., section 365 (d) (3), section 365 (d) (10).

²³⁷ 11 U.S.C., section 365 (b) (1).

²³⁸ Stuart E. Hertzberg, Dennis Kayes, "Reorganization Under Chapter 11 : Administration", *The Bankruptcy Reform Act Manual*. p.7-16.

ปฏิบัติตามสัญญา หรือสัญญานั้นมีการห้ามการโอนสิทธิหรือห้ามมอบหมายหน้าที่แก่บุคคลอื่นและคู่สัญญาไม่ยอมรับการรับหรือการโอนสิทธิตามสัญญานั้น หรือสัญญานั้นเกี่ยวกับการให้สินเชื่อหรือให้ความช่วยเหลือทางการเงินของลูกหนี้ หรือสัญญานั้นเป็นประโยชน์แก่กิจการของลูกหนี้ ในกรณีเช่นนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการไม่อาจรับและโอนสัญญานั้นได้ในขณะเดียวกันคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ใช่ลูกหนี้ก็ยังคงมีอำนาจในการเลิกสัญญานั้นได้²³⁹

อย่างไรก็ตามกฎหมายยังกำหนดเปิดทางให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการโอนสัญญาที่ยังไม่มีการปฏิบัติหรือสัญญาเช่าที่ยังไม่สิ้นสุดได้ เมื่อผู้รับโอนได้ให้หลักประกันอย่างเพียงพอต่อการปฏิบัติตามสัญญาในอนาคต²⁴⁰

นอกจากนี้ในเรื่องสัญญาเจรจาต่อรองร่วมกัน (collective bargaining agreement)^{*} ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการก็ยังมีอำนาจในการรับหรือปฏิเสธสัญญาดังกล่าว²⁴¹ โดยมีหลักว่าผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการอาจจะร้องขอต่อศาลเพื่อยกเลิกสัญญาเจรจาต่อรองร่วมกันและทำข้อเสนอไปยังลูกจ้างสำหรับสัญญาใหม่ที่มีการแก้ไขเพื่อหาส่วนเดิมตามที่จำเป็นเพื่อการฟื้นฟูกิจการ²⁴² นั่นคือทำให้กิจการของลูกหนี้บรรลุผลตามแผนฟื้นฟูกิจการ แต่ลูกจ้างก็มีสิทธิปฏิเสธข้อเสนอของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการเมื่อมีเหตุอันสมควร

ในการปฏิเสธสัญญาเจรจาต่อรองร่วมกันนั้น ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่าการปฏิเสธหรือยกเลิกสัญญานั้น ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการได้ทำข้อเสนอเพื่อให้หลักประกันแก่เจ้าหนี้และคู่สัญญาทั้งปวงให้ได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมเท่าเทียมกัน²⁴³

2.2.4.2 ข้อจำกัดอำนาจของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

Chapter 11 ได้วางข้อจำกัดอำนาจเกี่ยวกับผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการไว้หลายประการไม่ว่าจะเป็นกรณีของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ(debtor in possession) หรือทรัสต์ดี(trustee) นั่นคือศาลมีอำนาจในการกำหนดข้อจำกัดหรือเงื่อนไขในการใช้อำนาจหรือการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ โดยศาลจะเป็นผู้ควบคุมดูแลผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการในระหว่างของการดำเนินการฟื้นฟูกิจการ นอกจากนี้ศาลยังเป็นผู้กำกับการใช้อำนาจของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการในกรณีต่างๆ เช่น

²³⁹ 11 U.S.C., section 365 (c).

²⁴⁰ 11 U.S.C., section 365 (f).

^{*} เป็นสัญญาจ้างแรงงานระหว่างนายจ้างและลูกจ้างหลายราย ซึ่งมีรายละเอียดและทำข้อตกลงร่วมกัน.

²⁴¹ 11 U.S.C., section 1113.

²⁴² Carl Felsenfeld, *Bankruptcy*, p. 184.

²⁴³ *Ibid.*, p.185.

การจัดการทรัพย์สินนอกทางการค้าปกติ(outside of ordinary coursed business) การกู้ยืมเงิน การปฏิเสธสัญญาที่จะต้องมีการปฏิบัติ(executory contracts) รวมถึงในกรณีอื่น ๆ ซึ่งจะต้องขอความเห็นชอบของศาลโดยกฎหมายใช้คำว่า “after notice and hearing” ทำให้การใช้อำนาจหรือการดำเนินการของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการในหลายกรณีจะต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลเสียก่อน²⁴⁴

ในการตรวจสอบของศาลนั้น ได้มีการขอให้ศาลตัดสินใจเกี่ยวกับธุรกิจ โดยมีกรณีตัวอย่างที่เกิดขึ้น คือคู่ความเสนอให้ศาลตัดสินใจเกี่ยวกับธุรกิจเกษตรกรรมว่าควรจะให้เกี่ยวพืชผลด้วยวิธีใด ในกรณีนี้ศาลสหรัฐอเมริกาไม่รับคำวินิจฉัยที่คู่ความเสนอมาโดยให้เหตุผลว่า ห้องพิจารณาของศาลไม่ใช่ห้องของคณะกรรมการบริษัท (boardroom) และผู้พิพากษาไม่ใช่ที่ปรึกษาทางธุรกิจ²⁴⁵ ดังนั้นการตัดสินใจทางธุรกิจจึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลแต่เป็นเรื่องที่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะต้องดำเนินการเพื่อรักษาประโยชน์ผู้มีส่วนได้เสียในคดี²⁴⁶

2.2.4.3 ขอบอำนาจของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

Chapter 11 ได้กำหนดให้การยื่นคำร้องขอให้ฟื้นฟูกิจการเป็นผลให้กิจการของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปได้ โดยอยู่ภายใต้การบริหารจัดการโดยผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ โดยกฎหมายได้กำหนดให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีอำนาจในการดำเนินธุรกิจภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ นั่นคือ การทำธุรกรรมใดๆ ที่เกี่ยวกับกองทรัพย์สินของลูกหนี้(estate) ภายใต้ธุรกิจที่เป็นทางการค้าปกติ(ordinary course of business) ซึ่งผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะมีดุลพินิจในการจัดการกิจการและทรัพย์สินภายใต้ขอบเขตดังกล่าวโดยไม่ต้องขออนุญาตจากศาล แต่หากการจัดการกิจการและทรัพย์สินเป็นการกระทำนอกเหนือทางการค้าปกติ(other than in the ordinary course of business) ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลหลังจากที่ได้แจ้งหรือพิจารณาต่อศาลแล้ว²⁴⁷

2.2.5 สถานะและหน้าที่ของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

ในส่วนนี้จะกล่าวถึงสถานะและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการที่กฎหมายได้กำหนดไว้

2.2.5.1 สถานะของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

ไม่ว่ากรณีของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการหรือทรัพย์สินต่างกันก็มีสถานะเป็นผู้แทนในการจัดการกองทรัพย์สินของลูกหนี้(representative of the estate) ในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ซึ่ง

²⁴⁴ Richard I. Aaron, *Bankruptcy Law Fundamentals*, p.4-12.

²⁴⁵ Ibid. see re Curlew Valley Assoc., 14 Bankr D.Utah 1981.

²⁴⁶ Ibid.

²⁴⁷ 11 U.S.C., section 363 (c) (1).

สำหรับในกรณีของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้นแม้กฎหมายได้ให้คำนิยามว่า หมายถึง ตัวลูกหนี้²⁴⁸ แต่โดยผลของกฎหมายแล้วลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้นมีสถานะทางกฎหมายแยกต่างหากจากตัวของลูกหนี้²⁴⁹ เนื่องจากกฎหมายต้องการให้ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีสถานะใหม่ ในการเข้ามาทำหน้าที่ต่างๆ ตามกฎหมายในกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งกรณีเช่นนี้พิจารณาได้จากกรณีของสัญญาเจรจาต่อรองร่วมกัน(collective bargaining contract) ซึ่งลูกหนี้นั้นได้ทำกับบุคคลอื่น กรณีเช่นนี้หากต่อมาเมื่อลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการภายใต้Chapter 11 และผลทางกฎหมายทำให้เกิดสถานะของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการขึ้น ในกรณีเช่นนี้ สัญญาดังกล่าวย่อมไม่ผูกพันต่อลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจนกว่าจะได้รับการรับผูกพันตามสัญญานั้น ซึ่งตามมาตรา 1113 ก็ได้ให้สิทธิในการปฏิเสธสัญญาเจรจาต่อรองร่วมกันแก่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการอย่างชัดเจน²⁵⁰

กรณีที่ทรัสต์ถูกแต่งตั้งเป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้นกฎหมายได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าทรัสต์ถือเป็นผู้แทนกองทรัพย์สินของลูกหนี้และมีอำนาจดำเนินคดีหรือต่อสู้คดีในนามกองทรัพย์สินของลูกหนี้ได้²⁵¹ ดังนั้นทรัสต์จึงไม่ใช่ตัวแทนของลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ แต่ทรัสต์จะทำหน้าที่ดูแลรักษาผลประโยชน์ของกิจการเสมือนเป็นเจ้าของหน้าที่ในกิจการลูกหนี้คนหนึ่ง โดยหากทรัสต์บริหารจัดการกองทรัพย์สินของลูกหนี้โดยผิดพลาดหรือโดยทุจริตก็อาจถูกลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ฟ้องร้องได้ เนื่องจากถือได้ว่าการจัดการทรัพย์สินของทรัสต์นั้นในที่สุดก็ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ ดังนั้นทรัสต์จึงต้องรับผิดชอบต่อลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ ในกรณีเช่นนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าสถานะของการปฏิบัติหน้าที่นั้น ทรัสต์จะต้องเป็นผู้แทนกองทรัพย์สินของลูกหนี้โดยตรง แต่การจัดการนั้นต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียในคดีนั้นคือ ฝ่ายลูกหนี้และเจ้าหนี้ อย่างไรก็ตามสถานะของทรัสต์ดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้กับกรณีของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการด้วย เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดให้ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีสิทธิ อำนาจ หน้าที่ดังเช่นกรณีของ ทรัสต์²⁵² ดังนั้นหากลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจัดการในทางที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่กิจการ เจ้าหนี้หรือผู้มีส่วนได้เสียอื่นๆ จึงมีสิทธิฟ้องลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการได้

²⁴⁸ 11 U.S.C.,section 1101 (1).

²⁴⁹ Daniel R. Cowans, *Cowans Bankruptcy Law and Practice Volume 3*, p.295.

²⁵⁰ Ibid.

²⁵¹ 11U.S.C.,section 323.

²⁵² 11 U.S.C.,section 1107.

2.2.5.2 หน้าที่ของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีหน้าที่หลายประการเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการ โดยโครงสร้างของ Chapter 11 จะมุ่งไปที่การตรวจสอบผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ดังนั้นจึงกำหนดหน้าที่เฉพาะแก่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการที่เกี่ยวกับการรายงานหรือแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับกิจการ หรือทรัพย์สินที่เข้าไปจัดการต่อผู้ที่มีส่วนได้เสียในคดีฟื้นฟูกิจการ ดังนั้นในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจึงอยู่ในควบคุมดูแลของศาล เจ้าหนี้ และผู้มีส่วนได้เสียอย่างใกล้ชิด

อย่างไรก็ตาม กฎหมายได้กำหนดบทบังคับให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ มีหน้าที่สำคัญในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการดังต่อไปนี้

(1) หน้าที่ในการจัดทำและเสนอแผนฟื้นฟูกิจการ

Chapter 11 ไม่ได้กำหนดให้การจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการเป็นหน้าที่เฉพาะของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ แต่กำหนดในลักษณะที่เปิดกว้างโดยให้สิทธิแก่ลูกหนี้ในการเสนอแผนฟื้นฟูกิจการก่อน ซึ่งฝ่ายอื่นๆ ก็มีสิทธิเสนอแผนฟื้นฟูกิจการ เมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมาย โดยแผนฟื้นฟูกิจการสามารถเสนอได้ ดังนี้²⁵³

1) เสนอโดยลูกหนี้ โดยอาจยื่นไปพร้อมกับการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการเป็นคดีแบบ voluntary case หรือยื่นภายใน 120 วันนับตั้งแต่วันที่อนุญาตตามคำร้องขอฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้

ในกรณีที่เจ้าหนี้เป็นผู้ยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการเป็นคดีแบบ Involuntary Case ลูกหนี้มีสิทธิเสนอแผนภายใน 120 วันนับตั้งแต่วันที่ศาลอนุญาตตามคำร้องขอฟื้นฟูกิจการของเจ้าหนี้

2) เสนอโดยผู้มีส่วนได้เสีย นั่นคือ ทรัสต์ คณะกรรมการเจ้าหนี้ผู้ถือหุ้นมีประกันเจ้าหนี้ คณะกรรมการผู้ถือหุ้นมีประกัน และทรัสต์ตามสัญญา(indenture trustee) รวมถึงตัวของลูกหนี้เอง จะมีสิทธิเสนอแผนฟื้นฟูกิจการ ตามเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

ก. เมื่อมีการแต่งตั้งทรัสต์

ข. ลูกหนี้ไม่ยื่นแผนฟื้นฟูกิจการภายใน 120 วันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ

ค. ลูกหนี้ไม่ยื่นแผนฟื้นฟูกิจการให้ได้รับการยอมรับจากเจ้าหนี้กลุ่มต่างๆ และผู้มีส่วนได้เสียซึ่งถูกลดสิทธิภายใต้แผนฟื้นฟูกิจการ ภายใน 180 วันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ

ในกรณีที่ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ หรือทรัสต์เข้ามาทำหน้าที่ภายใต้ Chapter 11 ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการก็ต้องมีหน้าที่ในการจัดทำและยื่นแผนฟื้นฟูกิจการโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะ

²⁵³ 11 U.S.C., section 1121 (a)-(c).

ทำได้²⁵⁴ ซึ่งโดยหลักแล้วหากลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการไม่ยื่นแผนฟื้นฟูกิจการและต่อมามีการแต่งตั้งทรัสต์เข้ามาแทนที่ ทรัสต์ก็มียหน้าที่ยื่นแผนฟื้นฟูกิจการ แต่หากทรัสต์ไม่ดำเนินการดังกล่าวทรัสต์จะต้องยื่นรายงานถึงสาเหตุของการไม่ยื่นแผนนั้น

ลักษณะของแผนฟื้นฟูกิจการนั้นเป็นการวางแผนกิจการของลูกหนี้ในอนาคตและจัดการเกี่ยวกับหนี้สินระหว่างลูกหนี้เจ้าหนี้และฝ่ายที่เกี่ยวข้อง โดยถือเป็นหัวใจสำคัญของกระบวนการฟื้นฟูกิจการ โดยทั่วไปแผนฟื้นฟูกิจการจะเป็นการกำหนดขั้นตอนการดำเนินการเพื่อให้ลูกหนี้บรรลุผลในการฟื้นฟูกิจการ การจัดการเกี่ยวกับมูลหนี้ว่ามูลหนี้ใดจะมีการชำระหรือมีการประนีประนอมและวางแผนการดำเนินธุรกิจของลูกหนี้ว่าจะดำเนินไปในทิศทางเช่นไรเพื่อให้กิจการหลุดพ้นจากปัญหาทางการเงิน²⁵⁵ ซึ่งเป็นหมายสำคัญก็คือการกระตุ้นให้กิจการกลับมามีความสามารถในการทำกำไร (profitability) โดยคิดฟื้นฟูกิจการส่วนใหญ่ลูกหนี้จะเป็นผู้เสนอแผนฟื้นฟูกิจการของตนเอง โดยจะมีเนื้อหา ดังนี้²⁵⁶

