

ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ในคดีล้มละลายข้ามชาติ



นางสาวเกวดี ศรีมา

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2552

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CENTER OF A DEBTOR'S MAIN INTERESTS IN CROSS-BORDER INSOLVENCY CASE



Miss Kewadee Srirama

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

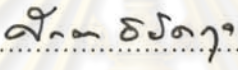
Chulalongkorn University

Academic Year 2009


Copyright of Chulalongkorn University


หัวข้อวิทยานิพนธ์ ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ในคดีล้มละลายข้ามชาติ
โดย นางสาวเกวดี ศรีมา
สาขาวิชา นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก รองศาสตราจารย์ สำเรียง เมฆเกรียงไกร
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม อาจารย์ วิชาญ วิชาญสรอรรถ

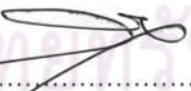
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัยเป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบัณฑิต


..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(รองศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ ธานีกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์


..... ประธานกรรมการ
(อาจารย์ ไกรสร บารมีอวยชัย)


..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(รองศาสตราจารย์ สำเรียง เมฆเกรียงไกร)


..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม
(อาจารย์ วิชาญ วิชาญสรอรรถ)


..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์ สุทธิชัย จิตรวานิช)

เกวตี ศรีมา : ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ในคดีล้มละลายข้ามชาติ. (CENTER OF A DEBTOR'S MAIN INTERESTS IN CROSS-BORDER INSOLVENCY CASE)

อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก : รศ.สำเรียง เมฆเกรียงไกร, อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม :
อ.วิศิษฎ์ วิศิษฎ์สรอรรถ, 240 หน้า.

แม้หลักเกณฑ์ของกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศในปัจจุบันจะมีแนวคิดให้มีการรวมศูนย์กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติ โดยการนำศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้มาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเขตอำนาจระหว่างประเทศของศาลผู้ดำเนินกระบวนการหลักเพื่อทำหน้าที่เป็นศูนย์กลางการบริหารจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติ แต่กลับไม่มีการกำหนดค่านิยมและหลักเกณฑ์การปรับใช้เกณฑ์ดังกล่าวไว้โดยชัดเจน ส่งผลให้เกิดการโต้แย้งกันอย่างมากระหว่างศาลและผู้ใช้บังคับกฎหมายล้มละลายในแต่ละประเทศ รวมทั้งในแวดวงของนักนิติศาสตร์ผู้พัฒนากฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาถึงที่มา, พัฒนาการ, แนวคิดทางกฎหมายที่สำคัญ และหลักเกณฑ์การล้มละลายข้ามชาติที่เกี่ยวข้องกับเกณฑ์ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ รวมทั้งศึกษาเปรียบเทียบแนวทางการตีความและปรับใช้เกณฑ์ดังกล่าวของศาลในสหภาพยุโรปภายใต้ข้อบังคับของคณะกรรมการการยุโรป เลขที่ 1346/2000 ว่าด้วยกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย และศาลในประเทศผู้รับหลักการของกฎหมายต้นแบบเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งองค์การสหประชาชาติ เพื่อวิเคราะห์หาแนวทางการตีความ, ปรับใช้ และการร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับเกณฑ์ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ที่มีความเหมาะสมกับประเทศไทย ตลอดจนเพื่อเป็นการเตรียมความพร้อมก่อนที่ประเทศไทยจะพิจารณารับหลักการของกฎหมายต้นแบบดังกล่าวเข้ามาปรับใช้กับกฎหมายภายในของไทยในอนาคตอันใกล้

ผลการศึกษาวิจัยพบว่า แม้เกณฑ์ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้จะมีจุดกำเนิดในทางระหว่างประเทศโดยมีวัตถุประสงค์หลักในการค้นหาสถานที่ตั้งทางภูมิศาสตร์อันก่อให้เกิดความสะดวกสูงสุดต่อการบริหารจัดการคดีล้มละลาย แต่คำพิพากษาของศาลในสหภาพยุโรปและศาลในประเทศผู้รับหลักการกลับแสดงให้เห็นถึงแนวทางการตีความและปรับใช้เกณฑ์ดังกล่าวที่แตกต่างกัน อันยิ่งก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการบริหารจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติซึ่งจำเป็นต้องอาศัยการประสานความร่วมมือกันในทางตุลาการระหว่างศาล เจ้าพนักงานในคดีล้มละลาย และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงขอเสนอให้มีการกำหนดค่านิยมของศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ และนำแนวทางการพิจารณาศูนย์กลางผลประโยชน์หลักจากระบบการดำเนินงานแบบสำนักงานแห่งใหญ่มาปรับใช้ในกรณีที่ลูกหนี้เป็นนิติบุคคล และถิ่นที่อยู่โดยปกติวิสัยในกรณีที่ลูกหนี้เป็นบุคคลธรรมดา โดยศาลควรมีขอบเขตกว้างและมีความยืดหยุ่นในการประเมินสถานที่ตั้งศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้จากหลักฐานและข้อเท็จจริงซึ่งมีความแตกต่างกันไปในแต่ละคดี ตลอดจนเสนอให้มีการเพิ่มเติมจุดเกาะเกี่ยวประเภทอื่นๆ ที่มีความหนักแน่นเพียงพอต่อการกล่าวอ้างเขตอำนาจของศาลไทยเหนือคดีล้มละลายข้ามชาตินอกเหนือจากจุดเกาะเกี่ยวภูมิฐานะและการประกอบธุรกิจตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ที่มีอยู่เดิม เพื่อให้การดำเนินกระบวนการคดีล้มละลายข้ามชาติในประเทศไทยเกิดความคล่องตัวและมีความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์การล้มละลายข้ามชาติในระดับสากลยิ่งขึ้น

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....ลายมือชื่อนิสิต.....
ปีการศึกษา.....2552.....ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....
ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม.....

4986211234 : MAJOR LAWS

KEY WORDS: CENTER OF MAIN INTERESTS / CROSS-BORDER INSOLVENCY

KEWADEE SRIMA: CENTER OF A DEBTOR' S MAIN INTERESTS IN CROSS-BORDER INSOLVENCY CASE. THESIS PRINCIPAL ADVISOR: ASSOC. PROF. SAMRIENG MEKKRIENGKRAI, THESIS COADVISOR: WISIT WISITSORA-AT, 240 pp.

Although there currently raises the notion yielded from the rule of international insolvency law to centralize cross-border insolvency proceedings by applying the Center of a Debtor's Main Interests test ("COMI") in order to specify an international jurisdiction of the court which carries on main proceeding in performing as a cross-border insolvency case management center, still there is no clear definition or application rule. This leads to the controversy among courts, authorities involved in bankruptcy proceedings in each country and people in legal profession who partake in the development of international insolvency law.

Accordingly, this thesis aims to study the source, development, legal principle and cross-border insolvency rule that may relate to the study regarding the COMI concept. It also compares the interpretation and application method between the European court under the Council Regulation no.1346/2000 on Insolvency Proceeding and enacting state's court under the Model law on cross-border insolvency of the United Nations Commission on International Trade Law ("UNCITRAL Model law") in order to find out an appropriate way to interpret, apply and draft provisions concerning COMI for Thailand and prepare herself before enacting legislation based on the UNCITRAL Model law in near future.

The study demonstrates that even though COMI has been established with an international origin and aims to specify the geographical location which allows an ultimate convenience for cross-border insolvency case management, judgments given by courts of countries in European Union as well as enacting states have shown the difference and deviation in interpretations and applications of COMI concept which has become the barrier of judicial co-operation among the court, official receiver and related authority.

Consequently, this thesis proposes to specify the definition of COMI and to apply the head office function approach in case that the debtor is a juristic person and habitual residence approach in case that the debtor is a natural person. Moreover, the courts should proceed with a broad and flexible scope to determine the location of COMI by assessing different facts and evidences in each case. Simultaneously, Thailand should add more sufficient connecting points for claiming an international jurisdiction on cross-border insolvency case other than the remaining domicile and carrying on business tests under Article 7 of the Bankruptcy Act B.E. 2483 in order to facilitate a cross-border insolvency proceeding in Thailand and to harmonize with cross-border insolvency rule on an international level.

Field of Study: LAWS Student's Signature: 

Academic Year: 2009 Advisor's Signature: 

Co-advisor's Signature: 

กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนใคร่กราบขอบพระคุณ ท่านอาจารย์วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ เป็นอย่างสูง ที่ได้กรุณารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม พร้อมทั้งเมตตาให้คำปรึกษาและข้อชี้แนะต่างๆ นับตั้งแต่การนำเสนอหัวข้อวิทยานิพนธ์ ตลอดจนสนับสนุนข้อมูลบางส่วนเพื่อประโยชน์ในการเขียนวิทยานิพนธ์ อันทำให้การจัดทำวิทยานิพนธ์นี้ดำเนินไปได้จนสำเร็จลุล่วงด้วยดีเกินความคาดหมายของผู้เขียน ตลอดจนกรุณาสละเวลามาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

ขอกราบขอบพระคุณ ท่านอาจารย์ไกรสร บารมีอวยชัย ที่ได้โปรดสละเวลารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และได้กรุณาให้ข้อชี้แนะต่างๆ ในการจัดทำวิทยานิพนธ์

ขอกราบขอบพระคุณ ท่านรองศาสตราจารย์สำเริง เมฆเกรียงไกร ที่ได้โปรดรับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และได้กรุณาให้ข้อชี้แนะต่างๆ ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ ตลอดจนชี้แนะผู้เขียนเกี่ยวกับระเบียบวิธีและธรรมเนียมที่ผู้เขียนต้องปฏิบัติในการจัดทำวิทยานิพนธ์ รวมทั้งยังกรุณาสละเวลาอันมีค่ามาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

ขอกราบขอบพระคุณ ท่านอาจารย์สุทธิชัย จิตรวานิช ที่ได้สละเวลารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และได้กรุณาให้ข้อชี้แนะต่างๆ ในการจัดทำวิทยานิพนธ์แก่ผู้เขียนเป็นอย่างดีเสมอมา

ท้ายที่สุดนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดาของผู้เขียนที่ได้มอบชีวิตสติปัญญา รวมทั้งให้การสนับสนุนด้านการศึกษาทั้งในทางโลกและทางธรรมแก่ผู้เขียนตลอดมา พี่สาวของผู้เขียนทั้งสองท่านที่คอยห่วงใย และขอขอบคุณเพื่อนๆ ของผู้เขียนทุกคนที่ได้ให้กำลังใจและคอยสนับสนุนผู้เขียนในการจัดทำวิทยานิพนธ์และด้านอื่นด้วยดีเสมอมา รวมไปถึงขอขอบคุณเพื่อนๆ พี่ๆ ร่วมหลักสูตรทุกคนมา ณ โอกาสนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฐ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัยและขอบเขตการศึกษา.....	5
1.3 วิธีการวิจัย.....	5
1.4 สมมติฐาน.....	6
1.5 ทฤษฎีที่นำมาใช้ในการวิจัย.....	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย.....	7
บทที่ 2 แนวคิด ทฤษฎี และหลักการเบื้องต้นของการดำเนินคดีล้มละลายข้ามชาติ.....	8
2.1 ความเบื้องต้น.....	8
2.1.1 ลักษณะโดยทั่วไปของคดีล้มละลายข้ามชาติ.....	11
2.1.2 สภาพปัญหาพื้นฐานและลักษณะของนิติสัมพันธ์ในคดีล้มละลาย ข้ามชาติ.....	13
2.1.3 การพิจารณาเขตอำนาจศาลไทยในคดีล้มละลาย.....	16
2.2 ทฤษฎีสำคัญที่เกี่ยวข้องและพัฒนาการของกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศ.....	19
2.2.1 ทฤษฎีสำคัญเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ.....	20
2.2.1.1 ทฤษฎี Territoriality.....	20
2.2.1.2 ทฤษฎี Universality.....	21
2.2.1.3 เปรียบเทียบระหว่างทฤษฎี Territoriality และ Universality.....	23
2.2.2 พัฒนาการของกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศ.....	30
2.3 การพัฒนากฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศในสหภาพยุโรป.....	37
2.3.1 ความเป็นมา.....	37

2.3.2	วัตถุประสงค์และขอบเขตการใช้บังคับ.....	41
2.3.3	สถานะทางกฎหมายของ European Insolvency Regulation.....	43
2.3.4	การดำเนินกระบวนการล้มละลายข้ามชาติในสหภาพยุโรป.....	44
2.3.4.1	การเริ่มกระบวนการล้มละลาย.....	44
	(1) การเริ่มกระบวนการล้มละลายโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยว ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ (Center of a debtor's main interests หรือ COMI).....	45
	(2) การเริ่มกระบวนการล้มละลายโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยว สถานประกอบการ (Establishment) ของลูกหนี้.....	45
2.3.4.2	ประเภทของกระบวนการล้มละลาย.....	46
	(1) กระบวนการหลัก (Main proceeding).....	47
	(2) กระบวนการรอง (Non-main proceeding or Secondary proceeding).....	48
	(3) กระบวนการภายในประเทศ (Territorial proceeding).....	50
2.3.4.3	กฎหมายที่นำมาใช้บังคับแก่กระบวนการ.....	52
2.3.4.4	การแต่งตั้งผู้แทนกระบวนการล้มละลาย (Liquidator).....	53
2.3.4.5	การรับรองกระบวนการล้มละลาย.....	54
2.3.4.6	ผลของการรับรองกระบวนการล้มละลาย.....	57
2.4	การพัฒนากฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศโดยองค์การสหประชาชาติ.....	59
2.4.1	ความเป็นมาและวัตถุประสงค์ของ Model law.....	59
2.4.2	หลักการสำคัญของ Model law.....	61
2.4.3	สถานะทางกฎหมายของ Model law.....	63
2.4.4	การดำเนินกระบวนการล้มละลายข้ามชาติตามหลักการ ของ Model law.....	63
2.4.4.1	การเริ่มกระบวนการล้มละลาย.....	63
	(1) การเริ่มกระบวนการล้มละลายโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยว ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ (Center of a debtor's main interests หรือ COMI).....	64
	(2) การเริ่มกระบวนการล้มละลายโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยว	

สถานประกอบการของลูกหนี้ (Establishment).....	64
(3) การเริ่มกระบวนการล้มละลายโดยอาศัยกฎหมายภายใน.	65
2.4.4.2 การแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศ (Foreign representative).....	65
2.4.4.3 การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ.....	66
2.4.4.4 การให้ความคุ้มครองต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ.....	71
(1) การให้ความคุ้มครองชั่วคราวระหว่างพิจารณา.....	71
(2) การให้ความคุ้มครองหลังจากที่ศาลในประเทศ	
ผู้รับหลักการมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้รับรอง	
กระบวนการพิจารณาต่างประเทศแล้ว.....	72
2.4.4.5 ผลของการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ.....	74
2.5 ผลของการรับหลักการของ Model law มาปรับใช้กับกฎหมายภายในของไทย.....	75
2.5.1 ผลเกี่ยวกับการเริ่มต้นคดีล้มละลาย.....	76
2.5.2 ผลเกี่ยวกับการบังคับทรัพย์สินของลูกหนี้.....	76
2.5.3 ผลเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้ต่างประเทศ.....	77
บทที่ 3 ศึกษาเปรียบเทียบเกณฑ์ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ในคำพิพากษา	
ของศาลต่างประเทศ.....	79
3.1 ความเป็นมาของ COMI.....	82
3.2 ความหมายเบื้องต้นของ COMI.....	85
3.3 เกณฑ์ COMI ในสหภาพยุโรป.....	87
3.3.1 ลักษณะทั่วไปและวัตถุประสงค์ของเกณฑ์ COMI.....	87
3.3.2 ข้อสันนิษฐานเบื้องต้น.....	91
3.3.2.1 ลักษณะและความสำคัญของข้อสันนิษฐานเบื้องต้น.....	91
3.3.2.2 การปรับใช้ข้อสันนิษฐานเบื้องต้น.....	93
(1) กรณีที่ลูกหนี้เป็นบริษัทหรือนิติบุคคล	
(Company and legal person).....	93
(2) กรณีที่ลูกหนี้เป็นบุคคลธรรมดา (Natural person).....	96
3.3.2.3 การให้นำหนักแก่ข้อสันนิษฐานเบื้องต้น.....	98
3.3.3 แนวทางเบื้องต้นในการปรับใช้เกณฑ์ COMI.....	102

3.3.4	แนวคำพิพากษาของศาลในสหภาพยุโรป.....	104
3.3.5	ผู้มีภาระในการพิสูจน์.....	115
3.3.6	วันพิจารณาเขตอำนาจระหว่างประเทศของศาล (Reference date).....	116
3.4	เกณฑ์ COMI ในสหรัฐอเมริกา.....	121
3.4.1	ความเป็นมา.....	121
3.4.2	ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นและผู้มีภาระในการพิสูจน์.....	124
3.4.3	แนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับ การปรับใช้เกณฑ์ COMI.....	126
3.4.4	วันพิจารณาเขตอำนาจระหว่างประเทศของศาล (Reference date).....	132
3.4.5	อำนาจและความเป็นอิสระของศาล.....	135
3.5	คำพิพากษาของศาลต่างประเทศ.....	137
3.5.1	คำพิพากษาของศาลต่างประเทศภายใต้	
	European Insolvency Regulation.....	137
3.5.1.1	คำพิพากษาของศาลยุติธรรมยุโรป.....	137
	(1) คดี Eurofood IFSC. Ltd.....	137
3.5.1.2	คำพิพากษาของศาลอังกฤษ.....	141
	(1) คดี BRAC Rent-a-Car International Inc.....	141
	(2) คดี Daisytek ISA Ltd.....	141
	(3) คดี Crisscross Telecommunications Group.....	144
3.5.1.3	คำพิพากษาของศาลฝรั่งเศส.....	145
	(1) คดี Rover France SAS.....	145
	(2) คดี Eurotunnel Finance Ltd.....	146
3.5.1.4	คำพิพากษาของศาลเยอรมัน.....	147
	(1) คดี MPOTEC GmbH.....	147
	(2) คดี Zenith Maschinenfabrik Austria GmbH	148
3.5.1.5	คำพิพากษาของศาลสวีเดน.....	148
	(1) คดี Radaflex OY.....	148
3.5.2	คำพิพากษาของศาลต่างประเทศภายใต้หลักการของ Model law.....	149
3.5.2.1	คำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา.....	149

(1) คดี Tri-Continental Exchange Ltd.....	149
(2) คดี Sphinx Managed Futures Fund Ltd.....	150
(3) คดี Bear sterns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund.....	152
(4) คดี Ernst & Young Inc. (Klytie's).....	156
3.5.2.2 คำพิพากษาของศาลอังกฤษ.....	157
(1) คดี Stanford International Bank Limited and Others.....	158
บทที่ 4 วิเคราะห์แนวทางการปรับใช้เกณฑ์ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกค้า ในประเทศไทย.....	164
4.1 วิเคราะห์แนวทางการปรับใช้เกณฑ์ COMI.....	165
4.1.1 วิเคราะห์แนวทางการปรับใช้เกณฑ์ COMI ของศาลในสหภาพยุโรป.....	166
4.1.2 วิเคราะห์แนวทางการปรับใช้เกณฑ์ COMI ของศาลสหรัฐอเมริกา.....	173
4.1.3 วิเคราะห์แนวทางการปรับใช้เกณฑ์ COMI ที่มีความเหมาะสมต่อศาลไทย... 4.1.3.1 แนวทางการปรับใช้เกณฑ์ COMI ของศาลไทย.....	175 175
4.1.3.2 ลักษณะของปัจจัยหรือข้อเท็จจริงที่ศาลไทยสามารถนำมาใช้ ในการค้นหาสถานที่ตั้งของ COMI.....	178
4.1.3.3 การกำหนดวันพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI (Reference date)...	181
4.1.3.4 การกำหนดผู้มีภาวะในการพิสูจน์.....	182
4.1.3.5 อำนาจและความเป็นอิสระของศาลไทย.....	182
4.2 แนวทางการร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับเกณฑ์ COMI ในประเทศไทย.....	183
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	189
5.1 บทสรุป.....	189
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	191

รายการอ้างอิง.....	194
ภาคผนวก.....	198
ภาคผนวก ก. UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency.....	199
ภาคผนวก ข. Council regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on on insolvency proceedings.....	213
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	240

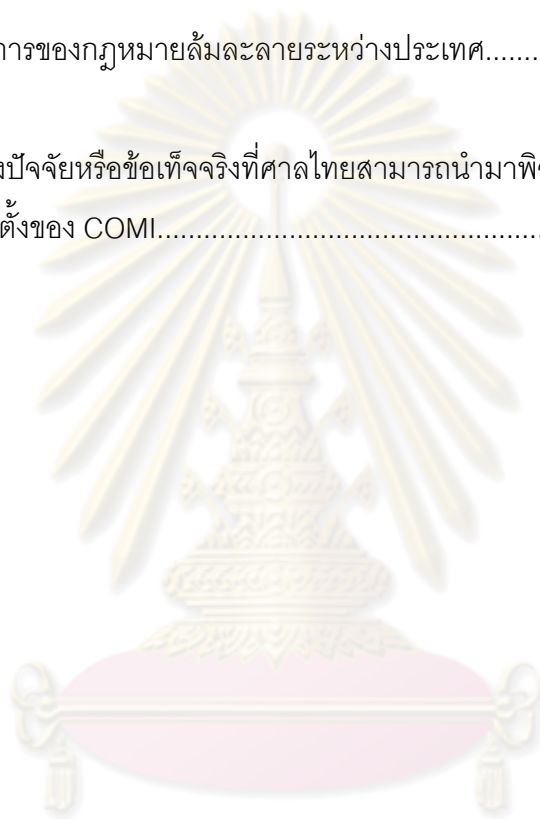


ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 2.1 เปรียบเทียบระหว่างทฤษฎี Territoriality และ Universality.....	23
ตารางที่ 2.2 พัฒนาการของกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศ.....	30
ตารางที่ 4.1 ตัวอย่างปัจจัยหรือข้อเท็จจริงที่ศาลไทยสามารถนำมาพิจารณาตัดสิน สถานที่ตั้งของ COMI.....	179



ศูนย์วิทยพัทยาการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เนื่องจากการขยายตัวทางด้านการค้าและการลงทุนในปัจจุบันมีแนวโน้มพัฒนาไปสู่การค้าการลงทุนในระดับระหว่างประเทศมากขึ้น ส่งผลให้รูปแบบของการประกอบธุรกิจแปรเปลี่ยนไปจากเดิมที่นักลงทุนเลือกที่จะประกอบธุรกิจอยู่แต่ภายในประเทศของตนเป็นการดำเนินธุรกิจในลักษณะข้ามพรมแดน เอกชนจากประเทศหนึ่งสามารถเข้าไปประกอบกิจการและเป็นเจ้าของทรัพย์สินในอีกประเทศหนึ่งได้ ตัวอย่างของรูปแบบการประกอบธุรกิจที่แพร่หลายมากที่สุดได้แก่ การประกอบธุรกิจแบบบริษัทข้ามชาติ (Transnational corporation) หรือกลุ่มบริษัท (Corporate group) ซึ่งเป็นนิติบุคคลที่จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศหนึ่ง และขยายขอบเขตการดำเนินธุรกิจ โดยการเข้าไปจัดตั้งสาขา (Branches), บริษัทลูก (Subsidiaries) หรือบริษัทในเครือ (Affiliates) ในต่างประเทศ ตลอดจนมีทรัพย์สินกระจัดกระจายอยู่ในประเทศต่างๆ ทั่วโลก

อย่างไรก็ตาม ในบางครั้งธุรกิจอาจมิได้ดำเนินไปด้วยดีอย่างที่หวังไว้ เนื่องจากสาเหตุหลายประการ เช่น เกิดจากระบบการบริหารจัดการธุรกิจนั่นเองไม่มีประสิทธิภาพ, ได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงภาวะทางเศรษฐกิจของประเทศที่เข้าไปลงทุน หรือภาวะทางเศรษฐกิจของโลกตกต่ำอย่างฉับพลัน ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับผลกระทบจนกระทั่งไม่มีเงินทุนหมุนเวียนเพียงพอในการบริหารกิจการ เกิดภาวะหนี้ล้นพ้นตัวจนทำให้ไม่สามารถรับผิดชอบต่อหนี้สินที่ก่อขึ้นได้ เมื่อคู่กรณีแต่ละฝ่ายไม่ว่าจะเป็นฝ่ายลูกหนี้หรือฝ่ายเจ้าหนี้ประสงค์จะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายล้มละลาย ปัญหาพื้นฐานสำคัญที่ตามมาก็คือ ศาลของประเทศใดจะเป็นผู้มีเขตอำนาจเหนือคดีล้มละลายดังกล่าว และจะนำกฎหมายของประเทศใดมาใช้บังคับ เนื่องจากนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนในคดีล้มละลายนั้นมีลักษณะระหว่างประเทศ กล่าวคือ มีข้อเท็จจริงตามกฎหมายล้มละลายซึ่งลูกหนี้เจ้าหนี้ ทรัพย์สินของลูกหนี้ ความรับผิดชอบหนี้ของลูกหนี้ หรือสิทธิในการขอรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ มีจุดเกาะเกี่ยวโดยทางใดทางหนึ่งกับเขตอำนาจของรัฐหลายรัฐ ส่งผลให้คดีล้มละลายตกอยู่ภายใต้ความเหลื่อมล้ำของกฎหมายหลายระบบ ทำให้ไม่สามารถหลีกเลี่ยงปัญหาการขัดกันแห่งเขตอำนาจรัฐ และการขัดกันแห่งกฎหมายได้

การกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาเขตอำนาจศาลและกฎหมายที่นำมาใช้บังคับแก่คดีล้มละลายที่มีลักษณะระหว่างประเทศจึงถือเป็นสิ่งจำเป็นต่อการสร้างความแน่นอนทางกฎหมาย เพราะโดยทั่วไปคู่กรณีที่มีพิพาทย่อมปรารถนาให้คดีล้มละลายซึ่งตนมีส่วนได้เสียตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายและเขตอำนาจศาลของประเทศที่ตนเลือก เนื่องจากแต่ละประเทศย่อมมีกฎหมายล้มละลายทั้งโดยเนื้อหาและวิธีพิจารณาความที่แตกต่างกัน ส่งผลให้การตัดสินของศาลแต่ละประเทศในข้อเท็จจริงลักษณะเดียวกันอาจมีความแตกต่างกันได้ ดังนั้น หากปล่อยให้คู่กรณีที่พิพาทสามารถเลือกเขตอำนาจศาลได้ตามใจชอบแล้ว ย่อมก่อให้เกิดการโต้แย้งเขตอำนาจศาลกันไม่มีที่สิ้นสุด และอาจส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศตามมาได้ เพราะรัฐแต่ละรัฐย่อมยึดถือในอำนาจอธิปไตยของตน โดยเฉพาะเขตอำนาจรัฐในทางศาลอันถือเป็นเรื่องละเอียดอ่อนต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศมาก จึงจำเป็นต้องสร้างหลักเกณฑ์กลางอันเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศมาใช้ในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

หลักเกณฑ์ระหว่างประเทศที่มีความสำคัญและได้กลายมาเป็นต้นแบบของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติในปัจจุบัน ได้แก่ กฎหมายต้นแบบเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ (UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency) หรือ “Model law” ซึ่งคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศขององค์การสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law หรือ UNCITRAL), หน่วยงานระหว่างประเทศ รวมทั้งหน่วยงานระดับชาติอีกหลายหน่วยงานได้ประสานความร่วมมือและจัดทำขึ้นเพื่อให้เป็นกฎหมายต้นแบบให้ประเทศสมาชิกขององค์การสหประชาชาตินำไปปรับใช้กับกฎหมายภายในของตน และ Council Regulation (EC) No.1346/2000 on Insolvency Proceeding หรือ “European Insolvency Regulation” อันเป็นหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศที่นำมาใช้บังคับกับการล้มละลายข้ามชาติที่เกิดขึ้นในสหภาพยุโรป โดยหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศทั้งสองแหล่งได้นำจุดเกาะเกี่ยว “ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้” (Center of a debtor’s main interests) หรือ “COMI” มาใช้กำหนดคุณสมบัติของประเทศที่มีความเหมาะสมที่สุดแก่การเป็นศูนย์กลางการบริหารจัดการคดีล้มละลายและทรัพย์สินทั้งหมดทั้งหมดทั้งมวลของลูกหนี้ในสถานะของ “กระบวนการหลัก” (Main proceeding) ในขณะเดียวกัน หากศาลของประเทศอื่นๆ ต้องการดำเนินกระบวนการล้มละลายต่อลูกหนี้รายเดียวกันนี้ภายในประเทศตนก็สามารถดำเนินกระบวนการล้มละลายในลักษณะคู่ขนานกันไป ในสถานะของกระบวนการรอง (Non-main proceeding) ได้ โดยต้องปรากฏจุดเกาะเกี่ยว

“สถานประกอบการ” (Establishment) ตั้งอยู่ภายในประเทศนั้นๆ ด้วย ทั้งนี้ กระบวนการของ มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ภายในประเทศและทำหน้าที่เป็นผู้ช่วยของ กระบวนการหลักเพื่อให้การบริหารจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติบรรลุผลสำเร็จอย่างจริงจัง ในทางปฏิบัติ

อย่างไรก็ตาม การนำจุดเกาะเกี่ยว COMI มาใช้บังคับได้กลายมาเป็นประเด็นปัญหา ในระดับระหว่างประเทศที่มีการถกเถียงกันอย่างมากในแวดวงนักนิติศาสตร์ เพราะ Model law และ European Insolvency Regulation ต่างมีได้กำหนดคำจำกัดความ, หลักเกณฑ์ในการปรับใช้ และตีความ, แนวทางในการพิสูจน์และบุคคลผู้มีภาระในการพิสูจน์สถานที่ตั้งของ COMI ตลอดจน ลักษณะของปัจจัยหรือข้อเท็จจริงที่ศาลควรนำมาใช้ในการตัดสินสถานที่ตั้งของ COMI ส่งผลให้ ศาลในแต่ละประเทศมีแนวทางการตีความและปรับใช้เกณฑ์ดังกล่าวอย่างแตกต่างกันหลาย อันยิ่งก่อให้เกิดอุปสรรคและความไม่แน่นอนซ้ำต่อการเริ่มต้นคดีล้มละลายซึ่งจำเป็นต้องอาศัยระบบการ จัดการที่มีความรวดเร็ว เพราะแทนที่จุดเกาะเกี่ยว COMI จะทำให้การดำเนินกระบวนการ คดีล้มละลายข้ามชาติมีความโปร่งใสและสามารถคาดการณ์ได้ กลับยิ่งกลายเป็นชนวนซึ่งทำให้ การโต้แย้งเขตอำนาจศาลเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติระหว่างศาลในแต่ละประเทศทวีความรุนแรง มากยิ่งขึ้น

สำหรับการฟ้องคดีล้มละลายในประเทศไทยนั้น มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 ได้กำหนดมูลเหตุในการฟ้องให้ลูกหนี้ล้มละลายได้ต้องประกอบด้วยการที่ลูกหนี้มีหนี้สิน ล้นพ้นตัวและลูกหนี้มีภูมิลำเนาในราชอาณาจักร หรือประกอบธุรกิจในราชอาณาจักรไม่ว่าโดยตนเอง หรือโดยตัวแทนในขณะที่มีการขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย หรือภายในกำหนดเวลาหนึ่งปีก่อนหน้านั้น¹ และตามมาตรา 177 ผลของการล้มละลายหรือการพิทักษ์ทรัพย์จะไม่มีผลไปถึงทรัพย์สินของลูกหนี้

¹ มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483: “ลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวอาจถูกศาลพิพากษา ให้ล้มละลายได้ ถ้าลูกหนี้มีภูมิลำเนาในราชอาณาจักร หรือประกอบธุรกิจในราชอาณาจักรไม่ว่าด้วยตนเอง หรือ โดยตัวแทนในขณะที่มีการขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย หรือภายในกำหนดเวลาหนึ่งปีก่อนนั้น”

ที่ตั้งอยู่นอกประเทศไทย² และในทำนองเดียวกัน การล้มละลายและการพิทักษ์ทรัพย์ตามกฎหมายของประเทศอื่นก็ไม่มีผลมาถึงทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตั้งอยู่ในประเทศไทยด้วยเช่นกัน ซึ่งแสดงให้เห็นว่ากฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันยังไม่มีความเหมาะสม เพราะยังไม่สามารถรองรับต่อปัญหาการล้มละลายข้ามชาติที่มีอยู่ในปัจจุบันได้ นอกจากนี้แม้ปัจจุบันประเทศไทยจะเป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ แต่ก็ยังอยู่ในระหว่างการศึกษาว่าควรจะได้รับหลักการของ Model law เข้ามาปรับใช้กับกฎหมายภายในของไทยหรือไม่

การล้มละลายข้ามชาติได้กลายมาเป็นประเด็นปัญหาสำคัญซึ่งประเทศไทยไม่อาจละเลยได้ เพราะการล้มละลายของลูกหนี้ซึ่งเป็นบริษัทข้ามชาติหรือกลุ่มบริษัทในประเทศหนึ่งอาจส่งกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและการจ้างงานในอีกประเทศหนึ่ง หรืออาจลุกลามจนกลายเป็นปัญหาต่อระบบเศรษฐกิจโลกโดยรวมได้ อีกทั้งการเปิดเสรีด้านการค้าการลงทุนของประเทศไทยส่งผลให้ความเสี่ยงที่การล้มละลายข้ามชาติจะเกิดขึ้นในประเทศไทยมีมากขึ้นเป็นเงาตามตัว โดยกลุ่มประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) อันเป็นองค์การนานาชาติในสังกัดขององค์การสหประชาชาติ (United Nation) ต่างทยอยรับหลักการของ Model law เข้ามาปรับใช้กับกฎหมายภายในของตนเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ ด้วยเล็งเห็นประโยชน์จากการประสานความร่วมมือกันระหว่างศาล หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และเจ้าพนักงานในคดีล้มละลายในแต่ละประเทศ เพื่อให้การบริหารจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติบรรลุผลสำเร็จร่วมกันทั้งในด้านการชำระสะสางหนี้สินของลูกหนี้ และการปกป้องผลประโยชน์ของเจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องในแต่ละประเทศ จึงมีแนวโน้มว่าในอนาคตอันใกล้ประเทศไทยในฐานะประเทศสมาชิกหนึ่งขององค์การการค้าโลกและองค์การสหประชาชาติจะต้องรับหลักการของ Model law เข้ามาปรับใช้กับกฎหมายภายในของไทยเพื่อทำให้การบริหารจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติในประเทศไทยเป็นที่ยอมรับในระดับสากลอย่างแน่นอน

อย่างไรก็ตาม เกณฑ์ COMI อันเป็นจุดเกาะเกี่ยวประการหนึ่งซึ่ง Model law นำมาใช้ในการแบ่งแยกสถานะของกระบวนการต่างประเทศ (Foreign proceeding) ที่ศาลในประเทศผู้รับ

² มาตรา 177 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483: “การพิทักษ์ทรัพย์หรือการล้มละลายตามพระราชบัญญัตินี้มีผลเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ตลอดและเฉพาะแต่ในราชอาณาจักรการพิทักษ์ทรัพย์หรือการล้มละลายตามกฎหมายของประเทศอื่น ไม่มีผล เกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งอยู่ในราชอาณาจักร”

หลักการของ Model law สามารถพิจารณารับรองในสถานะกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ (Foreign main proceeding) ได้ ยังไม่มีความชัดเจนทั้งในเรื่องความหมาย ขอบเขต และแนวทางการตีความและปรับใช้เกณฑ์ดังกล่าว ผู้วิจัยจึงเห็นว่าควรทำการศึกษาถึงแนวคิด ที่มา หลักเกณฑ์ และพัฒนาการของเกณฑ์ COMI รวมทั้งศึกษาเปรียบเทียบแนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ เพื่อค้นหาแนวทางการตีความและปรับใช้เกณฑ์ COMI ให้มีความเหมาะสมกับประเทศไทย และเป็นแนวทางในการร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับเกณฑ์ COMI ต่อไปในอนาคต

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัยและขอบเขตการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาถึงที่มา พัฒนาการ รวมทั้งหลักเกณฑ์การตีความและปรับใช้เกณฑ์ COMI โดยศึกษาเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ที่มีอยู่ใน European Insolvency Regulation, Model law และกฎหมายภายในของประเทศผู้รับหลักการของ Model law รวมทั้งแนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ เพื่อประมวลหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับเกณฑ์ COMI พร้อมทั้งวิเคราะห์จุดเด่น จุดด้อย ผลกระทบ และความเหมาะสมของการปรับใช้เกณฑ์ดังกล่าวต่อการดำเนินกระบวนการคดีล้มละลายข้ามชาติ เพื่อค้นหาแนวทางการตีความและปรับใช้เกณฑ์ COMI ที่มีความเหมาะสมกับประเทศไทย และเป็นแนวทางในการร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับเกณฑ์ COMI หากประเทศไทยต้องดำเนินการรับหลักการของ Model law เข้ามาปรับใช้กับกฎหมายล้มละลายของไทยต่อไปในอนาคต

1.3 วิธีการวิจัย

การศึกษาวิจัยใช้วิธีการในลักษณะวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยการค้นคว้าจากเอกสารทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ในรูปแบบของตำรากฎหมาย บทความวิชาการทางนิติศาสตร์และสาขาที่เกี่ยวข้อง เอกสารประกอบการสัมมนา ตั๋วบทกฎหมาย คำพิพากษาของศาล และข่าวทางธุรกิจที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเอกสารทั้งหมดนี้จะได้นำมาประมวลเป็นข้อมูลเพื่อวิเคราะห์หาข้อสรุปและนำมาแก้ไขปัญหาทางกฎหมายที่มุ่งศึกษา รวมทั้งเสนอแนวทางที่ควรจะเป็นต่อไป

1.4 สมมติฐาน

“ในอนาคตประเทศไทยจะต้องรับหลักการของกฎหมายต้นแบบเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ (UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency) หรือ Model law เข้ามาปรับใช้กับกฎหมายภายในของไทยอย่างแน่นอน โดย Model law ได้นำจุดเกาะเกี่ยว COMI มาใช้เป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกระหว่างสถานะของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ศาลในประเทศผู้รับหลักการสามารถพิจารณารับรองได้ในสถานะกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ (Foreign Main Proceeding) แต่ไม่ได้กำหนดคำจำกัดความ หลักเกณฑ์ในการตีความและปรับใช้เกณฑ์ดังกล่าวไว้แต่อย่างใด ก่อให้เกิดปัญหาในการตีความและปรับใช้เกณฑ์ดังกล่าวเมื่อมีคดีล้มละลายข้ามชาติขึ้นสู่ศาล ดังนั้นจึงเห็นควรศึกษาถึงความเป็นมา แนวคิดทางกฎหมาย พัฒนาการ หลักเกณฑ์ระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนศึกษาเปรียบเทียบแนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเพื่อค้นหาแนวทางการตีความและปรับใช้เกณฑ์ COMI ที่มีความเหมาะสมกับประเทศไทยและเพื่อเป็นแนวทางในการร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับเกณฑ์ COMI ในกฎหมายล้มละลายของไทยต่อไป”

1.5 ทฤษฎีที่จะนำมาใช้ในการวิจัย

หลักเกณฑ์และทฤษฎีทางกฎหมายที่จะนำมาศึกษาและกล่าวถึงในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ อันนำไปสู่คำตอบและแนวทางแก้ไขปัญหาต่างๆ มีดังต่อไปนี้

1. ทฤษฎีเกี่ยวกับการล้มละลายซึ่งประกอบด้วยทฤษฎี Territoriality และทฤษฎี Universality
2. ทฤษฎีเกี่ยวกับการรับรองสถานะของนิติบุคคลต่างประเทศ ได้แก่ ทฤษฎีรัฐผู้จัดตั้งนิติบุคคล (State of incorporation theory) และทฤษฎีสถานที่ตั้งที่แท้จริง (Real seat theory)
3. หลักความไว้เนื้อเชื่อใจกัน (The principle of mutual trust)
4. หลักความเท่าเทียมกันระหว่างบรรดาเจ้าหนี้ (Equality to creditors)

5. หลักอัยยาศัยไมตรี (Principle of comity)
6. หลักเกณฑ์การรับรองกระบวนการล้มละลายโดยอัตโนมัติ (Automatic recognition) ภายใต้บังคับของ European Insolvency Regulation
7. หลักเกณฑ์การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ (Recognition of foreign proceeding) ภายใต้บังคับของ Model law

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย

การศึกษาภายในขอบเขตและวัตถุประสงค์ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีประโยชน์หลายประการ ทั้งต่อแวดวงวิชาการและต่อการใช้ประโยชน์ในทางปฏิบัติดังต่อไปนี้

1. ก่อให้เกิดความเข้าใจในปัญหาพื้นฐานของการล้มละลายข้ามชาติเกี่ยวกับการขัดกันแห่งเขตอำนาจรัฐและการขัดกันแห่งกฎหมาย
2. ได้ทราบถึงแนวคิดและเจตนารมณ์เบื้องหลังของสหภาพยุโรปและ UNCITRAL ในการนำเกณฑ์ COMI มาปรับใช้กับการดำเนินกระบวนการล้มละลายข้ามชาติ
3. ได้ทราบถึงแนวทางในการตีความและการปรับใช้เกณฑ์ COMI ผ่านทางคำพิพากษาของศาลในสหภาพยุโรปและศาลในประเทศผู้รับหลักการของ Model law
4. ได้ทราบถึงแนวทางการปรับใช้และการร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับเกณฑ์ COMI ที่มีความเหมาะสมกับประเทศไทย เมื่อต้องรับหลักการของ Model law เข้ามาปรับใช้กับกฎหมายล้มละลายของไทยในอนาคต
5. เป็นจุดเริ่มต้นเพื่อก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ และการศึกษาด้านกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศให้ลึกซึ้งต่อไปในอนาคต

บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎี และหลักการเบื้องต้นของการดำเนินคดีล้มละลายข้ามชาติ

2.1 ความเบื้องต้น

การล้มละลายของลูกหนี้ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลนั้นสามารถเกิดขึ้นได้จากหลายสาเหตุ เช่น เกิดจากการที่เจ้าหนี้โดยเฉพาะเจ้าหนี้ที่เป็นสถาบันการเงินปล่อยสินเชื่อโดยไม่มี การควบคุมและติดตามหนี้ เพราะนิ่งนอนใจในหลักประกันที่ลูกหนี้ได้ให้ไว้กับตน หรือเจ้าหนี้ มีระบบการควบคุมสินเชื่อที่ไม่รัดกุมส่งผลให้ลูกหนี้นำเงินกู้ออกไปใช้อย่างไม่เหมาะสมหรือ ผิดจากวัตถุประสงค์ตามที่ได้ตกลงไว้กับเจ้าหนี้ เป็นเหตุให้เจ้าหนี้ไม่สามารถหาทางแก้ไขปัญหาได้ อย่างทันท่วงทีเมื่อลูกหนี้ประสบปัญหาขาดสภาพคล่องทางการเงิน นอกจากนั้นยังอาจเกิดจาก ปัจจัยภายนอกอื่นๆ เช่น สภาพแวดล้อมธุรกิจของลูกหนี้มีการแข่งขันกันอย่างรุนแรง, เกิดสภาวะ เศรษฐกิจตกต่ำหรือมีการผันแปรอย่างเฉียบพลันอันเป็นสิ่งที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของลูกหนี้ แม้ว่าลูกหนี้จะได้พยายามดำเนินธุรกิจของตนอย่างเต็มความสามารถแล้วก็ตาม

ดังนั้น เมื่อลูกหนี้ไม่สามารถจัดการกับปัญหาหนี้สินของตนเองต่อไปได้ จึงมีความจำเป็นต้องอาศัยอำนาจรัฐเข้าแทรกแซงเพื่อรวบรวมเอาทรัพย์สินและหนี้สินทั้งหมดของลูกหนี้เข้าสู่ กระบวนการจัดการที่เป็นระบบและมีความรวดเร็ว โดยกำหนดให้ลูกหนี้มีสถานะทางสังคม เป็นบุคคลล้มละลาย เพื่อจำกัดการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจอันอาจกระทบกระเทือนต่อสังคม โดยรวม โดยสามารถแบ่งกระบวนการที่เกิดขึ้นออกเป็น 2 รูปแบบใหญ่ๆ คือ

(1) กระบวนการชำระหนี้ หรือกระบวนการชำระบัญชี (Liquidation) เป็นกระบวนการ ที่มีเป้าหมายในการจัดสรรชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายให้เสร็จสิ้นไป โดยทำการรวบรวมทรัพย์สิน ทั้งหมดของลูกหนี้เพื่อนำมาเฉลี่ยชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้แต่ละรายตามลำดับชั้นแห่งมูลหนี้ ซึ่งกระบวนการประเภทนี้มักนำมาใช้กับลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวจนไม่สามารถเยียวยาด้วยวิธีการ อื่นๆ ได้แล้ว

(2) กระบวนการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ (Reorganization) เป็นกระบวนการที่มีเป้าหมาย ในการช่วยเหลือลูกหนี้ให้สามารถกลับเข้าดำเนินธุรกิจของตนต่อไปได้ ภายใต้เงื่อนไขที่คู่กรณีทุกฝ่าย

พึงพอใจ มักนำมาใช้กับลูกหนี้ที่ขาดสภาพคล่องทางการเงินเพียงชั่วคราว แต่กิจการของลูกหนี้ยังอยู่ในสภาพพอที่จะฟื้นฟูได้อยู่

การที่ลูกหนี้จะเข้าสู่กระบวนการในรูปแบบใดนั้น ขึ้นอยู่กับความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้และกิจการของลูกหนี้เป็นสำคัญ ซึ่งระบบกฎหมายล้มละลายโดยส่วนใหญ่จะเปิดโอกาสให้เจ้าหนี้และลูกหนี้ได้มีการเจรจาเพื่อหาแนวทางแก้ไขและประเมินสถานการณ์ร่วมกันก่อนเข้าสู่กระบวนการจัดการตามกฎหมายล้มละลาย โดยขั้นตอนดังกล่าวนี้ถูกเรียกว่า “การประนอมหนี้” (Composition) เช่น เจ้าหนี้และลูกหนี้อาจตกลงให้ขยายกำหนดระยะเวลาการชำระหนี้ออกไป หรือผ่อนปรนเงื่อนไขบางประการเพื่อให้สอดคล้องกับความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้ หรืออาจเลือกใช้ช่องทางในการฟื้นฟูกิจการ โดยยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการในกรณีที่เกิดกิจการของลูกหนี้ยังอยู่ในสภาพพอที่จะฟื้นฟูได้ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม หากการประนอมหนี้ไม่ประสบผลสำเร็จ ลูกหนี้ก็จำเป็นต้องเข้าสู่กระบวนการล้มละลายภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด โดยเจ้าหนี้จะยื่นฟ้องลูกหนี้เป็นคดีล้มละลายเพื่อบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ ซึ่งต้องอาศัยอำนาจรัฐเข้าจัดการและรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อนำมาแบ่งเฉลี่ยให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายอย่างทั่วถึงและเท่าเทียมกัน นอกจากนี้ หากศาลมีคำสั่งให้ลูกหนี้ล้มละลายย่อมส่งผลให้ลูกหนี้ที่เป็นนิติบุคคลต้องสิ้นสภาพลง ส่วนลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดาจะยอมถูกจำกัดสิทธิในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด อันเป็นการคุ้มครองสังคมมิให้บุคคลล้มละลายไปก่อให้เกิดความเสียหาย โดยการก่อกองหนี้ไม่มีที่สิ้นสุด อย่างไรก็ตาม กฎหมายล้มละลายโดยส่วนใหญ่มักจะเปิดโอกาสให้ลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดาสามารถกลับมาประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจได้ใหม่เมื่อล่วงพ้นระยะเวลาหนึ่งไปแล้ว ทำให้ลูกหนี้สามารถชำระหนี้สินของตนได้อย่างรวดเร็วและกลับมาตั้งตัวได้ใหม่ภายในระยะเวลาไม่นานนัก

ระบบกฎหมายล้มละลายที่มีอยู่เดิมนั้นถูกสร้างขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาการชำระหนี้สินของลูกหนี้ภายในประเทศ โดยนัยหนึ่งเพื่อคุ้มครองสังคมจากบุคคลล้มละลาย และอีกนัยหนึ่งเพื่อรักษาธุรกิจและการจ้างงานอันเป็นรากฐานสำคัญของระบบเศรษฐกิจเอาไว้ อย่างไรก็ตาม ภาวะความเปลี่ยนแปลงในทางพาณิชย์ของเอกชนมีแนวโน้มพัฒนาไปสู่การค้าและการลงทุนระหว่างประเทศมากขึ้น รูปแบบการดำเนินธุรกิจแบบบริษัทข้ามชาติหรือกลุ่มบริษัทที่มีการขยายตัวขึ้นอย่างมากมายนานาชาติ และเมื่อนิติบุคคลเหล่านี้ประสบปัญหาทางการเงินถึงขั้นล้มละลาย เจ้าหนี้

ในประเทศต่างๆ ย่อมต้องการได้รับความคุ้มครองภายใต้มาตรการทางกฎหมายภายในประเทศที่ตนคุ้นเคยเพื่อบังคับชำระหนี้เอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ โดยการกล่าวอ้างจุดเกาะเกี่ยว (Connecting Point or Nexus) ในคดีล้มละลายซึ่งกฎหมายระหว่างประเทศรับรอง เพื่อให้ศาลภายในประเทศตนมีอำนาจอันชอบธรรมในการพิจารณาคดีนั้น

ประเด็นถัดมาที่น่าคิดก็คือ จุดเกาะเกี่ยวที่แต่ละรัฐนำมากล่าวอ้างนั้นมีความเหมาะสมเพียงพอที่จะทำให้ศาลของรัฐนั้นๆ มีเขตอำนาจเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติหรือไม่ เพราะกฎหมายล้มละลายในแต่ละประเทศย่อมกำหนดประเภทของจุดเกาะเกี่ยวไว้แตกต่างกัน และแม้จะเป็นการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวตามหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลก็ได้หมายความว่า จุดเกาะเกี่ยวที่เพียงพอสำหรับประเทศหนึ่งจะเพียงพอสำหรับอีกประเทศหนึ่งเสมอไป

คดีล้มละลายข้ามชาติจึงเป็นคดีที่แต่ละรัฐต่างต้องแข่งขันกันในเรื่องเขตอำนาจศาล เนื่องจากเจ้าหนี้ในต่างประเทศย่อมต้องการบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินลูกหนี้ให้ได้มากและรวดเร็วที่สุด ยิ่งไปกว่านั้นความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีที่มีอยู่ในปัจจุบันอาจทำให้ลูกหนี้ที่ทุจริตใช้เป็นช่องทางในการย้ายถ่ายโอนทรัพย์สินจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง โดยมีเจตนาเพื่อหลีกเลี่ยงไม่ยอมชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ดังนั้น หากรัฐใดเล็งเห็นว่าลูกหนี้มีทรัพย์สินตั้งอยู่ภายในประเทศตนมากเพียงพอ การเริ่มกระบวนการล้มละลายภายในประเทศให้เร็วที่สุดอาจเป็นหนทางหนึ่งที่จะทำให้รัฐสามารถใช้มาตรการทางกฎหมายล้มละลายเพื่อเข้าจัดการและควบคุมทรัพย์สินของลูกหนี้ได้อย่างทันท่วงที อันจะเป็นการคุ้มครองผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ให้ได้รับชำระหนี้อย่างเต็มเม็ดเต็มหน่วยมากขึ้น ในขณะที่เดียวกันจุดเกาะเกี่ยวที่รัฐจะนำมาใช้กล่าวอ้างก็ต้องมีน้ำหนักเพียงพอและเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศเพื่อป้องกันการโต้แย้งเรื่องเขตอำนาจศาลระหว่างกันโดยไม่มีที่สิ้นสุด อันอาจส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยมิได้ตั้งใจได้

สำหรับจุดเกาะเกี่ยวที่ผู้วิจัยเลือกขึ้นมาศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คือ จุดเกาะเกี่ยวที่เรียกว่า “ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้” (The center of a debtor's main interests) หรือ “COMI” อันเป็นจุดเกาะเกี่ยวประการหนึ่งที่รัฐสามารถนำมาใช้กล่าวอ้างเขตอำนาจรัฐทางศาลเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติได้ โดยสหภาพยุโรป (The European Union) ได้เลือกใช้เป็นเกณฑ์ในการริเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติในสหภาพยุโรป เช่นเดียวกับคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งองค์การสหประชาชาติ (United Nations Commission on International Trade Law หรือ UNCITRAL) ที่ได้นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในกฎหมายต้นแบบเกี่ยวกับ

การล้มละลายข้ามชาติ (Model law on cross-border insolvency หรือ “Model law”) เพื่อให้ประเทศสมาชิกขององค์การสหประชาชาติใช้เป็นแนวทางในการบัญญัติและปรับปรุงกฎหมายล้มละลายภายในประเทศให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ระหว่างประเทศทั้งสองแหล่งกลับมิได้กำหนดความหมายหรือคำนิยาม ตลอดจนหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการตีความและปรับใช้เกณฑ์ COMI ไว้แต่อย่างใด ส่งผลให้ศาลในแต่ละประเทศมีแนวทางในการตีความและปรับใช้ที่แตกต่างกันหลาย ทำให้ไม่มีบรรทัดฐานที่ชัดเจนแน่นอน และเป็นประเด็นที่ถกเถียงกันอย่างมากในแวดวงนักนิติศาสตร์ ซึ่งในอนาคตอันใกล้นี้ หากประเทศไทยในฐานะประเทศสมาชิกหนึ่งขององค์การสหประชาชาติต้องรับหลักการของ Model law เข้ามาปรับใช้กับกฎหมายล้มละลายของไทย การศึกษาเกณฑ์ดังกล่าวให้เข้าใจอย่างถ่องแท้จึงถือเป็นสิ่งจำเป็น เพราะจะเป็นแนวทางแก่ผู้ร่างกฎหมายให้สามารถบัญญัติหลักเกณฑ์การพิจารณาเขตอำนาจศาลเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติได้อย่างชัดเจนและครอบคลุมมากขึ้น อันจะช่วยลดปัญหาในการปรับใช้และตีความหลักเกณฑ์ดังกล่าวของศาลลงหากมีความจำเป็น ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติ หรือรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่างประเทศในประเทศไทย

ทั้งนี้ การจะศึกษาและวิเคราะห์เกณฑ์ดังกล่าวได้อย่างละเอียดถี่ถ้วนนั้นจำเป็นต้องศึกษาหลักการพื้นฐานเบื้องต้นเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติเสียก่อน ในบทนี้ผู้วิจัยจึงขอกล่าวถึงลักษณะทั่วไปและนิยามพื้นฐานในคดีล้มละลายข้ามชาติ, สภาพปัญหาพื้นฐานที่เกิดขึ้น, ทฤษฎีสำคัญที่มีอิทธิพลต่อแนวคิดในการบริหารจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติ, พัฒนาการของกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศ, การพัฒนามาตรฐานกฎหมายล้มละลายในสหภาพยุโรป, การพัฒนามาตรฐานกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศโดยองค์การสหประชาชาติ ตลอดจนผลของการรับหลักการของ Model law เข้ามาปรับใช้กับกฎหมายภายในของไทย อันเป็นการปูพื้นฐานความรู้เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ เพื่อเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับ COMI ในเชิงลึกในบทต่อไป

2.1.1 ลักษณะโดยทั่วไปของคดีล้มละลายข้ามชาติ

คดีล้มละลายข้ามชาติเกิดจากข้อเท็จจริงหรือนิติสัมพันธ์ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายล้มละลายมี “องค์ประกอบต่างประเทศ (Foreign Element)” เข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น เกิดจาก

การที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายเป็นคนต่างด้าว, มีภูมิลำเนาอยู่ในต่างประเทศ, นิติสัมพันธ์หรือผลของนิติสัมพันธ์เกิดขึ้นในต่างประเทศ หรือทรัพย์สินเป็นวัตถุแห่งนิติสัมพันธ์ ตั้งอยู่ในต่างประเทศ³ ส่งผลให้คดีล้มละลายที่เกิดขึ้นเป็นคดีล้มละลายที่มีลักษณะระหว่างประเทศ (International insolvency case) หรือคดีล้มละลายข้ามชาติ (Cross-border insolvency case) และตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐหลายรัฐ ซึ่งหมายความว่า แต่ละรัฐสามารถกล่าวอ้างเขตอำนาจรัฐเหนือคดีล้มละลายนั้นได้ โดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวบางประการตามที่กฎหมายภายในของรัฐนั้นกำหนด

ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนที่สุด คือ การล้มละลายของบริษัทข้ามชาติ ซึ่งนิติบุคคลประเภทนี้จะมีการจัดตั้งบริษัทแม่ขึ้นในประเทศหนึ่งก่อน จากนั้นจึงขยายการประกอบธุรกิจออกไปยังประเทศอื่นๆ โดยการเข้าไปจัดตั้งบริษัทลูก, บริษัทในเครือ หรือสาขา เพื่อรองรับการดำเนินธุรกิจในประเทศนั้นๆ ซึ่งสภาพความเป็นนิติบุคคลและความสามารถในการประกอบธุรกิจย่อมเป็นไปตามกฎหมายภายในของประเทศอันนิติบุคคลเหล่านั้นจัดตั้งขึ้น (State of incorporation) การประกอบธุรกิจแบบข้ามพรมแดนนี้จำเป็นต้องอาศัยเงินลงทุนจำนวนมาก บริษัทข้ามชาติอาจจำเป็นต้องกู้ยืมเงินจากเจ้าหนี้หลายรายทั่วโลก รวมทั้งเข้าไปมีทรัพย์สินในประเทศต่างๆ เช่น เข้าไปจัดตั้งโรงงานผลิตสินค้า, ลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ หรือลงทุนในตลาดหลักทรัพย์ของประเทศนั้นๆ ส่งผลให้เกิดจุดเกาะเกี่ยวมากมายกับเขตอำนาจของรัฐหลายรัฐ

การมีจุดเกาะเกี่ยวเชื่อมโยงกับเขตอำนาจรัฐหลายรัฐนี้เองส่งผลให้คดีล้มละลายดังกล่าวตกอยู่ภายใต้ความเหลื่อมล้ำของระบบกฎหมายหลายระบบ จึงไม่สามารถนำกฎหมายจากประเทศใดประเทศหนึ่งมาใช้บังคับแก่คดีโดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างกันเรื่องเขตอำนาจรัฐเลย เพราะโดยทั่วไปแล้ว เมื่อรัฐใดกล่าวอ้างจุดเกาะเกี่ยวเพื่อให้ตนมีอำนาจอันชอบธรรมในการพิจารณาคดีล้มละลาย รัฐนั้นย่อมต้องการนำกฎหมายภายในของรัฐซึ่งศาลสังกัดอยู่อันเป็นกฎหมายที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดที่สุดมาใช้แก่คดี ซึ่งต้องเข้าใจว่าคดีล้มละลายข้ามชาติมีความเกี่ยวเนื่องกับผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ ลูกหนี้ และผู้มีส่วนได้เสียในหลากหลายประเทศ หากจุดเกาะเกี่ยวที่ใช้กล่าวอ้างเขตอำนาจศาลไม่มีน้ำหนักเพียงพอหรือไม่เป็นที่ยอมรับของประชาคมระหว่างประเทศ

³ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลภาคที่ 1: การจัดสรรเอกชนในทางระหว่างประเทศ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 31.

ย่อมก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการบริหารจัดการคดีล้มละลาย เพราะศาลต่างประเทศอาจใช้เป็นเหตุผลในการปฏิเสธไม่ยอมให้ความร่วมมือหรือความช่วยเหลืออันเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายนั้น ส่งผลให้การบริหารจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร

2.1.2 สภาพปัญหาพื้นฐานและลักษณะของนิติสัมพันธ์ในคดีล้มละลายข้ามชาติ

สภาพปัญหาพื้นฐานอันเกิดจากการที่รัฐหลายรัฐสามารถกล่าวอ้างเขตอำนาจศาลเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติได้ คือ กฎหมายของรัฐใดจะเป็นกฎหมายที่นำมาใช้บังคับแก่คดี (Applicable Law) เนื่องจากแต่ละรัฐย่อมต้องการให้กฎหมายภายในซึ่งตนคุ้นเคยเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่กระบวนการ และหากจะนำกฎหมายของทุกรัฐที่เกี่ยวข้องมาใช้บังคับร่วมกันก็ขัดต่อหลักการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีระหว่างประเทศ เพราะหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลกำหนดให้ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ศาลสังกัดอยู่ (Lex fori) นอกจากนี้ การที่แต่ละประเทศมีพื้นฐานทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมแตกต่างกัน ย่อมทำให้กฎหมายล้มละลายทั้งโดยเนื้อหา, มาตรการทางกฎหมาย และวิธีพิจารณาคดีมีความแตกต่างกันด้วย เมื่อคดีล้มละลายคดีหนึ่งมีกฎหมายล้มละลายของหลายๆ รัฐเข้ามาเกี่ยวข้อง ปัญหาที่ไม่อาจจะหลีกเลี่ยงได้ คือ ปัญหาในเรื่อง “การขัดกันแห่งเขตอำนาจรัฐ” (Conflict of Jurisdiction) และ “การขัดกันแห่งกฎหมาย” (Conflict of Law)

“การขัดกันแห่งเขตอำนาจรัฐ” เกิดขึ้นจากการที่ข้อเท็จจริงหรือนิติสัมพันธ์ในคดีล้มละลายมีจุดเกาะเกี่ยวกับเขตอำนาจรัฐมากกว่าสองรัฐขึ้นไป โดยปกติรัฐแต่ละรัฐต่างมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง และสามารถใช้อำนาจอธิปไตยภายในรัฐโดยปราศจากการแทรกแซงใดๆ จากภายนอก รัฐสามารถแสดงออกถึงการใช้อำนาจอธิปไตยหรือการใช้เขตอำนาจรัฐของตนได้หลายทาง เช่น การออกกฎหมายผ่านกระบวนการนิติบัญญัติ การบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายโดยฝ่ายบริหารหรือฝ่ายตุลาการ รวมถึงการใช้อำนาจรัฐเหนือบุคคล ทรัพย์สิน หรือเหตุการณ์โดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวบางประการที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรอง เพื่อให้ตนสามารถใช้เขตอำนาจรัฐทางศาลเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติได้ ผลพวงที่ตามก็คือ ศาลในแต่ละประเทศต่างเลือกที่จะนำกฎหมายภายในของตนมาใช้บังคับแก่คดี จึงทำให้เนื้อหาของกฎหมายที่นำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงหรือนิติสัมพันธ์ในคดีเดียวกันมีความแตกต่างกัน ส่งผลให้เกิด “การขัดกันแห่งกฎหมาย”

“การขัดกันแห่งกฎหมาย” สำหรับคดีเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศนั้น โดยหลักแล้วย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Private International Law) เนื่องจากมิใช่เรื่องของ “เมือง” หรือ “รัฐ” โดยแท้ที่จะทำให้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (Public International Law) อย่างไรก็ตาม โดยระบบของการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศภายในรัฐ องค์การภายในรัฐจะนำกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้กับคดีเอกชนภายในรัฐตนได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายระหว่างประเทศนั้นได้ถูกเปลี่ยนรูปมาเป็นกฎหมายภายใน (Domestic Law) ของรัฐนั้นแล้ว โดยทั่วไปแต่ละประเทศจึงนำหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลมาบัญญัติเป็นกฎหมายภายในของตน ก่อน ซึ่งกฎหมายภายในดังกล่าวมีชื่อเรียกว่า “กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย” (The Law of Conflict of Laws) หรือ “กฎหมายขัดกัน” ซึ่งถูกนำมาใช้แก้ไขปัญหาการขัดกันของกฎหมายเอกชนเนื้อหาของกฎหมายขัดกันจึงประกอบด้วยกฎเกณฑ์หลักๆ อยู่ 5 เรื่อง ได้แก่ บุคคล หนี้ ทรัพย์ ครอบครัว และมรดก กฎหมายขัดกันนั้นมีลักษณะระหว่างประเทศโดยแท้ เนื่องจากเป็นหลักกฎหมายที่นานาประเทศยอมรับและมีได้มาจากเจตจำนงของรัฐใดเพียงรัฐหนึ่งเท่านั้น สำหรับประเทศไทยเองได้ตรา “พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481” เพื่อนำมาปรับใช้กับคดีเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในประเทศไทยเช่นกัน

และเมื่อวิเคราะห์ลักษณะของกฎหมายล้มละลายแล้วจะพบว่า มีลักษณะของกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนอยู่ในกฎหมายฉบับเดียวกัน เนื่องจากกฎหมายล้มละลายได้วางหลักเกณฑ์ความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน ซึ่งได้แก่ เจ้าหนี้และลูกหนี้ หรือผู้มีส่วนได้เสีย

* ปัจจุบันการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาปรับใช้ภายในประเทศมีอยู่ 2 ระบบ ได้แก่ ระบบเอกนิยม (Monism) และระบบทวินิยม (Dualism)

(1) ระบบเอกนิยม (Monism) มีแนวคิดที่ว่า กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในต่างก็เป็นกฎหมายด้วยกัน กฎหมายระหว่างประเทศจึงควรมีผลใช้บังคับโดยตรงเช่นเดียวกับกฎหมายภายในโดยไม่ต้องมีการแปลงสภาพกฎหมายระหว่างประเทศให้เป็นกฎหมายภายในก่อน นอกจากนี้ หากเนื้อหาของกฎหมายภายในขัดหรือแย้งต่อกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศย่อมมีผลใช้บังคับเหนือกว่ากฎหมายภายใน

(2) ระบบทวินิยม (Dualism) มีแนวคิดที่ว่า กฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในมีพื้นฐานที่แตกต่างกัน เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐ จึงต้องแยกออกเป็นสองระบบ หากจะใช้ข้ามระบบกันก็ต้องมีการแปลงสภาพให้กลายเป็นกฎหมายของอีกระบบหนึ่งก่อน นอกจากนี้ เมื่ออยู่กันคนละระบบกันย่อมไม่สามารถขัดหรือแย้งกันเองได้

อื่นๆ ในขณะที่เดียวกันก็ได้วางหลักเกณฑ์ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐซึ่งมีอำนาจเหนือกว่าต่อเอกชน เช่น ศาลกับลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ และระหว่างเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์กับลูกหนี้หรือเจ้าหนี้ ไปพร้อมๆ กันด้วย ตัวอย่างของข้อเท็จจริงในคดีล้มละลายที่เกิดขึ้น ได้แก่

(1) ข้อเท็จจริงตามกฎหมายเอกชน เช่น การใช้สิทธิเรียกร้องระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้, การใช้สิทธิทางแพ่งเพื่อเพิกถอนการโอนระหว่างลูกหนี้กับบุคคลภายนอกซึ่งทำให้เจ้าหนี้เสียเปรียบ, กรณีที่เกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินของลูกหนี้ และกรณีเกี่ยวกับสถานะและความสามารถของลูกหนี้อันเนื่องมาจากคำสั่งให้ล้มละลายของศาล เป็นต้น

(2) ข้อเท็จจริงตามกฎหมายมหาชน เป็นเรื่องของการใช้อำนาจรัฐเหนือเอกชน ซึ่งหมายรวมถึงการใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลด้วย เช่น การเสนอคดีต่อศาล, การต่อสู้คดี, คำคู่ความ, การพิจารณาคดีของศาล, การอุทธรณ์ฎีกา, การชี้ขาดโดยทำเป็นคำสั่งหรือคำพิพากษา, การกำหนดอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์, กระบวนการทั้งหลายที่กระทำต่อศาลหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ และบทกำหนดโทษทางอาญา เป็นต้น

โดยหลักแล้ว ข้อเท็จจริงตามกฎหมายเอกชนย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเอกชนในแต่ละรัฐ หากกฎหมายเอกชนที่นำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงเดียวกันในแต่ละรัฐเกิดขัดกันเอง กฎหมายขัดกันก็จะถูกนำมาปรับใช้เพื่อชี้ขาดว่า ข้อเท็จจริงในลักษณะดังกล่าวควรจะนำกฎหมายเอกชนของรัฐใดมาใช้บังคับ แสดงให้เห็นว่า กฎหมายขัดกันยินยอมให้นำกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงหรือนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนตามกฎหมายเอกชนเท่านั้น แต่หากเป็นข้อเท็จจริงหรือนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนย่อมไม่สามารถนำหลักกฎหมายขัดกันมาปรับใช้ได้ เนื่องจากเป็นเรื่องความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ กฎหมายที่นำมาปรับใช้จึงต้องใช้กฎหมายมหาชนซึ่งเป็นกฎหมายภายในของรัฐนั่นเอง ไม่สามารถนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับเหมือนในกรณีข้อเท็จจริงตามกฎหมายเอกชนได้ ดังนั้น คดีล้มละลายข้ามชาติย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายขัดกัน เว้นแต่เป็นประเด็นที่เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ สิทธิเหนือทรัพย์สิน และกรณีอื่นๆ อันเป็นข้อเท็จจริงในทางแพ่งซึ่งเกิดขึ้นในกระบวนการล้มละลายเท่านั้น ส่วนกรณีที่เป็นเรื่องนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนย่อมเป็นไปตามกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ

ประเด็นถัดมาที่น่าคิดก็คือ แม้จะสามารถนำหลักกฎหมายขัดกันมาใช้ในการชี้ขาดกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์หรือข้อเท็จจริงตามกฎหมายเอกชนได้ แต่ปัญหา

ก็เกิดขึ้นอยู่เองว่า หากเกิดการขัดกันของกฎหมายมหาชนที่นำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงหรือนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนในคดีล้มละลายเดียวกันแล้วจะมีแนวทางในการแก้ปัญหาอย่างไร เมื่อไม่สามารถหาข้อยุติเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายได้ การจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติแต่เดิมจึงเป็นไปในลักษณะ “ต่างคนต่างจัดการ” กล่าวคือ แต่ละประเทศเลือกที่จะดำเนินกระบวนการล้มละลายตามกฎหมายภายในของตนเพื่อหลีกเลี่ยงมิให้กระทบกระทั่งต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและมีได้มีหลักเกณฑ์กลางที่แท้จริงเพื่อนำมาใช้ในการบริหารจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติร่วมกัน ก่อให้เกิดความเหลื่อมล้ำกันของกฎหมายทั้งในด้านความแตกต่างของการจัดลำดับชั้นเจ้าหนี้, วิธีการขอรับชำระหนี้, การเปิดโอกาสให้เจ้าหนี้ต่างประเทศยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ ตลอดจนความแตกต่างในเรื่องกระบวนการวิธีพิจารณาความ ส่งผลให้เจ้าหนี้ไม่ได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน อันขัดต่อวัตถุประสงค์ดั้งเดิมของกฎหมายล้มละลายที่ต้องการก่อให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่างบรรดาเจ้าหนี้ (Equality to creditors)

2.1.3 การพิจารณาเขตอำนาจศาลไทยในคดีล้มละลาย

การที่ศาลไทยจะสามารถรับคำฟ้องในคดีล้มละลาย (หรือคำร้องในบางกรณี)^{*} ไว้พิจารณาได้หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

^{*} การดำเนินคดีล้มละลายในประเทศไทยอาจดำเนินการได้สองทาง คือ การยื่นคำฟ้องหรือคำร้องขอต่อศาลในการยื่นคำฟ้องต่อศาลนั้นถือหลักเช่นเดียวกับการทำคำฟ้องในคดีแพ่งสามัญ และบุคคลที่อาจฟ้องหรือถูกฟ้องในคดีล้มละลายได้นั้นจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ นอกจากนี้ เจ้าหนี้อาจฟ้องขอให้จัดการทรัพย์มรดกของลูกหนี้ที่ตายตามพระราชบัญญัติล้มละลายมาตรา 82 ได้ด้วย สำหรับการยื่นคำร้องขอต่อศาลมีได้สองกรณีด้วยกัน กรณีแรกเป็นเรื่องของการที่ผู้ชำระบัญชีของนิติบุคคลร้องขอต่อศาลขอให้สั่งนิติบุคคลล้มละลายถ้าปรากฏว่าเงินลงทุนหรือเงินค้ำหุ้นได้ใช้หมดแล้ว สิ้นทรัพย์ยังไม่พอกับหนี้สิน พระราชบัญญัติล้มละลายมาตรา 88 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1266 กรณีที่สองเป็นเรื่องของการที่เจ้าหนี้ผู้เป็นโจทก์หรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้องให้บุคคลผู้ซึ่งเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบล้มละลาย เมื่อปรากฏว่าศาลได้มีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ห้างหุ้นส่วนสามัญซึ่งได้จดทะเบียนหรือห้างหุ้นส่วนจำกัดไปก่อนแล้วตามพระราชบัญญัติล้มละลายมาตรา 89

“ลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวอาจถูกศาลพิพากษาให้ล้มละลายได้ ถ้าลูกหนี้นั้นมีภูมิลำเนาในราชอาณาจักร หรือประกอบธุรกิจในราชอาณาจักร ไม่ว่าจะด้วยตนเองหรือโดยตัวแทน ในขณะที่มีการร้องขอให้ลูกหนี้ล้มละลาย หรือภายในกำหนดเวลาหนึ่งปีก่อนนั้น”

โดยทั่วไป “ภูมิลำเนา” (Domicile) หมายถึง ถิ่นที่บุคคลเลือกไว้เป็นถิ่นที่อยู่ และไม่ใช้สถานที่อยู่เพื่อจะหาประโยชน์สิ่งใดสิ่งหนึ่งโดยเฉพาะเป็นการชั่วคราว แต่เป็นที่อยู่ที่ตั้งใจจะอยู่ตลอดไปโดยไม่คิดถึงว่าจะมีเหตุการณ์ที่ไม่แน่นอนเกิดขึ้นในอนาคตอันจะทำให้ต้องเปลี่ยนแปลงที่อยู่ใหม่ โดยบุคคลคนหนึ่งจะมีภูมิลำเนาเกินกว่าหนึ่งแห่งในขณะเดียวกันไม่ได้ ภูมิลำเนาของบุคคลธรรมดา นั้นได้แก่ถิ่นอันบุคคลนั้นมีสถานที่อยู่เป็นแหล่งสำคัญ⁴ ส่วนกรณีของนิติบุคคล ได้แก่ ถิ่นอันเป็นที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ หรือถิ่นอันเป็นที่ตั้งของที่ทำการ หรือถิ่นที่ได้เลือกเอาเป็นภูมิลำเนาเฉพาะกาลตามข้อบังคับหรือตราสารจัดตั้งนิติบุคคลนั้น⁵

พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ.2483 ได้เลือกใช้เกณฑ์ “ภูมิลำเนา” หรือเกณฑ์ “การประกอบธุรกิจ” ของลูกหนี้เป็นจุดเกาะเกี่ยวในการเริ่มคดีล้มละลายโดยไม่คำนึงว่าลูกหนี้จะมีสัญชาติไทยหรือไม่ แม้ลูกหนี้จะเป็นบุคคลต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างประเทศ แต่ถ้ามีหรือเคยมีภูมิลำเนาหรือการประกอบธุรกิจในประเทศไทยอย่างน้อยภายในหนึ่งปีก่อนมีการขอให้ล้มละลายก็สามารถถูกฟ้องร้องเป็นคดีล้มละลายต่อศาลไทยได้ ในทางกลับกัน หากลูกหนี้เป็นบุคคลหรือนิติบุคคลสัญชาติไทยแต่ไม่มีภูมิลำเนาหรือไม่เคยประกอบธุรกิจในประเทศไทยย่อมไม่สามารถถูกฟ้องร้องเป็นคดีล้มละลายต่อศาลไทยได้

ผลของการจำกัดเขตอำนาจศาลไทยดังกล่าว คือ หากเจ้าหนี้เป็นบุคคลซึ่งรัฐควรให้ความคุ้มครอง เพราะเหตุที่เจ้าหนี้มีสัญชาติ, ภูมิลำเนา, ถิ่นที่อยู่, สถานที่ประกอบธุรกิจ หรือมีทรัพย์สินของลูกหนี้บางส่วนอยู่ในประเทศไทย แต่กลับไม่สามารถฟ้องร้องลูกหนี้ต่อศาลไทยได้ เนื่องจากคุณสมบัติของลูกหนี้ไม่ตรงตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายฯ ย่อมทำให้เจ้าหนี้เสียโอกาสในการได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตั้งอยู่ในประเทศไทย และต้องไปขอเฉลี่ยชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในต่างประเทศ ทั้งยังไม่มีหลักประกันว่าเจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้หลังจากได้เข้าร่วมกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นแล้วหรือไม่ เนื่องจากการใช้เขตอำนาจรัฐ

⁴ มาตรา 37 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁵ มาตรา 68 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ทางศาลเหนือคดีล้มละลายในบางประเทศก็มุ่งคุ้มครองแต่ผลประโยชน์ของคนในชาติตน จนไม่คำนึงถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ต่างประเทศเลย ก่อให้เกิดความไม่สะดวกแก่เจ้าหนี้ทั้งความไม่คุ้นเคยกับระบบกฎหมายล้มละลายในต่างประเทศและภาระค่าใช้จ่ายในการเข้าร่วมกระบวนการล้มละลายที่สูงขึ้น นอกจากนี้เจ้าหนี้ยังไม่สามารถคาดการณ์ล่วงหน้าได้เลยว่าจะเกิดกระบวนการล้มละลายต่อลูกหนี้รายเดียวกันนี้ในประเทศบ้าง เพราะแต่ละประเทศต่างมีหลักเกณฑ์การกล่าวอ้างเขตอำนาจศาลของตนเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติที่แตกต่างกัน

ข้อจำกัดการใช้เขตอำนาจของศาลไทยอีกประการหนึ่ง คือ ผลของคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลไทยในคดีล้มละลายมีผลจำกัดอยู่เฉพาะทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตั้งอยู่ภายในประเทศเท่านั้น เนื่องจากในมาตรา 177 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายฯ บัญญัติไว้ว่า “การพิทักษ์ทรัพย์สินหรือการล้มละลายตามพระราชบัญญัตินี้มีผลเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ตลอดและเฉพาะแต่ในราชอาณาจักร” ส่งผลให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สินไม่สามารถใช้อำนาจเข้าจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ในต่างประเทศได้ ยกเว้นในกรณีที่เจ้าหนี้ต่างประเทศยินยอมส่งมอบทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ได้รับหรือมีสิทธิจะได้รับนอกราชอาณาจักรเข้ามารวมในกองทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อขอรับชำระหนี้ตามกระบวนการล้มละลายของไทยด้วยตนเองตามมาตรา 178 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลายฯ ซึ่งบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อหลายประการดังนี้

ประการแรก ลูกหนี้ที่ทุจริตอาจอาศัยเป็นช่องทางในการย้ายถ่ายโอนทรัพย์สินออกนอกประเทศโดยอาศัยเทคโนโลยีต่างๆ ที่มีอยู่ในปัจจุบัน เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้รัฐสามารถเข้าควบคุมและจัดการทรัพย์สินของตนได้ ส่งผลให้เจ้าหนี้ภายในประเทศไม่ได้รับชำระหนี้เพียงพอหรืออาจไม่รับชำระหนี้เลย เนื่องจากไม่มีทรัพย์สินของลูกหนี้ที่สามารถรวบรวมเข้าเป็นกองทรัพย์สินภายในประเทศได้

ประการที่สอง บทบัญญัติของกฎหมายไทยดังกล่าว ไม่สามารถรองรับต่อการเปลี่ยนแปลงรูปแบบทางธุรกิจที่มีอยู่ในปัจจุบัน การเปิดเสรีทางด้านการค้าและการลงทุนส่งผลให้มีการประกอบธุรกิจในลักษณะข้ามพรมแดนอย่างมากมายมหาศาล นิติบุคคลในรูปแบบต่างๆ ทั้งบริษัทข้ามชาติและกลุ่มบริษัทได้เข้าไปประกอบธุรกิจและมีทรัพย์สินกระจายอยู่ในประเทศต่างๆ ทั่วโลก คำถามก็คือ หากลูกหนี้ซึ่งเป็นบริษัทข้ามชาติหรือกลุ่มบริษัทเหล่านี้ล้มละลาย

จะมีการควบคุมและจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้อย่างไร โดยเฉพาะในกรณีที่ลูกหนี้นั้นไม่มีทรัพย์สินตั้งอยู่ภายในประเทศไทยเลย หากจะคาดหวังให้เจ้าหนี้ต่างประเทศนำส่งทรัพย์สินของลูกหนี้เข้าสู่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ในประเทศไทยโดยไม่มีการปิดบังซ่อนเร้นเลยก็คงเป็นไปได้ยาก เพราะเจ้าหนี้ต่างประเทศเองย่อมต้องการได้รับชำระหนี้ในส่วนของตนอย่างเต็มที่ก่อนเช่นกัน ซึ่งในทางปฏิบัติของศาลไทย หากไม่มีทรัพย์สินของลูกหนี้ให้รวบรวมเข้าเป็นกองทรัพย์สินได้ ศาลก็ต้องสั่งปิดคดีอยู่ดี ทำให้เป็นภาระของเจ้าหนี้แต่ละรายที่จะต้องไปดำเนินการขอรับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในต่างประเทศแทน ซึ่งมีเชื่อว่าทุกประเทศจะเปิดโอกาสให้เจ้าหนี้ต่างประเทศสามารถยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ในประเทศตนได้เสมอไป

บทบัญญัติกฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันจึงยังไม่สามารถรองรับต่อรูปแบบของคดีล้มละลายข้ามชาติที่มีอยู่ในปัจจุบันได้ อีกทั้งยังขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายล้มละลายตามที่พึงจะเป็น ทั้งในเรื่องของการสร้างความเท่าเทียมระหว่างบรรดาเจ้าหนี้และประสิทธิภาพในการรวบรวมและจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ นอกจากนี้ยังขาดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนสำหรับการดำเนินกระบวนการล้มละลายข้ามชาติอีกด้วย

2.2 ทฤษฎีสำคัญที่เกี่ยวข้องและพัฒนาการของกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศ

การจัดการคดีล้มละลายแต่เดิมนั้นถูกมองว่าเป็นปัญหาเฉพาะภายในรัฐ รัฐแต่ละรัฐจะต้องให้ความคุ้มครองคุ้มครองในคดีล้มละลายซึ่งเป็นคนชาติของตน หรือบุคคลที่มีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับรัฐไม่ว่าโดยสัญชาติ, ภูมิลำเนา, ถิ่นที่อยู่, สถานประกอบธุรกิจ หรือมีทรัพย์สินตั้งอยู่ภายในรัฐ โดยการใช้อำนาจอรัฐเข้าจัดการและควบคุมทรัพย์สินของลูกหนี้ตามกฎหมายภายในเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ภายในประเทศและเพื่อป้องกันมิให้ลูกหนี้ไปก่อหนี้สินเพิ่มจนลุกลามเป็นปัญหาเศรษฐกิจโดยรวม อย่างไรก็ตาม เมื่อลูกหนี้มีการพัฒนาโครงสร้างทางธุรกิจของตนให้มีความซับซ้อนขึ้น มีกิจการและทรัพย์สิน ตลอดจนงานจ้างงานในประเทศต่างๆ มากขึ้นเพื่อให้สามารถรองรับต่อแข่งขันทางการค้าในตลาดโลก ปัญหาการล้มละลายของลูกหนี้เหล่านี้จึงมิได้จำกัดอยู่เฉพาะภายในรัฐใดรัฐหนึ่งเท่านั้น แต่อาจส่งผลกระทบต่อพื้นฐานทางเศรษฐกิจของ

โลกโดยรวมได้ จึงเป็นการเกินกำลังที่รัฐใดรัฐหนึ่งจะสามารถบริหารจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติได้ โดยไม่พึ่งพาความช่วยเหลือหรืออาศัยความร่วมมือจากรัฐอื่นเลย

นานาประเทศจึงได้พยายามพัฒนาแนวคิดทางกฎหมายเพื่อนำมาแก้ไขปัญหาการล้มละลายข้ามชาติของลูกหนี้ โดยทฤษฎีทางกฎหมายสำคัญที่มีอิทธิพลต่อการสร้างสรรค์หลักเกณฑ์และรูปแบบการบริหารจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติที่มีอยู่ในปัจจุบันนั้น ได้แก่ ทฤษฎี Territoriality และทฤษฎี Universality

2.2.1 ทฤษฎีสำคัญเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ

2.2.1.1 ทฤษฎี Territoriality

ทฤษฎี Territoriality หรือ Territorialism (ในตำราบางเล่มใช้คำว่า Universality versus Territoriality⁶) เป็นทฤษฎีที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน (Territorial jurisdiction) โดยยอมรับว่าทุกรัฐต่างมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเองและอำนาจอธิปไตยนั้นควรได้รับการเคารพจากรัฐอื่นด้วย ดังนั้น หากศาลของรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่า คดีล้มละลายใดมีจุดเกาะเกี่ยวกับรัฐมากเพียงพอที่จะกล่าวอ้างเขตอำนาจศาลเหนือคดีล้มละลายนั้นได้ก็สามารถดำเนินกระบวนการล้มละลายตามกฎหมายภายในของตนได้ทันที แต่ผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลในคดีล้มละลายจะผูกพันคู่กรณีและทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตั้งอยู่ภายในรัฐเท่านั้น ไม่มีผลผูกพันไปถึงคู่กรณีและทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในต่างประเทศด้วย ในทางกลับกัน ผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีล้มละลายของศาลต่างประเทศก็จะมีผลผูกพันต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตั้งอยู่ภายในประเทศเช่นเดียวกัน ดังนั้น กระบวนการล้มละลายภายใต้แนวคิดนี้จึงสามารถเกิดขึ้นพร้อมๆ กันได้หลายกระบวนการในหลายประเทศ แม้ว่าจะเป็นการดำเนินกระบวนการล้มละลายต่อลูกหนี้รายเดียวกันก็ตาม ซึ่งแสดงให้เห็นว่าทฤษฎี Territoriality สนับสนุนให้มีการดำเนินกระบวนการล้มละลายภายใต้เขตอำนาจของศาลหลายๆ แห่งได้ (Multi forum)⁷

⁶ Ian F. Fletcher, *The Law of Insolvency* (London: Sweet & Maxwell, 1990), pp. 542-543.

