บทที่ 2

หลักประกันที่ผู้กู้ยืมจัดทำให้สถาบันการเงิน

ตามที่ได้กล่าวถึงหลักทั่วไปเรื่องการเงินเพื่อบริหารโครงการในบทที่ 1 สิ่งหนึ่งที่สำคัญในการบริหารโครงการก็คือ เงิน ซึ่งแหล่งที่โครงการจะหาเงินมาเพื่อบริหารโครงการนั้นก็มีอยู่หลายแหล่งด้วยกัน โดยแหล่งเงินที่สำคัญอยู่แหล่งหนึ่งก็คือ การกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงิน ในการให้กู้ยืมโดยสถาบันการเงินนั้น สถาบันการเงินจะมีความเสี่ยงว่าจะได้รับชำระคืนเงินต้นและหรือดอกเบี้ยครบตามจำนวนและระยะเวลาที่กำหนดในสัญญาหรือไม่ ดังนั้น สถาบันการเงินจึงต้องการสิ่งที่จะทำให้สถาบันการเงินมีความมั่นใจในระดับหนึ่ง อันได้แก่ หลักประกัน ในบางครั้งแม้สถาบันการเงินอาจให้สินเชื่อโดยไม่มีหลักประกัน แต่ในการให้กู้ยืมเพื่อการบริหารโครงการนั้นมักเป็นการให้สินเชื่อในวงเงินสูง ผู้ให้สินเชื่อโครงการมีความจำเป็นต้องเรียกหลักประกันจากผู้กู้เพื่อลดความเสี่ยงของผู้ให้สินเชื่อลง ส่วนผู้กู้เองก็ต้องพยายามที่จะจัดหาทรัพย์สินหรือสิทธิต่างๆ ที่ตนมีอยู่มาเป็นหลักประกันแก่ผู้ให้สินเชื่อ เพื่อเสนอให้เป็นหลักประกันให้แก่ผู้ให้สินเชื่อเพื่อจูงใจให้ผู้ให้สินเชื่ออนุมัติให้กู้หรือให้กู้ในวงเงินที่สูงขึ้น อย่างไรก็ดีในการประกอบโครงการอุตสาหกรรมในระยะเริ่มต้นนั้น ผู้กู้อาจยังไม่มีทรัพย์สินอะไรที่จับต้องได้ เพื่อให้ผู้ให้สินเชื่อไว้เป็นหลักประกัน ที่ดินก็จะเป็นที่ดินว่างเปล่ายังไม่มีสิ่งก่อสร้าง หรือ เป็นที่ดินที่เช่าสำหรับทำอุตสาหกรรมโดยเฉพาะ สิ่งที่ผู้ให้กู้จะใช้พิจารณาให้สินเชื่อก็คือรายงานการศึกษาความเป็นไปได้ของโครงการ ความสามารถในการทำกำไร ผลตอบแทนถ้าโครงการสามารถดำเนินการตามแผนการที่วางไว้ ดังนั้น เพื่อความมั่นใจของผู้ให้สินเชื่อในการอนุมัติโครงการ ทั้งผู้ให้สินเชื่อและผู้กู้จึงต้องร่วมกันคิดค้นหลักประกันต่างๆ ขึ้นมาที่คู่สัญญาคาดว่าจะสามารถให้ประโยชน์และเป็นสิ่งที่จะทำให้ผู้ให้สินเชื่อจะสามารถเข้ามาดำเนินกิจการแทนผู้กู้ได้ หรือหาบุคคลภายนอกเข้ามาดำเนินกิจการต่อจากผู้กู้ได้ทันที หากเกิดกรณีที่ผู้กู้ผิดนัดตามสัญญาให้สินเชื่อ โดยมีการร่วมกันจัดทำข้อตกลง และสัญญาขึ้นมา ซึ่งในบทนี้ผู้เขียน จะได้อธิบายถึงความหมายของหลักประกันและหลักประกันประเภทต่างๆ ที่ใช้ในการเงินบริหารโครงการ

2.1 ความหมายและลักษณะของหลักประกัน

2.1.1 ความหมายของหลักประกันที่เข้าใจกันอยู่โดยทั่วไปนั้น มักจะเข้าใจกันว่าหมายถึงเพียงแค่ จำนำ จำนอง และค้ำประกัน ซึ่งเป็นหลักประกันตามกฎหมายเท่านั้น แต่เมื่อพิจารณาภาพรวมของหลักประกันตามกฎหมายและหลักประกันที่ใช้กันในทางธุรกิจแล้ว ความหมายของหลักประกันสามารถแบ่งออกเป็น

2.1.1.1 ความหมายของหลักประกันอย่างแคบ[1] หมายถึง มาตรการการแก้ไขเยียวยาความเสียหายของเจ้าหนี้ในการรับชำระหนี้ เมื่อเกิดมีการผิดนัดผิดสัญญาเกิดขึ้น ซึ่งได้แก่การประกันซึ่งมีลักษณะดังนี้

(ก) ประกันด้วยทรัพย์ อาทิเช่น จำนำ จำนอง โอนสิทธิเรียกร้อง สิทธิยึดหน่วง เป็นต้น

(ข) ประกันด้วยบุคคล อาทิเช่น ค้ำประกัน อาวัล ฯลฯ

2.1.1.2 ความหมายของหลักประกันอย่างกว้าง[2] ซึ่งนอกจากจะมีความหมายอย่างแคบแล้วยังหมายรวมถึงมาตรการในการป้องกัน หรือควบคุมมิให้เกิดการผิดนัดหรือผิดสัญญาเกิดขึ้นซึ่งโดยปรกติจะมีลักษณะเป็นเงื่อนไข หรือข้อกำหนดต่างๆ ในสัญญาซึ่งจะพยายามกำหนดให้ลูกหนี้รักษาสถานภาพ และฐานะให้ยังคงไว้ไม่ด้อยกว่าสิ่งที่ได้ใช้เป็นมาตรฐานหรือข้อมูลในการตัดสินใจให้สินเชื่อ เช่น

(ก) เงื่อนไขให้คงสัดส่วนการถือหุ้น การบริหาร การจัดการ

(ข) เงื่อนไขการดำรงสิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ หรือสิทธิต่างๆ ที่จำเป็นแก่การประกอบกิจการ

(ค) เงื่อนไขการดำรงตัวเลข หรืออัตราส่วนทางการเงินต่างๆ เช่น อัตราส่วนระหว่างหนี้สินและทุน เป็นต้น

---

[1] ประภัศร์ ศรีสัตยากุล, "การร่างสัญญาหลักประกัน," ใน เอกสารการประชุมเชิงปฏิบัติการเรื่อง เทคนิคการเจรจาต่อรองและการร่างสัญญาทางธุรกิจ, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 1.

[2] เรื่องเดียวกัน.

(ง) เงื่อนไขการห้ามจำหน่ายทรัพย์สิน หรือก่อภาระผูกพันหรือหนี้ (Negative Pledge)

(จ) เงื่อนไขการสวมสิทธิในการดำเนินโครงการแทน (Replacement)

(ฉ) เงื่อนไขในการประกันภัย

(ช) เงื่อนไขในการควบคุมการใช้จ่ายของลูกหนี้

(ซ) เงื่อนไขที่ธนาคารกำหนดให้ผู้กู้ดำรงเงินฝากขั้นต่ำไว้กับธนาคารตลอดเวลากู้ (Compensation Balances)

(ฌ) การใช้ลูกหนี้เป็นเครื่องมือในการจัดหาเงิน มี 2 แบบ คือ การใช้สิทธิเรียกร้องในลูกหนี้เป็นหลักทรัพย์ค้ำประกันการกู้ (Pledging) ซึ่งอาจแจ้งหรือไม่แจ้งให้ลูกหนี้ทราบก็ได้แล้วแต่จะตกลงกัน และการขายสิทธิเรียกร้องในบัญชีลูกหนี้ (Factoring)

จะเห็นได้ว่าในความหมายอย่างกว้างของหลักประกัน ผู้ให้สินเชื่อย่อมพอใจที่จะพยายามรักษาสถานภาพขององค์ประกอบต่างๆ ของผู้กู้ให้คงเป็นดังเช่นตอนพิจารณาอนุมัติหรืออยู่ในสภาวะที่ดีขึ้น ซึ่งหมายถึงความสำเร็จของโครงการ ความสบายใจของผู้ให้สินเชื่อในเรื่องความสามารถในการจ่ายคืนเงินกู้ และดอกเบี้ยของโครงการย่อมมีตลอดไปตลอดระยะเวลาการให้กู้ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีการกำหนดมาตรการในการป้องกันและรักษาสถานภาพเช่นนี้ไว้ ซึ่งอยู่ในความหมายอย่างกว้างของคำว่า "หลักประกัน" ด้วย

รูปแบบของสัญญาหลักประกันในแต่ละประเภทมีวิธีจัดทำสัญญาหลักประกันได้ดังนี้คือ

1. รวมใช้เป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหนี้ประธานทั้งหมด โดยการระบุไว้ในสัญญาให้สินเชื่อ เช่น เงื่อนไขให้คงสัดส่วนการถือหุ้น การบริหารการจัดการ เงื่อนไขการห้ามจำหน่ายทรัพย์สิน หรือก่อภาระผูกพันหรือหนี้ เป็นต้น

2. แยกส่วนออกจากสัญญาหนี้ประธาน โดยทำเป็นสัญญาแยกต่างหาก เช่น สัญญาจำนอง สัญญาค้ำประกัน สัญญาจำนำ เป็นต้น

3. แบบผสมผสานระหว่างแบบแรกและแบบที่สอง

2.1.2 ลักษณะของสัญญาหลักประกัน

สัญญาหลักประกันเป็นสัญญาแห่งหนี้อุปกรณ์ ทั้งนี้การที่จะมีสัญญาหลักประกันได้ ก่อนอื่นต้องมีหนี้ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ก่อน ซึ่งเรียกว่าหนี้ประธาน แล้วจึงมีสัญญาหลักประกัน อันถือว่าเป็นสัญญาแห่งหนี้อุปกรณ์

ด้วยเหตุที่สัญญาหลักประกันเป็นสัญญาแห่งหนี้อุปกรณ์ ดังนั้นความสมบูรณ์และใช้บังคับได้หรือมิได้จึงต้องขึ้นอยู่กับความสมบูรณ์ของสัญญาแห่งหนี้ประธานด้วย กล่าวคือ แม้สัญญาหลักประกันจะสมบูรณ์เพียงไรแต่หากมีปัญหาเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ของหนี้ประธานหรือสัญญาประธานก็อาจทำให้หลักประกันนั้นไม่มีผลใช้บังคับได้

2.2 เกณฑ์ในการตัดสินใจของสถาบันการเงินในการให้สินเชื่อแก่โครงการอุตสาหกรรม

การวิเคราะห์สินเชื่อเพื่อประกอบการตัดสินใจของสถาบันการเงินในการให้การสนับสนุนทางด้านการเงินแก่โครงการอุตสาหกรรมนั้น มีวิธีการพิจารณาที่ใช้กันอยู่แพร่หลายอยู่หลายแนวดังนี้คือ

2.2.1 วิธีการวิเคราะห์เพื่อให้ความสนับสนุนด้านสินเชื่อโดยใช้หลัก 3'P[3] จากการรวบรวมข้อมูลสินเชื่อ (Credit Information) สามารถอธิบายได้ดังนี้คือ

2.2.1.1 Purpose - วัตถุประสงค์ หมายถึงการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ในการขอกู้ยืมเงิน เช่น กรณีธุรกิจอาจมีวัตถุประสงค์ในการกู้ยืมเงินเพื่อนำไปชำระหนี้เจ้าหนี้อื่น นำไปใช้เป็นทุนหมุนเวียนในกิจการหรือกรณีโรงงานอุตสาหกรรมก็อาจนำไปใช้เป็นทุน เพื่อขยายโรงงานหรือเครื่องจักร หรือก่อสร้างสำหรับดำเนินกิจการค้าหรือบริการ เป็นต้น โดยวัตถุประสงค์นั้นจะมีจุดสำคัญ 2 ประการ คือ

---

[3]วันชัย ธนิตติราภรณ์, "หลักการให้เครดิตและแนวความคิดในการพิจารณาสินเชื่อ," ในเทคนิคการบริหารเครดิตอย่างมีประสิทธิภาพและกลยุทธ์ในการบริหารหนี้ที่มีปัญหา, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท ธรรมนิติการบัญชีและภาษีอากร จำกัด), หน้า 82.

พระสมุทรเจดีย์ สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

(ก) อำนวยประโยชน์ให้แก่ผู้ขอกู้ยืม เมื่อได้เงินไปลงทุนตามวัตถุประสงค์ เพื่อให้เกิดรายได้ หรือผลกำไร กลับคืนมาชำระหนี้ให้แก่สถาบันการเงินได้ตามเงื่อนไขหรือข้อตกลงในการชำระหนี้

(ข) วัตถุประสงค์นั้นจะต้องสามารถสนองต่อสถาบันการเงินได้ คือ การได้รับชำระหนี้และได้รับผลประโยชน์จากเงินลงทุนเป็นดอกเบี้ย

2.2.1.2 Payment - การชำระคืนหนี้ กล่าวคือ การที่จะกระทำได้สำเร็จตามวัตถุประสงค์ทั้ง 2 ประการข้างต้นได้ การชำระหนี้คืนได้จะเป็นองค์ประกอบที่สำคัญสำหรับสถาบันการเงินในการพิจารณา คือ ถ้าแผนการชำระหนี้ไม่ดี หรือมีทางเป็นไปได้ต่ำวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ดีอย่างไรก็ไม่ประสบผลสำเร็จ สถาบันการเงินจะพิจารณาให้สินเชื่อโดยดูจากความสามารถในการหารายได้ ความสามารถในการทำกำไร ความสามารถในการชำระหนี้และผลตอบแทนในรูปของดอกเบี้ย ให้แก่สถาบันการเงินผู้ให้ยืมได้ภายในระยะเวลาที่กำหนดเป็นจุดสำคัญ

2.2.1.3 Protection - การป้องกันความเสี่ยง การพิจารณาในส่วนนี้จะนำเอา purpose และ payment มาเป็นหลักในการพิจารณา พร้อมด้วยปัจจัยแวดล้อมต่างๆ เช่น วัฏจักรของธุรกิจ ภาวะทางเศรษฐกิจ ภาวะทางสังคมและการเมือง และสาเหตุอื่นๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อความสามารถในการทำกำไร และการเจริญเติบโตของโครงการหรือธุรกิจ รวมไปถึงการพิจารณาถึงคุณสมบัติ ฐานะทางเครดิต และหลักประกันหรือคุณภาพของสินทรัพย์ซึ่งจะเป็นสิ่งที่ช่วยผ่อนคลายความเสี่ยงให้แก่สถาบันการเงิน

2.2.2 สถาบันการเงินมีวิธีการวิเคราะห์เพื่อให้สินเชื่อ โดยใช้หลัก C'5 policy[4] ซึ่งใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคุณค่าทางเครดิตมากว่า 50 ปีแล้ว โดยพัฒนามาจาก 3 P ก่อน ต่อมาได้เพิ่มเป็น 5 C โดยสามารถอธิบายได้คือ

2.2.2.1 Capacity - ความสามารถหรือสมรรถภาพในการหารายได้ให้เพียงพอที่จะชำระคืน (ability to pay) หรือ (capacity to pay) ซึ่งสถาบันการเงินถือว่าเป็นปัจจัยสำคัญที่สุดและหวังว่าจะต้องได้กำไรจากการประกอบธุรกิจนั้น ไม่ได้หวังจะให้ผู้กู้ต้องขายหลักทรัพย์ที่ได้จำนองไว้กับสถาบันการเงินมาชำระหนี้

2.2.2.2 Character - เป็นคุณสมบัติของผู้กู้ทางด้านคุณภาพจิตใจ และพฤติกรรมของผู้กู้โดยจะแสดงให้เห็นถึงความตั้งใจของผู้กู้ว่ายินดีจะชำระหนี้เมื่อถึงกำหนดไม่บิดพริ้ว (willing to pay)

2.2.2.3 Capital - คือเงินทุนในส่วนของผู้ถือหุ้นที่นำมาลงทุนในกิจการซึ่งจะแสดงให้เห็นถึงฐานะความมั่นคงทางการเงินของธุรกิจ ซึ่งประกอบด้วยมูลค่าของสินทรัพย์ทั้งหมด หักด้วยหนี้สินใดๆ จะได้เงินทุนของธุรกิจแห่งหนึ่งแห่งใดที่ได้ลงทุนไว้ รวมทั้ง เงินทุนสะสมไว้เพื่อขยายกิจการต่อไป

2.2.2.4 Collateral - หลักประกันการให้กู้ ได้แก่ทรัพย์สินที่ผู้กู้นำมาค้ำประกันหนี้สินเพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้ในอนาคต เพื่อลดความเสี่ยงของสถาบันการเงินที่อาจเกิดขึ้นได้

---

[4] เรื่องเดียวกัน, หน้า 82-83.