- 1) การยกเลิก หรือปิดกิจการในส่วนที่ไม่มีความสามารถในการทำกำไร
- 2) การขายทรัพย์สินออกไป แม้จะเป็นทรัพย์สินที่ยังคงเป็นประโยชน์แก่กิจการแต่ไม่มีความจำเป็นที่ธุรกิจหลัก(core business) จะต้องรักษาเอาไว้

- 3) การปฏิเสธสัญญาหรือการเช่าที่ไม่เป็นประโยชน์
- 4) การปลดคนงานที่ไม่จำเป็นออกไป

อย่างไรก็ตามการเสนอแผนฟื้นฟูกิจการนั้น แม้กฎหมายจะไม่ได้กำหนดว่าจะต้องมีเนื้อหาหรือรายละเอียดเช่นไร แต่กฎหมายจะบังคับว่าแผนนั้นจะต้องมีรายการตามที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างน้อย²⁵⁷

- 1) กำหนดชั้นของสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 1122 นอกเหนือจากมูลหนี้มาตรา 507(a) (1) มาตรา 507 (a) (2) หรือ มาตรา 507 (a) (3)
- 2) ระบุสิทธิเรียกร้องหรือผลประโยชน์ใดๆ ที่ไม่ถูกลดสิทธิตามแผนฟื้นฟูกิจการ

²⁵⁴ 11 U.S.C.,section 1106(a) (5).

²⁵⁵ Carl Felsenfeld, *Bankruptcy*, p.189.

²⁵⁶ Cohn & Kelakos LLP, *Introduction to Business Bankruptcy* (U.S.A. : Cohn & kelakos LLP, 1999), p.9.

²⁵⁷ 11 U.S.C.,section 1123.

3) ระบุวิธีปฏิบัติของสิทธิเรียกร้องแต่ละลำดับชั้นหรือผลประโยชน์ผูกมัดสิทธิตามแผนฟื้นฟูกิจการ

4) กำหนดวิธีปฏิบัติที่เท่าเทียมกันสำหรับสิทธิเรียกร้องหรือผลประโยชน์ในแต่ละลำดับชั้น เว้นแต่ผู้มีสิทธิเรียกร้องหรือผลประโยชน์จะยินยอมให้ปฏิบัติโดยด้อยกว่าสิทธิเรียกร้องหรือผลประโยชน์ในชั้นเดียวกัน

5) กำหนดวิธีการคุ้มครองที่เพียงพอ(adequate means) สำหรับการดำเนินเพื่อให้บรรลุตามแผนฟื้นฟูกิจการ เช่น

- รักษาสิทธิในทรัพย์สินที่ทั้งปวงหรือบางส่วนในกองทรัพย์สินของลูกหนี้
- โอนทรัพย์สินทั้งหมดหรือบางส่วนในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ไปยังส่วนใดส่วนหนึ่งหรือรวบรวมทรัพย์สินนั้นก่อนหรือภายหลังการรับรองแผนฟื้นฟูกิจการ

6) ในกรณีที่ลูกหนี้เป็นบริษัท กำหนดข้อบังคับ(charter) เกี่ยวกับการห้ามการออกหุ้นมีประกันที่ออกเสียงไม่ได้(nonvoting equity securities) และกำหนดให้มีสิทธิออกเสียงที่เหมาะสม

7) วางข้อกำหนดใดๆ ที่เป็นการรักษาประโยชน์เจ้าหนี้ทั้งหลาย ผู้ถือหุ้นมีประกันและประโยชน์ของสาธารณะ เกี่ยวกับการแต่งตั้งเจ้าหนี้ที่บริษัท กรรมการ ทรสต์ตามแผนฟื้นฟูกิจการ

มีข้อสังเกตว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดช่วงเวลาของการจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการภายใต้ Chapter 11 เอาไว้เป็นการเฉพาะแต่การเสนอแผนฟื้นฟูกิจการจะมีลักษณะเป็นการที่ฝ่ายที่เกี่ยวข้องเข้ามาเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาทางธุรกิจของลูกหนี้และรักษาประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่าย ดังนั้น กระบวนการเสนอแผนฟื้นฟูกิจการภายใต้ Chapter 11 จึงไม่ใช่เครื่องบ่งชี้ว่าผู้ที่เสนอแผนจะได้ประโยชน์มากกว่าผู้ที่ไม่ได้เสนอแผน

(2) หน้าที่ในฐานะของทรสต์

ไม่ว่าผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะเป็นกรณีลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ หรือ ทรสต์ก็ต้องปฏิบัติหน้าที่ในฐานะทรสต์²⁵⁸ โดยภายใต้ Bankruptcy Code ทรสต์อาจถูกแต่งตั้งภายใน Chapter อื่นๆ ดังนั้นกฎหมายจึงกำหนดให้ทรสต์จะต้องมีหน้าที่พื้นฐานที่เกี่ยวกับการจัดการกิจการและทรัพย์สินเพื่อประโยชน์แก่กองทรัพย์สิน(estate) โดย Chapter 11 ได้นำบทบัญญัติเหล่านั้นกำหนดเป็นหน้าที่ของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ และทรสต์ภายใต้กระบวนการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งมีดังนี้²⁵⁹

²⁵⁸ 11 U.S.C., section 1106, section 1107.

²⁵⁹ 11 U.S.C., section 1106 (a) (1).

- 1) หน้าที่ในการรับผิดชอบทรัพย์สินที่ส่งมอบที่ได้รับมา²⁶⁰
- 2) หน้าที่ในการตรวจสอบมูลหนี้ โดยการรับรองหรือปฏิเสธการใช้สิทธิในมูลหนี้ที่ไม่ถูกต้อง²⁶¹
- 3) หน้าที่ในการให้ข้อมูลเกี่ยวกับกองทรัพย์สินของลูกหนี้และการบริหารกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ เมื่อผู้มีส่วนได้เสียร้องขอและศาลมีคำสั่งอนุญาต²⁶²
- 4) หน้าที่รับผิดชอบในการรวบรวมและจัดทำภาวะภาษีที่เกิดขึ้น รายงานประจำบทสรุปของการจัดการธุรกิจของลูกหนี้ และรายงานการรับและจ่ายเงินและข้อมูลอื่นตามที่ United State Trustee หรือศาลร้องขอโดยผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการต้องยื่นต่อศาล และ United States Trustee และหน่วยงานของรัฐ เมื่อธุรกิจของลูกหนี้ได้รับอนุญาตให้ดำเนินกิจการได้ตามกฎหมาย²⁶³
- (5) หน้าที่จัดทำรายงานสรุปและยื่นสรุปบัญชีในการบริหารจัดการกองทรัพย์สินของลูกหนี้ต่อศาล และ United States Trustee²⁶⁴

(3) หน้าที่ในการแจ้งข้อมูลของลูกหนี้

โดยปกติลูกหนี้ที่เข้าสู่กระบวนการในหมวดต่างๆ ของ Bankruptcy Code ลูกหนี้จะมีหน้าที่บางอย่างเกี่ยวกับการแจ้งข้อมูลของตนเอง²⁶⁵ โดยหากลูกหนี้ไม่ทำหน้าที่ดังกล่าว กฎหมายได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของทรัสต์ในการทำหน้าที่นั้น คือการยื่นรายชื่อเจ้าหนี้และรายการที่ศาลกำหนดรวมถึงตารางทรัพย์สินและหนี้สิน ตารางรายรับและรายจ่ายในปัจจุบัน และรายงานแสดงสถานะทางการเงินของกิจการลูกหนี้ต่อศาล²⁶⁶ แต่กฎหมายจึงไม่กำหนดให้เป็นหน้าที่ของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ เนื่องจากกิจการของลูกหนี้มีหน้าที่ต้องแจ้งข้อมูลนั้นเมื่อเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ

(4) หน้าที่ในการตรวจสอบทรัพย์สินและกิจการของลูกหนี้

กรณีนี้เป็นหน้าที่โดยเฉพาะของทรัสต์เท่านั้น เนื่องจากในกรณีที่มีการแต่งตั้งลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้นถือว่าผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีสถานะเดียวกันกับกิจการ จึงไม่สอดคล้องกับแนวคิดที่จะต้องมีการตรวจสอบกิจการ ดังนั้น กฎหมายจึงไม่ได้กำหนดให้

²⁶⁰ 11 U.S.C., section 704 (2).