⁷ Bob Wessels, *International insolvency law* (The Netherlands: Kluwer Law International, 2006), pp. 8-10.

ยกตัวอย่างเช่น ในคดี Bank of Credit and Commerce International หรือ BCCI บรรษัทข้ามชาติสัญชาติอังกฤษซึ่งประกอบธุรกิจสถาบันการเงิน ได้แบ่งโครงสร้างของบริษัทออกเป็นสองส่วน ส่วนแรก คือ BCCI Holding SA เป็นบริษัทผู้ถือหุ้นข้างมากของ BCCI และจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลภายใต้กฎหมายของประเทศ Luxembourg โดยดำเนินธุรกิจสถาบันการเงินผ่านทางสาขาทั้งหมด 43 สาขา ใน 13 ประเทศ ส่วนที่สอง คือ BCCI Overseas จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลและประกอบธุรกิจสถาบันการเงินภายใต้กฎหมายของ Cayman Islands ซึ่งเป็นหนึ่งในอาณานิคมโพ้นทะเลของสหราชอาณาจักรอังกฤษ และยังคงควบคุมการดำเนินงานของบริษัทสาขาอีก 63 แห่ง ใน 28 ประเทศ ซึ่งหมายความว่า หากนำแนวคิด Territoriality มาปรับใช้ย่อมก่อให้เกิดกระบวนการล้มละลายในประเทศต่างๆ ได้มากถึง 41 ประเทศ⁸

อย่างไรก็ตาม การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายภายใต้ทฤษฎี Territoriality นั้นก่อให้เกิดการแย่งชิงเขตอำนาจกันเองระหว่างศาลในประเทศต่างๆ (The grab rule) เพราะแต่ละประเทศย่อมประสงค์ที่จะนำกฎหมายภายในของตนมาใช้เป็นเครื่องมือในการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้เข้าสู่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ในคดีล้มละลายในประเทศของตนให้ได้มากที่สุด โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ภายในประเทศตนมากกว่าผลประโยชน์ของเจ้าหนี้โดยรวม ส่งผลให้ทิศทางการร่างกฎหมายล้มละลายมีแนวโน้มเป็นไปในทางคุ้มครองผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ภายในประเทศมากกว่าเจ้าหนี้ต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม แม้แนวคิดนี้จะมีลักษณะเป็นเกราะป้องกันการแทรกแซงเขตอำนาจศาลจากภายนอก แต่มิได้หมายความว่า เจ้าหนี้ต่างประเทศจะไม่สามารถยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้หรือขอรับทราบข้อมูลเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศได้เลย ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับกฎหมายล้มละลายของแต่ละประเทศว่าจะเปิดโอกาสให้เจ้าหนี้ต่างประเทศกระทำเช่นนั้นได้หรือไม่

2.2.1.2 ทฤษฎี Universality

ทฤษฎี Universality หรือ Universalism (ในตำราบางเล่มใช้คำว่า “Unity versus Plurality”⁹) เป็นทฤษฎีที่มุ่งเน้นความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกระบวนการล้มละลาย และ

⁸ Ibid., p. 10.

⁹ Ian F. Fletcher, *The Law of Insolvency*, pp. 542-543.

พยายามก้าวข้ามปัญหาด้านความแตกต่างของเขตอำนาจรัฐ โดยสนับสนุนให้มีการดำเนินคดีล้มละลายข้ามชาติภายใต้กระบวนการจัดการของศาลในประเทศเดียว (Single forum) และต้องเป็นประเทศที่ลูกหนี้มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดด้วย เช่น เป็นประเทศที่ลูกหนี้มีภูมิลำเนา (Domicile), สถานประกอบการ (Establishment) หรือศูนย์กลางผลประโยชน์หลักตั้งอยู่ (Center of main interests) เป็นต้น ส่งผลให้ทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ว่าจะอยู่แห่งใดในโลกถูกรวบรวมเข้าสู่กองทรัพย์สินเดียวกัน (Pro rata basis) และเจ้าหนี้ทุกรายสามารถเข้าร่วมในกระบวนการล้มละลายเดียวกันได้โดยไม่จำกัดว่าเป็นเจ้าหนี้ภายในประเทศหรือเจ้าหนี้ต่างประเทศ การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติภายใต้แนวคิดนี้จึงก่อให้เกิดประโยชน์หลายประการ ดังนี้

ประการแรก การรวมศูนย์กลางกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายให้อยู่ภายใต้ระบบการจัดการของศาลในประเทศเดียวย่อมก่อให้เกิดประสิทธิภาพและช่วยลดต้นทุนค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการคดีล้มละลายได้มากกว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อลูกหนี้รายเดียวกันในหลายๆ ประเทศ

ประการที่สอง เจ้าหนี้ทุกรายย่อมได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันจากการอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายภายในของประเทศอันเป็นศูนย์กลางการจัดการคดีล้มละลายเพียงประเทศเดียว จึงช่วยลดปัญหาความแตกต่างลักษณะของกฎหมายที่นำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในลักษณะเดียวกันได้

ประการที่สาม ทำให้เจ้าหนี้สามารถคาดการณ์ความเสี่ยงล่วงหน้าก่อนตัดสินใจปล่อยสินเชื่อหรือเข้าทำธุรกรรมกับลูกหนี้ได้ว่า หากลูกหนี้ของตนต้องล้มละลาย กระบวนการล้มละลายย่อมเกิดขึ้นภายในประเทศเดียว โดยต้องเป็นประเทศซึ่งลูกหนี้มีจุดเกาะเกี่ยวใกล้ชิดมากที่สุดเสมือนเป็น “บ้าน” ของลูกหนี้เองด้วย (The debtor's home country)

อย่างไรก็ตาม แม้ฝ่าย Universality จะมีแนวคิดในการรวมศูนย์กลางกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายให้อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลเดียว (Single forum) แต่ไม่ได้ปิดกั้นมิให้ศาลในประเทศอื่นๆ สามารถริเริ่มกระบวนการล้มละลายตามกฎหมายภายในของประเทศตนได้

แต่การริเริ่มกระบวนการพิจารณาจะเกิดขึ้นเฉพาะในกรณีที่เป็นเท่านั้น เช่น กรณีศาลของประเทศ อันเป็นศูนย์กลางการพิจารณาต้องการความร่วมมือจากศาลในประเทศอื่นๆ ให้ช่วยรวบรวมทรัพย์สิน ของลูกหนี้ที่ตั้งอยู่ในเขตดินแดนของประเทศนั้นๆ เพื่อส่งมอบทรัพย์สินเข้าสู่กองทรัพย์สินรวมใน ประเทศอันเป็นศูนย์กลางการพิจารณาต่อไป เป็นต้น

2.2.1.3 เปรียบเทียบระหว่างทฤษฎี Territoriality และ Universality

ทฤษฎี Territoriality และ Universality ต่างเป็นทฤษฎีทางกฎหมายที่มีการพัฒนาคู่ขนานกันมาในขอบข่ายของกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศ และเพื่อเปรียบเทียบให้เห็นลักษณะโดยทั่วไป ตลอดจนข้อดีข้อเสียของการนำทฤษฎีทั้งสองมาปรับใช้กับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติได้อย่างชัดเจนยิ่งขึ้น ผู้วิจัยจึงขอเปรียบเทียบทั้งสองทฤษฎี ดังรายละเอียดที่แสดงไว้ในตารางที่ 2.1 ต่อไปนี้

ตารางที่ 2.1

เปรียบเทียบระหว่างทฤษฎี Territoriality และ Universality

ที่	เรื่อง	ทฤษฎี Territoriality	ทฤษฎี Universality
1	การเริ่มต้นกระบวนการ	ทุกประเทศสามารถเริ่มต้นคดีล้มละลายตามหลักเกณฑ์กฎหมายภายในของแต่ละประเทศได้	มีเพียงประเทศเดียวเท่านั้นที่จะเป็นศูนย์กลางการพิจารณาคดีล้มละลาย โดยต้องเป็นประเทศที่ลูกหนี้มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดด้วย เช่น ลูกหนี้มีภูมิลำเนา, สถานประกอบการ, หรือมีศูนย์กลางผลประโยชน์หลักตั้งอยู่ภายในประเทศนั้น เป็นต้น

ที่	เรื่อง	ทฤษฎี Territoriality	ทฤษฎี Universality
2	ประเภทของกระบวนการพิจารณาที่เกิดขึ้น	ประเภทของกระบวนการพิจารณาที่เป็นไปได้มากที่สุดได้แก่ กระบวนการชำระหนี้ (Liquidation) โดยอาศัยอำนาจรัฐเข้าจัดการและควบคุมทรัพย์สินของลูกหนี้ภายในรัฐตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในแต่ละรัฐ เพราะทฤษฎีนี้เป็นอุปสรรคอย่างมากต่อกระบวนการฟื้นฟูกิจการ โดยเฉพาะกับลูกหนี้ที่เป็นบริษัทข้ามชาติหรือกลุ่มบริษัทซึ่งมีกิจการเกี่ยวเนื่องกันในหลายประเทศ หากจะฟื้นฟูกิจการให้ประสบความสำเร็จ ศาลในแต่ละประเทศก็ต้องดำเนินกระบวนการฟื้นฟูกิจการไปพร้อมๆ กัน ซึ่งแทบเป็นไปได้เลยในทางปฏิบัติ เพราะปัจจุบันในบางประเทศก็ได้มีบทบัญญัติกฎหมายที่รองรับต่อการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ประเภทดังกล่าวอยู่แล้ว	สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ทั้งกระบวนการชำระหนี้ (Liquidation) หรือกระบวนการฟื้นฟูกิจการ (Reorganization) โดยอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายในประเทศเดียว และมีผลทางกฎหมายผูกพันคู่กรณี, ผู้มีส่วนได้เสีย และทรัพย์สินของลูกหนี้โดยไม่จำกัดไม่ว่าจะตั้งอยู่ในประเทศใดในโลก (มีความเป็นไปได้ในทางทฤษฎีแต่เกิดขึ้นได้ยากในทางปฏิบัติ)
3	จำนวนของกระบวนการพิจารณาที่เกิดขึ้น	มีกระบวนการพิจารณาเกิดขึ้นพร้อมๆ กันได้หลายกระบวนการในหลายประเทศตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายใน	มีกระบวนการพิจารณาหลักเกิดขึ้นได้เพียงกระบวนการเดียวในประเทศอื่นเป็นศูนย์กลางการพิจารณาเท่านั้น
4	กฎหมายที่นำมาใช้บังคับแก่คดี	กฎหมายภายในของประเทศที่กระบวนการพิจารณาได้เริ่มขึ้น โดยมีผลใช้บังคับตั้งแต่เริ่มต้นจนถึงสิ้นสุด	กฎหมายภายในของประเทศที่กระบวนการพิจารณาได้เริ่มขึ้น โดยมีผลใช้บังคับตั้งแต่เริ่มต้นจนถึงสิ้นสุดกระบวนการ

ที่	เรื่อง	ทฤษฎี Territoriality	ทฤษฎี Universality
		กระบวนการ	
5	ผลของการดำเนินกระบวนการพิจารณา	ผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งในกระบวนการพิจารณาจะมีผลผูกพันคู่กรณี ผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้อง และทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตั้งอยู่ภายในประเทศเท่านั้น	ผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลในกระบวนการพิจารณาจะมีผลผูกพันคู่กรณี ผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้อง และทรัพย์สินของลูกหนี้โดยไม่จำกัดว่าจะตั้งอยู่แห่งใดในโลก (Universal scope)
6	การขอความร่วมมือจากต่างประเทศ	ไม่จำเป็นต้องพึ่งพาความร่วมมือจากศาลต่างประเทศเท่าใดนัก เนื่องจากแต่ละประเทศสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาให้เสร็จสิ้นภายในประเทศของตนเอง	จำเป็นต้องขอความร่วมมือจากศาลต่างประเทศอย่างมากทั้งในด้านข้อมูลและการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายในประเทศ อันเป็นศูนย์กลางการพิจารณา

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ที่	เรื่อง	ทฤษฎี Territoriality	ทฤษฎี Universality
7	ประสิทธิภาพในการบริหารจัดการคดี	หากพิจารณาในระดับภายในประเทศ การดำเนินกระบวนการพิจารณาภายใต้ทฤษฎี Territoriality จะก่อให้เกิดประสิทธิภาพและความรวดเร็วในการดำเนินคดีมากกว่า เพราะแต่ละประเทศสามารถนำหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในมาปรับใช้แก่กระบวนการพิจารณาได้ทันที อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในระดับระหว่างประเทศ การดำเนินกระบวนการพิจารณาในหลายประเทศย่อมสิ้นเปลืองเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีจำนวนมาก ตลอดจนก่อให้เกิดความไม่สะดวกแก่เจ้าหน้าที่ เพราะต้องดำเนินการยื่นคำร้องขอเฉลี่ยชำระหนี้เองเป็นรายประเทศไป	หากพิจารณาในภาพรวม การดำเนินกระบวนการล้มละลายตามทฤษฎี Universality จะก่อให้เกิดความรวดเร็วและประสิทธิภาพในการบริหารจัดการคดีมากกว่า เนื่องจากสามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาทั้งหมดให้เสร็จสิ้นภายในกระบวนการเดียว และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเพียงประเทศเดียว ส่งผลให้ทรัพย์สินของลูกหนี้ถูกรวบรวมเข้ามาอยู่ในกองทรัพย์สินเดียวกันและทำให้เจ้าหน้าที่ทุกรายสามารถยื่นคำร้องขอรับชำระหนี้ในกระบวนการเดียวกันได้ จึงเป็นการประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีมากกว่าทฤษฎี Territoriality
8	การสร้างความเท่าเทียมกันระหว่างบรรดาเจ้าหนี้	ก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันระหว่างบรรดาเจ้าหนี้ อันเนื่องมาจากความแตกต่างลักษณะของกฎหมายภายในแต่ละประเทศที่นำมาปรับใช้แก่ข้อเท็จจริงในลักษณะเดียวกัน และส่งผลให้การปฏิบัติต่อเจ้าหนี้มีหลายมาตรฐาน	ก่อให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่างบรรดาเจ้าหนี้ เพราะกระบวนการเกิดขึ้นในประเทศเดียวภายใต้บังคับของกฎหมายเพียงประเทศเดียว ส่งผลให้การปฏิบัติต่อเจ้าหนี้เป็นไปโดยเท่าเทียมกัน ภายใต้มาตรฐานเดียวกัน

ที่	เรื่อง	ทฤษฎี Territoriality	ทฤษฎี Universality
9	การคาดการณ์ความเสี่ยงล่วงหน้า	สามารถคาดการณ์ล่วงหน้าได้ทันทีว่ากระบวนการพิจารณาจะเกิดขึ้นในประเทศใดบ้าง โดยพิจารณาจากหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในแต่ละประเทศว่ามีกำหนดจุดเกาะเกี่ยวประเภทใดให้สามารถกล่าวอ้างเขตอำนาจศาลเหนือคดีล้มละลายดังกล่าวได้บ้าง	ไม่สามารถคาดการณ์ล่วงหน้าได้ทันทีว่าจะเกิดกระบวนการล้มละลายในประเทศและนำกฎหมายของประเทศใดมาใช้บังคับ เพราะจำเป็นต้องค้นหาประเทศที่มีคุณสมบัติเหมาะสมที่สุดต่อการเป็นศูนย์กลางการพิจารณาคดี โดยต้องปรากฏจุดเกาะเกี่ยวที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับรัฐนั้น เช่น จุดเกาะเกี่ยวสถานประกอบการ, ศูนย์กลางผลประโยชน์หลัก หรือ ภูมิลำเนาของลูกหนี้ เป็นต้น ซึ่งการใช้เกณฑ์อย่างหลากหลายนี้ก่อให้เกิดความไม่แน่นอนโดยเฉพาะในกรณีที่ลูกหนี้มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์ใกล้ชิดกับหลายประเทศ ทำให้เกิดความเคลือบแคลงว่า โดยแท้จริงแล้วศาลของประเทศใดควรมีอำนาจสิทธิขาดในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ¹⁰
10	การเพิ่มพูนมูลค่าทรัพย์สินของลูกหนี้ (Maximization of assets)	โดยทั่วไปทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เป็นบริษัทข้ามชาติหรือกลุ่มบริษัทจะมีลักษณะกระจายอยู่ในประเทศต่างๆ ทั่วโลก ซึ่งแต่ละประเทศ สามารถใช้อำนาจรัฐเข้าจัดการและควบคุมทรัพย์สินของลูกหนี้จำกัดเฉพาะภายในเขตแดน	ช่วยคงมูลค่าทรัพย์สินของลูกหนี้ได้มากกว่าในทางทฤษฎี เนื่องจากการเข้าจัดการและควบคุมทรัพย์สินของลูกหนี้ตลอดจนกองทรัพย์สินของลูกหนี้จะถูก รวมศูนย์อยู่ภายในประเทศเดียว ทำให้การบังคับชำระหนี้สามารถกระทำได้ในคราวเดียว โดยไม่ต้องบังคับชำระ

¹⁰ Bob Wessels, *International insolvency law*, p. 9.

ที่	เรื่อง	ทฤษฎี Territoriality	ทฤษฎี Universality
		ของตนเท่านั้น หากทรัพย์สินของลูกหนี้เป็นกิจการที่มีความเกี่ยวเนื่องกันในหลายประเทศ การบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้เพียงประเทศใดประเทศหนึ่ง อาจทำให้กิจการในประเทศอื่นๆ ต้องหยุดชะงักลงไปด้วย ส่งผลให้มูลค่าทรัพย์สินโดยรวมลดน้อยลง	หนี้แยกเป็นส่วนๆ เป็นรายประเทศไปอย่างไรก็ตาม กฎหมายล้มละลายที่มีอยู่ในปัจจุบันยังไม่เอื้ออำนวยให้มีการบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ทั้งหมดในคราวเดียว โดยไม่คำนึงถึงเรื่องความแตกต่างของเขตอำนาจรัฐเลย
11	การนำไปปรับใช้ได้จริงในทางปฏิบัติ	เกิดขึ้นได้จริงในทางปฏิบัติ เพราะแต่ละประเทศสามารถนำกฎหมายล้มละลายภายในประเทศมาใช้บังคับกับคดีล้มละลายได้ทันที หากปรากฏจุดเกาะเกี่ยวที่เพียงพอตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายใน	เกิดขึ้นได้ยากในทางปฏิบัติ เพราะการรวมศูนย์กระบวนการพิจารณาให้อยู่ภายในประเทศเดียวเท่านั้นค่อนข้างเป็นเรื่องในอุดมคติ และมีใช้ทุกประเทศที่จะยอมสละการใช้อำนาจอธิปไตยทางศาลของตนลง เพื่อหันมายอมรับคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลในประเทศใดประเทศหนึ่งร่วมกัน

กล่าวโดยสรุป การนำทฤษฎี Territoriality และ Universality มาปรับใช้กับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติมีข้อดีและข้อเสียแตกต่างกันไป โดยข้อดีของทฤษฎี Territoriality นั้นได้แก่ รัฐแต่ละรัฐสามารถใช้อำนาจอธิปไตยทางศาลของตนได้อย่างเต็มที่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในประเทศตน แต่มีข้อเสียตรงที่ก่อให้เกิดกระบวนการหลายกระบวนการมากเกินไป อันส่งผลให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันระหว่างบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลาย เพราะความแตกต่างลักษณะของกฎหมายล้มละลายในแต่ละประเทศทั้งในเรื่องการจัดลำดับชั้นเจ้าหนี้มาตรวจทางกฎหมายที่นำมาใช้บังคับ และวิธีพิจารณาคดีล้มละลายต่อลูกหนี้รายเดียวกันมีความแตกต่างกัน ตลอดจนก่อให้เกิดภาวะค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้นแก่เจ้าหนี้ที่ประสงค์จะเข้าร่วมกระบวนการในต่างประเทศด้วย

สำหรับทฤษฎี Universality ค่อนข้างเป็นแนวคิดในเชิงอุดมคติ เพราะแม้จะมีข้อดีตรงที่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดในการบริหารจัดการคดีล้มละลาย แต่ก็เกิดขึ้นได้ยากในทางปฏิบัติ เพราะมีอุปสรรคเกี่ยวข้องกับเขตอำนาจรัฐที่ต่างกันทำให้ไม่สามารถรวมการบริหารจัดการคดีให้อยู่ภายใต้กระบวนการเดียวกันได้ ทั้งยังเป็นเรื่องยากที่จะทำให้แต่ละรัฐยอมรับปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลต่างประเทศหรือยินยอมให้ศาลของรัฐใดเพียงรัฐหนึ่งเป็นผู้มีเขตอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่ตนมีผลประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องด้วย

ทิศทางของการพัฒนาหลักเกณฑ์การล้มละลายข้ามชาติจึงมิได้อ้างอิงแนวคิดจากทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งโดยเฉพาะ แต่นำทั้งสองทฤษฎีมาปรับใช้ในลักษณะผสมผสานกัน โดยสร้างหลักเกณฑ์กลางร่วมกันอันเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศซึ่งเปิดโอกาสให้ทุกประเทศสามารถเริ่มกระบวนการล้มละลายตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในของตนได้ โดยเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาในลักษณะซ้ำซ้อน (Concurrent proceeding) คู่ขนานกันไปในแต่ละประเทศและกำหนดให้ผลของการดำเนินกระบวนการพิจารณาดังกล่าวมีผลผูกพันจำกัดอยู่เฉพาะในเขตดินแดนของประเทศผู้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายนั้น อันสะท้อนถึงแนวคิดในทฤษฎี Territoriality

ในขณะเดียวกัน ก็กำหนดให้มีประเทศหนึ่งซึ่งมีจุดเกาะเกี่ยวใกล้ชิดกับลูกหนี้มากที่สุดเป็นศูนย์กลางการบริหารจัดการคดีล้มละลาย ทำหน้าที่ควบคุมและบริหารจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ ตลอดจนประสานความร่วมมือระหว่างศาลและเจ้าพนักงานในคดีล้มละลายในแต่ละประเทศให้สามารถดำเนินงานร่วมกันได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยผลของคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลในประเทศอันเป็นศูนย์กลางการพิจารณาจะมีผลผูกพันโดยไม่จำกัดไม่ว่าทรัพย์สินของลูกหนี้จะตั้งอยู่ในอาณาเขตประเทศใดก็ตาม อันสะท้อนถึงแนวคิดในทฤษฎี Universality

การสร้างหลักเกณฑ์กลางร่วมกันนี้มิได้หมายความว่า ทุกประเทศจะต้องบัญญัติกฎหมายล้มละลายให้มีเนื้อหาเหมือนกันหมด ตรงกันข้ามทุกประเทศยังสามารถตราและใช้กฎหมายล้มละลายของตนได้ เพียงแต่ต้องลดการใช้อำนาจอธิปไตยบางส่วนลงและหันมาใช้หลักเกณฑ์บางอย่างร่วมกัน เช่น หลักเกณฑ์การเริ่มคดี, หลักเกณฑ์การดำเนินกระบวนการพิจารณา, หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ เป็นต้น โดยนานาประเทศได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของการพัฒนาแนวคิดทางกฎหมายร่วมกันและได้มีการพัฒนาหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติอย่างต่อเนื่องโดยลำดับดังนี้


2.2.2 พัฒนาการของกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศ

การพัฒนาหลักเกณฑ์การล้มละลายข้ามชาตินับแต่อดีตจวบจนถึงปัจจุบันนี้มีอยู่ 2 แนวทาง แนวทางแรก คือ การกำหนดหรือปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมายภายในมีความสอดคล้องกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในคดีล้มละลายข้ามชาติ โดยคำนึงถึงหลักพื้นฐานในกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อให้กฎหมายภายในมีความสอดคล้องกับหลักสากล แนวทางที่สอง คือ การสร้างหลักเกณฑ์โดยอาศัยวิธีการตามกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น การจัดทำอนุสัญญาหรือสนธิสัญญาระหว่างรัฐไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบทวิภาคีหรือพหุภาคี โดยสามารถลำดับเหตุการณ์และสาระสำคัญของการสร้างหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาตินับแต่อดีตจวบจนถึงปัจจุบัน ดังรายละเอียดที่แสดงไว้ในตารางที่ 2.2 ต่อไปนี้

ตารางที่ 2.2

พัฒนาการของกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศ

ปี ค.ศ.	ชื่อหลักเกณฑ์	ผู้ที่เกี่ยวข้อง	สาระสำคัญ
1889/ 1940	The Montevideo treaty on international commercial law	ปี ค.ศ.1889 ใช้บังคับกับรัฐภาคี 4 ประเทศได้แก่ Argentina, Bolivia, Peru และ Colombia ปี ค.ศ.1940 หลังจากมีการแก้ไขเพิ่มเติม ได้ใช้บังคับรัฐภาคี 3 ประเทศ ได้แก่ Argentina, Paraguay และ Uruguay	- ถือเอาภูมิลำเนาทางพาณิชย์ของลูกหนี้ เป็นจุดเกาะเกี่ยวในการริเริ่มกระบวนการ ล้มละลาย - แต่ละประเทศสามารถริเริ่มและดำเนิน กระบวนการล้มละลายโดยใช้กฎหมาย ภายในประเทศตนได้ โดยดำเนิน กระบวนการล้มละลายแยกต่างหาก จากกัน - เมื่อรัฐภาคีหนึ่งดำเนินการเฉลี่ยชำระ หนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ได้เพียงพอ แล้ว สามารถส่งมอบทรัพย์สินส่วนที่ เหลือให้รัฐภาคีอื่นนำไปเฉลี่ยชำระหนี้ ต่อได้

ปี ค.ศ.	ชื่อหลักเกณฑ์	ผู้ที่เกี่ยวข้อง	สาระสำคัญ
			<ul style="list-style-type: none"> - ลูกหนี้จะถูกปลดจากการล้มละลายได้เมื่อรัฐภาคีทุกประเทศที่ได้ดำเนินการกระบวนการล้มละลายได้ให้ความยินยอมแล้ว และในปี ค.ศ.1940 ได้มีการปรับปรุงบทบัญญัติเพิ่มเติมดังนี้ - เพิ่มเติมหลักเกณฑ์การล้มละลายสำหรับลูกหนี้ที่มีได้ประกอบธุรกิจการค้า - เพิ่มเติมหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการชำระหนี้, การประนอมหนี้, การหยุดพักชำระหนี้ชั่วคราว และมาตรการทางกฎหมายอื่นๆ ที่ใกล้เคียงกัน
1928	The Convention on Private International Law (Bustamante Code)	<p>กลุ่มรัฐในลาตินอเมริกาจำนวน 15 ประเทศ ได้แก่</p> <p>Bolivia, Brazil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicaragua, Panama, Peru, Republica Dominicana และ Venezuela</p>	<ul style="list-style-type: none"> - ถือเอาภูมิลำเนาของลูกหนี้เป็นจุดเกาะเกี่ยวในการเริ่มกระบวนการล้มละลาย - ค่าพิพาทหรือคำสั่งของศาลในรัฐที่เริ่มกระบวนการล้มละลายจะมีผลผูกพันรัฐภาคีอื่นๆ ก็ต่อเมื่อได้มีการประกาศหรือเผยแพร่ตามกฎหมายภายในของรัฐนั้นแล้ว - รัฐภาคีอื่นๆ จะต้องให้ความร่วมมือแก่รัฐผู้ริเริ่มกระบวนการล้มละลาย โดยการระงับการยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ และส่งมอบทรัพย์สินของลูกหนี้ให้แก่รัฐภาคีที่เริ่มกระบวนการล้มละลาย

ปี ค.ศ.	ชื่อหลักเกณฑ์	ผู้ที่เกี่ยวข้อง	สาระสำคัญ
1933	The Nordic Bankruptcy Convention	Denmark, Finland, Iceland, Norway, Sweden	<ul style="list-style-type: none"> - การดำเนินกระบวนการล้มละลายจะได้รับการยอมรับจากรัฐภาคีโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการรับรอง หากถือเอาภูมิลาเนาของลูกหนี้เป็นจุดเกาะเกี่ยวในการเริ่มกระบวนการล้มละลาย - ผลของการล้มละลายจะมีผลผูกพันไปถึงรัฐภาคีที่เกี่ยวข้อง ทำให้เจ้าพนักงานในคดีล้มละลายสามารถดำเนินการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ และระงับการบังคับคดีเอกชนของเจ้าหนี้แต่ละรายไว้ได้ชั่วคราว - อนุสัญญานี้มิได้สร้างหลักเกณฑ์กลางใหม่ๆ เกี่ยวกับการล้มละลายขึ้นมาใช้บังคับระหว่างรัฐภาคี แต่ให้นำกฎหมายของประเทศที่ปรากฏภูมิลาเนาของลูกหนี้เป็นกฎหมายที่นำมาใช้บังคับแก้คดี
1989	Model International Insolvency Cooperation Act (MIICA)	The Section of Business Law of the International Bar Association	<ul style="list-style-type: none"> - ยึดถือหลักการให้มีกระบวนการเดียว แต่มีผลต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ว่าจะตั้งอยู่ที่ใด - สร้างมาตรฐานให้ศาลมีหน้าที่ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้มีอำนาจดำเนินกระบวนการล้มละลายต่างประเทศโดยมีเงื่อนไขในการให้ความช่วยเหลือ คือ <ol style="list-style-type: none"> (1) รัฐที่ดำเนินกระบวนการล้มละลายต้องปฏิบัติตามต่อกระบวนการล้มละลาย

ปี ค.ศ.	ชื่อหลักเกณฑ์	ผู้ที่เกี่ยวข้อง	สาระสำคัญ
			<p>ต่างประเทศโดยใช้มาตรฐานเดียวกัน</p> <p>(2) ศาลมีจุดเกาะเกี่ยวแท้จริงในการกล่าวอ้างเขตอำนาจของตน (โดยเป็น Convenient Forum เพื่อควบคุมกระบวนการล้มละลาย)</p> <p>(3) กระบวนการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เกี่ยวข้องกับเขตอำนาจรัฐต่างประเทศจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้โดยรวม</p> <ul style="list-style-type: none"> - ในกรณีที่ศาลของรัฐใดปฏิเสธมิให้ความช่วยเหลือโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ผู้มีอำนาจดำเนินกระบวนการล้มละลายอาจเริ่มกระบวนการล้มละลายในรัฐนั้นได้
1990	European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy (The Istanbul Convention)	Council of Europe	<ul style="list-style-type: none"> - รัฐภาคีสามารถดำเนินกระบวนการล้มละลายซึ่งมีสถานะเป็นกระบวนการหลัก (Main Proceeding) ได้ โดยใช้จุดเกาะเกี่ยว COMI และสามารถเริ่มกระบวนการรองได้โดยใช้จุดเกาะเกี่ยว Establishment - กำหนดอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานในคดีล้มละลาย (Liquidator) ในการเข้าควบคุมและจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ ในนามของเจ้าหนี้ทั้งหลาย และติดต่อประสานงานกับกระบวนการ

ปี ค.ศ.	ชื่อหลักเกณฑ์	ผู้ที่เกี่ยวข้อง	สาระสำคัญ
			<p>ต่างประเทศ</p> <ul style="list-style-type: none"> - เจ้าหนี้ต่างประเทศมีสิทธิขอรับชำระหนี้ในรัฐที่เกิดกระบวนการ และมีสิทธิได้รับข้อมูลที่เพียงพอเกี่ยวกับกระบวนการล้มละลาย
1992	(Draft) Convention on Insolvency Proceedings	European Communities (EC)	<p>ยึดถือหลักการล้มละลายเดี่ยวยังมีผลต่อทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ไม่ว่าจะตั้งอยู่ที่ใด แต่ก็ยอมรับการเกิดกระบวนการรองซึ่งจะมีผลผูกพันทรัพย์สินของลูกหนี้เฉพาะภายในประเทศที่เริ่มกระบวนการรองเท่านั้น</p>
1995	Convention on Insolvency Proceeding of the European Union	European Union (EU) (ยกเว้นประเทศเดนมาร์ก)	<ul style="list-style-type: none"> - ถือเอา COMI เป็นจุดเกาะเกี่ยวในการริเริ่มกระบวนการหลักในสหภาพยุโรป ส่วนประเทศสมาชิกที่มี Establishment เป็นจุดเกาะเกี่ยวขั้นต่ำจะสามารถเริ่มกระบวนการล้มละลายในสถานะกระบวนการรองได้ - ผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลในกระบวนการหลักจะมีผลผูกพันต่อทุกประเทศที่เกี่ยวข้องโดยอัตโนมัติโดยไม่ต้องผ่านการรับรองกระบวนการล้มละลายจากประเทศสมาชิกอื่นๆ อีก (Automatic Recognition) - เจ้าพนักงานในกระบวนการหลักมีอำนาจในการเข้าจัดการและรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ในทุกประเทศสมาชิก และสามารถยื่นคำร้องต่อศาล

ปี ค.ศ.	ชื่อหลักเกณฑ์	ผู้ที่เกี่ยวข้อง	สาระสำคัญ
			ของประเทศสมาชิกให้ริเริ่มกระบวนการ รองได้ในกรณีที่เป็น
1997	Model Law on Cross-border insolvency	The United Nations Commission on International Trade law หรือ UNCITRAL	<ul style="list-style-type: none"> - สามารถริเริ่มกระบวนการล้มละลายได้ 3 แนวทาง ได้แก่ โดยอาศัย COMI, Establishment หรือโดยอาศัยกฎหมาย ภายในของแต่ละประเทศ - แบ่งกระบวนการล้มละลายออกเป็น 2 ประเภท คือ กระบวนการหลัก (Main Proceeding) และกระบวนการรอง (Non- Main Proceeding) <p>สร้างระบบการรับรองกระบวนการ ล้มละลาย โดยให้มีการแต่งตั้งผู้แทน ต่างประเทศ (Foreign Representative) เพื่อดำเนินการทั้งหลายเกี่ยวกับกระบวน การล้มละลายของต่างประเทศและทำหน้าที่ ร้องขอให้ศาลต่างประเทศรับรองกระบวน การล้มละลายเพื่อดำเนินการแก่ทรัพย์สิน ของลูกหนี้ในประเทศดังกล่าว</p>
2004	UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law	UNCITRAL	มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือให้ประเทศ ต่างๆ มีแนวทางและกรอบทางกฎหมาย ที่เหมาะสมสำหรับการร่าง/ปรับปรุง กฎหมายล้มละลายและข้อบังคับต่างๆ ที่เกี่ยวข้องให้สามารถแก้ไขปัญหาการ ล้มละลายข้ามชาติของลูกหนี้ในปัจจุบันได้ อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล
2009	UNCITRAL Practice	UNCITRAL	รวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติในการ

ปี ค.ศ.	ชื่อหลักเกณฑ์	ผู้ที่เกี่ยวข้อง	สาระสำคัญ
	Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation		ดำเนินคดีล้มละลายข้ามชาติสำหรับผู้พิพากษาและเจ้าพนักงานในคดีล้มละลาย โดยมีรายละเอียดและบทวิเคราะห์เกี่ยวกับการใช้/การเจรจาข้อตกลงการล้มละลายข้ามชาติกว่า 39 ฉบับ นับตั้งแต่เอกสารลายลักษณ์อักษรซึ่งได้รับการรับรองโดยศาล ไปจนถึงการตกลงกันโดยวาจาระหว่างคู่กรณี เพื่อให้ประเทศต่างๆ เห็นประเด็นข้อขัดแย้งซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ระหว่างการดำเนินคดีล้มละลายข้ามชาติและวิธีการแก้ไขปัญหาโดยอ้างอิงอยู่บนพื้นฐานของความร่วมมือระหว่างประเทศ

ปัจจุบันองค์การระหว่างประเทศที่มีบทบาทมากที่สุดในการแก้ไขปัญหาระหว่างประเทศในหลายๆ เรื่อง รวมถึงปัญหาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับกฎหมายล้มละลาย ได้แก่ องค์การสหประชาชาติ (United Nations Organization) และสหภาพยุโรป (The European Union หรือ EU) โดยในด้านขององค์การสหประชาชาตินั้นมีหน่วยงานซึ่งเป็นที่รู้จักกันในนามของ คณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ (The United Nations Commission on International Trade Law หรือ UNCITRAL) ได้มอบหมายให้คณะทำงานที่ 5 (Working group V) ดำเนินการรวบรวมข้อมูลทั้งที่เป็นปัญหาในเชิงกฎหมายและเชิงปฏิบัติ เพื่อนำมาสร้างหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติในรูปแบบของ “กฎหมายต้นแบบเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ” (Model Law on Cross-border insolvency ซึ่งต่อไปในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะใช้คำว่า “Model Law”) เพื่อเป็นแนวทางให้ประเทศสมาชิกขององค์การสหประชาชาติสามารถนำไปปรับใช้กับกฎหมายล้มละลายภายในอย่างได้ผลจริงในทางปฏิบัติ

ส่วนในภาคพื้นทวีปยุโรป สหภาพยุโรปถือเป็นแกนนำสำคัญในการพัฒนาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ โดยสหภาพยุโรปได้สร้าง “อนุสัญญาว่าด้วยกระบวนการวินิจฉัย

คดีล้มละลายแห่งสหภาพยุโรป (The European Union Convention on Insolvency Proceeding)” ขึ้นมาใช้บังคับกับคดีล้มละลายข้ามชาติที่เกิดขึ้นภายในประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป โดยในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาคำพิพากษาและปรับใช้เกณฑ์ COMI โดยการวิเคราะห์เปรียบเทียบแนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในคดีล้มละลายข้ามชาติที่เกิดขึ้นในสหภาพยุโรป และประเทศผู้รับหลักการของ Model law เป็นหลัก ซึ่งล้วนอ้างอิงอยู่บนพื้นฐานของ European Insolvency Regulation และ Model Law ทั้งสิ้น จึงมีความจำเป็นต้องกล่าวถึงที่มา แนวคิดเบื้องต้น และหลักการสำคัญของหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศทั้งสองแหล่งเพื่อประโยชน์ในการศึกษาเกณฑ์ COMI ในบทต่อไป

2.3 การพัฒนากฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศในสหภาพยุโรป

2.3.1 ความเป็นมา

สหภาพยุโรปเป็นองค์การระหว่างประเทศซึ่งเกิดจากการรวมตัวของประเทศต่างๆ ในทวีปยุโรป โดยมีวัตถุประสงค์ในการรวมตัวทางเศรษฐกิจและกระชับความร่วมมือกันระหว่างประเทศสมาชิก ปัจจุบันประกอบด้วยประเทศสมาชิกจำนวน 27 ประเทศ สหภาพยุโรปมีความพยายามที่จะทลายกำแพงระหว่างกลุ่มประเทศสมาชิกโดยกำจัดอุปสรรคต่างๆ ทั้งทางด้านกายภาพ เทคนิค และศุลกากรระหว่างประเทศ^{**} เพื่อรวมยุโรปให้เป็นตลาดเดียว (Single Market) ส่งผลให้

^{*} ปัจจุบันประกอบด้วยประเทศสมาชิกทั้งหมด 27 ประเทศได้แก่ ออสเตรีย, เบลเยียม, บัลแกเรีย, ไชปรัส, สาธารณรัฐเช็ก, เดนมาร์ก, เอสโตเนีย, ฟินแลนด์, ฝรั่งเศส, เยอรมนี, กรีซ, ฮังการี, ไอร์แลนด์, อิตาลี, ลัตเวีย, ลิทัวเนีย, ลักเซมเบิร์ก, มอลตา, เนเธอร์แลนด์, โปแลนด์, โปรตุเกส, โรมาเนีย, สโลวีเนีย, สเปน, สวีเดน และสหราชอาณาจักร และมีประเทศที่กำลังสมัครเข้าเป็นสมาชิก 3 ประเทศคือ โครเอเชีย, มาซิโดเนีย และตุรกี ส่วนประเทศแถบคาบสมุทรบอลข่านตะวันตก เช่น แอลเบเนีย, บอสเนียและเฮอร์เซโกวีนา, มอนเตเนโกรและเซอร์เบีย ถูกจัดให้เป็นประเทศที่สามารถสมัครเข้าเป็นสมาชิกได้ คอซอวอเองก็ได้รับสถานะนี้เช่นเดียวกัน

^{**} อุปสรรคทางด้านกายภาพ (Physical Barriers) เช่น การขจัดด่านทั้งหมดตามชายแดนระหว่างประเทศสมาชิก ซึ่งทำหน้าที่ตรวจตราสินค้าและประชาชน ควบคุมกักกันโรคพืชและสัตว์ รายงานสถิติการค้าและควบคุมยานพาหนะข้ามแดน

ปัจจัยการผลิตทั้ง 4 ประเภท ซึ่งได้แก่ สินค้า, เงินทุน, แรงงาน และบริการ สามารถเคลื่อนย้ายได้อย่างเสรีโดยปราศจากการกีดกันในเรื่องพรมแดน ทำให้สหภาพยุโรปกลายเป็นกลุ่มทางเศรษฐกิจที่มีความเข้มแข็งและมีความสามารถในการแข่งขันในตลาดโลกได้¹¹

วิธีการหนึ่งที่สหภาพยุโรปใช้ในการขจัดอุปสรรคทางด้านเศรษฐกิจการค้าระหว่างประเทศสมาชิก คือ การตรากฎหมายในระดับสหภาพเพื่อใช้ร่วมกันระหว่างประเทศสมาชิกไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของกฎหมายหลัก เช่น สนธิสัญญาจัดตั้งประชาคม หรือกฎหมายในลำดับรอง เช่น ระเบียบข้อบังคับ (Regulation), ข้อกำหนด (Directives), คำแนะนำ (Recommendations), คำสั่ง (Decisions) นอกจากนั้นยังมีความตกลงระหว่างประเทศของสหภาพยุโรป, กฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษร และอนุสัญญาระหว่างประเทศสมาชิกอีกด้วย ซึ่งกฎหมายในลำดับชั้นต่างๆ เหล่านี้ทำให้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปต้องมีการปรับตัวโดยยอมลดการใช้อำนาจอธิปไตยด้านกฎหมายภายในของตนลงบางส่วนและหันมาใช้บังคับกฎหมายระดับสหภาพเหล่านี้ร่วมกันทุกประเทศ

การพัฒนากฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศในสหภาพยุโรปเริ่มขึ้นอย่างเป็นทางการในรูปธรรมในปี ค.ศ.1957 ซึ่งในขณะนั้นกลุ่มประเทศในทวีปยุโรปได้รวมตัวกันเป็น “ประชาคมยุโรป” (European Economic Communities หรือ EEC) และได้เล็งเห็นว่า เป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องสร้างกฎเกณฑ์และระเบียบแบบแผนภายในประชาคมให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันเพื่อปกป้องตลาดภายในของประชาคมยุโรป ดังปรากฏเจตนารมณ์อยู่ในมาตรา 220 แห่งอนุสัญญาจัดตั้งประชาคมยุโรป (Rome Treaty) ซึ่งกำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องร่วมกันสร้างระเบียบแบบแผนที่ชัดเจนเกี่ยวกับการรับรองและการบังคับตามคำพิพากษาของศาลระหว่างกัน (The simplification of formalities governing the reciprocal recognition and enforcement of judgments of courts or

อุปสรรคทางด้านเทคนิค (Technical Barriers) เช่น การขจัดความแตกต่างระหว่างประเทศสมาชิกในเรื่องมาตรฐานสินค้า มาตรฐานวิชาชีพ ข้อบังคับและเงื่อนไขการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ ระบบการควบคุมธุรกิจการเงิน การธนาคาร การประกันภัย หลักทรัพย์ การขนส่ง และการควบคุมการส่งออกนอกประเทศ

อุปสรรคทางด้านภาษี (Fiscal Barriers) เช่น การขจัดความแตกต่างในเรื่องการเก็บภาษีทางอ้อม ซึ่งได้แก่ ภาษีมูลค่าเพิ่ม และภาษีสรรพสามิต

¹¹ อภิญา เลื่อนฉวี, *กฎหมายสหภาพยุโรป* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 23-24.

อนุสัญญาจัดตั้งประชาคมยุโรปได้มีการลงนามในวันที่ 25 มีนาคม ค.ศ.1957 ณ กรุงโรม ประเทศอิตาลี จึงเป็นที่รู้จักกันในอีกชื่อหนึ่งว่า “อนุสัญญาโรม” (Rome Treaty)

tribunals and of arbitral award) จึงได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญชุดแรกจากประเทศสมาชิก 6 ประเทศในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1960 เพื่อทำการศึกษา และพัฒนากฎหมายระดับประชาคมขึ้นจนเป็นที่มาของอนุสัญญาบรัสเซลส์ว่าด้วยเขตอำนาจศาลและการบังคับตามคำพิพากษาทางแพ่งและพาณิชย์ (The Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters) โดยมีผลใช้บังคับในวันที่ 27 กันยายน ค.ศ. 1968¹²

อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาดังกล่าวมุ่งเน้นเฉพาะการจัดการคดีทางแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น ไม่สามารถนำมาบังคับใช้กับคดีล้มละลายได้ เนื่องจากในมาตรา 1(2) ของอนุสัญญาบรัสเซลส์มีให้นำอนุสัญญาไปใช้บังคับกับคดีล้มละลาย, กระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการชำระบัญชีของบริษัท หรือนิติบุคคลอื่นที่ล้มละลาย, การบริหารจัดการคดี, การประนอมหนี้ หรือกระบวนการอื่นที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับกระบวนการล้มละลาย¹³ นอกจากนี้ การที่คดีล้มละลายมีลักษณะโดยพื้นฐานแตกต่างจากคดีแพ่งและพาณิชย์ ทำให้การพัฒนากฎหมายล้มละลายต้องถูกแยกออกมาต่างหาก และเพื่อเป็นการอุดช่องว่างของอนุสัญญาบรัสเซลส์ จึงได้มีการเสนอแผนพัฒนากฎหมายล้มละลายต่อคณะมนตรียุโรปในปี ค.ศ. 1970 การพัฒนากฎหมายล้มละลายมีความต่อเนื่องเรื่อยมาจนมีการเสนอร่างกฎหมายฉบับสมบูรณ์ให้คณะมนตรียุโรปพิจารณาอีกครั้งในปี ค.ศ. 1980 และนำออกตีพิมพ์เผยแพร่แก่สาธารณชนในปี ค.ศ. 1982 โดยใช้ชื่อว่า “การล้มละลาย, การประนอมหนี้ และกระบวนการที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน” (Bankruptcy, composition and similar procedures)¹⁴

ในขณะเดียวกันนับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1980 เป็นต้นมา ที่ประชุมคณะมนตรียุโรปก็ได้มีการผลักดันในเรื่องดังกล่าวจนออกมาเป็น “อนุสัญญายุโรปว่าด้วยหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับการล้มละลาย (the European Convention on certain international aspects of bankruptcy)”

¹² Ian F. Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches* (Oxford: Oxford University Press, 2005), pp. 250-255.

¹³ Article 1(2) of Brussels Convention: “The convention shall not apply to bankruptcy, proceedings relating to the winding-up of insolvent companies or other legal persons, judicial arrangements, composition and analogous proceedings”

¹⁴ Ann-Christine Halen, “Center of main interests: A new concept in European insolvency law,” (Master’s thesis, Faculty of law, Lund University, 2002), p. 5.

ในปี ค.ศ. 1990 ซึ่งเป็นที่รู้จักกันในนามของ “อนุสัญญาอิสตันบูล (The Istanbul Convention)” โดยมีประเทศที่เข้าร่วมลงนามทั้งหมด 8 ประเทศ และให้สัตยาบันอีก 1 ประเทศ อย่างไรก็ตาม ในท้ายที่สุดอนุสัญญาดังกล่าวก็มิได้ถูกนำมาบังคับใช้เนื่องจากยังขาดการให้สัตยาบันอนุสัญญาจากอีก 2 ประเทศ

ในเดือนพฤษภาคม ปี ค.ศ. 1990 คณะกรรมการผู้แทนถาวรของประเทศสมาชิกแห่งสหภาพยุโรป (Committee of Permanent Representatives of Member States to the Institutions of the European Union : COREPER) ได้แต่งตั้งคณะกรรมการชั่วคราวเพื่อจัดทำร่างอนุสัญญาขึ้นมาใหม่ โดยใช้ชื่อว่า “อนุสัญญาว่าด้วยกระบวนการวินิจฉัยคดีล้มละลายของสหภาพยุโรป (The European Union Convention on Insolvency Proceeding)” ซึ่งได้เปิดให้ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปทุกประเทศเข้าร่วมลงนามเบื้องต้นในเดือนกันยายน ค.ศ. 1995 และจัดให้มีการลงนามอย่างเป็นทางการในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. 1995 โดยมีอังกฤษเพียงประเทศเดียวเท่านั้นที่มีได้ลงนามในอนุสัญญาดังกล่าว¹⁵

ต่อมาในวันที่ 29 พฤษภาคม ค.ศ. 2000 คณะกรรมาธิการและคณะมนตรียุโรปได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 65 และ 67 ของอนุสัญญาว่าด้วยกระบวนการวินิจฉัยคดีล้มละลายของสหภาพยุโรป ซึ่งกำหนดให้คณะกรรมาธิการและคณะมนตรียุโรปมีอำนาจในการสร้างมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการขัดกันของกฎหมายและเขตอำนาจศาล เพื่อนำไปบังคับใช้ระหว่างประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป จึงได้ตราข้อบังคับสำคัญซึ่งเกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล 3 ฉบับ ซึ่งหนึ่งในนั้น คือ Council Regulation (EC) No.1346/2000 on Insolvency Proceeding หรือ European Insolvency Regulation มีผลใช้บังคับในวันที่ 31 พฤษภาคม ค.ศ. 2002 เพื่อนำมาใช้บังคับกับคดีล้มละลายข้ามชาติที่เกิดขึ้นในสหภาพยุโรปโดยเฉพาะ¹⁶ ยกเว้นประเทศเดนมาร์กเท่านั้นที่มีได้เข้าร่วมผูกพันภายใต้ข้อบังคับดังกล่าว

อาจกล่าวได้ว่า European Insolvency Regulation เป็นผลิตภัณฑ์ของความพยายามตลอดระยะเวลากว่า 40 ปี ในการสร้างกรอบทางกฎหมายเพื่อจัดการกับคดีล้มละลายข้ามชาติ

* ประเทศที่เข้าร่วมลงนามได้แก่ Belgium, Cypress, France, Germany, Greece, Italy, Luxembourg และ Turkeys โดยประเทศ Cypress ได้เข้าสัตยาบันอนุสัญญาดังกล่าวด้วย

¹⁵ Ibid., p. 6.

¹⁶ Bob Wessels, *International insolvency law*, pp. 225-227.

ที่เกิดขึ้นภายในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป โดยมีจุดมุ่งหมายในการสร้างระบบการรับรองกระบวนการล้มละลายที่มีประสิทธิภาพสูงสุด และหามาตรการร่วมกันในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อป้องกันมิให้คู่กรณีในคดีล้มละลายทำการย้ายถ่ายโอนทรัพย์สินหรือเปลี่ยนแปลงกระบวนการยุติธรรมจากประเทศหนึ่งไปสู่อีกประเทศหนึ่งเพื่อจะทำให้ตนได้รับสถานภาพทางกฎหมายหรือสิทธิประโยชน์ใดๆ ที่ดีกว่า(Forum Shopping) ทั้งนี้ European Insolvency Regulation ไม่มีผลบังคับย้อนหลังไปถึงคดีล้มละลายข้ามชาติที่เกิดขึ้นก่อนวันที่ 31 พฤษภาคม ค.ศ. 2002¹⁷

2.3.2 วัตถุประสงค์และขอบเขตการใช้บังคับ

สหภาพยุโรปมีจุดมุ่งหมายในการสร้างยุโรปให้เป็นตลาดเดียว (Single market) และการสร้างความเข้มแข็งให้แก่ตลาดภายในนั้นจำเป็นต้องอาศัยกลไกทางกฎหมายเพื่อให้ผู้ดำเนินธุรกิจสามารถเข้าถึงตลาดภายในของสหภาพยุโรปได้อย่างเท่าเทียมกัน โดยขจัดอุปสรรคอันเกิดจากความแตกต่างกันของระบบกฎหมายล้มละลายภายในประเทศสมาชิกแต่ละประเทศ และจำกัดการย้ายถ่ายโอนทรัพย์สินหรือกระบวนการยุติธรรมจากเขตอำนาจรัฐหนึ่งไปสู่อำนาจของอีกรัฐของคู่กรณีในคดีล้มละลาย

European Insolvency Regulation จึงถูกนำมาใช้บังคับเพื่อช่วยส่งเสริมให้บรรยากาศการลงทุนภายในสหภาพยุโรปเป็นไปอย่างเสรี, ปลอดภัย และมีความเป็นธรรม¹⁸ โดยเฉพาะเมื่อผู้ประกอบการหรือเจ้าหนี้จำเป็นต้องเผชิญหน้ากับความเสี่ยงจากการล้มละลายของลูกหนี้ โดยมีวัตถุประสงค์ในการใช้บังคับดังต่อไปนี้

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁷ Article 43 of European Insolvency Regulation: “The provisions of this Regulation shall apply only to insolvency proceedings opened after its entry into force. Acts done by a debtor before the entry into force of this Regulation shall continue to be governed by the law which was applicable to them at the time they were done.”

¹⁸ Recital 1 of European Insolvency Regulation: “The European Union has set out the aim of establishing an area of freedom, security and justice.”

- (1) เพื่อสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกระบวนการล้มละลายภายในสหภาพยุโรป โดยให้ผลของกระบวนการล้มละลายผูกพันประเทศสมาชิกทุกประเทศภายใต้หลักความไว้วางใจกัน (Principle of mutual trust)
- (2) เพื่อลดรูปแบบทางพิธีการและสร้างระบบที่ทำให้เจ้าหนี้สามารถใช้สิทธิของตนได้โดยง่าย
- (3) เพื่อสร้างความเชื่อมั่นว่าจะมีการปฏิบัติต่อเจ้าหนี้อย่างเท่าเทียมกัน
- (4) เพื่อส่งเสริมความร่วมมือกันระหว่างศาลและผู้แทนกระบวนการล้มละลายในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปแต่ละประเทศ
- (5) เพื่อให้มีการรับรองกระบวนการล้มละลายและคำพิพากษาของศาลภายในสหภาพยุโรปโดยอัตโนมัติ (Automatic Recognition)

European Insolvency Regulation ประกอบด้วย 47 มาตรา โดยแบ่งออกเป็น 5 ส่วนหลักๆ ได้แก่ บททั่วไป (มาตรา 1-15), การรับรองกระบวนการล้มละลาย (มาตรา 16-26), การดำเนินกระบวนการรอง (มาตรา 27-38), การขอข้อมูลและสิทธิของเจ้าหนี้ (มาตรา 39-42) และ บทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้บังคับ (มาตรา 43-47) โดยจะนำไปใช้บังคับกับกระบวนการล้มละลายทุกประเภทที่เกิดขึ้นในสหภาพยุโรป ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการชำระหนี้ (Liquidation) หรือกระบวนการฟื้นฟูกิจการ (Reorganization) และมีผลต่อลูกหนี้ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ยกเว้นแต่กิจการประเภทธนาคาร, บริษัทประกันภัย, บริษัทหลักทรัพย์ และกองทุนรวม ซึ่งเป็นกิจการที่มีลักษณะพิเศษและมีผลต่อความมั่นคงภายในของรัฐ การล้มละลายของกิจการประเภทดังกล่าวจึงมิได้อยู่ภายใต้บังคับของ European Insolvency Regulation¹⁹ แต่อยู่ภายใต้ข้อกำหนดเฉพาะ (Directive) ของสหภาพยุโรปแทน นอกจากนี้ European Insolvency Regulation จะนำไปใช้บังคับแก่กระบวนการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹⁹ Article 1(2) of European Insolvency Regulation: "This Regulation shall not apply to insolvency proceedings concerning insurance undertakings, credit institutions, investment undertakings which provide services involving the holding of funds or securities for third parties, or to collective investment undertakings."

* สำหรับการล้มละลายของธุรกิจประเภทสถาบันการเงินในสหภาพยุโรปอยู่ภายใต้บังคับของ The EU Directive on the Reorganization and Winding up of Credit Institutions (2001/24/EC) ส่วนธุรกิจด้านประกันภัย

การล้มละลายและการแต่งตั้งผู้แทนกระบวนการล้มละลายในสหภาพยุโรปก็ต่อเมื่อปรากฏสถานที่ตั้งของ COMI ตั้งอยู่ภายในสหภาพยุโรป²⁰ ดังนั้น แม้กระบวนการล้มละลายจะเริ่มขึ้นในสหภาพยุโรป หากสามารถพิสูจน์ได้ว่า COMI มิได้ตั้งอยู่ภายในสหภาพยุโรปด้วย กระบวนการล้มละลายดังกล่าวย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของ European Insolvency Regulation แต่ตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายภายในของประเทศที่เริ่มกระบวนการล้มละลายนั่นเอง

2.3.3 สถานะทางกฎหมายของ European Insolvency Regulation

European Insolvency Regulation เป็นกฎหมายระดับสหภาพในลำดับรองประเภท “ข้อบังคับ” (Regulation) ซึ่งหมายความว่า สามารถใช้บังคับแก่ประเทศสมาชิกทั้งปวงโดยไม่ต้องผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาของประเทศสมาชิกอีก นอกจากนี้ หากกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกมีบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อข้อบังคับดังกล่าวแล้ว กฎหมายภายในย่อมใช้บังคับไม่ได้และข้อบังคับนี้มีผลใช้บังคับโดยตรงและทันทีกับประเทศสมาชิกทุกประเทศ หลังจากที่ได้มีการพิมพ์ประกาศลงในจุลสารทางการ (Official journal) ของสหภาพยุโรปแล้ว

เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะเหตุว่า การบังคับใช้กฎหมายในสหภาพยุโรปอยู่ภายใต้ “หลักความมีอำนาจสูงสุด” (Supremacy doctrine) กล่าวคือ กฎหมายของสหภาพยุโรปย่อมอยู่เหนือกว่ากฎหมายภายในของประเทศสมาชิกทั้งปวง ดังนั้น หากปรากฏว่า กฎหมายภายในของประเทศสมาชิก ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายในลำดับอื่นใดก็ตามมีเนื้อหาหรือใจความที่ขัดแย้งต่อกฎหมายของสหภาพยุโรป ย่อมถือว่า กฎหมายของสหภาพยุโรปอยู่เหนือกว่ากฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ และศาลหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะต้องยุติการนำกฎหมายภายในดังกล่าวมาปรับใช้ในทันที²¹

อยู่ภายใต้บังคับของ The EU Directive on the Reorganization and Winding up of Insurance Undertakings (2001/17/EC)

²⁰ Recital 14 of European Insolvency Regulation: “This Regulation applies only to proceedings where the center of the debtor's main interests is located in the Community.”

²¹ อภิญา เลื่อนฉวี, กฎหมายสหภาพยุโรป, หน้า 87-88.

2.3.4 การดำเนินกระบวนการล้มละลายข้ามชาติในสหภาพยุโรป

2.3.4.1 การเริ่มกระบวนการล้มละลาย

โดยทั่วไปการเริ่มกระบวนการล้มละลายภายในประเทศนั้นจะต้องมีผู้ดำเนินการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย โดยกฎหมายล้มละลายในแต่ละประเทศได้กำหนดตัวผู้มีสิทธิเริ่มคดีล้มละลายไว้แตกต่างกัน เช่น ในประเทศไทยซึ่งมีระบบกฎหมายล้มละลายโน้มเอียงไปในทางเข้าข้างเจ้าหนี้ (Pro-creditor) ได้กำหนดให้ฝ่ายเจ้าหนี้เท่านั้นเป็นผู้มีสิทธิในการริเริ่มคดี ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกา มีระบบกฎหมายล้มละลายโน้มเอียงไปในทางเข้าข้างลูกหนี้ (Pro-debtor) ได้เปิดโอกาสให้ฝ่ายลูกหนี้สามารถยื่นคำร้องขอให้ตนเองล้มละลายโดยสมัครใจได้ด้วย เป็นต้น

เมื่อผู้มีสิทธิเริ่มคดีได้ดำเนินการยื่นคำร้องต่อศาลแล้ว ศาลก็จะพิจารณาต่อไปว่า การขอให้เริ่มคดีดังกล่าวมีฐานแห่งการฟ้องร้องคือ การที่ลูกหนี้เป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัวหรือไม่ โดยพิจารณาจากการมีสัดส่วนของหนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน (Balance sheet test) หรือการไม่สามารถชำระหนี้ของลูกหนี้เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ (Cash flow or Liquidity or General cessation of payment test) หรือใช้ทั้งสองหลักเกณฑ์ประกอบกัน หากสามารถพิสูจน์ได้ว่าลูกหนี้เป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัวจริง ศาลก็จะดำเนินการรับคำร้องและมีคำสั่งให้เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่อไป

ทั้งนี้ การเริ่มต้นกระบวนการล้มละลายเป็นผลมาจากการใช้อำนาจรัฐเข้าควบคุมลูกหนี้และทรัพย์สินของลูกหนี้ โดยแต่ละประเทศอาจกำหนดหลักเกณฑ์การเริ่มกระบวนการล้มละลายไว้แตกต่างกัน เช่น บางประเทศอาศัยการมีภูมิลำเนาของลูกหนี้ บางประเทศอาศัยการมีทรัพย์สินของลูกหนี้ตั้งอยู่ในเขตอำนาจรัฐ ซึ่งกระบวนการที่เกิดขึ้นอาจเป็นกระบวนการเพื่อชำระหนี้ (Liquidation) หรือเพื่อฟื้นฟูกิจการ (Reorganization) ก็ได้ อย่างไรก็ตาม การเริ่มต้นคดีล้มละลายเพื่อนำไปสู่การเริ่มต้นของกระบวนการล้มละลายข้ามชาติตามแนวทางของ European Insolvency Regulation สามารถเริ่มขึ้นได้โดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวดังต่อไปนี้

(1) การเริ่มกระบวนการล้มละลายโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยว ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ (Center of a debtor's main interests หรือ COMI)

ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ (Center of a debtor's main interests หรือ COMI) ได้แก่ สถานที่อันเป็นศูนย์กลางทางเศรษฐกิจ (Focal point or economic life) หรือเป็นหัวใจในการบริหารจัดการธุรกิจการค้า (Mind of business) ของลูกหนี้ โดย European Insolvency Regulation มิได้กำหนดความหมายหรือคำนิยามของ COMI ไว้ เพียงแต่กำหนดข้อสันนิษฐานเบื้องต้นในมาตรา 3(1) ให้ถือเอาสำนักงานจดทะเบียนของลูกหนี้เป็นสถานที่ตั้งของ COMI ในกรณีที่ไม่มีปรากฏข้อพิสูจน์โต้แย้งเป็นประการอื่น²² ซึ่งโดยทั่วไปสำนักงานจดทะเบียนหมายถึงสำนักงานแห่งใหญ่ (Head office) ของลูกหนี้ และกำหนดแนวทางในการตีความไว้ในส่วนอารัมภบทที่ 13 ความว่า “COMI ควรเป็นสถานที่ซึ่งโดยปกติลูกหนี้ใช้ในการบริหารจัดการผลประโยชน์ของตนและสามารถรับรู้ได้โดยบุคคลที่สาม²³”

(2) การเริ่มกระบวนการล้มละลายโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยว สถานประกอบการ (Establishment) ของลูกหนี้

สถานประกอบการ (Establishment) ของลูกหนี้ หมายถึง สถานที่ซึ่งลูกหนี้ใช้ในการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจของตนไม่ว่าจะเป็นการค้า, การอุตสาหกรรม หรือการประกอบวิชาชีพ (ในกรณีบุคคลธรรมดา) แต่มิได้มีความสำคัญถึงขนาดเป็นศูนย์กลางการบริหารจัดการเหมือนในกรณีของ COMI โดยลูกหนี้รายหนึ่งอาจมีสถานประกอบการได้หลายแห่ง

²² Article 3(1) of European Insolvency Regulation: “The courts of the Member State within the territory of which the center of a debtor's main interests is situated shall have jurisdiction to open insolvency proceedings. In the case of a company or legal person, the place of the registered office shall be presumed to be the center of its main interests in the absence of proof to the contrary.”

²³ Recital 13 of European Insolvency Regulation: “The “center of main interests” should correspond to the place where the debtor conducts the administration of his interests on a regular basis and is therefore ascertainable by third parties.”

ในหลายประเทศ และต้องเป็นการประกอบธุรกิจที่มีลักษณะประจำ ไม่เคลื่อนย้าย(Non-transitory) กล่าวคือ จะต้องมีส่วนประกอบ การจ้างงานบุคลากร และจะต้องมีสินค้าที่ใช้ในการประกอบกิจการสำหรับธุรกิจนั้น²⁴ มิใช่การประกอบธุรกิจเพียงชั่วคราว หรือเป็นเพียงสถานที่ตั้งทรัพย์สิน (Presence of assets) ของลูกหนี้ การที่ลูกหนี้มีสถานประกอบการตั้งอยู่ในประเทศใด ย่อมทำให้ลูกหนี้สามารถถูกฟ้องเป็นคดีล้มละลายต่อศาลในประเทศนั้นได้ตามหลักเขตอำนาจรัฐเหนือดินแดน

การกำหนดหลักเกณฑ์การกล่าวอ้างจุดเกาะเกี่ยวเหนือคดีล้มละลายข้ามชาตินั้น ต้องไม่คำนึงถึงกรอบของการใช้เขตอำนาจของรัฐเพียงอย่างเดียว หากแต่ต้องคำนึงถึงการใช้ได้ผลอย่างจริงจังของกระบวนการล้มละลายนอกเขตอำนาจของรัฐที่กระบวนการเกิดขึ้น(Extraterritoriality) ด้วย การดำเนินกระบวนการล้มละลายข้ามชาติจำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือระหว่างประเทศ เพื่อประสิทธิภาพในการบริหารจัดการคดี European Insolvency Regulation จึงสร้างหลักเกณฑ์การกล่าวอ้างจุดเกาะเกี่ยวที่ทำให้ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปผู้เริ่มกระบวนการมี “เขตอำนาจระหว่างประเทศ” (International jurisdiction) ในการเข้าควบคุมและจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ นอกอาณาเขตของตน ส่วนข้อแตกต่างระหว่างกระบวนการที่เริ่มขึ้นโดยอาศัย COMI และ Establishment อยู่ที่สถานะและความสำคัญของกระบวนการที่ถูกรับรอง ซึ่งรายละเอียดจะได้กล่าวต่อไปในเรื่องประเภทของกระบวนการล้มละลาย

2.3.4.2 ประเภทของกระบวนการล้มละลาย

European Insolvency Regulation ได้แบ่งประเภทของกระบวนการล้มละลายที่ศาลของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปสามารถริเริ่มภายในประเทศตนได้ออกเป็น 3 ประเภทดังนี้

²⁴ Article 2(h) of European Insolvency Regulation: “‘Establishment’ shall mean any place of operations where the debtor carries out a non-transitory economic activity with human means and goods.”

(1) กระบวนการหลัก (Main proceeding)

กระบวนการหลัก (Main proceeding) เป็นกระบวนการล้มละลาย หรือฟื้นฟูกิจการที่เกิดขึ้นในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของ COMI การเป็นกระบวนการหลัก มีความหมายในตัวเองว่า มีได้เพียงกระบวนการเดียวและเกิดขึ้นในประเทศเดียวเท่านั้น เพราะหาก เกิดขึ้นหลายกระบวนการในหลายประเทศ ย่อมไม่สามารถระบุได้ว่า กระบวนการใดที่จะเป็น “หลัก” (Main) ให้แก่กระบวนการอื่นๆ การกำหนดให้มีกระบวนการหลักนั้นมีรากฐานมาจากทฤษฎี Universality ซึ่งต้องการให้กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายถูกรวมศูนย์อยู่ภายใต้เขตอำนาจของ ศาลเพียงแห่งเดียว (Single Forum) และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายล้มละลายในประเทศเดียว อย่างไรก็ตาม การรวมศูนย์การพิจารณาคดีล้มละลายให้อยู่ภายในประเทศเดียวเป็นเรื่องที่เกิดขึ้น ได้ยากในทางปฏิบัติ เพราะลักษณะของคดีล้มละลายข้ามชาติมีข้อจำกัดอยู่หลายประการ เช่น ปัญหา เรื่องทรัพย์สินของลูกหนี้ที่กระจัดกระจายอยู่ตามประเทศต่างๆ หรือกรณีที่ทรัพย์สินของลูกหนี้เป็น อสังหาริมทรัพย์ไม่สามารถเคลื่อนย้ายได้ ส่งผลให้ไม่สามารถจัดการหรือรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ ให้เสร็จสิ้นภายในกระบวนการเดียวได้

ดังนั้น สหภาพยุโรปจึงได้พยายามสร้างหลักเกณฑ์และกลไกที่เป็น กลาง เพื่อให้ประเทศสมาชิกทุกประเทศสามารถนำไปปรับใช้กับคดีล้มละลายข้ามชาติโดยตั้งอยู่บน พื้นฐานของความร่วมมือระหว่างประเทศ (International cooperation) และการเคารพต่อการใช้อำนาจอธิปไตยทางศาลของแต่ละประเทศ โดยนำทฤษฎี Universality และ Territoriality มาปรับใช้ ในลักษณะผสมผสานกัน กล่าวคือ เปิดโอกาสให้ทุกประเทศสามารถริเริ่มกระบวนการล้มละลายตาม กฎหมายภายในของตนได้ อันเป็นการดำเนินกระบวนการซ้ำซ้อนแบบคู่ขนานกันไปในแต่ละประเทศ (Concurrent Proceeding) แต่กระบวนการล้มละลายที่เริ่มขึ้นในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของ COMI เท่านั้นจึงจะถูกรับรองให้มีสถานะทางกฎหมายเป็นกระบวนการหลัก และผลของคำพิพากษาหรือ คำสั่งของศาลผู้ริเริ่มกระบวนการหลักจะมีผลผูกพันโดยไม่จำกัด (Universal Scope) กล่าวคือ มีผล ทางกฎหมายผูกพันตัวลูกหนี้ เจ้าหนี้ ผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้อง และทรัพย์สินของลูกหนี้ทั่วทั้งสหภาพ ยุโรป โดยก่อให้เกิดอำนาจแก่ผู้แทนในกระบวนการหลัก (Liquidator) ในการเข้ารวบรวมทรัพย์สินของ ลูกหนี้ไม่ว่าจะตั้งอยู่ในอาณาเขตประเทศสมาชิกใดของสหภาพยุโรปส่วนกระบวนการล้มละลายอื่นๆ ที่มีได้เริ่มขึ้นในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของ COMI ไม่ว่าจะเกิดขึ้นก่อนหรือหลังการริเริ่มกระบวนการ

หลัก กระบวนการล้มละลายดังกล่าวย่อมอยู่ในสถานะหรือลำดับที่ต่ำกว่ากระบวนการหลักทั้งสิ้น โดยอาจมีสถานะเป็นกระบวนการรอง (Non-main proceeding) หรือกระบวนการภายในประเทศ (Territorial proceeding) แล้วแต่กรณี

(2) กระบวนการรอง (Non-main proceeding or Secondary Proceeding)

กระบวนการรอง (Non-Main Proceeding or Secondary Proceeding) เป็นกระบวนการล้มละลายที่เริ่มขึ้นในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของสถานประกอบการ (Establishment) ของลูกหนี้²⁵ การเริ่มของกระบวนการรองเป็นการเคารพต่อการใช้อำนาจอธิปไตยในแต่ละรัฐให้สามารถดำเนินกระบวนการล้มละลายตามกฎหมายภายในของตนได้โดยปราศจากการแทรกแซงจากรัฐอื่น โดยกระบวนการรองอยู่ในสถานะและลำดับที่ต่ำกว่ากระบวนการหลักและมักเกิดขึ้นภายหลังมีการรับรองกระบวนการหลักในประเทศสมาชิกใดประเทศสมาชิกหนึ่งแล้ว การดำเนินกระบวนการรองมีวัตถุประสงค์หลักอยู่ 2 ประการ คือ

(ก) เพื่อทำหน้าที่เป็นกระบวนการผู้ช่วยให้แก่กระบวนการหลัก

วัตถุประสงค์ประการหนึ่งของการดำเนินกระบวนการล้มละลาย คือ การรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ให้ได้มากที่สุด (Maximization of assets) เพื่อให้เจ้าหนี้มีโอกาสได้รับชำระหนี้มากขึ้นตามส่วนของตน แต่การอาศัยอำนาจของรัฐผู้ดำเนินกระบวนการหลักเพียงอย่างเดียวย่อมไม่เพียงพอต่อการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งมีลักษณะกระจัดกระจาย

²⁵ Article 3(2) of European Insolvency Regulation: “Where the center of a debtor's main interests is situated within the territory of a Member State, the courts of another Member State shall have jurisdiction to open insolvency proceedings against that debtor only if he possesses an establishment within the territory of that other Member State. The effects of those proceedings shall be restricted to the assets of the debtor situated in the territory of the latter Member State.”

และต้องอาศัยความรวดเร็วเพื่อป้องกันการยกย้ายถ่ายโอนทรัพย์สินโดยทุจริตของลูกหนี้ จึงจำเป็นต้องอาศัยอำนาจของรัฐซึ่งเป็นสถานที่ตั้งสถานประกอบการของลูกหนี้ให้ดำเนินการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตั้งอยู่ในรัฐนั้นแทน

กระบวนการรองจึงมีสถานะเสมือนเป็น “กระบวนการผู้ช่วย” (Auxiliary proceeding) และขึ้นตรงต่อกระบวนการหลัก โดยทำหน้าที่ช่วยเหลือและสนับสนุนการดำเนินงานของกระบวนการหลัก ผู้แทนในกระบวนการหลักสามารถร้องขอให้ศาลหรือหน่วยงานผู้มีอำนาจในกระบวนการรองดำเนินการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ภายในประเทศเพื่อส่งมอบเข้าสู่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ในกระบวนการหลักได้ กระบวนการรองจึงต้องเป็นกระบวนการเพื่อชำระหนี้ (Liquidation) เท่านั้น²⁶ อย่างไรก็ตาม ผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลในกระบวนการรองจะมีผลทางกฎหมายผูกพันทรัพย์สินของลูกหนี้เฉพาะที่ตั้งอยู่ในประเทศที่เริ่มกระบวนการรองเท่านั้น มิได้มีผลผูกพันไปถึงทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในประเทศสมาชิกอื่นๆ ด้วย

(ข) เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ภายในประเทศ

การดำเนินกระบวนการรองมีวัตถุประสงค์สำคัญในการคุ้มครองผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ภายในประเทศ (Protection of local interests) เช่น สถาบันการเงินภายในประเทศที่ลูกหนี้ไปขอสินเชื่อ รัฐหรือหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นเจ้าหนี้ค่าภาษีอากร ค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่ายอื่นๆ ในลักษณะเดียวกัน ตลอดจนเจ้าหนี้ที่มีนิติสัมพันธ์อยู่กับลูกหนี้ไม่ว่าโดยทางนิติกรรมหรือทางละเมิด ย่อมประสงค์ที่จะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตั้งอยู่ในภายในประเทศตน มากกว่าการขอรับชำระหนี้ในต่างประเทศ เพราะการเข้าร่วมในกระบวนการล้มละลายต่างประเทศย่อมเป็นการเพิ่มค่าใช้จ่าย อาจได้ไม่คุ้มเสีย รวมทั้งเจ้าหนี้ไม่มีความคุ้นเคยกับระบบกฎหมายล้มละลายในต่างประเทศทำให้ไม่มีหลักประกันที่แน่นอนว่าจะได้รับชำระหนี้คืนหรือไม่

²⁶ Article 3(3) of European Insolvency Regulation: “Where insolvency proceedings have been opened under paragraph 1, any proceedings opened subsequently under paragraph 2 shall be secondary proceedings. These latter proceedings must be winding-up proceedings.”

หนทางที่ง่ายที่สุดในการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้เหล่านี้ จึงอยู่ที่ทรัพย์สินของลูกหนี้ภายในประเทศ ถึงแม้จะมีอยู่ไม่มากเท่าในประเทศที่ดำเนินกระบวนการหลัก แต่ก็ยังดีกว่าไม่ได้รับชำระหนี้เลย ทั้งนี้ ประเทศที่ดำเนินกระบวนการรองสามารถขอคืนส่วนทรัพย์สินของลูกหนี้ที่รวบรวมมาได้ เพื่อนำมาชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ภายในประเทศตนก่อน หากมีทรัพย์สินเหลืออยู่เท่าใดจึงดำเนินการส่งมอบเข้าสู่กองทรัพย์สินของลูกหนี้ในกระบวนการหลักต่อไป เพราะหากจะบังคับเอาทรัพย์สินของลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการหลักเสียทั้งหมด ย่อมไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหนี้ภายในประเทศซึ่งลูกหนี้ได้เข้ามาตัดดวงผลประโยชน์ออกไปก่อนถูกร้องขอให้มีการล้มละลาย

(3) กระบวนการภายในประเทศ (Territorial proceeding)

กระบวนการภายในประเทศ (Territorial proceeding หรือ Independent territorial proceeding) เป็นกระบวนการล้มละลายหรือฟื้นฟูกิจการที่เริ่มขึ้นโดยอาศัยกฎหมายภายใน (National law) ของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่เริ่มกระบวนการ และสามารถเกิดขึ้นก่อนการเริ่มกระบวนการหลักในประเทศอื่นเป็นสถานที่ตั้งของ COMI โดยประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปสามารถดำเนินกระบวนการดังกล่าวได้ในกรณีที่มีความจำเป็นอย่างยิ่ง (Absolutely necessary) เท่านั้น ซึ่งได้แก่²⁷

²⁷ Article 3(4) of European Insolvency Regulation: “Territorial insolvency proceedings referred to in paragraph 2 may be opened prior to the opening of main insolvency proceedings in accordance with paragraph 1 only:

(a) where insolvency proceedings under paragraph 1 cannot be opened because of the conditions laid down by the law of the Member State within the territory of which the center of the debtor's main interests is situated; or

(b) where the opening of territorial insolvency proceedings is requested by a creditor who has his domicile, habitual residence or registered office in the Member State within the territory of which the establishment is situated, or whose claim arises from the operation of that establishment.”

(ก) ในกรณีที่ศาลของประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของ COMI ไม่สามารถเริ่มกระบวนการหลักได้ เพราะข้อจำกัดของกฎหมายภายในของประเทศนั้นเอง

(ข) ในกรณีที่เจ้าหนี้ผู้มีภูมิลำเนาในประเทศสมาชิก หรือเจ้าหนี้ในประเทศสมาชิกอันเป็นสถานที่ตั้งสถานประกอบการของลูกหนี้เป็นผู้ร้องขอต่อศาลในประเทศ ให้ดำเนินกระบวนการภายในประเทศ

จุดมุ่งหมายสำคัญของการกำหนดกระบวนการล้มละลายประเภทนี้ ขึ้นมาก็เพื่อก่อให้เกิดความเชื่อมั่นว่า กระบวนการล้มละลายภายในประเทศจะอยู่ภายใต้การควบคุมของกระบวนการหลักเพียงกระบวนการเดียว เพราะกระบวนการล้มละลายภายในประเทศจะมีผลผูกพันจำกัดต่อคู่กรณี ผู้มีส่วนได้เสีย และทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตั้งอยู่ภายในประเทศเท่านั้น²⁸ และจะไม่รบกวนการดำเนินกระบวนการหลักในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของ COMI เพียงแต่ดำเนินกระบวนการในลักษณะคู่ขนานไปกับกระบวนการหลักเท่านั้น

กระบวนการภายในประเทศและกระบวนการรองมีความใกล้เคียงกันมาก เพราะผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลในกระบวนการล้มละลายต่างมีผลผูกพันจำกัดอยู่ภายในอาณาเขตของประเทศผู้เริ่มกระบวนการดังกล่าว ส่งผลให้สามารถรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้เฉพาะที่ตั้งอยู่ภายในประเทศเท่านั้น ข้อแตกต่างเพียงประการเดียวของกระบวนการทั้งสองประเภท คือ การใช้คำเรียกที่แตกต่างกันโดยคำนึงถึงลำดับก่อนหลังกระบวนการหลัก กล่าวคือ หากกระบวนการล้มละลายดังกล่าวเกิดขึ้นภายหลังการเริ่มต้นกระบวนการหลักในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของ COMI กระบวนการล้มละลายดังกล่าวจะถูกเรียกว่า “กระบวนการรอง” (Secondary proceeding) ทั้งหมด แต่ถ้าเกิดขึ้นก่อนที่ศาลในประเทศสมาชิกใดประเทศสมาชิกหนึ่งจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เริ่มกระบวนการหลัก กระบวนการล้มละลายดังกล่าวจะถูกเรียกว่า “กระบวนการภายในประเทศ” (Territorial proceeding หรือ Independent territorial proceeding)

เมื่อมีการรับรองกระบวนการหลักในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของ COMI แล้ว โดยหลักการ กระบวนการพิจารณาที่เริ่มขึ้นก่อนการรับรองกระบวนการหลักสามารถเปลี่ยนสถานะเป็นกระบวนการรอง (Secondary proceeding) ได้โดยกำหนดให้ผู้แทนใน

²⁸ Daniel sejas, The EU regulation on insolvency proceeding and the UNCITRAL model law on cross-border insolvency [Online], 10 August 2009. Available from : <http://www.sghlaw.com/insolvency/articles/cross-border-insolvency.html>

กระบวนการหลักเป็นผู้ยื่นคำร้องขอต่อศาลให้มีการรับรองสถานะให้เป็นกระบวนการรอง อย่างไรก็ตาม หากกระบวนการที่เกิดขึ้นเป็นกระบวนการประเภทฟื้นฟูกิจการ ผู้แทนในกระบวนการหลักจะต้องร้องขอให้มีการเปลี่ยนแปลงเป็นกระบวนการชำระบัญชีก่อน จึงจะขอให้ศาลรับรองสถานะเป็นกระบวนการรองได้ เนื่องจากกระบวนการรองจะต้องเป็นกระบวนการประเภทชำระบัญชี (Liquidation) เท่านั้น ซึ่ง European Insolvency Regulation มิได้กล่าวถึงผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงประเภทของกระบวนการดังกล่าว ดังนั้น หากในทางปฏิบัติไม่สามารถเปลี่ยนแปลงประเภทของกระบวนการได้ เพราะขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของกฎหมายภายในกระบวนการฟื้นฟูกิจการก็ต้องดำเนินต่อไปและไม่สามารถถูกรับรองให้อยู่ในสถานะของกระบวนการรองได้²⁹

2.3.4.3 กฎหมายที่นำมาใช้บังคับแก่กระบวนการ

European Insolvency Regulation ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายที่นำมาใช้บังคับแก่กระบวนการล้มละลายที่เริ่มขึ้นในสหภาพยุโรปและอยู่ภายใต้บังคับของ European Insolvency Regulation โดยให้นำกฎหมายภายในของประเทศซึ่งกระบวนการหลักหรือกระบวนการรองนั้นได้เริ่มขึ้นเป็นกฎหมายที่นำมาใช้บังคับแก่กระบวนการ (Lex concursus) โดย Lex concursus จะเป็นตัวตัดสินผลของกระบวนการล้มละลายที่เกิดขึ้นทั้งในด้านสารบัญญัติและวิธีพิจารณาความนับตั้งแต่เริ่มต้นจนถึงสิ้นสุดกระบวนการ อย่างไรก็ตาม ผลทางกฎหมายของการรับรองกระบวนการหลักอาจส่งผลกระทบต่อธุรกรรมหรือสิทธิบางประการที่มีอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศสมาชิกอื่นๆ ก่อนมีการรับรองกระบวนการหลัก จนอาจก่อให้เกิดการขัดกันแห่งกฎหมายระหว่างกฎหมายภายในของประเทศผู้ดำเนินกระบวนการหลักกับกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกอื่นที่ต้องยอมรับผลของกระบวนการหลักโดยอัตโนมัติ

European Insolvency Regulation จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการขัดกันแห่งกฎหมายระหว่างประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปไว้ในมาตรา 4(2) เช่น การขัดกันแห่งกฎหมายในประเทศเกี่ยวกับความสามารถของลูกหนี้, ผลของกระบวนการล้มละลายต่อสัญญา, อำนาจหน้าที่ ของลูกหนี้และผู้แทนกระบวนการ, หลักเกณฑ์ในการฟ้องร้อง, การพิสูจน์และการรับ

²⁹ Bob Wessels, *International insolvency law*, pp. 247-248.

