

## หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ส่งเสริมให้เกิดการกำกับดูแลกิจการที่ดี เมื่อบริษัทเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการ

บทแรกของวิทยานิพนธ์ ผู้เขียนมุ่งประสงค์ที่จะอธิบายให้เห็นถึงภาพรวมของหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ส่งเสริมให้เกิดการกำกับดูแลกิจการที่ดีทั้งหมด ส่วนในบทที่สองนี้เขียนได้ทำขึ้น โดยมุ่งประสงค์ให้เห็นภาพต่อเนื่องจากบทแรกว่า หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ส่งเสริมให้เกิดการกำกับดูแลกิจการที่ดีเมื่อบริษัทเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการว่าเป็นอย่างไร ทั้งนี้เพื่อใช้เป็นหลักในการวิเคราะห์ว่า บริษัทจดทะเบียนไทยจำเป็นต้องมีคณะกรรมการตรวจสอบในระหว่างเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูหรือไม่ต่อไป

โดยทั่วไป บุคคลที่ลงทุนในบริษัทมี 2 กลุ่มคือเจ้าหนี้และผู้ถือหุ้น เมื่อบริษัทมีกำไร ส่วนแบ่งที่เจ้าหนี้ได้รับ คือ ดอกเบี้ยซึ่งเป็นจำนวนที่แน่นอนเมื่อเลิกบริษัทและถ้ามีการแบ่งทรัพย์สินของบริษัท บริษัทจะต้องเอาทรัพย์สินของตนใช้คืนให้แก่เจ้าหนี้ก่อนเหลือเท่าใดจึงนำมาจัดสรรและแบ่งต่อให้กับผู้ถือหุ้น เมื่อเจ้าหนี้ได้ผลตอบแทนจากการลงทุนเป็นจำนวนที่แน่นอน คือ ดอกเบี้ยไม่ว่าบริษัทจะมีกำไรจากการลงทุนมากแค่ไหนก็ตาม ผลที่เกิดขึ้นต่อเจ้าหนี้ก็คือ เจ้าหนี้มักจะขอให้บริษัทหลีกเลี่ยงการลงทุนในกิจการที่มีความเสี่ยงสูงซึ่งจะตรงกันข้ามกับผู้ถือหุ้นที่มักจะขอให้บริษัทลงทุนในกิจการที่มีความเสี่ยงสูง ทั้งนี้ เนื่องจากถ้าการลงทุนของบริษัทประสบความสำเร็จบริษัทมีกำไรมากผู้ถือหุ้นจะได้รับเงินปันผลมากขึ้นตามไปด้วย ถ้าบริษัทผลขาดทุน ผู้ถือหุ้นก็ไม่ต้องรับผิดชอบเพิ่มเติมอีกตามหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบจำกัดของผู้ถือหุ้น<sup>1</sup>

ดังนั้น เมื่อผลประโยชน์ตอบแทนจากการลงทุนที่เจ้าหนี้และผู้ถือหุ้นจะได้รับจากบริษัทมีความแตกต่างกัน จึงส่งผลให้เจ้าหนี้และผู้ถือหุ้นของบริษัทมีความเชื่อตลอดจนพฤติกรรมที่แตกต่างกันออกไป รวมไปถึงหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่นำมาใช้เพื่อก่อให้เกิดการกำกับดูแลบริษัทที่ดีด้วย กล่าวคือ ในภาวะที่บริษัทมีผลประกอบการที่ดีการทำหน้าที่ของคณะกรรมการบริษัทกระทบกระเทือนต่อเงินปันผลที่ผู้ถือหุ้นจะได้รับโดยตรงมากที่สุด ดังนั้น

---

<sup>1</sup> Christopher W. Frost, "The Theory , Reality , and Pragmatism of Corporate Governance in Bankruptcy Reorganization, ", American Bankruptcy Law Journal .1998 : 1-10

ผู้ถือหุ้นของบริษัทจึงอยู่ในฐานะที่ดีที่สุด ในขณะที่จะเข้ามาดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการบริษัท แต่เมื่อบริษัทมีหนี้สินส่วนตัว การจัดการทรัพย์สินของบริษัทของผู้ที่ทำหน้าที่บริหารบริษัทในขณะนั้น จะกระทบกระเทือนต่อส่วนแบ่งในทรัพย์สินของบริษัทที่เจ้าหนี้ได้รับเมื่อเลิกบริษัทมากกว่าส่วนแบ่งที่ผู้ถือหุ้นจะได้รับเมื่อเลิกบริษัท เนื่องจากเจ้าหนี้เป็นบุคคลที่ได้ส่วนแบ่งในทรัพย์สินของบริษัทเมื่อเลิกบริษัทก่อนผู้ถือหุ้น ดังนั้น เมื่อเจ้าหนี้ของบริษัทจึงเป็นบุคคลที่มีส่วนได้เสียในขณะนั้นมากที่สุด เจ้าหนี้จึงเป็นบุคคลที่เหมาะสมที่สุดที่จะเข้ามากำกับดูแลแทนผู้ถือหุ้นเมื่อบริษัทมีหนี้สินส่วนตัวและได้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟู<sup>2</sup>

นอกจากนี้ เมื่อโดยสภาพของกฎหมายฟื้นฟูเป็นกฎหมายที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อเข้าไปแก้ไขปัญหาในหนี้สินของบริษัทเพื่อให้ทุกคนที่เกี่ยวข้องกับบริษัทได้รับเสียหายน้อยที่สุด โดยเฉพาะ จึงเป็นเหตุผลประการสำคัญที่ทำให้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่นำมาใช้เพื่อก่อให้เกิดการกำกับดูแลบริษัทที่ดีเมื่อบริษัทเข้าสู่การฟื้นฟูมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเมื่อบริษัทไม่ได้เข้าสู่การฟื้นฟูกิจการมากยิ่งขึ้น กล่าวคือ มิได้คำนึงแต่เพียงหลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งกำหนดให้คณะกรรมการของบริษัทเป็นบุคคลซึ่งเข้าไปใช้อำนาจบริหารจัดการงานในเรื่องต่างๆไปในบริษัท และ ให้ผู้ถือหุ้นเข้ามาพิจารณาอนุมัติในเรื่องที่กระทบต่อส่วนได้ส่วนเสียของตนเท่านั้น แต่เป็นกระบวนการที่เข้าไปปรับโครงสร้างการบริหารงาน และ ปรับโครงสร้างหนี้ตลอดจนให้เจ้าหนี้เข้ามามีบทบาทในการกำกับดูแลบริษัทมากขึ้นเพื่อเข้าไปแก้ไขปัญหาของบริษัทที่มีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน เพื่อให้ทุกคนที่เกี่ยวข้องกับบริษัทเสียหายน้อยที่สุด ส่วนหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ก่อให้เกิดการกำกับดูแลบริษัทที่ดีเมื่อบริษัทเข้าสู่การฟื้นฟูจะเป็นอย่างไรนั้น ผู้เขียนจะกล่าวถึงต่อไป

### 1. หลักเกณฑ์กฎหมายที่ส่งเสริมให้เกิดการกำกับดูแลบริษัทที่ดีเมื่อบริษัทเข้าสู่การฟื้นฟูตามกฎหมายล้มละลายของต่างประเทศ

โดยทั่วไป เราอาจแบ่งพิจารณาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของต่างประเทศที่เข้ามาส่งเสริมให้บริษัทมีการกำกับดูแลบริษัทที่ดี เมื่อบริษัทเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูออกเป็น 4 ประการใหญ่ๆ

<sup>2</sup> Christopher W. Frost, "The Theory, Reality, and Pragmatism of Corporate Governance in Bankruptcy Reorganization," *American Bankruptcy Law Journal*, 1998 : 1-10

ประการแรก หลักเกณฑ์ที่ใช้ต้องสร้างความสมดุลระหว่างการเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกับชำระบัญชี เช่น เมื่อลูกหนี้มีความสามารถในการดำเนินต่อไปได้ก็ให้ลูกหนี้เข้าสู่การฟื้นฟูเพื่อปรับโครงสร้างการบริหารงานปรับโครงสร้างหนี้ เพื่อหาหนทางที่จะทำให้ทุกคนที่เกี่ยวข้องกับบริษัทลูกหนี้ได้รับเสียหายน้อยที่สุดในทางตรงกันข้าม ถ้าลูกหนี้ไม่มีความสามารถที่จะอยู่ต่อไปได้แล้วก็ให้ชำระบัญชีลูกหนี้ โดยตั้งผู้ชำระบัญชีขึ้นมาเพื่อขายทรัพย์สินทั้งหมดของลูกหนี้ ทั้งนี้เพื่อรักษามูลค่าสูงสุดของทรัพย์สินที่ยังคงหลงเหลืออยู่เพื่อนำมาแบ่งชำระให้แก่เจ้าหนี้ตามอัตราส่วนที่เจ้าหนี้แต่ละคนพึงได้รับอย่างเป็นธรรมต่อไป

ประการที่สอง หลักเกณฑ์ที่ใช้ต้องเข้ามารักษากองทรัพย์สินของลูกหนี้และให้เวลาลูกหนี้ในการหามาตรการที่เข้ามาเพื่อทำให้กองทรัพย์สินของลูกหนี้เกิดมูลค่าสูงสุด เช่น ให้อะไรเวลาแก่ลูกหนี้ในการหายใจ ทั้งนี้ เพื่อให้ทรัพย์สินของลูกหนี้ปลอดภัยจากการเข้ายึดของเจ้าหนี้เมื่อยังไม่ถึงเวลาอันควรตลอดจนให้ลูกหนี้มีระยะเวลาที่จะค้นหาแนวทางที่เหมาะสมเพื่อใช้ในการแก้ไขปัญหาต่อไป

ประการที่สาม หลักเกณฑ์ที่ใช้ต้องให้เจ้าหนี้อำนาจสิทธิของตนอย่างชัดเจนและให้เจ้าหนี้มีส่วนร่วมในกระบวนการฟื้นฟูตั้งแต่ต้น ทั้งนี้ เพราะการที่เจ้าหนี้ได้ล่วงรู้สิทธิข้อมูลที่รวดเร็วและทันเวลาตั้งแต่ต้น ทั้งนี้เพื่อช่วยให้เจ้าหนี้ตัดสินใจได้ว่าตนควรยืนอยู่ในจุดใดเมื่อลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟู

ประการที่สี่ หลักเกณฑ์ที่ใช้ต้องเพิ่มโอกาสในการปรับโครงสร้างหนี้ของลูกหนี้ให้มากขึ้น เช่น ให้ผู้บริหารของลูกหนี้ยังคงมีอำนาจบริหารต่อไปเมื่อลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟู ทั้งนี้เพื่อให้ผู้บริหารของลูกหนี้มีโอกาสแก้ตัวอีกครั้งหนึ่งและจงใจให้ผู้บริหารของลูกหนี้รับนำลูกหนี้ที่ตนบริหารงานอยู่เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูเพื่อเพิ่มโอกาสให้แก่ลูกหนี้ในการฟื้นฟูสำเร็จได้มากขึ้น

### 1.1. หลักเกณฑ์ที่ใช้ต้องสร้างความสมดุลระหว่างการเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกับชำระบัญชี

โดยทั่วไปแล้ว เมื่อลูกหนี้ไม่มีความสามารถในการชำระหนี้เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ เจ้าหนี้แต่ละรายส่วนใหญ่มักจะรีบบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินของลูกหนี้ จึงส่งผลให้มูลค่าโดยรวมของทรัพย์สินที่ลูกหนี้มีอยู่ยังคงน้อยถอยลงและทำให้ส่วนแบ่งที่เจ้าหนี้แต่ละคนควรจะได้รับจากทรัพย์สินของลูกหนี้ยังคงน้อยลงตามไปด้วย ดังนั้นวิธีที่ดีกว่า คือ การให้ลูกหนี้ได้รับโอกาสแก้ตัวอีกครั้งโดยการเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟู ถ้าลูกหนี้มีช่องทางที่จะฟื้นฟูได้