²⁶¹ 11 U.S.C., section 704 (5).

²⁶² 11 U.S.C., section 704 (7).

²⁶³ 11 U.S.C., section 704 (8).

²⁶⁴ 11 U.S.C., section 704 (a).

²⁶⁵ 11 U.S.C., section 521 (1).

²⁶⁶ 11 U.S.C., section 1106 (a) (2).

ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีหน้าที่ดังกล่าว โดยกฎหมายกำหนดให้ทรัสต์มีหน้าที่ตรวจสอบลูกหนี้ในกรณีดังต่อไปนี้²⁶⁷

1) การยื่นรายงานของการตรวจสอบลูกหนี้ในเรื่องการกระทำต่างๆ ทรัพย์สินความรับผิดชอบ และสถานะทางการเงิน การดำเนินธุรกิจ ผลของความต่อเนื่องของธุรกิจ และข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการขอลด ทุกจริต ไม่มีความสามารถ การจัดการโดยผิดพลาดหรือมีความปกติในการจัดการกิจการของลูกหนี้ หรือเหตุมีอาจมีการฟ้องร้องกองทรัพย์สินของลูกหนี้

2) สิ่งสำเนาหรือรายงานตาม 1) ไปยังคณะกรรมการเจ้าหนี้ คณะกรรมการผู้ถือหุ้น มีประกัน ทรัสต์ตามสัญญาและบุคคลใดๆ ตามที่ศาลกำหนด

(5) หน้าที่ในการรายงานการเสนอการเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกกระบวนการ

ลูกหนี้มีสิทธิร้องขอต่อศาลเพื่อยกเลิกกระบวนการฟื้นฟูกิจการหรือเปลี่ยนกระบวนการฟื้นฟูกิจการไปสู่หมวดอื่น นั่นคือ Chapter 7 Chapter 12 หรือ Chapter 13 ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายได้กำหนดไว้²⁶⁸ ซึ่งหากลูกหนี้ได้มีการยื่นขอเปลี่ยนแปลงดังกล่าว ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการก็มีหน้าที่รายงานการขอเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกกระบวนการฟื้นฟูกิจการต่อศาล²⁶⁹

(6) หน้าที่ในการยื่นขอคืนภาษี

ในปีใดหากลูกหนี้ไม่ได้ยื่นขอคืนภาษี (tax return) ตามกฎหมาย ซึ่งจะต้องแจ้งข้อมูลต่อหน่วยงานของรัฐเกี่ยวกับการขอคืนภาษีนั้น ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวจากการไม่ดำเนินการดังกล่าวของลูกหนี้ แต่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีหน้าที่จะต้องยื่นขอคืนภาษีรวมไปถึงเอกสารบันทึกที่เกี่ยวข้องและข้อมูลเท่าที่มีอยู่²⁷⁰ ต่อศาล และหากภายหลังแผนฟื้นฟูกิจการได้รับความเห็นชอบแล้ว ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการก็มีหน้าที่ในการยื่นรายงานเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวเท่าที่จำเป็นตามคำสั่งของศาล²⁷¹

(7) หน้าที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะ

ในการสนับสนุนกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ผู้ให้บริการสาธารณะ (utility service) หรือสาธารณูปโภคจะไม่อาจปฏิเสธการให้บริการได้แม้ว่าลูกหนี้จะไม่ได้ชำระค่าบริการก่อนที่จะเข้าสู่

²⁶⁷ 11 U.S.C., section 1106 (a) (4).

²⁶⁸ 11 U.S.C., section 1112.

²⁶⁹ 11 U.S.C., section 1106 (a) (5).

²⁷⁰ 11 U.S.C., section 1106 (a) (6).

²⁷¹ 11 U.S.C., section 1106 (a) (7).

กระบวนการฟื้นฟูกิจการ รวมถึงไม่อาจปฏิเสธการให้บริการนั้นแก่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการได้²⁷² แต่ภายหลังจากที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการแล้ว ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะต้องให้ประกันอย่างเพียงพอ โดยการวางเงินประกันหรือให้หลักประกันอื่น โดยหากมีการร้องขอจากผู้มีส่วนได้เสีย ศาลมีอำนาจพิจารณาหลักประกันตามความเหมาะสมได้²⁷³ ซึ่งหากผู้ให้บริการเห็นว่ามีการให้การประกันที่ไม่เพียงพอ ก็ต้องร้องขอให้ศาลพิจารณาก่อน จะระงับการให้บริการโดยทันทีไม่ได้

2.2.5.3 มาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

ในการปฏิบัติหน้าที่ต่างๆ ของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการภายใต้ Chapter 11 กฎหมายได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ไว้ดังนี้

(1) มาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่โดยทั่วไป

ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีหน้าที่ในการบริหารกิจการและทรัพย์สิน โดยมีสถานะเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของทรัพย์สิน(fiduciary of the estate) โดยในกรณีของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้นภายหลังจากที่ได้ยื่นคำร้องขอให้ฟื้นฟูกิจการแล้วกฎหมายกำหนดให้ลูกหนี้มีมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่สูงขึ้นเพื่อเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ²⁷⁴ โดยการปฏิบัติหน้าที่และการตัดสินใจต่างๆ ของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะต้องอยู่บนพื้นฐานของผลประโยชน์ในกองทรัพย์สิน(estate) และเจ้าหน้าที่ตลอดจน การรักษาประโยชน์ของผู้มีส่วนได้เสีย

นอกจากนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการยังมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังดังเช่น วิทยุชนพึงมีในการกระทำการใดในสถานการณ์เดียวกัน²⁷⁵ และในกรณีที่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจงใจกระทำหรือละเว้นกระทำการฝ่าฝืนการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายโดยทุจริตหรือไม่มีเหตุผลสมควรย่อมมีความรับผิดชอบส่วนตัว(personal liability)²⁷⁶ อย่างไรก็ตามหากการปฏิบัติหน้าที่โดยฝ่าฝืนกฎหมายนั้น ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการกระทำโดยคำแนะนำของที่ปรึกษาโดยมีเหตุผลสมควรผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะไม่ต้องรับผิด

²⁷² 11 U.S.C.,section 366 (1).

²⁷³ 11 U.S.C.,section 366 (2).

²⁷⁴ Brooke E. Smith, John R. Blinn and J. Michael Sutherland, Bankruptcy Strategies for Lenders 2nd ed. (Canada : Wiley Law Publications, 1993), p.281.

²⁷⁵ In re Robin Indus., Inc., 52 B.R. 291 (Bank. W.D.N.Y. 1985).

²⁷⁶ In re Cochise College Park, Inc., 703 F.2^d 1339 (9th Cir. 1983).

