

บทที่ 3

กรณีศึกษามาตรการทางกฎหมายล้มละลายต่อกลุ่มบริษัทของต่างประเทศ

ในบทนี้จะได้กล่าวถึงข้อพิจารณาและหลักการทางกฎหมายเกี่ยวกับการล้มละลายของกลุ่มบริษัทที่มีปรากฏอยู่ในต่างประเทศ โดยเริ่มพิจารณาจากแนวคิดและหลักการตามกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกาว่ามีหลักเกณฑ์อย่างไรทั้งจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และคำพิพากษาของศาล เหตุที่เป็นประเทศสหรัฐอเมริกานั้นเนื่องจากว่าประเทศสหรัฐอเมริกานับว่ามีการประกอบกิจการในรูปแบบกลุ่มบริษัทมากที่สุดประเทศหนึ่งอันเป็นเหตุผลประการสำคัญที่ทำให้กฎหมายล้มละลายที่จักต้องเข้ามาจัดการกับสถานะหนี้สินของกลุ่มบริษัทของประเทศสหรัฐอเมริกามีพัฒนาการไปมากและมีมาตรการต่างๆ ทั้งบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และโดยคำพิพากษาของศาลที่ค่อนข้างที่จะครอบคลุมในเกือบทุกด้านที่เกี่ยวข้องกับกลุ่มบริษัทด้วย อีกทั้งยังสามารถเข้าถึงข้อมูลได้อย่างไม่ยากเกินสมควรอีกด้วย

เมื่อได้พิจารณากรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ในลำดับต่อไปจะพิจารณาถึงร่างคำแนะนำในเรื่องการล้มละลายของกลุ่มบริษัทของ UNCITRAL ว่ามีแนวคิดและคำแนะนำในเรื่องดังกล่าวประการใด ทั้งนี้ เพื่อเป็นแนวทางสำหรับการพิจารณากฎหมายไทยในการนำมาตราการ (Measures) และสิ่งควบคุมการใช้มาตรการ (Safeguards) มาปรับใช้กับประเทศไทยต่อไป

3.1 แนวคิดและมาตรการทางกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกา

3.1.1 ความเป็นมาและความเบื้องต้นของกฎหมายล้มละลายประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงไปในแต่ละช่วงสมัย เจกเช่นเดียวกับกฎหมายล้มละลายทั่วไปที่มีแนวคิดและวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันออกไปในแต่ละที่แต่ละช่วงเวลา ทั้งนี้ ในช่วงแรกนั้นกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกายังไม่ได้รับความสำคัญมากเท่าปัจจุบัน คงใช้เป็นเพียงมาตรการทางกฎหมายที่เข้ามาช่วยแก้ไขหรือตอบสนองต่อปัญหาทางเศรษฐกิจเพียงชั่วคราวเท่านั้น โดยเดิมทีก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่ง

สหรัฐอเมริกา นั้น ตราสารว่าด้วยการจัดตั้งสหพันธรัฐ (Article of Confederation) ซึ่งเป็นการรวมตัวกันของมลรัฐแรกเริ่มจำนวน 13 มลรัฐ มิได้บัญญัติถึงกฎหมายล้มละลายไว้ให้เป็นประเด็นในระดับสหพันธรัฐ หากแต่ละไว้ให้เป็นอำนาจการพิจารณาของแต่ละมลรัฐเอง ครั้นเมื่อมีการประกาศรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาแล้ว Article 1 Section 8 แห่งรัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจแก่สภาองเกรสประการต่างๆ อันรวมถึงการตรากฎหมายต้นแบบ (Uniform law) และกฎเกณฑ์ต้นแบบ (Uniform rule) ของกฎหมายล้มละลายด้วย ตามอนุมาตรา (Clause) ที่ 4 หากแต่สภาองเกรสมิได้ใช้อำนาจดังกล่าวจนกระทั่งในปีค.ศ. 1800 สภาองเกรสได้ตรากฎหมาย The Bankruptcy Act of 1800 ขึ้น เพื่อแก้ไขวิกฤตเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นในช่วงปีค.ศ. 1792 และ 1797 ซึ่งเกิดจากการที่ประชาชนเข้าเก็งกำไรในอสังหาริมทรัพย์และหุ้นอย่างเกินสมควร โดยมีผลใช้บังคับเฉพาะกับลูกหนี้ที่เป็นพ่อค้าหรือผู้เกี่ยวข้องกับการค้าการพาณิชย์ และใช้บังคับเป็นเพียงมาตรการชั่วคราวเป็นเวลาไม่ถึง 3 ปี ก็ถูกยกเลิกไปในปีค.ศ. 1803 จนเมื่อปีค.ศ. 1842 ได้มีการตราและประกาศใช้ The Bankruptcy Act of 1841 เพื่อแก้ไขสภาพเศรษฐกิจที่ตกต่ำซึ่งเริ่มเกิดขึ้นในปีค.ศ. 1837 โดยมีผลใช้บังคับทั้งกับลูกหนี้ที่เป็นพ่อค้าและลูกหนี้ทั่วไป ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ถือได้ว่าเป็นบทกฎหมายที่มีขึ้นเพื่อช่วยเหลือแก่ลูกหนี้ แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับได้เพียง 18 เดือนเท่านั้นก็ถูกยกเลิกไปในปีค.ศ. 1843

ครั้นเมื่อเกิดวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจอีกครั้งหนึ่งอันเป็นผลมาจากสงครามกลางเมือง (Civil war) จึงได้มีการประกาศใช้กฎหมายล้มละลายในระดับสหพันธรัฐอีกครั้ง คือ The Bankruptcy Act of 1867 โดยเป็นที่มุ่งหวังกันว่าจะให้เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับถาวร มิใช่เป็นเพียงมาตรการทางกฎหมายชั่วคราวเพื่อแก้ไขหรือตอบสนองต่อปัญหาทางเศรษฐกิจในแต่ละครั้งไปดังเช่นกฎหมายล้มละลายฉบับที่ผ่านมาอีก กระนั้นก็ดี กฎหมายฉบับดังกล่าวก็ถูกยกเลิกไปเช่นกัน ภายหลังจากที่ใช้บังคับมาเป็นเวลานานในปีค.ศ. 1878¹

ในปีค.ศ. 1898 กฎหมายล้มละลายได้ถูกตราขึ้นเพื่อใช้บังคับเป็นการถาวรอีกครั้ง คือ The Bankruptcy Act of 1898 ซึ่งรู้จักกันในชื่อ Bankruptcy Act แบ่งออกเป็น 14 หมวด (Chapter) กฎหมายฉบับนี้ได้ถูกแก้ไขครั้งสำคัญในช่วงปีค.ศ. 1934 ในเรื่องการประนอมหนี้ การฟื้นฟูองค์กรธุรกิจ เป็นต้น ต่อมาในปีค.ศ. 1970 ปรากฏการณ์ในเรื่องความล้มเหลวของธุรกิจเริ่มมีมากขึ้น ทำให้กฎหมาย

^{*} เดิมทีบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวบัญญัติว่ากฎหมายฉบับนี้จะใช้บังคับจนถึงปีค.ศ. 1805

¹ Martin A. Frey, Phyllis Hurley Frey, and Sidney K. Swinson, *An introduction to bankruptcy law*, 4th ed. (Thomson Delmar Learning, 2005), pp. 2-3.

ล้มละลายและการประนอมหนี้มีความจำเป็นมากขึ้น² ประกอบกับกฎหมายฉบับนี้ยังมีข้อบกพร่องและล้ำสมัย จึงถูกแทนที่โดยกฎหมายล้มละลายฉบับใหม่ซึ่งถือกันว่าเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์ที่สุดของประเทศสหรัฐอเมริกา คือ The Bankruptcy Reform Act of 1978 ซึ่งรู้จักกันในชื่อ The Bankruptcy code หรือ The code (Public Law 95-598) ปรากฏใน Title 11 แห่งประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (United States Code) และมีผลใช้บังคับใช้ในวันที่ 1 ตุลาคม 1979 โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญ 2 ประการ คือ เพื่อยังให้เกิดการปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมกันต่อเจ้าหนี้ทั้งหลายในการจัดสรรแบ่งปันทรัพย์สินของลูกหนี้ (Fair treatment for creditor) และเพื่อฟื้นฟูลูกหนี้และให้ลูกหนี้ผู้สุจริตหลุดพ้นจากภาระหนี้สินและเริ่มต้นใหม่ (Rehabilitation or fresh start)³ ซึ่งแนวความคิดเรื่องการฟื้นฟูลูกหนี้ถือเป็นหลักการที่สำคัญที่สุดของกฎหมายล้มละลายของสหรัฐอเมริกา เนื่องจากในสถานะที่เศรษฐกิจของประเทศตกต่ำหรือถดถอยจะมีบุคคลผู้ได้รับผลกระทบกระเทือนและมีปัญหาทางการเงินเป็นจำนวนมาก ซึ่งความผิดพลาดเช่นนี้อาจเกิดจากปัจจัยภายนอก เช่น การถูกจำกัดสินเชื่อ เป็นต้น หรือจากปัจจัยภายใน เช่น การผิดพลาดในการทำธุรกิจของลูกหนี้เองอันมิได้เกิดจากการทุจริต สังคมอเมริกาจึงเห็นกันว่า การล้มละลายเป็นเรื่องน่าเห็นใจมากกว่าการประณามหรือลงโทษลูกหนี้ ดังนั้น กฎหมายล้มละลายของสหรัฐอเมริกาจึงมีลักษณะผ่อนปรน และเปิดกว้างสำหรับลูกหนี้ในการเลือกใช้กฎหมายล้มละลายเพื่อจะผ่านพ้นสถานะวิกฤตทางการเงิน อนึ่ง กฎหมายนี้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในปีค.ศ. 1984, 1986, 1994 และ 2005⁴

กฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันก็ได้แก่ Bankruptcy code ดังกล่าวข้างต้น โดยแบ่งออกเป็น 9 หมวด ดังนี้

Chapter 1	บทบัญญัติทั่วไป (General Provision)
Chapter 3	การบริหารจัดการคดี (Case Administration)

² พงศ์เทพ หาญนาคะเจริญ, "การล้มละลายโดยสมัครใจของบุคคลธรรมดา," (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 25.

³ Burton R. Lifland, "Overview of the united states bankruptcy laws," *ตุลพาท* 43 (เมษายน-มิถุนายน 2539): 5.

⁴ The Bankruptcy Amendments and Federal Judgeship Act of 1984, The Bankruptcy Judges, United States Trustees and Family Farmer Bankruptcy Act of 1986, The Bankruptcy Reform Act of 1994 และ The Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005

Chapter 5	เจ้าหนี้ ลูกหนี้ และกองทรัพย์สิน (Creditors, Debtors and the Estate)
Chapter 7	การชำระบัญชี (Liquidation)
Chapter 9	การปรับโครงสร้างหนี้ของหน่วยงานเทศบาล (Adjustment of Debts of a Municipality)
Chapter 11	การฟื้นฟูกิจการ (Reorganization)
Chapter 12	การปรับโครงสร้างหนี้ของครอบครัวชาวนาซึ่งมีรายได้ประจำรายปี (Adjustment of Debts of a Family Farmer with Regular Annual Income)
Chapter 13	การปรับโครงสร้างหนี้ของบุคคลธรรมดาซึ่งมีรายได้ประจำ (Adjustment of Debts of an Individual with Regular Income)
Chapter 15	ทรัสต์ (United States Trustee)

ทั้งนี้ แต่เดิมกฎหมายดังกล่าวแบ่งเป็น 8 หมวด ตามลำดับเลขตั้งแต่ 1 ถึง 15 โดยใช้เฉพาะเลขที่เท่านั้น ส่วนหมวดที่ใช้เลขคู่กันสำรองไว้สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมในภายหลัง โดยบทบัญญัติใน Chapter 1, 3, 5 นั้นจะเป็นบทบัญญัติพื้นฐานซึ่งนำไปปรับใช้กับทุกหมวด (Universal chapters) ส่วนบทบัญญัติใน Chapter 7, 9, 11, 13 นั้นจะเป็นบทบัญญัติที่ใช้บังคับภายในแต่ละหมวดอื่นจะนำไปสู่วิธีการและกระบวนการทางกฎหมายล้มละลายที่แตกต่างกัน (Operative chapters) ส่วน Chapter 15 นั้นได้ถูกยกเลิกและนำไปไว้ใน Title 28 แห่งประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (United States Code)

ช่องทางหลักหรือรูปแบบวิธีการจัดทรัพย์สินหลัก (Form of relief) สำหรับบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลทั่วไปตาม The Bankruptcy code นั้นได้แก่ การชำระบัญชี (Liquidation) ภายใต Chapter 7 และการฟื้นฟูกิจการ (Reorganization) ภายใต Chapter 11 โดยในกรณีของการชำระบัญชี (Liquidation) นั้น เป็นช่องทางหรือวิธีที่ใช้กันในคดีส่วนใหญ่เนื่องมาจากประโยชน์ในการได้รับการปลดหนี้ (Discharge) อันนำไปสู่การเริ่มต้นใหม่ (Fresh start) ของลูกหนี้ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา โดยจะมีการแต่งตั้งทรัสต์ขึ้นเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบควบคุมกิจการ รวบรวมทรัพย์สินและหนี้สินของลูกหนี้ แล้วจึงนำเอาทรัพย์สินซึ่งมิได้รับการยกเว้น (Non-exempt property) ออกขายเพื่อนำไปชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทั้งปวงตามสัดส่วนแห่งหนี้ (Pro rata)⁴ ส่วนกรณีการฟื้นฟูกิจการ (Reorganization) ภายใต Chapter 11

⁴ Burton R. Lifland, "Overview of the united states bankruptcy laws," อุทพาท 43 (เมษายน-มิถุนายน 2539): 11-12.

นั้น จะเป็นกระบวนการที่ใช้สำหรับแก้ไขปัญหาในกรณีที่กิจการประสบปัญหาทางการเงิน โดยพิจารณาถึงความสามารถในการก่อให้เกิดรายได้ในอนาคตของลูกหนี้มิได้พิจารณาที่ทรัพย์สินที่ลูกหนี้อาศัยอยู่เพื่อนำไปชำระหนี้⁵ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการรักษามูลค่าขององค์กรธุรกิจนั้นทั้งหมดเป็นอันหนึ่งอันเดียว แทนที่จะถูกแยกจำหน่ายเป็นส่วนๆ อันจะส่งผลให้มูลค่าของกิจการนั้นลดลง ทั้งนี้ คดีส่วนใหญ่จะยังให้ลูกหนี้มีอำนาจในการบริหารจัดการกิจการของตนอยู่ (Debtor in possession “DIP”) พร้อมกับการใช้สถานะพักบังคับชำระหนี้ (Automatic stay) เพื่อให้มีการนำเสนอแผนฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ และดำเนินการตามแผนฟื้นฟูกิจการอันจะเป็นกรอบในการฟื้นฟูลูกหนี้ต่อไป อนึ่ง การชำระบัญชี (Liquidation) ภายใต้ Chapter 7 และการฟื้นฟูกิจการ (Reorganization) ภายใต้ Chapter 11 นั้น สามารถใช้ได้กับทั้งลูกหนี้ที่เป็นบุคคลธรรมดา ห้างหุ้นส่วน และบริษัท โดยอาจเป็นกรณีการยื่นคำร้องขอโดยสมัครใจของลูกหนี้เอง (Voluntary case) หรือการยื่นคำร้องขอโดยเจ้าหนี้ก็ได้ (Involuntary case)⁶

นอกเหนือจาก Bankruptcy code ซึ่งเป็นกฎหมายที่ประมวลรวมเอากฎหมายล้มละลายในเชิงสารบัญญัติเข้าไว้ด้วยกันแล้ว (Codification of substantive bankruptcy law) ยังมีบทบัญญัติว่าด้วยกฎหมายล้มละลายในเชิงวิธีพิจารณา (Procedural law of bankruptcy) ปรากฏตาม Title 28 แห่งประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (United States Code) โดยมาตรา 2075^{*} ได้ให้อำนาจแก่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาในการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีและแบบฟอร์มต่างๆ ซึ่งศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้กำหนด Federal Rules of Bankruptcy Procedure โดยจะกล่าวถึงเขตอำนาจศาลล้มละลาย โครงสร้างของศาล การแต่งตั้งคณะผู้พิพากษาศาลล้มละลาย และการพิจารณาคดีล้มละลายตามบทบัญญัติใน Title 11 United States Code เป็นต้น ทั้งนี้ Federal Rules of Bankruptcy Procedure นี้แบ่งออกเป็น 10 ส่วน (Part) ดังนี้⁷

⁵ David G. Epstein, *Bankruptcy and related law in a nutshell*, 4th ed. (Ninnesota: West Group, 2002), pp. 127-128.

⁶ Ibid.

^{*} Sec. 2075 (Bankruptcy rules) The Supreme Court shall have the power to prescribe by general rules, the forms of process, writs, pleadings, and motions, and the practice and procedure in cases under title 11.

⁷ Martin A. Frey, Phyllis Hurley Frey, and Sidney K. Swinson, *An introduction to bankruptcy law*, 4th ed. (Thomson Delmar Learning, 2005), pp. 20-21.

- Part I การเริ่มต้นคดีและกระบวนการวิธีพิจารณาเกี่ยวกับคำร้องขอและคำสั่งของศาล (Commencement of Case; Proceedings Relating to Petition and Order for Relief)
- Part II พนักงานเจ้าหน้าที่และการบริหารจัดการคดี การบอกกล่าว การประชุม การตรวจสอบ การแต่งตั้ง ทนายความและสมุหบัญชี (Officers and Administration; Notices; Meetings; Examinations; Elections; Attorneys and Accountants)
- Part III สิทธิเรียกร้อง และการจัดสรรชำระหนี้แก่เจ้าหนี้และผู้มีส่วนได้เสียในส่วนของทุน (Claims and Distribution to Creditors and Equity Interest Holders; Plans)
- Part IV สิทธิและหน้าที่ของลูกหนี้ (The Debtor: Duties and Benefits)
- Part V ศาลและสำนักงานกิจการศาล (Courts and Clerks)
- Part VI การรวบรวมและการชำระบัญชีกองทรัพย์สิน (Collection and Liquidation of the Estate)
- Part VII กระบวนการวิธีพิจารณาการโต้แย้งทางคดีความ (Adversary Proceedings)
- Part VIII การอุทธรณ์คดี (Appeals to District Court or Bankruptcy Appellate Panel)
- Part IX บทบัญญัติทั่วไป (General Provisions)
- Part X ทรัสต์ (United States Trustee)

3.1.2 การเริ่มต้นคดีล้มละลายและคดีฟื้นฟูกิจการของกลุ่มบริษัท

1) ความเป็นมา

การเริ่มต้นคดีในกรณีของกลุ่มบริษัทที่ประสบปัญหาทางการเงินทั้งที่เป็นคดีล้มละลายตาม Chapter 7 หรือคดีฟื้นฟูกิจการตาม Chapter 11^{*} ไม่ว่าจะเริ่มต้นฟ้องคดีโดยตัวบริษัทลูกหนี้เองหรือเจ้าหนี้ก็ตาม เดิมทีเมื่อครั้งยังคงใช้ Bankruptcy Act อยู่ นั้นเคยเกิดมีประเด็นปัญหาขึ้นว่า บริษัทลูกหรือบริษัทย่อยในกลุ่มบริษัทเดียวกันจะสามารถยื่นฟ้องหรือถูกฟ้องเป็นคดีล้มละลายหรือคดีฟื้นฟูกิจการภายใต้คดีและศาลแห่งเดียวกันกับคดีดังกล่าวของบริษัทแม่ได้หรือไม่ ซึ่งแนวคำตัดสินของศาลใน

^{*} การเริ่มต้นคดีโดยความสมัครใจของลูกหนี้เอง (Voluntary petition) ทั้งคดีล้มละลายตาม Chapter 7 และคดีฟื้นฟูกิจการตาม Chapter 11 นั้น ไม่จำเป็นมีภาวะล้มละลายหรือหนี้สินล้นพ้นตัวเป็นเงื่อนไขของการเริ่มต้นหรือฟ้องคดีแต่อย่างใด โปรดดู 11 U.S.C § 109 (b), (d)

ประเด็นดังกล่าวนี้แบ่งแยกออกเป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ ในคดีล้มละลาย (Chapter XI) ศาลในหลายคดีได้วินิจฉัยแนวทางว่าไม่มีบทบัญญัติหรือกฎเกณฑ์ใดที่จะให้อำนาจแก่ศาลหรือคู่ความในการเริ่มต้นหรือฟ้องคดีกลุ่มบริษัทโดยอาศัยคำร้องขอร่วมกันได้ (Single multidebtor petition) คู่ความจะต้องทำคำร้องและเริ่มต้นฟ้องคดีแยกต่างหากจากกัน (Separate filings and separate proceedings) ส่วนในคดีฟื้นฟูกิจการนั้น (Chapter X) ศาลในคดี Re Realty Assocs. Sec. Corp. กลับเห็นว่ากฎหมายได้เปิดช่องให้บริษัทย่อยสามารถยื่นคำร้องเริ่มต้นคดีฟื้นฟูกิจการในคดีเดียวกันกับคดีบริษัทแม่ได้ โดยอาศัยบทบัญญัติมาตรา 129 ของ Bankruptcy Act ที่แม้จะมีได้เปิดช่องให้สามารถกระทำได้อย่างชัดเจน แต่ก็สามารถแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของสภาองเกรสที่ประสงค์ให้บริษัทแม่และบริษัทย่อยสามารถยื่นคำร้องเริ่มต้นคดีในคดีเดียวกันได้^๕

ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายล้มละลายหรือ The Bankruptcy code กฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ยังมีได้ไปไกลขนาดที่จะเปิดช่องทางการยื่นคำร้องหรือคำฟ้องคดีร่วมกัน (Joint petition หรือ Joint application) สำหรับกรณีของกลุ่มบริษัท^๖ คงมีเพียงบทบัญญัติที่เปิดช่องให้กลุ่มบริษัทสามารถเริ่มต้นคดีหรือถูกฟ้องเป็นคดีล้มละลายหรือฟื้นฟูกิจการในศาลเดียวกันได้อย่างสะดวกและไม่ต้องมีการโอนคดีระหว่างศาลกันเท่านั้น

2) บทบัญญัติแห่งกฎหมายและการปรับใช้

มาตรา 1408 (2) ใน Title 28 แห่งประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (United States Code) เปิดช่องให้บุคคลหรือบริษัทในเครือไม่ว่าจะมีจำนวนเท่าใด (Affiliate) สามารถเริ่มต้นหรือถูกฟ้องเป็นคดีล้มละลายและคดีฟื้นฟูกิจการในศาลที่ได้มีการฟ้องคดีล้มละลายหรือคดีฟื้นฟูกิจการบริษัทในเครือบริษัทหนึ่งบริษัทใดไว้ต่อศาลนั้นแล้ว โดยมีพิกัดต้องพิจารณาถึงเงื่อนไขเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลตามมาตรา 1408(1) ว่าศาลมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีที่บริษัทย่อยหรือบริษัทในเครือที่ประสงค์จะเริ่มต้นคดีหรือจะถูกฟ้องคดีดังกล่าวนี้ด้วยหรือไม่ トラบเท่าที่บริษัทในเครือบริษัทหนึ่งบริษัทใดมี

^๕ Phillip I. Blumberg, *The law of corporate groups: Problems in the bankruptcy or reorganization of parent and subsidiary corporations, including the law of corporate guaranties* (Boston: Little, Brown and Company, 1990), pp. 502-504.

^๖ กฎหมายล้มละลายของประเทศไทยอนุญาตให้มีการยื่นคำร้องหรือคำฟ้องคดีร่วมเฉพาะแต่กรณีของคู่สามีภรรยาเพียงกรณีเดียวเท่านั้น โปรดดู 11 U.S.C §302 (a)

เงื่อนไขดังกล่าวครบถ้วน⁹ กล่าวคือ ศาลล้มละลายซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของศาล District court ที่จะมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีล้มละลายและฟื้นฟูกิจการนั้นจะต้องเป็นศาลที่ลูกหนี้มีภูมิลำเนา ถิ่นที่อยู่หลักแหล่งที่ทำกิจการอันสำคัญ หรือสถานที่ที่ทรัพย์สินสำคัญในตั้งอยู่ในเขตศาล เป็นเวลาไม่น้อยกว่า 180 วันซึ่งต้องมากกว่าระยะเวลาที่นับในเขตศาลแห่งอื่น¹⁰

การพิจารณามุคคละหรือบริษัทในเครือ (Affiliate) นั้นจะต้องพิจารณาจากมาตรา 101 (2) (B) ของประมวลกฎหมายล้มละลายใน Title 11 แห่งประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (United States Code)¹¹ ซึ่งได้กำหนดนิยามมุคคละหรือบริษัทในเครือไว้ 4 กรณี ดังนี้

1. บุคคล (Entity) ผู้ถือครองหรือควบคุมหรือเป็นเจ้าของหลักทรัพย์อันมีสิทธิในการออกเสียงลงคะแนน (Voting securities) ตั้งแต่ร้อยละ 20 ขึ้นไปของลูกหนี้ แต่ไม่รวมถึงบุคคลซึ่งถือครองหลักทรัพย์ดังกล่าว
 - 1.1. ตามอำนาจของผู้ได้รับมอบหมายอำนาจในการจัดการทรัพย์สิน (Fiduciary) หรือตัวแทน (Agency) โดยมีได้มีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการออกเสียงลงคะแนน
 - 1.2. เพื่อเป็นประกันแห่งหนี้โดยมิได้ใช้สิทธิในการออกเสียง
2. บริษัทที่หลักทรัพย์อันมีสิทธิในการออกเสียงลงคะแนน (Voting securities) ตั้งแต่ร้อยละ 20 ขึ้นไป ถูกถือครองหรือควบคุมหรือเป็นเจ้าของโดยลูกหนี้ หรือ โดยบุคคลซึ่งเป็นเจ้าของหรือถือครองหรือมีอำนาจควบคุมในหลักทรัพย์อันมีสิทธิในการออกเสียงลงคะแนน (Voting securities) ตั้งแต่ร้อยละ 20 ขึ้นไปของลูกหนี้ ทั้งนี้ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม แต่ไม่รวมถึงบุคคลซึ่งถือครองหลักทรัพย์ดังกล่าว
 - 2.1. ตามอำนาจของผู้ได้รับมอบหมายอำนาจในการจัดการทรัพย์สิน (Fiduciary) หรือตัวแทน (Agency) โดยมีได้มีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการออกเสียงลงคะแนน
 - 2.2. เพื่อเป็นประกันแห่งหนี้โดยมิได้ใช้สิทธิในการออกเสียง
3. บุคคลธรรมดาซึ่งกิจการของบุคคลนั้นลูกหนี้เป็นผู้ดำเนินกิจการ ภายใต้สัญญาเช่า (Lease agreement) หรือสัญญาดำเนินกิจการ (Operating agreement) รวมถึงบุคคลธรรมดาซึ่ง

⁹ 28 U.S.C § 1408 (2)

¹⁰ 28 U.S.C § 1408(1)

¹¹ 28 U.S.C. § 101(2)(B)

ทรัพย์สินสำคัญของบุคคลนั้นถูกนำไปใช้ประโยชน์หรือดำเนินกิจการ โดยลูกหนี้ภายใต้สัญญา
ดำเนินกิจการ

4. บุคคลซึ่งเป็นผู้ดำเนินกิจการหรือทรัพย์สินสำคัญของลูกหนี้ ภายใต้สัญญาเช่า (Lease agreement) หรือสัญญาดำเนินกิจการ (Operating agreement)

ทั้งนี้ การเปิดช่องดังกล่าวตามมาตรา 1408(2) นั้นเป็นไปเพื่อจะนำไปสู่มาตรการทางกฎหมาย
ประการต่างๆ จากการมีคดีหลายคดีในภายใต้การพิจารณาในศาลเดียวกัน เช่น การบริหารจัดการคดี
ร่วมกัน (Joint administration) การรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท (Substantive
consolidation) รวมไปถึงการฟื้นฟูกิจการโดยอาศัยแผนฟื้นฟูกิจการเดียวกัน เป็นต้น¹² ซึ่งหากมีการ
เริ่มต้นหรือฟ้องคดีต่างศาลกันย่อมไม่อาจจะใช้มาตรการดังกล่าวได้ เว้นแต่จะมีการโอนคดีไปยังศาล
เดียวกันเสียก่อนในขั้นแรก¹³

มีกรณีกลุ่มบริษัทต่างๆ หลายคดีที่มีการเริ่มต้นคดีล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ โดยอาศัย
บทบัญญัติมาตรา 1408 (2) โดยประโยชน์ในประการต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อยื่นคำร้องขอต่อศาล
เพื่อให้คดีทั้งหลายของกลุ่มบริษัทที่มียื่นฟ้องคดีในศาลเดียวกันนั้นได้รับการบริหารจัดการคดีร่วมกัน
(Jointly administered) เช่น คดีของ Enron Corp. อันโด่งดัง ซึ่งมีการยื่นฟ้องคดีขอฟื้นฟูกิจการภายใต้
Chapter 11 เมื่อวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 2001 ต่อศาลล้มละลายในมลรัฐนิวยอร์ก (Southern District of
New York) พร้อมกับกับบริษัทในเครือรวมแล้ว 14 คดี โดยได้ยื่นคำร้องขอให้บริหารจัดการคดีร่วมกัน
ต่อศาลพร้อมกับคำร้องขอฟื้นฟูกิจการด้วย นอกจากนี้ ยังคงมีการยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการของบริษัท
ในเครืออื่นๆ ต่อศาลแห่งเดียวกันอีกในปี.ศ. 2002 เป็นต้นว่า Enron Wind Systems, Inc. ทั้งนี้ เพื่อ
ขอให้มีการบริหารจัดการคดีร่วมกันกับคดีทั้งหลายที่ยังคงอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลดังกล่าว
ไปพร้อมกันทั้งหมด นอกจากนี้ ยังมีคดีของ WorldCom Inc. ซึ่งจัดว่าเป็นกรณีการล้มละลายของกลุ่ม

¹² Jacob S. Ziegel, "Corporate groups and crossborder insolvencies: A Canada-united states perspective,"
Fordham Journal of Corporate and Financial Law 7 (2001): 376-393.

