

บทที่ 4

การจัดเก็บภาษีเงินได้จากตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุนในต่างประเทศ

ในการจัดเก็บภาษีเงินได้ในหลายประเทศพบว่ามีการให้ความสำคัญกับการจัดเก็บภาษีเงินได้จากตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุนซึ่งมีลักษณะที่ไม่แน่ชัดว่าเป็นตราสารหนี้หรือตราสารทุนที่ทำให้เกิดปัญหาในการจัดเก็บภาษี ทั้งตามกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น จากความแตกต่างของวิธีปฏิบัติและภาวะภาษีของตราสารหนี้และตราสารทุน ในหลายประเทศจึงให้ความสำคัญและตระหนักถึงปัญหาที่อาจเป็นช่องว่างที่ผู้เสียภาษีใช้เป็นช่องทางในการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบที่อาจเกิดขึ้นได้

4.1 หลักการทั่วไปในการจัดเก็บภาษีเงินได้จากตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุน

จากการศึกษาวิธีการในการจัดเก็บภาษีเงินได้จากตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุนในต่างประเทศพบว่า มีหลักเกณฑ์กว้างๆ ที่ใช้ในการพิจารณาลักษณะของตราสารทางการเงิน ได้แก่ การยึดถือสาระของตราสารยิ่งกว่ารูปแบบ (Substance over form) และการยึดถือรูปแบบของตราสารยิ่งกว่าสาระ (Form over substance) ในประเทศที่ให้ความสำคัญกับการป้องกันการเลี่ยงภาษีของผู้เสียภาษีมาก อย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา จะยึดหลัก Substance over form โดยพิจารณาจากสาระในเชิงเศรษฐกิจของความเป็นหนี้และความเป็นทุนที่อยู่ในตราสาร ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้ผู้เสียภาษีกระทำการธุรกรรมในลักษณะที่เป็นการฉ้อฉล (Sham Transactions) และได้รับประโยชน์ในทางภาษีโดยมิชอบ จากการแฝงสาระที่แท้จริงของตราสารไว้

สำหรับวิธีการในการพิจารณาการจำแนกประเภทตราสารเพื่อให้สามารถจัดเก็บภาษีได้โดยการยึดถือสาระของตราสารยิ่งกว่ารูปแบบ (Substance over form) โดยทั่วไปมี 2 วิธี¹ ได้แก่

¹ ลักษมณ วงศ์สุภสวัสดิ์, “ปัญหาภาษีของเครื่องมือทางการเงินในยุคโลกาภิวัตน์,” สรรพากรศาสตร์, น.83 (ตุลาคม 2543)

4.1.1 วิธีปฏิบัติแบบโดยรวม (Integration Approach)

วิธี Integration Approach หรือวิธี Unitary Approach เป็นการปฏิบัติต่อตราสารแบบโดยรวม (Integration) คือการพิจารณาส่วนต่างๆ ของตราสารรวมกันว่าควรจะมีลักษณะเป็นตราสารหนี้หรือตราสารทุน แล้วปฏิบัติทางภาษีต่อผลรวมนั้นว่า โดยภาพรวมแล้ว ควรได้รับการปฏิบัติแบบตราสารหนี้หรือตราสารทุน

4.1.2 วิธีปฏิบัติแบบแยกส่วน (Bifurcation Approach)

การปฏิบัติแบบแยกส่วน (Bifurcation) คือ การแยกองค์ประกอบของตราสารเป็นส่วนๆ ว่าแต่ละส่วนเป็นตราสารหนี้หรือตราสารทุน และปฏิบัติทางภาษีต่อส่วนต่างๆ นั้นตามลักษณะที่เป็น

ทั้งสองวิธีดังกล่าวข้างต้น ยังไม่มีข้อสรุปว่าวิธีใดเป็นวิธีที่ดีกว่า การที่ถือปฏิบัติต่อตราสารโดยรวมเป็นวิธีที่ง่ายในทางปฏิบัติ แต่อาจจะทำให้การจัดเก็บภาษียังไม่ถูกต้องตามที่ควรจะเป็น ส่วนวิธีการปฏิบัติแบบแยกส่วน น่าจะทำให้การจัดเก็บภาษีเป็นไปอย่างถูกต้องและเป็นธรรมแก่ผู้เสียภาษีมากกว่า แต่เป็นวิธีการที่ยุ่งยากซับซ้อน และอาจทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติได้ อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาลักษณะของตราสารตามหลักการทางบัญชีมีแนวโน้มที่จะใช้วิธีการปฏิบัติแบบแยกส่วนมากกว่าวิธีการปฏิบัติแบบโดยรวม เนื่องจากเป็นวิธีการที่ให้ความแม่นยำมากกว่า² ในทางภาษีพบว่า มีการใช้วิธีการทั้งสองวิธีรวมกันไป ขึ้นอยู่กับลักษณะของตราสารแต่ละประเภท

ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะยกตัวอย่างวิธีการจัดเก็บภาษีเงินได้จากตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุนในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย และประเทศเนเธอร์แลนด์

² Yoram Keinan, "Book Tax Conformity for Financial Instruments," Florida Tax Review, p.708 (2004)

4.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกา บริษัทต่างๆ สามารถกำหนดโครงสร้างเงินทุนของตนเองอย่างอิสระ โดยไม่มีข้อจำกัดใดๆ ไม่ว่าจะโดยการออกหุ้น (Pure Equity) การกู้ยืม (Pure Debt) หรือการออกตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุน (Hybrid Investments) แต่ในการจำแนกประเภทของตราสารทางการเงินของประเทศสหรัฐอเมริกามีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับว่าเป็นการจำแนกตามวิธีการของกฎหมายบริษัท หลักการทางบัญชี หรือกฎหมายภาษีอากร บริษัทส่วนใหญ่ในสหรัฐอเมริกามีแนวโน้มที่จะมีการใช้โครงสร้างเงินทุนที่เป็นหนี้มากกว่าทุน เนื่องจากโครงสร้างทุนที่เป็นทุน จะมีภาระภาษีที่ซับซ้อนจากการจ่ายเงินปันผล เนื่องจากเงินปันผลเป็นเงินกำไรของบริษัทที่เสียภาษีเงินได้นิติบุคคลไปแล้วครั้งหนึ่ง และจะต้องเสียภาษีเงินได้จากเงินปันผลอีกครั้งหนึ่ง และการจ่ายเงินปันผลไม่สามารถหักเป็นรายจ่ายของบริษัทได้ นอกจากนี้ การจ่ายดอกเบี้ยออกไปต่างประเทศก็ไม่ถูกหักภาษี ณ ที่จ่ายด้วย

การจัดเก็บภาษีอากรจากธุรกรรมต่างๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกาจะยึดถือหลัก Substance over Form โดยพิจารณาจากสาระทางเศรษฐกิจและทางกฎหมายมากกว่ารูปแบบของธุรกรรม ตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุนและผลตอบแทนของตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุนจึงมีการพิจารณาจากสาระที่แท้จริงในทางเศรษฐกิจและทางกฎหมาย มิใช่เพียงรูปแบบที่ปรากฏเท่านั้น ดังนั้น ดอกเบี้ยที่จ่ายจากตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุนบางประเภทอาจจะต้องเสียภาษีเช่นเดียวกับเงินปันผลก็ได้ หากสาระของตราสารนั้นมีความใกล้เคียงกับตราสารทุนมากกว่า และสาระของดอกเบี้ยมีความใกล้เคียงกับเงินปันผล³

4.2.1 หลักการทั่วไปในการจำแนกประเภทตราสารทางการเงิน

ด้วยวิธีปฏิบัติในทางภาษีที่แตกต่างกันระหว่างตราสารหนี้และตราสารทุน จึงทำให้เกิดความสับสนขึ้นในการจำแนกประเภทของตราสารทางการเงินว่า ตราสารในลักษณะใดจึงจะถือเป็นตราสารหนี้ (Ordinary Debt) หรือเป็นตราสารทุน (Ordinary Equity) จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1969 ได้มีความพยายามในการกำหนดความหมายของคำว่า “หนี้” และ “ทุน” ว่ามีความหมายว่าอย่างไรในทางภาษี โดยกำหนดไว้ใน The Tax Reform Act 1969 มาตรา 385 เพื่อนำมาใช้ในการพิจารณาลักษณะของตราสารโดยเฉพาะ และทำให้การจำแนกประเภทตราสาร

³ Marjaana Helminen, *The Dividend Concept in International Tax Law: Dividend Payments between Corporate Entities*, (Kluwer Law International, 1999), pp.256 -257.

ชัดเจนขึ้น โดยรัฐสภาแห่งสหรัฐได้มอบหมายให้กระทรวงการคลังมีอำนาจในการวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่า ตราสารที่มีลักษณะอย่างไรควรจะถือเป็นหุ้น (Stock) หรือเป็นหนี้ (Indebtedness) หรือมีบางส่วนเป็นหนี้และบางส่วนเป็นทุน

ในปี ค.ศ. 1980 กระทรวงการคลังได้ออกประกาศหลักเกณฑ์ (Regulations) ตามมาตรา 385 เพื่อใช้เป็นแม่บทในการจำแนกหนี้และทุนในตามประมวลรัษฎากรสหรัฐ โดยมีข้อกำหนดหลักเกณฑ์การพิสูจน์ (Test) ความเป็นหนี้และทุน แต่ในท้ายที่สุดหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้ถูกยกเลิกไปในปี ค.ศ. 1983⁴ ในปัจจุบันประเทศสหรัฐอเมริกายังไม่มีหลักเกณฑ์ใดที่ใช้ในการพิจารณาประเด็นปัญหานี้ แต่จะใช้หลักที่กำหนดขึ้นตามคำพิพากษาของศาล (Case Law) ในการพิจารณาลักษณะของตราสารเพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษี

(ก) วิธีการจำแนกตราสารทางการเงินตามประมวลรัษฎากรสหรัฐ

1. ประมวลรัษฎากรสหรัฐ มาตรา 385⁵

ประมวลรัษฎากรสหรัฐ มาตรา 385 เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีจากผลตอบแทนจากตราสารทุนและตราสารหนี้ โดยในมาตรา 385(a) ได้กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง (The Secretary of The Treasury) มีอำนาจออกประกาศหลักเกณฑ์ (Regulations) ตามความจำเป็นและสมควรเพื่อใช้ในการพิจารณาลักษณะของตราสารว่าในกรณีใดจะถือเป็นหนี้หรือทุน หรือมีบางส่วนเป็นหนี้และบางส่วนเป็นทุนในทางภาษีได้ อย่างไรก็ตามถึงแม้บทบัญญัติในมาตรานี้จะอนุญาตให้กรมสรรพากรสหรัฐออกหลักเกณฑ์ตามกฎหมายภาษีในการแบ่งส่วนของตราสาร (bifurcate) ว่าส่วนใดเป็นหนี้ ส่วนใดเป็นทุน แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวยังไม่มีมีการประกาศใช้ ดังนั้น ในทางปฏิบัติจึงมักจะถือว่าตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุนเป็นตราสารหนี้ทั้งหมดหรือตราสารทุนทั้งหมดอย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น เช่น ในกรณีที่ถือตราสารหนี้เป็นตราสารทุน ตราสารนั้นจะถือเป็นตราสารทุนตามกฎหมายภาษีอากรทั้งหมด ดอกเบี้ยที่จ่ายจากตราสารดังกล่าวจะถือเป็นเงินปันผลที่ไม่สามารถหักเป็นรายจ่ายได้ (Non-deductible Dividend) หรือเป็นการจ่ายเงินคืนทุน หรือเป็นผลได้ส่วนทุนแล้วแต่กรณี ยกเว้นตราสารบางประเภทซึ่งจะมีหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้เป็นพิเศษ เช่น ตราสารหนี้ประเภท High Yield Discount Obligation ตาม

⁴ Adam O. Emmerich, "Hybrid Instruments and the Debt-Equity Distinction in Corporate Taxation," *The University of Chicago Law Review*, pp.118-119 (1985).

⁵ Marjaana Helminen, *supra note 3*, p.257.

มาตรา 163(e)(5) กำหนดให้พิจารณาว่าผลตอบแทนจากตราสารดังกล่าวมีบางส่วนถือเป็น ดอกเบี้ย และบางส่วนถือเป็นเงินปันผล⁶

มาตรา 385(b) กำหนดว่าหลักเกณฑ์ที่กระทรวงการคลังจะประกาศนั้นจะต้อง กำหนดปัจจัย (Factors) ที่จะนำมาพิจารณาว่า เงื่อนไขในตราสารทางการเงินนั้นถือว่ามี ความสัมพันธ์ระหว่างความเป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ (Debtor-Creditor Relationship) หรือมี ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทและผู้ถือหุ้น (Corporation-Shareholder Relationship) หรือไม่ โดย ปัจจัยดังกล่าวได้แก่

(1) มีการให้คำมั่นที่ปราศจากเงื่อนไข (unconditional promise) เป็นลายลักษณ์ อักษรในการจ่ายเงินเป็นจำนวนที่แน่นอนตามความประสงค์ (on demand) หรือตามวันที่ที่ระบุไว้ เพื่อเป็นการตอบแทนเงินหรือค่าของเงินในจำนวนที่เหมาะสม หรือที่จะจ่ายดอกเบี้ยในอัตราคงที่ หรือไม่

(2) มีการด้อยสิทธิหรือมีบุริมสิทธิเหนือความเป็นหนี้อื่นๆ ของบริษัทหรือไม่

(3) อัตราส่วนหนี้สินต่อทุนของบริษัทมีเป็นจำนวนเท่าใด

(4) มีความสามารถในการแปลงเป็นหุ้นทุนของบริษัทหรือไม่

(5) ความสัมพันธ์ระหว่างการถือหุ้นในบริษัทและการได้รับผลประโยชน์

มาตรา 385(c) กำหนดให้การกำหนดลักษณะของตราสารที่ผู้ออกตราสารกำหนดขึ้น ให้ผูกพันผู้ออกตราสารและผู้ถือตราสารตามกฎหมายภาษี แต่ไม่ผูกพันกระทรวงการคลัง มาตรา นี้ กำหนดขึ้นด้วยเกรงว่าผู้ออกตราสารและผู้ถือตราสารจะถือปฏิบัติต่อตราสารแตกต่างกัน⁷ ดังนั้น จึงกำหนดให้ผู้ออกตราสารและผู้ถือตราสารจะต้องถือปฏิบัติต่อตราสารนั้นให้สอดคล้องกัน แต่ อย่างไรก็ตาม ผู้ถือตราสารอาจถือปฏิบัติต่อตราสารแตกต่างไปจากผู้ออกตราสารก็ได้ หากผู้ถือ ตราสารได้ถือปฏิบัติต่อตราสารนั้นแตกต่างออกไปในการยื่นแบบเพื่อเสียภาษี

ในปัจจุบันหลักเกณฑ์ที่กำหนดให้กระทรวงการคลังกำหนดขึ้นตามมาตรา 385 ยังไม่ มีการประกาศใช้แต่อย่างใด

⁶ *Ibid.* pp.259-260.