2.2.2.5 Condition - ภาวะการณ์ต่างๆ ที่จะเกิดขึ้นอันอาจจะกระทบกระเทือนต่อการชำระหนี้ เช่น ราคาวัตถุดิบ คู่แข่ง นโยบายรัฐบาล ฯลฯ

จะเห็นได้ว่าทั้งหลัก 3P และ 5C นั้น จะมีการวิเคราะห์หลักประกันอยู่ด้วยในการวิเคราะห์สินเชื่อ คือ Protection และ Collateral ซึ่งทั้ง 2 หลักจะให้ความสำคัญของหลักประกันในระดับหนึ่ง

2.2.3 การตัดสินใจของสถาบันการเงินในการให้ความสนับสนุนโครงการขึ้นอยู่กับองค์ประกอบดังต่อไปนี้ตามลำดับคือ[5]

2.2.3.1 จำนวนเงินหรือวงเงินสินเชื่อ ดอกเบี้ย และผลตอบแทนที่เจ้าหนี้จะพึงได้รับ

2.2.3.2 วัตถุประสงค์และโครงการของผู้กู้ กับความเป็นไปได้หรือความสำเร็จและผลกำไรของโครงการ

2.2.3.3 ตัวผู้กู้เอง ประสพการณ์ ความสามารถ และชื่อเสียง

2.2.3.4 มาตรการต่างๆ ที่จะเสริมสร้างความมั่นใจให้แก่เจ้าหนี้หรือผู้ให้กู้ ที่ผู้กู้จะจัดหาให้ เช่น การเพิ่มทุนกรณีเงินลงทุนตามโครงการไม่พอต่ออัตราส่วนทางธุรกิจต่างๆ

2.2.3.5 หลักทรัพย์ และการค้ำประกัน

---

[5]ประภัศร์ ศรีสัตยากุล, "การร่างสัญญาหลักประกัน," ในเอกสารการประชุมเชิงปฏิบัติการเรื่อง เทคนิคการเจรจาต่อรองและการร่างสัญญาทางธุรกิจ, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 2.

2.3 หลักประกันที่ใช้ในการให้สินเชื่อเพื่อการบริหารโครงการในประเทศไทยและในต่างประเทศ

ในการดำเนินโครงการโดยทั่วไป[6] ช่วงที่ใช้เวลานานที่สุด ก็คือช่วงของการวางแผน และงานทางด้านวิศวกรรม ต่อมาด้วยการสั่งเครื่องมือเครื่องใช้ การจัดทำสัญญา เมื่อขั้นตอนเหล่านี้เสร็จแล้วงานก่อสร้างที่แท้จริงถึงจะเริ่มขึ้น หลังจากเริ่มทำการก่อสร้างความเสี่ยงภัยก็จะเริ่มมีขึ้น และจะเพิ่มสูงขึ้นเรื่อยๆ เมื่อทดรองเงินออกไปเพื่อซื้อเครื่องจักร จ่ายค่าแรงงาน และค่าเครื่องมือเครื่องใช้ต่างๆ ดอกเบี้ยที่คิดจากเงินกู้ที่ให้สำหรับงานก่อสร้างก็เริ่มคิดคำนวณสะสมแล้ว สำหรับการให้สินเชื่อบริหารโครงการนั้นไม่ได้สิ้นสุดลงแค่ว่า เมื่องานก่อสร้างเสร็จสมบูรณ์แล้วเท่านั้น แต่ผู้ให้สินเชื่อต้องตรวจสอบไปจนถึงว่าเครื่องจักรสามารถทำงานได้เป็นไปตามที่ผู้รับเหมาตกลงตามสัญญา และแผนการเงินโครงการต้นทุนโครงการ และสิ่งอื่นๆเป็นไปตามแผนการที่ผู้กู้วางไว้ตั้งแต่เริ่มจัดหาเงินทุนสำหรับโครงการหรือไม่ หากมีความผิดพลาดในการผลิตผลิตภัณฑ์ หรือบริการไม่เป็นไปตามจำนวนและต้นทุนที่วางแผนตั้งแต่เริ่มต้นหมายความว่าโครงการและการศึกษาความเป็นไปได้ของโครงการไม่ถูกต้อง และโครงการอาจประสบปัญหาเรื่องเงินที่จะนำมาจ่ายคืนหนี้ และค่าใช้จ่ายต่างๆ ได้ผู้ให้สินเชื่อโครงการจะสามารถยอมรับโครงการได้ เมื่อโรงงานสามารถเดินเครื่องได้ในช่วงเวลาที่เห็นว่าเหมาะสมเท่านั้น เพื่อให้แน่ใจว่าตามความเป็นจริงโรงงานจะผลิตผลิตภัณฑ์หรือบริการได้ในราคา ในจำนวนผลิตภัณฑ์และบริการ และเป็นไปตามมาตรฐาน ที่คาดการณ์ไว้ในแผนการทางด้านการเงินซึ่งเป็นไปตามหลักการของการเงิน ความเสี่ยงในช่วงนี้อาจใช้เวลาประมาณ 2 - 3 เดือน หรืออาจนานเป็นปีก็ได้เมื่อเดินเครื่องในส่วนสุดท้ายได้ตามที่กำหนดจนเป็นที่พอใจของผู้ให้สินเชื่อแล้ว ระหว่างนี้โครงการก็จะเริ่มดำเนินการตามปกติของกิจการถ้าแผนการเงินที่ได้วางแผนไว้ตอนแรกถูกต้องไม่ผิดพลาด รายได้จากการขายผลิตภัณฑ์ที่ผลิตได้หรือบริการที่ได้ให้บริการ ก็จะพอดีกับการจ่ายคืนหนี้ (ดอกเบี้ยและเงินต้น) ต้นทุนในการดำเนินงาน และเพียงพอในการจ่ายผลตอบแทนให้แก่ผู้สนับสนุนและผู้ถือหุ้น จะเห็นได้ว่าสถาบันการเงินผู้ให้กู้นั้นจะมีความเสี่ยงภัยอยู่ตลอดเวลาที่ให้สินเชื่อแก่โครงการ จนกว่าผู้กู้จะทำการชำระหนี้คืนครบถ้วน ดังนั้น ในส่วนของหลักประกัน ผู้เขียนจึงใคร่แบ่งหลักประกันที่ให้แก่สถาบันการเงินเป็น 3 ส่วนโดยแบ่งตามระยะ

---

[6] Peter K.Nevitt, Project Finance, (Published by Euromoney, 1989), pp.9-10.

เวลา คือ หลักประกันที่ให้แก่สถาบันการเงินช่วงที่โครงการยังไม่เสร็จสมบูรณ์ (pre - completion) หลักประกันที่ให้แก่สถาบันการเงินช่วงหลังจากที่โครงการได้เสร็จสมบูรณ์ (post-completion) และหลักประกันที่ธนาคารจะเรียกทั้งก่อนและหลังจากที่โครงการเสร็จสมบูรณ์ ทั้งนี้ในด้านของผู้ให้สินเชื่อนั้น ความเสร็จสมบูรณ์ของโครงการมิใช่เป็นแต่ความสำเร็จสมบูรณ์ในการก่อสร้างโรงงานเท่านั้น แต่ยังคงรวมถึง การที่ผู้กู้ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดในสัญญาให้สินเชื่อด้วย ซึ่งเงื่อนไขที่มาประกอบนั้นจะทำให้ผู้ให้สินเชื่อมั่นใจว่าโครงการจะสามารถดำเนินไปอย่างราบรื่น เป็นไปตามข้อกำหนดที่ระบุอยู่ในสัญญาให้สินเชื่อ ซึ่งในการพิจารณาว่าโครงการเสร็จสมบูรณ์หรือไม่นั้น เงื่อนไขที่ใช้ในการพิจารณาของผู้ให้สินเชื่อมักจะเป็นดังนี้ คือ

(1) เมื่อผู้กู้ออกหนังสือรับมอบหมายงานให้แก่ผู้รับเหมา (Provisional Notice of Final Acceptance) ซึ่งผู้เชี่ยวชาญทางเทคนิคที่ผู้ให้สินเชื่อแต่งตั้งให้ทำหน้าที่ในการให้คำแนะนำทางด้านเทคนิคแก่ผู้ให้สินเชื่อ เห็นชอบด้วยในการออกหนังสือดังกล่าว

(2) เมื่อผู้เชี่ยวชาญทางเทคนิคได้ให้คำรับรองกับผู้ให้สินเชื่อว่า

(ก) ได้มีการก่อสร้างและติดตั้งเครื่องจักรเสร็จสมบูรณ์ เป็นไปตามสัญญารับเหมาก่อสร้างและสัญญาจัดหาเครื่องจักรสำหรับก่อสร้างโครงการ และผู้เชี่ยวชาญเห็นชอบด้วยกับการที่ผู้กู้รับมอบงานจากผู้รับเหมาตามสัญญารับเหมาก่อสร้างและสัญญาจัดหาเครื่องจักรสำหรับก่อสร้างโครงการ

(ข) สามารถทำการเดินเครื่องจักร และในการดำเนินการผลิตของเครื่องจักรสามารถรับวัถตุดิบเข้าสู่กระบวนการผลิตได้ตามจำนวนที่กำหนดไว้ และสามารถผลิตผลิตภัณฑ์ได้ตามจำนวนที่กำหนดไว้ในการออกแบบโรงงานและเทคโนโลยีที่ได้รับจากสัญญาให้สิทธิสัญญาโนว์ฮาว์และสัญญาก่อสร้างโรงงาน อีกทั้งจะต้องสามารถดำเนินการผลิตผลิตภัณฑ์ได้ตามมาตรฐานที่กำหนดและออกแบบไว้ติดต่อกันอย่างต่อเนื่องเป็นระยะเวลานานกี่ชั่วโมง ซึ่งจำนวนชั่วโมงนี้ก็จะแตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับเทคโนโลยีและเครื่องจักรที่ใช้ในการก่อสร้างโรงงานที่ให้สินเชื่อ ซึ่งการกระทำนี้เรียกว่าช่วง "Test Run"

(3) กิจการต้องแสดงให้ผู้ให้สินเชื่อเห็นว่ากิจการมีอัตราส่วนระหว่างหนี้สินและทุนของผู้กู้ และอัตราส่วนทรัพย์สินหมุนเวียนในอัตราที่ผู้ให้สินเชื่อกำหนดไว้ในสัญญาให้สินเชื่อ ซึ่งอาจกำหนด เป็น 2 หรือ ต่ำกว่าและ 1.1 หรือสูงกว่า ตามลำดับ เป็นต้น

(4) ที่ปรึกษาทางด้านประกันภัยได้ให้คำรับรองแก่ผู้ให้สินเชื่อว่าผู้กู้ได้มีการทำประกันภัยโครงการครบถ้วนตามเงื่อนไขขั้นต่ำที่ผู้ให้สินเชื่อต้องการตามที่กำหนดไว้ในสัญญาให้สินเชื่อแล้ว ซึ่งโดยปกติแล้ว การจัดหาประกันภัยเพื่อคุ้มครองหรือประกันความเสี่ยงภัยของโครงการที่ได้ลงทุนไปนั้น จะให้มีความคุ้มครองเริ่มตั้งแต่การก่อสร้างจนกระทั่งล่วงเข้าสู่การผลิตเชิงพาณิชย์ของกิจการนั้น ซึ่งเงื่อนไขของการประกันภัยโครงการนั้น ผู้ให้สินเชื่อจะกำหนดไว้รัดกุมมากเพื่อให้คุ้มกับความเสียหายทางทรัพย์สินและรายได้ที่อาจจะได้รับหากการก่อสร้างและการผลิตเชิงพาณิชย์เป็นไปด้วยดี

(5) โครงการได้มีการจัดทำเอกสารต่างๆ ที่มีความสำคัญต่อโครงการแล้ว เช่น สัญญาซื้อขายวัตถุดิบระยะยาวเพื่อเป็นประกันว่าโครงการจะมีวัตถุดิบใช้ในการผลิตของโครงการ ซึ่งจะลดความเสี่ยงในกรณีที่วัตถุดิบขาดแคลนโครงการก็ยังสามารถดำเนินต่อไปได้ สัญญาขายผลิตภัณฑ์ระยะยาว เพื่อให้มั่นใจว่าผลิตภัณฑ์ที่ผลิตได้จะมีผู้เข้ามารับซื้อและมีความผูกพันที่จะซื้อตามสัญญาเพราะจะมีผลต่อรายได้ของโครงการที่จะนำมาชำระหนี้เงินต้นและหรือดอกเบี้ยต่อผู้ให้สินเชื่อ ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานจากกรมโรงงาน กระทรวงอุตสาหกรรม หรือการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย(กนอ.) ในกรณีที่โครงการตั้งอยู่ในเขต กนอ. เพื่อที่ผู้ให้สินเชื่อได้รับความมั่นใจว่าโครงการสามารถประกอบกิจการโรงงานได้จริง

2.3.1 ช่วงที่โครงการยังไม่เสร็จสมบูรณ์ (pre - completion)

เป็นช่วงที่โครงการกำลังอยู่ในช่วงการก่อสร้างและช่วงระยะเวลาหนึ่งหลังการก่อสร้างแล้วเสร็จแต่ผู้กู้ยังไม่สามารถดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่จะทำให้โครงการเสร็จสมบูรณ์ได้โดยในช่วงนี้รายได้ของโครงการจากการดำเนินงานยังไม่มี หรือมีแต่แต่ไม่เพียงพอที่จะทำให้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาสินเชื่อสำเร็จได้ เงินลงทุนที่ใช้ในช่วงนี้มักจะได้มาจากเงินทุนเรือนหุ้นที่ผู้ถือหุ้นได้ลงไว้และจากเงินกู้ยืมแทบทั้งสิ้น ในช่วงนี้หากโครงการเกิดอุบัติเหตุหรือเกิดหยุดชะงักลง สิ่งที่จะช่วยลดความเสี่ยงของผู้ให้สินเชื่อในลักษณะของหลักประกันก็คงเป็นเงินค่าสินไหมทดแทนตามกรมธรรม์ประกันภัยในระหว่างก่อสร้าง ซึ่งเจ้าของโครงการหรือผู้รับเหมาก่อสร้างจะได้รับจากผู้รับประกันภัย ซึ่งจะมีการโอนสิทธิในการรับผลประโยชน์ตามกรมธรรม์นี้ให้กับธนาคาร ส่วนหลักประกันอื่นๆ ที่ผู้ให้สินเชื่อจะเรียกในช่วงนี้ก็ได้แก่ การจำนองที่ดิน อาคารที่ก่อสร้างแล้วเสร็จแล้ว สัญญาโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างๆ เช่น สัญญารับเหมาก่อสร้าง สัญญาจัดหาเครื่องจักร สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.3.1.1 สัญญาจำนอง

สัญญาจำนอง คือ สัญญาที่ผู้จำนองผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์เอาทรัพย์สินตราไว้กับผู้รับจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ โดยที่ทรัพย์ที่จำนองจะต้องเป็นอสังหาริมทรัพย์ และสังหาริมทรัพย์บางประเภท และในการเอาทรัพย์สินมาตราไว้นี้ไม่ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่จำนอง แบบของการจำนองต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ การจำนองต่างกับการค้ำประ

กันคือ การจำนองจะติดไปกับตัวทรัพย์ไม่ติดกับผู้จำนอง กล่าวคือ เป็นการประกันด้วยทรัพย์สิน ดังนั้น ในระหว่างติดจำนองหากมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน การจำนองจะติดทรัพย์ไป หากบังคับจำนองจากทรัพย์จำนองได้เพียงไร ก็ได้เพียงนั้นผู้จำนองไม่ต้องรับผิดชอบหนี้ในส่วนที่ขาด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 733 เว้นแต่จะได้ทำสัญญาเป็นอย่างอื่นตามแนวบรรทัดฐานของศาลฎีกาที่วินิจฉัยว่า บทบัญญัติมาตรา 733 มิใช่กฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนจึงทำสัญญาให้ผิดแผกแตกต่างจากกฎหมายได้ตามมาตรา 151 (มาตรา 114 เดิม) และผู้รับจำนองได้บุริมสิทธิ์ในทรัพย์จำนอง และมีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์ที่จำนองก่อนเจ้าหนี้รายอื่นของผู้จำนอง ถึงแม้ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จำนองจะได้โอนไปยังบุคคลภายนอกแล้วก็ตาม สิทธิจำนองนี้ก็ยังคงติดตามตัวทรัพย์ไป อีกทั้งหากผู้จำนองล้มละลาย ผู้รับจำนองก็เป็นเจ้าหนี้มีประกันที่สามารถใช้สิทธิก่อนเจ้าหนี้อื่น

ในสัญญาให้สินเชื่อจะมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการจำนองไว้ว่า ในกรณีที่โครงการนั้นมีที่ดิน อาคารหรืออสังหาริมทรัพย์ใดอยู่ก่อนที่จะมีการให้สินเชื่อ ผู้กู้ต้องนำเอา ที่ดิน อาคารหรืออสังหาริมทรัพย์อื่นใดนั้นมาจำนองเพื่อเป็นหลักประกันให้แก่ผู้ให้สินเชื่อด้วย โดยมักกำหนดให้เป็นเงื่อนไขบังคับก่อนให้ผู้กู้ ต้องนำมาจำนองก่อนที่จะมีการเบิกเงินงวดแรก อีกทั้งหากเริ่มก่อสร้างโครงการไปบ้างแล้วมีทรัพย์สินที่สามารถนำมาจำนองได้อีก เช่น ตัวอาคาร ตัวโรงงาน เป็นต้น ผู้กู้ก็ต้องนำมาเป็นหลักประกันให้แก่ผู้ให้สินเชื่อด้วยเช่นกัน วิธีการจำนองก็เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายที่ดิน ตลอดจนระเบียบปฏิบัติของกรมที่ดินเมื่อผู้ให้สินเชื่อได้รับจำนองที่ดิน อาคาร หรืออสังหาริมทรัพย์อื่นใดแล้ว ผู้ให้สินเชื่อก็จะอยู่ในฐานะเจ้าหนี้มีประกันซึ่งได้บุริมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่รับจำนองตามกฎหมาย อันได้แก่ สิทธิได้รับชำระหนี้คืนจากตัวทรัพย์ที่รับจำนองไว้ก่อนเจ้าหนี้อื่น แต่มีข้อแม้ว่า ในการจำนองนั้นผู้ให้สินเชื่อจะต้องเป็นผู้รับจำนองลำดับแรก