¹³ Phillip I. Blumberg, *The law of corporate groups: Problems in the bankruptcy or reorganization of
parent and subsidiary corporations, including the law of corporate guaranties* (Boston: Little, Brown and Company,
1990), p. 508.

* โปรดดู คำร้องขอฟื้นฟูกิจการภายใต้ Chapter 11 ของ Enron Corp. ที่ภาคผนวก

บริษัทที่ใหญ่ที่สุดเท่าที่เคยมีมา¹⁴ และโด่งดังไม่แพ้กันเมื่อ 21 กรกฎาคม ค.ศ. 2002 ที่มีการยื่นฟ้องคดีขอฟื้นฟูกิจการภายใต้ Chapter 11 ต่อศาลแห่งเดียวกันนี้ พร้อมกันกับบริษัทในเครือเป็นจำนวนถึงกว่า 179 คดี โดยได้ยื่นคำร้องขอให้บริหารจัดการคดีร่วมกันด้วยเช่นเดียวกัน

3.1.3 การบริหารจัดการคดีร่วมกัน (Joint administration)

1) ความหมาย

การบริหารจัดการคดีร่วมกัน (Joint administration) หรือการรวมคดีในเชิงวิธีพิจารณา (Procedural consolidation) นั้น เป็นมาตรการทางกฎหมายที่เป็นการบริหารจัดการคดีทั้งหลายทั้งที่เป็นคดีล้มละลายและคดีฟื้นฟูกิจการของบริษัทในกลุ่มบริษัทร่วมกัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่ออนุญาตให้มีการยื่นคำร้องหรือเอกสารต่างๆ ของแต่ละบริษัทในกลุ่มร่วมกัน ลดความซ้ำซ้อนทางขั้นตอนและทางเอกสารในการดำเนินคดีดังกล่าวของกลุ่มบริษัท เพื่อก่อให้เกิดความสะดวกรวดเร็วในการดำเนินคดี พร้อมกับช่วยลดค่าใช้จ่ายและต้นทุนในการดำเนินคดีมิให้เป็นภาระแก่กองทรัพย์สินหรือเป็นอุปสรรคแก่การฟื้นฟูกิจการมากเกินไป¹⁵ ทั้งนี้ ผลของมาตรการดังกล่าวนี้เป็นเพียงการรวมการพิจารณาคดีเอกสารและการดำเนินการต่างๆ เข้าไว้ด้วยกันเป็นคดีเดียวกัน (Single proceeding) ซึ่งมีผลเฉพาะด้านวิธีพิจารณาความเท่านั้น ไม่มีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ และความรับผิดชอบทางสารบัญญัติของทั้งตัวลูกหนี้และเจ้าหนี้¹⁶ มาตรการทางกฎหมายดังกล่าวนี้เป็นมาตรการที่ถูกนำมาใช้กับคดีล้มละลายและคดีฟื้นฟูกิจการของกลุ่มบริษัทอย่างแพร่หลายและได้รับการยอมรับกันว่าแทบจะเป็นสิ่งจำเป็น (*de rigueur*) สำหรับคดีดังกล่าวของกลุ่มบริษัทเลยทีเดียว¹⁷

¹⁴ Alison McCourt, "A comparative study of the doctrine of corporate groups with special emphasis on insolvency," Paper presented at 2007 Oxford Business & Economics Conference Program, Oxford University, United Kingdom, 24-26 June 2007, p. 18.

¹⁵ Westlaw's editorial Staff, "West bankruptcy desk guide," Westlaw, 2007. (Online), p. §1:114

¹⁶ Phillip I. Blumberg, The law of corporate groups: Problems in the bankruptcy or reorganization of parent and subsidiary corporations, including the law of corporate guaranties (Boston: Little, Brown and Company, 1990), p. 401.

¹⁷ Jacob S. Ziegel, "Corporate groups and crossborder insolvencies: A canada-united states perspective," Fordham Journal of Corporate and Financial Law 7 (2001): 376-393.

2) บทบัญญัติแห่งกฎหมายและการปรับใช้

เมื่อครั้งที่ยังใช้บังคับ Bankruptcy Act อยู่นั้น The Bankruptcy Rules ข้อ 117 (b) (4) และ 10-115 ก็ได้มีการให้อำนาจแก่ศาลในการพิจารณาและมีคำสั่งให้บริหารจัดการร่วมกัน (Joint administration) ซึ่งคดีล้มละลายหรือฟื้นฟูกิจการของบริษัทย่อย (Affiliate) มาก่อนแล้ว และเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายล้มละลายแล้ว Federal Rules of Bankruptcy Procedure ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 2075 ตาม Title 28 แห่งประมวลกฎหมายของสหรัฐอเมริกา (United States Code) ก็ได้รับเอามาตรการทางกฎหมายในการบริหารจัดการคดีร่วมกันดังกล่าวนี้มาใช้บังคับด้วยเช่นกัน โดยกำหนดไว้ในข้อ 1015 ว่าด้วยการรวมคดีหรือการบริหารจัดการคดีร่วมกันสำหรับคดีที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาในศาลเดียวกัน (Consolidation or Joint Administration of Cases Pending in Same Court) กล่าวคือ ข้อ 1015 (b) ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่าเมื่อมีเงื่อนไขดังต่อไปนี้

1. เมื่อมีคดีโดยคำร้องขอร่วมกัน (Joint petition) หรือโดยคำร้องขอตั้งแต่ 2 คำร้องขึ้นไปอยู่ภายใต้การพิจารณาของศาลแห่งเดียวกัน
2. ไม่ว่าจะเป็คดีที่ถูกหน้เริ่มต้นคดีเอง (Voluntary case) หรือเจ้าหนี้เป็นผู้ฟ้องร้องลูกหนี้ (Involuntary case)
3. ลูกหนี้ในคดีดังกล่าวเป็นสามีกับภรรยา หรือห้างหุ้นส่วนกับหุ้นส่วนทั่วไป (General partner) ตั้งแต่ 1 คนขึ้นไป หรือหุ้นส่วนทั่วไปตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป หรือลูกหนี้กับบุคคลหรือบริษัทในเครือ (Affiliate)

ศาลอาจมีคำสั่งให้บริหารจัดการคดีเหล่านี้ร่วมกัน (Joint administration order) ได้ และในการที่ศาลจะฟังมีคำสั่งดังกล่าว ศาลต้องให้ความสำคัญแก่การคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าหนี้ทั้งหลายในแต่ละคดีของลูกหนี้ และพิจารณาถึงความขัดแย้งทางผลประโยชน์อันอาจเกิดขึ้นจากคำสั่งดังกล่าว¹⁸ ทั้งนี้ข้อกำหนดดังกล่าวนี้ใช้บังคับทั้งกรณีที่เป็นคดีประเภทเดียวกันที่อาศัยบทบัญญัติเดียวกันในการเริ่มต้นคดี และกรณีที่เป็นคดีต่างประเภทต่างบทบัญญัติกัน

¹⁸ Fed. R. Bankr. P. 1015 (b)

ผลของคำสั่งให้บริหารจัดการคดีร่วมกันดังกล่าวนี้จะมีผลให้การดำเนินการในขั้นตอนต่างๆ ของคดีเป็นไปในลักษณะร่วมกัน เพื่อลดขั้นตอนที่ซ้ำซ้อนกัน เพิ่มความรวดเร็วในการดำเนินการ และช่วยลดค่าใช้จ่ายอันเกิดขึ้นจากขั้นตอนที่ซ้ำซ้อนกัน ผลที่สำคัญประการหนึ่ง คือ การแต่งตั้งทรัสต์เพียงรายเดี่ยวแก่คดี (Single trustee) ตาม Federal Rules of Bankruptcy Procedure ข้อที่ 2009 ว่าด้วยทรัสต์ของกองทรัพย์สินเมื่อศาลมีคำสั่งให้บริหารจัดการคดีร่วมกัน (Trustees for Estates When Joint Administration Ordered) กล่าวคือ

1. หากศาลมีคำสั่งให้บริหารจัดการคดีร่วมกันตาม ข้อ 1015 (b) เจ้าหนี้ทั้งหลายสามารถลงคะแนนเพื่อแต่งตั้งทรัสต์แต่เพียงรายเดี่ยว (Single trustee) ในการบริหารจัดการคดีและกองทรัพย์สิน¹⁹
2. อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะกรณีใดที่มีคำสั่งให้บริหารจัดการคดีร่วมกันตาม ข้อ 1015 (b) หรือไม่ เจ้าหนี้ทั้งหลายย่อมมีสิทธิที่จะลงคะแนนเพื่อแต่งตั้งทรัสต์แยกต่างหากจากกัน (Separate trustee) ในลูกหนี้หรือกองทรัพย์สินแต่ละรายได้เสมอ²⁰
3. แม้จะมีคำสั่งให้บริหารจัดการคดีร่วมกัน ทรัสต์ยังคงมีหน้าที่ในการเก็บรักษาสมุดบัญชีเกี่ยวกับทรัพย์สินและการแบ่งสรรทรัพย์สินของลูกหนี้และกองทรัพย์สินแต่ละราย²¹
4. หากกรณีปรากฏว่าการแต่งตั้งทรัสต์แต่เพียงรายเดี่ยวอาจก่อให้เกิดการขัดแย้งทางผลประโยชน์อันทำให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม ศาลจะต้องมีคำสั่งให้มีการลงคะแนนและแต่งตั้งทรัสต์แยกต่างหากจากกัน แม้จะยังคงมีคำสั่งให้บริหารจัดการคดีร่วมกันก็ตาม²²
5. ข้อกำหนดดังกล่าวตามข้อที่ 2009 นี้ใช้บังคับแก่คดีตาม Chapter 7, 11, 12, และ 13²³ ยกเว้นคดีตาม Subchapter V of Chapter 7 แห่งประมวลกฎหมายล้มละลาย*

¹⁹ Fed. R. Bankr. P. 2009 (a)

²⁰ Fed. R. Bankr. P. 2009 (b)

²¹ Fed. R. Bankr. P. 2009 (e)

²² Fed. R. Bankr. P. 2009 (d)

²³ Fed. R. Bankr. P. 2009 (c)

* เป็นคดีเกี่ยวกับการชำระบัญชีของสำนักหักบัญชี (Clearing bank liquidation) ซึ่งมีประมวลกฎหมายล้มละลาย มาตรา 782 (Selection of trustee) กำหนดเกี่ยวกับการแต่งตั้งทรัสต์ไว้เป็นการเฉพาะอยู่แล้ว

นอกจากผลเกี่ยวกับการแต่งตั้งทรัสต์เพียงรายเดียวแก่คดี (Single trustee) ดังกล่าวแล้ว คำสั่งให้บริหารจัดการคดีร่วมกันยังมีผลในเชิงกระบวนการพิจารณาคดีประการอื่นๆ อีก กล่าวคือ²⁴

1. การใช้รายงานการพิจารณาคดีเดียวกัน การเก็บรวบรวมรายชื่อเจ้าหนี้และคำขอรับชำระหนี้ และเอกสารหลักฐานต่างๆ ไว้ในสำนวนคดีเดียวกัน (Single docket) โดยจะจัดเก็บไว้ในสำนวนของคดีหลัก (Lead case)
2. การรวมการแจ้งหรือรายงานต่างๆ (Combined notice and service) ให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายเข้าด้วยกัน
3. การบริหารจัดการหรือดำเนินการในประการอื่นๆ ร่วมกัน (Joint handling) เช่น การจัดประชุมเจ้าหนี้ทั้งหลายของลูกหนี้และกองทรัพย์สินแต่ละรายร่วมกัน เป็นต้น
4. การเสนอและใช้ซึ่งแผนฟื้นฟูกิจการร่วมกัน (Joint plan of reorganization) ทั้งนี้ ไม่ว่าแผนฟื้นฟูกิจการจะเสนอให้ใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทหรือไม่ก็ตาม

อย่างไรก็ดี การดำเนินการต่างๆ เหล่านี้ภายใต้คำสั่งให้บริหารจัดการคดีร่วมกันจะต้องไม่กระทบต่อสิทธิและความรับผิดชอบในทางสารบัญญัติ และคำขอรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ในลูกหนี้หรือกองทรัพย์สินแต่ละราย

ในการยื่นคำร้องต่อศาลนั้น คู่ความทุกฝ่ายในคดีล้มละลายหรือคดีฟื้นฟูกิจการสามารถยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้บริหารจัดการคดีร่วมกันได้ (Motion for joint administration of cases)* ซึ่งแม้ว่ากฎหมายจะมีได้กำหนดรายละเอียดและหลักเกณฑ์ของคำร้องขอและการพิจารณาของศาลไว้อย่างชัดเจน แต่ทางปฏิบัตินั้นคู่ความผู้ยื่นคำร้องและศาลจะพิจารณาถึงลักษณะการดำเนินกิจการและระดับความสัมพันธ์ของลูกหนี้ทุกราย ประโยชน์ที่จะได้รับจากคำสั่งให้บริหารจัดการคดีร่วมกันทั้งการลดต้นทุนค่าใช้จ่าย การประหยัดเวลา และการลดขั้นตอนซ้ำซ้อน และผลกระทบต่อเจ้าหนี้ทั้งหลายรวมทั้งการขัดแย้งทางผลประโยชน์อันอาจเกิดขึ้น เมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นสมควรก็จะมีคำสั่งให้บริหารจัดการคดีร่วมกัน (Order directing joint administration)** และในการดำเนินคดีล้มละลายและคดีฟื้นฟู

²⁴ United States Bankruptcy Court Southern District of California, "Guidelines for the substantive consolidation or joint administration of related debtor entities," California, 1996. (Online)

* โปรดดูตัวอย่างคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้บริหารจัดการคดีร่วมกันของ Enron Corp. ที่ภาคผนวก

** โปรดดูตัวอย่างคำสั่งให้บริหารจัดการคดีร่วมกันของ Enron Corp. ที่ภาคผนวก

กิจการของกลุ่มบริษัทหรือบริษัทในเครือทั้งขนาดเล็กและขนาดใหญ่มักจะมีการร้องขอให้ศาลมีคำสั่งดังกล่าวอยู่ด้วยเสมอจนเป็นปกติ

3.1.4 การด้อยสิทธิโดยอำนาจศาล (Equitable subordination)

1) ความหมายและความเป็นมา

มาตรการด้อยสิทธิโดยอำนาจศาล (Equitable subordination) นั้นเป็นอำนาจของศาลในการจัดสรรลำดับการชำระหนี้โดยด้อยสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้รายใดรายหนึ่งไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนให้อยู่ในลำดับการชำระหนี้ที่ต่ำกว่าเจ้าหนี้อื่น ทั้งนี้ มักมีสาเหตุสืบเนื่องมาจากเจ้าหนี้รายดังกล่าวกระทำการอันไม่ชอบธรรม (Inequitable conduct) และการกระทำนี้ส่งผลให้เกิดความไม่เป็นธรรม ความไม่เท่าเทียม หรือความเสียหายแก่เจ้าหนี้ทั้งหลายอันเป็นการขัดต่อแนวคิดและหลักการสำคัญของกฎหมายล้มละลาย มาตรการดังกล่าวนี้จึงมีขึ้นเพื่อลบล้างความไม่เป็นธรรมดังกล่าว โดยการด้อยสิทธิของเจ้าหนี้ผู้กระทำการอันไม่ชอบธรรมให้ต่ำกว่าเจ้าหนี้รายอื่น ซึ่งมักมีผลเป็นตัดมิให้เจ้าหนี้รายนี้ได้รับชำระหนี้ไปโดยปริยาย²⁵ เปรียบเสมือนเป็นเกราะแห่งความยุติธรรม (Equitable defense) มิให้มีการเรียกร้องสิทธิอันเกิดจากการกระทำอันมิชอบ²⁶

มาตรการด้อยสิทธิในคดีตามกฎหมายล้มละลายนั้นมิได้เกิดขึ้นจากผลของคดี Taylor v. Standard Gas & Electric Co.²⁷ หรือที่รู้จักกันในชื่อคดี Deep rock ในปีค.ศ. 1939 ดังที่หลายท่านเข้าใจ หากแต่มาตรการนี้มีการปรับใช้กันมาก่อนหน้านั้นเป็นเวลาหลายสิบปีแล้ว เพียงแต่มักจะเป็นลักษณะของการพิจารณาสิทธิเรียกร้องเพื่ออนุญาตหรือไม่อนุญาตให้รับชำระหนี้ตามกฎหมายล้มละลาย (Allowance of claims) มากกว่า และคดีส่วนใหญ่มักจะเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับบริษัทผู้ถือหุ้นน้อยราย

²⁵ Scott A. Bomhof and Natasha De Cicco, "Equitable subordination in canadian insolvency law." Paper presented at The Law Society of Upper Canada Conference, Canada, 2 April 2003, p. 13.

²⁶ Andrew DeNatale and Prudence B. Abram, "Doctrine of equitable subordination as applied to nonmanagement creditors," *The Business Lawyer (American Bar Association)* 40 (1984): 417.

²⁷ 306 U.S. 307 (1939)

(Close corporation) และตัวผู้ถือหุ้นเองมากกว่าที่จะเป็นกรณีของกลุ่มบริษัทหรือบริษัทในเครือ²⁸ โดยคดีแรกที่มีการปรับใช้มาตรการณ์ในคดีล้มละลายก็คือ คดี Re Watertown Paper Co.²⁹ ซึ่งเกี่ยวข้องกับบริษัทสองแห่งที่มีผู้ถือหุ้นรายใหญ่เป็นคนเดียวกัน เมื่อบริษัทแห่งหนึ่งล้มละลาย บริษัทอีกแห่งหนึ่งจึงยื่นคำขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลายของบริษัทแรก โดยศาลในคดีดังกล่าวได้วางหลักเกณฑ์ว่า คำขอรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้รายใดๆ ย่อมต้องได้รับอนุญาตในคดีล้มละลายเสมอ เว้นแต่ต้องด้วยข้อยกเว้นเกี่ยวกับความมีตัวตนแยกต่างหากของบริษัท (Separate corporate existence) ศาลได้นำหลักการ Instrumentality อันเป็นแนวทางประการหนึ่งของหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทมาปรับใช้ กล่าวคือ แม้ว่ากรณีบริษัททั้งสองจะมีความเกี่ยวพันกันอย่างใกล้ชิด (Closely intermingled) ทั้งทางการประกอบกิจการ เศรษฐกิจและความช่วยเหลือระหว่างกัน แต่เมื่อแต่ละบริษัทยังคงมีเจ้าหนี้และทรัพย์สินแยกจากกัน ประกอบกิจการในนามของตนเอง สมุคบัญญัติต่างๆ ยังมีการแยกเก็บ และผู้ถือหุ้นของบริษัททั้งสองมิได้เหมือนกันทั้งหมด จึงต้องถือว่าแต่ละบริษัทยังมีความเป็นตัวตนแยกออกจากกันได้ (Separate existence) มิได้มีลักษณะเป็นเพียงเครื่องมือ (Instrumentality) หรือส่วนของประกอบ (Adjunct) ระหว่างกัน จึงมีสิทธิที่จะยื่นคำขอรับชำระหนี้ในคดีนี้ได้โดยชอบ³⁰

ต่อการปรับใช้หลักการ Instrumentality ดังกล่าวก็ได้รับการยอมรับจากศาลสูงสุดในคดี United States v. Lehigh Valley R.R.³¹ ทำให้หลักการดังกล่าวเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางในการปรับใช้แก่คดีล้มละลายหรือฟื้นฟูกิจการเป็นเวลาถึงกว่า 20 ปี โดยไม่แบ่งแยกว่าจะเป็นคดีเกี่ยวกับบริษัทแม่และบริษัทลูก หรือเป็นคดีเกี่ยวกับผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจควบคุมกับบริษัท อย่างไรก็ตาม การปรับใช้หลักการดังกล่าวนี้มีข้อจำกัดในลักษณะเดียวกันกับข้อจำกัดของหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท³² โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเน้นพิจารณาลักษณะความสัมพันธ์เฉพาะแต่รูปแบบภายนอก มากกว่าที่จะ

²⁸ Phillip I. Blumberg, The law of corporate groups: Problems in the bankruptcy or reorganization of parent and subsidiary corporations, including the law of corporate guaranties (Boston: Little, Brown and Company, 1990), p. 49.

²⁹ 169 F. 252 (2d Cir. 1909)

³⁰ Phillip I. Blumberg, The law of corporate groups: Problems in the bankruptcy or reorganization of parent and subsidiary corporations, including the law of corporate guaranties (Boston: Little, Brown and Company, 1990), pp. 50-51.

³¹ 220 U.S. 257 (1911)

³² โปรดดูบทที่ 2 หัวข้อ 2.5.2.2 และ 2.5.2.3

พิจารณาถึงลักษณะความสัมพันธ์และความเป็นจริงทางเศรษฐกิจของคดี ยิ่งไปกว่านั้น ยังละเลยการพิจารณาซึ่งการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันในระหว่างเจ้าหนี้รวมทั้งความเสียหายอันเกิดขึ้นต่อเจ้าหนี้ทั้งหลายหรือผู้ถือหุ้นรายย่อยอีกด้วย ด้วยเหตุนี้จึงเห็นกันว่าหลักการดังกล่าวเป็นหลักการที่ไม่เหมาะสม (Ill-suited) กับการใช้ในกฎหมายล้มละลายซึ่งอาศัยหลักการความเท่าเทียมและเป็นธรรม (Equitable principle) เป็นแนวคิดสำคัญ³³ เป็นเหตุให้หลักการนี้ถูกแทนที่ด้วยหลักเกณฑ์ประการอื่นในที่สุด

ในปีค.ศ. 1939 ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้พิพากษาคดีสำคัญสองคดีที่นับได้ว่าเป็นเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ในการปรับใช้มาตรการด้อยสิทธิครั้งสำคัญ คือ คดีแรก Taylor v. Standard Gas & Electric Co.³⁴ หรือที่รู้จักกันในชื่อ Deep Rock case โดยในคดีนี้ บริษัทแม่คือ บริษัท Standard Gas & Electric ได้จัดตั้งบริษัท Deep Rock ขึ้นเพื่อเข้าครอบงำกิจการของบริษัท Shaffer oil production เพื่อเป็นการขยายธุรกิจเข้าไปในกลุ่มธุรกิจการกลั่นและจัดจำหน่ายน้ำมัน แต่ภายหลังบริษัท Deep Rock ประสบกับปัญหาทางการเงินจนต้องเข้าสู่กระบวนการฟื้นฟูกิจการในที่สุด บริษัทแม่จึงยื่นคำขอรับชำระหนี้เป็นจำนวน 9,343,000 ดอลลาร์สหรัฐซึ่งเป็นเงินกู้ยืมโดยเปิดบัญชี Open account เงินปันผลค้างจ่าย ค่าบริหารจัดการ ดอกเบี้ย และค่าเช่าทรัพย์สินต่างๆ ในการประกอบกิจการ ทรัสตีในคดีดังกล่าวได้ยื่นคัดค้านคำขอชำระหนี้ดังกล่าวโดยอ้างว่า บริษัท Deep Rock นั้นมีลักษณะเป็นเพียงตัวแทนหรือเครื่องมือของบริษัทแม่เท่านั้น เมื่อคดีได้ขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาลสูงสุด ศาลได้ปฏิเสธการปรับใช้ซึ่งหลัก Instrumentality rule โดยกล่าวว่า การปรับใช้หลักการดังกล่าวเป็นเพียงการปรับใช้เพื่อความสะดวกในการปรับใช้ซึ่งหลักการที่ใหญ่กว่าเท่านั้นซึ่งคือ หลักการความเท่าเทียมและเป็นธรรม (Equitable principle) โดยศาลได้ให้ความสำคัญแก่การกระทำและผลแห่งการกระทำของบริษัทย่อยกับบริษัทลูก โดยเฉพาะประเด็นเกี่ยวกับความเสียหายต่อนักลงทุนทั่วไปและเจ้าหนี้ทั้งหลายอันเกิดขึ้นจากการตั้งทุนต่ำ (Inadequate capitalization) และการบริหารกิจการอย่างละเมียดต่อหน้าที่อันเกิดจากความไว้วางใจ (Breach of fiduciary duty) ผลของคดีดังกล่าวนี้เป็นเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ของมาตรการด้อยสิทธิในคดีตามกฎหมายล้มละลายจากเดิมที่อาศัยหลักการ Instrumentality rule มาเป็นหลักการความเท่าเทียมและเป็นธรรม (Equitable principle) ที่มุ่งเน้นพิจารณาถึงการกระทำและ

³³ Phillip I. Blumberg, *The law of corporate groups: Problems in the bankruptcy or reorganization of parent and subsidiary corporations, including the law of corporate guaranties* (Boston: Little, Brown and Company, 1990), p. 57.

³⁴ 306 U.S. 307 (1939)

ความสัมพันธ์ของบริษัทแม่กับบริษัทย่อย (Reality of the conduct of the parent-subsidiary relationship) ว่าเป็นการกระทำอันมิชอบที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมหรือความเสียหายแก่เจ้าหนี้ทั้งหลายหรือผู้ถือหุ้นรายอื่นหรือไม่ จนอาจกล่าวได้ว่าหลักเกณฑ์ที่ใช้ทดสอบได้นั้นเปลี่ยนจากการพิจารณาความมีตัวตนแยกต่างหากในเชิงรูปแบบไปสู่หลักเกณฑ์ของความเป็นธรรม (from the formalism of separate existence to fairness)³⁵

ภายหลังจากคดี Taylor v. Standard Gas & Electric Co. ศาลสูงสุดได้ตัดสินคดีลักษณะเดียวกันอีกหลายคดีคือ Pepper v. Litton,³⁶ Consolidated Rock Products Co. v. Du Bois,³⁷ Comstock v. Group of Institutional Investors³⁸ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้อย่างชัดเจน โดยทำให้มาตรการด้อยสิทธินั้นเป็นมาตรการตามหลักการความเท่าเทียมและเป็นธรรมเพื่อจัดการกับการกระทำอันมิชอบธรรม และมีได้มุ่งเน้นการพิจารณาเกี่ยวกับความมีตัวตนของบริษัทหรือหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทเป็นหลักอีกต่อไป³⁹ จนมีการกล่าวกันว่ามาตรการด้อยสิทธิโดยอำนาจศาลนี้เป็นมาตรการที่มีพัฒนาการจากแนวคิดที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกัน (Separate entity approach or Entity principle) ไปสู่แนวคิดที่ถือว่ากลุ่มบริษัทมีสภาพนิติบุคคลรวมกันเป็นหนึ่งเดียว (Single enterprise approach or Enterprise principle) ที่ชัดเจนมากที่สุด (Most dramatic evolution)

³⁵ Phillip I. Blumberg, The law of corporate groups: Problems in the bankruptcy or reorganization of parent and subsidiary corporations, including the law of corporate guaranties (Boston: Little, Brown and Company, 1990), pp. 61-68.

³⁶ 308 U.S. 295 (1939)

³⁷ 312 U.S. 510 (1941)

³⁸ 355 U.S. 211 (1948)

³⁹ อนึ่ง เคยมีการกล่าวถึงมาตรการด้อยสิทธิโดยเด็ดขาดซึ่งเป็นแนวคิดที่จะให้มีการด้อยสิทธิเรียกร้อยระหว่างบริษัทแม่และบริษัทย่อยในคดีตามกฎหมายล้มละลายทุกกรณี (Absolute subordination) อยู่เหมือนกัน เช่น ในคดี Re Loewer's Gambinus Brewery Co. จนกระทั่งมีการเสนอในรายงานของคณะกรรมการกฎหมายล้มละลายในปีค.ศ. 1975 (Report of the Commission on the Bankruptcy Laws of the United States) ให้มีกำหนดมาตรการด้อยสิทธิโดยเด็ดขาดในร่างประมวลกฎหมายล้มละลาย แต่แนวคิดดังกล่าวถูกคัดค้านอย่างกว้างขวางและไม่ได้รับการยอมรับกันในการพิจารณาร่างประมวลกฎหมายล้มละลาย จึงมิได้นำมาบัญญัติในขั้นที่สุด

³⁹ Phillip I. Blumberg, The law of corporate groups: Problems in the bankruptcy or reorganization of parent and subsidiary corporations, including the law of corporate guaranties (Boston: Little, Brown and Company, 1990), p. 79.