⁷ Andriy Krahmal, "International Hybrid Instruments: Jurisdiction Dependent Characterization," *Houston Business and Tax Law Journal*, p.103 (2005)

2. Notice 94-47: Debt/Equity Issues in Recent Financing Transactions

ในช่วงต้นปี ค.ศ. 1990 มีบริษัทจำนวนมากถือปฏิบัติต่อตราสารทางการเงินไม่สอดคล้องกัน ทั้งทางกฎหมาย ทางบัญชี และทางภาษี จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1994 กรมสรรพากรสหรัฐฯ ได้ออกประกาศเตือน เรื่องธุรกรรมทางการเงินที่เกี่ยวข้องกับหนี้สินและทุน (Notice 94-47) เพื่อที่จะเตือนผู้เสียภาษีว่ากรมสรรพากรสหรัฐฯ จะทำการพิจารณาหาลักษณะของตราสารทางการเงิน ว่ามีความเหมาะสมแล้วหรือไม่ โดยจะพิจารณาลักษณะของตราสารตามปัจจัยต่างๆ ที่กำหนดไว้ว่าเป็นตราสารหนี้หรือตราสารทุนตามกฎหมายภาษีอากร ซึ่งปัจจัยดังกล่าวได้แก่

(1) ผู้ถือตราสารมีการให้คำมั่นอย่างไม่มีเงื่อนไขในการจ่ายเงินตามความประสงค์ (on demand) หรือในวันที่ครบกำหนดไถ่ถอนที่แน่นอนที่สามารถคาดการณ์ได้ในอนาคตโดยมีเหตุอันสมควรหรือไม่

(2) ผู้ถือตราสารมีสิทธิในการบังคับให้จ่ายเงินต้นและดอกเบี้ยได้หรือไม่

(3) มีความด้อยสิทธิของผู้ถือตราสารต่อสิทธิของเจ้าหนี้อื่นทั่วไปหรือไม่

(4) ผู้ถือตราสารมีสิทธิในการมีส่วนร่วมในการบริหารกิจการบริษัทผู้ถือตราสารหรือไม่

(5) มีการตั้งทุนด้าหรือไม่

(6) มีลักษณะเฉพาะ (Identity) ระหว่างผู้ถือตราสารและผู้ถือหุ้นของผู้ถือตราสารหรือไม่

(7) คู่สัญญาที่มีการระบุชื่อของตราสาร (Label) ไว้อย่างไร

(8) ตราสารนี้ตั้งใจให้ถือว่าเป็นตราสารหนี้หรือตราสารทุนตามวัตถุประสงค์อย่างอื่น นอกจากทางภาษีอากร เช่น ตามกฎหมายอื่นๆ ตามหลักเกณฑ์ของบริษัทจัดอันดับความน่าเชื่อถือ (Rating Agency) หรือตามวัตถุประสงค์ทางบัญชีการเงินหรือไม่

ปัจจัยดังกล่าว ส่วนใหญ่จะสอดคล้องกับมาตรา 385 และคล้ายคลึงกับปัจจัยที่มีการอ้างถึงในคดีในศาล และสอดคล้องกับคำพิพากษาของศาล (Case Law) ที่ระบุว่า ไม่มีปัจจัยใดที่จะใช้พิจารณาลักษณะของตราสารว่าเป็นตราสารหนี้หรือตราสารทุนได้โดยลำพัง และน้ำหนักที่

ให้กับปัจจัยใดปัจจัยหนึ่งโดยเฉพาะนั้นจะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและสภาพแวดล้อมแต่ละกรณี รวมทั้งลักษณะของตราสารหนี้และตราสารทุนอื่นๆ ประกอบด้วย⁸

โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญ 2 ประเภทที่ Notice 94-47 ได้เตือนว่าอาจจะมีการกำหนดลักษณะของตราสารใหม่ให้เป็นตราสารทุน ได้แก่ ตราสารที่มีการจ่ายเงินต้นเป็นหุ้น (Instruments Payable in Stock) อาจจะถูกจัดประเภทใหม่ให้เป็นหุ้น ถ้าตราสารนั้นมีการจ่ายเงินต้นเป็นหุ้น หรือมีเงื่อนไขที่บังคับให้ผู้ถือตราสารต้องเลือกรับหุ้น หรือในสาระสำคัญที่เป็นเหตุให้ผู้ถือจะได้รับหุ้น และตราสารที่มีกำหนดเวลาไถ่ถอนที่ยาวนานโดยไม่มีเหตุสมควร (Unreasonably Long Maturities) จะถือว่าเป็นหุ้น หากในส่วนที่เป็นสาระสำคัญของตราสารมีลักษณะเป็นหุ้น ซึ่ง Notice 94-47 ได้ยกตัวอย่างคดี Monon Railroad V. Commissioner (1970) ที่มีการออกตราสารที่กำหนดระยะเวลาของการไถ่ถอนไว้ 50 ปี แต่กรมสรรพากรสหรัฐ ได้เตือนผู้เสียภาษีว่า ถึงแม้จะกำหนดระยะเวลาไถ่ถอนไว้น้อยกว่า 50 ปี แต่บริษัท Monon Railroad มิได้ถือปฏิบัติต่อตราสารนั้นในทางภาษีว่าเป็นตราสารหนี้ แม้ตราสารนั้นจะมีได้มีลักษณะของทุนรวมอยู่ด้วยในประการสำคัญก็ตาม ก็อาจจะถือว่าเป็นตราสารหนี้เป็นทุนได้

(ข) วิธีการจำแนกตราสารทางการเงินตามคำพิพากษาของศาล (Case Law)

1. หลักเกณฑ์ในการจำแนกตราสารทางการเงินของศาล

ในการพิจารณาของศาลสหรัฐในประเด็นพิพาทที่ว่าตราสารทางการเงินมีลักษณะเป็นหุ้นหรือหนี้หรือไม่นั้น ศาลจะพิสูจน์ตามข้อเท็จจริงและสภาพแวดล้อมแห่งกรณี (Facts and Circumstances) ซึ่งศาลได้กำหนดปัจจัยจำนวนมากที่เกี่ยวข้องกับการจำแนกประเภทตราสารทางการเงิน แต่ไม่มีปัจจัยใดที่ศาลใช้เป็นตัวกำหนดเป็นปัจจัยหลัก แต่จะให้น้ำหนักกับปัจจัยต่างๆ ในการพิจารณาว่ามีลักษณะความเป็นหนี้หรือทุนอย่างใดมากกว่า แต่ไม่ใช่ทุกปัจจัยที่จะนำมาพิจารณาในแต่ละคดี โดยปัจจัยดังต่อไปนี้ ศาลมักจะใช้พิจารณาจำแนกตราสารทางการเงินว่าเป็นตราสารหนี้หรือตราสารทุนตามกฎหมายภาษี⁹

⁸ Peter J. Connors and Glenn H.J. Woll, "Hybrid Instruments - Current Issues," In Tax Law and Estate Planning Course Handbook Series, (New York: Practising Law Institute, 2002), pp.189-190.

⁹ Aspen Law & Business, Federal Income Taxation of Debt Instruments, 5th Edition (2007), pp.36-42.

1.1 สิทธิในการได้รับเงินจำนวนที่แน่นอน (Right to receive a Sum Certain)

ปัจจัยหลักปัจจัยหนึ่งที่ใช้จำแนกหนี้ออกจากทุนก็คือ ผู้ถือตราสารมีสิทธิในการได้รับเงินจำนวนที่แน่นอนหรือไม่ เนื่องจากสิทธิดังกล่าวถือเป็นลักษณะที่สำคัญของความเป็นหนี้ แต่ถ้ายกเว้นเงินต้นคืนที่จ่ายโดยขึ้นอยู่กับมูลค่าของหุ้นของผู้ถือตราสาร หรือหุ้นของบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับผู้ถือตราสาร อาจใช้พิจารณาว่าตราสารนั้นเป็นตราสารทุนได้ แต่ถึงแม้ความไม่แน่นอนที่ไม่เกี่ยวข้องกับประกอบการกิจการ (Performance) หรือเงื่อนไขทางการเงินของผู้ถือตราสาร เช่น เงินต้นที่ขึ้นอยู่กับดัชนีของราคาสินค้าโภคภัณฑ์ หรือดัชนีตลาดหุ้น มิได้บ่งชี้ว่าตราสารนั้นเป็นตราสารทุน แต่ไม่ถือว่าตราสารนั้นเป็นตราสารหนี้ด้วย เช่น ตราสารที่เงินต้นทั้งหมดขึ้นอยู่กับความไม่แน่นอนของดัชนีหลักทรัพย์ ซึ่งอาจถือเป็นตราสารอนุพันธ์ประเภทสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (Forward Contract) หรืออาจมีลักษณะรวมกันระหว่างตราสารหนี้กับตราสารอนุพันธ์

อย่างไรก็ตาม หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรสหรัฐที่ Rev. Rul 85-119 ได้วางหลักไว้ว่า ในกรณีที่ตราสารหนี้แปลงสภาพกำหนดเงื่อนไขว่า ถ้าผู้ถือตราสารไม่แปลงสภาพเป็นหุ้นทุน ก็จะได้รับเงินคืนในอัตราร้อยละ 60 ของทุนที่ลงไป เนื่องจากเงื่อนไขนี้ได้มีการพิจารณาตั้งแต่แรกแล้วว่าต้องให้แปลงสภาพเป็นหุ้นทุน ดังนั้น กรมสรรพากรสหรัฐจึงได้กำหนดวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับความเป็นหนี้และทุนของตราสารหนี้ที่บังคับให้แปลงสภาพ (Mandatory Convertible Debt) โดยให้ถือว่ามิได้มีลักษณะเป็นทุนเพียงอย่างเดียว กล่าวคือ ในกรณีที่กำหนดให้ผู้ถือตราสารมีหน้าที่อย่างไม่มีเงื่อนไขในการออกหุ้นหรือหุ้นบริวารสิทธิที่ไม่มีกำหนดไถ่ถอน เพื่อแลกเปลี่ยนกับตราสารหนี้นั้น โดยที่การแลกเปลี่ยนดังกล่าว ผู้ถือตราสารจะไม่ได้รับจำนวนหุ้นที่แน่นอนตามมูลค่าของตราสารหนี้ แต่จะได้รับจำนวนหุ้นจะแปรผันไปตามราคาตลาดที่เท่ากับมูลค่าของตราสารหนี้ ดังนั้น การที่ผู้ถือตราสารมิได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการเพิ่มขึ้นหรือลดลงของมูลค่าหุ้นในขณะที่ยังเป็นตราสารหนี้ และผู้ถือตราสารยังมีสถานะเป็นเจ้าของหนี้หากผู้ถือตราสารเข้าสู่ขั้นตอนการฟื้นกิจการหรือล้มละลาย จึงทำให้กรมสรรพากรสหรัฐวินิจฉัยว่าตราสารประเภทนี้ถือเป็นตราสารหนี้

อย่างไรก็ตามใน Notice 94-47 ได้เตือนผู้เสียภาษีว่า คำวินิจฉัยของกรมสรรพากรดังกล่าวค่อนข้างแคบและมีข้อเท็จจริงที่จำกัด หลังจากนั้นรัฐสภาสหรัฐได้ออกกฎหมายเพิ่มเติมมาตรา 163(l) แห่งประมวลรัษฎากรสหรัฐ ในปี 1997 โดยกำหนดห้ามมิให้หักจ่ายจากการจ่ายดอกเบี้ยจากตราสารหนี้ที่จ่ายคืนเงินต้นเป็นหุ้นของผู้ถือตราสารหรือของบุคคลที่มีความสัมพันธ์กัน โดยจะจำกัดเฉพาะกรณีที่ผู้ถือตราสารมีสิทธิโดยสมบูรณ์ในการได้รับเงินสด

เท่ากับจำนวนเงินต้นของตราสารหนี้ที่ถืออยู่ และได้รับหุ้นของผู้ออกตราสารหรือของผู้ที่มีความสัมพันธ์กับผู้ออกตราสาร เฉพาะตามที่ผู้ถือตราสารต้องการเท่านั้น

1.2 วันที่ครบกำหนดไถ่ถอนที่แน่นอนหรือวันที่บังคับให้ไถ่ถอน (Fixed Maturity/Mandatory Redemption Date)

การมีวันที่ครบกำหนดไถ่ถอนที่แน่นอนหรือวันที่บังคับให้ไถ่ถอน ในกรณีที่เป็นหุ้นบุริมสิทธิหรือตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุน ถือเป็นปัจจัยที่บ่งชี้ถึงความเป็นหนี้

ในบางคดีระบุว่า การมีอยู่หรือการไม่มีอยู่ของวันที่ครบกำหนดที่แน่นอน ถือเป็นลักษณะที่มีความสำคัญที่สุดของความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ (Debtor-Creditor Relationship) เช่น ในคดี US. V. South Georgia Ry. Co. ศาลตัดสินว่า “ใบรับรองหุ้นบุริมสิทธิที่ออกโดยผู้เสียหาย ถือเป็นตราสารทุน เนื่องจากไม่มีลักษณะที่สำคัญที่สุดของลูกหนี้และเจ้าหนี้ซึ่งตรงกันข้ามกับความสัมพันธ์ของผู้ถือหุ้น คือ การมีอยู่ของวันที่ครบกำหนดไถ่ถอนเงินต้นที่แน่นอน พร้อมกับสิทธิในการบังคับให้จ่ายเงินต้นคืนในกรณีที่มีการผิดนัด” เช่นเดียวกับคดี Jewel Tea v. US. ศาลปฏิเสธมิให้ถือปฏิบัติต่อตราสารอย่างตราสารหนี้ เนื่องจากไม่มีวันที่ครบกำหนดไถ่ถอนที่แน่นอน และในคดี Laidlaw Transportation Inc. v. Comm’r ศาลภาษีได้ถือว่าการกู้ยืมจากคู่สัญญาที่มีความสัมพันธ์กันถือว่าเป็นทุน เนื่องจากผู้เสียหายได้มีการขยายวันที่ครบกำหนดไถ่ถอนออกไปอย่างต่อเนื่อง และไม่เคยบังคับใช้สิทธิไถ่ถอนแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้จะปรากฏว่ามีเงื่อนไขวันที่ครบกำหนดไถ่ถอน ก็ยังไม่อาจถือเป็นตราสารทุนได้ หากเจ้าหนี้ยังคงมีสิทธิควบคุมบังคับให้ผู้ออกตราสารจ่ายเงินต้นคืนได้ เช่นในคดี Comm’r v. Meridian Thirteenth Realty Co. ศาลได้ตัดสินว่าหุ้นบุริมสิทธิที่มีวันที่ครบกำหนดไถ่ถอนที่แน่นอน ถือว่าเป็นตราสารทุน โดยศาลได้ให้เหตุผลว่า การมีวันที่ครบกำหนดไถ่ถอนที่แน่นอน อาจใช้เป็นปัจจัยในการพิจารณาได้ แต่ไม่ถือเป็นปัจจัยชี้ขาด ยังต้องพิจารณาร่วมกับปัจจัยอื่นด้วย นอกจากนี้ กรมสรรพากรสหรัฐฯ ยังได้วินิจฉัยในข้อหาหรือว่า ถึงแม้จะมีเงื่อนไขบังคับให้ไถ่ถอนตราสารได้ แต่อาจจะถือว่าตราสารนั้นเป็นตราสารทุนได้