กฎหมายได้กำหนดให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะต้องมีหน้าที่เกี่ยวกับความไว้วางใจ (fiduciary duties) ในกรณีต่อไปนี้²⁷⁷

- 1) หน้าที่ในการรักษารายได้ของลูกหนี้ตามสมควร (The duty to keep the debtor's salary reasonable)
- 2) หน้าที่ในการไม่ทำธุรกรรมเป็นการส่วนตัวกับกองทรัพย์สินของลูกหนี้ (The duty not to make insider transactions with estate property)
- 3) หน้าที่ในการตรวจสอบมูลเหตุที่จะแท้จริงในการฟ้องร้องกองทรัพย์สินของลูกหนี้ (The duty to actually investigate causes of action against the estate)
- 4) หน้าที่ในการไม่ก่อให้เกิดความเสียหายโดยไม่จำเป็นต่อเจ้าหนี้ (The duty not to inflict needless harm on a creditor)

หน้าที่ดังกล่าวนี้เกิดจากการที่ศาลวินิจฉัยให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการต้องปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับความไว้วางใจ จึงทำให้เกิดมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการขึ้น ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวนี้เป็นมาตรฐานของทรัสต์ ซึ่งศาลนำมาปรับใช้กับลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ โดยผ่านมาตรา 1107(a)

โดยการกำหนดหน้าที่ดังกล่าวแก่ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้น เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะขอต่อศาลเพื่อกำหนดให้ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว โดยหากลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการไม่ปฏิบัติตาม เจ้าหนี้อาจร้องขอต่อศาลเพื่อแต่งตั้งทรัสต์หรือผู้ตรวจสอบ (examiner) เพื่อทำหน้าที่แทน²⁷⁸

จะเห็นได้ว่าในกรณีดังกล่าวเป็นมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่เบื้องต้นของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการซึ่งศาลได้วินิจฉัยไว้ในคดีที่ได้เคยเกิดขึ้น อย่างไรก็ตามในการกำหนดให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีหนี้หรือหน้าที่เกี่ยวกับความไว้วางใจ (fiduciary obligation) นั้น ศาลอาจพิจารณาให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีหน้าที่เกี่ยวกับความไว้วางใจในระดับที่แตกต่างกัน (court recognize that there are many different degrees of fiduciary duties) ดังจะกล่าวต่อไป

²⁷⁷ Brooke E. Smith, John R. Blinn and S. Michael Sutherland, Bankruptcy Strategies for Lenders, p.282.

²⁷⁸ 11 U.S.C., section 1104.

(2) ระดับของมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่

อย่างไรก็ตามแม้กฎหมายจะได้กำหนดให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีหนี้หรือหน้าที่เกี่ยวกับความไว้วางใจ(fiduciary obligation) แต่ระดับหรือมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้นย่อมแตกต่างกันไปตามรูปแบบของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

ในกรณีของทรัสต์เข้ามาเป็นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้นกฎหมายถือว่ามาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของทรัสต์ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (The Common Law Trustee Standard)²⁷⁹ แต่สำหรับกรณีของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ (debtor in possession) นั้น แนวคำวินิจฉัยของศาลสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินให้ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ มีมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ใน 2 กรณีซึ่งมีข้อพิจารณา ดังนี้

(2.1) มาตรฐานของเจ้าหน้าที่บริษัท (The Corporate Fiduciary Standard)

ในกรณีเช่นนี้ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะมีมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่เช่นเดียวกับเจ้าหน้าที่ของบริษัท (corporate officers) ที่มีต่อบริษัทและผู้ถือหุ้น นั่นคือจะมีหน้าที่ดังนี้

- 1) หน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์(duty of loyalty) เช่นเดียวกับกรรมการบริษัทที่ห้ามใช้ตำแหน่งและอำนาจหน้าที่เพื่อผลประโยชน์ของตนเองและต้องห้ามมีผลประโยชน์ส่วนตัวหรือใช้โอกาสของบริษัทมาเพื่อประโยชน์แก่ตนเอง
- 2) หน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวัง(duty of care) เช่นเดียวกับกรรมการนั่นคือ จะต้องตัดสินใจในการจัดการงานของบริษัทด้วยความระมัดระวัง ภายใต้หลักของการตัดสินใจทางธุรกิจ(business judgement rule)

จากการดำเนินการหรือการตัดสินใจใดๆที่ก่อให้เกิดความเสียหาย การกระทำโดยการฉ้อฉล ผิดกฎหมาย หรือมีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง ที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ กรณีดังกล่าวจึงเกิดเป็นมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ซึ่งศาลเองก็ได้เคยนำมาตราฐานนี้มาวินิจฉัยกำหนดให้ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่เช่นเดียวกับเจ้าหน้าที่ของบริษัท²⁸⁰ โดยนำมาใช้วินิจฉัยในกรณีที่มีการขายทรัพย์สินนอกเหนือทางการค้าปกติว่าเป็นการขายโดยสุจริต โดยศาลเห็นว่าไม่มีเหตุผลใดที่จะต้องกำหนดให้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่เกินกว่ามาตรฐานของเจ้าหน้าที่บริษัท

²⁷⁹ John T. Roache, *The fiduciary Obligations of a Debtor in Possession* , p.3.

²⁸⁰ *In re Schipper*, 933 F.2d 513 (7th Cir. 1991).

มาตรฐานนี้ยังเกี่ยวข้องกับการตัดสินใจทางธุรกิจของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ นั่นคือ หากลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการตัดสินใจกระทำใดโดยมีเหตุผลที่ชัดเจน ศาลย่อมไม่อาจคัดค้านได้²⁸¹ ซึ่งลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการเองมีหน้าที่เพียงแจ้งการตัดสินใจนั้น แต่ไม่มีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลแก่ผู้มีส่วนได้เสีย

(2.2) มาตรฐานทรัพย์สินในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (The Common Law Trustee Standard)

ถือเป็นมาตรฐานอีกระดับหนึ่งที่เพิ่มเติมขึ้นจากหน้าที่ของลูกหนี้ผู้ดำเนินการที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรฐานของเจ้าหน้าที่บริษัท โดยจะต้องมีหน้าที่ที่เข้มงวดในหน้าที่แห่งความซื่อสัตย์และหน้าที่แห่งความระมัดระวังเพิ่มมากขึ้นและมีหน้าที่ดังต่อไปนี้

- 1) หน้าที่ในการจัดเตรียมข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินงานทั้งหลายภายในเวลาที่เหมาะสม (duty to furnish information within reasonable time)
- 2) หน้าที่รักษาประโยชน์โดยเป็นกลาง (duty to deal impartially with beneficiaries)
- 3) หน้าที่ในการรักษากองทรัพย์สิน (duty to preserve trust)
- 4) หน้าที่ต่อสู้และบังคับสิทธิเรียกร้อง (duty to defend and enforced claim)
- 5) หน้าที่ในการจัดกิจการงานด้วยความระมัดระวังและความชำนาญ (duty to exercise reasonable care and skill)

เหล่านี้เป็นหน้าที่ที่เพิ่มเติมขึ้นมาภายใต้มาตรฐานทรัพย์สินในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์โดย มาตรฐานนี้ถือว่าเข้มงวดยิ่งกว่ามาตรฐานของเจ้าหน้าที่บริษัท โดยลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับมูลค่าของทรัพย์สินหรือธุรกรรมที่มีผลกระทบต่อกิจการ ซึ่งในกรณีที่ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการละเลยในการตัดสินใจใดๆ (negligent decision)²⁸² ก็จะมีคามผิดภายใต้มาตรฐานนี้ ซึ่งถือเป็นข้อแตกต่างจากมาตรฐานของเจ้าหน้าที่บริษัท

อย่างไรก็ตามคดีส่วนใหญ่ศาลสหรัฐอเมริกายังตัดสินใจให้ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการมีมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่บริษัท แต่ก็มีแนวโน้มที่ศาลสหรัฐอเมริกาจะนำมาตรฐานของทรัพย์สินในระบบคอมมอนลอว์มาใช้มากขึ้นเพื่อรักษาประโยชน์แก่ผู้มีส่วนได้เสีย

²⁸¹ John T. Roache, *The Fiduciary Obligations of a Debtor in Possession*, p.5.

²⁸² *Ibid.*, p.6.