และมูลค่าของลูกหนี้เมื่อดำเนินการต่อไปจะมีค่ามากกว่าการให้ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการชำระบัญชี โดยการปรับโครงสร้างการบริหารงานปรับโครงสร้างหนี้เพื่อหาหนทางที่ให้ทุกคนที่เกี่ยวข้องกับลูกหนี้ได้รับเสียหายน้อยที่สุดไม่ว่าจะเป็นเจ้าหนี้ ผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้ ลูกจ้างของลูกหนี้ โดยเจ้าหนี้ที่มีโอกาสได้รับชำระหนี้คืนจากลูกหนี้ในจำนวนที่มากขึ้น หรือผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้ได้รับโอกาสแก้ตัวอีกครั้งโดยมีอำนาจบริหารงานลูกหนี้ต่อไปภายใต้การดูแลของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์คณะกรรมการเจ้าหนี้และศาล ส่วนลูกจ้างของบริษัทลูกหนี้ก็จะมีการทำงานต่อไปและเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศที่จะเสียหายน้อยลงจากการที่กระบวนการฟื้นฟูลูกหนี้ให้ลูกหนี้เข้าสู่การฟื้นฟูได้เร็วก่อนที่ปัญหาในหนี้สิน และการบริหารงานของลูกหนี้จะลุกลามใหญ่โต<sup>3</sup>

ในบางกรณีวิธีการชำระบัญชีจึงอาจเป็นวิธีการที่ดีกว่าฟื้นฟูก็ได้ เมื่อพบว่าลูกหนี้ไม่โอกาสหรือช่องทางที่จะฟื้นฟูได้สำเร็จแล้ว โดยให้เจ้าหนี้ทุกคนของลูกหนี้ไม่อาจใช้สิทธิเฉพาะตนเพื่อดำเนินการบังคับชำระหนี้ต่อทรัพย์สินของลูกหนี้ได้อีกต่อไป หลังจากนั้นก็แต่งตั้งผู้ชำระบัญชีขึ้นมาเพื่อขายทรัพย์สินของลูกหนี้ให้ได้มูลค่าสูงสุด เพื่อนำมูลค่าดังกล่าวนี้มาชำระให้แก่เจ้าหนี้ตามอัตราส่วนที่เจ้าหนี้แต่ละคนของฝั่งได้รับจากทรัพย์สินของลูกหนี้อย่างเป็นธรรมต่อไป

อย่างไรก็ตาม เมื่อนำหลักเกณฑ์ตามที่กล่าวข้างต้นมาปฏิบัติเราจะพบว่าเราไม่อาจแบ่งแยกหรือรู้ได้ว่าลูกหนี้รายนี้ควรจะเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟู หรือ ชำระบัญชีในตอนเริ่มต้นของกระบวนการฟื้นฟู ดังนั้นทางออกที่ดีที่สุดที่จะนำเข้ามาใช้เพื่อแก้ไขปัญหาหนี้ก็คือการกำหนดว่าให้ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูก่อนในตอนเริ่มต้นและถ้าปรากฏในภายหลังว่าลูกหนี้รายนี้ไม่โอกาสหรือช่องทางที่จะฟื้นฟูได้สำเร็จแล้ว จึงให้ลูกหนี้รายนี้เข้าสู่การชำระบัญชีเพื่อรักษามูลค่าสูงสุดของทรัพย์สินที่ยังคงหลงเหลืออยู่เพื่อนำมาแบ่งชำระให้แก่เจ้าหนี้ตามอัตราส่วนที่เจ้าหนี้แต่ละคนฝั่งได้รับอย่างเป็นธรรมต่อไป<sup>4</sup>

<sup>3</sup> United Nations Commission on International Trade Law , Possible Future Work on Insolvency Law , Working Group on Insolvency Twenty - second session Vienna 6-17 December 1999, P.11-12

<sup>4</sup> Ibid ., p.13

1.2. หลักเกณฑ์ที่ใช้ต้องเข้ามารักษาทรัพย์สินของลูกหนี้และให้เวลาลูกหนี้ในการมาตรการที่เข้ามาเพื่อทำให้ทรัพย์สินของลูกหนี้เกิดมูลค่าสูงสุด

หลักเกณฑ์ที่ใช้ต้องเข้ามารักษาทรัพย์สินของลูกหนี้ และ ให้เวลาลูกหนี้ในการมาตรการที่เข้ามาเพื่อทำให้ทรัพย์สินของลูกหนี้เกิดมูลค่าสูงสุดมีอยู่ 2 ประการ ประการแรกคือการให้ระยะเวลาแก่ลูกหนี้ในการหายใจ ประการที่สองคือการนำมาตรการเพิกถอนการโอนเข้ามาใช้บังคับกับลูกหนี้

### 1.2.1. การให้ระยะเวลาแก่ลูกหนี้ในการหายใจ

กฎหมายฟื้นฟูกิจการกำหนดให้บริษัทลูกหนี้มีระยะเวลาในการหายใจโดยปลอดจากการฟ้องร้องและเข้ายึดของเจ้าหนี้ชั่วคราว เพื่อให้ลูกหนี้มีระยะเวลาที่จะค้นหาแนวทางที่เหมาะสมเพื่อใช้ในการแก้ไขปัญหาต่อไป

ประเด็นสำคัญที่ยังเป็นข้อโต้แย้งกันอยู่ก็คือ การให้ระยะเวลาการหายใจแก่ลูกหนี้ เพื่อให้ทรัพย์สินของลูกหนี้ปลอดภัยจากการเข้ายึดของเจ้าหนี้ นั้น เราควรกำหนดให้ระยะเวลาในการพักหายใจดังกล่าวเริ่มต้นสิ้นสุดเมื่อใดและมีขอบเขตกว้างแคบแค่ไหนเพียงใด

โดยนักกฎหมายบางท่านได้ให้ความเห็นว่า ระยะเวลาในการหายใจนั้นควรจะเริ่มต้นโดยเร็วที่สุดโดยลูกหนี้ไม่จำเป็นต้องแสดงให้เห็นถึงเหตุผลและความจำเป็นใดๆทั้งสิ้น และเจ้าหนี้ก็ไม่มีสิทธิคัดค้านใดๆด้วย ทั้งนี้เพื่อให้ลูกหนี้สามารถที่จะรักษาทรัพย์สินของตนที่ยังคงหลงเหลืออยู่ไว้ให้ได้มากที่สุด และ ใช้ทรัพย์สินดังกล่าวเป็นฐานในการปรับโครงสร้างหนี้ของกิจการเพื่อหาหนทางที่ให้ทุกคนที่เกี่ยวข้องกับลูกหนี้ได้รับเสียหายน้อยที่สุดต่อไป<sup>5</sup>

ส่วนในประเด็นเรื่องขอบเขตนั้นก็มิประเด็นว่า ภูมิคุ้มกันที่ลูกหนี้ได้รับนั้นเราควรให้ภูมิคุ้มกันดังกล่าวมีผลไปถึงเจ้าหนี้มีประกันของบริษัทลูกหนี้มากน้อยเพียงใด ทั้งนี้ เพราะหากไม่ห้ามไปถึงเจ้าหนี้มีประกัน และถ้าทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันแก่เจ้าหนี้รายนั้นมีความจำเป็นต่อการฟื้นฟูกิจการขึ้นมาก็อาจมีปัญหาลูกหนี้ขึ้นมาได้ว่า การบังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้

<sup>5</sup> Samuel L. Bufford, "United States Reorganization Law," วารสารคฤหาสน์ปีที่ 43 เล่มที่ 2, (เมษายน -มิถุนายน 2539) : 26-27.

มีประกันดังกล่าวส่งผลให้บริษัทลูกหนึ่งนั้นหมดสิ้นช่องทางที่จะฟื้นฟูบริษัทได้ทันที แต่ถ้ากำหนดให้กฎหมายฟื้นฟูเข้าไปกระทบสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันมากเกินไป ก็อาจก่อให้เกิดปัญหาร้ายแรงต่อระบบการให้สินเชื่อทางการค้าของประเทศได้ ดังนั้นทางออกที่ดีของปัญหานี้ก็คือ การให้ภูมิคุ้มกันที่ลูกหนี้ได้รับมีผลไปถึงเจ้าหนี้มีประกันของลูกหนี้ด้วยแต่ทดแทนความเสียหายที่เจ้าหนี้มีประกันจะได้รับ โดยให้ความคุ้มครองอย่างเพียงพอแก่เจ้าหนี้มีประกันแทน โดยเจ้าหนี้มีประกันจะได้รับการคุ้มครองที่เพียงพอดังต่อไปนี้คือ<sup>6</sup>

- (1). ระยะเวลาการหายใจแก่บริษัทลูกหนึ่งเพื่อให้ทรัพย์สินของลูกหนี้ปลอดภัยจากการเข้ายึดของเจ้าหนี้สมควรให้เวลาที่พอเพียงแก่บริษัทลูกหนึ่งที่จะค้นหาแนวทางที่เหมาะสมเพื่อใช้ในการแก้ไขปัญหาต่อไปแต่ไม่ควรยาวนานเกินไปจนกระทบถึงสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันมากเกินไป
- (2). ในกรณีที่ทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันนั้น ไม่มีความจำเป็นต่อการฟื้นฟูกิจการก็อนุญาตให้เจ้าหนี้มีประกันสามารถบังคับเอาหลักประกันอันเป็นหลักประกันขึ้นนั้นได้
- (3). ให้เจ้าหนี้มีประกันสามารถได้รับชำระหนี้เต็มตามมูลค่าของทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันในเวลาที่มีการยื่นคำขอให้ฟื้นฟูกิจการพร้อมดอกเบี้ย และ ผลประโยชน์ตามสัญญาเมื่อการดำเนินการฟื้นฟูลูกหนี้ได้สิ้นสุดลงและลูกหนี้ได้เข้าสู่กระบวนการชำระบัญชี

### 1.2.2. การนำมาตรการเพิกถอนการโอนเข้ามาใช้บังคับ

นอกจากการให้ระยะเวลาการหายใจแก่บริษัทลูกหนึ่งแล้ว เราจะพบว่ามาตรการเพิกถอนการโอนก็เป็นอีกมาตรการหนึ่งที่สำคัญเข้ามาเพื่อรักษาของทรัพย์สินของลูกหนี้

ประเด็นที่ควรคำนึงถึงก็คือ ถ้ากฎหมายฟื้นฟูกำหนดให้ผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้มีอำนาจบริหารต่อไปเมื่อลูกหนี้เข้าการฟื้นฟู และ เป็นผู้มีสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะใช้มาตรการเพิกถอนการโอนผลลัพธ์ที่เกิดขึ้น คือ อาจส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพของมาตรการเพิกถอนการโอนก็ได้ เช่น ถ้าให้ผู้บริหารลูกหนี้ชุดเดิมของลูกหนี้มีอำนาจบริหารอยู่ต่อไป แม้จะมีข้อดีตรงที่ทำให้ผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้มีโอกาสแก้ตัวอีกครั้งหนึ่ง และ ภูมิใจให้ผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้ดังกล่าวริบอำนาจบริษัทลูกหนึ่งที่ดินบริหารงานอยู่เข้าสู่

<sup>6</sup> International Monetary Fund, Listing of Principal Conclusion IMF's Orderly & Effective Insolvency Procedures. ( Vienna :1994 ), pp. 17-18.