ในปี 2003 คณะกรรมการบริหารมาตรฐานการบัญชีการเงิน (The Financial Accounting Standards Board) ได้วางหลักโดยให้ตราสารทุนชนิดที่บังคับให้ไถ่ถอนคืนได้ (Mandatorily Deemable Equity Instruments) เช่น หุ้นบุริมสิทธิที่มีวันที่ครบกำหนดไถ่ถอนได้ อย่างไม่มีเงื่อนไข ให้ถือเป็นหนี้สินของผู้ออกตราสารในการรายงานสถานะทางการเงินของกิจการ ตาม FASB150 เรื่อง การบัญชีสำหรับตราสารทางการเงินบางประเภทที่มีลักษณะทั้งหนี้และทุน แต่ในทางภาษี หุ้นบุริมสิทธิอาจจะไม่ถือว่าเป็นตราสารหนี้ เนื่องจากผู้ถือตราสารดังกล่าวไม่มีสิทธิ

ของเจ้าหนี้ (Creditor's Rights) แต่อย่างไรก็ตาม และการไถ่ถอนคืนหุ้นยังมีข้อจำกัดของบริษัทอยู่ การที่วิธปฏิบัติในทางบัญชีการเงินต่อตราสารทางการเงินว่าเป็นหนี้หรือทุนมิได้เป็นหลักในการพิจารณาลักษณะของตราสารในทางภาษี ดังนั้นจึงแสดงให้เห็นว่ายังมีความแตกต่างระหว่างแนวคิดของการบัญชีการเงินเกี่ยวกับ “หนี้สิน” (Liability) และแนวคิดทางภาษีเกี่ยวกับ “ความเป็นหนี้” (Indebtedness)

นอกจากนี้ ศาลและกรมสรรพากรสหรัฐได้พิจารณาถึงระยะเวลาตั้งแต่ออกตราสารและวันที่ครบกำหนด/วันที่ไถ่ถอน เป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาความเป็นหนี้และทุนด้วย โดยถ้าระยะเวลาตั้งแต่ออกตราสารถึงวันที่ครบกำหนด/วันที่ไถ่ถอนยิ่งสั้น ยิ่งแสดงว่ามีความเป็นหนี้มากขึ้น แต่ก็มีกรณีพิจารณาว่าหนี้ที่มีกำหนดเวลา 30 ปี ถือเป็นหนี้ในช่วงระยะเวลาปกติ และตราสารหนี้ที่มีระยะเวลายาวนาน 50 ปีก็ยังคงถือว่าเป็นหนี้ในทางภาษี หลายบริษัทจึงได้ออกตราสารหนี้ที่มีกำหนดถึง 100 ปี เช่น บริษัท Walt Disney ออกหุ้นกู้ไม่ด้อยสิทธิ (Senior Debenture) อัตราดอกเบี้ยร้อยละ 7.55 โดยครบกำหนดไถ่ถอนวันที่ 15 พฤษภาคม 2096 บริษัท Amgen Inc. ออกตราสารหนี้อัตราดอกเบี้ยร้อยละ 8.125 โดยครบกำหนดไถ่ถอนวันที่ 1 เมษายน 2097 หรือบริษัท Apache Corp. ออกตราสารหนี้อัตราดอกเบี้ยร้อยละ 7.625 โดยครบกำหนดไถ่ถอนวันที่ 1 พฤศจิกายน 2097 เป็นต้น ดังนั้น ในการพิจารณาความเป็นหนี้และทุนจึงมีการให้นำหนักกับปัจจัยวันที่ครบกำหนดไถ่ถอนที่แน่นอนเพียงเล็กน้อย ถ้าหากยังปรากฏว่าผู้ถือตราสารมีสิทธิได้รับดอกเบี้ยตามช่วงระยะเวลาที่กำหนดไว้อย่างแน่นอน

1.3 สิทธิที่จะได้รับดอกเบี้ยหรือเงินปันผลที่แน่นอน (Right to Receive Fixed Interest/Dividend)

สิทธิของผู้ถือตราสารที่จะได้รับการจ่ายเงินที่แน่นอนในวันที่ที่กำหนดไว้ โดยไม่คำนึงถึงรายได้ของกิจการ เป็นปัจจัยหนึ่งซึ่งแสดงว่าเป็นความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ ซึ่งศาลได้ระบุว่า “เป็นลักษณะทั่วไปของหนี้ที่ผู้ถือมีสิทธิที่จะได้รับดอกเบี้ยจากตราสารนั้นอยู่แล้ว ถึงแม้ว่าบริษัทจะไม่มีรายได้เลยก็ตาม” แต่มีหลายคดีได้ถือว่า ตราสารที่กำหนดเงื่อนไขให้สิทธิแก่ผู้ถือตราสารในการได้รับจำนวนเงินที่แน่นอน ณ วันที่ที่กำหนดไว้ ก็ยังไม่ถือว่ามีภาวะผูกพันที่แน่นอนในการจ่ายดอกเบี้ย ถ้าหากมีกรณีที่ไม่ใช่ความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ เช่น ในกรณีที่จ่ายเฉพาะกรณีที่บริษัทมีกำไรเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ในคดี Meridian ศาลได้ตัดสินว่าตราสารมิได้กำหนดเงื่อนไขให้สิทธิแก่ผู้ถือในการได้รับชำระเงินตามช่วงเวลาที่กำหนดไว้แน่นอนในลักษณะของดอกเบี้ย ถึงแม้การจ่ายดังกล่าวจะจ่าย ณ เวลาและจำนวนเงินที่กำหนดไว้แน่นอนก็ตาม แต่เงินนั้นจะจ่ายจากรายได้ของบริษัทเท่านั้น นอกจากนี้ยังมีลักษณะบ่งชี้ความเป็น

ทุนด้วย เนื่องจากดอกเบี้ยที่จ่ายตามที่กำหนดไว้ในเอกสาร มิได้มีการจ่ายจริงหรือมีการให้ยืม กลับไปยังผู้ยืมเป็นประจำ เช่นในคดี Laidlaw เป็นต้น

1.4 สิทธิของผู้ถือตราสารในการบังคับให้ผู้ออกตราสารจ่ายเงินเมื่อผิดนัด (Right of a Holder to Enforce Payment in the Event of Default)

เงื่อนไขของตราสารที่ให้สิทธิแก่ผู้ถือตราสาร ในกรณีที่ผู้ออกตราสารไม่สามารถชำระ เงินได้ตามที่กำหนด เป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่ศาลใช้พิจารณาว่าตราสารมีลักษณะความเป็นหนี้หรือทุน

เนื่องจากลักษณะของตราสารหนึ่งจะให้สิทธิแก่ผู้ถือตราสารสามารถฟ้องร้องผู้ออก ตราสารเพื่อบังคับให้จ่ายดอกเบี้ยและเงินต้นเมื่อครบกำหนดในกรณีที่ไม่มี การชำระเงินได้ ส่วนตราสารทุนมิได้ให้สิทธิแก่ผู้ถือตราสารในการฟ้องร้องบังคับให้จ่ายเงินดังกล่าว ตัวอย่างเช่น คดี South Georgia ศาลได้ตัดสินว่า ตราสารซึ่งเป็นหุ้นบุริมสิทธิถือเป็นตราสารทุน เนื่องจากไม่มี เงื่อนไขในตราสารที่กำหนดให้สิทธิแก่ผู้ถือตราสารฟ้องร้องให้บริษัทจ่ายเงินรอบครั้งปีได้อย่างเช่น ผู้ถือตราสารหนี้ และในคดี Ragland Investment Co. v. Comm'r ศาลภาษีถือว่า ตราสารซึ่งเป็น หุ้นบุริมสิทธิถือเป็นตราสารทุน โดยสาระสำคัญที่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิไม่สามารถใช้สิทธิฟ้องร้อง บริษัทผู้ออกตราสารได้ ในกรณีที่มีได้แก่ถอนหุ้นบุริมสิทธิ

1.5 ความด้อยสิทธิต่อเจ้าหนี้รายอื่น (Subordination to General Creditors)

ความด้อยสิทธิของผู้ถือตราสารต่อเจ้าหนี้รายอื่นในกรณีที่มีการชำระบัญชีเป็นปัจจัย หนึ่งที่บ่งชี้ถึงความเป็นทุน เช่น ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะได้รับชำระเงินปันผลและเงินค่าหุ้นคืนในกรณีที่ มีการชำระบัญชีก่อนที่จะจ่ายให้แก่ผู้ถือหุ้นสามัญ แต่หลังจากเจ้าหนี้อื่นได้รับชำระหนี้จนครบถ้วน แล้ว แต่ผู้ถือตราสารหนี้ก็มีสิทธิได้รับส่วนแบ่งร่วมกับเจ้าหนี้รายอื่นในกรณีที่มีการชำระบัญชีได้ ด้วย อย่างไรก็ตาม ยังไม่มีความชัดเจนในกรณีที่เป็นหนี้ด้อยสิทธิกว่าเจ้าหนี้รายอื่น แต่เหนือกว่า ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ ในกรณีนี้ ปัจจัยเกี่ยวกับความด้อยสิทธินี้ยังไม่อาจใช้จำแนกหนี้ด้อยสิทธิออก จากหุ้นบุริมสิทธิได้

1.6 ชื่อของตราสารที่บ่งชี้ว่าเป็นตราสารทุนหรือตราสารหนี้ (Name Given to the Certificate Evidencing the Equity Interest or Indebtedness)

ชื่อของตราสารที่บ่งชี้ถึงตราสารทางการเงิน และลักษณะต่างๆ ของตราสารเป็นอีก ปัจจัยหนึ่งที่ศาลใช้พิจารณาว่าตราสารนั้นเป็นตราสารหนี้หรือตราสารทุน ถึงแม้ชื่อของตราสารจะ มิใช่ปัจจัยที่บ่งชี้ว่าตราสารนั้นเป็นตราสารหนี้หรือตราสารทุนได้ในเบื้องต้น แต่ชื่อของตราสารก็ เป็นปัจจัยหนึ่งที่ควรนำมาพิจารณาด้วย

มีหลายคดีที่ถือว่าตราสารที่อยู่ในรูปของตราสารหนี้ถือเป็นตราสารทุน อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันนี้มีการให้น้ำหนักเพียงเล็กน้อย เว้นแต่ในกรณีที่ผู้เสียภาษีถือปฏิบัติต่อตราสารโดยไม่คำนึงถึงรูปแบบของธุรกรรม ซึ่งผู้เสียภาษีจะต้องมีการพิสูจน์ที่สูงขึ้นตามหลัก Strong Proof

1.7 สิทธิในการออกเสียงหรือสิทธิในการมีส่วนร่วมในการบริหาร (Voting or Management Participation Rights)

สิทธิในการมีส่วนร่วมในการบริหารและสิทธิในการออกเสียงเป็นปัจจัยที่บ่งชี้ถึงความ เป็นทุนมากกว่าหนี้ ในคดี Zilkha & Sons, Inc. v. Comm'r ศาลภาษีตัดสินว่า ข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีโอกาสมีส่วนร่วมในการบริหารบริษัท ถือเป็นสิ่งบ่งชี้ว่าเป็นตราสารทุนมากกว่าเป็น สิทธิของเจ้าหนี้ แต่ในกรณีที่เจ้าหนี้เป็นผู้ถือหุ้นรายเดียวของบริษัทลูกหนี้ ปัจจุบันนี้อาจไม่สามารถ นำมาพิจารณาได้ เนื่องจากผู้ถือหุ้นรายเดียวมักจะมีสิทธิในการบริหารอยู่แล้ว

1.8 ผู้ค้ำประกันผู้ถือหุ้น (Shareholder Guarantees)

การมีอยู่ของผู้ค้ำประกันที่เป็นบุคคลที่สามในการจ่ายเงินปันผลหรือเงินต้นของ ตราสารที่เป็นหุ้นบุริมสิทธิอาจจะถือเป็นหนี้ในทางภาษีได้ เช่นในคดี Bowersock Mills & Power Co. v. Comm'r ศาลได้ให้เหตุผลว่า การมีอยู่ของผู้ค้ำประกันบุคคลที่สามในการจ่ายเงินให้แก่ผู้ถือหุ้นของบริษัทเพื่อให้แน่ใจว่าจะมีการจ่ายเงินแน่นอน ก็อาจถือว่าหุ้นบุริมสิทธิเป็นตราสารหนี้ได้

1.9 ลักษณะเฉพาะระหว่างความเป็นผู้ถือหุ้นและเจ้าหนี้ (Identity between Shareholder and Creditor)

ปัจจัยต่างๆ ข้างต้นเป็นปัจจัยเกี่ยวกับเงื่อนไขที่กำหนดในตราสาร สิทธิทางกฎหมาย และภาวะผูกพันของเงื่อนไขของตราสาร ซึ่งถือว่าเป็นปัจจัยภายใน (Internal Factors) แต่ศาลยัง ได้พิจารณาปัจจัยภายนอกตราสารด้วย ซึ่งในบางคดีปัจจัยภายนอกนี้อาจจะเป็นปัจจัยที่สำคัญใน การพิจารณาในประเด็นว่าตราสารหนี้ตามรูปแบบจะถือเป็นหนี้ตามกฎหมายภาษีหรือไม่ ลักษณะ ที่สำคัญเหล่านี้ก็คือมีความเหมือนกันระหว่างความเป็นผู้ถือหุ้นและเจ้าหนี้หรือไม่

ลักษณะเฉพาะของผู้ถือหุ้นและเจ้าหนี้เป็นปัจจัยที่บ่งชี้ถึงความเป็นทุน โดยเฉพาะ ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นหรือกลุ่มบุคคลที่ควบคุมผู้ถือหุ้นได้ให้บริษัทกู้ยืมในสัดส่วนเดียวกับการถือหุ้น โดยศาลได้ให้เหตุผลในกรณีนี้ว่า

1. ศาลตระหนักว่า ผู้ถือหุ้นอาจให้บริษัทกู้ยืมโดยมีความสัมพันธ์ที่เป็นคู่สัญญาที่ ไม่มีความสัมพันธ์กัน
2. ศาลอาจสงสัยว่า ผู้ถือหุ้นนั้นจะไม่ใช้สิทธิของตนเองในฐานะที่เป็นเจ้าหนี้บังคับ หนี้เอาจากบริษัทอย่างเช่นเจ้าหนี้รายอื่น