ประการหนึ่งอันเป็นผลให้มาตรการดังกล่าวได้แปรเปลี่ยนจากข้อยกเว้นอันพึงมีในกรณีพิเศษเท่านั้น (Exceptional case) ไปเป็นมาตรการทางกฎหมายหลักประการหนึ่งเพื่อให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหนี้⁴⁰

2) บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

มาตรการด้อยสิทธิโดยอำนาจศาลนั้น ได้มีการยอมรับและปรับใช้โดยศาลมาเป็นเวลานานแล้ว ก่อนที่จะมีกฎหมายบัญญัติรับรองการใช้ซึ่งมาตรการดังกล่าว ด้วยอาศัยหลักกฎหมายว่าศาลล้มละลายนั้นเป็นศาลแห่งความยุติธรรม (Bankruptcy court sits as court equity) จึงมีอำนาจในการดำเนินการประการต่างๆ (Equitable jurisdiction) เพื่อให้กระบวนการของคดีล้มละลายดำเนินไปด้วยความชอบธรรมทั้งในเชิงกฎหมายและความเท่าเทียมกัน การรับรองมาตรการดังกล่าวนี้ในเชิงกฎหมายบัญญัตินั้น เพิ่งจะมาปรากฏครั้งแรกในประมวลกฎหมายล้มละลายในปีค.ศ. 1978⁴¹ โดยมีการบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 510 (c)⁴² ว่าด้วยการด้อยสิทธิ (Subordination) กล่าวคือ เมื่อคู่ความมีคำร้องและได้พิจารณาคดีแล้ว ศาลอาจมีคำสั่งดังนี้

1. คำสั่งให้ด้อยสิทธิในสิทธิเรียกร้องรายหนึ่งไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนต่ำกว่าสิทธิเรียกร้องรายอื่นไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ทั้งนี้ ภายใต้หลักการของการด้อยสิทธิโดยอำนาจศาล (Equitable subordination)
2. คำสั่งให้โอนหลักประกันของสิทธิเรียกร้องอันถูกด้อยสิทธิไปให้แก่กองทรัพย์สิน (The estate)

หากพิจารณาถึงบทบัญญัติข้างต้นจะพบว่ากฎหมายมิได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์ในการปรับใช้มาตรการด้อยสิทธิโดยอำนาจศาลไว้แต่ประการใด คงเป็นเพียงการกำหนดบทบัญญัติเพื่อรับรองมาตรการดังกล่าวในเชิงกฎหมายบัญญัติอย่างชัดเจนเท่านั้น ซึ่งเป็นความตั้งใจของผู้ร่างกฎหมายดังกล่าวปรากฏตามหมายเหตุแนบท้ายประกอบการร่างกฎหมาย (Legislative statements) ที่เจตนาให้หลักการด้อยสิทธิโดยอำนาจศาล (Principle of equitable subordination) นั้นเป็นไปตามบรรทัดฐานคดี

⁴⁰ Ibid., pp. 16-17.

⁴¹ Andrew DeNatale and Prudence B. Abram, "Doctrine of equitable subordination as applied to nonmanagement creditors," *The Business Lawyer* (American Bar Association) 40 (1984): 421.

⁴² 11 U.S.C. §510 (c)

ที่ศาลได้เคยตัดสินไว้ก่อนหน้า (Case law) รวมทั้งปล่อยให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลในการพัฒนาหลักกฎหมายดังกล่าวนี้อีกด้วย เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เนื่องมาจากการปรับใช้ซึ่งมาตรการดังกล่าวนี้มีลักษณะที่ต้องมีการพิจารณากันเฉพาะในแต่ละคดีไป (Case by case basis) อีกทั้งพัฒนาการของกฎหมายในกรณีดังกล่าวยังไม่เพียงพอที่จะสามารถพัฒนาเป็นกฎหมายบัญญัติที่ครอบคลุมทุกกรณีได้ (One-fits-all provision)⁴³

3) หลักเกณฑ์การปรับใช้

การปรับใช้มาตรการด้อยสิทธิโดยอำนาจศาลนั้นจะเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำอันไม่ชอบธรรม (Inequitable conduct) ทางใดทางหนึ่งเสมอ ทั้งนี้ เพื่อขจัดความไม่ชอบธรรมหรือไม่เป็นธรรมดังกล่าวให้สิ้นไป (Equitable compensatory remedy) มิใช่เพื่อลงโทษผู้กระทำการอันไม่ชอบธรรม โดยมักจะเป็นผู้มีอำนาจควบคุมทางใดทางหนึ่งใช้อำนาจหรือสถานะของตนในทางมิชอบ หรือกระทำการฉ้อฉลและเป็นที่ยุติโทษแก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย

เมื่อประมวลกฎหมายล้มละลายมิได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์การปรับใช้มาตรการด้อยสิทธิโดยอำนาจศาลไว้ จึงต้องพิจารณาแนวทางและหลักเกณฑ์การปรับใช้จากคำพิพากษาของศาล แม้มาตรการดังกล่าวนี้จักเป็นรู้จักกันอย่างมากจากคดี Deep Rock จนได้ชื่อว่าเป็นหลักการ Deep Rock Doctrine ก็ตาม แต่คดีดังกล่าวนี้ก็มิได้กำหนดหลักเกณฑ์การปรับใช้ไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างใด คดีสำคัญที่ได้วางหลักเกณฑ์การปรับใช้ไว้อย่างชัดเจนและเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วนั้นกลับเป็นคดี Benjamin v.

⁴³ Raoul G. Wagner, "Equitable subordination in the US and 'eigenkapitalersatz' in austria - is there a need for codification?," 2002. (Online), pp. 35-36.

กรณีปรากฏบางคดีที่ศาลปรับใช้มาตรการด้อยสิทธิดังกล่าวโดยที่มิได้พิจารณาหรือให้ความเชื่อมโยงไปถึงการกระทำอันมิชอบเลย (No-fault equitable subordination) บางเช่นกัน โดยส่วนใหญ่แล้วมักจะเป็นคดีเกี่ยวกับหนี้ภาษีอากรของกรมสรรพากรของสหรัฐอเมริกา (IRS) เช่น คดี Schultz Broadway Inn v. United States และ In re Virtual Network Servs Corp. เป็นต้น แต่แนวทางดังกล่าวยังคงเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ว่าสามารถกระทำได้หรือไม่ และเป็นการใช้อำนาจของศาลในลักษณะที่เกินขอบอำนาจตามกฎหมายที่สภาองเกรสวางกรอบไว้ตามมาตรา 510 (c) ไว้หรือไม่ โปรดดู Rafael I. Pardo, "Beyond the limits of equity jurisprudence: No-fault equitable subordination," *New York University Law Review* 75, 5 (2000): 1489-1516.

Diamond หรือ Re Mobile Steel Co.⁴⁴ ซึ่งได้วางหลักเกณฑ์การทดสอบ 3 ด้าน (Three-prong test, tripartite test) ไว้ในการปรับใช้มาตรการด้อยสิทธิโดยอำนาจศาล กล่าวคือ⁴⁵

ก) ต้องมีการกระทำอันมิชอบ (Inequitable conduct)

หลักเกณฑ์สำคัญประการหนึ่งคือ เจ้าหนี้ผู้ยื่นคำขอรับชำระหนี้หรือเรียกร้อยสิทธิในหนี้ของตนนั้นต้องได้กระทำการอันมิชอบอันจะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมหรือได้เปรียบเสียเปรียบขึ้นระหว่างเจ้าหนี้ทั้งหลาย หากปล่อยให้สิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นหรือเกี่ยวเนื่องกับการกระทำอันมิชอบมีลำดับการชำระหนี้เท่าเทียมกับสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ทั้งหลาย ซึ่งสามารถแบ่งประเภทของการกระทำอันมิชอบได้ดังนี้

1. การตั้งทุนต่ำ (Inadequate capitalization or Undercapitalization) ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วมักจะเป็นกรณีของบริษัทแม่ที่จัดเตรียมเงินทุนของบริษัทลูกไว้ไม่เพียงพอต่อการประกอบกิจการของบริษัทลูกทั้งในช่วงแรกที่ก่อตั้งกิจการ และในช่วงระหว่างดำเนินกิจการ เป็นกรณีที่มีการใช้เป็นฐานกล่าวอ้างเพื่อให้มีการด้อยสิทธิมากที่สุดประการหนึ่ง ซึ่งก็มีที่มาและเหตุผลจากลักษณะที่แตกต่างกันของผู้ถือหุ้นและเจ้าหนี้ตั้งที่ท่านผู้พิพากษา Learned Hand กล่าวไว้ในคดี Re Loewer's Gambinus Brewery Co. ว่าทั้งผู้ถือหุ้นและเจ้าหนี้นั้นต่างก็ต้องรับเอาความเสี่ยงของการดำเนินกิจการของบริษัทไว้ หากแต่ต่างลักษณะกัน ผู้ถือหุ้นนั้นอยู่ในฐานะที่จะต้องเสียหายก่อนแต่ก็มีโอกาสที่จะได้รับผลตอบแทนที่มากกว่าเจ้าหนี้ที่ได้รับผลตอบแทนน้อยกว่าแต่มีสถานะที่ดีกว่าในการชำระบัญชี ดังนี้ หากปล่อยบุคคลใดบุคคลหนึ่งอยู่ในทั้งสองสถานะพร้อมกัน และใช้สถานะนี้อย่างไม่เหมาะสมแล้ว ย่อมทำให้บุคคลนี้สามารถควบคุมการดำเนินกิจการของบริษัทได้ และยังสามารถได้รับผลตอบแทนที่มาก ในขณะที่ยังคงโอกาสที่จะเสียหายไว้ในระดับของเจ้าหนี้นั้น ซึ่งย่อมไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหนี้รายอื่นในลักษณะที่เป็นการเพิ่มเติมภาระความเสี่ยงให้แก่เจ้าหนี้รายอื่นให้มาก

⁴⁴ 563 F.2d 692 (5th Cir. 1977)

⁴⁵ Raoul G. Wagner, "Equitable subordination in the US and 'eigenkapitalersatz' in austria - is there a need for codification?," 2002. (Online), pp. 7-17.

ไปกว่าที่เจ้าหน้าที่รายอื่นตกลงยินยอมจะรับไว้⁴⁶ ทั้งนี้ การพิจารณาถึงความเพียงพอของจำนวนเงินทุนจะแตกต่างกันออกไปในแต่ละคดี เพราะจำนวนเงินทุนจะแปรผันตามประเภทธุรกิจ ประเภทบริษัท ขนาดของกิจการ จำนวนของหนี้สิน วิธีการทางบัญชี ฯลฯ ดังนั้น จะต้องพิจารณาเทียบเคียงจากความคิดและการพิจารณาของวิญญูชนผู้มีความรู้ความเข้าใจในธุรกิจในระดับทั่วไปว่าบุคคลดังกล่าวนี้จะเห็นว่าบริษัทหนึ่งบริษัทใดมีจำนวนเงินทุนที่เพียงพอต่อการประกอบกิจการหรือไม่⁴⁷

อนึ่ง แม้ว่าการกระทำในลักษณะการตั้งทุนดำนี้อาจจะเป็นหลักเกณฑ์สำคัญและใช้กันอย่างแพร่หลายในการร้องขอให้มีการด้อยสิทธิ แต่ก็ยังเป็นเพียงลักษณะหนึ่งของการกระทำอันมิชอบเท่านั้น มิได้หลักเกณฑ์สำคัญที่ขาดไม่ได้หรือเป็นหลักเกณฑ์ที่ชี้ขาดในการด้อยสิทธิโดยอำนาจศาลแต่อย่างใด ดังนั้น จึงมีบางคดีที่ศาลเห็นว่าการตั้งทุนดำนี้อย่างเดียวไม่เพียงพอต่อการมีมาตรการด้อยสิทธิโดยอำนาจศาล หากแต่ต้องประกอบไปด้วยการกระทำอันมิชอบประการอื่นด้วย อย่างไรก็ดีแนวทางนี้มีได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางนัก ทั้งนี้ เนื่องมาจากการตั้งทุนดำนี้นั้นย่อมทำให้เป็นที่เสียหายแก่เจ้าหน้าที่ทั้งหลายอยู่ในตัวแล้ว จึงยากที่ปฏิเสธว่าลำพังการตั้งทุนดำนี้อย่างเดียวยังไม่เพียงพอที่จะถือเป็นการกระทำอันมิชอบ⁴⁸

2. การบริหารกิจการโดยมิชอบ (Wrongful management) เป็นการใช้อำนาจควบคุมของบริษัทแม่ต่อบริษัทย่อยหรือผู้ถือหุ้นรายใหญ่ใช้อำนาจควบคุมบริษัทของตนในลักษณะที่เป็นประโยชน์แก่บริษัทแม่หรือผู้ถือหุ้นดังกล่าวแต่ฝ่ายเดียวด้วยค่าใช้จ่ายและต้นทุนของบริษัทลูกอันถือได้ว่าเป็นการฉ้อฉลหรือการใช้อำนาจควบคุมอย่างละเมิดต่อหน้าที่ของผู้

⁴⁶ Phillip I. Blumberg, The law of corporate groups: Problems in the bankruptcy or reorganization of parent and subsidiary corporations, including the law of corporate guaranties (Boston: Little, Brown and Company, 1990), pp. 82-84.

⁴⁷ Raoul G. Wagner, "Equitable subordination in the US and 'eigenkapitalersatz' in Austria - is there a need for codification?," 2002. (Online), p. 11.

⁴⁸ Phillip I. Blumberg, The law of corporate groups: Problems in the bankruptcy or reorganization of parent and subsidiary corporations, including the law of corporate guaranties (Boston: Little, Brown and Company, 1990), pp. 82-84.

ซึ่งได้รับความไว้วางใจ (Fraud or breach of fiduciary duty) ที่มีต่อตัวบริษัท เจ้าหนี้ทั้งหลาย และนักลงทุนรายย่อย ซึ่งการกระทำในลักษณะนี้มีระดับความรุนแรงที่แตกต่างกันทั้งที่เป็นการผิดกฎหมาย (Illegality) การฉ้อฉลหรือเจตนาทุจริต (Fraud or bad faith) และการขาดความรอบคอบ (Unconscionable) เป็นต้น ตัวอย่างรูปแบบของการกระทำในลักษณะดังกล่าวนี้ ได้แก่⁴⁹

- 2.1 การดำเนินกิจการของบริษัทย่อยโดยมิได้มีเป้าหมายเป็นการแสวงหากำไรของบริษัทย่อยเอง (Absence of profit objective)
- 2.2 การกำหนดนโยบายจ่ายเงินปันผลในลักษณะที่เป็นประโยชน์ของบริษัทแม่อย่างเกินสมควร
- 2.3 การเรียกเก็บดอกเบี้ยสำหรับเงินกู้ Open account จากบริษัทย่อยในอัตราที่สูงเกินสมควร
- 2.4 การแปลงเงินลงทุนให้เป็นหนี้เพื่อให้บริษัทย่อยกลายเป็นลูกหนี้ของบริษัทแม่ ในขณะที่สถานะทางการเงินที่ไม่ค่อยดีนัก
- 2.5 การปะปนกันซึ่งทรัพย์สินของบริษัทลูกกับบริษัทย่อยอื่นในกลุ่ม
- 2.6 การเรียกเก็บค่าใช้จ่ายด้านต่างๆ เกี่ยวกับการบริหารงานจากบริษัทย่อยที่สะสมและมากเกินสมควร
- 2.7 การให้บริษัทลูกดำเนินกิจการหรือทำสัญญาที่มีความเสี่ยงหรือภาระต้นทุนสูงแทนบริษัทแม่
- 2.8 การขัดขวางการขยายกิจการของบริษัทลูกเพื่อมิให้เข้ามาแข่งขันกับการดำเนินกิจการของบริษัทแม่
- 2.9 การให้บริษัทลูกออกหลักทรัพย์ให้แก่บริษัทแม่โดยมีค่าตอบแทนน้อยเกินสมควร
- 2.10 การนำทรัพย์สินและเครดิตของบริษัทลูกไปใช้ชำระหนี้สินที่บริษัทแม่ก่อขึ้นและใช้ไปในการเข้าซื้อกิจการของบริษัทลูก

* มีความพยายามที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ทดสอบลักษณะและระดับของการกระทำดังกล่าว (Test for fairness) อยู่หลายหลักเกณฑ์ เช่น Advantage-Disadvantage Test, Arm's-Length Test และ Single-Eye to the Subsidiary's Interests Test เป็นต้น โปรดดู Ibid., pp. 106-113.

⁴⁹ Ibid., pp. 113-121

นอกจากนี้แล้ว การกระทำอันมิชอบในลักษณะนี้อาจเป็นกรณีที่บริษัทแม่กระทำต่อเจ้าหนี้รายอื่นด้วยก็ได้เช่นกัน โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าจะเป็นที่เสียหายแก่บริษัทย่อยด้วยหรือไม่⁵⁰

3. การละเลยหรือไม่ใส่ใจต่อความมีตัวตนแยกออกจากของของบริษัท (Disregard of norms of separate corporate existence) แนวทางการพิจารณาถึงความมีตัวตนแยกออกจากของของบริษัทเคยเป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการปรับใช้มาตรการด้อยสิทธิจะมีความสำคัญลดลงอันเนื่องมาจากผลของคดี Deep Rock อีกทั้งการพิจารณาดังกล่าวนี้อาจได้ให้ความสำคัญแก่ความสามารถในการดำเนินกิจการของบริษัทหรือผลกระทบต่อเจ้าหนี้ทั้งหลายจึงได้รับความสำคัญที่ด้อยลง อย่างไรก็ตาม ผลของคดีดังกล่าวก็มิได้ปฏิเสธถึงการปรับใช้หลักเกณฑ์ประการนี้ไปเสียทีเดียวยังมีบางกรณีที่ศาลยังคงเห็นว่าการกระทำในลักษณะถือได้ว่าเป็นการกระทำอันมิชอบประการหนึ่งด้วยเช่นกัน การกระทำในลักษณะดังกล่าวนี้อาจแยกได้เป็น 2 ระดับ กล่าวคือ⁵¹

3.1 การละเลยต่อหน้าที่ในการจัดทำและเก็บรักษาซึ่งเอกสาร รายงาน หรือสมุดบัญชีต่างๆ ให้แยกออกจากกันอย่างเหมาะสม รวมทั้งการละเลยต่อการปฏิบัติตามพิธีการหรือรูปแบบในการตัดสินใจหรือบริหารกิจการต่างๆ ของบริษัท (Formalities of corporate decision making) เช่น รายงานประชุมของคณะกรรมการบริษัท หรือของผู้ถือหุ้น เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การกระทำในลักษณะนี้มักเกิดขึ้นในบริษัทผู้ถือหุ้นรายเดียวหรือมีผู้ถือหุ้นน้อยราย (Close corporation) มากกว่าที่จะเกิดขึ้นกับกรณีของกลุ่มบริษัท นอกจากนี้แล้ว ในกรณีของกลุ่มบริษัทนั้นมักจะได้อำนาจที่ปรึกษากฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้อยู่แล้ว จึงไม่ค่อยเกิดขึ้นในกรณีของกลุ่มบริษัท

3.2 การละเลยซึ่งมาตรฐานเกี่ยวกับการตัดสินใจและบริหารงานของบริษัท มักจะเป็นกรณีที่บริษัทแม่เข้าไปมีส่วนร่วมตัดสินใจหรือดำเนินการในกิจการของบริษัททุกอย่างมากจนกระทบต่ออำนาจการดำเนินการอย่างอิสระ (Intrusive participation) หรือกระทบต่ออำนาจการบริหารกิจการประจำวัน (Day-to-day operation)

⁵⁰ Ibid., pp. 121-122.

⁵¹ Ibid., pp. 122-124.

4. การปะปนกันหรือโอนย้ายระหว่างกันซึ่งทรัพย์สิน (Commingling or shuttling of assets) การกระทำลักษณะนี้เป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่จะแสดงให้เห็นถึงการรวมกันทางเศรษฐกิจ (Economic integration) ได้เป็นอย่างดีประการหนึ่ง และเมื่อมีการรวมกันทางเศรษฐกิจภายในกลุ่มบริษัทเกิดขึ้นแล้ว ย่อมจะนำมาซึ่งการปะปนกันซึ่งทรัพย์สิน (Commingling of assets) และบริหารหรือดำเนินกิจการอย่างรวมกันเป็นหนึ่งเดียว (Unified operations) หรือการดำเนินกิจการของบริษัทย่อยเพื่อเป็นแหล่งทรัพยากรด้านต่างๆ (As a source of supply) ให้แก่บริษัทแม่หรือกลุ่มบริษัทโดยปราศจากเป้าหมายในทางค้าหากำไร ซึ่งการกระทำเหล่านี้ย่อมจักนำมาซึ่งมาตรการด้อยสิทธิโดยอำนาจศาลในที่สุด ทั้งนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่า โดยส่วนใหญ่แล้วในกรณีของกลุ่มบริษัทที่มีการรวมกลุ่มกันอย่างเหนียวแน่นมักจะมีการใช้มาตรการด้อยสิทธิโดยอำนาจศาลเพื่อด้อยสิทธิในหนี้ของบริษัทแม่ที่เรียกร้องเข้ามาในคดีของบริษัทลูกอยู่เสมอ อย่างไรก็ตาม เนื่องด้วยมาตรการด้อยสิทธิโดยอำนาจศาลนั้นจะอาศัยการพิจารณาถึงการกระทำอันมิชอบเป็นหลัก (Equitable subordination rests on inequitable conduct) จึงเป็นผลให้ศาลจักพิจารณาถึงการกระทำอันมิชอบซึ่งเป็นผลต่อเนื่องมาจากการรวมกันทางเศรษฐกิจ เช่น การปะปนกันหรือโอนย้ายระหว่างกันซึ่งทรัพย์สิน เป็นต้น เสียมากกว่าที่จะพิจารณาถึงการรวมกันทางเศรษฐกิจเองโดยตรง⁵²

ข) ต้องก่อให้เกิดความเสียหายหรือได้เปรียบอย่างไม่เป็นธรรม

ถ้าพึงแต่เพียงการกระทำอันมิชอบอย่างเดียวนั้นยังไม่เพียงพอที่จะนำมามาตรการด้อยสิทธิมาใช้บังคับ หากแต่การกระทำอันมิชอบดังกล่าวจักต้องก่อให้เกิดความเสียหายต่อเจ้าหนี้ (Result in injury to the creditors of the bankrupt) หรือส่งผลให้ผู้เรียกร้องสิทธิได้เปรียบอย่างไม่เป็นธรรม (Confer an unfair advantage on the claimant) และด้วยผลเสียหายหรือได้เปรียบอย่างไม่เป็นธรรมนี้ มาตรการด้อยสิทธิโดยอำนาจจึงสมควรที่จักนำมาปรับใช้เพื่อแก้ไขหรือหักล้างผลเสียหายหรือได้เปรียบดังกล่าวให้สิ้นไป

⁵² Ibid., pp. 124-126.

ค) ต้องไม่ขัดต่อบทบัญญัติของประมวลกฎหมายล้มละลาย

ศาลในคดี Re Mobile Steel Co. และคดีอื่นที่ตัดสินตาม เช่น คดี United States v. Noland⁵³ ได้วางกรอบแห่งการใช้อำนาจในการด้อยสิทธิและพัฒนามาตรการนี้ว่า แม้ศาลจะมีอำนาจในการปรับใช้และพัฒนามาตรการนี้ตามเจตนารมณ์ของสภาองเกรสที่ปรากฏในประมวลกฎหมายล้มละลาย แต่ศาลไม่อาจจะเปลี่ยนแปลงลำดับการชำระหนี้หรือด้อยสิทธิในหนี้ที่มีกำหนดไว้อย่างชัดเจนแล้วในกฎหมายได้ เป็นต้นว่า หนี้เกี่ยวกับค่าใช้จ่ายของทรัสต์ หรืออีกนัยหนึ่งคือ การด้อยสิทธิโดยอำนาจศาล ต้องไม่ขัดต่อบทบัญญัติของประมวลกฎหมายล้มละลาย (Not be inconsistent with the provisions of the Bankruptcy Code)

ในปัจจุบันมาตรการด้อยสิทธิโดยอำนาจศาลนั้นได้ถูกนำมาปรับใช้แก่คดีล้มละลายหรือคดีฟื้นฟูกิจการต่างๆ อย่างต่อเนื่อง ทั้งคดีที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือพัฒนาจากหลักเกณฑ์ที่ศาลได้กำหนดไว้ในคดี Re Mobile Steel Co. เช่น คดีของ Enron Corp. เป็นต้น และคดีที่อาศัยหลักเกณฑ์ของ No-fault equitable subordination เช่น คดี Burden v. United States และคดี United States v. Reorganized CF&I Fabricators เป็นต้น**

3.1.5 การรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท (Substantive consolidation)

1) ความหมายและความเป็นมา

มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทนั้นเป็นมาตรการทางกฎหมายล้มละลายประการหนึ่งที่เกิดขึ้นโดยอำนาจของศาล (Equitable doctrine of substantive consolidation) มาตรการ

⁵³ 517 U.S. 535 (1996)

* โปรดดู Jame P.S. Leshaw, "Enron court holds that transferred claims are subject to equitable subordination in hands of good faith purchaser," ALERT by Greengerg Traurig, Miami, 2005. (Online) และ Nicholas F. Kajon, "Enron court holds transferred claim can be subordinated based on inequitable conduct of original holder," Bankruptcy client alert, 2006. (Online)

** Rafael I. Pardo, "Beyond the limits of equity jurisprudence: No-fault equitable subordination," New York University Law Review 75, 5 (2000): 1489-1516.

ดังกล่าวภายใต้ Chapter 7 จะเป็นการรวมเอาบรรดาทรัพย์สินและหนี้สินของลูกหนี้ทั้งหลายซึ่งเป็นกลุ่มบริษัทหรือเป็นบริษัทในเครือเข้าไว้ด้วยกันทั้งหมด (Pooling of the assets and liabilities) และถือเสมือนหนึ่งว่าทรัพย์สินและหนี้สินทั้งหลายเป็นของลูกหนี้รายเดียว (Treated as though held and incurred by one entity) ซึ่งย่อมจะทำให้นิติกรรมใดๆ ระหว่างกันของกลุ่มบริษัทเป็นอันหายไปด้วยในตัวเอง (Elimination of intercompany claims and cross guarantees of debtor entities) กลายเป็นกองทรัพย์สินเพียงหนึ่งเดียว (Creating single estate) เพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทุกรายของลูกหนี้ทั้งหลาย⁵⁴ ส่วนการปรับใช้ภายใต้ Chapter 11 นั้นจะเป็นการทำให้การจัดกลุ่มเจ้าหนี้ การจัดประเภทของสิทธิเรียกร้อง และการผูกมัดตามแผนฟื้นฟูกิจการเป็นไปในลักษณะการพิจารณาของบริษัทที่รวมเข้ากันเป็นหนึ่งเดียว และเมื่อพ้นจากกระบวนการภายใต้ Chapter 11 แล้วกลุ่มบริษัทจะคงเหลือเป็นบริษัทเดียว⁵⁵ มาตรการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นหลักประกันถึงการปฏิบัติที่เป็นธรรมแก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย (To ensure the equitable treatment of all creditors)⁵⁶ นับเป็นมาตรการที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ในเชิงสารบัญญัติของทุกฝ่ายอย่างมีนัยสำคัญแตกต่างจากมาตรการบริหารจัดการคดีร่วมกันอันเป็นเพียงการรวมกันในเชิงวิธีพิจารณาความเท่านั้นมิได้กระทบต่อสิทธิหน้าที่ในเชิงสารบัญญัติแต่อย่างใด ทำให้เป็นที่เห็นกันว่ามาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทเป็นมาตรการที่มีความพิเศษเป็นอย่างยิ่ง (Extraordinary remedy) อันไม่สมควรที่จะนำมาใช้บังคับอย่างพร่ำเพรื่อ (Sparingly occur)

อย่างไรก็ดี เมื่อมีศาลได้มีคำสั่งหรือปรับใช้ซึ่งมาตรการดังกล่าวแล้วย่อมจะส่งผลให้เกิดการรวมคดีในลักษณะเดียวกับการบริหารจัดการคดีร่วมกันอยู่ด้วยโดยสภาพ กล่าวคือ⁵⁷

⁵⁴ Phillip I. Blumberg, The law of corporate groups: Problems in the bankruptcy or reorganization of parent and subsidiary corporations, including the law of corporate guaranties (Boston: Little, Brown and Company, 1990), p.406

⁵⁵ Andrew Brasher, "Substantive consolidation: A critical examination," Program on Corporate Governance. Harvard Law School's research programs and centers, 2006. (Online), pp. 3-4.

⁵⁶ Stephen M. Packman, "Substantive consolidation: When two become one," New Jersey Law Journal 183, 10 (2006): 781.