2.3.1.2 การโอนสิทธิเรียกร้องและหรือผลประโยชน์ในสัญญาเป็นประกัน

ในการให้สินเชื่อแก่โครงการนั้นผู้ให้สินเชื่อจะเข้ามาเกี่ยวข้องในโครงการ ตั้งแต่เริ่มแรกในขั้นตอนการทำสัญญาอื่นๆ ด้วยนอกจากสัญญาให้สินเชื่อที่ทำกับผู้ขอสินเชื่อแล้ว เพื่อที่จะได้สัญญาที่มีข้อกำหนด และเงื่อนไขตามที่ผู้ให้สินเชื่อต้องการ และเป็นที่พอใจของผู้ให้สินเชื่อ เนื่องจากข้อกำหนดและเงื่อนไขในสัญญาให้สินเชื่อจะมีข้อกำหนดว่า ผู้กู้จะต้องโอนสิทธิในสัญญาต่างๆ ที่สำคัญของโครงการมาเป็นหลักประกันให้กับธนาคารโดยทำในรูปของการโอนสิทธิ

เรียกร้อง (Assignment Agreement) และหรือการแปลงหนี้ใหม่โดยมีเงื่อนไข (Conditional Novation) ดังนั้น ผู้ให้สินเชื่อจึงจำเป็นต้องเข้ามาตรวจตราสัญญาต่างๆ ว่ามีข้อตกลงหรือ เงื่อนไขใดบ้างที่จะทำให้สัญญาซึ่งจะมีการโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อเป็นหลักประกันนั้นมีมูลค่าลดลงทำให้ผู้ให้สินเชื่อเสียเปรียบหรือไม่ หรือมีข้อห้ามการโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาหรือไม่ หรือมีข้อตกลงให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ในกรณีที่จะมีการบังคับหลักประกัน หรือกรณีโครงการถูกพิทักษ์ทรัพย์หรือไม่ เป็นต้น หากมีข้อกำหนดหรือเงื่อนไขเช่นนี้ในสัญญา ผู้ให้สินเชื่อก็จะแจ้งให้ผู้กู้ไปดำเนินการเจรจากับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อแก้ไขให้ได้ตามที่ผู้ให้สินเชื่อต้องการมากที่สุด

ตัวอย่างสัญญาที่มักจะมีการโอนสิทธิเรียกร้องให้แก่ผู้ให้สินเชื่อเป็นหลักประกันในช่วงที่โครงการยังไม่เสร็จสมบูรณ์ มีดังนี้คือ

สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ เช่นสัญญาเช่าที่ดินเพื่อทำอุตสาหกรรมในเขตการนิคมอุตสาหกรรมที่โครงการเช่าจากการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย หรือสัญญาเช่าที่ดิน และ/หรืออาคารจากผู้ให้เช่ารายอื่นๆ ซึ่งมีอายุสัญญาตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไป ผู้ให้สินเชื่ออาจเรียกให้มีการโอนสิทธิการเช่าเป็นหลักประกัน โดยผู้ให้สินเชื่อจะเข้ามาพิจารณาการทำสัญญาเช่าที่โครงการทำกับผู้ให้เช่าด้วย เพื่อให้ได้เงื่อนไขตามที่ผู้ให้สินเชื่อต้องการ เช่น จะต้องระบุความยินยอมของผู้ให้เช่าในสัญญาด้วยในเรื่องการให้เช่าช่วง หรือ การโอนสิทธิการเช่าให้แก่ผู้ให้สินเชื่อหรือกลุ่มผู้ให้สินเชื่อ หรือบุคคลที่ผู้ให้สินเชื่อจัดหามา เป็นต้น เนื่องจากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 544 การให้เช่าช่วง หรือการโอนสิทธิในสัญญาเช่าจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่ากำหนดไว้ในสัญญาด้วย ซึ่งหากไม่ได้กำหนดเรื่องความยินยอมจากผู้ให้เช่าไว้ในสัญญาแล้ว ผู้กู้ก็ไม่สามารถโอนสิทธิการเช่าเป็นหลักประกันให้แก่ผู้ให้สินเชื่อได้ ผู้ให้สินเชื่อก็จะไม่ได้ประโยชน์จากสัญญานี้เพื่อเป็นหลักประกัน

สัญญาว่าจ้างเหมาก่อสร้างโครงการ (construction agreement) คือสัญญาจ้างทำของ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เป็นเอกเทศสัญญาประเภทหนึ่ง ในการทำสัญญาก่อสร้างโครงการส่วนใหญ่มักจะทำเป็นสัญญาจ้างทำของแบบที่ผู้ว่าจ้างเป็นผู้จัดหาสัมภาระให้แก่ผู้รับเหมา เพราะเหตุผลทางภาษีอากร โดยแยกเป็นสัญญาว่าจ้างเหมาก่อสร้างโครงการฉบับหนึ่ง และสัญญาซื้อและจัดหาเครื่องจักร (supply agreement) อีกฉบับหนึ่ง ซึ่งคู่สัญญาของโครงการ คือผู้รับเหมาหรือผู้ขายนั้นอาจเป็นนิติบุคคลเดียวกันก็ได้

สัญญาซื้อและจัดหาเครื่องจักร (supply agreement) คือสัญญาซื้อขาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยผู้ขายจะเป็นผู้จัดหาเครื่องจักรและในบางสัญญาจะกำหนดให้ผู้ขายมีหน้าที่พิจารณาว่าจะต้องใช้เครื่องจักรและอุปกรณ์ขนาดใด จำนวนเท่าใด ในการก่อสร้างโครงการด้วย ซึ่งงานในส่วนนี้เรียกว่า Associated Engineering

ส่วนใหญ่ในการแยกสัญญาซื้อขายจากสัญญารับเหมาก่อสร้างโครงการนั้น ในส่วนของสัญญาจัดหาเครื่องจักรจะเป็นการจัดหาเครื่องจักรจากต่างประเทศ ส่วนการจัดหาเครื่องจักรภายในประเทศมักจะกำหนดอยู่ในสัญญาว่าจ้างเหมาก่อสร้างโครงการ

สัญญาโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาต่างๆ ในระยะหลังในสัญญามักจะแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ การโอนสิทธิเรียกร้องในการรับชำระหนี้ตามสัญญาที่เป็นตัวเงิน (assignment of proceeds) และการโอนสิทธิเรียกร้องอื่นๆ ในสัญญา (assignment of agreement) ซึ่งในการโอนแต่ละส่วนนั้นจะมีข้อแตกต่างกันคือ

(ก) การโอนสิทธิเรียกร้องในการรับชำระหนี้ตามสัญญาที่เป็นตัวเงิน (assignment of proceeds)

ในกรณีนี้สัญญาจะกำหนดให้ผู้กู้โอนสิทธิเรียกร้องต่างๆ ที่ผู้กู้มีตลอดจนกรรมสิทธิ์และผลประโยชน์ต่างๆ ค่าตอบแทนและเงินทั้งหลายที่เกี่ยวข้องหรือเกิดตามสัญญา หรือที่จะได้รับในอนาคตรวมถึง สิทธิเรียกร้อง สิทธิฟ้องร้องที่เกิดขึ้นจากการผิดสัญญาที่โอนให้แก่ผู้ให้สินเชื่อโดยไม่มีเงื่อนไข ทั้งนี้ ผู้กู้ยังคงมีภาระหน้าที่ต่อผู้ให้เช่า/ ผู้รับเหมาก่อสร้าง/ ผู้ขาย / ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ ภายใต้สัญญาที่โอน และมีหน้าที่ปฏิบัติตามภาระหน้าที่ต่อผู้ให้สินเชื่อภายใต้สัญญาอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับโครงการอีกด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นหลักประกันในการปฏิบัติการชำระหนี้อย่างถูกต้องตรงตามกำหนดของผู้กู้ตามสัญญาให้สินเชื่อ ข้อกำหนดในส่วนนี้ของสัญญามักจะระบุเป็นการเพิ่มเติมอีกด้วยว่า การโอนสิทธิเรียกร้องในการรับชำระหนี้ตามสัญญาที่เป็นตัวเงินนี้ไม่ได้ก่อให้เกิดภาระใดๆ แก่ Co - ordinator* หรือผู้ให้สินเชื่อรายอื่นๆ ภายใต้สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ สัญญาว่าจ้างเหมาก่อสร้างโครงการ สัญญาซื้อและจัดหาเครื่องจักร และไม่ถือเป็นการแปลงหนี้ใหม่ หรือตกลงในหนี้และภาระหนี้สินใดๆ

วิธีการโอนตัวเงินที่ได้รับจากการทำสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องในการชำระหนี้ตามสัญญาที่เป็นตัวเงินนี้ ในทางปฏิบัตินั้นจะมีการเปิดบัญชีกระแสรายวันของผู้ให้สินเชื่อ เพื่อให้ผู้เป็นลูกหนี้ในสัญญาที่โอนสิทธิเรียกร้อง โอนเงินฝากบัญชีของผู้ให้สินเชื่อ แล้วจึงจะมีการโอนเงินจำนวนนั้นเข้าบัญชีของโครงการเพื่อใช้จ่ายในโครงการ เหตุผลที่ต้องทำเช่นนี้เพราะการโอนสิทธิส่วนนี้จะมีผลตั้งแต่ทำสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญา ดังนั้น หากไม่มีการบังคับตามสัญญาอาจถูกเจ้าหนี้อื่นของผู้กู้มองว่าเป็นการทำสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาโดยมีกลฉ้อฉลได้ และในการโอนเงินเข้าบัญชีของผู้ให้สินเชื่อเช่นนี้อาจมีปัญหาตามมาว่าจะถือว่า เงินส่วนนี้ถือเป็นเงินได้ของผู้ให้สินเชื่อที่ต้องนำมาเสียภาษีอากรหรือไม่ ในเรื่องกรมสรรพากรได้มีการตอบข้อหารือแล้วว่าการโอนเงินเข้าบัญชีของผู้ให้สินเชื่อเพื่อเป็นหลักประกันเช่นนี้ ไม่ถือว่าเป็นเงินได้ของผู้ให้สินเชื่อ ซึ่งก็ทำให้ผู้ให้สินเชื่อมั่นใจได้ในระดับหนึ่ง

(ข) การโอนสิทธิเรียกร้องอื่นๆ ในสัญญา (assignment of agreement)

ในกรณีนี้ผู้กู้จะโอนสิทธิเรียกร้องทั้งสิ้นให้กับผู้ให้สินเชื่อหรือผู้รับโอน โดยกำหนดให้การโอนสิทธิเรียกร้องมีผลบังคับเมื่อเกิดกรณีผิดนัด (Event of Default) เกิดขึ้นภายใต้สัญญาที่เกี่ยวข้องทั้งหลาย และได้มีการออกหนังสือบอกกล่าวการผิดนัดโดย Co-ordinator ภายใต้ความเห็นพ้องของกลุ่มผู้ให้สินเชื่อที่มีอำนาจสั่งการ (Instructing Lenders)*

มีข้อสังเกตว่าการโอนสิทธิเรียกร้องในการรับชำระหนี้ตามสัญญาที่เป็นตัวเงินจะมีผลบังคับเป็นการโอนสิทธิให้แก่ผู้ให้สินเชื่อทันทีที่มีการทำสัญญาโอนสิทธิเรียกร้อง และผู้ให้สินเชื่อสามารถใช้สิทธิได้เลยเมื่อเกิดสิทธิเรียกร้องขึ้น ส่วนการโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญานั้นจะมีผลบังคับก็ต่อเมื่อผู้กู้ผิดนัดตามสัญญาให้สินเชื่อ และมีการออกหนังสือบอกกล่าวการผิดนัดโดยผู้ให้สินเชื่อมายังผู้กู้แล้ว

---

*ในสัญญาให้สินเชื่อบางฉบับอาจใช้คำว่า "Marjority Lenders" ซึ่งจะกำหนดจำนวนสินเชื่อที่ผู้ให้สินเชื่อผูกพันว่าจะให้กู้ และจำนวนสินเชื่อที่ผู้กู้คงค้างอยู่กับผู้ให้สินเชื่อ เป็น "marjority lenders" หรือ "Instructing Lenders" ซึ่งส่วนใหญ่จะกำหนดไว้ในบทนิยาม ดังตัวอย่างเช่น "Instructing Lenders" หมายถึงผู้ให้สินเชื่อที่มีจำนวนสินเชื่อที่ผู้กู้ค้างชำระรวมกันอย่างน้อย 500 ล้านบาท เป็นต้น

สำหรับสัญญาว่าจ้างเหมาก่อสร้างโครงการ (construction agreement) หากเป็นสัญญาที่กำหนดราคาตายตัว (fixed price contracts) สัญญาดังกล่าวย่อมเป็นสิ่งที่ผู้ให้สินเชื่อต้องการมาก สัญญาดังกล่าวอาจเป็นสัญญาก่อสร้างที่ระบุราคาแน่นอน และวันที่สำเร็จของงานตามสัญญาเช่นสัญญารับเหมาก่อสร้างแบบเบ็ดเสร็จ (lump sum turn key contract) ซึ่งในบางครั้งผู้รับเหมาก่อสร้างอาจยอมทำสัญญาที่มีเงื่อนไขว่าผู้รับเหมายอมรับผิดในความเสี่ยงบางอย่างที่เกิดจากเหตุสุดวิสัย หรือการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ทำให้ต้องมีการแก้ไขแบบแปลนหรือออกแบบใหม่ซึ่งทำให้ต้องเสียเงินสูงขึ้น ซึ่งก็เป็นการโอนความเสี่ยงออกไปให้ไกลจากโครงการอย่างน้อยก็เป็นการจำกัดความรับผิดของโครงการวิธีหนึ่ง

2.3.1.3 การโอนสิทธิในการรับผลประโยชน์ในกรมธรรม์ประกันภัยโครงการในระหว่างการก่อสร้างเป็นประกัน

ในการให้สินเชื่อแก่โครงการอุตสาหกรรมขนาดใหญ่ผู้ให้สินเชื่อมักจะกำหนดให้ผู้กู้และ/หรือผู้รับเหมาจัดทำประกันภัยโครงการ และ เครื่องจักรและสิ่งก่อสร้างของโครงการในระหว่างก่อสร้างและติดตั้ง ซึ่งผู้ให้สินเชื่อจะกำหนดประเภทของกรมธรรม์ประกันภัย และวงเงินที่เอาประกันขั้นต่ำไว้ในสัญญาให้สินเชื่อ และโอนสิทธิในการรับผลประโยชน์ให้แก่ผู้ให้สินเชื่อ เช่น กำหนดให้ผู้กู้ และ/หรือ ผู้รับเหมาจัดทำประกันภัย แบบครอบคลุมความเสี่ยงภัยทั้งหมดในระหว่างก่อสร้างโครงการและติดตั้งเครื่องจักร [Construction All Risk (CAR)] และต้องจัดทำประกันภัยแบบครอบคลุมความเสียหายในการขาดรายได้ของโครงการอันเนื่องมาจากการก่อสร้างล่าช้า (advance loss of profits) และต้องจัดทำประกันภัยในการขนส่งทางเรือ (marine cargo insurance) และกำหนดให้ผู้กู้หรือผู้รับเหมาโอนสิทธิในการรับผลประโยชน์ในกรมธรรม์ประกันภัยโครงการในระหว่างการก่อสร้างให้แก่ผู้ให้สินเชื่อเป็นประกัน ซึ่งก็เป็นวิธีการประกันความเสี่ยงภัยอีกประการหนึ่งของผู้ให้สินเชื่อ คือในกรณีที่เกิดอุบัติเหตุหรือความเสียหายต่อสิ่งก่อสร้างหรือเครื่องจักรในระหว่างก่อสร้าง เจ้าของโครงการจะได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อไปปรับปรุงซ่อมแซมสิ่งก่อสร้างและเครื่องจักรที่เสียหายให้กลับใช้งานได้ดังเดิม โดยปรกติแล้วผู้ให้สินเชื่อจะกำหนดให้ตนเป็นผู้รับผลประโยชน์ในการรับค่าสินไหมทดแทนจากผู้รับประกันภัย และกำหนดให้ผู้กู้ส่งมอบกรมธรรม์ประกันภัยให้แก่ผู้ให้สินเชื่อด้วยเพื่อป้องกันกรณีที่ผู้กู้หรือผู้รับเหมาผู้เอาประกันจะเปลี่ยนผู้รับผลประโยชน์ เพราะผู้เอาประกันสามารถเปลี่ยนผู้รับผลประโยชน์ได้ เมื่อผู้ให้สินเชื่อได้รับเงินค่าสินไหมทดแทนมาแทนผู้กู้หรือผู้รับเหมาแล้ว ผู้ให้สินเชื่อจะจ่ายคืนค่าสินไหมทดแทนคืนแก่เจ้าของโครงการและหรือผู้รับเหมาก่อสร้างเมื่อเจ้าของโครงการและหรือผู้รับเหมาก่อสร้างได้ดำเนินการซ่อมแซมโรงงาน และหรือเครื่องจักรที่เสียหายเรียบร้อยแล้ว