ทั้งนี้ เนื่องจากผู้ถือหุ้นเข้ารับความเสี่ยงในบริษัทอย่างเต็มที่แล้ว และถ้าการกู้ยืมนั้น ด้อยสิทธิว่าเจ้าหนี้รายอื่นด้วย การกู้ยืมจากผู้ถือหุ้นรายนั้นก็มิได้แสดงว่าผู้ถือหุ้นมีความเสี่ยง แตกต่างไปจากการเพิ่มเติมทุนแต่อย่างใด ดังนั้น เมื่อเจ้าหนี้มีความสัมพันธ์กับลูกหนี้ในทางหนึ่ง ทางใดแล้ว ศาลมักจะถามว่าคู่สัญญาที่ไม่สัมพันธ์กันได้อ่อนปรนจากข้อกำหนดและเงื่อนไข เดียวกันหรือไม่ ซึ่งหากมีการผ่อนปรนดังกล่าว จะถือว่าตราสารนั้นเป็นทุนมากกว่าหนี้

1.10 ความสามารถของลูกหนี้ในการจ่ายเงินต้นคืน (Debtor's Capacity to Repay)

ความแตกต่างเบื้องต้นระหว่างเจ้าหนี้และผู้ถือหุ้นก็คือ เจ้าหนี้นิยมคาดหวังที่จะได้รับ เงินต้นคืน และได้รับผลตอบแทนจากการให้ใช้เงิน ซึ่งอาจเป็นอัตราคงที่หรืออัตราลอยตัว ส่วนผู้ถือหุ้น ย่อมเข้าใจว่าผลตอบแทนจากการลงทุนนั้นขึ้นอยู่กับผลประกอบการของกิจการ ดังนั้น ถ้าเงินทุนที่ให้บริษัทได้ใช้เพื่อประโยชน์ในการประกอบกิจการแล้ว และเงินทุนรวมทั้งผลตอบแทน จากเงินทุนนั้น จะจ่ายคืนเฉพาะเมื่อกิจการประสบผลสำเร็จ ถือเป็นสิ่งบ่งชี้ว่าผู้ลงทุนกำลังเข้ารับ ความเสี่ยงของทุน (equity risk) ถึงแม้รูปแบบของเงินทุนนั้นจะเป็นการลงทุนแบบหนึ่งก็ตาม

ดังนั้น การที่ลูกหนี้มีทุนมากเท่าไร ไม่ว่าจะเป็หนี้ที่ชำระแล้วหรืออยู่ในรูปของรายได้ ของบริษัทก็ตาม ยิ่งแสดงว่าลูกหนี้ก็อาจจะต้องใช้ทุนนั้นไปหรือเพื่อจ่ายหนี้คืน ในทางกลับกัน ยิ่งบริษัทมีภาระหนี้มากเท่าไร ก็หมายความว่าบริษัทยังมีภาระดอกเบี้ยมากขึ้น และเป็นอุปสรรค ต่อการมีกำไร อย่างไรก็ตาม อัตราส่วนหนี้ต่อทุนของบริษัทเพียงอย่างเดียวมิได้บ่งชี้ว่าเจ้าหนี้ของ บริษัทจะมีความเสี่ยงมากกว่าเจ้าของทุนตามกฎหมายภาษี ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับลักษณะกิจการด้วย ซึ่ง ในบางธุรกิจ อาจมีสัดส่วนหนี้สินต่อทุนสูงถึง 100 ต่อ 1 เป็นปกติ แต่ในกิจการที่มีความเสี่ยงมาก ๆ อัตราหนี้สินต่อทุน 1 ต่อ 1 ก็ยังอาจถือว่าสูงเกินไปก็ได้

1.11 เจตนาของคู่สัญญา (Intent of the Parties)

เจตนาของคู่สัญญามักจะเป็นปัจจัยสำคัญที่ศาลใช้ในการพิจารณาความเป็นหนี้หรือ ทุน เนื่องจากเจตนาของคู่สัญญาเป็นปัจจัยที่ศาลใช้พิจารณาประกอบกับปัจจัยแวดล้อมอื่นๆ โดยเฉพาะการที่คู่สัญญาถือปฏิบัติต่อตราสารนั้นทั้งในทางภาษีและในทางอื่นนอกจากทางภาษี ทั้งนี้ก็เพื่อค้นหาเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา เนื่องจากศาลจะพิจารณาจากข้อเท็จจริงและปัจจัย แวดล้อมต่างๆ ที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาเจตนาของคู่สัญญา ดังนั้น แนวโน้มการกำหนดของศาล จึงค่อนข้างกว้างและเกี่ยวข้องกับปัจจัยอื่น เช่น ความสัมพันธ์ทางกฎหมายของคู่สัญญา ซึ่งถ้า คู่สัญญามีความสัมพันธ์กัน พฤติกรรมของคู่สัญญาจะยึดติดกับความสัมพันธ์นั้น อย่างไรก็ตาม การพิจารณาถึงเจตนาของคู่สัญญาควรจะต้องได้มาจากการพิจารณาจากปัจจัยอื่นๆ ทั้งหมดแล้ว และไม่ควรจะนำมาเป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณา

นอกจากปัจจัยข้างต้นแล้ว ยังมีปัจจัยอื่นๆ ที่ศาลนำมาประกอบการพิจารณาลักษณะของตราสารอีก ซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 385 และ Notice 94-47¹⁰ เช่น แหล่งของการจ่ายเงิน สิทธิของเจ้าหนี้โดยสิทธิที่ว่าเจ้าหนี้อื่นๆ หรือไม่ ลูกหนี้มีการตั้งทุนต่ำหรือไม่ ความสามารถของลูกหนี้ในการได้รับการกู้ยืมเงินจากผู้ให้กู้ภายนอก ความสมเหตุสมผลของอัตราดอกเบี้ยและเงื่อนไขของตราสาร การจัดสรรเงินกองทุนเพื่อการไถ่ถอนตราสาร (Sinking Fund) ความแน่นอนในการได้รับผลตอบแทนและความเสี่ยงของผู้ถือตราสาร การกำหนดอัตราดอกเบี้ยในอัตราคงที่ สิทธิในการออกเสียงของผู้ถือตราสาร และตราสารสามารถแปลงสภาพเป็นหุ้นของบริษัทได้หรือไม่ เป็นต้น

2. ตัวอย่างคำพิพากษาของศาล (Case Law)

มีหลายคดีในศาลของสหรัฐที่พิจารณาในประเด็นที่ว่า ตราสารใดเป็นตราสารหนี้หรือตราสารทุนตามกฎหมายภาษีอากร ในคดีเหล่านี้ได้มีการกำหนดปัจจัย (Factors) มากมายที่อาจนำมาใช้ในการพิจารณากำหนดลักษณะของตราสารได้ ซึ่งโดยทั่วไป ปัจจัยเหล่านี้จะพิจารณาที่เจตนาของผู้สัญญา เงื่อนไขในตราสาร ผลตอบแทนที่ผู้ลงทุนจะได้รับจากการลงทุน และสิทธิของผู้ถือตราสารว่ามีสิทธิในความเป็นเจ้าหนี้หรือไม่ ซึ่งตามคำพิพากษาของศาลในช่วงแรก ทั้งผู้เสียภาษีและกรมสรรพากรสหรัฐ มีโอกาสที่จะแสดงให้ศาลเห็นถึงรูปแบบของตราสาร และสามารถอ้างสิทธิได้ว่าตราสารเหล่านั้นควรจะตั้งเสียภาษีตามสาระของตราสาร

ในการพิจารณาคดีของศาลในช่วงหลัง ศาลกำหนดมาตรฐานที่สูงขึ้น (Heightened Evidentiary Standard) ในการโต้แย้งของผู้เสียภาษีถึงรูปแบบของธุรกรรมและตราสารทางการเงินต่างๆ แต่ในขณะที่กรมสรรพากรสหรัฐจะไม่ผูกพันต่อรูปแบบของธุรกรรม และยังคงอาจกำหนดให้ผู้เสียภาษีแสดงว่ารูปแบบของตราสารสะท้อนถึงสาระสำคัญของตราสารนั้นอย่างไร ซึ่งกรมสรรพากรสหรัฐอาจจะยอมรับหรืออาจใช้มาตรฐานที่สูงขึ้นกับผู้เสียภาษีที่อ้างสิทธิตามสาระของธุรกรรมว่ามีความแตกต่างจากรูปแบบของธุรกรรมอย่างไร ซึ่งเป็นไปตามหลัก Danielson (ตามคำพิพากษาของศาลในคดี Commissioner V. Danielson (1967)) แต่ศาลอาจจะไม่พิจารณาปรับใช้หลักการนี้ เว้นแต่เป็นไปตามหลัก Golsen (ตามคำพิพากษาของศาลในคดี Golsen V. Commissioner (1971)) ที่อนุญาตให้ผู้เสียภาษีถือตามสาระสำคัญของธุรกรรมได้ตามหลัก Strong Proof ที่กำหนดให้มีภาระการพิสูจน์เกี่ยวกับข้อโต้แย้งทางภาษีทั้งหลายที่สูงขึ้นกว่ามาตรฐานการพิสูจน์ที่ใช้กันโดยทั่วไป แต่จะต่ำกว่าที่กำหนดไว้ในหลัก Danielson

¹⁰ Marjaana Helminen, *supra note 3*, pp.258-259.

อย่างไรก็ตาม หลัก Danielson และหลัก Strong Proof จะไม่ใช้ในกรณีที่รูปแบบของตราสารมีความคลุมเครือ และยังไม่มีความชัดเจนว่าจะนำสิ่งใดมาใช้กำหนดรูปแบบของตราสาร ทั้งจากเงื่อนไขของตราสารและชื่อของตราสาร แต่ไม่ว่ากรณีใด ถ้าตราสารมีความคลุมเครือ ผู้เสียภาษีควรจะมีสิทธิยึดถือตามสาระของตราสารโดยการอ้างอิงพยานหลักฐานของตนได้¹¹

2.1 คดี Nestle Holdings Inc. V. Commissioner (1995)

คดีนี้กรมสรรพากรสหรัฐอเมริกาพยายามที่จะเปลี่ยนลักษณะของตราสารหนี้ให้เป็นตราสารทุน โดยประเด็นสำคัญที่ได้แย้งในคดีนี้คือ การกู้ยืมที่เกิดขึ้นระหว่างบริษัทแม่ในต่างประเทศ กับ ผู้เสียภาษีจะถือว่าเป็นตราสารหนี้ หรือจะกำหนดลักษณะของตราสารใหม่ว่าเป็นตราสารทุน และบริษัทผู้จ่ายดอกเบี้ยสามารถหักจ่ายจากการจ่ายดอกเบี้ยจำนวน \$131,739,791 ได้หรือไม่ ดังที่กรมสรรพากรสหรัฐได้กล่าวอ้างไว้ กรมสรรพากรสหรัฐจะเป็นผู้มีภาวะพิสูจน์ในประเด็นการกำหนดลักษณะของตราสารดังกล่าว

ในการพิจารณาปัญหาระหว่างความเป็นหนี้และทุน ศาลได้ระบุและพิจารณาปัจจัยต่างๆ จำนวนมาก เช่น การมีอยู่ของข้อตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่แสดงถึงความเป็นหนี้ การมีอยู่ของวันที่ครบกำหนดไถ่ถอนที่แน่นอน สิทธิในการบังคับให้ชำระเงิน เจตนาของคู่สัญญา ลักษณะเฉพาะของดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นระหว่างเจ้าหนี้และผู้ถือหุ้น โครงสร้างทุนในส่วนที่เป็นหนี้สิน ความสามารถของบริษัทเพื่อขอรับสินเชื่อจากแหล่งภายนอก ความไม่สามารถจ่ายเงินต้นคืนของลูกหนี้ และความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับการกู้ยืม (advances) แต่ไม่มีปัจจัยใดที่เป็นตัวกำหนดได้ เพียงปัจจัยเดียว ปัจจัยต่างๆ จะช่วยในการพิจารณา โดยวิเคราะห์ความเป็นจริงในแง่เศรษฐกิจว่ามีส่วนประกอบของความเสียหายของทุนที่อาจเกิดขึ้นจากการประกอบกิจการของบริษัททั้งหมดหรือไม่ หรือมีความสัมพันธ์ของความเป็นลูกหนี้และเจ้าหนี้หรือไม่ โดยปัญหาที่ปรากฏต่อศาลคือ คู่สัญญามีเจตนาที่แท้จริงที่จะก่อหนี้ โดยความคาดหวังที่จะได้รับเงินต้นคืนโดยมีเหตุอันสมควร และได้ปฏิบัติตามเจตนาที่แน่นอนอย่างเหมาะสมกับความเป็นจริงทางเศรษฐกิจในความสัมพันธ์ระหว่างความเป็นลูกหนี้และเจ้าหนี้หรือไม่

ในคดีนี้ปรากฏว่าลูกหนี้และเจ้าหนี้เป็นคู่สัญญาที่มีความสัมพันธ์กัน ดังนั้นรูปแบบของธุรกรรมและชื่อของตราสารที่คู่สัญญากำกับไว้ในธุรกรรมอาจมีความสำคัญในการพิจารณาเพียงเล็กน้อย และการพิจารณาธุรกรรมระหว่างบริษัทในเครือควรจะต้องมีความระมัดระวัง และไม่

¹¹ Peter J. Connors and Glenn H.J. Woll, *supra* note 8, pp.184-189.