คำฟ้อง, สิทธิของเจ้าหนี้ภายหลังมีการยุติกระบวนการพิจารณา เป็นต้น โดยได้เข้ามาแทนที่หลักเกณฑ์ภายในประเทศเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ตลอดจนกำหนดข้อยกเว้นเพื่อมิให้กฎหมายภายในของประเทศผู้เริ่มกระบวนการหลักส่งผลกระทบต่อธุรกรรมหรือสิทธิบางประเภท เช่น สิทธิเหนือหลักประกัน (Rights in rem)³⁰, สิทธิในการหักกลบลบหนี้ (Set-off)³¹ และการสงวนสิทธิ (Reservation of title)³² ที่ทำไว้ก่อนหน้ามีการรับรองกระบวนการหลัก อันเป็นการให้ความคุ้มครองคู่สัญญาและก่อให้เกิดความแน่นอนในการทำธุรกรรมภายใต้กฎหมายของประเทศสมาชิกอื่นๆ ของสหภาพยุโรปด้วย

2.3.4.4 การแต่งตั้งผู้แทนกระบวนการล้มละลาย (Liquidator)

“ผู้แทนกระบวนการล้มละลาย” (Liquidator) หมายถึง บุคคลหรือองค์กรที่ได้รับการแต่งตั้งให้ทำหน้าที่จัดการหรือรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ล้มละลาย หรือทำหน้าที่ควบคุมดูแลการบริหารจัดการกิจการของลูกหนี้³³ ผู้แทนกระบวนการล้มละลายสามารถมีได้ทั้งในกระบวนการหลักและกระบวนการรอง โดยขั้นตอนและวิธีการในการแต่งตั้งผู้แทนกระบวนการล้มละลายย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปแต่ละประเทศ

ผลของการแต่งตั้งผู้แทนในกระบวนการหลักจะมีผลผูกพันต่อประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปทุกประเทศ โดยก่อให้เกิดอำนาจแก่ผู้แทนในกระบวนการหลัก (Liquidator) ในการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ว่าจะตั้งอยู่ที่ใดในสหภาพยุโรป อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติผู้แทนกระบวนการจะต้องแสดงสำเนาคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลในกระบวนการหลักถึงการแต่งตั้งขึ้นเป็นผู้แทนกระบวนการหลักต่อศาลของประเทศสมาชิกอันเป็นที่ตั้งทรัพย์สินของลูกหนี้

³⁰ Article 5 of European Insolvency Regulation

³¹ Article 6 of European Insolvency Regulation

³² Article 7 of European Insolvency Regulation

³³ Article 2(b) of European Insolvency Regulation: ““Liquidator” shall mean any person or body whose function is to administer or liquidate assets of which the debtor has been divested or to supervise the administration of his affairs. Those person and bodies listed in Annex C.”

เพื่อก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้แทนกระบวนการหลักในการเข้ารวบรวมและโยกย้ายทรัพย์สินของลูกหนี้จากประเทศดังกล่าว³⁴ โดยอำนาจในการเข้าจัดการและรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ของผู้แทนกระบวนการหลักจะสิ้นสุดลงทันทีที่ประเทศสมาชิกอื่นๆ ได้ดำเนินการแต่งตั้งผู้แทนในกระบวนการรองภายในประเทศตนขึ้นมาดำเนินการดังกล่าวแทนแล้ว³⁵

อย่างไรก็ตาม อำนาจของผู้แทนในกระบวนการรองจะจำกัดอยู่เฉพาะการบริหารจัดการทรัพย์สินภายในประเทศผู้เริ่มกระบวนการรองเท่านั้น และสามารถร้องขอต่อศาลให้ทำการเรียกทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ผู้แทนในกระบวนการหลักเข้ามารวบรวมก่อนมีการแต่งตั้งผู้แทนกระบวนการรองกลับคืนสู่กองทรัพย์สินภายในประเทศ หรือกระทำการใดๆ อันเป็นไปเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ภายในประเทศ³⁶

2.3.4.5 การรับรองกระบวนการล้มละลาย

โดยทั่วไป การที่จะให้คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลในประเทศหนึ่งมีผลผูกพันต่อคู่กรณีหรือทรัพย์สินที่พิพาทกันในอีกประเทศหนึ่งจำเป็นจะต้องมีกระบวนการยอมรับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเสียก่อน ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ

กรณีที่ 1 การรับรองคำพิพากษาศาลต่างประเทศ (Recognition of foreign judgments) หมายถึง การที่ศาลของประเทศหนึ่งใช้อำนาจทางตุลาการยอมรับคำพิพากษา ซึ่งศาลต่างประเทศได้มีคำวินิจฉัยคดีหรือได้มีคำพิพากษาแล้ว โดยที่ไม่มีเรื่องของการบังคับคดีเข้ามาเกี่ยวข้อง ซึ่งมักจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการขอให้รับรองสถานะของบุคคลหรือนิติบุคคลในประเทศที่มีการร้องขอให้รับรองคำพิพากษา เช่น การขอให้รับรองสถานะของบุคคลหรือนิติบุคคลที่ต้องคำพิพากษาให้ล้มละลาย หรือสถานะอื่นๆ ที่เกี่ยวกับกฎหมายครอบครัว เช่น การฟ้องหย่า การรับรองบุตร การรับบุตรบุญธรรม เป็นต้น

³⁴ Article 19 of European Insolvency Regulation

³⁵ Article 18(1) of European Insolvency Regulation

³⁶ Article 18(2) of European Insolvency Regulation

กรณีที่ 2 การบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ (Enforcement of foreign judgments) หมายถึง การที่ศาลของประเทศหนึ่งใช้อำนาจทางตุลาการบังคับคดีเอาแก่ทรัพย์สินของจำเลยตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ซึ่งอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลที่มีการร้องขอให้มีการบังคับคดีตามคำร้องของโจทก์ โดยการบังคับตามคำพิพากษานี้จะต้องมีการรับรองคำพิพากษาของศาลต่างประเทศแล้วอยู่ในตัว

การรับรองและบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในคดีแพ่งนั้น โดยมากเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการบังคับคดีและเพื่อป้องกันมิให้คู่ความหรือพยานคดีมาฟ้องกันใหม่ในศาลต่างประเทศอื่นเป็นการฟ้องซ้ำซึ่งต้องห้ามตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแพ่ง อย่างไรก็ตามการยอมรับคำพิพากษาในคดีแพ่งมุ่งคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้เฉพาะรายเพื่อประสิทธิผลในการบังคับคดีเท่านั้น ต่างจากการรับรองกระบวนการล้มละลายที่มุ่งแก้ไขปัญหาของลูกหนี้ที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวและเป็นกระบวนการเยียวยาทางกฎหมายที่ป้องกันมิให้ปัญหาการล้มละลายมีการลุกลาม การรับรองกระบวนการล้มละลายจึงไม่จำเป็นต้องรอให้ศาลในประเทศหนึ่งมีคำพิพากษาในคดีล้มละลายถึงที่สุดก่อน เพียงแต่ปรากฏแก่ศาลต่างประเทศว่า ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัวสมควรที่จะเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย ศาลย่อมมีคำสั่งให้ควบคุมลูกหนี้และการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ในทันที เพราะหากหน่วงช้าไว้ก็จะเกิดผลเสียหายต่อเศรษฐกิจโดยรวมได้

โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีกระบวนการล้มละลายเกิดขึ้นในประเทศหนึ่ง แต่ทรัพย์สินของลูกหนี้ตั้งอยู่ในอีกประเทศหนึ่ง ทำให้เจ้าพนักงานในคดีล้มละลายไม่สามารถดำเนินการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ได้เพราะติดปัญหาในเรื่องเขตอำนาจรัฐ จึงมีความจำเป็นต้องดำเนินการให้ศาลต่างประเทศรับรองหรือบังคับตามคำพิพากษาของศาลผู้เริ่มกระบวนการล้มละลาย เพื่อให้คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลมีผลผูกพันต่อทรัพย์สินที่พิพาทในรัฐต่างประเทศด้วย ซึ่งการที่จะให้คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลในประเทศหนึ่งมีผลผูกพันไปถึงทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือคู่กรณีที่เกี่ยวข้องในอีกประเทศหนึ่งนั้นถือเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยทางศาลนอกเขตดินแดนรูกฎอำนาจอธิปไตยของประเทศอื่น โดยหลักแล้วจึงต้องมีขั้นตอนหรือวิธีการบางอย่าง เช่น การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ (Recognition of Foreign proceeding) หรือมีการประกาศตีพิมพ์

เผยแพร่อย่างเป็นทางการ (Publication) เพื่อแสดงให้เห็นว่า ประเทศผู้รับได้ยินยอมรับรองให้คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลต่างประเทศมีผลผูกพันคู่กรณีที่เกี่ยวข้องในประเทศผู้รับแล้ว

อย่างไรก็ตาม European Insolvency Regulation ได้ตัดทอนขั้นตอนดังกล่าวออกไป และกำหนดเป็นเชิงบังคับให้ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปทุกประเทศต้องยอมรับผลของคำพิพากษาและคำสั่งของศาลในกระบวนการหลักโดยอัตโนมัติ (Automatic Recognition) โดยไม่จำเป็นต้องมีการรับรองกระบวนการล้มละลายอย่างเป็นทางการอีก³⁷ อย่างไรก็ตาม หากการรับรองกระบวนการล้มละลายนั้นขัดต่อนโยบายสาธารณะ (Public policy) โดยเฉพาะอย่างยิ่งขัดต่อหลักการพื้นฐานหรือสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศสมาชิก ประเทศสมาชิกย่อมมีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่ยอมรับรับรองกระบวนการล้มละลายนั้นได้³⁸

European Insolvency Regulation ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรับรองกระบวนการล้มละลาย ผลของการรับรองกระบวนการ ตลอดจนอำนาจของผู้แทนกระบวนการ ไว้ในมาตรา 16 ถึง 26 โดยกำหนดให้มีการรับรองกระบวนการแบบอัตโนมัติ (Automatic Recognition) อันเป็นการรับรองโดยผลบังคับของกฎหมาย (Force of law) ทำให้การรับรองกระบวนการล้มละลายในประเทศสมาชิกหนึ่งมีผลทางกฎหมายผูกพันไปถึงประเทศสมาชิกอื่นๆ ด้วย โดยไม่ต้องมีการรับรองกระบวนการล้มละลายอย่างเป็นทางการอีก

การรับรองกระบวนการล้มละลายในสหภาพยุโรปตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักความไว้เนื้อเชื่อใจกัน (Principle of mutual trust)^{*} ซึ่งมีแนวคิดว่า เขตดินแดนระหว่างประเทศสมาชิกไม่เป็นอุปสรรคต่อประสิทธิภาพในการบริหารจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติที่เกิดขึ้นภายในสหภาพยุโรป หากประเทศสมาชิกใดได้ดำเนินการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศแล้วย่อมถือว่าประเทศสมาชิกอื่นได้ทำการรับรองกระบวนการดังกล่าวด้วยและผลของการรับรองกระบวนการล้มละลายไม่ว่าจะเป็นกระบวนการหลักหรือกระบวนการรองจะเกิดขึ้นโดยทันทีที่คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลในประเทศสมาชิกที่เป็นผู้ริเริ่มกระบวนการมีผลใช้บังคับในประเทศนั้นแล้ว

³⁷ Article 16 of European Insolvency Regulation

³⁸ Article 26 of European Insolvency Regulation

^{*} Principle of mutual trust มีรากฐานมาจาก Concept of Loyalty ในมาตรา 10 แห่ง EC Treaty

โดยไม่คำนึงว่าคำสั่งหรือคำพิพากษานั้นถึงที่สุดแล้วหรือไม่ก็ตาม³⁹ และเมื่อประเทศสมาชิกหนึ่งได้มีการรับรองกระบวนการล้มละลายไปแล้ว ประเทศสมาชิกอื่นๆ จะไม่สามารถยกเอาเหตุเรื่องการขาดคุณสมบัติความเป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัวของลูกหนี้ตามกฎหมายภายในของตนมาปฏิเสธไม่ยอมรับผลการรับรองกระบวนการล้มละลายได้⁴⁰

2.3.4.6 ผลของการรับรองกระบวนการล้มละลาย

เมื่อศาลในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปอันเป็นสถานที่ตั้งของ COMI ได้มีคำสั่งให้เริ่มกระบวนการล้มละลายภายในประเทศแล้ว ย่อมส่งผลให้กระบวนการล้มละลายที่เริ่มขึ้นมีสถานะเป็นกระบวนการหลัก (Main proceeding) และก่อให้เกิดผลทางกฎหมายดังนี้⁴¹

(ก) ส่งผลให้ทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตั้งอยู่ภายนอกประเทศผู้ดำเนินกระบวนการหลัก (แต่ยังอยู่ภายในสหภาพยุโรป) ถูกรวบรวมเข้าสู่กองทรัพย์สินในกระบวนการหลัก โดยไม่จำกัดว่าทรัพย์สินของลูกหนี้จะตั้งอยู่ที่ใดในสหภาพยุโรป

(ข) ส่งผลให้เจ้าหนี้ทุกรายสามารถเข้าร่วมในกระบวนการหลักได้

(ค) กระบวนการหลักที่เริ่มขึ้นในประเทศสมาชิกหนึ่งจะมีผลผูกพันทั่วทั้งสหภาพยุโรป และผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลในกระบวนการหลักจะถูกรับรองโดยอัตโนมัติ (Automatic Recognition) อันเป็นการรับรองโดยผลบังคับของกฎหมาย (Force of law) โดยไม่ต้องมีการประกาศล่วงหน้าหรือมีการรับรองอย่างเป็นทางการอีก⁴² อย่างไรก็ตาม อาจมีบางกรณี que ศาลภายในประเทศอาจร้องขอให้มีการแสดงหลักฐานอย่างเป็นทางการเป็นลายลักษณ์อักษรหรืออย่างเป็นทางการ ก่อนทำการรับรองให้คำสั่งหรือคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องในกระบวนการหลักมีผลบังคับภายในประเทศตน⁴³

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³⁹ Ian F. Fletcher, *Insolvency in Private International Law*, p. 283.

⁴⁰ Article 16(2) of European Insolvency Regulation

⁴¹ Bob Wessels, *International insolvency law*, pp. 245-246.

⁴² Article 16 of European Insolvency Regulation

⁴³ Article 25 of European Insolvency Regulation

(ง) ส่งผลให้ผู้แทนกระบวนการล้มละลาย (Liquidator) ซึ่งถูกแต่งตั้งโดยศาลผู้ดำเนินกระบวนการหลักมีอำนาจเข้าควบคุมและจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ ไม่ว่าจะตั้งอยู่ที่ใดในสหภาพยุโรป โดยไม่ต้องได้ผ่านการรับรองหรือการอนุมัติจากประเทศสมาชิกอื่นๆ แต่การเข้าจัดการและควบคุมทรัพย์สินของลูกหนี้จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายภายในของประเทศสมาชิก แต่ละประเทศกำหนดไว้ด้วย โดยอำนาจในการเข้าจัดการและควบคุมทรัพย์สินของลูกหนี้ของผู้แทนกระบวนการหลักจะสิ้นสุดลงทันทีที่ประเทศสมาชิกอื่นๆ ได้ดำเนินการแต่งตั้งผู้แทนกระบวนการล้มละลายภายในประเทศตนขึ้นมาดำเนินการแทนแล้ว⁴⁴

(จ) ส่งผลให้มีการระงับการบังคับคดีเอกชนเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตั้งอยู่ในสหภาพยุโรป⁴⁵

(ฉ) ก่อให้เกิดหน้าที่ตามกฎหมายแก่ผู้แทนกระบวนการหลักให้สามารถดำเนินการติดตามเอาทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ถูกบังคับคดีไปแล้วกลับคืนสู่กองทรัพย์สิน หรือดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ลูกหนี้นียอมส่งคืนเข้ามาโดยสมัครใจจากประเทศอื่นๆ นอกสหภาพยุโรปได้⁴⁶

อย่างไรก็ตาม การเริ่มกระบวนการหลักในประเทศสมาชิกหนึ่งมิได้เป็นการปิดกั้นมิให้ประเทศสมาชิกอื่นๆ สามารถริเริ่มกระบวนการรองหรือกระบวนการภายในประเทศตนได้ เพราะ European Insolvency Regulation มีเจตจำนงในการให้คุ้มครองผลประโยชน์ภายในประเทศสมาชิกแต่ละประเทศด้วยเช่นกัน โดยกระบวนการรองมีลักษณะสำคัญหลายประการดังนี้

(ก) ต้องเป็นกระบวนการล้มละลายที่เริ่มขึ้นในประเทศสมาชิกอันเป็นสถานที่ตั้งของ Establishment

(ข) กระบวนการรองที่เริ่มขึ้นต้องเป็นกระบวนการประเภทชำระหนี้ (Liquidation proceeding) โดยมีวัตถุประสงค์ในการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ภายในประเทศเพื่อนำมาชำระสะสางหนี้สินให้แก่เจ้าหนี้หรือผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องเท่านั้น

(ค) สามารถเริ่มกระบวนการรองได้โดยไม่ต้องมีการพิสูจน์สภาพความมีหนี้สินล้มละลายของลูกหนี้⁴⁷

⁴⁴ Article 18 of European Insolvency Regulation

⁴⁵ Article 1(1) of European Insolvency Regulation

⁴⁶ Article 20(1) of European Insolvency Regulation

⁴⁷ Article 27 of European Insolvency Regulation

(ง) ผลทางกฎหมายของกระบวนการรื้อฟื้นอย่างจำกัดอยู่เฉพาะทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตั้งอยู่ภายในประเทศที่ดำเนินกระบวนการรื้อฟื้น⁴⁸

(จ) กฎหมายที่นำมาใช้บังคับแก่กระบวนการรื้อฟื้นไม่ได้แก่กฎหมายภายในของประเทศสมาชิกที่เริ่มกระบวนการรื้อฟื้นเอง⁴⁹

การรับรองกระบวนการหลักหรือกระบวนการรองก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้แทนกระบวนการหลักและกระบวนการรองในการประสานความร่วมมือและแลกเปลี่ยนข้อมูลซึ่งกันและกัน โดยผู้แทนกระบวนการล้มละลายทั้งสองสามารถยื่นคำร้องขอให้ลูกหนี้ล้มละลายต่อศาลในต่างประเทศได้ด้วยตนเองและสามารถเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศดังกล่าวด้วย ส่งผลให้เจ้าหนี้รายย่อยภายในประเทศสามารถขอเข้าร่วมกระบวนการล้มละลายผ่านช่องทางดังกล่าวได้โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มมากนัก⁵⁰ นอกจากนี้ยังก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้แทนกระบวนการหลักในการเข้าแทรกแซงกระบวนการรอง ซึ่งได้แก่ สิทธิในการร้องขอให้ศาลต่างประเทศเริ่มกระบวนการรอง,⁵¹ สิทธิในการจัดทำความเห็นเกี่ยวกับการชำระบัญชีหรือการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ในกระบวนการรอง,⁵² สิทธิในการเสนอแผนปรับปรุงกิจการ การประนอมหนี้ หรือมาตรการอื่นๆ ที่จำเป็นสำหรับกระบวนการรอง⁵³ ตลอดจนมีสิทธิร้องขอให้ระงับการบังคับคดีจากทรัพย์สินของลูกหนี้ในกระบวนการรองไว้ชั่วคราวได้ เป็นต้น

2.4 การพัฒนากฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศโดยองค์การสหประชาชาติ

2.4.1 ความเป็นมาและวัตถุประสงค์ของ Model law

องค์การสหประชาชาติได้ริเริ่มพัฒนากฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศนับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1995 โดยผลักดันให้กลุ่มปฏิบัติการแห่งกฎหมายล้มละลาย (Working Group on Insolvency

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Article 28 of European Insolvency Regulation

⁵⁰ Article 32(2) and 32(3) of European Insolvency Regulation

⁵¹ Article 29(a) of European Insolvency Regulation

⁵² Article 31(3) of European Insolvency Regulation

⁵³ Article 34(1) of European Insolvency Regulation

Law) รับผิดชอบในการพัฒนากฎหมายต้นแบบ โดยร่วมมือกับสมาคมผู้ปฏิบัติการเกี่ยวกับทางด้านการล้มละลายระหว่างประเทศ (International Association of Insolvency Practitioners (INSOL)) และสมาคมเนติบัณฑิตยสภาระหว่างประเทศทางด้านกฎหมายธุรกิจ (Business Law of the International Bar Association) และใช้เวลาเกือบ 3 ปี ในการอภิปราย เจรจา และดำเนินการร่าง จนได้รับการยอมรับให้เป็นกฎหมายต้นแบบเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ (Model law on cross-border insolvency หรือ Model law) ตามมติของสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติที่ 52/158 เมื่อวันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ.1997 โดยได้เข้ามาอุดช่องว่างของอนุสัญญาว่าด้วยกระบวนการวิพิจารณาคดีล้มละลายของสหภาพยุโรป (The European Union Convention on Insolvency Proceeding) ซึ่งมีผลบังคับใช้เฉพาะประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปเท่านั้น เพื่อให้ประเทศอื่นๆ ที่มีได้เป็นประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปสามารถใช้เป็นแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายภายในของตนให้สอดคล้องกับการล้มละลายข้ามชาติในปัจจุบันที่มีความซับซ้อนมากขึ้นได้

อาจกล่าวได้ว่า Model law เป็นผลงานที่มีความทันสมัยมากที่สุดทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติในปัจจุบัน เนื่องจากถูกสร้างขึ้นโดยคำนึงถึงความแตกต่างของสังคมระหว่างประเทศ เพื่อลดปัญหาความไม่เท่าเทียมและความขัดแย้งระหว่างกฎหมายภายในของชาติต่างๆ ทำให้เนื้อหาของ Model law มีลักษณะยืดหยุ่นและเปิดกว้างให้ประเทศต่างๆ สามารถสอดแทรกบทบัญญัติที่เหมาะสมกับสภาพสังคมและวัฒนธรรมของแต่ละประเทศลงไปได้ โดยไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะเข้าไปเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของสาระของกฎหมายล้มละลายซึ่งเป็นกฎหมายภายในของแต่ละชาติ ในทางกลับกัน Model law ยอมรับระบบกฎหมายวิพิจารณาคดีล้มละลายในแต่ละประเทศ และได้เสนอแนวทางแก้ไขปัญหาทางโครงสร้างและกลไกการดำเนินคดีล้มละลายให้เป็นไปตามแนวทางของกฎหมายล้มละลายระหว่างประเทศ ดังปรากฏวัตถุประสงค์ของการจัดทำ Model law อยู่ในมาตรา 1(2) ดังนี้

- (1) เพื่อให้เกิดความร่วมมือระหว่างประเทศและหน่วยงานอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง กับคดีล้มละลายข้ามชาติ
- (2) เพื่อให้เกิดเสถียรภาพในด้านกฎหมายการค้าและการลงทุน
- (3) เพื่อให้การพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติมีความยุติธรรมและมีประสิทธิภาพ เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ทั้งหลายและผู้มีส่วนได้เสียอื่นๆ รวมทั้งลูกหนี้ด้วย
- (4) เพื่อปกป้องและเพิ่มพูนมูลค่าทรัพย์สินของลูกหนี้ และ

(5) เพื่อให้ความช่วยเหลือแก่กิจการหรือธุรกิจที่ประสบปัญหาทางการเงิน ซึ่งเป็นการคุ้มครองการลงทุนและคงไว้ซึ่งการจ้างงาน

2.4.2 หลักการสำคัญของ Model law

Model law ต้องการสร้างรูปแบบของกระบวนการและวิธีการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติให้ผสมผสานกลมกลืนเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน และก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่ทุกฝ่ายทุกชาติ โดยส่งเสริมการผสมผสานความร่วมมือระหว่างกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายทั้งหลาย ให้มีความเป็นสากลและเกิดผลผูกพันในวงกว้างตามแนวคิด Universality ในขณะที่เดียวกันก็ยังคงเคารพต่อหลักดินแดนในเรื่องเขตอำนาจรัฐตามหลักการของแนวคิด Territoriality ทำให้แต่ละประเทศสามารถริเริ่มกระบวนการล้มละลายต่อลูกหนี้รายเดียวกันได้ตามหลักอำนาจอธิปไตยของตนเอง โดยดำเนินกระบวนการทั้งหลายในลักษณะคู่ขนานกันไปในแต่ละประเทศ

นอกจากนี้ยังสร้างกลไกการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศเพื่อให้ผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลต่างประเทศในคดีล้มละลายมีผลต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ในรัฐที่ถูกร้องขอให้มีการรับรอง โดยกำหนดให้ศาลหรือหน่วยงานผู้มีอำนาจของประเทศที่ริเริ่มกระบวนการล้มละลายต้องดำเนินการแต่งตั้ง “ผู้แทนต่างประเทศ” (Foreign representative) ขึ้นมาทำหน้าที่จัดการเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการ หรือการชำระบัญชีทรัพย์สินของลูกหนี้หรือกิจการของลูกหนี้ หรือทำหน้าที่เป็นผู้แทนของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ตลอดจนนำเสนอกระบวนการพิจารณาต่างประเทศเพื่อให้ศาลต่างประเทศดำเนินการรับรอง

นอกจากนี้ Model law ยังสนับสนุนให้มีการปฏิรูปกฎหมายภายในของบางประเทศเพื่อก่อให้เกิดความเป็นสากลในการจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติโดยอ้างอิงพื้นฐานของการช่วยเหลือซึ่งกันและกัน มากกว่าการอ้างอิงกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล สาระสำคัญของ Model law จึงมีอยู่ 4 เรื่อง คือ การสร้างกลไกการเข้าสู่ศาลในประเทศผู้รับหลักการของผู้แทนต่างประเทศ (Access), การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ (Recognition), การกำหนดมาตรการคุ้มครองระหว่างพิจารณา (Relief) และการสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศ (Cooperation)⁵⁴ เพื่อประโยชน์ในการบริหารจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติร่วมกัน

⁵⁴ Ian F. Fletcher, *Insolvency in Private International Law*, p. 283.

ประการแรก การสร้างกลไกการเข้าสู่ศาลในประเทศผู้รับหลักการของผู้แทนต่างประเทศ (Access) โดยกำหนดให้ผู้แทนต่างประเทศและเจ้าหน้าที่ต่างประเทศมีสิทธิในการเข้าถึงศาลในประเทศผู้รับหลักการและสามารถเข้าร่วมกระบวนการทางกฎหมายในประเทศผู้รับหลักการได้โดยตรง ทั้งนี้ ศาลของประเทศผู้รับหลักการจะต้องยอมรับสิทธิของผู้แทนต่างประเทศในการยื่นคำขอให้รับรองกระบวนการล้มละลายเสมือนผู้แทนต่างประเทศเป็นชนชาติของตน

ประการที่สอง การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ (Recognition of foreign proceeding) เมื่อศาลในประเทศผู้รับหลักการได้รับคำร้องขอจากผู้แทนต่างประเทศให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศแล้ว ศาลจะต้องดำเนินการพิจารณาโดยไม่ชักช้า หากการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศดังกล่าวไม่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ (Public policy) ความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลในประเทศผู้รับหลักการต้องมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศดังกล่าว ส่งผลให้คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลต่างประเทศมีผลผูกพันต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตั้งอยู่ในประเทศผู้รับหลักการที่ถูกร้องขอให้รับรอง

ประการที่สาม การกำหนดมาตรการคุ้มครองระหว่างพิจารณา (Relief) ในระหว่างที่มีการพิจารณาคำขอให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ หรือภายหลังที่ได้มีการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นแล้ว ศาลในประเทศผู้รับหลักการมีอำนาจใช้ดุลยพินิจเพื่อกำหนดมาตรการคุ้มครองเพื่อให้การดำเนินกระบวนการล้มละลายเป็นไปโดยเหมาะสม หรือเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินของลูกหนี้ และผลประโยชน์ของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในคดี

ประการที่สี่ การสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศ (Cooperation) ดังที่กล่าวมาแล้วว่า การดำเนินกระบวนการล้มละลายข้ามชาตินั้นไม่สามารถจัดการภายใต้กระบวนการเดียวกันได้ เพราะติดปัญหาในเรื่องเขตอำนาจรัฐ และโดยสภาพทรัพย์สินของลูกหนี้บางประเภทเป็นอสังหาริมทรัพย์ไม่สามารถเคลื่อนย้ายได้ ส่งผลให้การดำเนินคดีล้มละลายข้ามชาติคดีหนึ่ง อาจเกิดกระบวนการล้มละลายขึ้นมากกว่าหนึ่งกระบวนการในช่วงระยะเวลาเดียวกันต่อลูกหนี้รายเดียวกัน เรียกว่าเป็นการเกิดกระบวนการซ้ำซ้อน (Concurrent proceeding) ซึ่ง Model law ได้

วางหลักเกณฑ์การประสานงานและความร่วมมือระหว่างศาลและเจ้าพนักงานในคดีล้มละลายในประเทศต่างๆ เพื่อไม่ให้เกิดความขัดแย้งกันเอง ในขณะที่เดียวกันก็เป็นการเคารพอำนาจอธิปไตยของรัฐผู้ริเริ่มกระบวนการล้มละลายเหล่านั้นด้วย

2.4.3 สถานะทางกฎหมายของ Model law

Model law มิได้มีสถานะเป็นสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศ เพราะมิได้มีข้อกำหนดให้ประเทศผู้ดำเนินตามแนวทางของ Model law จะต้องแจ้งหรือแสดงความประสงค์ต่อองค์การสหประชาชาติถึงการรับหลักการของ Model law ตรงกันข้าม Model law เป็นเพียง “กรอบทางกฎหมาย (Legal Framework)” หรือ “แนวทาง (Guidelines)” ให้แก่ประเทศสมาชิกขององค์การสหประชาชาติใช้เป็นแบบอย่างในการร่างกฎหมายล้มละลายภายในประเทศสมาชิกเองเท่านั้น ดังนั้น หากประเทศสมาชิกต้องการปรับปรุง เปลี่ยนแปลง หรือตัดทอนเนื้อหาของบทบัญญัติบางส่วนให้สอดคล้องกับแนวนโยบาย สภาพสังคม วัฒนธรรม และเศรษฐกิจภายในประเทศก็สามารถทำได้ แต่จะต้องคงไว้ซึ่งหลักการพื้นฐานสำคัญๆ ของ Model law โดยประเทศที่รับหลักการของ Model law ไปปรับใช้กับกฎหมายภายในของตนเรียกว่า “ประเทศผู้รับหลักการ” (Enacting State) ซึ่งต่างกับการรับหลักการของสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศ กล่าวคือ หากรัฐภาคีไม่ยอมรับหรือมีเจตจำนงที่จะเปลี่ยนแปลงข้อตกลงใด รัฐภาคีนั้นจะต้องตั้งข้อสงวน (Reservation) ไว้ซึ่งถือเป็นเรื่องที่มีความละเอียดอ่อนและเข้มงวดกว่ามาก

2.4.4 การดำเนินกระบวนการล้มละลายข้ามชาติตามหลักการของ Model law

2.4.4.1 การเริ่มกระบวนการล้มละลาย

การเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายในแต่ละประเทศนั้นอาจมีหลักเกณฑ์ในการเริ่มคดีล้มละลายที่แตกต่างกันออกไป โดยดูที่นี่ เจ้าหนี้ เจ้าพนักงานอัยการ หรือหน่วยงานผู้มีอำนาจสามารถดำเนินการยื่นคำร้องต่อศาลภายในประเทศภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้เริ่มกระบวนการล้มละลาย โดยการเริ่มต้นคดีที่นำไปสู่การเริ่มต้นของกระบวนการล้มละลายข้ามชาติตามแนวทางของ Model law อาจเกิดขึ้นได้สามแนวทางดังนี้

(1) การเริ่มกระบวนการล้มละลายโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยว ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ (Centre of a debtor's main interests หรือ COMI)

Model law ได้นำจุดเกาะเกี่ยว COMI มาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเขตอำนาจหรือสถานที่ตั้งที่เหมาะสมแก่การเริ่มต้นกระบวนการล้มละลายในสถานะกระบวนการหลัก อย่างไรก็ตาม Model law มิได้กำหนดความหมายหรือคำนิยามของ COMI ไว้ แต่กำหนดข้อสันนิษฐานเบื้องต้นให้ถือเอาสำนักงานจดทะเบียน (Registered office) สำหรับลูกหนี้ที่เป็นนิติบุคคล และถิ่นที่อยู่อันเป็นปกติวิสัย (Habitual residence) สำหรับลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดา เป็นสถานที่ตั้งของ COMI ในกรณีที่ไม่มีปรากฏหลักฐานโต้แย้งเป็นประการอื่น⁵⁵ อันเป็นหลักเกณฑ์เดียวกันกับเกณฑ์การริเริ่มกระบวนการหลักใน European Insolvency Regulation แต่แตกต่างกันตรงที่จุดมุ่งหมายในการปรับใช้ เนื่องจาก European Insolvency Regulation ได้นำจุดเกาะเกี่ยว COMI มาใช้เป็นเกณฑ์ในการริเริ่มกระบวนการหลักภายในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ในขณะที่ Model law นำจุดเกาะเกี่ยว COMI มาใช้ในการแบ่งแยกสถานะของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ศาลภายในประเทศผู้รับหลักสามารถพิจารณารับรองในสถานะกระบวนการหลักต่างประเทศได้ มิได้ใช้เป็นเกณฑ์ในการริเริ่มกระบวนการล้มละลายภายในประเทศผู้รับหลักการแต่อย่างใด

(2) การเริ่มกระบวนการล้มละลายโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวสถานประกอบการของลูกหนี้ (Establishment)

จุดเกาะเกี่ยวอีกประเภทหนึ่งซึ่งสามารถใช้ในการเริ่มต้นคดีล้มละลายภายใต้แนวทางของ Model law ได้แก่ “สถานประกอบการ” (Establishment) โดยในมาตรา 2(f) แห่ง Model law ได้กำหนดคำนิยามไว้ว่าหมายถึง “สถานที่ซึ่งลูกหนี้ใช้ในการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจของตน โดยต้องประกอบด้วยบุคลากรและสินค้าหรือบริการสำหรับธุรกิจนั้น”⁵⁶ ซึ่งแทบจะเป็นถ้อยคำเดียวกันกับในมาตรา 2(h) แห่ง European Insolvency Regulation เพียงแต่ต่างกันตรงที่ European Insolvency Regulation มิได้รวมเรื่องการ “บริการ” (Service) ไว้ในคำนิยาม

⁵⁵ Article 16(3) of Model law

⁵⁶ Article 2(f) of Model law

ดังกล่าวด้วย โดยกระบวนการล้มละลายที่เริ่มขึ้นในประเทศอื่นเป็นสถานที่ตั้งของ Establishment อาจถูกรับรองโดยศาลในประเทศผู้รับหลักการให้อยู่ในสถานะของกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ไม่มีปรากฏสถานที่ตั้งของ COMI หรือ Establishment ตั้งอยู่ Model law ได้เปิดโอกาสให้สามารถเริ่มกระบวนการล้มละลายโดยใช้จุดเกาะเกี่ยวที่ตั้งทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ (Presence of assets) โดยเป็นการเริ่มกระบวนการพิจารณาภายหลังการรับรองกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศแล้ว อย่างไรก็ตาม กระบวนการดังกล่าวไม่อาจถูกรับรองในสถานะของกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศหรือกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศได้อย่างใดอย่างหนึ่งได้ และจะมีผลผูกพันต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตั้งอยู่ภายในประเทศเท่านั้น ไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีแก่ประเทศผู้รับหลักการอื่นๆ ให้ต้องดำเนินการรับรองสถานะของกระบวนการพิจารณาดังกล่าว⁵⁷

(3) การเริ่มกระบวนการล้มละลายโดยอาศัยกฎหมายภายใน (National Law)

นอกเหนือจากการเริ่มกระบวนการล้มละลายโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวทั้งสองประการข้างต้นแล้ว UNCITRAL ยังยอมรับการเกิดขึ้นของกระบวนการล้มละลายตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ เนื่องจากเคารพต่ออำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐซึ่งมีความเห็นในการใช้เขตอำนาจเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติที่แตกต่างกันไป

2.4.4.2 การแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศ (Foreign representative)

หากศาลภายในประเทศได้พิจารณารับคำร้องขอให้เริ่มกระบวนการล้มละลายและได้มีคำสั่งให้เริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายภายในประเทศแล้ว ต่อมามีความประสงค์จะให้มีการรับรองกระบวนการพิจารณาดังกล่าวในต่างประเทศด้วย ศาลต้องดำเนินการแต่งตั้ง “ผู้แทนต่างประเทศ” (Foreign representative) เพื่อทำหน้าที่ดำเนินการเกี่ยวกับกระบวนการล้มละลาย การชำระบัญชี การฟื้นฟูกิจการ และการควบคุมจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ ตลอดจนนำเสนอกระบวนการล้มละลายเพื่อให้ศาลต่างประเทศพิจารณารับรอง

⁵⁷ Article 28 of Model law

โดย Model law ได้กำหนดคำจำกัดความของ “ผู้แทนต่างประเทศ” (Foreign representative) ไว้ว่าหมายถึงบุคคลหรือหน่วยงานที่ได้รับมอบอำนาจในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศและที่ถูกต้องตั้งขึ้นระหว่างกาล (on an interim basis) ให้ทำหน้าที่จัดการเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการ หรือการชำระบัญชีทรัพย์สินของลูกหนี้หรือกิจการของลูกหนี้ หรือทำหน้าที่เป็นผู้แทนของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ⁵⁸ โดยผู้แทนต่างประเทศอาจเป็นตัวลูกหนี้เองก็ได้ หากลูกหนี้นั้นได้รับการแต่งตั้งหรือได้รับมอบอำนาจให้จัดการทรัพย์สินหรือกิจการของตนเอง (Debtor in possession) โดยเฉพาะในกระบวนการฟื้นฟูกิจการจะเป็นการสร้างแรงจูงใจลูกหนี้ให้ทำการฟื้นฟูกิจการให้สำเร็จโดยเร็ว เนื่องจากลูกหนี้เป็นผู้ที่เข้าใจในกิจการของตนมากที่สุด

ทั้งนี้ การแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศจะต้องกระทำอย่างเป็นลายลักษณ์อักษร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของคำสั่งโดยตรงในการแต่งตั้ง หนังสือรับรองจากศาลต่างประเทศเพื่อยืนยันการแต่งตั้ง หรือในรูปแบบอื่นที่ศาลต่างประเทศยอมรับพิจารณา เพื่อใช้เป็นหลักฐานในการยื่นหรือแสดงต่อศาลในประเทศที่ประสงค์จะให้รับรองกระบวนการล้มละลาย

2.4.4.3 การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

Model law ได้สร้างกลไกการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในประเทศผู้รับหลักการ กล่าวคือ กำหนดหลักเกณฑ์การรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่เริ่มขึ้นในประเทศผู้รับหลักการหนึ่ง เพื่อให้กระบวนการพิจารณาต่างประเทศดังกล่าวมีผลผูกพันทางกฎหมายในประเทศผู้รับหลักการอีกประเทศหนึ่ง โดยกำหนดหลักเกณฑ์การรับรองไว้ในมาตรา 15 ถึง 17 ทั้งนี้ กระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่อยู่ในขอบข่ายของ Model law ได้แก่ กระบวนการยุติธรรมหรือกระบวนการจัดการ โดยหมายรวมถึงกระบวนการระหว่างกาล (Interim proceeding) ซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายอันเกี่ยวกับการล้มละลายหรือการควบคุมดูแลทรัพย์สินหรือกิจการของลูกหนี้

⁵⁸ Article 2(d) of Model law: ““Foreign representative” means a person or body, including one appointed on an interim basis, authorized in a foreign proceeding to administer the reorganization or the liquidation of the debtor’s assets or affairs or to act as a representative of the foreign proceeding.”

โดยศาลต่างประเทศ⁵⁹ สามารถแบ่งแยกสถานะของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ศาลในประเทศผู้รับหลักการสามารถพิจารณารับรองออกเป็น 2 สถานะ ดังนี้

(1) กระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ (Foreign main proceeding) หมายถึง กระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่เกิดขึ้นในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของ COMI⁶⁰

(2) กระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ (Foreign non-main proceeding) หมายถึง กระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่เกิดขึ้นในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของ Establishment⁶¹

อย่างไรก็ตาม หากกระบวนการพิจารณาต่างประเทศมิได้เริ่มขึ้นในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของ COMI หรือ Establishment อย่างใดอย่างหนึ่ง ศาลในประเทศผู้รับหลักการก็สามารถพิจารณารับรองได้เช่นกัน โดยเป็นรับรองในกรณีทั่วไปเพื่อให้กระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นมีผลผูกพันต่อลูกหนี้ เจ้าหนี้ ผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้อง และทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตั้งอยู่ในประเทศผู้รับหลักการ แต่ไม่สามารถรับรองให้อยู่ในสถานะกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศหรือกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศได้ เนื่องจากกระบวนการพิจารณาต่างประเทศไม่มีคุณสมบัติให้รับรองในสถานะใดสถานะหนึ่งตามเงื่อนไขของ Model law

กระบวนการรับรองจะเริ่มขึ้นเมื่อผู้แทนต่างประเทศใช้สิทธิขอเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายตามกฎหมายล้มละลายภายในของประเทศผู้รับหลักการ โดยการยื่นคำขอให้มีการรับรองกระบวนการล้มละลายต่อศาลในประเทศผู้รับหลักการ อันเป็นการให้สิทธิแก่ผู้แทนต่างประเทศเสมือนเป็นเจ้าของหนี้คนหนึ่งของลูกหนี้อันมีสิทธิฟ้องร้องเป็นคดีล้มละลายได้ในกรณีทั่วไป ผู้แทนต่างประเทศจะต้องยื่นคำขอให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศต่อศาลในประเทศผู้รับหลักการนั้น พร้อมกับเอกสารประกอบ ซึ่งได้แก่ สำเนาคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลต่างประเทศที่กระบวนการล้มละลายนั้นเริ่มขึ้น พร้อมกับสำเนาคำสั่งแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศจากศาลต่างประเทศนั้นๆ หรือหนังสือรับรองจากศาลต่างประเทศว่ามีกระดำเนินการ

⁵⁹ Article 2(a) of Model law

⁶⁰ Article 2(b) of Model law

⁶¹ Article 2(c) of Model law

กระบวนการพิจารณานั้นอยู่จริงในศาลต่างประเทศ พร้อมกับหนังสือรับรองการแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศ ว่ามีการแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศโดยศาลต่างประเทศนั้นจริง⁶²

ทั้งนี้ ศาลในประเทศผู้รับหลักการมีอำนาจสั่งให้ทำคำแปลเอกสารทั้งหมด ให้เป็นภาษาราชการของประเทศผู้รับหลักการได้ เพื่อให้เกิดความสะดวกแก่ศาลในการพิจารณาคำขอ ในกรณีที่ผู้แทนต่างประเทศยื่นเอกสารเป็นภาษาอื่นซึ่งมิใช่ภาษาราชการของประเทศผู้รับหลักการ⁶³ และผู้แทนต่างประเทศจะต้องใช้สิทธิโดยสุจริต โดยต้องเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดี ล้มละลายข้ามชาติทั้งหมด โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับลูกหนี้ที่ผู้แทนต่างประเทศได้รับรู้มา ต่อศาลในประเทศผู้รับหลักการ เพื่อให้ศาลในประเทศผู้รับหลักการดำเนินการพิจารณาโดยไม่ชักช้า และสามารถกำหนดมาตรการเท่าที่จำเป็นในการให้ความคุ้มครองกระบวนการทั้งในระหว่าง พิจารณาคำขอ และหลังจากได้มีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้รับรองกระบวนการพิจารณานั้นแล้ว โดยมี วัตถุประสงค์เพื่อปกป้องรักษาทรัพย์สินของลูกหนี้ และผลประโยชน์ของเจ้าหนี้เป็นสำคัญ ทั้งนี้ ศาลในประเทศผู้รับหลักการจะต้องรับรองกระบวนการพิจารณาดังกล่าว หากเข้าองค์ประกอบและเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(ก) กระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ขอให้รับรองเป็นกระบวนการพิจารณา ในทางคดี หรือในทางจัดการในรัฐต่างประเทศที่ขอให้รับรอง รวมทั้งกระบวนการระหว่างกาล (Interim proceeding) ตามกฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลายซึ่งมีผลต่อทรัพย์สินและกิจการของลูกหนี้ ที่อยู่ภายใต้ความควบคุมดูแลของศาลต่างประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อฟื้นฟูกิจการ หรือเพื่อชำระ บัญชี⁶⁴

(ข) ผู้แทนต่างประเทศที่ยื่นคำขอให้รับรองกระบวนการพิจารณา ต่างประเทศเป็นบุคคลหรือองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศและที่ถูกต้องตั้ง ขึ้นระหว่างกาล (on an interim basis) ให้ทำหน้าที่จัดการเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการ หรือการชำระบัญชี ทรัพย์สินของลูกหนี้หรือกิจการของลูกหนี้ หรือทำหน้าที่เป็นผู้แทนของกระบวนการล้มละลาย ต่างประเทศ

⁶² Article 15 of Model law

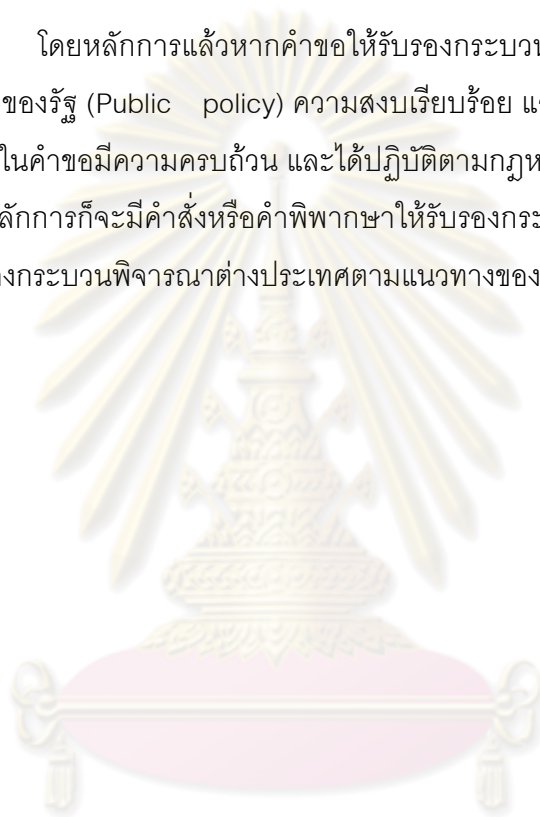
⁶³ Article 15 (4) of Model law

⁶⁴ Article 2(a) of Model law

(ค) คำขอให้รับรองกระบวนการพิจารณา และเอกสารประกอบที่ยื่นต่อศาล
ในประเทศผู้รับหลักการมีความถูกต้องครบถ้วนทุกประการแล้ว

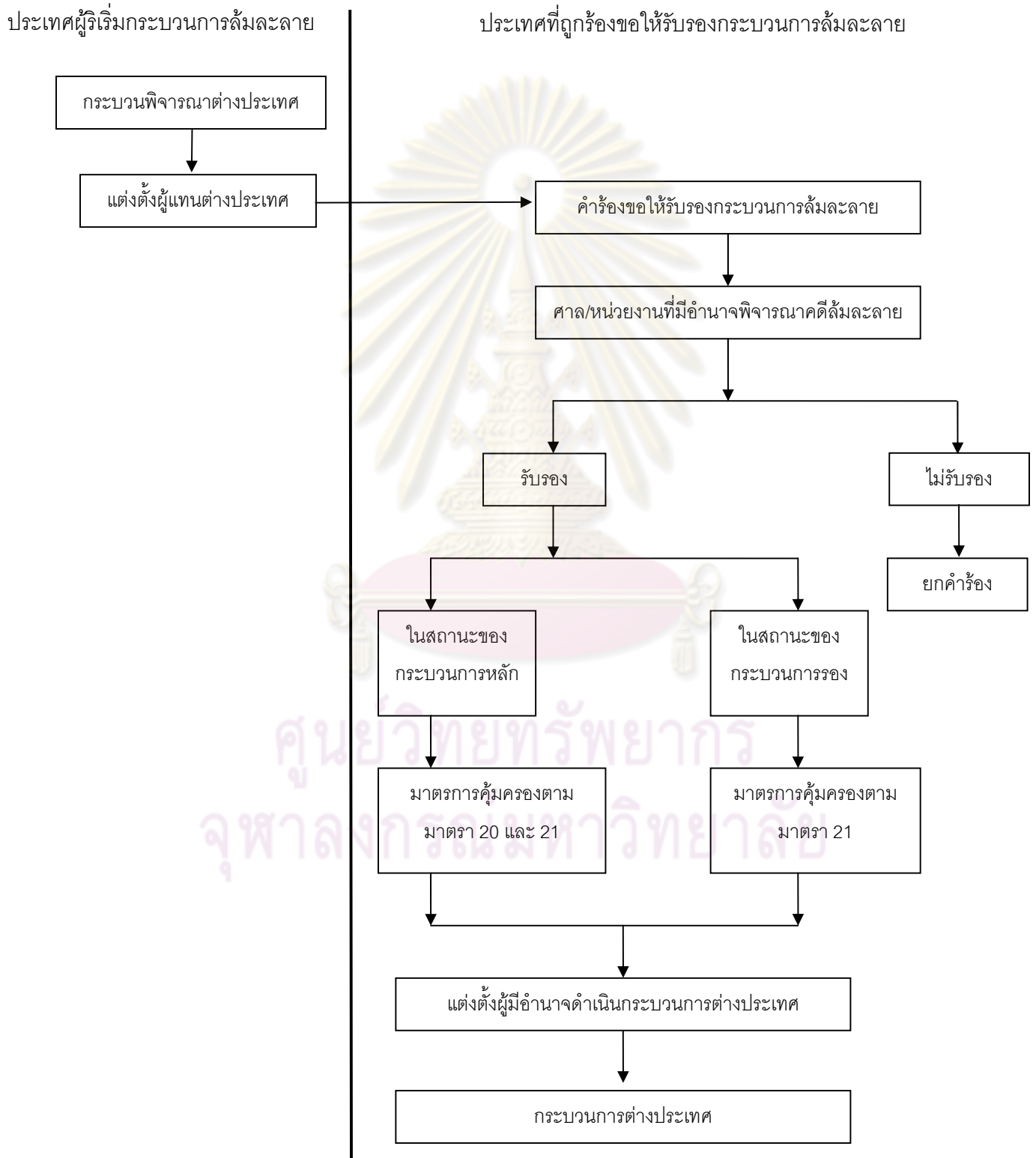
(ง) ศาลที่ดำเนินการพิจารณารับคำขอจะต้องเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ
โดยถูกต้อง

โดยหลักการแล้วหากคำขอให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น
ไม่ขัดต่อแนวนโยบายของรัฐ (Public policy) ความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน
ตลอดจนรายละเอียดในคำขอมีความครบถ้วน และได้ปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศผู้รับหลักการ
ศาลในประเทศผู้รับหลักการก็จะมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น
ไปตามปกติ การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศตามแนวทางของ Model law สามารถสรุปเป็น
แผนภาพได้ดังนี้



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาพประกอบที่ 2.3
การรับรองกระบวนการล้มละลายต่างประเทศตามแนวทางของ Model law



2.4.4.4 การให้ความคุ้มครองต่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

Model law ได้กำหนดหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองแก่กระบวนการพิจารณาต่างประเทศเพื่อบรรเทาความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้ทั้งในระหว่างพิจารณาและหลังจากที่ศาลในประเทศผู้รับหลักการมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศแล้ว

(1) การให้ความคุ้มครองชั่วคราวระหว่างพิจารณา

นับแต่เวลาที่ผู้แทนต่างประเทศได้ยื่นคำร้องขอให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ จนถึงเวลาที่ศาลในประเทศผู้รับหลักการมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้รับรองตามคำร้องขอนั้น หากผู้แทนต่างประเทศเห็นว่าเป็นกรณีจำเป็นที่จะต้องให้ความคุ้มครองอย่างเร่งด่วน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ และการให้ความคุ้มครองนั้นไม่เป็นการขัดหรือแย้งกับการจัดการ หรือการดำเนินการใดๆ ตามกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ⁶⁵ ผู้แทนต่างประเทศสามารถทำคำขอให้ศาลในประเทศผู้รับหลักการให้ความคุ้มครองชั่วคราวแก่กระบวนการพิจารณานั้นได้ โดยศาลสามารถใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาคำขอของผู้แทนต่างประเทศได้ว่าสมควรจะให้ความคุ้มครองตามคำขอหรือไม่ โดยการให้คุ้มครองชั่วคราวที่ศาลในประเทศผู้รับหลักการอาจให้ความคุ้มครองนั้นได้แก่⁶⁶

- (ก) ให้ระงับการบังคับคดีสำหรับทรัพย์สินของลูกหนี้
- (ข) ให้ระงับสิทธิในการโอน การก่อภาระผูกพัน หรือการจำหน่ายทรัพย์สินโดยประการอื่นของลูกหนี้
- (ค) จัดให้มีการสอบสวนพยาน การให้พยานหลักฐาน หรือการให้ข้อมูลเกี่ยวกับทรัพย์สิน กิจการ สิทธิ หน้าที่ หรือภาระผูกพันของลูกหนี้
- (ง) จัดให้ผู้แทนต่างประเทศหรือบุคคลอื่นที่ศาลแต่งตั้งดูแลการจัดการหรือการจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน เพื่อเป็นการปกป้องและ

⁶⁵ Article 19 of Model law

⁶⁶ Article 19 (1) (a)-(c) and article 21(1)(c), (d) and (g) of Model law

คงไว้ซึ่งมูลค่าของทรัพย์สินนั้น ซึ่งโดยสภาพหรือโดยสภาวะภายนอกเป็นของน่าเสียดาย, น่าจะมีมูลค่าลดลง หรือได้รับอันตรายอื่นใด และ

(จ) การให้ความคุ้มครองเพิ่มเติมใดๆ ที่ศาล หน่วยงาน หรือบุคคลที่มีอำนาจเกี่ยวกับการล้มละลาย การชำระบัญชี หรือการฟื้นฟูกิจการมีอยู่ภายใต้กฎหมายภายในของประเทศผู้รับหลักการ

อย่างไรก็ตาม การให้ความคุ้มครองระหว่างพิจารณาดังกล่าวข้างต้นเป็นการให้ความคุ้มครองเพียงชั่วคราว (Provision relief) ดังนั้น หากศาลในประเทศผู้รับหลักการมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศตามคำขอของผู้แทนต่างประเทศแล้ว การให้ความคุ้มครองชั่วคราวย่อมสิ้นสุดลง เว้นแต่ศาลจะเห็นเป็นการสมควรให้ขยายระยะเวลาการให้ความคุ้มครองออกไปเมื่อได้รับคำร้องจากผู้แทนต่างประเทศ⁶⁷

(2) การให้ความคุ้มครองหลังจากที่ศาลในประเทศผู้รับหลักการมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศแล้ว

ในกรณีที่ศาลในประเทศผู้รับหลักการได้มีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศตามคำขอของผู้แทนต่างประเทศแล้ว หากเป็นการรับรองในสถานะกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศย่อมก่อให้เกิดผลของการได้รับความคุ้มครองโดยทันที (Automatic relief) ดังต่อไปนี้⁶⁸

(ก) ให้มีการระงับการฟ้องคดี การดำเนินคดีต่อไป การเริ่มกระบวนการพิจารณา การดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปเกี่ยวกับทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่ หรือภาระผูกพันของลูกหนี้

(ข) ให้มีการระงับการบังคับคดีในทรัพย์สินของลูกหนี้ในประเทศอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง (Automatic Stay)

(ค) ให้มีการระงับสิทธิการโอน การก่อภาระผูกพัน หรือการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินโดยประการอื่นของลูกหนี้ (Automatic freeze or automatic suspend)

⁶⁷ Article 19(3) of Model law

⁶⁸ Article 20(1) of Model law

อย่างไรก็ตาม การรับรองกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศจะไม่ได้ รับความคุ้มครองในทันทีโดยผลของคำสั่งหรือคำพิพากษาให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ของศาล แต่ศาลอาจให้ความคุ้มครองในกรณีอื่นๆ เพิ่มเติมได้เมื่อมีการร้องขอจากผู้แทนต่างประเทศ โดยต้องเป็นกรณีจำเป็นเพื่อปกป้องทรัพย์สินของลูกหนี้และศาลสามารถให้ความคุ้มครองเท่าที่จำเป็น เท่านั้น หากเป็นการให้ความคุ้มครองกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ ศาลจะต้องแน่ใจว่าเป็นการ ให้ความคุ้มครองอันเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่จะต้องจัดการ หรือดำเนินการในกระบวนการพิจารณารอง ต่างประเทศนั้น หรือเป็นการเกี่ยวข้องกับข้อมูลที่เป็นสำหรับกระบวนการพิจารณารองที่ให้การรับรอง นั้นตามกฎหมายของประเทศผู้รับหลักการด้วย โดยศาลอาจให้ความคุ้มครองเพิ่มเติมได้ดังนี้

(ก) ให้มีการระงับการฟ้องคดี การดำเนินคดีต่อไป การเริ่ม กระบวนการพิจารณา การดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปเกี่ยวกับทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่ หรือภาระผูกพัน ของลูกหนี้ และให้ระงับการบังคับคดีสำหรับทรัพย์สินของลูกหนี้ ภายในขอบเขตที่ศาลยังไม่ได้ให้ ความคุ้มครอง หรือยังไม่ได้รับความคุ้มครองโดยเต็มทั้งหมดโดยทันทีจากการรับรองกระบวนการพิจารณา หลักต่างประเทศ⁶⁹

(ข) ให้ผู้แทนต่างประเทศหรือบุคคลอื่นที่ศาลแต่งตั้งดูแลการ จัดการหรือการจำหน่ายทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนที่มีอยู่ในประเทศ ผู้รับหลักการ⁷⁰

(ค) ให้ขยายระยะเวลาการให้ความคุ้มครองต่อเนื่องจากการให้ ความคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองในระหว่างพิจารณาคำขอให้รับรองกระบวนการ พิจารณาต่างประเทศ⁷¹ และ

(ง) ให้ความคุ้มครองเพิ่มเติมใดๆ ที่ศาล หน่วยงาน หรือบุคคล ที่มีอำนาจเกี่ยวกับการล้มละลาย การชำระบัญชี หรือการฟื้นฟูกิจการ ที่มีอยู่ภายใต้กฎหมายของ ประเทศผู้รับหลักการ⁷²

⁶⁹ Article 21(1)(a)-(c) of Model law

⁷⁰ Article 21(1)(e) of Model law

⁷¹ Article 21(1)(f) of Model law

⁷² Article 21(1)(g) of Model law

ทั้งนี้ ศาลในประเทศผู้รับหลักการมีอำนาจใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกการให้ความคุ้มครองใดๆ เมื่อศาลเห็นสมควร หรืออาจเป็นกรณีที่ศาลได้รับคำร้องจากผู้แทนต่างประเทศ รวมทั้งบุคคลผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องด้วย

2.4.4.5 ผลของการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

การรับรองกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายโดยสรุปดังนี้⁷³

(1) ส่งผลให้มีการระงับการฟ้องคดี การดำเนินคดีต่อไป การเริ่มกระบวนการพิจารณา การดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปเกี่ยวกับทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่ หรือภาระผูกพันของลูกหนี้ และ

(2) ส่งผลให้มีการระงับการบังคับคดีทรัพย์สินของลูกหนี้ในประเทศอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง (Automatic Stay) และ

(3) ส่งผลให้มีการระงับสิทธิการโอน การก่อภาระผูกพัน หรือการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินโดยประการอื่นของลูกหนี้ (Automatic freeze or automatic suspend)

ผลของการรับรองกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศดังกล่าวข้างต้นเป็นผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติในทันทีที่ศาลในประเทศผู้รับหลักการมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้รับรอง และก่อให้เกิดข้อสันนิษฐานต่อประเทศผู้รับหลักการอื่นๆ ที่ดำเนินกระบวนการล้มละลายต่อลูกหนี้รายเดียวกันนี้ว่า ลูกหนี้เป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว ในกรณีที่ไม่ปรากฏหลักฐานเป็นอย่างอื่นด้วย⁷⁴ อย่างไรก็ตาม การรับรองกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศย่อมอยู่ภายใต้ข้อจำกัดตามกฎหมายภายในของประเทศผู้รับหลักการนั้นและไม่มีผลกระทบต่อการเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายต่อลูกหนี้รายเดียวกันภายในประเทศผู้รับหลักการ ตลอดจนไม่เป็นการตัดสิทธิมิให้มีการยื่นคำร้องขอให้ริเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีหรือยื่นคำฟ้องในแต่ละกระบวนการ⁷⁵

⁷³ Article 20(1) of Model law

⁷⁴ Article 31 of Model law

⁷⁵ Article 20(2)-(4) of Model law

สำหรับผลของการรับรองกระบวนการพิจารณาของต่างประเทศนั้น จะมีผลทางกฎหมายต่อลูกหนี้และทรัพย์สินของลูกหนี้จำกัดอยู่เฉพาะภายในประเทศผู้เริ่มกระบวนการพิจารณาของต่างประเทศเท่านั้น

2.5 ผลของการรับหลักการของ Model law มาปรับใช้กับกฎหมายภายในของไทย

แม้ในปัจจุบัน ประเทศไทยยังมิได้ดำเนินการรับหลักการของ Model law เข้ามาปรับใช้กับกฎหมายภายในของไทย แต่ไม่สามารถปฏิเสธได้ว่าความเปลี่ยนแปลงของสภาพข้อเท็จจริงโดยเฉพาะด้านการค้าการลงทุนมีแนวโน้มไปสู่การค้าและการลงทุนระหว่างประเทศมากขึ้น ส่งผลให้กฎหมายล้มละลายของไทยซึ่งอาจมีความเหมาะสมกับสภาพสังคมและวัฒนธรรมของประเทศไทยในช่วงระยะเวลาหนึ่ง อาจไม่มีความเหมาะสมกับสภาพข้อเท็จจริงในปัจจุบันอีกต่อไป เพราะกฎหมายไทยยังมีความล้าหลังในการที่จะปรับใช้แก่การล้มละลายข้ามชาติทั้งในแง่ของการกำหนดเขตอำนาจศาล, การแก้ไขปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมาย และการมีผลนอกเขตอำนาจรัฐของกระบวนการล้มละลาย ประเทศไทยจึงควรพิจารณาปรับปรุงหรือเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายล้มละลายให้มีความเหมาะสมเพียงพอต่อการรองรับปัญหาการล้มละลายข้ามชาติที่จะเกิดขึ้น เพราะการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายล้มละลายภายในประเทศให้มีความทันสมัยและสามารถรองรับกับสภาพปัญหาตามความเป็นจริงย่อมเป็นการสร้างหลักประกันความเชื่อมั่นให้แก่ผู้ประกอบการค้าหรือนักลงทุน ตลอดจนเป็นการสร้างความแข็งแกร่งให้แก่ระบบการเงินในระบบเศรษฐกิจของประเทศอีกด้วย

การรับหลักการของ Model law อันเป็นหลักเกณฑ์กลางซึ่ง UNCITRAL พยายามพัฒนาให้มีความเหมาะสมกับนานาประเทศให้มากที่สุดจึงถือเป็นทางเลือกหนึ่งซึ่งทำให้ประเทศไทยสามารถแก้ไขหรือเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายไทยให้เป็นที่ยอมรับในระดับสากลมากขึ้นได้ โดยการเพิ่มเติมหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ กฎเกณฑ์ว่าด้วยอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่เกี่ยวข้อง เช่น ศาลหรือเจ้าพนักงานในคดีล้มละลาย และกฎเกณฑ์อื่นๆ ที่สามารถขจัดอุปสรรคซึ่งอาจเกิดจากการประสานกันระหว่างเขตอำนาจรัฐและกระทบต่อวัตถุประสงค์พื้นฐานของกฎหมายล้มละลาย ไม่ว่าจะเป็นด้านการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ การสร้างความเป็นธรรมระหว่างบรรดาเจ้าหนี้ และการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ ทั้งนี้ สามารถสรุปผลของการรับหลักการของ Model law ได้อย่างกว้างๆ ดังนี้

2.5.1 ผลเกี่ยวกับการเริ่มต้นคดีล้มละลาย

พระราชบัญญัติล้มละลายของไทยในมาตรา 7 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การเริ่มคดีล้มละลายโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวภูมิลำเนาและการประกอบธุรกิจของลูกหนี้ โดยมีเงื่อนไขเกี่ยวกับระยะเวลาว่าต้องไม่เกินหนึ่งปีก่อนมีการขอให้ล้มละลาย การใช้หลักภูมิลำเนาและการประกอบธุรกิจของลูกหนี้เป็นหลักที่มีความเป็นไปได้ว่าลูกหนี้อาจมีทรัพย์สินโดยส่วนใหญ่ตั้งอยู่ และอย่างน้อยลูกหนี้น่าจะมีตัวตนอยู่ในเขตที่ดินมีภูมิลำเนาหรือมีการประกอบธุรกิจ ซึ่งการไปเสียจากภูมิลำเนาที่ดี การปิดกิจการในการประกอบธุรกิจที่ดี อาจเป็นข้อสันนิษฐานหนึ่งซึ่งแสดงให้เห็นว่าลูกหนี้อยู่ในภาวะหนี้สินล้นพ้นตัว หรือลูกหนี้อาจมีพฤติกรรมทุจริตโดยการยกย้ายถ่ายเททรัพย์สินเพื่อให้เจ้าหนี้เสียหายก็ได้ ดังนั้น หลักเกณฑ์ดังกล่าวจึงมีความเหมาะสมแก่การใช้กล่าวอ้างจุดเกาะเกี่ยวเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติ แต่อาจยังไม่เพียงพอเพราะเป็นไปได้ว่าสถานที่ตั้งทรัพย์สินโดยส่วนใหญ่ของลูกหนี้ไม่ได้ขึ้นอยู่กับภูมิลำเนาและการประกอบธุรกิจของลูกหนี้เสมอไป ยกตัวอย่างเช่น ลูกหนี้อาจมีภูมิลำเนาและการประกอบธุรกิจในประเทศไทย แต่ทรัพย์สินโดยส่วนใหญ่กลับตั้งอยู่ในต่างประเทศ ดังนั้น หากกฎหมายไทยไม่เปิดโอกาสให้ศาลไทยสามารถขยายขอบเขตการใช้เขตอำนาจรัฐเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ในต่างประเทศได้เลย ประเทศไทยอาจไม่ได้รับประโยชน์จากการดำเนินคดีล้มละลาย หากไม่มีทรัพย์สินของลูกหนี้ภายในประเทศให้สามารถดำเนินการรวบรวมได้

การรับหลักการของ Model law โดยการนำศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ (Center of main interests) หรือสถานประกอบธุรกิจ (Establishment) มาเป็นจุดเกาะเกี่ยวในการเริ่มคดีล้มละลายในประเทศไทย จึงอาจส่งผลศาลไทยมีอำนาจในการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติในขอบเขตที่กว้างขึ้นและเอื้อต่อการใช้อำนาจให้เกิดผลเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายล้มละลาย ในขณะที่เดียวกันหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็มีความสอดคล้องกับหลักสากลอันเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศอันเป็นการส่งเสริมให้เกิดความร่วมมือระหว่างกันในการบริหารจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติมากขึ้นด้วย

2.5.2 ผลเกี่ยวกับการบังคับทรัพย์สินของลูกหนี้

จุดมุ่งหมายสำคัญอีกประการหนึ่งของกฎหมายล้มละลาย คือ การรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ว่าจะตั้งอยู่ ณ ที่ใด เข้าสู่กองทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อให้เกิดการชำระสะสางหนี้สินของ

ลูกหนี้ให้ได้มากที่สุด อย่างไรก็ตาม การดำเนินกระบวนการล้มละลายภายใต้กฎหมายไทยมีผลต่อทรัพย์สินของลูกหนี้เฉพาะที่อยู่ภายในราชอาณาจักรเท่านั้น⁷⁶ ซึ่งไม่สอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริงในปัจจุบันซึ่งลูกหนี้มักมีทรัพย์สินกระจายอยู่ในหลายประเทศ

การรับหลักการของ Model law มีวัตถุประสงค์เพื่อให้กระบวนการล้มละลายในประเทศมีผลต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ในต่างประเทศโดยผ่านกระบวนการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ จึงเป็นการเพิ่มโอกาสให้ศาลไทยสามารถใช้อำนาจของตนขยายขอบเขตไปยังเขตอำนาจรัฐอื่นๆ เพื่อประโยชน์ในการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้เพิ่มเติมได้ โดยเฉพาะในกรณีที่ปรากฏจุดเกาะเกี่ยว COMI ตั้งอยู่ในประเทศไทย และศาลไทยได้แต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศเพื่อดำเนินการนำเสนอกระบวนการล้มละลายให้ศาลต่างประเทศพิจารณารับรอง หากศาลต่างประเทศมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้รับรองในสถานะกระบวนการล้มละลายหลักต่างประเทศภายใต้หลักการของ Model law โดยหลักการศาลไทยย่อมสามารถร้องขอให้ศาลต่างประเทศให้ความช่วยเหลือในการรวบรวมและส่งมอบทรัพย์สินของลูกหนี้ในประเทศดังกล่าวเข้ามารวมกับกองทรัพย์สินในประเทศไทยได้ ส่งผลให้เกิดการชำระหนี้สินของลูกหนี้ได้มากกว่าการคำนึงถึงข้อจำกัดของการใช้เขตอำนาจภายในรัฐแต่เพียงอย่างเดียว

2.5.3 ผลเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหนี้ต่างประเทศ

โดยหลักทั่วไป เจ้าหนี้ต่างประเทศย่อมมีสิทธิเท่าเทียมกับเจ้าหนี้ภายในประเทศ แต่ในทางปฏิบัติ การล้มละลายข้ามชาติเป็นปัญหาความแตกต่างกันของเขตอำนาจรัฐที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในลักษณะเดียวกัน จึงมักมีการเลือกปฏิบัติต่อเจ้าหนี้ต่างประเทศในลักษณะที่เสียเปรียบเจ้าหนี้ภายในประเทศ อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติล้มละลายของไทยรับรองสิทธิของเจ้าหนี้ต่างประเทศในการเข้าสู่กระบวนการล้มละลายได้โดยตรงโดยมีเงื่อนไขบางประการ⁷⁷ แสดงให้เห็นว่ากฎหมายไทยมิได้จำกัดสิทธิของเจ้าหนี้ต่างประเทศในการเข้าสู่กระบวนการล้มละลายของไทย แต่ในแง่สิทธิของเจ้าหนี้ต่างประเทศอาจยังไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมในประเด็นการรับรู้ข้อมูล

⁷⁶ มาตรา 177 วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483

⁷⁷ มาตรา 178 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483

เพราะกฎหมายไทยไม่มีบทบัญญัติรองรับเกี่ยวกับการบอกกล่าวข้อมูลให้เจ้าหนี้ต่างประเทศรับรู้ ทำนองเดียวกับที่ปรากฏใน Model law

นอกจากนั้นกฎหมายไทยยังไม่มีหลักเกณฑ์กำหนดเกี่ยวกับความได้เปรียบเสียเปรียบกันระหว่างเจ้าหนี้ภายในประเทศและเจ้าหนี้ต่างประเทศ อันเป็นผลมาจากการเกิดกระบวนการล้มละลายซ้ำซ้อนต่อลูกหนี้รายเดียวกันในหลายประเทศ ส่งผลให้เจ้าหนี้รายใดรายหนึ่งซึ่งได้รับชำระหนี้ในกระบวนการหนึ่งแล้วหรือได้รับชำระหนี้จากการดำเนินการเฉพาะราย อาจมาขอรับชำระหนี้ในอีกกระบวนการหนึ่งโดยใช้สิทธิเรียกร้องเดิม อันเป็นปฏิปักษ์ต่อหลักความเท่าเทียมกันระหว่างบรรดาเจ้าหนี้ (Equity to creditors) ซึ่งในประเด็นนี้ Model law ได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้เจ้าหนี้ซึ่งได้รับชำระหนี้แล้วบางส่วนจากกระบวนการล้มละลายหนึ่งจะไม่ได้รับชำระหนี้จากอีกกระบวนการหนึ่งจนกว่าการรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้รายอื่นๆ จะได้สัดส่วนที่เท่าเทียมกับเจ้าหนี้ชั้น (Hotchpot rule)⁷⁸ การรับหลักการของ Model law ของไทยจึงเป็นการเสริมสร้างหลักความเท่าเทียมกันระหว่างบรรดาเจ้าหนี้ให้เกิดผลอย่างจริงจังในทางปฏิบัติด้วย

แนวทางการศึกษาภายในขอบเขตและวัตถุประสงค์ของวิทยานิพนธ์นี้ตั้งอยู่บนสมมติฐานว่า หากประเทศไทยต้องรับหลักการของ Model law มาปรับใช้กับกฎหมายภายในของไทย ซึ่งหมายถึงรวมถึงการนำจุดเกาะเกี่ยว COMI มาใช้เป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกสถานะของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ศาลไทยสามารถพิจารณารับรองได้ในสถานะกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ ศาลไทยควรมีแนวทางการตีความและปรับใช้เกณฑ์ดังกล่าวอย่างไรจึงจะมีความเหมาะสมมากที่สุดกับกรอบทางกฎหมายของไทย เพราะ COMI เป็นหลักเกณฑ์ใหม่ที่อยู่ระหว่างการพัฒนาและยังไม่มี การกำหนดความหมาย, คำนิยาม หรือหลักเกณฑ์การตีความและปรับใช้ไว้โดยชัดเจน ส่งผลให้ศาลในแต่ละประเทศมีแนวทางการตีความและปรับใช้แตกต่างกันไปหลายแนวทาง อันอาจก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของการบริหารจัดการดีล้มละลายข้ามชาติ การศึกษาเกณฑ์ COMI ให้ได้อย่างละเอียดถี่ถ้วนจึงมีความจำเป็นต้องศึกษาเปรียบเทียบจาก คำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ดังจะได้กล่าวต่อไปในบทศึกษาเปรียบเทียบเกณฑ์ COMI ใน คำพิพากษาของศาลต่างประเทศ

⁷⁸ Article 32 of Model law

บทที่ 3

ศึกษาเปรียบเทียบเกณฑ์ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ ในคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ

การพิจารณาเขตอำนาจศาลในคดีล้มละลายโดยทั่วไปมีอยู่ 2 ระดับ โดยนัยหนึ่งเป็นการพิจารณาในระดับเขตอำนาจภายในรัฐ (Domestic jurisdiction) ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความของแต่ละรัฐซึ่งผลของการใช้อำนาจรัฐทางศาลจะมีขอบเขตจำกัดอยู่เฉพาะภายในรัฐนั้นเท่านั้น อีกนัยหนึ่งคือ การพิจารณาเขตอำนาจในระดับระหว่างประเทศ (International jurisdiction) ซึ่งผลของการใช้อำนาจรัฐทางศาลมิได้จำกัดอยู่เพียงภายในรัฐใดรัฐหนึ่ง แต่มีผลครอบคลุมไปถึงรัฐอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องโดยอาศัยหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นเกณฑ์ในการตัดสิน

เขตอำนาจศาลในคดีล้มละลายข้ามชาติเป็นเขตอำนาจในระดับที่เป็นระหว่างประเทศ โดยการกล่าวอ้างจุดเกาะเกี่ยวบางประการตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายระหว่างประเทศรับรอง ตัวอย่างของจุดเกาะเกี่ยวประเภทต่างๆ ที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายล้มละลายของโลก ได้แก่ สถานที่ตั้งทรัพย์สิน, สถานที่ตั้งสถานประกอบการ, ถิ่นที่อยู่อาศัยของบุคคลธรรมดา, สัญชาติและถิ่นที่อยู่อาศัยของเจ้าหนี้ผู้ยื่นคำร้อง เป็นต้น⁷⁹ โดยมีลักษณะและจุดมุ่งหมายของการปรับใช้จุดเกาะเกี่ยวแต่ละประเภทดังนี้

(1) สถานที่ตั้งทรัพย์สิน (Local assets) การใช้ทรัพย์สินของลูกหนี้เป็นจุดเกาะเกี่ยวมีจุดมุ่งหมายในการคุ้มครองผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ภายในประเทศเพื่อป้องกันมิให้ทรัพย์สินของลูกหนี้ที่กระจุกกระจายอยู่ในประเทศต่างๆ ถูกเจ้าหนี้แต่ละรายฟ้องร้องบังคับคดีไปก่อนที่จะมีการดำเนินคดีล้มละลายต่อลูกหนี้ โดยไม่จำกัดว่าทรัพย์สินนั้นจะมีขนาดเล็กน้อยเพียงใด อันเป็นหลักเกณฑ์ที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษและเครือจักรภพอังกฤษ, อาร์เจนตินา, ฟินแลนด์, ฝรั่งเศส, เยอรมนี, สวีเดน และสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

⁷⁹ Phillip R. Wood, Conflict of laws and international finance (London: Sweet & Maxwell, 2007), pp. 405-407.

(2) สถานที่ตั้งสถานประกอบการ (Local Establishment) ได้แก่ สถานประกอบการของลูกหนี้ ไม่ว่าจะมีการดำเนินธุรกิจโดยตนเองหรือโดยตัวแทน การใช้จุดเกาะเกี่ยวประเภทนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อป้องกันมิให้ลูกหนี้ที่ล้มละลายปิดกิจการหนีเจ้าหนี้โดยทิ้งหนี้สินไว้ให้เป็นภาระของเจ้าหนี้ภายในประเทศ และเพื่ออุดช่องว่างในกรณีที่ไม่ปรากฏจุดเกาะเกี่ยวประการอื่นให้สามารถนำมาใช้กล่าวอ้างเขตอำนาจระหว่างประเทศของศาลได้ โดยปรากฏหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้อยู่ในระบบกฎหมายล้มละลายของประเทศอังกฤษและเครือจักรภพอังกฤษ, สวีเดน, สหรัฐอเมริกา (ในสหรัฐอเมริกาใช้คำว่า “Place of business”) และปรากฏอยู่ในหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศอย่าง European Insolvency Regulation และ Model law ด้วย

(3) ถิ่นที่อยู่อาศัยของบุคคลธรรมดา (Local physical presence) ในกรณีที่ลูกหนี้เป็นบุคคลธรรมดา ถิ่นที่อยู่อาศัยของลูกหนี้ในขณะที่มีการยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ดำเนินคดีล้มละลายสามารถนำมาใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยวในการกล่าวอ้างเขตอำนาจศาลได้เช่นกัน ปรากฏหลักเกณฑ์ดังกล่าวอยู่ในระบบกฎหมายล้มละลายของประเทศในเครือจักรภพอังกฤษและฟินแลนด์ เป็นต้น

(4) สัญชาติและถิ่นที่อยู่อาศัยของเจ้าหนี้ผู้ยื่นคำร้อง (Local nationality and residence of the petitioning creditor) การพิจารณาสัญชาติของเจ้าหนี้ในฐานะของจุดเกาะเกี่ยวในคดีล้มละลาย ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส, ประเทศในกลุ่ม Napoleonic และฟินแลนด์ แต่ไม่ค่อยได้รับการยอมรับจากประเทศอื่นๆ เท่าใดนัก

ความแตกต่างกันของหลักเกณฑ์การกล่าวอ้างเขตอำนาจศาลเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวตามกฎหมายภายในจึงอาจก่อให้เกิดการแก่งแย่งเขตอำนาจกันเองระหว่างศาลในแต่ละประเทศ เพราะโดยทั่วไปศาลในทุกประเทศย่อมประสงค์ให้มีการดำเนินกระบวนการล้มละลายตามกฎหมายภายในที่ตนคุ้นเคย โดยคำนึงถึงการปกป้องรักษาผลประโยชน์ของคู่กรณีและผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องภายในประเทศตนแต่เพียงฝ่ายเดียว การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติแต่เดิมในลักษณะต่างคนต่างจัดการโดยไม่มีการประสานความร่วมมือซึ่งกันและกันจึงไม่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพหรือประสิทธิผลต่อการบริหารจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติแต่อย่างใด ตรงกันข้าม เจ้าหนี้โดยรวมจะไม่ได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันเพราะกฎหมายที่นำมาใช้บังคับแก่กระบวนการล้มละลายในแต่ละประเทศมีความแตกต่างลึกๆกันทั้งในด้าน

หลักเกณฑ์การเริ่มคดี, การดำเนินกระบวนการ, การเข้าร่วมกระบวนการของเจ้าหนี้ต่างประเทศ และการจัดลำดับชั้นเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนหรือหลัง เป็นต้น ส่งผลให้เจ้าหนี้ไม่สามารถคาดการณ์ล่วงหน้าได้เลยว่า หากลูกหนี้ของตนต้องล้มละลาย ศาลของประเทศใดจะเป็นผู้มีคุณสมบัติเหมาะสมที่สุดต่อการดำเนินคดีล้มละลาย หรือเจ้าหนี้จะต้องขอรับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายล้มละลายของประเทศใดจึงจะมีโอกาสได้รับชำระหนี้คืนสูงสุด นอกจากนี้ยังก่อให้เกิดความไม่โปร่งใสเพราะจะสามารถทราบได้อย่างไม่ว่าศาลของประเทศใดเป็นผู้มีเขตอำนาจแท้จริงในการดำเนินกระบวนการล้มละลายข้ามชาติ

เพื่อขจัดปัญหาดังกล่าว เกณฑ์ COMI จึงถูกสร้างขึ้นเพื่อก่อให้เกิดความแน่นอนแก่เจ้าหนี้ (Certainty to creditors) ตลอดจนทำให้การดำเนินกระบวนการล้มละลายข้ามชาติมีความโปร่งใส และสามารถคาดการณ์ได้ (Transparency and predictability) โดยกำหนดให้ศาลของประเทศที่มีความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับลูกหนี้มากที่สุดหรือศาลของประเทศอันเป็น “ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้” (Center of main interests: COMI) เป็นผู้มีเขตอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการดำเนินกระบวนการล้มละลายในสถานะกระบวนการหลัก (Main proceeding) เพื่อเป็นประเทศศูนย์กลางการบริหารจัดการคดีล้มละลายและทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ สะท้อนให้เห็นแนวคิดในฝ่าย Universality ที่ต้องการรวมศูนย์กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายให้อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลเพียงแห่งเดียว (Single forum) และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายในประเทศเดียว โดยต้องเป็นประเทศที่มีคุณสมบัติเหมาะสมที่สุดต่อการเป็นศูนย์กลางการบริหารจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติ ส่งผลให้เจ้าหนี้สามารถคาดการณ์ความเสี่ยงล่วงหน้าเกี่ยวกับการล้มละลายของลูกหนี้ก่อนตัดสินใจปล่อยสินเชื่อหรือลงทุนกับลูกหนี้ เพราะหากลูกหนี้ของตนต้องล้มละลาย เจ้าหนี้อย่อมสามารถคาดการณ์ได้ทันทีว่า ศาลของประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของ COMI เท่านั้นจะเป็นผู้มีเขตอำนาจในการดำเนินกระบวนการหลัก อันจะช่วยลดความไม่แน่นอนทางกฎหมายและยังก่อให้เกิดความเชื่อมั่นแก่นักลงทุนให้สามารถลงทุนในต่างประเทศได้อย่างวางใจมากขึ้นด้วย

นอกจากนั้นการนำเกณฑ์ COMI มาปรับใช้ยังประกอบไปด้วยเหตุผลในเชิงเศรษฐกิจ เพราะการดำเนินกระบวนการพิจารณาหลักในประเทศอันเป็นศูนย์กลางทางเศรษฐกิจของลูกหนี้อย่อมก่อให้เกิดความคุ้มค่าหรือคุ้มทุนต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย และย่อมสามารถคาดหมายได้ว่าสถานที่ดังกล่าวเป็นที่รู้จักคุ้นเคยของเจ้าหนี้ผู้มีส่วนสำคัญในคดี หรือเป็นสถานที่ตั้งของทรัพย์สินโดยส่วนใหญ่ของลูกหนี้ ก่อให้เกิดความสะดวกแก่เจ้าหนี้ในการเข้า

ร่วมกระบวนการล้มละลายและก่อให้เกิดการชำระสะสางหนี้สินของลูกหนี้ได้มากกว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาในประเทศที่มีจุดเกาะเกี่ยวเพียงเล็กน้อย แต่ไม่เป็นที่รู้จักของเจ้าหนี้หรือไม่มีทรัพย์สินของลูกหนี้ตั้งอยู่เลย เป็นต้น

3.1 ความเป็นมาของ COMI

COMI มีจุดกำเนิดอยู่ในสหภาพยุโรป และมีรากฐานมาจากทฤษฎีทางกฎหมายเกี่ยวกับการรับรองสถานะของนิติบุคคลต่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ซึ่งได้แก่ ทฤษฎีรัฐผู้จัดตั้งนิติบุคคล (State of incorporation theory) และทฤษฎีสถานที่ตั้งที่แท้จริง (Real seat theory)⁸⁰

(1) ทฤษฎีรัฐผู้จัดตั้งนิติบุคคล (State of incorporation theory) มีแนวคิดว่างกฎหมายของประเทศที่บริษัทหรือนิติบุคคลจดทะเบียนจัดตั้งขึ้นย่อมเป็นกฎหมายที่นำมาใช้บังคับแก่ความสัมพันธ์หรือกิจกรรมของบริษัทหรือนิติบุคคลนั้น ส่งผลให้สภาพความเป็นนิติบุคคล ตลอดจนสิทธิและหน้าที่ของบริษัทหรือนิติบุคคลตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายของประเทศที่บริษัทหรือนิติบุคคล เช่นว่านั้นจัดตั้งขึ้น แนวคิดนี้ถูกพัฒนาขึ้นในประเทศอังกฤษในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 18 เพื่อให้บรรษัทข้ามชาติที่จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นในประเทศอังกฤษ แต่มีการประกอบธุรกิจอยู่ในต่างประเทศ ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายอังกฤษ

ดังนั้น หากมีกระบวนการล้มละลายเกิดขึ้นในหลายประเทศ กระบวนการหลักย่อมเกิดขึ้นได้เฉพาะภายในประเทศที่ลูกหนี้ได้จดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทหรือนิติบุคคลขึ้นเท่านั้น ก่อให้เกิดความแน่นอนทางกฎหมายเพราะมุ่งพิจารณาสถานที่ตั้งของบริษัทหรือนิติบุคคลจากสถานที่ตั้งทางกฎหมาย (Statutory seat) หรือสถานที่ตั้งทางทะเบียนอันเป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไปของบุคคลภายนอกลูกหนี้ ส่วนกระบวนการล้มละลายในประเทศอื่นๆ ย่อมมีสถานะเป็นกระบวนการในลำดับรองทั้งหมด แนวคิดดังกล่าวนี้ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายภายในของประเทศอังกฤษ, ไอร์แลนด์, ฟินแลนด์, สวีเดน, สหรัฐอเมริกา และสวิสเซอร์แลนด์

⁸⁰ Carsten Frost, Transfer of company's seat: an unfolding story in Europe [Online], 20 November 2009. Available from : <http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLRev/2005/15.html>

(2) ทฤษฎีสถานที่ตั้งที่แท้จริง (Real seat theory) ถูกพัฒนาขึ้นในประเทศเยอรมันและฝรั่งเศสในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 19 โดยมีแนวคิดที่ว่าบริษัทหรือนิติบุคคลควรอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายของประเทศที่บริษัทหรือนิติบุคคลนั้นมีความใกล้ชิดหรือได้รับผลกระทบในเชิงเศรษฐกิจหรือการเมืองจากประเทศนั้นมากที่สุด ดังนั้น กฎหมายของประเทศที่บริษัทหรือนิติบุคคลมีศูนย์กลางการควบคุมจัดการธุรกิจของตน หรือมีสำนักงานแห่งใหญ่ตามความเป็นจริง (Actual head office) ย่อมเป็นกฎหมายที่นำมาใช้บังคับกับความสัมพันธ์หรือกิจกรรมของบริษัทหรือนิติบุคคลนั้น และบริษัทหรือนิติบุคคลหนึ่งๆ ย่อมมีศูนย์กลางการควบคุมจัดการธุรกิจของตนหรือสำนักงานแห่งใหญ่ได้เพียงแห่งเดียว โดยทฤษฎีนี้ได้กลายมาเป็นรากฐานของการพัฒนาเกณฑ์ COMI ในเวลาต่อมา

เกณฑ์ COMI ถูกสร้างขึ้นในระหว่างการจัดทำอนุสัญญาเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ (Draft convention on bankruptcy, concordat and similar proceeding, 1980) ระหว่างประเทศสมาชิกของประชาคมยุโรป (European Community หรือ EC) ในปี ค.ศ.1980 โดยในมาตรา 4 ได้กำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยว “ศูนย์กลางการบริหารจัดการ” (Center of administration) เป็นเกณฑ์ในการริเริ่มกระบวนการล้มละลาย โดยมุ่งพิจารณาจากสถานที่ซึ่งโดยปกติลูกหนี้ใช้ในการบริหารจัดการผลประโยชน์หลักของตน (“The place where the debtor usually administers his main interests.”) เป็นสถานที่ที่ตั้งศูนย์กลางการบริหารจัดการธุรกิจของลูกหนี้ แต่ในท้ายที่สุดร่างอนุสัญญาดังกล่าวก็ตกไปเพราะมิได้รับการยอมรับจากประเทศสมาชิกของประชาคมยุโรป

ภายหลังจึงได้มีการนำเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการริเริ่มกระบวนการล้มละลายอีกครั้ง โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 4(1)⁸¹ แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับการล้มละลาย ค.ศ.1990 (The European convention on certain international aspects of bankruptcy, 1990) หรือ The Istanbul Convention, 1990 ภายใต้การผลักดันของคณะกรรมการ

⁸¹ Article 4(1) of Istanbul Convention: “The courts or other authorities of the Party in which the debtor has the center of his main interests shall be considered as being competent for opening the bankruptcy. For companies and legal persons, unless the contrary is proved, the place of the registered office shall be presumed to be the center of their main interests.”