2.2.6 สถานะของหนี้ที่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการก่อนขึ้น

ในการดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจำเป็นต้องการเงินทุนเพื่อสนับสนุนการดำเนินการธุรกิจและบริหารจัดการกิจการและทรัพย์สิน ดังนั้นผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจึงมีอำนาจในการก่อนขึ้น²⁸³ เพื่อสนับสนุนในการดำเนินการดังกล่าวกฎหมายจึงกำหนดให้การให้สินเชื่อในระหว่างการดำเนินการฟื้นฟูกิจการแก่ลูกหนี้นั้น เจ้าหนี้จะไม่มีความเสี่ยงในการจะได้รับการชำระหนี้คืน ดังนั้นกฎหมายจึงกำหนดให้เจ้าหนี้ที่ให้สินเชื่อเพื่อช่วยเหลือกิจการของลูกหนี้ในระหว่างการฟื้นฟูกิจการนั้น จะได้รับสิทธิลำดับแรกเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ (first priority position) ในได้รับชำระหนี้คืน ซึ่งจะทำให้เจ้าหนี้ที่ให้สินเชื่อแก่ลูกหนี้มีโอกาสในการได้รับชำระหนี้คืนมากยิ่งขึ้น

การกำหนดให้การให้สินเชื่อแก่ลูกหนี้ในระหว่างการฟื้นฟูกิจการนั้น กฎหมายถือว่าเป็นค่าใช้จ่ายในการบริหาร (administrative expenses) ซึ่งเป็นประเภทหนี้ที่ก่อนขึ้นโดยผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ โดยถือว่าเป็นประเภทหนี้ที่มีความจำเป็นต่อการดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ดังนั้นจึงถือว่าเป็นหนี้ที่จะต้องถูกชำระจากทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนมูลหนี้อื่นทั้งปวง²⁸⁴

สำหรับการชำระหนี้ดังกล่าวจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้หากเป็นการก่อนขึ้นนอกทางการค้าปกติของลูกหนี้ศาลจะต้องเป็นผู้ให้ความเห็นชอบหลังจากที่ได้แจ้งและพิจารณาแล้ว²⁸⁵ ซึ่งมูลหนี้ที่จัดให้อยู่ในฐานะของค่าใช้จ่ายในการบริหาร เช่น การกู้ยืมเงินเพื่อประโยชน์แก่กิจการค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาของทรัพย์สินของลูกหนี้ตามจริงและเท่าที่จำเป็น ค่าจ้าง เงินเดือน ค่าตอบแทนนักวิชาชีพ เป็นต้น โดยเฉพาะในการก่อนขึ้นเพื่อประโยชน์แก่การฟื้นฟูกิจการนั้น กฎหมายกำหนดให้มีสิทธิในสถานะของค่าใช้จ่ายในการบริหารเพื่อจูงใจในการที่จะให้เจ้าหนี้ให้กู้ยืมหรือสนับสนุนทางการเงินแก่กิจการ²⁸⁶

อย่างไรก็ตามในกรณีที่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการไม่สามารถหาสินเชื่อมาใช้ในการดำเนินกิจการหรือไม่มีเจ้าหนี้หรือบุคคลให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่ลูกหนี้ กฎหมายกำหนดให้สิทธิแก่เจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือแก่ลูกหนี้ในระหว่างการฟื้นฟูกิจการ ดังนี้

1) ยกลำดับชั้นของมูลหนี้ที่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการก่อนขึ้นให้มีฐานะเหนือค่าใช้จ่ายในการบริหารและบุริมสิทธิทั้งปวงที่เรียกว่า super administrative priority²⁸⁷ แต่ศาลจะต้องแจ้งไปยัง

²⁸³ 11 U.S.C., section 364 (a).

²⁸⁴ Carl Felsenfeld, *Bankruptcy*, p.81.

²⁸⁵ 11 U.S.C., section 364 (b).

²⁸⁶ Carl Felsenfeld, *Bankruptcy*, p.182.

²⁸⁷ *Ibid.*

เจ้าหนี้ทั้งหลายเพื่อแจ้งและพิจารณาต่อศาล ในกรณีที่มีการให้บุริมสิทธิพิเศษดังกล่าวแก่เจ้าหนี้หลายคน ก็จะต้องมีการแบ่งชำระหนี้ตามสัดส่วน²⁸⁸

2) กำหนดให้เจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยทางการเงินนั้นมีฐานะในการได้รับชำระหนี้เช่นเดียวกับเจ้าหนี้มีประกันในทรัพย์สินที่ไม่มีประกันของลูกหนี้²⁸⁹

3) กำหนดให้เจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือทางการเงินเป็นเจ้าหนี้มีประกันโดยกำหนดให้นำทรัพย์สินที่มีประกันอยู่แล้วมาเป็นหลักประกันแก่เจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือลูกหนี้ในระหว่างการฟื้นฟูกิจการนั้น โดยกำหนดให้การชำระหนี้อยู่ลำดับถัดจากเจ้าหนี้มีประกันเดิมและต้องมีการแจ้งและการพิจารณาต่อศาลแล้ว²⁹⁰

นอกจากนี้ในกรณีที่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการไม่สามารถหาแหล่งเงินทุนในทางอื่นได้แล้วกฎหมายได้กำหนดให้ศาลมีอำนาจกำหนดให้เจ้าหนี้ที่ให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่ลูกหนี้หลังจากที่ได้แจ้งและพิจารณาแล้วให้มีอำนาจกำหนดให้เจ้าหนี้ดังกล่าวมีฐานะเหนือกว่าหรือเทียบเท่าเจ้าหนี้มีประกันในกองทรัพย์สินของลูกหนี้แต่ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะต้องให้ความคุ้มครองอย่างเพียงพอต่อเจ้าหนี้ประกันรายอื่นแล้ว²⁹¹

ในกรณีที่ลูกหนี้ไม่สามารถฟื้นฟูกิจการได้สำเร็จและต้องแจ้งสู่กระบวนการล้มละลายหรือชำระบัญชี(liquidation) ภายใต้Chapter 7 นั่นซึ่งผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการก่อกำขึ้นในระหว่างการดำเนินการฟื้นฟูกิจการซึ่งมีฐานะเป็นค่าใช้จ่ายในการบริหาร ย่อมมีสถานะเดิมแม้ลูกหนี้จะเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย โดยหนี้อื่นที่ไม่ใช่หนี้บุริมสิทธิหรือหนี้ประเภทที่มีประกันเมื่อลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย แม้จะเกิดขึ้นในระหว่างการฟื้นฟูกิจการก็ตามแต่หนี้ดังกล่าวก็ถือเป็นหนี้ไม่มีประกันดังเช่นเจ้าหนี้ไม่มีประกันทั่วไป²⁹²

2.2.7 ค่าใช้จ่ายของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

ในการจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการChapter 11 เปิดโอกาสให้ลูกหนี้มีสิทธิที่ดีกว่าในการยื่นแผนฟื้นฟูกิจการ โดยลูกหนี้อาจยื่นแผนฟื้นฟูกิจการเข้ามาพร้อมกับคำร้องขอให้ฟื้นฟูกิจการหรือ

²⁸⁸ 11 U.S.C., section 364 (c) (1).

²⁸⁹ 11 U.S.C., section 364 (c) (2).

²⁹⁰ 11 U.S.C., section 364 (c) (3).

²⁹¹ 11 U.S.C., section 364 (d).

²⁹² 11 U.S.C., section 726 (b).