ในการเอาประกันภัยโครงการอุตสาหกรรมใหญ่ๆ นั้น ในปัจจุบัน ผู้รับประกันภัยโดยตรง (insurer) มักจะเป็นบริษัทประกันภัยในประเทศ และผู้รับประกันภัยมักจะมีการนำความเสี่ยงภัยไปประกันต่อ (reinsure) กับผู้รับประกันภัยต่อ (reinsurer) ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นบริษัทในต่างประเทศ โดยผ่านตัวแทนประกัน (broker) เพื่อกระจายความเสี่ยงภัยไปยังบริษัทประกันภัยอื่นๆ และเพื่อเป็นหลักประกันให้แก่ผู้ให้สินเชื่อและลดความเสี่ยงภัยของผู้ให้สินเชื่อในกรณีที่บริษัทผู้รับประกันภัยโดยตรงเกิดล้มละลาย ผู้ให้สินเชื่อมักจะกำหนดให้ผู้กู้ซื้อกรมธรรม์ประกันภัยที่มีข้อกำหนดให้ ผู้ให้สินเชื่อสามารถเรียกให้ผู้รับประกันภัยต่อจ่ายเงินค่าสินไหมทดแทนให้กับผู้ให้สินเชื่อได้โดยตรง ซึ่งข้อกำหนดนี้จะเรียกว่า "Cut Through Clause" ส่วนใหญ่ในปัจจุบันนี้มักจะใช้ในโครงการอุตสาหกรรมการจัดซื้อหรือเช่าซื้อแบบ leasing เครื่องบิน

2.3.1.4 การโอนสิทธิตามหนังสือค้ำประกัน

หนังสือค้ำประกันที่ผู้รับเหมาก่อสร้างโครงการจะต้องให้ไว้แก่เจ้าของโครงการเพื่อเป็นประกันที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบันนี้มีดังนี้[7]

(ก) Bid Bond หรือ Tender Guarantee หมายถึงการค้ำประกันของการที่ผู้ยื่นประมูลตกลงที่จะไม่ถอนจากการประมูลในโครงการใดโครงการหนึ่ง และจะไม่ปฏิเสธในกรณีที่เจ้าของโครงการคัดเลือกให้ผู้ประมูลได้ทำงาน ซึ่งเป็นการค้ำประกันซึ่งมีลักษณะเป็นที่ยอมรับกันอยู่ทั่วไปในโครงการใหญ่ เช่น โครงการรถไฟฟ้า โครงการทางด่วน เป็นต้น

(ข) Performance Bond หรือ Guarantee เป็นการค้ำประกันการปฏิบัติตามสัญญาซึ่งส่วนใหญ่แล้ว การค้ำประกันนั้นมักจะอยู่ในอัตราส่วน 5-15 % ของมูลค่าของโครงการทั้งหมด

(ค) Advance Payment / Downpayment Bond หรือ Guarantee เป็นกรณีที่ผู้รับเหมาได้เบิกเงินล่วงหน้าจากเจ้าของโครงการและให้หลักประกันไว้แก่เจ้าของโครงการเพื่อเป็นหลักประกันว่าตัวผู้รับเหมาจะปฏิบัติการตามสัญญา การให้หลักประกันเบิกเงินล่วงหน้าจะมีมูลค่าเท่ากับเงินล่วงหน้าที่เจ้าของโครงการชำระให้แก่ผู้รับเหมาซึ่งปกติจะอยู่ในระหว่าง 5-10% ของมูลค่าของโครงการทั้งหมดและมูลค่าค้ำประกันนั้นจะลดลงตามความสำเร็จของงาน

---

[7] อธึก อัศวานนท์, กิติพงศ์ อุรพีพัฒนพงศ์, หลักประกันเกี่ยวกับกฎหมายธุรกิจการเงิน, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), หน้า 24-25.

(ง) Retention Money Bond ในกรณีที่เจ้าของโครงการจะต้องยึดหน่วงเงินค่างานบางส่วนไว้เป็นประกัน ซึ่งจะอยู่ในอัตราระหว่าง 5-10% การเรียกให้ผู้รับเหมาจัดหาหลักประกัน Retention Money Bond มาให้เจ้าของโครงการยึดหน่วงก็จะทำให้เจ้าของโครงการสามารถจ่ายเงินส่วนที่ควรยึดหน่วงโดยตรงให้กับผู้รับเหมาได้

(จ) Maintanance Bond หรือ Guarantee เป็นกรณีที่ลูกหนี้หรือผู้รับเหมาจะต้องเยียวยาหรือแก้ไขถึงความชำรุดบกพร่องหรือซ่อมแซมใหญ่ในช่วงการบำรุงรักษา ฉะนั้น จึงจะต้องมี Maintanance Bond ไว้ด้วย

ในกรณีที่กล่าวมาข้างต้น เมื่อเจ้าของโครงการได้รับหนังสือค้ำประกันดังกล่าวมาจากผู้รับเหมาแล้ว ผู้ให้สินเชื่อก็จะเรียกให้เจ้าของโครงการนำหนังสือค้ำประกันดังกล่าวมาทำสัญญาโอนสิทธิเรียกร้อง ทั้งนี้ หนังสือค้ำประกันที่เจ้าของโครงการจะได้รับในช่วงนี้จะได้แก่

- หนังสือค้ำประกันการปฏิบัติงานตามสัญญาของผู้รับเหมา (Performance Bond) เป็นประกัน
- หนังสือค้ำประกันการเบิกเงินล่วงหน้าของผู้รับเหมา (Down payment Bond) เป็นประกัน

สาระสำคัญในหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องในเรื่องนี้จะคล้ายๆ กับการโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่ในการโอนสิทธิเรียกร้องในหนังสือค้ำประกันนี้จะมีเฉพาะเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญา (assignment of agreement) และจะมีผลใช้บังคับเมื่อผู้กู้ผิดนัดตามสัญญาให้สินเชื่อ และมีการออกหนังสือบอกกล่าวการผิดนัดโดยผู้ให้สินเชื่อมายังผู้กู้แล้ว การโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาจึงมีผลสมบูรณ์

2.3.1.5 การออกหนังสือรับรองต่างๆ โดยบริษัทแม่ หรือโดยรัฐบาล

ในโครงการใหญ่ๆ บางโครงการ ผู้ให้สินเชื่ออาจกำหนดให้บริษัทแม่หรือรัฐบาล (แล้วแต่กรณี) ออกหนังสือรับรองต่างๆ ให้แก่ผู้ให้สินเชื่อ เช่น Letter of Comfort เป็นต้น

Letter of Comfort[8] เป็นการให้ประกันว่าจะมีการใช้ความพยายามอย่างจริงจังเพื่อให้โครงการดำเนินการได้ ซึ่งหนังสือดังกล่าวนี้ไม่มีผลทางกฎหมายแต่อย่างใด ดังนั้น จึงเป็นเพียงข้อผูกพันทางจิตใจเท่านั้น (a moral commitment)

Letter of Comfort[9] สถาบันการเงินอาจเลือกเอา letter of comfort จากผู้สนับสนุนรายหนึ่ง หรือหลายราย หรือเรียกเอาจากบริษัทแม่ (parent company) ของผู้สนับสนุน ลักษณะทั่วไปของ letter of comfort ก็คือ ผู้ให้ไม่มีเจตนาที่จะให้คำมั่น หรือผูกพันตนในภาระหนี้สิน และในทางกลับกันสถาบันการเงินอาจต้องการมีประกันบางอย่างไม่ว่าจะมีผลบังคับทางกฎหมายหรือไม่ก็ตาม ดังนั้น จึงมีการจัดทำหนังสือแสดงเจตนาที่ร่างขึ้นให้มีความหมายกำกวม ซึ่ง letter of comfort จะมีผลทางกฎหมายหรือไม่ขึ้นอยู่กับการตีความของภาษา และสถานการณ์แวดล้อมด้วย

เรื่อง หนังสือ Letter of Comfort นี้เคยมีคดีขึ้นสู่ศาลอุทธรณ์อังกฤษ ในคดี Kleinwort Benson Limited V.Malaysia Mining Corporation (MMC) (1989)1 LLR 556[10] ซึ่งมีประเด็นพิพาทว่าข้อความในหนังสือ Letter of Comfort มีผลผูกพันเป็นข้อสัญญาซึ่งจำเลยจะต้องรับผิดในฐานะเป็นผู้ค้ำประกันหรือไม่?

---

[8] Eugene F.Brigham, Louis C. Gapenski, Financial Management Theory and Practice , (The Dryden Press International Edition), p.620.

[9] Edwin Marlow, Legal Issues Arising in Project Financing, (London : Denton Hall Burgin & Warrens, 1992), pp.4-5.

[10] ชยันติ ไกรกาญจน์, ชินวัฒน์ ชินแสงอร่าม, "หนังสือ Letter of Comfort ที่ใช้ในธุรกิจของธนาคารจะมีผลผูกพันเป็นข้อสัญญาได้เพียงใด," จุลสารกฎหมายพาณิชย์นาวี, ปีที่1, 6(มกราคม, 2533) : 16-17.

ข้อเท็จจริงในเรื่องนี้มีอยู่ว่า โจทก์ซึ่งเป็นธนาคารได้ให้วงเงินสินเชื่อเป็นเงินสดให้แก่ MMC Metals Ltd. (Metals) ซึ่งเป็นบริษัทในเครือของจำเลย (Malaysia Mining Corporation หรือ MMC) เพื่อนำไปประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการซื้อขายโลหะโดย Metals ได้เข้าเป็นสมาชิกของ the London Metal Exchange

เพื่อเป็นหลักประกันในการให้วงเงินสินเชื่อของโจทก์ จำเลยได้ออก Letter of Comfort ให้แก่โจทก์ซึ่งมีข้อความตอนหนึ่งว่า " it is policy to ensure that the business of Metals is at all times in a position to meet its liabilities to you under the above arrangements"

ต่อมาตลาดซื้อขายโลหะตะกั่วทรุดหนักทำให้การดำเนินธุรกิจของ Metals ต้องล้มเลิกไป โจทก์จึงเรียกให้จำเลยชำระหนี้สินที่ Metals ค้างชำระทั้งหมด โดยอ้างถึงข้อความใน Letter of Comfort และเรียกร้องให้จำเลยรับผิดต่อโจทก์

จำเลยปฏิเสธต่อโจทก์ว่า Letter of Comfort ดังกล่าวไม่ใช่ข้อความผูกพันที่มีฐานะเป็นสัญญา และจำเลยไม่ได้เข้าค้ำประกันในการที่โจทก์ให้วงเงินสินเชื่อแก่ Metals จำเลยเพียงแต่แจ้งให้โจทก์ทราบถึงนโยบายของจำเลยในการที่จะรับรองว่าธุรกิจของ Metals อยู่ในสถานะที่สามารถรับภาระความรับผิดต่อโจทก์ได้ตลอดไป

ศาลชั้นต้นได้ตัดสินว่า Letter of Comfort เป็นหนังสือที่ใช้อยู่ในธุรกิจการค้าของธนาคาร และข้อความใน Letter of Comfort ถือว่าข้อตกลงทางการค้านั้นผูกพันตามกฎหมายได้ ข้อความดังกล่าวไม่เคลือบคลุมที่สามารถตีความเป็นอย่างอื่น ข้อความดังกล่าวจึงเป็นข้อสัญญาที่จำเลยมีต่อโจทก์ เมื่อ Metals ไม่สามารถรับภาระความรับผิดต่อโจทก์ได้ โจทก์จึงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายฐานผิดสัญญากับจำเลยได้

ศาลอุทธรณ์ โดย Lord Justice Ralph Gibson ได้พิจารณาและลำดับเหตุการณ์ในการออก Letter of Comfort ดังนี้ เดิมโจทก์ได้ขอให้จำเลยร่วมรับผิดกับ Metals ต่อมาโจทก์เปลี่ยนเงื่อนไขได้ Metals เป็นผู้กู้ และให้จำเลยเป็นผู้ค้ำประกัน แต่จำเลยปฏิเสธอ้างว่าเป็นนโยบายของบริษัทที่จะไม่ค้ำประกันการกู้เงินของบริษัทในเครือ โจทก์จึงขอให้จำเลยออก Letter of Comfort แทน โดยที่โจทก์เป็นผู้ร่าง และจำเลยได้ขอตัดทอนข้อความบางส่วนออก จากการออก Letter of Comfort แทนการค้ำประกัน โจทก์ได้คิดดอกเบี้ยเงินกู้เพิ่ม

จำเลยได้อธิบายถึงธุรกิจการธนาคารที่มีการใช้ Letter of Comfort อย่างแพร่หลาย Letter of Comfort ในคดีนี้ก็มีโครงสร้างเช่นเดียวกันกับที่ใช้กันทั่วไป คือประกอบด้วย

1.ข้อความที่แสดงถึงการรับรู้ (acknowledge/awareness) ของบริษัทแม่ในการกู้ยืมเงินของบริษัทในเครือ

2.ข้อตกลงของบริษัทแม่ ที่จะไม่ลดหรือถอนการลงทุนหรือการควบคุมบริษัทในเครือจนกว่าจะได้มีการชำระคืนเงินกู้เสร็จสิ้น

3.คำรับรองหรือยืนยันของบริษัทแม่ ที่แสดงว่าบริษัทในเครือมีความสามารถและอยู่ในฐานะที่สามารถชำระคืนเงินกู้ได้

และจำเลยอธิบายเพิ่มเติมว่า หากพิจารณา ในข้อ 3. ของ Letter of Comfort ในคดีนี้ จะเห็นได้ว่าไม่ใช่ข้อความที่เป็นข้อสัญญา (Contractual Promise) โดยจะเห็นความแตกต่างจากข้อ 2.อย่างชัดเจน และหากเห็นว่าข้อความมีลักษณะคลุมเครือ ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงประกอบ จำเลยก็ได้แสดงออกอย่างชัดแจ้งว่าไม่ประสงค์จะเข้าผูกพันในฐานะลูกหนี้ร่วมหรือผู้ค้ำประกัน นอกจากนี้จากการที่จำเลยไม่ค้ำประกันเงินกู้โจทก์ได้คิดอัตราดอกเบี้ยเพิ่มเติมอีกด้วย

L.J. Ralph Gibson มีความเห็นว่า การที่คู่สัญญาเรียกหนังสือที่ออกโดยจำเลยว่า Letter of Comfort ไม่ได้มีผลให้ข้อความในหนังสือมีผลบังคับน้อยลงแต่อย่างใด แต่เมื่อพิจารณาโดยละเอียดแล้ว ข้อความในข้อ 3.นี้ ไม่มีลักษณะเป็นข้อสัญญา (Contractual Promise) แต่เป็นเพียงการแสดงถึงข้อเท็จจริงปัจจุบัน (Statement of Present Fact / Representation of Fact) คู่สัญญาทราบดีว่า จำเลยไม่ยินยอมเข้าค้ำประกันและการตกลงให้จำเลยออก Letter of Comfort ก็เป็นเพียงความต้องการให้มีผลผูกพันเช่นว่านั้น ไม่ว่าจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงเบื้องหลัง (Factual Background)หรือจากเหตุการณ์แวดล้อมอื่นๆ

L.J. Ralph Gibson เห็นว่าไม่ปรากฏว่ามีเหตุสนับสนุนใดที่จะทำให้ข้อความในข้อ 3.มีผลผูกพันเป็นข้อสัญญาจึงพิพากษากลับคำพิพากษาศาลชั้นต้น จำเลยไม่ต้องรับผิดชำระคืนเงินกู้โดยผลของ Letter of Comfort ส่วนผลกระทบในเรื่องความรับผิดชอบทางจิตใจ (Moral Responsibility) ไม่อยู่ในอำนาจวินิจฉัยของศาลนี้

ดังนั้น ในการชี้ขาดของศาลที่ว่าเป็นที่รู้กันว่าการให้ประกันที่เกี่ยวข้องนั้นไม่มีเจตนาที่จะให้เป็นผลทางกฎหมาย letter of comfort นั้นก็ไม่มีผลทางกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม สถาบันการเงินที่ได้รับ Letter of Comfort อาจโต้แย้งว่าในเรื่องการปฏิเสธการแสดงข้อเท็จจริง หรือนโยบายที่ปรากฏตาม Letter of Comfort ในขณะที่ให้สินเชื่อว่า ถ้า ณ เวลานั้นข้อเท็จจริงที่ได้รับทราบนั้นไม่เป็นความจริง หรือทราบว่านโยบายที่ระบุไว้นั้นจะมีการเปลี่ยนแปลงโดยที่ผู้ออกสามารถคาดการณ์ได้ในอนาคต อาจเป็นไปได้ว่าจะมีการเรียกร้องสำหรับการให้ข้อเท็จจริงอันเป็นเท็จ (misrepresentation) โดยสถาบันการเงินจะฟ้องร้องโดยปฏิเสธในข้อเท็จจริงดังกล่าว

ในการพิจารณาผลในทางกฎหมายของ Letter of Comfort นั้น ควรจะพิจารณามุมมองของผู้สอบบัญชีของผู้สนับสนุนผู้ออก Letter of Comfort ด้วย ถ้าการกระทำดังกล่าวนี้บันทึกไว้นอกงบดุล (off-balance sheet) ของผู้สนับสนุน แสดงว่าผู้สอบบัญชีต้องการให้การออก Letter of Comfort นั้น ไม่ให้มีผลผูกพันทางกฎหมาย

COMFORT LETTER [11] เป็นกรณีซึ่งธนาคารอาจจะเรียกให้บริษัทในเครือของบริษัทต่างประเทศออกหนังสือค้ำประกัน ซึ่งบริษัทแม่มักจะเป็นผู้ออกให้ว่าบริษัทแม่นั้นเข้าใจถึงการให้ความช่วยเหลือทางการเงินให้แก่บริษัทลูกและจะรักษาสถานภาพการถือหุ้นในบริษัทในเครือ และจะให้ความช่วยเหลือแก่บริษัทในเครือตลอดไปในด้านการบริหารและการเงิน ปัญหาจึงมีอยู่ว่าการทำการตกลงสัญญา COMFORT LETTER นี้จะมีผลผูกพันตามกฎหมายหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาดังกล่าวต้องพิจารณาดูจากถ้อยคำและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งหาก COMFORT LETTER มีความประสงค์เพื่อใช้เป็น COMFORT จริง ๆ ก็ถือว่าไม่มีข้อผูกพันทางกฎหมาย

ดังนั้น ในการพิจารณาว่า Letter of Comfort นั้นจะมีผลผูกพันตามกฎหมายหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาทั้งข้อความ เจตนา ข้อเท็จจริง และเหตุการณ์แวดล้อมอื่นๆ ประกอบด้วย

ในบางครั้งผู้ให้สินเชื่อเองอาจไม่ต้องการผลผูกพันทางกฎหมายในการออก Letter of Comfort เพียงแต่ผู้ให้สินเชื่อต้องการความมั่นใจว่าโครงการนั้นมีความเป็นไปได้ที่จะดำเนินต่อไป เช่น ในโครงการที่มีส่วนในการพัฒนาประเทศ ในอดีตรัฐบาลต้องออก Letter of Comfort ให้แก่ผู้ให้สินเชื่อ หรือผู้รับเหมาก่อสร้าง เพื่อให้มั่นใจว่ารัฐบาลสนับสนุนให้โครงการนั้นเกิดขึ้น เป็นต้น

---

[11] อธึก อัศวานันท์, กิติพงศ์ อุรพีพัฒนพงศ์ , หลักประกันเกี่ยวกับกฎหมายธุรกิจการเงิน , (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), หน้า 26-27.

