

## รายงานสรุปสำหรับผู้บริหาร (Executive Summary)

การประชุมคณะทำงาน ๕ ของคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ สมัยที่ ๔๔ ระหว่างวันที่ ๑๖ - ๒๐ ธันวาคม ๒๕๕๖ ณ กรุงเวียนนา สาธารณรัฐออสเตรีย

การประชุมคณะทำงาน ๕ ของคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ สมัยที่ ๔๔ (United Nations Commission on International Trade Law, 44<sup>th</sup> Session of Working Group 5 : Insolvency Law) จัดขึ้นระหว่างวันที่ ๑๖ - ๒๐ ธันวาคม ๒๕๕๖ โดยมีอธิบดีกรมบังคับคดี กระทรวงยุติธรรม เป็นประธานการประชุม ประกอบด้วยประเทศสมาชิกเข้าร่วมประชุม ๔๒ ประเทศ (จากทั้งหมด ๖๐ ประเทศ) ผู้แทนสหภาพยุโรป ผู้แทนองค์กรภายใต้สหประชาชาติ รวมถึงผู้แทนองค์กรเอกชนและองค์การระหว่างประเทศ ทั้งนี้ การประชุมดังกล่าวแบ่งออกเป็น ๒ ส่วน ได้แก่ ๑) การประชุมเชิงวิชาการระหว่างประเทศว่าด้วยกฎหมายล้มละลาย ครั้งที่ ๔ (4<sup>th</sup> International Insolvency Law Colloquium) จัดขึ้นระหว่างวันที่ ๑๖ - ๑๘ ธันวาคม ๒๕๕๖ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำเสนอ ถกแถลงเชิงวิชาการ และพิจารณาประเด็นต่างๆ เกี่ยวกับกฎหมายล้มละลาย เพื่อเสนอให้คณะทำงาน ๕ พิจารณา และ ๒) การประชุมคณะทำงาน ๕ ของคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ สมัยที่ ๔๔ (44<sup>th</sup> Session of UNCITRAL Working Group 5 : Insolvency Law) ซึ่งดำเนินการพิจารณาข้อเสนอของการประชุมเชิงวิชาการระหว่างประเทศว่าด้วยกฎหมายล้มละลาย ครั้งที่ ๔ สรุปสาระสำคัญของการประชุมคณะทำงาน ๕ ดังนี้

### ๑. วัตถุประสงค์ปัจจุบันของคณะทำงาน ๕

#### ๑.๑ การอำนวยความสะดวกเกี่ยวกับคดีล้มละลายข้ามชาติในบริบทของกลุ่มวิสาหกิจ

คณะทำงานเห็นพ้องที่จะพิจารณาดำเนินการในเรื่องการดำเนินคดีล้มละลายข้ามชาติของกลุ่มวิสาหกิจข้ามชาติ โดยจะได้กำหนดบทบัญญัติเพิ่มเติมในประเด็นต่างๆ ซึ่งอาจพิจารณาบรรจุไว้ในเอกสารของ UNCITRAL คือ กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการล้มละลายข้ามชาติ (UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency) แนวทางการร่างกฎหมายแม่แบบ ส่วนที่ ๓ (Legislative Guide Part 3) และแนวทางปฏิบัติสำหรับความร่วมมือในคดีล้มละลายข้ามชาติ (Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation) ทั้งนี้ ประเด็นที่อาจมีการเพิ่มเติม ได้แก่

- การเข้าถึงศาลต่างประเทศสำหรับผู้แทนและเจ้าหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลายข้ามชาติที่เกี่ยวข้องกับสมาชิกกลุ่มวิสาหกิจ
- การรับรองกระบวนการพิจารณาและผู้แทนเจ้าหน้าที่ต่างประเทศ ซึ่งรวมถึงการรับรองกระบวนการต่อสมาชิกของกลุ่มวิสาหกิจที่ดำเนินการในศาลเดียวกัน
- การจำแนกสถานประกอบการหลักและสถานประกอบการที่ไม่ใช่สถานประกอบการหลักของกลุ่มวิสาหกิจนั้น ไม่เป็นประโยชน์ต่อการดำเนินคดีล้มละลายข้ามชาติ