ภายหลังจากที่มีการยื่นคำร้องขอแล้ว ดังนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดช่วงเวลาของการจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการเอาไว้โดยเฉพาะ เพียงแต่ให้สิทธิฝ่ายต่างๆ ในการยื่นแผนฟื้นฟูกิจการเท่านั้น²⁹³

Chapter 11 ไม่ได้กล่าวถึงค่าใช้จ่ายในการจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการเอาไว้ เนื่องจากผู้เสนอแผนนั้นอาจจะเป็นฝ่ายใดก็ได้ที่มีส่วนได้เสียในการฟื้นฟูกิจการ ไม่ว่าจะเป็นลูกหนี้ เจ้าหนี้ ทรัสต์ โดยถือว่าการเสนอแผนฟื้นฟูกิจการเป็นการรักษาประโยชน์ระหว่างกัน กฎหมายจึงไม่ได้บังคับให้เป็นหน้าที่ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งและไม่ได้กล่าวถึงค่าใช้จ่ายในการจัดทำแผนเอาไว้

แต่สำหรับการดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้น จะต้องมีผู้จัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ ซึ่งย่อมทำให้เกิดค่าใช้จ่ายขึ้น ดังนั้นกฎหมายจึงกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับค่าใช้จ่ายของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ ดังนี้

(1) ทรัพย์สินของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

กฎหมายได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าลูกหนี้มีสิทธิเช่นเดียวกับทรัสต์ทุกประการ เว้นแต่สิทธิในการได้ค่าตอบแทน(other than the right to compensation under section 330)²⁹⁴ ซึ่งมาตราดังกล่าวได้กำหนดเกี่ยวกับสิทธิในค่าตอบแทนของทรัสต์เอาไว้ ดังนั้นในการเข้ามาทำหน้าที่ในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้ กฎหมายจึงไม่ได้ให้สิทธิแก่ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการที่จะได้รับค่าตอบแทนนั้น

(2) ทรัพย์สินของทรัสต์

ในกรณีที่มีการแต่งตั้งทรัสต์เข้ามาเป็นผู้ทำแผนหรือดำเนินการฟื้นฟูกิจการทรัสต์ย่อมมีสิทธิได้รับค่าใช้จ่ายและค่าตอบแทนในการทำหน้าที่นั้น ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 330 โดยมาตรานี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ครอบคลุมไปถึงค่าตอบแทนของผู้ตรวจสอบ(examiner) หรือผู้ประกอบการวิชาชีพ(professional person) เช่น ทนายความ นักบัญชี ที่ถูกว่าจ้างโดยทรัสต์หรือคณะกรรมการเจ้าหนี้²⁹⁵ เพื่อช่วยเหลือในการทำหน้าที่

ค่าใช้จ่ายที่ทรัสต์หรือผู้ช่วยจะได้รับจากการทำหน้าที่นั้น ศาลจะมีอำนาจกำหนดค่าใช้จ่ายนั้น หลังจากได้มีการแจ้งไปยังผู้มีส่วนได้เสียและUnited States Trustee และได้พิจารณาได้ส่วนแล้ว โดยค่าใช้จ่ายที่จะพิจารณาให้แก่ทรัสต์หรือผู้ช่วยจะมี 2 กรณีคือ²⁹⁶

²⁹³ 11 U.S.C., section 1121.

²⁹⁴ 11 U.S.C., section 1107.

²⁹⁵ 11 U.S.C., section 330.

²⁹⁶ 11 U.S.C., section 330(a) (1)

1) ค่าตอบแทนตามสมควร(reasonable compensation) สำหรับการทำหน้าที่หรือการให้บริการตามจริงหรือตามที่จำเป็น ที่กระทำโดยทรัสต์ ผู้ตรวจสอบ ผู้ประกอบวิชาชีพ หรือทนายความ รวมถึงผู้ช่วยเหลือที่ถูกว่าจ้างโดยบุคคลดังกล่าว

2) เงินได้ทดรองจ่ายไปก่อน(reimbursement) ตามค่าใช้จ่ายตามจริงหรือตามที่จำเป็น (necessary)

จะเห็นได้ว่าค่าใช้จ่ายหรือค่าตอบแทนของทรัสต์นั้น ศาลจะพิจารณาโดยกำหนดจากค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจริง(actual) และเท่าที่จำเป็น(necessary) เท่าที่ทรัสต์ได้ปฏิบัติหน้าที่หรือมีการทดลองจ่ายเงินไปก่อน

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีคำร้องขอUnited States Trustee หรือ United States Trustee สำหรับเขตท้องถิ่นหรือภูมิภาค หรือทรัสต์ตามสัญญาที่ดูแลกองทรัพย์สิน(trustee for the estate) หรือผู้มีส่วนได้เสีย ศาลอาจมีคำสั่งลดค่าใช้จ่ายนั้นลงจากจำนวนที่กำหนดไว้เดิม ตามที่ร้องขอ²⁹⁷

ในการพิจารณาค่าใช้จ่ายของทรัสต์และผู้ช่วยเหลือว่ามีจำนวนเท่าใดนั้น หลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาถึงค่าตอบแทนตามสมควร (reasonable compensation) ตามข้อ 1) นั้น ศาลจะพิจารณาจากสภาพ ขอบเขตการทำหน้าที่หรือให้บริการที่นำมาคำนวณเป็นค่าบริการ รวมไปถึงพิจารณาจากเหตุปัจจัยทั้งปวงดังต่อไปนี้²⁹⁸

1) ระยะเวลาของการทำหน้าที่หรือให้บริการ

2) อัตราค่าใช้จ่ายของการทำหน้าที่หรือให้บริการ

3) พิจารณาว่าการทำหน้าที่หรือการให้บริการนั้น มีความจำเป็นต่อการบริหารหรือเป็นประโยชน์ต่อการทำให้คดีสำเร็จลุล่วงหรือไม่

4) พิจารณาว่าการทำหน้าที่หรือการให้บริการที่ได้กระทำลงไปนั้นภายในช่วงเวลาหนึ่งมีความเหมาะสมเพียงใด เมื่อเทียบกับความซับซ้อนของคดี ความสำคัญและสภาพของปัญหาประเด็นต่างๆ หรือภาระหน้าที่ที่ต้องกระทำ

5) พิจารณาว่าค่าตอบแทนนั้นมีความเหมาะสมหรือไม่เมื่อคำนึงถึงธรรมเนียมปกติของการคิดค่าตอบแทนที่กำหนดโดยเทียบเคียงกับทักษะของผู้ปฏิบัติหน้าที่ในคดี

²⁹⁷ 11 U.S.C., section 330(a) (3).

²⁹⁸ 11 U.S.C., section 330(a) (3) (A).

ดังนั้นศาลในคดีที่ขึ้นพิพาทจึงมีดุลยพินิจอย่างกว้างขวางในการกำหนดค่าใช้จ่ายแก่ทนายและผู้ช่วยเหลือ โดยนำข้อพิจารณาทางด้านเวลาการปฏิบัติหน้าที่ อัตราค่าบริการ ความจำเป็นของการกระทำต่างๆ ภาระหน้าที่และทักษะของผู้ปฏิบัติงานรวมไปถึงศาลจึงมีอำนาจและดุลยพินิจตามสมควร ในการควบคุมค่าใช้จ่ายดังกล่าว โดยเฉพาะในกรณีของการคิดค่าใช้จ่ายในการเตรียมคำร้องคำขอต่างๆ ในคดีจะต้องอยู่บนพื้นฐานของระดับความสามารถและทักษะเท่าที่จำเป็นในการเตรียมคำร้อง คำขอนั้น²⁹⁹

อย่างไรก็ตาม ศาลยังมีอำนาจในการปรับลดหรืองดการจ่ายค่าใช้จ่ายนั้น ในกรณีดังต่อไปนี้

1) ศาลอาจปรับลดค่าใช้จ่ายให้แตกต่างจากที่กำหนดไว้เดิม ตามจำนวนที่มีคำร้องขอโดย United States Trustee หรือ United States Trustee สำหรับเขตท้องถิ่นหรือภูมิภาค หรือทนายคดีตามสัญญาที่ดูแลกองทรัพย์สิน (trustee for the estate) หรือผู้มีส่วนได้เสีย³⁰⁰

2) ศาลอาจปรับลดค่าใช้จ่าย เมื่อมีการจ่ายค่าใช้จ่ายไปแล้วระหว่างการทำหน้าที่ (interim compensation)³⁰¹ และหากค่าใช้จ่ายที่จ่ายไปแล้วนั้นมีจำนวนสูงกว่าจำนวนที่ได้กำหนดไว้ตามมาตรา 330 นี้ นั่นคือ เมื่อสิ้นสุดการทำหน้าที่ ศาลก็อาจมีคำสั่งให้คืนค่าใช้จ่ายที่ได้จ่ายไปแล้วแก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้³⁰²

