

เรา “คาดหวังอะไร” จากกรรมการบริษัท ?

Fiduciary Duty...คณาประจำตัว “กรรมการบริษัท” หรือไม่มีอยู่จริง? (ต่อจากคราวที่แล้ว)



คุณชินภัทร วิสุทริแพทย์
หุ้นส่วน, บก.วัน ลอว์ ออฟฟิศ

เมื่อกรรมการบริษัทได้รับ “ความเชื่อถือไว้วางใจ” (Trust) จากผู้ถือหุ้น...ก่อให้เกิดหน้าที่ตามมา คือ Fiduciary Duty หน้าที่นี้ ได้ถูกนำไปประยุกต์ใช้กับ “เรื่องทำนองเดียวกัน” ตามแนวคิดกฎหมายบริษัท (Corporate Law Concept) ที่กำหนด “ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของเงิน” (ผู้ถือหุ้น) และ “ผู้ดูแลผลประโยชน์” (ผู้แทน หรือ กรรมการ) เช่น ทรัสต์ (Trust)

กฎหมายไทยในปัจจุบัน ยอมรับแนวคิดเรื่อง “ทรัสต์” ใน “กฎหมายทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน” ตั้งแต่ปี 2550 และปรากฏให้เห็น “ทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์” (REIT: Real Estate Investment Trust) ในตลาดหลักทรัพย์ของไทยตั้งแต่ปี 2557 เป็นต้นมา

หลักการ Fiduciary Duty คาดหวังให้ “กรรมการ” (Director) หรือ “ผู้ดูแลผลประโยชน์” (Trustee) มีหน้าที่ต้อง “ระวัง” (Duty of Care) และ “ซื่อสัตย์” (Duty of Loyalty)...บน “เงินคนอื่น” และ “ผลประโยชน์ทางการเงิน”

ความคาดหวังนี้สูงกว่ามาตรฐานของคนทั่วไป...เหตุผลเพราะว่า “ความสัมพันธ์พิเศษ” นี้เป็นเรื่องผลประโยชน์ทางการเงิน (Financial Benefit)...คุณสมบัติ ความสามารถ ความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์ของ “กรรมการ” ในฐานะที่ดูแล “ผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น” จึงมากกว่า “คนรับฝากของ” หรือ “คนดูแลผลประโยชน์” ทั่วไป

กรรมการพึง “ระวัง” (Duty of Care)...รูปธรรมเป็นอย่างไร?

ใคร ? สามารถ “ซึ้นน้ำหนัก” ความระมัดระวังของกรรมการบริษัทได้บ้าง ?

ความระมัดระวังเป็น “นามธรรม” ที่กฎหมาย “ต้องการ” และ “คาดหวัง” จาก “กรรมการบริษัท” ในฐานะ “ผู้โฮมเฝ้าทรัพย์” หรือ “ผู้ดูแลผลประโยชน์” (Trustee) ของผู้ถือหุ้น...หากเป็นเช่นนั้น “รูปธรรม” ของความระมัดระวังในการทำงานของกรรมการบริษัทพิสูจน์ทราบได้อย่างไร ?

- กรรมการแต่ละคน “อาจ” มี “หมวกหลายใบ” โดยเฉพาะ “กรรมการหมวกสามใบ” (Triple Hat Director) คือ
- (1) เจ้าของ (ผู้ถือหุ้น)...สะท้อน “อำนาจควบคุม” (Control Power) ผ่านการออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้น (Voting Right)
 - (2) ลูกจ้าง (ผู้บริหาร)...สะท้อน “นิติสัมพันธ์” ในมุม “สัญญาจ้างแรงงาน” ที่เป็น “สัญญาต่างตอบแทน” (Reciprocal Contract) ระหว่าง “นายจ้าง” และ “ลูกจ้าง”
 - (3) ผู้แทนนิติบุคคล (กรรมการ)...สะท้อน “นิติสัมพันธ์” ตามกฎหมายบริษัท และ กฎหมายตัวแทน...ระหว่าง “ผู้ถือหุ้น” “บริษัท” และ “กรรมการ”

ดังนั้น พึงระวังการทำหน้าที่ของกรรมการบริษัท...ที่อาจ “ขาดความระมัดระวัง” เพราะเหตุที่มี “หมวกหลายใบ” (Conflict of Role & Responsibility) เนื่องส่งผลให้การตัดสินใจในหน้าที่ของกรรมการถูก “แทรกแซง” โดย “จุดยืน” ของ “เจ้าของ” หรือ “ผู้บริหาร” (ลูกจ้าง) ที่ต่างออกไปจากจุดยืนของ “ผู้แทนนิติบุคคล” (Mis-Position)

“รูปธรรม” ของความระมัดระวังในการทำงานของกรรมการบริษัทพิสูจน์ทราบได้...เริ่มต้นจากอะไรบ้าง ?

1. การเข้าประชุมเป็นประจําสม่ำเสมอ...ตามกำหนดการประชุมนัดหมายที่ได้กำหนด “ล่วงหน้า”
2. การซักถามในเรื่องสำคัญระหว่างการประชุม...โดยได้จัดให้มี “บันทึกประชุม” เพื่อเป็น “รายงานการประชุมคณะกรรมการบริษัท” อย่างเป็นทางการตามกฎหมาย
3. การให้ความเห็นที่มีประโยชน์ต่อบริษัทในประเด็นต่าง ๆ ประกอบวาระการประชุมและใช้สำหรับอ้างอิงสำหรับกรรมการและบริษัทในอนาคต (Director Reference)

กรรมการบริษัทที่ “ขาดประชุมบ่อย” หรือ กรรมการ “พระอินดับ” ที่มาประชุม...แต่ไม่เคยมี “คำตามสำคัญ” ที่เป็นประโยชน์ต่อบริษัทเลย...ปล่อยให้ “ฝ่ายจัดการ” นำทางคณะกรรมการบริษัท...โดยที่ “กรรมการบริษัท” ไม่มีบทบาทในการ “ชี้นำทิศทาง” ในกิจการของบริษัท (Director = Direction)...ขาด Tone At The Top ขาดการกำกับดูแลจากคณะกรรมการบริษัทผู้ฝ่ายจัดการในการบริหารองค์กร...ที่สำคัญ ใน “รายงานการประชุมคณะกรรมการบริษัท” ที่เป็น “เอกสารอ้างอิง” (Minute of BOD Meeting = Reference = Storyteller) ไม่เคยพบว่า “กรรมการให้ความเห็น” อะไรบ้างที่เป็นประโยชน์ต่อบริษัท ?

เมื่อบริษัทประสบปัญหา...“ผู้ถือหุ้น” อาจมีคำถามต่อกรรมการบริษัทว่า “ท่านทำอะไร” “ท่านทำหน้าที่กรรมการอย่างไร” ?

ในคดีที่ศาลฎีกาตัดสินในปี 2519 เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ (ศาลล้มละลาย) ฟ้องคดี “คณะกรรมการบริษัท” ทั้งคณะรวมถึง “กรรมการอำนวยการ” (คล้าย MD: Managing Director) ของ “บริษัทประกันชีวิต” แห่งหนึ่ง...เหตุเพราะเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ตรวจสอบพบว่า...

- ก) บริษัทประกันชีวิตแห่งนี้ขาดทุนมานาน
- ข) มีหนี้สินล้นพ้นตัวอันเป็นเหตุให้ล้มละลายจนถูกศาลล้มละลายสั่งพิทักษ์ทรัพย์
- ค) เงินเบี้ยประกันภัยที่เรียกเก็บจากลูกค้าหายไป
- ง) ค่าเบี้ยประกันภัยค้างชำระไม่มีการติดตามหนี้

แต่กรรมการบริษัทไม่ดำเนินการใด...ไม่แจ้งผู้ถือหุ้นให้ทราบ...อยู่กับแบบ “กรรมการไม่ประดับ” (Silent Director) ทั้งที่ธุรกิจประกันภัยเป็น “กิจการตัวกลาง” (Intermediary Business Model) ไม่ต่างจากธนาคารพาณิชย์ หรือ สถาบันการเงิน...กรรมการควรใช้ “ความระมัดระวังอย่างยิ่งยวด” (Best Effort) ในการดูแลผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้น

ศาลฎีกาในคดีนี้...ตัดสินว่า...คณะกรรมการบริษัท และประธานคณะกรรมการบริษัท...ไม่ต้องรับผิดชอบ...แม้ว่าการละเลยไม่ทำหน้าที่ของคณะกรรมการดังกล่าวจะเป็น “ข้อที่น่าตำหนิ” แต่ก็ไม่ถึงขนาดที่ต้องรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้นและบริษัท...แต่ “กรรมการอำนวยการ” ต้องรับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียว

ประเด็นนี้...หากเกิดขึ้นในปัจจุบัน ? ท่านว่า...คณะกรรมการบริษัท...จะ “รอดหรือไม่” ? มาตรฐานของกฎหมายบริษัท กฎหมายประกันภัย และความคาดหวังของผู้ถือหุ้นในปัจจุบันสูงกว่าในอดีตมาก...โดยเฉพาะประเด็น “บรรษัทธรรมาภิบาล” (Corporate Governance) ที่บริษัทและผู้ถือหุ้นต่าง “หวังสูง” (High Expectation) จากกรรมการบริษัททั้งสิ้น

หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ (BJR: Business Judgment Rule)

กรรมการพึงระวัง...ไม่ใช่เพียงแค่ “ตั้งรับ” (Inactive) เท่านั้น ปัจจุบัน “ความคาดหวัง” ของผู้ถือหุ้น รวมถึง “ผู้มีส่วนได้เสีย” ของกิจการ (Stakeholder) เช่น ลูกจ้าง คู่ค้า ลูกค้า เจ้าหนี้...คาดหวังสูงจาก “กรรมการบริษัท” ให้มี “อิทธิพล” (Influencer) ต่อการบริหารจัดการของ “ฝ่ายจัดการ” นอกเหนือจาก “เกณฑ์ขั้นต่ำ” (Minimum Requirement) ที่กรรมการต้องทำตามที่กฎหมายกำหนดและคาดหวังจากกรรมการบริษัท

ประเด็นที่ “ก้ำกึ่ง” ระหว่าง “ความระมัดระวัง” ของกรรมการบริษัทใน “เชิงตั้งรับ” (Inactive) คือ รอให้เกิดความเสียหายก่อนแล้วไปแก้ไขเยียวยา...ต่างจาก...ความระมัดระวังใน “เชิงป้องกัน” (Proactive) ที่ใช้ “ทรัพยากร” ทั้งหมดของบริษัทเพื่อป้องกันความเสียหาย...เริ่มต้นจาก “กรรมการบริษัท” ก่อน...จากนั้น “ขยายผล” ไปยัง “ฝ่ายบริหาร” และพนักงานลูกจ้าง...ขยายผลต่อไปจนถึง Stakeholder ผู้มีส่วนได้เสียของบริษัทให้ “คิดเชิงป้องกัน” (Preventive Approach) ลดความเสี่ยง...ไม่พบบริษัทไปอยู่ในจุดเสี่ยง...ไม่รอให้ความเสียหายเกิดขึ้น...ด้วยเหตุผลที่ว่า

“ต้นทุนในการป้องกันความเสียหาย...ควบคุมได้และราคาถูกลงกว่า...ต้นทุนในการแก้ไขเยียวยาความเสียหาย...ควบคุมไม่ได้และราคาแพงเท่าใดก็ต้องจ่าย”

หากตั้งคำถามตามกรรมการบริษัท...ท่านระมัดระวังมากน้อยอย่างไร ? ท่านระมัดระวังเพียงพอแล้วหรือไม่ (Care Enough) ?

แนวทางตอบคำถามนี้...อยู่ที่ว่าท่าน “ผ่านเกณฑ์ขั้นต่ำ” ตามกฎหมายหรือยัง ? หากยังไม่ผ่าน ? ทำผิดกฎหมายก็จบกัน เพราะถือว่ากรรมการบริษัท “ขาดความระมัดระวัง”

หากผ่านเกณฑ์ขั้นต่ำตามกฎหมายแล้ว...คำถามต่อไป ? การตัดสินใจของกรรมการทั้งหลายได้ใช้ “หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ” ตามแนวทางที่ถูกต้องหรือไม่ ?

ประเด็นนี้ไม่ง่ายเลย...เพราะ “หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ” มีปัจจัยแวดล้อมทั้งจากตัวกรรมการ เช่น พื้นฐานความรู้ ความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์...พฤติการณ์แวดล้อมของสถานการณ์ในเรื่องนั้น เช่น ฐานะการเงินของบริษัท ความพร้อมด้านบุคลากร...

ประเด็นเหล่านี้ กรณีศึกษาที่เห็นเด่นชัดในประเทศไทยยังไม่พบว่ามีคดีขึ้นสู่ศาลพิพากกันเรื่อง “การตัดสินใจของกรรมการบริษัท” สำหรับบริษัทเอกชนที่กฎหมายกำหนด “เกณฑ์ขั้นต่ำ” ไว้ในกรอบของความระมัดระวัง (Duty of Care) และความซื่อสัตย์ (Duty of Loyalty) ที่นำ “หลักการตัดสินใจทางธุรกิจ” มาเป็น “บรรทัดฐาน” การทำงานของกรรมการบริษัทที่ผิดพลาด (Director Mistake) และก่อผลเสียหายแก่บริษัทโดยตรง

ต่างจากกฎหมายหลักกรณีย์ที่กำหนดเรื่อง BJR หรือ หลักการตัดสินใจทางธุรกิจสำหรับกรรมการ “บริษัทจดทะเบียน” ในตลาดหลักทรัพย์ไว้อย่างชัดเจน...เพราะเกี่ยวข้องกับผู้ถือหุ้นจำนวนมาก จึงส่งผลให้กฎหมาย “คาดหวังสูง” จากกรรมการบริษัทจดทะเบียนมากกว่าบริษัทเอกชนทั่วไป

ฉบับต่อไป...ผมจะ “เล่าให้ฟัง” ต่อเนื่องเรื่อง Fiduciary Duty ของกรรมการบริษัทในอีกมุมหนึ่ง...หลักความซื่อสัตย์ (Duty of Loyalty) พร้อมด้วย Case Study ตัวอย่าง “ไม่ซื่อสัตย์” ของกรรมการบริษัทที่มีคดีพิพากและศาลท่านตัดสินออกมาอย่างไร ?