ควรจะเพิกเฉยต่อธุรกรรมข้อฉล (Sham Transactions) ดังนั้น ศาลจึงมุ่งเน้นไปที่การกำหนดลักษณะที่แท้จริงของการกู้ยืมที่เป็นประเด็นแห่งคดี ณ เวลาที่มีการกู้ยืมเกิดขึ้น (at issue)

ในการพิจารณาคดีของศาลได้พบว่าตราสารนั้นเป็นหนี้ เนื่องจากการกู้ยืมนี้อยู่ในแผนการของบริษัทแม่อยู่แล้ว และมีหลักฐานเพียงพอที่จะแสดงว่าคู่สัญญาามีเจตนาที่จะก่อหนี้เพียงอย่างเดียว ถึงแม้ว่าผู้เสียหายได้แสดงสถานะที่ขัดแย้งกัน (Contrary Statements) ในการยื่นแบบต่อคณะกรรมการหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (The Securities and Exchange Commission) ก็ตาม

นอกจากนี้ ยังมีหลักฐานปรากฏอีกว่า ผู้ร้องมีความสามารถได้รับสินเชื่อกจากคู่สัญญาที่ไม่เกี่ยวข้องกัน และอัตราดอกเบี้ยที่เรียกเก็บโดยบริษัทแม่ ไม่ต่ำโดยไม่มีเหตุอันสมควร อีกทั้งบริษัทแม่ก็ไม่มีการบิดเบือนอัตราดอกเบี้ย ซึ่งอาจจะถูกเรียกเก็บโดยผู้ให้กู้ที่ไม่มีความสัมพันธ์กันด้วย ศาลยังพบว่าผู้เสียหายไม่มีการตั้งทุนต่ำ และหนี้ตามสัญญากู้ยืม ก็ได้ลดลงตลอดมา ทั้งๆ ที่มีการกู้ยืมเงินเพิ่มเติมจากบริษัทแม่

ศาลจึงตัดสินจากหลักฐานที่แสดงปรากฏชัดว่า การกู้ยืมระหว่างคู่สัญญาที่มีความสัมพันธ์กันนั้น ถือเป็นหนี้โดยสาระ มิใช่ทุนแต่อย่างใด ทั้งนี้โดยไม่คำนึงถึงภาวะการพิสูจน์ ดังนั้น บริษัทจึงมีสิทธิหักจ่ายจากดอกเบี้ยได้เป็นจำนวน \$131,739,791

2.2 คดี Full Service Beverage Co. V. Commissioner (1995)

คดีนี้ผู้เสียหายถือว่าการกู้ยืมตามกฎหมายภาษี โดยหุ้นดังกล่าวเป็นหุ้นบุริมสิทธิ์ชนิดได้ถอนคืนได้ และการจ่ายเงินปันผลไม่ขึ้นอยู่กับผลประกอบการของบริษัท และเงินดังกล่าวถือเป็นการจ่ายเงินปันผลมิใช่ดอกเบี้ย

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ตราสารนี้มีลักษณะคล้ายกับตราสารหนี้ แต่ศาลไม่ได้มีการกำหนดลักษณะของหุ้นบุริมสิทธิ์นี้ใหม่แต่อย่างใด เนื่องจาก

1. ตราสารนั้นอยู่ในรูปแบบของหุ้นบุริมสิทธิ์
2. สิทธิของผู้ถือตราสารในการเลิก (Dissolution) และสิทธิในการชำระบัญชี (Liquidation) ดีน้อยกว่าสิทธิของเจ้าหนี้คนอื่น ๆ
3. ผู้ถือหุ้นมีสิทธิในการบริหารจัดการบริษัท
4. คู่สัญญาตั้งใจวางโครงสร้างของตราสารให้เป็นหุ้นบุริมสิทธิ์
5. ผู้เสียหายได้ปฏิบัติต่อตราสารนั้นอย่างสอดคล้องกันกับตราสารทุน

นอกจากนี้ ศาลยังได้ระบุว่า ถึงแม้ผู้เสียหายจะถือว่าการตราสารนั้นเป็นตราสารหนี้ โดยที่ชื่อของตราสารเป็นหุ้น จะต้องมีการพิสูจน์ที่มากขึ้นว่าตราสารนั้นเป็นตราสารหนี้ตามหลัก

Strong Proof ด้วย ดังนั้น บริษัทจึงไม่สามารถหักจ่ายจากการจ่ายเงินปันผลจากหุ้นบุริมสิทธิ์ดังกล่าวได้

2.3 คดี Taiyo Hawaii Co. Ltd. V. Commissioner (1997)

โดยทั่วไป เพื่อที่จะให้ผู้เสียภาษีไม่คำนึงถึงรูปแบบของตราสาร ศาลอาจกำหนดให้ผู้เสียภาษีต้องปฏิบัติตามสาระสำคัญของตราสาร กรณีบริษัท Taiyo ผู้เสียภาษีเป็นบริษัทต่างประเทศ พยายามอ้างว่าเงินกู้ยืม (advances) ที่ออกให้กับบริษัทลูกในสหรัฐเป็นตราสารทุน เพื่อที่จะเลี่ยงหลักดอกเบียสูงเกินส่วน (The Excess Interest Rules) ตามมาตรา 884

ศาลถือว่าผู้เสียภาษีไม่สามารถแสดงได้ว่าการกู้ยืม (advances) เป็นตราสารทุน และผู้เสียภาษีไม่สามารถรักษาสถานะนั้นได้ เนื่องจากไม่ได้ปฏิบัติต่อ advances ว่าเป็นตราสารทุนในทางภาษีและในทางบัญชีการเงินอย่างสอดคล้องและอย่างซื่อสัตย์

ภายหลังที่มีการตัดสินคดีนี้ กรมสรรพากรสหรัฐได้นำการวิเคราะห์ในคดี Taiyo ที่เกี่ยวกับเงินกู้ยืม (advances) ที่จ่ายโดยบริษัทสหรัฐซึ่งเป็นผู้เสียภาษี ไปยังบริษัทลูกในต่างประเทศ มากำหนดไว้ใน Field Service Advice: FSA 1999-21-002 (January 29, 1999)¹² ในคดีนี้ บริษัทผู้เสียภาษีได้หักสัดส่วนในเงินกองทุนออกไป 28% โดยถือว่าเป็นทุน และอีก 72% ถือว่าเป็นหนี้ โดยในหนี้ที่เป็นหนี้ (Debt Portion) มีการกำหนดว่าไม่มีการจ่ายดอกเบี้ย มีกำหนดไถ่ถอน 25 ปี และด้อยสิทธิกว่าเจ้าหนี้ทุกราย ซึ่งตามกฎหมายภาษีสหรัฐและการรายงานทางการเงินแล้ว ผู้เสียภาษีถือว่าส่วนที่เป็นหนี้ (Debt Portion) นั้นเป็นหนี้ และตามกฎหมายต่างประเทศ บริษัทลูกในต่างประเทศถือว่าส่วนที่เป็นหนี้ (Debt Portion) นี้ เป็นหนี้เช่นกัน ซึ่งจากการตรวจสอบ กรมสรรพากรสหรัฐได้อ้างว่า ตามมาตรา 482 ผู้เสียภาษีจะต้องเพิ่มดอกเบี้ยจากส่วนที่เป็นหนี้ (Debt Portion) ในอัตรา Arm's Length เข้าไปด้วย แต่ผู้เสียภาษีอ้างว่าส่วนที่เป็นหนี้ (Debt Portion) แท้จริงแล้วถือเป็นทุน โดยตาม FSA ถือว่า เนื่องจากผู้เสียภาษีไม่ได้ยึดถือโดยซื่อสัตย์และโดยสอดคล้องต้องกันว่าส่วนที่เป็นหนี้ (Debt Portion) นั้นถือเป็นทุนมาแต่แรก ดังนั้น ผู้เสียภาษีจึงไม่สามารถอ้างได้ว่าส่วนที่เป็นหนี้ (Debt Portion) ถือว่าเป็นทุนในสาระสำคัญ

¹² FSA หรือ Field Service Advice เป็นการตอบข้อหารือรูปแบบหนึ่งที่อยู่ในความรับผิดชอบของกรมสรรพากรสหรัฐ หากมีการร้องขอจากผู้เสียภาษีหรือหน่วยงานอื่น นอกจากนี้ ยังมีการตอบข้อหารือในรูปแบบอื่นอีกเช่น Private Letter Rulings ("PLRs") Technical Advice Memoranda ("TAMs") เป็นต้น

ในทางกลับกัน FSA ได้อนุญาตให้ผู้เสียภาษีซึ่งเป็นบริษัทสหรัฐอเมริกาถือว่าการกู้ยืม (advances) เป็นตราสารทุนได้ แม้ว่าบริษัทต่างประเทศที่มีความสัมพันธ์กันนั้นจะถือตราสารนั้นเป็นตราสารหนี้ตามกฎหมายต่างประเทศก็ตาม FSA 1999-29-002 (January 27, 1999) โดยผู้เสียภาษีได้โอนหุ้นของบริษัทต่างประเทศอีกบริษัทหนึ่งไปให้บริษัทผู้ออกตราสารที่เป็นบริษัทต่างประเทศที่มีความสัมพันธ์กันเพื่อเป็นการแลกเปลี่ยนกับตราสารที่เรียกว่า “Loan” Stock โดย “Loan” Stock นี้กำหนดให้มีการจ่ายดอกเบี้ย และมีการไถ่ถอนได้ ซึ่งการแลกเปลี่ยนของผู้เสียภาษีดังกล่าวจะเข้ามาตรา 351 ถ้า “Loan” Stock นั้นถือว่าเป็นทุน โดยในการยื่นแบบเสียภาษีของผู้เสียภาษีถือว่า “Loan” Stock เป็นทุน ในขณะที่บริษัทผู้ออกตราสารต่างประเทศถือว่า “Loan” Stock เป็นหนี้ตามกฎหมายของต่างประเทศ โดย FSA ได้สรุปว่า “Loan” Stock เป็นทุน เนื่องจากตราสารนี้โดยสิทธิที่เจ้าหนี้ทุกราย มีกำหนดเวลาไถ่ถอนที่ยาวนาน และบริษัทผู้ออกตราสารต่างประเทศมีการตั้งทุนต่ำ ใน FSA ดังกล่าวภาษีได้ถือว่า “Loan” Stock เป็นทุนสอดคล้องตลอดมาในการยื่นแบบเสียภาษี แม้ว่าตามกฎหมายภาษีออสเตรเลียจะถือว่า “Loan” Stock เป็นหนี้ก็ตาม แต่กรมสรรพากรสหรัฐได้สรุปว่า “Loan” Stock ไม่ควรถือเป็นหนี้ นอกจากนี้ ยังถือว่าถึงแม้มีการรายงานว่าเป็นหนี้ตามกฎหมายภาษีออสเตรเลียก็ตาม แต่ผู้เสียภาษีไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่ต้องยื่นสถานะตามมาตรา 385(c) เนื่องจากวิธีปฏิบัติของต่างประเทศต่อตราสารไม่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ของความต้องการในการยื่นสถานะในกรณีนี้

อย่างไรก็ตาม กรมสรรพากรสหรัฐควรจะคำนึงถึง ตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุนในลักษณะที่เหมาะสมด้วย และผู้เสียภาษีควรจะต้องปฏิบัติตามตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุนอย่างสอดคล้องกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามกฎหมายภาษีสหรัฐ และตามรายงานทางการเงิน

2.4 คดี Laidlaw Transportation, Inc. v. Commissioner (1998)

ศาลภาษีอากรได้เปลี่ยนลักษณะของการกู้ยืมเงินระหว่างกลุ่มบริษัทจำนวน \$975,000,000 ให้เป็นตราสารทุน และไม่อนุญาตให้หักจ่ายจากการจ่ายเงินดอกเบี้ยจากการกู้ยืมเงินนั้นตั้งแต่ปี 1986 ถึงปี 1988 เป็นจำนวนเงิน \$133,000,000 การเปลี่ยนลักษณะของการกู้ยืมเงินที่สามารถหักจ่ายจากดอกเบี้ยได้ทั้งในประเทศแคนาดาและสหรัฐซึ่งเป็นการกู้ยืมเงินระหว่างบริษัท

ในคดีนี้ บริษัท Laidlaw Transportation (“LTL”) เป็นบริษัทที่จดทะเบียนในประเทศแคนาดาได้กู้ยืมเงินจากผู้ให้กู้บุคคลที่สามที่ไม่มีความสัมพันธ์กัน จำนวนเงินนี้ถือเป็นการสนับสนุนเงินทุน (Equity Contributions) ให้กับ Laidlaw International Investments B.V. (“LIIBV”) ซึ่งเป็นบริษัทลูกลำดับที่สอง (Second-tier) ของ LTL ในประเทศเนเธอร์แลนด์ LIIBV

และสาขาของบริษัทในเนเธอร์แลนด์ ให้กู้ยืมเงินจากกองทุนนี้แก่บริษัทลูกของ LTL อีกมากใน สหรัฐฯ ซึ่งเป็นตราสารหนี้ที่มีภาระดอกเบี้ย (Interest-bearing Debt) ตั้งแต่ปี 1985 ถึงปี 1988 บริษัทลูกในสหรัฐฯ เหล่านี้ได้หักรายจ่ายจากการจ่ายดอกเบี้ยจากการกู้ยืมเงินจาก LIIBV ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างเนเธอร์แลนด์และสหรัฐฯ บริษัทลูกในสหรัฐฯ ไม่ต้องหักภาษี ณ ที่จ่ายจากการจ่ายดอกเบี้ยให้แก่ LIIBV

ศาลภาษีอากรได้ระบุว่าถึงแม้การกู้ยืมนี้จะเป็นตราสารหนี้ที่มีกำหนดเวลาได้ก่อนที่กำหนดไว้แล้ว และมีอัตราดอกเบี้ยคงที่ แต่การกำหนดลักษณะของการกู้ยืมในทางภาษีนี้นั้นจะต้องพิจารณาจากสาระของตราสารอื่นๆ ประกอบด้วย ได้แก่

- 1) ไม่ปรากฏว่ามีการจ่ายเงินต้นจากการกู้ยืมดังกล่าว
- 2) บริษัทลูกกู้ยืมเงินจาก LIIBV เพื่อที่จะให้มีการจ่ายดอกเบี้ยจากการกู้ยืมนั้น
- 3) LTL ได้แสดงต่อเจ้าหน้าที่ภาษีของประเทศแคนาดาและประเทศเนเธอร์แลนด์ว่าการให้กู้ยืมของ LIIBV แก่บริษัทลูกในสหรัฐฯ นั้น เป็นตราสารทุน แต่ปรากฏต่อกรมสรรพากรสหรัฐฯ ว่าเป็นตราสารหนี้ เพื่อให้สามารถหักรายจ่ายจากผลตอบแทนของตราสารได้
- 4) สัดส่วนหนี้ต่อทุน (Debt to Equity Ratio) ของบริษัทลูกในสหรัฐฯ มีเท่ากับ 3 ต่อ 1 ซึ่งสูงเกินส่วนกว่าสัดส่วนปกติที่ควรจะเป็นในธุรกิจเดียวกัน
- 5) ภายหลังจากการกู้ยืมดังกล่าวมีการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขให้กลายเป็น Demand Loans

2.5 คดี Commissioner v. O.P.P. Holding Corp.

ในคดีนี้มีการกำหนดความหมายที่ชัดเจนระหว่างคำว่า “ผู้ถือหุ้นกับเจ้าหนี้” และ “เงินปันผลกับดอกเบี้ย” โดยศาลได้ระบุว่า “ความแตกต่างที่เห็นได้ชัดระหว่างผู้ถือหุ้นกับเจ้าหนี้ก็คือ

“ผู้ถือหุ้น” หมายถึง ผู้ที่เข้ารับความเสี่ยงของการดำเนินธุรกิจของบริษัท ซึ่งจะต้องรับทั้งความเสี่ยงต่างๆ รวมทั้งผลกำไรในกรณีที่บริษัทประสบผลสำเร็จ

ส่วน “เจ้าหนี้” จะได้รับผลตอบแทนที่เป็นอิสระจากความเสี่ยงในการดำเนินธุรกิจของบริษัท โดยไม่เข้าไปมีส่วนร่วมในผลกำไรของบริษัท แต่จะมีสิทธิได้รับเงินเมื่อถึงกำหนดการชำระเงิน”¹³

¹³ Adam O. Emmerich, *supra note 4*, pp.121-124.