- การรับรองกระบวนการพิจารณาของศาลต่างประเทศในฐานะที่เป็นกระบวนการพิจารณาร่วมในพฤติการณ์ที่เหมาะสม
- การระบุเกี่ยวกับบริษัทแม่ และ/หรือ สมาชิกหลักของกลุ่ม ภายใต้กลุ่มวิสาหกิจ ซึ่งอาจส่งผลให้เกิดการรับรองบทบาทในการอำนวยความสะดวกจัดทำแผนฟื้นฟูกิจการหรือแผนชำระบัญชี การประสานงานการดำเนินธุรกิจต่อไปหรือการเปลี่ยนแปลงผู้เป็นเจ้าของทุน หรือการคงไว้ซึ่งผู้ประกอบการวิชาชีพนั้นๆ
- บทบัญญัติเกี่ยวกับการให้สิทธิในการฟ้องร้องคดีสำหรับสมาชิกของกลุ่มวิสาหกิจทุกรายในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีล้มละลายที่ดำเนินการต่อสมาชิกรายใดรายหนึ่งของกลุ่มวิสาหกิจ
- การร่วมแต่งตั้งผู้แทนลูกหนี้คดีล้มละลายเข้าดำเนินการในวิธีพิจารณาซึ่งเกี่ยวข้องกับสมาชิกของกลุ่มวิสาหกิจที่แตกต่างกัน
- เงินค่าตอบแทนสำหรับสมาชิกของกลุ่มวิสาหกิจที่สมัครใจเข้าร่วมในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีล้มละลายของกลุ่มสมาชิกบริษัทแม่ และยินยอมที่จะอยู่ภายใต้บังคับเขตอำนาจศาลที่ดำเนินกระบวนการพิจารณา
- การใช้กระบวนการพิจารณาแบบสังเคราะห์ (synthetic proceedings) (ซึ่งเป็นกระบวนการพิจารณาที่เจ้าหน้าที่ถูกดำเนินคดีในกระบวนการพิจารณาหลักเสมือนการดำเนินกระบวนการพิจารณาจริง) เพื่อลดต้นทุนและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีล้มละลาย
- การร่วมสนับสนุนเงินทุนของสมาชิกของกลุ่มวิสาหกิจเพื่อนำไปแก้ไขปัญหาการเอาทรัพย์สินไปเป็นหลักประกัน สินเชื่อผู้ชาย การค้าประกัน หนี้และการอนุมัติหลักประกัน และปริมิสิทธิของเงินทุนที่จ่ายไปก่อน
- การอนุญาตให้มีการติดต่อและการประสานงานระหว่างศาลและผู้แทนลูกหนี้ของกลุ่มวิสาหกิจ (รวมถึงผู้แทนลูกหนี้ต่างชาติหรือสมาชิกที่ได้รับมอบหมายโดยกลุ่มวิสาหกิจ) ซึ่งอยู่ใต้บังคับของกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย
- การใช้ข้อตกลงหรือพิธีสารเพื่อระบุถึงกระบวนการและบทบาทของการดำเนินคดีล้มละลายให้ชัดเจน ซึ่งรวมถึงการแก้ไขปัญหาการปฏิบัติต่อการยื่นขอรับชำระหนี้และสิทธิของผู้มีส่วนได้เสียทั้งหมดในกระบวนการวิธีพิจารณา
- บทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดทำบัญชีแสดงทรัพย์สินร่วมและแผนฟื้นฟูกิจการร่วม
- การยืนยันรับรองตัวตนของบริษัทภายใต้กลุ่มวิสาหกิจและความเป็นเอกเทศของสมาชิกกลุ่ม
- เงินค่าตอบแทนช่วยเหลือที่อนุมัติโดยศาลที่รับรองการดำเนินกระบวนการพิจารณาของผู้แทนกลุ่มวิสาหกิจต่างประเทศที่เข้าดำเนินการในฐานะตัวแทนลูกหนี้ในกระบวนการพิจารณาหลักดำเนินขึ้นในประเทศศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดี และในกระบวนการพิจารณารอง

อย่างไรก็ตาม คณะทำงานเห็นว่าประเด็นข้างต้นอาจถูกกำหนดเป็นบทบัญญัติเพิ่มเติมหรือภาคผนวกในกฎหมายแม่แบบ ซึ่งจะได้พิจารณาถึงความเหมาะสมเมื่อประเด็นเหล่านี้ได้รับการพัฒนาขึ้นต่อไป

## ๑.๒ การพิจารณากระดับกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ขึ้นเป็นอนุสัญญา

คณะทำงานส่วนใหญ่สนับสนุนการจัดทำอนุสัญญาซึ่งจะมีผลผูกพันทางกฎหมายในการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลและการประสานงานในคดีล้มละลายข้ามชาติ เนื่องจากที่ผ่านมากฎหมายแม่แบบไม่มีผลผูกพันเว้นแต่ประเทศสมาชิกจะดำเนินการบนพื้นฐานของหลักต่างตอบแทน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีล้มละลายของกลุ่มวิสาหกิจ อย่างไรก็ตาม หลายประเทศได้ตั้งข้อสงวนโดยเห็นว่าการจัดทำเป็นอนุสัญญาอาจจะไม่ได้รับการให้สัตยาบันจากประเทศต่างๆ ในจำนวนที่เพียงพอที่จะมีผลบังคับใช้ ข้อจำกัดของสหภาพยุโรปในการเข้าทำสัญญา ตลอดจนประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นจากการมีอนุสัญญา ทั้งนี้ แม้ปัจจุบันประเทศสมาชิกจำนวนมากจะยังไม่รับรองกฎหมายแม่แบบ แต่ก็อยู่ระหว่างการดำเนินการปรับปรุงกฎหมายล้มละลายภายใน ดังนั้น คณะทำงานจึงเห็นควรให้มีคณะผู้เชี่ยวชาญอย่างไม่เป็นทางการ ซึ่งประกอบด้วยประเทศสมาชิก องค์กรระหว่างประเทศที่สนใจ และผู้เชี่ยวชาญ ดำเนินการศึกษาความเป็นไปได้และผลดีผลเสียของการมีอนุสัญญา โดยประสานงานกับฝ่ายเลขานุการของ UNCITRAL ต่อไป