I16987378

2.3.1.6 การโอนใบอนุญาตในการดำเนินกิจการ

ในการให้สินเชื่อเพื่อพัฒนาโครงการอุตสาหกรรมนั้น ผู้ให้สินเชื่อต้องการให้โครงการสามารถดำเนินต่อไปได้มากกว่าที่จะให้โครงการหยุดชงักลง แต่ในกรณีที่โครงการไม่สามารถทำได้ตามเงื่อนไขที่ผู้ให้สินเชื่อกำหนดไว้ในสัญญาให้สินเชื่อ ผู้ให้สินเชื่อก็ต้องการที่จะเข้ามาดำเนินการแทน หรือหาบุคคลที่เหมาะสมเข้ามาดำเนินการแทนผู้กู้เพื่อพัฒนาโครงการให้ดำเนินต่อไปตามแผนการที่กำหนดไว้ตอนพิจารณาอนุมัติให้วงเงินสินเชื่อ สิ่งหนึ่งที่มีความสำคัญและจำเป็นต่อ ผู้ให้สินเชื่อ หรือบุคคลอื่นที่ผู้ให้สินเชื่อเห็นว่าเหมาะสม ในการดำเนินกิจการโครงการต่อจากเจ้าของโครงการเดิมโดยไม่ชงักนั้น นอกจากสัญญาต่างๆ ของโครงการแล้วก็คือใบอนุญาตต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับโครงการที่ได้รับจากหน่วยงานต่างๆ ของทางราชการ หรือใบอนุญาตประกอบกิจการสัมปทาน เป็นต้น

ในปัจจุบัน ผู้ให้สินเชื่อจึงเริ่มที่จะให้ผู้กู้ทำการโอนใบอนุญาตบางอย่างให้แก่ผู้ให้สินเชื่อไว้เป็นหลักประกันโดยมีการทำเป็นสัญญาสามฝ่ายระหว่างผู้กู้ (ผู้โอน) ผู้ให้กู้ (ผู้รับโอน) และหน่วยงานที่ออกใบอนุญาต (ผู้ให้ความยินยอม) เช่น สัญญาโอนใบอนุญาตประกอบกิจการในพื้นที่การนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย และสัญญาโอนใบอนุญาตสัมปทาน ซึ่งหนึ่งในข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญที่ผู้ให้สินเชื่อต้องการใบอนุญาตหรือสัญญาสัมปทานนั้นๆ เป็นหลักประกันนั่นก็คือรัฐต้องยินยอมให้เจ้าหนี้เข้าดำเนินการ หรือส่งบุคคลอื่นเข้าดำเนินการแทนเจ้าของโครงการเดิมในกรณีที่เจ้าของโครงการเดิมมีปัญหาในการชำระหนี้ อย่างไรก็ตามผู้ให้สินเชื่อ หรือบุคคลที่เข้าดำเนินการแทนก็ยังต้องยื่นคำขอใหม่เพียงแต่รัฐยินยอมที่จะออกใบอนุญาตให้ ซึ่งในปัจจุบันนี้รัฐก็ยินยอมทำสัญญาดังกล่าวร่วมกับเอกชนและผู้ให้สินเชื่อ (สถาบันการเงิน) บ้างแล้ว เช่นในโครงการทางด่วน โครงการอุตสาหกรรมปิโตรเคมีขั้นต้น เป็นต้น

2.3.2 ช่วงหลังจากที่โครงการได้เสร็จสมบูรณ์ (post - completion)

เป็นช่วงที่โครงการได้เสร็จสมบูรณ์ สามารถดำเนินโครงการได้ตามที่กำหนดไว้ในขั้นตอนการวางแผนโครงการ และสามารถปฏิบัติตามข้อกำหนดและเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาให้สินเชื่อตลอดจนเข้าสู่ช่วงการผลิตเชิงพาณิชย์แล้ว สิ่งที่ผู้ให้สินเชื่อสามารถเรียกเป็นหลักประกันได้นั้นมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.3.2.1 การจำนองเครื่องจักร

ในสมัยที่รัฐมีความจำเป็นจะต้องส่งเสริมการพัฒนาอุตสาหกรรมอย่างรีบด่วนเพื่อดำรงความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศชาติของเรา อุตสาหกรรมหลายประเภท ทั้งหนักและเบา ได้รับการส่งเสริมให้เกิดมีขึ้นมากมายทำให้มีการต้องใช้เงินทุนอย่างมหาศาลแต่เงินทุนที่ผู้ประกอบอุตสาหกรรมได้นำมาใช้นี้ ส่วนมากมักจะมีไม่เพียงพอ ต้องกู้ยืมจากธนาคารหรือ แหล่งให้กู้ยืมอื่นมาใช้เป็นเงินทุนในการดำเนินการ และในการกู้ยืมก็ต้องมีการประกัน ซึ่งอาจเป็นการค้ำประกันด้วยบุคคล หรือประกันด้วยทรัพย์ เช่น การจำนำ และจำนอง โดยเอาทรัพย์สินที่ดิน อาคารโรงงาน หรือเครื่องจักรมาเป็นประกัน เป็นต้น แต่ผู้ประกอบอุตสาหกรรมส่วนมากมีทรัพย์สินเป็นเครื่องจักรราคาแพงๆ ต้องการเอาเครื่องจักรมาเป็นประกันเงินกู้บ้าง ซึ่งในสมัยก่อนปีพุทธศักราช 2514 เหตุที่เครื่องจักรยังไม่ใช่สังหาริมทรัพย์ที่มีกฎหมายให้จดทะเบียนเพื่อจำนองได้ และแม้เครื่องจักรนั้นจะติดตั้งบนที่ดิน ก็ไม่ใช่ส่วนควบของที่ดินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 144 (มาตรา 107 เดิม) จึงไม่ใช่อสังหาริมทรัพย์ที่จะจำนองได้ ดังที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 399/2509 ว่าเครื่องจักรโรงสี แม้จะมีน้ำหนักหรือราคามากสักเท่าใด โดยสภาพย่อมถอดถอนโยกย้ายได้ มิใช่ทรัพย์ที่ติดอยู่กับที่ดินหรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดิน แต่ย่อมแยกออกจากตัวโรงสีได้ โดยไม่ต้องทำลายหรือทำให้ตัวโรงสีนั้นเปลี่ยนรูปทรง ฉะนั้น แม้เครื่องจักรจะเป็นสาระสำคัญของโรงสี ก็มิใช่ส่วนควบ แต่เป็นเพียงของใช้ประจำอยู่กับโรงสี จึงเป็นเครื่องอุปกรณ์ซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ไม่สามารถจำนองได้

สังหาริมทรัพย์ซึ่งอาจจำนองได้นั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 703 ได้จำกัดไว้แต่เฉพาะสังหาริมทรัพย์ดังต่อไปนี้ หากว่าได้จดทะเบียนไว้แล้วตามกฎหมาย คือ

(1) เรือกำปั่น หรือเรือมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟ หรือเรือยนต์มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป

(2) แพ

(3) สัตว์พาหนะ

(4) สังหาริมทรัพย์อื่น ๆ ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้ให้จดทะเบียนเฉพาะการ

ดังนั้น ในระหว่างที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้จดทะเบียนเครื่องจักรเพื่อจำนองได้ ผู้ประกอบอุตสาหกรรมที่ต้องการกู้เงิน โดยเอาเครื่องจักรมาเป็นประกันจึงได้รับความยุ่งยากมากมาตลอด เนื่องจากจะนำเครื่องจักรมาจำนำก็ขัดข้อง เพราะการจำนำต้องมีการส่งมอบเครื่องจักรแก่ผู้รับจำนำ ผู้ประกอบอุตสาหกรรมก็จะไม่มีเครื่องจักรไว้ใช้งาน บางกรณีก็ใช้วิธีการขายฝาก หรือทำสัญญาขายเครื่องจักรนั้นขาดให้แก่เจ้าหนี้ แล้วมาทำสัญญาเช่าซื้อเครื่องจักรนั้นคืนโดยผ่อนชำระเป็นงวดๆ ซึ่งวิธีการดังกล่าวมีความยุ่งยาก และก่อให้เกิดปัญหาตามมา

ใน ปี พ.ศ.2514 ได้มีพระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ.2514 และกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติดังกล่าวออกใช้บังคับ เพื่อให้เครื่องจักรเป็นสังหาริมทรัพย์ที่สามารถจดทะเบียนจำนอง และทำนิติกรรมอื่นได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ประกอบการจึงสามารถกู้ยืมเงินมาลงทุน โดยเอาเครื่องจักรไปทำจำนองเป็นประกันได้โดยสดวก จะเห็นได้ว่า การออกพระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักรนี้เป็นการส่งเสริมสนับสนุนการประกอบอุตสาหกรรมได้เป็นอย่างมาก

แต่อย่างไรก็ตาม เครื่องจักรที่จดทะเบียนได้ตามพระราชบัญญัตินี้ จะต้องเป็นเครื่องจักรที่ได้ระบุไว้ในบัญชีตามกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร เครื่องจักรที่ไม่มีระบุไว้ ก็ยังนำมาจดทะเบียน หรือจำนองยังไม่ได้[12]

เมื่อพระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 ได้มีผลใช้บังคับมาได้สักระยะหนึ่ง ปัญหาและอุปสรรคทางด้านกฎหมายบางประการก็มีพอสมควร ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ใน ปี พ.ศ.2530 ก็ได้มีพระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2530 ออกมา[13] โดยมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิเจ้าของเครื่องจักรในการอุทธรณ์คำสั่งของนายทะเบียน อำนาจนายทะเบียนเพิกถอนหนังสือสำคัญแสดงการจดทะเบียนเครื่องจักรและอำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ในการตรวจสอบเกี่ยวกับการปฏิบัติการตามกฎหมายนี้ เพื่อให้การบังคับการตามกฎหมายนี้เป็นไปโดยสมบูรณ์ยิ่งขึ้น และเพิ่มเติมบทบัญญัติเรื่องการออกใบแทนหนังสือสำคัญแสดงการจดทะเบียนเครื่องจักรและเรื่องการย้ายเครื่องจักรออกไปนอกสถานที่ตั้งให้ชัดเจนและถูกต้องตรงทางปฏิบัติยิ่งขึ้น รวมทั้งปรับปรุงกำหนดโทษและอัตราค่าธรรมเนียมให้เหมาะสมกับกาลสมัย[14] และได้มีการออกกฎกระทรวงเพื่อเพิ่มเติมเครื่องจักรที่สามารถจดทะเบียนได้ในบัญชีท้ายกฎกระทรวงอีกด้วย

---

[12]สวง สุขัคคานนท์, "การเอาเครื่องจักรประกันเงินกู้," บทบัณฑิตย์ 30 (2516) :672-676.

[13]ทินกร ไผ่แก้ว, คู่มือจดทะเบียนเครื่องจักร, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2534), หน้า 19-20.

[14]เรื่องเดียวกัน, หน้า 319.

ถึงแม้ว่า จะมี พระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร ออกมาแล้วก็ตาม ก็ยังมีอุปสรรค์ต่อผู้ประกอบกิจการอีกก็คือ การจดทะเบียนเครื่องจักรนั้นจะต้องมีการประกอบให้แล้วเสร็จเป็นเครื่องจักรที่สามารถใช้การได้เสียก่อน อีกทั้งเอกสารที่สำคัญในการขอจดทะเบียนเครื่องจักร ก็คือ ใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงาน ดังนั้น ในช่วงก่อนที่โครงการจะสามารถประกอบกิจการได้ตามพระราชบัญญัติโรงงาน โครงการก็ไม่สามารถนำเครื่องจักรที่ซื้อมาใช้ในโครงการมาจดทะเบียนเครื่องจักร เพื่อเป็นหลักประกันให้แก่ผู้ให้สินเชื่อโดยการจดจำนองเครื่องจักรได้ ซึ่งต้องรอนานถึง 1-2 ปี จึงจะสามารถจดทะเบียนเครื่องจักรได้ อีกทั้งในการนำเข้าเครื่องจักรสำหรับโครงการอุตสาหกรรมขนาดใหญ่จากต่าง ประเทศ เช่น โครงการอุตสาหกรรมปิโตรเคมี โครงการโรงกลั่นน้ำมัน เป็นต้น นั้นเครื่องจักรที่นำเข้ามานั้นก็จะนำเข้ามาเป็นชิ้นๆ ซึ่งแต่ละชิ้นก็มีขนาดใหญ่ เช่น ท่อส่งน้ำมัน หอกลั่น เป็นต้น แต่ยังไม่ได้ประกอบเป็นเครื่องจักร จากความเป็นจริงนี้ผู้ให้สินเชื่อก็เห็นว่าเครื่องจักรดังกล่าวนั้นมีราคามหาศาลมากน่าจะนำมาเป็นหลักประกันได้ แต่ เนื่องจากมีความขัดข้องในการจดทะเบียนเครื่องจักร จึงมีการคิดวิธีการนำมาใช้ให้เป็นประโยชน์ โดยนำมาเป็นหลักประกัน ซึ่งมีอยู่หลายวิธี เช่น การทำทรัสต์รีซีท การจำนำ เป็นต้น แต่วิธีการทำก็ยังมีข้อขัดข้องทางกฎหมายเช่น การทำทรัสต์รีซีท ผู้ให้สินเชื่อก็จะมีกรรมสิทธิ์ในเครื่องจักร และสินค้าอื่นๆ ที่นำมาทำทรัสต์รีซีท หากเครื่องจักรหรือสินค้านั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลภายนอกและทรัพย์สินของบุคคลภายนอก ก็มีปัญหาว่าใครจะเป็นผู้รับผิดต่อบุคคลภายนอก การขออนุญาตต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่นำมาทำทรัสต์รีซีทเป็นหน้าที่ใคร ต้องขออนุญาตในนามใคร เป็นต้น และถ้าหากเลี่ยงมาใช้วิธีการจำนำ การจำนำนั้นผู้รับจำนำต้องครอบครองทรัพย์ที่จำนำ ซึ่งก็เกิดปัญหาอีก เพราะหากนำทรัพย์มาไว้ที่ผู้ให้สินเชื่อก็จะเป็นการขัดข้องต่อผู้กู้ เพราะผู้กู้ก็จำเป็นต้องใช้ทรัพย์ที่จำนำในการติดตั้งหรือก่อสร้าง และหากผู้รับจำนำคืนทรัพย์ที่จำนำไปสู่ความครอบครองของผู้จำนำ ก็จะมีปัญหาคือทำให้การจำนำระงับ ผู้ให้สินเชื่อก็ไม่มีหลักประกันต่อไป เป็นต้น ซึ่งปัญหาส่วนนี้จะได้ พิจารณาในบทที่ 3 และบทที่ 4 ต่อไป

2.3.2.2 ทรัสต์รีซีท (Trust Receipts)

ปัจจุบันทรัสต์รีซีท (Trust Receipts) (T/R) เข้ามามีบทบาทอย่างมากต่อธุรกิจการนำเข้าสินค้าจากต่างประเทศ แต่โดยที่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่จะใช้บังคับกับทรัสต์รีซีทโดยเฉพาะเจาะจงทำให้เกิดความไม่แน่นอนเกี่ยวกับสิทธิต่างๆ ของคู่กรณีตามทรัสต์รีซีท โดย

เฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในสินค้านำเข้า ซึ่งนับเป็นประเด็นสำคัญ อันจะนำไปสู่การวินิจฉัยว่าใครจะเป็นผู้มีอำนาจจำนำสินค้า หรือสินค้าเช่นว่านั้นได้ตกอยู่ภายใต้ภาระจำนำแล้วหรือไม่[15]