4.2.2 ตัวอย่างตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุนที่มีการใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกาและผลในทางภาษีอากร

(ก) ตราสารหนี้ระยะยาว หรือตราสารหนี้ที่ครบกำหนดไถ่ถอนเมื่อมีการเลิกบริษัท (Long-term or Perpetual Debt)¹⁴

ความแตกต่างอย่างหนึ่งของหนี้และทุนก็คือ เจ้าหนี้จะมีสิทธิที่จะได้รับเงินต้นคืนเมื่อครบกำหนดของตราสาร แต่ผู้ถือหุ้นไม่มีสิทธิเรียกเงินต้นคืนตลอดระยะเวลาที่บริษัทดำเนินการอยู่หรือก่อนที่บริษัทจะเลิกกิจการไป ดังนั้น การลงทุนในหุ้น จึงถือว่ามีเจตนาคงอยู่ตลอดไปที่จะให้บริษัทได้ใช้ทุน แต่หนี้ถือเป็นการลงทุนเพียงชั่วคราวเท่านั้น ดังนั้นในการแยกแยะระหว่างความเป็นหนี้และทุน จึงอาจใช้ช่วงระยะเวลาของการลงทุน (Period of Investment) และเงื่อนไขของการบอกเลิกการลงทุน (Termination of Investment) เป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาได้

ถึงแม้การลงทุนในตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุนจะยังไม่มีเส้นแบ่งที่ชัดเจนระหว่างความเป็นหนี้และทุนของตราสารที่เกี่ยวข้องกับการจ่ายเงินต้นคืน แต่มีความเป็นไปได้ที่ในทางปฏิบัติจะมีการกู้ยืมที่ไม่ระบุวันที่ในการจ่ายเงินต้นคืน หรือมีกำหนดระยะเวลาในการกู้ยืมที่ยาวนานมาก เช่น การกู้ยืมที่จะครบกำหนดเมื่อบริษัทถูกหนี้เข้าสู่กระบวนการชำระบัญชีของบริษัท เป็นต้น ในกรณีของทุน อาจมีการออกหุ้นที่สามารถไถ่ถอนคืนได้ก่อนการชำระบัญชีของบริษัท การคงอยู่ถาวรของการลงทุนในหุ้นนั้นจึงอาจจะยาวนานกว่าการลงทุนในหุ้น ดังนั้น จึงมีปัญหาว່ว่าตราสารประเภทนี้จะถือปฏิบัติตามกฎหมายภาษีอย่างไร

ตราสารหนี้ที่ไม่มีกำหนดไถ่ถอน หรือ ครบกำหนดไถ่ถอนเมื่อมีการเลิกบริษัท (Perpetual Loan) ตามความหมายใน IBFD International Tax Glossary ได้ให้คำนิยามว่า หมายถึง ข้อตกลงในสัญญากู้ยืมที่มีกำหนดระยะเวลาที่ไม่มีวันที่ครบกำหนดไถ่ถอน (No Maturity Date) หรือมีกำหนดไถ่ถอนที่ยาวนานมาก เช่น 125 ปี ในทางปฏิบัติการกู้ยืมดังกล่าวมักจะไม่มี การชำระเงินต้นคืน Perpetual Loan สามารถออกจำหน่ายได้ในหลายรูปแบบ เช่น หุ้นกู้ขายต่ำกว่าราคาหน้าตั๋ว (Zero Coupon Bond) ที่กำหนดอัตราดอกเบี้ยลอยตัว หรืออาจกำหนดให้มีการจ่ายดอกเบี้ยเฉพาะเมื่อผู้ออกหุ้นกู้มีกำไร หรือกำหนดให้ผู้ถือหุ้นกู้มีสิทธิด้อยกว่าเจ้าหนี้รายอื่น เป็นต้น ในบางประเทศ การกู้ยืมเงินในกรณีนี้มักจะถูกจำแนกลักษณะใหม่ให้เป็นทุน (Equity Capital) ในทางภาษี ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขอื่นที่กำหนดไว้ในตราสารด้วย¹⁵

¹⁴ Marjaana Helminen, *supra note 3*, pp.276-278.

¹⁵ Barry Larking, *IBFD International Tax Glossary*, 5th Edition (International Bureau of Fiscal Documentation, 2005), p.304.

Perpetual Debt จึงเป็นการลงทุนในตราสารหนี้ที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาไว้ หรือไม่มีข้อกำหนดในการบอกเลิก โดยลูกหนี้ (ผู้กู้) ไม่มีสิทธิในการบอกเลิกการกู้ยืม ซึ่งโดยสาระ ในเชิงเศรษฐศาสตร์ของ Perpetual Debt มีความคล้ายกับทุนมาก ดังนั้น หากไม่มีเจตนาที่จะจ่ายเงิน ต้นคืน การลงทุนนั้นก็ไม่ใช่การลงทุนในหนี้แต่อย่างใด แต่ถือว่าเป็นการลงทุนในทุนที่อยู่ในรูปของ หนี้ (hidden equity in the form of debt) และดอกเบี้ยที่จ่ายจาก Perpetual Debt ควรจะต้องถือ ว่าเป็นเงินปันผลในทางภาษี เนื่องจากเป็นเงินลงทุนในทุน

มีหลายคดีในประเทศสหรัฐอเมริกาให้ความสำคัญกับปัจจัยวันที่ครบกำหนดไถ่ถอน ที่แน่นอน (Fixed Maturity Date หรือ Mandatory Redemption Date) เช่น คดี US v. South Georgia Ry.Co. และ คดี Jewel Tea co. v. US โดยศาลจะปฏิเสธมิให้ปฏิบัติต่อตราสารที่ไม่มี กำหนดไถ่ถอนเยี่ยงตราสารหนี้ แต่อย่างไรก็ตาม ตราสารหนี้ที่มีกำหนดไถ่ถอนที่แน่นอนก็อาจถือ เป็นทุนได้ ถ้าคู่สัญญาไม่มีเจตนาที่จะบังคับเอาอกกับเงินต้นนั้น และมีการขยายระยะเวลาออกไป เรื่อยๆ อย่างเช่นคดี Laidlaw แต่การที่ไม่มีวันที่ครบกำหนดไถ่ถอนที่แน่นอน อาจไม่ถือเป็นหนี้ได้ หากเจ้าหนี้ (ผู้ถือตราสาร) สามารถควบคุมให้ผู้ออกตราสารจ่ายเงินต้นคืนได้¹⁶

ตามกฎหมายภาษีสหรัฐ วันครบกำหนดไถ่ถอนที่แน่นอน (Fixed Maturity Date) ถือเป็นปัจจัยที่สำคัญที่สุดในความเป็นหนี้ การที่ Perpetual Debt ไม่มีลักษณะดังกล่าวจึงอาจถูก พิจารณาว่าเป็นทุน และดอกเบี้ยที่จ่ายไปอาจถือว่าเป็นเงินปันผลในทางภาษี ซึ่งในการจำแนก ลักษณะความเป็นหนี้ จะต้องมีวันที่ครบกำหนดไถ่ถอนที่แน่นอน หรือสามารถทราบวันที่ครบ กำหนดไถ่ถอนได้ แต่อย่างไรก็ตาม หากตราสารกำหนดวันที่ครบกำหนดดังกล่าวไว้ ไม่ได้ หมายความว่าตราสารนั้นจะต้องถือเป็นตราสารหนี้ และการที่ไม่มีวันที่ครบกำหนดไถ่ถอนก็ไม่ได้ หมายความว่าตราสารนั้นจะต้องเป็นทุน

เงื่อนไขของตราสารที่มีลักษณะของการลงทุนที่ยาวนาน (Long Term) เพียงอย่าง เดียว ยังไม่อาจพิจารณาได้ว่าเป็นทุน เพียงแต่จะต้องรับรู้ว่า ยิ่งวันที่ครบกำหนดไถ่ถอนยาวนาน เท่าใด ความเสี่ยงของความเป็นเจ้าหนี้ (ผู้ถือตราสารหนี้) จะยิ่งกลายเป็นความเสี่ยงของผู้ถือหุ้น (ผู้ถือตราสารทุน) มากขึ้น แต่ในกฎหมายภาษีสหรัฐมิได้กำหนดระยะเวลาเอาไว้ว่าระยะเวลา ยาวนานเท่าใดจึงจะถือว่าเป็นทุน แต่จะพิจารณาเป็นรายกรณีไป รวมทั้งพิจารณาลักษณะของ ความเป็นหนี้และทุนอื่นๆ ในตราสารประกอบด้วย

¹⁶ Aspen Law & Business, *supra* note 9, p.37.

ระยะเวลาครบกำหนดไถ่ถอนที่มีเหตุอันสมควรจะพิจารณาร่วมกับปัจจัยอื่นด้วย เช่น ลักษณะธุรกิจของกิจการ แต่กำหนดระยะเวลาที่นั้นจะต้องไม่ยาวนานเกินไป เช่น หนี้ที่มีกำหนดไถ่ถอนเกินกว่า 20 ปี อาจจะเป็นหนี้ได้ ถ้าหนี้นั้นไม่มีการแสดงในงบดุลว่าเป็นหนี้สิน ซึ่งใน Notice 94-47 ก็ระบุว่า การที่มีกำหนดไถ่ถอนที่ยาวนานเกินสมควร มีความเสี่ยงที่ตราสารนั้นจะถือว่าเป็นหนี้ และยังมีลักษณะของความเป็นหนี้อื่นรวมอยู่ด้วย จะยังถือว่าเป็นหนี้มากขึ้น เช่น ในคดี Liadlaw แม้เงินกู้ยืมจะมีกำหนดไถ่ถอนที่แน่นอน แต่การกู้ยืมระหว่างคู่สัญญาที่มีความสัมพันธ์กัน จะถือว่าเป็นหนี้ได้ เนื่องจากเจ้าหนี้ไม่มีเจตนาที่ต้องการเงินต้นคืนเลยในกรณีที่ลูกหนี้มีสินทรัพย์หมุนเวียนและกระแสเงินสดไม่เพียงพอที่จะจ่ายดอกเบี้ย ในคดีนี้มีปัจจัยที่ใช้ตัดสินก็คือ สิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้โดยสิทธิที่ว่าเจ้าหนี้รายอื่นทั้งหมด และลูกหนี้มีการตั้งหนี้ค่า

นอกจากนี้ในบริบทระหว่างประเทศ FSA 200148039 (November 30, 2001) และ FSA 200205031 (February 1, 2001) ระบุว่าในกรณีที่บริษัทแม่ในสหรัฐเป็นผู้ถือตราสาร Perpetual Debt ที่ออกโดยบริษัทลูกในต่างประเทศ สหรัฐจะถือว่าเป็น Perpetual Debt เป็นหนี้ ส่วนต่างประเทศจะถือว่าเป็น Perpetual Debt เป็นหนี้ บริษัทในต่างประเทศจะสามารถหักจ่ายจากการจ่ายดอกเบี้ยให้กับบริษัทแม่ได้ แต่ในสหรัฐจะถือดอกเบี้ยนั้นเป็น “เงินปันผลทางอ้อม” (Indirect Dividend) ซึ่งบริษัทแม่จะสามารถเครดิตภาษีต่างประเทศทางอ้อม (Indirect Foreign Tax Credit) ได้¹⁷

ในการพิจารณาเงินได้ประเภทเงินปันผลตามข้อบทในอนุสัญญาภาษีซ้อน¹⁸ เงินปันผลจะต้องเป็นเงินได้มาจากสิทธิในบริษัท (Corporate Rights) ซึ่งเป็นสิทธิที่ให้แก่ผู้ลงทุนในการมีส่วนร่วมในผลกำไร และซึ่งผู้ลงทุนจะมีความเสี่ยงที่เทียบได้กับผู้ถือหุ้นด้วย ดังนั้นจึงชัดเจนว่า เงื่อนไขที่ไม่มีวันที่ครบกำหนดไถ่ถอนอย่างเดียว จึงยังไม่ทำให้สิทธิเรียกร้องในหนี้ (Debt Claims) กลายเป็นสิทธิที่ทำให้เกิดเงินปันผล (Dividend-generating Rights) เนื่องจากตราสารประเภท Perpetual Debt โดยปกติจะไม่มีทำให้สิทธิแก่ผู้ลงทุนในการมีส่วนร่วมในผลกำไร

ตามคำอธิบายร่างอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับ OECD จะกำหนดรายการที่ใช้ในการพิจารณาว่าการจ่ายเงินจากการกู้ยืมนั้นมีการแบ่งปันความเสี่ยงจากการประกอบกิจการหรือไม่ (share the risk run by the enterprise) ซึ่งในรายการดังกล่าวมีการกำหนดถึงกรณีสัญญากู้ยืมที่

¹⁷ Andriy Krahmal, *supra note 7*, p.109.

¹⁸ Marjaana Helminen, *supra note 3*, pp.282-285.

มีข้อตกลงที่ไม่กำหนดการจ่ายเงินคืนที่ระบุวันที่ไว้แน่นอนไว้ด้วย¹⁹ ดังนั้น แม้ไม่มีการกำหนดวันที่ครบกำหนดที่แน่นอนอาจจะไม่ทำให้การลงทุนในหนึ่งกลายเป็นสิทธิในบริษัท (Corporate Rights) ก็ตาม แต่ถ้ามีลักษณะของความเป็นหุ้นอื่น ๆ รวมอยู่ด้วยก็อาจจะถือเป็นหุ้นได้ เช่น ถ้ามีการกำหนดให้ผู้ลงทุนใน Perpetual Debt มีส่วนร่วมในผลกำไรของบริษัท และมีสิทธิในขั้นตอนการชำระบัญชีของบริษัท (สิทธิในเงินทุนสำรองส่วนที่แฝงไว้ของบริษัท (corporate's hidden reserves)) ดอกเบี้ยที่จ่ายจาก Perpetual Debt อาจจะเป็นเงินปันผลได้

โดยสรุป หากเงินได้จาก Perpetual Debt ที่ไม่มีลักษณะหุ้นอื่นรวมอยู่ด้วย จะไม่ถือว่าเป็นเงินปันผล ตามคำนิยามในส่วนแรกและส่วนที่สอง²⁰ แต่ถ้ารัฐแหล่งเงินได้ถือว่าเป็นเงินได้จาก Perpetual Debt เป็นเงินปันผล ตามคำนิยามในข้อบทเงินปันผลในส่วนที่สาม จะถือว่าเป็นเงินปันผลตามอนุสัญญาภาษีซ้อนด้วย แต่หากเป็น Perpetual Debt ที่ไม่มีเงื่อนไขความเป็นหุ้นอื่นรวมอยู่ด้วย อาจจะไม่ถือเป็นเงินปันผล เนื่องจากการกักขังที่ไม่มีกำหนดสิ้นสุดนั้นมิได้ทำให้เกิดสิทธิในบริษัท (Corporate Rights) ที่อยู่ภายใต้คำนิยามเงินปันผลในอนุสัญญาภาษีซ้อน แต่หากการกักขังนั้นมีลักษณะความเป็นหุ้นอื่นรวมอยู่ด้วย ก็อาจจะถือเป็นสิทธิในบริษัท (Corporate Rights) ซึ่งจะถือเป็นเงินปันผลตามอนุสัญญาภาษีซ้อนได้