ยุโรป (Council of Europe) โดยเปลี่ยนจากการใช้คำว่า “ศูนย์กลางการบริหารจัดการ” (Center of administration) มาเป็นคำว่า “ศูนย์กลางผลประโยชน์หลัก” (Center of main interests) แทน เนื่องจากคำว่า “การบริหารจัดการ” (Administration) ตามที่ปรากฏใน Draft Convention, 1980 มีลักษณะมุ่งเน้นต่อการบริหารจัดการธุรกิจของลูกหนี้เฉพาะที่เป็นบริษัทหรือนิติบุคคลมากจนเกินไป การเปลี่ยนมาใช้คำว่า “ผลประโยชน์หลัก” (Main interests) จึงน่าจะมีความหมายครอบคลุมถึง ลูกหนี้ทุกประเภทได้มากกว่า ไม่ว่าลูกหนี้จะเป็นบริษัท, นิติบุคคล หรือบุคคลธรรมดาก็ตาม⁸² โดยในมาตรา 4(1) แห่ง The Istanbul Convention, 1990 ได้กำหนดให้ศาลหรือหน่วยงานผู้มีอำนาจของประเทศสมาชิกอันเป็นสถานที่ตั้งของ COMI เป็นผู้ชี้เขตอำนาจในการริเริ่มกระบวนการล้มละลาย และกำหนดข้อสันนิษฐานเบื้องต้นให้ถือเอาสำนักงานจดทะเบียน (Registered office) เป็นสถานที่ตั้งของ COMI ในกรณีที่ไม่มีข้อพิสูจน์ได้แย้งเป็นประการอื่น

สหภาพยุโรปได้นำประสบการณ์จากการร่างอนุสัญญาระหว่างประเทศทั้งสองวาระมาเป็นแนวทางในการร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาเขตอำนาจระหว่างประเทศของศาลในมาตรา 3(1) แห่ง European Insolvency Regulation โดยนำคำว่า “ศูนย์กลางผลประโยชน์หลัก” (Center of main interests) มาจาก The Istanbul Convention, 1990 และได้เพิ่มแนวทางในการปรับใช้เกณฑ์ดังกล่าว ไว้ในมาตราเดียวกันว่า “...ในกรณีของบริษัทหรือนิติบุคคล หากไม่ปรากฏข้อพิสูจน์ได้แย้งเป็นประการอื่นให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าสำนักงานจดทะเบียนเป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้” (...In the case of a company or legal person, the place of the registered office shall be presumed to be the center of its main interests in the absence of proof to the contrary.) ซึ่งแทบจะเป็นถ้อยคำเดียวกับบทบัญญัติในมาตรา 4 วรรคท้าย แห่ง Draft Convention, 1980

ต่อมาในปี ค.ศ.1997 UNCITRAL จึงได้นำหลักเกณฑ์เดียวกันนี้มาบัญญัติไว้ในมาตรา 2(b) แห่ง Model law เพื่อกำหนดคุณสมบัติของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ประเทศผู้รับหลักการของ Model law สามารถพิจารณารับรองในสถานะของกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศได้ (Foreign main proceeding) โดยกำหนดแนวทางการปรับใช้เกณฑ์ COMI ไว้ในมาตรา 16(3) อย่างไรก็ตาม COMI ยังเป็นหลักเกณฑ์ใหม่ที่อยู่ระหว่างการพัฒนา จึงมีการใช้บังคับอยู่เฉพาะ

⁸² Miguel Virgós Soriano, Francisco Garcimartín and Francisco J. Garcimartín Alférez, *The European Insolvency Regulation: Law and practice* (The Netherlands: Kluwer Law International, 2004), p. 44.

ในบางภูมิภาคเท่านั้น เช่น ในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป และในประเทศผู้รับหลักการของ Model law เป็นต้น

3.2 ความหมายเบื้องต้นของ COMI

European Insolvency Regulation และ Model law ต่างมิได้กำหนดความหมายหรือคำนิยามที่ชัดเจนของ COMI ไว้ โดยในขณะที่มีการร่าง European Insolvency Regulation คณะกรรมการกฎหมายและตลาดภายใน (Committee on Law and Internal market) ได้เสนอให้มีการกำหนดคำนิยามหรือความหมายของ COMI ต่อรัฐสภายุโรป (the European Parliament) โดยเสนอให้ “ศูนย์กลางผลประโยชน์หลัก หมายถึงสถานที่ซึ่งลูกหนี้มีการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจเป็นแหล่งสำคัญยิ่งกว่าแหล่งอื่นๆ และเป็นสถานที่ซึ่งลูกหนี้มีความเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดด้วย”⁸³ แต่ข้อเสนอดังกล่าวกลับมิได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภายุโรป

ต่อมาในปี ค.ศ. 1999 สาธารณรัฐฟินแลนด์และสาธารณรัฐเยอรมนีได้จัดการประชุมอภิปรายเกี่ยวกับความล่าช้าของการพัฒนาอนุสัญญาล้มละลายระหว่างกัน โดยเสนอให้ “ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ หมายถึงสถานที่ซึ่งลูกหนี้มีการติดต่ออย่างใกล้ชิดเป็นปกติวิสัยเพื่อผลประโยชน์ทางการค้าของตนและเป็นที่ตั้งของทรัพย์สินโดยส่วนใหญ่ของลูกหนี้ ซึ่งเจ้าหนี้นี้มีความคุ้นเคยกับสถานที่ดังกล่าวเป็นอย่างดี”⁸⁴ อย่างไรก็ตาม ในท้ายที่สุดรัฐสภายุโรปก็ได้กำหนดความหมายหรือคำนิยามของ COMI สาเหตุประการหนึ่งอาจมาจากในขณะที่มีการร่างนั้น ผู้ร่างยังไม่สามารถหาข้อสรุปได้ว่าควรจะกำหนดคำนิยามหรือความหมายอย่างไรให้มีความชัดเจนและครอบคลุมมากที่สุด

⁸³ “The place, from which the debtor mainly entertains economic relations as well as exercises other economic activities and to which place he therefore maintains the closest relationships”.

⁸⁴ “The center of main interests is taken as meaning a place with which the debtor regularly has very close contact, in which his manifold commercial interests are concentrated and in which the bulk of his assets is for the most part situated. The creditor is also very familiar with the place.”

* ในขณะที่มีการร่างบทบัญญัติดังกล่าวนี้ The Committee on Citizen's Freedom and Right, Justice and home affairs ได้ให้ความเห็นว่าควรมีการกำหนดคำนิยามเพื่อก่อให้เกิดความชัดเจนทางกฎหมาย แต่ท้ายที่สุดก็มิได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภายุโรป คูใน

การพิจารณาความหมายของ COMI จึงต้องอาศัยการตีความจากแหล่งข้อมูลอื่นๆ และแหล่งข้อมูลสำคัญซึ่งศาลต่างประเทศมักใช้อ้างอิงประกอบการตีความเกณฑ์ COMI มากที่สุด ได้แก่ รายงานเกี่ยวกับอนุสัญญาว่าด้วยกระบวนการวิพิจารณาคดีล้มละลายของสหภาพยุโรป (Report on the Convention of Insolvency Proceedings: Explanatory report) หรือเรียกโดยย่อว่า Virgos-Schmit Report ได้อธิบายถึงความหมายและเจตนารมณ์เบื้องหลังของการปรับใช้เกณฑ์ COMI ไว้ดังนี้**

“เหตุผลของการนำหลักเกณฑ์นี้มาใช้บังคับมิใช่เรื่องยากที่จะอธิบาย การล้มละลายเป็นความเสี่ยงที่สามารถคาดการณ์ได้ จึงเป็นเรื่องสำคัญที่ต้องกำหนดให้ศาลผู้มีเขตอำนาจ (ซึ่งส่งผลให้ต้องนำกฎหมายของประเทศนั้นมาใช้บังคับแก่คดี) ต้องอยู่ในสถานที่อันเป็นที่รู้จักของเจ้าหนี้ผู้มีส่วนสำคัญในคดี

การเลือกใช้คำว่า “ผลประโยชน์” มีเจตนารมณ์ให้หมายรวมถึง กิจกรรมทางการค้า, การอุตสาหกรรม หรือกิจกรรมทางวิชาชีพของปัจเจกชน (เช่น ผู้บริโภค) ส่วนการใช้คำว่า “หลัก” ก็เพื่อสร้างบรรทัดฐานในคดีเมื่อปรากฏว่า ลูกหนี้มีกิจการอยู่หลายประเภทส่งผลให้ผลประโยชน์ของลูกหนี้มาจากหลายแหล่งแตกต่างกัน ซึ่งโดยหลักแล้ว ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของปัจเจกชนย่อมถือเอาภูมิลำเนาทางวิชาชีพ. หากเป็นบุคคลธรรมดาย่อมถือเอาถิ่นที่อยู่โดยปกติวิสัย ส่วนบริษัทหรือนิติบุคคล หากไม่มีกรณีได้แจ้งเป็นประการอื่นให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า ศูนย์กลางผลประโยชน์หลัก คือ สำนักงานจดทะเบียน ซึ่งโดยทั่วไปหมายถึงสำนักงานแห่งใหญ่ของลูกหนี้”

- Report of the Committee on Citizen's Freedom and Right, Justice and home affairs, opinion on 28 January 2000, document A5-0039/2000, p.14.
- Parliament's opinion on 2 March 2000, OJ 2000 C 346/80.
- Virgos-Schmit Report จัดทำโดยนาย Miguel Virgos และนาย Etienne Schmit ในปี ค.ศ.1996

โดยอธิบายถึงความเป็นมา แนวคิด และเจตนารมณ์เบื้องหลังของการจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยกระบวนการวิพิจารณาคดีล้มละลายของสหภาพยุโรป อย่างไรก็ตาม แม้รายงานฉบับดังกล่าวไม่ปรากฏสถานะทางกฎหมายที่ชัดเจนและไม่ได้รับการตีพิมพ์เผยแพร่อย่างเป็นทางการ แต่ในปัจจุบันกลับได้รับการยอมรับในระดับระหว่างประเทศให้เป็นแหล่งข้อมูลสำคัญซึ่งศาลยุติธรรมยุโรปและศาลในหลายๆ ประเทศได้ใช้เป็นแนวทางในการตีความและปรับใช้เกณฑ์ COMI และบทบัญญัติอื่นๆ ของอนุสัญญาฯ (ดูในคดี Eurofood IFSC Ltd. และคดี Stojevic v. Official Receiver)

** ดูใน Explanatory Report on the convention of insolvency proceedings (Paragraph 75)

จากบริบทดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นว่า เกณฑ์ COMI สามารถนำไปปรับใช้กับลูกหนี้ ทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล โดย Virgos-Schmit Report ได้พยายามอธิบายความหมาย ของคำว่า “ศูนย์กลางผลประโยชน์หลัก” (Center of main interests) ไว้อย่างสั้นๆ การใช้คำว่า “ศูนย์กลาง” (center) ก็เพื่อเปิดโอกาสให้สามารถเลือกเอาสถานที่ตั้งอันเป็นศูนย์กลางทางเศรษฐกิจ ของลูกหนี้มากที่สุดได้ เพราะลูกหนี้รายหนึ่งอาจมีการบริหารจัดการธุรกิจของตนอยู่ในหลายประเทศ แต่จะต้องมีเพียงประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้นเป็นศูนย์กลางการบริหารจัดการธุรกิจของลูกหนี้ ส่วนคำว่า “ผลประโยชน์” (interest) เป็นคำที่มีความหมายกว้างเพื่อให้ครอบคลุมถึงกิจกรรมทาง เศรษฐกิจทุกประเภทของลูกหนี้ อันได้แก่ กิจกรรมทางการค้า, การอุตสาหกรรม หรือกิจกรรมทาง วิชาชีพตลอดจนกิจกรรมทางเศรษฐกิจโดยทั่วไป และหมายรวมถึงกิจกรรมของบุคคลธรรมดา ที่มีได้ประกอบกิจกรรมทางการค้า เช่น ผู้บริโภค ด้วย สำหรับคำว่า “หลัก” (main) นั้น ถูกนำมาใช้ เพื่อเสริมความหมายของคำว่า “ผลประโยชน์” โดยมีเจตจำนงในการเจาะจงแหล่งที่มาของ ผลประโยชน์ที่สำคัญที่สุดของลูกหนี้ในกรณีที่ลูกหนี้มีการบริหารจัดการธุรกิจหรือผลประโยชน์ของตน มากกว่าหนึ่งแหล่งขึ้นไป

3.3 เกณฑ์ COMI ในสหภาพยุโรป

3.3.1 ลักษณะทั่วไปและวัตถุประสงค์ของเกณฑ์ COMI

เกณฑ์ COMI เป็นหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะเฉพาะตัว (Autonomous concept) และมีขอบเขตกว้างส่งผลให้ศาลสามารถนำไปปรับใช้กับลูกหนี้ได้ในทุกกลุ่มทุกประเภทไม่ว่าลูกหนี้ จะมีสถานะเป็นเอกชนหรือรัฐ, เป็นผู้ประกอบการค้าหรือไม่ประกอบการค้า, เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล นอกจากนี้ เกณฑ์ COMI ยังมีจุดกำเนิดในทางระหว่างประเทศ ศาลในแต่ละประเทศ จึงควรมีการตีความให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันโดยเป็นอิสระจากบทบัญญัติกฎหมายภายในของตน

* ศาลยุติธรรมยุโรปในคดี Eurofood IFSC. Ltd. ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการปรับใช้เกณฑ์ COMI ไว้ ตอนหนึ่งว่า “แนวคิดเรื่อง COMI เป็นหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะเฉพาะตัว จึงมีความหมายที่เป็นอิสระและต้องมีการตีความให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันโดยเป็นอิสระจากบทบัญญัติของกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ” (“The concept of center of main interests is peculiar to the Regulation. Therefore, it has an autonomous meaning and must therefore be interpreted in the uniform way, independently of national jurisdiction.”)

โดย European Insolvency Regulation ได้นำ COMI มาใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยวในเริ่มคดีล้มละลายภายในสหภาพยุโรปดังปรากฏอยู่ในมาตรา 3(1)⁸⁷ ดังนี้

“มาตรา 3(1) ศาลของประเทศสมาชิกอันเป็นสถานที่ตั้งศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้เป็นผู้มีเขตอำนาจในการเริ่มกระบวนการล้มละลาย ในกรณีของบริษัทหรือนิติบุคคล หากไม่ปรากฏข้อพิสูจน์โต้แย้งประการอื่น ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าสำนักงานจดทะเบียนเป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้”

การเริ่มกระบวนการล้มละลายโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยว COMI ภายใต้บังคับของ European Insolvency Regulation มีข้อแตกต่างจากการเริ่มกระบวนการล้มละลายตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในโดยปกติ เพราะทันทีที่ศาลในประเทศสมาชิกอันเป็นสถานที่ตั้งของ COMI มีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้เริ่มกระบวนการล้มละลายในสถานะของ “กระบวนการหลัก” (Main proceeding) ผลทางกฎหมายของการเริ่มกระบวนการพิจารณาดังกล่าวจะมีได้จำกัดอยู่เฉพาะภายในประเทศผู้เริ่มคดีเท่านั้น แต่ยังขยายขอบเขตไปถึงประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปทุกประเทศโดยอาศัยกลไกการรับรองโดยอัตโนมัติ (Automatic recognition) และกระบวนการหลักจะทำหน้าที่เป็นศูนย์กลางการบริหารจัดการคดีล้มละลายและทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ ส่งผลให้การเริ่มกระบวนการล้มละลายต่อลูกหนี้รายเดียวกันในประเทศสมาชิกอื่นๆ มีสถานะและความสำคัญในลำดับรองลงมา โดยต้องให้ความช่วยเหลือหรือความร่วมมือแก่กระบวนการหลักหากมีการร้องขอ

ทั้งนี้ European Insolvency Regulation ถูกสร้างขึ้นเพื่อเสริมความเข้มแข็งให้แก่ตลาดภายในของสหภาพยุโรปซึ่งจำเป็นต้องอาศัยความแน่นอนทางกฎหมายเพื่อให้บุคคลหรือนิติบุคคลต่างประเทศที่เข้ามาลงทุนในสหภาพยุโรปสามารถคาดการณ์ความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจาก

⁸⁷ Article 3(1) of European Insolvency Regulation: “The courts of the Member State within the territory of which the center of a debtor’s main interests is situated shall have jurisdiction to open insolvency proceedings. In the case of a company or legal person, the place of the registered office shall be presumed to be the center of its main interests in the absence of proof to the contrary.”

การล้มละลายข้ามชาติของลูกหนี้ภายในสหภาพยุโรปได้ โดยมีวัตถุประสงค์ในการนำเกณฑ์ COMI มาปรับใช้ดังนี้

ประการแรก เพื่อจำกัดการเลือกเขตอำนาจศาลของคู่กรณี (Forum shopping)

European Insolvency Regulation ถูกสร้างขึ้นโดยตั้งอยู่บนสมมติฐานที่ว่า การเลือกเขตอำนาจศาลของคู่กรณีเป็นอันตรายต่อตลาดภายในของสหภาพยุโรป สหภาพยุโรป จึงมีความจำเป็นต้องสร้างกลไกการป้องกันหรือจำกัดการเลือกเขตอำนาจศาล ทั้งนี้ “การเลือกเขตอำนาจศาล” (Forum shopping) หมายถึงการที่คู่กรณีทำการย้ายถ่ายโอนทรัพย์สินหรือกระบวนการยุติธรรมจากประเทศหนึ่งไปสู่อีกประเทศหนึ่งเพื่อให้ได้มาซึ่งสถานะทางกฎหมายที่ดีกว่าสำหรับตน⁸⁸ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การอาศัยความแตกต่างกันของกฎหมายในแต่ละพื้นที่หรือประเทศ โดยลูกหนี้หรือเจ้าหนี้จะทำการเลือกเขตอำนาจศาลของประเทศที่มีกฎหมายเอื้อประโยชน์แก่ฝ่ายตนมากที่สุดเป็นผู้ดำเนินกระบวนการพิจารณา

การเลือกเขตอำนาจศาลมิใช่เรื่องผิดกฎหมายและมีได้จำกัดอยู่เฉพาะในคดีล้มละลายเท่านั้น แต่สามารถเกิดขึ้นได้กับการดำเนินคดีประเภทอื่นด้วย เช่น คดีเกี่ยวกับกฎหมายหุ้นส่วนบริษัท กฎหมายสิทธิบัตร และกฎหมายครอบครัว เป็นต้น⁸⁹ โดยมีแรงจูงใจสำคัญคือ ผลประโยชน์ที่คู่กรณีจะได้รับจากการดำเนินคดีล้มละลายภายใต้กฎหมายของประเทศที่ตนเลือก อย่างไรก็ตาม การมีอิสระในการเลือกเขตอำนาจศาลมากเกินไปอาจไม่ส่งผลดีต่อคู่กรณีทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องและก่อให้เกิดความวุ่นวายจากการโต้แย้งเขตอำนาจศาลกันไม่มีที่สิ้นสุด เจ้าหนี้ออมไม่สามารถคาดการณ์ล่วงหน้าได้เลยว่า ศาลของประเทศใดจะเป็นผู้มีเขตอำนาจแท้จริงในการดำเนินคดีล้มละลายข้ามชาติเมื่อลูกหนี้ของตนต้องล้มละลาย โดยส่งผลกระทบต่อทั้งในระดับภายในประเทศและระดับระหว่างประเทศดังนี้

⁸⁸ Recital 4 of European Insolvency Regulation: “It is necessary for the proper functioning of the internal market to avoid incentives for the parties to transfer assets or judicial proceedings from one Member State to another, seeking to obtain a more favorable legal position (forum shopping).”

⁸⁹ Wolf-Georg Ringe, Forum shopping under the EU Insolvency Regulation [Online], 31 May 2009. Available from : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1209822, p. 3.

หากพิจารณาระดับภายในประเทศ การเลือกเขตอำนาจศาลภายในประเทศ (Domestic forum shopping) อาจทำให้คู่กรณีได้รับประโยชน์เพียงเล็กน้อยจากการตีความและการปรับใช้กฎหมายที่แตกต่างกันไปของศาลในแต่ละพื้นที่ เพราะอย่างไรเสียศาลภายในประเทศก็ต้องพิจารณาตัดสินภายใต้กรอบทางกฎหมายฉบับเดียวกัน เช่น แม้ศาลล้มละลายในสหรัฐอเมริกาจะประกอบด้วยศาลล้มละลายทั้งในระดับมลรัฐและสหรัฐ แต่หลักเกณฑ์การพิจารณาคดีล้มละลายล้วนอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายล้มละลายสหรัฐฯ (The US Bankruptcy Code) ฉบับเดียวกันเป็นต้น

อย่างไรก็ตาม **หากพิจารณาในระดับระหว่างประเทศ** การเลือกเขตอำนาจศาลระหว่างประเทศ (International forum shopping) อาจทำให้ผลของคดีหรือผลประโยชน์ที่คู่กรณีได้รับจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายในประเทศหนึ่งแตกต่างจากในอีกประเทศหนึ่งอย่างสิ้นเชิง เพราะเนื้อหาของกฎหมาย, กระบวนการวิธีพิจารณาความ, มาตรการทางกฎหมายที่นำมาใช้บังคับ ตลอดจนการจัดลำดับชั้นเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนหลังย่อมแตกต่างกัน เจ้าหนี้ผู้มีสิทธิได้รับชำระหนี้ในลำดับท้ายสุดในประเทศหนึ่งอาจเป็นผู้มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนในอีกประเทศหนึ่งหรือบางประเทศอาจมีบทกำหนดโทษทั้งในทางแพ่งและทางอาญาต่อกรรมการบริษัทที่ข้อโกงทรัพย์สินของบริษัทจนเป็นเหตุให้บริษัทล้มละลาย ในขณะที่บางประเทศไม่มี เป็นต้น

ยกตัวอย่างเช่น ประเทศฝรั่งเศสมีแนวโน้มโยบายให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองแรงงาน หรือชนชั้นลูกจ้างเป็นอย่างมาก ในขณะที่ประเทศอังกฤษให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองนักลงทุนและชนชั้นนายทุนมากกว่า ส่งผลให้การจัดลำดับชั้นเจ้าหนี้ผู้มีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อนหลังมีความแตกต่างกัน หากลูกหนี้เป็นบริษัทที่มีการดำเนินธุรกิจอยู่ในสองประเทศนี้ เจ้าหนี้ที่เป็นนักลงทุนหรือสถาบันการเงินย่อมประสงค์ให้มีการดำเนินกระบวนการล้มละลายต่อลูกหนี้ในประเทศอังกฤษ เพราะตนย่อมมีโอกาสได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้รายอื่น ในขณะที่เจ้าหนี้ซึ่งมีสถานะเป็นลูกจ้างหรือพนักงานบริษัทของลูกหนี้ อาจต้องการให้ดำเนินกระบวนการล้มละลายในประเทศฝรั่งเศส เพื่อให้ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายฝรั่งเศส เป็นต้น

ดังนั้น สหภาพยุโรปจึงนำจุดเกาะเกี่ยว COMI มาใช้กำหนดคุณสมบัติของศาลในประเทศสมาชิกผู้มีเขตอำนาจในการดำเนินกระบวนการหลักเพื่อลดปัญหาการเลือกเขตอำนาจศาลของคู่กรณี เพราะการปล่อยให้คู่กรณีสามารถเลือกเขตอำนาจศาลที่ตนประสงค์จะเข้าผูกพันได้ตามใจชอบย่อมก่อให้เกิดความสับสนและความไม่โปร่งใสต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี

ล้มละลาย โดยคู่กรณีอาจใช้เป็นเหตุในการโต้แย้งเขตอำนาจศาลไปเรื่อยๆ เพื่อประวิงเวลามีให้มีการริเริ่มกระบวนการล้มละลายในประเทศใดประเทศหนึ่ง ทำให้ลูกหนี้ถือโอกาสย้ายถ่ายโอนทรัพย์สินของตนออกไปให้พ้นเขตอำนาจศาลก่อนที่กระบวนการล้มละลายจะเริ่มต้น หรือเจ้าหนี้อาจเลือกเขตอำนาจศาลโดยคำนึงถึงโอกาสการได้รับชำระหนี้เฉพาะส่วนของตน แต่ไม่คำนึงถึงความสะดวกและโอกาสการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้รายอื่นๆ เลย เป็นต้น

ประการที่สอง เพื่อกำหนดขอบเขตการใช้บังคับ European Insolvency Regulation

COMI ยังมีความสำคัญในแง่ของการกำหนดขอบเขตการใช้บังคับ European Insolvency Regulation เพราะกระบวนการล้มละลายที่เริ่มขึ้นในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปจะตกอยู่ภายใต้บังคับของ European Insolvency Regulation ได้ก็ต่อเมื่อปรากฏสถานที่ตั้งของ COMI อยู่ในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปเท่านั้น⁹⁰ (ยกเว้นประเทศเดนมาร์ก) ดังนั้น หากปรากฏว่า COMI ตั้งอยู่ในประเทศเดนมาร์กหรือประเทศอื่นนอกสหภาพยุโรป แม้ลูกหนี้จะมีทรัพย์สินหรือสถานประกอบการตั้งอยู่ในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปมากน้อยเพียงใดก็ตาม กระบวนการล้มละลายที่เกิดขึ้นย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของ European Insolvency Regulation แต่ตกอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกที่ริเริ่มกระบวนการล้มละลายนั่นเอง โดยหมายรวมถึงหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่บุคคลซึ่งอยู่ในสถานะกฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ ด้วย

3.3.2 ข้อสันนิษฐานเบื้องต้น

3.3.2.1 ลักษณะและความสำคัญของข้อสันนิษฐานเบื้องต้น

COMI เป็นหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะเปิดกว้าง (Open character) และยืดหยุ่น ส่งผลให้ศาลในแต่ละประเทศสามารถใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาตัดสินสถานที่ตั้งของ COMI แตกต่างกันได้ อย่างไรก็ตาม การมีลักษณะเปิดกว้างและยืดหยุ่นจนเกินไปอาจก่อให้เกิดความ

⁹⁰ Recital 14 of European Insolvency Regulation: "This Regulation applies only to proceedings where the center of the debtor's main interests is located in the Community."

ไม่แน่นอนทางกฎหมายในการพิจารณาเขตอำนาจระหว่างประเทศของศาล เพราะ European Insolvency Regulation ได้นำ COMI มาใช้เป็นเกณฑ์ในการริเริ่มกระบวนการล้มละลายในสหภาพยุโรป โดยกำหนดให้ศาลของประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของ COMI เป็นผู้มีอำนาจสิทธิขาด แต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นในการริเริ่มกระบวนการหลักและผลทางกฎหมายของการริเริ่มกระบวนการหลัก จะมีผลผูกพันทั่วสหภาพยุโรป สหภาพยุโรปจึงค่อนข้างให้ความสำคัญกับความแน่นอนทางกฎหมายในการริเริ่มกระบวนการล้มละลายมาก เพราะโดยทั่วไปศาลในแต่ละประเทศมักมีแนวโน้มที่ความเข้าข้างตนเองให้ COMI ตั้งอยู่ภายในประเทศเพื่อให้เป็นผู้มีเขตอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการดำเนินกระบวนการหลัก ทั้งที่ในความเป็นจริงลูกหนี้อาจมี COMI ตั้งอยู่ภายในประเทศนั้นเลย เป็นต้น

ดังนั้น เพื่อลดความแตกต่างและจำกัดขอบเขตการตีความและปรับใช้เกณฑ์ COMI ของศาลในแต่ละประเทศให้แคบลง European Insolvency Regulation จึงกำหนดข้อสันนิษฐานเบื้องต้นโดยให้ถือเอาสำนักงานจดทะเบียน (Registered office) ของลูกหนี้ที่เป็นบริษัทหรือนิติบุคคลเป็นสถานที่ตั้งของ COMI ในกรณีที่ไม่มีปรากฏข้อพิสูจน์ได้แย้งเป็นประการอื่น ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นจึงมีลักษณะไม่เด็ดขาด เพราะสามารถพิสูจน์หักล้างได้หากปรากฏข้อพิสูจน์ได้แย้งประการอื่นที่มีน้ำหนักเพียงพอ (Presumption juris tantum) โดยข้อสันนิษฐานเบื้องต้นมีบทบาทสำคัญอยู่ 2 ประการ คือ⁹¹

(1) เป็นหลักเกณฑ์เพื่อกำหนดภาระในการพิสูจน์ (As a rule on the burden of proof) การพิจารณาเขตอำนาจระหว่างประเทศของศาลในคดีล้มละลายข้ามชาติ หากไม่ปรากฏหลักฐานได้แย้งประการอื่นโดยชัดแจ้ง ศาลควรถือเอาสำนักงานจดทะเบียนตามข้อสันนิษฐานเบื้องต้นเป็นสถานที่ตั้งของ COMI เป็นอันดับแรก และภาระในการพิสูจน์ย่อมตกอยู่กับคู่กรณีฝ่ายที่ได้แย้งข้อสันนิษฐานเบื้องต้นนั้น โดยคู่กรณีจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าสำนักงานจดทะเบียนมิใช่สถานที่ซึ่งโดยปกติลูกหนี้ใช้ในการบริหารจัดการผลประโยชน์ของตน แต่มีสถานที่แห่งอื่นซึ่งโดยปกติลูกหนี้ได้ใช้บริหารจัดการผลประโยชน์ของตนตามความเป็นจริง⁹²

⁹¹ Miguel Virgós Soriano and others, *The European Insolvency Regulation: Law and practice*, p. 44.

⁹² Paul J. Omar, *International insolvency law: themes and perspectives* (England: Ashgate Publishing Ltd., 2008), p. 175.

(2) เป็นหลักเกณฑ์เพื่อช่วยในการขจัดข้อสงสัย (As a rule for resolving doubts) หากปรากฏว่าลูกหนี้มีจุดเกาะเกี่ยวกับเขตอำนาจรัฐหลายรัฐ แต่ไม่ปรากฏโดยชัดแจ้งว่าลูกหนี้มีศูนย์กลางการบริหารจัดการธุรกิจของตนตั้งอยู่ในประเทศใด ศาลจะต้องถือเอาสำนักงานจดทะเบียนของลูกหนี้เป็นสถานที่ตั้งของ COMI เช่น ในกรณีที่ลูกหนี้มีสถานที่ตั้งทรัพย์สินอยู่ในประเทศ A และมีสำนักงานจดทะเบียนอยู่ในประเทศ B ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า COMI ตั้งอยู่ในประเทศ B อย่างไรก็ตาม การปรับใช้ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นย่อมมีข้อจำกัด เพราะไม่สามารถนำมาปรับใช้แก่กรณีที่เกิดการเปรียบเทียบสถานที่ตั้งของ COMI ระหว่างสองประเทศซึ่งมิได้มีสำนักงานจดทะเบียนของลูกหนี้ตั้งอยู่เลย ย่อมเป็นการไม่สมเหตุสมผลที่จะนำข้อสันนิษฐานเบื้องต้นมาปรับใช้ว่า COMI ของลูกหนี้ตั้งอยู่ ณ สำนักงานจดทะเบียน เป็นต้น

3.3.2.2 การปรับใช้ข้อสันนิษฐานเบื้องต้น

การปรับใช้ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นสามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี ได้แก่ กรณีที่ลูกหนี้เป็นบริษัทหรือนิติบุคคล (Company of legal person) และกรณีที่ลูกหนี้เป็นบุคคลธรรมดา (Natural person)

(1) กรณีที่ลูกหนี้เป็นบริษัทหรือนิติบุคคล (Company or legal person)

สำหรับลูกหนี้ที่เป็นบริษัทหรือนิติบุคคล บทบัญญัติในมาตรา 3(1) แห่ง European Insolvency Regulation และมาตรา 16(3) แห่ง Model law ได้กำหนดให้ถือเอาสำนักงานจดทะเบียน (Registered office) เป็นสถานที่ตั้งของ COMI ในกรณีที่ปรากฏข้อพิสูจน์ได้แย้งเป็นประการอื่น ซึ่งโดยทั่วไปสำนักงานจดทะเบียนหมายถึงสำนักงานแห่งใหญ่ของลูกหนี้ (The debtor's head office) ทั้งนี้ คำว่า “บริษัทหรือนิติบุคคล” (Company or legal person) ต้องพิจารณาในความหมายอย่างกว้าง โดยหมายรวมถึงนิติบุคคลประเภทจดทะเบียน เช่น บริษัทจำกัด, สมาคม, มูลนิธิ และห้างหุ้นส่วน หรือสมาคมบางประเภทที่ไม่ต้องจดทะเบียนด้วย

คำว่า “สำนักงานจดทะเบียน” (Registered office) เป็นคำที่ปรากฏอยู่ใน European Insolvency Regulation ฉบับภาษาอังกฤษ (ภายหลัง UNCITRAL ได้นำถ้อยคำ

ดังกล่าวมาบัญญัติไว้ใน Model law เช่นกัน) ส่วนในฉบับภาษาต่างประเทศอื่นๆ โดยเฉพาะประเทศในกลุ่ม Civil law ได้เลือกใช้คำว่า “สถานที่ตั้งทางกฎหมาย” (Statutory seat) อันได้แก่สถานที่ซึ่งผู้ก่อตั้งบริษัทหรือสมาชิกของบริษัทหรือนิติบุคคลได้กำหนดให้เป็นสถานที่ตั้งอย่างเป็นทางการขององค์กรภายใต้กฎหมายของประเทศที่บริษัทหรือนิติบุคคลเช่นว่านั้นจัดตั้งขึ้น

แนวคิดเรื่อง “สถานที่ตั้งทางกฎหมาย” (Statutory seat) เป็นแนวคิดที่แพร่หลายอย่างมากในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่ยึดถือแนวทางการรับรองสถานะทางกฎหมายของนิติบุคคลต่างประเทศตามทฤษฎีสถานที่ตั้งที่แท้จริง (Real seat theory) จึงไม่ปรากฏถ้อยคำดังกล่าวอยู่ในระบบกฎหมายภายในของประเทศประเทศอังกฤษและไอร์แลนด์ที่ยึดถือแนวทางในการรับรองสถานะทางกฎหมายของนิติบุคคลต่างประเทศตามทฤษฎีรัฐผู้จัดตั้งนิติบุคคล (State of incorporation theory) แต่อย่างไรก็ตาม (ในฉบับภาษาอังกฤษได้เลือกใช้คำว่า “สำนักงานจดทะเบียน” (Registered office) แทน) อย่างไรก็ตาม ภายใต้ European Insolvency Regulation ถ้อยคำทั้งสองสามารถนำมาใช้ทดแทนกันได้เพื่อก่อให้เกิดความเท่าเทียมกันในด้านสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีในคดีล้มละลายซึ่งควรได้รับจากการปรับใช้บทบัญญัติในมาตรา 3 แห่ง European Insolvency Regulation ดังปรากฏแนวทางการปรับใช้ถ้อยคำดังกล่าวอยู่ในมาตรา 60.2 แห่งข้อกำหนดเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลและการบังคับคดีในทางแพ่ง (Regulation No.44/2 on civil jurisdiction and enforcement)⁹⁴ ความว่า

“สำหรับประเทศอังกฤษและไอร์แลนด์, คำว่า “สถานที่ตั้งทางกฎหมาย” ให้นำมาหมายถึงสำนักงานจดทะเบียน ในกรณีที่ไม่มีปรากฏสำนักงานจดทะเบียนให้นำมาหมายถึงสถานที่ซึ่งมีการจัดตั้งบริษัทหรือนิติบุคคล หากไม่ปรากฏสถานที่ซึ่งมีการจัดตั้งบริษัทหรือนิติบุคคลให้นำมาหมายถึง สถานที่ซึ่งมีการจัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของประเทศนั้นๆ”

* ในฉบับภาษาต่างประเทศอื่นๆ ใช้คำว่า “Siege statutaire”, “Satzung smubiger”, “Sede statutaria”, “Sede statutaria”, “Domicilio social” เป็นต้น

⁹⁴ Article of 60.2 of Regulation No.44/2 on civil jurisdiction and enforcement: “For the purpose of United Kingdom and Ireland “Statutory seat” means the registered office, where there is no such office anywhere, the place of incorporation or, where there is no such place anywhere, the place under the law of which the formation took place”

หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้สามารถนำไปปรับใช้ได้ทั้งในกรณีที่ไม่ปรากฏแนวคิดเรื่องสถานที่ตั้งทางกฎหมายอยู่ในระบบกฎหมายภายใน เช่น ในประเทศอังกฤษและไอร์แลนด์ และในกรณีบริษัทหรือนิติบุคคลไม่ปรากฏสถานที่ตั้งทางกฎหมายของตนโดยชัดเจนซึ่งอาจเกิดขึ้นได้กับบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนบางประเภทด้วย

ทั้งนี้ การนำสำนักงานจดทะเบียนหรือสถานที่ตั้งทางกฎหมายมา กำหนดเป็นข้อสันนิษฐานเบื้องต้นมีเหตุผลอยู่ 2 ประการ **ประการแรก** เป็นเรื่องของความน่าจะเป็น เพราะโดยทั่วไปศูนย์กลางการบริหารจัดการธุรกิจและสถานที่ตั้งทรัพย์สินโดยส่วนใหญ่ของลูกหนี้มักตั้งอยู่ ณ สำนักงานจดทะเบียนหรือสถานที่ตั้งทางกฎหมายของลูกหนี้ **ประการที่สอง** การนำสถานที่ตั้งในทางทะเบียนของบริษัทหรือนิติบุคคลมา กำหนดเป็นข้อสันนิษฐานย่อมได้รับการยอมรับจากศาลและคู่กรณีในคดีล้มละลายมากกว่าการอ้างอิงจากพื้นฐานทางข้อเท็จจริงอื่นๆ ซึ่งมีความแตกต่างกันไปในแต่ละคดี

การพิจารณาหาสถานที่ตั้งของ COMI ของลูกหนี้ที่เป็นบริษัทหรือนิติบุคคลจะต้องพิจารณาจากสถานที่อันเป็นศูนย์กลางการบริหารจัดการทางธุรกิจของลูกหนี้ (Center administration) เช่น เป็นสถานที่ควบคุมกิจกรรมหลักของบริษัท หรือเป็นสถานที่ซึ่งมีการตัดสินใจในระดับสูงสุดเกี่ยวกับการบริหารจัดการธุรกิจเกิดขึ้นอยู่เป็นประจำ และในกรณีที่ปรากฏว่าลูกหนี้มีศูนย์กลางการบริหารจัดการทางธุรกิจของตนมากกว่าหนึ่งแห่งขึ้นไปก็ต้องนำมาพิจารณาเปรียบเทียบกันว่าแห่งใดมีลักษณะเป็นศูนย์กลางการบริหารจัดการโดยตรง (Directing center) ของบริษัทหรือนิติบุคคลนั้นมากกว่ากัน ตัวอย่างของปัจจัยที่นำมาพิจารณาเปรียบเทียบกันได้แก่⁹⁵

(ก) ความสัมพันธ์ของลูกหนี้กับผู้จัดหาเงินทุน (อาจเป็นผู้ถือหุ้นหรือแหล่งเงินทุนภายนอกบริษัท) ซึ่งหมายรวมถึงการเพิ่มทุนและการเปิดเผยบัญชีของลูกหนี้ด้วย

(ข) อำนาจการตัดสินใจเกี่ยวกับการสร้างแผนกลยุทธ์ แนวนโยบาย และวัตถุประสงค์ของบริษัท

(ค) การควบคุมดูแลธุรกิจโดยทั่วไป และการตัดสินใจในทางธุรกิจในส่วนที่มีความสำคัญ

⁹⁵ Miguel Virgós Soriano and others, *The European Insolvency Regulation: Law and practice*, p. 42.

- (ง) ศูนย์กลางการบริหารจัดการทรัพย์สินของบริษัท
- (จ) การจัดหาบริการซึ่งมีผลต่อการขยายตัวทางเศรษฐกิจหรือ

ขอบเขตทางธุรกิจของลูกหนี้ เป็นต้น

ทั้งนี้ หากวิเคราะห์บทบัญญัติในมาตรา 3(1) แห่ง European Insolvency Regulation จะพบว่าบทบัญญัติในมาตราดังกล่าวเกิดจากการผสมผสานระหว่างแนวคิดในทฤษฎีสถานที่ตั้งที่แท้จริงและทฤษฎีรัฐผู้จัดตั้งนิติบุคคลเข้าด้วยกัน เพราะการกำหนดข้อสันนิษฐานเบื้องต้นให้ถือเอาสำนักจดทะเบียน (Registered office) ของลูกหนี้เป็นสถานที่ตั้งของ COMI สะท้อนให้เห็นแนวคิดในทฤษฎีรัฐผู้จัดตั้งนิติบุคคลซึ่งมุ่งเน้นพิจารณาประเทศอันเป็นสถานที่จัดตั้งบริษัทหรือนิติบุคคลนั้น และการเปิดโอกาสให้คู่กรณีในคดีล้มละลายสามารถนำสืบพิสูจน์หลักฐานเพื่อหักล้างข้อสันนิษฐานเบื้องต้นได้สะท้อนให้เห็นแนวคิดในทฤษฎีสถานที่ตั้งที่แท้จริงซึ่งมุ่งพิจารณาสถานที่ตั้งศูนย์กลางการบริหารจัดการทางธุรกิจของลูกหนี้ตามความเป็นจริงมากกว่าสถานที่ตั้งในทางทะเบียน

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI เป็นปัญหาในเชิงข้อเท็จจริง ศาลจึงต้องพิจารณาปัจจัยประการอื่นๆ ประกอบด้วย ยกตัวอย่างเช่น สถานที่ที่กรรมการบริษัทของลูกหนี้อาศัยอยู่หรือมีภูมิลำเนา, สถานที่จัดประชุมกรรมการบริษัท, สถานที่ดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจขั้นต้นของลูกหนี้ (เช่น สถานที่ที่มีการเจรจาธุรกิจ, กฎหมายที่นำมาใช้บังคับแก่สัญญา, การจัดหาสินค้าและบริการ), สถานที่ทำงานของลูกจ้าง, สถานที่ตั้งของบริษัทแม่ (หากลูกหนี้ต้องอาศัยการพิจารณาอนุมัติจากบริษัทแม่ก่อนเข้าทำธุรกรรม หรือต้องดำเนินการภายใต้แผนบริหารจัดการซึ่งได้รับการผลักดันจากบริษัทแม่), การเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลของลูกหนี้, สถานที่ปฏิบัติการเกี่ยวกับข้อมูลทางเทคโนโลยีสารสนเทศและการส่งเสริมบริการ, สถานที่ที่ลูกหนี้มีการจัดทำและตรวจสอบบัญชีของบริษัท เป็นต้น⁹⁶

(2) กรณีที่ลูกหนี้เป็นบุคคลธรรมดา (Natural person)

บทบัญญัติในมาตรา 3(1) แห่ง European Insolvency Regulation มิได้กำหนดข้อสันนิษฐานเบื้องต้นเกี่ยวกับสถานที่ตั้งของ COMI สำหรับลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดาไว้ แต่เมื่อพิจารณาบริบทใน Virgos-Schmit Report ได้วางแนวทางการตีความเกณฑ์ COMI ของ

⁹⁶ Phillip R. Wood, *Conflict of law and International finance*, p. 487.

บุคคลธรรมดาไว้ตอนหนึ่งว่า คำว่า “ผลประโยชน์” (Interest) หมายถึงถึงผลประโยชน์ทางการค้าของปัจเจกชนด้วย และโดยหลักศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของผู้ประกอบวิชาชีพย่อมถือเอาภูมิลำเนาที่ประกอบวิชาชีพ (Professional domicile) หากเป็นบุคคลธรรมดา (Natural person) ย่อมถือเอาถิ่นที่อยู่โดยปกติวิสัย (Habitual residence) สอดคล้องกับบทบัญญัติในมาตรา 16(3) แห่ง Model law ซึ่งได้นำเกณฑ์ถิ่นที่อยู่โดยปกติวิสัยมากำหนดเป็นข้อสันนิษฐานเบื้องต้นสำหรับลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดาเช่นเดียวกัน

ดังนั้น หากลูกหนี้เป็นบุคคลธรรมดาในกรณีทั่วไปสถานที่ตั้งของ COMI ย่อมพิจารณาจาก “ถิ่นที่อยู่โดยปกติวิสัย” (Habitual residence) ซึ่งโดยทั่วไปหมายถึงสถานที่ซึ่งลูกหนี้ใช้อาศัยเป็นปกติ โดยมีเจตนาจะอยู่เป็นระยะเวลานาน แต่มิได้ตั้งใจจะอยู่ตลอดไปโดยไม่คิดเปลี่ยนแปลงสถานที่อยู่ใหม่เหมือนในกรณีของ “ภูมิลำเนา” (Domicile) และบุคคลคนหนึ่งย่อมมีถิ่นที่อยู่อันเป็นปกติวิสัยได้เพียงแห่งเดียวเท่านั้น

สำหรับลูกหนี้ที่เป็นบุคคลผู้ประกอบธุรกิจอิสระหรือเป็นผู้ประกอบกิจกรรมทางวิชาชีพ COMI ย่อมพิจารณาจากภูมิลำเนาทางวิชาชีพ (Professional domicile) ซึ่งโดยทั่วไปหมายถึงสถานที่อันเป็นศูนย์กลางทางธุรกิจหรือศูนย์กลางทางวิชาชีพของบุคคลนั่นเอง อย่างไรก็ตาม หากบุคคลธรรมดามีทั้งถิ่นที่อยู่โดยปกติวิสัยในประเทศหนึ่งและประกอบธุรกิจอิสระอยู่ในอีกประเทศหนึ่งด้วย ต้องพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI จากถิ่นที่อยู่โดยปกติวิสัยของลูกหนี้เป็นหลัก⁹⁷

ในคดี Geveran Trading Co. Ltd. v. Kjell Tore Skjevesland
 ลูกหนี้มีสัญชาตินอร์เวย์ ประกอบอาชีพเป็นนายธนาคารสวีต โดยมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศอังกฤษ เป็นระยะเวลาสามปี นอกจากนั้นยังมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศสเปนและสวีตเซอร์แลนด์ด้วย ในคดีนี้

⁹⁷ ดูใน Explanatory Report on the convention of insolvency proceedings (Virgos-Schmit Report) (หน้า 51)

⁹⁷ Miguel Virgós Soriano and others, The European Insolvency Regulation: Law and practice, p. 43.

* ดูในคดี Geveran Trading Co. Ltd. v. Kjell Tore Skjevesland [2003] BCC 391, Schuldsanering, 2002/6 nr 164.

เจ้าหนี้ได้ยื่นคำร้องขอให้ริเริ่มกระบวนการล้มละลายในประเทศอังกฤษ ลูกหนี้ทำการต่อสู้ว่า ตนมีจุดเกาะเกี่ยวอยู่กับประเทศสเปนหรือสวิสเซอร์แลนด์มิใช่ประเทศอังกฤษ ศาลได้พิจารณาว่า COMI ของบุคคลที่มีได้ประกอบวิชาชีพโดยปกติจะตั้งอยู่ ณ “ถิ่นที่อยู่โดยปกติวิสัย” ส่วน COMI ของบุคคลผู้ประกอบวิชาชีพนั้นต้องพิจารณาจาก “ภูมิลำเนาทางวิชาชีพ” โดยจะต้องเป็นสถานที่ซึ่งลูกหนี้ ให้อยู่อาศัยและสามารถรับรู้ได้โดยบุคคลที่สาม และลูกหนี้รายหนึ่งสามารถมี COMI ได้เพียงแห่งเดียวเท่านั้น เมื่อพิจารณาร่วมกับข้อเท็จจริงอื่นๆ ในคดี ศาลจึงตัดสินว่า COMI ของลูกหนี้ตั้งอยู่ใน ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ (สวิสเซอร์แลนด์มิใช่ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป) คดีล้มละลายจึงไม่ตก อยู่ภายใต้บังคับของ European Insolvency Regulation ศาลอังกฤษย่อมสามารถนำหลักเกณฑ์ การพิจารณาเขตอำนาจศาลตามกฎหมายภายในของตนมาปรับใช้กับคดีล้มละลายดังกล่าวได้ (ตามมาตรา 265 ของ Insolvency Act, 1986 ศาลอังกฤษพิจารณาเขตอำนาจศาลจาก “ถิ่นที่อยู่” (Residence) ของลูกหนี้ เนื่องจากลูกหนี้ได้เข้ามาอาศัยอยู่ในประเทศอังกฤษก่อนถูกยื่นคำร้องขอให้ ล้มละลายเป็นระยะเวลาสามปี)

อย่างไรก็ตาม แม้โดยหลักการควรพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI จากถิ่นที่อยู่โดยปกติวิสัย (Habitual residence) แต่นักนิติศาสตร์ในปัจจุบันยังคงมีความเห็น ที่แตกต่างกัน เช่น บางส่วนเห็นว่าควรพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI จากภูมิลำเนา (Domicile) ของลูกหนี้ เพราะสถานที่ตั้งของ COMI ควรเป็นสถานที่ซึ่งโดยปกติลูกหนี้ใช้ในการบริหารจัดการ ผลประโยชน์ของตนและสามารถรับรู้ได้โดยบุคคลที่สาม “ภูมิลำเนา” ของลูกหนี้จึงน่าจะมีความ ใกล้เคียงความเป็น COMI มากกว่าถิ่นที่อยู่โดยปกติวิสัย เป็นต้น⁹⁸

3.3.2.3 การให้น้ำหนักแก่ข้อสันนิษฐานเบื้องต้น

การนำข้อสันนิษฐานเบื้องต้นมาปรับใช้ในการพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI ยังเป็นปัญหาในเชิงปฏิบัติอยู่ว่า ศาลควรจะให้น้ำหนักหรือความสำคัญแก่ข้อสันนิษฐานดังกล่าว มากน้อยเพียงใด ศาลจำเป็นต้องสรุปว่า COMI ตั้งอยู่ ณ สำนักงานจดทะเบียนเสมอไปหรือไม่ เพราะคู่กรณีในคดีล้มละลายอาจใช้ประโยชน์จากข้อสันนิษฐานเพื่อคาดการณ์ศาลผู้มีเขตอำนาจ

⁹⁸ Bob Wessels, *International insolvency law*, p. 307.

ในการริเริ่มกระบวนการล้มละลายได้ในเบื้องต้น แต่ในท้ายที่สุดอาจมีการพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานดังกล่าวได้ หากไม่ตรงกับสถานที่ตั้งของ COMI ตามความเป็นจริง

นอกจากนั้น เมื่อพิจารณาจากสภาพการดำเนินธุรกิจของลูกหนี้ในปัจจุบัน มักปรากฏอยู่เสมอว่า ลูกหนี้ที่เป็นบริษัทหรือนิติบุคคลมีการขยายการประกอบธุรกิจหรือมีการดำเนินธุรกิจในประเทศอื่น นอกเหนือจากประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของสำนักงานจดทะเบียน COMI จึงไม่จำเป็นต้องตั้งอยู่ ณ สำนักงานจดทะเบียนของลูกหนี้เสมอไป โดยในปัจจุบันปรากฏแนวคำพิพากษาของศาลในสหภาพยุโรปเกี่ยวกับการให้น้ำหนักหรือความสำคัญแก่ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นเป็น 2 แนวทาง ดังนี้

แนวทางแรก เห็นว่าข้อสันนิษฐานเบื้องต้นมีน้ำหนักมาก การเบี่ยงเบนจากข้อสันนิษฐานจะเกิดขึ้นได้ภายใต้สถานการณ์เฉพาะเท่านั้น เช่น ในกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงโดยชัดแจ้งว่าลูกหนี้มิได้มีการดำเนินธุรกิจใดๆ ในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของสำนักงานจดทะเบียน

ภายใต้แนวทางแรกนี้ศาลค่อนข้างให้น้ำหนักหรือความสำคัญแก่ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นมากกว่า COMI ควรตั้งอยู่ ณ สำนักงานจดทะเบียนของลูกหนี้ ยกเว้นแต่จะมีข้อพิสูจน์โต้แย้งประการอื่นที่มีน้ำหนักมากกว่าซึ่งสามารถแสดงให้เห็นได้โดยชัดแจ้งว่า COMI ตั้งอยู่ในประเทศสมาชิกอื่น มิได้ตั้งอยู่ในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของสำนักงานจดทะเบียน เช่น ลูกหนี้เป็นบริษัทปลอม (Sham company) ที่จัดตั้งขึ้นเพื่อผลประโยชน์ในทางภาษีหรือการฟอกเงิน โดยมีได้มีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจเพื่อแสวงหากำไร เป็นต้น

ในคดี Eurofood IFSC Ltd. บริษัท Eurofood IFSC Ltd. (“Eurofood”) เป็นบริษัทลูกของกลุ่มบริษัท Parmalat จดทะเบียนจัดตั้งเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัดและมีสำนักงานจดทะเบียนตั้งอยู่ที่ศูนย์ให้บริการทางการเงินระหว่างประเทศ (International Financial Services Center: IFSC) ในเมือง Dublin ประเทศไอร์แลนด์ ทำหน้าที่จัดหาเงินทุนสนับสนุนให้แก่กลุ่มบริษัท Parmalat ต่อมากลุ่มบริษัท Parmalat ประสบปัญหาทางการเงินถึงขั้นล้มละลาย จึงมีการยื่นคำร้องขอต่อศาลทั้งในประเทศไอร์แลนด์และอิตาลีให้ริเริ่มกระบวนการล้มละลายในสถานะกระบวนการหลักก่อให้เกิดปัญหาโต้แย้งกันว่า ศาลของประเทศใดเป็นผู้มีเขตอำนาจแท้จริงในการริเริ่มกระบวนการหลักต่อ Eurofood เพราะต่างเห็นว่า COMI ของ Eurofood ตั้งอยู่ภายในประเทศตน

ศาลไอร์แลนด์ให้เหตุผลว่า กระบวนการล้มละลายได้เริ่มขึ้นเป็นแห่งแรกในไอร์แลนด์, สำนักงานจดทะเบียนของลูกหนี้ตั้งอยู่ในไอร์แลนด์ และเจ้าหน้าที่โดยส่วนใหญ่ต่างรับรู้ว่าคุณได้เข้าทำธุรกรรมกับลูกหนี้ในฐานะที่เป็นบริษัทจดทะเบียนในไอร์แลนด์ ดังนั้น COMI จึงควรตั้งอยู่ในไอร์แลนด์ ในขณะที่ศาลอิตาลีได้มุ่งเน้นว่าสำนักงานจดทะเบียนของลูกหนี้ตั้งอยู่ที่ใด แต่พิจารณาจากอำนาจในการควบคุมแท้จริงเหนือบริษัทลูกหนี้ (Real control) โดยให้เหตุผลว่า การกำหนดนโยบายและการควบคุมทิศทางในการประกอบธุรกิจของลูกหนี้ล้วนมาจากบริษัทแม่ในประเทศอิตาลี COMI ของบริษัทลูกจึงควรตั้งอยู่ในประเทศอิตาลี

คดีนี้ได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมยุโรป (European Court of justice) โดยศาลสูงแห่งไอร์แลนด์ได้นำเสนอประเด็นปัญหาดังกล่าวให้ศาลยุติธรรมยุโรปเป็นผู้วินิจฉัย ศาลยุติธรรมยุโรปมีความเห็นว่า ในกรณีที่ลูกหนี้เป็นบริษัทลูกและมีสำนักงานจดทะเบียนตั้งอยู่คนละประเทศสมาชิก กับบริษัทแม่ ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นให้ถือเอาสำนักงานจดทะเบียนของลูกหนี้เป็นสถานที่ตั้งของ COMI จะถูกหักล้างได้ก็ต่อเมื่อปัจจัยหรือข้อเท็จจริงที่นำมาพิสูจน์หักล้างนั้นสามารถแสดงให้เห็นว่า COMI ของบริษัทลูกตั้งอยู่ในแหล่งอื่นที่มีใช้สำนักงานจดทะเบียน โดยปัจจัยหรือข้อเท็จจริงดังกล่าวต้องมีตัวตนอยู่จริงและสามารถรับรู้ได้โดยบุคคลที่สาม (“...both objective and ascertainable by third parties”) แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่าการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจของบริษัทลูกถูกชี้นำหรือควบคุมโดยบริษัทแม่ก็ไม่เพียงพอต่อการหักล้างข้อสันนิษฐานเบื้องต้นได้อย่างไรก็ตาม หากข้อเท็จจริงปรากฏโดยชัดแจ้งว่า ลูกหนี้มิได้มีการดำเนินธุรกิจใดๆ อยู่ในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของสำนักงานจดทะเบียน (ศาลยุติธรรมยุโรปเรียกว่าเป็น “Letterbox company”) ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นดังกล่าวย่อมถูกหักล้างได้โดยง่าย

แนวทางที่สอง เห็นว่าข้อสันนิษฐานเบื้องต้นมิได้มีน้ำหนักเป็นพิเศษ แต่เป็นเพียงปัจจัยประการหนึ่งซึ่งศาลจะนำมาพิจารณาร่วมกับข้อเท็จจริงหรือหลักฐานอื่นๆ ที่ปรากฏในแต่ละคดีเท่านั้น

ในคดี Ci4net.com Inc. ศาลอังกฤษ (High Court of Justice Chancery Division Leeds) โดยผู้พิพากษา Langan QC ตัดสินว่า COMI ของลูกหนี้ตั้งอยู่ในประเทศอังกฤษ ศาลอังกฤษจึงเป็นผู้มีเขตอำนาจในการริเริ่มกระบวนการหลัก โดยศาลได้พิจารณาเปรียบเทียบ “ขอบเขตและความสำคัญ” (Scale and importance) ของการประกอบกิจกรรมและผลประโยชน์

ของลูกหนี้ในประเทศอังกฤษและประเทศอื่นเป็นสถานที่ตั้งของสำนักงานจดทะเบียน และเห็นว่าข้อสันนิษฐานเบื้องต้นซึ่งให้ถือเอาสำนักงานจดทะเบียนของลูกหนี้เป็นสถานที่ตั้งของ COMI นั้น “มิได้มีน้ำหนักเป็นพิเศษ” (“...is not particularly strong”) แต่เป็นเพียงปัจจัยประการหนึ่งซึ่งศาลนำมาพิจารณาร่วมกับหลักฐานทั้งหมดที่ปรากฏในคดีเพื่อหาข้อสรุปเกี่ยวกับสถานที่ตั้งของ COMI เท่านั้น

ในคดี Parkside Flexibes SA (Ch.) ลูกหนี้เป็นบริษัทจดทะเบียนและมีสำนักงานจดทะเบียนตั้งอยู่ในประเทศโปแลนด์ แต่มีการยื่นคำร้องขอให้ริเริ่มกระบวนการหลักในประเทศอังกฤษ ศาลอังกฤษ โดยผู้พิพากษา Langan QC ได้ยืนยันแนวทางเดิมในคดี Ci4net.com Inc. โดยให้ความเห็นว่า “ดูเหมือนจะไม่มีเหตุผลที่ศาลจะต้องให้น้ำหนักแก่ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นเป็นพิเศษ เพราะข้อสันนิษฐานเบื้องต้นเป็นเพียงปัจจัยประการหนึ่งซึ่งศาลต้องนำมาพิจารณาร่วมกับปัจจัยประการอื่นๆ ด้วยเท่านั้น”

ศาลอังกฤษได้พิจารณาเปรียบเทียบบนพื้นฐานของความน่าจะเป็น (The balance of probabilities test) ว่า COMI น่าจะตั้งอยู่ในประเทศโปแลนด์หรือประเทศอังกฤษ เนื่องจากการนำเสนอหลักฐานของกรรมการบริษัทลูกหนี้พบว่า ลูกหนี้มีการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจทั้งในประเทศโปแลนด์และอังกฤษเท่าๆ กัน ศาลเห็นว่าข้อสันนิษฐานสำนักงานจดทะเบียนของลูกหนี้ในโปแลนด์จะถูกต้องก็ต่อเมื่อสามารถแสดงให้เห็นบนพื้นฐานของความน่าจะเป็นได้ว่า ลูกหนี้ได้ดำเนินการบริหารจัดการผลประโยชน์ของตนโดยปกติอยู่ในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปอื่นๆ และเจ้าหนี้ได้รับทราบข้อเท็จจริงดังกล่าวด้วย ในท้ายที่สุดศาลจึงได้นำเกณฑ์การรับรู้ของเจ้าหนี้ (Contact with creditors approach) มาเป็นตัวตัดสิน โดยให้เหตุผลว่านับตั้งแต่ลูกหนี้ ได้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายในประเทศอังกฤษ เจ้าหนี้ในประเทศโปแลนด์ได้รับรู้ว่าการล้มละลายของกลุ่มบริษัทเกิดขึ้นในประเทศอังกฤษมากกว่าในประเทศโปแลนด์ (“...looking to the Group in England rather than to Poland”) ศาลจึงสรุปว่า COMI ตั้งอยู่ในประเทศอังกฤษ

คดีนี้มีผู้ตั้งข้อสังเกตว่า ศาลอังกฤษได้พยายามตีความเข้าข้างตนเอง เพราะหลังจากพิสูจน์เปรียบเทียบหลักฐาน ศาลอังกฤษก็เป็นผู้เห็นเองว่า ลูกหนี้มีการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจทั้งในประเทศโปแลนด์และอังกฤษเท่าๆ กัน ดังนั้น ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่า COMI ตั้งอยู่ ณ สำนักงานจดทะเบียนของลูกหนี้ในประเทศโปแลนด์ไม่น่าจะถูกหักล้างได้

* ดูในคดี Parkside Flexibles SA (paragraph 36)

3.3.3 แนวทางเบื้องต้นในการปรับใช้เกณฑ์ COMI

นอกเหนือจากข้อสันนิษฐานเบื้องต้นให้ถือเอาสำนักงานจดทะเบียนเป็นสถานที่ตั้งของ COMI ตามมาตรา 3(1) แล้ว European Insolvency Regulation ยังกำหนดแนวทางการพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI ไว้ในส่วนอารัมภบทที่ 13 (Recital 13) แห่ง European Insolvency Regulation ดังนี้

“อารัมภบทที่ 13 ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ควรแสดงให้เห็นถึงสถานที่ซึ่งโดยปกติลูกหนี้ใช้ในการดำเนินการบริหารจัดการผลประโยชน์ของตนและสามารถรับรู้ได้โดยบุคคลที่สาม⁹⁹”

บริบทดังกล่าวข้างต้นมิได้เป็นคำนิยามหรือความหมายที่แท้จริงของ COMI แต่เป็นเพียงคำอธิบายขนาดสั้นแสดงถึงแนวทางเบื้องต้นของการพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI เท่านั้น โดยสามารถอธิบายขยายใจความของแนวทางดังกล่าวได้ดังนี้¹⁰⁰

ประการแรก ต้องเป็นสถานที่ซึ่งโดยปกติลูกหนี้ใช้ในการบริหารจัดการผลประโยชน์ของตน (“...should correspond to the place where the debtor conducts the administration of his interests on a regular basis...”) กล่าวคือ จะต้องเป็นสถานที่ที่มีความสำคัญในระดับที่เป็นศูนย์กลางการจัดการธุรกิจของลูกหนี้ และลูกหนี้ได้ใช้สถานที่ดังกล่าวเพื่อจัดการและควบคุมผลประโยชน์ของตนเป็นประจำ มิใช่เพียงชั่วคราวชั่วคราว และมีได้เป็นเพียงสถานที่ตั้งของทรัพย์สิน (ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะมีมูลค่าเท่าใด) หรือสถานที่ผลิตสินค้าของลูกหนี้เท่านั้น (เช่น โรงงานอุตสาหกรรมของลูกหนี้ เป็นต้น) นอกจากนี้สถานที่ตั้งของ COMI ยังต้องเป็นสถานที่อื่นที่มีความมั่นคงถาวรไม่สามารถเคลื่อนย้ายได้โดยง่าย

⁹⁹ Recital 13 of European Insolvency Regulation: “The “center of main interests” should correspond to the place where the debtor conducts the administration of his interests on a regular basis and is therefore ascertainable by third parties.”

¹⁰⁰ Bob Wessels, *International insolvency law*, pp. 297-341.

ยกตัวอย่างเช่น ในคดี **Ci4Net.Com Inc.** ศาลได้มีคำวินิจฉัยว่า บริษัทที่ประกอบธุรกิจจะต้องมีสถานที่ตั้ง COMI เป็นของตนเสมอ โดยจะต้องมีลักษณะคงทนถาวรไม่สามารถเคลื่อนย้ายจากประเทศหนึ่งไปสู่อีกประเทศหนึ่งได้โดยง่าย นอกจากนั้นเจ้าหนี้ผู้มีส่วนสำคัญในคดีนี้โดยส่วนใหญ่ยังมีการรับรู้ถึงสำนักงานแห่งใหญ่ของลูกหนี้ตั้งอยู่ในเมือง London ประเทศอังกฤษ ดังนั้น COMI ในคดีนี้จึงตั้งอยู่ในประเทศอังกฤษ

ประการที่สอง สถานที่ตั้งของ COMI จะต้องสามารถรับรู้ได้โดยบุคคลที่สาม (“...ascertainable by third parties.”) บุคคลที่สามในที่นี้หมายถึงเจ้าหนี้ผู้มีส่วนสำคัญในคดี (Potential creditor) อันเป็นบุคคลภายนอกลูกหนี้ (Outsiders) การรับรู้ของบุคคลที่สามนั้นมีความหมายว่าสถานที่ตั้งของ COMI จะต้องเป็นที่รู้จักของเจ้าหนี้ผู้มีส่วนสำคัญในคดีด้วย เนื่องจาก การล้มละลายของลูกหนี้ถือเป็นความเสี่ยงอย่างหนึ่งของเจ้าหนี้ เจ้าหนี้จำเป็นต้องรู้ว่าบุคคลที่ตนเข้าก่อนนิติสัมพันธ์ด้วยนั้นเป็นใคร มาจากไหน มีสถานประกอบธุรกิจตั้งอยู่ในประเทศใด อันจะทำให้สามารถคาดการณ์ล่วงหน้าได้ว่า หากลูกหนี้ของตนต้องล้มละลาย ศาลของประเทศใดจะเป็นผู้มีเขตอำนาจในการดำเนินกระบวนการล้มละลายในสถานะกระบวนการหลัก และกฎหมายของประเทศใดจะถูกนำมาใช้บังคับแก่กระบวนการล้มละลายดังกล่าว นอกจากนั้นยังเป็นประโยชน์ต่อการติดตามหนี้และความสะดวกรวดเร็วในการติดต่อลูกหนี้หากเกิดกรณีข้อพิพาทอื่นๆ ด้วย

ในคดี **Geveran Trading Co. Ltd. v. Kjell Tore Skjevesland** ศาลได้กล่าวถึงความสำคัญเกี่ยวกับการรับรู้ของบุคคลที่สามไว้ว่า ถือเป็นความจำเป็นสำหรับบุคคลที่สามที่จะต้องรู้ให้แน่ชัดถึงสถานที่ตั้งของ COMI เพราะเจ้าหนี้จำเป็นต้องรู้ว่าจะสามารถติดต่อลูกหนี้ได้ที่ใด เมื่อมีกระบวนการล้มละลายเกิดขึ้น

ในคดี **Eurofood IFSC Ltd. (“Eurofood”)** โดยศาลสูงแห่งไอร์แลนด์เห็นว่า “หลักฐาน (ที่นำเสนอโดยฝ่ายเจ้าหนี้ของ Eurofood) ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความเข้าใจและการรับรู้ของเจ้าหนี้ที่มีความสำคัญมาก เพราะเจ้าหนี้มีการรับรู้โดยชัดแจ้งว่าตนได้ติดต่อลงทุนกับบริษัท Eurofood ในประเทศไอร์แลนด์ โดยอยู่ภายใต้ข้อกำหนดด้านการคลังและระเบียบข้อบังคับของประเทศไอร์แลนด์ ทั้งไม่ปรากฏหลักฐานประการอื่นซึ่งแสดงให้เห็นถึงการรับรู้ของเจ้าหนี้ว่าลูกหนี้มีการดำเนินธุรกิจอยู่ในประเทศอิตาลีด้วยแต่อย่างใด” COMI จึงควรตั้งอยู่ในประเทศไอร์แลนด์ ต่อมาคดีนี้ได้ขึ้นสู่การพิจารณาชี้ขาดของศาลยุติธรรมยุโรป ศาลยุติธรรมยุโรปมีความเห็นว่า COMI

เป็นหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะเฉพาะตัว ศาลในแต่ละประเทศจึงควรตีความให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยเป็นอิสระจากบทบัญญัติกฎหมายภายในของตนและสถานที่ตั้งของ COMI จะต้องสามารถรับรู้ได้ โดยบุคคลที่สามด้วย ดังนั้น ศาลยุติธรรมยุโรปจึงเห็นพ้องกับคำพิพากษาของศาลไอร์แลนด์ว่า COMI ของ Eurofood ตั้งอยู่ในประเทศไอร์แลนด์

อย่างไรก็ตาม บริบทใน Recital 13 ดังกล่าวข้างต้น มิใช่ความหมายหรือคำนิยามที่แท้จริงของ COMI เป็นเพียงแนวทางในการตีความโดยหลักการเท่านั้น เพราะการพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI เป็นปัญหาในเชิงข้อเท็จจริง ศาลจึงจำเป็นต้องพิจารณาหลักฐานประการอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องในแต่ละคดีประกอบด้วย

3.3.4 แนวคำพิพากษาของศาลในสหภาพยุโรป

European Insolvency Regulation ถูกสร้างขึ้นโดยมีเจตนารมณ์เพื่อก่อให้เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการดำเนินกระบวนการล้มละลายข้ามชาติภายในสหภาพยุโรป การกำหนดให้ศาลของประเทศสมาชิกอันเป็นสถานที่ตั้งของ COMI เป็นผู้ที่มีเขตอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการริเริ่มและดำเนินกระบวนการหลักภายในประเทศจำเป็นต้องอาศัยความแน่นอนทางกฎหมาย เพื่อให้ได้มาซึ่งศาลของประเทศสมาชิกอันมีคุณสมบัติเหมาะสมต่อการเป็นศูนย์กลางการบริหารจัดการคดีล้มละลายมากที่สุด

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการกำหนดข้อสันนิษฐานเบื้องต้นให้ถือเอาสำนักงานจดทะเบียนเป็นสถานที่ตั้ง COMI หรือให้ถือเอาสถานที่ซึ่งโดยปกติถูกใช้ในกิจการบริหารจัดการผลประโยชน์ของตนและสามารถรับรู้ได้โดยเจ้าหนี้ผู้มีส่วนสำคัญในคดี แต่ในทางปฏิบัติกลับพบว่า แม้แต่ศาลของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปด้วยกันเองกลับมีแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับการตีความและปรับใช้เกณฑ์ COMI ที่แตกต่างกัน โดยสามารถสรุปแนวทางสำคัญๆ ได้ 3 แนวทางดังนี้

แนวทางแรก เห็นว่าศาลของประเทศสมาชิกที่มีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้ริเริ่มกระบวนการหลักเป็นแห่งแรกย่อมเป็นผู้มีเขตอำนาจในการดำเนินกระบวนการหลักตามหลักใครมาก่อนได้ก่อน (First come first serve principle)

ในคดี Eurofood IFSC Ltd. ศาลไอร์แลนด์ได้นำเสนอประเด็นปัญหาให้ศาลยุติธรรมยุโรปวินิจฉัยว่า “โดยนัยของมาตรา 16(1) ประกอบกับมาตรา 3 แห่ง European Insolvency Regulation หากศาลของประเทศสมาชิกอันเป็นสถานที่ตั้งสำนักงานจดทะเบียน (ศาลไอร์แลนด์) อันเป็นสถานที่ซึ่งโดยปกติถูกหนีใช้ในการบริหารจัดการผลประโยชน์ของตนและสามารถรับรู้ได้ โดยบุคคลที่สาม ได้เริ่มกระบวนการล้มละลายต่อลูกหนี้เป็นแห่งแรก ศาลของประเทศสมาชิสดังกล่าว จะเป็นผู้มีเขตอำนาจในการเริ่มกระบวนการหลักหรือไม่”

ศาลยุติธรรมยุโรปพิจารณาแล้วเห็นว่า ระบบการรับรองกระบวนการล้มละลายภายใต้ European Insolvency Regulation นั้น จำเป็นต้องอาศัยความแน่นอนทางกฎหมายในการกำหนดเขตอำนาจศาล โดยในส่วนของอารัมภบทที่ 22 (Recital 22) ได้กำหนดให้ศาลของประเทศสมาชิกทุกประเทศต้องรับรองกระบวนการล้มละลายที่เกิดขึ้นในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปอันเป็นสถานที่ตั้งของ COMI บนพื้นฐานของหลักความไว้เนื้อเชื่อใจกัน (Principle of mutual trust)

ความไว้เนื้อเชื่อใจกันดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดระบบเชิงบังคับเกี่ยวกับเขตอำนาจอันทำให้ศาลของประเทศสมาชิกภายใต้ขอบเขตของ European Insolvency Regulation ต้องให้ความเคารพเมื่อศาลของประเทศสมาชิกใดได้ดำเนินการตรวจสอบแล้วพบว่า COMI ตั้งอยู่ภายในเขตอำนาจของประเทศตนและได้มีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้เริ่มกระบวนการหลักภายในประเทศแล้ว ศาลของประเทศสมาชิกอื่นต้องยอมรับรองกระบวนการล้มละลายดังกล่าวโดยไม่สามารถกลับมาตรวจสอบเขตอำนาจของศาลแห่งแรกได้อีก เพื่อก่อให้เกิดความเป็นธรรมและเป็นหลักประกันต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามกฎหมาย ศาลยุติธรรมยุโรปจึงสรุปว่า “หากศาลของประเทศสมาชิกใดมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้เริ่มกระบวนการหลักภายในประเทศแล้ว ประเทศสมาชิกอื่นจะต้องยอมรับผลของการริเริ่มกระบวนการหลักดังกล่าว โดยศาลของประเทศสมาชิกอื่นไม่สามารถกลับมาตรวจสอบได้อีกว่าศาลของประเทศสมาชิกที่ริเริ่มกระบวนการหลักเป็นแห่งแรกเป็นผู้มีเขตอำนาจในการริเริ่มกระบวนการหลักนั้นจริงหรือไม่”

คำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมยุโรปข้างต้นมีเหตุผลเบื้องหลังอยู่ว่า การบริหารจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติให้มีประสิทธิภาพนั้นจะต้องอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจและความร่วมมือกันระหว่างประเทศสมาชิก หากศาลในประเทศสมาชิกต่างคนต่างพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI ภายในประเทศตน โดยไม่คำนึงถึงคำพิพากษาของศาลในประเทศสมาชิกด้วยกันซึ่งได้มีการตัดสินในประเด็นสถานที่ตั้งของ COMI ไว้แล้ว ย่อมก่อให้เกิดความวุ่นวายทางกฎหมายจากการโต้แย้ง

เขตอำนาจศาลกันไม่มีที่สิ้นสุด ตลอดจนเป็นการสิ้นเปลืองเวลาและค่าใช้จ่ายซ้ำซ้อนโดยไม่จำเป็น อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาของศาลยุติธรรมยุโรปดังกล่าวได้ก่อให้เกิดการแข่งขันกันเองระหว่างศาลของประเทศสมาชิกให้ทำการริเริ่มกระบวนการหลักภายในประเทศให้รวดเร็วที่สุด (Race to courthouse) ทำให้ศาลในประเทศสมาชิกอาจขาดความระมัดระวังในการพิจารณาเขตอำนาจ และมีแนวโน้มในการตัดสินใจเข้าข้างตนเองว่า COMI ตั้งอยู่ภายในประเทศตนเพื่อให้เป็นผู้มีอำนาจสิทธิขาดในการดำเนินกระบวนการหลัก

ในคดี Daisytek-ISA Ltd. ศาลชั้นต้นฝรั่งเศส (The Tribunal de Commerce of Sergy Pontoise) ไม่เห็นด้วยกับการประกาศเขตอำนาจของศาลอังกฤษเหนือบริษัทลูก (Daisytek-ISA Ltd.) ในประเทศฝรั่งเศส จึงปฏิเสธไม่ยอมรับรองคำพิพากษาของศาลอังกฤษ และมีคำสั่งให้เริ่มกระบวนการล้มละลายต่อบริษัทลูกในประเทศฝรั่งเศสด้วยตนเอง อย่างไรก็ตาม เมื่อคดีนี้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลอุทธรณ์ฝรั่งเศส (Cour d'appelle du Versailles) ศาลอุทธรณ์กลับเห็นพ้องกับคำพิพากษาของศาลอังกฤษ และเห็นว่าศาลชั้นต้นไม่ควรจะมีคำสั่งให้ดำเนินกระบวนการล้มละลายต่อ Daisytek-ISA Ltd. เอง เพราะเมื่อพิจารณานัยของมาตรา 16 และ 17 แห่ง European Insolvency Regulation ศาลชั้นต้นจะต้องรับรองคำพิพากษาของศาลอังกฤษ

ในคดี Rover France SAS ศาลชั้นต้นฝรั่งเศส (The tribunal de Commerce of Nanterre) ได้รับรองกระบวนการล้มละลายที่เริ่มขึ้นในประเทศอังกฤษจากการที่ลูกหนี้ซึ่งเป็นบริษัทฝรั่งเศสได้ประกอบกิจการและมี COMI ตั้งอยู่ ณ เมือง Birmingham ประเทศอังกฤษคดีนี้ได้ขึ้นสู่ศาลอุทธรณ์ฝรั่งเศส (The Court of Appeal in Versailles) และศาลอุทธรณ์ได้ยืนตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น อย่างไรก็ตาม ศาลอุทธรณ์เห็นว่า ศาลฝรั่งเศสไม่สามารถนำประเด็นเรื่องสถานที่ตั้งของ COMI ซึ่งมีการพิจารณาข้อเท็จจริงไปแล้วโดยศาลของประเทศสมาชิกอื่นกลับมาพิจารณาใหม่ได้ ดังนั้น ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปจะต้องรับรองการริเริ่มกระบวนการล้มละลาย ตลอดจนการพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสถานที่ตั้งของ COMI ที่เกิดขึ้นในประเทศสมาชิกอื่นด้วย

แนวทางดังกล่าวข้างต้นก่อให้เกิดแนวปฏิบัติแก่ศาลในสหภาพยุโรปให้ต้องดำเนินการพิจารณาชี้ขาดสถานที่ตั้งของ COMI ในวันที่มีการยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ริเริ่มกระบวนการหลักต่อ

ศาลแห่งแรก หากศาลแห่งแรกรับคำร้องและพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวในคดีล้มละลายแล้วปรากฏว่ามี COMI ตั้งอยู่ภายในเขตอำนาจรัฐ ศาลจึงมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้ริเริ่มกระบวนการหลักภายในประเทศ ศาลของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปอื่นๆ ต้องยอมรับรองกระบวนการพิจารณาดังกล่าวโดยอัตโนมัติ โดยไม่สามารถตรวจสอบหรือโต้แย้งเขตอำนาจของศาลแห่งแรกได้อีก

อย่างไรก็ตาม หากคู่กรณีฝ่ายใดต้องการโต้แย้งเขตอำนาจระหว่างประเทศของศาลแห่งแรก คู่กรณีอาจอาศัยช่องทางทางทวิภาคีตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในประเทศอันเป็นที่ตั้งของศาลแห่งแรกนั้น ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับบริบทของกฎหมายภายในว่าจะเปิดโอกาสให้คู่กรณีสามารถโต้แย้งเขตอำนาจศาลได้หรือไม่

แนวทางที่สอง เห็นว่าควรพิจารณา COMI จากระดับการรับรู้ของเจ้าหนี้ (“Contact with creditors approach” หรือ “Appearance to creditor test”) ว่าเจ้าหนี้มีการรับรู้หรือไม่ว่าลูกหนี้มี COMI ตั้งอยู่ในประเทศใด

การรับรู้ของเจ้าหนี้ถือเป็นปัจจัยสำคัญในการตัดสินสถานที่ตั้งของ COMI ภายใต้กรอบทางกฎหมายของ European Insolvency Regulation ดังปรากฏหลักฐานยืนยันอยู่ใน Virgos-Schmit Report ตอนหนึ่งว่า “การล้มละลายเป็นความเสี่ยงที่สามารถคาดการณ์ได้ จึงเป็นเรื่องสำคัญที่ต้องกำหนดให้ศาลผู้มีเขตอำนาจ (ซึ่งส่งผลให้ต้องนำกฎหมายของประเทศนั้นมาใช้บังคับแก่คดี) ต้องอยู่ในสถานที่อันเป็นที่รู้จักของเจ้าหนี้ผู้มีส่วนสำคัญในคดี” และในส่วนอารัมภบทที่ 13 แห่ง European Insolvency Regulation วางแนวทางไว้ว่านอกจาก COMI จะต้องเป็นสถานที่ซึ่งโดยปกติลูกหนี้ใช้ในการบริหารจัดการผลประโยชน์ของตนแล้ว ยังต้อง สามารถรับรู้ได้โดยบุคคลที่สามด้วย (“...ascertainable by third parties.”) ซึ่งโดยทั่วไปบุคคลที่สามได้แก่เจ้าหนี้ผู้มีส่วนสำคัญในคดีนั่นเอง

การรับรู้ของเจ้าหนี้มีความสำคัญในแง่ของการสะท้อนให้เห็นถึงการแสดงตนของลูกหนี้ต่อโลกภายนอกว่าเป็นที่รู้จักของเจ้าหนี้มากน้อยเพียงใด เพราะถือเป็นความจำเป็นที่เจ้าหนี้ต้องสามารถรับรู้ได้ว่าบุคคลที่ตนเข้าก่อนนิติสัมพันธ์ด้วยนั้นเป็นใคร มาจากไหน มีสถานประกอบธุรกิจตั้งอยู่ในประเทศใด ทำให้เจ้าหนี้สามารถประมาณการความเสี่ยงได้ว่า หากลูกหนี้ของตนต้องล้มละลาย ศาลของประเทศใดจะเป็นผู้มีเขตอำนาจในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย

และกฎหมายของประเทศใดจะถูกนำมาใช้บังคับ ตลอดจนเป็นประโยชน์ต่อการติดตามหนี้ และก่อให้เกิดความสะดวกรวดเร็วในการติดต่อลูกหนี้หากเกิดกรณีข้อพิพาทอื่นๆ ด้วย

ในคดี Geveran Trading Co. Ltd. v. Kjell Tore Skjevesland ศาลอังกฤษได้กล่าวถึงความสำคัญเกี่ยวกับการรับรู้ของบุคคลที่สามไว้ว่า “ถือเป็นความจำเป็นสำหรับบุคคลที่สามที่จะต้องรู้ให้แน่ชัดถึงสถานที่ตั้งของ COMI เพราะเจ้าหนี้จำเป็นต้องรู้ว่าจะสามารถติดต่อลูกหนี้ได้ที่ใดเมื่อมีกระบวนการล้มละลายเกิดขึ้น”^{*}

ในคดี Eurofood IFSC Ltd. ศาลไอร์แลนด์ได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับประเด็นการรับรู้ของเจ้าหนี้ว่า “หลักฐานซึ่งแสดงให้เห็นถึงความเข้าใจหรือการรับรู้ของเจ้าหนี้มีความสำคัญมากเพราะเจ้าหนี้มีการรับรู้โดยชัดแจ้งว่าตนได้เข้าร่วมลงทุนกับลูกหนี้ซึ่งเป็นบริษัทจดทะเบียนในประเทศไอร์แลนด์ มิได้เข้าร่วมลงทุนกับบริษัทแม่ในประเทศอิตาลีแต่อย่างใด” ส่วนศาลอิตาลีได้แสดงให้เห็นถึงความจำเป็นในการพิจารณาลักษณะและคุณสมบัติของเจ้าหนี้ โดยศาลอิตาลีชี้ให้เห็นว่า บุคคลที่สามที่เข้าทำธุรกรรมกับ Eurofood โดยส่วนใหญ่เป็นนักลงทุนสถาบันที่มีความรู้และความเชี่ยวชาญเฉพาะทาง ดังนั้น การรับรู้ของเจ้าหนี้ประเภทนี้ย่อมเหนือกว่าการรับรู้ของเจ้าหนี้โดยทั่วไปที่ไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในการลงทุน ต่อมาเมื่อคดีนี้ขึ้นสู่การวินิจฉัยของศาลยุติธรรมยุโรป ศาลยุติธรรมยุโรปได้เน้นย้ำถึงวัตถุประสงค์ในการก่อให้เกิดความแน่นอนทางกฎหมายและสามารถคาดการณ์ได้ การพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI จึงจำเป็นต้องอาศัย “การรับรู้ของเจ้าหนี้” เป็นส่วนสำคัญ

อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมยุโรปมิได้ระบุไว้โดยชัดแจ้งว่าจะต้องใช้หลักเกณฑ์ใดเพื่อวัดระดับการรับรู้ของเจ้าหนี้ หรือเจ้าหนี้ประเภทใดบ้างที่จำเป็นต้องรับรู้ถึงสถานที่ตั้งของ COMI เพราะบริษัทหนึ่งๆ อาจประกอบด้วยเจ้าหนี้หลายประเภทและอาจมิได้มีการรับรู้สถานที่ตั้งของ COMI ภายในระยะเวลาเดียวกันเสมอไป ยกตัวอย่างเช่น **ในคดี Daisytek ISA Ltd.** ศาลอังกฤษวินิจฉัยว่า COMI ของบริษัทลูกในประเทศเยอรมันสองบริษัทตั้งอยู่ในประเทศอังกฤษ เพราะเจ้าหนี้ผู้มีส่วนสำคัญในคดีโดยส่วนใหญ่ (โดยมูลค่า) รับรู้ว่าประเทศอังกฤษเป็นศูนย์กลางการประกอบธุรกิจของ

^{*} ดูในคดี Daisytek ISA Ltd.