3) ศาลอาจงดค่าใช้จ่ายในบางกรณีเมื่อพิจารณาได้ว่า³⁰³

ก. การทำหน้าที่หรือการให้บริการนั้นมีความซ้ำซ้อนโดยไม่จำเป็น

ข. การทำหน้าที่หรือการให้บริการนั้นไม่เหมาะสมกับประโยชน์แก่กองทรัพย์สินของลูกหนี้หรือไม่มีความจำเป็นในการปฏิบัติหน้าที่และการบริหารในคดี

จะเห็นได้ว่าศาลยังมีอำนาจปรับลดหรืองดจ่ายค่าใช้จ่ายบางกรณีที่เห็นว่าไม่มีความจำเป็นหรือไม่เหมาะสมแก่คดี โดยศาลอาจเห็นเองหรือพิจารณาจากคำร้องขอจากผู้มีส่วนได้เสีย โดยมีข้อสังเกตประการหนึ่งว่าในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ของทนายนั้นอาจมีการร้องขอต่อศาลให้มีการทดลองจ่ายในค่าใช้จ่ายไปก่อน โดยมีสิทธิร้องขอต่อศาลทุกๆ ภายใน 120 วันภายหลังจากศาลสั่งให้ฟื้นฟู

²⁹⁹ 11 U.S.C., section 330(a) (6).

³⁰⁰ 11 U.S.C., section 330(a) (2).

³⁰¹ 11 U.S.C., section 331.

³⁰² 11 U.S.C., section 330(a) (5).

³⁰³ 11 U.S.C., section 330(a) (4) (A).

กิจการ หรืออาจร้องขอได้ตามเวลาที่ศาลอนุญาต เพื่อให้มีการทศรองจ่ายก่อนที่จะมีการร้องขอให้ศาลชำระค่าใช้จ่ายจริงดังที่กล่าวมาแล้ว อย่างไรก็ตาม ศาลจะอนุญาตให้มีการจ่ายค่าใช้จ่ายในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่เมื่อได้แจ้งและพิจารณาต่อศาลแล้ว³⁰⁴

2.2.8 การพ้นจากตำแหน่งของผู้ทำแผนฟื้นฟูกิจการ

(1) กรณีลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

ในการพ้นจากการทำหน้าที่หรือการพ้นสภาพของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการนั้น เป็นไปได้ 2 กรณี

1) เมื่อมีการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการ และลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการเข้ามาทำหน้าที่แล้ว ต่อมาปรากฏข้อเท็จจริงบางอย่าง นั่นคือ ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการโดยกระทำการโดยฉ้อฉล ทุจริต ไม่มีความสามารถ หรือจัดการกิจการของลูกหนี้ผิดพลาดอย่างร้ายแรง³⁰⁵ กรณีเช่นนี้เมื่อมีการร้องขอเพื่อแต่งตั้งทรัสต์ดีและศาลมีคำสั่งอนุญาต อำนาจหน้าที่ของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการย่อมสิ้นสุดลงโดยปริยาย เนื่องจากผู้ที่มีอำนาจดำเนินการฟื้นฟูกิจการคนใหม่ คือ ทรัสต์ดีจะเข้ามาทำหน้าที่แทนลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

2) เมื่อแผนฟื้นฟูกิจการได้รับความเห็นชอบ อำนาจหน้าที่ของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการในกองทรัพย์สินของลูกหนี้ย่อมเปลี่ยนแปลงไปนั่นคือ ลูกหนี้ก็กลับมามีอำนาจในการบริหารจัดการทรัพย์สินและกิจการของตนเองต่อไป³⁰⁶ สถานะของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจึงสิ้นสุดไป

(2) กรณีทรัสต์ดี

การพ้นจากตำแหน่งของทรัสต์ดีจะเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ นั่นคือ ผู้มีส่วนได้เสียหรือUnited States Trustee อาจร้องขอต่อศาลก่อนที่จะมีการรับรองแผนฟื้นฟูกิจการ เพื่อถอดถอนทรัสต์ดีและเมื่อศาลมีคำบอกกล่าวและพิจารณาแล้ว ศาลก็อาจมีคำสั่งเพิกถอนการแต่งตั้งทรัสต์ดีและแต่งตั้งลูกหนี้เพื่อครอบครองและจัดการกองทรัพย์สินของลูกหนี้(estate)และกลับเข้ามาดำเนินการของลูกหนี้ต่อไป³⁰⁷ ผลดังกล่าวย่อมทำให้อำนาจหน้าที่ของทรัสต์ดีสิ้นสุดลง และ ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการจะเข้ามามีอำนาจดังกล่าวแทน

³⁰⁴ 11 U.S.C., section 331.

³⁰⁵ 11 U.S.C.,section 1104 (a) (1).

³⁰⁶ 11 U.S.C., section 1141 (b).

³⁰⁷ 11 U.S.C.,section 1105.

2.2.9 ความรับผิดของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ

ในกรณีที่ลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการปฏิบัติหน้าที่โดยบกพร่องย่อมมีการร้องขอเพื่อให้ทรัสต์เข้ามาทำหน้าที่แทนได้ตามกฎหมาย³⁰⁸ อย่างไรก็ตาม Chapter 11 ไม่ได้กำหนดในเรื่องความรับผิดเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการเอาไว้เป็นการเฉพาะ แต่ก็มีข้อพิจารณา 2 กรณี

1) กรณีของลูกหนี้ผู้ดำเนินการฟื้นฟูกิจการ มีแนวคำวินิจฉัยของศาลกำหนดให้ลูกหนี้มีความรับผิดเมื่อจัดการจัดการหรือการตัดสินใจมีความบกพร่อง ข้อฉล โดยผิดกฎหมาย หรือมีผลประโยชน์ส่วนตัว³⁰⁹ เนื่องจากถือว่าลูกหนี้มีหน้าที่เกี่ยวกับความไว้วางใจ(fiduciary duties) ในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย

2) กรณีของทรัสต์นั้น อาจถูกฟ้องร้องให้มีความรับผิดเป็นการส่วนตัวได้อาจจัดการกองทรัพย์สินของลูกหนี้โดยผิดพลาด(be sued personally for mismanagement of the estate)³¹⁰ นั่นคือ หลังจากที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการและเกิดกองทรัพย์สินของลูกหนี้(estate) ลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ซึ่งมีผลประโยชน์ได้เสียในกองทรัพย์สินเหล่านั้น ย่อมมีสิทธิฟ้องร้องทรัสต์ให้มีความรับผิดได้ในกรณีที่จัดการกองทรัพย์สินของลูกหนี้ให้ได้รับความเสียหาย รวมไปถึงในกรณีที่ ทรัสต์ตั้งใจละเลยหน้าที่เกี่ยวกับความไว้วางใจ³¹¹

มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของทรัสต์ดังนี้³¹²

ก. กรณีที่ทรัสต์กระทำการภายในขอบอำนาจตามกฎหมาย (acts within official authority) เช่น การกระทำการในเรื่องการจัดการและทรัพย์สินของลูกหนี้ แม้ว่าการจัดการนั้นจะเป็นการละเมิดกฎหมาย ผลทางกฎหมายคือไม่สามารถฟ้องร้องให้ทรัสต์รับผิดได้หากไม่ได้รับอนุญาตจากศาลล้มละลาย(bankruptcy court)

ข. กรณีที่ทรัสต์กระทำการนอกขอบอำนาจ(acts outside official authority) ทรัสต์ย่อมถูกฟ้องร้องไม่มีความรับผิดได้

³⁰⁸ 11 U.S.C., section 1104.

³⁰⁹ In re Joy V. North, 629 F 2d 880 (2d Cir 1982) cited in John T.Roache, *The Fiduciary Obligations of a Debtor in Possession*, p.5.

³¹⁰ 11 U.S.C.,section 323(b).

³¹¹ Carl Felsenfeld, *Bankruptcy*, p.61.

³¹² Ibid, p.63.