¹⁹ คำอธิบายร่างอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับ OECD ข้อบทที่ 10 ย่อหน้าที่ 25

²⁰ คำนิยามของเงินปันผลตามอนุสัญญาภาษีซ้อน ได้มีการแบ่งออกเป็น 3 ส่วน คือ

1. เงินได้จากหุ้น สิทธิในหุ้นที่ไม่ต้องลงทุนเป็นเงิน หรือสิทธิที่ไม่ต้องลงทุนเป็นเงิน หุ้นเหมืองแร่ หุ้นของผู้ก่อตั้ง

2. สิทธิอื่น ๆ (ซึ่งมิใช่สิทธิเรียกร้องในทางหนี้) อันมีส่วนในผลกำไร

3. เงินได้จากสิทธิอื่น ๆ ในบริษัทอันอยู่ในบังคับอย่างเดียวกันกับการปฏิบัติการเก็บภาษีเงินได้จากหุ้นตามกฎหมายของรัฐ ซึ่งบริษัทที่ทำการจ่ายเงินปันผลเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่

(รายละเอียดการพิจารณาคำนิยามของคำว่า “เงินปันผล” โปรดดูในหัวข้อ 5.7

การพิจารณาเงินได้ประเภท “เงินปันผล” ตามอนุสัญญาภาษีซ้อน)

(ข) ตราสารหนี้ที่กำหนดจ่ายดอกเบี้ยจากผลกำไร (Profit-participating Debt Instruments)²¹

คำว่า Profit-participating หรือ profit-sharing มีความหมายใกล้เคียงกัน หมายถึง เงื่อนไขการมีส่วนร่วมในผลกำไรของบริษัท ตราสารหนี้ที่กำหนดเงื่อนไขดังกล่าวไว้ จะให้สิทธิแก่ผู้ถือตราสารได้รับผลตอบแทนเพิ่มขึ้นตามผลกำไรของบริษัท ตราสารหนี้ประเภทนี้ มีการให้ความหมายไว้ ดังนี้

“Profit-sharing Loan” หมายถึง ข้อตกลงที่จะจ่ายดอกเบี้ยในอัตราคงที่ พร้อมกับดอกเบี้ยตามอัตราที่คิดเป็นสัดส่วนจากผลกำไรของลูกหนี้ที่ได้รับจากการประกอบกิจการ²²

“Profit Participating Loan” หรือ “Profit Sharing Loan” หมายถึง การกู้ยืมที่ผลตอบแทน (ซึ่งได้แก่ดอกเบี้ย) ขึ้นอยู่กับการมีกำไรของผู้กู้²³

ตราสารหนี้ประเภทนี้ มีลักษณะใกล้เคียงกับหุ้นกู้อนุพันธ์ (Structured Notes) ซึ่งเป็นตราสารทางการเงินที่มีลักษณะผสมระหว่างตราสารหนี้และตราสารอนุพันธ์ กล่าวคือ เป็นตราสารหนี้ที่กำหนดจ่ายผลตอบแทนที่อ้างอิงจากสินทรัพย์อ้างอิง เช่น หุ้นสามัญ ดัชนีตลาดหลักทรัพย์ อัตราดอกเบี้ย อัตราแลกเปลี่ยน สินค้าอุปโภคบริโภค อันดับความน่าเชื่อถือ เป็นต้น ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับตราสารอนุพันธ์ ในขณะที่ตราสารหนี้ที่กำหนดจ่ายดอกเบี้ยจากผลกำไร เป็นตราสารที่กำหนดจ่ายผลตอบแทนจากการมีกำไรของบริษัทผู้ออกตราสารเอง ซึ่งเป็นลักษณะของการมีส่วนร่วมในบริษัทเช่นเดียวกับผู้ถือหุ้นที่จะได้รับเงินปันผลต่อเมื่อบริษัทมีกำไรแล้วเท่านั้น

โดยทั่วไปลักษณะของความเป็นหนี้ ผู้ลงทุนจะต้องมีสิทธิได้รับผลตอบแทนที่แน่นอนไม่ว่าบริษัทลูกหนี้จะมีผลกำไรหรือไม่ ดอกเบี้ยจากตราสารหนี้จะไม่มีการกำหนดเงื่อนไขที่ไม่แน่นอนขึ้นอยู่กับรายได้ของบริษัท ผลตอบแทนจากหนี้จึงไม่มีความเสี่ยงเท่ากับผลตอบแทนในหุ้นที่ขึ้นอยู่กับการมีกำไรของบริษัท เนื่องจากเงินปันผลอาจจะจ่ายเฉพาะเมื่อบริษัทมีกำไรหรือมีส่วนเกินคงเหลือ และเมื่อบริษัทมีการประกาศจ่ายเงินปันผลแล้วเท่านั้น ผู้ลงทุนในหุ้นจะได้รับผลตอบแทนที่ไม่ถูกจำกัด แต่ผู้ลงทุนในหนี้จะถูกจำกัดโดยไม่ได้รับผลตอบแทนที่เพิ่มขึ้นจากการมี

²¹ Marjaana Helminen, *supra* note 3, pp.285-286.

²² Bryan A. Graner, *Black's Law Dictionary*, 8th Edition (Thomson West, 2004), p.1247.

²³ Barry Larking, *supra* note 15, p.318.

กำไรของบริษัทลูกหนี้ได้ แต่ตราสารประเภทนี้จะกำหนดให้ผู้ถือตราสารมีสิทธิได้รับผลตอบแทนที่ไม่ถูกจำกัด อันถือเป็นสิทธิของผู้ถือหุ้นอย่างหนึ่ง นอกเหนือจากดอกเบี้ยที่ได้รับปกติก็ได้

การกู้ยืมที่กำหนดจ่ายดอกเบี้ยจากผลกำไรของลูกหนี้ถือเป็นสิทธิเรียกร้องตามสัญญา (Contractual Claim) ที่ผลตอบแทนมีการอ้างอิงจากการมีกำไร ข้อตกลงที่มีส่วนร่วมในผลกำไรอาจจะเป็นการให้สิทธิในทรัพย์สินทั้งหมดหรือบางส่วนที่คล้ายกับการมีส่วนร่วมในผลกำไรของผู้ถือหุ้น รวมทั้งในขั้นตอนการชำระบัญชี หรือสิทธิในการมีส่วนร่วมในหุ้นก็ได้ แต่มิได้ให้สิทธิในฐานะที่เป็นสมาชิกของบริษัท เช่น สิทธิในการลงคะแนนออกเสียงในการประชุมผู้ถือหุ้น เป็นต้น

ความแตกต่างที่สำคัญที่สุดระหว่างการลงทุนในหุ้นของบริษัทและการกู้ยืมที่มีส่วนร่วมในผลกำไรของลูกหนี้ก็คือ การกู้ยืมที่มีส่วนร่วมในผลกำไรของลูกหนี้จะเป็นสิทธิเรียกร้องตามสัญญา (Contractual Claim) ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ (Debtor-creditor Relationship) มิใช่ความสัมพันธ์ของผู้ถือหุ้น ส่วนความแตกต่างระหว่างเงินปันผลจากหุ้น และดอกเบี้ยจากการกู้ยืมที่มีส่วนร่วมในผลกำไรของลูกหนี้ก็คือ การจ่ายเงินปันผลจะขึ้นอยู่กับการตัดสินใจจากการประชุมผู้ถือหุ้น ส่วนกำไรหรือดอกเบี้ยที่อ้างอิงเงินปันผลจะขึ้นอยู่กับข้อตกลงตามสัญญา ข้อสัญญาที่จ่ายดอกเบี้ยอ้างอิงกำไรนั้นเป็นเพียงข้อตกลงพิเศษในการคำนวณดอกเบี้ยเท่านั้น มิใช่การจ่ายดอกเบี้ยโดยเงินปันผลจากกำไรแต่อย่างใด และสิทธิเรียกร้องของผู้ถือตราสารหนี้ที่มีสิทธิเรียกร้องในกำไรของลูกหนี้มักจะมีสิทธิเหนือกว่าสิทธิของผู้ถือหุ้นในการชำระบัญชีของบริษัทด้วย

ในการลงทุนในหนี้ที่มีส่วนร่วมในผลกำไรของลูกหนี้สาระในเชิงเศรษฐกิจจะคล้ายกับทุนมาก เนื่องจากผลตอบแทนที่ได้รับจะแปรผันตามกำไรหรือการจ่ายเงินปันผลของผู้ถือตราสาร ซึ่งอาจมีประเด็นคำถามว่าการจ่ายดอกเบี้ยจากตราสารนี้แท้จริงแล้วก็คือการจ่ายเงินปันผลใช่หรือไม่ เนื่องจากเจ้าหนี้เข้าไปมีส่วนร่วมในความเสี่ยงของกิจการของบริษัท และมีสิทธิในการได้รับผลตอบแทนอย่างไม่ถูกจำกัด

ในประเทศสหรัฐอเมริกา เงื่อนไขของตราสารที่กำหนดให้จ่ายดอกเบี้ยโดยอ้างอิงจากกำไรหรือการจ่ายเงินปันผลของลูกหนี้ ยังมีได้ทำให้ตราสารหนี้เหล่านั้นกลายเป็นทุน และมีได้ทำให้ดอกเบี้ยที่จ่ายกลายเป็นเงินปันผลในทางภาษีแต่อย่างใด เพียงแต่การมีส่วนร่วมในผลกำไรจะเป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาจำแนกความเป็นทุนเท่านั้น

ดอกเบี้ยที่อ้างอิงจากกำไรซึ่งมีลักษณะตรงกันข้ามกับดอกเบี้ยในอัตราคงที่ จะถือเป็นลักษณะหนึ่งของความเป็นทุน ซึ่งหากการกู้ยืมที่มีส่วนร่วมในกำไรของลูกหนี้ที่มีลักษณะความ

เป็นทุนอื่นรวมอยู่ด้วย อาจจะเป็นทุนก็ได้ เช่น การลงทุนในหนี้ที่มีทั้งส่วนร่วมในผลกำไรและผลขาดทุนด้วย จะถือเป็นทุนในทางภาษี

ในประเทศสหรัฐอเมริกาอาจใช้วิธีปฏิบัติแบบแยกส่วน (Bifurcation) ในการพิจารณา ลักษณะของตราสารก็ได้ ในกรณีที่ตราสารนั้นนั้นมีลักษณะของดอกเบี้ยทั้งในอัตราคงที่และมีการ อ้างอิงกำไรด้วย ซึ่งจะสามารถแยกได้ว่ามีลักษณะเป็นหนี้หรือเป็นทุน โดยในส่วนของดอกเบี้ยอ้างอิง จากกำไรจะถือเป็นผลตอบแทนจากทุน และในส่วนของดอกเบี้ยคงที่ที่ถือเป็นดอกเบี้ยจากหนี้ แต่ โดยทั่วไปแล้ว จะถือว่าเป็นตราสารหนี้หรือเป็นตราสารทุนอย่างไรอย่างหนึ่งเท่านั้น

ในบริบทระหว่างประเทศ เงินได้ที่จะถือเป็นเงินได้ตามข้อบทเงินปันผลในอนุสัญญา ภาษีซ้อน เงินได้นั้นจะต้องมาจากสิทธิในบริษัท (Corporate Rights) โดยสิทธิที่ทำให้เกิด เงินปันผล (Dividend-generating Right) จะต้องให้สิทธิแก่ผู้ลงทุนในการมีส่วนร่วมในผลกำไร โดยมีความเสี่ยงที่เทียบได้กับความเสี่ยงของผู้ถือหุ้น แต่ในส่วนของสามของนิยามคำว่าเงินปันผลใน อนุสัญญาภาษีซ้อน กำหนดว่าเงินได้ที่เป็นเงินปันผลนั้นจะต้องเป็นเงินได้ที่มาจากสิทธิของบริษัท และเสียภาษีด้วยวิธีเดียวกับเงินได้จากหุ้นในรัฐแหล่งเงินได้ ซึ่งตามอนุสัญญาภาษีซ้อน ดอกเบี้ย จากการกู้ยืมที่มีสิทธิในกำไรของลูกหนี้จะถือว่าเป็นเงินปันผล หากรัฐแหล่งเงินได้ถือว่าดอกเบี้ยนั้น เป็นเงินปันผลจากการที่ถือว่าเป็นการลงทุนในทุน

ดอกเบี้ยที่จะถือเป็นเงินได้ประเภทดอกเบี้ยตามอนุสัญญาภาษีซ้อน กำหนดไว้ว่า หมายถึง เงินได้จากสิทธิเรียกร้องหนี้ทุกชนิด ไม่ว่าจะมียุทธสิทธิในการมีส่วนร่วมในผลกำไรของลูกหนี้ หรือไม่ ซึ่งคำอธิบายร่างอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับ OECD อธิบายว่า สิทธิเรียกร้องหนี้ โดยเฉพาะพันธบัตรหรือหุ้นกู้ที่ให้สิทธิในการมีส่วนร่วมในผลกำไรของลูกหนี้จะถือว่าเป็นการกู้ยืม ถ้าลักษณะทั่วไปของสัญญามีความชัดเจนว่าเป็นการกู้ยืมโดยมีดอกเบี้ย²⁴ และดอกเบี้ยที่จ่ายจาก Participating Bond โดยทั่วไปแล้วไม่ควรจะถือว่าเป็นเงินปันผล²⁵ โดยสิทธิเรียกร้องหนี้ (Debt Claim) ไม่ถือว่าเป็นหลักทรัพย์ที่ทำให้เกิดเงินปันผล (Dividend-generating Securities) ถึงแม้จะ มีส่วนร่วมในผลกำไรก็ตาม²⁶ ซึ่งชัดเจนว่าปัจจัยการมีส่วนร่วมในกำไรของลูกหนี้ในการลงทุนในหนี้ เพียงอย่างเดียวไม่ได้ทำให้เกิดสิทธิในบริษัทขึ้น ดังนั้น เงินที่จ่ายจากการกู้ยืมที่มีเงื่อนไขการมีส่วนร่วม ในผลกำไรของลูกหนี้เพียงอย่างเดียวจะต้องถือเป็นดอกเบี้ย มิใช่เงินปันผล

²⁴ คำอธิบายร่างอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับ OECD ข้อบทที่ 11 ย่อหน้าที่ 18

²⁵ คำอธิบายร่างอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับ OECD ข้อบทที่ 11 ย่อหน้าที่ 19

²⁶ คำอธิบายร่างอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับ OECD ข้อบทที่ 10 ย่อหน้าที่ 24