⁵⁷ United States Bankruptcy Court Southern District of California, "Guidelines for the substantive consolidation or joint administration of related debtor entities," California, 1996. (Online)

1. การใช้รายงานการพิจารณาคดีเดียวกัน การเก็บรวบรวมรายชื่อเจ้าหนี้และคำขอรับชำระหนี้ และเอกสารหลักฐานต่างๆ ไว้ในสำนวนคดีเดียวกัน (Single docket) โดยจะจัดเก็บไว้ในสำนวนของคดีหลัก (Lead case)
2. การรวมการแจ้งหรือรายงานต่างๆ (Combined notice and service) ให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายเข้าด้วยกัน
3. การจัดทำคำขอรับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ในลูกหนี้หรือกองทรัพย์สินแต่ละรายร่วมกัน (Single claims register)

ทั้งนี้ คู่ความที่ประสงค์จะให้ศาลปรับใช้ซึ่งมาตรการดังกล่าวนี้ซึ่งสามารถใช้ได้ทั้งในคดีล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการ สามารถร้องขอเสนอต่อศาลได้ 2 วิธี กล่าวคือ การยื่นคำร้องขอให้ศาลใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท (Motion for Substantive Consolidation) หรือการเสนอแผนฟื้นฟูกิจการที่นำเอามาตรการดังกล่าวไปปรับใช้ในแนวทางการฟื้นฟูกิจการภายใต้กรอบการเจรจาของเจ้าหนี้และลูกหนี้ก็ได้ โดยวิธีการประการหลังนี้กำลังเป็นที่กล่าวถึงและแพร่หลายอย่างมาก จนเกือบจะเป็นบรรทัดฐานของคดีล้มละลายของกลุ่มบริษัทไปแล้ว ตัวอย่างเช่น กรณีของกลุ่มบริษัท WorldCom ที่ภายใต้การใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทจะส่งผลให้เจ้าหนี้ของบริษัทย่อย WorldCom MCI ได้รับชำระหนี้ในอัตราส่วนที่ลดลง เนื่องจากบริษัทย่อยดังกล่าวมีทรัพย์สินมากกว่าบริษัทอื่นทั้งหลายในกลุ่มอย่างชัดเจน และเมื่อมีการใช้มาตรการดังกล่าวจึงทำให้ทรัพย์สินดังกล่าวถูกแบ่งสรรชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้พร้อมกับบริษัทอื่นภายในกลุ่มซึ่งมีทรัพย์สินน้อยกว่า ดังนั้น เจ้าหนี้รายนี้จึงคัดค้านมาตรการดังกล่าวอ้างว่าตนต้องเสียหายจากมาตรการดังกล่าว ขณะที่เจ้าหนี้รายอื่นโต้แย้งว่าบริษัทย่อยดังกล่าวไม่สมควรที่จะถูกแยกออกไปจากคดีของกลุ่มบริษัท แต่ในที่สุดแล้วเจ้าหนี้ทั้งหลายได้เสนอข้อตกลงให้ใช้มาตรการดังกล่าว โดยให้เจ้าหนี้ของบริษัทย่อยรายนี้ได้รับชำระหนี้ในอัตราส่วนที่มากกว่าเจ้าหนี้ทั้งหลายรายอื่น โดยศาลมิได้พิจารณาคำคัดค้านของเจ้าหนี้ของบริษัทย่อยดังกล่าวเลย เป็นต้น⁵⁸

มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทนั้นพัฒนาขึ้นจากกระบวนการติดตามเอาทรัพย์สินของลูกหนี้โดยทรัพย์สินด้วยการเพิกถอนและเอากลับคืนซึ่งทรัพย์สินที่ลูกหนี้ได้โอนไปยัง

⁵⁸ David A. Skeel, "Groups of companies: Substantive consolidation in the USA," in *The challenges of insolvency law reform in the 21st century: Facilitating investment and recovery to enhance economic growth*. eds. Henry Peter, Nicolas Jeandin, and Jason J. Kilborn (Zurich: Schulthess, 2006), pp. 232-233.

บริษัทในเครือ (Turnover proceeding)⁵⁹ ในคดี Fish v. East⁶⁰ Sampsell v. Imperial Paper & Color Corp.⁶¹ และ Soviero v. Franklin National Bank⁶² โดยเฉพาะการตัดสินของศาลสูงสุดในคดี Sampsell v. Imperial Paper & Color Corp. ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นรากฐานที่มาของมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สิน โดยทรัสต์ได้ร้องขอและศาลสูงสุดก็เห็นชอบให้มีการรวมทรัพย์สินและหนี้สินระหว่างตัวลูกหนี้กับบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่และรับโอนทรัพย์สินจากลูกหนี้เพื่อปิดบังเจ้าหนี้ มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินจึงได้ถือกำเนิดขึ้นภายใต้เงาของ Turnover proceeding โดยศาลอุทธรณ์ประจำภาคต่างๆ (Federal Circuit Court) ได้รับเอาหลักการนี้ไปใช้ในคดีต่างๆ อย่างแพร่หลาย แม้คำว่า Substantive consolidation จะยังคงไม่ปรากฏในคำพิพากษาเป็นเวลากว่า 30 ปี จนกระทั่งคดี James Talcott Inc. v. Wharton (Re Continental Vending Machine Corp.)⁶³ ในปีค.ศ. 1975⁶⁴ ก็ตาม

นับแต่มีการปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินในคดี Sampsell v. Imperial Paper & Color Corp. เป็นต้นมา ส่วนใหญ่แล้วศาลจะใช้อำนาจดังกล่าวบนพื้นฐานของการพิจารณาเกี่ยวกับการฉ้อฉล การใช้สถานะความเป็นนิติบุคคลของบริษัทโดยมิชอบ หลัก Instrumentality และหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท โดยเป็นการปรับใช้มาตรการดังกล่าวโดยอาศัยหรืออ้างอิงกับกฎหมายระดับมลรัฐ รวมทั้งจะต้องแสดงให้เห็นได้ว่าการจัดตั้งบริษัทในเครือหรือบริษัทที่มีความเกี่ยวพันกันนี้เป็นไปเพื่อการฉ้อฉล ปิดบังซ่อนเร้น หรือถ่วงเวลาเจ้าหนี้ด้วย จนกระทั่งในช่วงปีค.ศ. 1966 ศาลอุทธรณ์ประจำภาคที่ 2 (The Second Circuit Court) ได้นำความเปลี่ยนแปลงมาสู่มาตรการดังกล่าวเป็นครั้งแรกในคดี Chemical Bank N.Y. Trust Co. v. Kheel⁶⁵ ซึ่งมีการร้องขอให้รวมทรัพย์สินและหนี้สินของบริษัทขนส่งสินค้าทางเรือลูกหนี้ทั้งแปดรายที่ดำเนินกิจการในลักษณะที่รวมเข้ากันเป็นหนึ่งเดียว (Single unit) โดยมีได้ให้ความสำคัญแก่รูปแบบหรือพิธีการอันเกี่ยวกับตัวบริษัท (No

⁵⁹ Timothy E. Graulich, "Substantive consolidation-a post-modern trend," *American Bankruptcy Institute Law Review* 14 (2006): 527, 537.

⁶⁰ 114 F.2d 177 (1940)

⁶¹ 313 U.S. 215 (1941)

⁶² 328 F.2d 446 (1964)

⁶³ 517 F.2d 997 (1975)

⁶⁴ Timothy E. Graulich, "Substantive consolidation-a post-modern trend," *American Bankruptcy Institute Law Review* 14 (2006): 527, 538-542, 566.

⁶⁵ 369 F.2d 845 (1966)

attention to the usual formalities) ศาลดังกล่าวพิพากษาขึ้นตามศาลชั้นต้นให้มีการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของบริษัทลูกหนี้ทั้งหมด แม้จะมีข้อคัดค้านจากทรัสต์ของผู้ถือหุ้นที่ว่ากรณีขาดความเกี่ยวข้องกับการถือผลและเจ้าหนี้มิได้ทราบอยู่แล้วว่าตนได้ทำการติดต่อกับลูกหนี้และให้สินเชื่อแก่ลูกหนี้ในฐานะที่รวมเข้ากันเป็นกลุ่มบริษัท โดยศาลอาศัยเหตุผลว่าลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างกันของลูกหนี้ทั้งหมดมีความคลุมเครือเป็นอย่างมากจนทำให้การแยกแยะและจัดเรียงซึ่งความสัมพันธ์และธุรกรรมระหว่างกันของลูกหนี้ในคดีจำต้องใช้ระยะเวลาและค่าใช้จ่ายจำนวนมาก และส่งผลร้ายแรงต่อการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ทั้งหมด นับได้ว่าเป็นครั้งแรกที่การปรับใช้ซึ่งมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินมิได้อาศัยกฎหมายระดับมลรัฐหากแต่อาศัยหลักเกณฑ์การทดสอบของตนเอง และยังเป็น การนำเอาประเด็นเกี่ยวกับการปะปนกันซึ่งทรัพย์สินและหนี้สินอย่างเหนียวแน่น (Hopeless commingling of assets and liabilities) มาเป็นหลักเกณฑ์ในการทดสอบและปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินเป็นครั้งแรกอีกด้วย⁶⁶ และช่วงเวลาภายหลังจากคดีดังกล่าวนับเป็นช่วงเวลาศาลแต่ละแห่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลอุทธรณ์ประจำภาคจะได้สร้างและปรับปรุงซึ่งหลักเกณฑ์ในการปรับใช้มาตรการดังกล่าวของตนเองมาจนกระทั่งถึงปัจจุบัน

2) ประเภทของการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท

การปรับใช้ซึ่งมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทนั้นอาจแยกออกได้เป็น 3 กรณี ดังนี้ กล่าวคือ

ก) มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทอย่างสมบูรณ์

มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทอย่างสมบูรณ์ (Full or complete substantive consolidation) เป็นมาตรการที่ยุบรวม (Consolidate) ทรัพย์สินและหนี้สินของบริษัทในเครือทั้งหลายเข้ากันเป็นกองทรัพย์สินเพียงหนึ่งเดียว (Single pooled estate) เพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ทุกราย มาตรการดังกล่าวมีการปรับใช้ทั้งในคดีล้มละลายภายใต้ Chapter 7 ในลักษณะที่เป็นการสร้างกองทรัพย์สินเพียงหนึ่งเดียวจากทรัพย์สินทั้งหลายของลูกหนี้ทุกรายเพื่อการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายของ

⁶⁶ Timothy E. Graulich, "Substantive consolidation-a post-modern trend," *American Bankruptcy Institute Law Review* 14 (2006): 527, 542.

กองทรัพย์สิน และการฟื้นฟูกิจการภายใต้ Chapter 11 ในลักษณะที่เป็นการฟื้นฟูกิจการลูกหนี้ทุกราย ภายใต้แผนฟื้นฟูกิจการเดียวกัน (Single plan of reorganization) และยุบรวมบริษัทลูกหนี้ทั้งหลายให้คงเหลือเพียงบริษัทเดียว⁶⁷

ข) มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทแต่เพียงบางส่วน

มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทแต่เพียงบางส่วน (Partial substantive consolidation) นั้นเป็นการปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท โดยมีข้อยกเว้นให้แก่เจ้าหนี้บางรายที่มีข้อโต้แย้งว่าในการให้สินเชื่อแก่ลูกหนี้นั้นตนมิได้อาศัยหรือพิจารณาข้อมูลจากทั้งกลุ่มบริษัท หากแต่การให้สินเชื่อดังกล่าวตั้งอยู่บนการพิจารณาแต่เฉพาะตัวบริษัทลูกหนี้เฉพาะรายเท่านั้น (Rely on entity's separateness) ดังนั้น การชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้รายดังกล่าวนี้จึงต้องเป็นการบังคับเอากับทรัพย์สินเฉพาะอย่างของลูกหนี้รายที่เจ้าหนี้ติดต่อและให้สินเชื่อเป็นการเฉพาะเท่านั้น ในขณะที่ในส่วน of เจ้าหนี้รายอื่นนั้นก็ยังคงเป็นไปตามมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทปกติ ใด ๆ ก็ดี มาตรการในลักษณะนี้มีการปรับใช้กันเป็นส่วนน้อย⁶⁸

ค) มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทโดยเสมือน

มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทโดยเสมือน (Deemed substantive consolidation or deemed consolidation) นั้นเป็นการปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทในการฟื้นฟูกิจการภายใต้ Chapter 11 ในลักษณะการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของบริษัทต่างๆ ในแผนฟื้นฟูกิจการเฉพาะเพื่อประโยชน์ของการลงคะแนนเห็นชอบกับแผน การจัดการและจัดสรรทรัพย์สิน ในการชำระหนี้ หรือการเห็นชอบแก่แผนแม้จะมีเจ้าหนี้บางรายคัดค้าน (Cram down) เท่านั้น มิได้มีการรวมกันซึ่งทรัพย์สินและหนี้สินหรือบริษัทลูกหนี้ทั้งหลายเข้ากัน โดยแท้จริงแต่อย่างใด มาตรการดังกล่าวนี้มีข้อดีในแง่ของการคงสภาพนิติบุคคลของบริษัทลูกหนี้ทั้งหลายไว้ในระหว่างและภายหลังจากการฟื้นฟูกิจการเพื่อประโยชน์ในการฟื้นฟูกิจการ สิทธิประโยชน์ทางด้านภาษี ปฏิบัติตาม

⁶⁷ Andrew Brasher, "Substantive consolidation: A critical examination," Program on Corporate Governance, Harvard Law School's research programs and centers, 2006. (Online), pp. 3-4.

⁶⁸ Ibid., pp.5-6.

ข้อกำหนดทางกฎหมาย การให้หลักประกันแก่สินเชื่อภายหลังการเริ่มกระบวนการฟื้นฟูกิจการ หรือ เพื่อให้สามารถขายทรัพย์สินหรือกิจการตามแผนได้อย่างสะดวก⁶⁹ กล่าวกันว่า มาตรการในลักษณะดังกล่าวนี้เกิดขึ้นครั้งแรกในคดี *Re Standard Brands Paint*⁷⁰

3) ที่มาแห่งฐานอำนาจทางกฎหมาย

เหตุที่ใช้คำว่า ที่มาแห่งฐานอำนาจทางกฎหมายมิใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ก็เนื่องด้วยเหตุว่า แม้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทจะมีปรากฏและเป็นที่ยอมรับกันมาเป็นเวลากว่า 60 ปีแล้วก็ดี แต่มาตรการดังกล่าวไม่เคยได้รับการบัญญัติถึงหลักเกณฑ์ หรือบัญญัติเพื่อรับรองไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่ประการใด⁷¹ ไม่ว่าจะเป็นเมื่อครั้งที่ยังใช้บังคับ Bankruptcy Act หรือประมวลกฎหมายล้มละลายเองก็ตาม แม้แต่ Federal Rules of Bankruptcy Procedure ข้อ 1015 ว่าด้วยการรวมคดีหรือการบริหารจัดการคดีร่วมกันสำหรับคดีที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาในศาลเดียวกัน (Consolidation or Joint Administration of Cases Pending in Same Court)⁷² ที่ได้บัญญัติรับรองถึงมาตรการบริหารจัดการคดีร่วมกันและการรวมการพิจารณาคดี ก็มีได้บัญญัติถึงมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทไว้แต่อย่างใด และไม่อาจถือได้ว่าข้อกำหนดดังกล่าวบัญญัติรับรองหรือปฏิเสธแม้จะเห็นว่ามาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทอาจมีความเหมาะสมแก่บางคดี^{*} คงมีเพียงแต่กรณีของคู่สามีภรรยาเท่านั้นที่ประมวลกฎหมายล้มละลาย มาตรา 302 ว่าด้วยคดีร่วมกัน (Joint cases) ของสามีภรรยา ไม่เพียงบัญญัติรับรองให้สามารถยื่นคำร้องหรือคำฟ้องคดีร่วมกันได้เท่านั้น⁷³ หากแต่ยังได้บัญญัติให้ศาลต้องพิจารณาว่าคดีมีเหตุอันสมควรที่จะมีคำสั่งให้ยุบรวมทรัพย์สิน

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ William H. Widen, "Prevalence of substantive consolidation in large bankruptcies from 2000-2004: Preliminary results," *American Bankruptcy Institute Law Review* 14 (2006): 50.

⁷¹ Timothy E. Graulich, "Substantive consolidation-a post-modern trend," *American Bankruptcy Institute Law Review* 14 (2006): 527.

⁷² Fed. R. Bankr. P. 1015

* โปรดดู Notes of Advisory Committee on Rules 1015

⁷³ 11 U.S.C §302 (a)

และหนี้สินระหว่างคู่สามีภรรยาในคดีเข้ากันหรือไม่เพียงใดอีกด้วย⁷⁴ ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วในคดีของคู่สามีภรรยา มักจะมีคำสั่งให้รวมทรัพย์สินและหนี้สินระหว่างกันอยู่เสมอ⁷⁵

ดังนั้นแล้ว การปรับใช้มาตรการดังกล่าวของศาลจึงตั้งอยู่บนอำนาจความยุติธรรมของศาล (Equity jurisdiction) โดยฐานอำนาจทางกฎหมายที่ศาลใช้อ้างถึงคือ

1. บทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยอำนาจของศาล (Power of court) ในมาตรา 105 (a) ที่ให้อำนาจศาลในการออกคำสั่ง กำหนดกระบวนการ หรือมีคำสั่งคดี อันจำเป็นหรือเหมาะสมที่จะนำมาใช้เพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายล้มละลาย ไม่มีบทบัญญัติใดใช้ตีความเพื่อจำกัดหรือลบล้างอำนาจของศาลในการปฏิบัติการหรือออกคำสั่งอย่างใดๆ เพื่อบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งของศาลหรือบทบัญญัติของกฎหมาย หรือเพื่อป้องกันมิให้เกิดการทุจริตหรือความมิชอบขึ้นในกระบวนการพิจารณา⁷⁶ เช่น ในคดี *Re Augie/Restivo Baking Co., Ltd.* และ *F.D.I.C. v. Colonial Realty Co.* เป็นต้น
2. บทบัญญัติว่าด้วยเนื้อหาของแผนฟื้นฟูกิจการ (Contents of plan) ในมาตรา 1123 (a) (5) (C) ซึ่งกำหนดว่าแผนฟื้นฟูกิจการจะต้องกำหนดวิธีการอันเหมาะสม (Adequate means) ที่จะนำไปสู่ผลสำเร็จของแผน (Plan's implementation) ซึ่งอาจรวมถึง การควบรวมกิจการ (Merger) หรือการรวมเข้ากัน (Consolidation) ระหว่างลูกหนี้กับบุคคลอื่นตั้งแต่หนึ่งคนขึ้นไป⁷⁷ เช่น ในคดี *Re Stone & Webster Inc.* เป็นต้น

เมื่อกฎหมายมิได้บัญญัติรับรองหรือกำหนดถึงหลักเกณฑ์การปรับใช้ซึ่งมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทไว้ จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ในการทดสอบและปรับใช้ ซึ่งนอกจากจะก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับความเห็นที่ไม่สอดคล้องกันของศาลแต่ละแห่งแล้วยังก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับที่มาแห่งฐานอำนาจทางกฎหมายในการปรับใช้มาตรการดังกล่าวว่ามีความถูกต้องและเหมาะสมเพียงใดอีกด้วย ดังจะได้พิจารณาต่อไป

⁷⁴ 11 U.S.C §302 (b)

⁷⁵ Thomas J. Yerbich, "Joint administration and consolidation," *Alaska Bar Rag* 18, 2 (1994): 5-8.

⁷⁶ 11 U.S.C §105 (a)

⁷⁷ 11 U.S.C §1123 (a) (5) (C)

4) หลักเกณฑ์การปรับใช้

ดังที่กล่าวข้างต้นแล้วว่า มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทนี้ไม่เคยได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายทั้ง Bankruptcy Act หรือประมวลกฎหมายล้มละลาย ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ในการทดสอบและปรับใช้แก่คดีต่างๆ อันเป็นผลให้ศาลแต่ละแห่งมีแนวทางการกำหนดและปรับใช้หลักเกณฑ์ดังกล่าวที่แตกต่างกันออกไป โดยในช่วงแรกก่อนที่จะใช้บังคับประมวลกฎหมายล้มละลาย ศาลได้ปรับใช้มาตรการดังกล่าวโดยอาศัยพื้นฐานของการพิจารณาเกี่ยวกับการฉ้อฉล การใช้สถานะความเป็นนิติบุคคลของบริษัทโดยมิชอบ หลัก Instrumentality และหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท⁷⁸ ในรูปแบบของการกำหนดปัจจัยหรือรายการสำหรับตรวจสอบถึงความเหมาะสมในการปรับใช้มาตรการดังกล่าว (Checklist approach) โดยอาศัยหลักการเหล่านี้เป็นพื้นฐาน ซึ่งวิธีการดังกล่าว นอกจากจะก่อให้เกิดปัญหาในเชิงหลักการทำนองเดียวกับการปรับใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทแล้ว ยังทำให้การพิจารณาปรับใช้ซึ่งมาตรการดังกล่าวอย่างเป็นทางการเฉพาะคดี (Case by case basis) ไม่สามารถกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปที่แน่นอนได้ (Great degree sui generis) อันทำให้เกิดความไม่แน่นอนและคู่ความก็ไม่อาจคาดเดาผลของคดีได้อีกด้วย จึงทำให้ในระยะต่อมาศาลเริ่มปรับเปลี่ยนแนวทางการปรับใช้จากการพิจารณาปัจจัยหรือรายการสำหรับตรวจสอบจำนวนมาก มาเป็นการพิจารณาถึงหลักเกณฑ์การทดสอบความสมดุลระหว่างทุกฝ่าย (Balancing test)⁷⁹ โดยผู้เขียนขอแยกพิจารณาถึงหลักเกณฑ์การปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทดังนี้

ก) หลักเกณฑ์จากคดีในช่วงก่อนใช้บังคับประมวลกฎหมายล้มละลาย

ในช่วงแรกของการปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทนับตั้งแต่คดี Fish v. East และ Sampsell v. Imperial Paper & Color Corp. เป็นต้นมานั้น ศาลจะอาศัยหลักการต่างๆ ภายใต้กฎหมายว่าด้วยบริษัทจำกัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการ Instrumentality หลักการ Alter ego และหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท เป็นรากฐานที่จะนำไปสู่การปรับใช้มาตรการรวม

⁷⁸ Timothy E. Graulich, "Substantive consolidation-a post-modern trend," *American Bankruptcy Institute Law Review* 14 (2006): 539.

⁷⁹ Andrew Brasher, "Substantive consolidation: A critical examination," Program on Corporate Governance. Harvard Law School's research programs and centers, 2006. (Online), pp. 8-9.

ทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท โดยศาลจะพิจารณาถึงปัจจัยประการต่างๆ ตามแนวทางของหลักการข้างต้น ว่าบริษัทในเครือมีลักษณะที่ขาดความมีสภาพนิติบุคคลหรือมีฐานะเป็นเพียงเครื่องมือหรือตัวแทนของบริษัทหนึ่งหรือไม่ ปัจจัยดังกล่าวได้แก่⁸⁰

1. บริษัทแม่ถือหุ้นทั้งหมดหรือส่วนใหญ่ของบริษัทลูก
2. บริษัทแม่และบริษัทลูกมีคณะกรรมการและพนักงานร่วมกัน
3. บริษัทแม่ให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่บริษัทลูก
4. บริษัทแม่เป็นผู้จดทะเบียนจัดตั้งหรือก่อตั้งบริษัทลูก
5. บริษัทแม่จัดตั้งบริษัทลูกให้ดำเนินกิจการ โดยใช้ทุนต่ำเกินสมควร
6. บริษัทแม่เป็นผู้ชำระเงินค่าตอบแทนพนักงานของบริษัทลูก หรือชำระค่าใช้จ่ายและค่าเสียหายของบริษัทลูก
7. บริษัทลูกขาดการประกอบธุรกิจที่อิสระ
8. บริษัทแม่ถือเสมือนหนึ่งว่าบริษัทลูกมีสถานะเป็นหน่วยงานหนึ่งของบริษัทแม่
9. บริษัทแม่มีอำนาจควบคุมคณะกรรมการหรือคณะผู้บริหารงานของบริษัทลูก
10. บริษัทแม่ไม่ให้ความสำคัญแก่รูปแบบหรือพิธีการอันเกี่ยวกับความเป็นนิติบุคคลของบริษัท

ทั้งนี้ ศาลในคดีต่างๆ อาจพิจารณาและให้ความสำคัญปัจจัยเหล่านี้แตกต่างกันออกไป เช่น ในคดี *Fish v. East* ศาลพิจารณาปัจจัยข้างต้นทั้งหมด แต่ศาลในคดี *Re Vecco Const. Industries Inc.* ศาลพิจารณาเพียงแค่ 7 ประการแรกเท่านั้น เป็นต้น⁸¹ อย่างไรก็ตาม เราอาจกล่าวได้ว่า โดยทั่วไปแล้วศาลจะนำเอามาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทมาใช้ก็ต่อเมื่อคดีสามารถปรับใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทได้⁸² ดังที่ศาลในคดี *Stone v. Each*⁸³ หรือ *Re Tip Top Tailors Inc.*

⁸⁰ J. Maxwell Tucker, "Grupo mexicano and the death of substantive consolidation," *American Bankruptcy Institute Law Review* 8 (2000): 428.

⁸¹ Andrew Brasher, "Substantive consolidation: A critical examination," Program on Corporate Governance, Harvard Law School's research programs and centers, 2006. (Online), p.8.

⁸² Joy Flowers Conti, "An analytical model for substantive consolidation of bankruptcy cases," *The Business Lawyer (American Bar Association)* 38 (1982): 855.

⁸³ 127 F.2d 284 (1942)

ได้กล่าวว่า เมื่อพิจารณาเหตุการณ์ต่างๆ แล้ว และเพื่อความเป็นธรรมแก่เจ้าหนี้ เห็นสมควรที่จะไม่รับรู้สภาพนิติบุคคลของบริษัททั้งหลายและให้รวมคดีล้มละลายเข้ากันเพื่ออนุญาตให้เจ้าหนี้ของบริษัททั้งสองรวมเข้ากันเป็นหนึ่งเดียวและได้รับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินรวม

จนกระทั่งในช่วงปีค.ศ. 1966 ศาลอุทธรณ์ประจำภาคที่ 2 (The Second Circuit Court) ได้นำความเปลี่ยนแปลงมาสู่มาตรฐานดังกล่าวเป็นครั้งแรกในคดี *Chemical Bank N.Y. Trust Co. v. Kheel* โดยได้นำเอาประเด็นเกี่ยวกับการปะปนกันซึ่งทรัพย์สินและหนี้สินอย่างเหนียวแน่น (*Hopeless commingling of assets and liabilities*) มาเป็นหลักเกณฑ์ในการทดสอบและปรับใช้มาตรฐานรวมทรัพย์สินและหนี้สิน โดยมิได้อาศัยหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทเป็นครั้งแรก อันนำมาซึ่งความเปลี่ยนแปลงและพัฒนาการอย่างสำคัญของมาตรฐานรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทในเวลาต่อมาในคดีต่างๆ เช่น คดี *Flora Mir Candy Corp. v. R.S. Dickson & Co.* หรือ *Re Flora Mir Candy Corp.* และคดี *James Talcott Inc. v. Wharton* หรือ *Re Continental Vending Mach. Corp.* จนกระทั่งผู้พิพากษา Babbitt ในคดี *Re Commercial Envelope Manufacturing Co.* ได้กล่าวถึงมาตรฐานรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทว่า มาตรฐานรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทนั้น ได้กลายเป็นรากฐานสำคัญส่วนหนึ่งของกระบวนการทางกฎหมายล้มละลาย (*Part of the warp and woof of the fabric of bankruptcy process*) ที่เกี่ยวกับลูกหนี้ที่มีความเกี่ยวพันกันไปแล้ว แม้จะมีการนำมาใช้อย่างจำกัดก็ตาม⁸⁴

ข) หลักเกณฑ์จากคดี *Re Auto-Train Corp.*

ในปีค.ศ. 1987 ศาลอุทธรณ์ประจำภาคโคลัมเบีย (United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit) ได้พิพากษาคดีสำคัญคดีหนึ่งคือ *Drabkin v. Midland-Ross Corp.* หรือ *Re Auto-Train Corp.*⁸⁵ ที่วางหลักเกณฑ์การปรับใช้มาตรฐานรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท ซึ่งได้รับการยอมรับและนำไปอ้างอิงโดยศาลแห่งอื่นที่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับการปรับใช้มาตรฐานดังกล่าวมากที่สุดแนวทางหนึ่ง โดยคดีดังกล่าวได้วางหลักเกณฑ์การทดสอบความสมดุลระหว่างทุก

⁸⁴ J. Maxwell Tucker, "Grupo mexicano and the death of substantive consolidation," *American Bankruptcy Institute Law Review* 8 (2000): 432.

⁸⁵ 810 F.2d 270 (D.C. Cir 1987)

ฝ่าย (Balancing test) ซึ่งมีหลักว่า ผู้ที่เสนอให้ใช้มาตรการดังกล่าวจะต้องแสดงให้เห็นได้ถึงองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ⁸⁶

1. ความมีตัวตนเป็นหนึ่งเดียวกันอย่างสำคัญ (Substantial identity) ในระหว่างบริษัทลูกหนึ่งทั้งหลายที่จะรวมทรัพย์สินและหนี้สินเข้าด้วยกัน โดยอาศัยการพิจารณาจากปัจจัยต่างๆ ตัวอย่างเช่น⁸⁷
 - ก. การขาดความสามารถที่จะดำเนินกิจการได้ด้วยตนเอง (Stand alone business)
 - ข. การพิจารณาจากปัจจัยในคดี Re Vecco Const. Industries Inc. อันได้แก่
 - (1) รายงานทางการเงินหรืองบการเงินรวมของ (Presence of consolidated financial statements) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการพิจารณาของเจ้าหนี้ว่าให้ความสำคัญแก่รายงานดังกล่าวมากน้อยเพียงใด
 - (2) การรวมกันของผลประโยชน์และความเป็นเจ้าของ (Unity of interests and ownership) ระหว่างบริษัททั้งหลาย
 - (3) การค้ำประกันหรือให้สินเชื่อกัน (Intercorporate guarantees or loans) ซึ่งแสดงให้เห็นได้ว่าเจ้าหนี้มีได้อาศัยเฉพาะการพิจารณาถึงฐานะและความน่าเชื่อถือของบริษัทลูกหนึ่งเพียงแห่งเดียวเท่านั้น
 - (4) ความยากง่ายในการแยกแยะทรัพย์สินและหนี้สินของแต่ละบริษัท
 - (5) การโอนทรัพย์สินระหว่างกันโดยมิได้ปฏิบัติตามรูปแบบหรือขั้นตอนทางกฎหมาย
 - (6) การปะปนกันซึ่งทรัพย์สินและกิจการ
 - (7) ความสามารถในการหากำไรของแต่ละกิจการ
2. ความจำเป็นที่จะต้องใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทเพื่อป้องกันไม่ให้ความเสียหายบางประการ (Avoid some harm) หรือเพื่อให้เกิดประโยชน์บางประการ (Realize some benefit) ตัวอย่างเช่น
 - ก. เพื่อให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับชำระหนี้ในอัตราส่วนที่มากขึ้นกว่าเดิม

⁸⁶ James H.M. Sprayregen, Jonathan P. Friedland, and Jeffrey W. Gettleman, "The sum and substance of substantive consolidation," *Norton Annual Survey of Bankruptcy Law* 1 (2006): 6.