กลุ่มบริษัท (ในความเป็นจริงบริษัทถูกในประเทศเยอรมันอาจมีเจ้าหนี้ภายในประเทศ เช่น เจ้าหนี้ค่าภาษีอากร หรือเจ้าหนี้ค่าจ้างแรงงาน เป็นต้น แต่เมื่อรวมมูลค่าของหนี้ที่มีอยู่ต่อเจ้าหนี้ในประเทศอังกฤษแล้วมีมากกว่าในประเทศเยอรมัน) อย่างไรก็ตาม ศาลโดยส่วนใหญ่มักมีแนวโน้มพิจารณา COMI ของบริษัทถูกจากสถานที่ตั้งสำนักงานใหญ่ของบริษัทแม่มากกว่าพิจารณาจากการรับรู้ของเจ้าหนี้ในขณะเข้าทำธุรกรรมกับบริษัทถูก

ในคดี Rover France SAS บริษัท Rover France SAS เป็น 1 ใน 8 บริษัทลูกของกลุ่มบริษัท MG Rover Group ผู้ผลิตและจัดจำหน่ายรถยนต์ โดยมีบริษัทแม่ตั้งอยู่ในเมือง Long bridge ประเทศอังกฤษ ส่วนบริษัท Rover France SAS เป็นบริษัทลูกในประเทศฝรั่งเศส ศาลอังกฤษวินิจฉัยว่า COMI ของบริษัท Rover France SAS ตั้งอยู่ในประเทศอังกฤษด้วย เพราะเจ้าหนี้โดยส่วนใหญ่ของกลุ่มบริษัทมีการรับรู้ว่า เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ เจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้คืนโดยมุ่งไปที่บริษัทแม่ในประเทศอังกฤษเป็นสำคัญ

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากการรับรู้ของเจ้าหนี้เฉพาะของบริษัทลูกแต่เพียงอย่างเดียว ศาลฝรั่งเศสอาจโต้แย้งได้ว่า ในฝรั่งเศสประกอบด้วยเจ้าหนี้ซึ่งเป็นลูกจ้างของ Rover France SAS จำนวน 48 ราย และตัวแทนจำหน่ายรายย่อยอีกกว่า 119 ราย เมื่อพิจารณามูลค่าหนี้โดยรวมแล้วถือเป็นเจ้าหนี้รายใหญ่ของ Rover France SAS ซึ่งมีการรับรู้ว่าลูกหนี้ของตนเป็นบริษัทลูกในประเทศฝรั่งเศสเช่นกัน ดังนั้น COMI ของ Rover France SAS จึงอาจตั้งอยู่ในประเทศฝรั่งเศสได้เช่นกัน เป็นต้น

การใช้เกณฑ์การรับรู้ของเจ้าหนี้ในการพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI จึงค่อนข้างมีข้อจำกัดในการปรับใช้ เพราะศาลจำเป็นต้องใช้ความระมัดระวังอย่างมากในการประเมินระดับการรับรู้ของเจ้าหนี้ รวมทั้งอาจต้องแบ่งแยกลักษณะและคุณสมบัติของเจ้าหนี้ที่นำมาใช้พิจารณาประกอบด้วย มิฉะนั้นอาจกลายเป็นประเด็นที่ทำให้เจ้าหนี้ในแต่ละประเทศต่างหยิบยกขึ้นมากล่าวอ้างและโต้เถียงกันถึงระดับการรับรู้ของตนได้ไม่มีที่สิ้นสุด¹⁰¹

¹⁰¹ Patrick Wautelet, Some considerations on the center of the main interests as jurisdictional test under the European Insolvency Regulation [Online], 15 November 2009. Available from : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=997983, p. 103.

แนวทางที่สาม เห็นว่าควรพิจารณา COMI จากสถานที่อันเป็นศูนย์กลางการจัดการธุรกิจหรือสถานที่ซึ่งลูกหนี้มีระบบการดำเนินงานแบบสำนักงานแห่งใหญ่ตามความเป็นจริง (“Head office function approach” หรือในตำราบางเล่มอาจใช้คำเรียกว่า “Mind of management approach”, “Headquarters approach” หรือ “Parental control approach”)

แนวทาง Head office function approach ไม่ปรากฏที่มาโดยชัดแจ้ง เนื่องจากนักนิติศาสตร์บางส่วนเห็นว่าแนวทางดังกล่าวมาจากบริบทของ Explanatory Report บางส่วนเห็นว่ามาจากการปรับใช้หลักเกณฑ์ของกฎหมายภายใน บางส่วนเห็นว่ามาจากคำพิพากษาของศาลอังกฤษ อย่างไรก็ตาม *Head office function approach มีแนวคิดหลักๆ ให้มุ่งพิจารณา COMI จากสถานที่ซึ่งลูกหนี้มีระบบการดำเนินงานแบบสำนักงานแห่งใหญ่ (Head office function) ตามความเป็นจริงมากกว่าสถานที่ตั้งของสำนักงานแห่งใหญ่ (Head office location) ในทางทะเบียน* ยกตัวอย่างเช่น ในคดี Enron Directo Sociedad Limitada บริษัท Enron Directo เป็นบริษัทในเครือของ Enron Group ได้ยื่นคำร้องขอให้มีการริเริ่มกระบวนการหลักในประเทศอังกฤษต่อศาลอังกฤษ ศาลอังกฤษพิจารณาแล้วเห็นว่า การวางแผนทางธุรกิจ, การบริหารจัดการด้านการเงิน ตลอดจนกิจกรรมทางธุรกิจทั้งหมดของลูกหนี้เกิดขึ้นในเมืองลอนดอน ประเทศอังกฤษ ดังนั้น แม้ในคดีนี้ลูกหนี้จะมีสำนักงานจดทะเบียนตั้งอยู่ในประเทศสเปน แต่โดยแท้จริงแล้วลูกหนี้มีระบบการดำเนินงานแบบสำนักงานแห่งใหญ่ตั้งอยู่ในประเทศอังกฤษ COMI จึงตั้งอยู่ในประเทศอังกฤษ มิใช่ประเทศสเปน

นักนิติศาสตร์บางกลุ่ม¹⁰² มีความเห็นเพิ่มเติมว่า ปัจจัยสำคัญของการพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI ได้แก่ สถานที่ซึ่งลูกหนี้มีการบริหารจัดการผลประโยชน์ของตน โดย “การบริหารจัดการ” (Administration) หมายถึงการจัดการและควบคุมผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของบุคคลหรือนิติบุคคลที่มีการจัดการทรัพย์สินของตนเอง โดยพิจารณาจากองค์ประกอบ 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรกลูกหนี้ต้องมี “จุดเกาะเกี่ยวการดำเนินงาน” (Operational connection) (เช่น มีสถานประกอบธุรกิจหรือดำเนินงาน) ประการที่สองลูกหนี้ต้องมี “จุดเกาะเกี่ยวทรัพย์สิน”

¹⁰² Miguel Virgós Soriano and others, *The European Insolvency Regulation: Law and practice*, p. 40.

(Asset connection) (เช่น มีสถานที่ตั้งทรัพย์สิน) อยู่ในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของ COMI นั้นด้วย โดย COMI ควรตั้งอยู่ในสถานที่อันเป็นศูนย์กลางการบริหารจัดการของลูกหนี้อันเป็นแหล่งควบคุมกิจกรรมหลักของบริษัท และมีการใช้อำนาจในระดับสูงสุดเกี่ยวกับการบริหารจัดการบริษัทเกิดขึ้นเป็นปกติ

ดังนั้น โดยหลักการแล้ว หากลูกหนี้เป็นบริษัทลูก (Subsidiary) ศาลควรพิจารณา COMI จากสถานที่ซึ่งบริษัทลูกมีการบริหารจัดการและควบคุมผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของตน หากเปรียบเทียบกับร่างกายมนุษย์ก็ต้องมีความสำคัญในระดับที่เป็น “มันสมอง” ของบริษัทลูก (เช่น สำนักงานแห่งใหญ่ของบริษัทลูก) มิได้พิจารณาจากสถานที่ตั้งของบุคคลหรือผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจในการควบคุมบริษัทลูก หรือพิจารณาจากลักษณะการชี้นำหรือชี้แนะเกี่ยวกับการบริหารจัดการบริษัทลูกจากบริษัทแม่หรือผู้ถือหุ้นที่อยู่ในประเทศอื่น และในกรณีที่ลูกหนี้มีสถานบริหารจัดการธุรกิจมากกว่าสองแห่งก็ต้องนำมาพิจารณาเปรียบเทียบกันว่าแหล่งใดมีลักษณะเป็นศูนย์กลางโดยตรง (Directing center) อันแสดงให้เห็นถึงการมีอำนาจบริหารจัดการหรือมีระบบการดำเนินงานแบบสำนักงานแห่งใหญ่มากที่สุด (“...denoting the place where the executive or head office functions are carried out.”) ตัวอย่างของปัจจัยที่นำมาพิจารณาเปรียบเทียบกันได้แก่ ความสัมพันธ์ของลูกหนี้กับผู้จัดหาเงินทุน (อาจเป็นผู้ถือหุ้นหรือแหล่งเงินทุนภายนอกบริษัท) ซึ่งหมายรวมถึง การเพิ่มทุนและการเปิดเผยบัญชีของลูกหนี้ด้วย, อำนาจการตัดสินใจเกี่ยวกับการสร้างแผนกลยุทธ์ แนวนโยบาย และวัตถุประสงค์ของบริษัท, การควบคุมดูแลธุรกิจโดยทั่วไปและการตัดสินใจทางธุรกิจ ในส่วนที่มีความสำคัญ, ศูนย์กลางการบริหารจัดการทรัพย์สินของบริษัท, การจัดหาบริการซึ่งมีผลต่อการขยายตัวทางเศรษฐกิจหรือขอบเขตทางธุรกิจของลูกหนี้ เป็นต้น¹⁰³

อย่างไรก็ตาม ศาลในประเทศสมาชิกบางประเทศกลับเห็นว่า ในกรณีที่ลูกหนี้เป็นบริษัทลูกและมีสำนักงานจดทะเบียนตั้งอยู่คนละประเทศกับบริษัทแม่ ศาลควรพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI โดยคำนึงถึงความเชื่อมโยงระหว่างบริษัทลูกและบริษัทแม่ ตลอดจนระบบการดำเนินงานในส่วนสำคัญของบริษัทลูก เช่น การตัดสินใจด้านการเงิน, การแต่งตั้งบุคลากร, การจัดการระบบเทคโนโลยีสารสนเทศ, การสร้างแบรนด์, การบริหารจัดการสัญญา หรือการติดต่อกับผู้ขายสินค้าหรือผู้บริโภคภายในประเทศ เป็นต้น ว่าโดยแท้จริงแล้วอยู่ภายใต้การควบคุมหรือ

¹⁰³ Ibid., p. 42.

สั่งการของบริษัทแม่ในอีกประเทศหนึ่งหรือไม่ด้วย (Command and control test)¹⁰⁴ ยกตัวอย่างเช่น ในคดี Eurofood IFSC Ltd. ศาลอิตาลีได้ให้ความสำคัญแก่ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการใช้อำนาจควบคุม และชี้ว่าการดำเนินงานของบริษัทลูกโดยบริษัทแม่มากกว่าสถานที่ตั้งสำนักงานจดทะเบียนของบริษัทลูกในไอร์แลนด์ เพราะบริษัทแม่เป็นเจ้าของบริษัทลูกแต่เพียงผู้เดียว นอกจากนั้นแนวนโยบายการดำเนินงานต่างๆ ของบริษัทลูกล้วนมาจากบริษัทแม่ในประเทศอิตาลี ดังนั้น อำนาจการควบคุมแท้จริง (Real control) ในการบริหารจัดการธุรกิจของบริษัทจึงมาจากบริษัทแม่ COMI ของบริษัทลูกจึงควรตั้งอยู่ในประเทศอิตาลีด้วย

ต่อมาคดีนี้ได้ขึ้นสู่การวินิจฉัยของศาลยุติธรรมยุโรป โดยก่อนหน้าที่ศาลยุติธรรมยุโรปจะมีคำพิพากษาในคดีนี้ Advocate General Jacobs^{*} หนึ่งในองค์คณะผู้พิพากษาศาลยุติธรรมยุโรปได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับ “Head office function approach” ไว้ตอนหนึ่งว่า

“หาก COMI ตั้งอยู่ในแหล่งอื่นนอกเหนือจากประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งสำนักงานจดทะเบียนของลูกหนี้ ย่อมมีความจำเป็นต้องแสดงให้เห็นว่าลูกหนี้นี้มี “ระบบการดำเนินงานแบบสำนักงานแห่งใหญ่” ตั้งอยู่ในแหล่งอื่นเช่นว่านั้นด้วย และควรมุ่งพิจารณาจากสถานที่ซึ่งมีระบบการดำเนินงานแบบสำนักงานแห่งใหญ่มากกว่าสถานที่ตั้งของสำนักงานแห่งใหญ่ เพราะคำว่า “สำนักงานแห่งใหญ่” อาจเป็นเพียงแต่ในนาม และมีได้มีการดำเนินงานอยู่เลยเช่นเดียวกับกรณีของสำนักงานจดทะเบียน เพราะในการดำเนินธุรกิจระหว่างประเทศนั้น สำนักงานจดทะเบียนมักถูกเลือกโดยเหตุผลทางภาษีหรือข้อบังคับบางประการ แต่มักมิได้มีจุดเกาะเกี่ยวที่แท้จริงกับสถานที่อันมีระบบการดำเนินงานแบบสำนักงานแห่งใหญ่อยู่โดยปกติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของกลุ่มบริษัท

¹⁰⁴ Patrick Wautelet, Some considerations on the center of the main interests as jurisdictional test under the European Insolvency Regulation [Online], p. 95.

^{*} Advocate General Jacobs เป็นหนึ่งในองค์คณะผู้พิพากษาของศาลยุติธรรมยุโรป โดยความเห็นของ Advocate General Jacob เป็นการให้ความเห็นโดยส่วนตัวเฉพาะบุคคล จึงไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายให้ศาลยุติธรรมยุโรปต้องปฏิบัติตามหรือยึดถือเป็นแนวทางในการตัดสิน อย่างไรก็ตาม ความเห็นดังกล่าวได้กลายเป็นแหล่งข้อมูลสำคัญต่อการศึกษาแนวทางการปรับใช้และตีความหลักเกณฑ์การพิจารณาเขตอำนาจระหว่างประเทศของศาลภายใต้ European Insolvency Regulation ในคำพิพากษาของศาลต่างประเทศหลายๆ คดี

ระบบการดำเนินงานแบบสำนักงานแห่งใหญ่ของบริษัทลูกมักดำเนินการอยู่ในสถานที่แห่งเดียวกันกับสถานที่ตั้งของบริษัทแม่”

อย่างไรก็ตาม Advocate General Jacobs กลับมิได้อธิบายถึงที่มาหรือความหมายของระบบการดำเนินงานแบบสำนักงานแห่งใหญ่ (Head office function) ว่าควรมีความหมายเป็นประการใด และแม้ในท้ายที่สุดศาลยุติธรรมยุโรปจะมีคำวินิจฉัยชี้ขาดให้ศาลไอร์แลนด์เป็นผู้มีเขตอำนาจในการดำเนินกระบวนการหลัก ศาลยุติธรรมยุโรปก็มิได้มีการอ้างอิงหรือกล่าวถึงแนวคิดดังกล่าวในคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมยุโรปอีกเลย

ในคดี Collin & Aikman Europe SA กลุ่มบริษัท Collin & Aikman Corporation Group ประกอบธุรกิจจัดหาและขายชิ้นส่วนรถยนต์ให้แก่บริษัทผู้ผลิตรถยนต์รายใหญ่ของโลกหลายบริษัท เช่น Daimler, Ford, General Motors, Honda, Nissan, Porsche, Renault, Toyota และ Volkswagen โดยมีบริษัทย่อยๆ จำนวน 24 บริษัท และพนักงานกว่า 4,500 คน อยู่ในทวีปยุโรป ส่วนสำนักงานแห่งใหญ่ตั้งอยู่ในมลรัฐมิชิแกน ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยในเดือนพฤษภาคม ค.ศ.2005 บริษัทในสหรัฐอเมริกา ได้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการภายใต้ Chapter 11 แห่งประมวลกฎหมายล้มละลายสหรัฐฯ

ส่วนบริษัทที่ตั้งอยู่ในทวีปยุโรปได้มีการยื่นคำร้องขอให้ริเริ่มกระบวนการพิจารณาในประเทศอังกฤษ ศาลอังกฤษได้พิจารณาแนวทางการปรับใช้เกณฑ์ COMI ในส่วนอารัมภบทที่ 13 แห่ง European Insolvency Regulation และอ้างอิงงานเขียนเชิงวิชาการตอนหนึ่งว่า “การหักล้างข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่า COMI มิได้ตั้งอยู่ ณ สำนักงานจดทะเบียนของลูกหนี้ ย่อมมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องแสดงให้เห็นว่าลูกหนี้มีระบบการดำเนินงานแบบสำนักงานแห่งใหญ่ตั้งอยู่ในประเทศสมาชิกอื่น ซึ่งมีใช้ประเทศอื่นเป็นสถานที่ตั้งของสำนักงานจดทะเบียน”

ศาลอังกฤษได้พิจารณาจากพยานหลักฐานทั้งหมดที่เกี่ยวข้องและสรุปว่า COMI ตั้งอยู่ในประเทศอังกฤษ เพราะการประสานงานด้านการเงิน, บุคคลกร, ระบบเทคโนโลยีสารสนเทศ ตลอดจนระบบการขายสินค้าและบริการอันเกี่ยวข้องกับบริษัทลูกในสหภาพยุโรปล้วนมาจากประเทศอังกฤษโดยตรง ดังนั้น ศาลอังกฤษจึงเป็นผู้มีเขตอำนาจในการริเริ่มกระบวนการหลัก

* Dicey and Morris, Conflict of law, supplement 30, paragraph 158

ประเด็นปัญหาเรื่องการนำข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการขึ้นหรือใช้อำนาจควบคุมบริษัทลูก โดยบริษัทแม่มาเป็นปัจจัยในการพิจารณาสถานที่ตั้ง COMI ของบริษัทลูก ยังเป็นที่ถกเถียงกัน ระหว่างศาลของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปในหลายคดีว่าเป็นเรื่องที่เหมาะสมหรือไม่ เพราะฝ่ายที่ได้แย้งมีความเห็นว่าข้อเท็จจริงในลักษณะดังกล่าวเป็นเรื่องที่รับรู้กันเป็นการภายในลูกหนี้ บุคคลภายนอกเช่นเจ้าหนี้โดยทั่วไปย่อมไม่สามารถเข้าถึงโครงสร้างทางกฎหมายอันซับซ้อนของ ลูกหนี้ได้ หากมิใช่เจ้าหนี้รายใหญ่ที่มีความสำคัญหรือมีอำนาจในการต่อรองเหนือลูกหนี้ ยกตัวอย่าง เช่น ศาลยุติธรรมยุโรปในคดี Eurofood IFSC Ltd. เห็นว่าสถานที่ตั้งของ COMI จะต้องเป็นสถานที่ ที่มีตัวตนอยู่จริงและสามารถรับรู้ได้โดยบุคคลที่สาม (“...both objective and ascertainable by third parties.”) แม้ในคดีนี้ธนาคารแห่งสหรัฐอเมริกา (Bank of America) ผู้เป็นเจ้าหนี้รายใหญ่ที่สุด ของลูกหนี้จะสามารถเข้าถึงโครงสร้างภายในของลูกหนี้ เพราะได้ทำข้อตกลงเกี่ยวกับการบริหารจัดการกับบริษัทแม่ (Parmalat) ไว้ แต่เจ้าหนี้รายย่อยโดยทั่วไปย่อมไม่สามารถเข้าถึงหรือรับรู้ โครงสร้างภายในของลูกหนี้อื่นจะทำให้เจ้าหนี้สามารถคาดการณ์สถานที่ตั้ง COMI ของลูกหนี้ได้ จึงไม่ควรนำข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการขึ้นหรือใช้อำนาจควบคุมบริษัทลูกโดยบริษัทแม่มาเป็นปัจจัย สำคัญในการพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI เพราะมิได้ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อเจ้าหนี้โดยรวม แต่ประการใด ข้อเท็จจริงว่าบริษัทแม่มีการควบคุมหรือขึ้นบริษัทลูกจึงไม่เพียงพอต่อการหักล้าง ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นในมาตรา 3(1) แห่ง European Insolvency Regulation หรือไม่เพียงพอ ที่จะสรุปได้ว่า COMI ของบริษัทลูกมิได้ตั้งอยู่ ณ สำนักงานจดทะเบียนของบริษัทลูก แต่ตั้งอยู่ใน ประเทศอื่นเป็นสถานที่ตั้งของบริษัทแม่

อย่างไรก็ตาม ศาลในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปหลายประเทศ เช่น อังกฤษ, ฝรั่งเศส, เยอรมัน, อิตาลี กลับเห็นด้วยกับการนำข้อเท็จจริงดังกล่าวมาเป็นปัจจัยในการพิจารณา สถานที่ตั้ง COMI ของบริษัทลูกด้วย เช่น ในคดี **Daisytek ISA Ltd.** ศาลอังกฤษได้กล่าวอ้าง เขตอำนาจศาลเหนือบริษัทลูกของกลุ่มบริษัท Daisytek ในประเทศเยอรมันและฝรั่งเศส โดยพิจารณา จากระดับการควบคุมการดำเนินงานที่บริษัทแม่มีต่อบริษัทลูก ศาลได้สรุปว่า COMI ของลูกหนี้ตั้งอยู่ ในประเทศอังกฤษอันเป็นสถานที่ตั้งของบริษัทแม่ เช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศส ในคดี **Eurotunnel Finance Ltd.** ศาลฝรั่งเศสได้ประกาศเขตอำนาจของตนเหนือบริษัทลูกในกลุ่ม บริษัท Eurotunnel ซึ่งดำเนินธุรกิจอยู่ในประเทศอังกฤษ, เยอรมัน, สเปน, เบลเยียม และเนเธอร์แลนด์

โดยพิจารณาจากระดับการควบคุมการดำเนินงานระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูกมากกว่า การพิจารณาสำนักงานจดทะเบียนและโครงสร้างของบริษัทลูกแต่เพียงอย่างเดียว

แนวคำพิพากษาของศาลดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นว่า แม้ระหว่างศาลในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปด้วยกันเองก็ยังมีความเห็นเกี่ยวกับการปรับใช้แนวทาง Head office function approach ที่แตกต่างกัน ปัจจุบันจึงยังไม่มีข้อสรุปว่าศาลในสหภาพยุโรปควรจะดำเนินตามแนวทางใดจึงจะเป็นแนวทางที่ถูกต้องที่สุดในการปรับใช้เกณฑ์ COMI

นอกจากนั้น การพัฒนาหลักเกณฑ์การล้มละลายข้ามชาติภายใต้กรอบทางกฎหมายของ European Insolvency Regulation ปัจจุบันยังไม่ครอบคลุมไปถึงการล้มละลายของลูกหนี้ที่เป็น “กลุ่มบริษัท” (Corporate group) ซึ่งโดยทั่วไปหมายถึง กลุ่มของบริษัทอันประกอบด้วยบริษัทแม่ (Parent company) และบริษัทลูก (Subsidiary) ซึ่งมีความสัมพันธ์ในเชิงอำนาจควบคุม, การเป็นเจ้าของหรือการถือครองหุ้น (Ownership) โดยจัดตั้งขึ้นเพื่อประกอบกิจการและแสวงหาผลกำไรเพื่อประโยชน์ร่วมกันของกลุ่ม¹⁰⁵ เพราะโดยพื้นฐานของ European Insolvency Regulation ถูกสร้างขึ้นเพื่อนำมาใช้บังคับกับลูกหนี้ในลักษณะที่เป็นบุคคลหรือนิติบุคคลแยกต่างหากจากกัน (Separate legal entity) มิได้ถูกสร้างขึ้นเพื่อนำมาใช้บังคับกับลูกหนี้ที่เป็นกลุ่มบริษัทหรือส่วนหนึ่งของกลุ่มบริษัท ซึ่งไม่สอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริงของการล้มละลายข้ามชาติในปัจจุบันซึ่งมักเกี่ยวข้องกับลูกหนี้ที่เป็นกลุ่มบริษัทหรือส่วนหนึ่งของกลุ่มบริษัทอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ จึงต้องรอดูต่อไปว่าสหภาพยุโรปจะมีแผนการพัฒนาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติต่อไปอย่างไร

3.3.5 ผู้มีภาระในการพิสูจน์

การพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI ศาลจะพิจารณาจากข้อมูลและหลักฐานที่ผู้ยื่นคำร้องไม่ว่าจะเป็นฝ่ายเจ้าหนี้, ลูกหนี้, หรือผู้แทนกระบวนการล้มละลาย แล้วแต่กรณี ได้จัดเตรียมมาพร้อมกับคำร้องขอให้ริเริ่มกระบวนการล้มละลาย อย่างไรก็ดีตาม การที่ European Insolvency Regulation มิได้กำหนดตัวบุคคลผู้มีภาระในการพิสูจน์สถานที่ตั้งของ COMI หรือ

¹⁰⁵ อาร์ท์ สิงห์ชูวงศ์, “มาตรการทางกฎหมายล้มละลายต่อกลุ่มบริษัท,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 10.

ระดับของการพิสูจน์พยานหลักฐาน ตลอดจนลักษณะของข้อเท็จจริงหรือหลักฐานที่สามารถนำมาใช้ในการหักล้างข้อสันนิษฐานเบื้องต้นไว้ ทำให้การพิจารณาของศาลในคดีล้มละลายข้ามชาติแต่ละคดีเป็นไปตามแนวปฏิบัติและมาตรฐานที่มีอยู่ในแต่ละประเทศ แต่โดยทั่วไปศาลมักกำหนดให้ *คู่กรณีฝ่ายที่ต้องการโต้แย้งข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่า COMI มิได้ตั้งอยู่ ณ สำนักงานจดทะเบียนของลูกหนี้* เป็นผู้รับภาระการพิสูจน์เพื่อหักล้างข้อสันนิษฐานเบื้องต้นดังกล่าวนี้^{*}

3.3.6 วันพิจารณาเขตอำนาจระหว่างประเทศของศาล (Reference date)

ประเด็นปัญหาอีกประการหนึ่งเกี่ยวกับการพิจารณาเขตอำนาจระหว่างประเทศของศาล คือ ศาลควรเริ่มพิจารณาจุดเกาะเกี่ยว COMI เมื่อใด เพราะ European Insolvency Regulation มิได้กำหนดระยะเวลาที่ชัดเจนแน่นอนเอาไว้ สาเหตุประการหนึ่งอาจเป็นเพราะการกำหนดเงื่อนไขด้านระยะเวลาเป็นปัญหาในเชิงปฏิบัติและขึ้นอยู่กับแนวปฏิบัติของศาลและมาตรฐานที่มีอยู่ในแต่ละประเทศ ทั้งนี้ ปรากฏแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่แตกต่างกันอยู่ถึงอยู่ 3 แนวทาง¹⁰⁶ ดังนี้

แนวทางแรก เห็นว่าศาลควรพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI ในวันที่มีการยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ริเริ่มกระบวนการล้มละลาย มิใช่ในวันที่คำสั่งหรือคำพิพากษาให้ริเริ่มกระบวนการล้มละลายมีผลใช้บังคับ

ในคดี Shierson v. Vlieland-Boddy ผู้พิพากษา Mann (Court of Appeal: Civil Division) วินิจฉัยว่า ศาลควรพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI ในวันที่มีการยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ริเริ่มกระบวนการล้มละลาย ซึ่งโดยทั่วไปหมายถึงวันที่ศาลมีการพิจารณาคำร้องหรืออาจเกิดขึ้นก่อนหน้านั้นได้ในบางกรณี เช่น ในวันที่มีการยื่นคำร้องขอให้ศาลใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในคดีล้มละลาย เป็นต้น

* ดูในคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมยุโรป (ECJ) ในคดี Eurofood IFSC Ltd.

¹⁰⁶ Bob Wessels, *International Insolvency law*, pp. 321-327.

แนวทางที่สอง เห็นว่าศาลควรพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI ในวันที่ศาลมีคำสั่งหรือคำพิพากษาในคดีล้มละลายเป็นครั้งแรก เช่น มีคำสั่งให้ริเริ่มกระบวนการล้มละลายหรือมีคำสั่งแต่งตั้งผู้แทนกระบวนการล้มละลาย เป็นต้น

ในคดี *Geveran Trading Co. Ltd. v. Kjell Tore Skjevesland* ผู้พิพากษา Howard วินิจฉัยว่า ศาลควรพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI ในวันที่ศาลมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้ริเริ่ม (หรือไม่ริเริ่ม) กระบวนการล้มละลาย มิใช่ในวันที่ศาลได้รับการยื่นคำร้องขอให้ริเริ่มกระบวนการล้มละลายจากคู่กรณี เมื่อศาลได้พิจารณาเขตอำนาจระหว่างประเทศของตน และมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้ริเริ่มกระบวนการล้มละลายในสถานะของกระบวนการหลักแล้ว แม้ลูกหนี้จะได้อพยพย้ายถิ่นมายังสถานที่ตั้ง COMI ของตนออกไปยังประเทศสมาชิกอื่น หรือไปยังประเทศนอกสหภาพยุโรป หรือพยายามจำกัดการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจของตนให้อยู่ในระดับของ “สถานประกอบการ” (establishment) เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้มีการดำเนินกระบวนการหลัก คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลดังกล่าวย่อมไม่ได้รับผลกระทบและยังคงมีผลผูกพันโดยไม่จำกัดต่อประเทศสมาชิกอื่นๆ ในสหภาพยุโรปต่อไป

แนวทางที่สาม ศาลควรพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI ในวันที่ศาลมีคำสั่งถึงที่สุดให้ริเริ่มกระบวนการล้มละลาย

ในคดี *Collin v. Aikman Europe SA* ศาล (High Court of Justice: Chancery Division Companies Court) วินิจฉัยว่า ควรพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI เมื่อได้มีการพิสูจน์หลักฐานในคดีจนเป็นที่พอใจแก่ศาลและศาลได้มีคำสั่งถึงที่สุดให้ริเริ่มกระบวนการล้มละลายแล้ว

แม้ศาลในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปจะมีแนวทางในการตัดสินที่แตกต่างกัน แต่หลักการสำคัญประการหนึ่งที่เหมือนกัน คือ การพิจารณาเขตอำนาจระหว่างประเทศของศาลนั้น จำเป็นต้องมีกำหนดระยะเวลาที่ชัดเจนและแน่นอน เพราะในช่วงระยะเวลาก่อนหรือหลังมีการยื่นคำร้องขอให้ริเริ่มกระบวนการล้มละลาย หากลูกหนี้ได้ทำการเคลื่อนย้าย COMI จากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง ย่อมส่งผลให้มีการโต้แย้งเขตอำนาจศาลกันต่อไปอีกว่า ศาลของประเทศใดควรเป็นผู้มีเขตอำนาจระหว่างประเทศเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติ เพราะต่างเป็นหรือเคยเป็นสถานที่ตั้งของ COMI ด้วยกันทั้งสองประเทศ

จึงต้องทำความเข้าใจก่อนว่า โดยหลักการ การเคลื่อนย้ายสำนักงานแห่งใหญ่, ถิ่นที่อยู่โดยปกติวิสัย หรือภูมิลำเนาทางวิชาชีพของลูกหนี้จากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง เป็นสิ่งที่สามารถกระทำได้ภายใต้หลักเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ (Freedom of establishment) อันเป็นหลักการพื้นฐานของการประกอบธุรกิจในสหภาพยุโรป เอกชนย่อมสามารถเปลี่ยนแปลง หรือเคลื่อนย้ายสำนักงานแห่งใหญ่, ถิ่นที่อยู่ โดยปกติวิสัย หรือภูมิลำเนาทางวิชาชีพของตนไปยัง ประเทศสมาชิกต่างๆ ภายในสหภาพยุโรปได้อย่างเสรีโดยปราศจากข้อจำกัดเรื่องเขตอำนาจรัฐ อย่างไรก็ตาม European Insolvency Regulation มิได้กำหนดเงื่อนไขของการเคลื่อนย้าย COMI ว่าลูกหนี้จะต้องมีการบริหารจัดการผลประโยชน์ของตนในสถานที่ตั้งแห่งใหม่นั้นอย่างไร และต้องใช้ ระยะเวลาานเท่าใดจึงจะทำให้สถานที่ตั้งแห่งใหม่นั้นมีคุณสมบัติเป็น COMI ของลูกหนี้ได้

ศาลจึงจำเป็นต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงและปัจจัยแวดล้อมในแต่ละคดี เพื่อพิจารณาว่า การเคลื่อนย้ายสถานที่ตั้ง COMI ของลูกหนี้ นั้นเกิดจากความจำเป็นทางธุรกิจ หรือ เกิดจากเจตจำนงในการเลือกเขตอำนาจศาลของลูกหนี้เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้ศาลของประเทศอันเป็น สถานที่ตั้งแท้จริงของ COMI เป็นผู้มีเขตอำนาจในการดำเนินกระบวนการล้มละลายหรือลูกหนี้ เคลื่อนย้าย COMI เพียงเพื่อให้ตนได้รับผลประโยชน์สูงสุดจากกฎหมายล้มละลายของประเทศ ที่ตนเลือก ศาลจึงควรพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI จากพื้นฐานทางข้อเท็จจริง (Reality test) มากกว่ายึดถือเอาการเปลี่ยนแปลงสถานที่ตั้งแต่เพียงในนามหรือในทางทะเบียนในช่วงระยะเวลาสั้นๆ มาเป็นปัจจัยในการพิจารณาเขตอำนาจของศาล เพราะการเปลี่ยนแปลงศูนย์กลางการบริหารจัดการ ผลประโยชน์ของลูกหนี้แต่เพียงในนามหรือในทางทะเบียนย่อมไม่สามารถเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจ ระหว่างประเทศของศาลในความเป็นจริงได้

การกำหนดระยะเวลาที่ศาลสามารถพิจารณาเขตอำนาจระหว่างประเทศของตน จึงถือเป็นเรื่องสำคัญ เพราะช่วยลดแรงจูงใจของคู่กรณีในคดีล้มละลายมิให้สามารถเคลื่อนย้าย สถานที่ตั้งของ COMI จากประเทศหนึ่งไปสู่อีกประเทศหนึ่งได้โดยง่าย โดยในปัจจุบันศาลของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปโดยส่วนใหญ่มีแนวโน้มยอมรับแนวคำพิพากษาตามแนวทางแรก โดยถือเอาวันที่มีการยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ริเริ่มกระบวนการล้มละลาย (The date of the commencement of the foreign proceeding) เป็นวันพิจารณาชี้ขาดสถานที่ตั้งของ COMI หรือ Establishment

ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมยุโรปได้มีคำวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวไว้ในคดี **Susanne Staubitz - Schreiber*** โดยในคดีนี้นาง Susanne Staubitz-Schreiber (ลูกหนี้) ได้ยื่นคำร้องขอให้ริเริ่มกระบวนการล้มละลายในประเทศเยอรมันต่อศาลเยอรมัน (Court of Wuppertal) ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ต่างมีคำสั่งให้ยกคำร้องเนื่องจากเห็นว่าศาลเยอรมันไม่มีเขตอำนาจในการริเริ่มกระบวนการล้มละลายในสถานะของกระบวนการหลักตามมาตรา 3(1) แห่ง European Insolvency Regulation เพราะ COMI ตั้งอยู่ในประเทศสเปน

ต่อมาคดีนี้ได้ขึ้นสู่ศาลฎีกา ศาลฎีกาได้เสนอประเด็นปัญหาเพื่อให้ศาลยุติธรรมยุโรปวินิจฉัย มีใจความว่า “ในขณะที่มีการยื่นคำร้องขอให้ริเริ่มกระบวนการล้มละลายนั้น หากลูกหนี้ได้ยื่นคำร้องขอให้ริเริ่มกระบวนการล้มละลายต่อศาลในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของ COMI แต่ศาลยังมีคำสั่งให้ริเริ่มกระบวนการล้มละลาย ภายหลังจากลูกหนี้ได้เคลื่อนย้าย COMI ไปยังประเทศสมาชิกอื่นอีก เช่นนี้แล้วศาลแห่งแรกที่รับพิจารณาคำร้องของลูกหนี้จะยังคงมีเขตอำนาจเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติที่นั้นอยู่หรือไม่”

ศาลยุติธรรมยุโรปวินิจฉัยว่า บทบัญญัติในมาตรา 3(1) มิได้ระบุโดยชัดแจ้งว่าหากลูกหนี้มีการเคลื่อนย้ายสถานที่ตั้งของ COMI หลังจากที่ได้ยื่นคำร้องขอให้ริเริ่มกระบวนการล้มละลายต่อศาลในประเทศสมาชิกหนึ่งแล้ว ศาลในประเทศสมาชิكدังกล่าวจะยังคงมีเขตอำนาจเหนือคดีล้มละลายที่นั้นหรือไม่ อย่างไรก็ตาม การเคลื่อนย้ายสถานที่ตั้งของ COMI ในลักษณะดังกล่าวเป็นการขัดแย้งต่อวัตถุประสงค์ของ European Insolvency Regulation เนื่องจากในส่วนของอารัมภบทที่ 4 (Recital 4) แห่ง European Insolvency Regulation แสดงให้เห็นถึงเจตจำนงสำคัญของผู้ร่างที่ต้องการลดแรงจูงใจของคู่กรณีในการเลือกเขตอำนาจศาล (Forum shopping) โดยการยกย้ายถ่ายโอนทรัพย์สินหรือกระบวนการยุติธรรมจากประเทศสมาชิกหนึ่งไปยังอีกประเทศสมาชิกหนึ่งเพื่อให้ได้รับสถานะทางกฎหมายที่ดีกว่าสำหรับตน โดยศาลยุติธรรมยุโรปได้มีความเห็นเพิ่มเติมอีกว่า

* ดูใน Case C-1/04 Susanne Staubitz-Schreiber [2006] ECR I-701

“การโยกย้ายเขตอำนาจศาลย่อมขัดต่อวัตถุประสงค์ของ European Insolvency Regulation ตามที่ระบุไว้ในส่วนอารัมภบทที่ 2 และ 8 (Recital 2 and 8)¹⁰⁷ ซึ่งต้องการก่อให้เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผลของการดำเนินกระบวนการล้มละลายข้ามชาติ และย่อมเป็นภาระแก่เจ้าหนี้ที่จะต้องติดตามลูกหนี้เรื่อยๆไปไม่ว่าลูกหนี้จะโยกย้ายสถานที่ตั้งของ COMI เป็นการถาวรหรือไม่ เพราะในทางปฏิบัติลูกหนี้มักนำเรื่องการเคลื่อนย้ายสถานที่ตั้งของ COMI มาเป็นข้ออ้างเพื่อหวังเหนี่ยวให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล่าช้าออกไปอีก นอกจากนี้ การคงไว้ซึ่งเขตอำนาจระหว่างประเทศของศาลที่รับคำร้องเป็นแห่งแรกย่อมก่อให้เกิดความแน่นอนต่อการดำเนินกระบวนการยุติธรรม เพราะเจ้าหนี้จำเป็นต้องประเมินความเสี่ยงจากการล้มละลายของลูกหนี้ในขณะที่ยังเข้าก่อนติดสัมพันธ์กัน โดยคำนึงถึงสถานที่ตั้งของ COMI ด้วย

การคงไว้ซึ่งเขตอำนาจระหว่างประเทศของศาลผู้รับคำร้องจะทำให้ศาลสามารถเริ่มกระบวนการหลักซึ่งมีผลโดยไม่จำกัด หรือเริ่มกระบวนการในกรณีที่เหมาะสมได้ ตลอดจนเป็นการเพิ่มโอกาสให้ศาลสามารถแต่งตั้งผู้แทนกระบวนการเพื่อทำการเก็บรวบรวมและรักษาทรัพย์สินของลูกหนี้ได้ทันเวลาที่ อันจะเป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหนี้ว่าจะได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ในขอบเขตที่กว้างขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อลูกหนี้ได้เคลื่อนย้าย COMI ไปยังเขตดินแดนของประเทศสมาชิกอื่น หลังจากมีการยื่นคำร้องให้เริ่มกระบวนการล้มละลายในประเทศหนึ่งก่อนแล้ว แต่ศาลในประเทศนั้นยังไม่มีคำสั่งให้ริเริ่มกระบวนการล้มละลาย

ศาลจึงมีความเห็นในประเด็นนี้ว่า การตีความตามมาตรา 3(1) แห่ง European Insolvency Regulation จะต้องตีความให้ศาลแห่งประเทศสมาชิกอื่นเป็นสถานที่ตั้งของ COMI ในขณะที่ลูกหนี้ได้ยื่นคำร้องขอให้ริเริ่มกระบวนการล้มละลายเป็นแห่งแรกยังคงมีเขตอำนาจในการริเริ่มกระบวนการล้มละลายต่อไป แม้ว่าลูกหนี้จะได้เคลื่อนย้าย COMI ไปยังเขตดินแดนของประเทศ

¹⁰⁷ Recital 2 of European Insolvency Regulation: “The proper functioning of the internal market requires that cross-border insolvency proceedings should operate efficiently and effectively and this Regulation needs to be adopted in order to achieve this objective which comes within the scope of judicial cooperation in civil matters within the meaning of Article 65 of the Treaty.”

Recital 8 of European Insolvency Regulation: “In order to achieve the aim of improving the efficiency and effectiveness of insolvency proceedings having cross-border effects, it is necessary, and appropriate, that the provisions on jurisdiction, recognition and applicable law in this area should be contained in a Community law measure which is binding and directly applicable in Member States.”

สมาชิกอื่น หลังจากได้ยื่นคำร้องต่อศาลประเทศหนึ่งแล้ว แต่ศาลในประเทศนั้นยังมีคำสั่งให้ริเริ่มกระบวนการล้มละลายก็ตาม”

3.4 เกณฑ์ COMI ในสหรัฐอเมริกา

3.4.1 ความเป็นมา

สหรัฐอเมริกาได้ดำเนินการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายล้มละลายครั้งใหญ่ในปี ค.ศ.2005 โดยในวันที่ 20 เมษายน ค.ศ.2005 สภาคอนเกรสโดยอาศัยอำนาจของ The Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act (“BAPCPA”) ได้มีมติเห็นชอบให้รับหลักการของ Model law โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติลงใน Chapter 15 ของประมวลกฎหมายล้มละลายสหรัฐฯ (United States Bankruptcy Code) มีผลใช้บังคับในเดือนตุลาคม ค.ศ. 2005 โดยมีเป้าหมายในการสร้างกลไกการรับรองและการบังคับตามคำพิพากษาในคดีล้มละลายของศาลต่างประเทศในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ และสร้างความร่วมมือกันระหว่างศาลสหรัฐฯ ศาลต่างประเทศ เจ้าพนักงานในคดีล้มละลาย และลูกหนี้ เพื่อประโยชน์สูงสุดในการรวบรวมและคงไว้ซึ่งมูลค่าทรัพย์สินของลูกหนี้ ตลอดจนปกป้องผลประโยชน์ของเจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องในคดีล้มละลายให้ได้รับชำระหนี้และการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน

ก่อนหน้าการรับหลักการของ Model law เข้ามาปรับใช้นั้น การรับรองคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลต่างประเทศและกระบวนการพิจารณาต่างประเทศของศาลสหรัฐฯ ล้วนอยู่ภายใต้มาตรา 304 แห่งประมวลกฎหมายล้มละลายสหรัฐฯ (ฉบับเดิมก่อนแก้ไข)¹⁰⁸ โดยเปิดโอกาสให้ศาล

¹⁰⁸Article 304(c) of US Bankruptcy Code provided that in determining whether to grant relief, the court shall be guided by what will best assure an economical and expeditious administration of such estate consistent with: (1) just treatment of all holders of claims against or interest in such estate., (2) protection of claim holders in the United States against prejudice and inconvenience in the processing of claims in such foreign proceeding., (3) preventions of preferential or fraudulent dispositions of property of such estate, (4) distribution of proceeds of such estate substantially in

ล้มละลายสหรัฐฯ ตามคำร้องขอของผู้แทนต่างประเทศ สามารถใช้ดุลยพินิจโดยอิสระในการพิจารณา คุ้มครองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ, การริเริ่ม หรือดำเนินการต่อไปของลูกหนี้หรือทรัพย์สินของ ลูกหนี้ในกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ตลอดจนกำหนดมาตรการใดๆ อันเป็นการให้ความคุ้มครอง และช่วยเหลือการดำเนินงานของผู้แทนต่างประเทศบนพื้นฐานของหลักอรรถยาศัยไมตรี (Principle of comity)*

อย่างไรก็ตาม Chapter 15 ได้เข้ามาแทนที่หลักการของมาตรา 304 ที่มีอยู่เดิม โดยจำกัดการใช้ดุลยพินิจของศาลลงให้สามารถคุ้มครองได้เฉพาะกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 1502 และ 1517 เท่านั้น กล่าวคือ สามารถคุ้มครองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในสถานะของ “กระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ” หากกระบวนการพิจารณาต่างประเทศดังกล่าวเกิดขึ้นในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของ COMI¹⁰⁹ และรับรองในสถานะของ “กระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ” หากกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ดังกล่าวเกิดขึ้นในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งสถานประกอบการ (Establishment) ของลูกหนี้¹¹⁰ โดยมีเงื่อนไขว่า ผู้แทนต่างประเทศของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นๆ ต้องเป็นบุคคลหรือองค์กร ที่ได้รับมอบหมายหรือมอบอำนาจให้ทำหน้าที่เป็นผู้แทนต่างประเทศอย่างถูกต้อง ตลอดจนคำร้อง

accordance with the order prescribed by this title., (5) comity; and if appropriate, (6) the provision of an opportunity for a fresh start for the individual that such foreign proceeding concerns.

* หลักอรรถยาศัยไมตรี (Principle of comity) เป็นหลักกฎหมาย Common law โดยในระบบกฎหมายของ ประเทศแคนาดาที่ปรากฏการใช้หลักการดังกล่าวนี้เช่นกัน โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 18.6 แห่ง The Companies' Creditors Arrangement Act (“CCAA”) (ฉบับเดิมก่อนมีการแก้ไข) ทำให้ศาลของประเทศแคนาดาสามารถใช้ดุลย พินิจในการพิจารณารับรองคำสั่ง, คำพิพากษาของศาลต่างประเทศ และกระบวนการพิจารณาต่างประเทศได้อย่าง กว้างขวาง ภายหลังจากเมื่อมีการรับหลักการของ Model law มาบัญญัติไว้ใน The Companies' Creditors Arrangement Act และใน The Bankruptcy and Insolvency Act (“BIA”) ส่งผลให้เกิดการจำกัดการใช้ดุลยพินิจ ของศาลลง

¹⁰⁹ Article 1502(4) of US Bankruptcy Code: ““Foreign main proceeding” means a foreign proceeding pending in the country where the debtor has the center of its main interests.”

¹¹⁰ Article 1502(5) of US Bankruptcy Code: ““Foreign non main proceeding” means a foreign proceeding, other than a foreign main proceeding, pending in a country where the debtor has an establishment.”

ขอให้รับรองต้องมีความครบถ้วนตามที่กำหนดไว้ ศาลสหรัฐฯ จึงจะสามารถมีคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศดังกล่าวในสถานะใดสถานะหนึ่งได้¹¹¹

หลักเกณฑ์การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศใน Chapter 15 แทบจะไม่มี การเปลี่ยนแปลงไปจากหลักการของ Model law ที่มีอยู่เดิมเลย โดยต้องทำความเข้าใจในเบื้องต้น ก่อนว่า แม้เกณฑ์ COMI จะมีจุดกำเนิดอยู่ในสหภาพยุโรป แต่มีได้หมายความว่า European Insolvency Regulation และ Model law จะต้องมีจุดมุ่งหมายเดียวกันในการปรับใช้เกณฑ์ COMI เสมอไป เพราะโครงสร้างของหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศทั้งสองมีความแตกต่างกัน โดยสหภาพยุโรป ค่อนข้างให้ความสำคัญแก่ความแน่นอนทางกฎหมายของเขตอำนาจศาลมาก และใช้ COMI เป็นเกณฑ์ในการริเริ่มกระบวนการหลักในสหภาพยุโรป ในขณะที่สหรัฐอเมริกาภายใต้หลักการของ Model law ได้นำ COMI มาใช้เป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกสถานะของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ที่ศาลสหรัฐฯ สามารถพิจารณารับรองในสถานะกระบวนการหลักต่างประเทศได้เท่านั้น ศาลต่างประเทศจึงอาจเริ่มกระบวนการล้มละลายโดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยว COMI, Establishment, สถานที่ตั้งทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือจุดเกาะเกี่ยวอื่นๆ ตามกฎหมายภายในได้ แต่กระบวนการพิจารณา ต่างประเทศดังกล่าวจะถูกรับรองให้มีผลผูกพันภายในสหรัฐอเมริกาด้วยหรือไม่ นั่นถือเป็นอีกเรื่องหนึ่ง

¹¹¹ Article 1517(a) and (b) of US Bankruptcy Code:

“(a) Subject to section 1506, after notice and a hearing, an order recognizing a foreign proceeding shall be entered if

(1) such foreign proceeding for which recognition is sought is a foreign main proceeding or foreign non main proceeding within the meaning of section 1502;

(2) the foreign representative applying for recognition is a person or body; and

(b) Such foreign proceeding shall be recognized

(1) as a foreign main proceeding if it is pending in the country where the debtor has the center of its main interests; or

(2) as a foreign non main proceeding if the debtor has an establishment within the meaning of section 1502 in the foreign country where the proceeding is pending.”

3.4.2 ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นและผู้มีภาระในการพิสูจน์

Chapter 15 แห่งประมวลกฎหมายล้มละลายสหรัฐฯ มิได้กำหนดความหมายหรือคำนิยามที่ชัดเจนของ COMI ไว้ เพียงแต่กำหนดข้อสันนิษฐานเบื้องต้นไว้ในมาตรา 1516(c) โดยให้ถือเอาสำนักงานจดทะเบียนสำหรับลูกหนี้ที่เป็นบริษัทหรือนิติบุคคล และถิ่นที่อยู่โดยปกติวิสัยสำหรับลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดาเป็นสถานที่ตั้งของ COMI ในกรณีที่ไม่ปรากฏหลักฐานโต้แย้งเป็นประการอื่น¹¹² ปรากฏจุดมุ่งหมายของการกำหนดข้อสันนิษฐานเบื้องต้นอยู่ใน Guide to enactment of the UNCITRAL Model law ดังนี้

“บทบัญญัติในมาตรา 16 แห่ง Model law (เป็นต้นแบบของการร่างบทบัญญัติมาตรา 1516 แห่งประมวลกฎหมายล้มละลายสหรัฐฯ ในปัจจุบัน) ได้กำหนดข้อสันนิษฐานเบื้องต้นเพื่อให้กระบวนการพิสูจน์หลักฐานเป็นไปด้วยความรวดเร็ว ในขณะที่เดียวกันก็ได้ปิดกั้นมิให้ศาลสามารถปรับใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความในการเรียกหรือประเมินหลักฐานอื่นๆ หากเห็นว่าบทสรุปตามข้อสันนิษฐานยังเป็นที่ยังสงสัยแก่ศาลหรือผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องในคดี”

ในคดี Bear Sterns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund
ผู้พิพากษา Burton Lifland วินิจฉัยว่า

“จากประวัติการร่างบทบัญญัติในมาตรา 1516(c) ข้อสันนิษฐานให้ถือเอาสำนักงานจดทะเบียนเป็นสถานที่ตั้งของ COMI มีขึ้นเพื่อความสะดวกและรวดเร็วในการพิสูจน์ ในกรณีที่ไม่มีปรากฏข้อโต้แย้งอื่นที่มีน้ำหนักหรือความสำคัญมากกว่าเท่านั้น... โดยเฉพาะในคดีล้มละลายที่ต้องการความรวดเร็วยิ่งไม่ควรปล่อยให้การค้นหาสถานที่ตั้งอันเป็น “ศูนย์กลาง” แท้จริงของลูกหนี้กลายเป็นประเด็นอันมีข้อสงสัย... ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นมิได้ถือเป็นตัวเลือกที่มีน้ำหนักหรือความสำคัญเหนือกว่า หากปรากฏว่าสถานที่จดทะเบียนจัดตั้งและสถานที่ตั้งแท้จริงของลูกหนี้ตั้งอยู่คนละเขตอำนาจรัฐกัน

¹¹² Article 1516 (c) of US Bankruptcy Code: “In the absence of evidence to the contrary, the debtor’s registered office, or habitual residence in the case of an individual, is presumed to be the center of the debtor’s main interests.”

* Guide to enactment of the UNCITRAL Model law (Paragraph 122)

ทั้งนี้ Chapter 15 ได้เปลี่ยนแปลงมาตรฐานของการกำหนดข้อสันนิษฐานเบื้องต้นจาก “ในกรณีที่ไม่มีปรากฏข้อพิสูจน์โต้แย้งเป็นประการอื่น” (“the absence of proof to the contrary”) มาเป็น “ในกรณีที่ไม่มีปรากฏหลักฐานโต้แย้งเป็นประการอื่น” (“the absence of evidence to the contrary”) โดยในประวัติการร่างได้อธิบายว่า การเปลี่ยนแปลงจากการใช้คำว่า “ข้อพิสูจน์” (proof) มาเป็นคำว่า “หลักฐาน” (evidence) เพื่อก่อให้เกิดความชัดเจนในการใช้ถ้อยคำสำหรับสหรัฐอเมริกาว่าภาระในการพิสูจน์ย่อมตกอยู่กับผู้แทนต่างประเทศ... Model law และ Chapter 15 จึงให้น้ำหนักหรือความสำคัญต่อข้อสันนิษฐานเบื้องต้นอย่างจำกัด... ดังนั้น หากกระบวนการพิจารณาต่างประเทศเกิดขึ้นในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของสำนักงานจดทะเบียน และหากปรากฏหลักฐานว่า COMI อาจตั้งอยู่ในแหล่งอื่น ผู้แทนต่างประเทศมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า COMI ตั้งอยู่ภายในประเทศเดียวกับประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของสำนักงานจดทะเบียนหรือไม่”

ในคดี Tri-Continental Exchange ผู้พิพากษา Klein วินิจฉัยว่า “แม้ว่ามาตรา 1515 และ 1516 จะถูกสร้างขึ้นเพื่อให้การรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศกระทำได้อย่างง่ายและก่อให้เกิดความรวดเร็ว แต่ศาลสามารถรับฟังข้อพิสูจน์ประการอื่นๆ เพิ่มเติมได้ โดยกำหนดให้ภาระในการพิสูจน์ตกอยู่กับผู้แทนต่างประเทศ ถึงแม้ว่าศาลจะสามารถเปลี่ยนแปลงผู้มีภาระในการพิสูจน์ได้ภายในขอบเขตของมาตรา 1516”

ศาลสหรัฐอเมริกาจึงมิได้ให้น้ำหนักหรือความสำคัญแก่ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นในเชิงพยานหลักฐานเป็นพิเศษ แต่เห็นว่าข้อสันนิษฐานเบื้องต้นเป็นเพียงตัวช่วยเพื่อก่อให้เกิดความสะดวกรวดเร็วแก่การพิสูจน์สถานที่ตั้งของ COMI ในกรณีที่ไม่มีปรากฏหลักฐานโต้แย้งประการอื่นที่มีน้ำหนักมากกว่าหรือที่แสดงให้เห็นได้โดยชัดแจ้งว่า COMI ตั้งอยู่ในแหล่งอื่น มิใช่ในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของสำนักงานจดทะเบียนเท่านั้น ศาลจึงไม่จำเป็นต้องผูกพันตนเองตามข้อสันนิษฐานเบื้องต้นเสมอไป ในทางกลับกัน หากศาลเห็นว่าเหตุอันควรสงสัยว่ากระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ผู้แทนต่างประเทศร้องขอให้ศาลสหรัฐฯ พิจารณารับรองอาจไม่ได้เริ่มขึ้นในประเทศ

* ดูในคดี Bear Sterns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund (Bankr.S.D.N.Y. September 5, 2007) (original emphasis, internal citations omitted) และในคดี Tri-Continental Exchange, 349 B.R. 627, 635 (Bankr.E.D.Cal 2006) สำหรับผลการตัดสินในลักษณะเดียวกัน

อันเป็นสถานที่ตั้งของ COMI ศาลย่อมสามารถนำข้อเท็จจริงหรือปัจจัยอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องในคดีมาพิจารณาประกอบได้ ตลอดจนมีอำนาจเรียกดูพยานหลักฐานเพิ่มเติมจนกว่าจะเป็นที่พอใจแก่ศาล เช่นเดียวกับการพิสูจน์หลักฐานในคดีทั่วไป โดยศาลสหรัฐฯ มักกำหนดให้ภาระในการพิสูจน์สถานที่ตั้งของ COMI ตกเป็นของผู้แทนต่างประเทศ

3.4.3 แนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการปรับใช้เกณฑ์ COMI

ก่อนหน้ามีการเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติใน Chapter 15 ของประมวลกฎหมายล้มละลายสหรัฐฯ ไม่ปรากฏว่ามีการปรับใช้เกณฑ์ COMI ในระบบกฎหมายภายในของสหรัฐฯ เพราะ COMI มีจุดกำเนิดอยู่ในสหภาพยุโรป คำพิพากษาเกี่ยวกับการตีความและปรับใช้เกณฑ์ COMI โดยส่วนใหญ่จึงเกิดขึ้นในสหภาพยุโรปด้วย ดังนั้น เพื่อประโยชน์ในการตีความบทบัญญัติต่างๆ ของ Chapter 15 ในมาตรา 1508 จึงเปิดโอกาสให้ศาลสหรัฐฯ สามารถพิจารณาจุดกำเนิดในทางระหว่างประเทศหรือการปรับใช้บทบัญญัติในลักษณะเดียวกันในต่างประเทศได้¹¹³ เห็นได้จากคำพิพากษาของศาลล้มละลายสหรัฐฯ ในหลายคดีซึ่งมักอ้างอิงบทบัญญัติของ European Insolvency Regulation และคำพิพากษาของศาลในสหภาพยุโรปเพื่อเป็นแนวทางในการตีความและปรับใช้เกณฑ์ COMI ภายในสหรัฐฯ

อย่างไรก็ตาม การอ้างอิงแนวทางของศาลในสหภาพยุโรปมิได้ทำให้ศาลสหรัฐฯ จำเป็นต้องยอมรับรองคำพิพากษาของศาลต่างประเทศโดยอัตโนมัติเช่นเดียวกับแนวปฏิบัติในสหภาพยุโรปด้วย เพราะภายใต้หลักการของ Model law นั้นมิได้สร้างกลไกการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศขึ้นมาเพื่อผูกมัดมิให้ศาลในประเทศผู้รับหลักการสามารถใช้ดุลยพินิจของตนในการพิจารณารับรองได้เลย ศาลในประเทศผู้รับหลักการยังคงมีอิสระในระดับหนึ่งในการพิจารณาว่าควรจะรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นๆ หรือไม่รับรอง ทั้งนี้ ศาลสหรัฐฯ ค่อนข้างมีแนวทางที่

¹¹³ Article 1508 of US Bankruptcy Code: "In interpreting this chapter, the court shall consider its international origin, and the need to promote an application of this chapter that is consistent with the application of similar statutes adopted by foreign jurisdictions."

ชัดเจนในการพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI โดยมุ่งพิจารณาจากสถานที่อันเป็นศูนย์กลางการบริหารจัดการธุรกิจของลูกหนี้ตามความเป็นจริงมากกว่าการยึดถือเอาสำนักงานจดทะเบียนเป็นสถานที่ตั้งของ COMI ตามข้อสันนิษฐานเบื้องต้นแต่เพียงอย่างเดียว

แนวทางของศาลสหรัฐฯ เห็นว่าเกณฑ์ COMI สามารถเทียบเคียงได้กับ “เกณฑ์สถานประกอบธุรกิจหลัก” (Principal place of business) ในระบบกฎหมายภายในของสหรัฐฯ โดยในมาตรา 109 แห่งประมวลกฎหมายล้มละลายสหรัฐฯ ได้วางหลักเกณฑ์ให้บุคคลหรือนิติบุคคลสามารถเริ่มต้นคดีล้มละลายภายในสหรัฐฯ ได้โดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวถิ่นที่อยู่ (Residence), ภูมิลำเนา (Domicile), สถานประกอบธุรกิจหลัก (Principal place of business) หรือทรัพย์สิน (Property) ที่ตั้งอยู่ภายในประเทศสหรัฐฯ แล้วแต่กรณี¹¹⁴ และผู้ที่สามารถขอรับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายล้มละลายสหรัฐฯ อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท ทั้งนี้ ในมาตรา 1501(c) ได้ขยายขอบเขตให้หมายรวมถึงบริษัทประกันภัยต่างประเทศด้วย ยกเว้นบริษัทต่างประเทศซึ่งประกอบกิจการรถไฟหรือสถาบันการเงินไม่สามารถขอรับความคุ้มครองในสถานะของลูกหนี้ภายใต้ Chapter 15 ได้¹¹⁵

ในคดี Tri-Continental Exchange Ltd.* ลูกหนี้เป็นบริษัทประกันภัยและถูกกล่าวหาว่าดำเนินการขายประกันภัยปลอมให้แก่พลเมืองชาวสหรัฐฯ ผ่านเครือข่ายของ Broker และตัวแทนภายในประเทศ ลูกหนี้ประกอบด้วยพนักงานกว่า 20 คน และมีสำนักงานตั้งอยู่ใน

¹¹⁴ Article 109(a) of US Bankruptcy Code: “Notwithstanding any other provision of this section, only a person that resides or has a domicile, a place of business, or property in the United States, or a municipality, may be a debtor under this title.”

¹¹⁵ Article 1501(c) of US Bankruptcy Code: “Chapter 15 does not apply to:

- (1) a proceeding concerning an entity other than a foreign insurance company identified in article 109(b); (5)
- (2) an individual with debts within the limits specified in article 109(e) (6) and who is a citizen of the United States or lawfully admitted permanent resident; or
- (3) entities subject to the Securities Investor Protection Act of 1970, or a stockbroker or commodity broker subject to the provisions of Chapter 7. (7)”

* ดูในคดี Tri-Continental Exchange Ltd., 349 B.R. 627 (Bankr. E.D. Cal. 2006)

St. Vincent และ Grenadines ต่อมาลูกหนี้ได้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายใน St. Vincent และ Grenadines โดยผู้แทนต่างประเทศได้ดำเนินการร้องขอให้ศาลสหรัฐฯ พิจารณารับรองกระบวนการล้มละลายดังกล่าวในสถานะของกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ฝ่ายเจ้าหน้าที่กลับโต้แย้งว่า COMI ของลูกหนี้ตั้งอยู่ในสหรัฐฯ เพราะเจ้าหน้าที่โดยส่วนใหญ่และผู้ควบคุมแผนนโยบายการประกอบธุรกิจของลูกหนี้ตั้งอยู่ในสหรัฐฯ

ศาลล้มละลายสหรัฐฯ (The US Bankruptcy Court for the Eastern District of California) โดยผู้พิพากษา Klein ได้พิจารณาเปรียบเทียบบริบทในส่วนอารัมภบทที่ 13 แห่ง European Insolvency Regulation ซึ่งกำหนดแนวทางการปรับใช้เกณฑ์ COMI ไว้ว่า “COMI ควรเป็นสถานที่ซึ่งโดยปกติลูกหนี้ใช้ในการบริหารจัดการผลประโยชน์ของตนและสามารถรับรู้ได้โดยบุคคลที่สาม” และเห็นว่า เกณฑ์ COMI สามารถเทียบเคียงได้กับเกณฑ์ “สถานประกอบธุรกิจหลัก” (Principal place of business) ในระบบกฎหมายภายในของสหรัฐฯ ในคดีนี้แม้การซื้อโงจะเกิดขึ้นภายในประเทศสหรัฐฯ และแคนาดา แต่โดยปกติลูกหนี้มีการดำเนินธุรกิจอยู่ใน St. Vincent และ Grenadines ดังนั้น COMI จึงตั้งอยู่ใน St. Vincent และ Grenadines ศาลสหรัฐฯ จึงมีคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศดังกล่าวในสถานะกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ

โดยศาลสหรัฐฯ ได้อธิบายแนวทางการพิจารณา “สถานประกอบธุรกิจหลัก” (Principal place of business) ไว้เพิ่มเติม ในคดี Phoenix Four v. Strategic Resources Corp. ดังนี้

“การตัดสินสถานประกอบธุรกิจหลักของบริษัทสามารถพิจารณาได้สองแนวทาง **แนวทางแรก** ให้พิจารณาจากสถานที่อื่นเป็น “จุดยุทธศาสตร์” (Nerve center) ซึ่งบริษัทได้ใช้เป็นแหล่งในการกำหนดทิศทางของการดำเนินงานในส่วนต่างๆ ของบริษัท และบุคคลกรของบริษัทได้ขึ้นตรง หรือมีการควบคุม หรือประสานงานในกิจกรรมทั้งหมดของบริษัทในสถานที่ดังกล่าว ...ภายใต้แนวทางนี้ศาลจึงพิจารณาจากสถานที่อื่นเป็นจุดกำเนิดแผนนโยบายทั้งหลายของบริษัท **แนวทางที่สอง** ให้พิจารณาจาก “สถานประกอบการ” (Place of operations หรือ Locus of operations) โดยพยายามระบุสถานที่ซึ่งบริษัทได้ใช้เป็นหลักในการประกอบธุรกิจของตน ...โดยทั่วไปศาลจะปรับใช้เกณฑ์ “จุดยุทธศาสตร์” เมื่อการประกอบธุรกิจของบริษัทมีลักษณะ

การจัดกระจายในทางภูมิศาสตร์ และปรับใช้เกณฑ์ “สถานประกอบการ” เมื่อการประกอบธุรกิจของบริษัทมีลักษณะรวมศูนย์อยู่ในสถานที่แห่งใดแห่งหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่าไม่มีความจำเป็นต้องทำการเปรียบเทียบว่าแนวทางใดมีความเหมาะสมมากกว่ากัน เพราะจากแนวคำพิพากษาของศาลแสดงให้เห็นโดยชัดแจ้งว่า ศาลไม่ควรยึดติดแนวทางใดแนวทางหนึ่งเป็นพิเศษ แต่ควรเลือกปรับใช้แต่ละแนวทางโดยขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี...การเลือกใช้นโยบายที่ยืดหยุ่นย่อมมีความเหมาะสมมากกว่า หากข้อเท็จจริงในคดีไม่ตรงกับเงื่อนไขของทั้งเกณฑ์ “จุดยุทธศาสตร์” หรือเกณฑ์ “สถานประกอบการ”

ในคดี Sphinx Managed Futures Fund Ltd. ลูกหนี้ประกอบธุรกิจซื้อขายหลักทรัพย์และตราสารล่วงหน้า โดยจดทะเบียนจัดตั้งเป็นนิติบุคคลขึ้นใน Cayman Islands แต่มิได้มีการประกอบการค้าหรือดำเนินธุรกิจใดๆ ใน Cayman Islands ต่อมาลูกหนี้ได้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายโดยสมัครใจใน Cayman Islands ศาลดำเนินการแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศ และผู้แทนต่างประเทศนั้นได้ดำเนินการยื่นคำร้องต่อศาลล้มละลายสหรัฐฯ ให้พิจารณารับรองกระบวนการดังกล่าวในสถานะของกระบวนการหลักต่างประเทศหรือกระบวนการรองต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ภายใต Chapter 15 แห่งประมวลกฎหมายล้มละลายสหรัฐฯ

ศาลได้นำแนวทาง “Head office function” หรือ “Command and control approach” มาใช้ในการพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI ด้วย เพราะในคดีนี้ปรากฏโดยชัดแจ้งว่า สถานประกอบการหลักของลูกหนี้ตั้งอยู่ในสหรัฐอเมริกา ศาลจึงปฏิเสธไม่ยอมรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในสถานะกระบวนการหลักต่างประเทศ แต่รับรองในสถานะกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศแทนโดยอาศัยหลักอภิปรัชญาไม่ตรี (Principle of comity) อย่างไรก็ตาม ศาลไม่สามารถอธิบายได้ว่าลูกหนี้มีจุดเกาะเกี่ยว “สถานประกอบการ”(Establishment) ตั้งอยู่ใน Cayman Islands ตามความหมายของมาตรา 1502(5) อันจะทำให้ศาลสามารถพิจารณารับรองในสถานะกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศได้อย่างไร คดีนี้จึงได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่า ศาลได้นำคุณสมบัติของลูกหนี้ตามเกณฑ์การรับรองภายใต Chapter 15 มาใช้อย่างไม่เหมาะสม (สามารถศึกษารายละเอียดเพิ่มเติมได้ในหัวข้อคำพิพากษาของศาลสหรัฐฯ ทำยบทนี้)

ในคดี Bear sterna High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund ผู้พิพากษา Burton Lifland วินิจฉัยว่า ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นให้ถือเอาสำนักงานจดทะเบียนเป็นสถานที่ตั้งของ COMI มีขึ้นเพื่อความสะดวกรวดเร็วในการพิสูจน์หลักฐานเมื่อไม่มีข้อโต้แย้งประการอื่นที่มีน้ำหนักน่าเชื่อถือกว่าเท่านั้น โดยได้ยกตัวอย่างปัจจัยที่ศาลนำมาพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI ได้แก่ สถานที่ตั้งสำนักงานใหญ่ของลูกหนี้, สถานที่ตั้งของผู้มีอำนาจบริหารจัดการที่แท้จริงของลูกหนี้, สถานที่ตั้งทรัพย์สินโดยพื้นฐานของลูกหนี้, สถานที่ตั้งของเจ้าหนี้โดยส่วนใหญ่ และเจ้าหนี้ผู้มีส่วนสำคัญในคดี หรือเขตอำนาจรัฐที่กฎหมายภายในของรัฐนั้นถูกนำมาใช้บังคับแก่ข้อพิพาทมากที่สุด เป็นต้น ท้ายที่สุดศาลได้นำแนวทาง “Head office function” หรือ “Command and control approach” มาใช้ในการพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI โดยพิจารณาจากสถานที่อันเป็นสถานประกอบการค้าและดำเนินธุรกิจหลักของลูกหนี้เป็นสำคัญ เพราะแม้ลูกหนี้จะมีสำนักงานจดทะเบียนตั้งอยู่ใน Cayman Islands ตรงตามเกณฑ์ของข้อสันนิษฐานเบื้องต้น อันจะทำให้กระบวนการพิจารณาต่างประเทศอาจมีคุณสมบัติให้สามารถรับรองได้ในสถานะกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ แต่ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นได้ถูกหักล้างไปเพราะลูกหนี้ไม่มีทั้งสำนักงาน (ทางภูมิศาสตร์) หรือการจ้างงาน ตลอดจนไม่มีการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจใดๆ ใน Cayman Islands ในความเป็นจริงเลย ศาลสหรัฐฯ จึงสรุปว่า COMI ตั้งอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา

ในคดี Betcorp Ltd. ลูกหนี้เป็นบริษัทจดทะเบียนจัดตั้งขึ้นในประเทศออสเตรเลีย และได้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายในประเทศออสเตรเลีย ต่อมาได้มีการแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศเพื่อทำหน้าที่นำเสนอกระบวนการล้มละลายดังกล่าวให้ศาลสหรัฐฯ พิจารณารับรอง ผู้พิพากษา Bruce Markwell ได้นำแนวทาง “Head office function” หรือ “Command and control approach” มาใช้ในการพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI โดยวินิจฉัยว่า

“การวิเคราะห์สถานที่ตั้งของ COMI ในคดีโดยทั่วไปนั้น ศาลจะไม่มีวิธีการที่แน่นอนตายตัวหรืออาศัยปัจจัยการพิจารณาเพียงอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่ศาลจะวิเคราะห์จากหลายๆ ปัจจัยตามพื้นฐานของความเป็นจริงว่าสถานประกอบธุรกิจหลักของลูกหนี้ (Principal place of business) ควรตั้งอยู่ที่ใด”

ศาลได้พิจารณาจากสถานที่ซึ่งลูกหนี้มีการบริหารจัดการและปฏิบัติการอันเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของลูกหนี้ โดยบุคคลที่สามโดยทั่วไปสามารถรับรู้และเข้าใจถึงการประกอบธุรกิจ

ของลูกหนี้ได้ ในคดีนี้ศาลจึงสรุปว่า COMI ของลูกหนี้ตั้งอยู่ในประเทศออสเตรเลีย และมีคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศดังกล่าวในสถานะกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ

ในคดี Tradex Swiss AG* ศาลสหรัฐฯ วินิจฉัยว่า “สถานที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ของลูกหนี้, สถานที่จัดการธุรกิจของลูกหนี้, สถานที่ตั้งทรัพย์สินและเจ้าหนี้ และกฎหมายที่ถูกลูกหนี้นำมาใช้บังคับแก่สถานที่ดังกล่าวล้วนล้วนเป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI”

ศาลสหรัฐฯ ได้นำทฤษฎี Universality มาปรับใช้ในลักษณะประยุกต์ (Modified Universality) โดยปฏิบัติต่อลูกหนี้ที่มีการประกอบธุรกิจในลักษณะกระจายอยู่ในหลายประเทศเสมือนว่าลูกหนี้มี “สำนักงานแห่งใหญ่เพียงแห่งเดียว” (Single head office) และพยายามดำเนินกระบวนการล้มละลายให้เสร็จสิ้นภายในกระบวนการเดียว เพื่อก่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติสูงสุดต่อ การดำเนินกระบวนการล้มละลายภายใต้ Chapter 15** ดังนั้น หากปรากฏข้อเท็จจริงโดยชัดแจ้งว่าบริษัทแม่มีอำนาจในการควบคุมหรือสั่งการเหนือบริษัทลูก และการดำเนินธุรกิจของบริษัทลูกมิได้มีการแบ่งแยกจากการดำเนินธุรกิจของบริษัทแม่โดยชัดเจน โดยดำเนินธุรกิจเสมือนเป็นนิติบุคคลเดียวกัน สถานประกอบธุรกิจหลักของบริษัทแม่ (Parent company's principal place of business) อาจถูกรับรองให้เป็นสถานประกอบธุรกิจหลักของบริษัทลูก (Subsidiary's principal place of business) ได้เช่นกัน

กล่าวโดยสรุป ศาลสหรัฐฯ ค่อนข้างมีแนวทางที่ชัดเจนในการตีความและปรับใช้เกณฑ์ COMI โดยนำแนวทาง Head office function approach และเกณฑ์สถานประกอบธุรกิจหลักของลูกหนี้ (Principal place of business) ในระบบกฎหมายภายในของสหรัฐฯ มาปรับใช้ในลักษณะควบคู่กันไป โดยมุ่งพิจารณา COMI จากสถานที่อื่นเป็นศูนย์กลางการควบคุมและจัดการธุรกิจตามความเป็นจริงมากกว่าการถือเอาสำนักงานจดทะเบียนตามข้อสันนิษฐานเบื้องต้นแต่เพียงอย่างเดียว โดยศาลสหรัฐฯ ค่อนข้างมีขอบเขตกว้างและมีความยืดหยุ่นในการพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI เพราะเห็นว่า COMI เป็นปัญหาในเชิงข้อเท็จจริง ศาลจึงจำเป็นต้องประเมินจากข้อเท็จจริง

* ดูในคดี Tradex Swiss AG, 384 BR 34, 43 (Bankr D Mass 2008)

** ดูในคดี Ernst & Young, Inc, 383 BR 773 (Bankr D Colo 2008)

และปัจจัยต่างๆ ตามความเหมาะสมในแต่ละคดี โดยไม่มีหลักเกณฑ์แน่นอนตายตัวว่าจะต้องนำข้อเท็จจริงหรือปัจจัยในลักษณะใดเป็นพิเศษมาใช้เป็นหลักในการพิจารณาตัดสิน COMI

3.4.4 วันพิจารณาเขตอำนาจระหว่างประเทศของศาล (Reference date)

กำหนดระยะเวลาเริ่มต้นในการพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI หรือ Establishment ภายใต้แนวทางของศาลสหรัฐอเมริกามีความแตกต่างจากแนวทางของศาลในสหภาพยุโรปอย่างชัดเจน เพราะโครงสร้างของ European Insolvency Regulation นั้นจำกัดกรอบให้ศาลในสหภาพยุโรปจำเป็นต้องดำเนินการพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI ก่อน จึงจะสามารถริเริ่มกระบวนการหลักภายใต้หลักเกณฑ์ของ European Insolvency Regulation ได้ ดังที่กล่าวมาแล้วว่าปัจจุบันศาลในสหภาพยุโรปโดยส่วนใหญ่มีแนวโน้มยอมรับตามแนวทางของศาลยุติธรรมยุโรปให้มีการพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI หรือ Establishment ในวันที่มีการยื่นคำร้องขอให้ศาลริเริ่มกระบวนการล้มละลาย

อย่างไรก็ตาม ภายใต้โครงสร้างของ Chapter 15 แห่งประมวลกฎหมายล้มละลายสหรัฐฯ รัฐสภาสหรัฐฯ ได้นำจุดเกาะเกี่ยว COMI และ Establishment มากำหนดคุณสมบัติของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ศาลสหรัฐฯ สามารถพิจารณารับรองได้ในสถานะกระบวนการหลักต่างประเทศหรือกระบวนการรองต่างประเทศ นอกจากนี้หากพิจารณาจากถ้อยคำของมาตรา 1502(4) ซึ่งบัญญัติไว้ว่า ““กระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ” หมายถึง กระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่เกิดขึ้นในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของ COMI” และมาตรา 1517¹¹⁶ ได้กำหนดให้ศาล

¹¹⁶ Article 1502(4) of US Bankruptcy Code: ““Foreign main proceeding” means a foreign proceeding pending in the country where the debtor has the center of its main interests.”

Article 1517(b) of US Bankruptcy Code:

“Such foreign proceeding shall be recognized

(1) as a foreign main proceeding if it is pending in the country where the debtor has the center of its main interests; or

(2) as a foreign non main proceeding if the debtor has an establishment within the meaning of section 1502 in the foreign country where the proceeding is pending.”