กระบวนการฟื้นฟูก่อนแต่ก็มีข้อเสียตรงที่อาจเป็นช่องว่างให้ผู้บริหารลูกหนี้ร่วมมือ หรือ ู้เห็นเป็นใจกับบุคคลภายนอกโยกย้ายทรัพย์สินออกไปจากบริษัทลูกหนี้ โดยไม่ยอมใช้มาตรการกฎหมายในเรื่องเพิกถอนการโอนก็ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อบริษัทที่ขอฟื้นฟูนั้นเป็นบริษัทครอบครัว ดังนั้น เมื่อแนวความคิดที่ให้ผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้มีปัญหาดังที่กล่าวมาแล้ว ข้อเสนอจากกลุ่มกฎหมายบางประเทศที่ได้ให้ความเห็นไว้ว่า ควรให้ผู้บริหารลูกหนี้ในระหว่างฟื้นฟูกิจการมาจากบุคคลภายนอก หรือ ผู้ประกอบวิชาชีพเฉพาะด้านที่ได้รับอนุญาตจากภาครัฐแล้วเท่านั้นจึงเริ่มที่จะเข้ามาบริหารและได้รับการสนับสนุนมากขึ้น อย่างไรก็ตามถ้าแนวความคิดเรื่องผู้ประกอบวิชาชีพเฉพาะด้านมาใช้จริงนี้ ผู้วิจัยก็มีความเห็นว่าอาจจะมีปัญหาตามมามากมาย เช่น ในเรื่องของค่าธรรมเนียมวิชาชีพซึ่งจะเข้ามาเป็นภาระแก่บริษัทลูกหนี้ เป็นต้น

ดังนั้น ทางออกที่ดีที่สุดขณะนี้ ก็คือ การให้ผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้มีอำนาจบริหารงานในบริษัทลูกหนี้ต่อไปแต่กำหนดให้ศาล เจ้าหนี้ คณะกรรมการเจ้าหนี้เข้ามาเป็นบุคคลผู้มีสิทธิในการร้องให้เพิกถอนการ โอนที่ฉ้อฉลได้ด้วย<sup>7</sup>

### 1.3. หลักเกณฑ์ที่ใช้ต้องให้เจ้าหนี้รู้สิทธิของตนอย่างชัดเจนและให้เจ้าหนี้มีส่วนร่วมในกระบวนการฟื้นฟูตั้งแต่ต้น

หลักเกณฑ์ที่ใช้ต้องให้เจ้าหนี้รู้สิทธิของตนอย่างชัดเจน และ ให้เจ้าหนี้มีส่วนร่วมในกระบวนการฟื้นฟูก่อนแต่ต้น ทั้งนี้ เพราะการที่เจ้าหนี้ได้ล่วงรู้สิทธิรู้ข้อมูลที่รวดเร็วและทันเวลาตั้งแต่ต้นจะช่วยให้เจ้าหนี้ในการตัดสินใจได้ว่าเจ้าหนี้ควรยืนอยู่ในจุดใดเมื่อบริษัทลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟู เช่นการให้ตั้งคณะกรรมการเจ้าหนี้ตั้งแต่เริ่มเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟู เพื่อให้เจ้าหนี้ของบริษัททราบถึงความเป็นไปได้ของแผนฟื้นฟูตั้งแต่ต้น และ ถ้าแผนฟื้นฟูกมีความเป็นไปได้ที่จะทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้มากขึ้นก็จะทำให้เจ้าหนี้ตัดสินใจได้ง่ายขึ้นว่าเจ้าหนี้ควรยืนอยู่ในจุดใดเมื่อบริษัทลูกหนี้เสนอแผนฟื้นฟูให้ที่ประชุมเจ้าหนี้ลงมติอนุมัติ<sup>8</sup>

<sup>7</sup> United Nations Commission on International Trade Law, Possible Future Work on Insolvency Law, (Vienna : 1999), P. 36.

<sup>8</sup> International Bar Association, International Insolvency Colloquium, 4-6 December 2000 , pp.11-12.

โดยเจ้าหน้าที่จะเข้ามาทำหน้าที่เป็นกรรมการในคณะกรรมการเจ้าหน้าที่ควรจะมาจากเจ้าหน้าที่ไม่มีประกันของบริษัทลูกหนี้เท่านั้น เพราะผลประโยชน์ของเจ้าหน้าที่มีประกันคือการเข้าเร็วออกเร็วโดยบังคับคดีเอาทรัพย์สินที่ลูกหนี้ให้ไว้เป็นหลักประกัน ไม่ได้อยู่ที่การเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูอย่างเจ้าหน้าที่ไม่มีประกัน ส่วนเจ้าหน้าที่มีประกันแม้ว่าจะไม่มีสิทธิเข้าไปเป็นกรรมการในคณะกรรมการเจ้าหน้าที่ก็ไม่ทำให้เจ้าหน้าที่มีประกันเสียหายแต่ประการใด เพราะเจ้าหน้าที่มีประกันได้รับความคุ้มครองในเรื่องของความคุ้มครองที่เพียงพอ ( Adequate Protection ) อยู่แล้ว

นอกจากนี้ เมื่อนำคณะกรรมการเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายล้มละลายของต่างประเทศกับกฎหมายล้มละลายของไทยในหมวดฟื้นฟูกิจการของไทยมาเปรียบเทียบกัน ผู้วิจัยพบว่ากฎหมายล้มละลายของไทยไม่ได้อนุญาตให้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการเจ้าหน้าที่ขึ้นมาตั้งแต่ตอนเริ่มต้นของกระบวนการฟื้นฟู แต่ให้ตั้งคณะกรรมการเจ้าหน้าที่ในภายหลังเมื่อแผนฟื้นฟูได้ผ่านแล้วดังนั้น ในประเด็นเรื่องคณะกรรมการเจ้าหน้าที่ควรจะได้มีการนำไปปรับปรุงแก้ไขต่อไปในกฎหมายล้มละลายของไทยต่อไปเพื่อให้ใช้ประโยชน์จากการมีคณะกรรมการเจ้าหน้าที่ได้สูงสุด

#### 1.4. หลักเกณฑ์ที่ใช้ต้องเพิ่มโอกาสให้แก่บริษัทในอันที่จะปรับโครงสร้างหนี้ได้สำเร็จมากขึ้น

หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เข้ามาใช้จะต้องเพิ่มโอกาสให้แก่บริษัทในอันที่จะปรับโครงสร้างหนี้ของบริษัทได้สำเร็จมากขึ้นนั้นมีอยู่ดังนี้คือ

##### 1.4.1. การให้บริษัทลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้ง่ายขึ้น

กฎหมายควรอนุญาตลูกหนี้ให้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้ง่ายขึ้น เช่นกำหนดลงไปว่าเมื่อลูกหนี้ไม่มีความสามารถชำระหนี้เมื่อหนี้รายหนึ่งได้ถึงกำหนดชำระเท่านั้นก็เพียงพอแล้วที่ลูกหนี้รายนั้นเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟู โดยไม่ต้องถึงขนาดไปพิสูจน์ว่าบริษัทมีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สินแต่ประการใด ทั้งนี้เพื่อให้ลูกหนี้ได้เข้าสู่การฟื้นฟูกิจการได้เร็วก่อนที่ปัญหาหนี้สินและการบริหารงานของลูกหนี้จะลุกลามไปใหญ่โต และทำให้ลูกหนี้มีโอกาสที่จะปรับโครงสร้างหนี้ให้สำเร็จได้มากขึ้นด้วย อย่างไรก็ตาม การให้ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้ง่ายขึ้นอาจส่งผลให้ลูกหนี้นำมาใช้ในทางที่ผิดเพื่อได้รับความคุ้มครองจากการฟ้องร้องของเจ้าหน้าที่

ทั้งที่ลูกหนี้รายนั้น ไม่มีความประสงค์ที่จะเข้ามาฟื้นฟูกิจการจริงตั้งแต่แรก ดังนั้นเพื่อป้องกันลูกหนี้ใช้ประโยชน์จากการเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูได้ง่ายขึ้นในทางที่ไม่ชอบ จึงเห็นสมควรที่จะให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจที่จะออกคำสั่งให้ยกเลิกฟื้นฟูได้และถ้าศาลเห็นว่าลูกหนี้มีพฤติการณ์ไม่สุจริต ศาลอาจมีคำสั่งลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการชำระบัญชีต่อเนื่อง ไปเลยก็ได้<sup>9</sup>

#### 1.4.2. การให้ผู้บริหารชุดเดิมของบริษัทยังคงมีอำนาจในการบริหารงานต่อไปเมื่อบริษัทลูกหนี้เข้าสู่การฟื้นฟูกิจการ

กฎหมายฟื้นฟูควรอนุญาตให้ผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้มีอำนาจบริหารต่อไป ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้มีโอกาสแก้ตัวอีกครั้งหนึ่งและจงใจให้ผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้รับนำลูกหนี้ที่ตนบริหารงานอยู่เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการเร็วขึ้นก่อนที่ปัญหาหนี้สินที่มีอยู่ของลูกหนี้จะลุกลามใหญ่โต รวมทั้งเพื่อเพิ่มโอกาสให้แก่ลูกหนี้ในอันที่จะปรับโครงสร้างหนี้ได้สำเร็จมากยิ่งขึ้นด้วย นอกจากนี้การให้ผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้ยังคงมีอำนาจบริหารต่อไปนั้นมีข้อดีอีกหลายหลายประการ เช่น เสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินการน้อยและ ได้ประโยชน์จากการที่ผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้เข้าใจถึงปัญหาในเชิงธุรกิจของคนเป็นอย่างดี

ประเด็นปัญหาต่อไปคือ เราควรให้ผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้มีอำนาจในการบริหารงานและจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ต่อไปโดยมีขอบเขตมากหรือน้อยแค่ไหนเพียงใด

บางท่านมีความเห็นว่า เราควรกำหนดให้ผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้มีอำนาจบริหารและจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้เฉพาะเท่าที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินธุรกิจตามปกติของลูกหนี้สามารถดำเนินต่อไปเท่านั้น นอกเหนือจากนี้ให้ศาลเข้ามามีอำนาจพิจารณาอนุญาตเป็นรายกรณีไป ทั้งนี้ เพื่อให้ศาลเข้ามาทำหน้าที่กำกับดูแลและป้องกันมิให้มีผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้ทำความเสียหายให้แก่เจ้าหนี้ โดยร่วมมือกับบุคคลภายนอกยกย้ายถ่ายทรัพย์สินออกไปจากลูกหนี้<sup>10</sup>

<sup>9</sup> United Nations Commission on International Trade Law, Possible Future Work on Insolvency Law. (Vienna : 1999), pp .28-29.

<sup>10</sup> Ibid ., p.30-31.

### 1.4.3. การกำหนดให้การลงมติอนุมัติแผนไม่จำเป็นต้องได้รับคะแนนเสียงเป็นเอกฉันท์จากที่ประชุมเจ้าหนี้

กล่าวคือ ถ้ากฎหมายฟื้นฟูกิจการกำหนดให้การลงมติอนุมัติแผนโดยใช้คะแนนเสียงเป็นเอกฉันท์จากที่ประชุมเจ้าหนี้แล้วผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นก็คือเจ้าหนี้มีประกันจะลงมติให้แผนตกไปเสมอ ทั้งนี้เนื่องจากผลประโยชน์สูงสุดที่เจ้าหนี้มีประกันจะได้รับอยู่ที่การเข้าเร็วออกเร็ว โดยบังคับคดีเอาทรัพย์สินที่ลูกหนี้ให้ไว้เป็นหลักประกัน ไม่ได้อยู่ที่การเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการเหมือนอย่างเจ้าหนี้ไม่มีประกัน<sup>11</sup> ดังนั้นเพื่อให้แผนฟื้นฟูมีโอกาสผ่านมากขึ้น กฎหมายฟื้นฟูกิจการควรกำหนดหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ขึ้นมาคือ

(1). ให้แบ่งเจ้าหนี้ออกเป็นกลุ่มๆ และเมื่อใดก็ตามที่มีเจ้าหนี้กลุ่มใดให้ความเห็นชอบกับแผนฟื้นฟูกิจการด้วยคะแนนเสียงข้างมากก็ให้แผนฟื้นฟูนั้นผ่านได้ และผูกพันต่อเจ้าหนี้กลุ่มอื่นๆ ที่ไม่ได้ลงมติอนุมัติเมื่อแผนนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า หากมีการดำเนินการตามแผนได้สำเร็จจะทำให้เจ้าหนี้เหล่านี้ได้รับชำระหนี้ไม่น้อยกว่ากรณีศาลมีคำสั่งให้ลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการชำระบัญชีตามกฎหมายว่าด้วยล้มละลาย<sup>12</sup> ( Best Interest Rule)

(2). คะแนนเสียงข้างมากที่เจ้าหนี้กลุ่มหนึ่งใช้เพื่อให้แผนผ่านควรนับทั้งจำนวนหนี้และจำนวนเจ้าหนี้ ทั้งนี้เพื่อให้แผนฟื้นฟูดังกล่าวเป็นธรรมและยุติธรรมในระหว่างเจ้าหนี้ด้วยกัน โดยไม่เกิดปัญหาเจ้าหนี้รายใหญ่เอาเปรียบต่อเจ้าหนี้รายย่อยของกิจการ<sup>13</sup>

(3). นอกจากนี้ เพื่อให้แผนผ่านง่ายขึ้น โดยไม่ถูกเจ้าหนี้บางกลุ่มนำมาใช้เพื่อข้ามชั้นในลำดับการชำระหนี้ กฎหมายฟื้นฟูกิจการจึงควรกำหนดลงไปเพิ่มเติมว่าการผ่านโดยวิธีแบ่งกลุ่มเจ้าหนี้และให้เจ้าหนี้กลุ่มหนึ่งลงมติอนุมัติ มติดังกล่าวจะผูกพันเจ้าหนี้กลุ่มอื่นๆ ที่ไม่ได้ลงมติอนุมัติก็ต่อเมื่อแผนฟื้นฟูนั้นกำหนดให้เจ้าหนี้แต่ละรายได้รับชำระหนี้ตามลำดับชั้นที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยล้มละลาย ( Absolute Priority)

<sup>11</sup> Henry N. Schiffman, *Aide-Memoire Kingdom of Thailand : Bankruptcy Law Reform*, pp. 3-4.

<sup>12</sup> International Monetary Fund , *Listing of Principal Conclusion IMF's Orderly & Effective Insolvency Procedures* , 1994 , p. 22-23.

<sup>13</sup> United Nations Commission on International Trade law, *Possible Future Work on Insolvency Law*. ( Vienna : 1999), pp. 33-34.

#### 1.4.4. การให้สิทธิพิเศษแก่เจ้าหนี้ที่นำเม็ดเงินใหม่เข้ามาให้แก่กิจการ

การเพิ่มโอกาสให้แก่ลูกหนี้อีกประการหนึ่ง คือ การกระตุ้นให้ลูกหนี้สามารถหาเม็ดเงินใหม่เพื่อนำมาใช้ในช่วงที่ขาดสภาพคล่องได้ ดังนั้นวิธีการที่ดีที่สุดที่ช่วยกระตุ้นให้เจ้าหนี้อย่างใหม่กล้าให้เม็ดเงินใหม่ที่ดีที่สุดคือ การลดความเสี่ยงในการลงทุนของเจ้าหนี้ใหม่โดยกำหนดให้เจ้าหนี้ที่เอาเม็ดเงินใหม่เข้ามามีสิทธิได้รับเงินคืนก่อนเจ้าหนี้อื่นๆ ในกรณีที่ลูกหนี้ไปไม่รอดและเข้าสู่กระบวนการชำระบัญชีตามกฎหมายว่าด้วยล้มละลาย<sup>14</sup>

สรุปแล้ว หลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้นสามารถลำดับเป็นขั้นเป็นตอนก่อนหลังได้ดังนี้

(1). ในระยะเริ่มต้นของกระบวนการฟื้นฟู กฎหมายฟื้นฟูควรให้ลูกหนี้สามารถเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการได้ง่ายและให้ลูกหนี้ได้รับเกราะคุ้มกันแก่กิจการ หรือระยะเวลาในการหายใจโดยอัตโนมัติ โดยลูกหนี้ไม่จำเป็นต้องแสดงให้เห็นถึงเหตุผลและความจำเป็นใดๆ ทั้งสิ้น และ เจ้าหนี้ก็ไม่มีสิทธิคัดค้านใดๆ ด้วยเพื่อให้ลูกหนี้สามารถที่จะรักษาทรัพย์สินของตนที่ยังคงเหลืออยู่ไว้ให้ได้มากที่สุด และ ใช้ทรัพย์สินดังกล่าวเป็นฐานในการปรับโครงสร้างหนี้ของกิจการต่อไป นอกจากนี้เราควรให้ลูกหนี้ได้แต่งตั้งคณะกรรมการเจ้าหนี้ขึ้นมาตั้งแต่เริ่มแรกด้วยเช่นกันเพื่อให้เจ้าหนี้ทราบข้อมูลทางการเงินของลูกหนี้ได้รวดเร็ว ทันเวลา และเข้าไปมีส่วนร่วมในการยกร่างแผนฟื้นฟูร่วมกับลูกหนี้ตั้งแต่ต้น ซึ่งจะทำให้เจ้าหนี้ตัดสินใจได้ง่ายขึ้นที่จะลงมติอนุมัติแผนฟื้นฟูของลูกหนี้ต่อไป

(2). ในระยะที่สองของกระบวนการฟื้นฟู กฎหมายฟื้นฟูควรกำหนดให้การทำแผนกระทำด้วยความรวดเร็วในช่วงเวลาหนึ่งที่กฎหมายเห็นสมควร เพื่อที่จะไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของเจ้าหนี้มีประกันมากเกินไป นอกจากนี้เมื่อเราให้ผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้ยังคงเป็นผู้บริหารต่อไปเพื่อให้ผู้บริหารมีแรงจูงใจที่จะรับนำลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูได้เร็วขึ้นก่อนปัญหาหนี้สินของกิจการลูกหนี้จะลุกลามใหญ่โต แต่การให้ผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้ยังคงเป็นผู้บริหารต่อไปก็มีข้อเสียตรงที่อาจเป็นช่องว่างให้ผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้

<sup>14</sup> International Bar Association, International Insolvency Colloquium, ( Vienna ,4-6 December 2000 ), pp.11-12.

ร่วมมือ หรือ รู้เห็นเป็นใจกับบุคคลภายนอกโยกย้ายทรัพย์สินออกไปจากบริษัทลูกหนึ่ง โดยไม่ยอมใช้มาตรการทางกฎหมายในเรื่องเพิกถอนการโอนนี้ก็ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อบริษัทที่ขอฟื้นฟูนั้นเป็นบริษัทครอบครัว ดังนั้นทางออกที่ดีที่สุด在这个时候ก็คือการให้ศาล คณะกรรมการเจ้าหนี้เข้ามาเป็นบุคคลผู้มีสิทธิในการร้องให้เพิกถอนการโอนที่ฉ้อฉลได้ด้วย

(3). ในระยะสุดท้ายของกระบวนการฟื้นฟูกิจการ ก็คือ เมื่อฟื้นฟูไม่สำเร็จก็ควรให้ลูกหนี้รายนี้เข้าสู่การชำระบัญชี เพื่อรักษามูลค่าสูงสุดของทรัพย์สินที่ยังคงหลงเหลืออยู่เพื่อนำมาแบ่งชำระให้แก่เจ้าหนี้ตามอัตราส่วนที่เจ้าหนี้แต่ละคนของฟิ่งได้รับจากทรัพย์สินของลูกหนี้อย่างเป็นทางการต่อไป โดยผู้เขียนมีความเห็นว่า อัตราส่วนที่เป็นธรรมที่เจ้าหนี้แต่ละคนฟิ่งได้รับนั้นควรมีหลักเกณฑ์ดังนี้

หลักเกณฑ์ประการแรกคือ ให้เจ้าหนี้มีประกันได้รับชำระหนี้ของตนตามมูลค่าทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันในเวลาที่มีการยื่นคำขอให้ฟื้นฟูกิจการพร้อมดอกเบี้ย และ ผลประโยชน์ตามสัญญา ก่อนเจ้าหนี้รายอื่นๆของบริษัท ทั้งนี้เป็นไปตามหลักการในเรื่องของการให้ความคุ้มครองอย่างเพียงพอแก่เจ้าหนี้มีประกันดังที่เราได้กล่าวไว้แล้วในข้างต้น ซึ่งห้ามไม่ให้เจ้าหนี้มีประกันบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินที่ลูกหนี้ให้ไว้เป็นหลักประกัน ถ้าทรัพย์สินดังกล่าวนั้นมีความจำเป็นต่อการฟื้นฟูกิจการและการบังคับชำระหนี้ของเจ้าหนี้มีประกันดังกล่าวส่งผลให้บริษัทลูกหนี้ล้มเหลวหรือขาดสภาพที่จะฟื้นฟูลูกหนี้ทันที แต่หันไปให้ความคุ้มครองที่เพียงพอแก่เจ้าหนี้มีประกันแทนเพื่อให้ทรัพย์สินที่ลูกหนี้ให้ไว้เป็นหลักประกันอยู่กับลูกหนี้ต่อไปในขณะที่เดียวกันก็ทำให้เราสามารถรักษาระบบการให้สินเชื่อทางการค้าของประเทศไว้ได้ต่อไปด้วย

หลักเกณฑ์ประการที่สองคือ หลังจากที่เจ้าหนี้มีประกันได้รับชำระหนี้ของตนแล้ว ผู้วิจัยมีความเห็นว่า เราควรให้เจ้าหนี้เม็ดเงินใหม่เป็นผู้มีสิทธิได้รับส่วนแบ่งจากทรัพย์สินของลูกหนี้ต่อไป เพราะการให้เจ้าหนี้ที่ให้เม็ดเงินใหม่แก่ลูกหนี้ได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษในระดับหนึ่ง จะช่วยกระตุ้นให้เจ้าหนี้รายใหม่กล้าให้เม็ดเงินใหม่แก่ลูกหนี้ และ ทำให้ลูกหนี้มีโอกาสมากขึ้นที่จะฟื้นฟูกิจการของตนได้สำเร็จ

หลักเกณฑ์ประการที่สามคือ เมื่อแบ่งให้เจ้าหนี้มีประกันและเจ้าหนี้เม็ดเงินใหม่ครบถ้วนแล้ว ถ้าทรัพย์สินของลูกหนี้ยังคงเหลืออยู่ก็ให้นำทรัพย์สินดังกล่าวนี้มาแบ่งให้แก่เจ้าหนี้ไม่มีประกันต่อไปในท้ายที่สุด

## 2. หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ส่งเสริมให้เกิดการกำกับดูแลกิจการที่ดีเมื่อบริษัทเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูตามกฎหมายล้มละลายของไทย

ในหัวข้อแรกที่ผ่านมา ผู้เขียนจะเน้นถึงหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ส่งเสริมให้เกิดการกำกับดูแลเมื่อบริษัทเข้าสู่การฟื้นฟูตามกฎหมายล้มละลายของต่างประเทศ โดยหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำกับดูแลที่ดีที่สุดคือการให้เจ้าหนี้มีบทบาทในการเข้ามากำกับดูแลมากขึ้นแต่เนื่องจากเจ้าหนี้มีจำนวนมาก จึงให้เจ้าหนี้ตั้งคณะกรรมการเจ้าหนี้ขึ้นมาในตอนเริ่มต้นของกระบวนการฟื้นฟูโดยประโยชน์ที่ลูกหนี้จะได้รับจากการที่ลูกหนี้ได้จัดตั้งมีคณะกรรมการเจ้าหนี้ขึ้นมาในตอนเริ่มต้นของกระบวนการฟื้นฟูมีหลากหลายประการดังนี้

ประการแรกคือ ทำให้เจ้าหนี้ได้ล่วงรู้สิทธิรัฐข้อมูลที่รวดเร็วและทันเวลาตั้งแต่ต้นจะช่วยให้เจ้าหนี้ในการตัดสินใจได้ว่า เจ้าหนี้ควรยืนอยู่ในจุดใดเมื่อบริษัทลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟู เช่น การให้ตั้งคณะกรรมการเจ้าหนี้ตั้งแต่เริ่มเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูเพื่อให้เจ้าหนี้ของบริษัททราบถึงความเป็นไปได้ของแผนฟื้นฟูตั้งแต่ต้น และ ถ้าแผนฟื้นฟูมีความเป็นไปได้ที่จะทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้มากขึ้น ก็จะทำให้เจ้าหนี้ตัดสินใจได้ง่ายขึ้นว่าเจ้าหนี้ควรยืนอยู่ในจุดใดเมื่อบริษัทลูกหนี้เสนอแผนฟื้นฟูให้ที่ประชุมเจ้าหนี้ลงมติอนุมัติ

ประการที่สอง ช่วยให้ผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้ที่มีอำนาจบริหารต่อไป แต่ไม่ทำให้ผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้เข้าไปมีอำนาจเด็ดขาดจนนำไปสู่ผลร้ายแก่ธุรกิจของลูกหนี้ เช่น ให้คณะกรรมการเจ้าหนี้เข้าไปใช้สิทธิในการร้องให้เพิกถอนการ โอนที่ถือผลได้ด้วยเป็นต้น

ประการที่สาม ให้คณะกรรมการเจ้าหนี้เป็นคนให้ความเห็นแก่ศาลว่า ลูกหนี้รายนี้ควรจะเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูดังแต่ต้นหรือไม่ทั้งนี้เพื่อป้องกันลูกหนี้ที่มีเจตนาทุจริต โดยยื่นขอฟื้นฟูโดยไม่มีเจตนาฟื้นฟูอย่างแท้จริงแต่ยื่นฟื้นฟูเพื่อหวังที่จะได้รับระยะเวลาที่ปลอดจากการฟ้องร้องยึดทรัพย์ของเจ้าหนี้เท่านั้น

ประการที่สี่ ให้คณะกรรมการเจ้าหนี้เป็นผู้กำหนดและประเมินถึงความเหมาะสมในเรื่องของลำดับในการชำระหนี้ อีกทั้งระหว่างเจ้าหนี้มีประกัน และ เจ้าหนี้ที่ให้เม็ดเงินใหม่เพื่อทำให้ทั้งเจ้าหนี้ทุกคนและลูกหนี้ได้ประโยชน์สูงสุดและไม่มีผู้ใดเสียหาย

มาในหัวข้อที่สองนี้ ผู้เขียนได้จัดทำขึ้นโดยมุ่งประสงค์ที่จะให้เห็นถึงภาพรวมทั้งหมดว่า หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ส่งเสริมให้เกิดการกำกับดูแลเมื่อบริษัทเข้าสู่การฟื้นฟูตามกฎหมายล้มละลายของไทยมีหลักเกณฑ์ทั้งหมดเป็นประการใด ทั้งนี้เพื่อใช้เป็นฐานในการ

วิเคราะห์ต่อไปว่า บริษัทจดทะเบียนไทยจำเป็นต้องมีกรรมการตรวจสอบระหว่างฟื้นฟู หรือ ไม่ด้วยในตอนท้ายของบทที่ 2 ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ด้วย

## 2.1. กระบวนการฟื้นฟูของไทยทั้งหมด

เมื่อเราพิจารณาภาพรวมของกระบวนการฟื้นฟูของไทยทั้งหมดแล้วจะเห็นได้ว่า กระบวนการฟื้นฟูของไทยมีวัตถุประสงค์หลักอยู่ที่การรักษาธุรกิจที่มีความสามารถให้ดำเนินการต่อไปได้ โดยไม่ต้องล้มละลายเพียงเพราะลูกหนี้มีปัญหาและขาดสภาพคล่องทางการเงินเท่านั้นและธุรกิจของลูกหนี้ที่ต้องการเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูของไทยจะต้องปฏิบัติดังนี้

ประการแรก ลูกหนี้จะต้องมีหนี้สินค้างชำระต่อเจ้าหนี้คนเดียวหรือหลายคนรวมกันไม่น้อยกว่า 10 ล้านบาทและเป็นนิติบุคคลในรูปบริษัทและนิติบุคคลอื่นตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงเท่านั้น จากนั้นหากศาลมีคำสั่งรับคำร้องขอฟื้นฟูของลูกหนี้ไว้พิจารณาผลที่เกิดขึ้นตามมาก็คือ ลูกหนี้จะได้รับระยะเวลาในการหายใจหรือเกราะคุ้มกันแก่กิจการทันทีซึ่งจะส่งผลให้เจ้าหนี้ไม่มีประกัน และ เจ้าหนี้มีประกันของลูกหนี้ไม่อาจฟ้องร้องลดจนดำเนินการใดๆกับทรัพย์สินของลูกหนี้ได้อีกต่อไป เว้นเสียแต่เจ้าหนี้จะเข้าร่วมในกระบวนการฟื้นฟูไปพร้อมกับลูกหนี้เท่านั้น<sup>15</sup>

ประการที่สอง ถ้าศาลเห็นว่าลูกหนี้มีหนี้สินล้มฟื้นตัวมีเหตุอันสมควรและมีช่องทางที่จะฟื้นฟูได้ ศาลก็มีคำสั่งให้ลูกหนี้ฟื้นฟูพร้อมทั้งตั้งผู้ทำแผนขึ้นและให้อำนาจในการจัดการกิจการของลูกหนี้ภายใต้กรอบทางการค้าปกติจะโอนมาอยู่ในมือของผู้ทำแผน หากผู้ทำแผนไม่ใช่ผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้ย่อมหมายความว่า อำนาจการบริหารกิจการของลูกหนี้ อาจจะต้องโอนไปอยู่ในมือของบุคคลอื่นได้ แม้ผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้ได้รับแต่งตั้งเป็นผู้ทำแผนก็มีผลเหมือนกันตรงที่การบริหารจัดการในขณะนั้นจะเป็นกระบวนการที่อยู่ภายใต้การดูแลของศาล นอกจากนี้เมื่อตั้งผู้ทำแผนขึ้นมาแล้วผู้ทำแผนจะต้องจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการให้แล้วเสร็จภายใน 3 เดือนนับแต่วันโฆษณาคำสั่งตั้งผู้ทำแผนในราชกิจจานุเบกษาโดย

<sup>15</sup> Wisit Wisitsoraat, "Thailand Business Reorganization", *American Bankruptcy Institute Journal*, ( March 1999 ) : 2

กำหนดระยะเวลาดังกล่าว ศาลอาจขยายให้ได้อีกไม่เกิน 2 ครั้งครั้งละไม่เกิน 1 เดือนจึงทำให้เห็นได้ว่าระยะเวลาสูงสุดที่ผู้ทำแผนจะใช้ทำแผนจะมีระยะเวลาทั้งสิ้นไม่เกิน 5 เดือน<sup>16</sup>

ประการที่สาม เมื่อแผนได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหนี้และศาลแล้วให้ศาลตั้งผู้บริหารแผนโดยไม่ชักช้า โดยให้บรรดาสีทธิหน้าที่และอำนาจหน้าที่ของผู้ทำแผนตกแก่ผู้บริหารแผนและให้เจ้าหนี้ตั้งคณะกรรมการเจ้าหนี้ขึ้นมาเพื่อร่วมมือกับศาลในการกำกับดูแลผู้บริหารแผนต่อไป ในกรณีที่เห็นว่าการฟื้นฟูกิจการได้ดำเนินการเป็นผลสำเร็จตามแผนแล้วให้ศาลมีคำสั่งยกเลิกการฟื้นฟูกิจการโดยไม่ชักช้า และให้อำนาจหน้าที่ในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของลูกหนี้กลับไปเป็นของผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้และให้ผู้ถือหุ้นของลูกหนี้กลับมา มีสิทธิตามกฎหมายต่อไป ( มาตรา90/74 )

ส่วนในกรณีที่แผนไม่ได้รับเห็นชอบให้ศาลมีคำสั่งยกเลิกการฟื้นฟูกิจการหรือ คำสั่งยกคำร้องขอได้แทนที่จะให้สิ่งพิทักษ์ทรัพย์ของลูกหนี้ได้ค้ำขาดได้ทันที ซึ่งการแก้ไขนี้ขัดต่อหลักการในเรื่องการฟื้นฟูกิจการอย่างแท้จริงและเป็นปัญหาอย่างมากหากการปรับโครงสร้างทำไม่ได้เนื่องจากกิจการไม่มีโอกาสดำรงอยู่จะทำให้เกิดความเสียหายต่อการรักษามูลค่าสูงสุดของทรัพย์สินที่คงเหลืออยู่

## 2.2. การให้ระยะเวลาแก่ลูกหนี้ในการหายใจ

การให้ระยะเวลาแก่ลูกหนี้ในการหายใจ คือ มาตรการที่ห้ามเจ้าหนี้ใช้สิทธิตามกฎหมายของตนต่อลูกหนี้เป็นการชั่วคราวเป็นผลให้เจ้าหนี้ทุกคนจำเป็นต้องเข้าร่วมในการฟื้นฟูและมีผลให้กระบวนการฟื้นฟูลักษณะเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของทุกคนในคราวเดียว ซึ่งเป็นแนวทางของกฎหมายล้มละลายนั่นเอง เมื่อเราพิจารณาในรายละเอียดของกฎหมายฟื้นฟูของไทย เราจะพบว่า การให้ระยะเวลาในการหายใจแก่ลูกหนี้เป็นมาตรการที่เกิดขึ้นก่อนมาตรการอื่นๆทั้งหมด โดยจะเกิดขึ้นเมื่อศาลมีคำสั่งรับคำร้องขอฟื้นฟูไว้พิจารณา นอกจากนี้ยังเป็นมาตรการที่ส่งผลกระทบต่อเจ้าหนี้อย่างกว้างขวางมากที่สุด โดยกระทบต่อเจ้าหนี้มีประกันด้วย แต่เมื่อมองในมุมของลูกหนี้เราจะพบว่า การให้ระยะเวลาในการหายใจนั้นเราให้แก่

<sup>16</sup> วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ. กฎหมายฟื้นฟูกิจการ. (กรุงเทพมหานคร: กองวิชาการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ, 2543), หน้า 69-70.

ตัวลูกหนี้เท่านั้น ไม่มีผลไปคุ้มครองคดีที่เจ้าหนี้ฟ้องร้องบังคับผู้ค้ำประกันของลูกหนี้ ดังนั้น หากผู้บริหารของลูกหนี้ได้เข้าทำสัญญาค้ำประกันลูกหนี้ไว้ก่อนแล้ว และ ศาลในคดีแพ่งนั้นจะต้องมีคำสั่งให้งดการพิจารณาคดีก็เป็นการงดการพิจารณาคดี ในลักษณะของการจำหน่ายคดีชั่วคราวเฉพาะในส่วนของลูกหนี้แต่ให้ดำเนินการในส่วนของผู้ค้ำประกันต่อไปได้<sup>17</sup>

นอกจากจะมองระยะเวลาในการขายใจในมุมมองเจ้าหนี้และในมุมมองของลูกหนี้แล้ว เมื่อมองในมุมมองของการบริหารจัดการเราจะพบว่าในระหว่างที่ลูกหนี้ได้รับระยะเวลาในการขายใจแต่ก่อนวันที่ศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟู ผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้ตามกฎหมายว่าด้วยการฟื้นฟูของไทยยังคงมีอำนาจในการบริหารจัดการลูกหนี้ต่อไปเพียงแต่จะถูกจำกัดอำนาจลงไปเท่านั้น กล่าวคือ ให้มีอำนาจในการจัดการกิจการของลูกหนี้ได้เฉพาะเท่าที่อยู่ภายใต้กรอบทางการค้าปกติเท่านั้น<sup>18</sup> โดยผู้เขียนมีความเห็นว่าการจำกัดอำนาจหรือไม่ให้มีความเด็ดขาดนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่เข้าไปส่งเสริมให้เกิดการกำกับดูแลที่ตืออย่างหนึ่งเมื่อลูกหนี้ไทยเข้าสู่การฟื้นฟูตามกฎหมายว่าด้วยการล้มละลายของไทยประการหนึ่ง

ส่วนกรณีใดที่จะถือว่าเป็นการดำเนินการค้าภายใต้กรอบทางการค้าปกติได้นั้นผู้เขียนมีความเห็นว่า คงตอบได้ยากเพราะธุรกิจการค้าแต่ละประเภทมีความแตกต่างกัน โดยสภาพแต่ที่นักกฎหมายเห็นไปในแนวทางเดียวกันก็คือ การซื้อสินค้ามาเพื่อเป็นวัตถุดิบให้แก่กิจการ หรือ การจ่ายเงินค่าจ้างพนักงานในการทำงานให้แก่พนักงาน ส่วนการนำทรัพย์สินของกิจการไปเป็นหลักประกันเพิ่มเติมเช่นนำไปจำนอง จำนำ ก็อาจมีข้อโต้แย้งในเรื่องของการให้เปรียบเทียบ แต่ไม่ว่าจะเป็นอย่างไรก็ตาม หากผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้ซึ่งยังคงมีอำนาจบริหารในตัวลูกหนี้อยู่ยังคงไม่แน่ใจแล้วก็อาจร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งอนุญาตได้โดยอาศัยมาตรา 90 / 12 (9) ซึ่งเปิดช่องให้ศาลที่รับคำร้องขอสามารถมีคำสั่งเป็นอย่างอื่นได้<sup>19</sup> ส่วนในเรื่องของระยะเวลาในการขายใจที่ให้กับลูกหนี้หรือที่เรียกสั้น ๆ ว่าเกราะคุ้มกันนั้นจะสิ้นสุดไปเมื่อใด

<sup>17</sup> วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, (กรุงเทพมหานคร: กองวิชาการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ, 2543), หน้า 37 – 38.

<sup>18</sup> Wisit Wisitsoraat, “Thailand Business Reorganization”, American Bankruptcy Institute Journal, ( March 1999 ): 3

<sup>19</sup> วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ, (กรุงเทพมหานคร: กองวิชาการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ, 2543), หน้า 40 – 41.

นั้น ผู้เขียนได้พบว่าระยะเวลาการหายใจให้กับลูกหนี้จะสิ้นสุดเมื่อกระบวนการฟื้นฟูสิ้นสุดลงซึ่งอาจจะเป็นกรณีที่มีการยกคำร้อง ยกเลิกคำสั่งฟื้นฟู จำหน่ายคดีหรือเป็นกรณีที่ศาลมีคำสั่งพิทักษ์ลูกหนี้โดยเด็ดขาด

### 2.3. การเลือกผู้ทำแผนเมื่อศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูลูกหนี้

การเลือกผู้ทำแผนเมื่อศาลมีคำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ เป็นจุดที่น่าสนใจที่สุดในกฎหมายฉบับนี้ โดยกฎหมายฟื้นฟูของไทยได้พยายามที่จะหาจุดสมดุลเพื่อให้ผลประโยชน์ของเจ้าหนี้และผลประโยชน์ของลูกหนี้ไม่ขัดแย้งกันและไปด้วยกันได้ โดยในระบบของสหรัฐอเมริกาเขาใช้หลักผู้บริหารชุดเดิมของบริษัทลูกหนี้ ( Debtor in Possession ) คือลูกหนี้คงอยู่ในฐานะที่จะกุมอำนาจบริหารไว้ต่อไปแล้วให้ผู้บริหารชุดเดิมเป็นผู้เสนอแผน ก็คือ ทำแผนโดยจะไปทำเองหรือไปจ้างใครทำก็แล้วแต่ แล้วเอาแผนดังกล่าวนั้นไปขอความเห็นชอบจากที่ประชุมเจ้าหนี้และศาล ดังนั้นโดยสรุปแล้วระบบสหรัฐเป็นระบบที่เป็นคุณแก่ลูกหนี้<sup>20</sup> และมีข้อดีตรงที่ทำให้ผู้บริหารชุดเดิมลูกหนี้มีโอกาสแก้ตัวอีกครั้งหนึ่งและจงใจให้ผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้รับนำลูกหนี้ที่ตนบริหารงานอยู่เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูเร็วขึ้นก่อนที่ปัญหาหนี้สินที่มีอยู่ของลูกหนี้จะลุกลามใหญ่โต ทั้งนี้เพื่อเพิ่มโอกาสให้แก่ลูกหนี้ในอันที่จะปรับโครงสร้างหนี้ได้สำเร็จมากยิ่งขึ้น

ส่วนในอังกฤษมองว่า ถ้าให้ผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้บริหารต่อไปจะมีปัญหาเพราะว่าบริษัทที่มีปัญหาก็เพราะผู้บริหารชุดเดิม ถ้าผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้ไม่มีปัญหาบริษัทก็คงไม่มีปัญหา เพราะฉะนั้นจึงควรปรับเปลี่ยนแต่ไม่ได้เปลี่ยนหรือโยนข้ามไปที่เจ้าหนี้เพราะว่าถ้าไปที่เจ้าหนี้แล้วจะไม่ดีเพราะว่าเจ้าหนี้ทั้งหลายก็มีหลายฝ่ายไม่ใช่มีคนเดียว เจ้าหนี้แต่ละฝ่ายก็เถียงกัน ไม่จบซึ่งอาจจะก่อให้เกิดปัญหาตามมาได้ว่า จะให้ใครเข้ามาดูแลลูกหนี้ในระหว่างที่ลูกหนี้ยังหาผู้ทำแผนไม่ได้ หรือ ถ้าเจ้าหนี้เห็นพ้องต้องกันได้และเอาคนของเจ้าหนี้เข้ามาก็มีปัญหาต่อไปว่า เจ้าหนี้มันมักจะไม่รู้วิธีบริหารบริษัทลูกหนี้เพราะเจ้าหนี้มักอยู่ภาคการเงินไม่ใช่ภาคการผลิตอย่างลูกหนี้ที่อยู่ ดังนั้นด้วยเหตุผลดังที่กล่าวข้างต้นจึงทำให้ระบบ

<sup>20</sup>จรัญ ภักดีธนากุล, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ : บทบาทของศาลในการฟื้นฟูกิจการ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการกระทรวงยุติธรรม, 2543), หน้า 17.

ของอังกฤษมีแนวคิดที่จะเอาผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้ออกไป แต่ไม่เอาคนของเจ้าหนี้เข้ามา แต่จะเอานักบริหารแผนเข้ามาโดยเรียกบุคคลดังกล่าวนี้ว่า Insolvency Practitioner หรือ พนักงานผู้มีวิชาชีพในการฟื้นฟูกิจการของบริษัท โดยตรงเข้ามาเป็นผู้ทำแผนผู้บริหารแผนในช่วงดำเนินการตามแผนฟื้นฟู ซึ่งการที่กฎหมายฟื้นฟูอังกฤษกำหนดหลักเกณฑ์ในลักษณะดังกล่าวจึงทำให้ระบบของอังกฤษมีข้อดีตรงที่ช่วยส่งเสริมให้ลูกหนี้ได้คนกลางและคนที่มีความรู้ความสามารถที่จะทำงานได้เข้ามาแก้ไขปัญหา แต่มีข้อเสียตรงที่ค่าใช้จ่ายสำหรับมีอาชีพพวกนี้ค่อนข้างแพงและผู้รับภาระก็คือบริษัทลูกหนี้<sup>21</sup> และแม้ว่าผู้บริหารชุดเดิมลูกหนี้จะไม่มีโอกาสแก้ตัวอีกครั้ง ก็ไม่ทำให้บริษัทลูกหนี้เสียโอกาสในการเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูชำระแต่ประการใด ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษมีบทลงโทษที่รุนแรงไว้จัดการกับผู้บริหาร โดยเฉพาะ กล่าวคือถ้าผู้บริหารไม่รับนำลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูทั้งที่รู้ว่าบริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัวและยังฝ่าฝืนไปบริหารจัดการรวมทั้งก่อนหน้าต่อไป ผู้บริหารจะต้องรับผิดชอบส่วนตัวในหนี้สินอันนั้นร่วมกับบริษัทด้วย (Wrongful Trading)<sup>22</sup>

เมื่อมาพิจารณาถึงกฎหมายฟื้นฟูของไทย จะเห็นได้ว่า กฎหมายไทยมีลักษณะพิเศษในเรื่องบุคคลที่จะได้รับเลือกเป็นผู้ทำแผนที่ต่างหากจากกฎหมายของหลาย ๆ ประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษในจุดสำคัญ คือ ผู้ทำแผนอาจเป็นผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้ได้ในขณะที่กลุ่มประเทศเหล่านี้ จะเปิดโอกาสให้เฉพาะบุคคลที่มีความสามารถเฉพาะด้านเข้ามาทำหน้าที่ด้านนี้เท่านั้น แต่กฎหมายไทยในเรื่องผู้ทำแผนนี้ก็ได้ถือตามแนวทางตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาที่จะให้ลูกหนี้มีสิทธิในการทำแผนเป็นหลักแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นเช่นกัน<sup>23</sup> โดยมีเหตุผลสนับสนุนคือ กฎหมายฟื้นฟูไทยค่อนข้างให้เกิดความประนีประนอม และมุ่งเน้นให้เห็นถึงความสำคัญของฝ่ายลูกหนี้ที่จะได้รับโอกาสให้เป็นผู้ทำแผน หากไม่มีพฤติการณ์ทุจริต เพราะหากฝ่ายลูกหนี้เป็นผู้ทำแผนจะมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการน้อย และ น่าจะเป็นฝ่ายที่มีความเข้าใจถึงปัญหาในเชิงธุรกิจของตนเป็นอย่างดี แต่ในขณะที่เดียวกันกฎหมายฟื้นฟูไทยยังได้ตระหนักถึงความจำเป็นที่ต้องมีบุคคลอื่นเข้ามาเป็นผู้ทำแผน เนื่องจากฝ่ายลูกหนี้อาจไม่มี

<sup>21</sup> จรัญ ภักดีธนากุล, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ : บทบาทของศาลในการฟื้นฟูกิจการ. (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการกระทรวงยุติธรรม, 2543), หน้า 18.

<sup>22</sup> Interview George M. Kelakos, Esq. Co- Chair, International Committee of the American Bankruptcy Institute, 16 January 2544

<sup>23</sup> วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ. (กรุงเทพมหานคร: กองวิชาการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ, 2543), หน้า 52 - 53

ความสามารถในการบริหารกิจการต่อไป หรือ อาจมีพฤติกรรมที่เจ้าหน้าที่ส่วนมากไม่ยอมรับ ในท้ายที่สุด หากให้เจ้าหน้าที่ที่ไม่ยอมรับผู้ทำแผนเข้ามาลงมติในพิจารณาแผนฟื้นฟูกิจการก็จะ ทำให้แผนนั้นมีโอกาสรอดน้อยมาก ด้วยเหตุผลดังที่กล่าวข้างต้นจึงเป็นเหตุให้มาตรา 90/17 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติล้มละลายไทยได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกผู้ทำแผนว่า ในกรณีที่ลูกหนี้เสนอผู้ทำแผนให้ผู้ทำแผนที่ลูกหนี้เสนอเป็นผู้ทำแผน เว้นแต่จะมีมติของ เจ้าหนี้ฝ่ายที่มีจำนวนไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนหนี้ทั้งหมดของเจ้าหนี้ซึ่งได้ออกเสียง ลงคะแนนในมตินั้นกำหนดให้บุคคลอื่นเป็นผู้ทำแผน แต่ในกรณีที่ลูกหนี้มิได้เสนอผู้ใดให้ถือ มติของเจ้าหนี้ฝ่ายที่มีจำนวนหนี้ข้างมากซึ่งออกเสียงลงคะแนนในมตินั้นเป็นเกณฑ์กำหนด

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่าในประเด็นเรื่องการเลือกผู้ทำแผนนี้ยังมีข้อโต้แย้ง กันอยู่โดยมีบางท่านได้ให้ความเห็นว่า ระบบฟื้นฟูของไทยเป็นระบบที่เอื้ออำนวยต่อเจ้าหนี้ และเพียงเสียงลูกหนี้โดยผู้ทำแผนก็คือคนของเจ้าหนี้หรือมติสองในสามของเจ้าหนี้ ซึ่งถ้าใช้ กฎหมายฟื้นฟูนี้ต่อไปต่อไปจะนำมาซึ่งปัญหาต่างๆมากมายเช่น

(1). เราควรให้ผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้มีอำนาจบริหารงานต่อไปหรือไม่ เพราะ การที่บริษัทลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว มีสาเหตุใหญ่มาจากค่าของเงินเปลี่ยนแปลงมากกว่าการถือ โกงและการไร้ความสามารถในการบริหารของผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้

(2). ถ้าเจ้าหนี้ที่เข้ามาแทนเป็นคนที่ไม่รู้อะไรเลยในธุรกิจของลูกหนี้ เจ้าหนี้ดังกล่าวอาจทำให้ธุรกิจของลูกหนี้ล่มสลายโดยลูกหนี้ไม่มีโอกาสได้แก้ตัวเลยก็ได้และถ้าลูกหนี้ คิดต่อไปว่าไหนๆบริษัทต้องล้มละลาย ลูกหนี้อาจจะไม่ให้ความร่วมมือกับเจ้าหนี้ในการเข้าสู่อ การบวนการฟื้นฟูเลยก็ได้โดยขอทำเองในช่วงเวลาที่เหลืออยู่ดีกว่า ถ้าบริษัทลูกหนี้ฟื้นฟูไม่ ได้และต้องล้มละลายไปก็ไม่เป็นไร บริษัทล้มละลายด้วยมือของลูกหนี้เองลูกหนี้ก็พอใจ

(3). แม้ว่า กฎหมายฟื้นฟูจะกำหนดให้ผู้บริหารแผนส่งมอบอำนาจบริหารคืนแก่ผู้ บริหารชุดเดิมของลูกหนี้หลังจากฟื้นฟูลูกหนี้สำเร็จแล้วก็ตาม แต่เมื่อเนื้อในของบริษัทลูกหนี้ ถูกเปลี่ยนไปแล้วจากการเพิ่มทุนลดทุนเอาแหล่งเงินใหม่เข้ามาในฐานะผู้ร่วมทุน ดังนั้นแม้ว่า ผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้จะ ได้รับอำนาจกลับคืนมาก็ตามก็ไม่ทำให้เจ้าของเดิมกลับเข้าไปมี อำนาจบริหารใหม่ในบริษัทได้อย่างแท้จริงแต่อย่างใด เพราะ อาจถูกปลดออกได้ในภายหลัง โดยอาศัยเสียงข้างมากจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น ดังนั้นด้วยปัญหาต่างๆดังที่กล่าวมานี้จึงเป็นที่

แน่ใจว่ากฎหมายฟื้นฟูของไทยเป็นระบบที่เอื้ออำนาจต่อเจ้าหน้าที่เพียงเล็งลูกหนี้และส่งผลให้กฎหมายฟื้นฟูของไทยไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร<sup>24</sup>

ประเด็นต่อไปคือ หลังจากที่ได้เลือกผู้ทำแผนขึ้นมาแล้ว กรรมการซึ่งเป็นผู้บริหารชุดเดิมของบริษัทและคณะกรรมการตรวจสอบของบริษัทจะหมดอำนาจและไม่ต้องทำหน้าที่ต่อไปหรือไม่ประการใด

### กรณีศึกษา

บริษัท ก เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูแต่มีข้อโต้แย้งระหว่างผู้บริหารกับผู้ทำแผน โดยผู้ทำแผนและเจ้าหน้าที่มีความเห็นว่า เจ้าหน้าที่เป็นผู้มีประโยชน์ได้เสียในบริษัทแต่ฝ่ายเดียวจนกว่าจะได้รับชำระหนี้ครบถ้วนตามแผน ส่วนทางฝ่ายผู้บริหารเดิมซึ่งประกอบไปด้วยผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของบริษัทเห็นว่าตนเองยังคงมีส่วนได้เสียอยู่ในบริษัท โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในการคัดค้านไม่ให้ผู้ทำแผน และ เจ้าหน้าที่ขายทรัพย์สิน และ กิจการของบริษัทเพื่อมาชำระหนี้แก้ต้นปัญหามีว่า ในกรณีเช่นนี้ผู้ถือหุ้นโดยผู้บริหารชุดเดิมซึ่งประกอบไปด้วยกรรมการและกรรมการตรวจสอบของบริษัทจะมีอำนาจที่จะคัดค้านการขายทรัพย์สิน และ กิจการดังกล่าวของบริษัทหรือไม่

ในกรณีศึกษาข้างต้น มีนักกฎหมายหลายท่านได้เสนอความเห็นต่าง ๆ กัน ดังนี้

### นักกฎหมายฝ่ายแรกเสนอว่า

เมื่อบริษัทเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูตามกฎหมายว่าด้วยล้มละลายของไทยกฎหมายไทยได้กำหนดให้อำนาจหน้าที่ในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของผู้บริหารของลูกหนี้ให้ระงับลงและให้อำนาจจัดการทรัพย์สินภายใต้กรอบการค้าปกติกับผู้ทำแผนจึงเท่ากับว่ากฎหมายต้องการให้ผู้ทำแผนมีอำนาจเบ็ดเสร็จเพื่อจัดทำแผนให้เสร็จสิ้นภายใน 3-5 เดือน และ ไม่ต้องการให้กรรมการบริษัทซึ่งเป็นผู้บริหารของบริษัทในขณะนั้นเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับบริษัทอีกต่อไป ดังนั้น นักกฎหมายฝ่ายแรกจึงให้ความเห็นว่าเมื่อบริษัทลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการ

<sup>24</sup> จรัญ ภักดีธนากุล, กฎหมายฟื้นฟูกิจการ : บทบาทของศาลในการฟื้นฟูกิจการ. (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการกระทรวงยุติธรรม, 2543), หน้า 20

ฟื้นฟูและผู้ทำแผนเป็นคนของเจ้าหนี้ กรรมการบริษัทซึ่งเป็นผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้จะไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปคัดค้านการขายทรัพย์สินและกิจการดังกล่าวของลูกหนี้ต่อไป

เมื่อกรรมการบริษัทซึ่งเป็นผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้ไม่มีหน้าที่บริหารบริษัทอีกต่อไปแล้ว กรรมการตรวจสอบจึงไม่จำเป็นต้องมีอยู่เพื่อเข้าไปแบ่งเบาภาระหน้าที่ที่เป็นของคณะกรรมการบริษัทในเรื่องที่เกี่ยวกับความถูกต้องของตัวเลขที่ปรากฏในรายงานทางการเงินของบริษัทอีกต่อไปด้วยเช่นกัน ดังนั้นจึงเห็นว่ากรรมการตรวจสอบของบริษัทก็ไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปคัดค้านการขายทรัพย์สิน และ กิจการดังกล่าวของลูกหนี้แต่ประการใดด้วยเช่นกัน

### นักกฎหมายฝ่ายที่สองเสนอว่า

กรณีปัญหาดังที่กล่าวมาข้างต้นควรจะดูที่ทฤษฎี และแนวคิดพื้นฐานของกฎหมายฟื้นฟูประกอบทำให้ความเห็นในทางกฎหมายด้วย โดยจะเห็นได้ว่ากฎหมายฟื้นฟุนั้นแท้จริงไม่ได้มีขึ้นเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้เท่านั้น แต่กฎหมายฟื้นฟูมีขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาหนี้สินของลูกหนี้ เพื่อให้ทุกคนที่เกี่ยวข้องกับลูกหนี้ได้รับความเสียหายน้อยที่สุดจากปัญหาหนี้สินที่ลูกหนี้ก่อขึ้น ดังนั้นนักกฎหมายฝ่ายที่สองจึงมีความเห็นว่ากรรมการบริษัทซึ่งเป็นผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้ และ กรรมการตรวจสอบของลูกหนี้จึงยังคงมีอำนาจที่จะเข้าไปคัดค้านการขายทรัพย์สินและกิจการดังกล่าวของลูกหนี้ได้

ส่วนที่อ้างว่ากรรมการซึ่งเป็นผู้บริหารชุดเดิมไม่มีสิทธิเข้ามายุ่งเกี่ยวไม่ว่าในเรื่องใดๆ เพราะอำนาจทุกสิ่งทุกอย่างตกเป็นของผู้ทำแผนแล้วเท่านั้น นักกฎหมายฝ่ายที่สองมองว่าการอ้างหรือให้ความเห็นดังกล่าวเป็นความเห็นที่ไม่ถูกต้อง โดยนักกฎหมายฝ่ายที่สองให้ความเห็นว่ากรณีที่กฎหมายฟื้นฟูกำหนดในมาตรา 90/25 ให้อำนาจหน้าที่ในการจัดการกิจการและทรัพย์สินของผู้บริหารของลูกหนี้ให้ระงับลง และ ให้อำนาจจัดการทรัพย์สินภายใต้กรอบการค้าปกติตกกับผู้ทำแผนนั้น น่าจะหมายความว่าเฉพาะอำนาจบริหารในการจัดการกิจการของผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้ตกกับผู้ทำแผนเท่านั้น ไม่รวมถึงอำนาจตรวจสอบ และคัดค้านในเรื่องที่ผู้ทำแผนทำไม่ถูกต้อง ตลอดจนจะปลดผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้ซึ่งเป็นกรรมการบริษัทออกไปไม่ได้เพราะจะต้องรอรับโอนสิทธิการจัดการธุรกิจ และ ทรัพย์สินกลับคืนมาตามมาตรา 90/74 ดังนั้นด้วยเหตุผลตามที่กล่าวมาในข้างต้น กรรมการบริษัทซึ่งเป็นผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้ยังคงมีอำนาจที่จะเข้าไปคัดค้านการขายทรัพย์สินและกิจการดังกล่าวของลูกหนี้ได้

นอกจากนี้ เมื่อบริษัทอยู่ในสถานะปกติบริษัทยังมีความจำเป็นที่จะต้องมีการตรวจสอบเอาไว้ เมื่อบริษัทประสบปัญหาทางด้านหนี้สินบริษัทก็ยิ่งมีความจำเป็นที่จะต้องมีการตรวจสอบเอาไว้ ดังนั้นนักกฎหมายฝ่ายที่สองจึงให้ความเห็นว่ากรรมการตรวจสอบบริษัทยังคงทำหน้าที่ได้ต่อไป และมีอำนาจที่จะเข้าไปคัดค้านการขายทรัพย์สินและกิจการดังกล่าวของลูกหนี้ได้ด้วย

### ความเห็นของผู้เขียน

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่สอง โดยมีเหตุผลสนับสนุนดังนี้

- (1). ความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่หนึ่ง ไม่มีแนวคิดทฤษฎีเบื้องหลังมาสนับสนุน เป็นเพียงการยกตัวบทกฎหมายขึ้นมาและตีความไปในแนวทางที่ตัวเองต้องการเท่านั้น
- (2). ผู้เขียนเห็นด้วยกับนักกฎหมายฝ่ายที่สองในแง่ที่ว่ากฎหมายพื้นพูนั้นแท้จริงไม่ได้มีขึ้นเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้เท่านั้น แต่กฎหมายพื้นพูนี้ออกมาเพื่อแก้ไขปัญหาหนี้สินของลูกหนี้เพื่อให้ทุกคนที่เกี่ยวข้องกับลูกหนี้ได้รับเสียหายน้อยที่สุดจากปัญหาหนี้สินที่ลูกหนี้ได้ก่อขึ้น
- (3). ความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่หนึ่งไม่มองในแง่ของผลลัพธ์ หรือ ความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการที่เจ้าหนี้เข้าไปมีอำนาจที่เด็ดขาดในธุรกิจลูกหนี้มากจนเกินไป โดยให้ผู้ทำแผนคือคนของเจ้าหนี้หรือมติสองในสามของเจ้าหนี้ ให้คนที่อนุมัติแผนฟื้นฟูก็คือเจ้าหนี้หรือมติเสียงข้างมากของเจ้าหนี้ และให้สิทธิผู้ทำแผนทำตามอำเภอใจโดยตัดสิทธิกรรมการซึ่งเป็นผู้บริหารชุดเดิมของลูกหนี้ และ กรรมการตรวจสอบของบริษัทในการเข้าไปตรวจสอบและคัดค้านในเรื่องที่ผู้ทำแผนทำให้ลูกหนี้เสียหาย
- (4). ความเห็นของนักกฎหมายฝ่ายที่หนึ่งขัดต่อหลักการขั้นพื้นฐานของการกำกับดูแลที่ค่อนข้างแข็งแกร่ง กล่าวคือ ไม่คำนึงถึงการคานอำนาจเพื่อไม่ให้บุคคลใดมีอำนาจเด็ดขาดมากเกินไปเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้มีอำนาจเลือกที่จะเอาผลประโยชน์ของตนเป็นที่ตั้ง และ เอาเปรียบผู้อื่น
- (5). อย่างไรก็ตามในปัจจุบัน ได้มีข้อบังคับของตลาดหลักทรัพย์ออกมาผ่อนผันว่า ในระหว่างที่บริษัทจดทะเบียนได้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟู ตลาดหลักทรัพย์จะยกเว้นในเรื่องของการมีคณะกรรมการตรวจสอบให้ เนื่องจากในระหว่างที่บริษัทเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูลูกหนี้ บริษัทจดทะเบียนไทยได้มีเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เข้ามาทำหน้าที่เป็นเสมือนหนึ่งเป็นคณะ

กรรมการตรวจสอบของบริษัทอยู่แล้ว<sup>25</sup> ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าถ้าบริษัทใดไม่ต้องการให้มีคณะกรรมการตรวจสอบในระหว่างฟื้นฟูก็สามารถทำได้ และ ยังคงดำรงสถานะในการเป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยไว้ได้ต่อไปด้วย<sup>26</sup>

#### 2.4. มติยอมรับแผน

เมื่อบริษัทเข้าสู่การฟื้นฟู กฎหมายฟื้นฟูถือว่าเจ้าหนี้เป็นผู้มีส่วนได้เสียมากที่สุดและมากกว่าผู้ถือหุ้น ดังนั้นกฎหมายฟื้นฟูของไทยจึงกำหนดให้เจ้าหนี้เป็นผู้มีสิทธิแต่ผู้เดียวที่ลงมติอนุมัติแผนฟื้นฟูของลูกหนี้ ซึ่งการอนุมัติดังกล่าวนี้มีทั้งเรื่องๆทั่วไปและเรื่องที่กระทบต่อโครงสร้างการบริหารงานและโครงสร้างทุนของลูกหนี้ในอนาคตด้วย เช่น เรื่องการลดทุนเพิ่มทุนการให้เม็ดเงินใหม่และแปลงหนี้เป็นทุน ในทางปฏิบัติบางครั้งเจ้าหนี้จะไม่ต้องการแปลงหนี้เป็นทุนเพราะหากการฟื้นฟูทำไม่สำเร็จแล้วลูกหนี้ตกเป็นบุคคลล้มละลาย การมีสถานะเป็นเจ้าหนี้ของลูกหนี้อยู่ เจ้าหนี้อย่อมได้รับประโยชน์มากกว่าการมีสถานะเป็นเพียงผู้ถือหุ้น กล่าวคือเจ้าหนี้จะได้รับชำระหนี้คืนในลำดับที่ก่อนผู้ถือหุ้น ดังนั้นเจ้าหนี้จึงนิยมจะแปลงหนี้เป็นหุ้นกู้แปลงสภาพและถ้ากิจการของลูกหนี้มีกำไรใดเจ้าหนี้ก็จะแปลงหนี้เป็นทุนแต่ถ้ากิจการของลูกหนี้กำไรไม่ดีมีแต่ขาดทุน เจ้าหนี้ก็จะคงสถานะความเป็นเจ้าหนี้ไว้ต่อไป

นอกจากนี้ การที่เจ้าหนี้แปลงหนี้เป็นหุ้นกู้แปลงสภาพยังมีข้อดีอื่นๆอีกมากมาย เช่น เป็นการให้โอกาสแก่ลูกหนี้ในการแก้ไขกิจการของลูกหนี้อีกครั้งหนึ่ง หากมีการผิมนัดอีกเจ้าหนี้อาจทำการแปลงหนี้เป็นทุนเพื่อควบคุมการบริหารหรือทำการ Takeover บริษัททันที<sup>27</sup>

ส่วนในเรื่องของการให้เม็ดเงินใหม่นั้น เราพบว่ากฎหมายฟื้นฟูกิจการที่แก้ไขใหม่ได้เปิดโอกาสให้บุคคลที่ให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่ลูกหนี้มีสิทธิที่จะได้รับชำระหนี้คืนจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ และได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้อื่นๆได้ในลำดับเดียวกับค่าใช้จ่ายของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในการจัดการทรัพย์สินของลูกหนี้ ( มาตรา 90/77 วรรค3 )แต่

<sup>25</sup> สัมภาษณ์ ประสิทธิ์ โฉมวิไลกุล , 27 สิงหาคม 2544

<sup>26</sup> ข้อบังคับตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยเรื่องการเพิกถอนหลักทรัพย์จดทะเบียน พ.ศ. 2542  
ข้อ 13

<sup>27</sup> สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, การฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้หรือการประนอมหนี้ กระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้, บริษัท เฟรชฟิลด์ส์ จำกัด, หน้า 24-25 ( เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่ )

อยู่ในลำดับหลังเจ้าหนี้มีประกัน อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาโดยละเอียดจะพบว่าเรื่องของเม็ดเงินใหม่นี้ก็ยังคงเป็นปัญหาอย่างมากในปัจจุบันอยู่ดี เนื่องจากไปกำหนดให้เจ้าหนี้ที่ให้เม็ดเงินใหม่ได้รับสิทธิประโยชน์ที่ซ้ำเกิน ปรากฏคือ จะได้รับสิทธิประโยชน์ต่อเมื่อต่อนำลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูและกำหนดเรื่องเม็ดเงินใหม่ไว้ในแผนเท่านั้น ถ้าให้เม็ดเงินใหม่ก่อนหน้าเจ้าหนี้ที่ให้เม็ดเงินใหม่จะไม่มีสิทธิได้รับชำระหนี้คืนจากกองทรัพย์สินของลูกหนี้ แต่ประการใดซึ่งจะส่งผลกระทบที่จะให้เงินช่วยเหลือก้อนใหม่แก่ลูกหนี้<sup>28</sup> นอกจากนี้ตามที่ผู้วิจัยได้กล่าวไว้ตั้งแต่ต้นแล้วว่า การเพิ่มโอกาสให้แก่ลูกหนี้ในการได้รับเม็ดเงินใหม่ที่ดียิ่งที่สุดก็คือ การลดความเสี่ยงในการลงทุนของเจ้าหนี้ใหม่โดยกำหนดให้เจ้าหนี้ที่เอาเม็ดเงินใหม่เข้ามาไม่มีสิทธิได้รับเงินคืนก่อนเจ้าหนี้รายอื่น ๆ ในกรณีที่ลูกหนี้ฟื้นฟูไม่สำเร็จและเข้าสู่กระบวนการชำระบัญชี ดังนั้นจึงมีข้อพิจารณาต่อไปว่า กฎหมายฟื้นฟูไทยควรที่จะกำหนดให้เจ้าหนี้ที่ให้เม็ดเงินใหม่ได้รับสิทธิประโยชน์ทันทีเมื่อเจ้าหนี้ได้ให้เงินใหม่แก่ลูกหนี้ โดยไม่ต้องรอให้มีการนำลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูไม่ต้องกำหนดเรื่องเม็ดเงินใหม่ไว้ในแผนได้หรือไม่

นอกจากนี้ ยังมีประเด็นที่ต้องพิจารณากันต่อไปอีกหนึ่งประเด็นก็คือ นอกจากจะให้เจ้าหนี้ที่ให้เม็ดเงินใหม่ได้รับสิทธิประโยชน์ทันทีแล้ว ควรหรือไม่ที่จะกำหนดให้เจ้าหนี้ที่ให้เม็ดเงินใหม่มีลำดับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้มีประกัน ทั้งนี้เพื่อลดความเสี่ยงในการลงทุนของเจ้าหนี้ที่ให้เม็ดเงินใหม่แก่ลูกหนี้และจงใจให้เจ้าหนี้กล้านำเม็ดเงินใหม่มาให้แก่ลูกหนี้มากขึ้น<sup>29</sup>

โดยในเรื่องลำดับชำระหนี้ นาย George M. Kelakos ได้ให้ความเห็นว่า โดยเนื้อแท้แล้วเราไม่อาจให้คำตอบที่แน่นอนได้ว่า การที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหนี้ที่ให้เม็ดเงินใหม่มีลำดับการชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้มีประกันจะเป็นประโยชน์แก่กิจการลูกหนี้สูงสุดเพราะมีปัจจัยที่เกี่ยวข้องอีกหลายประการที่เข้ามาเป็นตัวแปรอยู่ ตั้งแต่ระบบการให้สินเชื่อทางการค้าของประเทศ การให้ความคุ้มครองที่เพียงพอแก่เจ้าหนี้มีประกัน การลดความเสี่ยงในการลงทุนของเจ้าหนี้ที่ให้เม็ดเงินใหม่และที่สำคัญที่สุดก็คือ เม็ดเงินใหม่ที่ให้มีจำนวนมากหรือจำนวน

<sup>28</sup> Kitipong Urapeepatanapong , “Bankruptcy Court & Establishing Bankruptcy Court,” Baker & McKenzie , 6 May 1999 , p. 2 ( เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่ )

<sup>29</sup> กิติพงษ์ อรุณพัฒน์พงศ์ , “กฎหมายล้มละลายและศาลล้มละลายใหม่,” A Newsletter of the Baker & McKenzie Corporate & Debt Restructuring Practice Group , เมษายน 2542, หน้า 2 (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่ )

น้อยและเมื่อลูกหนี้ได้รับเม็ดเงินใหม่แล้ว เม็ดเงินใหม่จะเข้าไปเพิ่มโอกาสในการฟื้นฟูให้แก่ลูกหนี้มากขึ้นเพียงใด โดยเหตุที่ให้เหตุผลเช่นนี้ก็เนื่องจากว่าถ้าเม็ดเงินใหม่สามารถเข้าไปช่วยลูกหนี้ให้ฟื้นฟูได้สำเร็จจริง การที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหนี้ที่ให้เม็ดเงินใหม่มีลำดับการชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้มีประกันย่อมก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อเจ้าหนี้ทุกคนรวมทั้งเจ้าหนี้มีประกันด้วย เมื่อเจ้าหนี้มีประกันได้รับชำระหนี้คืนครบถ้วนด้วยก็จะทำให้ปัญหาต่างๆ ที่กล่าวมาข้างต้นก็ไม่ใช่ปัญหาและไม่ต้องนำมาพิจารณาอีกต่อไป และลูกหนี้ก็ได้รับอานิสงค์ไปด้วยคือลูกหนี้มีโอกาสรอดมากขึ้น แต่ถ้าเม็ดเงินที่ให้มามีจำนวนน้อยมากเมื่อเทียบกับภาระทางการเงินที่ลูกหนี้มีอยู่ และไม่มีความแน่นอนว่าจะช่วยลูกหนี้ให้ฟื้นฟูได้ การกำหนดให้เจ้าหนี้เม็ดเงินใหม่มีลำดับการชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้มีประกันย่อมไม่เป็นประโยชน์แต่อย่างใดขึ้นมา แต่เป็นผลร้ายตลอดจนความเสียหายตามมามากมายเท่านั้นเพราะการกำหนดให้เจ้าหนี้เม็ดเงินใหม่มีลำดับการชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้มีประกันดังกล่าวไม่ได้ช่วยให้ลูกหนี้อุด และ ฟื้นฟูได้ และได้เข้าไปทำลายระบบการให้สินเชื่อทางการค้าของประเทศ ทำลายแนวความคิดการให้ความคุ้มครองที่เพียงพอแก่เจ้าหนี้มีประกันและทำให้โอกาสที่เจ้าหนี้ไม่มีประกันจะได้รับชำระหนี้คืนลดน้อยลงไปอีกด้วย ดังนั้นทางออกที่ดีที่สุดขณะนี้คือ ไม่กำหนดลำดับการชำระหนี้ในระหว่างเจ้าหนี้มีประกันและเจ้าหนี้ไม่มีประกันให้แน่นอนตายตัว แต่ให้คณะกรรมการเจ้าหนี้เข้ามามีบทบาทมากขึ้นในการพิจารณาในเรื่องลำดับชำระหนี้นี้แทน โดยให้แต่งตั้งคณะกรรมการเจ้าหนี้ขึ้นมาตั้งแต่เริ่มเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูเพื่อให้คณะกรรมการเจ้าหนี้เข้ามาเป็นผู้พิจารณาว่า ในการฟื้นฟูที่จะเกิดขึ้นในคราวนี้มีโอกาสฟื้นฟูลูกหนี้ได้สำเร็จมากน้อยเพียงใด เมื่อมีเม็ดเงินใหม่เข้ามา และ นำโอกาสที่ลูกหนี้จะฟื้นฟูได้สำเร็จที่คำนวณได้นี้มาใช้ในการประเมินถึงความเหมาะสมในเรื่องของลำดับในการชำระหนี้ อีกทั้ง เพื่อให้ทั้งเจ้าหนี้และลูกหนี้ได้ประโยชน์สูงสุดและไม่มีผู้ใดเสียหาย<sup>30</sup>

ส่วนในเรื่องการลงมติเห็นชอบในแผนฟื้นฟูนั้น เราพบว่าตามกฎหมายฟื้นฟูฉบับที่ได้แก้ไขใหม่ได้กำหนดให้มีการแบ่งเจ้าหนี้ออกเป็นกลุ่ม ๆ เพื่อให้การลงมติยอมรับแผนแสดงถึงความเห็นของเจ้าหนี้แต่ละกลุ่มที่มีผลประโยชน์ต่อกิจการต่างกันและเพื่อให้โอกาสในการยอมรับแผนมีมากขึ้นจึงได้เพิ่มวิธีลงคะแนนแบบใหม่เข้ามา กล่าวคือเพียงแต่มีมติพิเศษจากเจ้าหนี้อย่างน้อย 1 กลุ่ม และเมื่อรวมคะแนนเสียงเห็นชอบจากเจ้าหนี้ทุกกลุ่มแล้วมีจำนวนหนี้สนับสนุนเกินร้อยละ 50 ตลอดจนศาลได้ให้ความเห็นชอบ ( เพราะข้อเสนอในการชำระหนี้

<sup>30</sup> Interview George M. Kelakos, Esq. Co-Chair, International Committee of the American Bankruptcy Institute, 28 March 2544

ไม่ทำให้สิทธิของเจ้าหน้าที่ในกลุ่มเดียวกันได้รับการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมกัน เป็นไปตามลำดับที่กฎหมายกำหนดในเรื่องการแบ่งทรัพย์สินในคดีล้มละลาย และเมื่อดำเนินการตามแผนเสร็จสิ้นลงเจ้าหน้าที่จะได้รับชำระหนี้ไม่น้อยกว่าล้มละลายแล้ว) แผนฟื้นฟูก็ผ่านได้