ทรัสต์รีซีท[16] คือตราสารซึ่งเป็นหลักฐานแสดงว่า ได้มีสัญญาระหว่างธนาคารผู้เปิด Letter of Credit และลูกค้าผู้ขอให้เปิดเครดิตโดยธนาคารสัญญาจะมอบเอกสารที่ใช้ในการรับมอบสินค้าให้ผู้ขอเปิดเครดิต เพื่อไปรับสินค้าและนำไปขายได้ แต่กรรมสิทธิ์ในสินค้าให้เป็นของธนาคาร และฝ่ายผู้ขอเปิดเครดิตก็สัญญาว่าจะยึดถือเอกสารที่จะใช้ในการรับมอบสินค้าและสินค้าที่รับมารวมทั้งเงินที่ขายสินค้านั้นได้ไว้เพื่อประโยชน์ของธนาคาร

สัญญาแบบทรัสต์รีซีทนี้เกิดขึ้นจากระบบกฎหมาย Common Law กล่าวคือ เมื่อลูกค้าธนาคารจำนำสินค้าไว้กับธนาคารเพื่อเป็นประกันเงินกู้แล้ว ต่อมาลูกค้ามักจะมีความจำเป็นที่ต้องขอรับสินค้าคืนไปก่อน เพื่อนำสินค้านั้นไปขายก็อาจขอรับสินค้านั้นไปก่อนโดยความเชื่อถือของธนาคาร โดยที่การจำนำนั้นก็ยังมีผลอยู่ และลูกค้ารับสินค้าไปในลักษณะตัวแทนทางการค้า เมื่อลูกค้าขายสินค้าให้ผู้ซื้อไป ผู้ซื้อก็มีสิทธิได้กรรมสิทธิ์ในสินค้านั้น ส่วนสิทธิของธนาคารนั้นธนาคารจะเป็นผู้รับจำนำสินค้าโดยมีสินค้าที่จำนำเป็นหลักประกันไปจนถึงเวลาที่ลูกค้าขายของไป เมื่อมีการขายสินค้าไปแล้วหลักประกันของธนาคารก็คือเงินค่าขายสินค้านั้น (คำพิพากษาคดี Lloyds Bank Ltd. V Bank of America National Trust and Savings Association, (1938)2KB 147, (1938) 2 All ER 63, CA, อังกฤษ) ศาลอังกฤษได้ขยายความในคดีต่อมาว่าธนาคารมีสิทธิในฐานะผู้รับจำนำในอันที่จะขายทรัพย์ที่จำนำนั้นโดยตั้งให้ลูกค้า (ลูกหนี้) เป็นตัวแทนในการขาย เพราะลูกค้าเป็นผู้ชำนาญในการขายสินค้านั้นๆ อยู่แล้ว (Re David Allester Ltd., (1992) 2ch 211)

ตามหลักกฎหมายไทยและแนวคำพิพากษาศาลไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้บัญญัติห้ามการจัดตั้งทรัสต์ ตามความหมายของระบบกฎหมายคอมมอนลอร์ ไว้ในมาตรา 1686 ว่า "อันทรัสต์นั้น จะก่อตั้งขึ้นโดยตรงหรือโดยทางอ้อมหรือด้วยพินัยกรรมหรือด้วย

---

[15] ณรงค์พันธ์ กุลนานันท์, "ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้สินค้าเป็นหลักประกันสินเชื่อ," (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 21.

[16] อธึก อัศวานันท์, กิติพงศ์ อุรพีพัฒนพงศ์ , หลักประกันเกี่ยวกับกฎหมายธุรกิจการเงิน , หน้า 44-47.

นิติกรรมใดๆ ที่มีผลในระหว่างชีวิตก็ดี หรือเมื่อตายแล้วก็ดี หามีผลไม่" และจากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาได้วินิจฉัยวางหลักเกี่ยวกับทรัสต์รีซีทไว้ดังนี้

(1) ทรัสต์รีซีท เป็นสัญญาต่างตอบแทนตามมาตรา 369 ป.พ.พ. ที่ไม่เข้าลักษณะเอกเทศสัญญาตามบรรพ 3 ป.พ.พ. แต่เป็นสัญญาซึ่งลูกหนี้(ผู้ซื้อสินค้า) โอนกรรมสิทธิ์ในสินค้าซึ่งเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งหรือเงินค่าขายสินค้าได้ให้แก่ธนาคารผู้เป็นเจ้าหนี้ ดังนั้นตราบใดที่ยังไม่มีการชำระราคาค่าสินค้าแก่ธนาคารเจ้าหนี้ ลูกหนี้(ผู้ซื้อสินค้า) จะเรียกเอาสินค้าดังกล่าวคืนจากธนาคารไม่ได้ ธนาคารจึงเป็นทั้งเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องให้ใช้ราคาสินค้าที่จ่ายทดรองไปและเป็นเจ้าของไปพร้อมๆ กัน (คำพิพากษาฎีกาที่ 6/2517 และ 2157/2524)

(2) การทำทรัสต์รีซีท เป็นสัญญาซึ่งลูกหนี้(ผู้ซื้อสินค้า) โอนกรรมสิทธิ์ในสินค้าซึ่งเป็นทรัพย์เฉพาะสิ่งให้แก่ธนาคารซึ่งเป็นเจ้าหนี้ จึงเป็นการก่อตั้งทรัพย์สิทธิ(Real Right) โดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1298 หากเจ้าหนี้อื่นยึดสินค้าดังกล่าวไปเพื่อชำระหนี้ ธนาคารเจ้าหนี้มีสิทธิที่จะร้องขอให้ปล่อยสินค้าดังกล่าว(คำพิพากษาฎีกาที่ 6/2517)

(3) การทำทรัสต์รีซีท เป็นเพียงวิธีการผ่อนปรนของธนาคารเจ้าหนี้ผู้เปิดเลตเตอร์ออฟเครดิต ให้ผู้ซื้อสินค้าซึ่งเป็นลูกหนี้ได้มีโอกาสนำสินค้าที่สั่งซื้อมาด้วยการเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตออกจากท่าเรือไปขาย เพื่อนำเงินมาชำระหนี้ตามสัญญาเลตเตอร์ออฟเครดิต(คำพิพากษาฎีกาที่ 1010/2524)

(4) สัญญาทรัสต์รีซีท เป็นสัญญาต่อเนื่องกับสัญญาเลตเตอร์ออฟเครดิต การทำทรัสต์รีซีทจึงไม่ทำให้หนี้ตามเลตเตอร์ออฟเครดิตระงับสิ้นไป(คำพิพากษาฎีกาที่ 1010/2524)

(5) การทำทรัสต์รีซีท เป็นการที่ลูกค้า(ผู้ซื้อสินค้า) แสดงเจตนายกกรรมสิทธิ์ในสินค้าที่สั่งซื้อจากผู้ขายสินค้าให้กับธนาคารผู้เปิดเลตเตอร์ออฟเครดิต เพื่อเป็นการตอบแทนในการที่ธนาคารมอบเอกสารการขนส่ง(Shipping Documents) ให้ผู้ซื้อสินค้าเพื่อไปรับสินค้าจากท่าเรือ แม้ลูกค้าจะเป็นผู้ครอบครองหรือยึดถือไว้แทนธนาคาร(คำพิพากษาฎีกาที่ 1150/2524)

(6) การทำสัญญาทรัสต์รีซีท มีผลทำให้เงินที่ผู้ซื้อสินค้าได้จากการจำหน่ายสินค้าตกเป็นของธนาคารทันที เนื่องจากธนาคารเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสินค้าดังกล่าว แม้ผู้ซื้อสินค้าจะเป็นผู้ครอบครองเงินค่าขายสินค้าได้ก็เป็นการครอบครองหรือยึดถือไว้แทนธนาคารเพื่อชำระหนี้ตามสัญญาขอเปิดเลตเตอร์ออฟเครดิตและตามสัญญาทรัสต์รีซีท เงินที่ผู้ซื้อสินค้าได้มาจากการขายสินค้านั้น ธนาคารมีสิทธินำมาหักค่าสินค้าที่ธนาคารชำระแทนลูกค้าไป รวมทั้งหนี้ที่เกี่ยวข้อง เช่น ค่าธรรมเนียม และค่าอากรแสตมป์ หากมีเหลือต้องคืนให้ลูกค้า แต่หากเงินที่ขายสินค้าได้ไม่พอชำระหนี้ดังกล่าว ผู้ซื้อสินค้าต้องรับผิดชำระหนี้ส่วนที่ขาดอีกจนครบ(คำพิพากษาฎีกาที่ 2157/2524)

หอสมุดกลาง สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สรุปได้ว่า แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาไทย เห็นว่า บุคคลที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์สินค้าตามสัญญาเลตเตอร์ออฟเครดิตก็คือ ผู้ซื้อสินค้า และบุคคลที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสินค้าตามสัญญาทรัสต์รีซีท คือ ธนาคาร ผลของคำวินิจฉัยของศาลฎีกา เป็นการปกป้องคุ้มครองธนาคาร

เนื่องจากทรัพย์ที่จะเป็นวัตถุแห่งสัญญาทรัสต์รีซีท เกิดจากการซื้อขายระหว่างประเทศ ดังนั้น ทรัพย์ที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาจึงต้องเป็นสังหาริมทรัพย์เท่านั้น จึงเกิดประเด็นปัญหาขึ้นมาว่า การทำสัญญาทรัสต์รีซีทภายในประเทศโดยไม่ต้องมี Shipping Document ได้หรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ในบทที่ 3 และ 4 ต่อไป

2.3.2.3 floating charge

Charge[17] เป็นหลักประกันที่เกิดขึ้นในกฎหมายระบบ Common Law เป็นข้อตกลงระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ว่าเจ้าหนี้จะได้รับเงินที่ได้จากทรัพย์สิน โดยเจ้าหนี้จะเป็นเจ้าหนี้มีประกันที่มีสิทธิก่อนเจ้าหนี้ไม่มีหลักประกันอื่นๆ และผู้ที่เข้ามาได้ภาระผูกพันภายหลัง ซึ่ง Charge จะแบ่งออกเป็น Fixed Charge และ Floating Charge

ในส่วนของ Fixed Charge นั้น เป็นหลักประกันที่มีการกำหนดตัวทรัพย์ที่นำมาประกันแน่นอนว่าเป็นทรัพย์สินอันไหน สิ่งไหน ส่วน Floating Charge นั้น ในขณะที่ตกลงกันยังไม่มีการกำหนดตัวทรัพย์ที่นำมาประกันแน่นอนว่าเป็นทรัพย์สินสิ่งไหน แต่จะกำหนดให้ทรัพย์สินกลุ่มใดมี Charge ครอบคลุมอยู่ อย่างไรก็ตามลูกหนี้ยังมีอำนาจในการจัดการทรัพย์สินนั้นอย่างปรกติการค้า เช่น การนำสินค้าในห้างสรรพสินค้าไปทำ Floating Charge ลักษณะของสินค้าในห้างมีการเปลี่ยนแปลงอยู่เรื่อยๆ กล่าวคือ จะมีการซื้อ การขายสินค้า เข้าออกอยู่เรื่อยๆ และตลอดเวลา และ ลูกหนี้สามารถบริหารสินค้าของตนเองได้อย่างปรกติการค้าถึงแม้ว่าจะมีการนำสินค้าไปทำ Charge แล้วก็ตาม ในส่วนของเจ้าหนี้ที่รับสินค้าในห้างสรรพสินค้า ก็มีหลักประกันคลุมอยู่บนตัวสินค้าในห้างที่ยังไม่เฉพาะเจาะจงว่าเป็นสินค้าตัวไหน ต่อเมื่อเกิดผลบังคับขึ้น (Crystallisation) Floating Charge จึงจะกลายมาเป็น Fixed Charge

---

[17] ณรงค์ กุลนานันท์, "ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้สินค้าเป็นหลักประกันสินเชื่อ," (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 61 - 70.

การทำสัญญา Floating Charge นั้น เป็นหลักประกันที่เกิดขึ้นในปัจจุบันที่ครอบคลุมกลุ่มทรัพย์สินอยู่ ซึ่งเจ้าหนี้มีสิทธิในทรัพย์สินอันเป็นหลักประกันทันที แต่ยังไม่มีผลต่อทรัพย์สินใดโดยเฉพาะเจาะจง เพียงแต่รอการมีผลบังคับ (Crystallisation) เท่านั้น ซึ่งผลบังคับนั้นจะเป็นเหตุการณ์หรือการกระทำที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือตามกฎหมาย

กรณีที่จะทำให้เกิดผลบังคับ (Crystallisation) แยกเป็น 2 ประเภท คือ

1. กรณีที่กำหนดในสัญญาซึ่งอาจกำหนดได้ 2 แบบ คือ

(1.) กำหนดให้มีผลบังคับโดยอัตโนมัติ (Automatic Crystallisation) เมื่อเกิดเหตุการณ์อันใดอันหนึ่งเกิดขึ้น

(2.) กำหนดเงื่อนไขเหตุการณ์ไว้ และเมื่อถึงเหตุการณ์นั้นเจ้าหนี้ก็จะต้องกระทำการอันใดอันหนึ่งในการเข้าจัดการทรัพย์ประกันนั้น จึงจะเกิดผลบังคับ

2. กรณีที่ Crystallisation เกิดโดยผลของกฎหมาย (By Operation of Laws) มี 3 เหตุ[18] คือ

(1.) ลูกหนี้ถูกชำระบัญชี (Liquidation) ไม่ว่าโดยมติของผู้ถือหุ้นเดิมหรือโดยคำสั่งศาล

(2.) ลูกหนี้ถูกพิทักษ์ทรัพย์โดยศาล ไม่ว่าใครจะเป็นผู้ขอก็ตาม และไม่ต้องรอให้มีการพิทักษ์ทรัพย์จริงๆ แค่มีการตั้งผู้พิทักษ์ทรัพย์ก็เกิดผลบังคับแล้ว หรือ เมื่อมีการบังคับหลักประกันโดยเจ้าหนี้ ไม่ว่าโดยการเข้ามาครอบครองทรัพย์สินหรือขอให้ศาลสั่ง

(3.) ลูกหนี้เลิกกิจการ (Cease Business) ไม่ว่าจะโดยสมัครใจ หรือเพราะหนี้สินล้นพ้นตัว

การเกิดผลบังคับ (Crystallisation) ทำให้อำนาจในการจัดการบริหารทรัพย์สินของลูกหนี้ที่เป็นหลักประกันนั้นหมดไป และทำให้ Floating Charge กลายเป็น Fixed Charge ติดตัวทรัพย์นั้น การเกิดผลบังคับไม่ต้องมีการจดทะเบียน เพราะไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิในทรัพย์หลักประกันใหม่ขึ้นแต่อย่างใด เพียงแต่ทำให้ Charge ซึ่งครอบคลุมทรัพย์อยู่อย่างลอยๆ (Floating) ให้มาติดตัวทรัพย์ (Attach) เท่านั้น

---

[18] G.A. PENN, A.M.SHEA and A.ARORA, The Law Relating to Domestic Banking, (London, Sweet & Maxwell : 1987), p.62.