## ๑.๓ คดีล้มละลายของสถาบันการเงินขนาดใหญ่และมีความซับซ้อน

คณะทำงานได้รับทราบเกี่ยวกับคุณลักษณะสำคัญของระบบการแก้ไขปัญหาการล้มละลายของสถาบันการเงินอย่างมีประสิทธิภาพ (Key Attribute of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions) ข้อ ๗.๕ ของคณะกรรมการเสถียรภาพทางการเงิน (Financial Stability Board – FSB) ซึ่งเป็นหลักการและแนวปฏิบัติที่ตีลึกเกี่ยวกับการดำเนินคดีของศาลต่างประเทศและความร่วมมือระหว่างประเทศในคดีล้มละลายของสถาบันการเงิน และเห็นว่า UNCITRAL จำเป็นต้องร่วมมือกับองค์กรระหว่างประเทศอื่นๆ ที่มีความเชี่ยวชาญด้านการค้าระหว่างประเทศ โดยจำเป็นต้องมุ่งเสริมสร้างความร่วมมือ หลีกเลี่ยงการทำงานซ้ำซ้อน ส่งเสริมประสิทธิภาพและความประสานสอดคล้องกันในการพัฒนากฎหมายการค้าระหว่างประเทศให้ทันสมัยและสอดคล้องกัน ในการนี้ ที่ประชุมเห็นพ้องกับความริเริ่มของ FSB ในการจัดตั้งคณะทำงานผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายซึ่งมีอาณัติในการพัฒนา Key Attribute ข้อ ๗.๕ ในประเด็นเรื่องการรับรองการดำเนินคดีของศาลต่างประเทศและความร่วมมือข้ามชาติ ตระหนักถึงบทบาทของ FSB ในการพัฒนา Key Attribute ข้อ ๗.๕ และยินดีที่จะให้ความร่วมมือและแลกเปลี่ยนความรู้และความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายกับ FSB โดยมีฝ่ายเลขานุการของ UNCITRAL เป็นผู้ประสานงาน และจะได้รายงานผลให้ที่ประชุมกรรมการบริหารในอนาคต นอกจากนี้คณะทำงานยังได้มอบหมายให้ฝ่ายเลขานุการของ UNCITRAL ติดตามความคืบหน้าและพัฒนาการของกฎระเบียบต่างๆ ขององค์กรเหนือรัฐหรือกฎหมายภายในของบางประเทศเกี่ยวกับการดำเนินคดีล้มละลายของสถาบันการเงินขนาดใหญ่ที่มีความซับซ้อน

## ๑.๔ หน้าที่ของผู้บริหารบริษัทในกลุ่มวิสาหกิจก่อนเข้าสู่ภาวะล้มละลาย

คณะทำงานตระหนักถึงความสำคัญของการกำหนดหน้าที่ของผู้บริหารกลุ่มวิสาหกิจก่อนเข้าสู่ภาวะล้มละลาย โดยเฉพาะการกำหนดแนวทางแก้ไขปัญหามิใช่ในทางปฏิบัติ อันจะส่งผลต่อประสิทธิภาพของกระบวนการล้มละลายในภาพรวม โดยแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวต้องมีการพิจารณาอย่างรอบคอบเพื่อไม่ให้

กระทบต่อการฟื้นตัวของธุรกิจหรือไม่ทำให้ผู้บริหารตัดสินใจเข้าสู่กระบวนการล้มละลายก่อนเวลาอันควร ทั้งนี้ คณะทำงานเห็นพ้องให้มีการจัดตั้งคณะผู้เชี่ยวชาญอย่างไม่เป็นทางการเพื่อดำเนินการศึกษาการนำ แนวทาง ในการร่างกฎหมายแม่แบบ ส่วนที่ ๔ (Legislative Guide Part 4) มาปรับใช้กับบริบทของกลุ่มวิสาหกิจ รวมถึงประเด็นหน้าที่ของผู้บริหารบริษัทในกลุ่มวิสาหกิจที่มีต่อบริษัทของตนและต่อผลประโยชน์ของกลุ่มวิสาหกิจ ในภาพรวม

## ๒. ประเด็นเกี่ยวกับการภารกิจของคณะทำงานในอนาคตของคณะทำงานที่ ๕

### ๒.๑ กฎเกณฑ์แห่งการเลือกใช้กฎหมาย

คณะทำงานตระหนักว่าประเด็นเรื่องการเลือกใช้กฎหมายเป็นข้อเสนอสำคัญที่จะถูกบรรจุไว้หากมีการ ยกร่างอนุสัญญาว่าด้วยการล้มละลายข้ามชาติ ตลอดจนมีความสำคัญในบริบทที่เกี่ยวกับการล้มละลายของ กลุ่มวิสาหกิจ ซึ่งหลักการเกี่ยวกับกฎเกณฑ์แห่งการเลือกใช้กฎหมายอันจะเป็นภารกิจในอนาคตของคณะทำงาน ได้ถูกระบุไว้ในเอกสารของคณะทำงานที่ A/CN.9/WG.V/WP.117 วรรคที่ ๑๒ - ๑๖ ดังนั้น คณะทำงานจึงได้ เห็นพ้องที่จะบรรจุประเด็นเรื่องกฎเกณฑ์แห่งการเลือกใช้กฎหมายเป็นภารกิจในอนาคตของคณะทำงานต่อไป

