

บทที่ 3

ความรับผิดของกรรมการที่บริหารบริษัทในกรณี บริษัทล้มละลายตามกฎหมายประเทศอังกฤษ

เมื่อบริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัวจนต้องล้มละลาย เจ้าหนี้ของบริษัทต้องขอรับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินของบริษัท จึงไม่อาจได้รับชำระหนี้จนเต็มจำนวน ทำให้เจ้าหนี้ได้รับความเสียหาย แต่บางกรณีความเสียหายเกิดจากกระทำที่ไม่ซื่อสัตย์สุจริต ไม่ชอบ หรือไม่เหมาะสมของกรรมการบริษัท ดังนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองเจ้าหนี้ของบริษัทซึ่งได้รับความเสียหายจากการไม่ได้รับชำระหนี้จนเต็มจำนวน เนื่องจากบริษัทล้มละลาย กฎหมายประเทศอังกฤษจึงกำหนดให้กรรมการต้องรับผิดทางแพ่งโดยชัดใช้เงินแก่กองทรัพย์สินของบริษัท กำหนดให้กรรมการต้องรับผิดทางอาญา กำหนดห้ามกรรมการใช้ชื่อบริษัทที่ล้มละลาย และกำหนดห้ามกรรมการกลับมาประกอบอาชีพกรรมการอีก ในกรณีกรรมการดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้ (Fraudulent trading) ดำเนินธุรกิจโดยมิชอบ (Wrongful trading) และดำเนินธุรกิจโดยไม่เหมาะสม

1. การดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้ (Fraudulent trading)

1.1 ความรับผิดทางแพ่ง

1.1.1 ความเป็นมาความรับผิดของกรรมการในกรณีดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้¹

ในปี 1926 Greene Committee ได้เสนอรายงานต่อรัฐสภาเพื่อประกอบการแก้ไขกฎหมายบริษัท โดยได้พิจารณาถึงปัญหาเฉพาะที่เกิดขึ้นในขณะนั้นว่า มีกรณีซึ่งบุคคลที่บริหารงานของบริษัทโดยที่บุคคลนั้นได้ถือหุ้นกู้ที่มี floating charge² ของบริษัทนั้นด้วย เมื่อ

¹ สหชน รัตนไพจิตร , “แนวความคิดซึ่งให้ผู้แทนต้องรับผิดในหนี้ของบริษัทกรณีบริษัทล้มละลายตามกฎหมายอังกฤษ”, วารสารกฎหมาย ปีที่ 18 ฉบับที่ 1 (2531) น.43-45

² ในกรณีบริษัทประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินตามกฎหมายอังกฤษ อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ Fixed Charge และ Floating charge

บุคคลดังกล่าวรู้ว่าบริษัทจะล้มละลายก็ได้ส่งซื้อสินค้าเข้าบริษัท ต่อมาเมื่อบริษัทล้มละลายทรัพย์สิน ซึ่งส่งซื้อมานั้นก็ตกอยู่ในบังคับของ floating charge และผู้บริหารคนนั้นก็ได้ประโยชน์จากหลักประกันจนเต็มจำนวน แต่เจ้าหนี้ซึ่งขายทรัพย์สินให้บริษัทต้องมาขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลาย³ การกระทำดังกล่าวไม่ใช่การกระทำซึ่งเป็นการให้เปรียบเจ้าหนี้ (Fraudulent preference) จึงบังคับให้ floating charge ที่มีอยู่แล้วเป็นโมฆะหรือเสียไปไม่ได้ เพื่อแก้ปัญหานี้ทาง Greene Committee ได้เสนอให้เพิ่มเติมกฎหมายบริษัท โดย (1) ให้การกระทำซึ่งมีลักษณะเป็นการหลอกลวงเจ้าหนี้โดยรู้ว่าเจ้าหนี้จะไม่ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวนดังกล่าวเป็นความผิดอาญา และ (2) ให้บุคคลนั้นรับผิดชอบทางแพ่งในหนี้ของบริษัทนั้น ข้อเสนอของ Greene Committee ได้รับการบัญญัติตามใน Company Act ปี 1928 มาตรา 76 และต่อมาเป็นมาตรา 276 Company Act 1929

Fixed charge เป็นการประกันหนี้ด้วยสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์บางประเภท เมื่อทรัพย์ใดติด Fixed Charge ลูกหนี้จะไม่สามารถจำหน่ายทรัพย์สินนั้นได้เว้นแต่จะชำระหนี้ให้เจ้าหนี้มีประกันก่อน

สำหรับ floating charge เป็นการประกันหนี้ด้วยสังหาริมทรัพย์ ซึ่งจะมีลักษณะพิเศษคือ

(1) เป็นทรัพย์ซึ่งอยู่บนทรัพย์สินบางประเภทของบริษัท โดยจะคลุมถึงทรัพย์ทั้งในปัจจุบันและอนาคต

(2) ทรัพย์นั้นโดยปกติแล้วจะเปลี่ยนมืออยู่ตลอดเวลา (เช่น สินค้าของบริษัทซึ่งซื้อมาขายไป)

(3) ตราบใดที่เจ้าหนี้ไม่บังคับหลักประกันให้ floating charge เป็น fixed charge บริษัทสามารถที่จะดำเนินกิจการกับทรัพย์นั้นได้ตามปกติธุรกิจ เสมือนไม่มี charge ในกรณีที่เจ้าหนี้บังคับหลักประกันที่เป็น floating charge เจ้าหนี้จะแต่งตั้งบุคคลเรียกว่า receiver เป็นผู้จัดการแทน ตามปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นกรณีที่ทรัพย์ที่ติด floating charge มีอยู่น้อยจึงส่งซื้อมาจากบุคคลภายนอกเพื่อให้มีจำนวนมากขึ้น เมื่อบังคับหลักประกันทรัพย์ซึ่งซื้อมาก็ตกอยู่ภายใต้หลักประกันด้วย ทำให้ทรัพย์ที่เป็นประกันมีมากกว่าเดิม

³ Greene Committee, Report on Company Law Amendment, Cmnd 2657, pp. 61-62

ในปี 1945 Cohen Committee ⁴ ได้เสนอเพิ่มเติมให้บทบัญญัตินี้คลุมถึงบุคคลอื่นซึ่งรู้และร่วมในการกระทำดังกล่าวด้วย นอกจากนั้นยังได้เสนอเพิ่มโทษทางอาญาในความผิดฐานนี้ ข้อเสนอดังกล่าวได้รับการบัญญัติตามใน Companies Act 1947 และต่อมาเป็นมาตรา 332 ใน Companies Act 1948, 1981, 1982 และมาตรา 630 ใน Companies Act 1985

ในปัจจุบันแนวความคิดดังกล่าวได้บัญญัติอยู่ใน Insolvency Act 1986. อย่างไรก็ตามใน Insolvency Act 1986 ได้แยกการกระทำซึ่งเป็นความผิดอาญาไว้ต่างหากจากความรับผิดทางแพ่ง ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 213

แนวความคิดที่จะให้ผู้แทนต้องผิดในหนี้ของบริษัทนี้ในเรื่อง Fraudulent Trading นี้ Professor Gower กล่าวว่า หากจะพิจารณาถึงข้อยกเว้นของหลักในคดี Solomon (ซึ่งเป็นหลักในเรื่องนิติบุคคลเป็นบุคคลต่างหากจากผู้ถือหุ้นและผู้ทำการแทนนิติบุคคล) บทบัญญัตินี้นับได้ว่าเป็นข้อยกเว้นที่รุนแรงที่สุดนับแต่ที่เคยมีมาเพื่อคุ้มครองเจ้าหนี้จากความแข็งแกร่งของหลักในเรื่องนิติบุคคลเป็นบุคคลต่างหากจากผู้ถือหุ้น⁵

1.1.2 ความรับผิดของกรรมการในกรณีดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้

มาตรา 213 แห่ง Insolvency Act 1986 กำหนดว่า ในกรณีที่อยู่ในระหว่างการชำระบัญชีเลิกบริษัท ถ้าปรากฏว่าบริษัทได้กระทำธุรกิจบางอย่างของบริษัทโดยมีเจตนาที่จะหลอกลวงเจ้าหนี้ของบริษัท หรือเจ้าหนี้ของบุคคลอื่น ผู้ชำระบัญชีอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้บุคคลซึ่งรู้และร่วมในการดำเนินการดังกล่าวต้องรับผิดโดยลำพังที่จะต้องชดใช้เงินแก่กองทรัพย์สินของบริษัทตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร

บทบัญญัติมาตรา 213 นี้ขอแยกพิจารณา ดังนี้

- (1) การชำระบัญชีเลิกบริษัท
- (2) บุคคลซึ่งรู้และร่วมในการดำเนินการของบริษัท
- (3) การดำเนินการของบริษัทโดยเจตนาหลอกลวงเจ้าหนี้
- (4) ต้องรับผิดชดใช้เงินแก่กองทรัพย์สินของบริษัทตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร
- (5) ผู้มีอำนาจฟ้อง

⁴ Cohen Committee, Report of the Committee on Company Law amendment, Cmnd 6659, p. 149

⁵ Gower, L.C.B., The Principle of Modern Company Law, Stevens & Sons, 1979 4ed, p. 116. (ในปี 1979 ยังไม่มีบทบัญญัติเรื่อง wrongful Trading)

1.1.2.1 การชำระบัญชีเลิกบริษัท

บทบัญญัติมาตรานี้ใช้บังคับในกรณีมีการชำระบัญชีเลิกบริษัท ซึ่งมีความหมายอยู่ในตัวว่าเป็นการเลิกบริษัท โดยบริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัว กล่าวคือมีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน ทั้งนี้ เพราะหากเป็นการเลิกบริษัท โดยบริษัทมีทรัพย์สินมากกว่าหนี้สินแล้วย่อมไม่เกิดกรณีซึ่งเจ้าหน้าที่ของบริษัทจะถูกหลอกลวงให้ได้รับชำระหนี้้น้อยกว่าจำนวนหนี้ แต่อย่างไรก็ตามความผิด Fraudulent trading สามารถจะกระทำได้แม้บริษัทไม่เคยชำระบัญชีเลิกบริษัท⁶

1.1.2.2 บุคคลซึ่งรู้และร่วมในการดำเนินกิจการของบริษัท

โดยบทบัญญัติเดิม ตามข้อเสนอของ Greene Committee ในปี 1926 ได้กำหนดเฉพาะผู้แทนของบริษัทเท่านั้นที่จะต้องรับผิดชอบทางแพ่ง ต่อมาในปี 1945 Cohen Committee ได้เสนอเพิ่มเติมโดยให้คลุมถึงบุคคลอื่นซึ่งรู้และร่วมในการกระทำ ซึ่งใน Insolvency Act 1986 ก็ยังคงบัญญัติไว้คงเดิม กล่าวคือ ให้บุคคลซึ่งรู้และร่วมในการกระทำความผิดต้องรับผิดชอบทางแพ่งด้วย

คำว่าบุคคลซึ่งรู้และร่วมในการดำเนินกิจการที่เป็นการหลอกลวงเจ้าหน้าที่มีความหมายกว้าง ไม่จำกัดเฉพาะกรรมการเท่านั้น⁷ โดยรวมถึงบุคคลภายนอกด้วย ซึ่งมีข้อที่น่าพิจารณาว่า บุคคลซึ่งรู้และร่วมในการกระทำความผิดจะหมายถึงบุคคลทุกคนในบริษัทหรือไม่ มีตัวอย่างที่ศาลอังกฤษได้ตัดสินไว้ บุคคลในบริษัทซึ่งจะต้องรับผิดชอบเป็นบุคคลที่มีหน้าที่ในการบริหารงานในบริษัทเท่านั้น ดังนั้น เลขานุการของบริษัทซึ่งมีหน้าที่เพียงแต่ดำเนินการตามคำสั่ง โดยไม่มีหน้าที่ในการบริหารงาน จึงไม่ต้องรับผิดชอบ (Re Maidstone Building Provisions Ltd.) บุคคลภายนอกซึ่งจะต้องร่วมรับผิดชอบ หมายความว่ารวมถึงเจ้าหน้าที่ของบริษัทซึ่งใช้สิทธิเรียกร้องให้บริษัทชำระหนี้ให้ตนก่อนเจ้าหน้าที่อื่นด้วยหรือไม่ ในคดี Re Gerald Cooper Chemicals Ltd. ได้วินิจฉัยว่าวงหลักว่าหากเจ้าหน้าที่ซึ่งใช้สิทธิดังกล่าวรู้และร่วมในการหลอกลวง โดยจุดประสงค์ที่จะให้ตนได้รับชำระหนี้ เจ้าหน้าที่ดังกล่าวก็อาจมีความผิด อย่างไรก็ตามหากตนไม่รู้และร่วมในการกระทำดังกล่าวตนก็ไม่ต้องรับผิดชอบ⁸

⁶ Milman & Durrant , Corporate Insolvency – Law and Practice , p. 239. ; Louis G. Doyle, Insolvency Litigation , (London : Sweet & Maxwell, 1999) , p.142.

⁷ Louis G. Doyle, *ibid*, p.144.

⁸ Leigh, L.H.,The Control of commercial Fraud,Heinemann,1982,p.144

1.1.2.3 การดำเนินกิจการของบริษัทโดยเจตนาหลอกลวงเจ้าหนี้

คำว่า “การดำเนินกิจการของบริษัท” มีความหมายอย่างไรวินิจฉัยได้ ตัวอย่างที่ศาลอังกฤษได้ตัดสินไว้ เช่น ผู้จัดการของบริษัทรู้ว่าบริษัทจะล้มละลาย ได้รับเงินจากลูกค้าซึ่งสั่งซื้อสินค้าจากบริษัท และนำเงินนั้นไปชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้เงินกู้ของบริษัท ต่อมาบริษัทล้มละลายทำให้ลูกค้าคนนั้นต้องมาขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลาย ผู้พิพากษา Templeman J. ได้ตัดสินว่า ถ้าผู้จัดการได้รับเงินจากลูกค้า โดยรู้เลยว่าลูกค้าจะไม่ได้รับสินค้านั้น เนื่องจากบริษัทจะล้มละลาย ถึงแม้ว่าจะเป็นกรกระทำเพียงครั้งเดียวก็เพียงพอแล้วที่จะถือได้ว่าเป็นการดำเนินกิจการโดยหลอกลวงลูกค้าของบริษัท (Re Gerald Cooper Chemicals Ltd.) กรณีดังกล่าวเห็นได้ว่าแม้เป็นการรับเงินเพียงครั้งเดียว ก็ถือได้ว่าเป็นการดำเนินกิจการแล้ว หรือกรณีบริษัทเป็นหนี้ลูกค้าตามคำพิพากษารัฐานผิดสัญญาซื้อขาย ต่อมาบริษัทได้ขายกิจการให้บริษัทแม่ และให้บริษัทแม่หักกลบลบหนี้ ซึ่งบริษัทเป็นหนี้บริษัทแม่อยู่ ต่อมาบริษัทได้ร้องขอให้ตนเองล้มละลาย มีปัญหาว่าการหักกลบลบหนี้โดยเจตนาที่จะให้ลูกค้าเสียเปรียบเช่นนี้จะถือได้หรือไม่ว่าเป็นการดำเนินกิจการของบริษัท ผู้พิพากษา Oliver J. ได้ตัดสินว่า การกระทำเช่นนี้ถือได้ว่าเป็นการดำเนินกิจการของบริษัทแล้ว เพราะการดำเนินกิจการ (carrying on business) ย่อมหมายถึงการจัดการต่าง ๆ ของบริษัทซึ่งต่างจากการดำเนินการค้าขาย (carrying on trade) ดังนั้น ในการเรียกหรือจำหน่ายทรัพย์สินของบริษัท ย่อมถือได้ว่าเป็นการดำเนินกิจการของบริษัทแล้ว (Re Sarflax Ltd.)

ดังนั้น การดำเนินกิจการของบริษัทจึงมีความหมายกว้าง โดยรวมถึงการดำเนินกิจการและการจัดการทุกชนิด ไม่ว่าจะเป็นการกระทำครั้งเดียว หรือการเรียกหรือจำหน่ายทรัพย์สินของบริษัท

การดำเนินกิจการของบริษัทซึ่งจะมีความผิดตามมาตรา ๖๑ ต้องเป็นการดำเนินกิจการโดยมีเจตนาที่จะหลอกลวงเจ้าหนี้ของบริษัทหรือเจ้าหนี้ของบุคคลอื่น และการหลอกลวงดังกล่าวทำให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ไม่เต็มจำนวน เนื่องจากบริษัทล้มละลาย

คำว่า “เจตนาหลอกลวง” มีขอบเขตเพียงใด มีตัวอย่างที่ศาลประเทศอังกฤษได้วินิจฉัยไว้ ตัวอย่างเช่น บริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัวไม่สามารถชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ได้เต็มจำนวน ผู้จัดการของบริษัทซึ่งถือหุ้นกู้โดยมี floating charge อยู่ได้ส่งสินค้าจากเจ้าหนี้ของบริษัท ต่อมาผู้จัดการได้ใช้สิทธิในฐานะเจ้าหนี้ที่มี floating charge ตั้ง Receiver (ผู้ทำหน้าที่บังคับหลักประกัน) เพื่อมาบังคับเอาทรัพย์สินที่เพิ่งส่งเข้ามาใหม่ โดยสินค้านั้นจะกลายเป็นทรัพย์สินที่เป็นหลักประกันต่อ floating charge เจ้าหนี้ของบริษัทจึงฟ้องให้ผู้จัดการรับผิดชอบในส่วนตัวในฐานะ

ดำเนินกิจการโดยเจตนาหลอกลวงเจ้าหนี้ ทั้ง ๆ ที่รู้ว่าเจ้าหนี้จะไม่สามารถชำระหนี้เต็มจำนวน ผู้พิพากษา Maugham J. ได้ตัดสินว่า ถ้าบริษัทได้ดำเนินกิจการโดยก่อนนี้ ทั้ง ๆ ที่รู้ว่าเจ้าหนี้ไม่มีโอกาสที่จะได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน ย่อมถือได้ว่าบริษัทได้ดำเนินกิจการโดยเจตนาที่จะหลอกลวงเจ้าหนี้ของบริษัทแล้ว (Re William C. Leitch Bros. Ltd. [1932](No.1))⁹ ต่อมาผู้พิพากษา Maugham J. ได้ตัดสินคดีโดยได้จำกัดความหมายของเจตนาหลอกลวงเจ้าหนี้ให้แคบลง โดยเห็นว่าเจตนาดังกล่าวไม่เพียงแต่จะให้เจ้าหนี้ชำระหนี้ไม่เต็มจำนวน หรือให้เจ้าหนี้คนหนึ่งคนใดได้รับชำระหนี้ก่อนเจ้าหนี้คนอื่นเท่านั้น แต่ต้องประกอบด้วยเจตนาไม่ซื่อสัตย์ ซึ่งโดยความรู้สึกของสังคมธุรกิจแล้วสมควรที่จะถูกดำเนิน (Re Patrick & Lyon Ltd.) ต่อมาศาลใช้เกณฑ์ที่เรียกว่า “blue skies” หรือ “clouds and sunshine” มีหลักว่า หากกรรมการปล่อยให้บริษัทเกิดหนี้ในเวลาที่ยืดเยื้อแล้วบริษัทจะไม่สามารถชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ได้ กรรมการผู้ใดเชื่ออย่างแท้จริงว่า มีเมฆกำลังจะผ่านไปและแสงอาทิตย์กำลังจะมาอีกครั้ง กรรมการผู้นั้นไม่มีสิทธิที่จะแก้ปัญหาด้วยการก่อหนี้ในเวลาที่ยังเลวร้ายนั้น (Re White & Osmond (Parkstone) Ltd(1960))¹⁰ อย่างไรก็ตาม ศาลอุทธรณ์เคยวินิจฉัยว่า ถ้ากรรมการก่อให้บริษัทได้รับเครดิตมาหรือขยายเครดิตออกไปในขณะที่รู้ว่าไม่มีผลอันดีที่จะคิดได้ว่ามีเงินทุนจะชำระหนี้เมื่อหนี้ถึงกำหนดหรือหลังจากหนี้ถึงกำหนดไม่นาน เป็นไปได้ที่คณะลูกขุนจะเห็นว่ามีความไม่ซื่อสัตย์หรือฉ้อฉล (R v. Grantham [1984] 2 W.L.R. 815) ซึ่งอาจชี้ให้เห็นว่าศาลอาจจะเคร่งครัดกับความรับผิดชอบของกรรมการมากกว่าที่เป็นมาก่อนหน้านั้น¹¹ จนมีผู้เห็นว่าหลัก “blue skies test” ถูกปฏิเสธไม่นำมาใช้แล้ว¹²

1.1.2.4 ต้องรับผิดชอบใช้เงินแก่กองทรัพย์สินของบริษัทตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร

ความเสียหายที่จะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวนี้ มิใช่รับผิดชอบในหนี้สินของบริษัท เพียงแต่ต้องชดใช้เงินแก่กองทรัพย์สินของบริษัทเป็นจำนวนตามที่ศาลเห็นสมควร¹³ จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าได้ก่อหนี้โดยการหลอกลวงเป็นจำนวนเท่าใด และไม่จำเป็นที่จะต้อง

⁹ Louis G. Doyle, *supra* note 6, p.148.

¹⁰ *Ibid* , pp.148-149.

¹¹ Ian S Grier, Richard E Floyd, Voluntary Liquidation Receivership : A Practical Guide , 4th ed. (London : Sweet & Maxwell,) p. 63.

¹² Milman & Durrant , Corporate Insolvency Law and Practice 3rd ed. (London: Sweet & Maxwell, 1999) p. 239.

¹³ Ian S Grier, Richard E Floyd, *supra* note 11 , p. 63.

พิจารณาว่าใครบ้างที่ถูกหลอกลวง แต่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลที่จะกำหนดว่าบุคคลนั้นควรรับผิดชอบ เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรานี้มีวัตถุประสงค์ที่จะลงโทษผู้กระทำมากกว่าที่จะให้ผู้กระทำชดเชยค่าเสียหาย จึงไม่จำกัดความรับผิดชอบเฉพาะจำนวนหนี้ที่ได้ก่อขึ้น (Re William C. Leitch Bros. Ltd. (No.1)) ทั้งนี้ ส่วนของโทษอาจมากเท่ากับส่วนของความเสียหายก็ได้¹⁴

บุคคลที่ต้องรับผิดชอบชดเชยให้แก่กองทรัพย์สินของบริษัท ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ผู้ถูกหลอกลวง โดยก่อนมี Insolvency Act 1986 ไม่ได้กำหนดไว้แน่ชัดว่าจะต้องชดเชยให้แก่กองทรัพย์สินของบริษัท หรือชดเชยให้แก่เจ้าหน้าที่ซึ่งถูกหลอกลวง ผู้พิพากษา Maugham J. ได้ตัดสินว่าต้องรับผิดชอบชดเชยให้แก่กองทรัพย์สินของบริษัท (Re William C. Leitch Bros Ltd. (No 2)) แต่ในคดี Re Cyona Distributor Ltd. ศาลได้ตัดสินว่าเป็นดุลพินิจของศาลที่จะกำหนดให้ผู้กระทำต้องรับผิดชอบชดเชยให้แก่เจ้าหน้าที่คนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะ อย่างไรก็ตามปัจจุบันมาตรา 213 ได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าต้องรับผิดชอบชดเชยให้แก่กองทรัพย์สินของบริษัท

1.1.2.5 ผู้มีอำนาจฟ้อง

ผู้ชำระบัญชีเท่านั้นที่มีสิทธิฟ้องร้องคดีประเภทนี้ได้ โดยในส่วนตัวแห่งผู้ชำระบัญชีเท่านั้นที่มีสิทธินำคดีไปสู่ศาล¹⁵ แต่คดีอาญาอาจมีบุคคลอื่นนอกกระบวนการชำระบัญชีนำคดีไปสู่ศาลได้ โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงว่าได้เลิกบริษัทไปแล้วหรือไม่¹⁶ อย่างไรก็ตาม การดำเนินคดีส่วนอาญาประสบความสำเร็จน้อย เพราะเป็นการยากที่จะพิสูจน์เจตนาฉ้อฉลของกรรมการ¹⁷ ดังนั้น นาน ๆ ครั้งที่ผู้ชำระบัญชีจะนำมาใช้¹⁸

1.1.3 แนวทางปฏิบัติสำหรับกรรมการ

เรื่องนี้มีผู้เสนอว่า เมื่อบริษัทประสบปัญหาทางการเงิน ต้องรีบขอรับคำแนะนำจากที่ปรึกษาว่าในทางเทคนิคแล้วจะถือว่าบริษัทตกอยู่ในภาวะมีหนี้สินล้นพ้นตัวหรือไม่ ซึ่งอาจจะหมายความว่าบริษัทไม่สามารถชำระหนี้ได้ หรือไม่สามารถชำระหนี้ที่ถึงกำหนดได้ หรือมูลค่าสินทรัพย์ที่มีอยู่ต่ำกว่าความรับผิดชอบ มิฉะนั้นอาจจะกลายเป็นเรื่องอันตรายที่สุดแก่กรรมการ

¹⁴ Harry Rajak, *Insolvency Law theory & practice* , (London : Sweet & Maxwell ,1993) p. 171

¹⁵ Louis G. Doyle, *supra* note 6 p.144.

¹⁶ Harry Rajak, *supra* note 14 , p. 171

¹⁷ Inns of Court School of Law Institute of law, City University, London, *Company Law in Practice* , (New York : Oxford university press , 2002), p.86.

¹⁸ Ian S Grier, Richard E Floyd, *supra* note 11, p. 62.

เพราะอาจมีความรับผิดชอบเนื่องจากหนี้ไม่ดีของบริษัท ไม่ใช่มีไว้ในเรื่องตัวเลขกำไรขาดทุนทางบัญชี ในการตรวจสอบหนี้ของบริษัท จะต้องคำนึงถึงหนี้ในอนาคตที่มีอยู่หรืออาจเกิดขึ้นได้ด้วย ต้องตรวจสอบทั้งในส่วนงบดุลและสภาพคล่องทางการเงิน ถ้าบริษัทเกิดมีหนี้ที่ไม่อาจจะชำระได้ตามกำหนดหรือไม่ชักช้าได้ คณะกรรมการบริษัทจะต้องพิจารณาสถานะดังกล่าวด้วยความระมัดระวัง และบันทึกข้อเท็จจริงทั้งหลายอันนำไปสู่ข้อสรุปของคณะกรรมการว่าบริษัทสามารถที่จะชำระหนี้ดังกล่าวได้ในเวลาอันควรก่อนที่จะยอมรับเครดิตจากเจ้าหนี้เพิ่ม¹⁹

1.1.4 แนวทางปฏิบัติสำหรับเจ้าหนี้

ในเรื่องนี้มีผู้เสนอว่า เจ้าหนี้ต้องตรวจสอบว่า บริษัทได้กำไรหรือขาดทุนโดยไม่สมเหตุสมผลอย่างมาก หรือบริษัทให้เจ้าหน้าที่ของบริษัทดำเนินการหรือทำธุรกรรมใดโดยรู้อยู่แล้วว่าบริษัทไม่มีเงินทุนเพียงพอที่จะทำได้ หรือเอาไป ถอนเงินไปเสียทั้ง ๆ ที่จำเป็นต้องเอามาใช้ในบริษัท หรือให้ธนาคารเจ้าหนี้มาเล่นงานบริษัท เพื่อแก่งแย่งเจ้าหนี้อื่น หรือแสดงงบดุลไม่ตรงกับความเป็นจริงอย่างมาก²⁰

1.2 ความรับผิดทางอาญา

การกระทำความผิดโดยมีเจตนาหลอกลวงเจ้าหนี้ (Fraudulent trading) นอกจากจะเป็นความรับผิดในทางแพ่งตาม The Insolvency Act 1986 มาตรา 213 แล้ว อาจเป็นความผิดทางอาญาตาม The Companies Act 1985 มาตรา 458 อีกด้วย²¹ โดยมาตรา 458 นี้เป็นบทบัญญัติทั่วไปไม่จำกัดเฉพาะกรณีบริษัทชำระบัญชีเลิกกิจการ โดยกำหนดว่า ถ้าธุรกิจใดของบริษัทดำเนินไปโดยเจตนาฉ้อฉลเจ้าหนี้ของบริษัทหรือเจ้าหนี้ของบุคคลอื่น หรือมุ่งหมายฉ้อฉลอย่างอื่น บุคคลทุกคนที่เข้าไปเป็นคู่สัญญาในการทำธุรกิจนั้นทั้งที่รู้อยู่แล้ว ต้องรับผิดทางอาญามีบทลงโทษตาม Schedule 24 ให้จำคุกถึง 7 ปี หรือปรับไม่จำกัดจำนวน หรือทั้งจำทั้งปรับ

บริษัทจะมีความรับผิดอาญาในกรณีกระทำการค้าโดยเจตนาฉ้อฉลเจ้าหนี้ ถ้าบริษัทรู้อยู่แล้วว่าเจ้าหนี้คนใหม่ไม่มีโอกาสที่จะได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน แต่กระนั้นก็ยังเข้าดำเนินธุรกิจ

¹⁹ http://library.clb.co.uk/content/forums_lim_companies/directors.html

²⁰ <http://www.insolvencyhelpline.co.uk/ltd-companies/director-responsibilities.htm>

²¹ Ian S Grier, Richard E Floyd, *supra* note 11, p. 62. ; Milman & Durrant , *supra* note 6, p. 239.; Louis G. Doyle, *supra* note 6 , p.142.

และก่อให้เกิดหนี้สินขึ้น ในส่วนเจตนาที่จะฉ้อฉลเจ้าหนี้ นั้น เป็นองค์ประกอบทั้งตาม The Insolvency Act 1986 มาตรา 213 และ The Companies Act 1985 มาตรา 458 ฉะนั้น กรณีที่จะมีความรับผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญาได้ต้องปรากฏเจตนาฉ้อฉล (intent to defraud) ไม่ใช่เพียงแค่กระทำไปโดยไม่สมเหตุผล²²

1.3 การห้ามใช้ชื่อของบริษัทที่ล้มละลาย (Restriction on the re-Use of company names)

การดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้ (Fraudulent trading) นี้ นอกจากกรรมการต้องรับผิดทางแพ่ง รับผิดทางอาญาแล้ว กรรมการจะถูกห้ามนำชื่อของบริษัทที่ล้มละลายมาใช้อีก เหตุที่ต้องมีมาตรการนี้เนื่องจากมักจะมีการตั้งบริษัทใหม่ขึ้นมาซื้อชื่อและสินทรัพย์ของบริษัทเดิม ด้วยเงินทุนใหม่ แล้วดำเนินธุรกิจต่อไปเหมือนก่อนที่บริษัทเดิมจะมีหนี้สินล้นพ้นตัว แต่ทั้งเจ้าหนี้ของบริษัทเดิมเอาไว้²³ มาตรการนี้มีขึ้นเพื่อที่จะแก้ไขปัญหาตั้งบริษัทใหม่ซ้ำๆ (Phoenix syndrome)²⁴ กฎหมายอังกฤษได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 216 และ 217 ของ Insolvency Act 1986

มาตรา 216

(1) มาตรการนี้ใช้บังคับแก่บุคคลซึ่งบริษัทเข้าสู่กระบวนการชำระบัญชีเนื่องจากมีหนี้สินล้นพ้นตัวในเวลานั้นหรือหลังจากที่บุคคลนั้นได้รับแต่งตั้ง และบุคคลนั้นเป็นกรรมการหรือกรรมการเงาของบริษัทไม่ว่าในเวลาใดภายในระยะเวลา 12 เดือน นับถึงวันก่อนที่บริษัทจะเข้าสู่กระบวนการชำระบัญชีดังกล่าว

(2) เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ ชื่อที่เป็นชื่อถูกห้ามในทางที่เกี่ยวกับบุคคลดังกล่าว ถ้าปรากฏว่า

(a) เป็นชื่อซึ่งบริษัทที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวเป็นที่รู้จักในเวลาใดในระยะเวลา 12 เดือน หรือ

(b) เป็นชื่อซึ่งคล้ายคลึงกับชื่อตาม(a) จนรู้ถึงความสัมพันธ์กับบริษัทนั้นได้

²² Harry Rajak, *supra* note 14 , p. 171

²³ Geoffrey Morse, Enid A. Marshall, Rivhard Morris, et al, Charlesworth & Morse Company Law, 15 edition, (London : Sweet & Maxwell, 1995) p. 370.

²⁴ Milman & Durrant , *supra* note 6, p. 237-238.

(3) เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากศาลหรือตามเงื่อนไขที่ศาลกำหนดไว้ ภายในเวลาใดในระยะเวลา 5 ปี นับแต่วันที่บริษัทชำระเข้าสู่การชำระบัญชีเนื่องจากมีหนี้สินล้นพ้นตัว บุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับตามมาตรานี้จะต้องไม่กระทำการดังต่อไปนี้

(a) เป็นกรรมการในบริษัทอื่นซึ่งเป็นที่รู้จักโดยชื่อที่ถูกห้าม

(b) ไม่ว่าในทางใด ไม่ว่าจะได้โดยตรงหรือโดยอ้อม เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการส่งเสริม การก่อตั้ง หรือการจัดการของบริษัทใดๆ หรือ

(c) ไม่ว่าในทางใด ไม่ว่าจะได้โดยตรงหรือโดยอ้อม เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินการทางธุรกิจ(แม้จะไม่ได้กระทำโดยบริษัท)ภายใต้ชื่อที่ถูกห้าม

(4) ถ้าบุคคลนั้นฝ่าฝืนมาตรานี้ ต้องถูกจำคุก หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ

(5) ตาม(3) ศาล หมายความว่า ศาลใดๆ ที่มีเขตอำนาจเหนือคดีเลิกบริษัท และในการยื่นคำอนุญาตจากศาลตามอนุมาตราดังกล่าว นายทะเบียนหรือ official receiver อาจมาศาลและแสดงให้ศาลเห็นข้อเท็จจริงใดตามที่เห็นว่าเกี่ยวข้อง

(6) การเปรียบเทียบชื่อตามมาตรานี้ นั้น ไม่ว่าต้องเปรียบเทียบเวลาใด ให้เปรียบเทียบชื่อกับสิ่งที่เป็นที่รับรู้กันว่าเป็นชื่อของบริษัทในเวลานั้น หรือเปรียบเทียบชื่อใดๆ กับสิ่งที่บริษัทดำเนินธุรกิจในเวลานั้น

(7) เพื่อประโยชน์ของมาตรานี้ ถือว่าบริษัทเข้าสู่กระบวนการชำระบัญชีเนื่องจากมีหนี้สินล้นพ้นตัว ถ้าบริษัทชำระบัญชีในเวลาที่มิสิทธิประโยชน์เพียงพอที่จะชำระหนี้และความรับผิดชอบอื่นๆ ตลอดจนค่าใช้จ่ายในการเลิกบริษัท

(8) ในมาตรานี้ บริษัท หมายความว่ารวมถึง บริษัทซึ่งอาจเลิกบริษัทตามหมวดที่ 5 แห่งพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 217 ความรับผิดชอบส่วนตัวในหนี้สินอันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนมาตรา 216

(1) บุคคลมีความรับผิดชอบส่วนตัวสำหรับหนี้ของบริษัทที่มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งหลาย ถ้าบุคคลนั้นได้กระทำการดังต่อไปนี้ ไม่ว่าในเวลาใด

(a) ฝ่าฝืนมาตรา 216 โดยเข้าไปมีส่วนร่วมบริหารจัดการบริษัท หรือ

(b) เป็นบุคคลที่เข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการบริษัท โดยกระทำหรือจงใจที่จะกระทำตามคำชี้แนะจากบุคคลอื่น(ซึ่งไม่ได้รับอนุญาตจากศาล) โดยรู้อยู่แล้วว่าบุคคลนั้นฝ่าฝืนมาตรา 216

(2) กรณีบุคคลมีความรับผิดชอบสำหรับหนี้ของบริษัทที่มีส่วนเกี่ยวข้องตามมาตรา ๑๖๖ บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบร่วมกันและรับผิดชอบแทนกันในหนี้ดังกล่าวของบริษัท และหนี้ของบุคคลอื่นที่ต้องรับผิดชอบด้วยตามมาตรา ๑๖๖ หรือโดยประการอื่น

(3) เพื่อประโยชน์ของมาตรา ๑๖๖ หนี้ของบริษัทที่เกี่ยวข้องนั้นได้แก่

(a) หนี้ที่เกี่ยวข้องกับบุคคลผู้ต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัวตามข้อ (1)(a) โดยหนี้หนี้ที่เกิดขึ้นในเวลาที่บุคคลนั้นยังคงมีส่วนร่วมจัดการบริหารบริษัท

(b) หนี้ที่เกี่ยวข้องกับบุคคลผู้ต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัวตามข้อ (1)(b) โดยหนี้หนี้ที่เกิดขึ้นในเวลาที่บุคคลนั้นกระทำการหรือจงใจที่จะกระทำการตามคำชี้แนะจากบุคคลอื่น(โดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาล)โดยรู้อยู่แล้วว่าเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามดังกล่าวข้างต้น

(4) เพื่อประโยชน์ของมาตรา ๑๖๖ ถือว่าบุคคลมีส่วนเกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการบริษัท ถ้าบุคคลนั้นเป็นกรรมการของบริษัท หรือมีส่วนเกี่ยวข้องไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม หรือเพียงแต่มีส่วนร่วมในการบริหารจัดการบริษัท

(5) เพื่อประโยชน์ของมาตรา ๑๖๖ บุคคลผู้ใดกระทำการเป็นผู้มีส่วนร่วมในการบริหารจัดการบริษัทในเวลาใด ตามคำชี้แนะ(โดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาล)จากผู้ใดที่ตนรู้แล้วว่าฝ่าฝืนตามมาตรา ๑๖๖ ต้องถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่า บุคคลนั้นกระทำไปโดยจงใจ

(6) ในมาตรา ๑๖๖ บริษัท หมายความว่ารวมถึง บริษัทซึ่งอาจเลิกบริษัทตามหมวดที่ ๕ แห่งพระราชบัญญัตินี้

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น ในกรณีที่บริษัทถูกชำระบัญชีเลิกบริษัท เนื่องจากบริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัว และภายในกำหนดระยะเวลา ๕ ปีนับแต่บริษัทเข้าสู่กระบวนการชำระบัญชี ห้ามมิให้บุคคลที่เป็นกรรมการหรือกรรมการเงาของบริษัท หรือบุคคลที่เคยเป็นกรรมการหรือกรรมการเงาของบริษัทในระหว่างระยะเวลา ๑๒ เดือนก่อนบริษัทเข้าสู่กระบวนการชำระบัญชี เข้าไปเป็นกรรมการหรือมีส่วนเกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการบริษัทที่มีชื่อบริษัทล้มละลาย หรือชื่อที่คล้ายคลึงกับบริษัทล้มละลายจนถึงความสัมพันธ์กับบริษัทที่ล้มละลาย โดยชื่อของบริษัทล้มละลายเป็นชื่อที่เคยใช้ในระหว่างระยะเวลา ๑๒ เดือน ก่อนบริษัทเข้าสู่กระบวนการชำระบัญชี หากฝ่าฝืน ต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัวในหนี้สินของบริษัทที่เกิดขึ้นในเวลาที่กรรมการยังคงมีส่วนร่วมบริหารจัดการบริษัท นอกจากนี้ยังอาจต้องโทษจำคุก หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับอีกด้วย

มาตรา ๑๖๖ ถูกออกแบบมาเพื่อที่จะขัดขวางการเกิดปรากฏการณ์บริษัทที่ล้มแล้วตั้งใหม่ซ้ำซาก (Phonenix syndrome) อันเป็นกรณีบริษัทใหม่ถูกตั้งขึ้นมาโดยพื้นฐานที่จะดำเนิน

ธุรกิจอย่างเดียวกัน ภายใต้คณะกรรมการบริษัทชุดเดียวกัน เพียงแต่ใช้ชื่อบริษัทเปลี่ยนไปจากเดิมเล็กน้อย²⁵

มาตรา 216 ใช้ประโยชน์จากแนวคิดเกี่ยวกับความผิดโดยการสมาคม(guilty by association) กล่าวคือ บุคคลทั้งหลายผู้เป็นหรือเคยเป็นกรรมการหรือกรรมการเงาของบริษัทในระยะเวลา 12 เดือน นับถึงวันก่อนที่บริษัทจะเข้าสู่กระบวนการชำระบัญชีเนื่องจากมีหนี้สินล้นพ้นตัว และได้กระทำการไม่เหมาะสมเกี่ยวกับชื่อที่เคยเป็นที่รู้จักของบริษัทที่ล้มเหลวในระยะเวลาดังกล่าว เพื่อการนี้ ชื่อของบริษัทนั้นจึงถูกห้ามใช้(prohibited name) โดยบุคคลที่กระทำการไม่เหมาะสมดังกล่าว แนวคิดนี้ยังรวมถึงการห้ามใช้ชื่ออื่นของบริษัทที่ทำให้เข้าใจว่าผูกพันกับบริษัทที่ล้มเหลวเดิม เพื่อให้บุคคลอื่นเข้ามาติดต่อสัมพันธ์ด้วย ชื่อห้ามดังกล่าวเป็นความรับผิดทางอาญาในลักษณะความรับผิดเด็ดขาด(strict liability) แก่บุคคลผู้อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 216 ไม่ว่าจะเป็นกรรมการ ตลอดจนผู้มีส่วนร่วมโดยตรงหรือโดยอ้อมในบริษัทที่ใช้ชื่อที่ถูกห้าม หรือผู้เข้าไปมีส่วนใดๆในการดำเนินธุรกิจโดยอาศัยชื่อที่ถูกห้ามยิ่งกว่าอาศัยชื่อบริษัทใหม่²⁶

บุคคลผู้อยู่ในภายใต้บังคับของมาตรา 216 อาจหลีกเลี่ยงการกระทำผิดได้โดยได้รับอนุญาตจากศาลก่อน(มาตรา 216(3)) หรือเป็นกรณีข้อยกเว้นอย่างใดอย่างหนึ่ง ใน 3 ประการตามที่กำหนดไว้ใน Insolvency rule ดังต่อไปนี้

(1) rule 4.228

4.228(1) กรณีบริษัทผู้รับโอนได้มาซึ่งธุรกิจทั้งหมดหรือส่วนสำคัญของบริษัทที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว ภายใต้การจัดการโดยผู้ชำระบัญชี เจ้าพนักงานไม่ว่าจะเป็น administrator, administrative receiver, supervisor of a voluntary arrangement ตามหมวด 5 แห่งพระราชบัญญัตินี้ บริษัทผู้รับโอนอาจบอกกล่าวแก่เจ้าหนี้ของบริษัทที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว

4.228(2) เวลาบอกกล่าวและเนื้อหา ที่จะทำให้ออกกล่าวให้มีผล ต้องบอกกล่าวภายใน 28 วัน นับจากยื่นคำขอ ต่อเจ้าหนี้ของบริษัทที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวตามที่บริษัทผู้รับโอนทราบในเวลานั้น และต้องมีการระบุเจาะจงถึง

(a) ชื่อและหมายเลขจดทะเบียนของบริษัทที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว และพฤติการณ์ในการได้มาซึ่งธุรกิจของผู้รับโอน,

²⁵ Ian F. Fletcher, The Law of Insolvency, (London : Sweet & Maxwell, 1990) p. 664.

²⁶ *Ibid* , pp.664-665.

(b) ชื่อที่บริษัทผู้รับโอนสมมติ หรือเสนอที่จะสมมติขึ้นมาใช้ในการดำเนินธุรกิจ ถ้าชื่อนั้นเป็นหรืออาจเป็นชื่อที่ถูกห้ามใช้ตามมาตรา 216 และ

(c) การเปลี่ยนแปลงชื่อใดๆ หรือการเสนอเปลี่ยนชื่อ เพื่อให้บรรลุผลตามมาตรา 28 แห่ง Companies Act 1986

4.228(3) หนังสือบอกกล่าวอาจมีชื่อบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับมาตรา 216 เพราะเป็นกรรมการหรือกรรมการเงาของบริษัทที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว โดยเฉพาะลักษณะและระยะเวลาความเป็นกรรมการ ทศนคติในการที่จะเป็นกรรมการของบริษัทผู้รับโอนหรือการเป็นผู้เข้าไปมีส่วนร่วมเกี่ยวข้องอย่างอื่น

4.228(4) ถ้าบริษัทผู้รับโอนได้บอกกล่าวแจ้งแก่เจ้าหนี้ดังกล่าวมาโดยสมบูรณ์แล้ว บุคคลผู้มีชื่อในหนังสือบอกกล่าวนั้นอาจกระทำการเกี่ยวกับบริษัทผู้รับโอนได้ไม่ว่าในทางใดๆ ตามมาตรา 216(3) แม้ว่าเขาจะไม่ได้รับอนุญาตจากศาลตามความในมาตรานั้น

ข้อสังเกต กรณีพนักงานเจ้าหน้าที่โอนกิจการหรือสินทรัพย์ของบริษัทที่ล้มเหลวให้แก่ผู้รับโอนซึ่งเป็นหรือเคยเป็นกรรมการคนหนึ่งหรือหลายคนของบริษัทล้มเหลว ตัวอย่างกรณีนี้เป็นเรื่องการเหมาซื้อกิจการทั้งหมดจากผู้ชำระบัญชี แต่จะต้องปฏิบัติตามกระบวนการที่กำหนด ซึ่งรวมถึงการบอกกล่าวแก่เจ้าหนี้ทั้งหมดให้ทราบถึงลักษณะและพฤติการณ์ทั้งหลายเกี่ยวกับธุรกรรมดังกล่าว

หลักเกณฑ์สำคัญมีดังนี้²⁷

- ต้องเป็นการโอนกิจการของบริษัทโดยผู้ชำระบัญชีของบริษัทหรืออื่นๆ ต่อผู้รับโอน
- หนังสือบอกกล่าวต้องส่งแก่เจ้าหนี้ที่รู้ทั้งหลายภายใน 28 วัน โดยเฉพาะต้องระบุชื่อที่ใช้หรือเสนอว่าจะใช้โดยทั้งสองบริษัท

- อติกรรมการหรือกรรมการเงาต้องระบุชื่อและรายละเอียดใน 4.228(3) ไว้ด้วย

(2) rule 4.229

rule 4.229 (1) กรณีบุคคลผู้อยู่ในบังคับมาตรา 216 เนื่องจากเป็นกรรมการหรือกรรมการเงาของบริษัทที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว ยื่นขออนุญาตจากศาลไม่ช้ากว่า 7 วัน นับจากวันที่บริษัทเข้าสู่การชำระบัญชี ในช่วงระหว่างระยะเวลาดังกล่าว (2) บุคคลผู้นั้นอาจกระทำการใดดังระบุไว้ในมาตรา 216(3) แม้ว่าจะยังไม่ได้รับอนุญาตจากศาล

²⁷ Ibid , p. 665

rule 4.229 (2) ระยะเวลาตาม(1) เริ่มจากวันที่บริษัทเข้าสู่การชำระบัญชี และสิ้นสุดในวันครบ 6 สัปดาห์ต่อจากนั้น หรือวันที่ศาลจำหน่ายคำร้องตามมาตรา 216 แล้วแต่วันใดจะมาถึงก่อนกัน

ข้อสังเกต กรณีบุคคลผู้กระทำการเป็นกรรมการบริษัทด้วยชื่อที่ถูกห้าม และมีการฝ่าฝืนตามมาตรา 216 ตัวอย่างกรณีนี้ เป็นเรื่องบุคคลผู้เป็นกรรมการอยู่ในบริษัทสองแห่งซึ่งต่างใช้ชื่อใกล้เคียงกันอยู่แล้ว ต่อมาบริษัทแห่งหนึ่งล้มเหลวจนต้องชำระบัญชีเนื่องจากมีหนี้สินล้นพ้นตัว โดยไม่มีเหตุที่สมควรจะห้ามไม่ให้บุคคลนั้นเป็นกรรมการของบริษัทที่เหลือต่อไป ก็ยังต้องถือว่าเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 216(3) เว้นแต่บุคคลนั้นจะยื่นคำขอและได้รับอนุญาตจากศาลก่อนวันที่บริษัทเข้าสู่กระบวนการชำระบัญชี ข้อนี้เป็นกรณีธุรกิจใหม่ได้จัดการแล้วตั้งแต่บริษัทเก่าจะเข้าสู่กระบวนการชำระบัญชี หากไม่มีข้อยกเว้นนี้ ธุรกิจใหม่นั้นก็ต้องถูกบังคับให้ปิดกิจการ²⁸ จึงมีวิธีการแก้ไขตาม rule 4.229 โดยกำหนดให้ยื่นคำขออนุญาตจากศาลเพื่อกระทำการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบริษัทที่เหลืออยู่ไม่ช้ากว่า 7 วัน นับแต่วันที่บริษัทที่ล้มเหลวเข้าสู่กระบวนการชำระบัญชี ซึ่งการอนุญาตของศาลจะต้องไม่ช้ากว่า 6 สัปดาห์ นับจากวันนั้น เป็นการเปิดโอกาสให้บุคคลสามารถได้รับอนุญาตจากศาลในการเป็นกรรมการของบริษัทที่ใช้ชื่ออันถูกห้ามได้ โดยมุ่งที่จะหลีกเลี่ยงความเสี่ยงที่ว่าผู้ขอที่ไม่ประสบความสำเร็จในการขออนุญาต ได้กระทำการไปในระหว่างพิจารณาคดี²⁹

(3) rule 4.230

การอนุญาตของศาลตามมาตรา 216 ไม่มีความจำเป็น สำหรับกรณีบริษัทเข้าหลักเกณฑ์ทั้ง 2 ประการ ต่อไปนี้ ถึงแม้ว่าบริษัทนั้นจะเป็นที่รู้จักโดยชื่อที่ถูกห้าม

(a) บริษัทเป็นที่รู้จักโดยชื่อดังกล่าวตลอดระยะเวลา 12 เดือน ก่อนถึงวันเข้าสู่กระบวนการชำระบัญชี และ

(b) ไม่มีเวลาใดในช่วงตลอด 12 เดือนดังกล่าว ที่บริษัทกระทำการเป็นตัวการตามความหมายของมาตรา 252 ของ Companies Act 1985

ข้อสังเกต บทบัญญัตินี้เป็นเรื่องธุรกิจที่แท้จริงดำเนินการเป็นกลุ่มตั้งแต่ 2 บริษัทขึ้นไปอย่างแท้จริง โดยใช้ชื่อย่อคล้ายกันอย่างยิ่ง การปิดบริษัทแห่งหนึ่งไม่มีผลให้กรรมการทั้งหมดต้องลาออกหรือต้องร้องขออำนาจศาลในการดำเนินกิจการของบริษัทที่เหลือ กล่าวอีกนัยหนึ่ง เป็น

²⁸ Fiona Tolmie, *Introduction to corporate and personal Insolvency law*, (London : Sweet & Maxwell, 1998), p. 254.

²⁹ Ian F. Fletcher ,*supra* note 25, p. 665-665.

การป้องกันมิให้กรรมการทั้งหลายคิดหลีกเลี่ยงจัดตั้งบริษัทใหม่ขึ้นมารับโอนกิจการ บางครั้งอาจถึงขั้นคาดหมายวันที่จะเข้าสู่การชำระบัญชี ซึ่งอาจจะกำหนดชัดเจนให้บริษัทล้มเหลวในอนาคต

ในกรณียื่นคำขออนุญาตจากศาล ศาลจะพิจารณาให้เป็นที่น่าพอใจว่า ธุรกรรมที่อดีตรกรรมการบริษัทที่ใช้ชื่อถูกห้ามนั้นได้กระทำโดยสุจริตเป็นสำคัญ และศาลอาจกำหนดเงื่อนไขพิเศษในการอนุญาต เพื่อสร้างมาตรการปกป้องประโยชน์สาธารณะอย่างเพียงพอ เช่น ให้มีเงินทุนเหลืออยู่อย่างเหมาะสม และมีกระบวนการตรวจสอบทางการเงินที่มีประสิทธิภาพ³⁰

ผลของการฝ่าฝืนมาตรา 216 มี 2 ประการ ในประการแรกเป็นความผิดทางอาญา มีโทษจำคุก หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ ส่วนประการที่สอง มาตรา 217 กำหนดความรับผิดเป็นส่วนตัวแก่กรรมการในหน้าที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะแยกได้เป็นกรณีว่าผู้ฝ่าฝืนมาตรา 216 อย่างแท้จริงกับผู้ที่มีส่วนในการจัดการบริษัทโดยทำตามหรือจะทำตามคำสั่งแนะอันปราศจากการอนุญาตของศาลของผู้ที่เขารู้อยู่แล้วว่าฝ่าฝืนมาตรา 216

1.4 การห้ามประกอบอาชีพกรรมการ (Disqualification of directors)

การห้ามประกอบอาชีพบัญญัติใน The Company Directors Disqualification Act 1986 (CDDA1986) ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อป้องกันคณะกรรมการที่ไม่ชอบธรรมจากการเริ่มต้นประกอบธุรกิจภายใต้ชื่อใหม่ ในขณะที่บริษัทเดิมต้องเป็นอันเลิกกันไปพร้อมกับทำให้เกิดความเสียหายอย่างมากแก่เจ้าหนี้ กฎหมายฉบับนี้ต้องการจำกัดสิทธิบุคคลจากการทำหน้าที่เป็นกรรมการบริษัท กล่าวคือ บุคคลที่เป็นหรือเคยเป็นกรรมการของบริษัทที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว ซึ่งหมายความว่ารวมถึงกรรมการเงา (shadow directors) ด้วย ศาลอาจมีคำสั่งจำกัดสิทธิของผู้นั้น (disqualification order) หากพิสูจน์ได้ว่าบุคคลนั้นเป็นกรรมการที่ไม่เหมาะสม โดยมีผลห้ามมิให้เป็นกรรมการ ผู้ชำระบัญชี เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ หรือผู้จัดการทรัพย์สินของบริษัท หรือในกรณีอื่นที่มีส่วนเกี่ยวข้องไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการเริ่มก่อการ การจัดตั้ง หรือการจัดการบริษัท โดยมาตรา 18 (2) กำหนดให้นายทะเบียนบันทึกชื่อของบุคคลที่อยู่ภายใต้คำสั่งจำกัดสิทธิของศาลไว้ในทะเบียนบริษัท เพื่อให้บุคคลที่มีส่วนได้เสียสามารถตรวจสอบได้

³⁰ Ibid , pp.664-667.

การดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้ (fraudulent trading) นอกจากจะเป็นความผิดอาญาตาม The Companies Act 1985 มาตรา 458 และต้องรับผิดทางแพ่งชดใช้เงินแก่กองทรัพย์สินของบริษัทตาม The Insolvency Act 1986 มาตรา 213 แล้ว ศาลอาจสั่งจำกัดสิทธิในการห้ามประกอบอาชีพมีกำหนดเวลาไม่เกิน 15 ปี³¹

บุคคลใดถูกศาลสั่งจำกัดสิทธิของการเป็นกรรมการแล้วกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนคำสั่งจำกัดสิทธินั้น บุคคลดังกล่าวจะมีความผิดทางอาญาและต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในหนี้ที่เกี่ยวข้องของบริษัท³²

2. การดำเนินธุรกิจโดยมิชอบ (Wrongful trading)

2.1 ความรับผิดทางแพ่ง

2.1.1 ความเป็นมาความรับผิดของกรรมการในกรณีดำเนินธุรกิจโดยมิชอบ³³

บทบัญญัติก่อนปี 1986 ในเรื่อง Fraudulent Trading ซึ่งกำหนดให้ผู้แทนต้องรับผิดชอบในหนี้ของบริษัท มีข้อจำกัด 2 ประการคือ (1) การกระทำซึ่งผู้แทนต้องรับผิดชอบนั้นมีขอบเขตเฉพาะการกระทำซึ่งเป็นการหลอกลวง การหลอกลวงโดยรู้ว่าเจ้าหนี้จะไม่ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน (2) บทบัญญัติในเรื่อง Fraudulent Trading กำหนดทั้งความรับผิดทางอาญาและทางแพ่งต่อผู้แทนของบริษัท ดังนั้นจึงต้องพิสูจน์ให้เข้าหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายอาญาเสียก่อนจึงจะกำหนดให้ผู้แทนของบริษัทรับผิดชอบได้ ในปี 1982 Cork Committee ได้เสนอรายงานต่อรัฐสภาเพื่อประกอบการแก้ไขกฎหมายล้มละลายได้พิจารณาถึงประเด็นในเรื่อง Fraudulent Trading นี้ แล้วเห็นว่า "เป็นการสมควรที่จะกำหนดให้ผู้ซึ่งดำเนินกิจการของบริษัทซึ่งได้กระทำไปโดยไม่ซื่อสัตย์ต้องรับผิดทางอาญาและก็เป็นการถูกต้องที่จะไม่ลงโทษอาญาหากพิสูจน์ไม่ได้ว่าไม่มีความไม่ซื่อสัตย์อย่างไรก็ตาม ปัญหาไม่ได้อยู่ตรงที่จะลงโทษจำเลยจากการกระทำนั้น ในกรณีต้องชดเชย

³¹ The Company Directors Disqualification Act 1986 , section 4,10, *Ibid* , p. 664, Ian S Grier,Richard E Floyd, *supra* note 13, p. 74.; Louis G. Doyle, *supra* note 7 ,p.145, 164 .

³² The Company Directors Disqualification Act 1986 , section 13,15

³³ สหอน รัตนไพจิตร ,อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 1, น. 49-50

ความเสียหายไม่จำเป็นที่จะต้องถึงขนาดว่าการกระทำเป็นการไม่ซื่อสัตย์เพียงแต่การกระทำซึ่งไม่สมเหตุสมผล(unreasonable)ก็น่าจะเพียงพอแล้วที่จะให้รับผิดชอบในความเสียหายนั้น”³⁴ Cork Committee ได้พิจารณาปัญหาดังกล่าวและเสนอว่าควรมีบัญญัติเพิ่มเติมขึ้นมาให้ผู้แทนของบริษัทต้องรับผิดชอบในหนี้ที่เกิดจากการกระทำซึ่งไม่ถึงขนาดหลอกลวง แต่รู้ว่าเจ้าหนี้จะไม่ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน (Wrongful Trading) ในปี 1984 Department of Trade and Industry ได้เสนอรายงาน A Revised Framework for Insolvency law ต่อรัฐสภาและได้เห็นด้วยกับข้อเสนอของ Cork Committee ที่จะให้มีบทบัญญัติเรื่อง Wrongful Trading³⁵ ข้อเสนอของ Cork Committee และ Department of Trade and Industry ได้รับการบัญญัติตามใน Insolvency Act 1985 มาตรา 15 และต่อมาเป็นมาตรา 214 Insolvency Act 1986

2.1.2 ความรับผิดชอบของกรรมการในกรณีดำเนินธุรกิจโดยมิชอบ

มาตรา 214 ตาม Insolvency Act 1986 กำหนดว่า ในกรณีที่บริษัทถูกชำระบัญชีเลิกบริษัท เนื่องจากมีหนี้สินล้นพ้นตัว และก่อนที่จะเริ่มต้นชำระบัญชีเลิกบริษัท กรรมการได้รู้หรือควรจะรู้ว่าไม่มีเหตุผลอันสมควรที่บริษัทจะหลีกเลี่ยงให้พ้นจากการถูกชำระบัญชีเลิกบริษัทในกรณีที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวได้ แล้วยังขึ้นดำเนินการของบริษัทต่อไป เป็นเหตุให้เจ้าหนี้ได้รับความเสียหายเนื่องจากได้รับชำระหนี้ไม่เต็มจำนวนโดยต้องมาขอรับชำระหนี้ในคดีล้มละลาย ผู้ชำระบัญชีอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้กรรมการผู้นั้นต้องรับผิดชอบโดยลำพังที่จะต้องชดใช้เงินแก่กองทรัพย์สินของบริษัทตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร อย่างไรก็ตามก็ตีความหมายของ Wrongful trading ดังกล่าวไม่แน่ชัด อาจมีความหมายอย่างกว้างว่า ความล้มเหลวของกรรมการบริษัทในการดำเนินการตามขั้นตอนให้เสียหายแก่เจ้าหนี้รายสุดท้ายเมื่อกรรมการรู้หรือควรจะรู้ว่าบริษัทใกล้จะมีหนี้สินล้นพ้นตัว³⁶

ตามบทบัญญัติมาตรา 214 นี้ ขอแยกพิจารณา ดังนี้

- (1) การชำระบัญชีเลิกบริษัทเนื่องจากบริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัว
- (2) กรรมการรู้หรือควรจะรู้ว่าไม่มีเหตุผลอันสมควรที่บริษัทจะหลีกเลี่ยงจากการล้มละลาย
- (3) ข้อต่อสู้ของกรรมการ

³⁴ Cork Committee, Report of the Review Committee on Insolvency Law, Cmnd 8558, Para 1777

³⁵ Department of Trade and Industry, A Revised Framework for Insolvency Law, Cmnd 9175, p. 52

³⁶ http://library.clb.co.uk/content/forums_lim_companies/directors.html

(4) ต้องรับผิดชอบใช้เงินแก้กองทรัพย์สินของบริษัทตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร

(5) ผู้มีอำนาจฟ้อง

2.1.2.1 การชำระบัญชีเลิกบริษัทเนื่องจากบริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัว

บริษัทล้มละลายเนื่องจากมีหนี้สินล้นพ้นตัว กล่าวคือ บริษัทมีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน หรือมีทรัพย์สินน้อยกว่าหนี้สิน

2.1.2.2 กรรมการรู้หรือควรรู้ว่าไม่มีเหตุอันสมควรที่บริษัทจะหลีกเลี่ยงจากการล้มละลายได้

คำว่ารู้หรือควรรู้ว่าไม่มีเหตุอันสมควรที่บริษัทจะหลีกเลี่ยงจากการล้มละลายได้ หมายถึง ก่อนที่บริษัทจะถูกชำระบัญชีเนื่องจากมีหนี้สินล้นพ้นตัวนั้น กรรมการได้รู้หรือควรจะรู้ว่าไม่มีเหตุอันสมควรที่บริษัทจะหลีกเลี่ยงให้พ้นจากการถูกชำระบัญชีในกรณีดังกล่าวได้ การที่กรรมการได้รู้หรือควรจะรู้เช่นนั้นแล้วยังดำเนินกิจการของบริษัทต่อไป ทำให้เจ้าหนี้ที่มาก่อนหน้านี้ ภายหลังไม่ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน เพราะต้องมาขอรับชำระหนี้ อันเป็นการกระทำให้เจ้าหนี้ได้รับความเสียหาย กรรมการจึงต้องรับผิดชอบใช้ความเสียหายที่ตนมีส่วนร่วมก่อขึ้นนั้นขึ้น ความรับผิดชอบเกิดขึ้นในเวลา ที่กรรมการรู้หรือควรจะมีข้อสรุปว่าไม่อาจหลีกเลี่ยงกระบวนการชำระบัญชีสำหรับบริษัทที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวได้³⁷ ข้อนี้ จึงเป็นวินิจฉัยว่ากรรมการได้ทำหน้าที่ใช้ความระมัดระวัง (duty of care) ในส่วนการใช้ทักษะและความระมัดระวังเพียงพอแก่มาตรฐานหรือไม่ นั่นเอง³⁸

ในการฟ้องกรรมการ ไม่ต้องพิสูจน์ถึงความไม่ซื่อสัตย์ (dishonesty) ของกรรมการ³⁹ แต่ต้องพิสูจน์ว่า กรรมการกระทำความผิดหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังทั้งในแง่ภาวะวิสัยและอัตตะวิสัย⁴⁰ ในแง่ภาวะวิสัย เป็นการพิสูจน์ความรู้ทั่วไป ทักษะ และประสบการณ์ ซึ่งพึงคาดหมายได้อย่างมีเหตุมีผลจากบุคคลที่มีหน้าที่เช่นเดียวกับกรรมการของบริษัท กรรมการจึงต้องไม่เชื่อตามคำบอกเล่าโดยง่าย เนื่องจากกรรมการถูกคาดหมายให้รู้ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ของตน

³⁷ Alice Belcher, *Corporate rescue: a conceptual approach to insolvency law*, p. 84

³⁸ Louis G. Doyle, *supra* note 6, p.166.

³⁹ *ibid*, p.156.

⁴⁰ Inns of Court School of Law Institute of law, City University, London, *supra* note 17, p.86.

โดยเฉพาะกรรมการฝ่ายการเงินถูกคาดหวังว่าจะต้องมีความเข้าใจได้ดีกว่าคนอื่นในบริษัท⁴¹ ท่านผู้พิพากษา Knox J. กล่าวไว้ว่า ความรู้และทักษะดังกล่าวถูกคาดหวังระดับต่ำกว่าในบริษัทขนาดเล็กที่มีระบบบัญชีและอุปกรณ์อย่างง่าย เมื่อเปรียบเทียบกับบริษัทขนาดใหญ่ที่มีกระบวนการของผู้มีประสบการณ์มาก(Re Produce Marketing Consortium Ltd.(No.2))⁴² ส่วนในแง่อดีตวิสัยนั้น จะพิจารณาจากความรู้ทั่วไป ทักษะ และประสบการณ์ของกรรมการผู้นั้นเอง⁴³

ตัวอย่างเช่น คดี Re Produce Marketting Consortium Ltd[1989] ข้อเท็จจริงฟังได้ว่า บริษัท Produce Marketting Consortium Ltd(PMC) เป็นบริษัทขนาดเล็กซึ่งกระทำการเป็นตัวแทนในการนำเข้าผลไม้จากต่างประเทศ รายได้ของบริษัทมาจากค่าตอบแทนในฐานะตัวแทนดังกล่าว บริษัทต้องมีการชำระบัญชีเนื่องจากมีหนี้สินล้นพ้นตัวในปี ค.ศ. 1987 เนื่องจากขาดสภาพคล่องอย่างหนัก มีปัญหามาสู่ศาลว่า ในช่วงหลังเดือนเมษายน ปีเดียวกัน จนกระทั่งถึงก่อนเข้าสู่กระบวนการชำระบัญชีนั้น กรรมการรู้หรือควรจะสรุปได้หรือไม่ว่า ขณะนั้นบริษัทไม่มีความคาดหวังอันควรที่บริษัทจะหลีกเลี่ยงสถานะการณ์หนี้สินล้นพ้นตัวได้แล้ว หากได้ความเช่นนั้น ก็มีปัญหาต่อไปว่า กรรมการได้ดำเนินการทุกขั้นตอนอย่างเหมาะสมในอันที่จะจำกัดความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่เจ้าหนี้เพราะเหตุที่ยังคงทำการค้าต่อไปในระหว่างมีหนี้สินล้นพ้นตัวหรือไม่ ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า บริษัทดังกล่าวเป็นบริษัทที่มีขนาดเล็ก ไม่มีการวิเคราะห์กระบวนการทางด้านบัญชี และมีการจัดทำบัญชีล่าช้า ตัวอย่างเช่น กรรมการไม่มีบัญชีสำหรับปีบัญชีรอบที่สิ้นสุดในเดือนกันยายน ปี 1985 จนกระทั่งช่วงเดือนมกราคมหรือต้นกุมภาพันธ์ปี 1986 ในเวลานั้นผู้ตรวจสอบบัญชีได้แจ้งเตือนเป็นพิเศษแก่กรรมการถึงความเสี่ยงเกี่ยวกับการทำการค้าโดยไม่สมควร(wrongful trading) แต่ก็ปรากฏว่ากรรมการไม่มีเจตนาฉ้อฉล(fraudulent intent) กรรมการต้องรับผิดชอบและแยกต่างหากในการขอใช้เงินแก่ผู้ชำระบัญชี จำนวน 75,000 ปอนด์ โดยศาลถือว่า (a) แม้บริษัทจะเล็ก ซึ่งการวิเคราะห์กระบวนการทางบัญชียังมีความจำเป็นน้อยกว่า แต่แม้กระนั้นก็ตาม มาตรฐานขั้นต่ำยังคงต้องมีโดยเฉพาะได้กำหนดเอาไว้ใน Company Act 1985 (b) ความรู้ของกรรมการไม่จำกัดเฉพาะเรื่องบัญชีและเอกสารตามปกติ

⁴¹http://www.taylorwessing.com/topical/commercial_property/managing_a_downturn_0102.html

⁴² Harry Rajak, *supra* note 14, p. 172 ; Louis G. Doyle, *supra* note 6 , p.166.

⁴³ Harry Rajak, *ibid* , p. 172

อื่นๆ ในปัญหาที่ว่า กรรมการรู้หรือควรจะสรุปได้ว่าบริษัทไม่มีความคาดหมายอันควรที่บริษัทจะหลีกเลี่ยงสถานะการหนี้สินล้มพันตัวได้นั้น ศาลอาจพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่กรรมการควรจะรู้หรือต้องรู้อย่างแน่นอน ศาลถือว่ากรรมการพึงต้องรู้ผลทางการเงินของบริษัทที่สิ้นสุด ณ เดือนกรกฎาคม 1986 เป็นอย่างช้า แม้ว่ากรรมการจะไม่มีบัญชีอยู่ในมือจนถึงเดือนกุมภาพันธ์ ปี 1987 กรรมการต้องทราบอย่างแน่นอนหรือพึงต้องทราบถึงผลประกอบการปีก่อนของบริษัทและไม่มีการเปลี่ยนแปลงการทำธุรกิจ แม้แต่การเสนอแนะเพื่อให้มีผลตอบแทนในระดับเดิม (c) เป็นที่ชัดเจนว่ากรรมการไม่เอาใจใส่คำเตือนของผู้ตรวจสอบบัญชี (d) หลังจากวันที่กรรมการควรจะรู้ และแม้แต่หลังจากวันกรรมการรู้เกี่ยวกับสถานะหนี้สินล้มพันตัวของบริษัทแล้ว กรรมการไม่ได้ดำเนินการทุกขั้นตอนในการที่จะลดความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่เจ้าหนี้เพราะเหตุที่ยังคงทำการค้าต่อไปในระหว่างมีหนี้สินล้มพันตัว

บทบัญญัติมาตรานี้ไม่มีส่วนของการกระทำในลักษณะทุจริตอยู่ด้วย สารสำคัญคือมีการดำเนินการค้าต่อไปในกรณีที่ว่าบริษัทมีหนี้สินล้มพันตัว⁴⁴ จึงไม่มีโทษทางอาญา⁴⁵ สามารถฟ้องร้องเป็นคดีแพ่งได้เท่านั้น ทำให้มีข้อแตกต่างจาก Fraudulent trading อย่างชัดเจน คือไม่มีประเด็นเรื่องความซื่อสัตย์ของกรรมการ⁴⁶ แต่ก็อาจมีผลให้กรรมการถูกห้ามไม่ให้ประกอบอาชีพโดยคำสั่งศาล(CDDA, s. 10)⁴⁷

คำว่า “กรรมการ” มีความหมายตามที่กำหนดไว้ใน The Companies Act 1985 มาตรา 174(1) กำหนดว่า กรรมการ(director) หมายความว่ารวมถึงบุคคลใดที่เข้ามาอยู่ในตำแหน่งของกรรมการไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไรก็ตาม ดังนั้น บุคคลที่เป็นกรรมการในที่นี้จึงอาจมีชื่อเรียกว่า ที่ปรึกษา ผู้จัดการ หรือกรรมการก็ได้ ส่วนผู้ที่เรียกว่ากรรมการก็อาจไม่มีฐานะเป็นกรรมการที่แท้จริงตามกฎหมายก็ได้ แม้กรรมการนั้นจะไม่มีอำนาจบริหาร(non-executive directors) หรือเป็นกรรมการอิสระ (independent directors) หรือเป็นผู้แทนของกรรมการที่มาเข้าร่วมประชุมคณะกรรมการแทนในส่วนที่เกี่ยวกับกรรมการนั้น(alternate directors) หรือเป็นกรรมการร่วม(associate directors) ซึ่งไม่ได้เป็นสมาชิกของคณะกรรมการบริษัท แต่เป็นที่รู้กันว่ามีความสำคัญในบริษัท และอาจถือว่าเป็นกรรมการของบริษัทได้ถ้าเข้ามามีส่วนร่วมกับนโยบายบริษัทมากกว่าที่ผู้เชี่ยวชาญหรือที่ปรึกษาแนะนำแก่กรรมการของบริษัท นอกจากนั้น

⁴⁴ Ibid, p. 171

⁴⁵ http://library.clb.co.uk/content/forums_lim_companies/directors.html

⁴⁶ Ibid, p. 171 - 172

⁴⁷ Ian S Grier, Richard E Floyd, *supra* note , p. 65.

The Companies Act 1985 sec. 741(2) ยังให้หมายรวมถึงกรรมการเงา(shadow directors) ซึ่งหมายถึงบุคคลผู้มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับกรรมการของบริษัทและกรรมการมักคุ้นเคยที่จะทำตามคำแนะนำของบุคคลนั้น⁴⁸ ดังนี้ ไม่ว่าจะเป็นกรรมการที่มีอำนาจบริหารหรือไม่ เป็นกรรมการประจำหรือไม่เต็มเวลา หรือแต่งตั้งจากที่ปรึกษาทางการ หรือแม้จะเพียงเป็นกรรมการเงาซึ่งเป็นผู้ออกคำสั่งหรือสั่งการแก่กรรมการบริษัททำตามอย่างเคยชิน หรือเป็นผู้ที่เชิดตัวเองออกเป็นกรรมการ(de facto director) ซึ่งเป็นผู้ที่กระทำการอย่างกรรมการ แต่ความจริงแล้วไม่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นกรรมการอย่างเป็นทางการ ล้วนแต่ถือว่าเป็นกรรมการทั้งสิ้น⁴⁹ บุคคลที่ต้องรับผิดชอบเฉพาะกรรมการบริษัทเท่านั้น ซึ่งหมายถึงบุคคลที่อยู่ในฐานะเช่นกรรมการ ไม่ว่าจะเป็นเรียกชื่ออย่างไรก็ตาม⁵⁰ และหมายความว่ารวมถึงกรรมการเงาของบริษัท⁵¹ ด้วย จึงแตกต่างจากกรณี Fraudulent trading ซึ่งครอบคลุมถึงบุคคลภายนอกที่เข้ามาเป็นคู่สัญญาด้วย⁵² อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุที่ครอบคลุมถึงกรรมการเงาดังกล่าว ย่อมทำให้เจ้าหน้าที่ศาลหมายได้ว่า นายธนาคารที่ตรวจสอบการฟื้นฟูกิจการอย่างใกล้ชิด (Re A Company (005009) of 1987) [1989] B.C.L.C. 13.⁵³ หรือบริษัทแม่ของบริษัทลูกหนึ่งที่เคยสั่งการในเรื่องการบริหารงานของกรรมการบริษัทลูกหนึ่ง จนก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหน้าที่ อาจจะต้องรับผิดชอบในฐานะที่เป็นกรรมการเงาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับหน้าที่และความรับผิดชอบของ wrongful trading ใช้บังคับกับทั้งกรรมการที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการ (a non-executive director) ตัวอย่างเช่น กรรมการคนหนึ่งไม่ได้ทำหน้าที่ในส่วนบริหารอย่างเต็มตัว แต่ทำหน้าที่อย่างเสมือนเท่านั้น ศาลอังกฤษวางหลักว่าต้องร่วมรับผิดชอบ เพราะไม่มีกรรมการที่นอนหลับ(sleeping director) เมื่อเป็นกรรมการย่อมจะต้องมีมาตรฐานขั้นต่ำของความเป็นกรรมการอยู่ ไม่อาจพ้นข้อกล่าวหาได้ โดยอ้างว่าตนยอมตาม

⁴⁸ Richard Smerdon, *Palmer's company Law Manual*, (London : Sweet & Maxwell,2002) pp. 197 - 198

⁴⁹ http://www.taylorwessing.com/topical/commercial_property/managing_a_downturn_0102.htm

⁵⁰ Louis G. Doyle, *supra* note 6 , p.156.

⁵¹ Milman & Durrant , *supra* note 6 , p. 231.

⁵² Inns of Court School of Law Institute of law, City University, London, *supra* note 17 , p.86.

⁵³ Milman & Durrant , *supra* note 6 , p. 231.

กรรมการคนอื่นทั้งหมด⁵⁴ แต่ทั้งนี้ศาลให้รับผิदनน้อยกว่ากรรมการคนอื่น ในบางกรณีกรรมการที่ไม่เป็นทางการก็อาจต้องรับผิดชอบมากกว่าได้เพราะเป็นเรื่องที่กรรมการนั้นมีประสบการณ์มากกว่า⁵⁵ นอกจากนั้น แม้กรรมการจะตายไปแล้วก็ยังอาจเรียกเขาจากกองมรดกของกรรมการได้⁵⁶

2.1.2.3 ข้อต่อสู้ของกรรมการ

(1) ในเวลาก่อนชำระบัญชี กรรมการไม่รู้หรือไม่ควรรู้เลยว่าจะไม่มีความคาดหมายอันมีเหตุผลที่จะหลีกเลี่ยงการชำระบัญชีได้ ซึ่งศาลจะดูความรอบรู้ ความชำนาญ และประสบการณ์ของกรรมการของผู้นั้นมาประกอบการพิจารณา (มาตรา 214(3)(b)) ไม่เพียงเท่านั้น กรรมการยังต้องใช้ความรู้ ทักษะ และประสบการณ์ ทั่วไป ที่สามารถคาดหมายได้อย่างมีเหตุผลจากผู้มีหน้าที่เช่นเดียวกันด้วย (มาตรา 214(3)(a)) เป็นการใช้มาตรฐานของกรรมการที่มีเหตุผล (reasonable directors) ไม่ใช่ใช้มาตรฐานของตัวกรรมการเอง⁵⁷

(2) กรรมการได้กระทำการทุกขั้นตอนเพื่อที่จะลดความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นต่อเจ้าหนี้ของบริษัทให้ได้มากที่สุด ในโอกาสแรกที่กรรมการได้รู้ถึงความมีหนี้สินล้นพ้นตัวของบริษัท (มาตรา 214(3)) ดังนั้น กรรมการอาจหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้ ถึงแม้ว่ากรรมการจะรู้ว่าบริษัทไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นจากการถูกชำระบัญชีเลิกบริษัทในกรณีที่มีหนี้สินล้นพ้นตัวได้ก็ตาม หากกรรมการพิสูจน์ได้ว่าตนได้พยายามที่จะบรรเทาความเสียหายแก่เจ้าหนี้ของบริษัทตามสมควรที่เขาจะกระทำแล้ว โดยนัยนี้ จึงมีผลก่อให้เกิดหน้าที่แก่กรรมการของบริษัทที่จะต้องดำเนินการทุกขั้นตอนในการลดความเสียหายแก่เจ้าหนี้⁵⁸ ทั้งนี้ เป็นการยากแก่การพิสูจน์ของกรรมการ หากกรรมการได้ลาออกจากตำแหน่งไปก่อน จึงมีข้อแนะนำว่า กรรมการไม่ควรรีบลาออก เว้นแต่คณะกรรมการบริษัทจะเลิความเห็นของกรรมการ ทำให้ไม่อาจชักนำกรรมการคนอื่นได้⁵⁹

⁵⁴ Ian S Grier, Richard E Floyd, Voluntary Liquidation Receivership : A Practical Guide , p. 68.

⁵⁵ Alison Clarke, Current issues in Insolvency Law , (London : Stevens & Sons , 1991),p. 97.

⁵⁶ Louis G. Doyle, *supra* note 6, p.157.

⁵⁷ Alison Clarke, *supra* note 55, 96.

⁵⁸ Alison Clarke, *supra* note 55 ,p. 96.

⁵⁹ Graham Bell, Implications of Formal Insolvency, http://www.wjm.co.uk/corp_case3.htm

ในการดำเนินการทุกขั้นตอนเพื่อลดความเสียหายแก่เจ้านั้น มีผู้เสนอแนะว่า กรรมการต้องจัดให้คณะกรรมการบริษัทรู้ถึงสิ่งที่เกิดขึ้นไป พิจารณาสถานะทางการเงินและการค้าของบริษัทในทันทีที่เป็นไปได้ โดยอาศัยความช่วยเหลือของผู้เชี่ยวชาญ และแผนยุทธศาสตร์พึงได้รับการเห็นชอบแม้จะเป็นเพียงคร่าวๆ ไม่ว่าเป็นการลดค่าใช้จ่าย เพิ่มรายได้สูงสุด ทำให้แน่ใจว่าสภาพคล่องมีเพียงพอ โอบบางส่วนของกิจการที่ไม่มีกำไร รวมถึงการลดพนักงาน ค้นหาและใคร่ครวญคำแนะนำอันเหมาะสมของผู้เชี่ยวชาญ ทำให้แน่ใจว่าคณะกรรมการบริษัทดำเนินการตามแผน แน่ใจว่าบริษัทได้ทบทวนสถานะของบริษัทเป็นพิเศษ แต่ต้องมีความสมดุลระหว่างการประชุมและทบทวนกับความต่อเนื่องของการดำเนินธุรกิจของบริษัท พิจารณาแจ้งสถานะทางการเงินของบริษัทให้เจ้าหน้าที่ทราบ ตลอดจนพิจารณาเข้าสู่กระบวนการล้มละลายตามกฎหมาย⁶⁰

2.1.2.4 ต้องรับผิดชอบให้เงินแก่กองทรัพย์สินของบริษัทตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร

จำนวนหนี้ที่ต้องรับผิดชอบแก่กองทรัพย์สินของบริษัทเป็นตามจำนวนที่ศาลเห็นสมควร เช่นเดียวกับกรณี Fraudulent trading⁶¹ ไม่ใช่เป็นการชดเชยแก่เจ้านั้นโดยตรง⁶²

บุคคลที่ต้องรับผิดชอบชดเชยให้แก่กองทรัพย์สินของบริษัทเพื่อประโยชน์แก่เจ้านั้นทั้งปวง ไม่ใช่เจ้านั้นผู้ถูกหลอกลวง และไม่ใช่เพียงเจ้านั้นซึ่งได้ก่อนนี้หลังจากที่บริษัทมีหนี้สินล้นพ้นตัวแล้วเท่านั้น

2.1.2.5 ผู้มีอำนาจฟ้อง

ผู้ชำระบัญชีเท่านั้นที่มีสิทธิฟ้องร้องคดีประเภทนี้ได้⁶³ อย่างไรก็ตาม มีผู้เสนอว่า เจ้านั้นยังมีสิทธิที่จะยื่นคำขอให้ศาลชี้ขาดปัญหาที่เกิดขึ้นในระหว่างชำระบัญชีได้ ตาม Company Act 1985 มาตรา 602 ซึ่งในทางทฤษฎีเจ้านั้นจึงอาจใช้เป็นทางบังคับผู้ชำระบัญชีให้ดำเนินคดี Wrongful trading ได้⁶⁴ หรือบางท่านก็เสนอว่า ถ้าผู้ชำระบัญชีปฏิเสธที่จะยื่นคำร้อง เจ้านั้นอาจได้แย้งไปยังศาลให้ทบทวนได้ ตาม Insolvency Act, 1986 มาตรา 167 หรือ 112⁶⁵

⁶⁰ Louis G. Doyle, *supra* note 6, p.174-177.

⁶¹ Harry Rajak, *supra* note 14, pp. 171 - 172

⁶² Louis G. Doyle, *supra* note 6, p.157.

⁶³ Harry Rajak, *supra* note 14, p. 171 - 172 ; Ian S Grier, Richard E Floyd, *supra* note 11, p. 65. ; Milman & Durrant, *supra* note 6, p. 229. ; Louis G. Doyle, *supra* note 6, p.144.

⁶⁴ Ian S Grier, Richard E Floyd, *Ibid*, p. 65.

⁶⁵ Alison Clarke, *supra* note 55, p. 98.

2.2.3 แนวทางปฏิบัติสำหรับกรรมการ

กรรมการจะต้องตัดสินใจก่อนว่าจะทำการค้าต่อไปหรือหยุดเสีย หากไม่ตัดสินใจอย่างเหมาะสมแล้ว กรรมการอาจจะต้องรับผิดชอบ เมื่อปล่อยให้เกิดความเสียหาย มีข้อพิจารณาดังนี้

(1) ขั้นตอนตัดสินใจ

ในระหว่างที่บริษัทประกอบกิจการค้าอยู่ บางช่วงอาจประสบปัญหา ซึ่งอาจจะเป็นปัญหาเพียงชั่วคราว หรือเป็นปัญหาใหญ่ถึงขนาดทำให้บริษัทไม่สามารถอยู่รอดได้ กรรมการย่อมเป็นผู้พิจารณาว่า ปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นเพียงปัญหาชั่วคราวที่อาจแก้ไขได้หรือไม่ หากเป็นกรณีแก้ไขได้ก็จะต้องทำการค้าต่อไป เพื่อมิให้เป็นที่ยเสียหายแก่บริษัท ฉะนั้น การที่บริษัทยังคงทำการค้าต่อไป จึงไม่ได้หมายความว่า เป็นการค้าที่เกิดขึ้นจากการกระทำไม่สุจริตเสมอไป การทำการค้าในสภาวะดังกล่าวบางกรณีอาจถือได้ว่ามีเหตุผลสมควร เช่น เป็นการทำไปในทางที่จะเพิ่มสินทรัพย์บริษัทเพื่อประโยชน์แก่เจ้าหนี้ การขายสินทรัพย์ในขณะที่มีราคาสูงก็ดี การขายสินทรัพย์ที่ไม่อาจเก็บไว้ได้นานเพราะอาจเน่าเสียหรือเสื่อมค่าก็ดี หรือเป็นกรณีที่กรรมการมีความมั่นใจว่า มีเหตุผลอันสมควรที่บริษัทจะไม่ตกอยู่ในภาวะมีหนี้สินล้นพ้นตัวเสียก่อน จึงเข้าไปเป็นคู่สัญญาเพื่อทำการค้า ในกรณีนี้ มีผู้เสนอแนะว่า กรรมการต้องไม่ละเลยสัญญาณเตือนใดๆ ที่จะทำให้บริษัทสามารถอยู่รอดได้ และต้องดำเนินการตามขั้นตอนดังต่อไปนี้⁶⁶

(1.1) แน่ใจว่าได้จัดให้มีการประชุมปรึกษาปัญหานี้กับกรรมการคนอื่นแล้ว และได้บันทึกรายละเอียดเกี่ยวกับการโต้แย้งในที่ประชุมเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษร

(1.2) ประเมินและตรวจสอบสถานะทางบัญชีในปัจจุบันจนถึงวันที่บริษัทประสบปัญหาขาดสภาพคล่องทางการเงิน

(1.3) แน่ใจว่าการตัดสินใจทำการค้าต่อไปนั้นได้มีการทบทวนเป็นประจําว่าจะทำต่อไปอีกหรือไม่

(1.4) ขอคำแนะนำจากผู้เชี่ยวชาญในกรณีที่มีข้อสงสัย

(2) การดำเนินการตามผลการตัดสินใจ

(2.1) กรณีตัดสินใจทำการค้าต่อไป

ในเรื่องนี้มีผู้เสนอแนะว่ากรรมการพึงกระทำดังนี้⁶⁷

⁶⁶ <http://www.mms.co.uk/html/article.asp?articleID=246&pageNo=2>

⁶⁷ <http://www.mms.co.uk/html/article.asp?articleID=246&pageNo=2>

(2.1.1) ยอมรับคำแนะนำของผู้เชี่ยวชาญ การเชื่อถือคำแนะนำดังกล่าวจะเป็นการป้องกันข้อกล่าวอ้างว่ากระทำการค้าไม่สุจริต

(2.1.2) กรรมการต้องกระทำในทางบรรเทาผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นได้แก่เจ้าหนี้ ไม่ใช่เพียงแค่ลดเท่านั้น แต่จะต้องให้ได้มากที่สุด การลาออกต้องกระทำเป็นขั้นตอนสุดท้ายเมื่อความพยายามที่จะติดตามให้กรรมการที่มีหน้าที่บริหารมาดำเนินการตามหน้าที่ไว้ผลและได้ให้มีการป้องกันความเสียหายแล้ว

(2.2) กรณีตัดสินใจไม่ทำการค้าต่อไป

ถ้าบริษัทประสบความยุ่งยากทางการเงินจนไม่อาจแก้ปัญหาได้ เว้นแต่จะใช้กระบวนการชำระบัญชีหรือฟื้นฟูกิจการ การดำเนินการต่อไปย่อมขึ้นอยู่กับพฤติการณ์แต่ละกรณี โดยปกติจะต้องกระทำโดยเร็ว ได้แก่ การแจ้งให้ธนาคารบังคับหลักประกัน เมื่อเข้าสู่กระบวนการชำระบัญชีแล้วกรรมการจะต้องหยุดปฏิบัติหน้าที่ อย่างไรก็ตาม กรรมการยังคงมีหน้าที่ต้องให้ความร่วมมือกับผู้ชำระบัญชี โดยอาจจะต้องถูกบังคับให้ตอบคำถามหรือจัดทำเอกสาร⁶⁸

เมื่อกรรมการตระหนักว่าบริษัทไม่มีความคาดหมายอันควรได้ว่าบริษัทจะพ้นจากภาวะมีหนี้สินล้นพ้นตัวแล้ว ตามธรรมดาจะไม่ค่อยมีทางเลือกมากนักนอกจากจะนำไปสู่กระบวนการชำระบัญชีหรือฟื้นฟูกิจการ แต่บางกรณีก็ต้องเลือกกระทำอย่างอื่นที่เป็นประโยชน์มากกว่า เช่น ขายกิจการ แต่ก็มียุ่่น้อยราย ซึ่งในการตัดสินใจขายกิจการนั้นกรรมการจะต้องปรึกษาผู้มีความเชี่ยวชาญในทางแก้ปัญหาหนี้สินล้นพ้นตัวและผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมาย หากไม่เคยประสบเหตุการณ์เช่นนั้นมาก่อน ทั้งนี้เพื่อจะช่วยให้ไม่ต้องรับผิดชอบส่วนตัวในภายหลัง⁶⁹

2.2.4 แนวทางปฏิบัติสำหรับเจ้าหนี้

เจ้าหนี้ต้องตรวจสอบว่า กรรมการกระทำการอันไม่สมเหตุสมผล หรือไม่ใส่ใจในการเข้าทำสัญญาโดยรู้ถึงกิจการของบริษัท ตัวอย่างเช่น สินทรัพย์ไม่พอชำระหนี้หรือความรับผิดชอบตลอดจนค่าใช้จ่ายในการชำระบัญชี⁷⁰ ในทางปฏิบัติ การที่จะตรวจพบข้อเท็จจริงดังกล่าวได้มักจะเป็นกรณีที่บริษัทไม่สามารถอยู่รอดได้แล้ว โดยผู้ตรวจสอบพบอาจจะเป็นผู้ชำระบัญชีหรือเจ้าหนี้ เจ้าหนี้จึงต้องตรวจสอบย้อนหลังไปว่า นับแต่เวลาที่บริษัทไม่มีความคาดหมายอันควรได้

⁶⁸ <http://www.mms.co.uk/html/article.asp?articleID=246&pageNo=2>

⁶⁹ Graham Bell, *Implications of Formal Insolvency*, http://www.wjm.co.uk/corp_case3.htm

⁷⁰ <http://www.insolvencyhelpline.co.uk/ltd-companies/director-responsibilities.htm>

ว่าจะอยู่รอดแล้ว กรรมการได้กระทำการเพื่อลดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ของบริษัทอย่างเพียงพอแล้วหรือไม่ ถ้ามิได้กระทำการแล้วก็จะมีความเสี่ยงให้กรรมการนั้นต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดแก่เจ้าหนี้ กล่าวคือ ต้องตรวจสอบว่า ⁷¹

(1) บริษัทได้ดำเนินการตามขั้นตอนการตรวจสอบกิจการของบริษัทดังเช่นนักธุรกิจพึงกระทำกันอยู่ตามสมควรหรือไม่ ถ้ามิได้กระทำการตรวจสอบต้องพิจารณาต่อไปว่า

(2) หากมีการตรวจสอบดังกล่าว จะสามารถตรวจพบปัญหานี้สินล้นพ้นตัวได้หรือไม่ โดยในข้อที่ว่าบริษัทตกอยู่ในภาวะมีหนี้สินล้นพ้นตัว ได้แก่ กรณีบริษัทไม่จ่ายหนี้ที่ถึงกำหนดหรือจ่ายล่าช้าหรือไม่ และจะอยู่ในสภาพเช่นนี้ไปตลอดหรือไม่ จำนวนหนี้หรือความรับผิดมากเกินกว่าสินทรัพย์ของบริษัทหรือไม่ ถ้าหากจัดให้มีการชำระบัญชีทันทีจะสามารถชำระหนี้ได้ครบจำนวนหรือไม่

2.2 การห้ามใช้ชื่อของบริษัทที่ล้มละลาย (Restriction on the re-Use of company names)

การดำเนินธุรกิจโดยมิชอบ (Wrongful trading) นี้ นอกจากกรรมการจะต้องรับผิดชอบทางแพ่งชดใช้เงินแก่กองทรัพย์สินของบริษัทแล้ว กรรมการจะถูกห้ามนำชื่อของบริษัทที่ล้มละลายมาใช้ชื่ออื่น เช่นเดียวกับการดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้ (Fraudulent trading) ตาม The Insolvency Act 216 และ 217 ตามที่ได้กล่าวมาโดยละเอียดแล้วในข้อ 1.3

2.3 การห้ามประกอบอาชีพกรรมการ (Disqualification of directors)

การดำเนินธุรกิจโดยมิชอบ (wrongful trading) ตาม The Insolvency Act, 1986 มาตรา 214 นอกจากกรรมการจะต้องรับผิดชอบชดใช้เงินแก่กองทรัพย์สินของบริษัท และถูกห้ามนำชื่อบริษัทที่ล้มละลายมาใช้ชื่ออื่นแล้ว หากศาลเห็นสมควรศาลอาจสั่งห้ามกรรมการประกอบอาชีพกรรมการมีกำหนดเวลาไม่เกิน 15 ปี⁷²

⁷¹ http://library.clb.co.uk/content/forums_lim_companies/directors.html

⁷² The Company Directors Disqualification Act 1986, section 10, Ian S Grier, Richard E Floyd, *supra* note 11, p. 74.; Louis G. Doyle, *supra* note 6, pp. 145, 164.

ถ้าบุคคลใดถูกศาลสั่งจำกัดสิทธิการเป็นกรรมการได้กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนคำสั่งจำกัดสิทธินั้น บุคคลดังกล่าวจะมีความผิดทางอาญา และต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในหนี้ที่เกี่ยวข้องของบริษัท⁷³

3. การดำเนินธุรกิจโดยไม่เหมาะสม

การดำเนินธุรกิจโดยไม่เหมาะสมนั้น ศาสตราจารย์ Sealy และ Milman ได้ยกตัวอย่างไว้ ได้แก่ ความล้มเหลวที่จะเก็บรักษาสมุดบัญชีหรือติดตามเอาคืนมา ค่าขายหรือยังคงจ่ายเงินไปในขณะมีหนี้สินล้นพ้นตัว มูลค่าของหุ้นทั้งหมดที่มีอยู่ในธุรกิจไม่เพียงพอ ทำการค้ากับบริษัทที่ล้มแล้วตั้งใหม่ (phoenix companies) นำเงินทุนหรือทรัพย์สินของบริษัทไปใช้ในทางที่ผิด ให้บริษัทในเครือกู้ยืมไปอย่างไม่รับผิดชอบ ก่อความรับผิดชอบเนื่องหลังจากหยุดค้าขาย ฝ่าฝืนหน้าที่ในฐานะที่ได้รับความไว้วางใจ (fiduciary duty)⁷⁴

3.1 การห้ามใช้ชื่อของบริษัทที่ล้มละลาย (Restriction on the re-Use of company names)

การดำเนินธุรกิจโดยไม่เหมาะสม (unfitness trading) นี้ กรรมการจะถูกห้ามนำชื่อของบริษัทที่ล้มละลายมาใช้อีก เช่นเดียวกับการดำเนินธุรกิจโดยฉ้อฉลเจ้าหนี้ (Fraudulent trading) และการดำเนินธุรกิจโดยมิชอบ (wrongful trading) ตามที่ได้กล่าวมาโดยละเอียดแล้วในข้อ 1.3

3.2 การห้ามประกอบอาชีพกรรมการ (Disqualification of directors)

บุคคลใดเป็นหรือเคยเป็นกรรมการ⁷⁵ ในบริษัทที่มีหนี้สินล้นพ้นตัว จนต้องถูกชำระบัญชีเลิกบริษัท หากมีพฤติการณ์ในการบริหารจัดการบริษัทที่ไม่เหมาะสม (unfitness) ศาลอาจสั่งจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพกรรมการมีกำหนดระยะเวลาไม่น้อยกว่า 2 ปี แต่ไม่เกิน 15 ปี⁷⁶

⁷³ The Company Directors Disqualification Act 1986 , section 13,15

⁷⁴ Ian S Grier, Richard E Floyd, *supra* note 11 , p. 75.

⁷⁵ หมายความว่ารวมถึงกรรมการเงา (shadow director) ด้วย

⁷⁶ The Company Directors Disqualification Act 1986, section 6,7

ถ้าบุคคลใดถูกศาลสั่งจำกัดสิทธิในการเป็นกรรมการได้กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนคำสั่งจำกัดสิทธินั้น บุคคลดังกล่าวจะมีความผิดทางอาญา และต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวในหน้าที่เกี่ยวข้องของบริษัท⁷⁷

⁷⁷ The Company Directors Disqualification Act 1986 , section 13,15