2.3.2.4 การจำนำสิทธิ

การจำนำ เป็นการให้ประกันเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้อย่างหนึ่งแก่เจ้าหนี้ แบ่งออกเป็นการจำนำทรัพย์สินซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์ และจำนำสิทธิซึ่งมีตราสาร

การจำนำทรัพย์สินซึ่งเป็นสังหาริมทรัพย์ นั้นสาระสำคัญอยู่ที่การส่งมอบทรัพย์ที่จำนำ

การจำนำสิทธิซึ่งมีตราสาร สิทธซึ่งมีตราสารที่สามารถนำมาจำนำได้ คือ ใบตราส่ง ใบประทวนสินค้า ตั๋วเงิน หุ้น และหุ้นกู้ของบริษัท

ในส่วนของการจำนำตั๋วเงินนั้น มาตรา 926 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทำได้ โดยการสลักหลังตั๋วเงินและไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวแก่ลูกหนี้ของตั๋วเงิน คือ ไม่ต้องบอกกล่าวผู้สั่งจ่าย ผู้สลักหลังคนก่อนๆ ผู้รับรอง ผู้อาวัล ผู้ทรงที่ได้รับตั๋วเงินมาด้วยการสลักหลังจำนำเป็น ผู้รับจำนำอาจใช้สิทธิเรียกร้องเงินตามตั๋วเงินได้เมื่อตั๋วเงินถึงกำหนด ซึ่งข้อจำกัดสิทธิของผู้รับจำนำก็คือในการสลักหลังต่อไปนั้น ผู้รับจำนำสลักหลังในฐานะตัวแทนสลักหลังเท่านั้น คือจะให้สิทธิแก่ผู้รับโอนไปทั้งหมดไม่ได้ ผู้รับโอนจะเก็บเงินไปเป็นประโยชน์แก่ตนทั้งหมดไม่ได้เมื่อเรียกเก็บเงินได้มาก็หักเอาได้เท่ากับจำนวนที่ตั๋วเงินนั้นเป็นประกันหนี้เท่านั้นที่เหลือก็คืนผู้ประกันไป

ในโครงการส่วนใหญ่ผู้ให้สินเชื่อจะให้โครงการนำตั๋วสัญญาใช้เงินที่โครงการได้รับหรือถืออยู่มาจำนำเพื่อเป็นหลักประกันแก่ผู้ให้สินเชื่อด้วย อีกทั้ง ผู้ให้สินเชื่ออาจกำหนดให้ผู้สนับสนุนโครงการนำหุ้นของโครงการที่ผู้สนับสนุนถืออยู่มาจำนำไว้กับผู้ให้สินเชื่อเพื่อเป็นหลักประกันด้วยเช่นกัน ซึ่งก็เป็นวิธีการหนึ่งที่ผู้ให้สินเชื่อดึงผู้สนับสนุนเข้ามามีส่วนรับผิดในโครงการแบบ Limited Recourse

ในปัจจุบัน สถาบันการเงินได้รับเอาสมุดเงินฝากประจำ และใบรับเงินฝากประจำเป็นหลักประกัน จึงมีปัญหาว่าการที่สถาบันการเงินรับเอาสมุดเงินฝากประจำ และใบรับเงินฝากประจำเป็นหลักประกันนี้ เป็นการจำนำสิทธิซึ่งมีตราสารหรือไม่? ซึ่งในเรื่องนี้จะได้อธิบายในบทที่ 3 ต่อไป

2.3.3 หลักประกันที่ธนาคารจะเรียกใช้ทั้งก่อน และหลังจากที่การโครงการเสร็จสมบูรณ์

2.3.3.1 การโอนสิทธิเรียกร้องและผลประโยชน์ในสัญญาเป็นหลักประกัน

สัญญาโครงการระยะยาวที่เจ้าของโครงการจัดทำกับผู้ให้ใช้เทคโนโลยี ผู้ขายเครื่องจักร ผู้ขายวัตถุดิบ หรือผู้ใช้บริการหรือผู้ซื้อผลิตภัณฑ์ เช่นสัญญาซื้อขายระยะยาว (long term supply and sale contract) ของโครงการเป็นต้น ซึ่งสัญญาดังกล่าวมาข้างต้นนี้อาจเป็นแหล่งสำคัญในการหาเงินทุนทางอ้อมได้ สถาบันการเงินหรือผู้ให้สินเชื่อจึงควรวินิจวิเคราะห์อย่างรอบคอบที่จะใช้สิทธิตามสัญญาต่างๆ เพื่อเป็นประโยชน์แก่ตนให้มากที่สุด ดังนั้นถ้าสัญญาดังกล่าวไม่สามารถโอนได้เพื่อที่ว่าบุคคลที่ผู้ให้สินเชื่อส่งเข้ามาดำเนินการแทนผู้ประกอบการเดิมจะได้ไม่ต้องเข้าไปเจรจาเงื่อนไขสัญญากับคู่สัญญาเดิมอันมีผลทำให้โครงการต้องล่าช้าออกไป หรือไม่สามารถทำได้เลยในกรณีที่ไม่อาจตกลงสัญญาใหม่กันได้ และผู้มีความสามารถในการปฏิบัติตามสัญญานั้นมีอยู่รายเดียวหรือน้อยรายในโลก ก็อาจทำให้โครงการสดุดหยุดลงได้

(ก) สัญญาขายผลิตภัณฑ์ (offtake agreement) และ สัญญาซื้อวัตถุดิบ (feedstock agreement) เพื่อใช้ในการผลิตผลิตภัณฑ์ตามสัญญา offtake agreement สัญญาระยะยาวใน การจัดหาวัตถุดิบสำหรับโครงการ ณ ราคาที่ตายตัว (fixed price) หรือราคาตามส่วน (scale price) อาจเป็นสิ่งที่น่าพิจารณาเพื่อให้โครงการสามารถดำรงอยู่ได้ ในบางครั้งผู้ให้สินเชื่ออาจพิจารณาให้สินเชื่อโดยให้ความสำคัญที่สัญญา offtake agreement ที่มีอยู่ระหว่างเจ้าของโครงการและผู้ซื้อ หรือสัญญา feedstock agreement ที่มีอยู่ระหว่างเจ้าของกิจการและผู้ขายวัตถุดิบ

สัญญา offtake agreement และ สัญญา feedstock agreement มีหลายรูปแบบ ดังนี้

take or pay agreement ตามทัศนะของสถาบันการเงิน สัญญารูปแบบนี้เป็นสัญญาแบบที่สถาบันการเงินต้องการมากที่สุด หนี้ของผู้ซื้อผลิตภัณฑ์ หรือผู้ใช้บริการภายใต้สัญญารูปแบบนี้นั้นเป็นแบบไม่มีเงื่อนไขไม่ว่าโครงการจะส่งมอบผลิตภัณฑ์หรือให้บริการแก่ผู้ซื้อหรือไม่ก็ตาม สัญญารูปแบบนี้เป็นสัญญาหลักประกันทางอ้อมที่ให้โดยผู้ซื้อผลิตภัณฑ์หรือผู้ใช้บริการ โดยผู้ซื้อหรือผู้ใช้บริการยินยอมผูกพันในการจ่ายเงินในจำนวนที่แน่นอน หรือจำนวนขั้นต่ำเพื่อให้ครอบคลุมเงินต้น ดอกเบี้ยเงินกู้ (โดยเอาเข้าบัญชีดอกเบี้ยในอนาคตและการขึ้นลงของอัตราแลกเปลี่ยน) และการบริหารต้นทุนของโครงการประเภทของโครงการที่สัญญารูปแบบนี้สามารถนำไปใช้ได้คือ โรงกลั่นน้ำมัน โรงงานบำบัดน้ำเสีย โรงงานที่เกี่ยวกับท่อส่งสินค้า (pipelines plants)

ข้อควรระวังในการร่างสัญญารูปแบบ take or pay คือ บางครั้งศาลอาจไม่บังคับสัญญาที่ค่าตอบแทนตามสัญญาที่ไม่เหมาะสมอย่างเห็นได้ชัด ตัวอย่าง เช่น บริษัทน้ำมันจ่ายค่าน้ำมันในราคาที่สูงกว่าราคาตลาดในน้ำมันที่รับตามสัญญา

take and pay agreement ต่างจากสัญญาแบบ take or pay คือ ภาระหนี้สินในการชำระหนี้เกิดขึ้นเมื่อผู้ซื้อได้รับผลิตภัณฑ์จริงเท่านั้น ถึงแม้ว่าในบางกรณีหนี้ในการรับผลิตภัณฑ์นั้นยังคงไม่มีเงื่อนไข ในทัศนะของสถาบันการเงิน วิธีนี้สถาบันการเงินไม่ค่อยชอบนัก เนื่องจากการชำระหนี้ขึ้นอยู่กับการดำเนินการของโครงการซึ่งได้รับมอบหมาย และเป็นที่พอใจอย่างต่อเนื่อง (which is commissioned and continuing to function satisfactorily)

take if need agreement เป็นรูปแบบของสัญญาที่ขึ้นอยู่กับความกรุณาของผู้ซื้อ และในทัศนะของสถาบันการเงินสัญญารูปแบบนี้มีคุณค่าที่ค่อนข้างต่ำ

รูปแบบของสัญญา offtake agreement และ feedstock agreement มีความสำคัญมากในการพิจารณาให้สินเชื่อ ดังนั้น ในการร่างสัญญา offtake agreement และ feedstock agreement หรือก่อนทำสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญา offtake agreement และ feedstock agreement ผู้ให้สินเชื่อมักจะให้ผู้กู้เจรจากับผู้ซื้อและผู้ขายในการยกเว้นสิทธิของผู้ซื้อหรือผู้ขายในการลดปริมาณผลิตภัณฑ์หรือบริการที่จะรับหรือขาย หรือยกเว้นสิทธิในการยกเลิกสัญญาด้วย เมื่อได้ตามเงื่อนไขที่ผู้ให้สินเชื่อต้องการแล้วผู้ให้สินเชื่อจึงจะยอมที่จะร่วมทำสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อเป็นหลักประกัน ซึ่งวิธีการโอนสิทธิเรียกร้องนั้น ผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วในข้อ 2.3.1.2 ข้างต้น

(ข) สัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาทางด้านวิศวกรรมโครงการ (consultancy agreement)

เป็นสัญญาจ้างวิศวกรเพื่อเป็นที่ปรึกษาโครงการ ซึ่งที่ปรึกษาจะเป็นผู้แนะนำทางด้านวิศวกรรมแก่เจ้าของโครงการ และเป็นผู้ร่วมอนุมัติการปฏิบัติงานของผู้รับเหมาอีกผู้หนึ่งด้วย ซึ่งวิธีการโอนสิทธิเรียกร้องนั้น ผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วในข้อ 2.3.1.2 ข้างต้น

(ค) สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในการก่อสร้างโรงงาน (license agreement)

ส่วนใหญ่ในโครงการที่ใช้เทคโนโลยีในการผลิตผลิตภัณฑ์หรือบริการ จะมีการใช้ความรู้ความสามารถพิเศษในกระบวนการผลิตที่มีการคิดค้น และมีผู้ที่เป็นเจ้าของสิทธิมีไม่กี่รายในโลกหรือรายเดียว ซึ่งการที่โครงการจะใช้สิทธินั้นได้จะต้องมีการขออนุญาตใช้สิทธิจากเจ้าของสิทธิและเสียค่าสิทธิก่อน ดังนั้น เมื่อโครงการได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิในการก่อสร้างโดยจัดทำเป็นสัญญาอนุญาตใช้สิทธิในการก่อสร้างโรงงาน หรือสัญญาอนุญาตใช้สิทธิในกรรมวิธี หรือกระบวนการผลิต เป็นต้น ผู้ให้สินเชื่อก็มักจะกำหนดสัญญาให้ผู้กู้โอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาให้แก่ผู้ให้สินเชื่อ เพื่อที่ว่าเมื่อเกิดกรณีที่ผู้กู้ผิดนัดตามสัญญาให้สินเชื่อผู้ให้สินเชื่อจะสามารถเข้ามาแทนที่ผู้กู้ในสัญญาอนุญาตใช้สิทธิได้ทันทีโดยที่ผู้ให้สินเชื่อไม่ต้องเริ่มต้นเจรจากับผู้ให้สิทธิใหม่ และเพื่อไม่ทำให้โครงการหยุดชงักลง สำหรับวิธีการโอนสิทธิเรียกร้องนั้น ผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วในข้อ 2.3.1.2 ข้างต้น

(ง) การโอนสิทธิในการรับผลประโยชน์ในกรมธรรม์ประกันภัยทรัพย์สินเมื่อกิจการดำเนินการเชิงพาณิชย์แล้วเป็นประกัน

ผู้ให้สินเชื่อจะกำหนดให้ผู้กู้จัดทำประกันภัยเมื่อโครงการได้เริ่มดำเนินการเชิงพาณิชย์แล้ว โดยกำหนดประเภทของการประกันภัย และกำหนดวงเงินเอาประกันขั้นต่ำไว้เป็นเงื่อนไขในสัญญาให้สินเชื่อ และโอนสิทธิในการรับผลประโยชน์ให้แก่ผู้ให้สินเชื่อ โดยในช่วงนี้ผู้ให้สินเชื่อมักจะกำหนดให้ผู้กู้ จัดทำประกันภัยแบบครอบคลุมความเสี่ยงภัยทั้งหมดของโครงการ และจัดทำประกันภัยแบบประกันการขาดรายได้ของโครงการในกรณีธุรกิจหยุดชงัก (business interruption) ซึ่งก็เป็นวิธีการประกันความเสี่ยงภัยอีกประการหนึ่งของผู้ให้สินเชื่อ กล่าวคือ เพื่อให้เจ้าของโครงการได้รับค่าสินไหมทดแทนไปปรับปรุงซ่อมแซมโรงงาน และหรือเครื่องจักรที่เกิดอุบัติเหตุหรือเสียหายในช่วงที่โครงการดำเนินการเชิงพาณิชย์แล้วให้ใช้งานได้ตามปรกติ ซึ่งโดยปรกติแล้วผู้ให้สินเชื่อจะกำหนดให้ผู้กู้กำหนดให้ผู้ให้สินเชื่อเป็นผู้รับผลประโยชน์ และผู้ให้สินเชื่อจะจ่ายค่าสินไหมทดแทนคืนแก่เจ้าของโครงการเมื่อเจ้าของโครงการได้ดำเนินการซ่อมแซมโรงงานและหรือเครื่องจักรที่เสียหายเรียบร้อยแล้ว และมีการกำหนดให้ผู้กู้ระบุเงื่อนไข Cut Through Clause ไว้ในกรมธรรม์ประกันภัยด้วย (ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 2.3.1.3)

(จ) สัญญาให้การสนับสนุนโดยกลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่ (Shareholders Support Agreement หรือ Shareholders Undertaking Agreement)

เป็นคำมั่นซึ่งผู้ถือหุ้นรายใหญ่หรือผู้สนับสนุนโครงการให้ไว้แก่ผู้ให้สินเชื่อว่าจะสนับสนุนโครงการทั้งก่อนและหลังจากที่โครงการเสร็จสมบูรณ์

คำมั่นที่ผู้ถือหุ้นรายใหญ่หรือผู้สนับสนุนโครงการให้ก่อนที่โครงการเสร็จสมบูรณ์ คือ

(1) ผู้ถือหุ้นจะดำรงสัดส่วนโครงสร้างการถือหุ้นผู้ถือหุ้นมีความผูกพันที่จะต้องเข้าจองซื้อหุ้น และชำระค่าหุ้นในกรณีมีการเพิ่มทุนจดทะเบียนตามกำหนดเวลาที่โครงการเรียกเก็บ

(2) ผู้ถือหุ้นทุกรายมีความผูกพันที่จะต้องเพิ่มเงินลงทุนในโครงการในกรณีที่เกิดค่าใช้จ่ายสูงกว่าที่ได้ประมาณการไว้ (Cost Overrun)

คำมั่นที่ผู้ถือหุ้นรายใหญ่หรือผู้สนับสนุนโครงการให้หลังจากที่โครงการเสร็จสมบูรณ์ คือ

(1) ผู้ถือหุ้นมีความผูกพันที่จะต้องให้ความสนับสนุนทางด้านการเงินแก่โครงการในกรณีที่โครงการมีปัญหาในเรื่องเงินทุนหมุนเวียน สภาพคล่องเงินสด (Cash Flow) หรือปัญหาการชำระคืนเงินต้นและหรือดอกเบี้ยแก่ธนาคาร ซึ่งในข้อตกลงนี้จะมีการกำหนดจำนวนเงินขั้นสูงที่ผู้ถือหุ้นจะต้องเข้าร่วมให้การสนับสนุนโครงการไว้ว่าจะไม่เกินจำนวนเท่าไร

(2) ผู้ถือหุ้นรายใหญ่มีความผูกพันที่จะต้องรับภาระการผิดสัญญาของผู้ถือหุ้นรายอื่นๆ

ในบางโครงการผู้ให้สินเชื่ออาจกำหนดให้ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ หรือสนับสนุนขอหนังสือค้ำประกันจากธนาคารมาเป็นหลักประกันให้แก่ผู้ให้สินเชื่อด้วยเพื่อเป็นหลักประกันว่าผู้ถือหุ้นรายใหญ่หรือผู้สนับสนุนจะปฏิบัติตามสัญญาให้การสนับสนุน โดยมีการกำหนดวงเงินค้ำประกันและแบบฟอร์มของหนังสือค้ำประกันไว้ในสัญญาให้สินเชื่อและสัญญาให้การสนับสนุน ซึ่งอาจกำหนดให้เอกสารนี้เป็นส่วนหนึ่งของเงื่อนไขบังคับก่อน (Condition Precedent) ที่โครงการจะต้องทำก่อนที่โครงการจะสามารถเบิกเงินกู้ได้ โดยผู้สนับสนุนอาจกำหนดให้ผู้กู้เป็นผู้ออกค่าธรรมเนียมการออกหนังสือค้ำประกันในการออกหนังสือค้ำประกันนี้ด้วย

2.3.3.2 หลักประกันอันเป็นเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัญญาให้สินเชื่อ

เงื่อนไขในสัญญาให้สินเชื่อที่มีลักษณะเป็นหลักประกันตามความหมายอย่างกว้างดังที่กล่าวถึงในหัวข้อ 2.1.1.2 มีดังต่อไปนี้

(ก) เงื่อนไขบังคับก่อน (Condition Precedent)[19]

เป็นเงื่อนไขที่กำหนดให้ผู้กู้จะต้องกระทำก่อนมีการเบิกเงินกู้ ทั้งนี้เพื่อให้ผู้ให้สินเชื่อมีความมั่นใจว่าหลักฐานทุกอย่างและกิจการที่กระทำเป็นไปตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นหลักประกัน เอกสารต่างๆ นอกเหนือจากหนังสือความเห็นกฎหมาย เงื่อนไขบังคับก่อนนี้มักจะกำหนดให้รวมถึงการที่ผู้กู้จะต้องกระทำคำรับรอง (Representation and Warranty) ให้เป็นไปโดยถูกต้อง

(ข) คำมั่น หรือข้อตกลงที่จะกระทำหรืองดเว้นกระทำการ (Covenant)[20] และคำมั่นหรือข้อตกลงในเรื่องประกันภัย (Insurance Covenant)

(ข.1) คำมั่น หรือข้อตกลงดังกล่าวในสัญญาให้สินเชื่อนี้เป็นเรื่องที่ผู้กู้ตกลงกับผู้ให้สินเชื่อว่าจะกระทำหรืองดเว้นกระทำการให้เป็นไปตามสัญญา คำมั่นหรือข้อตกลงนี้จะแบ่งได้เป็น 2 ชนิด คือ

(1.) คำมั่นหรือข้อตกลงที่จะกระทำการ (Affirmative Covenant) เช่น ผู้กู้จะต้องส่งมอบบัญชี ,งบการเงิน และข้อมูลต่างๆ ให้แก่ผู้ให้สินเชื่อทันทีตามที่ผู้ให้สินเชื่อร้องขอ หรือผู้กู้จะต้องแจ้งให้ผู้ให้สินเชื่อทราบทันทีในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ตามกรณีผิดนัดในสัญญาให้สินเชื่อ เป็นต้น

(2.) คำมั่นหรือข้อตกลงที่จะงดเว้นกระทำการ (Negative Covenant) เช่น ห้ามมิให้โครงการไปก่อหนี้ หรือลงทุนในกิจการใดๆ ที่มีวงเงินเกินกว่าที่กำหนดไว้เช่น 35 ล้านเหรียญสหรัฐ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ให้สินเชื่อ หรือห้ามมิให้โครงการนำเข้าวัตถุดิบเกินกว่า 20,000 ตัน โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ให้สินเชื่อ เป็นต้น

นอกจากนี้ยังมีคำมั่นหรือข้อตกลงอีกชนิดหนึ่งที่ผู้กู้ให้ไว้โดยเป็นข้อจำกัดเกี่ยวกับหลักประกันที่จะให้แก่เจ้าหนี้รายอื่น (Negative Pledge) ซึ่งมักจะเกี่ยวกับหนี้เงินกู้ที่มีหลักประกัน

(ข.2) คำมั่นหรือข้อตกลงในเรื่องประกันภัย (Insurance Covenant) เป็นข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญาให้สินเชื่อ ซึ่งจะยกตัวอย่างดังต่อไปนี้

---

[19] กิติพงศ์ อุรพีพัฒนพงษ์, "แบบและความสมบูรณ์ของสัญญากู้ยืมเงินระหว่างประเทศตามกฎหมายไทย," วารสารกฎหมาย 9(กรุงเทพมหานคร :2527) :177.