#### A/CN.9/WG.V/WP.117 วรรคที่ ๑๒ - ๑๖

Union Internationale des Avocats (UIA) และ International Insolvency Institute (III) เห็นพ้องกันว่า แนวปฏิบัติที่สอดคล้องกันเกี่ยวกับกฎเกณฑ์แห่งการเลือกใช้กฎหมายในคดีล้มละลายข้ามชาติจะช่วยเสริมสร้างการ ประสานงานของการชำระบัญชีและช่วยเหลือวิสาหกิจข้ามชาติ โดยประเด็นหลักที่ควรพิจารณาในเรื่องนี้ ได้แก่ กฎหมายที่ บังคับใช้ในการกำหนดบุริมสิทธิของสิทธิเรียกร้องที่ไม่มีหลักประกัน หรือการเลือกกฎหมายสำหรับใช้กับสิทธิเกี่ยวกับ ทรัพย์สินทางปัญญาหรือทรัพย์สินที่เป็นนามธรรม ทั้งนี้ แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายและกฎเกณฑ์ทางสารบัญญัติที่สอดคล้องกัน เกี่ยวกับคดีล้มละลาย แต่การทำให้กฎหมายและกฎเกณฑ์ทางวิธีสบัญญัติมีความสอดคล้องกันจะช่วยเพิ่มความสอดคล้อง ประสาน ความแน่นอน ความคาดหมายได้ รวมถึงช่วยปรับปรุงและสร้างความเป็นเหตุเป็นผลให้กับกฎเกณฑ์ของการ เลือกใช้กฎหมายให้ดีขึ้น

การกำหนดกฎเกณฑ์แห่งการเลือกใช้กฎหมายอาจเริ่มจากการพิจารณาว่าในกรณีใดบ้างที่กฎหมายในประเทศที่ ศาลมีอำนาจพิจารณาคดีสามารถสรุปถึงหลักการในคดีล้มละลายที่จะมีผลใช้บังคับได้อย่างชัดเจน (ว่าเป็นกระบวนการ พิจารณาหลักหรือกระบวนการที่ไม่ใช่กระบวนการพิจารณาหลัก) หลังจากนั้นจึงพิจารณาว่าในกรณีใดบ้างที่ประเทศที่ศาลมีอำนาจ ดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ไม่ใช่กระบวนการพิจารณาหลักสามารถนำกฎหมายของประเทศที่ศาลมีอำนาจดำเนินกระบวนการ พิจารณาหลัก ตลอดจนระบุถึงพฤติกรรมอื่นๆ ที่ศาลที่มีอำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาสามารถอนุมานนำกฎหมาย ล้มละลายของประเทศอื่นได้ (ไม่ว่าคดียังอยู่ระหว่างการพิจารณาในศาลอื่นหรือไม่ก็ตาม) อีกทั้งหลักกฎหมายระหว่าง ประเทศแผนกคดีบุคคลก็มีส่วนช่วยตอบปัญหาในประเด็นที่ไม่เกี่ยวข้องกับกฎหมายล้มละลายโดยตรง อาทิ ความสมบูรณ์ และความไม่สมบูรณ์ของสิทธิเรียกร้อง เป็นต้น ทั้งนี้ UNCITRAL อาจประสานกับกลไก Hague Conference on Private International Law ในการพัฒนากฎเกณฑ์แห่งการเลือกใช้กฎหมายต่อไป

## ๒.๒ ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่และสิทธิเรียกร้อง

คณะทำงานตระหนักถึงความสำคัญของประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่และสิทธิเรียกร้อง โดยเห็นว่าหลายประเด็นมีความสำคัญต่อการแก้ไขปัญหาในบริบทของการอำนวยความสะดวกเกี่ยวกับการฟื้นฟูฟูกิจการลูกหนี้ที่เป็นกลุ่มบริษัท อาทิ การเข้าถึงข้อมูล และการมีส่วนร่วมของเจ้าหน้าที่ นอกจากนี้ คณะทำงานยังเห็นว่าแม้บางประเด็นสามารถแก้ไขปัญหได้ในกฎหมายวิธีพิจารณาแต่ก็อาจก่อให้เกิดปัญหาหากมีการปรับปรุงกฎหมายสารบัญญัติ อาทิ กระบวนวิธีพิจารณาสำหรับการขอรับชำระหนี้ของลักษณะของสิทธิเรียกร้องแต่ละประเภท ทั้งนี้ แม้ว่าบางเรื่องในประเด็นนี้จะได้รับเสียงสนับสนุนจากคณะทำงานให้บรรจุเป็นภารกิจในอนาคต แต่ก็เห็นว่ายังไม่มีความจำเป็นเร่งด่วนเมื่อเทียบกับเรื่องอื่น

## ๒.๓ การปฏิบัติด้านการล้มละลายสำหรับสัญญาการเงินและการชำระดุล

คณะทำงานพิจารณาเปรียบเทียบหลักการชำระดุลในเอกสารคณะทำงานที่ A/CN.9/WG.V/WP.117 วรรคที่ ๓๕ - ๓๘ กับหลักการว่าด้วยการดำเนินการตามบทบัญญัติการชำระดุล (Principle on the Operation of Close-Out Netting Provision) ของสถาบันระหว่างประเทศเพื่อสร้างเอกภาพให้แก่กฎหมายเอกชน (International Institute for the Unification of Private Law - UNIDROIT) พบว่าข้อเสนอแนะที่ ๑๐๑ - ๑๐๗ ในแนวทางในการร่างกฎหมายแม่แบบ ส่วนที่ ๔ (Legislative Guide Part 4) มีความไม่สอดคล้องกับหลักการของ UNIDROIT และไม่สะท้อนถึงแนวปฏิบัติที่ตีเลิศในปัจจุบัน ทั้งนี้ แม้คณะทำงานจะมีความเห็นแตกต่างกัน และยังไม่สามารถสรุปได้ว่าควรดำเนินการอย่างไร ระหว่างการอ้างถึงหลักการของ UNIDROIT ในแนวทางในการร่างกฎหมายแม่แบบ ส่วนที่ ๔ และตัดบทบัญญัติในประเด็นนี้ที่ปรากฏอยู่ในแนวทางการร่างกฎหมายแม่แบบ ส่วนที่ ๔ หรือควรให้คณะทำงานดำเนินการแก้ไขแนวทางในการร่างกฎหมายแม่แบบ ส่วนที่ ๔ โดยต้องหลีกเลี่ยงมิให้เกิดความซ้ำซ้อนกับหลักการของ UNIDROIT ซึ่งเน้นเรื่องการชำระดุล ในขณะที่แนวทางในการร่างกฎหมายแม่แบบเน้นที่ประเด็นหลากหลาย อย่างไรก็ตาม คณะทำงานเห็นพ้องว่าการปฏิบัติด้านการล้มละลายสำหรับสัญญาการเงินและการชำระดุลจะเป็นภารกิจในอนาคตของคณะทำงานต่อไป โดยการทบทวนและปรับปรุงแนวทางการร่างกฎหมายแม่แบบในเรื่องนี้ไม่ควรจะแย้งกับหลักการของ UNIDROIT หรืองานขององค์กรอื่นๆ อาทิ FSB

### A/CN.9/WG.V/WP.117 วรรคที่ ๓๕ - ๓๘

การมีเครื่องมือทางกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์การดำเนินการเกี่ยวกับสัญญาทางการเงินที่มีประสิทธิภาพมีความสำคัญต่อการทำงานและขับเคลื่อนของตลาดเงิน วิกฤติเศรษฐกิจที่ผ่านมาแสดงให้เห็นว่าแนวทางการแก้ไขปัญหาล้มละลายที่แยกการบังคับสัญญาทางการเงินออกจากผลกระทบของกระบวนการล้มละลายยังเป็นข้อถกเถียงกันอยู่ว่ามีความเหมาะสมหรือไม่ แม้ว่าแนวทางดั้งเดิมในการปกป้องสัญญาทางการเงินได้ระบุข้อยกเว้นไว้ในแนวทางการร่างกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ในข้อเสนอแนะที่ ๗๑, ๙๒ และ ๑๐๑ - ๑๐๗ แต่แนวทางดังกล่าวใช้สำหรับกรณีที่ไม่ว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในสัญญาทางการเงินเป็นสถาบันการเงินหรือไม่ก็ได้ โดยเหตุผลของข้อยกเว้นดังกล่าวก็เพื่อลดความเสี่ยงเชิงระบบที่จะกระทบต่อเสถียรภาพของตลาดเงิน ซึ่งอาจเป็นผลมาจากในกรณีนี้ลูกหนี้สามารถแสวงประโยชน์จากการเลือกปฏิบัติตามหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญาได้ และในกรณีที่ยังคงมีความไม่แน่ชัดทางกฎหมายเกี่ยวกับผลกระทบ

#### ของการล้มละลายต่อสัญญาทางการเงิน

UNCITRAL จึงจำเป็นต้องสร้างสมดุลระหว่างการคุ้มครองผลประโยชน์ของสังคมที่เกี่ยวกับสัญญาทางการเงิน และการลดผลกระทบเชิงลบที่อาจเกิดขึ้นจากการให้ความคุ้มครองสัญญาทางการเงินจากกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการล้มละลาย โดยอาจต้องกำหนดให้มีการปฏิบัติต่อสัญญาทางการเงินเป็นกรณีพิเศษในคดีล้มละลาย ซึ่งอาจรวมถึงประเด็นต่างๆ ได้แก่

- ความเสี่ยงที่เจ้าหนี้ซึ่งไม่ใช่สถาบันทางการเงินที่แท้จริงจะหลีกเลี่ยงการเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย
- ปัจจัยขัดขวางในการติดตามเฝ้าระวังความเข้มแข็งของฐานะทางการเงินของคู่ค้า
- ปัจจัยมุ่งใจในการกำหนดกรอบธุรกรรมว่าอะไรเป็นสัญญาทางการเงิน รวมถึงการได้มาซึ่งสิทธิประโยชน์ที่มีหลักประกันโดยพหุคูณซึ่งไม่ได้รับการเปิดเผย
- ความไม่เป็นธรรมต่อกลุ่มลูกหนี้โดยทั่วไป (อาทิ การแบ่งทรัพย์สินอย่างไม่ยุติธรรมในคดีล้มละลาย) และความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นต่อกองทรัพย์สินของลูกหนี้
- ความเสี่ยงที่เจ้าหนี้ที่ไม่มีสิทธิแท้จริงในการลงมติตามสิทธิเรียกร้องที่ตนมีจะดำเนินการแสวงประโยชน์จากกระบวนการล้มละลาย และความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นต่อความพยายามในการฟื้นฟูกิจการ
- ความเสี่ยงในการขยายช้อยกเว้นต่างๆ ตามความมุ่งหมายของสัญญาทางการเงิน

#### ๒.๔ การกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์

คณะทำงานได้รับทราบหลักการเกี่ยวกับคุณสมบัติของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ (Insolvency Office Holder Principles) ซึ่งจัดทำขึ้นโดยธนาคารยุโรปเพื่อการบูรณะและการพัฒนา (European Bank for Reconstruction and Development – EBRD) โดยคณะทำงานเห็นว่าแม้หลายประเทศจะไม่มีเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ แต่ก็สนับสนุนให้มีการจัดทำกฎเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตามข้อเสนอในเอกสารคณะทำงานที่ A/CN.9/WG.V/ WP.117 วรรคที่ ๓๙ – ๔๑ ทั้งนี้ คณะทำงานเห็นพ้องว่าควรดำเนินการในลักษณะที่ไม่เป็นทางการ โดยร่วมมือกับองค์กรวิชาชีพ อาทิ International Association of Insolvency Regulators (IAIR) เพื่อเสนอให้ที่ประชุมคณะทำงานพิจารณาในโอกาสต่อไป

#### A/CN.9/WG.V/WP.117 วรรคที่ ๓๙ – ๔๑

ในปี ค.ศ. ๒๐๐๗ ธนาคารยุโรปเพื่อการบูรณะและการพัฒนา (European Bank for Reconstruction and Development - EBRD) ได้พัฒนาหลักการซึ่งเรียกว่า Insolvency Office Holder Principle เพื่อเป็นแนวทางสำหรับฝ่ายนิติบัญญัติใช้กำหนดมาตรฐานสำหรับคุณสมบัติ การแต่งตั้ง รวมถึงการกำหนดกฎเกณฑ์ของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ เนื่องจากเห็นว่าเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เป็นกลไกสำคัญต่อกระบวนการล้มละลายที่มีประสิทธิภาพ โดยหลักการของ EBRD วางหลักการกว้างๆ ซึ่งพัฒนามาจากบทบัญญัติของเอกสารที่สำคัญ ได้แก่ แนวทางการยกร่างกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL และหลักการสำหรับระบบสิทธิของลูกหนี้และระบบการล้มละลายที่มีประสิทธิภาพ (Principles for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems) ของธนาคารโลก

#### ๒.๕ การบังคับคดีตามคำพิพากษาที่สืบเนื่องจากคดีล้มละลาย

คณะทำงานตระหนักว่าการบังคับคดีตามคำพิพากษาที่สืบเนื่องจากคดีล้มละลายแม้จะเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในสหราชอาณาจักร แต่ก็มีลักษณะเป็นปัญหาระดับโลก โดยได้สนับสนุนให้มีการดำเนินการตามข้อเสนอ

ในเอกสารคณะทำงานที่ A/CN.9/WG.V/ WP.117 วรรคที่ ๔๒ - ๔๓ เนื่องจากเห็นว่ากฎหมายแม่แบบยังไม่ครอบคลุมการรับรองและการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาที่สืบเนื่องจากคดีล้มละลาย อันจะนำไปสู่ความไม่แน่นอนและส่งผลกระทบต่อ การรับรองกฎหมายแม่แบบของประเทศต่างๆ ทั้งนี้ อาจเพิ่มภาคผนวกหรือบทบัญญัติเพิ่มเติมในกฎหมายแม่แบบเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว โดยอาจรวมถึงการรับรองคำสั่งปลดการล้มละลาย

A/CN.9/WG.V/ WP.117 วรรคที่ ๔๒ - ๔๓

ในสหราชอาณาจักร คดี Rubin v Eurofinance SA ผู้แทนต่างชาติของบริษัทลูกหนี้ (นอกจากจะร้องขอให้ศาลสหราชอาณาจักรรับรองกระบวนการพิจารณาของศาลต่างประเทศแล้ว) ยังได้ร้องขอให้บังคับตามคำพิพากษาศาลล้มละลายสหรัฐอเมริกา ซึ่งโจทก์ต้องการบังคับให้บุคคลภายนอกชำระหนี้ที่บริษัทลูกหนี้ค้างชำระต่อเจ้าหนี้ คดีนี้ได้ขึ้นสู่ศาลฎีกาของสหราชอาณาจักรซึ่งได้ตัดสินว่ากฎเกณฑ์ต่างๆ ไม่สามารถนำมาใช้กับกรณีนี้ และกฎเกณฑ์ว่าด้วยคดีล้มละลายข้ามชาติ ค.ศ. ๒๐๐๖ (Cross-Border Insolvency Regulations 2006) ที่รับเอากฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL มาใช้ ไม่รับรองและบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศต่อบุคคลภายนอก นอกจากนั้น ศาลยังได้วินิจฉัยต่อไปอีกว่ากฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ไม่ได้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อให้มีการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศบนพื้นฐานของหลักการต่างตอบแทน

จากข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าว ทำให้มีการหารือกันว่ากฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ควรจะบัญญัติเป็นการเฉพาะให้ครอบคลุมถึงการบังคับคดีตามคำพิพากษาที่สืบเนื่องจากคดีล้มละลายในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาให้ความช่วยเหลือภายใต้มาตรา ๒๑ ของกฎหมายแม่แบบ นอกจากนั้น อาจพิจารณาอีกว่าควรเพิ่มเติมสิ่งที่มีลักษณะเป็น “กระบวนการพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับการปรับหนี้” ภายใต้คำนิยามของคำว่า “กระบวนการพิจารณาต่างประเทศ” หรือไม่ ซึ่งการทบทวนกฎหมายแม่แบบจะช่วยในเรื่องการรับรองข้ามชาติของข้อตกลงในการฟื้นฟูกิจการโดยสมัครใจ

**๒.๖ การปฏิบัติต่อสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาในคดีล้มละลายข้ามชาติ**

คณะทำงานได้แสดงความสนใจต่อข้อเสนอที่ระบุตามเอกสารคณะทำงานที่ A/CN.9/WG.V/ WP.117 วรรคที่ ๔๔ - ๔๕ และแม้ว่าประเด็นการปฏิบัติต่อสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาในคดีล้มละลายข้ามชาติถูกระบุในภาคผนวกว่าด้วยสิทธิมีหลักประกันเหนือทรัพย์สินทางปัญญาของแนวทางการร่างกฎหมายเกี่ยวกับธุรกิจที่มีหลักทรัพย์ค้ำประกัน (UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transaction: Supplement on Security Rights in Intellectual Property) อันเป็นงานของคณะทำงาน ๖ แต่คณะทำงานก็ได้เสนอว่าควรจะกำหนดให้เป็นภาคผนวกในแนวทางในการร่างกฎหมายแม่แบบว่าด้วยกฎหมายล้มละลาย

A/CN.9/WG.V/ WP.117 วรรคที่ ๔๔ - ๔๕

แนวทางการร่างกฎหมายแม่แบบ แม้จะระบุว่ามีเจตนาในการกำหนดข้อยกเว้นเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อสิทธิบัตรด้านทรัพย์สินทางปัญญาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติตามสัญญา การปฏิเสธการปฏิบัติตามสัญญา และการยกเลิกสัญญา แต่ก็ไม่ได้ระบุถึงแนวทางในการดำเนินการในเรื่องนี้ในเชิงลึกและเป็นรูปธรรม ทั้งนี้ โดยที่ในปัจจุบันทรัพย์สินทางปัญญาถือเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าและมีความสำคัญของบริษัทที่ล้มละลาย โดยในบางกรณีเป็นทรัพย์สินที่คิดเป็นมูลค่าสูงสุดของบริษัท อาทิ Eastman Kodak Company, Nortel Network Corporation หรือ Qimonda AG (ซึ่งเป็นบริษัทข้ามชาติที่ครอบครองสิทธิบัตรกว่า ๑๒,๐๐๐ ฉบับ) แต่กฎหมายล้มละลายของแต่ละประเทศก็มีความแตกต่าง

หลากหลายในการปฏิบัติต่อสัญญาที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งสร้างความสับสนให้กับการนำกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL ไปบังคับใช้

แม้ว่าการเลิกสัญญาที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญาจะมีผลต่อเจ้าหนี้และลูกหนี้ล้มละลาย อีกทั้งกฎหมายในหลายประเทศก็ให้สิทธิในการเลิกสัญญาได้ แต่การเลิกสัญญาดังกล่าวก็ก่อให้เกิดผลเสียในวงกว้าง อาทิ ในอุตสาหกรรมเคมีคอนดักเตอร์ ซึ่งหากมีการยกเลิกใบอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรการผลิตเคมีคอนดักเตอร์ของบริษัทลูกหนี้ล้มละลายก็จะทำให้บริษัทที่ได้รับอนุญาตให้ผลิตเคมีคอนดักเตอร์ภายใต้สิทธิบัตรดังกล่าวไม่สามารถดำเนินการผลิตสินค้าได้ อันจะก่อให้เกิดการขาดแคลนผลิตภัณฑ์ที่มีเคมีคอนดักเตอร์ดังกล่าวเป็นส่วนประกอบ อย่างไรก็ตาม โดยที่ใบอนุญาตเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญามีความสำคัญในทางธุรกิจเพิ่มมากขึ้นต่อการฟื้นฟูกิจการของบริษัทลูกหนี้ ดังนั้น ความสามารถของลูกหนี้ล้มละลายที่ได้รับใบอนุญาตให้ใช้ จำหน่าย หรือโอนสิทธิบัตรจึงมีความสำคัญในกระบวนการพิจารณาคดีล้มละลาย

งานของคณะกรรมการในอนาคตที่ควรมีการดำเนินการ อาทิ การศึกษาเปรียบเทียบเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อสัญญาที่เกี่ยวกับสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศต่างๆ การจัดเตรียมข้อเสนอแนะในการประสานการดำเนินการต่อบุคคลผู้มีส่วนได้เสียกับใบอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินทางปัญญา ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการขาย การยกเลิก การผูกผันต่อ การปฏิเสธ และการโอนสัญญาที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งผลที่ได้จากการศึกษาอาจนำมาจัดทำเป็นภาคผนวกเพิ่มเติมในแนวทางการร่างกฎหมาย กฎหมายแม่แบบ หรือคำแถลงหลักการ ทั้งนี้ จำเป็นต้องมีการประสานงานกับคณะกรรมการอื่นของ UNCITRAL และกลไกที่เกี่ยวข้องกับประเด็นด้านทรัพย์สินทางปัญญา

## ๒.๗ การจัดลำดับความสำคัญเร่งด่วนของภารกิจในอนาคต

คณะกรรมการเห็นพ้องว่าประเด็นที่ ๒.๑ – ๒.๖ ควรถูกบรรจุอยู่ในภารกิจในอนาคตของคณะกรรมการ โดยได้จัดลำดับความสำคัญเร่งด่วนของประเด็นต่างๆ แบ่งเป็น ๒ ระดับ ดังนี้

- ภารกิจที่ต้องดำเนินการโดยคณะกรรมการ จัดลำดับความสำคัญตามลำดับ ดังนี้
  - ๑) การบังคับคดีตามคำพิพากษาที่สืบเนื่องจากคดีล้มละลาย (ข้อ ๒.๕)
  - ๒) กฎเกณฑ์แห่งการเลือกใช้กฎหมาย (ข้อ ๒.๑)
  - ๓) การปฏิบัติด้านการล้มละลายสำหรับสัญญาการเงินและการชำระดุล (ข้อ ๒.๓)
  - ๔) การปฏิบัติต่อสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาในคดีล้มละลายข้ามชาติ (ข้อ ๒.๖)
- ภารกิจที่ดำเนินการโดยคณะผู้เชี่ยวชาญที่ไม่เป็นทางการ ผ่านการประสานงานของฝ่ายเลขานุการ UNCITRAL ซึ่งไม่ต้องใช้เวลาของคณะกรรมการ และไม่จำเป็นต้องจัดลำดับความสำคัญเร่งด่วน ได้แก่
  - ๑) ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเจ้าหนี้และสิทธิเรียกร้อง (ข้อ ๒.๒)
  - ๒) การกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ (ข้อ ๒.๔)

## บทสรุป

การประชุมคณะกรรมการ ๕ ของคณะกรรมการการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ เป็นการประชุมระดับระหว่างประเทศที่สำคัญในการกำหนดและพัฒนามาตรฐานกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการล้มละลายที่สำคัญ โดยเฉพาะกฎหมายว่าด้วยการล้มละลายข้ามชาติ ทั้งกฎหมายสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ อย่างไรก็ตาม แม้ประเทศไทยจะไม่ได้รับรองกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL อย่างเป็นทางการ แต่ก็จำเป็นต้องติดตามความคืบหน้าของพัฒนาการของกฎหมายและแนวปฏิบัติที่ดีเลิศเกี่ยวกับการดำเนินการต่อคดีล้มละลาย



ของ UNCITRAL ของประเทศสมาชิกต่างๆ และของกลุ่มภูมิภาคและองค์การระหว่างประเทศ อันจะเป็นประโยชน์สำหรับการปรับปรุงกฎหมาย กฎระเบียบ และกระบวนการดำเนินการล้มละลายของไทยให้มีความทันสมัย ตลอดจนจะเป็นประโยชน์สำหรับการอำนวยความสะดวกในด้านการค้าการลงทุนและการทำธุรกิจระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในบริบทของการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ (economic integration) ภายใต้ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community – AEC)

นายฐากร เสาวภา นิตกรปฏิบัติการ กลุ่มงานวิชาการ ผู้รายงาน

#### เอกสารอ้างอิง

๑. UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment  
<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/insolvency-e.pdf>
๒. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law Part 1 – 2  
[http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf)
๓. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law Part 3  
<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-E.pdf>
๔. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law Part 4  
<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part4-ebook-E.pdf>
๕. UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation  
[http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Practice\\_Guide\\_Ebook\\_eng.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Practice_Guide_Ebook_eng.pdf)
๖. เอกสารประกอบการประชุมคณะทำงาน ๕ สมัยที่ ๔๔ เลขที่ A/CN.9/WG.V/ WP.117  
<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V13/871/05/PDF/V1387105.pdf?OpenElement>
๗. UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transaction: Supplement on Security Rights in Intellectual Property  
[http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-lg/e/10-57126\\_Ebook\\_Suppl\\_SR\\_IP.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-lg/e/10-57126_Ebook_Suppl_SR_IP.pdf)
๘. Principle on the Operation of Close-Out Netting Provision ของ UNIRDOIT  
<http://www.unidroit.org/english/principles/netting/netting-principles2013-e.pdf>
๙. Key Attribute of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions ของ Financial Stability Board  
[http://www.financialstabilityboard.org/publications/r\\_111104cc.pdf](http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_111104cc.pdf)
๑๐. Insolvency Office Holder Principles ของ European Bank for Reconstruction and Development  
[http://www.ebrd.com/downloads/legal/insolvency/ioh\\_principles.pdf](http://www.ebrd.com/downloads/legal/insolvency/ioh_principles.pdf)
๑๑. Principles for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems ของธนาคารโลก  
[http://www.worldbank.org/ifa/ipg\\_eng.pdf](http://www.worldbank.org/ifa/ipg_eng.pdf)