สหรัฐฯ สามารถรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในสถานะกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศได้ ก็ต่อเมื่อกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น "...เป็นกระบวนการพิจารณาที่เกิดขึ้นในประเทศอันเป็น สถานที่ตั้งของ COMI"

การเลือกใช้คำว่า "ที่เกิดขึ้น" (is pending) แสดงให้เห็นเจตจำนงของรัฐสภาสหรัฐฯ ที่ต้องการให้ศาลพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI หรือ Establishment จากสิ่งที่เกิดขึ้น "ในปัจจุบัน" มากกว่าการอิงอาศัยพื้นฐานของสิ่งที่เกิดขึ้นในอดีต เพราะการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ภายใต้ Chapter 15 จะเกิดขึ้นหลังจากผู้แทนต่างประเทศได้นำเสนอกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ให้ศาลสหรัฐฯ พิจารณาแล้วเท่านั้น ศาลสหรัฐฯ ยังมีความเป็นอิสระในการตรวจสอบพยานหลักฐาน ได้ว่าศาลต่างประเทศที่เป็นผู้ริเริ่มกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายเป็นผู้มีเขตอำนาจระหว่างประเทศ กล่าวคือ เป็นสถานที่ตั้งของ COMI หรือ Establishment จริงหรือไม่ โดยไม่จำเป็นต้องยอมรับ คำตัดสินของศาลต่างประเทศในเรื่องเขตอำนาจศาลอย่างไม่มีเงื่อนไขดังที่ปฏิบัติกันอยู่ในสหภาพ ยุโรป กำหนดระยะเวลาเริ่มต้นที่เป็นไปได้สำหรับศาลสหรัฐฯ ในการเริ่มพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI หรือ Establishment จึงได้แก่วันที่ผู้แทนต่างประเทศได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลสหรัฐฯ ดำเนินการ รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศภายใต้ Chapter 15 หรือวันที่ศาลสหรัฐฯ มีคำสั่ง หรือคำ พิพากษาให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศดังกล่าว มิใช่วันที่มีการยื่นคำร้องขอให้ริเริ่ม กระบวนการล้มละลายต่อศาลต่างประเทศอันเป็นระยะเวลาที่ล่วงมาแล้วแต่อย่างใด

ในคดี Betcorp Ltd. ลูกหนี้เป็นบริษัทจดทะเบียนในประเทศออสเตรเลียดำเนินธุรกิจ เกี่ยวกับการพนันผ่านระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต และมีบริษัทลูกอีกหลายบริษัทในหลายประเทศ เช่น Antigua, Cypress และประเทศอังกฤษ ลูกค้าโดยส่วนใหญ่ของบริษัทเป็นชาวอเมริกัน (เนื่องจากการ เล่นพนันผ่านระบบเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเป็นสิ่งผิดกฎหมายในออสเตรเลีย) ต่อมาสหรัฐอเมริกา ได้ออกกฎหมายให้การพนันผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตเป็นสิ่งผิดกฎหมายในสหรัฐอเมริกา ลูกหนี้ จึงได้จัดการประชุมเป็นการทั่วไปและมีมติเห็นชอบร่วมกันให้ยุติการดำเนินกิจการภายใต้กฎหมาย ออสเตรเลีย ก่อนมีการแต่งตั้งเจ้าพนักงานในคดีล้มละลายในออสเตรเลีย บริษัท 1st Technology ได้ยื่นคำฟ้องลูกหนี้ต่อศาลสหรัฐฯ ใน Nevada ว่าลูกหนี้ได้กระทำความผิดฐานละเมิดสิทธิบัตรและ ลูกหนี้ไม่สามารถหาข้อพิสูจน์ได้แย้งหนี้สินที่ตนมีอยู่ภายใต้กระบวนการล้มละลายในประเทศ ออสเตรเลียได้ ผู้แทนต่างประเทศในประเทศออสเตรเลียจึงดำเนินการยื่นคำร้องต่อศาลสหรัฐฯ

เพื่อขอให้รับรองกระบวนการล้มละลายดังกล่าวภายใต้ Chapter 15 เพื่อเข้าร่วมกระบวนการสอบสวนใน Nevada และเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทการละเมิดสิทธิบัตรผ่านทางกระบวนการล้มละลายของออสเตรเลีย

บริษัท 1st Technology ได้โต้แย้งศาลสหรัฐฯ ว่า ในการพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI นั้น ศาลควรพิจารณาจากประวัติการดำเนินกิจการของลูกหนี้นับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน เพราะกว่าร้อยละ 85 ของลูกค้าที่ใช้บริการของลูกหนี้เป็นชาวอเมริกัน, การดำเนินกิจการของลูกหนี้โดยส่วนใหญ่กระทำใน Antigua และกิจการของลูกหนี้เป็นสิ่งผิดกฎหมายในออสเตรเลีย อย่างไรก็ตาม ที่ล่าสุดศาลสหรัฐฯ ได้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศดังกล่าวในสถานะกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ โดยเห็นว่าควรมีการพิจารณาดัดสินสถานที่ตั้งของ COMI ในวันที่ผู้แทนต่างประเทศได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลสหรัฐฯ ดำเนินการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศภายใต้ Chapter 15 โดยให้เหตุผลว่า หากศาลพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI โดยนำประวัติการดำเนินกิจการในอดีตของลูกหนี้มาพิจารณาประกอบด้วย ย่อมก่อให้เกิดการแก่งแย่งกันเองระหว่างศาลในแต่ละประเทศ เพราะศาลโดยส่วนใหญ่มักให้น้ำหนักหรือความสำคัญกับกิจกรรมทางธุรกิจของลูกหนี้ในประเทศตนและสรุปว่าเป็นสถานที่ตั้งของ COMI เพื่อให้ตนเป็นผู้มีเขตอำนาจในการริเริ่มกระบวนการพิจารณาหลัก ซึ่งอาจเป็นการทำลายวัตถุประสงค์หลักของเกณฑ์ COMI ที่ต้องการก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและการประสานความร่วมมือกันของกระบวนการล้มละลายข้ามชาติ การสืบสวนถึงผลประโยชน์ในอดีตของลูกหนี้ อาจส่งผลให้ศาลในประเทศอื่นๆ ไม่ยอมรับรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศทั้งที่เป็นกระบวนการพิจารณาที่เกิดขึ้นในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งแท้จริงของ COMI เพราะศาลในประเทศอื่นๆ ย่อมกล่าวอ้างถึงการประกอบกิจกรรมทางธุรกิจในอดีตของลูกหนี้ที่เกิดขึ้นในประเทศเพื่อให้ตนเป็นผู้มีเขตอำนาจในการริเริ่มกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศได้เช่นกัน

ศาลจึงสรุปว่า ณ วันที่ผู้แทนต่างประเทศได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลสหรัฐฯ ดำเนินการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศภายใต้ Chapter 15 COMI ของลูกหนี้ตั้งอยู่ในประเทศออสเตรเลีย เนื่องจากมีการแต่งตั้งเจ้าพนักงานในคดีล้มละลายเพื่อเข้าควบคุมและจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ขึ้นในประเทศออสเตรเลีย แม้ลูกหนี้จะไม่มีกิจการจ้างงานและทรัพย์สินอื่นๆ นอกเหนือจากบัญชีธนาคารในประเทศออสเตรเลียก็ตาม เช่นเดียวกับคดี Ran ซึ่งลูกหนี้ได้ย้ายถิ่นที่อยู่จากประเทศอิสราเอลเข้ามาอาศัยในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นระยะเวลาหลายปีก่อนหน้าที่จะมีการยื่นคำร้องขอให้ศาลสหรัฐฯ รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่เกิดขึ้นในประเทศอิสราเอล ศาลสหรัฐฯ

ได้พิจารณาเทียบเคียงคำพิพากษาของศาลในสหภาพยุโรปหลายคดี แต่ในท้ายที่สุดศาลได้พิจารณาถึงความเป็นไปได้ของกำหนดระยะเวลาเริ่มต้นในการพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI และสรุปว่าศาลควรพิจารณา COMI ในวันที่ผู้แทนต่างประเทศได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลสหรัฐฯ ดำเนินการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศภายใต้ Chapter 15

3.4.5 อำนาจและความเป็นอิสระของศาล

แม้ผู้แทนต่างประเทศจะได้นำเสนอกระบวนการพิจารณาต่างประเทศให้ศาลล้มละลายสหรัฐฯ พิจารณารับรองในสถานะของกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศหรือกระบวนการพิจารณาของต่างประเทศแล้วแต่กรณีแล้ว หากมีเหตุอันควรสงสัยเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลต่างประเทศว่ากระบวนการพิจารณาต่างประเทศดังกล่าวได้เริ่มขึ้นในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของ COMI หรือ Establishment จริงหรือไม่ ศาลล้มละลายสหรัฐฯ ย่อมมีอำนาจเรียกดูพยานหลักฐานเพิ่มเติมได้ เช่นเดียวกับการไต่สวนพยานหลักฐานในคดีทั่วไป โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 614(a) และ (b)¹¹⁷ ของ Federal Rule of Evidence ดังนี้

- “(a) ศาลมีอำนาจเรียกพยานเพิ่มเติม ไม่ว่าจะโดยความเห็นของศาลเองหรือโดยคำแนะนำของคู่กรณี และคู่กรณีแต่ละฝ่ายย่อมมีสิทธิในการซักถามพยานของคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามเมื่อมีการร้องขอ
- (b) ศาลมีอำนาจในการซักไต่ถามพยาน ไม่ว่าจะเป็นการเรียกพยานมา โดยความเห็นของศาลหรือโดยคำแนะนำของคู่กรณี”

¹¹⁷ Article 614 (a) and (b) of Federal Rule of Evidence :

“(a) Calling by court. The court may, on its own motion or at the suggestion of a party, call witnesses, and all parties are entitled to cross-border witnesses thus called.

(b) Interrogation by court. The court may interrogate witnesses, whether called by itself or by a party”

ศาลสหรัฐฯ จึงค่อนข้างมีความเป็นอิสระในการพิจารณาวินิจฉัยสถานที่ตั้งของ COMI ได้ด้วยตนเอง โดยไม่ต้องคำนึงว่าศาลต่างประเทศได้มีคำวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวมาแล้วอย่างไร หรือแม้กระทั่งที่มีการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่างประเทศจะไม่มีผู้ได้แย้งเขตอำนาจของศาลต่างประเทศนั้นเลย ศาลสหรัฐฯ ก็ไม่จำเป็นต้องเชื่อถือหรือยอมรับว่าคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้นมีความถูกต้องเสมอไป แต่ศาลยอมรับมีอิสระในการใช้วิจรรย์ญาณ (Free will) ของตนในการพิจารณาเขตอำนาจระหว่างประเทศ หรือพิจารณาสถานที่ตั้งแท้จริงของ COMI จนกว่าจะเป็นที่พอใจแก่ศาลได้

ในคดี *Bear Sterns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund* ผู้พิพากษา Burton Lifland วินิจฉัยว่า แม้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องจะมีได้มีการโต้แย้งต่อการดำเนินกระบวนการล้มละลายใน Cayman Islands ในสถานะของกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ และแม้จะไม่มีกระบวนการล้มละลายต่อลูกหนี้รายเดียวกันนี้เกิดขึ้นในประเทศอื่น การพิจารณารับรองภายใต้มาตรา 1517 ก็ไม่สามารถถูกลบล้างได้โดยคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ศาลล้มละลายสหรัฐฯ ย่อมมีความเป็นอิสระในการวินิจฉัยตัดสิน ไม่ว่ากระบวนการพิจารณาต่างประเทศดังกล่าวจะมีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 1502 และ 1517 หรือไม่ก็ตาม

ศาลสหรัฐฯ จึงไม่จำเป็นต้องยอมรับกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในสถานะใดสถานะหนึ่งตามคำร้องของผู้แทนต่างประเทศเสมอไป อันเป็นข้อแตกต่างของการรับรองกระบวนการล้มละลายในสหรัฐฯ และในสหภาพยุโรป เพราะการรับรองกระบวนการล้มละลายในสหภาพยุโรปภายใต้บังคับแห่ง European Insolvency Regulation เป็นการรับรองโดยผลบังคับของกฎหมายศาลในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปทุกประเทศจำเป็นต้องรับรองกระบวนการล้มละลายที่ริเริ่มขึ้นในประเทศสมาชิกหนึ่งโดยอัตโนมัติ (Automatic recognition) โดยไม่สามารถโต้แย้งเขตอำนาจของศาลผู้ริเริ่มกระบวนการล้มละลายดังกล่าวเป็นแห่งแรกได้ แม้ว่าจะมีเหตุอันควรสงสัยว่าศาลแห่งแรกอาจมิได้เป็นผู้มีเขตอำนาจแท้จริงเห็นอคติล้มละลายข้ามชาตินั้นก็ตาม อย่างไรก็ตาม หากคู่กรณีในคดีล้มละลายต้องการเป็นผู้โต้แย้งเขตอำนาจของศาลแห่งแรกเอง ก็ต้องดำเนินการโต้แย้งโดยอาศัยช่องทางของกฎหมายภายในของประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของศาลแห่งแรกนั้น ซึ่งขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในว่าจะเปิดโอกาสให้คู่กรณีสามารถกระทำเช่นนั้นได้หรือไม่

3.5 คำพิพากษาของศาลต่างประเทศ

3.5.1 คำพิพากษาของศาลต่างประเทศภายใต้ European Insolvency Regulation

3.5.1.1 คำพิพากษาของศาลยุติธรรมยุโรป

(1) คดี Eurofood IFSC. Ltd.

กลุ่มบริษัท Parmalat SpA (“Parmalat”) เป็นกลุ่มบริษัทที่มีบริษัทแม่ตั้งอยู่ในประเทศอิตาลีและดำเนินธุรกิจผ่านบริษัทลูกกว่า 30 ประเทศทั่วโลก มีพนักงานมากกว่า 30,000 คน หลังจากมีข้อกล่าวหาว่ามีการฉ้อโกงกันภายในบริษัท รัฐบาลอิตาลีได้สั่งการให้มีการลงโทษจำคุกกรรมการบริษัทและบุคคลที่เกี่ยวข้อง ในวันที่ 23 ธันวาคม ค.ศ. 2003 รัฐบาลอิตาลีได้ผ่านกฎหมายพิเศษเกี่ยวกับการบริหารจัดการบริษัท Parmalat พร้อมกับบริษัทลูกที่เกี่ยวข้อง Parmalat ได้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายภายใต้กฎหมายพิเศษและมีการแต่งตั้ง Dr. Enrico Bondi เป็นผู้ดำเนินการภายใต้กฎหมายพิเศษในวันที่ 24 ธันวาคม ค.ศ. 2003

Eurofood IFSC Ltd. (“Eurofood”) เป็นบริษัทลูกบริษัทหนึ่งของ Parmalat จดทะเบียนจัดตั้งเป็นนิติบุคคลในปี ค.ศ. 1997 และมีสำนักงานจดทะเบียนอยู่ในเมือง Dublin ประเทศไอร์แลนด์ ทำหน้าที่จัดหาเงินทุนให้แก่กลุ่มบริษัท Parmalat ในวันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 2004 ธนาคารแห่งสหรัฐอเมริกา (Bank of America) ผู้เป็นเจ้าของได้ยื่นคำร้องต่อศาลสูงแห่งไอร์แลนด์ (High Court of Ireland) เพื่อขอให้มีการดำเนินกระบวนการล้มละลายต่อ Eurofood ในประเทศไอร์แลนด์ต่อศาลสูงแห่งไอร์แลนด์ ศาลไอร์แลนด์ได้ดำเนินการแต่งตั้งนาย Pearse Farrell เป็นผู้แทนกระบวนการล้มละลายในประเทศไอร์แลนด์ นาย Pearse Farrell จึงได้ดำเนินการแจ้งให้ทราบถึงการยื่นคำร้องขอให้เริ่มกระบวนการล้มละลายและการแต่งตั้งตนขึ้นเป็นผู้แทนกระบวนการในประเทศไอร์แลนด์ต่อ Dr. Enrico Bondi ในประเทศอิตาลี

อย่างไรก็ตาม แม้ศาลไอร์แลนด์จะได้ดำเนินการแต่งตั้งผู้แทนกระบวนการล้มละลายสำหรับบริษัท Eurofood แล้ว ในวันที่ 9 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2004 คณะรัฐมนตรีของประเทศอิตาลีกลับมีคำสั่งแต่งตั้ง Dr. Enrico Bondi ขึ้นเป็นผู้แทนพิเศษ (ผู้แทนกระบวนการ) เพื่อดำเนินการเกี่ยวกับการล้มละลายของบริษัท Eurofood อีก ระหว่างที่มีการดำเนินกระบวนการล้มละลายในทั้ง

สองประเทศ ศาลไอร์แลนด์และศาลอิตาลีได้พิจารณาข้อเท็จจริงและปัจจัยประการต่างๆ เพื่อหาสถานที่ตั้งของ COMI ศาลทั้งสองประเทศต่างมีข้อสรุปว่า COMI ของ Eurofood ตั้งอยู่ภายในประเทศตนเองจึงเป็นผู้มีเขตอำนาจในการดำเนินกระบวนการหลักต่อ Eurofood

ข้อเท็จจริงที่ศาลไอร์แลนด์ได้ยกขึ้นกล่าวอ้างว่าสถานที่ตั้งของ COMI อยู่ในประเทศไอร์แลนด์มีดังนี้

(ก) Eurofood จดทะเบียนจัดตั้งเป็นนิติบุคคล และมีสำนักงานจดทะเบียนอยู่ในประเทศไอร์แลนด์

(ข) Eurofood อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐมนตรีคลังและหน่วยงานทางภาษีของประเทศไอร์แลนด์ (Eurofood จ่ายภาษีเงินได้นิติบุคคลในประเทศไอร์แลนด์) ตลอดจนอยู่ภายใต้ข้อตกลงเกี่ยวกับการบริหารจัดการบริษัทซึ่งทำไว้กับธนาคารแห่งสหรัฐอเมริกาในประเทศไอร์แลนด์ผู้เป็นเจ้าของนี้

(ค) กรรมการบริษัทของ Eurofood เป็นชาวไอริชสองท่าน และอีกสองท่านเป็นชาวอิตาลี แต่กรรมการชาวอิตาลีทั้งสองท่านได้ลาออกไปก่อนที่จะมีการยื่นคำร้องให้ดำเนินกระบวนการล้มละลายต่อศาลในประเทศไอร์แลนด์

(ง) รายงานการบัญชีประจำปีของบริษัทได้จัดเตรียมและตรวจสอบภายใต้กฎหมายและหลักการทางบัญชีของประเทศไอร์แลนด์

(จ) นักกฎหมายและนักบัญชีของบริษัทเป็นชาวไอริช
สำหรับข้อเท็จจริงที่ศาลอิตาลีได้ยกขึ้นกล่าวอ้างว่าสถานที่ตั้งของ COMI อยู่ในประเทศอิตาลีมีดังนี้

(ก) Eurofood เป็นบริษัทลูกของ Parmalat และ Parmalat ได้เข้าค้าประกันการชำระหนี้ตามสัญญาที่ Eurofood มีอยู่ต่อเจ้าหนี้

(ข) Parmalat เป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งกรรมการบริษัทของ Eurofood กรรมการบริษัทผู้มีอำนาจตัดสินใจในประเด็นสำคัญๆ (Executive director) เป็นชาวอิตาลี ส่วนกรรมการบริษัทชาวไอริชมิได้เป็นกรรมการผู้มีอำนาจในการบริหารจัดการบริษัท (Non-executive director)

(ค) บริษัทแม่ในประเทศอิตาลีเป็นผู้ตัดสินใจเกี่ยวกับการดำเนินกิจการของบริษัท Eurofood

(จ) บุคคลที่สามทราบว่าการตั้งในการดำเนินธุรกิจที่แท้จริงของบริษัทอยู่ในประเทศอิตาลี

คดีนี้ได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลชั้นสูงสุดในแต่ละประเทศ ซึ่งศาลสูงของทั้งสองประเทศต่างก็พิพากษายืนตามคำตัดสินของศาลชั้นต้น ศาลฎีกาแห่งไอร์แลนด์จึงเสนอประเด็นปัญหาหลายประการต่อศาลยุติธรรมยุโรป* โดยสามารถสรุปหลักเกณฑ์ที่ศาลยุติธรรมยุโรปได้วินิจฉัยไว้ดังนี้

(ก) คำสั่งหรือคำพิพากษาให้เริ่มกระบวนการล้มละลายซึ่งจะได้รับการรับรองโดยศาลของประเทศสมาชิกอื่นๆ นั้น จะต้องเป็นคำสั่งหรือคำพิพากษาที่เกิดจากการพิจารณาคำร้องขอว่าลูกหนี้เป็นผู้ล้มละลาย และมีความประสงค์จะขอเริ่มกระบวนการล้มละลาย นอกจากนั้น จะต้องเป็นคำสั่งหรือคำพิพากษาที่ส่งผลให้มีการแบ่งสันปันส่วน หรือการควบคุมทรัพย์สินของลูกหนี้ และการแต่งตั้งผู้มีความสมบัติขึ้นเป็นผู้แทนกระบวนการ ส่งผลให้ลูกหนี้หมดอำนาจในการเข้าควบคุมจัดการทรัพย์สินของตน

(ข) หากศาลแห่งแรกรับคำร้องและพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวในคดีล้มละลายแล้วปรากฏว่ามี COMI ตั้งอยู่ภายในเขตอำนาจรัฐ ศาลจึงมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้เริ่มกระบวนการหลักภายในประเทศ ศาลของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปอื่นๆ ต้องยอมรับรองกระบวนการพิจารณาดังกล่าวโดยอัตโนมัติ และไม่สามารถตรวจสอบหรือโต้แย้งเขตอำนาจของศาลแห่งแรกได้อีก แม้จะมีเหตุอันควรสงสัยว่าศาลแห่งแรกอาจมิได้เป็นผู้มีเขตอำนาจแท้จริงเหนือคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นก็ตาม

(ค) ข้อสันนิษฐานสำนักงานจดทะเบียนเป็นสถานที่ตั้งของ COMI ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 3(1) จะสามารถถูกหักล้างได้ก็ต่อเมื่อ “ปัจจัยที่นำมาพิจารณาจะต้องมีตัวตนอยู่จริงและสามารถรับรู้ได้โดยบุคคลที่สาม อันแสดงให้เห็นว่าสถานที่ตั้งที่แท้จริงของ COMI ตั้งอยู่ในแหล่งอื่นที่มีใช้สำนักงานจดทะเบียน” (“...if factors which are both objective and ascertainable by third parties enable it to be established that an actual situation exists which is different from that which locating at that registered office is deemed to reflect.”)

* ศาลยุติธรรมยุโรป (European Court of Justice : ECJ) เป็นองค์กรตุลาการของสหภาพยุโรป ทำหน้าที่ตัดสินและระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศสมาชิก คำพิพากษาของศาลยุติธรรมยุโรปถือว่าเป็นที่สุด

เพราะการมีตัวตนอยู่จริงและสามารถรับรู้ได้โดยบุคคลที่สามย่อมก่อให้เกิดความแน่นอนทางกฎหมาย อันการดำเนินกระบวนการล้มละลายต่อลูกหนี้ของตน โดยเฉพาะหากลูกหนี้ที่ไม่มี การดำเนินธุรกิจ อยู่จริงในประเทศอื่นเป็นสถานที่ตั้งของสำนักงานจดทะเบียน (ศาลใช้คำว่าลูกหนี้มีลักษณะเป็น “Letter-box company”) ข้อสันนิษฐานดังกล่าวย่อมถูกหักล้างได้โดยง่าย

นอกจากนั้น ศาลยุติธรรมยุโรปได้สร้างแนวทางการพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI จาก “ระดับการรับรู้ของเจ้าหนี้” (Contact with creditors approach) กล่าวคือ สถานที่ตั้ง อันมีคุณสมบัติเป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ได้นั้น นอกจากต้องเป็นสถานที่ซึ่งโดยปกติ ลูกหนี้ได้ใช้บริหารจัดการผลประโยชน์ของตนแล้ว ยังต้องเป็นที่รู้จักของเจ้าหนี้ผู้มีส่วนสำคัญในคดี และเจ้าหนี้ได้ใช้สถานที่ดังกล่าวในการติดต่อหรือการทำธุรกรรมกับลูกหนี้อยู่เป็นประจำด้วย

(ง) ในกรณีที่บริษัทแม่และบริษัทลูกต่างมีสำนักงานจดทะเบียนตั้งอยู่คนละประเทศ แม้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าบริษัทแม่เป็นผู้แต่งตั้งกรรมการบริหารของบริษัทลูก และเป็นผู้ควบคุมนโยบายหรือทิศทางการดำเนินธุรกิจของบริษัทลูกก็ไม่สามารถนำมาเป็นปัจจัยในการหักล้างข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่า COMI ของบริษัทลูกมิได้ตั้งอยู่ที่สำนักงานจดทะเบียนของบริษัทลูกได้ ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นจะสามารถถูกหักล้างได้ก็ต่อเมื่อสถานที่ที่นำมากล่าวอ้างว่าเป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้จะต้องมีตัวตนอยู่จริงและสามารถรับรู้ได้โดยบุคคลที่สามเท่านั้น

(จ) ภายใต้หลักความไว้เนื้อเชื่อใจกัน (Principle of mutual trust) กระบวนการหลักที่เริ่มขึ้นในประเทศสมาชิกหนึ่งจะต้องได้รับการรับรองจากศาลในประเทศสมาชิกอื่น โดยไม่ต้องมีการตรวจสอบเรื่องเขตอำนาจศาลกันอีก หากเจ้าหนี้รายใดต้องการโต้แย้งคำพิพากษาดังกล่าวก็สามารถยื่นอุทธรณ์ได้ตามกระบวนการภายใต้กฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ

(ฉ) ศาลของประเทศสมาชิกหนึ่งจะสามารถปฏิเสธไม่รับรองกระบวนการล้มละลายที่เริ่มขึ้นในประเทศสมาชิกอื่นได้ เฉพาะกรณีที่ปรากฏชัดว่า คำพิพากษาหรือคำสั่งให้เริ่มกระบวนการล้มละลายดังกล่าวนั้นละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่เกี่ยวข้องในกระบวนการหรือเป็นการฝ่าฝืนต่อหลักการพื้นฐานของกฎหมายภายในประเทศ

3.5.1.2 คำพิพากษาของศาลอังกฤษ

(1) คดี BRAC Rent-a-Car International Inc.*

BRAC Rent-a-Car International Inc. เป็นบริษัทซึ่งดำเนินธุรกิจให้เช่ารถยนต์ จดทะเบียนจัดตั้งขึ้น ณ มลรัฐ Delaware ประเทศสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตาม ลูกหนี้ไม่มีการดำเนินธุรกิจหรือจ้างงานบุคลากรในสหรัฐอเมริกาแต่อย่างใด เพราะสถานที่ตั้งของสำนักงาน, พนักงาน ตลอดจนทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ตั้งอยู่ในเมือง Hemel Hempstead ประเทศอังกฤษ และมีสาขาอีกแห่งหนึ่งในประเทศสวิตเซอร์แลนด์

ลูกหนี้ได้ยื่นคำร้องต่อศาลอังกฤษขอให้ริเริ่มกระบวนการล้มละลายในประเทศอังกฤษ จึงเกิดประเด็นปัญหาขึ้นว่า ศาลอังกฤษจะสามารถมีเขตอำนาจเหนือบริษัทลูกหนี้ซึ่งเป็นบริษัทจดทะเบียนภายใต้กฎหมายสหรัฐอเมริกาหรือไม่ ศาลอังกฤษวินิจฉัยว่า COMI ตั้งอยู่ในประเทศอังกฤษ เนื่องจากการประกอบธุรกิจและพนักงานทั้งหมดของลูกหนี้อยู่ในประเทศอังกฤษ (สัญญาจ้างแรงงานจัดทำขึ้นภายใต้กฎหมายอังกฤษ) ดังนั้น ไม่ว่าลูกหนี้จะจดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทหรือนิติบุคคลในประเทศใด หากปรากฏว่า COMI ตั้งอยู่ภายในประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป European Insolvency Regulation ย่อมมีผลให้บังคับโดยตรงต่อประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปทุกประเทศทันที ศาลของประเทศสมาชิกอันเป็นสถานที่ตั้งของ COMI ย่อมเป็นผู้มีเขตอำนาจเหนือคดีล้มละลายและสามารถดำเนินกระบวนการหลักภายใต้หลักเกณฑ์ของ European Insolvency Regulation โดยไม่ต้องคำนึงว่าลูกหนี้จดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทหรือนิติบุคคลภายใต้กฎหมายภายในของประเทศใด

(2) คดี Daisytek ISA Ltd.**

คดี Daisytek-ISA Ltd. มีความเกี่ยวข้องกับหลายบริษัทในหลายประเทศ ซึ่งโดยส่วนใหญ่มีฐานที่ตั้งอยู่ในทวีปยุโรป บริษัทแม่คือ Daisytek International Corporation

* ดูในคดี BRAC Rent-a-Car International Inc. [2003] 2 ALL ER 201

** ดูในคดี Daisytek-ISA Ltd., [2003] B.C.C 562 (Ch).

จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นในสหรัฐอเมริกาโดยมีสาขาอยู่ทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ บริษัทในเครือในประเทศอังกฤษได้แก่ Daisytek-ISA Ltd. ซึ่งเป็นบริษัทผู้ถือหุ้น (Holding Company) ในบริษัทอื่นๆ อีกหลายแห่ง ได้แก่ บริษัทในประเทศเยอรมัน 3 บริษัท, บริษัทในประเทศอังกฤษ 10 บริษัท และอีกหนึ่งบริษัทในประเทศฝรั่งเศส

ภายใต้โครงสร้างของกลุ่มบริษัทอันดับชั้นนี้ ISA International PLC บริษัทในเครือของ Daisytek-ISA Ltd. เป็นบริษัทผู้ถือหุ้น (Holding company) ของบริษัท ISA International Holdings Ltd และบริษัท ISA International Holdings Ltd เป็นบริษัทผู้ถือหุ้นในบริษัท PAR Beteiligungs GmbH (บริษัทหนึ่งในเยอรมัน) และบริษัท ISA Daisytek SAS (บริษัทหนึ่งในฝรั่งเศส) อีกทอดหนึ่ง ทั้งนี้ ในการกู้ยืมเงินจากเจ้าหนี้ได้มีการผูกหลักประกันระหว่างทุกบริษัทเพื่อนำไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้

ในเดือนพฤษภาคม ค.ศ.2003 Daisytek International Corporation (บริษัทแม่) ได้ยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการภายใต้ Chapter 11 ของประมวลกฎหมายล้มละลายสหรัฐอเมริกา ส่วนบริษัท Daisytek-ISA Ltd. และบริษัทลูกอื่นๆ ในทวีปยุโรปได้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายในประเทศอังกฤษ ศาลอังกฤษได้พิจารณาประเด็นปัญหาเบื้องต้น 2 ประการ คือ สถานที่ตั้ง COMI ของบริษัท Daisytek-ISA Ltd. และเขตอำนาจในการสั่งการให้บริษัทในเครือในประเทศเยอรมันและฝรั่งเศสให้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายได้หรือไม่

ข้อเท็จจริงที่ศาลอังกฤษนำมาพิจารณาเพื่อหาสถานที่ตั้งของ COMI ของบริษัท Daisytek-ISA Ltd. มีดังนี้

(ก) ระบบการเงินของบริษัทในเยอรมันและฝรั่งเศสได้รับมาจาก ISA International PLC ซึ่งเป็นสำนักงานแห่งใหญ่ตั้งอยู่ที่เมือง Bradford ประเทศอังกฤษ นอกจากนั้น การจัดทำบัญชียังใช้หลักการทางบัญชีตามแบบอังกฤษด้วย

(ข) การซื้อขายสินค้าที่มีมูลค่าเกินกว่า 5,000 ยูโรจะต้องได้รับความเห็นชอบจากสำนักงานแห่งใหญ่ก่อนทุกครั้ง

(ค) การจ้างพนักงานในระดับอาวุโสจะต้องมีการประสานงานกับ ISA International PLC

(ง) ข้อมูลทางเทคโนโลยีและการสนับสนุนองค์กรมีศูนย์กลางอยู่ในเมือง Bradford

(จ) ISA International PLC เป็นผู้เจรจาและเป็นคู่สัญญาในการซื้อขายสินค้ากว่าร้อยละ 70 ของการซื้อขายทั้งหมดในกลุ่มบริษัท

(ข) บริษัทในเยอรมันและฝรั่งเศสจะต้องปฏิบัติตามแผนกลยุทธ์การบริหารจัดการธุรกิจตามแนวทางที่ประธานกรรมการบริหารของ Daisytek-ISA Ltd. ได้วางไว้

ดังนั้น COMI ของลูกหนี้ในคดีนี้จึงตั้งอยู่ในประเทศอังกฤษมากกว่าในประเทศที่บริษัทได้จดทะเบียนจัดตั้งขึ้น ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นตามมาตรา 3(1) จึงถูกหักล้างและศาลอังกฤษสามารถมีคำสั่งให้ดำเนินกระบวนการล้มละลายในประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันได้อย่างไรก็ตาม ศาลชั้นต้นฝรั่งเศส (The Tribunal de Commerce of Serigny Pontoise) ไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลอังกฤษ ทั้งที่ในอารัมภบทที่ 22 ของ European Insolvency Regulation ได้กำหนดไว้ว่า

“คำพิพากษาของศาลให้ริเริ่มกระบวนการล้มละลายในประเทศสมาชิกหนึ่งนั้น ควรจะได้รับการรับรองจากประเทศสมาชิกอื่น โดยที่ประเทศสมาชิกอื่นไม่มีอำนาจในการพิจารณาคำพิพากษาของศาลนั้นอีกครั้งหนึ่ง”

อย่างไรก็ตาม ศาลอุทธรณ์แห่งฝรั่งเศส (Cour d'appelle du Versailles) ได้พิจารณาคดีดังกล่าวอีกครั้งและเห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลอังกฤษ และเห็นว่าศาลชั้นต้นไม่ควรมีคำสั่งให้ดำเนินกระบวนการล้มละลายต่อ Daisytek-ISA Ltd. เอง เมื่อพิจารณาตามมาตรา 16 และ 17 ของ European Insolvency Regulation ศาลชั้นต้นควรจะรับรองคำพิพากษาของศาลสูงแห่งประเทศอังกฤษ อย่างไรก็ตาม ท้ายที่สุดศาลอุทธรณ์ก็ได้พิพากษากลับคำตัดสินของศาลชั้นต้นแต่อย่างใด แต่ได้เสนอประเด็นปัญหานี้แก่ศาลยุติธรรมยุโรป (ECJ) ต่อไป

เช่นเดียวกับคดี Rover France SAS ศาลชั้นต้นฝรั่งเศส (The tribunal de Commerce of Nanterre) ได้รับรองกระบวนการล้มละลายที่เริ่มขึ้นในประเทศอังกฤษจากการที่ลูกหนี้ซึ่งเป็นบริษัทฝรั่งเศสได้ประกอบกิจการและมี COMI ตั้งอยู่ ณ เมือง Birmingham ประเทศอังกฤษคดีนี้ได้ขึ้นสู่ศาลอุทธรณ์ฝรั่งเศส (the Court of Appeal in Versailles) และศาลอุทธรณ์ได้ยื่นตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น อย่างไรก็ตาม ศาลอุทธรณ์เห็นว่า ศาลฝรั่งเศสไม่สามารถนำประเด็นเรื่องสถานที่ตั้งของ COMI ซึ่งมีการพิจารณาข้อเท็จจริงไปแล้วโดยศาลของประเทศสมาชิกอื่นกลับมาพิจารณาใหม่ได้ ดังนั้น ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปจะต้องรับรองการเริ่มกระบวนการ

ล้มละลาย ตลอดจนการพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสถานที่ตั้งของ COMI ที่เกิดขึ้นในประเทศสมาชิก
อื่นด้วย

(3) คดี Crisscross Telecommunications Group

กลุ่มบริษัท Crisscross ดำเนินธุรกิจอยู่ในทวีปยุโรป ประกอบด้วยบริษัทลูกจำนวน 14 บริษัท ซึ่งโดยส่วนใหญ่มีสำนักงานจดทะเบียนตั้งอยู่นอกอาณาเขตของประเทศอังกฤษ และอีกหนึ่งบริษัทตั้งอยู่ในประเทศสวิสเซอร์แลนด์ ในวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ.2003 ศาลสูงแห่งลอนดอน (High Court of London) มีคำสั่งให้ริเริ่มกระบวนการล้มละลายในประเทศอังกฤษและมีความวินิจฉัยว่า COMI ของบริษัทลูกทุกบริษัทมิได้ตั้งอยู่ในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ของบริษัทแม่ แต่ตั้งอยู่ในประเทศอังกฤษเพราะกลุ่มบริษัทมี “ระบบการดำเนินงานแบบสำนักงานแห่งใหญ่” อยู่ในประเทศอังกฤษ โดยพิจารณาจากปัจจัยต่างๆ ดังต่อไปนี้

(ก) อำนาจการตัดสินใจในเรื่องสำคัญๆ ของบริษัทกระทำโดยคณะกรรมการบริษัทในประเทศอังกฤษ

(ข) พนักงานหรือลูกจ้างโดยส่วนใหญ่ที่ดำเนินงานเกี่ยวกับระบบการจัดการ, การบัญชี, และการบริหารในบริษัทลูกแต่ละบริษัทถูกส่งตัวมาจากบริษัทในประเทศอังกฤษ

(ค) แม้ผู้จัดหาสินค้าจะได้เข้าทำสัญญากับบริษัทลูกที่ตั้งอยู่ในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปหลายประเทศ แต่สัญญาที่ทำขึ้นเกิดจากการเจรจาและประชุมร่วมกับพนักงานชาวอังกฤษ โดยผู้จัดหาสินค้าได้รับคำแนะนำให้จัดส่งไปแจ้งบริษัทในประเทศอังกฤษ

(ง) ลูกค้าโดยส่วนใหญ่ของกลุ่มบริษัทเข้าทำสัญญากับบริษัทในประเทศอังกฤษ ภายใต้กฎหมายของประเทศอังกฤษ

(จ) การซื้อขายโดยส่วนใหญ่ของบริษัทกระทำผ่านบัญชีธนาคารที่เปิดไว้ใน London

3.5.1.3 คำพิพากษาของศาลฝรั่งเศส

(1) คดี Rover France SAS

กลุ่มบริษัท MG Rover Group ดำเนินธุรกิจผลิตและจัดจำหน่ายรถยนต์ บริษัทแม่ตั้งอยู่ในเมือง Long bridge ประเทศอังกฤษ ประกอบด้วยบริษัทลูกทั้งหมด 8 บริษัท โดยมีบริษัท MG Rover Export Ltd. เป็นผู้จัดจำหน่ายรถยนต์ให้แก่บริษัทลูกและผู้ค้ารถยนต์ ในหลายประเทศ กลุ่มบริษัท MG Rover Group ได้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายในประเทศอังกฤษ ในเดือนเมษายน ปี ค.ศ.2005 ศาลอังกฤษ (High Court of Justice Chancery Division Birmingham) สรุปว่าบริษัทลูกทั้งหมดมี COMI ตั้งอยู่ในประเทศอังกฤษ โดยพิจารณาจากปัจจัยดังต่อไปนี้

- (ก) โครงสร้างทางการเงินโดยรวมของกลุ่มบริษัทมีศูนย์กลางอยู่ในประเทศอังกฤษ
- (ข) บริษัทลูกที่ทำหน้าที่จัดจำหน่ายรถยนต์ไม่สามารถดำเนินการเองได้โดยอิสระ
- (ค) เมื่อครบกำหนดชำระหนี้ เจ้าหนี้มักมุ่งไปที่บริษัทแม่ในประเทศอังกฤษมากกว่าบริษัทลูกในประเทศต่างๆ
- (ง) บริษัทลูกมีลักษณะเป็นเครือข่ายและเป็นส่วนหนึ่งภายในโครงสร้างของกลุ่มบริษัท ไม่มีอำนาจตัดสินใจบริหารจัดการหรือดำเนินธุรกิจการค้าด้วยตนเอง แต่มีวัตถุประสงค์ในการขยายการดำเนินธุรกิจของกลุ่มบริษัทไปยังต่างประเทศเท่านั้น

ศาลยังกล่าวเสริมอีกว่าจุดมุ่งหมายของการดำเนินกระบวนการล้มละลายคือการรักษามูลค่าทรัพย์สินของบริษัทลูกทั้งหมดยิ่งไปกว่าการริบเร่งชำระบัญชีให้เสร็จสิ้นในทันที อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาของศาลอังกฤษได้รับการโต้แย้งจากอัยการแห่งฝรั่งเศส เนื่องจากไม่เห็นด้วยกับการที่ศาลอังกฤษจะมีเขตอำนาจในคดีล้มละลายเหนือบริษัท Rover France SAS ในประเทศฝรั่งเศส จึงมีการนำเสนอคดีดังกล่าวให้ศาลชั้นต้นแห่งฝรั่งเศส (The Tribunal de Commerce of Nanterre) พิจารณาอีกครั้ง และในวันที่ 19 พฤษภาคม ค.ศ.2005 ศาลชั้นต้นฝรั่งเศสมีคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศดังกล่าวในสถานะของกระบวนการหลักเนื่องจาก

เห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลอังกฤษว่า COMI ของบริษัท Rover France SAS ตั้งอยู่ในประเทศอังกฤษ

ต่อมาคดีนี้ได้ขึ้นสู่ศาลอุทธรณ์แห่งประเทศฝรั่งเศส (The Court of Appeal in Versailles) เนื่องจากมีการโต้แย้งว่า ภายใต้กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้น ลูกจ้างของบริษัท (ซึ่งมีสถานะเป็นเจ้าของหนี้ของลูกหนี้ในคดีล้มละลาย) มีสิทธิที่จะได้รับคำปรึกษาเกี่ยวกับการริเริ่มกระบวนการล้มละลายอันถือเป็นนโยบายสาธารณะที่สำคัญของประเทศฝรั่งเศส ในขณะที่กฎหมายอังกฤษมิได้รับรองสิทธิในเรื่องดังกล่าว ศาลฝรั่งเศสจึงควรปฏิเสธไม่รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศดังกล่าวเนื่องจากขัดต่อนโยบายสาธารณะของฝรั่งเศสตามข้อยกเว้นในมาตรา 26 แห่ง European Insolvency Regulation

ศาลอุทธรณ์พิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อยกเว้นเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะตาม มาตรา 26 จะต้องตีความอย่างเคร่งครัดภายใต้ส่วนอารัมภบทที่ 22 แห่ง European Insolvency Regulation กล่าวคือ ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปทุกประเทศต้องยอมรับรองคำพิพากษาของศาลในประเทศสมาชิกที่ได้พิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI แล้ว โดยไม่จำเป็นต้องมีการตรวจสอบเรื่องเขตอำนาจศาลอีกครั้งหนึ่ง นอกจากนั้นการปฏิเสธไม่รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศตาม ข้อยกเว้นในมาตรา 26 จะสามารถกระทำได้ก็ต่อเมื่อคำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้นละเมิดต่อหลักเกณฑ์พื้นฐานของกฎหมายภายในประเทศ ศาลจึงไม่เห็นด้วยกับข้อโต้แย้งของอัยการฝรั่งเศส จึงมีคำสั่งให้ยกคำร้อง

(2) คดี Eurotunnel Finance Ltd.

ในคดี Eurotunnel Finance Ltd. ศาลฝรั่งเศส (The French Commercial Court) ได้ประกาศเขตอำนาจของตนเหนือบริษัทลูกในกลุ่มบริษัท Eurotunnel จำนวน 17 บริษัท ซึ่งดำเนินธุรกิจอยู่ในประเทศอังกฤษ, เยอรมัน, สเปน, เบลเยียม และเนเธอร์แลนด์ โดยศาลได้พิจารณาว่า การบริหารจัดการทางการเงิน, การบัญชี ตลอดจนการเจรจาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ของกลุ่มบริษัทได้ดำเนินการในประเทศฝรั่งเศส นอกจากนั้นประธานกรรมการบริหารของบริษัทลูก โดยส่วนใหญ่มีสัญชาติฝรั่งเศสและอาศัยอยู่ในประเทศฝรั่งเศส COMI ของกลุ่มบริษัท Eurotunnel จึงควรตั้งอยู่ในประเทศฝรั่งเศส

ศาลยังให้ความเห็นเพิ่มเติมอีกว่า European Insolvency Regulation มีจุดมุ่งหมายในการก่อให้เกิดประสิทธิภาพและความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของการดำเนินกระบวนการล้มละลาย ในคดีนี้ศาลฝรั่งเศสจึงใช้วิธีรวมกระบวนการวิधिพิจารณาคดีล้มละลายให้อยู่ภายในประเทศฝรั่งเศสเพียงประเทศเดียว แทนที่จะดำเนินกระบวนการล้มละลายต่อบริษัทลูกแต่ละบริษัทแยกเป็นรายประเทศไปเพื่อก่อให้เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการดำเนินกระบวนการล้มละลายข้ามชาติ

3.5.1.4 คำพิพากษาของศาลเยอรมัน

(1) คดี MPOTEC GmbH

บริษัท MPOTEC GmbH จัดทะเบียนจัดตั้งขึ้นในประเทศเยอรมนี และเป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มบริษัท EMTEC Group (บริษัทแม่ตั้งอยู่ในประเทศฝรั่งเศส) ในวันที่ 15 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2006 ศาลฝรั่งเศส (the Tribunal de commerce of Nanterre) ได้สรุปว่า COMI ของบริษัท MPOTEC GmbH ตั้งอยู่ในประเทศฝรั่งเศส โดยพิจารณาจากปัจจัยที่เกี่ยวข้องดังนี้

- (ก) มีการจัดประชุมคณะกรรมการบริษัทในประเทศฝรั่งเศส
- (ข) กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสเป็นกฎหมายที่นำมาใช้บังคับแก่สัญญา
- (ค) สถานที่ซึ่งมีการติดต่อทางธุรกิจกับลูกค้าของบริษัท
- (ง) สถานที่กำหนดนโยบายทางการค้าอยู่ในประเทศฝรั่งเศส
- (จ) การได้รับอนุญาตให้เข้าร่วมข้อตกลงทางการเงินของบริษัทแม่
- (ฉ) สถานที่ตั้งของธนาคารผู้เป็นเจ้าของหนี้ในประเทศฝรั่งเศส
- (ช) ศูนย์กลางการจัดการเกี่ยวกับนโยบายการซื้อขาย, พนักงาน, การบัญชี และระบบคอมพิวเตอร์ตั้งอยู่ในประเทศฝรั่งเศส

(2) คดี Zenith Maschinenfabrik Austria GmbH^{*}

ศาลเยอรมันได้ประกาศเขตอำนาจระหว่างประเทศของตนเหนือบริษัท Zenith Maschinenfabrik Austria GmbH (“Zenith AG”) บริษัทลูกซึ่งจดทะเบียนจัดตั้งในประเทศออสเตรีย (บริษัทแม่ตั้งอยู่ในประเทศเยอรมัน) ศาลได้วินิจฉัยว่า COMI ของ Zenith AG ตั้งอยู่ในประเทศเยอรมัน เนื่องจาก Zenith AG ไม่มีอำนาจในการบริหารจัดการธุรกิจด้วยตนเอง เพราะการตัดสินใจทางธุรกิจและการผลิตสินค้าล้วนต้องได้รับความเห็นชอบจากบริษัทแม่ในประเทศเยอรมันทั้งสิ้น ศาลเยอรมันจึงมีเขตอำนาจระหว่างประเทศในการดำเนินกระบวนการล้มละลายในสถานะกระบวนการหลักต่อ Zenith AG ศาลออสเตรียพิจารณารับรองกระบวนการล้มละลายดังกล่าว และได้รับเริ่มกระบวนการรองเพื่อดำเนินการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ในประเทศออสเตรียต่อไป

3.5.1.5 คำพิพากษาของศาลสวีเดน

(1) คดี Radaflex OY^{**}

บริษัท Radaflex OY เป็นบริษัทจำกัดมีสำนักงานจดทะเบียนตั้งอยู่ในประเทศฟินแลนด์ได้ยื่นคำร้องริเริ่มกระบวนการล้มละลายต่อศาลในประเทศสวีเดน โดยลูกหนี้กล่าวอ้างว่า COMI ตั้งอยู่ในประเทศสวีเดน เพราะการดำเนินธุรกิจของลูกหนี้ได้กระทำผ่านสาขาในประเทศสวีเดนและไม่มีกิจการดำเนินธุรกิจในประเทศฟินแลนด์แต่ประการใด จุดเกาะเกี่ยวประการเดียวที่มีอยู่ในประเทศฟินแลนด์คือ บัญชีเงินฝากธนาคารจำนวน 50,000 ยูโร โดยฝากในนามของสาขาในประเทศสวีเดน ข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงสามารถหักล้างข้อสันนิษฐานเบื้องต้นตามมาตรา 3(1) แห่ง European Insolvency Regulation

ศาลชั้นต้น (The Swedish District Court) วินิจฉัยว่าจุดเกาะเกี่ยวที่ลูกหนี้ได้กล่าวอ้างมานั้นไม่เพียงพอต่อการหักล้างข้อสันนิษฐานเบื้องต้นตามมาตรา 3(1) เพราะในขณะที่มีการยื่นคำร้องขอให้ศาลริเริ่มกระบวนการล้มละลายนั้นลูกหนี้ได้ยุติการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจ

^{*} ดูในคดี Zenith Maschinenfabrik Austria GmbH File no.25 IN 154/04, July 1, 2004.

^{**} ดูในคดี Radaflex OY, O 4105-03, May 30, 2003.

ทั้งหมดในประเทศสวีเดนแล้ว ศาลจึงไม่มีเขตอำนาจในการริเริ่มกระบวนการล้มละลายในสถานะกระบวนการหลักต่อลูกหนี้ในประเทศสวีเดน

ต่อมาคดีนี้ได้ขึ้นสู่ศาลอุทธรณ์ (The Swedish Court of Appeal) ศาลอุทธรณ์ได้พิจารณากลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้น เนื่องจากเห็นว่าลูกหนี้มีจุดเกาะเกี่ยวเพียงเล็กน้อยกับประเทศฟินแลนด์ อีกทั้งยังไม่มีกิจการงานบุคคลากรในประเทศฟินแลนด์ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกันแล้วการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจของลูกหนี้อยู่ในประเทศสวีเดนแทบทั้งหมด ดังนั้น COMI จึงควรตั้งอยู่ในประเทศสวีเดน ศาลสวีเดนจึงมีเขตอำนาจในการริเริ่มกระบวนการล้มละลายในสถานะกระบวนการหลักในประเทศสวีเดนได้

3.5.2 คำพิพากษาของศาลต่างประเทศภายใต้หลักการของ Model law

3.5.2.1 คำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา

(1) คดี Tri-Continental Exchange Ltd.*

ลูกหนี้เป็นบริษัทประกันภัยจดทะเบียนจัดตั้งและประกอบธุรกิจประกันภัยภายใต้กฎหมายของ St. Vincent และ Grenadines (“SVG”) โดยลูกหนี้ถูกกล่าวหาว่า ได้ทำการหลอกลวงให้ลูกค้าของบริษัทจำนวนมากเข้าทำประกันภัยปลอม ลูกหนี้ได้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายใน SVG ศาลของ SVG ได้แต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศเพื่อดำเนินการนำเสนอกระบวนการล้มละลายดังกล่าวให้ศาลสหรัฐฯ พิจารณารับรอง ศาลสหรัฐฯ (The Bankruptcy Court for the Eastern District of California) วินิจฉัยว่า การพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI สามารถพิจารณาการปรับใช้หรือตีความเกณฑ์ COMI ในบทบัญญัติลักษณะเดียวกันนี้ในต่างประเทศได้ (หมายถึงเกณฑ์ COMI ภายใต้ European Insolvency Regulation ในสหภาพยุโรป) โดยเกณฑ์ COMI สามารถเทียบเคียงได้กับเกณฑ์สถานประกอบธุรกิจหลัก (Principal place of business) ในประมวลกฎหมายล้มละลายสหรัฐฯ (มาตรา 109) ดังนั้น หากปรากฏว่าสถานประกอบธุรกิจหลักของลูกหนี้ตั้งอยู่ในแหล่งอื่นที่มีใช้สำนักงานจดทะเบียน หลักฐานอันแสดงถึงสถานประกอบหลักของลูกหนี้นี้ย่อมสามารถนำมาพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานสำนักงานจดทะเบียนตามมาตรา 1516 ได้ ศาลสหรัฐฯ วินิจฉัยว่า

* ดูในคดี Tri-Continental Exchange, Ltd., 349 B.R. 627, 633-34 (Bankr. E.D. Cal. 2006).

แม้การทำประกันภัยปลอมจะเกิดขึ้นในสหรัฐฯ แต่ลูกหนี้มีสำนักงานจดทะเบียนและพนักงานกว่า 20 คนใน SVG ดังนั้น COMI จึงควรตั้งอยู่ใน SVG และมีคำสั่งให้รับรองกระบวนการล้มละลายดังกล่าวในสถานะกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ

(2) คดี Sphinx Managed Futures Fund Ltd.

บริษัท SPhinX Managed Futures Fund Ltd. ประกอบธุรกิจซื้อขายหลักทรัพย์และตราสารล่วงหน้าได้จดทะเบียนจัดตั้งเป็นนิติบุคคลขึ้นใน Cayman Islands เพื่อผลประโยชน์ทางภาษี โดยลูกหนี้ได้มีการประกอบการค้าหรือดำเนินธุรกิจใดๆ ใน Cayman Islands เพราะภายใต้กฎหมายของ Cayman Islands ธุรกิจของลูกหนี้อยู่ในประเภทธุรกิจที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องมีสถานประกอบการตั้งอยู่ใน Cayman Islands ยกเว้นในกรณีที่มีการส่งเสริมให้ลูกหนี้ดำเนินธุรกิจนอกเขตอำนาจของ Cayman Islands^{*}

ลูกหนี้ได้ประกอบธุรกิจกองทุนประกันความเสี่ยง (Hedge fund) ภายใต้การควบคุมดูแลการลงทุนโดย Delaware Corporation ในเมือง New York ตามสัญญาบริหารจัดการการลงทุนที่ทำไว้ระหว่างกัน นอกเหนือจากหนังสือบริคณห์สนธิและหลักฐานทางทะเบียนว่ามีการจัดตั้งเป็นนิติบุคคลใน Cayman Islands แล้ว มีข้อเท็จจริงปรากฏว่า

(ก) ลูกหนี้ไม่มีทรัพย์สินอื่นใดตั้งอยู่ใน Cayman Islands เนื่องจากทรัพย์สินของกองทุนกว่าร้อยละ 90 (มูลค่าประมาณ 500 ล้านดอลลาร์) อยู่ในสหรัฐอเมริกาทั้งหมด

(ข) ลูกหนี้ไม่มีการจ้างแรงงาน และไม่มีสำนักงานตั้งอยู่ใน Cayman Islands หรือในประเทศอื่น

(ค) ไม่มีกรรมการบริษัทและการจัดประชุมคณะกรรมการบริษัทใน Cayman Islands

(ง) นักลงทุนจากทั่วโลกได้นำส่งค่าสมาชิกกองทุนมายัง Cayman Islands โดยมีวัตถุประสงค์ในการฟอกเงิน

(จ) การบริหารจัดการหลักเกี่ยวกับกองทุนของบริษัทกระทำในสหรัฐอเมริกา

^{*} Article 193 of Company Law (2004 Revision) (Cayman Islands)

(จ) ผู้ตรวจสอบบัญชีของลูกหนี้ได้นำที่อยู่ของลูกหนี้ใน Cayman Islands มาใช้ในการตรวจสอบบัญชีภายใต้กฎหมายของ Cayman Islands อย่างไรก็ตาม ไม่ปรากฏหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าผู้ตรวจสอบบัญชีมีการดำเนินงานใน Cayman Islands มากน้อยเพียงใดในความเป็นจริง

ลูกหนี้ได้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายโดยสมัครใจใน Cayman Islands ศาลดำเนินการแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศ และผู้แทนต่างประเทศนั้นได้ดำเนินการยื่นคำร้องต่อศาลล้มละลายสหรัฐฯ ให้พิจารณารับรองกระบวนการพิจารณาดังกล่าวในสถานะของกระบวนการพิจารณาลึกต่างประเทศหรือกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศอย่างใดอย่างหนึ่งภายใต้ Chapter 15 แห่งประมวลกฎหมายล้มละลายสหรัฐฯ

ทั้งนี้ การพิจารณาว่ากระบวนการพิจารณาดังกล่าวควรถูกรับรองในสถานะของกระบวนการพิจารณาลึกต่างประเทศหรือไม่ ศาลจะต้องพิจารณาจากสถานที่ตั้งของ COMI และการประกอบกิจการของลูกหนี้ คำพิพากษาของศาลในคดี Sphinx ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่าศาลได้นำคุณสมบัติของลูกหนี้ตามเกณฑ์การรับรองภายใต้ Chapter 15 มาใช้อย่างไม่เหมาะสมโดยศาลปฏิเสธไม่รับรองกระบวนการพิจารณาดังกล่าวในสถานะของกระบวนการพิจารณาลึกต่างประเทศ แต่กลับรับรองในสถานะของกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศเพียงเพราะเห็นว่าลูกหนี้มีสำนักงานจดทะเบียนตั้งอยู่ใน Cayman Islands

ศาลได้พิจารณาโครงสร้างของ Chapter 15 และสรุปว่า Chapter 15 ได้เข้ามาแทนที่มาตรา 304 แห่งประมวลกฎหมายล้มละลายสหรัฐฯ (ฉบับเดิมก่อนมีการแก้ไข) จึงต้องนำเอา “หลักอรรถยาศัยไมตรี” (Principle of comity) อันเป็นหลักการพื้นฐานเดิมของมาตรา 304 มาปรับใช้ด้วย ทำให้ศาลสามารถพิจารณาเกณฑ์ COMI ตลอดจนกฎหมายและคำพิพากษาของศาลต่างประเทศได้อย่างยืดหยุ่น ศาลมีความเห็นว่า ไม่ว่าจะกระบวนการพิจารณาใน Cayman Islands สมควรจะได้รับ การรับรองในสถานะกระบวนการพิจารณาลึกต่างประเทศหรือกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศหรือไม่ แต่กระบวนการพิจารณาที่เกิดขึ้นก็มีคุณสมบัติของกระบวนการพิจารณาลึกต่างประเทศตรงตามข้อสันนิษฐานในมาตรา 1516(c) ทุกประการ (กล่าวคือ ลูกหนี้มีสำนักงานจดทะเบียนตั้งอยู่ใน Cayman Islands)

ศาลได้พิจารณาพยานหลักฐานในคดีประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมยุโรปในคดี Eurofood IFSC Ltd. ว่าปัจจัยที่นำมาพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI

ต้องมีตัวตนอยู่จริงและสามารถรับรู้ได้โดยบุคคลที่สาม อย่างไรก็ตาม แม้จะไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า ลูกหนี้มีสถานประกอบการ (Establishment) ตั้งอยู่ใน Cayman Island แต่ในคดีนี้ผู้แทนต่างประเทศ และเจ้าหน้าที่ต่างมีความประสงค์ให้มีการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศดังกล่าวในสหรัฐฯ นอกจากนี้ยังไม่ปรากฏว่ามีผู้ใดคัดค้านการดำเนินกระบวนการพิจารณาใน Cayman Islands ผู้พิพากษา Robert Drain จึงมีคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในสถานะของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

คดีนี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากจากกลุ่มนักวิชาการ เนื่องจากเห็นว่าการนำหลักอรรถศาสตร์มาตีความเป็นหลักกฎหมาย Common law มาปรับใช้กับการรับรองกระบวนการล้มละลายเป็นการเบี่ยงเบนจากโครงสร้างที่แท้จริงของ Chapter 15 และขัดต่อเจตนารมณ์ของ Model law ซึ่งต้องการก่อให้เกิดความโปร่งใสและคาดการณ์ได้ในการดำเนินกระบวนการล้มละลายข้ามชาติ การพิจารณาว่าควรจะรับรองหรือไม่รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้น ศาลควรพิจารณาเขตอำนาจศาลภายใต้บทบัญญัติของ Model law ยิ่งไปกว่าการนำหลักกฎหมาย Common law อันเป็นหลักการของกฎหมายภายในของบางประเทศมาปรับใช้เช่นนี้

นอกจากนั้น ยังปรากฏหลักฐานโดยชัดแจ้งว่ากระบวนการพิจารณาที่เกิดขึ้นใน Cayman Islands ไม่มีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ใน Chapter 15 อันจะทำให้ศาลล้มละลายสหรัฐฯ สามารถรับรองให้อยู่ในสถานะของกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศหรือกระบวนการพิจารณาต่างประเทศได้ ศาลจึงควรปฏิเสธไม่รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศตามคำร้องขอ อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงในลักษณะเดียวกันนี้ได้เกิดขึ้นอีกครั้งในคดี Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund โดยผู้พิพากษา Burton Lifland ไม่เห็นด้วยกับแนวคำพิพากษาของผู้พิพากษา Robert Drain และได้ให้เหตุผลโต้แย้งไว้ดังนี้

(3) คดี Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund

Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund (“Bear Stearns”) เป็นบริษัทจำกัดซึ่งประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการลงทุนในหลักทรัพย์หลายประเภทจดทะเบียนจัดตั้งเป็นนิติบุคคลใน Cayman Islands โดยในวันที่ 30 กรกฎาคม ค.ศ. 2007 คณะกรรมการบริษัทได้ยื่นคำร้องต่อศาลขอให้ดำเนินกระบวนการล้มละลายหลักใน Cayman

Islands ศาล Cayman Islands รับคำร้องและมีคำสั่งแต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศเพื่อนำเสนอกระบวนการพิจารณาต่างประเทศดังกล่าวให้ศาลล้มละลายสหรัฐฯ พิจารณารับรองภายใต้ Chapter 15 แห่งประมวลกฎหมายล้มละลายสหรัฐฯ ในสถานะกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ

ผู้พิพากษา Burton Lifland ได้พิจารณาคำร้องของผู้แทนต่างประเทศ และปฏิเสธไม่ยอมรับกระบวนการล้มละลายดังกล่าวในสถานะของกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ เนื่องจากเห็นว่า COMI ของลูกหนี้มีได้ตั้งอยู่ใน Cayman Islands แต่ตั้งอยู่ในสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ กระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่มีได้เกิดขึ้นในประเทศอื่นเป็นสถานที่ตั้งของ COMI หรือ Establishment ย่อมไม่มีคุณสมบัติให้รับรองได้ภายใต้ Chapter 15 แห่งประมวลกฎหมายล้มละลายสหรัฐฯ

ผู้พิพากษา Burton Lifland ได้พิจารณามาตรา 3(1) และอารัมภบทที่ 13 แห่ง European Insolvency Regulation ตลอดจนแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมยุโรปในคดี Eurofood IFSC Ltd. และสรุปว่าหลักเกณฑ์ COMI มีแนวคิดในลักษณะเดียวกันกับแนวคิดสถานประกอบธุรกิจหลัก (Principle place of business) ในระบบกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายล้มละลายสหรัฐฯ มิได้กำหนดประเภทของข้อเท็จจริงหรือหลักฐานที่สามารถนำมาใช้หักล้างข้อสันนิษฐานเบื้องต้นได้ ศาลจึงต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงและหลักฐานที่ปรากฏในแต่ละคดี โดยยกตัวอย่างปัจจัยที่ศาลในคดี Sphinx ได้นำมาพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI อันได้แก่ สถานที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ของลูกหนี้, สถานที่บริหารจัดการธุรกิจตามความเป็นจริง, สถานที่ตั้งทรัพย์สินโดยพื้นฐานของลูกหนี้, สถานที่ตั้งของเจ้าหนี้ผู้มีส่วนสำคัญในคดีหรือเจ้าหนี้โดยส่วนใหญ่ซึ่งได้รับผลกระทบจากการดำเนินคดี, และ/หรือเขตอำนาจรัฐซึ่งมีการนำกฎหมายของรัฐนั้นไปใช้บังคับแก่ข้อพิพาทมากที่สุด เป็นต้น

ผู้พิพากษา Burton Lifland วินิจฉัยว่า จุดเกาะเกี่ยวประการเดียวที่ลูกหนี้มีอยู่ใน Cayman Islands คือ การที่กองทุนของลูกหนี้มีการจดทะเบียนจัดตั้งขึ้นใน Cayman Islands ลูกหนี้จึงมีลักษณะใกล้เคียงกับ “Letterbox company” ตามที่ศาลยุติธรรมยุโรปได้กล่าวไว้ในคดี Eurofood IFSC Ltd. กล่าวคือ มีสำนักงานจดทะเบียนแต่เพียงในนามแต่ไม่มีการประกอบธุรกิจอยู่จริงในสถานที่ดังกล่าว ทั้งนี้ ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นตามมาตรา 1516(c) แห่งประมวลกฎหมายล้มละลายสหรัฐฯ ได้กำหนดให้ถือเอาสำนักงานจดทะเบียนของลูกหนี้เป็นสถานที่ตั้งของ COMI ในกรณีที่ปรากฏหลักฐานโต้แย้งเป็นประการอื่น แต่เมื่อพิจารณาจากคำร้องของผู้แทนต่างประเทศ

กลับปรากฏหลักฐานในคดีที่สามารถโต้แย้งได้ว่าสถานที่ตั้ง COMI ของลูกหนี้มีได้ตั้งอยู่ใน Cayman Islands ดังต่อไปนี้

- (ก) ไม่มีการจ้างงานลูกจ้างหรือผู้จัดการใน Cayman Islands
- (ข) ผู้จัดการกองทุนของลูกหนี้อยู่ในเมือง New York
- (ค) ทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ตั้งอยู่ในสหรัฐอเมริกา
- (ง) สำนักทะเบียนผู้ลงทุนเปิดดำเนินการและตั้งอยู่ในสาธารณรัฐ

ไอร์แลนด์

- (จ) ลูกหนี้การค้า (Account receivables) อยู่ในยุโรปและสหรัฐอเมริกา
- (ฉ) คู่สัญญาซื้อขายและแลกเปลี่ยนหลักทรัพย์ตั้งอยู่ทั้งในและนอก

สหรัฐอเมริกา และไม่เคยมีข้อพิพาทอันเกี่ยวเนื่องด้วยสัญญาดังกล่าวเกิดขึ้นใน Cayman Islands

จากหลักฐานดังกล่าวข้างต้น ประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมยุโรป ศาลสหรัฐฯ จึงสรุปว่า COMI ของลูกหนี้ตั้งอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะเป็นสถานที่ซึ่งโดยปกติลูกหนี้ใช้ในการบริหารจัดการผลประโยชน์ของตนและสามารถรับรู้ได้โดยบุคคลที่สาม ศาลจึงไม่สามารถรับรองกระบวนการล้มละลายดังกล่าวในสถานะของกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศได้ หรือแม้จะรับรองในสถานะของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศก็ไม่ได้ เพราะลูกหนี้ไม่มีสถานประกอบการ (Establishment) ตั้งอยู่ใน Cayman Island อันจะทำให้มีคุณสมบัติเป็นกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ

ผู้แทนต่างประเทศได้โต้แย้งว่า มาตรา 1516(c) ได้กำหนดข้อสันนิษฐานเบื้องต้นให้ถือเอาสำนักงานจดทะเบียนของลูกหนี้เป็นสถานที่ตั้งของ COMI ในกรณีที่ปรากฏหลักฐานโต้แย้งเป็นประการอื่น ในคดีนี้ลูกหนี้มีสำนักงานจดทะเบียนตั้งในอยู่ใน Cayman Islands ตรงตามข้อสันนิษฐานเบื้องต้นทุกประการ นอกจากนี้ ยังไม่มีผู้โต้แย้งคัดค้านต่อการดำเนินการล้มละลายใน Cayman Island ดังนั้น ศาลสหรัฐฯ จึงควรมีคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศดังกล่าว

ผู้พิพากษา Burton Lifland พิจารณาแล้วเห็นว่า แม้กรณีที่เกี่ยวข้องจะมีได้มีการโต้แย้งต่อการดำเนินการล้มละลายใน Cayman Islands ในสถานะของกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ และแม้จะไม่มีกระบวนการล้มละลายต่อลูกหนี้รายเดียวกันนี้เกิดขึ้นในประเทศอื่น ศาลล้มละลายย่อมมีความเป็นอิสระในการวินิจฉัยตัดสินคดี ไม่ว่าจะกระบวนการ

พิจารณาต่างประเทศดังกล่าวจะเป็นไปตามเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน Chapter 15 หรือไม่ นอกจากนั้น ศาลยังไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาของผู้พิพากษา Robert Drain ในคดี SphinX ศาลจึงมีคำสั่งไม่รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศดังกล่าว

คดี Bear Stern ได้ยื่นสู่ศาลอุทธรณ์ (The District Court for the Southern District of New York) ศาลอุทธรณ์เห็นพ้องกับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นว่า ศาลสหรัฐฯ ย่อมสามารถตรวจสอบและวิเคราะห์หลักฐานได้โดยอิสระ แม้ลูกหนี้จะมีสำนักงานจดทะเบียนตรงตามเกณฑ์ของข้อสันนิษฐานเบื้องต้น อันจะทำให้กระบวนการพิจารณาต่างประเทศมีคุณสมบัติในการรับรอง แต่ข้อสันนิษฐานดังกล่าวได้ถูกหักล้างไป เนื่องจากลูกหนี้ไม่มีทั้งสำนักงาน (ทางภูมิศาสตร์) หรือการจ้างงาน ตลอดจนไม่มีการดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจใดๆ ใน Cayman Islands เลย ศาลจึงเห็นควรว่าสถานที่ตั้งของ COMI ในคดีนี้ตั้งอยู่ในสหรัฐอเมริกา อันเป็นสถานที่ประกอบการค้าและดำเนินธุรกิจหลักของลูกหนี้

นอกจากนั้นผู้แทนต่างประเทศยังไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าลูกหนี้มีจุดเกาะเกี่ยว “สถานประกอบการ” (Establishment) อันจะทำให้กระบวนการพิจารณาต่างประเทศมีคุณสมบัติเป็นกระบวนการรองตาม Chapter 15 ข้อเท็จจริงที่ว่า การตรวจสอบบัญชีหรือลูกหนี้มีเอกสารเกี่ยวกับการจัดตั้งบริษัทใน Cayman Islands มิได้แสดงให้เห็นว่าลูกหนี้มี “การดำเนินการ” หรือมี “กิจกรรมทางเศรษฐกิจ” ใน Cayman Islands แต่อย่างไร ศาลอุทธรณ์จึงพิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น

คำพิพากษาของศาลในคดี Bear Stern แสดงให้เห็นว่า โครงสร้างและเจตนารมณ์ของ Chapter 15 นั้นมุ่งเน้นให้มีการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศจาก “คุณสมบัติ” ของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นภายใต้ Chapter 15 ยิ่งไปกว่าการใช้ “ดุลยพินิจของศาล” การพิจารณาเขตอำนาจศาล ตลอดจนคุณสมบัติของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ จะต้องได้รับการพิสูจน์หลักฐานอย่างชัดเจนโดยปราศจากข้อสงสัยแก่ศาลว่ากระบวนการดังกล่าวมีคุณสมบัติเพียงพอที่จะได้รับการรับรองในสถานะกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศหรือกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศ แล้วแต่กรณี ศาลจึงจะสามารถรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศดังกล่าวได้

นอกจากนั้น ข้อสันนิษฐานที่ว่าสำนักงานจดทะเบียนของลูกหนี้เป็นสถานที่ตั้งของ COMI มิได้มีน้ำหนักเป็นพิเศษในเชิงพยานหลักฐาน แต่มีขึ้นเพื่อความสะดวกรวดเร็ว

ในการพิสูจน์ในกรณีที่ไม่ปรากฏหลักฐานโต้แย้งเป็นประการอื่นเท่านั้น และมีได้เปลี่ยนแปลงภาวะในการพิสูจน์ของผู้แทนต่างประเทศ ผู้แทนต่างประเทศย่อมเป็นผู้รับภาระในการพิสูจน์สถานที่ตั้งของ COMI ในทุกกรณี

(4) คดี Ernst & Young Inc. (Klytie's)^{*}

ลูกหนี้เป็นบริษัทดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับการจัดการกองทุน โดยมีบริษัทแม่ (Klytie's Development Inc.) ตั้งอยู่ใน Alberta ประเทศแคนาดาและมีบริษัทลูก (Klytie's Development, LLC.) ตั้งอยู่ในมลรัฐ Colorado ประเทศสหรัฐอเมริกา ต่อมาลูกหนี้ได้ละเมิดพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ของประเทศแคนาดา โดยการหลอกลวงให้นักลงทุนใน Alberta, Colorado และ Israel หลงเชื่อว่าการลงทุนนี้เป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์อันเป็นส่วนหนึ่งของกองทุนและรับรองการได้รับผลตอบแทนคืนจากการลงทุน ทั้งที่ในความเป็นจริงลูกหนี้มิได้มีทรัพย์สินเช่นนั้นเลย ส่งผลให้นักลงทุนหลงเชื่อและเข้ามาลงทุนในกองทุนของลูกหนี้เป็นจำนวนมาก ต่อมาบริษัทแม่ได้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายใน Alberta โดยศาล Alberta มีคำสั่งแต่งตั้งให้บริษัท Ernst & Young Inc. เป็นเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์และผู้แทนต่างประเทศเพื่อนำเสนอกระบวนการล้มละลายให้ศาลสหรัฐฯ พิจารณารับรอง

ศาลสหรัฐฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า การตัดสินสถานที่ตั้งของ COMI จำเป็นต้องพิจารณาข้อเท็จจริงในแต่ละคดีประกอบด้วย เช่น ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสถานที่ตั้งของผู้มีอำนาจควบคุมจัดการลูกหนี้, สถานที่ตั้งของเจ้าหนี้โดยส่วนใหญ่ที่ได้รับผลกระทบจากคดี และสถานที่ตั้งอันกฎหมายของประเทศนั้นได้ถูกนำมาใช้บังคับแก่ข้อพิพาทมากที่สุด เป็นต้น ศาลสหรัฐฯ ได้สรุปว่า ปัจจัยสำคัญที่สุดในคดีนี้ได้แก่ สถานที่ตั้งของผู้มีอำนาจควบคุมจัดการลูกหนี้ และสถานที่ตั้งทรัพย์สินโดยพื้นฐานของลูกหนี้ล้วนตั้งอยู่ใน Alberta ประเทศแคนาดา เพราะบริษัทลูกได้รับการชี้แนะและถูกควบคุมการดำเนินธุรกิจจากบริษัทแม่ในประเทศแคนาดา COMI ของทั้งบริษัทแม่และบริษัทลูก

^{*} ดูในคดี Klytie's Devs., Inc., et. al., Chapter 15 Case No. 07-22719 MER (Bankr. D. Colo. Feb. 8, 2008)

จึงตั้งอยู่ในประเทศแคนาดา ศาลสหรัฐฯ จึงมีคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในสถานะของกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ

3.5.2.2 คำพิพากษาของศาลอังกฤษ

นอกเหนือจากการอยู่ภายใต้บังคับของ European Insolvency Regulation แล้ว สหราชอาณาจักรอังกฤษ (เฉพาะ Great Britain เท่านั้น ไม่รวมถึง Northern Islands) ยังได้รับหลักการของ Model law เข้ามาบัญญัติไว้ใน The Cross-Border Insolvency Regulations 2006 (“CBIR”) เพื่อนำมาปรับใช้แก่คดีล้มละลายข้ามชาติควบคู่ไปกับ European Insolvency Regulation และมาตรา 426 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย ค.ศ.1986 (Insolvency Act 1986) ที่มีอยู่เดิม โดย CBIR มีผลใช้บังคับในวันที่ 4 เมษายน ค.ศ. 2006 เพื่อเป็นทางเลือกหนึ่งให้แก่ศาลต่างประเทศ หรือผู้แทนต่างประเทศจากประเทศอื่นๆ ซึ่งมีใช้ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปให้สามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของศาลอังกฤษได้โดยตรง เมื่อต้องการรับความช่วยเหลือในทางคดีจากสหราชอาณาจักรอังกฤษในกรณีดังต่อไปนี้¹¹⁸

(1) กรณีที่ศาลต่างประเทศหรือผู้แทนต่างประเทศต้องการความช่วยเหลืออันเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาต่างประเทศจากประเทศอังกฤษ หรือ

(2) กรณีที่รัฐต่างประเทศต้องการความช่วยเหลืออันเกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายในประเทศอังกฤษ หรือ

(3) กรณีที่กระบวนการพิจารณาต่างประเทศและกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายในประเทศอังกฤษต่อลูกหนี้รายเดียวกันได้เกิดขึ้นซ้ำซ้อนกัน หรือ

(4) กรณีที่เจ้าหนี้หรือผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องในรัฐต่างประเทศมีคำร้องขอให้ริเริ่มหรือเข้าร่วมกระบวนการล้มละลายในประเทศอังกฤษ

¹¹⁸ Freshfields Bruckhaus Deringer, *The implementation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency in Great Britain* [Online], 1 may 2009. Available from : <http://www.freshfields.com/publications/pdfs/2006/14820>

การรับหลักการของ Model law ในประเทศอังกฤษก่อให้เกิดผลดีต่อการประสานความร่วมมือในการบริหารจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติร่วมกันระหว่างศาลในประเทศอังกฤษและศาลในประเทศผู้รับหลักการของ Model law ที่ตั้งอยู่นอกสหภาพยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งสหรัฐอเมริกา ซึ่งมักปรากฏอยู่เสมอว่าผู้แทนต่างประเทศจากสหรัฐอเมริกามักเรียกร้องให้ศาลอังกฤษดำเนินการรับรองกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาโดยอาศัยช่องทางของ Model law เพื่อขอรับความช่วยเหลืออันเกี่ยวข้องกับคดีล้มละลายจากศาลอังกฤษโดยตรง เช่น ร้องขอให้ศาลอังกฤษช่วยดำเนินการระงับการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตั้งอยู่ในสหราชอาณาจักร เป็นต้น อย่างไรก็ตาม หากบทบัญญัติส่วนใดส่วนหนึ่งของ Model law ขัดหรือแย้งต่อพันธกรณีซึ่งประเทศอังกฤษมีอยู่ภายใต้ European Insolvency Regulation บทบัญญัติของ European Insolvency Regulation ย่อมมีผลบังคับเหนือกว่าหลักเกณฑ์ของ Model law

คดีล้มละลายข้ามชาติสำคัญที่แสดงให้เห็นถึงทิศทางของศาลอังกฤษในการตีความและปรับใช้เกณฑ์ COMI ภายใต้หลักการของ Model law ได้แก่ คดี Stanford International Bank Limited and others โดยในคดีนี้ผู้แทนต่างประเทศจากสหรัฐอเมริกาได้ร้องขอให้ศาลสูงอังกฤษรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในสถานะกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ เพื่อให้ตนมีอำนาจในการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ในประเทศอังกฤษ และผู้แทนต่างประเทศได้โต้แย้งให้ศาลอังกฤษพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI โดยดำเนินการตามแนวทางของศาลล้มละลายสหรัฐฯ คดีนี้ได้กลายเป็นบรรทัดฐานสำคัญต่อการพิจารณาเขตอำนาจระหว่างประเทศของศาลอังกฤษภายใต้ Model law ในเวลาต่อมา

(1) คดี Stanford International Bank Limited and others*

Stanford International Bank Ltd. ("SIBL") เป็นบริษัทหนึ่งในกลุ่มบริษัทที่ดำเนินธุรกิจสถาบันการเงิน ดำเนินการโดยนาย Allen Stanford นักธุรกิจชาวอเมริกัน จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นในประเทศ Antigua และมีทรัพย์สินมูลค่ากว่า 100 ล้านดอลลาร์ ตั้งอยู่ใน England โดยในวันที่ 16 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2009 ศาลสหรัฐอเมริกา (The United States District Court for the Northern

* ดูในคดี Stanford International Bank Limited and Others [2009] EWHC 1441 (CH)

District of Texas) ได้แต่งตั้งเจ้าพนักงานในคดีล้มละลาย (The U.S Receiver) เพื่อดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินและองค์กรที่เกี่ยวข้อง เพราะมีข้อกล่าวหาว่ามีการขโมยกันเป็นการภายในและไม่มีการบริหารจัดการที่ดีภายในกลุ่มบริษัท Stanford และในวันที่ 15 เมษายน ค.ศ.2009 ศาล Antigua ได้มีคำสั่งให้ SIBL เข้าสู่กระบวนการล้มละลายโดยได้แต่งตั้งผู้แทนต่างประเทศใน Antigua เช่นกัน (The Antiguan Liquidators)

ผู้แทนต่างประเทศของศาลสหรัฐอเมริกาและ Antigua ต่างพยายามแสดงให้ศาลสูงอังกฤษ (The High Court of England and Wales) เห็นว่า COMI ของ SIBL ตั้งอยู่ภายในเขตอำนาจของตน เพื่อให้ศาลสูงอังกฤษรับรองกระบวนการล้มละลายที่เกิดขึ้นในสถานะกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศและเพื่อให้ผู้แทนต่างประเทศมีอำนาจจัดการและรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ใน England ได้

โดยหลักการแล้ว หากผู้แทนต่างประเทศในคดีล้มละลายของกลุ่มบริษัทต้องการรับความช่วยเหลือหรือขอให้ประเทศผู้รับหลักการของ Model Law รับรองกระบวนการล้มละลาย ผู้แทนต่างประเทศจะต้องคำนึงถึงสถานที่ตั้งของ COMI ด้วย เนื่องจาก Model Law ได้กำหนดให้กระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่สามารถถูกรับรองในสถานะของ “กระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ” (Foreign main proceeding) จะต้องเป็นกระบวนการล้มละลายที่เกิดขึ้นในประเทศอื่นเป็นสถานที่ตั้งของ COMI โดยผลของการรับรองกระบวนการล้มละลายในแต่ละประเทศย่อมมีความแตกต่างกันตามระดับการรับหลักการของ Model Law มาปรับใช้กับกฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ (บางประเทศรับหลักการของ Model law โดยแทบไม่มีการแก้ไขจากต้นแบบเลย แต่บางประเทศก็มีการแก้ไขมาก) แต่โดยทั่วไปการรับรองกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศย่อมส่งผลให้ศาลสามารถระงับการบังคับคดีเอกชนจากทรัพย์สินของลูกหนี้ที่ตั้งอยู่ในประเทศของตนได้ และผลของการรับรองกระบวนการล้มละลายในสถานะของกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศใน England และ Wales ภายใต้บทบัญญัติของ CBIR กำหนดให้มีการระงับการกระทำทางกฎหมายใดๆ ที่เจ้าหนี้มีต่อลูกหนี้ (Stay) หรือทำการแช่แข็ง (Freeze) กระบวนการที่กำลังดำเนินอยู่ไว้ และระงับสิทธิของลูกหนี้ในการโอนหรือก่อภาระผูกพันต่อทรัพย์สินของตน (Suspend)

ศาลสูงอังกฤษ โดยผู้พิพากษา Lewison พิจารณาว่า CBIR มีได้กำหนดคำนิยามหรือความหมายของ COMI ไว้ เพียงแต่กำหนดข้อสันนิษฐานเบื้องต้นให้ถือเอาสำนักงานจดทะเบียนของลูกหนี้เป็นสถานที่ตั้งของ COMI ในกรณีที่ไม่มีปรากฏข้อพิสูจน์ได้แย้งเป็นประการอื่น

เท่านั้น และในคดีนี้ SIBL มีสำนักงานจดทะเบียนตั้งอยู่ในประเทศ Antigua ศาลได้พิจารณาแนวทางของศาลล้มละลายสหรัฐฯ ในการพิจารณาหาสถานที่ตั้งของ COMI ภายใต้ Chapter 15 แห่งประมวลกฎหมายล้มละลายสหรัฐฯ แล้วพบว่า Chapter 15 มิได้มีการกำหนดคำนิยามหรือความหมายของ COMI ไว้เช่นกัน นอกจากนี้ยังกำหนดข้อสันนิษฐานเบื้องต้นให้ถือเอาสำนักงานจดทะเบียนของลูกหนี้เป็นสถานที่ตั้งของ COMI ในกรณีที่ไม่มีปรากฏข้อพิสูจน์ได้แย้งเป็นประการอื่นเช่นเดียวกันอีกด้วย

ผู้แทนต่างประเทศของศาลสหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่าศาลสูงอังกฤษควรมีการปรับใช้และตีความเกณฑ์ COMI ให้เป็นไปในทิศทางเดียวกับศาลสหรัฐอเมริกา เพราะศาลสหรัฐอเมริกาได้ถือเอาประเทศที่มีจุดเกาะเกี่ยวทางข้อเท็จจริง (Material contacts) มากที่สุดเป็นสถานที่ตั้งของ COMI โดยจุดเกาะเกี่ยวทางข้อเท็จจริงนี้หมายรวมถึง สถานที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ของลูกหนี้, สถานที่ตั้งการบริหารจัดการของลูกหนี้, สถานที่ตั้งทรัพย์สินโดยพื้นฐานของลูกหนี้, สถานที่ตั้งของเจ้าหนี้โดยส่วนใหญ่ และ/หรือเขตอำนาจรัฐที่มีการนำกฎหมายของรัฐนั้นไปปรับใช้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมากที่สุด นอกจากนี้ภายใต้แนวคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา ภาระการพิสูจน์สถานที่ตั้งของ COMI ย่อมตกอยู่กับคู่กรณีฝ่ายที่ร้องขอให้มีการรับรองกระบวนการต่างประเทสนั้น ซึ่งโดยทั่วไปหมายถึงผู้แทนต่างประเทศของกระบวนการพิจารณาต่างประเทสนั้นเอง

อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษา Lewison เห็นว่าแนวทางของศาลล้มละลายสหรัฐอเมริกาอาจมิใช่แนวทางที่ถูกต้องที่สุดอันจะทำให้ศาลอังกฤษจำเป็นต้องปฏิบัติตาม ศาลกลับเห็นด้วยกับแนวทางการตีความและปรับใช้เกณฑ์ COMI ของศาลยุติธรรมยุโรปในคดี Eurofood IFSC Ltd. มากกว่า เพราะศาลเห็นว่าเกณฑ์ COMI มีจุดกำเนิดมาจากอนุสัญญาว่าด้วยกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายของสหภาพยุโรป (The European Union Convention on Insolvency Proceeding) โดยสามารถสรุปหลักเกณฑ์สำคัญที่ได้จากแนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษได้ดังนี้