[20] เรื่องเดียวกัน, หน้า 178-179.

(1.) ผู้กู้จะต้องหาตัวแทนประกันภัยที่ธนาคารยอมรับ

(2.) ผู้กู้จะต้องจ่ายค่าใช้จ่ายทั้งหมดในการแต่งตั้ง และการทำงานของที่ปรึกษาประกันภัยที่ผู้ให้สินเชื่อตั้งขึ้น

(3.) ผู้กู้จะต้องจัดหาประกันภัยซึ่งมีข้อกำหนด และเงื่อนไขที่ครอบคลุมและเหมาะสมกับประเภทของโครงการ และตามมาตรฐานของอุตสาหกรรม

(2.1) ในช่วงระหว่างการก่อสร้างผู้กู้จะต้องจัดหาประกันภัย ดังนี้ ประกันภัยในระหว่างก่อสร้างและติดตั้งเครื่องจักรที่ครอบคลุมความเสี่ยงภัยทั้งหมด (all risk) และรวมถึงค่าเสียหายของทรัพย์สิน และความรับผิดต่อบุคคลภายนอกด้วย และ ประกันภัยแบบประกันรายได้ของกิจการในกรณีที่การก่อสร้างหรือติดตั้งเครื่องจักรล่าช้า [Advance Loss of Profit (ALOP)] และ รวมถึงประกันภัยแบบครอบคลุมความเสี่ยงภัยทั้งหมดในการขนส่งทางเรือ

(2.2) ในช่วงการผลิตเชิงพาณิชย์ผู้กู้จะต้องจัดหาประกันภัย ดังนี้ ซึ่งครอบคลุมถึง การติดตั้งเครื่องจักรแบบครอบคลุมความเสี่ยงภัยทั้งหมด (all risk) และรวมถึงความเสียหายของทรัพย์สิน และความรับผิดต่อบุคคลภายนอกด้วย และ การประกันภัยธุรกิจหยุดชงัก (Business Interruption หรือ Loss of Profit) และรวมถึงการประกันภัยอื่นๆ ที่ผู้ให้สินเชื่อต้องการในอนาคตขึ้นอยู่กับความเหมาะสม

(4.) ผู้กู้จะต้องแจ้งให้ผู้ให้สินเชื่อทราบถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นทันที สำหรับความเสียหายซึ่งมีวงเงินตั้งแต่เท่าไรตามที่กำหนดในสัญญาให้สินเชื่อ เช่น 200 ล้านเหรียญสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

(ค) Negative Pledge มีหน้าที่หลักคือ[21]

(1.)ห้ามมิให้มีการจัดการโอนทรัพย์สินให้แก่เจ้าหนี้ประกัน โดยเจ้าหนี้ที่ไม่มีประกันเหลือสิทธิแต่เพียงส่วนที่เหลือ และยังผลให้เป็นเจ้าหนี้ลำดับรอง

(2.)เป็นการก่อตั้งให้เจ้าหนี้มีสิทธิเท่าเทียมกันในหลักการและสัญญาที่เท่าเทียมกัน

(3.)เป็นการจำกัดโดยทางอ้อมในการก่อหนี้สินที่เกิดตามสมควรโดยการที่ผู้กู้เงินโดยมีทรัพย์สินเป็นประกันนี้ ไม่ควรจะกู้เงินเพิ่มเติมอีก

(4.)ในการกู้ที่มีหลักประกันเพื่อป้องกันมิให้เจ้าหนี้มีประกันใช้สิทธิพิเศษเหนือทรัพย์สิน และควรสงวนความมีลำดับในการชำระหนี้

---

[21] เรื่องเดียวกัน, หน้า 180-181.

2.4 เหตุผลของสถาบันการเงินในการเรียกหลักประกันแต่ละประเภท

2.4.1 ข้อบังคับของธนาคารแห่งประเทศไทย[22]

ธุรกิจของธนาคารพาณิชย์เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 และพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์(ฉบับที่ 2) พ.ศ.2522

"มาตรา 15 ทวิ เมื่อสิ้นงวดการบัญชีใด ถ้าธนาคารพาณิชย์ใดมีสินทรัพย์ที่ไม่มีราคาหรือเรียกคืนไม่ได้ตามที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนด ให้ธนาคารพาณิชย์นั้นตัดสินทรัพย์ดังกล่าวออกจากบัญชีเมื่อสิ้นงวดบัญชีนั้น เว้นแต่ จะได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทยให้ปฏิบัติเป็นอย่างอื่น ในการอนุญาตธนาคารแห่งประเทศไทยจะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ให้ปฏิบัติด้วยก็ได้

ในกรณีที่ธนาคารแห่งประเทศไทยอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ถ้านำสินทรัพย์ที่ไม่มีราคาหรือเรียกคืนไม่ได้ในส่วนที่ไม่ได้ตัดออกจากบัญชีมาหักออกจากเงินกองทุนของธนาคารพาณิชย์นั้นแล้ว หากปรากฏว่าเงินกองทุนที่คงเหลือมีจำนวนต่ำกว่าเงินกองทุนที่ต้องดำรงตามมาตรา 10 (1) ให้ ธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจกำหนดมาตราการใด ๆ ให้ธนาคารพาณิชย์นั้นถือปฏิบัติจนกว่าจะได้ตัดสินทรัพย์ที่ไม่มีราคาหรือเรียกคืนไม่ได้นั้นหมดสิ้นไป"

---

[22] ธนบดี สวัสดิ์ศรี, "กฎหมายการธนาคารพาณิชย์," วารสารนิติศาสตร์ 21(2536) : 48,50-51.

จากกฎหมายมาตรา 15 ทวิ ข้างต้น สินทรัพย์ที่ไม่มีราคาหรือเรียกคืนไม่ได้ ต้องทำรายงานให้ธนาคารแห่งประเทศไทยทราบเมื่อถึงสิ้นงวดการบัญชีใด ๆ ซึ่งสินทรัพย์ที่เรียกคืนไม่ได้ ได้แก่ เงินกู้ยืมที่ไม่มีหลักประกัน ที่ยังเป็นปัญหาของธนาคาร ยังเรียกคืนไม่ได้ สินทรัพย์ที่มีสภาพอ่อนแอ และให้ธนาคารพาณิชย์ตัดสินทรัพย์นี้ออกจากบัญชีสินทรัพย์ของธนาคาร หรือหากไม่ตัดสินทรัพย์นี้ออกจากบัญชีสินทรัพย์ของธนาคารโดยได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทย ก็ต้องดำรงเงินกองทุนตามมาตรา10 (1) ซึ่งตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย เรื่องการกำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ดำรงเงินกองทุนเป็นอัตราส่วนกับสินทรัพย์ทั้งสิ้น ลงวันที่ 18 เมษายน 2526 ข้อ 2. กำหนดให้ธนาคารพาณิชย์ต้องดำรงเงินกองทุนไม่ต่ำกว่าร้อยละ 8 ของสินทรัพย์ทั้งสิ้น กล่าวคือหากธนาคารมีเงินกองทุน 8 บาท จะมีสินทรัพย์ทั้งสิ้นได้ 100 บาท (สินทรัพย์ทั้งสิ้น คือ สินทรัพย์เสี่ยง ซึ่งก็คือ เงินให้สินเชื่อแก่เอกชนทั่วไป) และยังมีมาตรการที่ออกมาคุ้มครองผู้บริโภคเพื่อให้ประชาชนผู้ฝากเงินมีความมั่นใจว่าเมื่อมาเบิกเงิน ธนาคารต้องมีเงินสดให้ทันทีซึ่งก็คือ ธนาคารจะต้องมีสภาพคล่อง (Liquidity) ก็คือธนาคารแห่งประเทศไทยจะให้ธนาคารพาณิชย์สำรองเงินสดตามที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนด ซึ่งทำให้ธนาคารพาณิชย์ไม่สามารถที่จะนำเงินสดจำนวนนี้ใช้ประโยชน์คือ ไม่สามารถนำมาพิจารณาให้สินเชื่อแก่ลูกค้าธนาคารได้ ดังนั้น หลักประกันจึงมีความจำเป็นสำหรับธนาคารในการพิจารณาสินเชื่อ เพราะแม้ธนาคารจะพิจารณาถึงธุรกิจการค้าเป็นหลัก และ พิจารณาหลักประกันมาเป็นรอง แต่เพื่อลดความเสี่ยงของธนาคาร ประกอบกับ มาตราการของธนาคารแห่งประเทศไทยให้ดำรงเงินกองทุน ในกรณีที่มีสินทรัพย์ที่เรียกคืนไม่ได้ตามมาตรา 15 ทวิ วรรคท้าย ประกอบกับ มาตรา 10 (1) จึงทำให้ธนาคารต้องเรียกหลักประกันที่แสดงถึงความมั่นคงลูกค้าและทำให้ธนาคารมั่นใจขึ้น

2.4.2 เพื่อความมั่นคงของธนาคาร

การพิจารณาสินเชื่อของธนาคารในปัจจุบันนี้มีความสลับซับซ้อนมากขึ้นเนื่องจากลักษณะของธุรกิจได้เปลี่ยนไป การพิจารณาความสามารถในการใช้เงินคืนไม่ได้ดูที่หลักประกันแบบเดิม ดังนั้นถึงแม้ว่าจะไม่มีหลักประกันเลยก็อาจให้สินเชื่อได้ การให้มีหลักประกันเป็นเพียงวิธีการหนึ่งในการลดความเสี่ยงของธนาคารและเมื่อหนี้มีปัญหา ธนาคารก็สามารถนำหลักประกันมาแปรสภาพแล้วชำระหนี้ตามวิธีการของกฎหมายได้ เนื่องจากหากไม่มีหลักประกันย่อมเป็นอันตรายต่อธนาคารมาก คือหากไม่ถึงกำหนดชำระลูกหนี้ได้จำหน่ายทรัพย์สินของตนให้แก่บุคคลอื่นเมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระธนาคารอาจไม่ได้รับชำระหนี้เลย และแม้จะใช้มาตรการอื่นตามกฎหมายในการติดตามเอาทรัพย์สินคืนมาชำระหนี้ เช่น บทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการเพิกถอนการฉ้อฉลที่ได้ทำขึ้น หรือกฎหมายล้มละลาย อีกประการหนึ่งหากธนาคารไม่มีหลักประกันแต่เจ้าหนี้รายอื่นมีบุริมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ เช่นนี้ธนาคารอาจตกอยู่ในฐานะเสียเปรียบได้ ดังนั้น ธนาคารจึงมีการเรียกหลักประกันจากลูกหนี้เพื่อลดความเสี่ยงของธนาคาร

2.5 ตัวอย่างการจัดหลักประกันให้แก่สถาบันการเงินให้โครงการอุตสาหกรรม

2.5.1 หลักประกันที่จัดให้แก่สถาบันการเงินในระยะแรก

1. การโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาขายผลิตภัณฑ์ (Supply Contract Assignment)
2. การโอนสิทธิเรียกร้องในการรับผลประโยชน์ในกรมธรรม์ประกันภัย Assignment of Insurances)
3. การโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญารับเหมาก่อสร้าง (Construction Contract Assignment)
4. สัญญาการเช่าช่วงโดยมีเงื่อนไขบังคับก่อน (Conditional Sub - Lease Agreement)
5. การโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาจัดหาผลิตภัณฑ์ (Product Supply Agreement Assignment)
6. สัญญาการจัดการกิจการโดยมีเงื่อนไขบังคับก่อน (Conditional Management Agreement)

7. สัญญาจำนองอาคาร และบันทึกข้อตกลงแนบท้ายสัญญาจำนองอาคาร (Mortgage Contract of Buildings and Agreement Annexed to Mortgage Contract of Buildings)
8. สัญญาจำนำทั่วไป (General Pledge Agreement)
   -จำนำเครื่องจักร (Pledge of Machinery)
9. สัญญาจำนองเครื่องจักร และสัญญาต่อท้ายสัญญาจำนองเครื่องจักร (Mortgage Contract of Machinery and Agreement Annexed to Mortgage Contract of Machinery)
10. การจำนำตั๋วสัญญาใช้เงิน (Promissory Note Pledge)
11. Standby Letter of Credit

2.5.2 หลักประกันที่จัดให้แก่สถาบันการเงินในระยะหลัง

1. การจำนองอสังหาริมทรัพย์
2. การโอนสิทธิเรียกร้องและหรือผลประโยชน์ในสัญญาเป็นประกัน
   -สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์
   -สัญญาว่าจ้างเหมาก่อสร้างโครงการ (construction agreement)
   -สัญญาซื้อและจัดหาเครื่องจักร (supply agreement)
   -สัญญาซื้อวัตถุดิบ (feedstock agreement)
   -สัญญาขายผลิตภัณฑ์ (offtake agreement)
   -สัญญาว่าจ้างที่ปรึกษาทางด้านวิศวกรรมโครงการ (consultancy agreement)
   -สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในการก่อสร้างโรงงาน (license agreement)
   -การโอนสิทธิในการรับผลประโยชน์ในกรมธรรม์ประกันภัยโครงการในระหว่างการก่อสร้าง (Construction All Risk) เป็นประกัน

-การโอนสิทธิในการรับผลประโยชน์ในกรมธรรม์ประกันภัยทรัพย์สินเมื่อกิจการดำเนินการเชิงพาณิชย์แล้ว (Operating Insurance) เป็นประกัน

-การโอนสิทธิตามหนังสือค้ำประกัน

-หนังสือค้ำประกันการปฏิบัติงานตามสัญญาของผู้รับเหมา (Performance Bond) เป็นประกัน

-หนังสือค้ำประกันการเบิกเงินล่วงหน้าของผู้รับเหมา (Down payment Bond) เป็นประกัน

- การโอนใบอนุญาตในการดำเนินกิจการ

3. การออกหนังสือรับรองต่างๆ โดยบริษัทแม่ หรือโดยรัฐบาล
4. เงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัญญากู้ยืมเงิน เช่น affrimative and negative covenant
5. การจำนองเครื่องจักร
6. การจำนำสิทธิ

ข้อสังเกต ในช่วงแรกๆ ในส่วนของสัญญาโอนสิทธิเรียกร้อง ผู้ให้สินเชื่อจะกำหนดให้ผู้กู้ทำสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาเฉพาะสัญญาที่สำคัญต่อโครงการ เช่น สัญญาซื้อวัตถุดิบ สัญญาขายผลิตภัณฑ์ สัญญาเช่าช่วง สัญญารับเหมาก่อสร้าง เท่านั้น ซึ่งต่างกับการจัดทำหลักประกันในระยะหลังๆ ผู้ให้สินเชื่อจะเรียกให้ผู้กู้โอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาเกือบทุกสัญญาที่เกี่ยวข้องกับโครงการมาเป็นหลักประกัน โดยมีเหตุผลว่าหากเกิดกรณีผิดนัดตามสัญญาให้สินเชื่อผู้ให้สินเชื่อจะสามารถเข้ามาแทนที่เจ้าของโครงการได้ทันทีโดยไม่ต้องไปเจรจากับคู่สัญญาในสัญญานั้นๆ อีก และยังรวมถึงการโอนใบอนุญาตต่างๆ ที่หน่วยงานของทางราชการออกให้อีกด้วย และในการทำสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาจะทำเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องในสัญญาโดยรวมในฉบับเดียวกัน ไม่แยกเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องในการรับชำระหนี้ที่เป็นตัวเงิน และการโอนสิทธิเรียกร้องในสิทธิอื่นๆ นอกจากที่เป็นตัวเงิน จะเห็นได้ว่าสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องในระยะหลังๆ มีการพัฒนาขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหากฎหมายที่เกิดขึ้น และให้สอดคล้องกับกฎหมายมากขึ้น