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 6-10.

- ข. เพื่อลดหรือขจัดค่าใช้จ่ายและเวลาที่ต้องใช้ในการแยกแยะทรัพย์สินและหนี้สินของบริษัทต่างๆ ที่ปะปนเข้ากันอย่างมีอาจแยกแยะได้ (Hopeless financial entanglement)
- ค. เพื่อให้เป็นไปตามความคาดหวังและความเข้าใจของเจ้าหนี้ (Creditors' expectation) ทั้งหลายที่ได้ติดต่อและพิจารณาบริษัทลูกหนี้ต่างๆ รวมกันเป็นหนึ่งเดียว

หากฝ่ายผู้เสนอหรือร้องขอสามารถพิสูจน์แสดงได้ดังนี้แล้ว ย่อมเป็นที่สันนิษฐานเบื้องต้น (Prima facie case) ได้ว่าบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายมิได้พิจารณาหรืออาศัยแค่ฐานะและความน่าเชื่อถือของลูกหนี้เพียงรายหนึ่งรายเดียวเท่านั้น เป็นผลให้ภาระการพิสูจน์กลับไปตกอยู่กับเจ้าหนี้ผู้คัดค้านการใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทในอันที่จะต้องแสดงให้เห็นได้ว่า

1. เจ้าหนี้ผู้คัดค้านได้พิจารณาและอาศัยเฉพาะแต่ฐานะและความน่าเชื่อถือของลูกหนี้ของตนเพียงรายเดียวเท่านั้น (Separate credit) และ
2. เจ้าหนี้ผู้คัดค้านจะได้รับความเสียหายจากมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท (Prejudiced by substantive consolidation)

หากเจ้าหนี้ผู้คัดค้านสามารถแสดงให้เห็นได้ดังกล่าวย่อมเป็นอันสามารถหักล้างข้อสันนิษฐานเบื้องต้นดังกล่าวได้ อย่างไรก็ดี ศาลยังคงมีอำนาจที่จะมีคำสั่งให้รวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทได้หากว่าประโยชน์ที่จะได้รับจากรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทมีน้ำหนักและสำคัญยิ่งไปกว่าผลเสียหายอย่างมาก (Heavily outweigh the harm)

ค) หลักเกณฑ์จากคดี Re Augie/Restivo Baking Co. Ltd.

ในปีค.ศ. 1988 ศาลอุทธรณ์ประจำภาคที่ 2 (The Second Circuit Court of Appeals) ได้พิพากษาคดีสำคัญอีกครั้งหนึ่งในคดี Union Saving Bank v. Augie/Restivo Baking Co. หรือ Re Augie/Restivo Baking Co., Ltd.⁸⁸ โดยในคดีดังกล่าว บริษัท Augie's Baking Company Ltd. ได้กู้ยืมเงินจาก Union

⁸⁸ 860 F.2d 515 (1988)

Saving Bank โดยซื้อสังหาริมทรัพย์ รายการสินค้า เครื่องมือ และสิทธิเรียกร้องเป็นหลักประกันการกู้ยืม หลังจากนั้นได้มีการรวมกิจการกับบริษัท Restivo Brothers Bakers Inc. โดยได้โอนหุ้นทั้งหมดของบริษัท Augie's Baking Company Ltd. แลกเปลี่ยนกับหุ้นจำนวนกึ่งหนึ่งของบริษัท Restivo Brothers Bakers Inc. โดยที่เจ้าหนี้ Union Saving Bank มิได้รู้ถึงการรวมกิจการดังกล่าว ต่อมาบริษัท Augie's Baking Company Ltd. ได้หยุดดำเนินกิจการไปแต่ยังมีได้จดทะเบียนเลิกบริษัท ส่วนบริษัท Restivo Brothers Bakers Inc. ได้เปลี่ยนชื่อเป็นบริษัท Augie/Restivo Baking Co. และเป็นผู้ดำเนินกิจการแต่ผู้เดียว บริษัท Augie/Restivo Baking Co. ได้กู้ยืมเงินจาก Manufacturers Hanover Trust Company โดยอาศัยการค้ำประกันและหลักทรัพย์จากบริษัท Augie's Baking Company Ltd. ในที่สุดเมื่อเดือนเมษายน ค.ศ. 1986 บริษัท Augie/Restivo Baking Co. และบริษัท Augie's Baking Company Ltd. ได้ยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการภายใต้ Chapter 11 หลังจากที่ศาลได้มีคำสั่งให้รวมคดีทั้งสองเพื่อประโยชน์แก่กระบวนการพิจารณาหรือให้บริหารจัดการคดีร่วมกันแล้ว ลูกหนี้ทั้งสองได้ยื่นคำร้องขอให้มีการค้ำประกันทรัพย์สินและหนี้สินของบริษัททั้งสองตามแผนฟื้นฟูกิจการที่ให้ขายกิจการทั้งหมดให้แก่บริษัท Leon's Bakery โดย Union Saving Bank เจ้าหนี้เพียงรายเดียวของบริษัท Augie's Baking Company Ltd. คัดค้านคำร้องดังกล่าว แต่ศาลล้มละลายมีคำสั่งให้รวมทรัพย์สินและหนี้สินของบริษัททั้งสองเข้าด้วยกัน⁸⁹

Union Saving Bank จึงอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อศาลอุทธรณ์ประจำภาคที่ 2 (Second Circuit) ศาลอุทธรณ์ได้พิจารณาแล้วเห็นว่าคดีไม่มีเหตุอันควรให้รวมทรัพย์สินและหนี้สินของบริษัททั้งสอง จึงให้กลับคำสั่งดังกล่าวของศาลล้มละลาย⁹⁰ ซึ่งศาลได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สิน โดยใช้หลักเกณฑ์การทดสอบ 2 ด้าน (Two-prong test) กล่าวคือ⁹¹

1. การพิจารณาว่าบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายได้ติดต่อและพิจารณาบริษัทลูกหนี้ทั้งหลายเสมือนหนึ่งว่าเป็นหน่วยเศรษฐกิจเดียวหรือไม่ และมีได้อาศัยความเป็นนิติบุคคลที่แยกออกจาก

⁸⁹ Robert Schupp, "Substantive consolidation: The evolution and use of an equitable power," *Comparative Law Journal* 96, 4 (1991): 425-427.

⁹⁰ James H.M. Sprayregen, Jonathan P. Friedland, and Jeffrey W. Gettleman, "The sum and substance of substantive consolidation," *Norton Annual Survey of Bankruptcy Law* 1 (2006): 4.

⁹¹ Bruce H. White and William L. Medford, "Substantive consolidation redux: Owens corning," *American Bankruptcy Institute Journal* 24, 9 (Nov 2005): 30.

กันของแต่ละบริษัทในการพิจารณาให้สินเชื่อ (Whether creditors dealt with the entities as a single economic unit and did not rely on their separate identity in extending credit) หรือ

2. การพิจารณาว่าสภาพกิจการของลูกหนี้ทั้งหลายนั้นมีลักษณะเชื่อมโยงและเกี่ยวพันกันจนเป็นผลให้การปรับใช้ซึ่งมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินระหว่างกันจักก่อให้เกิดประโยชน์แก่บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายหรือไม่ (Whether the affairs of the debtors are so entangled that consolidation will benefit all creditors)

ดังนี้แล้ว ศาลจึงพิจารณาต่อไปว่า ในส่วนของหลักเกณฑ์ประการแรกนั้นกรณีเป็นที่เห็นได้ชัดว่า Union Saving Bank อาศัยการพิจารณาเฉพาะฐานะและความน่าเชื่อถือของบริษัท Augie's Baking Company Ltd. เพียงบริษัทเดียวเท่านั้น ทั้งยังไม่ได้รับรู้ถึงการรวมกิจการของบริษัทลูกหนี้ทั้งสองแต่อย่างใด ศาลจึงไม่มีอำนาจที่จะมีคำสั่งให้รวมทรัพย์สินและหนี้สินของบริษัทลูกหนี้ทั้งสองอันจะเป็นทำลายสิ่งซึ่งเจ้าหนี้รายนี้คาดหวังจากการทำสัญญาให้สินเชื่อ ในส่วนของหลักเกณฑ์ประการที่สอง การพิจารณาว่าสภาพกิจการของลูกหนี้ทั้งหลายนั้นมีลักษณะเชื่อมโยงและเกี่ยวพันกันจนเป็นผลให้การปรับใช้ซึ่งมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินระหว่างกันจักก่อให้เกิดประโยชน์แก่บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาว่าเวลาและค่าใช้จ่ายที่จะต้องเสียไปให้การแยกแยะกิจการ ทรัพย์สิน และหนี้สินของลูกหนี้ทั้งหลายจะพึงเป็นจำนวนมากจนกระทบต่อการชำระหนี้ให้แก่อย่างมาก หรือเป็นกรณีที่มีการแยกแยะดังกล่าวอย่างถูกต้องครบถ้วนไม่อาจจะกระทำได้นั้น ในกรณีของลูกหนี้ทั้งสองนี้คงเป็นแค่เพียงเกิดความลำบากในการแยกแยะทรัพย์สินและหนี้สินของบริษัทลูกหนี้ทั้งสองเท่านั้น ไม่เพียงพอต่อการปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สิน⁹²

ง) หลักเกณฑ์จากคดี Re Owens Corning

หลักเกณฑ์การปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทนับตั้งแต่ช่วงที่มีการประกาศใช้บังคับประมวลกฎหมายล้มละลายเป็นต้นมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักเกณฑ์จากคดี Re Auto-

⁹² Robert Schupp, "Substantive consolidation: The evolution and use of an equitable power," *Comparative Law Journal* 96, 4 (1991): 427.

Train Corp. ดังกล่าวข้างต้นนั้น ทั้งนักวิชาการหลายท่าน และศาลต่างก็ถือกันว่าเป็นหลักเกณฑ์แนวใหม่ (Modern trend) ที่ลดทอนข้อจำกัดของการปรับใช้มาตรการดังกล่าว (Liberal trend) เช่น ศาลในคดี Eastgroup Properties v. Southern Motel Assoc. Ltd.⁹³ และคดี Re Vecco Construction Industries Inc.⁹⁴ ต่างก็กล่าวตรงกันว่า แนวทางใหม่การปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทที่ลดทอนข้อจำกัดของการปรับใช้มาตรการดังกล่าวลงนั้นเป็นการแสดงความยอมรับของศาลต่อการใช้โครงสร้างบริษัทหลายบริษัทที่มีความสัมพันธ์กัน โดยให้บริษัทลูกดำเนินกิจการภายใต้การควบคุมอย่างใกล้ชิดของบริษัทแม่ที่ปรากฏมีใช้กันอย่างแพร่หลาย ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ทั้งด้านธุรกิจและด้านภาษี

อย่างไรก็ดี แนวทางใหม่ดังกล่าวนี้กลับไม่ได้รับการยอมรับจากศาลบางแห่งเช่นกัน เช่น ในคดี Re World Access Inc. ที่ศาลได้แสดงถึงความเคลือบแคลงในการปรับใช้แนวทางดังกล่าว (This Court is skeptical of the "liberal" trend) เป็นต้น ล่าสุดศาลอุทธรณ์ประจำภาคที่ 3 (The Third Circuit Court of Appeals) ได้มีคำตัดสินในคดีสำคัญอีกคดีหนึ่งซึ่งแสดงให้เห็นถึงการปรับเปลี่ยนแนวทางดังกล่าว รวมทั้งได้วางหลักเกณฑ์สำคัญในการปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทไว้ อีกคดีหนึ่ง ในคดี Credit Suisse First Boston v. Owens Coming หรือ Re Owens Coming⁹⁵

ในคดีดังกล่าวกลุ่มบริษัท Owens Coming นั้นเป็นกลุ่มบริษัทที่ประกอบกิจการเกี่ยวกับเส้นใยแก้วสังเคราะห์ (Fiberglass) และวัสดุที่ใช้ในการก่อสร้าง มีโครงสร้างกิจการที่ซับซ้อนและมีบริษัทลูกจำนวนมากที่จัดตั้งขึ้นเพื่อประโยชน์ด้านต่างๆ บริษัท Owens Coming ได้ขอสินเชื่อจากกลุ่มธนาคารพาณิชย์โดยมีธนาคาร Credit Suisse First Boston เป็นธนาคารแกนนำ ต่อมาในปีค.ศ. 1997 กลุ่มบริษัทดังกล่าวได้ประสบกับปัญหาความรับผิดชอบเพื่อละเมิดอันเกิดจากรั่วใยหิน (Asbestos tort liability) อย่างหนักที่มีจำนวนค่าเสียหายถึงประมาณ 7 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ และทำให้ถูกจัดอันดับความน่าเชื่อถือ

* ตัวอย่างโปรดดู J. Maxwell Tucker, "Grupo mexicano and the death of substantive consolidation," *American Bankruptcy Institute Law Review* 8 (2000): 433. หรือ Timothy E. Graulich, "Substantive consolidation-a post-modern trend," *American Bankruptcy Institute Law Review* 14 (2006): 546-547.

⁹³ 935 F.2d 245 (1991)

⁹⁴ 4 B.R. 407 (1980)

⁹⁵ 419 F.3d 195 (2005)

ไว้ในระดับต่ำ อันนำมาซึ่งปัญหาทางการเงินอย่างรุนแรง⁹⁶ จนในที่สุดเมื่อปีค.ศ. 2000 บริษัท Owens Coming พร้อมกับบริษัทลูกอีก 17 บริษัทจึงได้ยื่นคำร้องขอฟื้นฟูกิจการภายใต้ Chapter 11 ต่อศาลล้มละลายมลรัฐเดลาแวร์ (Delaware) และเมื่อเดือนมกราคม ค.ศ. 2003 ลูกหนี้ได้เสนอแผนฟื้นฟูกิจการซึ่งกำหนดให้ใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทโดยเสมือนไว้ในแผน เพื่อรวมทรัพย์สินและหนี้สินของบริษัทลูกหนี้ทั้งหลาย และรวมไปถึงบริษัทย่อยซึ่งมิได้เป็นลูกหนี้ในคดีดังกล่าวด้วย (Non-debtor subsidiaries) ซึ่งจะเป็นผลให้ยกเลิกการค้ำประกันระหว่างกันของบริษัททั้งหลาย รวมทั้งยกเลิกบุริมสิทธิต่างๆ ของกลุ่มธนาคารพาณิชย์ เพื่อให้เจ้าหนี้ทุกรายทั้งที่เป็นธนาคารพาณิชย์และเจ้าหนี้ละเมิดสามารถได้รับชำระหนี้ตามส่วนอย่างเสมอภาคทั่วหน้ากัน (*pari passu*)⁹⁷

ศาล District Court of Delaware ได้ตัดสินประเด็นเกี่ยวกับการปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทโดยอาศัยหลักเกณฑ์ในคดี Re Auto-Train Corp. แล้วเห็นว่าคดีมีกรณีอันสมควรแก่การปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทลูกหนี้ทั้งหลายตามแผนฟื้นฟูกิจการ⁹⁸ แต่ศาลอุทธรณ์ประจำภาคที่ 3 กลับคำตัดสินดังกล่าว โดยได้กล่าวถึงหลักการสำคัญ 5 ประการที่ศาลพึงต้องให้ความสำคัญในการพิจารณาปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทได้แก่⁹⁹

1. การกำหนดความรับผิดชอบระหว่างกันของบริษัทอย่างมีขอบเขต (Limiting cross-creep of liability) ที่จำกัดถือเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญ (Fundamental ground rule) ดังนั้นตามกฎหมายมลรัฐและประมวลกฎหมายล้มละลาย ศาลจะต้องให้ความเคารพแก่สภาพนิติบุคคลของบริษัท (Entity separateness) ยกเว้นแต่สภาวะการณ์บีบบังคับเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม (Compelling circumstances calling equity) และเมื่อนั้นเองที่จะนำมาตราการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทมาใช้บังคับได้

⁹⁶ Andrew Brasher, "Substantive consolidation: A critical examination," Program on Corporate Governance, Harvard Law School's research programs and centers, 2006. (Online), p. 47.

⁹⁷ William S. Katchen and Michael F. Hahn, "Lessons on substantive consolidation: Third circuit reverses order substantively consolidating owens coming.," New Jersey Law, 2005. (Online), pp. 1-2.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Timothy E. Graulich, "Substantive consolidation-a post-modern trend," American Bankruptcy Institute Law Review 14 (2006): 561-562.

2. ความเสียหายที่จะต้องใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทเพื่อป้องกันมิให้เกิดขึ้นนั้นจักต้องเป็นความเสียหายอันเกิดขึ้นจากลูกหนี้หรือบริษัทที่ลูกหนี้มีอำนาจควบคุมซึ่งมิได้ให้ความเคารพแก่สภาพนิติบุคคลของบริษัทเท่านั้น ความเสียหายที่จะพึงเกิดขึ้นจากเจ้าหนี้นั้น มีบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายล้มละลายกำหนดมาตรการเพื่อเยียวยาไว้เป็นการเฉพาะอยู่แล้ว
3. ถ้าพึงแต่เพียงประโยชน์เพื่อการบริหารจัดการคดี (Mere benefit to the administration of the case) ที่จะได้รับจากมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท แทบจะไม่อาจถือเป็นความเสียหายที่จะต้องใช้มาตรการดังกล่าวมาเยียวยาแก้ไขได้เลย (Hardly calling substantive consolidation into play)
4. มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทจะไม่ถูกนำมาใช้อย่างพร่ำเพรื่อ (Rare) และใช้เป็นทางเยียวยาสุดท้ายหลังจากได้พิจารณามาตรการเยียวยาประการอื่นแล้ว และไม่เป็นที่เหมาะสมแก่คดี (One of last resort after considering and rejecting other remedies) ทั้งนี้ เนื่องจากมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทเป็นมาตรการที่รุนแรงอันอาจกระทบต่อสิทธิและการได้รับชำระหนี้ของเจ้าหนี้ อีกทั้งยังคงขาดหลักเกณฑ์ที่แน่นอน
5. มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทสามารถนำมาใช้ในเชิงป้องกันความเสียหายอันเกิดจากความเกี่ยวพันและยุ่งเหยิงของกิจการลูกหนี้ (Use defensively to remedy the identifiable harms caused by entangled affairs) แต่ไม่อาจนำมาใช้ในเชิงรุก (Offensively) เพื่อให้เกิดความเสียหายเปรียบของเจ้าหนี้ในเชิงกระบวนการตามแผนฟื้นฟูกิจการ หรือเปลี่ยนแปลงสิทธิของเจ้าหนี้ทั้งหลายได้

เมื่อพิจารณาถึงหลักการสำคัญทั้ง 5 ประการดังกล่าวแล้ว ศาลอุทธรณ์ประจำภาคที่ 3 จึงได้วางหลักเกณฑ์การทดสอบการปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท โดยปรับเปลี่ยนจากหลักเกณฑ์ในคดี *Re Augie/Restivo Baking Co. Ltd.* และคดี *Re Auto-Train Corp.* ไว้ดังนี้ ผู้ที่เสนอให้ใช้มาตรการดังกล่าวจะต้องแสดงให้เห็นได้ถึงองค์ประกอบหรือเหตุผลสำคัญประการใดประการหนึ่ง กล่าวคือ¹⁰⁰

¹⁰⁰ William S. Katchen and Michael F. Hahn, "Lessons on substantive consolidation: Third circuit reverses order substantively consolidating Owens Corning," *New Jersey Law*, 2005. (Online), p. 3.

1. หลักเกณฑ์ช่วงก่อนมีคำร้องขอ คือ บริษัททั้งหลายได้ละเลยหรือมิได้ให้ความสำคัญแก่สภาพนิติบุคคลของบริษัทที่แยกออกจากกันจนถึงขนาดที่ทำให้บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายยึดถือให้สภาพการณ์ละเลยสภาพนิติบุคคลดังกล่าวและปฏิบัติโดยถือเสมือนหนึ่งว่าบริษัททั้งหลายเหล่านั้นเป็นบุคคลเดียวกัน (Pre-petition, the entities disregarded separateness so significantly that creditors relied on the breakdown of entity borders and treated them as one legal entity) หรือ
2. หลักเกณฑ์ช่วงหลังจากมีคำร้องขอ บรรดาทรัพย์สินและหนี้สินของบริษัทลูกหนี้ทั้งหลายมีลักษณะเกี่ยวพันกันอย่างยุ่งเหยิงจนถึงขนาดที่การแยกแยะทรัพย์สินจะเสียค่าใช้จ่ายมากเกินไปและเป็นที่เสียหายแก่เจ้าหนี้ทั้งปวง (Post-petition, the debtors' assets and liabilities are so scrambled that separating them is prohibitive and hurts all creditors)

ทั้งนี้ ในส่วนของหลักเกณฑ์ประการแรกนั้น มีข้อสันนิษฐานเบื้องต้น (*prima facie case*) ของหลักเกณฑ์ดังกล่าวเมื่อผู้เสนอให้ใช้มาตรการดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าสภาพการณ์ละเลยสภาพนิติบุคคลดังกล่าวทำให้เกิดความคาดหวังทางด้านสัญญาของเจ้าหนี้ว่าตนกำลังติดต่อกับลูกหนี้ทั้งหลายเสมือนหนึ่งว่าเป็นบุคคลเดียวกัน (Corporate disregard creating contractual expectations of creditors that they were dealing with debtors as one indistinguishable entity) โดยเจ้าหนี้ผู้คัดค้านการใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทสามารถหักล้างข้อสันนิษฐานเบื้องต้นดังกล่าวได้โดยพิสูจน์ว่าเจ้าหนี้ผู้คัดค้านจะได้รับความเสียหายจากมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทอย่างร้ายแรง และตนได้พิจารณาและอาศัยเฉพาะแต่ฐานะและความน่าเชื่อถือของลูกหนี้ของตนเพียงรายเดียวเท่านั้น (They are adversely affected and actually relied on debtors' separate existence)¹⁰¹

นอกจากนี้ ศาลยังมีความเห็นเกี่ยวกับมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทต่อไป อีกด้วยว่า ศาลไม่เห็นด้วยกับแนวทางการปรับใช้ถือกันว่าเป็นหลักเกณฑ์แนวใหม่ (Modern trend) ที่ลดทอนข้อจำกัดของการปรับใช้มาตรการดังกล่าว (Liberal trend) และการพิจารณาปรับใช้มาตรการดังกล่าวโดยอาศัยรูปแบบของการกำหนดปัจจัยหรือรายการสำหรับตรวจสอบถึงความเหมาะสมในการปรับใช้มาตรการดังกล่าว (Reliance on factors) มักจะทำให้คู่ความหลงประเด็นไปจากประเด็น เหตุผล

¹⁰¹ Douglas P. Bartner et al., "Substantive consolidation rejected by third circuit in chapter 11 cases of Owens coming and its subsidiaries," *Bankruptcy & Reorganization Publications*, 2005. (Online), p. 2.

หรือหลักการที่สำคัญของมาตรการดังกล่าว และยังไม่สามารถแยกปัจจัยที่สำคัญออกจากปัจจัยที่ไม่สำคัญได้ นอกจากนี้ ประโยชน์ที่พึงได้จากการปรับใช้มาตรการดังกล่าวนั้นจะต้องมาจากผลของการประหยัดค่าใช้จ่ายทั้งหลายที่จะต้องใช้ในกระบวนการต่างๆ มิใช่เป็นประโยชน์ของเจ้าหนี้กลุ่มหนึ่งกลุ่มใดโดยเป็นภาระต้นทุนของเจ้าหนี้อีกกลุ่มหนึ่ง¹⁰²

ดังนั้นแล้ว เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงของคดีประกอบกับหลักเกณฑ์ข้างต้นแล้วศาลจึงเห็นว่า คดีนี้อาจนำเอามาตรการดังกล่าวมาใช้บังคับได้เนื่องจากคดีไม่ปรากฏว่าได้ละเลยหรือมิได้ให้ความสำคัญแก่สภาพนิติบุคคลของบริษัทที่แยกออกจากกัน และเจ้าหนี้ยังคงมีอิสระที่ใช้วิธีการใดก็ได้ในการพิจารณาเพื่อให้สินเชื่อแก่ลูกหนี้ทราบเท่าที่การพิจารณาดังกล่าวยังคงอยู่บนพื้นฐานของความเป็นอยู่ของสภาพนิติบุคคลที่แยกออกจากกันของแต่ละบริษัท และในส่วนของหลักเกณฑ์ประการที่สองนั้น คดีก็ไม่ปรากฏหลักฐานว่ากิจการบรรดาทรัพย์สินและหนี้สินของบริษัทลูกหนี้ทั้งหลายมีลักษณะเกี่ยวพันกันอย่างยุ่งเหยิงจนถึงขนาดที่การแยกแยะทรัพย์สินจะเสียค่าใช้จ่ายมากเกินไปและเป็นที่เสียหายแก่เจ้าหนี้ทั้งปวงแต่อย่างใด¹⁰³ แม้จะปรากฏว่าคงมีความไม่ถูกต้องข้อมูลและบัญชีอันอาจเป็นอุปสรรคต่อการแยกแยะซึ่งทรัพย์สินและหนี้สินอยู่บ้าง แต่ยังไม่เพียงพอต่อการใช้มาตรการดังกล่าว นอกจากนี้ ความไม่ถูกต้องของข้อมูลทางบัญชีระหว่างบริษัทนั้นมีใช้สิ่งที่ผิดปกติในบริษัทที่มีโครงสร้างกิจการขนาดใหญ่และสลับซับซ้อน¹⁰⁴

แนวทางการพิจารณาของศาลอุทธรณ์ประจำภาคที่ 3 นี้ทำให้เกิดความเห็นจากนักวิชาการที่หลากหลาย บางท่านก็เห็นว่าเป็นการปรับปรุงและเพิ่มเติมหลักเกณฑ์จากหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในคดี *Re Auto-Train Corp.* และคดี *Re Augie/Restivo Baking Co., Ltd.* ที่จะเป็นการเพิ่มภาระการพิสูจน์ให้แก่ฝ่ายที่เสนอให้ใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทให้มากขึ้น¹⁰⁵ บ้างก็เห็นว่าแม้จะมีการเปลี่ยนแปลงอย่างสิ้นเชิงและบางส่วนยังเป็นเพียงการกล่าวทวนซ้ำ (Restate) แต่หลักเกณฑ์ของศาล

¹⁰² Timothy E. Graulich, "Substantive consolidation-a post-modern trend," *American Bankruptcy Institute Law Review* 14 (2006): 561-562.

¹⁰³ William S. Katchen and Michael F. Hahn, "Lessons on substantive consolidation: Third circuit reverses order substantively consolidating owens coming," *New Jersey Law*, 2005. (Online), p. 3.

¹⁰⁴ Douglas P. Bartner et al., "Substantive consolidation rejected by third circuit in chapter 11 cases of owens coming and its subsidiaries," *Bankruptcy & Reorganization Publications*, 2005. (Online), p. 3.

¹⁰⁵ *Ibid.*

ได้กำหนดกรอบการปรับใช้มาตรการดังกล่าวในลักษณะที่จำกัดมากขึ้นกว่าเดิม (Raise the bar for substantively consolidating)¹⁰⁶ บางท่านเห็นว่าไม่น่าจะมีเหตุผลอะไรที่จำกัดการปรับใช้มาตรการดังกล่าวไว้แต่เฉพาะกรณีที่มีความเสียหายปรากฏขึ้นเท่านั้น โดยละเลยกรณีที่มีการปรับใช้มาตรการดังกล่าวทำให้เจ้าหนี้อย่างน้อยที่สุดรายหนึ่งได้รับประโยชน์ขณะที่เจ้าหนี้ทั้งหลายรายอื่นมิได้เสียประโยชน์อย่างใดเลย¹⁰⁷ บางท่านถึงขั้นมองว่าเป็นการทำลายมาตรการดังกล่าวเลยทีเดียวเนื่องจากหลักเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นนั้นมีความเคร่งครัดมากจนไม่อาจมีคดีที่จะพึงต้องด้วยเงื่อนไขได้เลยในทางปฏิบัติ (Test can never be satisfied and will invariably result in denial of a motion for substantive consolidation)¹⁰⁸ อย่างไรก็ดี บางท่านก็เห็นว่าแนวทางดังกล่าวจะเป็นการปฏิเสธแนวทางใหม่ที่ลดทอนข้อจำกัดของการปรับใช้มาตรการดังกล่าว (Liberal trend) และทำให้แนวทางการปรับใช้มาตรการดังกล่าวเข้มงวดมากขึ้นอันจะก่อให้เกิดความชัดเจนในการปรับใช้และช่วยรักษามาตรการดังกล่าวไว้จากปัญหาเกี่ยวกับฐานอำนาจทางกฎหมายและนำมาตรการดังกล่าวมาปรับใช้แก่กรณีที่เหมาะสมจริงๆ เท่านั้น¹⁰⁹

จ) แนวการยอมรับหลักเกณฑ์ของศาล

เนื่องจากประมวลกฎหมายล้มละลายมิได้บัญญัติรับรองถึงมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท หรือกำหนดถึงหลักเกณฑ์การปรับใช้ซึ่งมาตรการดังกล่าวไว้ ประกอบกับประเด็นเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การปรับใช้ดังกล่าวไม่เคยขึ้นสู่การพิพากษาของศาลสูงสุด จึงทำให้ในปัจจุบันยังไม่สามารถกำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นที่ยอมรับของศาลทุกแห่งในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ แม้ว่าหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในคดีทั้งสามดังกล่าวข้างต้นจะเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางและมีการนำไปปรับใช้โดยศาลหลายแห่ง รวมทั้งเป็นที่ยอมรับของนักวิชาการหลายท่าน แต่ก็มีอาจถือได้ว่าเป็นข้อ

¹⁰⁶ Bruce H. White and William L. Medford, "Substantive consolidation redux: Owens coming," *American Bankruptcy Institute Journal* 24, 9 (Nov 2005): 30.

¹⁰⁷ James H.M. Sprayregen, Jonathan P. Friedland, and Jeffrey W. Gettleman, "The sum and substance of substantive consolidation," *Norton Annual Survey of Bankruptcy Law* 1 (2006): 13.

¹⁰⁸ Seth D. Amera and Alan Kolod, "Substantive consolidation: Getting back to basics," *American Bankruptcy Institute Law Review* 14, 1 (2006): 38-46.

¹⁰⁹ Timothy E. Graulich, "Substantive consolidation-a post-modern trend," *American Bankruptcy Institute Law Review* 14 (2006): 546.

ผูกมัดว่าศาลทุกแห่งจะใช้แนวทางเดียวหรือแนวทางเดิมเสมอไป ดังจะเห็นได้จากการที่ศาลอุทธรณ์ประจำภาคต่างๆ มีแนวทางในการใช้หลักเกณฑ์การทดสอบเพื่อนำมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินมาปรับใช้แก่คดีที่แตกต่างกันออกไปซึ่งย่อมทำให้ศาลชั้นต้นประจำแต่ละภาคดังกล่าวมีแนวทางที่แตกต่างกันออกไปด้วยเช่นกัน กล่าวคือ¹¹⁰

1. ศาลอุทธรณ์ประจำภาคที่ 1 ยังคงใช้หลักเกณฑ์ในรูปแบบของการกำหนดปัจจัยหรือรายการสำหรับตรวจสอบ (Checklist or factors) ตามกำหนดปัจจัยทดสอบ 5 ประการ ที่ศาลดังกล่าวได้ตัดสินไว้ในคดี Pension Ben. Guar. Corp. v. Ouimet Corp.
2. ศาลอุทธรณ์ประจำภาคที่ 2 ใช้หลักเกณฑ์การทดสอบ 2 ด้าน (Two-prong test) ที่ปรากฏในคดี Union Saving Bank v. Augie/Restivo Baking Co. หรือ Re Augie/Restivo Baking Co., Ltd. อันโด่งดังที่ศาลดังกล่าวเป็นผู้วางหลักเกณฑ์ไว้
3. ศาลอุทธรณ์ประจำภาคที่ 3 ใช้หลักเกณฑ์ที่ปรากฏในคดีสำคัญอีกคดีหนึ่งในคดี Credit Suisse First Boston v. Owens Corning หรือ Re Owens Corning ที่ศาลแห่งนี้เป็นผู้กำหนดขึ้น
4. ศาลอุทธรณ์ประจำภาคที่ 4 ยังไม่มีการปรับใช้หรือยอมรับหลักเกณฑ์ใดๆ แต่ศาลล้มละลายในเขตดังกล่าวได้ตัดสินคดี Re Fas Mart Convenience Stores Inc. ที่มีการร้องขอให้ใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทโดยใช้หลักเกณฑ์การทดสอบ 2 ด้าน (Two-prong test) ที่ปรากฏในคดี Re Augie/Restivo Baking Co., Ltd.
5. ศาลอุทธรณ์ประจำภาคที่ 5 ยังไม่มีการปรับใช้หรือยอมรับหลักเกณฑ์ใดๆ
6. ศาลอุทธรณ์ประจำภาคที่ 7 ยังไม่มีการปรับใช้หรือยอมรับหลักเกณฑ์ใดๆ แต่ศาลล้มละลายในเขตดังกล่าวได้กล่าวไว้ในคดี Re World Access Inc. ว่าหลักเกณฑ์การทดสอบ 2 ด้าน (Two-prong test) ที่ปรากฏในคดี Re Augie/Restivo Baking Co., Ltd. มีความเหมาะสมมากกว่าหลักเกณฑ์การทดสอบความสมดุลระหว่างทุกฝ่าย (Balancing test) ที่ปรากฏในคดี Re Auto-Train Corp.
7. ศาลอุทธรณ์ประจำภาคที่ 8 ใช้หลักเกณฑ์ทดสอบ 3 ประการ (Three-factor test) ของตนเองที่วางหลักเกณฑ์ไว้ในคดี Re Giller

¹¹⁰ James H.M. Sprayregen, Jonathan P. Friedland, and Jeffrey W. Gettleman, "The sum and substance of substantive consolidation," *Norton Annual Survey of Bankruptcy Law* 1 (2006): 3.

8. ศาลอุทธรณ์ประจำภาคที่ 9 ใช้หลักเกณฑ์การทดสอบ 2 ด้าน (Two-prong test) ที่ปรากฏในคดี Re Augie/Restivo Baking Co., Ltd.
9. ศาลอุทธรณ์ประจำ D.C. Circuit ใช้หลักเกณฑ์การทดสอบความสมดุลระหว่างทุกฝ่าย (Balancing test) ที่ศาลแห่งนี้ได้วางหลักไว้ในคดี Re Auto-Train Corp.
10. ศาลอุทธรณ์ประจำภาคที่ 11 ใช้หลักเกณฑ์ที่ศาลได้กำหนดไว้ในคดี Eastgroup Properties v. Southern Motel Association Ltd. ที่คล้ายคลึงกับหลักเกณฑ์ในคดี Re Auto-Train Corp.

5) ข้อสังเกตจากคดี Grupo Mexicano de Desarrollo S.A. v. Alliance Bond Fund Inc. และผลต่อมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท

ในปีค.ศ. 1999 ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินคดีสำคัญ Grupo Mexicano de Desarrollo S.A. v. Alliance Bond Fund Inc.¹¹¹ ซึ่งแม้จะมีใช้คดีอื่นเกี่ยวกับมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทหรือกฎหมายล้มละลายโดยตรง แต่ก็มีข้อนำพิจารณาเกี่ยวกับฐานอำนาจการปรับใช้ซึ่งมาตรการนี้ กล่าวคือ บริษัท Grupo Mexicano de Desarrollo S.A. เป็นบริษัทเพื่อการถือครองหุ้น (Holding company) สัญชาติเม็กซิกันซึ่งดำเนินกิจการเกี่ยวกับการสร้างและดำเนินงานถนน Roadway ผ่านทางบริษัทลูกหลายบริษัท บริษัทดังกล่าวได้เข้าร่วมโครงการสัมปทานการสร้างถนนของรัฐบาลเม็กซิโก (Mexican governments Toll Road Concession Program) เพื่อเป็นการพัฒนาถนนทางหลวงต่างๆ โดยบริษัทได้ออกตราสาร Notes จำหน่ายให้แก่นักลงทุนสถาบันต่างๆ เพื่อจัดแหล่งเงินทุนทดแทนแหล่งเงินทุนเดิมที่มีอัตราดอกเบี้ยสูง อย่างไรก็ตาม บริษัทยังคงประสบปัญหาทางการเงินจนไม่อาจชำระดอกเบี้ยให้แก่ผู้ถือตราสารดังกล่าวได้ จนรัฐบาลเม็กซิโกต้องเข้ามาให้ความช่วยเหลือตามแผน Toll road rescue program โดยรัฐบาลจะออกตราสาร Notes ให้แก่บริษัทเพื่อให้ความช่วยเหลือในเงินค่าก่อสร้างและค่าใช้จ่ายอื่นๆ แต่ความช่วยเหลือดังกล่าวคงครอบคลุมแต่เพียงหนี้บางส่วนเท่านั้น ยังคงเหลือหนี้ตามตราสารที่บริษัทได้ออกให้นักลงทุนสถาบันซึ่งรวมถึง Alliance Bond Fund Inc. ด้วย บริษัทจึงทำการเจรจาประนอมหนี้กับนักลงทุนเหล่านี้ แต่การเจรจาดังกล่าวล้มเหลว ในขณะเดียวกัน

¹¹¹ 527 U.S. 308 (1999)

บริษัทได้ประกาศว่าบริษัทจะทำการโอนสิทธิเรียกร้องตามตราสารที่รัฐบาลเม็กซิโกออกให้เพื่อชำระหนี้ค่าภาษีอากรให้แก่รัฐบาล และค่าแรงงานให้แก่ลูกจ้าง¹¹²

การกระทำดังกล่าวจึงเป็นเหตุให้ Alliance Bond Fund Inc. ฟ้องคดีต่อศาล U.S. District Court for the Southern District of New York เรียกร้องให้บริษัทชำระหนี้ตามตราสาร รวมทั้งขอให้คุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษา (Preliminary injunction) ห้ามมิให้บริษัทโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวโดยกล่าวอ้างว่าบริษัทดังกล่าวอยู่ในสถานะใกล้จะล้มละลาย (At risk of insolvency) และการโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวยังเป็นการให้เปรียบแก่เจ้าหนี้เม็กซิกัน อีกทั้งยังทำให้ Alliance Bond Fund Inc. ไม่อาจบังคับตามสิทธิของตนได้หากมีคำพิพากษาให้ชนะคดี ศาลชั้นต้นพิจารณาแล้วเห็นชอบให้มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษาดังกล่าวโดยอาศัยอำนาจตามข้อกำหนดข้อที่ 65 ตาม Federal Rules of Civil Procedure ศาลอุทธรณ์ประจำภาคที่ 2 พิพากษายืนตามศาลชั้นต้น¹¹³

คดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาโดยมีประเด็นสำคัญว่าศาลชั้นต้นมีอำนาจในการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษาดังกล่าวหรือไม่ ศาลสูงสุดพิพากษาดำเนิน 5 ต่อ 4 เสียง ว่าศาลชั้นต้นไม่มีอำนาจดังกล่าวและกลับคำตัดสินของศาลอุทธรณ์ โดยเห็นว่า แม้อำนาจของศาลตามหลักความยุติธรรม (Equitable power) นั้นจะมีปรากฏและมีความปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ (Flexibility) แต่หลักการดังกล่าวหาใช่ว่าไม่มีขอบเขตจำกัดแต่อย่างใด หากแต่อำนาจดังกล่าวมีหลักการเดียวกับหลักอำนาจตามความยุติธรรม (Equity jurisdiction) ของศาล English Court of Chancery ในช่วงเวลาที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญและรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลยุติธรรม (The Judiciary Act 1789) ดังนั้น อำนาจใดที่ไม่ปรากฏตามหลักอำนาจตามความยุติธรรมในช่วงเวลาดังกล่าว ศาลย่อมขาดความชอบธรรมที่จะใช้อำนาจนั้น (“Equitable powers conferred by The Judiciary Act 1789 did not include the power to create remedies previously unknown to equity jurisprudence”) และแม้ว่าศาลจะมีฐานะเป็นศาลแห่งความยุติธรรม ศาลก็มิได้มีอำนาจที่จะกำหนดมาตรการฉุกเฉินหรืออะตอมนิเวศวิทยาท่างกฎหมายได้ (“Even when sitting as a court of equity, we have no authority to craft a nuclear weapon of the like the one advocated here”) อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาข้างน้อยไม่เห็นด้วย

¹¹² David B. Stratton, "Equitable remedies in bankruptcy court: Grupo mexicano, substantive consolidation and beyond," *American Bankruptcy Institute Journal* 22, 2 (March 2003): 24.

¹¹³ J. Maxwell Tucker, "Grupo mexicano and the death of substantive consolidation," *American Bankruptcy Institute Law Review* 8 (2000): 437-439.

กับการจำกัดอำนาจดังกล่าวของศาลไว้ยู่งแต่ในช่วงปีค.ศ. 1789 และเห็นว่าอาจก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการหลบเลี่ยงการบังคับตามคำพิพากษาของศาลได้¹¹⁴

ประเด็นสำคัญของผลจากคดีดังกล่าวที่เกี่ยวข้องกับฐานอำนาจการปรับใช้ซึ่งมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท คือ มาตรการดังกล่าวซึ่งโดยทั่วไปแล้วจะอาศัยบทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยอำนาจของศาล (Power of court) ในมาตรา 105 (a) ตามประมวลกฎหมายล้มละลายเป็นฐานอำนาจทางกฎหมาย ถือเป็นมาตรการอันเกิดขึ้นหลักอำนาจความยุติธรรม (Equitable remedy) อันต้องผูกพันตามผลของคดีดังกล่าวข้างต้นหรือไม่ นักกฎหมายหลายท่านเห็นตรงกันว่า¹¹⁵ มาตรการดังกล่าวโดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักเกณฑ์แนวใหม่ (Modern trend) ที่ลดทอนข้อจำกัดของการปรับใช้มาตรการดังกล่าว (Liberal trend) ถือเป็นมาตรการอันเกิดขึ้นหลักอำนาจความยุติธรรม ดังนั้น มาตรการดังกล่าวจึงไม่อาจดำรงอยู่ได้อีกต่อไปโดยผลของคดีดังกล่าว เนื่องจากอำนาจของศาลในปีค.ศ. 1789 ไม่มีอำนาจในการยุบรวมทรัพย์สินและหนี้สินระหว่างบุคคลหนึ่งกับบุคคลอื่นเพื่อประโยชน์ในการจัดสรรแบ่งชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย นอกจากนี้ หลักการและแนวคิดที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกัน (Separate entity approach or Entity principle) ยังคงมีอิทธิพลต่อกฎหมายในขณะนั้นอย่างมากยิ่งไปกว่านั้น ในช่วงเวลาดังกล่าว กฎหมายยังไม่อนุญาตให้บริษัทหนึ่งสามารถถือครองหุ้นของบริษัทอื่นได้ทั้งในประเทศอังกฤษ หรือสหรัฐอเมริกาเองก็ตาม¹¹⁶

อย่างไรก็ดี นักกฎหมายหลายท่านก็ไม่เห็นด้วยกับแนวคิดดังกล่าว นอกจากนี้ นักกฎหมายท่านหนึ่งได้กล่าวโต้แย้งความคิดที่เห็นว่าอำนาจของศาลในปีค.ศ. 1789 ไม่มีอำนาจในการยุบรวมทรัพย์สินและหนี้สินระหว่างบุคคลหนึ่งกับบุคคลอื่นว่า ในปีค.ศ. 1676 ศาล English Court of Chancery

¹¹⁴ Ibid., pp. 440-441.

¹¹⁵ J. Maxwell Tucker, "Grupo mexicano and the death of substantive consolidation," *American Bankruptcy Institute Law Review* 8 (2000): 442. และ Douglas G. Baird, "Substantive consolidation today," *Boston College Law Review* 47, 5 (2005): 20. และ Timothy E. Graulich, "Substantive consolidation-a post-modern trend," *American Bankruptcy Institute Law Review* 14 (2006): 557.

¹¹⁶ J. Maxwell Tucker, "Grupo mexicano and the death of substantive consolidation," *American Bankruptcy Institute Law Review* 8 (2000): 443-444.

* เช่น Ryan W. Johnson ในบทความชื่อ Preservation of Substantive Consolidation ใน *American Bankruptcy Institute Journal* เป็นต้น



ได้มีการใช้อำนาจลักษณะดังกล่าวในคดี *Brown & Naylor* ซึ่งศาลได้กล่าวถึงมาตรการทางเลือกที่จะยุบรวมบริษัทเข้ากับ ทรัสต์อีก 2 แห่ง (Alternate consolidated solution) เพื่อแบ่งสรรชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายจากกองทรัพย์สินรวม (The common pool) แม้ว่าในที่สุดแล้วศาลจะมีได้ใช้มาตรการดังกล่าว เนื่องจากเห็นว่าคดีมีความเกี่ยวข้องกับการฉ้อฉล (Taint of fraud) ก็ตาม¹¹⁷

ปัญหาสำคัญดังกล่าวอันมีผลต่อการพิจารณาฐานอำนาจทางกฎหมายของมาตรการดังกล่าวได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลเป็นครั้งแรกในคดี *Re Stone & Webster Inc.* ซึ่งลูกหนี้ในคดีนี้คือบริษัท *Stone & Webster* ซึ่งเป็นบริษัทแม่และเป็น Holding company พร้อมกับบริษัทลูกทั้งโดยตรงและโดยอ้อมอีกถึง 72 บริษัท คณะกรรมการเจ้าหนี้สามัญ (Official unsecured creditors' committee) ในคดีดังกล่าวได้ยื่นแผนการชำระบัญชีกิจการของลูกหนี้ทั้งหมด (Liquidation plan) และได้ยื่นคำร้องขอให้ใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท เนื่องจากเห็นว่าการใช้มาตรการดังกล่าวจะทำให้เจ้าหนี้ทั้งหลายได้รับส่วนแบ่งจากการชำระหนี้มากขึ้นโดยส่วนรวม อย่างไรก็ตาม คำร้องดังกล่าวได้ถูกคัดค้านโดยมีการอ้างว่าคดี *Grupo Mexicano de Desarrollo S.A. v. Alliance Bond Fund Inc.* มีผลผูกพันการปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจของศาลตามหลักความยุติธรรม และศาลไม่มีอำนาจที่จะอาศัยบทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยอำนาจของศาล (Power of court) ใน แห่งประมวลกฎหมายล้มละลาย เป็นฐานอำนาจทางกฎหมายในการปรับใช้ซึ่งมาตรการดังกล่าวได้ เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถใช้ได้เพียงเพื่อเสริมบทบัญญัติอื่นตามประมวลกฎหมายล้มละลายเท่านั้น ไม่อาจนำไปใช้เพื่อสร้างสิทธิในเชิงสารบัญญัติได้¹¹⁸

ศาลในคดีดังกล่าวพิจารณาแล้วเห็นว่า ผลของคดี *Grupo Mexicano de Desarrollo S.A. v. Alliance Bond Fund Inc.* ไม่มีผลผูกพันการปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท เนื่องจากอำนาจตามประมวลกฎหมายล้มละลาย มาตรา 105 (a) นั้น เป็นอำนาจที่เพิ่มเติมจากอำนาจของศาลตามความยุติธรรม (Equitable power) ในช่วงเวลาที่มีการประกาศใช้ Judiciary Act นอกจากนี้ ศาลยังเห็นว่าประมวลกฎหมายล้มละลายได้กำหนดบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ศาลในการปรับใช้มาตรการดังกล่าวไว้อย่างชัดเจนแล้ว กล่าวคือ บทบัญญัติว่าด้วยเนื้อหาของแผนฟื้นฟูกิจการ (Contents of plan)

¹¹⁷ William H. Widen, "Corporate form and substantive consolidation," *George Washington Law Review* 75, 2 (2007): 316-318.

¹¹⁸ David B. Stratton, "Equitable remedies in bankruptcy court: Grupo mexicano, substantive consolidation and beyond," *American Bankruptcy Institute Journal* 22, 2 (March 2003): 25,62.

ในมาตรา 1123 (a) (5) (C) ดังนั้น ศาลจึงมีอำนาจในการปรับใช้มาตรการดังกล่าวได้โดยชอบ และผลของคดี Grupo Mexicano de Desarrollo S.A. v. Alliance Bond Fund Inc. ไม่อาจขัดขวางการใช้อำนาจดังกล่าวโดยชอบของศาลได้¹¹⁹

ยิ่งไปกว่านั้น เป็นที่น่าสังเกตว่าภายหลังจากคดี Grupo Mexicano de Desarrollo S.A. v. Alliance Bond Fund Inc. ศาลระดับสหพันธรัฐ (Federal court) ก็ยังคงยืนยันในการตัดสินคดีล้มละลายหรือฟื้นฟูกิจการว่าศาลมีอำนาจที่จะปรับใช้ซึ่งมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัททุกคดี เช่น ศาลในคดี Re Owens Corning เป็นต้น¹²⁰

3.2 ร่างคำแนะนำเรื่องมาตรการต่อการล้มละลายของกลุ่มบริษัทของ UNCITRAL

3.2.1 ความเบื้องต้น

คณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งองค์การสหประชาชาติ (The United Nations Commission on International Trade Law “UNCITRAL”) ก่อตั้งขึ้นโดยมติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (General Assembly) ฉบับที่ 2205 (XXI) เมื่อวันที่ 17 ธันวาคม ค.ศ. 1966 เนื่องจากได้ตระหนักว่าความแตกต่างของกฎหมายภายในอันเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศของแต่ละประเทศได้กลายเป็นอุปสรรคสำคัญในการติดต่อธุรกิจระหว่างประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์หลักสำคัญคือ การสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวและความทันสมัยของกฎหมายที่เกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ (Harmonization and Modernization of the Law of International Trade) ด้วยการจัดเตรียมและเผยแพร่การใช้และนำไปใช้ซึ่งเอกสารทั้งทางกฎหมายและมีใช้ทางกฎหมายในกฎหมายพาณิชย์สาขาต่างๆ¹²¹ โดยเชื่อว่าหากสามารถส่งเสริมให้กฎหมายการค้าระหว่างประเทศของประเทศต่างๆ มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ย่อมจะทำให้นักธุรกิจหรือผู้ประกอบการในธุรกิจหรือการค้าระหว่างประเทศไม่จำเป็นต้องประสบกับปัญหาความแตกต่างในเรื่องกฎหมายในแต่ละประเทศที่ตนเข้าไปประกอบกิจการอีก

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ William H. Widen, "Corporate form and substantive consolidation," *George Washington Law Review* 75, 2 (2007): 312.

¹²¹ United Nations Commission on International Trade Law, *The UNCITRAL guide: Basic facts about the united nations commission on international trade law* (Vienna: United Nations, 2007), p. 2.

อันจะเป็นการส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศไปด้วย นอกจากนี้ ยังจะเป็นการช่วยให้การพัฒนากฎหมายภายในของประเทศต่างๆ โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาทำได้ง่ายขึ้นอีกด้วย คณะกรรมาธิการชุดดังกล่าวได้ทำการแต่งตั้งคณะทำงาน (Working Group) ชุดต่างๆ ขึ้นเพื่อทำการศึกษาถึงเนื้อหาของกฎหมายในแต่ละหัวข้อ โดยในแต่ละคณะทำงานจะประกอบไปด้วยตัวแทนจากรัฐสมาชิกของคณะกรรมาธิการ ซึ่งคณะทำงานชุดที่ 5 (Working Group V) เป็นคณะทำงานที่ได้รับมอบหมายงานด้านกฎหมายล้มละลายอยู่ในปัจจุบัน

ผลงานชิ้นสำคัญของคณะทำงานชุดดังกล่าว ได้แก่ การร่างกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ (UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency) ในปีค.ศ. 1997 และการร่างแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL (UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law) ในปีค.ศ. 2004 ซึ่งผลงานดังกล่าวนี้ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางและมีการนำไปใช้กันในหลายประเทศ

ทั้งนี้ ภายหลังจากที่คณะทำงานชุดดังกล่าวนี้ได้พิจารณาและจัดทำกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติ และแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL ดังกล่าวจนแล้วเสร็จ ได้มีการพิจารณาและเสนอต่อ UNCITRAL ว่าหัวข้อเกี่ยวกับมาตรการต่อการล้มละลายของกลุ่มบริษัท (Treatment of corporate groups in insolvency ซึ่งต่อมาได้เปลี่ยนชื่อหัวข้อเป็น Treatment of enterprise groups in insolvency ในภายหลัง*) มีความสำคัญและสามารถพัฒนาต่อไปได้¹²² ประกอบกับกลุ่มสมาคมวิชาชีพนานาชาติเกี่ยวกับการล้มละลายและปรับปรุงโครงสร้างหนี้ (International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals "INSOL") ได้

* ทั้งนี้เนื่องมาจากขอบเขตของการพิจารณาในประเด็นดังกล่าวนี้รวมไปถึงบุคคลหรือตัวตนที่ไม่ได้จดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทตามกฎหมายด้วย ดังนั้น จึงเห็นว่าการใช้คำว่า Enterprise น่าจะเหมาะสมกว่า Corporate โปรดดู United Nations Commission on International Trade Law, "Treatment of enterprise groups in insolvency, note by the secretariat, a/cn.9/wg.V/wp.78," Vienna, 2007. (Online), p. 3.

¹²² United Nations Commission on International Trade Law, "Insolvency law: Possible future work, note by the secretariat, a/cn.9/596," New York, 2006. (Online), p. 1.

เสนอให้ UNCITRAL ทำการพิจารณาในเรื่องดังกล่าว¹²³ เนื่องจากปัจจุบันองค์กรธุรกิจต่างๆ ต่างหันมาประกอบกิจการผ่านองค์กรธุรกิจรูปแบบกลุ่มบริษัทกันมากขึ้นด้วยเหตุผลประการต่างๆ แต่เมื่อใดที่โครงสร้างอันซับซ้อนของกลุ่มบริษัทถูกระทบกระทบกระทั่งจากปัญหาทางการเงินอันอาจมีผลกระทบทำให้สมาชิกรายใดรายหนึ่งหรือทั้งกลุ่มบริษัทต้องเข้าสู่กระบวนการตามกฎหมายล้มละลายแล้ว ย่อมจะทำให้เกิดปัญหาขึ้นได้เนื่องจากกลุ่มบริษัทนั้นประกอบไปด้วยบรรดาสมาชิกซึ่งต่างก็ได้การรับรองว่าเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากกัน และเมื่อกฎหมายล้มละลายหรือกฎหมายว่าด้วยบริษัทจำกัดส่วนใหญ่มิได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการชำระบัญชีหรือการปรับปรุงโครงสร้างหนี้ของกลุ่มบริษัทไว้อย่างมีประสิทธิภาพ กรณีย่อมหมายความว่าสมาชิกแต่ละรายของกลุ่มบริษัทจะต้องได้รับการพิจารณาและบริหารจัดการโดยแยกจากกัน (Separately considered and , if necessary, separately administered) ซึ่งในบางกรณีนั้น การกระทำในลักษณะดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความไม่ชอบธรรมได้ เนื่องจากอาจเป็นการขัดขวางการเข้าถึงเงินทุนของบริษัทหนึ่งเพื่อการชำระหนี้สินหรือความรับผิดชอบของอีกบริษัทหนึ่งโดยมิได้พิจารณาถึงลักษณะและระดับความสัมพันธ์อันใกล้ชิดกันของบริษัททั้งสอง การมีส่วนร่วมในการบริหารกิจการของบริษัททุกหนี้ และการมีส่วนร่วมทำให้เกิดหนี้สินและความรับผิดชอบดังกล่าวขึ้น นอกจากนี้ในกรณีของกลุ่มบริษัทที่มีความซับซ้อนยังอาจทำให้การแยกแยะว่าสมาชิกของกลุ่มบริษัทรายใดที่เป็นผู้ติดต่อหรือทำธุรกรรมทางการเงินกับเจ้าหนี้อย่างชัดเจนเป็นไปด้วยความยากลำบากอีกด้วย

นอกจากนี้ แม้ประเด็นดังกล่าวจะได้รับการพิจารณากล่าวถึงแล้วในแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL แต่ยังเป็นเพียงการเกริ่นนำเบื้องต้นเท่านั้นมิได้กำหนดคำแนะนำเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวไว้แต่อย่างใด ดังนั้น จึงเป็นการสมควรที่พิจารณาและกำหนดคำแนะนำในประเด็นดังกล่าวในลักษณะที่เป็นการสร้างเสริมเพิ่มเติมแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL¹²⁴

ดังนั้น ปัจจุบันคณะทำงานชุดที่ 5 จึงกำลังพิจารณาเรื่องมาตรการต่อการล้มละลายของกลุ่มบริษัท โดยคณะทำงานได้จัดประชุมเพื่อพิจารณาประเด็นดังกล่าวไปแล้วทั้งสิ้น 4 ครั้ง กล่าวคือ ในการ

¹²³ United Nations Commission on International Trade Law, "Insolvency law: Possible future work: Addendum proposal by international association of restructuring, insolvency and bankruptcy professionals (INSOL): Treatment of corporate groups in insolvency, a/cn.9/582/add.1," Vienna, 2005. (Online), p. 1.

* โปรดดูภาคผนวก

¹²⁴ United Nations Commission on International Trade Law, "Annotated provisional agenda for the thirty-fourth session of working group v (insolvency law), a/cn.9/wg.V/wp.79," New York, 2007. (Online), p. 3.

ประชุมของคณะทำงานชุดดังกล่าวครั้งที่ 31 ถึง 34¹²⁵ และได้กำหนดร่างคำแนะนำเกี่ยวกับกรณีดังกล่าวไว้แล้วบางส่วนซึ่งมีเนื้อหาครอบคลุมทั้งส่วนที่ว่าด้วยมาตรการทางกฎหมายต่างๆ รวมไปถึงส่วนที่ว่าด้วยกระบวนการวิธีพิจารณาดังจะได้อภิปรายต่อไป

3.2.2 นิยามและคำจำกัดความ

ในการพิจารณาและกำหนดร่างคำแนะนำในประเด็นเกี่ยวกับมาตรการต่อการล้มละลายของกลุ่มบริษัท (Treatment of enterprise groups in insolvency) นั้น คณะทำงานได้กำหนดนิยามและคำจำกัดความเพื่อกำหนดกรอบและเสริมความเข้าใจในการพิจารณาประเด็นดังกล่าวไว้ดังนี้¹²⁵

1. กลุ่มบริษัทหรือวิสาหกิจ (Enterprise group) หมายถึง บริษัทหรือวิสาหกิจตั้งแต่ 2 แห่งขึ้นไปซึ่งเชื่อมโยงกันด้วยวิธีการเป็นเจ้าของหรืออำนาจควบคุม (By means of ownership or control) โดยอาจรวมถึงวิสาหกิจที่มีได้จดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทด้วย¹²⁶
2. บริษัทหรือวิสาหกิจ (Enterprise) หมายถึง บุคคลหรือตัวตนใด (Any entity) ไม่ว่าจะมียุทธศาสตร์ทางกฎหมายเช่นไร ซึ่งประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจ และรวมถึงบุคคลที่ประกอบกิจกรรมดังกล่าวในลักษณะส่วนตัวหรือครอบครัว
3. อำนาจควบคุม (Control) หมายถึง อำนาจอันเกิดจากการถือครองตำแหน่งทางยุทธศาสตร์ (Holding of strategic position) ภายในกลุ่มบริษัทหรือวิสาหกิจอันทำให้ผู้ถือครองดังกล่าวมีอำนาจเหนือทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อการตัดสินใจของหน่วยงานหรือองค์กรในกลุ่ม (Dominate directly or indirectly those organs entrusted with decision-making authority)¹²⁷
4. การประสานงานเชิงวิธีพิจารณา (Procedural coordination) หมายถึง การประสานงานของการบริหารจัดการซึ่งคดีล้มละลายของสมาชิกแต่ละรายหรือที่แยกกัน [separate]

¹²⁵ ข้อมูล ณ วันที่ 10 พฤษภาคม 2551

¹²⁵ United Nations Commission on International Trade Law, "Treatment of enterprise groups in insolvency, note by the secretariat, a/cn.9/wg.V/wp.80," New York, 2007. (Online), pp. 2-3.

¹²⁶ United Nations Commission on International Trade Law, "Report of working group v (insolvency law) on the work of its thirty-fourth session, a/cn.9/647," New York, 2008. (Online), p. 4.

¹²⁷ Ibid.

[individual] ของกลุ่มบริษัทตั้งแต่ 2 แห่งขึ้นไป โดยทรัพย์สินและหนี้สินของสมาชิกแต่ละแห่งยังคงแยกต่างหากจากกัน และรักษาไว้ซึ่งสภาพนิติบุคคลของแต่ละแห่งไว้อย่างสมบูรณ์

ทั้งนี้ การประสานงานเชิงวิधिพิจารณาวัตถุประสงค์เพื่ออำนวยความสะดวกทางด้านวิधिพิจารณา เพิ่มประสิทธิภาพและลดค่าใช้จ่ายของกระบวนการวิधिพิจารณา ช่วยให้การเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกิจการของกลุ่มบริษัททำได้ดีขึ้น ช่วยให้สามารถประเมินมูลค่าของทรัพย์สินและกำหนดตัวเจ้าหนี้ได้ง่ายขึ้น และหลีกเลี่ยงการดำเนินการใดที่อาจเป็นการซ้ำซ้อนกันได้ โดยการประสานงานเชิงวิधिพิจารณาอาจกระทำได้หลายรูปแบบ คือ การร่วมมือกันระหว่างศาล การบริหารจัดการคดีของกลุ่มบริษัทภายใต้อำนาจของศาลเพียงแห่งเดียว การแต่งตั้งผู้แทนคดีล้มละลายเพียงคนเดียว การร่วมมือกันระหว่างผู้แทนคดีล้มละลายหากต้องแต่งตั้งหลายคน การจัดให้มีการพิจารณา การประชุม การบอกกล่าว การเรียกร้องสิทธิ หรือการจำหน่ายทรัพย์สินใดๆ ร่วมกันเพียงครั้งเดียว รวมทั้งการแต่งตั้งคณะกรรมการเจ้าหนี้เพียงชุดเดียว หรือการร่วมมือกันระหว่างคณะกรรมการเจ้าหนี้หากต้องแต่งตั้งหลายชุด¹²⁸

5. มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท (Substantive consolidation) หมายถึง การรวมทรัพย์สินและหนี้สินของสมาชิกของกลุ่มบริษัทตั้งแต่ 2 แห่งขึ้นไปเพื่อให้ก่อให้เกิดกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายเพียงหนึ่งเดียวเพื่อประโยชน์ร่วมกันของเจ้าหนี้ทั้งหลายของสมาชิกของกลุ่มบริษัทที่ได้อรวมทรัพย์สินและหนี้สินเข้าด้วยกัน

3.2.3 การเริ่มต้นคดีด้วยคำร้องขอร่วมกัน (Joint application)

แม้ว่าโดยทั่วไปแล้วกฎหมายล้มละลายพึงให้ความเคารพแก่สภาพนิติบุคคลของสมาชิกของกลุ่มบริษัทแต่ละราย และการเริ่มต้นคดีล้มละลายนั้นจะต้องใช้คำร้องขอเริ่มต้นคดีแยกกันสำหรับสมาชิกแต่ละราย แต่มีข้อยกเว้นบางกรณีที่อนุญาตให้คำร้องขอเริ่มต้นคดีเพียงฉบับเดียว (Single application) สามารถรวมเอาสมาชิกรายอื่นของกลุ่มบริษัทเข้าไว้ด้วยได้ เช่น กรณีที่คู่ความผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายยินยอม สภาวะล้มละลายของสมาชิกรายหนึ่งมีผลกระทบต่อสมาชิกรายอื่นคู่ความฝ่ายต่างๆ ตามคำร้องขอดังกล่าวมีการรวมกลุ่มกันทางเศรษฐกิจอย่างใกล้ชิด (Closely

¹²⁸ Ibid., p. 6.

economically integrated) หรือการพิจารณากลุ่มบริษัทรวมกันเป็นหนึ่งในความสำคัญในเชิงกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของแผนฟื้นฟูกิจการ เป็นต้น ทั้งนี้ การเริ่มต้นคดีด้วยคำร้องขอร่วมกันอาจกระทำได้ใน 2 รูปแบบ กล่าวคือ การยื่นคำร้องขอเริ่มต้นคดีเพียงฉบับเดียวซึ่งครอบคลุมสมาชิกรายต่างๆ ของกลุ่มบริษัทเข้าไว้ด้วยกัน หรือการยื่นคำร้องของกลุ่มชนาน (Parallel applications) ของสมาชิกแต่ละรายพร้อมกัน

อย่างไรก็ดี การเริ่มต้นคดีด้วยคำร้องขอร่วมกันดังกล่าวแตกต่างจากและมีใช้มาตรการประสานงานเชิงวิธีพิจารณา (Procedural coordination) และการเริ่มต้นคดีด้วยคำร้องขอร่วมกันมิได้เป็นตัวชี้ว่าคดีดังกล่าวจะมีการประสานงานเชิงวิธีพิจารณาหรือไม่แต่อย่างใด แม้คำร้องขอร่วมกันอาจยื่นพร้อมกับคำร้องขอให้คดีมีการประสานงานเชิงวิธีพิจารณาได้ก็ตาม¹²⁹

1) วัตถุประสงค์ของร่างคำแนะนำ

วัตถุประสงค์ของร่างคำแนะนำเกี่ยวกับการเริ่มต้นคดีล้มละลายของกลุ่มบริษัทด้วยคำร้องขอร่วมกันนั้นคือ¹³⁰

- (a) เพื่อสนับสนุนการพิจารณาให้มีคำร้องขอเพื่อเริ่มต้นคดีของสมาชิกของกลุ่มบริษัทตั้งแต่ 2 รายขึ้นไปพร้อมกัน และ
- (b) เพื่อสนับสนุนความมีประสิทธิภาพและลดค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการเริ่มต้นคดีล้มละลาย

2) ร่างคำแนะนำเกี่ยวกับการเริ่มต้นคดีด้วยคำร้องขอร่วมกัน

¹²⁹ United Nations Commission on International Trade Law, "Treatment of enterprise groups in insolvency, note by the secretariat, a/cn.9/wg.V/wp.78," Vienna, 2007. (Online), pp. 5-6.

¹³⁰ United Nations Commission on International Trade Law, "Treatment of enterprise groups in insolvency, note by the secretariat, a/cn.9/wg.V/wp.80," New York, 2007. (Online), p. 5.

กฎหมายล้มละลายอาจบัญญัติรับรองการใช้คำร้องขอเริ่มต้นคดีล้มละลายร่วมกัน (Joint application) สำหรับลูกหนี้ของกลุ่มบริษัทตั้งแต่ 2 รายขึ้นไป ทั้งนี้ คำร้องขอร่วมกันดังกล่าวอาจยื่นโดย¹³¹

- (a) สมาชิกของกลุ่มบริษัทตั้งแต่ 2 รายขึ้นไป หากว่าสมาชิกแต่ละรายมีสถานะที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานการเริ่มต้นคดี (Satisfy the commencement standard) โดยคำร้องขอของลูกหนี้ ตามที่กำหนดไว้ในแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL คำแนะนำข้อที่ 15^{*}
- (b) เจ้าหนี้ของสมาชิกของกลุ่มบริษัทตั้งแต่ 2 รายขึ้นไป หากว่าสมาชิกแต่ละรายมีสถานะที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานการเริ่มต้นคดี (Satisfy the commencement standard) โดยคำร้องขอของเจ้าหนี้ ตามที่กำหนดไว้ในแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL คำแนะนำข้อที่ 16^{**}

3) หมายเหตุประกอบร่างคำแนะนำ

1. ร่างคำแนะนำข้างต้นเปิดช่องให้ (Permissive approach) กฎหมายล้มละลายสามารถกำหนดเกี่ยวกับการเริ่มต้นคดีสำหรับลูกหนี้ตั้งแต่ 2 รายขึ้นไปของกลุ่มบริษัทได้ 2 รูปแบบ คือ การยื่นคำร้องขอแยกกันสำหรับลูกหนี้แต่ละราย และการยื่นคำร้องขอร่วมกัน (Joint application) สำหรับลูกหนี้ทั้งหลาย ทั้งนี้ ในกรณีของการยื่นคำร้องขอแยกกัน

¹³¹ United Nations Commission on International Trade Law, "Report of working group v (insolvency law) on the work of its thirty-fourth session, a/cn.9/647," New York, 2008. (Online), p. 7.

^{*} คำแนะนำข้อที่ 15.กฎหมายล้มละลายควรจะระบุให้การดำเนินกระบวนการล้มละลาย สามารถมีขึ้นได้โดยคำขอของลูกหนี้ หากลูกหนี้สามารถแสดงให้เห็นได้ว่า

- (a) ลูกหนี้ไม่สามารถหรือจะไม่สามารถชำระหนี้ได้ ณ วันที่หนี้ถึงกำหนดชำระ หรือ
- (b) หนี้สินของลูกหนี้เกินกว่ามูลค่าของทรัพย์สิน

^{**} คำแนะนำข้อที่ 16.กฎหมายล้มละลายควรจะระบุให้การดำเนินกระบวนการล้มละลาย สามารถมีขึ้นได้โดยคำขอของเจ้าหนี้ หากเจ้าหนี้สามารถแสดงให้เห็นได้ว่า

- (a) ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ ณ วันที่หนี้ถึงกำหนดชำระ หรือ
- (b) ลูกหนี้มีหนี้สินเกินกว่ามูลค่าของทรัพย์สิน

สำหรับลูกหนี้แต่ละราย คำร้องขอดังกล่าวอาจยื่นในเวลาเดียวกันและด้วยวัตถุประสงค์ร่วมกัน

2. ในกรณีของข้อ (b) นั้นเปิดช่องให้เจ้าหนี้สามารถยื่นคำร้องขอรวมกันได้แต่เฉพาะในส่วน of ลูกหนี้ทั้งหลายที่เจ้าหนี้รายดังกล่าวมีสิทธิเรียกร้องด้วยเท่านั้น ลูกหนี้รายอื่นที่เจ้าหนี้มิได้มีสิทธิเรียกร้องไม่อาจรวมเข้าไว้ในคำร้องขอรวมกันได้ แม้จะเป็นลูกหนี้ภายในกลุ่มบริษัทเดียวกันก็ตาม
3. สำหรับประเด็นเกี่ยวกับการแจ้งการเริ่มต้นคดี (Notice of application and commencement) นั้น คณะทำงานเห็นว่าให้เป็นไปตามคำแนะนำในแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL¹³²

3.2.4 การประสานงานเชิงวิธีพิจารณา (Procedural coordination)

การประสานงานเชิงวิธีพิจารณานั้นอาจกระทำได้โดยการรวมกันของกระบวนการวิธียของคดีล้มละลาย (Integration of insolvency proceedings) ซึ่งมีหลายระดับ เพื่อความง่ายและความสะดวกในการบริหารจัดการคดี และเพื่อลดค่าใช้จ่าย อย่างไรก็ตาม แม้ว่าลูกหนี้หรือกองทรัพย์สินทั้งหลายจะมีการบริหารจัดการไปพร้อมกัน แต่ทรัพย์สินและหนี้สินของสมาชิกของกลุ่มแต่ละรายยังคงแยกต่างหากจากกัน (Remain separate and distinct) ผลของการประสานงานเชิงวิธีพิจารณาอาจจำกัดอยู่เพียงแต่แง่มุมทางการบริหารจัดการคดีเท่านั้นมิได้เปลี่ยนแปลงประเด็นในเชิงสารบัญญัติ (Substantive issues) แต่อย่างใด

การประสานงานเชิงวิธีพิจารณาอาจช่วยในการรวมการบริหารจัดการคดีในหลายวิถีทาง เช่น การแบ่งปันข้อมูลเพื่อให้สามารถเข้าใจถึงสถานการณ์ของลูกหนี้ทั้งหลายได้ดีขึ้น การบูรณาการพิจารณาและการประชุมต่างๆ เข้าไว้ในครั้งเดียวกัน การบูรณาการแจ้งเตือนต่างๆ การกำหนดเงื่อนไขเวลาร่วมกัน (Joint deadlines) การจัดการประชุมเจ้าหนี้ร่วม (Joint meetings of creditors) รวมไปถึงการแต่งตั้งผู้แทนคดีล้มละลายเพียงหนึ่งเดียว (Appointment of a single insolvency representative)

¹³² United Nations Commission on International Trade Law, "Treatment of enterprise groups in insolvency, note by the secretariat, a/cn.9/wg.V/wp.80," New York, 2007. (Online), pp. 5-6.

การร้องขอให้มีการประสานงานเชิงวิधिพิจารณานั้นอาจกระทำได้ทั้งตั้งแต่เริ่มต้นคดีและการร้องขอในภายหลังการเริ่มต้นคดี แต่ไม่ว่าจะเป็นกรณีใดศาลควรเป็นผู้อำนาจในการพิจารณาและชี้ขาดว่าคดีสมควรให้มีการประสานงานเชิงวิधिพิจารณาหรือไม่ อีกทั้งอาจอนุญาตให้ศาลมีอำนาจพิจารณาและสั่งการให้มีการประสานงานเชิงวิधिพิจารณาได้เองหากกรณีมีเหตุอันสมควรอีกด้วย¹³³

อนึ่ง คณะทำงานได้ใช้คำว่า การประสานงานเชิงวิधिพิจารณา (Procedural coordination) แทนที่คำว่า การบริหารจัดการคดีร่วมกัน (Joint administration) เพื่อมิให้เกิดความสับสนกับการเริ่มต้นคดีด้วยคำร้องขอร่วมกัน (Joint application) และเพื่อมิให้ซ้ำกับมาตรการบริหารจัดการคดีร่วมกันซึ่งมีใช้อยู่ในบางประเทศอีกด้วย¹³⁴

1) วัตถุประสงค์ของร่างคำแนะนำ

วัตถุประสงค์ของร่างคำแนะนำเกี่ยวกับการประสานงานเชิงวิधिพิจารณานั้นคือ¹³⁵

- (a) เพื่อสนับสนุนการประสานงานและความร่วมมือกันในกระบวนการตามกฎหมายเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้และลูกหนี้ โดยที่ยังคงเคารพต่อสภาพนิติบุคคลที่แยกออกจากกันของลูกหนี้แต่ละราย และ
- (b) เพื่อส่งเสริมให้เกิดความสะดวกและประหยัดต้นทุนในเชิงวิधिพิจารณา รวมทั้งหลีกเลี่ยงกระบวนการหรือขั้นตอนอันซ้ำซ้อน

2) ร่างคำแนะนำเกี่ยวกับการประสานงานเชิงวิधिพิจารณา¹³⁶

¹³³ United Nations Commission on International Trade Law, "Treatment of enterprise groups in insolvency, note by the secretariat, a/cn.9/wg.V/wp.78." Vienna, 2007. (Online), p. 8.

¹³⁴ Ibid., p. 4.

¹³⁵ United Nations Commission on International Trade Law, "Treatment of enterprise groups in insolvency, note by the secretariat, a/cn.9/wg.V/wp.80," New York, 2007. (Online), pp. 5-6.

¹³⁶ Ibid., pp. 6-7.

ก) กำหนดเวลาในการยื่นคำร้องขอให้มีการประสานงานเชิงวิธีพิจารณา
(Timing of an application for procedural coordination)

กฎหมายล้มละลายควรบัญญัติให้การยื่นคำร้องขอให้มีการประสานงานเชิงวิธีพิจารณาอาจยื่นได้เมื่อมีการยื่นคำร้องขอเริ่มต้นคดีล้มละลาย ตามที่กำหนดไว้ในแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL คำแนะนำข้อที่ 15 และ 16 หรือเวลาใดภายหลังจากนั้น (Any subsequent time)

ข) การประสานงานเชิงวิธีพิจารณาสำหรับคดีล้มละลายตั้งแต่ 2 คดีขึ้นไป
(Procedural coordination of two or more insolvency proceedings)

กฎหมายล้มละลายควรบัญญัติให้ศาลมีอำนาจชี้ขาดให้มีการประสานงานระหว่างกันในการบริหารจัดการคดีล้มละลายตั้งแต่ 2 คดีขึ้นไป เพื่อประโยชน์ในเชิงวิธีพิจารณา (Procedural purposes)

ค) คู่ความสามารถยื่นคำร้องขอให้มีการประสานงานเชิงวิธีพิจารณา
(Parties permitted to apply for procedural coordination)

กฎหมายล้มละลายควรบัญญัติให้คำร้องขอให้มีการประสานงานเชิงวิธีพิจารณาอาจยื่นได้โดย

- (a) สมาชิกในกลุ่มบริษัทซึ่งตกเป็นลูกหนี้ในคดี
- (b) ผู้แทนคดีล้มละลายในคดีของสมาชิกภายในกลุ่มบริษัทซึ่งตกเป็นลูกหนี้ในคดี
- (c) เจ้าหนี้ของสมาชิกภายในกลุ่มบริษัท (ซึ่งเจ้าหนี้ได้ยื่นคำร้องขอเริ่มต้นคดีไว้ หรือ ซึ่งตกเป็นลูกหนี้ในคดี)

ง) การพิจารณาคดีพร้อมกัน (Simultaneous hearings)

กฎหมายล้มละลายควรบัญญัติให้ศาลมีอำนาจให้มีการพิจารณาคดีพร้อมกัน (Simultaneous hearing) สำหรับการพิจารณาคำร้องขอให้มีการประสานงานเชิงวิธีพิจารณา

จ) การแจ้งการประสานงานเชิงวิธีพิจารณา (Notice of procedural coordination)

กฎหมายล้มละลายควรบัญญัติว่าหากศาลมีคำสั่งให้มีการประสานงานเชิงวิธีพิจารณา กรณีจะต้องแจ้งเกี่ยวกับคำสั่งดังกล่าว (Notice of order) ให้เจ้าหน้าที่ทั้งหลายของสมาชิกภายในกลุ่มบริษัทซึ่งถูกรวมเข้าไว้ในการประสานงานเชิงวิธีพิจารณาตามคำสั่งของศาล

ฉ) รายละเอียดในการแจ้งการประสานงานเชิงวิธีพิจารณา (Content of notice of procedural coordination)

กฎหมายล้มละลายควรบัญญัติว่าการแจ้งการประสานงานเชิงวิธีพิจารณาจะต้องกล่าวถึงรายละเอียดเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อเจ้าหน้าที่ภายใต้การประสานงานเชิงวิธีพิจารณา นอกเหนือจากรายละเอียดตามคำแนะนำข้อที่ 25 ของแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL¹

ช) การเปลี่ยนแปลงและการยกเลิกการประสานงานเชิงวิธีพิจารณา (Modification or termination of procedural coordination)

กฎหมายล้มละลายควรบัญญัติให้ศาลมีอำนาจในการเปลี่ยนแปลงและการยกเลิกคำสั่งให้ประสานงานเชิงวิธีพิจารณา (Order for procedural coordination) ทั้งนี้ การเปลี่ยนแปลงและการยกเลิกดังกล่าวย่อมไม่กระทบกระเทือนต่อการกระทำหรือการชี้ขาดใดอันทำลงภายใต้คำสั่งให้ประสานงานเชิงวิธีพิจารณา

¹ คำแนะนำข้อที่ 25.กฎหมายล้มละลาย ควรระบุว่า หนังสือบอกกล่าวการดำเนินกระบวนการล้มละลายนั้น ประกอบด้วย

- (a) ข้อมูลเกี่ยวกับการยื่นขอรับชำระหนี้ เกี่ยวกับเวลาและสถานที่ที่ยื่นขอรับชำระหนี้
- (b) ขั้นตอนและข้อกำหนดเรื่องรูปแบบในการยื่นขอรับชำระหนี้
- (c) ผลที่ได้รับจากการไม่ยื่นขอรับชำระหนี้ตามวิธีที่ระบุใน (a) และ (b) และ
- (d) ข้อมูลเกี่ยวกับการตรวจสอบคำขอรับชำระหนี้ คำขอให้พักการดำเนินคดี และผลของการดังกล่าว และการประชุมเจ้าหน้าที่

3) หมายเหตุประกอบร่างคำแนะนำ

ร่างคำแนะนำให้อำนาจในการพิจารณาและชี้ขาดในการมีคำสั่งให้ประสานงานเชิงวิธีพิจารณา
อย่างไรก็ดี หากมีศาลซึ่งมีอำนาจในการพิจารณาคดีล้มละลายหลายศาลแล้ว ประเด็นเกี่ยวกับอำนาจ
หน้าที่ระหว่างศาลว่าศาลใดจะเป็นผู้พิจารณาและชี้ขาดเกี่ยวกับคำสั่งดังกล่าวให้เป็นไปตามกฎหมาย
ภายในของแต่ละประเทศ¹³⁷

3.2.5 มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท (Substantive consolidation)

เนื่องด้วยลักษณะของกลุ่มบริษัทและลักษณะของการดำเนินกิจการของกลุ่มบริษัท กรณีอาจ
ก่อให้เกิดเครือข่ายอันซับซ้อนของธุรกรรมทางการเงิน (Complex web of financial transactions)
ระหว่างสมาชิกต่างๆ ของกลุ่มบริษัท และเจ้าหน้าที่ทั้งหลายอาจติดต่อกับสมาชิกทั้งหลายหรือกับทั้งกลุ่ม
บริษัทอย่างเสมือนหนึ่งเป็นหน่วยทางเศรษฐกิจรวมกันเป็นหน่วยเดียว (Single economic entity) ซึ่งการ
แยกแยะซึ่งความเป็นเจ้าของ ทรัพย์สิน หนี้สิน และตัวเจ้าหน้าที่ของสมาชิกแต่ละรายอย่างชัดเจนนั้นอาจ
ก่อให้เกิดปัญหาในทางกฎหมายและค่าใช้จ่ายมากมาย ดังนั้น จึงทำให้กฎหมายของหลายประเทศ
บัญญัติไว้ถึงมาตรการที่ปฏิเสธแนวคิดที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกัน (Single entity
approach) มาตรการดังกล่าวได้แก่ การขยายความรับผิดชอบไปยังกลุ่มบริษัท (Extension of liability) คำสั่ง
ให้ออนทรัพย์สินให้แก่บริษัทที่ล้มละลาย (Contribution order) และมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สิน
ของกลุ่มบริษัท (Substantive consolidation) ซึ่งมาตรการขยายความรับผิดชอบไปยังกลุ่มบริษัทมีความ
เกี่ยวข้องกับหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคล ในขณะที่มาตรการอื่นนั้นมิได้มีความเกี่ยวข้องกับ
หลักการดังกล่าว แม้การปรับใช้มาตรการเหล่านี้ในบางครั้งอาจให้ผลเหมือนกับการปรับใช้หลักการ
ดังกล่าวบ้างก็ตาม

อย่างไรก็ดี เนื่องจากมาตรการต่างๆ ข้างต้นมักจะเป็นผลให้สมาชิกรายหนึ่งของกลุ่มบริษัทต้อง
แบ่งเฉลี่ยทรัพย์สินและหนี้สินกับสมาชิกรายอื่นซึ่งอาจมีทรัพย์สินมากกว่า และยังเป็นการปฏิเสธ

¹³⁷ United Nations Commission on International Trade Law, "Treatment of enterprise groups in insolvency. note by the secretariat, a/cn.9/wg.V/wp.80," New York, 2007. (Online), p. 8.

แนวคิดที่ถือว่าแต่ละบริษัทมีสภาพบุคคลแยกกัน มาตรการเหล่านี้จึงมิได้ปรับใช้เป็นการทั่วไป คงใช้เฉพาะกรณีที่ทำเป็นและเหมาะสมเท่านั้น

ในส่วนของมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทนั้นเป็นการอนุญาตให้ศาลไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทสมาชิกแต่ละรายและยุบรวมทรัพย์สินและหนี้สินทั้งหมดเข้าไว้ด้วยกัน โดยถือเสมือนหนึ่งว่าทรัพย์สินและหนี้สินเหล่านี้ถือครองหรือเป็นของบุคคลรายเดียวเท่านั้น (As though held and incurred by a single entity) อันเป็นการสร้างกองทรัพย์สินเพียงกองเดียวเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ทั้งหลายของสมาชิกซึ่งถูกยุบรวมทั้งหมด (Creating a single estate for the general benefit of all creditors of all consolidated group member) แม้โดยปกติแล้วการปรับใช้ซึ่งมาตรการดังกล่าวพึงต้องอาศัยคำสั่งของศาลเป็นสำคัญ แต่มาตรการดังกล่าวอาจถูกนำมาใช้ด้วยความยินยอมของกลุ่มความผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่าย หรือโดยอาศัยแผนฟื้นฟูกิจการก็ได้เช่นกัน

ปัจจุบันยังคงมีน้อยประเทศนักที่จะกำหนดมาตรการดังกล่าวไว้ในกฎหมายบัญญัติ และในประเทศที่มีการกำหนดไว้ก็มีได้มีการปรับใช้อย่างแพร่หลาย ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติมิได้กำหนดมาตรการดังกล่าวหรือกำหนดไว้แต่มิได้วางหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการปรับใช้มาตรการดังกล่าว ศาลในบางประเทศได้เข้ามามีบทบาทในการปรับใช้ซึ่งมาตรการดังกล่าว และยังลดทอนข้อจำกัดของการปรับใช้ลงด้วย แนวโน้มของศาลดังกล่าวนี้สะท้อนให้เห็นการยอมรับของศาลถึงการใช้โครงสร้างของกลุ่มบริษัทอย่างแพร่หลายเพื่อประโยชน์ทั้งด้านภาษีและทางธุรกิจ ทั้งนี้ ปัจจัยซึ่งเกี่ยวข้องกับการพิจารณาถึงความเหมาะสมของมาตรการดังกล่าวมีอยู่มากมายหลายประการจึงทำให้การพิจารณาดังกล่าวนี้เป็นการพิจารณาความสมดุลของปัจจัยต่างๆ (Question of balancing the various elements) มิได้มีปัจจัยหนึ่งปัจจัยใดเป็นปัจจัยตัดสิน และไม่จำเป็นต้องปรากฏว่ามีปัจจัยสนับสนุนครบทุกประการ อย่างไรก็ตาม ศาลบางแห่งเริ่มที่จะมุ่งเน้นพิจารณาเพียงปัจจัยสำคัญ 2 ประการหลักเท่านั้น กล่าวคือ การพิจารณาว่าบรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายได้ติดต่อและพิจารณาบริษัทลูกหนี้ทั้งหลายเสมือนหนึ่งว่าเป็นหน่วยเศรษฐกิจเดียวหรือไม่ โดยมีได้อาศัยความเป็นนิติบุคคลที่แยกออกจากกันของแต่ละบริษัทในการพิจารณาให้สินเชื่อ และการพิจารณาว่าสภาพกิจการของลูกหนี้ทั้งหลายนั้นมีลักษณะเชื่อมโยงและเกี่ยวพันกันจนเป็นผลให้การแยกแยะทรัพย์สินและหนี้สินจกต้องใช้เวลาและค่าใช้จ่ายอย่างมากจนเกินสมควร และทำให้การปรับใช้ซึ่งมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินระหว่างกันจกก่อให้เกิดประโยชน์แก่บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายหรือไม่

มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทนั้นมักได้รับการกล่าวถึงในบริบทของการชำระบัญชี (Liquidation) และประเทศที่มีการบัญญัติถึงมาตรการดังกล่าวไว้ในกฎหมายบัญญัติก็ยังมีบัญญัติไว้เฉพาะในกรณีของการชำระบัญชีแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แม้จะมีข้อเสนอในทางกฎหมายให้นำมาตรการดังกล่าวไปบัญญัติไว้ในบริบทของการฟื้นฟูกิจการด้วยก็ตาม

มาตรการดังกล่าวนี้อาจมีความเหมาะสมในกรณีที่มีการปรับใช้จ้กนำไปสู่การเพิ่มอัตราส่วนการชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ ไม่ว่าจะเนื่องมาจากลักษณะโครงสร้างความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกทั้งหลายของกลุ่มบริษัท การดำเนินกิจการ และความสัมพันธ์ทางการเงิน หรือเป็นเพราะมูลค่าของทรัพย์สินร่วมของกลุ่มบริษัท เป็นต้นว่า ทรัพย์สินทางปัญญาทั้งหลาย นอกจากนี้ กรณียังอาจรวมถึงกรณีที่มีได้มีการแบ่งแยกระหว่างสมาชิกทั้งหลายโดยแท้จริง (No real separation between the members) และโครงสร้างของกลุ่มบริษัทนั้นเป็นไปเพื่อการฉ้อฉลด้วย

อย่างไรก็ตาม การใช้มาตรการดังกล่าวนี้ยังคงมีข้อจำกัดอยู่บางประการ ได้แก่ การปฏิเสธแนวคิดสำคัญเกี่ยวกับสภาพนิติบุคคลอันแยกออกจากกันของบริษัท ความไม่เป็นธรรมอันอาจเกิดขึ้นได้จากการบังคับให้เจ้าหนี้ของสมาชิกกลุ่มรายหนึ่งต้องร่วมแบ่งปันอัตราการได้รับชำระหนี้กับเจ้าหนี้ของสมาชิกอีกรายหนึ่งซึ่งมีทรัพย์สินน้อยกว่า¹³⁸

1) วัตถุประสงค์ของร่างคำแนะนำ

วัตถุประสงค์ของร่างคำแนะนำเกี่ยวกับมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทนั้นคือ¹³⁹

- (a) เพื่อรับรองการเคารพในสภาพนิติบุคคลทางกฎหมายของสมาชิก (Separate legal identity) แต่ละรายในกลุ่มบริษัทในฐานะที่เป็นหลักการพื้นฐาน (Basic principle)

¹³⁸ United Nations Commission on International Trade Law, "Treatment of enterprise groups in insolvency, note by the secretariat (continued), a/cn.9/wg.V/wp.78/add.1," Vienna, 2007. (Online), pp. 1-4.

¹³⁹ United Nations Commission on International Trade Law, "Treatment of enterprise groups in insolvency, note by the secretariat, a/cn.9/wg.V/wp.80/add.1," New York, 2008. (Online), p. 2.

- (b) เพื่อบัญญัติฐานอำนาจทางกฎหมายบัญญัติสำหรับมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท
- (c) เพื่อกำหนดกรณีอันจำกัดอย่างมาก (Very limited circumstances) ที่สามารถนำเอามาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทมาใช้ได้ และ
- (d) เพื่อกำหนดมาตรฐานและกระบวนการเชิงภาวะวิสัย (Objective standards and procedures) อันควรเป็นพื้นฐานของการใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทเพื่อให้เกิดความโปร่งใสและความคาดหมายได้ (Transparency and predictability)¹⁴⁰

2) ร่างคำแนะนำเกี่ยวกับมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท¹⁴¹

ก) สถานะนิติบุคคลทางกฎหมายภายในกลุ่มบริษัท (Separate legal identity in enterprise groups)

กฎหมายล้มละลายควรเคารพในสถานะนิติบุคคลทางกฎหมายของสมาชิก (Separate legal identity) แต่ละรายในกลุ่มบริษัท อย่างไรก็ตาม กฎหมายล้มละลายอาจกำหนดกรณีข้อยกเว้นหลักการดังกล่าวตามร่างคำแนะนำข้อที่ 17 ถัดไปได้¹⁴² (ซึ่งหมายความว่าถึงการปรับใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท)

ข) มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท (Substantive consolidation)

กฎหมายล้มละลายอาจบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลในอันที่จะมีคำสั่งให้รวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท (Substantive consolidation) [หรือยุบรวมทรัพย์สินและหนี้สิน (Pooling the assets and

¹⁴⁰ United Nations Commission on International Trade Law, "Report of working group v (insolvency law) on the work of its thirty-fourth session, a/cn.9/647," New York, 2008. (Online), p. 11.

¹⁴¹ United Nations Commission on International Trade Law, "Treatment of enterprise groups in insolvency, note by the secretariat, a/cn.9/wg.V/wp.80/add.1," New York, 2008. (Online), p. 2.

¹⁴² United Nations Commission on International Trade Law, "Report of working group v (insolvency law) on the work of its thirty-fourth session, a/cn.9/647," New York, 2008. (Online), p. 11.

liabilities) ของสมาชิกทั้งหลายเพื่อก่อให้เกิดกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายเพียงรายเดียว] ทั้งนี้ เฉพาะแต่กรณีดังต่อไปนี้¹⁴³

- (a) เมื่อศาลเห็นว่ามีการปะปนกันซึ่งทรัพย์สินของสมาชิกในกลุ่มบริษัทจนทำให้การแยกแยะทรัพย์สินดังกล่าวไม่อาจจะกระทำได้เลย (Impossible to identify the ownership of individual assets) หรือจะทำให้เสียเวลาและค่าใช้จ่ายโดยไม่ได้สัดส่วนอย่างสมมูล (Disproportionality of expense and delay)¹⁴⁴ หรือ
- (b) เมื่อสมาชิกของกลุ่มบริษัทตั้งแต่ 2 รายขึ้นไป เข้าไปเกี่ยวข้องกับการฉ้อฉล (Fraudulent schemes) หรือกิจกรรมซึ่งปราศจากวัตถุประสงค์ทางธุรกิจโดยชอบ (Activity with no legitimate business purpose) และศาลเห็นว่ามาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทมีความจำเป็นต่อการแก้ไขเยียวยาความมิชอบดังกล่าว

3) หมายเหตุประกอบร่างคำแนะนำ¹⁴⁵

1. ในกรณีของข้อ (a) ซึ่งปรับใช้แก่กรณีการปะปนกันซึ่งทรัพย์สินของสมาชิกในกลุ่มบริษัทนั้น ร่างคำแนะนำนี้ได้จำกัดว่าต้องเป็นสมาชิกของกลุ่มบริษัทที่อยู่ภายใต้คดีล้มละลายเท่านั้น ดังนั้น ลักษณะของการปะปนกันซึ่งทรัพย์สินของสมาชิกในกลุ่มบริษัทอาจเป็นไปได้ทั้งสมาชิกที่อยู่ในภาวะล้มละลายและสมาชิกที่มีได้อยู่ในภาวะดังกล่าวก็ได้
2. การทดสอบระดับของการปะปนกันซึ่งทรัพย์สินของสมาชิกในกลุ่มบริษัทนั้น ศาลแต่ละแห่งยังคงมีความเห็นที่แตกต่างกันในการทดสอบความยากง่ายในการแยกแยะทรัพย์สิน ศาลบางแห่งเห็นว่ากรณีต้องมีลักษณะที่ไม่อาจจะแยกแยะทรัพย์สินของกลุ่มบริษัทได้ จึงจะเป็นที่เหมาะสมแก่การนำมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทมาปรับใช้ ซึ่งอาจเป็นมาตรฐานที่ยากต่อการพิสูจน์เป็นอย่างมาก และอาจทำให้ไม่สามารถนำเอามาตรการมาใช้ได้เลย เนื่องจากแม้ว่าจะการแยกแยะดังกล่าวอาจเป็นการยาก เสียเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างมาก และก่อให้เกิดความไม่แน่นอนของคดี อันเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์

¹⁴³ Ibid., p. 12.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ United Nations Commission on International Trade Law, "Treatment of enterprise groups in insolvency, note by the secretariat, a/cn.9/wg.V/wp.80/add.1," New York, 2008. (Online), pp. 3-5.

ของกฎหมายล้มละลายที่ต้องการเพิ่มมูลค่าให้แก่กองทรัพย์สินให้สูงสุด กรณีก็ยังไม่อาจถือได้ว่าการแยกแยะทรัพย์สินดังกล่าวไม่อาจกระทำได้ ดังนั้น จึงมีศาลบางแห่งที่เห็นว่าควรใช้ระดับการทดสอบว่าการแยกแยะซึ่งทรัพย์สินดังกล่าวไม่อาจจะกระทำได้โดยปราศจากค่าใช้จ่ายและการเสียเวลาอันเกินสมควร

3. ในส่วนของข้อ (b) นั้น นอกจากจะกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับลักษณะของการกระทำ 3 ประการ กล่าวคือ การปลอมแปลง (Simulation) การฉ้อฉล (Fraudulent schemes) หรือกิจกรรมซึ่งปราศจากวัตถุประสงค์ทางธุรกิจโดยชอบ (Activity with no legitimate business purpose) แล้ว กรณียังต้องเป็นที่พอใจแก่ศาลว่ามาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทมีความจำเป็นต่อการแก้ไขเยียวยาอีกด้วย ดังนั้น หากว่ายังคงมีและสามารถใช้มาตรการทางกฎหมายล้มละลายประการอื่นได้ ศาลต้องนำมาตราการเช่นว่าไปปรับใช้แก่คดีก่อน
4. เดิมทีในร่างคำแนะนำเกี่ยวกับมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทได้กำหนดกรณีที่กฎหมายล้มละลายอาจบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลในอันที่จะมีคำสั่งให้รวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทไว้อีกกรณีหนึ่ง คือ ข้อ (c) เมื่อศาลเห็นว่ากลุ่มบริษัทแสดงตนเป็นวิสาหกิจเดียว (Single enterprise) หรือประพฤติตนในลักษณะที่อาจทำให้บุคคลภายนอกติดต่อกับกลุ่มบริษัทอย่างเป็นวิสาหกิจเดียว หรือเชื่อว่าได้ติดต่อกับกลุ่มบริษัทในฐานะที่เป็นวิสาหกิจเดียว และทำให้เส้นแบ่งสภาพนิติบุคคลตามกฎหมายคลุมเครือขึ้น แต่กรณีข้อ (c) ดังกล่าวนี้อาจมีความเห็นของที่ประชุมในลักษณะที่ขัดแย้งกันจึงถูกตัดข้อความส่วนนี้ออกไป ทั้งนี้ กรณีดังกล่าวนี้จะเป็นการพิจารณาถึงลักษณะการกระทำของกลุ่มบริษัทที่ทำให้เจ้าหนี้ทั้งหลายมีความเข้าใจเกี่ยวกับลักษณะของกลุ่มบริษัทในลักษณะที่ทำให้เจ้าหนี้คิดว่าตนกำลังติดต่อกับกลุ่มบริษัททั้งกลุ่มมิใช่เพียงแต่สมาชิกรายใดรายหนึ่งเท่านั้น ซึ่งปัจจัยที่อาจนำมาพิจารณาในกรณีดังกล่าวนี้ได้แก่
 - a. ลักษณะการนำเสนอภาพลักษณ์ต่อสาธารณะ (Public image) ผ่านการโฆษณาและการตลาด
 - b. การจัดการจัดเตรียมด้านการเงิน (Financial arrangement) เช่น การชำระหนี้ของสมาชิกรายหนึ่งหรือหลายรายของกลุ่มบริษัท โดยสมาชิกอีกรายหนึ่งของกลุ่มเป็นต้น
 - c. การมีกรรมกรบริษัทหรือพนักงานร่วมกันระหว่างสมาชิกของกลุ่ม
 - d. การใช้บัญชีธนาคารร่วมกัน

- e. การปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ของสมาชิกรายหนึ่งของกลุ่มบริษัทอย่างเสมือนหนึ่งว่าตนเป็นเจ้าหน้าที่ของสมาชิกอีกรายหนึ่งหรือของทั้งกลุ่มบริษัทไปด้วย อันทำให้เจ้าหน้าที่รายดังกล่าวขาดความเชื่อมโยงกับลูกหนี้ของตน โดยเฉพาะ
- f. การปฏิบัติต่อพนักงานลูกจ้างของสมาชิกของกลุ่มบริษัทต่างๆ ในลักษณะที่ก่อให้เกิดความคลุมเครือในตัวตนของสมาชิกผู้เป็นนายจ้าง (Identity of the employing entity)

4) ร่างคำแนะนำเพิ่มเติมเกี่ยวกับมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท¹⁴⁶

นอกเหนือจากร่างคำแนะนำเกี่ยวกับมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทข้างต้น ซึ่งได้รับความเห็นชอบในหลักการจากที่ประชุมของคณะทำงานแล้ว คณะทำงานโดยที่ประชุมครั้งที่ 33 ยังได้เห็นชอบให้กำหนดร่างคำแนะนำเพิ่มเติมเกี่ยวกับมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทอันเป็นประเด็นเพิ่มเติมอื่นๆ อันที่ประชุมของคณะทำงานจักพึงพิจารณาและให้ความเห็นชอบในภายหลังไว้ด้วย ดังนี้

ก) มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทแต่เพียงบางส่วน (Partial substantive consolidation)

กฎหมายล้มละลายอาจให้อำนาจแก่ศาลในการยกเว้นทรัพย์สินหรือสิทธิเรียกร้องบางรายการออกจากคำสั่งให้ใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท (อาจมีคำสั่งให้ใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทแต่เพียงบางส่วน (Partial substantive consolidation) โดยยกเว้นทรัพย์สินหรือสิทธิเรียกร้องบางรายการออกจากกองทรัพย์สินรวม)

ข) การร้องขอให้ใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท (Application for substantive consolidation)

¹⁴⁶ Ibid., pp. 5-7.

กฎหมายล้มละลายควรกำหนดถึงบุคคลซึ่งสามารถยื่นคำร้องขอให้มีการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท (Persons permitted to make an application for substantive consolidation) ซึ่งอาจรวมไปถึงผู้แทนคดีล้มละลายหรือเจ้าหน้าที่ของสมาชิกรายใดรายหนึ่งของกลุ่มบริษัท¹⁴⁷

ค) การประชุมของเจ้าหนี้ (Meetings of creditors)

กฎหมายล้มละลายควรกำหนดว่าหากการประชุมเจ้าหนี้ครั้งแรกจะจัดขึ้นภายหลังจากการเริ่มต้นคดีล้มละลายและมีคำสั่งให้ใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทแล้ว ให้จัดการประชุมเช่นว่าเป็นการประชุมร่วมกันของเจ้าหนี้ทั้งหลาย (Single creditor meeting) ของกลุ่มบริษัทซึ่งอยู่ขอบเขตของมาตรการดังกล่าว

ง) การเปลี่ยนแปลงคำสั่งให้ใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท (Modification of an order for substantive consolidation)

กฎหมายล้มละลายควรกำหนดให้อำนาจแก่ศาลในการเปลี่ยนแปลงคำสั่งให้ใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท ซึ่งรวมถึงมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทแต่เพียงบางส่วน ทั้งนี้ การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวย่อมไม่กระทบกระเทือนต่อการกระทำหรือการชี้ขาดใดอันทำลงภายใต้คำสั่งให้ใช้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท

จ) การปฏิบัติต่อสิทธิในหลักประกันภายใต้มาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท (Treatment of security interests in substantive consolidation)

กฎหมายล้มละลายควรให้การเคารพต่อสิทธิและลำดับการชำระหนี้ของเจ้าหนี้ผู้ทรงสิทธิในหลักประกันเหนือทรัพย์สินของกลุ่มบริษัทซึ่งตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท ยกเว้นแต่

¹⁴⁷ United Nations Commission on International Trade Law, "Report of working group v (insolvency law) on the work of its thirty-fourth session, a/cn.9/647," New York, 2008. (Online), p. 13.

- (a) สิทธิเรียกร้องอันมีหลักประกันเป็นหนึ่งระหว่างกันของสมาชิกกลุ่มบริษัท และเป็นอันต้องถูกลบล้างไปจากมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัท หรือ
- (b) ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าสิทธิในหลักประกันดังกล่าวได้มาด้วยการฉ้อฉลซึ่งเจ้าหนี้มีส่วนรู้เห็น หรือมีลักษณะที่ให้ความสำคัญหรือความได้เปรียบเหนือเจ้าหนี้รายอื่น¹⁴⁸

3.2.6 ผู้แทนคดีล้มละลาย

การแต่งตั้งผู้แทนคดีล้มละลายเพียงหนึ่งเดียวนั้นจะช่วยส่งเสริมการประสานงานเชิงวิधिพิจารณาได้ โดยจะช่วยเสริมความร่วมมือระหว่างในการบริหารจัดการคดี และช่วยลดค่าใช้จ่ายและส่งเสริมให้การเก็บรวบรวมข้อมูลของกลุ่มบริษัทรวมกันทั้งหมด อย่างไรก็ตาม การแต่งตั้งผู้แทนคดีล้มละลายเพียงหนึ่งเดียวดังกล่าวนี้อาจก่อให้เกิดการขัดกันของผลประโยชน์ระหว่างกันได้ ดังนั้น จึงควรกำหนดให้มีมาตรการป้องกัน (Safeguard) การขัดกันดังกล่าวด้วย

นอกจากนี้ ในกรณีที่มีการแต่งตั้งผู้แทนคดีล้มละลายเพียงหนึ่งเดียวไม่อาจกระทำได้ กฎหมายควรกำหนดหน้าที่เพิ่มเติมให้แก่ผู้แทนคดีล้มละลายทั้งหลายเพื่อส่งเสริมให้เกิดความร่วมมือระหว่างกันอีกด้วย

1) วัตถุประสงค์ของร่างคำแนะนำ

วัตถุประสงค์ของร่างคำแนะนำเกี่ยวกับผู้แทนคดีล้มละลายในกรณีของกลุ่มบริษัทนั้นคือ¹⁴⁹

- (a) เพื่อสนับสนุนการประสานงานและความร่วมมือกันในกระบวนการคดีล้มละลายตามกฎหมาย ในคดีของสมาชิกของกลุ่มบริษัทตั้งแต่ 2 รายขึ้นไป

¹⁴⁸ Ibid., pp. 14-15.

¹⁴⁹ United Nations Commission on International Trade Law, "Treatment of enterprise groups in insolvency, note by the secretariat, a/cn.9/wg.V/wp.80/add.1," New York, 2008. (Online), p. 9.

- (b) เพื่อส่งเสริมความร่วมมือระหว่างกันในกรณีที่มีการแต่งตั้งผู้แทนคดีล้มละลายตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป เพื่อหลีกเลี่ยงการดำเนินการซ้ำซ้อน ส่งเสริมการรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการเงินและกิจการของกลุ่มบริษัทเป็นส่วนรวม และลดทอนค่าใช้จ่าย

2) ร่างคำแนะนำเกี่ยวกับผู้แทนคดีล้มละลาย¹⁵⁰

- ก) การแต่งตั้งผู้แทนคดีล้มละลายเพียงหนึ่งเดียว (Appointment of a single insolvency representative)

กฎหมายล้มละลายควรบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลในการแต่งตั้งผู้แทนคดีล้มละลายแต่เพียงผู้เดียวได้ เมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าจำเป็นประโยชน์สูงสุดต่อการบริหารจัดการกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายของสมาชิกของกลุ่มบริษัทตั้งแต่ 2 รายขึ้นไป

- ข) การขัดกันของผลประโยชน์ (Conflict of interest)

กฎหมายล้มละลายควรบัญญัติถึงมาตรการสำหรับการขัดกันของผลประโยชน์อันอาจเกิดขึ้นระหว่างกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายของสมาชิกของกลุ่มบริษัทตั้งแต่ 2 รายขึ้นไปในกรณีที่ศาลแต่งตั้งผู้แทนคดีล้มละลายแต่เพียงผู้เดียว ทั้งนี้ มาตรการดังกล่าวอาจรวมถึงการแต่งตั้งผู้แทนคดีล้มละลายเพิ่มเติมตั้งแต่ 1 คนขึ้นไปสำหรับกองทรัพย์สินซึ่งอาจเกิดการขัดกันของผลประโยชน์¹⁵¹

- ค) ความร่วมมือกันระหว่างผู้แทนคดีล้มละลายตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปในกรณีทั่วไป (Cooperation between two or more insolvency representatives in a group context)

¹⁵⁰ Ibid., pp. 9-10.

¹⁵¹ United Nations Commission on International Trade Law, "Report of working group v (insolvency law) on the work of its thirty-fourth session, a/cn.9/647," New York, 2008. (Online), p. 15.

กฎหมายล้มละลายอาจกำหนดว่าในกรณีที่มีคดีล้มละลายต่อสมาชิกของกลุ่มบริษัทตั้งแต่ 2 รายขึ้นไป ผู้แทนคดีล้มละลายทั้งหลายซึ่งถูกแต่งตั้งในคดีล้มละลายแต่ละคดีจะต้องให้ความร่วมมือระหว่างกันอย่างสูงสุด (Maximum extent possible)

ง) ความร่วมมือกันระหว่างผู้แทนคดีล้มละลายตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปในกรณีที่มีการประสานงานเชิงวิधिพิจารณา (Cooperation between two or more insolvency representatives in procedural coordination)

กฎหมายล้มละลายควรบัญญัติว่าในกรณีมีการแต่งตั้งผู้แทนคดีล้มละลายมากกว่าหนึ่งคนขึ้นไปในคดีล้มละลายซึ่งอยู่ภายใต้การประสานงานเชิงวิधिพิจารณา ผู้แทนคดีล้มละลายทั้งหลายจะต้องให้ความร่วมมือระหว่างกันอย่างสูงสุด (Maximum extent possible)

จ) รูปแบบของความร่วมมือระหว่างกัน (Forms of cooperation)

ความร่วมมือระหว่างกันอย่างสูงสุดอาจกระทำได้ด้วยวิธีการใดๆ อันเหมาะสมภายใต้เงื่อนไขแห่งกฎหมาย โดยรวมถึง

- (a) การแบ่งปันและเปิดเผยข้อมูล
- (b) การอนุญาตหรือดำเนินการตามข้อตกลงเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจและจัดสรรความรับผิดชอบระหว่างผู้แทนคดีล้มละลาย อันรวมถึงผู้แทนคดีล้มละลายหลักและผู้แทนคดีล้มละลายผู้ประสานงาน (Including one insolvency representative taking a coordinating or lead role)
- (c) การประสานงานระหว่างกันเกี่ยวข้องเสนอและการเจรจาเกี่ยวกับแผนฟื้นฟูกิจการ และ
- (d) การประสานงานระหว่างกันเกี่ยวกับการบริหารจัดการและการกำกับดูแลในกิจการและการดำเนินกิจการต่อเนื่องของลูกหนี้ อันรวมถึงการเข้าถึงเงินทุนภายหลังการเริ่มกระบวนการคุ้มครองและรักษาไว้ซึ่งกองทรัพย์สิน การใช้และจำหน่ายทรัพย์สิน การใช้อำนาจการยกเลิกเพิกถอน การยื่นและการอนุญาตคำขอรับชำระหนี้ และการจัดสรรชำระหนี้แก่เจ้าหนี้

3) หมายเหตุประกอบร่างคำแนะนำ

1. ร่างคำแนะนำเกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้แทนคดีล้มละลายเพียงหนึ่งเดียวมิได้จำกัดเฉพาะกรณีศาลมีคำสั่งให้มีการประสานงานเชิงวิधिพิจารณาเท่านั้น หากแต่กำหนดเงื่อนไขไว้แต่เพียงว่าเมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าจักเป็นประโยชน์สูงสุดต่อการบริหารจัดการกองทรัพย์สินในคดีล้มละลายของสมาชิกของกลุ่มบริษัทตั้งแต่ 2 รายขึ้นไปแทน
2. เมื่อร่างคำแนะนำเกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้แทนคดีล้มละลายเพียงหนึ่งเดียวมิได้จำกัดเฉพาะกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้มีการประสานงานเชิงวิधिพิจารณาเท่านั้น จึงต้องมีร่างคำแนะนำทั้งในกรณีทั่วไปซึ่งมิได้มีคำสั่งดังกล่าว และร่างคำแนะนำในกรณีที่มีคำสั่งให้มีการประสานงานเชิงวิधिพิจารณาแยกจากกัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการประสานงานเพื่อประโยชน์ด้านประสิทธิภาพและต้นทุน รวมถึงเพื่อให้บรรลุถึงวิधिแก้ปัญหาที่ดีที่สุดสำหรับสมาชิกของกลุ่มบริษัทซึ่งอยู่ในภาวะล้มละลายและผู้มีส่วนได้เสียอื่น

3.2.7 การฟื้นฟูกิจการ

เมื่อมีการเริ่มต้นคดีฟื้นฟูกิจการไว้ต่อสมาชิกของกลุ่มบริษัทตั้งแต่ 2 รายขึ้นไปไม่ว่าคดีเหล่านี้จะมีการประสานงานเชิงวิधिพิจารณาด้วยหรือไม่ก็ตาม มีปัญหาตามมาว่ามีความเป็นไปได้หรือไม่ที่จะฟื้นฟูกิจการลูกหนี้เหล่านี้โดยอาศัยแผนฟื้นฟูกิจการร่วมกันเพียงแผนเดียวซึ่งอาจนำไปสู่ความประหยัดวิधिการแก้ไขปัญหาทางการเงินร่วมกันอย่างมีประสิทธิภาพ และเพิ่มมูลค่าหรือประโยชน์ให้แก่เจ้าหนี้อย่างสูงสุด กฎหมายของหลายประเทศอนุญาตให้มีการเจรจาเพื่อจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการรวมได้ (Single reorganization plan) และในบางประเทศการใช้แผนฟื้นฟูกิจการรวมดังกล่าวจะกระทำได้ต่อเมื่อใช้มาตรการประสานงานเชิงวิधिพิจารณาหรือมาตรการรวมทรัพย์สินและหนี้สินของกลุ่มบริษัทด้วยเท่านั้น หากปราศจากมาตรการเหล่านี้แล้ว การใช้แผนฟื้นฟูกิจการรวมในเชิงปฏิบัติจะต้องอาศัยความยินยอมของทุกฝ่ายเท่านั้น

นอกจากนี้ หากกฎหมายล้มละลายอนุญาตให้มีการใช้แผนฟื้นฟูกิจการรวมแล้ว กรณีจะต้องมีการพิจารณาถึงการนำเอาคำแนะนำเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการลูกหนี้รายเดียวของแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL มาใช้บังคับแก่แผนฟื้นฟูกิจการรวมของกลุ่มบริษัทอีกด้วย¹⁵²

1) ร่างคำแนะนำเกี่ยวกับการฟื้นฟูกิจการ

1. กฎหมายล้มละลายควรบัญญัติรับรองให้แผนฟื้นฟูกิจการรวม (Single reorganization plan) อาจได้รับความเห็นชอบในคดีฟื้นฟูกิจการในส่วนของสมาชิกของกลุ่มบริษัทตั้งแต่ 2 รายขึ้นไป
2. กฎหมายล้มละลายอาจกำหนดอนุญาตให้สมาชิกของกลุ่มบริษัทซึ่งมิได้เป็นลูกหนี้ในคดีฟื้นฟูกิจการเข้ามีส่วนร่วมในแผนฟื้นฟูกิจการซึ่งได้เสนอขึ้นเพื่อสมาชิกของกลุ่มบริษัทตั้งแต่ 2 รายขึ้นไปก็ได้ ทั้งนี้ แต่ต้องไม่กระทบกระทั่งต่อ (หรือต้องมีให้เป็นที่เสียหายต่อ) สิทธิของผู้ถือหุ้นหรือเจ้าหนี้ของสมาชิกของกลุ่มบริษัทซึ่งมิได้เป็นลูกหนี้ในคดีฟื้นฟูกิจการดังกล่าว

2) หมายเหตุประกอบร่างคำแนะนำ

คณะทำงานเห็นว่าแผนฟื้นฟูกิจการรวมตามร่างคำแนะนำข้างต้นควรได้รับการเสนอขึ้นในคดีฟื้นฟูกิจการแต่ละคดีของสมาชิกของกลุ่มบริษัทที่ถูกระบุอยู่ในแผน และให้เจ้าหนี้ของสมาชิกแต่ละรายลงคะแนนเห็นชอบด้วยแผนแยกต่างหากจากกัน อันเป็นไปตามเงื่อนไขเกี่ยวกับการเห็นชอบด้วยแผนในกรณีของลูกหนี้ปกติ คณะทำงานไม่แนะนำให้การเห็นชอบด้วยแผนฟื้นฟูกิจการรวมเป็นไปในลักษณะการลงคะแนนรวมกลุ่มที่จัดกลุ่มเจ้าหนี้ร่วมกันทั้งกลุ่ม (Approved on group basis with creditors voting in classes across the group)

¹⁵² United Nations Commission on International Trade Law, "Treatment of enterprise groups in insolvency, note by the secretariat (continued), a/cn.9/wg.V/wp.78/add.1," Vienna, 2007. (Online), p. 12.