(1) ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่าสำนักงานจดทะเบียนเป็นสถานที่ตั้งของ COMI จะสามารถถูกหักล้างได้ก็ต่อเมื่อ หลักฐานที่นำมาพิสูจน์หักล้างนั้นมีตัวตนอยู่จริง และสามารถรับรู้ได้โดยบุคคลที่สาม โดยต้องเป็นหลักฐานที่สามารถรับรู้ได้ในทางสาธารณะหรือบุคคลที่สามสามารถสังเกตได้จากแนวปฏิบัติในการดำเนินธุรกิจโดยปกติทั่วไปของลูกหนี้ ยกตัวอย่างเช่น สถานที่ตั้งของสำนักงานแห่งใหญ่, กฎหมายที่นำมาใช้บังคับแก่สัญญา หรือ

ลักษณะทางการตลาดของลูกหนี้ เป็นต้น โดยภาระในการพิสูจน์ย่อมตกอยู่กับคู่กรณีฝ่ายที่ต้องการ
หักล้างข้อสันนิษฐานเบื้องต้นนั้น

(2) ภาระบวพิจารณาต่างประเทศที่ผู้แทนต่างประเทศจะสามารถ
นำเสนอให้ศาลดำเนินการรับรองได้นั้นต้องเป็นภาระบวพิจารณาภายใต้กฎหมายล้มละลายโดยมี
วัตถุประสงค์ในการฟื้นฟูกิจการหรือชำระบัญชีลูกหนี้ และต้องเป็นการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับ
การล้มละลาย ภาระบวการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้โดยผู้แทนต่างประเทศเพื่อนำมาเฉลี่ย
ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ โดยระงับการบังคับคดีเอกชนในกระบวนการอื่นๆ ไว้ก่อน ย่อมถือเป็นคุณสมบัติ
หนึ่งของภาระบวพิจารณาต่างประเทศที่สามารถรับรองได้

ผลของคำพิพากษาในคดีนี้แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างของแนวทาง
การปรับใช้และตีความเกณฑ์ COMI ภายใต้หลักการของ Model law ระหว่างศาลอังกฤษและ
ศาลสหรัฐอเมริกา การดำเนินธุรกิจของเอกชนในปัจจุบันมักปรากฏอยู่บ่อยครั้งว่าการบริหารกิจการ
ประจำวันหรือทรัพย์สินของลูกหนี้มักตั้งอยู่นอกอาณาเขตประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของสำนักงาน
จดทะเบียน การพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI โดยอาศัยจุดเกาะเกี่ยวทางข้อเท็จจริง (Material
contacts approach) ตามแนวทางของศาลสหรัฐอเมริกานั้นก่อให้เกิดภาระในการพิสูจน์อย่างมาก
แก่ผู้แทนต่างประเทศ เพราะผู้แทนต่างประเทศจะต้องนำสืบพิสูจน์หลักฐานจนกว่าจะเป็นที่พอใจ
แก่ศาลว่าภาระบวพิจารณาต่างประเทศดังกล่าวมีคุณสมบัติเป็นภาระบวพิจารณาหลักหรือภาระบว
พิจารณารองต่างประเทศ หากมีคุณสมบัติครบถ้วนภายใต้หลักเกณฑ์ของ Chapter 15 ศาลจึงจะ
ดำเนินการรับรองภาระบวพิจารณาต่างประเทศดังกล่าวให้ จึงเป็นความยุ่งยากและน่าหนักใจสำหรับ
ผู้แทนต่างประเทศที่ต้องการนำเสนอภาระบวการล้มละลายให้ศาลสหรัฐอเมริการับรองหรือต้องการ
ขอความช่วยเหลือในทางคดีบางประการจากศาลสหรัฐอเมริกา ไม่ว่าจะภาระบวพิจารณาต่างประเทศ
นั้นจะเกิดขึ้นในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของ COMI หรือไม่ เพราะผู้แทนต่างประเทศมีหน้าที่นำสืบ
พิสูจน์หลักฐานในทุกกรณี

ส่วนแนวทางของศาลอังกฤษในคดีนี้ กลับให้ความสำคัญต่อข้อสันนิษฐาน
เบื้องต้น โดยถือเอาสำนักงานจดทะเบียนเป็นสถานที่ตั้งของ COMI เป็นอันดับแรก และกำหนดให้
คู่กรณีฝ่ายที่ต้องการโต้แย้งข้อสันนิษฐานเบื้องต้นเป็นผู้รับภาระในการพิสูจน์ ผู้แทนในคดีล้มละลาย
ที่ต้องการขอให้ศาลอังกฤษดำเนินการรับรองภาระบวพิจารณาต่างประเทศภายใต้ CBIR จึงได้รับ

แรงกดดันหรือมีอุปสรรคที่น้อยกว่าการขอให้ศาลสหรัฐอเมริการับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ ภายใต้ Chapter 15 แห่งประมวลกฎหมายล้มละลายสหรัฐอเมริกา

นอกจากนี้ศาลอังกฤษยังให้ความสำคัญต่อการรับรู้ของบุคคลที่สาม โดยถือเป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI เพราะประเทศหรือสถานที่อันเป็น ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้จะต้องเป็นที่รู้จักหรือสามารถรับรู้ได้ โดยบุคคลภายนอก อาจรู้จักหรือรับรู้การแสดงตนของลูกหนี้จากการเผยแพร่ในทางสาธารณะหรือจากแนวปฏิบัติ ในการดำเนินธุรกิจโดยปกติทั่วไปของลูกหนี้ ส่งผลให้ลูกหนี้ที่ต้องการเลือกเขตอำนาจศาลในคดี ล้มละลายข้ามชาติไม่สามารถเคลื่อนย้ายสถานที่ตั้งของ COMI ได้โดยง่าย เพราะติดปัญหาเรื่อง การรับรู้ของบุคคลที่สามที่ต้องอาศัยระยะเวลาและการเข้าถึงข้อมูลของบริษัทลูกหนี้ การกล่าวอ้าง สถานที่ตั้งของกรรมการบริษัทหรือสถานที่จัดประชุมคณะกรรมการบริษัทอาจไม่เพียงพอต่อการ หักล้างข้อสันนิษฐานเบื้องต้นอีกต่อไป หากข้อเท็จจริงดังกล่าวนั้นไม่สามารถเข้าถึงหรือรับรู้ได้ โดยบุคคลภายนอกลูกหนี้

กล่าวโดยสรุป แม้ว่า European Insolvency Regulation และ Model law ต่างมีจุดมุ่งหมาย เดียวกันในการนำเกณฑ์ COMI มาใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยวในคดีล้มละลายข้ามชาติเพื่อให้กระบวนการ พิจารณาคดีล้มละลายที่เกิดขึ้นมีความโปร่งใสและสามารถคาดการณ์ได้ ตลอดจนทำให้การบริหาร จัดการคดีล้มละลายเกิดประสิทธิภาพสูงสุดและเป็นไปด้วยความรวดเร็ว แต่การที่หลักเกณฑ์ ระหว่างประเทศทั้งสองแหล่งมิได้กำหนดความหมายหรือคำนิยาม ตลอดจนหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน ในการตีความและปรับใช้เกณฑ์ COMI ไว้ ส่งผลให้ศาลในแต่ละประเทศมีการตีความและปรับใช้ เกณฑ์ดังกล่าวแตกต่างกันไปหลายแนวทาง เช่น ศาลในสหภาพยุโรปบางประเทศเห็นว่า ควรพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI จากระบบการดำเนินงานแบบสำนักงานแห่งใหญ่หรือสถานที่ อันเป็นศูนย์กลางการจัดการธุรกิจของลูกหนี้ (Head office function or Mind of management approach) บางประเทศเห็นว่าควรพิจารณาจากระดับการรับรู้ของเจ้าหนี้ (Contact with creditors approach) หรือศาลยุติธรรมยุโรปเห็นว่าควรให้ศาลของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่มีการพิจารณา COMI และมีคำสั่งให้ริเริ่มกระบวนการหลักเป็นแห่งแรกเป็นผู้มีเขตอำนาจเด็ดขาด โดยศาลของ ประเทศสมาชิกอื่นไม่สามารถโต้แย้งในประเด็นเรื่องเขตอำนาจศาลอีกได้ (First come first serve principle) เป็นต้น

สำหรับศาลสหรัฐฯ ค่อนข้างมีความชัดเจนและความยืดหยุ่นในการพิจารณาสถานที่ตั้งแท้จริงของ COMI โดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงและปัจจัยที่เกี่ยวข้องในแต่ละคดีมากกว่าการอ้างอิงจากแนวทางใดแนวทางหนึ่งโดยเฉพาะ อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาของศาลสหรัฐฯ ในหลายคดีแสดงให้เห็นว่าศาลสหรัฐฯ ได้นำแนวทางการพิจารณา COMI จากระบบการดำเนินงานแบบสำนักงานแห่งใหญ่หรือสถานที่อื่นเป็นศูนย์กลางการจัดการธุรกิจของลูกหนี้ (Head office function or Mind of management approach) มาปรับใช้ควบคู่ไปกับเกณฑ์สถานประกอบธุรกิจหลักของลูกหนี้ (Principal place of business) ในระบบกฎหมายภายในของสหรัฐฯ

เกณฑ์ COMI จึงยังคงเป็นประเด็นที่ก่อให้เกิดความวุ่นวายทางกฎหมาย (Legal chaos) เพราะการตีความและปรับใช้เกณฑ์ COMI ภายใต้ European Insolvency Regulation และ Model law ของศาลในแต่ละประเทศยังมีความแตกต่างกันอยู่มาก สาเหตุประการหนึ่งอาจมาจากความแตกต่างกันของโครงสร้างทางกฎหมายของหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศทั้งสองแหล่ง เนื่องจาก European Insolvency Regulation นำ COMI มาใช้เป็นเกณฑ์ในการริเริ่มกระบวนการหลักในสหภาพยุโรปจึงค่อนข้างให้คุณค่าและความสำคัญต่อความแน่นอนของเขตอำนาจศาลผู้ริเริ่มกระบวนการหลัก ในขณะที่ Model law นำ COMI มาใช้เป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกสถานะทางกฎหมายของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศเพื่อประโยชน์ในการรับรอง ศาลในประเทศผู้รับหลักการจึงมีขอบเขตกว้างและมีความยืดหยุ่นในการพิจารณาตัดสินสถานที่ตั้งของ COMI ดังนั้น แม้ว่า จะเป็นการปรับใช้บทบัญญัติหรือหลักเกณฑ์ในลักษณะเดียวกัน แต่แนวทางของศาลในสหภาพยุโรป อาจไม่มีความเหมาะสมต่อโครงสร้างทางกฎหมายในประเทศผู้รับหลักการของ Model law ก็เป็นไปได้ ดังนั้น หากในอนาคตประเทศไทยต้องรับหลักการของ Model law เข้ามาปรับใช้กับกฎหมายภายในของไทย ประเทศไทยย่อมมีความจำเป็นต้องพิจารณาอย่างถี่ถ้วนว่าแนวทางในลักษณะใดจะมีความเหมาะสมที่สุดต่อการปรับใช้เกณฑ์ COMI ภายใต้กรอบหรือโครงสร้างทางกฎหมายของไทย

บทที่ 4

วิเคราะห์แนวทางการปรับใช้เกณฑ์ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ในประเทศไทย

การกำหนดหลักเกณฑ์การกล่าวอ้างจุดเกาะเกี่ยวเหนือคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นไม่ควรคำนึงถึงกรอบในการใช้เขตอำนาจภายในรัฐแต่เพียงอย่างเดียว หากแต่ยังต้องคำนึงถึงการที่ได้ผลอย่างจริงจังในทางปฏิบัติของกระบวนการล้มละลายนอกเขตอำนาจของรัฐที่กระบวนการนั้นเกิดขึ้นด้วย (Extraterritoriality) เพราะเขตอำนาจศาลในคดีล้มละลายข้ามชาติเป็นเขตอำนาจในระดับที่เป็นระหว่างประเทศ (International jurisdiction) การกล่าวอ้างเขตอำนาจศาลเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติจึงจำเป็นต้องอาศัยจุดเกาะเกี่ยวที่มีความเหมาะสมเพียงพอที่จะสามารถทำให้การบริหารจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติเกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผลสูงสุดในทางปฏิบัติด้วย

จากการศึกษาพบว่า การนำ COMI มาใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยวในคดีล้มละลายข้ามชาตินั้นมีรากฐานมาจากแนวคิดในฝ่าย Universality ซึ่งต้องการก่อให้เกิดความโปร่งใสและความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกระบวนการล้มละลาย โดยสนับสนุนให้กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติถูกรวมศูนย์อยู่ภายในประเทศใดประเทศหนึ่ง และต้องเป็นประเทศที่ลูกหนี้มีความเกี่ยวพันใกล้ชิดมากที่สุด ส่งผลให้ทรัพย์สินของลูกหนี้ไม่ว่าจะตั้งอยู่แห่งใดในโลกถูกรวบรวมนำเข้าสู่กองทรัพย์สินภายใต้ระบบการจัดการเดียวกันภายใต้บังคับของกฎหมายในประเทศเดียว (เป็นไปได้ในทางทฤษฎี) ก่อให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่างบรรดาเจ้าหนี้ทั้งในและต่างประเทศให้สามารถเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาเดียวกันได้ โดยมีสิทธิได้รับชำระหนี้ตามลำดับแห่งมูลหนี้ของตน อันจะช่วยลดปัญหาด้านความแตกต่างลึกลับของกฎหมายและช่วยลดต้นทุนค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีล้มละลายลงเพราะไม่ต้องเริ่มกระบวนการล้มละลายซ้ำซ้อนต่อลูกหนี้รายเดียวกันในหลายประเทศโดยไม่จำเป็น

อย่างไรก็ตาม แม้ Model law และ European Insolvency Regulation จะนำ COMI มาใช้เป็นจุดเกาะเกี่ยวในกล่าวอ้างเขตอำนาจระหว่างประเทศของศาลเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติ โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติมีความโปร่งใสและสามารถคาดการณ์ได้ แต่คำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาและศาลในสหภาพยุโรปกลับแสดงให้เห็นถึงแนวทางการตีความและปรับใช้เกณฑ์ COMI ที่แตกต่างกัน อันยิ่งก่อให้เกิด

อุปสรรคต่อการบริหารจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติซึ่งจำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือและความช่วยเหลือกันระหว่างศาลและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งการประสานงานในทางคดีและการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ นอกจากนี้ยังไม่ก่อให้เกิดความโปร่งใสและความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันอย่างแท้จริงของกระบวนการล้มละลายข้ามชาติ เพราะศาลในแต่ละประเทศมีแนวโน้มตัดสินใจให้ COMI ตั้งอยู่ภายในประเทศตนโดยคำนึงถึงการปกป้องผลประโยชน์ของคู่กรณีและผู้มีส่วนได้เสียภายในประเทศมากกว่าคำนึงถึงผลประโยชน์ของส่วนรวม

ดังนั้น หากประเทศไทยต้องพิจารณารับหลักการของ Model law มาปรับใช้กับกฎหมายภายในของไทย ซึ่งหมายรวมถึงการนำจุดเกาะเกี่ยว COMI มาใช้เป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ศาลไทยสามารถพิจารณารับรองในสถานะกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศด้วยแล้ว ศาลไทยจำเป็นต้องใช้ความระมัดระวังต่อการเลือกแนวทางการตีความและปรับใช้เกณฑ์ COMI ให้มีความเหมาะสมกับกรอบทางกฎหมายและแนวปฏิบัติของศาลไทยมากที่สุด โดยต้องคำนึงถึงการนำไปใช้ได้ผลอย่างจริงจังในทางปฏิบัติด้วย ในบทนี้ผู้วิจัยจึงทำการวิเคราะห์แนวทางต่างๆ ของศาลในสหภาพยุโรปและศาลสหรัฐอเมริกา เพื่อค้นหาแนวทางการปรับใช้เกณฑ์ COMI ที่มีความเหมาะสมกับศาลไทย และเพื่อเป็นแนวทางในการร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับเกณฑ์ COMI หากประเทศไทยต้องพิจารณารับหลักการของ Model law เข้ามาปรับใช้กับกฎหมายภายในของไทยต่อไปในอนาคต

4.1 วิเคราะห์แนวทางการปรับใช้เกณฑ์ COMI

การพิจารณาว่าแนวทางใดควรเป็นแนวทางการตีความและปรับใช้เกณฑ์ COMI ที่มีความเหมาะสมกับประเทศไทยมากที่สุดนั้น จำเป็นต้องพิจารณาจากโครงสร้างทางกฎหมายและเจตนารมณ์เบื้องหลังของ Model law เสียก่อน โดย Model law ได้นำ COMI มาใช้เป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกสถานะของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ศาลในประเทศผู้รับหลักการสามารถพิจารณารับรองได้ในสถานะกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ (Foreign main proceeding) นอกจากนี้ยังต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์โดยพื้นฐานของ Model law ดังต่อไปนี้¹¹⁹

- (1) เพื่อก่อให้เกิดความร่วมมือระหว่างประเทศและหน่วยงานอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง กับคดีล้มละลายข้ามชาติ
- (2) เพื่อก่อให้เกิดเสถียรภาพในด้านกฎหมายการค้าและการลงทุน

¹¹⁹ Article 1(2) of Model law

- (3) เพื่อให้การจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติมีความยุติธรรมและมีประสิทธิภาพ เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ทั้งหลายและผู้มีส่วนได้เสียอื่นๆ รวมทั้งลูกหนี้ด้วย
- (4) เพื่อปกป้องและเพิ่มพูนมูลค่าทรัพย์สินของลูกหนี้ และ
- (5) เพื่อให้ความช่วยเหลือแก่กิจการหรือธุรกิจที่ประสบปัญหาทางการเงินซึ่งเป็นการคุ้มครองการลงทุนและคงไว้ซึ่งการจ้างงาน

UNCITRAL ได้สร้างสรรค์หลักเกณฑ์การล้มละลายข้ามชาติเพื่อให้ประเทศสมาชิกขององค์การสหประชาชาตินำไปใช้เป็นแบบอย่างในการปรับปรุงกฎหมายล้มละลายภายในประเทศให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ทั้งนี้ การบริหารจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์โดยพื้นฐานของ Model law ได้นั้น จำเป็นต้องอาศัยความแน่นอนทางกฎหมาย นับตั้งแต่มีการเริ่มต้นคดีภายในประเทศผู้รับหลักการไปจนถึงการร้องขอให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศโดยผู้แทนต่างประเทศเพื่อให้กระบวนการล้มละลายมีผลนอกเขตอำนาจรัฐของประเทศผู้เริ่มกระบวนการล้มละลาย การนำเกณฑ์ COMI มาปรับใช้ในประเทศไทยจึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์โดยพื้นฐานของ Model law ดังกล่าวข้างต้นด้วย และเพื่อประโยชน์ในการค้นหาแนวทางการปรับใช้เกณฑ์ COMI ที่มีความเหมาะสมกับศาลไทย ผู้วิจัยจึงทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบแนวทางของศาลในสหภาพยุโรปและศาลสหรัฐอเมริกาโดยลำดับดังนี้

4.1.1 วิเคราะห์แนวทางการปรับใช้เกณฑ์ COMI ของศาลในสหภาพยุโรป

แม้ประเทศไทยจะมีได้อยู่ภายใต้บังคับของ European Insolvency Regulation เพราะมิได้เป็นประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรป แต่การพิจารณาแนวทางการปรับใช้เกณฑ์ COMI โดยอาศัยประสบการณ์ของศาลในสหภาพยุโรปควบคู่ไปกับศาลในประเทศผู้รับหลักการของ Model law ย่อมก่อให้เกิดประโยชน์ต่อศาลไทยในแง่การขยายขอบเขตมุมมองการปรับใช้และแนวคิดในเชิงกฎหมายของศาลไทยให้กว้างขึ้น ตลอดจนช่วยให้เห็นปัญหา, ข้อจำกัด และแนวทางแก้ไขอันเกี่ยวกับการปรับใช้เกณฑ์ COMI ที่ศาลต่างประเทศได้ประสบมาใช้เป็นข้อพึงระวังและแนวทางการปรับใช้เกณฑ์ COMI ของศาลไทยต่อไปในอนาคต

ข้อควรคำนึงประการสำคัญ คือ การปรับใช้เกณฑ์ COMI ของศาลในสหภาพยุโรปและศาลในประเทศผู้รับหลักการของ Model law นั้น อยู่ภายใต้กรอบทางกฎหมาย ตลอดจน

สภาพทางสังคม วัฒนธรรม และเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน ส่งผลให้แนวปฏิบัติของการปรับใช้เกณฑ์ COMI มีความแตกต่างกันด้วย ดังนั้น การตัดสินว่าแนวทางใดเป็นแนวทางที่ถูกต้องหรือไม่ถูกต้องจึงไม่น่าจะก่อให้เกิดประโยชน์แต่ประการใด เพราะแนวทางของศาลในสหภาพยุโรป อาจมีความเหมาะสมกับโครงสร้างทางกฎหมายและเจตนารมณ์ของ European Insolvency Regulation แต่อาจไม่มีความเหมาะสมกับโครงสร้างทางกฎหมายและเจตนารมณ์ของ Model law ก็เป็นไปได้

สหภาพยุโรปภายใต้บังคับของ European Insolvency Regulation ได้นำ COMI มาใช้เป็นเกณฑ์ในการริเริ่มกระบวนการหลักภายในสหภาพยุโรป เนื่องจากเล็งเห็นประโยชน์ของการดำเนินกระบวนการหลักภายในประเทศอันเป็นศูนย์กลางทางเศรษฐกิจของลูกหนี้ เพราะย่อมสามารถคาดหมายได้ว่าสถานที่ดังกล่าวอาจเป็นที่รู้จักคุ้นเคยของเจ้าหนี้ เป็นแหล่งอาศัยหรือสถานที่ตั้งของเจ้าหนี้โดยส่วนใหญ่, เป็นสถานที่ซึ่งเจ้าหนี้ใช้ในการติดต่อหรือทำธุรกรรมกับลูกหนี้ หรือเป็นสถานที่ตั้งทรัพย์สินโดยส่วนใหญ่ของลูกหนี้¹²⁰ ทำให้เกิดความคุ้มค่าหรือคุ้มทุนในการดำเนินกระบวนการพิจารณา และก่อให้เกิดความสะดวกในการเข้าร่วมกระบวนการแก่เจ้าหนี้โดยส่วนใหญ่ ศาลในสหภาพยุโรปจึงค่อนข้างให้ความสำคัญต่อความแน่นอนของเขตอำนาจศาลมาก เพราะผลของกระบวนการที่เริ่มขึ้นในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของ COMI จะมีผลผูกพันทั่วสหภาพยุโรป ไม่ว่าประเทศสมาชิกอื่นๆ จะเต็มใจยอมรับผลของกระบวนการดังกล่าวหรือไม่ก็ตาม

ทั้งนี้ ผู้วิจัยจะทำการวิเคราะห์แนวทางการปรับใช้เกณฑ์ COMI ของศาลในสหภาพยุโรปแต่ละแนวทางนับตั้งแต่แนวทางพิจารณาตามหลักใครมาก่อนได้ก่อน (First come first serve principle), แนวทางพิจารณาจากระดับการรับรู้ของเจ้าหนี้ (Contact with creditors approach) และแนวทางพิจารณาจากระบบการดำเนินงานแบบสำนักงานแห่งใหญ่ของลูกหนี้ (Head office function approach) โดยลำดับดังนี้

¹²⁰ Horst Eidenmüller, *Abuse of law in the context of European Insolvency Law* [Online], 4 November 2009. Available from : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1353932, p. 3.

แนวทางแรก การพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI ตามหลักใครมาก่อนได้ก่อน (First come first serve principle) โดยกำหนดให้ศาลของประเทศสมาชิกที่มีคำสั่งให้ริเริ่มกระบวนการหลักเป็นแห่งแรกเป็นผู้มีอำนาจสิทธิขาดแต่เพียงผู้เดียวในการดำเนินกระบวนการหลัก และประเทศสมาชิกอื่นๆ ต้องยอมรับผลของกระบวนการพิจารณาที่เกิดขึ้นโดยไม่สามารถตรวจสอบเขตอำนาจของศาลแห่งแรกได้อีก* แนวทางดังกล่าวส่งผลกระทบบังนี้

(1) แนวทางดังกล่าวก่อให้เกิดการแข่งขันกันเองระหว่างศาลของประเทศสมาชิก (Race to courthouse) ให้ทำการริเริ่มกระบวนการหลักภายในประเทศอย่างรวดเร็วที่สุด ส่งผลให้ศาลในประเทศสมาชิกอาจขาดความระมัดระวังต่อการพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI และมีแนวโน้มตัดสินใจเข้าข้างตนเองว่า COMI ตั้งอยู่ภายในประเทศตนเพื่อให้เป็นผู้มีอำนาจสิทธิขาดในการดำเนินกระบวนการหลัก โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของคู่กรณีและผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องภายในประเทศของตนมากกว่าผลประโยชน์ของส่วนรวม

(2) แนวทางดังกล่าวอาจมิได้สะท้อนให้เห็นถึงสถานที่ตั้งแท้จริงของ COMI เพราะ COMI เป็นปัญหาในเชิงข้อเท็จจริง ศาลจึงจำเป็นต้องประเมิน COMI จากข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานในแต่ละคดีมากน้อยไม่เท่ากัน นอกจากนี้จะพิสูจน์ได้อย่างไรว่าคำวินิจฉัยของศาลแห่งแรกมีความถูกต้อง เพราะศาลในประเทศสมาชิกอื่นๆ ถูกปิดโอกาสมิให้สามารถตรวจสอบหรือโต้แย้งเขตอำนาจของศาลแห่งแรกได้อีก อย่างไรก็ตามที่สุดหากคู่กรณีในคดีล้มละลายต้องการโต้แย้งเขตอำนาจของศาลแห่งแรกเองก็ต้องดำเนินการโดยอาศัยกลไกของกฎหมายภายในของประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของศาลแห่งแรกนั้น และโดยทั่วไปศาลในแต่ละประเทศมีแนวโน้มตีความเข้าข้างตนเองเพื่อให้ตนได้รับสิทธิประโยชน์จากการดำเนินการหลักจึงมีความเป็นไปได้ว่าสถานที่ตั้งของ COMI ตามที่ศาลแห่งแรกกล่าวอ้างอาจมิใช่สถานที่ตั้งของ COMI ตามความเป็นจริง

(3) แนวทางดังกล่าวอาจไม่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผลต่อการบริหารจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติของสหภาพยุโรปในทางปฏิบัติ เพราะแม้จะก่อให้เกิดความแน่นอนของเขตอำนาจศาล แต่การให้ความสำคัญต่อการป้องกันการเคลื่อนย้ายสถานที่ตั้งของ COMI (Forum shopping) ภายหลังการยื่นคำร้องขอให้ริเริ่มกระบวนการหลักต่อศาลในประเทศสมาชิกแห่งแรกมากเกินไป โดยไม่คำนึงถึงเป้าหมายในการเพิ่มพูนมูลค่าทรัพย์สิน

* ดูใน คดี Eurofood IFSC Ltd. และคดี Susanne Staubitz-Schreiber

ของลูกหนี้เลย (Maximization of assets) ย่อมไม่ทำให้สหภาพยุโรปสามารถบรรลุเป้าหมายในการชำระสะสางหนี้สินของลูกหนี้อันเป็นวัตถุประสงค์โดยพื้นฐานของกฎหมายล้มละลายได้

ผู้วิจัยเห็นว่า การป้องกัน Forum shopping ไม่ควรจะเป็นเป้าหมายสูงสุดของการปรับใช้เกณฑ์ COMI ภายใต้ European Insolvency Regulation อันส่งผลให้ศาลในสหภาพยุโรปต้องให้ความสำคัญเป็นอันดับแรก เพราะหาก European Insolvency Regulation ต้องการให้ความสำคัญสูงสุดต่อการป้องกัน Forum shopping จริง เหตุใดสหภาพยุโรปจึงไม่กำหนดหลักเกณฑ์การป้องกันไว้โดยชัดเจน เช่น กำหนดเงื่อนไขด้านระยะเวลาในกรณีที่มีการเคลื่อนย้ายสถานที่ตั้งอันเป็นศูนย์กลางการจัดการธุรกิจของลูกหนี้จากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่งว่าจะต้องใช้ระยะเวลายาวนานเท่าใดจึงจะทำให้สถานที่ตั้งแห่งใหม่มีคุณสมบัติเป็น COMI ของลูกหนี้ได้ นอกจากนั้นแม้ในปัจจุบันก็ยังไม่ปรากฏแหล่งข้อมูลที่สามารถยืนยันได้โดยชัดเจนว่า Forum shopping ก่อให้เกิดผลกระทบเชิงลบหรือเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินคดีล้มละลายข้ามชาติอย่างไร เพราะการทำ Forum shopping ในคดีล้มละลายหลายๆ คดีนั้น^{*} เกิดจากความยินยอมพร้อมใจของคู่กรณีและผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องโดยส่วนใหญ่เอง เนื่องจากต้องการขอรับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายล้มละลายของประเทศที่ตนเลือก หรือเห็นว่าสามารถปกป้องสิทธิประโยชน์ของตนได้มากกว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งเดิมของ COMI

ผู้วิจัยเห็นว่า การก่อให้เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผลของการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติอย่างจริงจังในทางปฏิบัติจำเป็นต้องเปิดโอกาสให้มีการเปลี่ยนแปลงสถานที่ตั้งของ COMI ได้บ้างตามความเหมาะสม ยกตัวอย่างเช่น การล้มละลายของบริษัทข้ามชาติซึ่งประกอบด้วยบริษัทลูกจำนวนมากกระจายอยู่ในประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปหลายประเทศ หากต้องมีการดำเนินคดีล้มละลายต่อบริษัทลูกในทุกประเทศโดยคำนึงถึงสถานที่ตั้ง COMI ของบริษัทลูกแต่ละบริษัทย่อมก่อให้เกิดกระบวนการหลักจำนวนมากต่อลูกหนี้กลุ่มเดียวกันในหลายประเทศโดยไม่จำเป็น ส่งผลให้การดำเนินคดีล้มละลายย้อนกลับไปสู่ปัญหาเดิมที่ไม่สามารถแก้ไขปัญหาเรื่องความแตกต่างลักษณะของกฎหมายที่นำมาใช้

^{*} ดูในคดี Schefennacker AG, Deutsche Nickle และ Hans Brochier ล้วนเป็นบริษัทสัญชาติเยอรมันซึ่งต้องการเคลื่อนย้ายสถานที่ตั้งของ COMI จากประเทศเยอรมันไปยังประเทศอังกฤษ เนื่องจากต้องการได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายล้มละลายอังกฤษซึ่งมีลักษณะเปิดกว้าง, ยืดหยุ่น และให้สิทธิประโยชน์ในด้านต่างๆ ได้มากกว่ากฎหมายล้มละลายเยอรมัน

บังคับแก่กระบวนการพิจารณาและไม่สามารถก่อให้เกิดความเท่าเทียมระหว่างบรรดาเจ้าหนี้อย่างแท้จริงได้ ในกรณีเช่นนี้ศาลจึงควรปรับใช้เกณฑ์ COMI โดยคำนึงถึง “ความสะดวกในการบริหารจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติ” เป็นหลักสำคัญ โดยอาจพิจารณาสถานที่ตั้ง COMI จากภาพรวมของลูกหนี้ทั้งกลุ่มเพื่อให้การดำเนินกระบวนการหลักต่อทุกบริษัทลูกรวมศูนย์อยู่ภายใต้ระบบการจัดการของศาลและกฎหมายภายในประเทศใดประเทศหนึ่งซึ่งน่าจะก่อให้เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผลมากกว่าในการบริหารจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติ

ทั้งนี้ แนวทางของศาลยุติธรรมยุโรปอาจก่อให้เกิดประโยชน์ในด้านการสร้างความแน่นอนของเขตอำนาจศาล (Certainty of jurisdiction) เพื่อเป็นหลักประกันว่าจะไม่มีการเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจของศาลผู้ดำเนินกระบวนการหลักอีก แม้ว่าจะมีความพยายามในการเคลื่อนย้ายสถานที่ตั้ง COMI ออกไปจากเขตอำนาจของศาลแห่งแรกภายหลังมีการยื่นคำร้องขอให้ริเริ่มกระบวนการหลักต่อศาลในประเทศสมาชิกใดประเทศสมาชิกหนึ่งแล้วก็ตาม ในทางกลับกัน แนวทางดังกล่าวกลับไม่ก่อให้เกิดความโปร่งใสในการดำเนินกระบวนการคดีล้มละลายข้ามชาติ เพราะการห้ามมิให้ศาลของประเทศสมาชิกอื่นๆ สามารถตรวจสอบเขตอำนาจของศาลแห่งแรกแม้จะมีเหตุอันควรสงสัยว่า COMI อาจมิได้ตั้งอยู่ภายในประเทศดังกล่าว ย่อมเป็นการปิดโอกาสมิให้มีการค้นหาสถานที่ตั้งแท้จริงของ COMI โดยเฉพาะในกรณีที่ประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของศาลแห่งแรกอาจมิได้เป็นศูนย์กลางทางเศรษฐกิจ, สถานที่ตั้งทรัพย์สินโดยส่วนใหญ่ของลูกหนี้ หรือไม่เป็นที่รู้จักของเจ้าหนี้โดยส่วนใหญ่ การดำเนินกระบวนการล้มละลายในประเทศดังกล่าวย่อมไม่ก่อให้เกิดการชำระสะสางหนี้สินของลูกหนี้หรือก่อให้เกิดความสะดวกต่อการเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาของเจ้าหนี้ แสดงให้เห็นว่า แท้จริงแล้วศาลในสหภาพยุโรปอาจไม่จำเป็นต้องใช้จุดเกาะเกี่ยว COMI ในการริเริ่มกระบวนการหลัก เพราะอย่างไรเสียศาลของประเทศสมาชิกอื่นก็ไม่สามารถตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงของ COMI ได้ ส่งผลให้การใช้จุดเกาะเกี่ยว COMI ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์เท่าที่ควร เพราะไม่สามารถสะท้อนให้เห็นถึงสถานที่ตั้งอันเป็นศูนย์กลางการบริหารจัดการธุรกิจของลูกหนี้ตามความเป็นจริงได้

ผู้วิจัยจึงเห็นว่า การพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI ตามหลักใดมาก่อนได้ก่อนจึงไม่มีความเหมาะสมต่อการปรับใช้ของศาลไทย และศาลอื่นๆ ในประเทศผู้รับหลักการของ Model law เพราะไม่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพและความโปร่งใสในการดำเนินกระบวนการคดีล้มละลายข้ามชาติอันเป็นวัตถุประสงค์หลักสำคัญของ Model law นอกจากนี้ Model law มิได้มีเจตนารมณ์ที่จะเปลี่ยนแปลงหรือจำกัดการใช้อำนาจหรือดุลยพินิจของศาลเกี่ยวกับ

การพิสูจน์พยานหลักฐานตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความในแต่ละประเทศ ในทางกลับกัน แม้ผู้แทนต่างประเทศจะนำเสนอกระบวนการพิจารณาต่างประเทศให้ศาลในประเทศ ผู้รับหลักการพิจารณารับรอง โดยกล่าวอ้างว่าเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นในประเทศอันเป็น สถานที่ตั้งของ COMI ศาลในประเทศผู้รับหลักการก็ไม่จำเป็นต้องยอมรับตามข้อกล่าวอ้าง ดังกล่าวเสมอไป ตรงกันข้ามศาลในประเทศผู้รับหลักการยังสามารถใช้ดุลยพินิจของตนเอง ในระดับหนึ่ง ตลอดจนสามารถเรียกให้ผู้แทนต่างประเทศพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างดังกล่าวจนกว่า จะสิ้นข้อสงสัยแก่ศาล และสามารถเรียกให้มีการพิสูจน์พยานหลักฐานเพิ่มเติมตามหลักเกณฑ์ ของกฎหมายวิธีพิจารณาความภายในประเทศผู้รับหลักการจนกว่าจะเป็นที่พอใจแก่ศาล ได้อีกด้วย

แนวทางที่สอง การพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI จากระดับการรับรู้ของ เจ้าหนี้ (“Contact with creditors approach” หรือ “Appearance to creditors test”)

ภายใต้กรอบทางกฎหมายของ European Insolvency Regulation การรับรู้ ของเจ้าหนี้ถือเป็นปัจจัยที่มีความสำคัญมากต่อการตัดสินสถานที่ตั้งของ COMI จนอาจกล่าว ได้ว่าเป็นองค์ประกอบสำคัญของการปรับใช้เกณฑ์ COMI ในสหภาพยุโรปเลยทีเดียว โดยแนวทาง ดังกล่าวมีจุดมุ่งหมายเพื่อก่อให้เกิดความแน่นอนต่อการคาดการณ์ความเสี่ยงจากการล้มละลาย ของลูกหนี้ในขณะที่เจ้าหนี้เข้าทำธุรกรรมกับลูกหนี้ โดยประเมินว่าเจ้าหนี้มีลักษณะการรับรู้ ใดๆถึงสถานที่ซึ่งโดยปกติลูกหนี้ใช้ในการบริหารจัดการผลประโยชน์ของตน อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับการปรับใช้แนวทางดังกล่าวดังนี้

(1) แนวทางดังกล่าวอาจมิได้สะท้อนให้เห็นถึงสถานที่ตั้งของ COMI ตามความเป็นจริง เพราะแม้ในปัจจุบันก็ยังไม่มีความชัดเจนว่า ศาลจะต้องใช้หลักเกณฑ์ใด เพื่อวัดระดับการรับรู้ของเจ้าหนี้ หรือเจ้าหนี้ประเภทใดบ้างที่จำเป็นต้องรับรู้ถึงสถานที่ตั้งของ COMI เพราะลูกหนี้แต่ละรายอาจประกอบด้วยเจ้าหนี้หลายประเภท และอาจมิได้มีการรับรู้ สถานที่ตั้งของ COMI ภายในระยะเวลาเดียวกันเสมอไป การปรับใช้แนวทางดังกล่าวจึงค่อนข้าง มีข้อจำกัด เพราะศาลจำเป็นต้องใช้ความระมัดระวังอย่างมากในการประเมินระดับการรับรู้ของ เจ้าหนี้ รวมทั้งอาจต้องแบ่งแยกลักษณะและคุณสมบัติของเจ้าหนี้ที่นำมาใช้พิจารณาประกอบด้วย มิฉะนั้นอาจกลายเป็นประเด็นที่ทำให้เจ้าหนี้ในแต่ละประเทศต่างหยิบยกขึ้นมากล่าวอ้างและ โต้เถียงกันถึงระดับการรับรู้ของตนได้ไม่มีที่สิ้นสุด

(2) ศาลในสหภาพยุโรปและศาลในประเทศผู้รับหลักการของ Model law ค่อนข้างให้ความสำคัญต่อระดับการรับรู้ของเจ้าหนี้แตกต่างกัน โดยในอนุสัญญาฉบับที่ 13 ของ European Insolvency Regulation ได้วางแนวทางไว้ว่านอกจาก COMI จะต้องเป็นสถานที่ซึ่งโดยปกติถูกใช้ในกิจการบริหารจัดการผลประโยชน์ของตนแล้ว ยังต้องสามารถรับรู้ได้โดยบุคคลที่สามอีกด้วย (“...ascertainable by third parties.”) ศาลในสหภาพยุโรปจึงค่อนข้างให้ความสำคัญต่อระดับการรับรู้ของเจ้าหนี้มากเป็นพิเศษดังปรากฏแนวทางของศาลอยู่ในคำพิพากษาหลายคดี เช่น คดี Geveran Trading Co. Ltd. v. Kjell Tore Skjevesland, คดี Eurofood IFSC Ltd., คดี Daisytek ISA Ltd. หรือคดี Rover France SAS เป็นต้น

ในทางกลับกัน ภายใต้กรอบของ Model law กลับไม่ปรากฏหลักเกณฑ์โดยชัดแจ้งว่าศาลในประเทศผู้รับหลักการของ Model law จำเป็นต้องให้น้ำหนักหรือความสำคัญกับปัจจัยการรับรู้ของเจ้าหนี้มากเป็นพิเศษหรือไม่ เห็นได้จากคำพิพากษาของศาลสหรัฐฯ ในหลายคดี เพราะศาลสหรัฐฯ เพียงแต่นำปัจจัยการรับรู้ของเจ้าหนี้มาพิจารณาร่วมกับปัจจัยหรือข้อเท็จจริงอื่นๆ ที่ปรากฏในแต่ละคดี แต่มิได้ให้ความสำคัญถึงขนาดนำมาเป็นปัจจัยหลักในการตัดสินสถานที่ตั้งของ COMI แต่อย่างใด

การนำแนวทางดังกล่าวมาใช้เป็นหลักในการตัดสินสถานที่ตั้งของ COMI แต่เพียงอย่างเดียว โดยไม่คำนึงถึงปัจจัยหรือข้อเท็จจริงอื่นๆ ในคดีเลย จึงอาจเป็นการปิดกั้นโอกาสของศาลมิให้สามารถค้นหาสถานที่ตั้งแท้จริงของ COMI ได้ ผู้วิจัยจึงเห็นว่า ศาลไทยอาจนำประเด็นการรับรู้ของเจ้าหนี้มาใช้ประกอบการตัดสินสถานที่ตั้งของ COMI ได้ แต่ควรนำมาพิจารณาร่วมกับปัจจัยหรือข้อเท็จจริงอื่นๆ ที่ปรากฏในแต่ละคดี เพราะการปรับใช้แนวทางดังกล่าวยังมีข้อจำกัดดังที่กล่าวแล้วข้างต้น

แนวทางที่สาม การพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI จากระบบการดำเนินงานแบบสำนักงานแห่งใหญ่ของลูกหนี้ (Head office function approach) หรือจากสถานที่อื่นเป็นศูนย์กลางการจัดการธุรกิจของลูกหนี้ (Mind of management approach) โดยแนวทางดังกล่าวมุ่งพิจารณาสถานที่อื่นเป็นแหล่งควบคุมกิจกรรมหลักของบริษัทที่มีการใช้อำนาจในระดับสูงสุดเกี่ยวกับการบริหารจัดการเกิดขึ้นเป็นปกติ มากกว่าการยึดติดกับสถานที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ แต่เพียงในนามหรือในทางทะเบียนของลูกหนี้ โดยผู้วิจัยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับการปรับใช้แนวทางดังกล่าวดังนี้

แนวทางดังกล่าวเกิดขึ้นจากความพยายามในการแก้ไขจุดบกพร่องของ European Insolvency Regulation เพราะโดยพื้นฐานของ European Insolvency Regulation นั้นถูกสร้างขึ้นเพื่อนำมาปรับใช้กับลูกหนี้ในลักษณะที่เป็นบุคคลหรือนิติบุคคลแยกต่างหาก จากกัน (Separate legal entity) จึงเกิดปัญหาตามมาว่า สำหรับลูกหนี้ที่มีการประกอบธุรกิจใน ลักษณะกระจัดกระจายหรือเกี่ยวเนื่องกันไปหลายประเทศ หรือนิติบุคคลที่มีโครงสร้างทาง กฎหมายภายในซับซ้อนมากจนทำให้ดูเหมือนว่ามีการดำเนินธุรกิจโดยนิติบุคคลเดียวกัน จะสามารถค้นหาสถานที่ตั้ง COMI ของลูกหนี้เหล่านี้ได้อย่างไร

การปรับใช้แนวทาง Head office function approach จึงถือเป็นอีกทางเลือก หนึ่งซึ่งทำให้ศาลมีขอบเขตกว้างและมีความยืดหยุ่นในการประเมินสถานที่ตั้งของ COMI จาก หลักฐานและข้อเท็จจริงซึ่งมีความแตกต่างกันไปในแต่ละคดี โดยไม่ต้องจำกัดว่าต้องยึดถือปัจจัย ในลักษณะใดลักษณะหนึ่งเป็นพิเศษในการชี้ขาดสถานที่ตั้งของ COMI หรือไม่ต้องยึดติดกับสถานที่ ตั้งในทางทะเบียนของลูกหนี้แต่เพียงอย่างเดียว แต่ให้มุ่งค้นหาแหล่งรวมประโยชน์ทางธุรกิจของ ลูกหนี้ซึ่งมีการใช้อำนาจในระดับสูงสุดเกี่ยวกับการบริหารจัดการเกิดขึ้นเป็นปกติ เพราะโดยทั่วไป ลูกหนี้แต่ละรายไม่ว่าจะมีโครงสร้างทางกฎหมายซับซ้อนเพียงใด ย่อมมีสถานที่ในลักษณะ ดังกล่าวอยู่เพียงแห่งเดียวเท่านั้น ส่งผลให้ศาลสามารถค้นหาสถานที่ตั้งของ COMI ซึ่งใกล้เคียง กับความเป็นจริงได้มากกว่าสองแนวทางแรกข้างต้น

4.1.2 วิเคราะห์แนวทางการปรับใช้เกณฑ์ COMI ของศาลสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับหลักการของ Model law เข้ามาปรับใช้กับกฎหมาย ล้มละลายภายในประเทศ โดยการเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติลงใน Chapter 15 แห่งประมวลกฎหมายล้มละลายสหรัฐฯ และนำ COMI มาใช้เป็นเกณฑ์ใน การแบ่งแยกสถานะของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่ศาลสหรัฐฯ สามารถพิจารณารับรองได้ ในสถานะกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ มิได้ใช้เป็นเกณฑ์ในการริเริ่มกระบวนการล้มละลาย ภายในสหรัฐฯ เช่นแนวปฏิบัติของศาลในสหภาพยุโรป โดยศาลสหรัฐฯ เห็นว่าจุดเกาะเกี่ยว COMI นั้นสามารถเทียบเคียงได้กับเกณฑ์สถานประกอบธุรกิจหลัก (Principal place of business) อันเป็นจุดเกาะเกี่ยวประเภทหนึ่งในระบบกฎหมายภายในของสหรัฐฯ ที่ใช้ในการค้นหาสถานที่ตั้ง อันเป็นศูนย์กลางทางยุทธศาสตร์ของการบริหารจัดการธุรกิจของลูกหนี้ (Nerve center) เพื่อขอรับความคุ้มครองในฐานะลูกหนี้ภายใต้กฎหมายล้มละลายของสหรัฐอเมริกา

ดังนั้น ไม่ว่าจะดูทีไรจะมีโครงสร้างทางกฎหมายซับซ้อนหรือมีการประกอบธุรกิจ กระจุกกระจายในหลายประเทศมากน้อยเพียงใด แต่โดยทั่วไปจุดยุทธศาสตร์สำคัญในการบริหารจัดการธุรกิจของลูกหนี่รายหนึ่งๆ ย่อมมีเพียงแห่งเดียว ศาลสหรัฐฯ จึงมุ่งเน้นค้นหาสถานที่ตั้งของ COMI ตามความเป็นจริงยิ่งไปกว่าการถือตามข้อสันนิษฐานเบื้องต้น หรือยอมรับตามคำร้องขอให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศจากผู้แทนต่างประเทศ หรือยึดถือปัจจัยหรือข้อเท็จจริง ในลักษณะใดลักษณะหนึ่งเป็นหลักในการตัดสิน โดยแนวทางดังกล่าวได้ก่อให้เกิดผลดังนี้

(1) ส่งผลให้ศาลสหรัฐฯ มีขอบเขตกว้างและมีความยืดหยุ่นในการค้นหาสถานที่ตั้งของ COMI เพราะศาลสหรัฐฯ สามารถประเมินจากปัจจัยหรือข้อเท็จจริงต่างๆ ที่ปรากฏในแต่ละคดี ตลอดจนสามารถเรียกให้มีการนำสืบพิสูจน์พยานหลักฐานเพิ่มเติมตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความภายในประเทศ หรือเรียกให้ผู้แทนต่างประเทศพิสูจน์สถานที่ตั้งของ COMI ตามข้อกล่าวอ้างของผู้แทนต่างประเทศจนกว่าจะเป็นที่พอใจแก่ศาลได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าศาลต่างประเทศได้มีการวินิจฉัยตัดสินในประเด็นเขตอำนาจระหว่างประเทศของตนมาแล้วอย่างไร เพราะ Model law มิได้ต้องการผูกมัดมิให้ศาลในประเทศผู้รับการ ต้องยอมรับรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศตามคำร้องขอของผู้แทนต่างประเทศในทุกกรณี ตรงกันข้ามศาลในประเทศผู้รับหลักการยังคงมีความเป็นอิสระในระดับหนึ่งในการใช้ดุลยพินิจของตนเพื่อค้นหาสถานที่ตั้งแท้จริงของ COMI ก่อนพิจารณารับรองหรือไม่รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศดังกล่าวได้

(2) ศาลสหรัฐฯ ได้นำเกณฑ์ COMI มาปรับใช้ควบคู่ไปกับการพิจารณา สถานที่ตั้งของ COMI จากระบบการดำเนินงานแบบสำนักงานแห่งใหญ่ (Head office function approach) เช่นเดียวกับแนวทางของศาลในสหภาพยุโรป โดยเลือกปรับใช้เกณฑ์ COMI กับลูกหนี่ที่มีการดำเนินธุรกิจ ลักษณะกระจายหรือเกี่ยวเนื่องกันไปในหลายประเทศเสมือนว่าลูกหนี่มี “สำนักงานแห่งใหญ่เพียงแห่งเดียว” (Single head office) ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงโดยชัดแจ้งว่าบริษัทแม่มีอำนาจในการชี้แนะหรือควบคุมการบริหารจัดการธุรกิจเหนือบริษัทลูก หรือบริษัทลูกมิได้มีการดำเนินธุรกิจ ลักษณะแบ่งแยกต่างหากจากบริษัทแม่ โดยชัดเจนและดำเนินธุรกิจเสมือนเป็นนิติบุคคลเดียวกับบริษัทแม่ ศาลสหรัฐฯ อาจพิจารณาตัดสินให้ COMI ของบริษัทลูกตั้งอยู่ในแห่งเดียวกับสถานประกอบธุรกิจหลักของบริษัทแม่ (Parent company's principal place of business) ได้ ส่งผลให้ศาลสหรัฐฯ สามารถแยกแยะสถานะของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงได้ว่า กระบวนการพิจารณา

ต่างประเทศอันผู้แทนต่างประเทศร้องขอให้ดำเนินการรับรองนั้น สมควรจะได้รับการรับรองในสถานะกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศหรือไม่

4.1.3 วิเคราะห์แนวทางการปรับใช้เกณฑ์ COMI ที่มีความเหมาะสมต่อศาลไทย

4.1.3.1 แนวทางการปรับใช้เกณฑ์ COMI ของศาลไทย

การวิเคราะห์หาแนวทางการปรับใช้เกณฑ์ COMI ที่มีความเหมาะสมกับประเทศไทยนั้นจำเป็นต้องคำนึงถึงการใช้ได้ผลอย่างจริงจังในทางปฏิบัติของการเพิ่มพูนมูลค่าทรัพย์สินของลูกหนี้ และการก่อประสิทธิภาพสูงสุดในการบริหารจัดการคดีล้มละลายเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของเจ้าหนี้ ลูกหนี้ และผู้มีส่วนได้เสียในคดีล้มละลายข้ามชาติ อันเป็นหลักการพื้นฐานของ Model law ด้วย แนวทางการปรับใช้เกณฑ์ COMI จึงควรสะท้อนให้เห็นถึงสถานที่ตั้งของ COMI ตามความเป็นจริงได้มากที่สุดอันจะส่งผลให้เกิดการชำระสะสางหนี้สินได้จริงในประเทศอันเป็นศูนย์กลางการบริหารจัดการธุรกิจของลูกหนี้ และก่อให้เกิดความเท่าเทียมแก่บรรดาเจ้าหนี้ทั้งในและต่างประเทศให้สามารถเข้าร่วมกระบวนการล้มละลายภายใต้บังคับของกฎหมายล้มละลายภายในประเทศเดียวกันได้ โดยผู้วิจัยขอแยกพิจารณาตามประเภทของลูกหนี้ดังนี้

(1) สำหรับลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดา (Natural person) การค้นหาสถานที่ตั้งของ COMI ศาลไทยสามารถพิจารณาได้จากถิ่นที่อยู่โดยปกติวิสัย (Habitual residence) ซึ่งโดยทั่วไปหมายถึงสถานที่ซึ่งลูกหนี้ใช้อาศัยเป็นปกติ โดยมีเจตนาจะอยู่เป็นระยะเวลานาน แต่มิได้ตั้งใจจะอยู่ตลอดไปโดยไม่คิดเปลี่ยนแปลงสถานที่อยู่ใหม่เหมือนในกรณีของ “ภูมิลำเนา” (Domicile) ผู้วิจัยเห็นว่าการใช้จุดเกาะเกี่ยว “ถิ่นที่อยู่โดยปกติวิสัย” ตามแนวทางของ Model law นั้นมีความเหมาะสมและเพียงพอต่อการเป็นสถานที่ตั้งของ COMI แล้ว เพราะโดยทั่วไปบุคคลคนหนึ่งย่อมมีถิ่นที่อยู่อันเป็นปกติวิสัยเพียงแห่งเดียว จึงย่อมคาดหมายได้ว่าลูกหนี้อาจใช้สถานที่ดังกล่าวเป็นหลักในการบริหารจัดการผลประโยชน์ของตนในช่วงระยะเวลาดังกล่าวด้วย นอกจากนั้นการที่สถานที่ใดจะเป็นสถานที่ตั้งของ COMI อาจไม่จำเป็นต้องอาศัยระยะเวลายาวนานถึงขนาดเป็น “ภูมิลำเนา” ของลูกหนี้ เพียงแต่พิสูจน์ได้ว่าลูกหนี้ได้ใช้สถานที่ดังกล่าวในการบริหารจัดการผลประโยชน์ของตนอย่างเป็นทางการปกติวิสัยได้ก็น่าจะเป็นการเพียงพอ

(2) สำหรับลูกหนี้ที่เป็นบริษัทหรือนิติบุคคล (Company or Legal person) ศาลไทยควรมุ่งค้นหาสถานที่ตั้งแท้จริงของ COMI จากระบบการดำเนินงานแบบสำนักงานแห่งใหญ่ (Head office function) หรือสถานที่ตั้งอันเป็นศูนย์กลางการจัดการทางธุรกิจ (Mind of management) ของลูกหนี้ โดยพิจารณาจากสถานที่ซึ่งลูกหนี้มีการดำเนินธุรกิจในระดับศูนย์กลางทางเศรษฐกิจและมีการใช้อำนาจบริหารจัดการในระดับสูงสุดเกิดขึ้นเป็นปกติ ยิ่งไปกว่าการยึดติดกับสถานที่ตั้งในทางทะเบียน หรือสำนักงานจดทะเบียนของลูกหนี้แต่เพียงอย่างเดียว โดยผู้วิจัยเห็นว่า แนวทางดังกล่าวมีความใกล้เคียงกับการปรับใช้เกณฑ์สถานประกอบธุรกิจหลัก (Principal place of business) ในระบบกฎหมายล้มละลายของสหรัฐฯ มาก เพราะมุ่งค้นหาสถานที่ตั้งอันเป็นศูนย์กลางทางยุทธศาสตร์ของการบริหารจัดการธุรกิจของลูกหนี้ หรือสถานที่ตั้งอันเป็นศูนย์กลางการจัดการทางธุรกิจของลูกหนี้เช่นเดียวกัน เพียงแต่ในระบบกฎหมายล้มละลายของไทยมิได้กำหนดเกณฑ์ดังกล่าวเป็นจุดเกาะเกี่ยวประเภทหนึ่งในการกล่าวอ้างเขตอำนาจศาลเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติได้เท่านั้น

การดำเนินตามแนวทางดังกล่าวข้างต้นนอกจากจะทำให้ศาลไทยมีขอบเขตกว้างในการประเมินสถานที่ตั้งของ COMI จากปัจจัยหรือข้อเท็จจริง ตลอดจนพยานหลักฐานต่างๆ ที่ปรากฏในแต่ละคดีแล้ว แนวทางดังกล่าวยังสามารถนำไปปรับใช้กับลูกหนี้ที่มีการดำเนินธุรกิจในลักษณะกระจายหรือเกี่ยวเนื่องกันไปหลายประเทศ เพราะไม่ว่าลูกหนี้จะเป็นนิติบุคคลที่มีโครงสร้างทางกฎหมายซับซ้อนเพียงใด แต่โดยทั่วไปลูกหนี้นี้ย่อมมีการใช้อำนาจการควบคุมและจัดการธุรกิจของตนในระดับสูงสุดเกิดขึ้นเป็นปกติอยู่เพียงแห่งเดียวเท่านั้น โดยศาลไทยอาจนำแนวทางการตีความและปรับใช้เกณฑ์ COMI ของศาลในสหภาพยุโรปมาพิจารณาประกอบด้วยได้ แต่ต้องอยู่บนพื้นฐานของความเข้าใจว่าโครงสร้างทางกฎหมายและแนวนโยบายเบื้องหลังของการใช้บังคับ European Insolvency Regulation ในสหภาพยุโรป และ Model law ในประเทศผู้รับหลักการมีความแตกต่างกันส่งผลให้ลักษณะการปรับใช้เกณฑ์ COMI มีความแตกต่างกันด้วย

ทั้งนี้ หากพิจารณาในเชิงลึกแล้ว เจตนารมณ์แท้จริงของการปรับใช้เกณฑ์ COMI น่าจะอยู่ที่การค้นหาสถานที่ตั้งทางภูมิศาสตร์ที่มีความเหมาะสมต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อก่อให้เกิด **“ความสะดวกสูงสุดต่อการบริหารจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติ”** กล่าวคือ คำนึงถึงความสะดวกของศาลและผู้ใช้บังคับกฎหมายให้สามารถเข้าควบคุมและจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งทรัพย์สินโดยส่วนใหญ่ของลูกหนี้ และคำนึงถึงความสะดวกของเจ้าหนี้โดยส่วนใหญ่ในการเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย

เป็นสิ่งสำคัญ เพราะการดำเนินกระบวนการพิจารณาในประเทศอันเป็นแหล่งรวมประโยชน์ทางธุรกิจของลูกหนี้ย่อมคาดหมายได้ว่าจะทำให้เจ้าหนี้อาจมีโอกาสได้รับชำระหนี้คืนมากกว่าการดำเนินกระบวนการพิจารณาในประเทศอื่นๆ ที่มีจุดเกาะเกี่ยวเพียงเล็กน้อย แต่ไม่มีทรัพย์สินของลูกหนี้ตั้งอยู่เลย เป็นต้น นอกจากนี้ ยังก่อให้เกิดความสับสนแก่ศาล เจ้าพนักงานในคดีล้มละลาย และผู้แทนต่างประเทศ ในการประสานความร่วมมือทางตุลาการระหว่างกัน เพื่อให้ การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติต่อลูกหนี้รายเดียวกันในแต่ละประเทศเป็นไปในทิศทางเดียวกันด้วย

อย่างไรก็ตาม อาจมีประเด็นปัญหาเกิดขึ้นว่า นอกเหนือจากการปรับใช้เกณฑ์ COMI เพื่อพิจารณาเขตอำนาจศาลในระดับระหว่างประเทศ (International jurisdiction) แล้ว ศาลไทยจะสามารถนำเกณฑ์ COMI มาปรับใช้กับกรณีการโต้แย้งเขตอำนาจศาลในระดับภายในประเทศ (Domestic jurisdiction) ได้ด้วยหรือไม่

ประเด็นปัญหาดังกล่าวอาจพิจารณาได้จากคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ฝรั่งเศส (The Versailles Court of Appeal) ในคดี **SARL Dynamic Spray Packaging v SA Augros Cosmetic Packaging** ซึ่งในคดีนี้ลูกหนี้ได้ประกอบธุรกิจผ่านบริษัทแม่และบริษัทลูกในประเทศฝรั่งเศส โดยบริษัทแม่มีสำนักงานจดทะเบียนตั้งอยู่ที่เมือง Colombes และตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลชั้นต้นฝรั่งเศส (The Nanterre Commercial Court) ส่วนบริษัทลูกมีสำนักงานจดทะเบียนตั้งอยู่ที่ใกล้เมือง Toulouse ต่อมาบริษัทลูกได้ยื่นคำร้องขอให้ล้มละลายต่อศาลชั้นต้นฝรั่งเศส (The Nanterre Commercial Court) ซึ่งศาลได้พิจารณารับคำร้องดังกล่าว เนื่องจากพิจารณาแล้วเห็นว่า การบริหารจัดการธุรกิจของบริษัทลูกล้วนมีที่มาจากบริษัทแม่ใน Colombes ทั้งนี้ บริษัทแม่ได้ดำเนินการยื่นคำร้องขอให้ล้มละลายต่อศาลชั้นต้นแห่งเดียวกันนี้ด้วย ศาลอุทธรณ์ฝรั่งเศส (The Versailles Court of Appeal) จึงเห็นว่า ศาลชั้นต้นได้นำแนวคิดเรื่อง COMI ของ European Insolvency Regulation มาปรับใช้กับการพิจารณาเขตอำนาจศาลภายในประเทศด้วย¹²¹

¹²¹ Constantin Achillas, *Centre of Main Interests: Can the concept be used on a national level?* [Online], 5 May 2010. Available from : <http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=a20fa8a6-0831-4f55-8994-6346b770a22f>

อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสดังกล่าวกลับได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากจากกลุ่มนักวิชาการบางส่วนซึ่งเห็นว่า หลักเกณฑ์ของ European Insolvency Regulation (ซึ่งหมายรวมถึงเกณฑ์ COMI) ถูกสร้างขึ้นเพื่อนำมาใช้บังคับกับการชดกันของเขตอำนาจศาลตั้งแต่สองรัฐขึ้นไป จึงไม่ควรนำมาใช้บังคับกับการชดกันของเขตอำนาจระหว่างศาลภายในประเทศ

ผู้วิจัยเห็นว่า แม้โดยพื้นฐานดั้งเดิมของ COMI จะมีจุดกำเนิดในทางระหว่างประเทศและมีแนวปฏิบัติโดยปกติให้นำมาใช้พิจารณาเขตอำนาจระหว่างประเทศของศาล (International jurisdiction) เพื่อให้กระบวนการล้มละลายมีผลนอกเขตอำนาจรัฐ แต่หากพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของการปรับใช้เกณฑ์ COMI เพื่อค้นหาสถานที่ตั้งทางภูมิศาสตร์อันก่อให้เกิดความสะดวกรวดเร็วยิ่งขึ้นต่อการบริหารจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติแล้ว การนำ COMI มาปรับใช้กับกรณีที่เกิดการโต้แย้งเขตอำนาจกันของศาลภายในประเทศ น่าจะทำให้ประเทศไทยได้รับประโยชน์จากการดำเนินคดีล้มละลายภายในพื้นที่อันเป็นแหล่งรวมประโยชน์แท้จริงของลูกหนี้เช่นเดียวกับกรณีการค้นหาสถานที่ตั้งของ COMI ในระดับระหว่างประเทศ และยังทำให้ศาลไทยมีขอบเขตในการพิจารณาเขตอำนาจศาลที่กว้างขึ้น นอกเหนือไปจากการปรับใช้เกณฑ์ภูมิฐานะหรือเกณฑ์การประกอบธุรกิจของลูกหนี้ตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ที่มีอยู่เดิมอีกด้วย

4.1.3.2 ลักษณะของปัจจัยหรือข้อเท็จจริงที่ศาลไทยสามารถนำมาใช้ในการค้นหาสถานที่ตั้งของ COMI

แม้ Model law จะมีได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับลักษณะของข้อเท็จจริงหรือหลักฐานที่ศาลในประเทศผู้รับหลักการสามารถนำมาใช้พิจารณาประกอบการค้นหาสถานที่ตั้งของ COMI เอาไว้ แต่ด้วยลักษณะของ COMI ที่เป็นปัญหาในเชิงข้อเท็จจริง ศาลไทยจึงจำเป็นต้องประเมินจากข้อเท็จจริงและหลักฐานซึ่งมีความแตกต่างกันไปในแต่ละคดี โดยผู้วิจัยค่อนข้างเห็นด้วยกับแนวทางของศาลสหรัฐฯ ว่าลักษณะของปัจจัยหรือข้อเท็จจริงที่นำมาพิจารณาประกอบการตัดสิน COMI นั้นควรอ้างอิงจากพื้นฐานการประกอบธุรกิจของลูกหนี้ในปัจจุบันมากกว่าในอดีต เพราะหากนำการดำเนินธุรกิจในอดีตมาพิจารณาร่วมด้วย อาจยิ่งก่อให้เกิดการแก่งแย่งกันเองระหว่างศาลในแต่ละประเทศ เนื่องจากศาลโดยส่วนใหญ่ มักให้น้ำหนักหรือความสำคัญกับกิจกรรมทางธุรกิจของลูกหนี้ในประเทศตนและสรุปว่าตนเป็น

สถานที่ตั้งของ COMI เพื่อให้เป็นผู้มีเขตอำนาจในการดำเนินกระบวนการหลัก อันอาจเป็นการทำลายวัตถุประสงค์หลักของเกณฑ์ COMI ที่ต้องการก่อให้เกิดความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและการประสานความร่วมมือกันระหว่างกระบวนการล้มละลายในแต่ละประเทศ

นอกจากนั้น การสืบสวนถึงผลประโยชน์ในอดีตของลูกหนี้ อาจส่งผลให้ศาลในประเทศอื่นๆ ไม่ยอมรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศนั้นทั้งที่กระบวนการพิจารณาได้เกิดขึ้นในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งแท้จริงของ COMI จริงตามที่กล่าวอ้าง เพราะศาลในประเทศอื่นๆ อาจกล่าวอ้างถึงการประกอบกิจกรรมทางธุรกิจในอดีตของลูกหนี้ที่เกิดขึ้นในประเทศตนได้เช่นกัน ศาลไทยจึงควรใช้ความระมัดระวังให้มากในการประเมินพยานหลักฐานในแต่ละคดี ทั้งนี้ ผู้วิจัยขอยกตัวอย่างลักษณะของปัจจัยหรือข้อเท็จจริงที่ศาลไทยอาจมาใช้พิจารณาประกอบการตัดสินสถานที่ตั้งของ COMI ได้ตามตารางที่ 4.1 ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 4.1

ตัวอย่างปัจจัยหรือข้อเท็จจริงที่ศาลไทยสามารถนำมาพิจารณาตัดสินสถานที่ตั้งของ COMI

ที่	ลักษณะของปัจจัยหรือข้อเท็จจริง	ตัวอย่างของคดี
1	การบริหารจัดการธุรกิจประจำวันของลูกหนี้/การควบคุมดูแลธุรกิจโดยทั่วไป	Eurofood IFSC Ltd. (Court of Parma/ Court of Dublin/ European court of Justice)
2	สัญชาติของกรรมการบริษัทลูกหนี้	
3	สำนักงานจดทะเบียนของลูกหนี้และบริษัทแม่	
4	ลูกหนี้มีการชำระภาษีให้ประเทศใด	
5	ระบบบัญชี/มาตรฐานการบัญชีภายในบริษัทลูกหนี้	
6	สัญชาติและสถานที่ตั้งของบุคลากรของลูกหนี้	
7	ผู้ค้าประกันการทำธุรกรรมของลูกหนี้	
8	ผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งกรรมการบริษัทลูกหนี้	

ที่	ลักษณะของปัจจัยหรือข้อเท็จจริง	ตัวอย่างของคดี
9	อำนาจตัดสินใจในการบริหารจัดการธุรกิจในส่วนสำคัญ	
10	สถานที่ตั้งของกรรมการบริษัท	Aim Underwriting Agencies (Ireland) Ltd.
11	การดำเนินต่อไปของสัญญาที่ยังเหลืออยู่ภายหลังการล้มละลายของลูกหนี้	No. ö 4105-03 Svea Court of Appeal
12	ลักษณะการแสดงตนของลูกหนี้ต่อเจ้าหนี้ผู้มีส่วนสำคัญในคดี	Ci4Net.com Inc./ DBP Holdings Limited (Court of Leeds)
13	ระบบการจัดการทางการเงินลูกหนี้	Enron Directo SA./ Daisytek ISA Ltd.
14	ช่องทางการจัดหาบุคลากรของลูกหนี้	
15	การควบคุมการจัดซื้อสินค้าและบริการของลูกหนี้	Daisytek ISA Ltd./
16	การจัดการระบบเทคโนโลยีสารสนเทศของลูกหนี้	Collins & Aikman/
17	การเจรจาและการเข้าเป็นคู่สัญญาในธุรกรรมต่างๆ ของลูกหนี้	Crisscross
18	ผู้กำหนดแนวนโยบายหรือแผนกลยุทธ์ในการบริหารจัดการธุรกิจของลูกหนี้	Telecommunications Group/
19	การควบคุมมูลค่าสัญญา	Rover France SAS
20	การทำธุรกรรมผ่านบัญชีธนาคาร	
21	Corporate identity และ Branding	
22	สถานที่ที่มีการเจรจาปรับปรุงโครงสร้างหนี้ของบริษัท	Eurotunnel Finance Ltd.

ที่	ลักษณะของปัจจัยหรือข้อเท็จจริง	ตัวอย่างของคดี
23	สถานที่จัดประชุมคณะกรรมการบริษัท	MPOTEC GmbH
24	กฎหมายซึ่งนำมาใช้บังคับแก่สัญญาและข้อพิพาทระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้	
25	สถานที่ซึ่งมีการติดต่อกับลูกค้าของบริษัทลูกหนี้เป็นปกติ	
26	สถานที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ของลูกหนี้	Sphinx Managed Futures Fund Ltd./ Bear Sterns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund/ Tradex Swiss AG/ Ernst & Young Inc. (Klytie's)
27	สถานที่บริหารจัดการธุรกิจของลูกหนี้/ผู้มีอำนาจควบคุมจัดการธุรกิจของลูกหนี้โดยข้อเท็จจริง	
28	สถานที่ตั้งทรัพย์สินพื้นฐานหรือทรัพย์สินโดยส่วนใหญ่ของลูกหนี้	
29	สถานที่ตั้งของเจ้าหนี้ผู้มีส่วนสำคัญในคดีหรือเจ้าหนี้โดยส่วนใหญ่ที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินคดีล้มละลาย	
30	กฎหมายของรัฐที่นำไปใช้บังคับแก่ข้อพิพาททางธุรกรรมของลูกหนี้มากที่สุด	

4.1.3.3 การกำหนดวันพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI (Reference date)

การกำหนดวันพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI โดยทั่วไปย่อมเป็นไปตามมาตรฐานและแนวปฏิบัติที่มีอยู่ในแต่ละประเทศ โดยผู้วิจัยเห็นว่าศาลไทยควรคำนึงถึงลักษณะของคดีล้มละลายข้ามชาติซึ่งต้องอาศัยระบบการจัดการที่มีความรวดเร็วเพื่อเพิ่มพูนมูลค่าทรัพย์สินของลูกหนี้และเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของคู่กรณีและผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องในคดีล้มละลาย ดังนั้น ในทันทีที่ศาลไทยได้รับคำร้องขอจากผู้แทนต่างประเทศให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในสถานะกระบวนการพิจารณาลักษณะต่างประเทศ (หรือกระบวนการพิจารณารองต่างประเทศหากปรากฏจุดเกาะเกี่ยว Establishment แล้วแต่กรณี) ศาลไทยจะต้องดำเนินการพิจารณาคำร้องดังกล่าวโดยไม่ชักช้า โดยสามารถเริ่มพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI ได้ในวันที่ผู้แทนต่างประเทศได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลไทยรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ หรืออย่างช้าที่สุดในวันที่ศาลมีคำสั่งให้รับรองหรือไม่รับรองกระบวนการพิจารณาลักษณะต่างประเทศดังกล่าวแล้วแต่ศาลจะเห็นสมควรกำหนด

4.1.3.4 การกำหนดผู้มีภาระในการพิสูจน์

Model law ได้สร้างกลไกการเข้าสู่ศาลในประเทศผู้รับหลักการของผู้แทนต่างประเทศ โดยกำหนดให้ผู้แทนต่างประเทศและเจ้าหน้าที่ต่างประเทศมีสิทธิในการเข้าถึงศาลในประเทศผู้รับหลักการและสามารถเข้าร่วมกระบวนการทางกฎหมายในประเทศผู้รับหลักการได้โดยตรง อย่างไรก็ตาม การกำหนดภาระในการพิสูจน์ให้ตกอยู่กับบุคคลใด ย่อมขึ้นอยู่กับมาตรฐานและแนวปฏิบัติของกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีล้มละลายในแต่ละประเทศ โดยสำหรับศาลไทยนั้นย่อมอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีล้มละลายของไทย

อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่าศาลไทยควรกำหนดให้ผู้แทนต่างประเทศเป็นผู้รับภาระหลักในการพิสูจน์สถานะที่ตั้งของ COMI เช่นเดียวกับแนวทางของศาลสหรัฐฯ เพราะย่อมสันนิษฐานได้ว่าผู้แทนต่างประเทศเป็นผู้ได้รับรู้ข้อมูลเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจและการล้มละลายของลูกหนี้จากการดำเนินกระบวนการพิจารณาต่างประเทศมาแล้วในระดับหนึ่งซึ่งน่าจะมากกว่าการรับรู้ของเจ้าหน้าที่หรือผู้มีส่วนได้เสียภายในประเทศไทย นอกจากนี้หากผู้แทนต่างประเทศต้องการขอให้ศาลไทยรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศตามที่เสนอมาในคำร้อง ผู้แทนต่างประเทศควรต้องสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่ากระบวนการพิจารณาต่างประเทศดังกล่าวมีคุณสมบัติให้รับรองในสถานะกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ เพราะเกิดขึ้นในประเทศอันเป็นสถานะที่ตั้งของ COMI จริงตามที่กล่าวอ้าง อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีการโต้แย้งข้อกล่าวอ้างของผู้แทนต่างประเทศโดยคู่กรณีหรือผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องที่เข้าร่วมในคดีล้มละลาย ศาลไทยอาจใช้ดุลยพินิจในการกำหนดบุคคลผู้มีภาระในการพิสูจน์ได้ตามสมควร

4.1.3.5 อำนาจและความเป็นอิสระของศาลไทย

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า การพิจารณาสถานะที่ตั้งของ COMI เป็นปัญหาในเชิงข้อเท็จจริง ศาลจึงมีความจำเป็นต้องประเมินจากพยานหลักฐานและข้อเท็จจริงที่มีอยู่ในแต่ละคดี ดังนั้น หากศาลไทยยอมรับตามแนวทางของศาลในสหภาพยุโรปโดยดำเนินการรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศของผู้แทนต่างประเทศที่ร้องขอให้ศาลไทยพิจารณารับรองในทุกกรณีแล้ว ย่อมเป็นการตัดโอกาสมิให้ศาลไทยสามารถใช้ดุลยพินิจในอันที่จะปกป้องผลประโยชน์ของเจ้าหน้าที่และผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องภายในประเทศจากการใช้เขตอำนาจรัฐนอกเขตดินแดนของศาลต่างประเทศได้ โดยเฉพาะในกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยว่ากระบวนการพิจารณา

ต่างประเทศดังกล่าวมิได้เกิดขึ้นในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของ COMI จริงตามที่ผู้แทน
ต่างประเทศกล่าวอ้าง

นอกจากนั้น หากพิจารณาจากเจตนารมณ์ของ Model law แล้ว Model law มิได้ต้องการกำหนดหลักเกณฑ์ในเชิงบังคับให้ศาลของประเทศผู้รับหลักการ
จำเป็นต้องยอมรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศในทุกกรณีโดยไม่สามารถตรวจสอบ
เขตอำนาจของศาลต่างประเทศเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติได้เลย ในทางกลับกัน ศาลในประเทศ
ผู้รับหลักการยังสามารถใช้ดุลยพินิจของตนได้ในระดับหนึ่งว่าควรพิจารณารับรอง หรือไม่รับรอง
กระบวนการพิจารณาต่างประเทศ โดย Model law ได้วางหลักเกณฑ์ให้ศาลของประเทศผู้รับหลักการ
ต้องมีคำสั่งให้รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศเมื่อปรากฏว่า กระบวนการพิจารณาต่างประเทศ
มีคุณสมบัติครบถ้วนตามมาตรา 17(1) เท่านั้น แต่มิได้กำหนดข้อห้ามมิให้ศาลของประเทศ
ผู้รับหลักการสามารถเรียกดูหรือสืบสวนพยานหลักฐานเพิ่มเติมตามหลักเกณฑ์ของกฎหมาย
วิธีพิจารณาความในแต่ละประเทศ หากเกิดกรณีอันเป็นที่สงสัยเกี่ยวกับเขตอำนาจของ
ศาลต่างประเทศแต่อย่างใด

ดังนั้น ในประเด็นเรื่องอำนาจและความเป็นอิสระของศาลไทยภายหลัง
การรับหลักการของ Model law จึงไม่มีข้อขัดแย้งเกี่ยวกับการใช้ดุลยพินิจของศาลไทย ศาลไทย
ยังคงสามารถใช้ดุลยพินิจตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีล้มละลายของไทย
ในการตรวจสอบเขตอำนาจของศาลต่างประเทศ ตลอดจนแหล่งที่มาของกระบวนการพิจารณา
ต่างประเทศได้ว่าเกิดขึ้นในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของ COMI จริงหรือไม่

4.2 แนวทางการร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับเกณฑ์ COMI ในประเทศไทย

COMI เป็นหลักเกณฑ์ใหม่ที่อยู่ระหว่างการพัฒนา และปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่ามี
การกำหนดความหมายหรือคำนิยามที่ชัดเจนของ COMI ในระบบกฎหมายภายในของ
ประเทศใด สาเหตุประการหนึ่งมาจากปัญหาความไม่ลงรอยกันของแนวคิดทางกฎหมายใน
ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปส่งผลให้ไม่สามารถหาข้อสรุปได้ว่าควรจะกำหนดคำนิยามของ
COMI อย่างไรให้มีความหมายครอบคลุมและชัดเจนมากที่สุด ต่อมาภายหลัง UNCITRAL
ได้นำ European Insolvency Regulation มาใช้เป็นต้นแบบในการร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับ
COMI จึงไม่มีการกำหนดคำนิยามของ COMI ไว้ใน Model law เช่นเดียวกัน (ผู้ร่าง Model law

โดยส่วนใหญ่เห็นเพียงว่าควรนำแนวทางการตีความและปรับใช้บทบัญญัติของ European Insolvency Regulation มาใช้แนวทางเพื่อประโยชน์การตีความและปรับใช้บทบัญญัติของ Model law^{*} แต่ไม่ได้กล่าวถึงการกำหนดคำนิยามของ COMI ไว้เป็นประเด็นสำคัญ)

ทั้งนี้ หากพิจารณาจากโครงสร้างของ Model law จะพบว่า มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเกณฑ์ COMI อยู่เพียง 2 มาตรา ได้แก่ คำนิยามคำว่า “กระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ” ในมาตรา 2(b) และข้อสันนิษฐานเบื้องต้นของ COMI ในมาตรา 16(3) ดังนี้

มาตรา 2(b) ““กระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศ” หมายถึง กระบวนการพิจารณาต่างประเทศที่เกิดขึ้นในประเทศอันเป็นสถานที่ตั้งของ COMI”

มาตรา 16(3) “ในกรณีที่ไม่มีปรากฏข้อพิสูจน์ได้แย้งเป็นประการอื่น ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าสำนักงานจดทะเบียน หรือถิ่นที่อยู่โดยปกติวิสัยในกรณีของบุคคลธรรมดาเป็นศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้”

บทบัญญัติในมาตรา 2(b) ดังกล่าวข้างต้นมิใช่คำนิยามหรือคำจำกัดความที่แท้จริงของ COMI เพียงแต่นำ COMI มาใช้เป็นเกณฑ์ในการบ่งบอกแหล่งที่มาของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศเพื่อประโยชน์ในการพิจารณารับรอง เช่นเดียวกับมาตรา 16(3) ซึ่งเพียงแต่กำหนดข้อสันนิษฐานเบื้องต้นให้ถือเอาสำนักงานจดทะเบียนหรือถิ่นที่อยู่โดยปกติวิสัยของลูกหนี้เป็นสถานที่ตั้งของ COMI ในกรณีที่ไม่มีปรากฏข้อพิสูจน์ได้แย้งประการอื่นที่มีน้ำหนักมากกว่าเท่านั้น ดังนั้น หากปรากฏข้อเท็จจริงหรือหลักฐานที่แสดงให้เห็นได้ว่า COMI ตั้งอยู่ในแหล่งอื่นที่มีถิ่นที่อยู่โดยปกติวิสัยหรือสำนักงานจดทะเบียนของลูกหนี้ ข้อสันนิษฐานดังกล่าวย่อมสามารถถูกหักล้างได้

ผู้วิจัยเห็นว่าแนวทางการร่างบทบัญญัติเกี่ยวกับ COMI ภายหลังจากการรับหลักการของ Model law เข้ามาปรับใช้กับกฎหมายภายในของไทย จึงควรมีการกำหนดคำนิยามของ COMI ให้ชัดเจน เพราะนอกจากจะทำให้ศาลไทยและผู้ใช้บังคับกฎหมายเกิดแนวทางการตีความและปรับใช้ที่มีความเหมาะสมแล้วยังช่วยลดปัญหาด้านความแตกต่างในการตีความและปรับใช้ของ

^{*} Paragraph 72 of Guide to enactment of the UNCITRAL Model law and UNCITRAL working papers (A/52/17, Para 153)

ศาลภายในประเทศให้ลดน้อยลงด้วย โดยมีข้อควรคำนึงเกี่ยวกับการกำหนดค่านิยมของ COMI อยู่ 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก ค่านิยมของ COMI ต้องสามารถสะท้อนให้เห็นสถานที่ตั้งของ COMI ตามความเป็นจริงได้ การดำเนินกระบวนการล้มละลายข้ามชาติตามหลักการของ Model law อยู่บนพื้นฐานของแนวคิด Universality ซึ่งต้องการก่อให้เกิดความโปร่งใสและความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกระบวนการล้มละลาย โดยดำเนินกระบวนการล้มละลายในประเทศอันเป็นศูนย์กลางทางเศรษฐกิจของลูกหนี้ซึ่งสามารถคาดหมายได้ว่าเป็นสถานที่อันเป็นที่รู้จักคุ้นเคยของเจ้าหนี้, เป็นแหล่งอาศัยหรือสถานที่ตั้งของเจ้าหนี้โดยส่วนใหญ่, เป็นสถานที่ซึ่งเจ้าหนี้ใช้ในการติดต่อหรือทำธุรกรรมกับลูกหนี้ หรือเป็นสถานที่ตั้งทรัพย์สินโดยส่วนใหญ่ของลูกหนี้ เพื่อก่อให้เกิดการชำระหนี้สินของลูกหนี้ให้ได้มากที่สุด ตลอดจนก่อให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่างบรรดาเจ้าหนี้ทั้งในและต่างประเทศให้สามารถขอรับชำระหนี้ตามสิทธิของตนภายใต้กระบวนการจัดการเดียวกันได้ ดังนั้น ค่านิยมของ COMI จึงควรสะท้อนให้เห็นถึงสถานที่ซึ่งโดยปกติลูกหนี้ได้ใช้ในการบริหารจัดการผลประโยชน์ของตนในระดับที่เป็นศูนย์กลางทางเศรษฐกิจหรือศูนย์กลางการจัดการธุรกิจของตนด้วย

ประการที่สอง ต้องสามารถนำไปปรับใช้ได้จริงในทางปฏิบัติ โดยกำหนดแนวทางการปรับใช้เกณฑ์ COMI เพื่อให้ศาลไทยมีขอบเขตกว้างและมีความยืดหยุ่นในการประเมินสถานที่ตั้งของ COMI จากหลักฐานและข้อเท็จจริงซึ่งมีความแตกต่างกันไปในแต่ละคดี โดยไม่ยึดติดอยู่กับปัจจัยในลักษณะใดลักษณะหนึ่งเป็นพิเศษหรือตัดสินสถานที่ตั้งของ COMI จากสถานที่ตั้งในทางทะเบียนของลูกหนี้แต่เพียงอย่างเดียว จึงควรเพิ่มเติมแนวทางการพิจารณา COMI จากระบบการดำเนินงานแบบสำนักงานแห่งใหญ่ของลูกหนี้ (Head office function) ลงในค่านิยมของ COMI เพื่อก่อให้เกิดแนวทางที่ชัดเจนแก่ศาลในการตีความและปรับใช้ด้วย โดยผู้วิจัยขอเสนอแนวทางการกำหนดค่านิยมของ COMI ดังนี้

“ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ หมายถึง สถานที่ซึ่งโดยปกติลูกหนี้ใช้ในการบริหารจัดการผลประโยชน์ของตนในระดับที่เป็นศูนย์กลางทางเศรษฐกิจของลูกหนี้ซึ่งโดยทั่วไปหมายถึงถิ่นที่อยู่โดยปกติวิสัยสำหรับลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดา และสำนักงานจดทะเบียนสำหรับลูกหนี้ที่เป็นนิติบุคคล ยกเว้นในกรณีที่ปรากฏระบบการดำเนินงานแบบสำนักงานแห่งใหญ่ของนิติบุคคลตั้งอยู่ในแหล่งอื่น”

การกำหนดให้ COMI ตั้งอยู่ในสถานที่ซึ่งโดยปกติถูกหนีใช้ในการบริหารจัดการผลประโยชน์ของตน เป็นการแสดงถึงแนวทางเบื้องต้นในการตีความเกณฑ์ COMI ว่าต้องเป็นสถานที่ซึ่งถูกหนีได้ใช้ในการบริหารจัดการผลประโยชน์ของตนอย่างเป็นทางการโดยปกติวิสัยเท่านั้น มิใช่เพียงชั่วคราว และต้องมีความสำคัญในระดับที่เป็น “ศูนย์กลางทางเศรษฐกิจ” หรือ “ศูนย์กลางการจัดการทางธุรกิจ” ของถูกหนีด้วย เพราะถูกหนีรายหนึ่งๆ อาจมีสถานที่ซึ่งโดยปกติใช้ในการบริหารจัดการผลประโยชน์ของตนอยู่หลายแห่ง จึงควรกำหนดให้ COMI ตั้งอยู่ในแหล่งที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจมากที่สุดหรือมีการใช้อำนาจควบคุมธุรกิจในระดับสูงสุดของถูกหนีเกิดขึ้นเป็นปกติ โดยผู้วิจัยได้นำแนวคิดบางส่วนมาจากบริบทของ Recital 13 แห่ง European Insolvency Regulation แต่มีได้นำปัจจัยการรับรู้โดยบุคคลที่สาม (“...ascertainable by third parties.”) มากำหนดไว้เป็นองค์ประกอบสำคัญ เพราะเห็นว่าการรับรู้สถานที่ตั้งของ COMI โดยบุคคลที่สามหรือโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีส่วนสำคัญในคดีนั้นเป็นเพียงปัจจัยประการหนึ่งซึ่งศาลในประเทศผู้รับหลักการอาจนำมาพิจารณาร่วมกับข้อเท็จจริงหรือหลักฐานประการอื่นๆ ในแต่ละคดีเพื่อประเมินสถานที่ตั้งของ COMI โดยใช้ดุลยพินิจของศาลเองได้

ทั้งนี้ การกำหนดถิ่นที่อยู่อาศัย (Residence) และสำนักงานจดทะเบียน (Registered office) ของถูกหนีไว้ เพื่อเป็นแนวทางเบื้องต้นแก่ศาล ตลอดจนช่วยจำกัดกรอบการตีความและปรับใช้เกณฑ์ COMI ของศาลให้แคบลง เพราะเป็นที่ทราบกันดีในหมู่นักกฎหมายว่าถิ่นที่อยู่อาศัยเป็นองค์ประกอบหนึ่งในการมีภูมิลำเนาของบุคคล และมีประโยชน์ในกรณีที่ปรากฏถิ่นที่อยู่แต่ไม่ถึงขนาดเป็นภูมิลำเนาของถูกหนี โดยหลักถิ่นที่อยู่มีความสำคัญเฉพาะกรณีการอ้างเขตอำนาจศาลเหนือบุคคลธรรมดาเท่านั้น ส่วนในกรณีของนิติบุคคลไม่มีปัญหาในเชิงข้อเท็จจริงดังกล่าวเพราะสำนักงานจดทะเบียนมีความชัดเจนในอันที่จะถือว่าเป็นภูมิลำเนาของนิติบุคคลนั้น อย่างไรก็ตาม หากปรากฏข้อเท็จจริงหรือหลักฐานประการอื่นที่แสดงให้เห็นว่า COMI ของนิติบุคคลมิได้ตั้งอยู่ ณ สำนักงานจดทะเบียน ศาลย่อมสามารถพิจารณา COMI จากสถานที่ซึ่งมีระบบการดำเนินงานแบบสำนักงานแห่งใหญ่ของถูกหนีตั้งอยู่ซึ่งมีความหนักแน่นพอที่จะสันนิษฐานได้ว่าเป็นแหล่งรวมประโยชน์ในการประกอบกิจการของนิติบุคคลหรือเป็นสถานที่ตั้งทรัพย์สินโดยส่วนใหญ่ของถูกหนี

อย่างไรก็ตาม อาจเกิดกรณีข้อสงสัยได้ว่า การนำจุดเกาะเกี่ยวถิ่นที่อยู่โดยปกติวิสัยหรือสำนักงานจดทะเบียนของถูกหนีมากำหนดเป็นข้อสันนิษฐานเบื้องต้นในการพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI มีความเหมาะสมมากน้อยเพียงใด ในประเด็นนี้หากพิจารณาบริบทใน Paragraph

122 ของ Guide to enactment of the UNCITRAL Model law การกำหนดข้อสันนิษฐานเบื้องต้น ตามมาตรา 16(3) ของ Model law ให้ถือเอาสำนักงานจดทะเบียนสำหรับลูกหนี้ที่เป็นนิติบุคคล และถิ่นที่อยู่โดยปกติวิสัยสำหรับลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดาเป็นสถานที่ตั้งของ COMI นั้น เป็นไป เพื่อก่อให้เกิดความรวดเร็วในกระบวนการพิสูจน์หลักฐานเท่านั้น และมีได้ต้องการปิดกั้นโอกาส มิให้ศาลในประเทศผู้รับหลักการสามารถเรียกดูหรือประเมินหลักฐานประการอื่นๆ ตามหลักเกณฑ์ ของกฎหมายวิธีพิจารณาความของประเทศผู้รับหลักการได้ หากเห็นว่าสถานที่ตั้งของ COMI ตาม ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นยังเป็นที่สงสัยแก่ศาลหรือคู่กรณีที่มีส่วนได้เสียในคดี¹²² แสดงให้เห็นว่า UNCITRAL มิได้ต้องการให้นำหนักหรือความสำคัญแก่ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นเท่าใดนัก ตรงกัน ข้าม UNCITRAL กลับยอมรับอำนาจการใช้ดุลยพินิจในการประเมินพยานหลักฐานตาม หลักเกณฑ์ของกฎหมายวิธีพิจารณาความในประเทศผู้รับหลักการแต่ละประเทศ ให้สามารถ พิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI โดยไม่จำเป็นต้องติดอยู่ในกรอบของข้อสันนิษฐานเบื้องต้นแต่ เพียงอย่างเดียวเท่านั้น

ผู้วิจัยเห็นว่า การนำถิ่นที่อยู่โดยปกติวิสัย และสำนักงานจดทะเบียนของลูกหนี้ มากำหนดเป็นข้อสันนิษฐานเบื้องต้นมีความเหมาะสมและเพียงพอต่อการคาดการณ์สถานที่ตั้ง ของ COMI ในเบื้องต้นแล้ว เพราะจุดเกาะเกี่ยวถิ่นที่อยู่โดยปกติวิสัยของลูกหนี้ย่อมแสดงให้เห็น ถึงสถานที่ซึ่งลูกหนี้ใช้อาศัยเป็นปกติ โดยมีเจตนาจะอยู่เป็นระยะเวลาานานๆ แต่ไม่ถึงขนาด ไม่คิดเปลี่ยนแปลงถิ่นที่อยู่เช่นกรณีของภูมิลาเนา จึงย่อมคาดหมายได้ว่าลูกหนี้ได้ใช้สถานที่ ดังกล่าวในการบริหารจัดการผลประโยชน์ของตนอย่างเป็นทางการเป็นปกติวิสัยด้วย

ส่วนการนำสำนักงานจดทะเบียนมากำหนดเป็นข้อสันนิษฐานเบื้องต้นเป็นเรื่อง ของความน่าจะเป็น เพราะบุคคลทั่วไปย่อมคาดหมายได้ว่าศูนย์กลางการบริหารจัดการธุรกิจ และสถานที่ตั้งทรัพย์สินโดยส่วนใหญ่ของนิติบุคคลอาจตั้งอยู่ ณ สำนักงานจดทะเบียนอันเป็น สถานที่ตั้งทางกฎหมายของลูกหนี้ นอกจากนั้นการนำสถานที่ตั้งทางกฎหมายของนิติบุคคล มาใช้ในการอ้างอิงสถานที่ตั้งของ COMI ย่อมได้รับการยอมรับจากศาลและคู่กรณีในคดี ล้มละลายมากกว่าการอ้างอิงจากข้อเท็จจริงประการอื่น ผู้วิจัยจึงเห็นว่า ในส่วนของการกำหนด

¹²² Paragraph 122 of Guide to enactment of the UNCITRAL Model law: "Article 16 establishes presumptions that allow the court to expedite the evidentiary process; at the same time they do not prevent, in accordance with the applicable procedural law, calling for or assessing other evidence if the conclusion suggested by the presumption is called into question by the court or an interested party."

ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นจึงไม่จำเป็นต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงแต่อย่างใด เพราะจุดเกาะเกี่ยว ทั้งสองมีความเหมาะสมเพียงพอต่อการเป็นสถานที่ตั้งของ COMI ในเบื้องต้นแล้ว



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การล้มละลายข้ามชาติเป็นผลสะท้อนกลับจากการขยายตัวทางเศรษฐกิจของโลก อันเนื่องมาจากภาวะความเปลี่ยนแปลงในทางพาณิชย์ของเอกชนมีแนวโน้มพัฒนาไปสู่การค้า และการลงทุนระหว่างประเทศมากขึ้น การเปลี่ยนแปลงรูปแบบการประกอบธุรกิจแบบข้ามพรมแดนได้กลายมาเป็นเป็นปัจจัยหนึ่งซึ่งส่งผลให้นิติสัมพันธ์ในคดีล้มละลายมีลักษณะระหว่างประเทศ เพราะมีจุดเกาะเกี่ยวอยู่กับเขตอำนาจรัฐหลายรัฐ ไม่ว่าจะเป็นเพราะการก่อนิติสัมพันธ์, สัญชาติ, ภูมิลำเนา, ถิ่นที่อยู่, สำนักงานแห่งใหญ่ของนิติบุคคล, สถานประกอบการ, การประกอบธุรกิจของทั้งลูกหนี้และเจ้าหนี้ หรือเพราะทรัพย์สินของลูกหนี้ซึ่งมีลักษณะกระจายอยู่ในหลายประเทศทั่วโลก ส่งผลให้ข้อเท็จจริงในคดีล้มละลายของลูกหนี้รายเดียวกันตกอยู่ภายใต้ความเหลื่อมล้ำของกฎหมายล้มละลายหลายระบบ ก่อให้เกิดการขัดกันแห่งเขตอำนาจรัฐ และการขัดกันแห่งกฎหมายจากเวลาที่ศาลในแต่ละประเทศต่างกล่าวอ้างจุดเกาะเกี่ยวในคดีล้มละลายตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในเพื่อให้เป็นผู้มีเขตอำนาจชั้นชอบธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติ

ปัญหาการล้มละลายข้ามชาติเป็นปัญหาที่มีความสลับซับซ้อนและก่อให้เกิดผลกระทบทางเศรษฐกิจเกี่ยวเนื่องกันไปอย่างเป็นลูกโซ่ จึงเป็นการยากลำบากที่ประเทศใดประเทศหนึ่ง จะจัดการกับปัญหาดังกล่าวได้เพียงลำพังโดยไม่อาศัยความร่วมมือจากประเทศอื่นๆ เลย วิธีแก้ไขปัญหามาตราการหนึ่งคือการสร้างหลักเกณฑ์กลางร่วมกันเพื่อขจัดอุปสรรคอันเกิดจากเขตอำนาจรัฐที่ต่างกัน ไม่ว่าจะเป็น European Insolvency Regulation ของสหภาพยุโรป หรือ Model law ของ UNCITRAL ซึ่งหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศทั้งสองแหล่งต่างนำจุดเกาะเกี่ยว “ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้” หรือ “COMI” มาใช้เป็นกลไกสำคัญเพื่อให้การดำเนินกระบวนการล้มละลายข้ามชาติเกิดความโปร่งใสและมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน โดยสนับสนุนให้มีการดำเนินกระบวนการล้มละลายในสถานะของกระบวนการหลัก (Main proceeding) ในประเทศอันเป็นศูนย์กลางทางเศรษฐกิจของลูกหนี้ เพื่อก่อให้เกิดการชำระหนี้สินของลูกหนี้ให้ได้มากที่สุดและก่อให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่างบรรดาเจ้าหนี้ทั้งในและต่างประเทศ ให้สามารถเข้าร่วมในกระบวนการพิจารณาเดียวกันภายใต้ระบบกฎหมายล้มละลายเดียวกัน เพื่อลด

ปัญหาความแตกต่างลักษณะของกฎหมาย และก่อให้เกิดความคลุมเครือหรือคลุมพูนในการดำเนินคดีล้มละลาย

อย่างไรก็ตาม การที่หลักเกณฑ์ระหว่างประเทศทั้งสองแหล่งมิได้กำหนดคำนิยาม ตลอดจนหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการตีความและปรับใช้เกณฑ์ COMI ไว้ ส่งผลให้ศาลในแต่ละประเทศมีแนวทางการตีความและปรับใช้ที่แตกต่างกันหลาย ทำให้ไม่มีบรรทัดฐานที่ชัดเจนแน่นอน และเป็นประเด็นที่ถกเถียงกันอย่างมากในแวดวงนักนิติศาสตร์ นอกจากนี้ COMI ยังเป็นหลักเกณฑ์ใหม่ที่อยู่ระหว่างการพัฒนา โดยมีการพัฒนาหลักเกณฑ์การตีความและปรับใช้อย่างต่อเนื่องผ่านทางคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ แนวทางการศึกษาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงได้แก่การศึกษาเปรียบเทียบคำพิพากษาของศาลต่างประเทศทั้งในสหภาพยุโรปและในประเทศผู้รับหลักการของ Model law เช่น สหรัฐอเมริกา เพื่อค้นหาแนวทางที่น่าจะมีความเหมาะสมมากที่สุดต่อการปรับใช้เกณฑ์ COMI ภายใต้กรอบทางกฎหมายของไทย หากประเทศไทยต้องพิจารณารับหลักการของ Model law ในอนาคตอันใกล้

จากการศึกษาพบว่า แม้เกณฑ์ COMI จะมีจุดกำเนิดเดียวกันอยู่ในสหภาพยุโรป ตลอดจนมาจากแนวคิดพื้นฐานเดียวกันของฝ่าย Universality ซึ่งสนับสนุนให้กระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติถูกรวมศูนย์อยู่ภายในประเทศใดประเทศหนึ่ง แต่คำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาและศาลในสหภาพยุโรปกลับแสดงให้เห็นถึงแนวทางการตีความและปรับใช้เกณฑ์ COMI ที่แตกต่างกัน สืบเนื่องมาจากโครงสร้างทางกฎหมาย สภาพสังคม และระบบวัฒนธรรมทางกฎหมาย ตลอดจนเจตนารมณ์เบื้องหลังของการปรับใช้เกณฑ์ COMI ภายใต้หลักเกณฑ์ระหว่างประเทศทั้งสองแหล่งมีความแตกต่างกัน อันยิ่งก่อให้เกิดความขัดแย้งและอุปสรรคต่อการบริหารจัดการคดีล้มละลายข้ามชาติซึ่งจำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือและความช่วยเหลือกันระหว่างศาลและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งการประสานงานในทางคดีและการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้

ดังนั้น หากในอนาคตประเทศไทยต้องรับหลักการของ Model law เข้ามาปรับใช้กับกฎหมายภายในของไทย การเลือกแนวทางการปรับใช้เกณฑ์ COMI ให้มีความเหมาะสมกับกรอบทางกฎหมายของไทยย่อมเป็นการช่วยลดปัญหาและอุปสรรคในการตีความและปรับใช้เกณฑ์ COMI ของศาลไทยให้ลดน้อยลงได้ โดยศาลควรมุ่งค้นหาสถานที่ตั้งของ COMI ตามความเป็นจริงยิ่งไปกว่าการยอมรับตามคำร้องของผู้แทนต่างประเทศในทุกกรณีโดยไม่มี การตรวจสอบคุณสมบัติของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศก่อนพิจารณารับรองในสถานะใด

สถานะหนึ่ง หรือการยึดถือสถานที่ตั้งทางกฎหมายของลูกหนี้, ข้อเท็จจริงหรือปัจจัยในลักษณะใดลักษณะหนึ่งแต่เพียงอย่างเดียว เพราะ COMI เป็นปัญหาในเชิงข้อเท็จจริง ศาลไทยต้องมีความยืดหยุ่นในการประเมินข้อเท็จจริงและหลักฐานซึ่งมีความแตกต่างกันไปในแต่ละคดี โดยในส่วนของ การร่างหรือปรับปรุงบทบัญญัติเกี่ยวกับเกณฑ์ COMI ภายใต้หลักการของ Model law ควรมีการกำหนดคำนิยามของ COMI ให้ชัดเจน และคำนิยามของ COMI ต้องสามารถสะท้อนให้เห็นสถานที่ตั้งของ COMI ตามความเป็นจริง และสามารถนำไปใช้ได้ผลอย่างจริงจังในทางปฏิบัติด้วย

ทั้งนี้ ในขณะที่ผู้วิจัยจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ยังไม่ปรากฏว่าสหภาพยุโรปมีแผนการพัฒนาหลักเกณฑ์การล้มละลายข้ามชาติในสหภาพยุโรปต่อไปอย่างไร ส่วนในด้านของ UNCITRAL นั้นหลังจากได้มอบหมายงานด้านการพัฒนากฎหมายล้มละลายให้แก่คณะทำงาน ชุดที่ 5 (Working Group V) ให้จัดทำ Model law ในปี ค.ศ.1997, แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL (UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law) ในปี ค.ศ. 2004 และแนวปฏิบัติของ UNCITRAL เกี่ยวกับการประสานความร่วมมือในคดีล้มละลายข้ามชาติ (UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation) ในปี ค.ศ. 2009 แล้ว ปัจจุบันในเวทีการประชุมของ UNCITRAL ได้มีการนำเสนอให้มีการพัฒนาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ COMI ทั้งในแง่ของการกำหนดคำนิยามและหลักเกณฑ์การปรับใช้ในทางปฏิบัติให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น จึงต้องรอดูกันต่อไปว่า UNCITRAL จะมีแนวทางการพัฒนาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติซึ่งหมายรวมถึงการพัฒนาหลักเกณฑ์ของ COMI ต่อไปอย่างไรในอนาคต

5.2 ข้อเสนอแนะ

1. ในด้านการปรับใช้เกณฑ์ COMI ในประเทศไทย ศาลไทยควรนำแนวทางการพิจารณา สถานที่ตั้งของ COMI จากระบบการดำเนินงานแบบสำนักงานแห่งใหญ่ของลูกหนี้ (Head office function approach) หรือจากศูนย์กลางการจัดการธุรกิจของลูกหนี้ (Mind of manage approach) มาปรับใช้กับลูกหนี้ที่เป็นนิติบุคคล โดยพิจารณา COMI จากสถานที่ซึ่งลูกหนี้มีการดำเนินธุรกิจในระดับศูนย์กลางทางเศรษฐกิจและมีการใช้อำนาจบริหารจัดการในระดับสูงสุด เกิดขึ้นเป็นปกติ ส่วนลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดาสามารถพิจารณา COMI จากถิ่นที่อยู่โดยปกติวิสัย (Habitual Residence) อันเป็นองค์ประกอบหนึ่งในการมีภูมิลำเนาของบุคคล และศาลควรมีขอบเขตกว้างในการประเมินสถานที่ตั้งของ COMI จากข้อเท็จจริงและหลักฐานซึ่งมีความแตกต่าง

กันไปในแต่ละคดีโดยไม่ยึดติดกับสถานที่ตั้งในทางทะเบียน, บัญชีหรือข้อเท็จจริงในลักษณะใดลักษณะหนึ่งแต่เพียงอย่างเดียว

ทั้งนี้ ศาลจะต้องดำเนินการพิจารณาสถานที่ตั้งของ COMI โดยไม่ชักช้าในวันที่ผู้แทนต่างประเทศได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลไทยรับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ หรืออย่างช้าที่สุด ในวันที่ศาลมีคำสั่งให้รับรองหรือไม่รับรองกระบวนการพิจารณาต่างประเทศ และควรกำหนดให้เป็นภาระการพิสูจน์ของผู้แทนต่างประเทศ โดยศาลไทยไม่จำเป็นต้องยอมรับกระบวนการพิจารณาต่างประเทศตามคำร้องของผู้แทนต่างประเทศในทุกกรณีและศาลมีอำนาจใช้ดุลยพินิจในการตรวจสอบคุณสมบัติ ตลอดจนแหล่งที่มาของกระบวนการพิจารณาต่างประเทศได้ว่ากระบวนการพิจารณาต่างประเทศดังกล่าวมีคุณสมบัติเพียงพอให้ศาลไทยรับรองในสถานะกระบวนการพิจารณาหลักต่างประเทศหรือกระบวนการรองต่างประเทศ แล้วแต่กรณี หรือไม่

2. ในด้านการปรับปรุงบทบัญญัติเกี่ยวกับเกณฑ์ COMI ภายหลังจากรับหลักการของ Model law เข้ามาปรับใช้กับกฎหมายภายในของไทยนั้น ประเทศไทยควรมีการเพิ่มเติมคำนิยามของ COMI ให้สามารถสะท้อนภาพสถานที่ตั้งของ COMI ตามความเป็นจริง และเอื้ออำนวยต่อการนำไปปรับใช้จริงในทางปฏิบัติ โดยผู้วิจัยขอเสนอแนะให้มีการกำหนดคำนิยามของ COMI ดังนี้

“ศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ หมายถึง สถานที่ซึ่งโดยปกติลูกหนี้ใช้ในการบริหารจัดการผลประโยชน์ของตนในระดับที่เป็นศูนย์กลางทางเศรษฐกิจของลูกหนี้ ซึ่งโดยทั่วไปหมายถึงถิ่นที่อยู่โดยปกติวิสัยสำหรับลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดา และสำนักงานจดทะเบียนสำหรับลูกหนี้ที่เป็นนิติบุคคล ยกเว้นในกรณีที่ปรากฏระบบการดำเนินงานแบบสำนักงานแห่งใหญ่ของนิติบุคคลตั้งอยู่ในแหล่งอื่น”

3. ประเทศไทยควรมีการปรับปรุงบัญญัติของกฎหมายภายในในส่วนของการกล่าวอ้างเขตอำนาจศาลเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติ โดยเพิ่มเติมประเภทของจุดเกาะเกี่ยวในคดีล้มละลาย นอกเหนือจากจุดเกาะเกี่ยวภูมิลำเนาและการประกอบธุรกิจตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 ที่มีอยู่เดิม เพราะแม้จุดเกาะเกี่ยวภูมิลำเนาและการประกอบธุรกิจจะสะท้อนให้เห็นพฤติกรรมหนึ่งซึ่งสามารถบ่งชี้แหล่งที่ตั้งทรัพย์สินโดยส่วนใหญ่ของลูกหนี้ แต่ความเป็นไปได้ของที่ตั้งทรัพย์สินโดยส่วนใหญ่ของลูกหนี้ อาจไม่ได้ขึ้นอยู่กับภูมิลำเนาและการประกอบธุรกิจของลูกหนี้เสมอไป

การเพิ่มเติมจุดเกาะเกี่ยวประการอื่นๆ ที่มีความเหมาะสมเพียงพอต่อการกล่าวอ้างเขตอำนาจของศาลไทยเหนือคดีล้มละลายข้ามชาติ เช่น จุดเกาะเกี่ยวถิ่นที่อยู่โดยปกติวิสัย (Habitual Residence), จุดเกาะเกี่ยวสถานที่ตั้งทรัพย์สินของลูกหนี้ (Presence of assets), จุดเกาะเกี่ยวศูนย์กลางผลประโยชน์หลักของลูกหนี้ (Center of a debtor's main interests) และจุดเกาะเกี่ยวสถานประกอบการของลูกหนี้ (Establishment) เป็นต้น ย่อมส่งผลให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติในประเทศไทยเกิดความคล่องตัว และมีความสอดคล้องกับหลักสากลอันเป็นการส่งเสริมให้เกิดความร่วมมือกันระหว่างประเทศผู้รับหลักการของ Model law ยิ่งขึ้น



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

- พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. 2543. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาคที่ 1: การจัดสรรเอกชนในทางระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- มนูเชษฐ์ โรจนศิริบุตร. 2544. กฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ: ศึกษากรณีการยอมรับถึงผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลต่างประเทศ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ลิขิต เทิดชนะกุล. 2543. การล้มละลายข้ามชาติ: การสำรวจบทกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องในปัจจุบันและแนวโน้มการพัฒนากฎหมาย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สุธีร์ ศุภนิตย์. 2549. หลักกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการ. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- โสภณ รัตนากร. 2545. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ.
- อาร์ท สิงห์ชวรงค์. 2551. มาตรการทางกฎหมายล้มละลายต่อกลุ่มบริษัท. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- อภิญา เลื่อนฉวี. 2548. กฎหมายสหภาพยุโรป. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

ภาษาอังกฤษ

- Alhini, J. 2005. The centre of main interests: A troublesome phrase in the EC Regulation on Insolvency Proceedings. Master's Thesis, Faculty of law, Lund University.
- Bromfield, P. 2007. European focus understanding "center of main interests": Where are we? [Online]. Available from: http://www.juridica.ee/print_article_en.php?document=en/international/2007/1/131656.ART.0.pub.php [2009, December 12]
- Clark, L. M. 2008. "Center of main interests" finally becomes the center of main interest

- in the case law. Texas international law journal 43(14): 14-18.
- Eidenmüller, H. 2009. Abuse of law in the context of European insolvency law [Online]. Available from: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1353932 [2009, May 13]
- Fletcher, I. F. 1990. The Law of Insolvency. London: Sweet & Maxwell.
- Freshfields Bruckhaus Deringer LLP. 2005. Bankruptcy jurisdiction in the US and Europe: reconsideration needed [Online]. Available from: www.freshfields.com/publications/pdfs/2005/13114.pdf [2010, March 6]
- Frost, C. 2005. Transfer of company's seat: An unfolding story in Europe [Online]. Available from: <http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLRRev/2005/15.html> [2010, January 3]
- Halen, A. C. 2002. Centre of main interests: A new concept in European Insolvency Law. Master's Thesis, Faculty of law, Lund University.
- Haravon, M. and Moss, G. 2007. "Building Europe" The French case law on COMI [Online]. Available from: www.milbank.com/031507_haravon_insolvency_article [2010, March 30]
- Hargovan, A. 2008. Centre of main interests under the Australian Cross-Border Insolvency Act 2008: Lessons from the United States. Journal of the Australian law Teachers Association: 11-20.
- Hiestand, L. and Pilkington, C. 2006. Eurofood's COMI ruling has global implications [Online]. Available from: <http://www.turnaround.org/Publications/Articles.aspx?objectID=6300> [2008, March 30]
- Hiestand, N.L. and Pilkington, C. 2007. COMI – The controversy continues [Online]. Available from: www.skadden.com/content/Publications/Publications1279_0 [2008, March 30]
- Ho, L. C. 2008. Conflict of laws in insolvency transaction avoidance. Singapore academy of law journal 343: 1-32.
- Ho, L. C. 2009. Cross-border fraud and cross-border insolvency: Proving COMI and seeking recognition under UK Model law. Journal of International Banking and Financial law 537: 1-20.
- Ho, L. C. 2009. Proving COMI: Seeking recognition under chapter 15 of the US


- Bankruptcy Code [Online]. Available from : <http://ssrn.com/abstract=1014452>
[2009, June 8]
- Johnston, S.P. and Han, J. 2009. A proposal for party-determined COMI in cross-border insolvencies of multinational groups. Norton journal of bankruptcy law and practice 16: 811-834.
- Lopucki, L. M. 2005. Universalism Unravels [Online]. Available from: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=732123 [2008, May 7]
- McElcheran, K.P. 2006. The better part of insolvency reform on judicial discretion in Canada and the U.S. [Online]. Available from: www.blakes.com/english/publications/RI/pdf/Paper83.pdf [2008, November 18]
- Moss, G. 2007. Group insolvency - choice of forum and law: The European experience under the influence of English pragmatism. Brook. J. INT'L Law. 32(3): 1005-1018.
- Omar, P. J. 2008. International insolvency law: themes and perspectives. England: Ashgate Publishing Ltd.
- Phelan, R., Elkin, J., Everett, S. and Smith, A. 2006. Chapter 15 of the US Bankruptcy code: New procedure for cross-border insolvencies [Online]. Available from: www.munsch.com/files/1262807_1.pdf [2007, November 12]
- Pottow, J. A. E. 2007. The myth (and realities) of forum shopping in transnational insolvency. Brook. J. INT'L Law 32(2): 785-817.
- Rajak, H. 2009. Corporate groups and cross-border bankruptcy. Texas International law review 41: 520-546.
- Ringe, W. G. 2008. Forum shopping under the EU Insolvency Regulation [Online]. Available from: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1209822
[2008, December 13]
- Rogers, L. and Moher, J. 2007. Chapter 15 and COMI: Case comment in Re Sphinx and Re Bear Sterns [Online]. Available from: www.blakes.com/english/publications/RI/pdf/Paper120.pdf [2008, August 5]
- Sejas, D. 2004. The EU regulation on insolvency proceeding and the UNCITRAL model law on cross-border insolvency [Online]. Available from: www.sghlaw.com/insolvency [2008, August 10]

- Soriano, M. V., Garcimartín, F. and Alférez F. J. G. 2004. The European Insolvency Regulation: Law and practice. The Netherlands: Kluwer Law International.
- Soriano, M. V. And Schmit, E. 1996. Report on the convention of insolvency proceedings. Brussels: European Union The Council.
- United Nations Commission on International Trade Law. 2005. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law. New York: United Nations.
- United Nations Commission on International Trade Law. 2007. UNCITRAL Model law on Cross-Border Insolvency with guide to enactment. New York: United Nations.
- Walton, J. 2007. What price COMI – ty? [Online]. Available from: www.international-lawoffice.com/Newsletters/detail.aspx?g=ac45b0b4 [2008, December 30]
- Wautelet, P. 2007. Some considerations on the center of the main interests as jurisdictional test under the European Insolvency Regulation [Online]. Available from: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=997983 [2009, January 12]
- Wessels, B. 2006. International insolvency law. The Netherlands: Kluwer Law International.
- Wessels, B. 2007. The changing landscape of cross-border insolvency law in Europe [Online]. Available from: www.juridicainternational.eu/index [2010, April 23]
- Wisitsara-at, Wisit. 2008. Thai bankruptcy law: Past, present and future [Online]. Available from: <http://www.library.coj.go.th/indexarticle2.php?ldmain=9&&No=15&&Title=กฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ&&page=> [2010, May 7]
- Wood, P. R. 2007. Conflict of Laws and International Finance. London: Sweet & Maxwell.



ภาคผนวก

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก ก.

UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency

ศูนย์วิทยพัทพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

UNCITRAL
MODEL LAW ON CROSS-BORDER INSOLVENCY

Preamble

The purpose of this Law is to provide effective mechanisms for dealing with cases of cross-border insolvency so as to promote the objectives of:

- (a) Cooperation between the courts and other competent authorities of this State and foreign States involved in cases of cross-border insolvency;
- (b) Greater legal certainty for trade and investment;
- (c) Fair and efficient administration of cross-border insolvencies that protects the interests of all creditors and other interested persons, including the debtor;
- (d) Protection and maximization of the value of the debtor's assets; and
- (e) Facilitation of the rescue of financially troubled businesses, thereby protecting investment and preserving employment.

Chapter I. General provisions

Article 1 Scope of application

1. This Law applies where:

- (a) Assistance is sought in this State by a foreign court or a foreign representative in connection with a foreign proceeding; or
- (b) Assistance is sought in a foreign State in connection with a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency]; or
- (c) A foreign proceeding and a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency] in respect of the same debtor are taking place concurrently; or
- (d) Creditors or other interested persons in a foreign State have an interest in requesting the commencement of, or participating in, a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency].

2. This Law does not apply to a proceeding concerning [designate any types of entities, such as banks or insurance companies, that are subject to a special insolvency regime in this State and that this State wishes to exclude from this Law].

Article 2 Definitions

For the purposes of this Law:

(a) "Foreign proceeding" means a collective judicial or administrative proceeding in a foreign State, including an interim proceeding, pursuant to a law relating to insolvency in which proceeding the assets and affairs of the debtor are subject to control or supervision by a foreign court, for the purpose of reorganization or liquidation;

(b) "Foreign main proceeding" means a foreign proceeding taking place in the State where the debtor has the centre of its main interests;

(c) "Foreign non-main proceeding" means a foreign proceeding, other than a foreign main proceeding, taking place in a State where the debtor has an establishment within the meaning of subparagraph (f) of this article;

(d) "Foreign representative" means a person or body, including one appointed on an interim basis, authorized in a foreign proceeding to administer the reorganization or the liquidation of the debtor's assets or affairs or to act as a representative of the foreign proceeding;

(e) "Foreign court" means a judicial or other authority competent to control or supervise a foreign proceeding;

(f) "Establishment" means any place of operations where the debtor carries out a non-transitory economic activity with human means and goods or services.

Article 3 International obligations of this State

To the extent that this Law conflicts with an obligation of this State arising out of any treaty or other form of agreement to which it is a party with one or more other States, the requirements of the treaty or agreement prevail.

Article 4 [Competent court or authority]

The functions referred to in this Law relating to recognition of foreign proceedings and cooperation with foreign courts shall be performed by [specify the court, courts, authority or authorities competent to perform those functions in the enacting State].

Article 5 Authorization of [insert the title of the person or body administering reorganization or liquidation under the law of the enacting State] to act in a foreign State

A [insert the title of the person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State] is authorized to act in a foreign State on behalf of a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency], as permitted by the applicable foreign law.

Article 6 Public policy exception

Nothing in this Law prevents the court from refusing to take an action governed by this Law if the action would be manifestly contrary to the public policy of this State.

Article 7 Additional assistance under other laws

Nothing in this Law limits the power of a court or a [insert the title of the person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State] to provide additional assistance to a foreign representative under other laws of this State.

Article 8 Interpretation

In the interpretation of this Law, regard is to be had to its international origin and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith.

Chapter II. Access of foreign representatives and creditors to courts in this state**Article 9 Right of direct access**

A foreign representative is entitled to apply directly to a court in this State.

Article 10 Limited jurisdiction

The sole fact that an application pursuant to this Law is made to a court in this State by a foreign representative does not subject the foreign representative or the foreign assets and affairs of the debtor to the jurisdiction of the courts of this State for any purpose other than the application.

Article 11 Application by a foreign representative to commence a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency]

A foreign representative is entitled to apply to commence a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency] if the conditions for commencing such a proceeding are otherwise met.

Article 12 Participation of a foreign representative in a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency]

Upon recognition of a foreign proceeding, the foreign representative is entitled to participate in a proceeding regarding the debtor under [identify laws of the enacting State relating to insolvency].

Article 13 Access of foreign creditors to a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency]

1. Subject to paragraph 2 of this article, foreign creditors have the same rights regarding the commencement of, and participation in, a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency] as creditors in this State.

2. Paragraph 1 of this article does not affect the ranking of claims in a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency], except that the claims of foreign creditors shall not be ranked lower than [identify the class of general non-preference claims, while providing that a foreign claim is to be ranked lower than the general non-preference claims if an equivalent local claim (e.g. claim for a penalty or deferred-payment claim) has a rank lower than the general non-preference claims].

Article 14 Notification to foreign creditors of a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency]

1. Whenever under [identify laws of the enacting State relating to insolvency] notification is to be given to creditors in this State, such notification shall also be given to the known creditors that do not have addresses in this State. The court may order that appropriate steps be taken with a view to notifying any creditor whose address is not yet known.

2. Such notification shall be made to the foreign creditors individually, unless the court considers that, under the circumstances, some other form of notification would be more appropriate. No letters rogatory or other, similar formality is required.

3. When a notification of commencement of a proceeding is to be given to foreign creditors, the notification shall:

- (a) Indicate a reasonable time period for filing claims and specify the place for their filing;
- (b) Indicate whether secured creditors need to file their secured claims; and
- (c) Contain any other information required to be included in such a notification to creditors pursuant to the law of this State and the orders of the court.

Chapter III. Recognition of a foreign proceeding and relief

Article 15 Application for recognition of a foreign proceeding

1. A foreign representative may apply to the court for recognition of the foreign proceeding in which the foreign representative has been appointed.

2. An application for recognition shall be accompanied by:

- (a) A certified copy of the decision commencing the foreign proceeding and appointing the foreign representative; or
- (b) A certificate from the foreign court affirming the existence of the foreign proceeding and of the appointment of the foreign representative; or

(c) In the absence of evidence referred to in subparagraphs (a) and (b), any other evidence acceptable to the court of the existence of the foreign proceeding and of the appointment of the foreign representative.

3. An application for recognition shall also be accompanied by a statement identifying all foreign proceedings in respect of the debtor that are known to the foreign representative.

4. The court may require a translation of documents supplied in support of the application for recognition into an official language of this State.

Article 16 Presumptions concerning recognition

1. If the decision or certificate referred to in paragraph 2 of article 15 indicates that the foreign proceeding is a proceeding within the meaning of subparagraph (a) of article 2 and that the foreign representative is a person or body within the meaning of subparagraph (d) of article 2, the court is entitled to so presume.

2. The court is entitled to presume that documents submitted in support of the application for recognition are authentic, whether or not they have been legalized.

3. In the absence of proof to the contrary, the debtor's registered office, or habitual residence in the case of an individual, is presumed to be the centre of the debtor's main interests.

Article 17 Decision to recognize a foreign proceeding

1. Subject to article 6, a foreign proceeding shall be recognized if:

(a) The foreign proceeding is a proceeding within the meaning of subparagraph (a) of article 2;

(b) The foreign representative applying for recognition is a person or body within the meaning of subparagraph (d) of article 2;

(c) The application meets the requirements of paragraph 2 of article 15; and

(d) The application has been submitted to the court referred to in article 4.

2. The foreign proceeding shall be recognized:

(a) As a foreign main proceeding if it is taking place in the State where the debtor has the centre of its main interests; or

(b) As a foreign non-main proceeding if the debtor has an establishment within the meaning of subparagraph (f) of article 2 in the foreign State.

3. An application for recognition of a foreign proceeding shall be decided upon at the earliest possible time.

4. The provisions of articles 15, 16, 17 and 18 do not prevent modification or termination of recognition if it is shown that the grounds for granting it were fully or partially lacking or have ceased to exist.

Article 18 Subsequent information

From the time of filing the application for recognition of the foreign proceeding, the foreign representative shall inform the court promptly of:

(a) Any substantial change in the status of the recognized foreign proceeding or the status of the foreign representative's appointment; and

(b) Any other foreign proceeding regarding the same debtor that becomes known to the foreign representative.

Article 19 Relief that may be granted upon application for recognition of a foreign proceeding

1. From the time of filing an application for recognition until the application is decided upon, the court may, at the request of the foreign representative, where relief is urgently needed to protect the assets of the debtor or the interests of the creditors, grant relief of a provisional nature, including:

(a) Staying execution against the debtor's assets;

(b) Entrusting the administration or realization of all or part of the debtor's assets located in this State to the foreign representative or another person designated by the court, in order to protect and preserve the value of assets that, by their nature or because of other circumstances, are perishable, susceptible to devaluation or otherwise in jeopardy;

(c) Any relief mentioned in paragraph 1 (c), (d) and (g) of article 21.

2. [Insert provisions (or refer to provisions in force in the enacting State) relating to notice.]

3. Unless extended under paragraph 1 (f) of article 21, the relief granted under this article terminates when the application for recognition is decided upon.

4. The court may refuse to grant relief under this article if such relief would interfere with the administration of a foreign main proceeding.

Article 20 Effects of recognition of a foreign main proceeding

1. Upon recognition of a foreign proceeding that is a foreign main proceeding,

- (a) Commencement or continuation of individual actions or individual proceedings concerning the debtor's assets, rights, obligations or liabilities is stayed;
- (b) Execution against the debtor's assets is stayed; and
- (c) The right to transfer, encumber or otherwise dispose of any assets of the debtor is suspended.

2. The scope, and the modification or termination, of the stay and suspension referred to in paragraph 1 of this article are subject to [refer to any provisions of law of the enacting State relating to insolvency that apply to exceptions, limitations, modifications or termination in respect of the stay and suspension referred to in paragraph 1 of this article].

3. Paragraph 1 (a) of this article does not affect the right to commence individual actions or proceedings to the extent necessary to preserve a claim against the debtor.

4. Paragraph 1 of this article does not affect the right to request the commencement of a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency] or the right to file claims in such a proceeding.

Article 21 Relief that may be granted upon recognition of a foreign proceeding

1. Upon recognition of a foreign proceeding, whether main or non-main, where necessary to protect the assets of the debtor or the interests of the creditors, the court may, at the request of the foreign representative, grant any appropriate relief, including:

(a) Staying the commencement or continuation of individual actions or individual proceedings concerning the debtor's assets, rights, obligations or liabilities, to the extent they have not been stayed under paragraph 1 (a) of article 20;

(b) Staying execution against the debtor's assets to the extent it has not been stayed under paragraph 1 (b) of article 20;

(c) Suspending the right to transfer, encumber or otherwise dispose of any assets of the debtor to the extent this right has not been suspended under paragraph 1 (c) of article 20;

(d) Providing for the examination of witnesses, the taking of evidence or the delivery of information concerning the debtor's assets, affairs, rights, obligations or liabilities;

(e) Entrusting the administration or realization of all or part of the debtor's assets located in this State to the foreign representative or another person designated by the court;

(f) Extending relief granted under paragraph 1 of article 19;

(g) Granting any additional relief that may be available to [insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State] under the laws of this State.

2. Upon recognition of a foreign proceeding, whether main or non-main, the court may, at the request of the foreign representative, entrust the distribution of all or part of the debtor's assets located in this State to the foreign representative or another person designated by the court, provided that the court is satisfied that the interests of creditors in this State are adequately protected.

3. In granting relief under this article to a representative of a foreign non-main proceeding, the court must be satisfied that the relief relates to assets that, under the law of this State, should be administered in the foreign non-main proceeding or concerns information required in that proceeding.

Article 22 Protection of creditors and other interested persons

1. In granting or denying relief under article 19 or 21, or in modifying or terminating relief under paragraph 3 of this article, the court must be satisfied that the interests of the creditors and other interested persons, including the debtor, are adequately protected.

2. The court may subject relief granted under article 19 or 21 to conditions it considers appropriate.

3. The court may, at the request of the foreign representative or a person affected by relief granted under article 19 or 21, or at its own motion, modify or terminate such relief.

Article 23 Actions to avoid acts detrimental to creditors

1. Upon recognition of a foreign proceeding, the foreign representative has standing to initiate [refer to the types of actions to avoid or otherwise render ineffective acts detrimental to creditors that are available in this State to a person or body administering a reorganization or liquidation].

2. When the foreign proceeding is a foreign non-main proceeding, the court must be satisfied that the action relates to assets that, under the law of this State, should be administered in the foreign non-main proceeding.

Article 24 Intervention by a foreign representative in proceedings in this State

Upon recognition of a foreign proceeding, the foreign representative may, provided the requirements of the law of this State are met, intervene in any proceedings in which the debtor is a party.

Chapter IV. Cooperation with foreign courts and foreign representatives**Article 25 Cooperation and direct communication between a court of this State and foreign courts or foreign representatives**

1. In matters referred to in article 1, the court shall cooperate to the maximum extent possible with foreign courts or foreign representatives, either directly or through a [insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State].

2. The court is entitled to communicate directly with, or to request information or assistance directly from, foreign courts or foreign representatives.

Article 26 Cooperation and direct communication between the [insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State] and foreign courts or foreign representatives

1. In matters referred to in article 1, a [insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State] shall, in the exercise of its functions and subject to the supervision of the court, cooperate to the maximum extent possible with foreign courts or foreign representatives.

2. The [insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State] is entitled, in the exercise of its functions and subject to the supervision of the court, to communicate directly with foreign courts or foreign representatives.

Article 27 Forms of cooperation

Cooperation referred to in articles 25 and 26 may be implemented by any appropriate means, including:

- (a) Appointment of a person or body to act at the direction of the court;
- (b) Communication of information by any means considered appropriate by the court;
- (c) Coordination of the administration and supervision of the debtor's assets and affairs;
- (d) Approval or implementation by courts of agreements concerning the coordination of proceedings;
- (e) Coordination of concurrent proceedings regarding the same debtor;
- (f) [The enacting State may wish to list additional forms or examples of cooperation].

Chapter V. Concurrent proceedings

Article 28 Commencement of a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency] after recognition of a foreign main proceeding

After recognition of a foreign main proceeding, a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency] may be commenced only if the debtor has assets in this State; the effects of that proceeding shall be restricted to the assets of the debtor that are located in this State and, to the extent necessary to implement cooperation and coordination under articles 25, 26 and 27, to other assets of the debtor that, under the law of this State, should be administered in that proceeding.

Article 29 Coordination of a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency] and a foreign proceeding

Where a foreign proceeding and a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency] are taking place concurrently regarding the same debtor, the court shall seek cooperation and coordination under articles 25, 26 and 27, and the following shall apply:

(a) When the proceeding in this State is taking place at the time the application for recognition of the foreign proceeding is filed,

(i) Any relief granted under article 19 or 21 must be consistent with the proceeding in this State; and

(ii) If the foreign proceeding is recognized in this State as a foreign main proceeding, article 20 does not apply;

(b) When the proceeding in this State commences after recognition, or after the filing of the application for recognition, of the foreign proceeding,

(i) Any relief in effect under article 19 or 21 shall be reviewed by the court and shall be modified or terminated if inconsistent with the proceeding in this State; and

(ii) If the foreign proceeding is a foreign main proceeding, the stay and suspension referred to in paragraph 1 of article 20 shall be modified or terminated pursuant to paragraph 2 of article 20 if inconsistent with the proceeding in this State;

(c) In granting, extending or modifying relief granted to a representative of a foreign nonmain proceeding, the court must be satisfied that the relief relates to assets that, under

the law of this State, should be administered in the foreign non-main proceeding or concerns information required in that proceeding.

Article 30 Coordination of more than one foreign proceeding

In matters referred to in article 1, in respect of more than one foreign proceeding regarding the same debtor, the court shall seek cooperation and coordination under articles 25, 26 and 27, and the following shall apply:

(a) Any relief granted under article 19 or 21 to a representative of a foreign non-main proceeding after recognition of a foreign main proceeding must be consistent with the foreign main proceeding;

(b) If a foreign main proceeding is recognized after recognition, or after the filing of an application for recognition, of a foreign non-main proceeding, any relief in effect under article 19 or 21 shall be reviewed by the court and shall be modified or terminated if inconsistent with the foreign main proceeding;


(c) If, after recognition of a foreign non-main proceeding, another foreign non-main proceeding is recognized, the court shall grant, modify or terminate relief for the purpose of facilitating coordination of the proceedings.

Article 31 Presumption of insolvency based on recognition of a foreign main proceeding

In the absence of evidence to the contrary, recognition of a foreign main proceeding is, for the purpose of commencing a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency], proof that the debtor is insolvent.

Article 32 Rule of payment in concurrent proceedings

Without prejudice to secured claims or rights in rem, a creditor who has received part payment in respect of its claim in a proceeding pursuant to a law relating to insolvency in a foreign State may not receive a payment for the same claim in a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency] regarding the same debtor, so long as the payment to the other creditors of the same class is proportionately less than the payment the creditor has already received.



ภาคผนวก ข.

Council Regulation (EC) No.1346/2000 on Insolvency Proceeding

ศูนย์วิทยพัทพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

**Council regulation (EC) No 1346/2000
Of 29 May 2000 on insolvency proceedings**

THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION,

Having regard to the Treaty establishing the European Community, and in particular Articles 61(c) and 67(1) thereof,

Having regard to the initiative of the Federal Republic of Germany and the Republic of Finland,

Having regard to the opinion of the European Parliament(1),

Having regard to the opinion of the Economic and Social Committee(2), Whereas:

(1) The European Union has set out the aim of establishing an area of freedom, security and justice.

(2) The proper functioning of the internal market requires that cross-border insolvency proceedings should operate efficiently and effectively and this Regulation needs to be adopted in order to achieve this objective which comes within the scope of judicial cooperation in civil matters within the meaning of Article 65 of the Treaty.

(3) The activities of undertakings have more and more cross-border effects and are therefore increasingly being regulated by Community law. While the insolvency of such undertakings also affects the proper functioning of the internal market, there is a need for a Community act requiring coordination of the measures to be taken regarding an insolvent debtor's assets.

(4) It is necessary for the proper functioning of the internal market to avoid incentives for the parties to transfer assets or judicial proceedings from one Member State to another, seeking to obtain a more favourable legal position (forum shopping).

(5) These objectives cannot be achieved to a sufficient degree at national level and action at Community level is therefore justified.

(6) In accordance with the principle of proportionality this Regulation should be confined to provisions governing jurisdiction for opening insolvency proceedings and

judgments which are delivered directly on the basis of the insolvency proceedings and are closely connected with such proceedings. In addition, this Regulation should contain provisions regarding the recognition of those judgments and the applicable law which also satisfy that principle.

(7) Insolvency proceedings relating to the winding-up of insolvent companies or other legal persons, judicial arrangements, compositions and analogous proceedings are excluded from the scope of the 1968 Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters(3), as amended by the Conventions on Accession to this Convention(4).

(8) In order to achieve the aim of improving the efficiency and effectiveness of insolvency proceedings having cross-border effects, it is necessary, and appropriate, that the provisions on jurisdiction, recognition and applicable law in this area should be contained in a Community law measure which is binding and directly applicable in Member States.

(9) This Regulation should apply to insolvency proceedings, whether the debtor is a natural person or a legal person, a trader or an individual. The insolvency proceedings to which this Regulation applies are listed in the Annexes. Insolvency proceedings concerning insurance undertakings, credit institutions, investment undertakings holding funds or securities for third parties and collective investment undertakings should be excluded from the scope of this Regulation. Such undertakings should not be covered by this Regulation since they are subject to special arrangements and, to some extent, the national supervisory authorities have extremely wide-ranging powers of intervention.

(10) Insolvency proceedings do not necessarily involve the intervention of a judicial authority; the expression "court" in this Regulation should be given a broad meaning and include a person or body empowered by national law to open insolvency proceedings. In order for this Regulation to apply, proceedings (comprising acts and formalities set down in law) should not only have to comply with the provisions of this Regulation, but they should also be officially recognised and legally effective in the Member State in which the insolvency proceedings are opened and should be

collective insolvency proceedings which entail the partial or total divestment of the debtor and the appointment of a liquidator.

(11) This Regulation acknowledges the fact that as a result of widely differing substantive laws it is not practical to introduce insolvency proceedings with universal scope in the entire Community. The application without exception of the law of the State of opening of proceedings would, against this background, frequently lead to difficulties. This applies, for example, to the widely differing laws on security interests to be found in the Community. Furthermore, the preferential rights enjoyed by some creditors in the insolvency proceedings are, in some cases, completely different. This Regulation should take account of this in two different ways. On the one hand, provision should be made for special rules on applicable law in the case of particularly significant rights and legal relationships (e.g. rights in rem and contracts of employment). On the other hand, national proceedings covering only assets situated in the State of opening should also be allowed alongside main insolvency proceedings with universal scope.

(12) This Regulation enables the main insolvency proceedings to be opened in the Member State where the debtor has the centre of his main interests. These proceedings have universal scope and aim at encompassing all the debtor's assets. To protect the diversity of interests, this Regulation permits secondary proceedings to be opened to run in parallel with the main proceedings. Secondary proceedings may be opened in the Member State where the debtor has an establishment. The effects of secondary proceedings are limited to the assets located in that State. Mandatory rules of coordination with the main proceedings satisfy the need for unity in the Community.

(13) The "centre of main interests" should correspond to the place where the debtor conducts the administration of his interests on a regular basis and is therefore ascertainable by third parties.

(14) This Regulation applies only to proceedings where the centre of the debtor's main interests is located in the Community.

(15) The rules of jurisdiction set out in this Regulation establish only international jurisdiction, that is to say, they designate the Member State the courts of which may

open insolvency proceedings. Territorial jurisdiction within that Member State must be established by the national law of the Member State concerned.

(16) The court having jurisdiction to open the main insolvency proceedings should be enabled to order provisional and protective measures from the time of the request to open proceedings. Preservation measures both prior to and after the commencement of the insolvency proceedings are very important to guarantee the effectiveness of the insolvency proceedings. In that connection this Regulation should afford different possibilities. On the one hand, the court competent for the main insolvency proceedings should be able also to order provisional protective measures covering assets situated in the territory of other Member States. On the other hand, a liquidator temporarily appointed prior to the opening of the main insolvency proceedings should be able, in the Member States in which an establishment belonging to the debtor is to be found, to apply for the preservation measures which are possible under the law of those States.

(17) Prior to the opening of the main insolvency proceedings, the right to request the opening of insolvency proceedings in the Member State where the debtor has an establishment should be limited to local creditors and creditors of the local establishment or to cases where main proceedings cannot be opened under the law of the Member State where the debtor has the centre of his main interest. The reason for this restriction is that cases where territorial insolvency proceedings are requested before the main insolvency proceedings are intended to be limited to what is absolutely necessary. If the main insolvency proceedings are opened, the territorial proceedings become secondary.

(18) Following the opening of the main insolvency proceedings, the right to request the opening of insolvency proceedings in a Member State where the debtor has an establishment is not restricted by this Regulation. The liquidator in the main proceedings or any other person empowered under the national law of that Member State may request the opening of secondary insolvency proceedings.

(19) Secondary insolvency proceedings may serve different purposes, besides the protection of local interests. Cases may arise where the estate of the debtor is too

complex to administer as a unit or where differences in the legal systems concerned are so great that difficulties may arise from the extension of effects deriving from the law of the State of the opening to the other States where the assets are located. For this reason the liquidator in the main proceedings may request the opening of secondary proceedings when the efficient administration of the estate so requires.

(20) Main insolvency proceedings and secondary proceedings can, however, contribute to the effective realisation of the total assets only if all the concurrent proceedings pending are coordinated. The main condition here is that the various liquidators must cooperate closely, in particular by exchanging a sufficient amount of information. In order to ensure the dominant role of the main insolvency proceedings, the liquidator in such proceedings should be given several possibilities for intervening in secondary insolvency proceedings which are pending at the same time. For example, he should be able to propose a restructuring plan or composition or apply for realisation of the assets in the secondary insolvency proceedings to be suspended.

(21) Every creditor, who has his habitual residence, domicile or registered office in the Community, should have the right to lodge his claims in each of the insolvency proceedings pending in the Community relating to the debtor's assets. This should also apply to tax authorities and social insurance institutions. However, in order to ensure equal treatment of creditors, the distribution of proceeds must be coordinated. Every creditor should be able to keep what he has received in the course of insolvency proceedings but should be entitled only to participate in the distribution of total assets in other proceedings if creditors with the same standing have obtained the same proportion of their claims.

(22) This Regulation should provide for immediate recognition of judgments concerning the opening, conduct and closure of insolvency proceedings which come within its scope and of judgments handed down in direct connection with such insolvency proceedings. Automatic recognition should therefore mean that the effects attributed to the proceedings by the law of the State in which the proceedings were opened extend to all other Member States. Recognition of judgments delivered by the courts of the Member States should be based on the principle of mutual trust. To that

end, grounds for non-recognition should be reduced to the minimum necessary. This is also the basis on which any dispute should be resolved where the courts of two Member States both claim competence to open the main insolvency proceedings. The decision of the first court to open proceedings should be recognised in the other Member States without those Member States having the power to scrutinise the court's decision.

(23) This Regulation should set out, for the matters covered by it, uniform rules on conflict of laws which replace, within their scope of application, national rules of private international law. Unless otherwise stated, the law of the Member State of the opening of the proceedings should be applicable (*lex concursus*). This rule on conflict of laws should be valid both for the main proceedings and for local proceedings; the *lex concursus* determines all the effects of the insolvency proceedings, both procedural and substantive, on the persons and legal relations concerned. It governs all the conditions for the opening, conduct and closure of the insolvency proceedings.

(24) Automatic recognition of insolvency proceedings to which the law of the opening State normally applies may interfere with the rules under which transactions are carried out in other Member States. To protect legitimate expectations and the certainty of transactions in Member States other than that in which proceedings are opened, provisions should be made for a number of exceptions to the general rule.

(25) There is a particular need for a special reference diverging from the law of the opening State in the case of rights in rem, since these are of considerable importance for the granting of credit. The basis, validity and extent of such a right in rem should therefore normally be determined according to the *lex situs* and not be affected by the opening of insolvency proceedings. The proprietor of the right in rem should therefore be able to continue to assert his right to segregation or separate settlement of the collateral security. Where assets are subject to rights in rem under the *lex situs* in one Member State but the main proceedings are being carried out in another Member State, the liquidator in the main proceedings should be able to request the opening of secondary proceedings in the jurisdiction where the rights in rem arise if the debtor has

an establishment there. If a secondary proceeding is not opened, the surplus on sale of the asset covered by rights in rem must be paid to the liquidator in the main proceedings.

(26) If a set-off is not permitted under the law of the opening State, a creditor should nevertheless be entitled to the set-off if it is possible under the law applicable to the claim of the insolvent debtor. In this way, set-off will acquire a kind of guarantee function based on legal provisions on which the creditor concerned can rely at the time when the claim arises.

(27) There is also a need for special protection in the case of payment systems and financial markets. This applies for example to the position-closing agreements and netting agreements to be found in such systems as well as to the sale of securities and to the guarantees provided for such transactions as governed in particular by Directive 98/26/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on settlement finality in payment and securities settlement systems⁽⁵⁾. For such transactions, the only law which is material should thus be that applicable to the system or market concerned. This provision is intended to prevent the possibility of mechanisms for the payment and settlement of transactions provided for in the payment and set-off systems or on the regulated financial markets of the Member States being altered in the case of insolvency of a business partner. Directive 98/26/EC contains special provisions which should take precedence over the general rules in this Regulation.

(28) In order to protect employees and jobs, the effects of insolvency proceedings on the continuation or termination of employment and on the rights and obligations of all parties to such employment must be determined by the law applicable to the agreement in accordance with the general rules on conflict of law. Any other insolvency-law questions, such as whether the employees' claims are protected by preferential rights and what status such preferential rights may have, should be determined by the law of the opening State.

(29) For business considerations, the main content of the decision opening the proceedings should be published in the other Member States at the request of the liquidator. If there is an establishment in the Member State concerned, there may be a

requirement that publication is compulsory. In neither case, however, should publication be a prior condition for recognition of the foreign proceedings.

(30) It may be the case that some of the persons concerned are not in fact aware that proceedings have been opened and act in good faith in a way that conflicts with the new situation. In order to protect such persons who make a payment to the debtor because they are unaware that foreign proceedings have been opened when they should in fact have made the payment to the foreign liquidator, it should be provided that such a payment is to have a debt-discharging effect.

(31) This Regulation should include Annexes relating to the organisation of insolvency proceedings. As these Annexes relate exclusively to the legislation of Member States, there are specific and substantiated reasons for the Council to reserve the right to amend these Annexes in order to take account of any amendments to the domestic law of the Member States.

(32) The United Kingdom and Ireland, in accordance with Article 3 of the Protocol on the position of the United Kingdom and Ireland annexed to the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, have given notice of their wish to take part in the adoption and application of this Regulation.

(33) Denmark, in accordance with Articles 1 and 2 of the Protocol on the position of Denmark annexed to the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, is not participating in the adoption of this Regulation, and is therefore not bound by it nor subject to its application,

HAS ADOPTED THIS REGULATION:

CHAPTER I

GENERAL PROVISIONS

Article 1 Scope

1. This Regulation shall apply to collective insolvency proceedings which entail the partial or total divestment of a debtor and the appointment of a liquidator.

2. This Regulation shall not apply to insolvency proceedings concerning insurance undertakings, credit institutions, investment undertakings which provide services involving the holding of funds or securities for third parties, or to collective investment undertakings.

Article 2 Definitions

For the purposes of this Regulation:

(a) "insolvency proceedings" shall mean the collective proceedings referred to in Article 1(1). These proceedings are listed in Annex A;

(b) "liquidator" shall mean any person or body whose function is to administer or liquidate assets of which the debtor has been divested or to supervise the administration of his affairs. Those persons and bodies are listed in Annex C;

(c) "winding-up proceedings" shall mean insolvency proceedings within the meaning of point (a) involving realising the assets of the debtor, including where the proceedings have been closed by a composition or other measure terminating the insolvency, or closed by reason of the insufficiency of the assets. Those proceedings are listed in Annex B;

(d) "court" shall mean the judicial body or any other competent body of a Member State empowered to open insolvency proceedings or to take decisions in the course of such proceedings;

(e) "judgment" in relation to the opening of insolvency proceedings or the appointment of a liquidator shall include the decision of any court empowered to open such proceedings or to appoint a liquidator;

(f) "the time of the opening of proceedings" shall mean the time at which the judgment opening proceedings becomes effective, whether it is a final judgment or not;

(g) "the Member State in which assets are situated" shall mean, in the case of:

- tangible property, the Member State within the territory of which the property is situated,

- property and rights ownership of or entitlement to which must be entered in a public register, the Member State under the authority of which the register is kept,

- claims, the Member State within the territory of which the third party required to meet them has the centre of his main interests, as determined in Article 3(1);

(h) "establishment" shall mean any place of operations where the debtor carries out a non-transitory economic activity with human means and goods.

Article 3 International jurisdiction

1. The courts of the Member State within the territory of which the centre of a debtor's main interests is situated shall have jurisdiction to open insolvency proceedings. In the case of a company or legal person, the place of the registered office shall be presumed to be the centre of its main interests in the absence of proof to the contrary.

2. Where the centre of a debtor's main interests is situated within the territory of a Member State, the courts of another Member State shall have jurisdiction to open insolvency proceedings against that debtor only if he possesses an establishment within the territory of that other Member State. The effects of those proceedings shall be restricted to the assets of the debtor situated in the territory of the latter Member State.

3. Where insolvency proceedings have been opened under paragraph 1, any proceedings opened subsequently under paragraph 2 shall be secondary proceedings. These latter proceedings must be winding-up proceedings.

4. Territorial insolvency proceedings referred to in paragraph 2 may be opened prior to the opening of main insolvency proceedings in accordance with paragraph 1 only:

(a) where insolvency proceedings under paragraph 1 cannot be opened because of the conditions laid down by the law of the Member State within the territory of which the centre of the debtor's main interests is situated; or

(b) where the opening of territorial insolvency proceedings is requested by a creditor who has his domicile, habitual residence or registered office in the Member

State within the territory of which the establishment is situated, or whose claim arises from the operation of that establishment.

Article 4 Law applicable

1. Save as otherwise provided in this Regulation, the law applicable to insolvency proceedings and their effects shall be that of the Member State within the territory of which such proceedings are opened, hereafter referred to as the "State of the opening of proceedings".

2. The law of the State of the opening of proceedings shall determine the conditions for the opening of those proceedings, their conduct and their closure. It shall determine in particular:

(a) against which debtors insolvency proceedings may be brought on account of their capacity;

(b) the assets which form part of the estate and the treatment of assets acquired by or devolving on the debtor after the opening of the insolvency proceedings;

(c) the respective powers of the debtor and the liquidator;

(d) the conditions under which set-offs may be invoked;

(e) the effects of insolvency proceedings on current contracts to which the debtor is party;

(f) the effects of the insolvency proceedings on proceedings brought by individual creditors, with the exception of lawsuits pending;

(g) the claims which are to be lodged against the debtor's estate and the treatment of claims arising after the opening of insolvency proceedings;

(h) the rules governing the lodging, verification and admission of claims;

(i) the rules governing the distribution of proceeds from the realisation of assets, the ranking of claims and the rights of creditors who have obtained partial satisfaction after the opening of insolvency proceedings by virtue of a right in rem or through a set-off;

(j) the conditions for and the effects of closure of insolvency proceedings, in particular by composition;

(k) creditors' rights after the closure of insolvency proceedings;

(l) who is to bear the costs and expenses incurred in the insolvency proceedings;

(m) the rules relating to the voidness, voidability or unenforceability of legal acts detrimental to all the creditors.

Article 5 Third parties' rights in rem

1. The opening of insolvency proceedings shall not affect the rights in rem of creditors or third parties in respect of tangible or intangible, moveable or immovable assets - both specific assets and collections of indefinite assets as a whole which change from time to time - belonging to the debtor which are situated within the territory of another Member State at the time of the opening of proceedings.

2. The rights referred to in paragraph 1 shall in particular mean:

(a) the right to dispose of assets or have them disposed of and to obtain satisfaction from the proceeds of or income from those assets, in particular by virtue of a lien or a mortgage;

(b) the exclusive right to have a claim met, in particular a right guaranteed by a lien in respect of the claim or by assignment of the claim by way of a guarantee;

(c) the right to demand the assets from, and/or to require restitution by, anyone having possession or use of them contrary to the wishes of the party so entitled;

(d) a right in rem to the beneficial use of assets.

3. The right, recorded in a public register and enforceable against third parties, under which a right in rem within the meaning of paragraph 1 may be obtained, shall be considered a right in rem.

4. Paragraph 1 shall not preclude actions for voidness, voidability or unenforceability as referred to in Article 4(2)(m).

Article 6 Set-off

1. The opening of insolvency proceedings shall not affect the right of creditors to demand the set-off of their claims against the claims of the debtor, where such a set-off is permitted by the law applicable to the insolvent debtor's claim.

2. Paragraph 1 shall not preclude actions for voidness, voidability or unenforceability as referred to in Article 4(2)(m).

Article 7 Reservation of title

1. The opening of insolvency proceedings against the purchaser of an asset shall not affect the seller's rights based on a reservation of title where at the time of the opening of proceedings the asset is situated within the territory of a Member State other than the State of opening of proceedings.

2. The opening of insolvency proceedings against the seller of an asset, after delivery of the asset, shall not constitute grounds for rescinding or terminating the sale and shall not prevent the purchaser from acquiring title where at the time of the opening of proceedings the asset sold is situated within the territory of a Member State other than the State of the opening of proceedings.

3. Paragraphs 1 and 2 shall not preclude actions for voidness, voidability or unenforceability as referred to in Article 4(2)(m).

Article 8 Contracts relating to immovable property

The effects of insolvency proceedings on a contract conferring the right to acquire or make use of immovable property shall be governed solely by the law of the Member State within the territory of which the immovable property is situated.

Article 9 Payment systems and financial markets

1. Without prejudice to Article 5, the effects of insolvency proceedings on the rights and obligations of the parties to a payment or settlement system or to a financial

market shall be governed solely by the law of the Member State applicable to that system or market.

2. Paragraph 1 shall not preclude any action for voidness, voidability or unenforceability which may be taken to set aside payments or transactions under the law applicable to the relevant payment system or financial market.

Article 10 Contracts of employment

The effects of insolvency proceedings on employment contracts and relationships shall be governed solely by the law of the Member State applicable to the contract of employment.

Article 11 Effects on rights subject to registration

The effects of insolvency proceedings on the rights of the debtor in immoveable property, a ship or an aircraft subject to registration in a public register shall be determined by the law of the Member State under the authority of which the register is kept.

Article 12 Community patents and trade marks

For the purposes of this Regulation, a Community patent, a Community trade mark or any other similar right established by Community law may be included only in the proceedings referred to in Article 3(1).

Article 13 Detrimental acts

Article 4(2)(m) shall not apply where the person who benefited from an act detrimental to all the creditors provides proof that:

- the said act is subject to the law of a Member State other than that of the State of the opening of proceedings, and
- that law does not allow any means of challenging that act in the relevant case.

Article 14 Protection of third-party purchasers

Where, by an act concluded after the opening of insolvency proceedings, the debtor disposes, for consideration, of:

- an immoveable asset, or
- a ship or an aircraft subject to registration in a public register, or
- securities whose existence presupposes registration in a register laid down by law, the validity of that act shall be governed by the law of the State within the territory of which the immoveable asset is situated or under the authority of which the register is kept.

Article 15 Effects of insolvency proceedings on lawsuits pending

The effects of insolvency proceedings on a lawsuit pending concerning an asset or a right of which the debtor has been divested shall be governed solely by the law of the Member State in which that lawsuit is pending.

CHAPTER II

RECOGNITION OF INSOLVENCY PROCEEDINGS

Article 16 Principle

1. Any judgment opening insolvency proceedings handed down by a court of a Member State which has jurisdiction pursuant to Article 3 shall be recognised in all the other Member States from the time that it becomes effective in the State of the opening of proceedings.

This rule shall also apply where, on account of his capacity, insolvency proceedings cannot be brought against the debtor in other Member States.

2. Recognition of the proceedings referred to in Article 3(1) shall not preclude the opening of the proceedings referred to in Article 3(2) by a court in another Member State. The latter proceedings shall be secondary insolvency proceedings within the meaning of Chapter III.

Article 17 Effects of recognition

1. The judgment opening the proceedings referred to in Article 3(1) shall, with no further formalities, produce the same effects in any other Member State as under this law of the State of the opening of proceedings, unless this Regulation provides otherwise and as long as no proceedings referred to in Article 3(2) are opened in that other Member State.

2. The effects of the proceedings referred to in Article 3(2) may not be challenged in other Member States. Any restriction of the creditors' rights, in particular a stay or discharge, shall produce effects vis-à-vis assets situated within the territory of another Member State only in the case of those creditors who have given their consent.

Article 18 Powers of the liquidator

1. The liquidator appointed by a court which has jurisdiction pursuant to Article 3(1) may exercise all the powers conferred on him by the law of the State of the opening of proceedings in another Member State, as long as no other insolvency proceedings have been opened there nor any preservation measure to the contrary has been taken there further to a request for the opening of insolvency proceedings in that State. He may in particular remove the debtor's assets from the territory of the Member State in which they are situated, subject to Articles 5 and 7.

2. The liquidator appointed by a court which has jurisdiction pursuant to Article 3(2) may in any other Member State claim through the courts or out of court that moveable property was removed from the territory of the State of the opening of proceedings to the territory of that other Member State after the opening of the insolvency proceedings. He may also bring any action to set aside which is in the interests of the creditors.

3. In exercising his powers, the liquidator shall comply with the law of the Member State within the territory of which he intends to take action, in particular with regard to procedures for the realisation of assets. Those powers may not include coercive measures or the right to rule on legal proceedings or disputes.

Article 19 Proof of the liquidator's appointment

The liquidator's appointment shall be evidenced by a certified copy of the original decision appointing him or by any other certificate issued by the court which has jurisdiction. A translation into the official language or one of the official languages of the Member State within the territory of which he intends to act may be required. No legalisation or other similar formality shall be required.

Article 20 Return and imputation

1. A creditor who, after the opening of the proceedings referred to in Article 3(1) obtains by any means, in particular through enforcement, total or partial satisfaction of his claim on the assets belonging to the debtor situated within the territory of another Member State, shall return what he has obtained to the liquidator, subject to Articles 5 and 7.

2. In order to ensure equal treatment of creditors a creditor who has, in the course of insolvency proceedings, obtained a dividend on his claim shall share in distributions made in other proceedings only where creditors of the same ranking or category have, in those other proceedings, obtained an equivalent dividend.

Article 21 Publication

1. The liquidator may request that notice of the judgment opening insolvency proceedings and, where appropriate, the decision appointing him, be published in any other Member State in accordance with the publication procedures provided for in that State. Such publication shall also specify the liquidator appointed and whether the jurisdiction rule applied is that pursuant to Article 3(1) or Article 3(2).

2. However, any Member State within the territory of which the debtor has an establishment may require mandatory publication. In such cases, the liquidator or any authority empowered to that effect in the Member State where the proceedings referred

to in Article 3(1) are opened shall take all necessary measures to ensure such publication.

Article 22 Registration in a public register

1. The liquidator may request that the judgment opening the proceedings referred to in Article 3(1) be registered in the land register, the trade register and any other public register kept in the other Member States.

2. However, any Member State may require mandatory registration. In such cases, the liquidator or any authority empowered to that effect in the Member State where the proceedings referred to in Article 3(1) have been opened shall take all necessary measures to ensure such registration.

Article 23 Costs

The costs of the publication and registration provided for in Articles 21 and 22 shall be regarded as costs and expenses incurred in the proceedings.

Article 24 Honouring of an obligation to a debtor

1. Where an obligation has been honoured in a Member State for the benefit of a debtor who is subject to insolvency proceedings opened in another Member State, when it should have been honoured for the benefit of the liquidator in those proceedings, the person honouring the obligation shall be deemed to have discharged it if he was unaware of the opening of proceedings.

2. Where such an obligation is honoured before the publication provided for in Article 21 has been effected, the person honouring the obligation shall be presumed, in the absence of proof to the contrary, to have been unaware of the opening of insolvency proceedings; where the obligation is honoured after such publication has been effected, the person honouring the obligation shall be presumed, in the absence of proof to the contrary, to have been aware of the opening of proceedings.

Article 25 Recognition and enforceability of other judgments

1. Judgments handed down by a court whose judgment concerning the opening of proceedings is recognised in accordance with Article 16 and which concern the course and closure of insolvency proceedings, and compositions approved by that court shall also be recognised with no further formalities. Such judgments shall be enforced in accordance with Articles 31 to 51, with the exception of Article 34(2), of the Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, as amended by the Conventions of Accession to this Convention.

The first subparagraph shall also apply to judgments deriving directly from the insolvency proceedings and which are closely linked with them, even if they were handed down by another court.

The first subparagraph shall also apply to judgments relating to preservation measures taken after the request for the opening of insolvency proceedings.

2. The recognition and enforcement of judgments other than those referred to in paragraph 1 shall be governed by the Convention referred to in paragraph 1, provided that that Convention is applicable.

3. The Member States shall not be obliged to recognise or enforce a judgment referred to in paragraph 1 which might result in a limitation of personal freedom or postal secrecy.

Article 26 (6) Public policy

Any Member State may refuse to recognise insolvency proceedings opened in another Member State or to enforce a judgment handed down in the context of such proceedings where the effects of such recognition or enforcement would be manifestly contrary to that State's public policy, in particular its fundamental principles or the constitutional rights and liberties of the individual.

CHAPTER III

SECONDARY INSOLVENCY PROCEEDINGS

Article 27 Opening of proceedings

The opening of the proceedings referred to in Article 3(1) by a court of a Member State and which is recognised in another Member State (main proceedings) shall permit the opening in that other Member State, a court of which has jurisdiction pursuant to Article 3(2), of secondary insolvency proceedings without the debtor's insolvency being examined in that other State. These latter proceedings must be among the proceedings listed in Annex B. Their effects shall be restricted to the assets of the debtor situated within the territory of that other Member State.

Article 28 Applicable law

Save as otherwise provided in this Regulation, the law applicable to secondary proceedings shall be that of the Member State within the territory of which the secondary proceedings are opened.

Article 29 Right to request the opening of proceedings

The opening of secondary proceedings may be requested by:

- (a) the liquidator in the main proceedings;
- (b) any other person or authority empowered to request the opening of insolvency proceedings under the law of the Member State within the territory of which the opening of secondary proceedings is requested.

Article 30 Advance payment of costs and expenses

Where the law of the Member State in which the opening of secondary proceedings is requested requires that the debtor's assets be sufficient to cover in whole or in part the costs and expenses of the proceedings, the court may, when it

receives such a request, require the applicant to make an advance payment of costs or to provide appropriate security.

Article 31 Duty to cooperate and communicate information

1. Subject to the rules restricting the communication of information, the liquidator in the main proceedings and the liquidators in the secondary proceedings shall be duty bound to communicate information to each other. They shall immediately communicate any information which may be relevant to the other proceedings, in particular the progress made in lodging and verifying claims and all measures aimed at terminating the proceedings.

2. Subject to the rules applicable to each of the proceedings, the liquidator in the main proceedings and the liquidators in the secondary proceedings shall be duty bound to cooperate with each other.

3. The liquidator in the secondary proceedings shall give the liquidator in the main proceedings an early opportunity of submitting proposals on the liquidation or use of the assets in the secondary proceedings.

Article 32 Exercise of creditors' rights

1. Any creditor may lodge his claim in the main proceedings and in any secondary proceedings.

2. The liquidators in the main and any secondary proceedings shall lodge in other proceedings claims which have already been lodged in the proceedings for which they were appointed, provided that the interests of creditors in the latter proceedings are served thereby, subject to the right of creditors to oppose that or to withdraw the lodgement of their claims where the law applicable so provides.

3. The liquidator in the main or secondary proceedings shall be empowered to participate in other proceedings on the same basis as a creditor, in particular by attending creditors' meetings.

Article 33 Stay of liquidation

1. The court, which opened the secondary proceedings, shall stay the process of liquidation in whole or in part on receipt of a request from the liquidator in the main proceedings, provided that in that event it may require the liquidator in the main proceedings to take any suitable measure to guarantee the interests of the creditors in the secondary proceedings and of individual classes of creditors. Such a request from the liquidator may be rejected only if it is manifestly of no interest to the creditors in the main proceedings. Such a stay of the process of liquidation may be ordered for up to three months. It may be continued or renewed for similar periods.

2. The court referred to in paragraph 1 shall terminate the stay of the process of liquidation:

- at the request of the liquidator in the main proceedings,
- of its own motion, at the request of a creditor or at the request of the liquidator in the secondary proceedings if that measure no longer appears justified, in particular, by the interests of creditors in the main proceedings or in the secondary proceedings.

Article 34 Measures ending secondary insolvency proceedings

1. Where the law applicable to secondary proceedings allows for such proceedings to be closed without liquidation by a rescue plan, a composition or a comparable measure, the liquidator in the main proceedings shall be empowered to propose such a measure himself.

Closure of the secondary proceedings by a measure referred to in the first subparagraph shall not become final without the consent of the liquidator in the main proceedings; failing his agreement, however, it may become final if the financial interests of the creditors in the main proceedings are not affected by the measure proposed.

2. Any restriction of creditors' rights arising from a measure referred to in paragraph 1 which is proposed in secondary proceedings, such as a stay of payment

or discharge of debt, may not have effect in respect of the debtor's assets not covered by those proceedings without the consent of all the creditors having an interest.

3. During a stay of the process of liquidation ordered pursuant to Article 33, only the liquidator in the main proceedings or the debtor, with the former's consent, may propose measures laid down in paragraph 1 of this Article in the secondary proceedings; no other proposal for such a measure shall be put to the vote or approved.

Article 35 Assets remaining in the secondary proceedings

If by the liquidation of assets in the secondary proceedings it is possible to meet all claims allowed under those proceedings, the liquidator appointed in those proceedings shall immediately transfer any assets remaining to the liquidator in the main proceedings.

Article 36 Subsequent opening of the main proceedings

Where the proceedings referred to in Article 3(1) are opened following the opening of the proceedings referred to in Article 3(2) in another Member State, Articles 31 to 35 shall apply to those opened first, in so far as the progress of those proceedings so permits.

Article 37(7) Conversion of earlier proceedings

The liquidator in the main proceedings may request that proceedings listed in Annex A previously opened in another Member State be converted into winding-up proceedings if this proves to be in the interests of the creditors in the main proceedings.

The court with jurisdiction under Article 3(2) shall order conversion into one of the proceedings listed in Annex B.

Article 38 Preservation measures

Where the court of a Member State which has jurisdiction pursuant to Article 3(1) appoints a temporary administrator in order to ensure the preservation of the debtor's assets, that temporary administrator shall be empowered to request any measures to secure and preserve any of the debtor's assets situated in another Member State, provided for under the law of that State, for the period between the request for the opening of insolvency proceedings and the judgment opening the proceedings.

CHAPTER IV

PROVISION OF INFORMATION FOR CREDITORS AND LODGEMENT OF THEIR CLAIMS

Article 39 Right to lodge claims

Any creditor who has his habitual residence, domicile or registered office in a Member State other than the State of the opening of proceedings, including the tax authorities and social security authorities of Member States, shall have the right to lodge claims in the insolvency proceedings in writing.

Article 40 Duty to inform creditors

1. As soon as insolvency proceedings are opened in a Member State, the court of that State having jurisdiction or the liquidator appointed by it shall immediately inform known creditors who have their habitual residences, domiciles or registered offices in the other Member States.

2. That information, provided by an individual notice, shall in particular include time limits, the penalties laid down in regard to those time limits, the body or authority empowered to accept the lodgement of claims and the other measures laid down. Such notice shall also indicate whether creditors whose claims are preferential or secured in rem need lodge their claims.

Article 41 Content of the lodgement of a claim

A creditor shall send copies of supporting documents, if any, and shall indicate the nature of the claim, the date on which it arose and its amount, as well as whether he alleges preference, security in rem or a reservation of title in respect of the claim and what assets are covered by the guarantee he is invoking.

Article 42 Languages

1. The information provided for in Article 40 shall be provided in the official language or one of the official languages of the State of the opening of proceedings. For that purpose a form shall be used bearing the heading "Invitation to lodge a claim. Time limits to be observed" in all the official languages of the institutions of the European Union.

2. Any creditor who has his habitual residence, domicile or registered office in a Member State other than the State of the opening of proceedings may lodge his claim in the official language or one of the official languages of that other State. In that event, however, the lodgement of his claim shall bear the heading "Lodgement of claim" in the official language or one of the official languages of the State of the opening of proceedings. In addition, he may be required to provide a translation into the official language or one of the official languages of the State of the opening of proceedings.

CHAPTER V**TRANSITIONAL AND FINAL PROVISIONS****Article 43 Applicability in time**

The provisions of this Regulation shall apply only to insolvency proceedings opened after its entry into force. Acts done by a debtor before the entry into force of this Regulation shall continue to be governed by the law which was applicable to them at the time they were done.

Article 44 Relationship to Conventions

1. After its entry into force, this Regulation replaces, in respect of the matters referred to therein, in the relations between Member States, the Conventions concluded between two or more Member States, in particular:

(a) the Convention between Belgium and France on Jurisdiction and the Validity and Enforcement of Judgments, Arbitration Awards and Authentic Instruments, signed at Paris on 8 July 1899;

(b) the Convention between Belgium and Austria on Bankruptcy, Winding-up, Arrangements, Compositions and Suspension of Payments (with Additional Protocol of 13 June 1973), signed at Brussels on 16 July 1969;

(c) the Convention between Belgium and the Netherlands on Territorial Jurisdiction, Bankruptcy and the Validity and Enforcement of Judgments, Arbitration Awards and Authentic Instruments, signed at Brussels on 28 March 1925;

(d) the Treaty between Germany and Austria on Bankruptcy, Winding-up, Arrangements and Compositions, signed at Vienna on 25 May 1979;

(e) the Convention between France and Austria on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments on Bankruptcy, signed at Vienna on 27 February 1979;

(f) the Convention between France and Italy on the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, signed at Rome on 3 June 1930;

(g) the Convention between Italy and Austria on Bankruptcy, Winding-up, Arrangements and Compositions, signed at Rome on 12 July 1977;

(h) the Convention between the Kingdom of the Netherlands and the Federal Republic of Germany on the Mutual Recognition and Enforcement of Judgments and other Enforceable Instruments in Civil and Commercial Matters, signed at The Hague on 30 August 1962;

(i) the Convention between the United Kingdom and the Kingdom of Belgium providing for the Reciprocal Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, with Protocol, signed at Brussels on 2 May 1934;

(j) the Convention between Denmark, Finland, Norway, Sweden and Iceland on Bankruptcy, signed at Copenhagen on 7 November 1933;

(k) the European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy, signed at Istanbul on 5 June 1990.

2. The Conventions referred to in paragraph 1 shall continue to have effect with regard to proceedings opened before the entry into force of this Regulation.

3. This Regulation shall not apply:

(a) in any Member State, to the extent that it is irreconcilable with the obligations arising in relation to bankruptcy from a convention concluded by that State with one or more third countries before the entry into force of this Regulation;

(b) in the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, to the extent that is irreconcilable with the obligations arising in relation to bankruptcy and the winding-up of insolvent companies from any arrangements with the Commonwealth existing at the time this Regulation enters into force.

Article 45 Amendment of the Annexes

The Council, acting by qualified majority on the initiative of one of its members or on a proposal from the Commission, may amend the Annexes.

Article 46 Reports

No later than 1 June 2012, and every five years thereafter, the Commission shall present to the European Parliament, the Council and the Economic and Social Committee a report on the application of this Regulation. The report shall be accompanied if need be by a proposal for adaptation of this Regulation.

Article 47 Entry into force

This Regulation shall enter into force on 31 May 2002.

This Regulation shall be binding in its entirety and directly applicable in the Member States in accordance with the Treaty establishing the European Community.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวเกวดี ศรีมา เกิดเมื่อวันที่ 5 สิงหาคม พ.ศ. 2527 เป็นบุตรคนที่สามของ พลตรีบุญมี ศรีมา และนางพิรภัฏ ศรีมา สำเร็จการศึกษาปริญญานิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยม อันดับสอง) สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2549 และได้เข้าศึกษาต่อในระดับปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชา กฎหมายเอกชนและธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษาเดียวกัน

ในด้านประวัติการทำงาน ได้เริ่มทำงานในตำแหน่งที่ปรึกษากฎหมายและสัญญา ประจำฝ่ายกฎหมาย ของธนาคารเกียรตินาคิน จำกัด (มหาชน) นับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2549 จนถึงปี พ.ศ. 2552 และปัจจุบันทำงานในตำแหน่งผู้เชี่ยวชาญงานกำกับกรปฏิบัติงาน (Compliance specialist) ของธนาคารกสิกรไทย จำกัด (มหาชน)



ศูนย์วิทยพัชการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย