

บทที่ 3

หลักเกณฑ์ในการดำเนินการต่อสัญญาทางการเงินในกระบวนการล้มละลายของต่างประเทศ

ในบทนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงประวัติความเป็นมาของกฎหมายล้มละลายรวมทั้งศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายของต่างประเทศที่กล่าวถึงการดำเนินการต่อสัญญาทางการเงินในกระบวนการล้มละลายไว้โดยเฉพาะ โดยผู้เขียนได้หยิบยกเอาแนวทางการร่างกฎหมายล้มละลายของคณะกรรมการสิทธิการสหประชาชาติว่าด้วยกฎเกณฑ์การค้าระหว่างประเทศ รวมทั้งแนวทางของกฎหมายล้มละลายของประเทศสหรัฐอเมริกา และของประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรปซึ่งถือได้ว่าเป็นต้นแบบกฎหมายของหลาย ๆ ประเทศมาเป็นข้อพิจารณา

3.1 ประวัติความเป็นมาของกฎหมายล้มละลายของต่างประเทศ

เป็นที่กล่าวกันว่าความสนุกสนานกับการใช้สินเชื่อคือรากฐานของการล้มละลาย¹ การให้สินเชื่อคือข้อกำหนดพื้นฐานของการดำเนินชีวิตอย่างมีความสุขในสังคมสมัยใหม่ อันที่จริงแล้วมันจะเป็นการไม่สะดวกอย่างมากถ้าธุรกรรมทุก ๆ อย่างจะต้องชำระเงินกันด้วยเงินสดทันที การที่มีการผิดนัดชำระหนี้ครั้งหนึ่ง อาจเป็นเหตุให้เกิดกรณีอย่างใดอย่างหนึ่ง กล่าวคือ ลูกหนี้ยังไม่มีหนทางที่จะหาเงินมาชำระหนี้ได้ในขณะนั้น หรือ ลูกหนี้ตั้งใจปฏิเสธการชำระหนี้แม้ว่าลูกหนี้จะมีหนทางชำระหนี้ได้ก็ตาม ไม่ว่ากรณีใดก็ตาม การไม่ชำระหนี้ก่อให้เกิดผลเสียต่อเจ้าหนี้ผู้ซึ่งขายสินเชื่อให้แก่ลูกหนี้ดังกล่าว ดังนั้น มันจึงเป็นความจำเป็นที่กฎหมายจะต้องหาวิธีการเยียวยาให้แก่เจ้าหนี้ในระดับที่เป็นการปกป้องมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้

ตั้งแต่สมัยโบราณจนถึงปัจจุบัน รูปแบบของการล้มละลายเป็นที่รู้จักกันดีและปฏิบัติกันอยู่ในหมู่ชนทั่วโลก กว่าสามพันปีมาแล้วที่ชนชาติยิวได้สร้างรูปแบบของการล้มละลายไว้ประการหนึ่ง กล่าวคือ มีการปลดปล่อยลูกหนี้ให้หลุดพ้นจากหนี้สินในปีที่มีความสำคัญทางศาสนา ต่อมาชาวโรมันก็รับเอามาบัญญัติให้เป็นประมวลกฎหมายล้มละลายที่เรียกว่า The Cassio Bonarum ในสมัยจูเลียส ซีซาร์ โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะปกป้องเจ้าหนี้ไว้จากการคดโกง

¹ I.F. Fletcher, Law of Bankruptcy, (Plymouth: Macdonald & Evans Ltd., 1978) p1

ของลูกหนี้² กฎหมายล้มละลายสามารถกล่าวย้อนไปถึงกฎหมายที่ใช้กับพ่อค้าของรัฐต่าง ๆ ของอิตาลีในช่วงยุคกลาง³ และเช่นเดียวกับกฎหมายล้มละลายของรัฐต่าง ๆ ในอิตาลี ในช่วงต้นของยุคกลางนั้นเองประเทศอังกฤษก็ได้จัดทำบทบัญญัติเพิ่มขึ้นมาเพื่อใช้ในการเยียวยาให้แก่เจ้าหนี้ในการอายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ ในขณะที่กลุ่มประเทศสหภาพยุโรปได้มีการทำข้อตกลงเป็นสนธิสัญญาในเรื่องการล้มละลายร่วมกันมากกว่า 20 สนธิสัญญา⁴ ในศตวรรษที่ 20

3.2 การดำเนินการต่อสัญญาทางการเงินในกระบวนการล้มละลายตามแนวทางของ UNCITRAL

คณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎเกณฑ์การค้าระหว่างประเทศ (The United Nation Commission on International Trade Law : UNCITRAL) ถูกจัดตั้งขึ้นโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติในปี 1966 เพื่อแสดงบทบาทสำคัญในการพัฒนารอบการปฏิบัติงานภายใต้หน้าที่ที่กำหนด เพื่อที่จะสืบสานความก้าวหน้าและความทันสมัยของกฎหมายการค้าระหว่างประเทศ

ตามบันทึกการประชุมอย่างเป็นทางการของสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติครั้งที่ 55, ภาคผนวกที่ 17 (A/55/17) ข้อที่ 400-409 แนวทางการร่างกฎหมายล้มละลาย (Legislative Guide on Insolvency Law) ได้ถูกจัดทำขึ้นโดย UNCITRAL โครงการนี้เกิดขึ้นจากการนำเสนอต่อคณะกรรมการเมื่อ พ.ศ. 2542 ซึ่งเสนอให้ UNCITRAL ดำเนินการต่อไปในเรื่องกฎหมายล้มละลาย โดยเฉพาะเรื่องการล้มละลายของบริษัท (corporate insolvency) เพื่อสนับสนุนและส่งเสริมให้มีการรับเอาข้อบัญญัติเรื่องการล้มละลายของบริษัทไปบังคับใช้ การประชุมเพื่อพิจารณาความเป็นไปได้ของโครงการได้ถูกจัดขึ้นในเดือนธันวาคม พ.ศ. 2542 จากข้อเสนอแนะของที่ประชุมดังกล่าว คณะกรรมการได้มอบหมายให้คณะทำงานที่ 5 (กฎหมายล้มละลาย) (Working Group V – Insolvency Law) ดำเนินการจัดเตรียมรายละเอียดวัตถุประสงค์หลักและสาระสำคัญของกฎหมายล้มละลาย ระบบการดำเนินการระหว่าง เจ้าหนี้-ลูกหนี้

² Harold F. Lusk, Business Law, (Illinois: Richard D. Irwin, Inc, 1966), p 1073 อ้างถึงใน วิชา มหาคุณ, คำอธิบายกฎหมายล้มละลายและการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, พิมพ์ครั้งที่ 12 พ.ศ. 2551), หน้า 15

³ Andrew R. Kaey and Perter Walton, Insolvency Law Corporate and Personal, (Essex: Pearson Education Limited, 2003) p.7

⁴ Bob Wessels, International Insolvency Law, (The Netherlands : Kluwer, 2006), p20

ซึ่งรวมถึงการปรับปรุงโครงสร้างนอกศาล และแนวทางการร่างกฎหมาย ซึ่งสามารถนำไปปรับใช้ในการดำเนินการตามวัตถุประสงค์และสาระสำคัญของการล้มละลายได้ง่าย รวมถึงการหารือถึงวิธีการอื่นอันเป็นทางเลือกที่เป็นไปได้ และผลดีและผลเสียของวิธีการดังกล่าวที่คาดว่าจะเกิดขึ้น ทั้งนี้ ได้มีการจัดการประชุมระหว่างประเทศร่วมกับ INSOL International และสมาคมเนติบัณฑิตระหว่างประเทศ (International Bar Association) ในเดือนธันวาคม พ.ศ. 2543 เพื่อหาข้อมูลจากนานาชาติเกี่ยวกับการล้มละลายในเรื่องวัตถุประสงค์หลักและขอบเขตของสาระสำคัญของข้อบัญญัติเกี่ยวกับการล้มละลายที่บรรจุไว้ในแนวทางฯ (Guide)

3.2.1 วัตถุประสงค์หลักของกฎหมายล้มละลายที่ดีตามคำแนะนำในการร่างกฎหมายล้มละลายของ UNCITRAL

วัตถุประสงค์หลักของกฎหมายล้มละลายที่ได้ 9 ประการตามแนวทางฯ ของ UNCITRAL ได้แก่

- (1) การสร้างความแน่นอนให้เกิดขึ้นในตลาดเพื่อส่งเสริมเสถียรภาพและการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ

กฎหมายล้มละลายและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายล้มละลายเป็นสิ่งที่มีความสำคัญในการช่วยให้ประเทศต่าง ๆ สามารถบรรลุประโยชน์และหลีกเลี่ยงกับดักของการรวมกันเป็นหนึ่งเดียวระหว่างระบบการเงินของประเทศกับระบบการเงินระหว่างประเทศ โดยกฎหมายและหน่วยงานเหล่านี้ควรส่งเสริมการปรับปรุงโครงสร้างของธุรกิจที่สามารถดำรงอยู่ได้ และการดำเนินการอย่างมีประสิทธิภาพเกี่ยวกับการปิดกิจการและการโอนทรัพย์สินของธุรกิจที่ประสบความล้มเหลว และอำนวยความสะดวกในการจัดหาเงินทุนสำหรับการเริ่มต้นใหม่ของธุรกิจ และการฟื้นฟูกิจการ รวมทั้งช่วยให้การประเมินความเสี่ยงของการให้สินเชื่อสามารถทำได้ ทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ โดยวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายล้มละลายดังต่อไปนี้ควรได้รับการดำเนินการเพื่อเสริมสร้างความแน่นอนในตลาดและส่งเสริมเสถียรภาพและการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ

(2) การเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินให้สูงที่สุด

ผู้เข้าร่วมในกระบวนการล้มละลายควรมีแรงจูงใจอย่างมากในการดำเนินการให้ทรัพย์สินมีมูลค่าสูงสุด เนื่องจากจะช่วยให้มีการแบ่งทรัพย์สินชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้โดยรวมได้มากยิ่งขึ้นและลดภาระของการมีหนี้สินล้นพ้นตัว การบรรลุเป้าหมายนี้มักนำไปสู่การบรรลุความสมดุลของการกระจายความเสี่ยงระหว่างคู่กรณีที่อยู่ในกระบวนการล้มละลาย ตัวอย่างเช่น บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการยกเลิกเพิกถอนธุรกรรมที่ผ่านมา สามารถทำให้มั่นใจได้ว่าเจ้าหนี้จะได้รับการปฏิบัติด้วยความเท่าเทียมกันและเป็นการเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินของลูกหนี้โดยการเอามูลค่าของทรัพย์สินกลับคืนมาเพื่อประโยชน์ของเจ้าหนี้ทุกราย ในขณะเดียวกัน การเพิกถอนดังกล่าวสามารถทำลายความสามารถในการคาดการณ์ได้ถึงความสัมพันธ์ทางสัญญาซึ่งมีความสำคัญต่อการตัดสินใจในการลงทุน ซึ่งก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างจุดมุ่งหมายที่ต่างกันของกระบวนการล้มละลาย ในทำนองเดียวกัน ก็มีความจำเป็นในการสร้างความสมดุลระหว่างการชำระบัญชีที่รวดเร็วกับการใช้ความพยายามในระยะยาวในการฟื้นฟูกิจการซึ่งเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินกับผลกระทบและต้นทุนของการลงทุนใหม่ที่มีต่อผู้มีส่วนได้เสียในปัจจุบัน รวมทั้งความสมดุลระหว่างบทบาทที่แตกต่างกันของผู้มีส่วนได้เสียต่าง ๆ โดยเฉพาะการใช้ดุลยพินิจของผู้แทนในคดีล้มละลายกับขอบเขตที่เจ้าหนี้สามารถสอดส่องการใช้ดุลยพินิจนั้น เพื่อคุ้มครองกระบวนการทางกฎหมาย และเพื่อให้เกิดมูลค่าสูงสุด

(3) การสร้างความสมดุลระหว่างการชำระบัญชี และการฟื้นฟูกิจการ

วัตถุประสงค์หลักข้อแรกในการเพิ่มมูลค่าให้สูงสุดนั้น มีความเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับการบรรลุความสมดุลในกฎหมายล้มละลายระหว่างการชำระบัญชีและการฟื้นฟูกิจการ โดยกฎหมายล้มละลายต้องสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ระหว่างการรับชำระหนี้ภายในระยะเวลาอันสั้นผ่านทางชำระบัญชี (ซึ่งมักจะเป็นวิธีการที่เจ้าหนี้มีประกันเลือก) กับการรักษาไว้ซึ่งมูลค่าของธุรกิจของลูกหนี้ โดยวิธีการฟื้นฟูกิจการ (ซึ่งมักจะเป็นวิธีการที่เจ้าหนี้ไม่มีประกันและลูกหนี้เลือก) การบรรลุซึ่งสมดุลดังกล่าวอาจมีผลกระทบต่อข้อพิจารณาทางด้านนโยบายสังคมอื่น ๆ อาทิเช่น การสนับสนุนการพัฒนาของชนชั้นผู้ประกอบการและปกป้องการจ้างแรงงาน ทั้งนี้ กฎหมายล้มละลายควรรวมถึงความเป็นไปได้ของการฟื้นฟูกิจการของลูกหนี้ให้เป็นทางเลือกแทนการชำระบัญชี ซึ่งเจ้าหนี้จะได้รับการชำระหนี้ไม่น้อยกว่าในกรณีของการชำระบัญชีโดยที่เจ้าหนี้ไม่สมัครใจ และคุณค่าของลูกหนี้ต่อสังคมและต่อเจ้าหนี้ อาจเพิ่มพูนให้สูงค่าได้อย่างมากโดยการยินยอมให้ลูกหนี้ดำเนินกิจการต่อไป โดยการดำเนินการดังกล่าวตั้งอยู่บนทฤษฎีพื้นฐาน

ทางเศรษฐกิจที่ว่า การดำรงรักษาไว้ซึ่งองค์ประกอบที่มีความสำคัญและจำเป็นต่อธุรกิจอาจทำให้ได้มูลค่าที่สูงกว่าการแยกจำหน่ายธุรกิจดังกล่าวออกเป็นส่วน ๆ โดยกฎหมายล้มละลายควรบัญญัติให้มีการแปลงรูปแบบของกระบวนการหนึ่งไปสู่อีกกระบวนการหนึ่งตามสภาวะการณ์ที่เหมาะสมด้วย เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่ากระบวนการในกฎหมายล้มละลายจะไม่ถูกใช้ไปในทางที่ไม่ถูกต้อง ไม่ว่าจะโดยเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ และมีวิธีการที่เหมาะสมที่สุดในการแก้ปัญหาทางการเงินของลูกหนี้

(4) การดำเนินการให้เกิดความมั่นใจว่ามีการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม (equitable treatment) ต่อเจ้าหนี้ซึ่งอยู่ในสถานะคล้ายกัน

วัตถุประสงค์ของการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันตั้งอยู่บนความคิดที่ว่าในกระบวนการทางกฎหมายโดยรวม เจ้าหนี้ซึ่งมีสิทธิตามกฎหมายเช่นเดียวกันควรได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม โดยได้รับส่วนแบ่งการชำระหนี้ตามลำดับหนี้และส่วนได้เสียในหนี้ของตน วัตถุประสงค์หลักนี้ ยอมรับว่าเจ้าหนี้ทุกรายไม่จำเป็นต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน แต่ได้รับการปฏิบัติในลักษณะที่สะท้อนถึงการต่อรองที่แตกต่างกันออกไป ที่มีระหว่างเจ้าหนี้ดังกล่าวกับลูกหนี้ ประเด็นข้างต้นอาจไม่เป็นประเด็นที่สำคัญในกรณีที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับหนี้โดยเฉพาะเจาะจงกับลูกหนี้ อาทิเช่น ในกรณีของผู้เรียกร้องค่าเสียหาย (ตัวอย่างเช่น การเรียกร้องในเรื่องความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อม) และหน่วยงานราชการด้านภาษี แม้ว่าการปฏิบัติด้วยความเท่าเทียมกัน อาจถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยนโยบายด้านสังคมเกี่ยวกับลำดับการชำระหนี้ก่อน และการหลีกเลี่ยงให้แก่ผู้มีสิทธิเรียกร้องหรือผู้มีส่วนได้เสียที่มีสิทธิในลำดับก่อน ตัวอย่างเช่นที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย กระนั้นก็ตาม หลักการเกี่ยวกับการปฏิบัติด้วยความเท่าเทียมกันก็ยังคงมีความสำคัญอยู่ โดยการดำเนินการให้เกิดความมั่นใจว่าการจัดลำดับการชำระหนี้ให้ก่อนของเจ้าหนี้ที่อยู่ในกลุ่มเดียวกันมีผลต่อสมาชิกทั้งหมดของกลุ่มในลักษณะเดียวกัน ทั้งนี้ นโยบายว่าด้วยการปฏิบัติด้วยความเท่าเทียมกันครอบคลุมในหลายด้านของกฎหมายล้มละลาย รวมถึงการใช้วิธีการพักการดำเนินคดีหรือการระงับชั่วคราว การกำหนดเรื่องการระงับการกระทำและธุรกรรมและการฟื้นฟูมูลค่าของทรัพย์สินในคดีล้มละลาย การจัดกลุ่มของหนี้ วิธีการออกเสียงลงคะแนนในการฟื้นฟูกิจการและกลไกในการแบ่งทรัพย์สินชำระหนี้ ทั้งนี้ กฎหมายล้มละลายควรแก้ไขปัญหากับกลข้อจลและความลำเอียงที่อาจเกิดขึ้นในกรณีที่มีความยุ่งยากทางการเงินโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ตัวอย่างเช่น บัญญัติให้สามารถบอกล้างการกระทำและธุรกรรมที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิที่เท่าเทียมกันของเจ้าหนี้ได้

(5) การให้มีการแก้ปัญหาการล้มละลายด้วยวิธีการที่ทันต่อเหตุการณ์ มีประสิทธิภาพและเป็นกลาง

ปัญหาการล้มละลายควรได้รับการจัดการและแก้ไขในลักษณะที่เป็นระเบียบ รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ เพื่อหลีกเลี่ยงการสะดุดหยุดลงอย่างเกินควรของธุรกิจและกิจกรรมของลูกหนี้ และเพื่อลดค่าใช้จ่ายของการดำเนินกระบวนการทางกฎหมายให้มีจำนวนน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ทั้งนี้การบริหารจัดการอย่างมีประสิทธิภาพและในเวลาอันเหมาะสมจะช่วยสนับสนุนวัตถุประสงค์ในการเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินให้สูงที่สุด ในขณะที่ความเป็นกลางจะช่วยสนับสนุนเป้าหมายของการปฏิบัติด้วยความเท่าเทียมกัน โดยกระบวนการทั้งหมดจะต้องได้รับการพิจารณาด้วยความรอบคอบเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด โดยไม่ทำให้ขาดความคล่องตัวในการดำเนินการ ในขณะเดียวกัน ควรให้ความสนใจเป็นอย่างยิ่งกับการชำระบัญชีของธุรกิจที่ไม่อาจดำรงอยู่ต่อไปได้และที่ไม่มีประสิทธิภาพ และความอยู่รอดของธุรกิจที่มีประสิทธิภาพและมีศักยภาพในการดำเนินต่อไปได้

การแก้ปัญหาทางด้านการเงินของลูกหนี้ด้วยความรวดเร็วและเป็นระเบียบสามารถส่งเสริมให้เกิดขึ้นได้ด้วยกฎหมายล้มละลายที่สามารถเข้าถึงกระบวนการล้มละลายได้ง่าย โดยการอ้างอิงหลักเกณฑ์ที่มีความชัดเจนและที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป (objective criteria) โดยจัดให้มีวิธีการที่สะดวกในการระบุ เก็บ รักษา และเอาคืนซึ่งทรัพย์สินและสิทธิที่ควรนำมาใช้ในการชำระหนี้ของลูกหนี้ ซึ่งอำนวยความสะดวกต่อการเข้าร่วมของลูกหนี้และเจ้าหนี้ โดยให้มีความล่าช้าและค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดขึ้นน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ จัดให้มีโครงสร้างที่เหมาะสมสำหรับการดูแลและบริหารกระบวนการล้มละลาย (รวมทั้งผู้เชี่ยวชาญและสถาบันต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง) และมีผลให้มีวิธีการแก้ไขภาวะและความรับผิดชอบทางการเงินของลูกหนี้มีประสิทธิภาพ

(6) การดูแลรักษาทรัพย์สินในคดีล้มละลายเพื่อการจัดสรรแก่เจ้าหนี้ด้วยความเท่าเทียมกัน

กฎหมายล้มละลายควรรักษาทรัพย์สินและขีดขวางการแยกทรัพย์สินของลูกหนี้ออกเป็นส่วน ๆ ก่อนเวลาที่เหมาะสมโดยเจ้าหนี้รายหนึ่งรายใดที่ทำการบังคับชำระหนี้ของตน เนื่องจากการกระทำดังกล่าวมักจะเป็นการลดมูลค่าโดยรวมของกองทรัพย์สินของลูกหนี้ที่มีอยู่สำหรับการชำระหนี้ต่าง ๆ ที่ลูกหนี้มีและอาจขีดขวางการฟื้นฟูกิจการหรือการขายธุรกิจบนหลักการที่ให้ธุรกิจยังคงดำเนินอยู่ต่อไป การพักการดำเนินคดีที่เจ้าหนี้ยื่นฟ้องทำให้ลูกหนี้มีเวลาใน

การดำเนินการต่าง ๆ และทำให้สามารถตรวจสอบสถานการณ์ด้านการเงินของลูกหนี้อย่างถูกต้องเหมาะสม และสนับสนุนให้เกิดการเพิ่มมูลค่าสูงสุดของทรัพย์สินของลูกหนี้และการปฏิบัติต่อเจ้าหนี้ด้วยความเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ อาจจำเป็นต้องมีกลไกบางประการในการสร้างความมั่นใจว่า การพักการดำเนินคดีไม่กระทบถึงสิทธิของเจ้าหนี้มีประกัน

(7) การสร้างความมั่นใจว่ากฎหมายล้มละลายมีความโปร่งใสและสามารถ
คาดการณ์ได้ และเป็นกฎหมายที่ให้แรงจูงใจในการเก็บรวบรวมและกระจาย
ข้อมูล

กฎหมายล้มละลายควรมีความโปร่งใสและคาดการณ์ได้ ซึ่งจะช่วยให้ผู้ที่อาจจะให้กู้และเจ้าหนี้สามารถเข้าใจการดำเนินการของกระบวนการล้มละลายและสามารถประเมินความเสี่ยงเกี่ยวกับฐานะของตนในฐานะเจ้าหนี้หากเกิดการล้มละลาย อันจะเป็นการส่งเสริมเสถียรภาพในด้านความสัมพันธ์ในเชิงพาณิชย์ และส่งเสริมการให้กู้เงินและการลงทุนโดยมีอัตราความเสี่ยงภัยที่ต่ำลง ทั้งนี้ ความโปร่งใสและการสามารถคาดการณ์ได้จะทำให้เจ้าหนี้สามารถได้รับความกระจ่างเกี่ยวกับลำดับของการชำระหนี้ หลีกเลี่ยงข้อพิพาทโดยการให้รายละเอียดเกี่ยวกับสถานการณ์ซึ่งสามารถใช้เป็นข้อมูลในการประเมินสิทธิและความเสี่ยงภัยที่เกี่ยวข้อง และช่วยกำหนดขอบเขตของการใช้ดุลยพินิจใด ๆ การใช้กฎหมายล้มละลายในลักษณะที่ไม่อาจคาดการณ์ได้อาจเป็นการทำลายไม่เฉพาะต่อความเชื่อมั่นของผู้ที่ร่วมในกระบวนการล้มละลาย แต่ยังจะทำลายความเต็มใจของบุคคลดังกล่าวในการให้สินเชื่อและการตัดสินใจลงทุนก่อนการเกิดการล้มละลาย ทั้งนี้ กฎหมายล้มละลายควรระบุอย่างชัดเจนเกี่ยวกับบทบัญญัติต่างๆ ของกฎหมายอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อการดำเนินกระบวนการล้มละลายให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ (ตัวอย่างเช่น กฎหมายเกี่ยวกับแรงงาน กฎหมายเกี่ยวกับการพาณิชย์และสัญญา กฎหมายว่าด้วยภาษีอากร กฎหมายที่กระทบต่ออัตราแลกเปลี่ยน การหักบัญชีและการหักกลบลบหนี้ การแปลงหนี้เป็นทุน และแม้แต่มติกฎหมายว่าด้วยครอบครัวและการสมรส)

กฎหมายล้มละลายควรสร้างความมั่นใจว่ามีข้อมูลที่พอเพียงเกี่ยวกับสถานการณ์ของลูกหนี้ ควรมีมาตรการที่ให้แรงจูงใจในการกระตุ้นให้ลูกหนี้เปิดเผยฐานะของตนและในกรณีที่เหมาะสม มีบทกำหนดโทษสำหรับการไม่ปฏิบัติตามดังกล่าว การมีข้อมูลเช่นนี้จะทำให้ผู้ที่มีความรับผิดชอบในการบริหารและดูแลกระบวนการล้มละลาย (ศาลหรือหน่วยงานด้านการปกครอง ผู้แทนในคดีล้มละลาย) และเจ้าหนี้สามารถประเมินสถานการณ์ด้านการเงินของลูกหนี้และพิจารณากำหนดวิธีการแก้ไขที่มีความเหมาะสมที่สุด

- (8) การยอมรับสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีอยู่และการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการจัดลำดับของสิทธิเรียกร้องในลำดับก่อน

การยอมรับและการบังคับใช้ในกระบวนการล้มละลายซึ่งสิทธิต่าง ๆ ที่แตกต่างกันที่เจ้าหนี้อาจมีต่อลูกหนี้และทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อนเริ่มกระบวนการล้มละลาย จะสร้างความแน่นอนให้เกิดขึ้นในตลาด และสนับสนุนการให้สินเชื่อ โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับสิทธิและลำดับการชำระหนี้ก่อนสำหรับเจ้าหนี้มีประกัน การมีหลักเกณฑ์ที่มีความชัดเจนเกี่ยวกับการจัดลำดับการชำระหนี้ก่อนของเจ้าหนี้ที่มีอยู่ในปัจจุบันและเจ้าหนี้ที่เกิดขึ้นภายหลังการเริ่มกระบวนการล้มละลายมีความสำคัญในการทำให้ผู้ให้กู้สามารถคาดการณ์เกี่ยวกับสถานการณ์และทำให้เกิดความมั่นใจว่าจะมีการใช้หลักเกณฑ์ที่สอดคล้องกัน และทำให้เกิดความมั่นใจในกระบวนการล้มละลาย รวมทั้งทำให้ผู้เข้าร่วมในกระบวนการทุกรายสามารถใช้มาตรการที่เหมาะสมในการจัดการกับความเสี่ยงของตน โดยการจัดลำดับการชำระหนี้ก่อนควรอาศัยการรับรองในทางการค้าเป็นเกณฑ์เท่าที่จะเป็นไปได้และไม่สะท้อนถึงประเด็นทางด้านสังคมและการเมืองที่อาจบิดเบือนผลของการล้มละลาย ดังนั้น ลำดับของการชำระหนี้ก่อนที่ไม่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของอำนาจต่อรองในทางการค้าควรให้น้อยที่สุด

- (9) การกำหนดกรอบของการล้มละลายข้ามชาติ

เพื่อส่งเสริมการประสานงานระหว่างประเทศต่าง ๆ และอำนวยความสะดวกต่อการให้ความช่วยเหลือในการบริหารจัดการกระบวนการล้มละลายที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ กฎหมายล้มละลายควรบัญญัติหลักเกณฑ์สำหรับการล้มละลายข้ามชาติ รวมถึงการรับรองกระบวนการล้มละลายในต่างประเทศ โดยการนำเอากฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL เกี่ยวกับการล้มละลายข้ามชาติมาใช้

3.2.2 ข้อเสนอแนะของ UNCITRAL ในเรื่องการดำเนินการต่อสัญญาทางการเงิน

สัญญาทางการเงินได้กลายเป็นส่วนประกอบสำคัญของตลาดเงินทุนระหว่างประเทศ อาทิ สัญญาดังกล่าวช่วยเกื้อหนุนให้มีเงินทุนมากขึ้น และเป็นวิธีการที่สำคัญในการลด

ความเสี่ยงจากอัตราแลกเปลี่ยน อัตราดอกเบี้ย และความผันผวนของตลาดอื่น ๆ⁵ ในขณะเดียวกัน การลงทุนในรูปแบบของสัญญาทางการเงินในลักษณะต่าง ๆ ก็มีปริมาณเพิ่มมากขึ้น โดยเห็นได้จากตลาดการซื้อขายเครื่องมือทางการเงินต่าง ๆ ทั่วโลกมีตัวเลขการทำธุรกรรมต่อวันในปริมาณมาก การที่คู่สัญญาซึ่งเป็นนักลงทุนล้มละลายลงอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อระบบตลาดและเศรษฐกิจโดยรวม ดังนั้น จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีความแน่นอนในสิ่งที่จะเกิดขึ้นเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาเหล่านั้นไม่สามารถปฏิบัติชำระหนี้ได้ ซึ่งรวมถึงเหตุผลของการตกอยู่ภายใต้การล้มละลาย

ไม่ว่าลูกหนี้จะปฏิบัติตามสัญญาที่กระทำกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องปฏิบัติตามสัญญาป้องกันความเสี่ยงที่ทำกับบุคคลภายนอก หากลูกหนี้มีหนี้สินล้มละลายและไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญากับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะกลับเป็นผู้ได้รับความเสี่ยงจากความผันผวนของตลาด เพราะสถานะการป้องกันความเสี่ยงของเจ้าหนี้จะไม่คุ้มครองเจ้าหนี้ตามสัญญาที่ได้ทำกับลูกหนี้ต่อไป ในสถานการณ์เช่นนี้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมักจะพยายาม ประกันความเสี่ยงของสัญญา โดยการทำสัญญาอีกหนึ่งหรือหลายสัญญาเพื่อลดความเสี่ยงจากความผันผวนของตลาดในอนาคต อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถป้องกันความเสี่ยงด้วยวิธีนี้ได้จนกว่าจะตัดสินใจด้วยความมั่นใจว่าตนจะไม่ต้องปฏิบัติตามสัญญากับลูกหนี้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจมีความสามารถในการปิดล้าง (close out) สัญญาของลูกหนี้ซึ่งสามารถทำให้ตนป้องกันความเสี่ยงได้โดยทันทีหลังจากเริ่มกระบวนการล้มละลาย

หากไม่สามารถปิดล้างหักบัญชี และหักกลบลบหนี้ที่เกี่ยวกับการผิดสัญญาโดยทันที หลังจากการเริ่มดำเนินกระบวนการล้มละลายดังกล่าวข้างต้น การที่ลูกหนี้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ (หรือการที่ลูกหนี้ตัดสินใจปฏิบัติตามสัญญาที่ให้ประโยชน์โดยไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่ไม่ให้ประโยชน์แก่ตน) อาจทำให้คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาทางการเงินที่เกี่ยวข้องซึ่งกระทำกับคู่สัญญาอื่น ๆ ในตลาด การล้มละลายของคู่สัญญาในตลาดที่สำคัญอาจส่งผลให้เกิดการผิดสัญญาต่อ ๆ กัน ในธุรกรรมที่ทำระหว่างกัน (back-to-back transaction) และอาจส่งผลแก่บุคคลอื่นในตลาดทำให้เกิดภาวะขาดกระแสเงินสด และกรณีที่หนักที่สุดคือ อาจเป็นสาเหตุให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และสถาบันการเงินประสบความล้มเหลว มักเรียกผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อเนื่องกันนี้ว่าเป็นความเสี่ยงแบบเป็นระบบ (systemic risk) และถือว่าเป็นเหตุผลเชิง

⁵ UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law*, ibid p164

นโยบายที่สำคัญในการยอมให้คู่สัญญาทำการปิดล้างหักบัญชี และหักกลบลบหนี้โดยวิธีตามปกติ ที่กฎหมายล้มละลายไม่อนุญาตให้กระทำได้⁶

ในส่วนขอเสนอแนะเรื่องการดำเนินการต่อสัญญาทางการเงิน UNCITRAL ได้ระบุไว้ในข้อเสนอแนะที่ 101-107⁷ ดังนี้

เนื้อหาของบทบัญญัติของกฎหมาย

ข้อเสนอแนะที่ 101. กฎหมายล้มละลายควรรับรองสิทธิตามสัญญาในการยกเลิกสัญญาที่เกี่ยวกับสัญญาทางการเงินซึ่งยอมให้มีการเลิกสัญญาดังกล่าว การหักกลบลบหนี้ และการหักบัญชีนี้ดำรงชำระตามสัญญาดังกล่าวโดยทันทีหลังจากการเริ่มดำเนินกระบวนการล้มละลาย หากกฎหมายล้มละลายพักการบอกเลิกสัญญา หรือจำกัดการบังคับใช้ข้อสัญญาว่าด้วยการบอกเลิกสัญญาโดยอัตโนมัติเมื่อเริ่มดำเนินกระบวนการล้มละลาย สัญญาทางการเงินควรได้รับยกเว้นจากข้อจำกัดดังกล่าว

ข้อเสนอแนะที่ 102. เมื่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้บอกเลิกสัญญาทางการเงินของลูกหนี้ กฎหมายล้มละลายควรอนุญาตให้คู่สัญญาฝ่ายนั้นทำการหักบัญชี หรือ หักกลบลบหนี้ตามสัญญาทางการเงินที่ได้ถูกบอกเลิกไปเพื่อกำหนดสถานะของยอดความเสี่ยงสุทธิที่เกี่ยวข้องกับลูกหนี้ การบอกเลิกสัญญาและการหักกลบลบหนี้เพื่อกำหนดความเสี่ยงสุทธินี้ควรจะได้รับอนุญาตให้ทำได้ ทั้งนี้ ไม่ว่าการบอกเลิกสัญญาจะเกิดขึ้นก่อนหรือหลังการเริ่มดำเนินกระบวนการล้มละลายก็ตามหากกฎหมายล้มละลายจำกัดหรือพักการบังคับใช้สิทธิในการหักกลบลบหนี้เมื่อเริ่มดำเนินกระบวนการล้มละลาย ก็ควรมีข้อยกเว้นสำหรับการหักกลบลบหนี้และการหักบัญชีตามสัญญาทางการเงินจากข้อจำกัดดังกล่าว

ข้อเสนอแนะที่ 103. เมื่อสัญญาทางการเงินของลูกหนี้ได้ถูกบอกเลิกไปแล้ว กฎหมายล้มละลายควรยอมให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งบังคับและเรียกเอาสิทธิในหลักประกันเพื่อชำระหนี้ที่เกิดขึ้นจากสัญญาทางการเงิน สัญญาทางการเงินควรได้รับการยกเว้นการพักชำระหนี้ใด ๆ ตามกฎหมายล้มละลาย ซึ่งใช้บังคับสิทธิในหลักประกัน

⁶ ibid. p.166

⁷ ibid, p158

ข้อเสนอแนะที่ 104. กฎหมายล้มละลายควรกำหนดว่า การโอนซึ่งเป็นกิจประจำก่อนการล้มละลาย (routine pre-bankruptcy transfers) ซึ่งสอดคล้องกับแนวปฏิบัติของตลาด เช่น การเพิ่มกำไรสำหรับสัญญาทางการเงิน และการโอนเพื่อชำระหนี้ในสัญญาทางการเงินสมควรได้รับการยกเว้นจากการยกเลิกเพิกถอน

ข้อเสนอแนะที่ 105. กฎหมายล้มละลายควรรับรองและให้ความคุ้มครองความสำเร็จของการหักบัญชี การชำระบัญชี และการชำระหนี้ตามสัญญาทางการเงิน โดยผ่านระบบการชำระเงินและระบบการชำระหนี้เมื่อมีการล้มละลายเกิดขึ้นกับผู้มีส่วนร่วมในระบบ

ข้อเสนอแนะที่ 106. ข้อเสนอแนะที่ 101 ถึง 105 ควรนำมาใช้กับธุรกรรมทุกอย่างซึ่งถือว่าเป็น “สัญญาทางการเงิน” ไม่ว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะเป็นสถาบันการเงินหรือไม่ก็ตาม

ข้อเสนอแนะที่ 107. ควรให้คำจำกัดความสำหรับคำว่าสัญญาทางการเงิน โดยกว้าง ๆ เพื่อให้สามารถครอบคลุมสัญญาดังกล่าวที่มีหลากหลายประเภท และเพื่อให้ใช้ได้กับสัญญาทางการเงินแบบใหม่ที่เกิดขึ้น

ข้อเสนอแนะดังกล่าวตรงกับวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายล้มละลายที่ดีในเรื่องการสร้างความแน่นอนให้เกิดขึ้นในตลาดเพื่อส่งเสริมเสถียรภาพและการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ การกำหนดแนวทางในการดำเนินการต่อสัญญาทางการเงินโดยให้สัญญาทางการเงินได้รับการยกเว้นจากกระบวนการล้มละลายปกติ โดยเมื่อคู่สัญญาเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย กฎหมายล้มละลายที่ดีควรกำหนดให้มีการยกเลิกสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางการเงิน การหักกลบลบหนี้ และการหักบัญชีนี้ค้างชำระตามสัญญาดังกล่าวโดยทันทีหลังจากการเริ่มดำเนินกระบวนการล้มละลาย ซึ่งเป็นการสร้างเสถียรภาพต่อตลาดเงินและสร้างความเชื่อมั่นให้แก่ผู้เข้าทำสัญญาทางการเงินในตลาดเงินในแง่ที่ว่า ผู้เข้าร่วมในตลาดดังกล่าวจะได้รับชำระหนี้ทันทีที่คู่สัญญาทางการเงินเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย

3.3 หลักเกณฑ์ในการดำเนินการต่อสัญญาทางการเงินของประเทศ สหรัฐอเมริกา

กฎหมายล้มละลายของสหรัฐอเมริกา (Bankruptcy Code) จัดเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดการกับปัญหาความล้มเหลวทางการเงิน โดยได้มีการตรากฎหมายล้มละลายขึ้นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1800⁸ และได้มีการแก้ไขพัฒนาอย่างต่อเนื่อง ประมวลกฎหมายล้มละลายฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบันคือ ประมวลกฎหมายล้มละลาย ปี ค.ศ. 1978 (Bankruptcy Code 1978) ซึ่งกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายของสหพันธรัฐซึ่งใช้บังคับกับคดีล้มละลายในทุกมลรัฐ โดยกำหนดไว้ใน Title 11 ของประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา United States Code แบ่งเป็น 9 หมวด ดังต่อไปนี้

หมวดที่ 1 บทบัญญัติทั่วไป (Chapter 1 General Provisions)

หมวดที่ 3 การบริหารจัดการคดี (Chapter 3 Case Administration)

หมวดที่ 5 เจ้าหนี้ ลูกหนี้ และกองทรัพย์สิน (Chapter 5 Creditor, the Debtor and the Estate)

หมวดที่ 7 การชำระบัญชี (Chapter 7 Liquidation)

หมวดที่ 9 การปรับโครงสร้างหนี้ของเทศบาล (Chapter 9 Adjustment of Debts of a Municipality)

หมวดที่ 11 การฟื้นฟูกิจการ (Chapter 11 Reorganization)

หมวดที่ 12 การปรับโครงสร้างหนี้ของครอบครัวเกษตรกรหรือชาวประมงที่มีรายได้เป็นรายปี (Chapter 12 Adjustment of Debts of a Family Farmer or Fisherman with Regular Annual Income)

หมวดที่ 13 การปรับโครงสร้างหนี้ของบุคคลธรรมดาที่มีรายได้รายเดือน (Chapter 13 Adjustment of Debts of an Individual with Regular Income)

หมวดที่ 15 การล้มละลายข้ามชาติ (Chapter 15 Ancillary and Other Cross-Border Cases)

⁸ ภาสวรรณ ณ นคร, การปฏิบัติต่อสัญญาในคดีล้มละลาย, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2549), หน้า 61

3.3.1 การดำเนินการต่อสัญญาทั่วไป

หลักเกณฑ์ในเรื่องการดำเนินการต่อสัญญาทั่วไปถูกกำหนดไว้ในหมวดที่ 3 การบริหารจัดการคดี หมวดย่อยที่ 4 อำนาจในการบริหารจัดการ โดยกำหนดเรื่องการดำเนินการต่อสัญญาไว้ในมาตรา 365 ซึ่งใช้บังคับกับสัญญาที่ลูกหนี้และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังมีได้ชำระหนี้แก่กันให้เสร็จสิ้น (executory contract) และสัญญาเช่าที่ยังไม่หมดอายุโดยให้สิทธิ trustee ในการยอมรับหรือบอกปัดสัญญาที่ลูกหนี้และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังมีได้ชำระหนี้แก่กันให้เสร็จสิ้น (executory contract) และสัญญาเช่าที่ยังไม่หมดอายุของลูกหนี้ อย่างไรก็ตาม มาตรา 365 (a) กำหนดยกเว้นการใช้บังคับหลักเกณฑ์ของมาตรานี้กับเรื่องการดำเนินการต่อสัญญาซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้าตามมาตรา 765 และมาตรา 766 และภายใต้เงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในอนุมาตรา (b), (c) และ (d) ของมาตรา 365 มีรายละเอียดดังนี้

- (1) ข้อยกเว้นตามอนุมาตรา (b) (1) เป็นกรณีที่มีการผิดสัญญา executory contract หรือสัญญาเช่าที่ยังไม่หมดอายุ
- (2) ข้อยกเว้นตามอนุมาตรา (c) กำหนดว่า trustee อาจไม่ยอมรับหรือโอนสิทธิตาม executory contract หรือสัญญาเช่าที่ยังไม่หมดอายุในกรณีดังต่อไปนี้
 - (2.1) กรณีตามวรรค (1) (A) กฎหมายที่ใช้บังคับกำหนดยกเว้นคู่สัญญาฝ่ายที่ไม่ใช่ลูกหนี้จากการยอมรับการปฏิบัติตามสัญญาหรือจากการปฏิบัติตามสัญญาตอบแทนแก่บุคคลภายในที่ไม่ใช่ลูกหนี้หรือกิจการของลูกหนี้ ไม่ว่าสัญญาดังกล่าวจะมีข้อกำหนดห้ามการโอนสิทธิหรือการมอบอำนาจ หรือ
 - (2.2) กรณีตามวรรค (1) (B) คู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ยินยอมให้มีการยอมรับเอาสัญญาหรือการโอนสิทธิ
 - (2.3) กรณีตามวรรค (2) เป็นกรณีของสัญญากู้ยืมเงินหรือสัญญาสินเชื่อ หรือสัญญาเพื่อประโยชน์ของลูกหนี้ หรือสัญญาที่ให้หลักประกันแก่ลูกหนี้
 - (2.4) กรณีตามวรรค (3) เป็นกรณีสัญญาเช่าที่ไม่ใช่เพื่อการอยู่อาศัยและถูกยกเลิกไปโดยกฎหมายอื่น
- (3) ข้อยกเว้นตามอนุมาตรา (d) เป็นเรื่องกำหนดเวลาในการบอกปัดหรือรับเอาสัญญาโดยแบ่งเป็น

(3.1) กรณีการรับเอาหรือบอกปิดสัญญาภายใต้หมวดที่ 7 การชำระบัญชี โดยกฎหมายกำหนดเวลาให้ trustee ต้องดำเนินการภายใน 60 วัน มิฉะนั้นจะถือว่าเป็นการปฏิเสธสัญญา

(3.2) กรณีการรับเอาหรือบอกปิดสัญญาภายใต้หมวดที่ 9 การปรับโครงสร้างหนี้ของเทศบาล หมวดที่ 11 การฟื้นฟูกิจการ และหมวดที่ 13 การปรับโครงสร้างหนี้ของบุคคลธรรมดาที่มีรายได้รายเดือน โดยกำหนดให้ trustee ต้องรับเอาหรือบอกปิดสัญญาภายใต้หมวดนี้ในเวลาใด ๆ ก่อนที่จะมีการยื่นแผน ทั้งนี้เป็นไปศาลอาจมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

3.3.2 การดำเนินการต่อสัญญาทางการเงิน

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินการต่อสัญญาทางการเงินอยู่ในหมวด 5 เจ้าหนี้ลูกหนี้ และกองทรัสต์สิน หมวดย่อยที่ 3 กองทรัสต์สิน โดยเมื่อลูกหนี้เริ่มต้นคดีล้มละลาย (Commencement of a case) ก่อให้เกิดระบบกองทรัสต์สิน ซึ่งผู้มีอำนาจในการจัดการกองทรัสต์สินดังกล่าวคือ Trustee โดยซึ่งมีหน้าที่ดำเนินการต่อกองทรัสต์สินดังกล่าวตามที่กฎหมายล้มละลายกำหนด ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางการเงินได้ถูกกำหนดไว้ใน มาตรา 553 การหักกลบลบหนี้ มาตรา 555 สิทธิตามสัญญาในการที่จะชำระบัญชีสัญญาซื้อขายหลักทรัพย์ มาตรา 556 สิทธิตามสัญญาที่จะชำระบัญชีสัญญาซื้อขายล่วงหน้า มาตรา 559 สิทธิตามสัญญาที่จะชำระบัญชีสัญญาซื้อคืนหลักทรัพย์ มาตรา 560 สิทธิตามสัญญาที่จะชำระบัญชีสัญญาแลกเปลี่ยน (swap) และมาตรา 561 สิทธิตามสัญญาในการชำระบัญชีสัญญาหักบัญชีหลัก (master netting agreement) โดยกำหนดให้ผู้เกี่ยวข้องในสัญญาดังกล่าวมีสิทธิในการชำระบัญชี (liquidate) สัญญาได้ หากสัญญาดังกล่าวเข้าเงื่อนไขของมาตรา 365 (e) กล่าวคือ เป็นสัญญาที่ลูกหนี้และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังมิได้ชำระหนี้แก่กันให้เสร็จสิ้น (executory contract) นอกจากนี้ยังมีหลักเกณฑ์การดำเนินการต่อสัญญาทางการเงินในหมวด 7 การชำระบัญชี โดยปรากฏในหมวดย่อยที่ 3 การดำเนินการกรณินายหน้าหลักทรัพย์ (stockbroker liquidation) เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย และ หมวดย่อยที่ 4 การดำเนินการกรณินายหน้าซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้า (commodity broker liquidation) เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

* US Bankruptcy Code, § 541 Property of the Estate

3.3.2.1 การหักกลบลบหนี้ (setoff)*

กฎเกณฑ์เรื่องการหักกลบลบหนี้กำหนดไว้ในมาตรา 553 ดังนี้

(a) เว้นแต่มาตรานี้และมาตรา 362 และมาตรา 363 ของ หมวดนี้จะกำหนดเป็นอย่างอื่น ข้อกำหนดในหมวดนี้จะไม่กระทบสิทธิของเจ้าหนี้ในการหักกลบลบหนี้ที่เจ้าหนี้เป็นหนี้ลูกหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนการเริ่มคดีภายใต้หมวดนี้ต่อการเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ของเจ้าหนี้ที่เกิดขึ้นก่อนวันเริ่มคดี เว้นแต่เป็นกรณีที่

(1) การเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ของเจ้าหนี้ดังกล่าวไม่ได้รับการอนุญาตนอกจากภายใต้มาตรา 502 (b) (3) ของหมวดนี้

(2) การเรียกร้องให้ชำระหนี้ดังกล่าวถูกโอนไปยังเจ้าหนี้ดังกล่าวโดยบุคคลใด ๆ นอกจากลูกหนี้

(A) ภายหลังการเริ่มคดี หรือ

(b) (i) ภายหลัง 90 วันก่อนวันที่ยื่นคำร้อง และ

(ii) ขณะที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว หรือ

(3) หนี้ที่เจ้าหนี้เป็นหนี้ลูกหนี้เกิดขึ้นจากเจ้าหนี้

(A) ภายหลัง 90 วันก่อนวันที่ยื่นคำร้อง

(B) ขณะที่ลูกหนี้มีหนี้สินล้นพ้นตัว และ

(C) เพื่อประโยชน์ในการคงไว้ซึ่งสิทธิในการหักกลบลบหนี้ต่อลูกหนี้

(b)(1) เว้นแต่ที่เกี่ยวข้องกับการหักกลบลบหนี้ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 362 (b) (6), 362 (b) (7), 365 (h) (2), หรือ 365 (i) (2) ของหมวดนี้ ถ้าเจ้าหนี้หักกลบลบหนี้ที่เป็นหนี้ลูกหนี้ต่อการเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ของเจ้าหนี้ในวันที่หรือภายใน 90 วันก่อนวันที่ยื่นคำร้อง ผู้พิทักษ์ทรัพย์อาจเรียกเงินจำนวนที่ถูกหักกลบลบหนี้คืนจากเจ้าหนี้ดังกล่าวในกรณีที่จำนวนเงินที่ไม่เพียงพอชำระหนี้ในวันที่ทำการหักกลบลบหนี้มีน้อยกว่าจำนวนเงินไม่เพียงพอชำระหนี้ในวันหลังจาก

(A) 90 วันก่อนวันที่ยื่นคำร้อง และ

(B) วันแรกในระหว่าง 90 วันทันทีหลังจากวันที่ยื่นคำร้องในกรณีจำนวนเงินไม่เพียงพอชำระหนี้

* US Bankruptcy Code, § 553 Setoff

(2) ในอนุมาตรานี้ “จำนวนเงินที่ไม่เพียงพอชำระหนี้” หมายถึง จำนวนเงินซึ่งเจ้าหนี้ได้มีการเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้เกินกว่าจำนวนเงินที่เป็นหนี้ลูกหนี้

(c) เพื่อประโยชน์ของมาตรานี้ ลูกหนี้ถูกสันนิษฐานว่ามีหนี้สินล้นพ้นตัวใน หรือระหว่าง 90 วันทันทีหลังจากวันที่ยื่นคำร้อง

3.3.2.2 สิทธิตามสัญญาในการชำระบัญชีและเลิกสัญญาซื้อขายหลักทรัพย์*

กฎเกณฑ์ดังกล่าวกำหนดไว้ในมาตรา 555 โดยระบุว่า การใช้สิทธิตามสัญญาของนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ สถาบันการเงิน หรือตัวแทนหักบัญชีหลักทรัพย์ ที่จะชำระบัญชีสัญญาซื้อขายหลักทรัพย์ ตามเงื่อนไขเรื่องการดำเนินการต่อสัญญาที่ลูกหนี้และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังมิได้ชำระหนี้แก่กันให้เสร็จสิ้น (executory contract) หรือสัญญาเช่าที่ยังไม่หมดอายุตามที่ระบุในมาตรา 365 (e) (1) ของหมวดนี้จะไม่ถูกพัก ไม่ถูกบอกล้าง หรือไม่ถูกจำกัดด้วยประการอื่นใดโดยการดำเนินการภายใต้หมวดนี้หรือโดยคำสั่งศาลหรือหน่วยงานฝ่ายบริหารในกระบวนการใด ๆ ภายใต้หมวดนี้เว้นแต่คำสั่งดังกล่าวจะอยู่ภายใต้อำนาจของบทบัญญัติของกฎหมายการปกป้องนักลงทุนหลักทรัพย์ (Security Investor Protection Act) ปี 1970 หรือบทบัญญัติใดที่อยู่ภายใต้การดูแลของคณะกรรมการหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ภายใต้มาตรานี้ คำว่า “สิทธิตามสัญญา” รวมถึง สิทธิที่กำหนดไว้ในกฎเกณฑ์หรือกฎหมายของตลาดหลักทรัพย์ สมาคมหลักทรัพย์ หรือตัวแทนหักบัญชีหลักทรัพย์

3.3.2.3 สิทธิตามสัญญาในการชำระบัญชีสัญญาซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้า (commodity contract) และสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (future contract)**

ตามมาตรา 556 สัญญาซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้าหมายถึง สัญญาดังต่อไปนี้***

(ก) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคณะกรรมการผู้ค้าสัญญาซื้อขายล่วงหน้า หมายถึง สัญญาซื้อหรือขายสินค้าโภคภัณฑ์เพื่อที่จะส่งมอบในอนาคตโดยเป็นไปตามกฎเกณฑ์ของตลาดหรือคณะกรรมการการซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้า

* US Bankruptcy Code, § 555 Contractual right to liquidate a securities contract

** US Bankruptcy Code, § 556 Contractual right to liquidate a commodity contract or forward contract

*** US Bankruptcy Code, § 761 of Subchapter IV-Commodity Broker Liquidation

- (ข) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคณะกรรมการผู้ค้าเงินตราต่างประเทศล่วงหน้า หมายถึงสัญญาซื้อขายเงินตราต่างประเทศล่วงหน้า
- (ค) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผู้ค้า leverage transaction หมายถึง leverage transaction
- (ง) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับองค์กรหักบัญชี หมายถึง สัญญาซื้อหรือขายสินค้าโภคภัณฑ์เพื่อที่จะส่งมอบในอนาคตโดยเป็นไปตามกฎเกณฑ์ของตลาดหรือคณะกรรมการการซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้าซึ่งชำระบัญชีผ่านองค์กรหักบัญชี หรือสัญญา option ในสินค้าโภคภัณฑ์ตามกฎเกณฑ์ของตลาดหรือคณะกรรมการการซื้อขาย option ในสินค้าโภคภัณฑ์ซึ่งชำระบัญชีผ่านองค์กรหักบัญชี
- (จ) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับตัวแทนซื้อขาย options ในสินค้าโภคภัณฑ์ หมายถึง options ในสินค้าโภคภัณฑ์
- (ฉ) ข้อตกลงหรือธุรกรรมอื่นใดที่คล้ายกันกับสัญญาหรือธุรกรรมที่อ้างถึงในวรรคนี้
- (ช) ข้อตกลงหลาย ๆ ข้อตกลงรวมกันในการเข้าทำสัญญาหรือธุรกรรมที่อ้างถึงในวรรคนี้
- (ซ) สิทธิในการเลือกเข้าทำข้อตกลงใด ๆ ที่อ้างถึงในวรรคนี้
- (ณ) ข้อสัญญาหลักซึ่งกำหนดข้อตกลงหรือธุรกรรมที่อ้างถึงในข้อ (ก) (ข) (ค) (ง) (จ) (ฉ) หรือ (ช) รวมทั้งเอกสารแนบท้ายต่าง ๆ ของข้อสัญญาหลักดังกล่าว โดยไม่ต้องพิจารณาว่าข้อสัญญาหลักดังกล่าวได้กำหนดข้อตกลงหรือธุรกรรมที่ไม่ใช่สัญญาซื้อขายโภคภัณฑ์ล่วงหน้าตามวรรคนี้หรือไม่ เว้นแต่ข้อสัญญาหลักดังกล่าวจะถูกพิจารณาว่าเป็นสัญญาซื้อขายโภคภัณฑ์ล่วงหน้าตามวรรคนี้ตามที่อ้างถึงในข้อ (ก) (ข) (ค) (ง) (จ) (ฉ) หรือ (ช) หรือ
- (ม) สัญญาหลักทรัพย์สินหรือสัญญาสินเชื่อใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงหรือธุรกรรมใด ๆ ที่อ้างถึงในวรรคนี้ รวมถึงข้อตกลงค้ำประกันหรือข้อตกลงชำระเงินคืนโดยหรือต่อนายหน้าสัญญาซื้อขายโภคภัณฑ์ล่วงหน้าหรือผู้มีส่วนร่วมในตลาดเงินที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงหรือธุรกรรมที่อ้างถึงในวรรคนี้

มาตรา 556 ระบุว่าสิทธิตามสัญญาของนายหน้าซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้าหรือสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ที่จะชำระบัญชีสัญญาซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้า หรือสัญญาซื้อขายล่วงหน้าตามเงื่อนไขเรื่องการค้าเงินตราต่อสัญญาที่ลูกหนี้และผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังมิได้

ชำระหนี้แก่กันให้เสร็จสิ้น (executory contract) หรือสัญญาเช่าที่ยังไม่หมดอายุตามที่ระบุใน มาตรา 365 (e) (1) ของหมวดนี้ และการเปลี่ยนแปลงหรือการรักษาระดับเงินประกันที่ได้รับจากผู้ พิทักษ์ทรัพย์ที่เกี่ยวข้องกับการเข้าทำสัญญาซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้าหรือสัญญาซื้อขาย ล่วงหน้า จะไม่ถูกพัก ไม่ถูกบอกล้าง หรือไม่ถูกจำกัดด้วยประการอื่นใดโดยการดำเนินการภายใต้ หมวดนี้หรือโดยคำสั่งศาลหรือหน่วยงานฝ่ายบริหารในกระบวนการใด ๆ ภายใต้หมวดนี้ ภายใต้มาตรา นี้ “สิทธิตามสัญญา” รวมถึง สิทธิที่กำหนดไว้ในกฎเกณฑ์หรือกฎหมายของตลาดหลักทรัพย์ สมาคม หลักทรัพย์ หรือสำนักหักบัญชี หรือตลาดซื้อขายสัญญาดังกล่าว หรือมติของคณะกรรมการที่กำกับ ตลาดซื้อขายดังกล่าว

3.3.2.4 สิทธิตามสัญญาในการชำระบัญชีสัญญาซื้อคืนหลักทรัพย์

มาตรา 559 กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการใช้สิทธิตามสัญญาของ repo participant ในการชำระบัญชีสัญญาซื้อคืนหลักทรัพย์ตามเงื่อนไขเรื่องการดำเนินการต่อสัญญาที่ลูกหนี้และ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังมิได้ชำระหนี้แก่กันให้เสร็จสิ้น (executory contract) หรือสัญญาเช่าที่ยัง ไม่หมดอายุตามที่ระบุในมาตรา 365 (e) (1) ของหมวดนี้จะไม่ถูกพัก ไม่ถูกบอกล้างหรือไม่ถูก จำกัดด้วยประการอื่นใดโดยการดำเนินการตามบทบัญญัติใด ๆ ของหมวดนี้หรือโดยคำสั่งศาลหรือ หน่วยงานที่กำกับดูแลการดำเนินการภายใต้มาตรานี้เว้นแต่กรณีที่ลูกหนี้เป็นนายหน้าหลักทรัพย์ หรือตัวแทนหักบัญชีหลักทรัพย์ คำสั่งดังกล่าวอยู่ภายใต้อำนาจของบทบัญญัติของกฎหมาย การปกป้องนักลงทุนหลักทรัพย์ (Security Investor Protection Act) ปี 1970 หรือบทบัญญัติใด ที่อยู่ภายใต้การดูแลของคณะกรรมการหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ในกรณีที่ repo participant ชำระบัญชีสัญญาซื้อคืนหลักทรัพย์หนึ่งหรือกว่านั้นกับลูกหนี้และภายใต้เงื่อนไขของสัญญาซื้อคืน หลักทรัพย์ดังกล่าวได้ส่งมอบทรัพย์สินตามเงื่อนไขของสัญญาซื้อคืนหลักทรัพย์ให้แก่ลูกหนี้ ส่วนที่ เกินจากราคาตลาดที่ได้รับจากการชำระบัญชีทรัพย์สินดังกล่าว (หรือถ้าทรัพย์สินดังกล่าวไม่ถูก จำหน่ายจ่ายโอนในวันที่ชำระบัญชีสัญญาซื้อคืนหลักทรัพย์ ในราคาที่มีอยู่ ณ เวลาที่ชำระบัญชี ของสัญญาซื้อคืนหลักทรัพย์ดังกล่าวจากแหล่งที่มาซึ่งเป็นที่รู้จักกันทั่วไป หรือราคาปิดประมูล ล่าสุดจากแหล่งดังกล่าว) ที่มากกว่าราคาที่ระบุในสัญญาซื้อคืนหลักทรัพย์และค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการชำระบัญชีสัญญาซื้อขายหลักทรัพย์ให้ถือว่าเป็นทรัพย์สินในกองทรัพย์สินเป็นไป ตามสิทธิในการหักกลบลบหนี้ ภายใต้มาตรานี้ “สิทธิตามสัญญา” หมายถึง สิทธิที่กำหนดโดย กฎเกณฑ์หรือกฎหมายซึ่งบังคับใช้กับคู่สัญญาซื้อคืนหลักทรัพย์แต่ละฝ่าย กฎเกณฑ์ของตลาด

* US Bankruptcy Code, § 559 Contractual right to liquidate a repurchase contract

หลักทรัพย์ กฎเกณฑ์ของสมาคมความมั่นคงแห่งชาติ หรือกฎเกณฑ์ของตัวแทนหักบัญชี
หลักทรัพย์ และภายใต้สิทธิที่เกิดขึ้นตามกฎหมายทั่วไป กฎหมายการค้า (law merchant) หรือ
ตามธรรมเนียมปฏิบัติทางธุรกิจ ไม่ว่าจะกลายเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่

3.3.2.5 สิทธิตามสัญญาในการชำระบัญชีสัญญาแลกเปลี่ยน (swap)

ในทำนองเดียวกัน มาตรา 560 กำหนดหลักเกณฑ์การใช้สิทธิตามสัญญาของผู้มีส่วน
ร่วมในสัญญาแลกเปลี่ยน (swap) หรือผู้มีส่วนร่วมในตลาดเพื่อให้เกิดการชำระบัญชี การเลิก
สัญญา หรือการเร่งสัญญาแลกเปลี่ยนสัญญาหนึ่งหรือหลายสัญญาตามเงื่อนไขเรื่องการ
ดำเนินการต่อสัญญาที่ลูกหนี้และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังมิได้ชำระหนี้แก่กันให้เสร็จสิ้น (executory
contract) หรือสัญญาเช่าที่ยังไม่หมดอายุตามที่ระบุในมาตรา 365 (e) (1) ของหมวดนี้ หรือการหัก
กลบลบหนี้หรือหักบัญชีมูลค่าเลิกสัญญาหรือจำนวนเงินที่ต้องชำระซึ่งเกิดภายใต้หรือที่เกี่ยวข้อง
กับการเลิกสัญญา การชำระบัญชี หรือการเร่งสัญญาแลกเปลี่ยน (swap) จะไม่ถูกพัก ไม่ถูกบอก
ล้าง หรือไม่ถูกจำกัดโดยการดำเนินกระบวนการล้มละลายภายใต้หมวดนี้หรือโดยคำสั่งศาลหรือ
หน่วยงานฝ่ายบริหารในกระบวนการใด ๆ ภายใต้หมวดนี้

3.3.2.6 สิทธิตามสัญญาในการชำระบัญชีสัญญาหักบัญชีหลัก (master netting agreement) และสัญญาข้ามชาติ

ในส่วนการดำเนินการของสัญญาหักบัญชีหลัก (master netting agreement)
มาตรา 561 กำหนดไว้ดังนี้

- (a) ภายใต้ (b) การใช้สิทธิตามสัญญาภายใต้เงื่อนไขเรื่องการดำเนินการต่อ
สัญญาที่ลูกหนี้และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังมิได้ชำระหนี้แก่กันให้เสร็จสิ้น (executory
contract) หรือสัญญาเช่าที่ยังไม่หมดอายุตามที่ระบุในมาตรา 365 (e) (1) ในการเลิก
สัญญา ชำระบัญชี หรือเร่งหรือการหักกลบลบหนี้หรือหักบัญชี มูลค่าเลิกสัญญาหรือ
จำนวนเงินที่ต้องชำระหรือการโอนสิทธิอื่นใดที่เกิดภายใต้หรือที่เกี่ยวข้องกับสัญญาใด
สัญญานึ่งต่อไป

* US Bankruptcy Code, § 560 Contractual right to liquidate, terminate, or accelerate the agreement

** US Bankruptcy Code, § 561 Contractual right to terminate, liquidate, accelerate, or offset under a
master netting agreement and across contracts; proceedings under chapter 15

- (1) สัญญาหลักทรัพย์ ตามที่กำหนดในมาตรา 741 (7)
- (2) สัญญาซื้อขายโภคภัณฑ์ล่วงหน้า ตามที่กำหนดในมาตรา 761 (4)
- (3) สัญญาซื้อขายล่วงหน้า
- (4) สัญญาซื้อคืนหลักทรัพย์
- (5) สัญญาแลกเปลี่ยน (swap) หรือ
- (6) สัญญาหักบัญชีหลัก

จะต้องไม่ถูกพัก ถูกบอกล้าง หรือถูกจำกัดด้วยประการใด ๆ โดยการดำเนินกระบวนการล้มละลายภายใต้หมวดนี้หรือโดยคำสั่งศาลหรือหน่วยงานฝ่ายบริหารในกระบวนการใด ๆ ภายใต้หมวดนี้

(b) (1) คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจใช้สิทธิตามสัญญาตามที่ระบุในอนุมาตรา (a) ในการเลิกสัญญา ขำระบัญชี หรือเร่งสัญญาภายใต้เพียงในขอบเขตที่คู่สัญญาฝ่ายนั้นจะสามารถใช้สิทธิตามมาตรา 555 มาตรา 556 มาตรา 559 หรือ มาตรา 560 สำหรับสัญญาซึ่งอยู่ภายใต้อนุมัติหักบัญชีหลัก

(2) หากลูกหนี้เป็นนายหน้าหลักทรัพย์ตามที่ระบุในหมวดย่อยที่ 4 ของหมวดที่ 7

(A) คู่สัญญาอาจไม่หักบัญชีหรือหักกลบลบหนี้ของลูกหนี้ที่เกิดขึ้นภายใต้หรือที่เกี่ยวข้องกับสัญญาซื้อขายโภคภัณฑ์ล่วงหน้าที่ซื้อขายกันภายใต้กฎเกณฑ์ของตลาดที่กำหนดโดย Commodity Exchange Act หรือธุรกรรมอนุพันธ์ทางการเงินภายใต้ Commodity Exchange Act ต่อสิทธิเรียกร้องใด ๆ ภายใต้หรือที่เกี่ยวข้องกับตราสาร สัญญา หรือข้อตกลงใด ๆ ที่ระบุไว้ในอนุมาตรา (a) เว้นแต่ในขอบเขตที่การหักบัญชีเป็นคุณต่อบัญชีสัญญาซื้อขายโภคภัณฑ์ล่วงหน้าของลูกหนี้ตามที่ได้คำนวณไว้ในอนุมาตราดังกล่าว และ

(B) นายหน้าซื้อขายสัญญาโภคภัณฑ์ทางการเงินอีกฝ่ายอาจไม่หักบัญชีหรือหักกลบลบหนี้ของลูกหนี้ที่เกิดขึ้นภายใต้หรือที่เกี่ยวข้องกับสัญญาซื้อขายโภคภัณฑ์ล่วงหน้าที่เกี่ยวข้องกับลูกหนี้และซื้อขายกันภายใต้กฎเกณฑ์ของตลาดที่กำหนดโดย Commodity Exchange Act หรือธุรกรรมอนุพันธ์ทางการเงินภายใต้ Commodity Exchange Act ต่อสิทธิเรียกร้องใด ๆ ภายใต้หรือที่เกี่ยวข้องกับตราสาร สัญญา หรือข้อตกลงใด ๆ ที่ระบุไว้ในอนุมาตรา (a)

(3) ไม่มีข้อกำหนดใดของวรรคย่อย (A) หรือ (B) ของวรรค (2) ที่กำหนดห้ามการหักกลบลบหนี้ที่เกิดขึ้นภายใต้

(A) ข้อตกลงโอนเงินประกัน (cross margining agreement) หรือสัญญาอื่นที่คล้ายกันที่ได้รับอนุมัติจาก Commodity Futures Trading Commission หรือที่

ถูกส่งไปยัง Commodity Futures Trading Commission ตามที่ระบุในวรรค (1) หรือ (2) ของมาตรา 5c (c) ของ Commodity Exchange Act และจะไม่ถูกเพิกถอนหรือทำให้เสียไป

โดย Commodity Futures Trading Commission หรือ

(B) ข้อตกลงหักบัญชีอื่นใดระหว่างองค์กรหักบัญชี (ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 761) และหน่วยงานอื่นใดที่ได้รับอนุญาตจาก Commodity Futures Trading Commission

3.3.2.7 การดำเนินการกรณีนายหน้าหลักทรัพย์ (stock broker) เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย

กฎหมายล้มละลายสหรัฐอเมริกาได้กำหนดวิธีการดำเนินการกรณีที่นายหน้าหลักทรัพย์ล้มละลายไว้ในหมวดที่ 7 หมวดย่อยที่ 3 เรื่องการชำระบัญชีกรณีนายหน้าหลักทรัพย์ล้มละลาย โดยกฎหมายกำหนดให้ trustee ดำเนินการต่อทรัพย์สินของนายหน้าหลักทรัพย์ดังต่อไปนี้

3.3.2.7.1 การดำเนินการต่อสัญญา executory contract

กรณีสัญญาเป็นสัญญาที่ลูกหนี้และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังมิได้ชำระหนี้แก่กันให้เสร็จสิ้น (executory contract) มาตรา 744 กำหนดว่า trustee จะยอมรับหรือปฏิเสธ executory contract ที่เกิดการซื้อหรือขายหลักทรัพย์ตามปกติธุรกิจของลูกหนี้ภายใต้เงื่อนไขเรื่องการยอมรับหรือปฏิเสธสัญญาของมาตรา 365 โดยต้องทำภายใน 30 วันนับจากมีคำสั่งให้ trustee เข้ามาจัดการทรัพย์สิน หาก trustee ไม่ยอมรับเอาสัญญาดังกล่าวภายใน 30 วันให้ถือว่าเป็นการปฏิเสธสัญญานั้น

3.3.2.7.2 การจัดการต่อบัญชีหลักทรัพย์และทรัพย์สินของลูกค้า

การดำเนินการต่อบัญชีหลักทรัพย์และทรัพย์สินของลูกค้ากำหนดไว้ในมาตรา 745 และมาตรา 752 โดยกฎหมายล้มละลายกำหนดให้ trustee แยกบัญชีของลูกค้าแต่ละรายออกจากบัญชีของนายหน้าหลักทรัพย์และดำเนินการต่อทรัพย์สินของลูกค้าดังต่อไปนี้

- (ก) จำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่ประเมินได้ของลูกค้าให้แก่ลูกค้ารายอื่นโดยหักลบ ส่วนที่ลูกค้าเป็นหนี้อยู่และต้องดำเนินการก่อนสิทธิเรียกร้องอื่น
- (ข) (1) ต้องจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินของลูกค้าในส่วนที่เกินจากที่กำหนดในข้อ (ก) โดยวิธีการจำหน่ายทรัพย์สินตามที่กำหนดในมาตรา 762 ซึ่งเป็นการวิธีการเก็บ รวบรวม การชำระบัญชี และการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินในการระบวนการ ล้มละลายปกติ
(2) ในกรณีที่ลูกค้าไม่ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน หนี้ส่วนที่ไม่ได้รับชำระนั้นจะต้อง ถูกจำหน่าย จ่าย โอนโดยวิธีการจำหน่ายทรัพย์สินตามที่กำหนดในมาตรา 762 ดังกล่าวข้างต้น
- (ค) บรรดาเงินหรือหลักทรัพย์ที่ยังคงเหลืออยู่หลังจากการชำระบัญชีหลักประกันที่ กำหนดขึ้นตามสัญญาหลักทรัพย์โดยลูกหนี้ จะต้องถูกแบ่งระหว่างกองทรัพย์สิน ทั่วไปและทรัพย์สินของลูกค้าในสัดส่วนเดียวกันกับกองทรัพย์สินทั่วไปของลูกหนี้ และทรัพย์สินของลูกค้าที่มีขึ้นอยู่กับหลักประกันดังกล่าว

3.3.2.7.3 การบอกล้างการโอนทรัพย์สินของลูกค้า

กฎหมายล้มละลายได้กำหนดให้ trustee มีอำนาจบอกล้างการโอนทรัพย์สินของ นายหน้าหลักทรัพย์ โดยกำหนดไว้ในมาตรา 749 ดังนี้

- (ก) Trustee อาจบอกล้างการโอนทรัพย์สินใด ๆ ที่เป็นทรัพย์สินของลูกค้า และทรัพย์สิน ดังกล่าวจะถูกจัดการในลักษณะที่เป็นทรัพย์สินของลูกค้า
- (ข) Trustee อาจไม่บอกล้างการโอนที่ทำขึ้นก่อน 7 วัน นับจากที่มีคำสั่งให้ trustee เข้า จัดการทรัพย์สิน ถ้าการโอนดังกล่าวได้รับการอนุมัติจากคณะกรรมการตามกฎหมาย หรือตามคำสั่ง ไม่ว่าจะก่อนหรือหลังการโอนดังกล่าว หากการโอนดังกล่าว มีลักษณะดังต่อไปนี้
 - (1) การโอนสัญญาสัญญาหลักทรัพย์ที่ทำโดยหรือถือไว้โดยนายหน้าหลักทรัพย์ แทนลูกค้า และการโอนเงินสด หลักประกัน หรือทรัพย์สินใด ๆ ที่นำมาวาง เป็นประกันสัญญาหลักทรัพย์ดังกล่าว หรือ
 - (2) การชำระบัญชีสัญญาหลักทรัพย์ที่ทำโดยหรือถือโดยนายหน้าหลักทรัพย์แทน ลูกค้า

3.3.2.8 การดำเนินการกรณินายหน้าซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้า (commodity broker) เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย

กฎหมายล้มละลายของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดวิธีการดำเนินการกรณินายหน้าซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้าตกเป็นบุคคลล้มละลายไว้ในหมวดย่อยที่ 4 ของหมวด 7 ในทำนองเดียวกันกับวิธีการสำหรับนายหน้าหลักทรัพย์ ดังนี้

3.3.2.8.1 การจัดการต่อบัญชีและทรัพย์สินของลูกค้า

การจัดการกับบัญชีและทรัพย์สินของลูกค้ากรณินายหน้าซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้าเข้าสู่กระบวนการล้มละลายเช่นเดียวกันกับวิธีการสำหรับนายหน้าหลักทรัพย์โดยกำหนดไว้ในมาตรา 763 และมาตรา 766 กล่าวคือ การกำหนดให้ trustee แยกบัญชีของลูกค้าแต่ละรายออกจากบัญชีของนายหน้าซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้า และต้องดำเนินการต่อทรัพย์สินของลูกค้าดังต่อไปนี้

- (ก) Trustee จะต้องตอบรับการเรียกเงินประกันที่เกี่ยวข้องกับสัญญาซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้าของลูกค้าจนถึงเวลาที่ trustee ส่งคืนหรือโอนสัญญาซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ดังกล่าว แต่ trustee อาจไม่ชำระเงินประกันที่มีผลกระทบกับการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินในส่วนที่มากกว่าสิทธิของลูกค้านั้นควรได้
- (ข) Trustee จะต้องป้องกันไม่ให้สัญญาซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้ามีสถานะเปิดค้างอยู่ภายหลังจากวันสุดท้ายของการซื้อขายสัญญาซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้าดังกล่าว หรือในวันแรกที่หนังสือเจตนาให้ส่งมอบสัญญาซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้าอาจถูกเสนอ แล้วแต่ว่าเหตุการณ์ใดจะเกิดขึ้นก่อน ส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้าที่มีสถานะเปิดอยู่ในวันสุดท้ายของการซื้อขาย หรือการรับมอบหรือส่งมอบสัญญาซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้าตามกฎหมายเกณฑ์ของตลาดที่สัญญาดังกล่าวได้ทำขึ้น trustee อาจดำเนินธุรกิจของลูกค้าเพื่อวัตถุประสงค์ดังนี้
 - (1) ยอมรับหรือจัดทำหนังสือแสดงเจตนาให้ส่งสินค้าอ้างอิงของสัญญาซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้าดังกล่าว
 - (2) อำนวยความสะดวกในการส่งมอบ

(3) จำหน่าย จ่าย โอน สัญญาซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้าดังกล่าวหาก
คู่สัญญาผิดนัด

- (ค) Trustee ต้องส่งคืนบรรดาหลักประกัน ทรัพย์สิน หรือสัญญาซื้อขายสินค้า
โภคภัณฑ์ล่วงหน้าที่ถูกค้ำยังมีสิทธิอยู่ให้แก่ลูกค้ำทันที หรือต้องดำเนินการ
แทนลูกค้ำในการโอนหลักประกัน ทรัพย์สิน หรือสัญญาซื้อขายสินค้าโภค
ภัณฑ์ล่วงหน้าให้แก่ทายหน้าสัญญาซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้ารายอื่นที่
ไม่ได้เป็นลูกหนี้ ทั้งนี้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่คณะกรรมการอาจกำหนดขึ้น
โดยทำในขอบเขตที่มูลค่าของหลักประกัน ทรัพย์สิน หรือสัญญาซื้อขายสินค้า
โภคภัณฑ์ล่วงหน้าดังกล่าวไม่เกินกว่ามูลค่าที่ลูกค้ำดังกล่าวมีสิทธิได้รับ หาก
หลักประกัน ทรัพย์สิน หรือสัญญาซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้าดังกล่าว
ไม่ได้ถูกส่งคืนหรือโอนไปยังลูกค้ำ
- (ง) ถ้ามูลค่าของหลักประกัน ทรัพย์สิน หรือสัญญาซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์
ล่วงหน้าดังกล่าวเกินกว่ามูลค่าที่ลูกค้ำดังกล่าวมีสิทธิได้รับ ลูกค้ำดังกล่าว
อาจวางเงินประกันไว้กับ trustee เท่ากับจำนวนส่วนต่างระหว่างมูลค่าของ
หลักประกัน ทรัพย์สิน หรือสัญญาซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้าดังกล่าว
และจำนวนที่ลูกค้ำมีสิทธิได้รับ เช่นนั้นแล้ว trustee ต้องดำเนินการดังนี้
- (1) ส่งคืนหลักประกัน ทรัพย์สิน หรือสัญญาซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้า
ให้แก่ลูกค้ำทันที
 - (2) ดำเนินการแทนลูกค้ำในการโอนหลักประกัน ทรัพย์สิน หรือสัญญาซื้อ
ขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้าให้แก่ทายหน้าสัญญาซื้อขายสินค้าโภค
ภัณฑ์ล่วงหน้ารายอื่นที่ไม่ได้เป็นลูกหนี้ ทั้งนี้เป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่
คณะกรรมการอาจกำหนดขึ้น
- (จ) Trustee จะต้องชำระบัญชีสัญญาซื้อขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้าที่มี
ลักษณะดังต่อไปนี้
- (1) ที่ระบุลูกค้ำรายใดรายหนึ่งโดยเฉพาะและลูกค้ำดังกล่าวไม่แจ้งให้
trustee ทราบตามเวลาที่กำหนดเกี่ยวกับการจำหน่ายจ่ายโอนสัญญาซื้อ
ขายสินค้าโภคภัณฑ์ล่วงหน้าดังกล่าว
 - (2) สัญญาที่ไม่อาจโอนได้ตามความในข้อ (ค) หรือ
 - (3) สัญญาที่ไม่อาจระบุลูกค้ำเฉพาะเจาะจงได้

- (จ) หันทีที่เป็นไปได้หลังจากการเริ่มกระบวนการล้มละลาย trustee ต้องตีราคาหลักประกันหรือทรัพย์สินอื่นใดของลูกหนี้ นอกเหนือจากสัญญาซื้อขายสินค้า โภคภัณฑ์ล่วงหน้าตามราคาตลาด
- (ข) Trustee อาจไม่จำหน่ายโอนหลักประกันหรือทรัพย์สินอื่นใดเว้นแต่ทรัพย์สินตามข้อ (ข) หรือ (ณ)
- (ข) Trustee ต้องจำหน่ายโอนทรัพย์สินของลูกหนี้ให้แก่ลูกหนี้รายอื่นโดยหักลบส่วนที่ลูกหนี้เป็นหนี้และต้องดำเนินการก่อนสิทธิเรียกร้องอื่น เว้นแต่เป็นสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการดำเนินการ (administrative expenses) ตามมาตรา 507 (a) (2)
- (ณ) ในกรณีที่ลูกหนี้เป็นองค์กรหักบัญชี trustee ต้องดำเนินการจำหน่าย โอน ดังนี้
- (1) จำหน่ายโอนทรัพย์สินของลูกหนี้ นอกเหนือจากทรัพย์สินของสมาชิก โดยหักลบส่วนที่ลูกหนี้เป็นหนี้ตามบัญชีของลูกหนี้ที่นอกเหนือจากบัญชีซึ่งลูกหนี้บริหารเอง (proprietary account) และต้องดำเนินการก่อนสิทธิเรียกร้องอื่น เว้นแต่เป็นสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการดำเนินการ (administrative expenses) ตามมาตรา 507 (a) (2)
 - (2) จำหน่ายโอนทรัพย์สินของสมาชิกให้แก่ลูกหนี้รายอื่นโดยหักลบส่วนที่ลูกหนี้เป็นหนี้ตามบัญชีซึ่งลูกหนี้บริหารเองและต้องดำเนินการก่อนสิทธิเรียกร้องอื่น เว้นแต่เป็นสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการดำเนินการ (administrative expenses) ตามมาตรา 507 (a) (2)
- (ญ) Trustee ต้องจัดการทรัพย์สินส่วนที่เกินจากการจำหน่ายโอนตามที่กำหนดข้างต้นตามวิธีการจำหน่ายโอนทรัพย์สินในกระบวนการล้มละลายปกติซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 762 หากลูกหนี้รายใดไม่ได้รับชำระหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วน ลูกหนี้ดังกล่าวต้องขอรับชำระหนี้ตามวิธีการของมาตรา 726

3.3.2.8.2 การบอกล้างการโอนทรัพย์สินของลูกหนี้

กฎเกณฑ์เรื่องการเพิกถอนการโอนสัญญาซื้อขายสินค้า โภคภัณฑ์ล่วงหน้าถูกกำหนดไว้ในมาตรา 764 โดยกำหนดเช่นเดียวกันกับการบอกล้างการโอนสัญญาหลักทรัพย์ตามที่อธิบายไว้ในข้อ 3.3.2.7.3 ข้างต้น

3.4 หลักเกณฑ์ในการดำเนินการต่อสัญญาทางการเงินของประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป

สหภาพยุโรปถูกจัดตั้งขึ้นตามสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรปโดยประเทศสมาชิกตามที่ปรากฏในอารัมภบท (Preamble) ของสนธิสัญญา ประเทศสมาชิกโดยผู้นำของแต่ละประเทศได้มีข้อตกลงร่วมกันในการดำเนินงานด้านเศรษฐกิจ สังคม และกฎหมาย

3.4.1 การบังคับใช้กฎเกณฑ์ (Directive) ตามหลักเกณฑ์ของประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป

สนธิสัญญาว่าด้วยสหภาพยุโรปและสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป(Consolidated version of Treaties on European Union and Treaties on Functioning of European Union (2010/c 83/01)) กำหนดกฎหมายแห่งกฎหมาย (Approximation of laws) ในข้อ 115 โดยให้คณะมนตรีต้องดำเนินการโดยฉันทามติในข้อเสนอจากคณะกรรมการและหลังจากที่ปรึกษาหารือกับสภาสหภาพยุโรปและคณะกรรมการด้านเศรษฐกิจและสังคม ออกกฎเกณฑ์ (directives) เพื่อกำหนดกฎหมาย กฎเกณฑ์ หรือหลักเกณฑ์การบริหารให้กับประเทศสมาชิกที่ส่งผลโดยตรงต่อการก่อตั้งหรือการดำเนินงานของตลาดโดยรวม” รวมทั้งได้กำหนดกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้ directive ไว้ในข้อ 288 ซึ่งให้ directive มีผลผูกพันต่อประเทศสมาชิกที่ directive กล่าวถึงโดยให้เป็นเรื่องภายในของประเทศสมาชิกในการกำหนดรูปแบบและวิธีการในการบังคับใช้ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางการเงินนั้นเป็นไปตามกฎหมาย (Directive) ที่ 98/26/EC รายละเอียดดังนี้

3.4.2 หลักเกณฑ์การดำเนินการต่อสัญญาทางการเงินในกระบวนการล้มละลายตาม EU Directive 98/26/EC on settlement finality in payment and securities settlement system

ตามที่ปรากฏในบันทึกอธิบายประกอบข้อเสนอแนะกฎเกณฑ์นี้ มূলเหตุและวัตถุประสงค์ในการเสนอกฎเกณฑ์นี้คือการนำกฎเกณฑ์ว่าด้วยการชำระเงินสุดท้ายในระบบการ

* Preamble of the Consolidated version of the Treaty on European Union and the Treaty on Functioning of European Union (2010/c 83/01)

** Treaties on Establishing of European Union; Chapter 3 Approximation of laws: Article 94

ชำระเงินหลักทรัพย์ (Directive on settlement finality in payment and securities settlement systems (SFD)) และ กฎเกณฑ์ว่าด้วยการจัดการหลักประกันทางการเงิน (Directive on financial collateral arrangements (FCD)) ให้เป็นไปตามการพัฒนานกฎหมายและตลาดในปัจจุบัน ประการแรก ทำโดยการขยายความคุ้มครองของ SFD ให้ครอบคลุมถึงการชำระเงินในเวลากลางคืนและการชำระเงินในระบบที่เชื่อมโยงกัน (linked system) เนื่องจากกฎเกณฑ์ 2004/39/EC ว่าด้วยตลาดตราสารทางการเงิน (Directive 2004/39/EC on markets in financial instruments (MiFID)) และแนวทางปฏิบัติในเรื่องการระบบหักบัญชีและชำระเงิน (แนวปฏิบัติ) ได้ถูกนำมาเชื่อมโยงกันและดำเนินการระหว่างกันมากขึ้น ประการที่สอง ทำโดยการขยายขอบเขตการป้องกันระบบตลาดตามที่กฎเกณฑ์ทั้งสองได้กำหนดไว้ให้รวมถึงทรัพย์สินประเภทใหม่ เพื่อที่จะช่วยให้การใช้กฎเกณฑ์ดังกล่าวครอบคลุมแก่ประชาคมยุโรป

หลักเกณฑ์ของกฎเกณฑ์ (Directive) 98/26/EC ลงวันที่ 19 พฤษภาคม 1998 (แก้ไขเพิ่มเติมปี 2009) ว่าด้วยการชำระเงินสุดท้ายและระบบการชำระเงินหลักทรัพย์ (settlement finality in payment and securities settlement system) กล่าวถึงระบบการชำระเงินในประเทศสมาชิกโดยได้มีการกำหนดวิธีการเมื่อผู้มีส่วนร่วมในระบบ (participant) เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย

ในส่วนอารัมภบทของกฎหมายฉบับนี้ได้กล่าวถึงเหตุของการออกกฎหมายนี้มาเพื่อบังคับใช้ โดยมีข้อที่สำคัญดังนี้

1. ข้อ (2) โดยที่มันเป็นเรื่องที่สำคัญอย่างที่สุดที่จะลดความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับการมีส่วนร่วมในระบบการชำระเงินหลักทรัพย์ โดยเฉพาะในกรณีที่ระบบการชำระเงินหลักทรัพย์และระบบการชำระเงินทั่วไปมีความสัมพันธ์กันอย่างมาก
2. ข้อ (3) โดยที่กฎเกณฑ์ (Directive) ฉบับนี้ประสงค์ที่จะสร้างการดำเนินการในการชำระเงินและการชำระเงินหลักทรัพย์ระหว่างประเทศภายในกลุ่มสหภาพที่มีประสิทธิภาพและประหยัด ซึ่งจะผลักดันให้เกิดความอิสระในการเคลื่อนย้ายเงินทุนในตลาดภายในกลุ่ม

* Commission of the European Communities, Explanatory Memorandum of proposal for Directive of the European Union Parliament and of the Council amending Directive 98/26/EC on settlement finality in payment and securities settlement systems

3. ข้อ (4) โดยที่มันเป็นสิ่งที่ยังปรารถนาที่กฎหมายของประเทศสมาชิกควรมีวัตถุประสงค์ในการลดการหยุดชะงักที่เกิดขึ้นกับระบบต่อผู้มีส่วนร่วมในระบบดังกล่าวโดยมีสาเหตุจากกระบวนการล้มละลาย

4. ข้อ (6) โดยที่กฎเกณฑ์ (Directive) ฉบับนี้มีความประสงค์จะครอบคลุมถึงการชำระเงินและระบบการชำระเงินในการซื้อขายหลักทรัพย์ทั้งที่อยู่ในประเทศและธุรกรรมข้ามชาติ

5. ข้อ (15) โดยที่มันเป็นเรื่องจำเป็นที่ประเทศสมาชิกหนึ่งที่จะแจ้งให้ประเทศสมาชิกอื่นทราบเมื่อผู้มีส่วนร่วมในระบบได้เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย

6. ข้อ (16) โดยที่กระบวนการล้มละลายไม่ควรจะมีผลย้อนหลังต่อสิทธิหน้าที่ของผู้มีส่วนร่วมในระบบ

7. ข้อ (17) โดยที่ในกรณีที่ผู้มีส่วนร่วมในระบบเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย กฎเกณฑ์(Directive) ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะกำหนดว่ากฎหมายล้มละลายใดที่สามารถนำมาปรับใช้กับสิทธิและหน้าที่ของผู้เข้าร่วมที่เกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในระบบ

8. ข้อ (18) โดยที่หลักประกันการชำระเงินควรได้รับการป้องกันจากผลกระทบของกระบวนการล้มละลายที่บังคับใช้กับผู้มีส่วนร่วมซึ่งตกเป็นบุคคลล้มละลาย

ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 1 ขอบเขตและนิยาม ข้อ 1 กฎเกณฑ์ (Directive) ฉบับนี้ บังคับใช้กับ”

(ก) ระบบใด ๆ ก็ตามที่ระบุไว้ในข้อ 2 (ก) ที่อยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศสมาชิกและดำเนินการในค่าเงินยูโรหรือค่าเงินใด ๆ ซึ่งระบบแปลงจากค่าเงินหนึ่งไปอีกค่าเงินหนึ่ง

* Directive 98/26/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on settlement finality in payment and securities settlement systems

** Ibid, Section 1 Scope and Definitions; Article

(ข) สมาชิกใด ๆ ในระบบ

(ค) การดำเนินการของธนาคารกลางของประเทศสมาชิกหรือธนาคารกลางของยุโรปในบริบทที่ทำหน้าที่เป็นธนาคารกลาง

สำหรับส่วนที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการเกี่ยวกับระบบการชำระเงินในตลาดเงิน
กรณีคู่สัญญาทางการเงินตกเป็นบุคคลล้มละลายดังนี้

ข้อ 3 การโอนคำสั่งซื้อและการหักบัญชีสุทธิต้องสามารถนำมาบังคับใช้ได้ตามกฎหมายและแม้ว่าผู้มีส่วนร่วมในระบบจะเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย ก็ต้องผูกพันคู่สัญญาฝ่ายที่สามด้วยหากว่าการโอนคำสั่งซื้อนั้นเข้าสู่ระบบก่อนเวลาที่เริ่มต้นกระบวนการล้มละลายตามที่ได้ให้คำนิยามไว้ในข้อ 6(1) ข้อกำหนดดังกล่าวยังคงมีผลบังคับใช้แม้ในกรณีที่ผู้มีส่วนร่วมหรือผู้จัดการระบบ (system operator) ซึ่งดำเนินการระหว่างระบบจะเข้าสู่กระบวนการล้มละลาย

เมื่อคำสั่งโอนเข้าสู่ระบบหลังจากที่มีการเริ่มกระบวนการล้มละลายแล้วและยังคงดำเนินต่อไปภายในวันทำการตามที่กำหนดโดยกฎของระบบนั้น ๆ ระหว่างกระบวนการล้มละลายดำเนินอยู่นั้นคำสั่งโอนดังกล่าวจะมีผลบังคับและผูกพันตามกฎหมายต่อบุคคลที่สามได้ก็ต่อเมื่อผู้จัดการระบบสามารถพิสูจน์ได้ว่า ณ เวลาที่คำสั่งโอนดังกล่าวไม่สามารถเพิกถอนได้แล้วนั้นผู้จัดการระบบไม่ทราบหรือไม่อาจทราบได้ว่ากระบวนการล้มละลายได้เริ่มต้นขึ้นแล้ว

ข้อ 4 ประเทศสมาชิกจะต้องดำเนินการให้การเริ่มต้นกระบวนการล้มละลายต่อสมาชิกในระบบหรือผู้จัดการระหว่างระบบจะไม่ขัดขวางไม่ให้เงินทุนหรือหลักทรัพย์ที่มีอยู่ในบัญชีชำระเงิน (settlement account) ของผู้มีส่วนร่วมในระบบหรือดำเนินการระหว่างระบบนำมาใช้ชำระหนี้ในระบบในวันดำเนินกระบวนการล้มละลาย ประเทศสมาชิกอาจดำเนินการให้นำวงเงินสินเชื่อของสมาชิกในระบบดังกล่าวที่เกี่ยวข้องกับระบบนำมาใช้แทนหลักประกันที่มีอยู่เพื่อที่จะชำระหนี้ในระบบหรือระหว่างระบบ”

* Ibid, Article 3,

** Ibid, Article 4

ข้อ 7 กระบวนการล้มละลายจะไม่มีผลย้อนหลังต่อสิทธิและหน้าที่ที่เกิดจากหรือที่เกี่ยวข้องกับการมีส่วนร่วมในระบบก่อนเวลาที่กระบวนการล้มละลายเริ่มต้นขึ้นตามที่ได้ระบุไว้ในข้อ 6 (1)

นอกจากนี้ กฎเกณฑ์ฉบับนี้ยังได้มีข้อกำหนดข้อยกเว้นสิทธิของผู้มีสิทธิเหนือหลักประกันจากผลกระทบของการล้มละลายของผู้ให้หลักประกันไว้ในข้อ 9 ดังนี้

ข้อ 9 สิทธิของผู้จัดการระบบหรือของผู้มีส่วนร่วมในระบบต่อหลักประกันที่พวกเขาได้รับอันเกี่ยวข้องกับการระบบใดระบบหนึ่งหรือระหว่างหลายระบบ และสิทธิของธนาคารกลางของประเทศสมาชิกหรือธนาคารกลางของสหภาพยุโรปที่มีต่อหลักประกันที่ได้รับจะไม่ถูกกระทบโดยกระบวนการล้มละลายของ

- (ก) ผู้เข้าร่วม (ในระบบหรือระหว่างหลายระบบ)
- (ข) ผู้จัดการระบบหรือผู้จัดการระหว่างหลายระบบซึ่งไม่ใช่ผู้เข้าร่วมในระบบ
- (ค) คู่สัญญากับธนาคารกลางของประเทศสมาชิกหรือธนาคารกลางของสหภาพยุโรป
- (ง) บุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้ให้หลักประกัน

ภายใต้สนธิสัญญาก่อตั้งและสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินงานของสหภาพยุโรป ประเทศสมาชิกต้องรับเอากฎเกณฑ์ดังกล่าวมาบังคับใช้ในฐานะที่เป็นกฎหมายภายใน ซึ่งในปัจจุบัน ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปจำนวน 15 ประเทศ รวมทั้ง ประเทศในสมาคมการค้าเสรีแห่งยุโรป (The European Free Trade Associations : EFTA) อีก 3 ประเทศได้แก่ Liechtenstein Norway และ Iceland ได้บังคับใช้กฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นกฎหมายภายใน อาทิ กฎหมาย The Financial Markets and Insolvency (Settlement Finality) Regulations 1999 แก้ไขเพิ่มเติมปี 2007 ของสหราชอาณาจักร

* Ibid, Article 7

** ตามที่ปรากฏในหมายเหตุประกอบกฎหมาย ระบุว่า “กฎหมายฉบับนี้ นำกฎเกณฑ์ 98/26/EC on settlement finality in payment and securities settlement system มาบังคับใช้ ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวแสวงหาแนวทางที่จะลดความเสี่ยงที่เชื่อมโยงกับระบบการชำระเงินหลักทรัพย์โดยการลดการหยุดชะงักที่เกิดจากกระบวนการล้มละลายต่อผู้มีส่วนร่วมในระบบ”