อย่างไรก็ตาม ตามคำอธิบายร่างอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับ OECD ดอกเบี้ยที่จ่ายจาก Participating Bond อาจจะถูกถือเป็นเงินปันผลได้ หากการกู้ยืมนั้นมีการแบ่งปันความเสี่ยงจากการประกอบกิจการของบริษัทลูกหนี้ (share the risk run by the enterprise)²⁷ โดยมีการกำหนดรายการไว้ในคำอธิบายดังกล่าวที่จะถือว่าผู้จ่ายเงินตามสัญญากู้ยืมมีการแบ่งปันความเสี่ยงจากการประกอบกิจการของบริษัทลูกหนี้แล้วหรือไม่ และหนึ่งในรายการที่กำหนดไว้ซึ่งได้กำหนดไว้ว่า “การที่เจ้าหนี้จะได้รับการปันผลกำไรจากบริษัท และการที่มีการจ่ายดอกเบี้ยที่ขึ้นอยู่กับกำไรของบริษัท”²⁸ ดังนั้น แม้การมีส่วนร่วมในกำไรแต่เพียงอย่างเดียวจะยังไม่ทำให้ตราสารหนี้กลายเป็นสิทธิในบริษัทได้ แต่ถ้ามีลักษณะของทุนอื่นรวมอยู่ด้วยก็อาจจะถูกถือเป็นเงินปันผลได้ เช่น การกู้ยืมที่มีส่วนร่วมในผลกำไรและผลขาดทุนของบริษัทลูกหนี้ และมีสิทธิในขั้นตอนการชำระบัญชี นอกเหนือจากสิทธิในกำไรเพียงอย่างเดียว

ดังนั้นการจ่ายดอกเบี้ยจาก Profit Sharing Loan ที่ถือเป็นการจ่ายเงินปันผล หากเป็นการจ่ายจากต่างประเทศ บริษัทสหรัฐฯจะสามารถเครดิตภาษีต่างประเทศทางอ้อม (Indirect Foreign Tax Credit) ได้ด้วย²⁹

(ค) ตราสารหนี้แปลงสภาพ (Convertible Debt Instruments)³⁰

ตราสารหนี้แปลงสภาพได้ เป็นตราสารหนี้ประเภทที่ต้องจ่ายดอกเบี้ยและให้สิทธิในการแปลงสภาพเป็นหุ้นของบริษัทผู้ออกตราสารได้ตามราคาที่กำหนดไว้ล่วงหน้า และภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งถือเป็นการให้สิทธิแก่ผู้ลงทุนสามารถเปลี่ยนสิทธิในการได้รับดอกเบี้ย เป็นสิทธิในการมีส่วนร่วมในผลกำไรของบริษัทได้

ตราสารหนี้แปลงสภาพเป็นตราสารที่มีความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้ (Creditor-Debtor Relationship) แต่ผู้ถือตราสารหนี้แปลงสภาพอาจจะใช้สิทธิแปลงสภาพเปลี่ยนจากการเป็นเจ้าหนี้เป็นผู้ถือหุ้นก็ได้ ซึ่งสิทธิในการแปลงสภาพอาจทำให้ผลประโยชน์แก่ผู้ลงทุนจากการเพิ่มขึ้นของมูลค่าในหุ้นที่ตราสารหนี้จะแปลงสภาพไป ขณะเดียวกันก็เสี่ยงความเสี่ยง

²⁷ คำอธิบายร่างอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับ OECD ข้อบทที่ 10 ย่อหน้าที่ 19 และ ข้อบทที่ 11 ย่อหน้าที่ 19

²⁸ คำอธิบายร่างอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับ OECD ข้อบทที่ 10 ย่อหน้าที่ 24

²⁹ Andriy Krahmal, *supra note 7*, p.110.

³⁰ Marjaana Helminen, *supra note 3*, pp.296-299.

ในการลดลงของมูลค่าหุ้น ดังนั้นสิทธิในการแปลงสภาพจากหุ้นกู้เป็นหุ้น จึงทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิได้รับผลตอบแทนอย่างไม่ถูกจำกัด เช่นเดียวกับผู้ถือหุ้น

หากพิจารณาจากสาระที่แท้จริงของตราสารหนี้แปลงสภาพ จะพบว่ามีการลงทุน 2 อย่างด้วยกันคือ การลงทุนในหนี้ปกติ และสิทธิในการถือหุ้นของบริษัท ในทางภาษี อาจจะใช้ปฏิบัติต่อตราสารแบบแยกส่วน (Bifurcation Approach) หรืออาจใช้ปฏิบัติแบบโดยรวม (Integration Approach) ก็ได้ แต่ทั้งในส่วนที่เป็นหนี้และส่วนที่เป็นทุนดังกล่าว ยังไม่อาจทำให้เกิดเงินปันผลได้ ดังนั้น ตราสารหนี้แปลงสภาพแท้ๆ จะยังคงถือเป็นหนี้ในทางภาษีจนกว่าจะมีการแปลงสภาพเป็นหุ้น

ตราสารหนี้แปลงสภาพ จะมีลักษณะคล้ายกับตราสารหนี้ที่กำหนด Option เช่น หุ้นกู้ควบวอแรนท์ แต่มีความแตกต่างกันคือ หุ้นกู้ควบวอแรนท์ ในส่วนที่เป็นหุ้นกู้จะยังคงความเป็นหนี้เช่นเดิม แต่ส่วนที่เป็น option จะให้สิทธิแก่ผู้ลงทุนในการลงทุนในหุ้นของบริษัทเพิ่มเติมได้ แต่ตราสารหนี้แปลงสภาพส่วนที่เป็นหนี้จะสิ้นไปและแปลงสภาพกลายเป็นหุ้น นอกจากนี้ สิทธิในการแปลงสภาพของตราสารหนี้แปลงสภาพจะไม่สามารถแยกออกจากหุ้นกู้หรือแยกขายได้ แต่สิทธิในการซื้อหุ้นควบวอแรนท์ สามารถแยกขายจากส่วนที่เป็นหนี้ได้

ตามกฎหมายสหรัฐ ตราสารหนี้แปลงสภาพจะถือเป็นหนี้จนกว่าจะมีการแปลงสภาพ การมีสิทธิในการแปลงสภาพเพียงอย่างเดียวไม่ทำให้ตราสารหนี้กลายเป็นตราสารทุน ดังนั้น ตราสารหนี้ที่ให้สิทธิซื้อหุ้น ก็ไม่ถือเป็นทุนด้วยเช่นเดียวกัน แต่อาจจะแยกส่วนที่เป็นหนี้และส่วนที่เป็น Option ออกจากกันได้

เงื่อนไขของตราสารที่กำหนดให้สิทธิในการแปลงสภาพได้เพียงอย่างเดียวมิได้ทำให้ตราสารหนี้แปลงสภาพถือเป็นทุนได้ แต่เงื่อนไขในการแปลงสภาพได้อาจนำมาใช้ในการพิจารณาลักษณะความเป็นหนี้และทุนได้ ดังนั้น หากมีการกำหนดลักษณะความเป็นทุนอื่นไว้ในตราสารพร้อมกับสิทธิแปลงสภาพ อาจจะพิจารณาว่าตราสารหนี้แปลงสภาพเป็นทุนได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เจ้าหนี้เป็นผู้ถือหุ้นอยู่ในขณะเดียวกัน ตราสารหนี้แปลงสภาพอาจจะถือว่าเป็นทุนได้

นอกจากนี้ ตาม Notice 94-47 กำหนดไว้ว่าตราสารหนี้แปลงสภาพที่มีเงื่อนไขที่ผู้ถือตราสารคาดหมายได้ว่าจะต้องแปลงสภาพเป็นหุ้นก็อาจจะถือเป็นทุนในทางภาษีได้ และยังมีความเป็นไปได้ที่จะมีการแปลงสภาพมากเท่าใด ก็จะมีหุ้นได้มากขึ้นเท่านั้น โดยในมาตรา

163(I) ประมวลรัษฎากรสหรัฐ³¹ กำหนดห้ามมิให้หักจ่ายจากการจ่ายดอกเบี้ยที่จ่ายจากตราสารหนี้ที่จำนวนส่วนใหญ่ของเงินต้นหรือดอกเบี้ยที่จะจ่ายหรือแปลงเป็นหุ้นโดยผู้ออกตราสาร แต่มาตรา 163(I) มิได้ทำให้ตราสารหนี้แปลงสภาพเป็นตราสารทุน และไม่ได้ถือว่าดอกเบี้ยเป็นเงินปันผลแต่อย่างใด เพียงแต่มิให้หักจ่ายจากการจ่ายดอกเบี้ยเท่านั้น

ในบริบทระหว่างประเทศ เงินได้ที่จะถือว่าเป็นเงินได้ตามข้อบทเงินปันผลในอนุสัญญาภาษีซ้อน เงินได้นั้นจะต้องมาจากสิทธิในบริษัท (Corporate Rights) โดยสิทธิที่ทำให้เกิดเงินปันผล (Dividend-generating Right) จะต้องให้สิทธิแก่ผู้ลงทุนในการมีส่วนร่วมในผลกำไรโดยมีความเสี่ยงที่เทียบได้กับความเสี่ยงของผู้ถือหุ้น แต่ในส่วนของสามของนิยามคำว่าเงินปันผลในอนุสัญญาภาษีซ้อน กำหนดว่าเงินได้ที่เป็นเงินปันผลนั้นจะต้องเป็นเงินได้ที่มาจากสิทธิของบริษัท (corporate rights) และเสียภาษีด้วยวิธีเดียวกับเงินได้จากหุ้นในรัฐแหล่งเงินได้ ดังนั้น ตามอนุสัญญาภาษีซ้อน หากรัฐแหล่งเงินได้ถือว่าตราสารนั้นเป็นสิทธิในบริษัท (corporate rights) และดอกเบี้ยจากตราสารนั้นถือเป็นเงินปันผลตามกฎหมายภายใน ดอกเบี้ยจากการตราสารหนี้แปลงสภาพจะถือว่าเป็นเงินปันผลตามอนุสัญญาภาษีซ้อนด้วย

คำอธิบายร่างอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับ OECD อธิบายว่า ดอกเบี้ยที่จ่ายจากตราสารหนี้แปลงสภาพจะไม่ถือเป็นเงินปันผล³² และดอกเบี้ยที่จ่ายจากตราสารหนี้แปลงสภาพไม่ควรถือเป็นเงินปันผลจนกว่าจะมีการแปลงสภาพเป็นหุ้น แต่ดอกเบี้ยที่จ่ายจากตราสารประเภทนี้ จะถือเป็นเงินปันผลได้ หากมีการแบ่งปันความเสี่ยงของบริษัทลูกหนี้ (share the risk run by

³¹ ประมวลรัษฎากรสหรัฐ มาตรา 163(I) 'ไม่อนุญาตให้หักจ่ายจากดอกเบี้ยที่จ่ายจากหนี้ของบริษัทที่จะต้องจ่ายเป็นทุน/ส่วนของเจ้าของของผู้ออกตราสารหรือบุคคลที่มีความสัมพันธ์กัน (Disqualified Debt Instrument)

คำว่า Disqualified Debt Instrument หมายถึง ความเป็นหนี้ใดๆ ของบริษัทที่จ่ายคืนเงินต้นเป็นหุ้นของผู้ออกตราสาร หรือของบุคคลที่มีความสัมพันธ์กันหรือเป็นหุ้นของบุคคลอื่นที่ถือโดยผู้ออกตราสาร (หรือที่ถือโดยบุคคลที่มีความสัมพันธ์กัน) โดยที่ความเป็นหนี้นั้นจะถือว่าเป็นการจ่ายคืนเงินต้นเป็นหุ้นของผู้ออกตราสารหรือของบุคคลอื่น หากจำนวนเงินต้นหรือดอกเบี้ยในจำนวนส่วนใหญ่จะจ่ายหรือถูกแปลงสภาพ หรือโดยดุลพินิจของผู้ออกตราสารหรือบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์กัน โดยการแปลงสภาพหรือโดยการจ่ายเป็นหุ้น

³² คำอธิบายร่างอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับ OECD ข้อบทที่ 10 ย่อหน้าที่ 24

the enterprise)³³ ดังนั้น ดอกเบี้ยที่จ่ายจากตราสารหนี้แปลงสภาพจึงยังถือว่าเป็นดอกเบี้ยตามอนุสัญญาภาษีซ้อนอยู่ เนื่องจากตราสารหนี้แปลงสภาพมิใช่สิทธิในบริษัท (Corporate Rights) แต่ถ้าผู้ลงทุนต้องได้รับแบ่งปันความเสี่ยงของบริษัทลูกหนี้ด้วยแล้ว ดอกเบี้ยที่จ่ายจากตราสารหนี้แปลงสภาพอาจเป็นเงินปันผลตามอนุสัญญาภาษีซ้อนได้

ในกรณีที่สิทธิเรียกร้องในหนี้กำหนดให้สิทธิแก่ผู้ถือตราสารในการเรียกร้องให้แปลงสภาพหรือซื้อหุ้นได้แต่เพียงอย่างเดียวนั้น ไม่ได้ทำให้เกิดความเสี่ยงในการประกอบกิจการที่จะถือเป็นสิทธิของบริษัทที่ทำให้เกิดเงินปันผล (Dividend-Generating Corporate Rights) แต่อย่างไรก็ตาม ความเสี่ยงดังกล่าวจะยังไม่มีเกิดขึ้น ถ้ายังไม่มีแปลงสภาพ ดังนั้น ตราสารหนี้แปลงสภาพจะยังไม่ถือว่ามีส่วนร่วมในผลกำไรของบริษัทหรือมีส่วนร่วมในขั้นตอนการชำระบัญชีซึ่งน่าจะจะมีการแปลงสภาพ หรือมีความเป็นหุ้นอื่นรวมอยู่ด้วยเช่น ผู้ลงทุนสามารถมีส่วนร่วมในผลกำไรของบริษัทหรือขั้นตอนการชำระบัญชี หรือผลขาดทุนของบริษัทได้ นอกเหนือสิทธิในการแปลงสภาพตราสาร

(ง) ตราสารหนี้ด้อยสิทธิ (Subordinated Debt Instruments)³⁴

ลักษณะของความเป็นหนี้หนึ่งก็คือสิทธิเรียกร้องในขั้นตอนการชำระบัญชีของบริษัทของผู้ลงทุนในหนี้ที่เหนือกว่าสิทธิเรียกร้องของผู้เป็นเจ้าของหุ้น เจ้าหนี้ทุกรายจะต้องได้รับสิทธิในการได้รับชำระหนี้ก่อนผู้เป็นเจ้าของหุ้นทั้งหลาย ทั้งในแง่การจ่ายเงินต้นคืน และการจ่ายผลตอบแทน ซึ่งจะต้องมีการจ่ายก่อนการประกาศจ่ายเงินปันผล แต่อย่างไรก็ตาม สิทธิของเจ้าหนี้จากการให้กู้ยืมอาจด้อยสิทธิกว่าการกู้ยืมอื่นๆ ก็ได้ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นไปโดยถูกบังคับหรือโดยสมัครใจ เช่น ตามบังคับแห่งกฎหมาย หรือโดยความตกลงกันของผู้สัญญา

ความด้อยสิทธิในหนี้ หมายถึง ข้อตกลงที่เจ้าหนี้รายหนึ่งหรือหลายรายของลูกหนี้ตกลงที่จะเลื่อนหรือด้อยสิทธิในการได้รับชำระหนี้จากหนี้ของตนจนกว่าเจ้าหนี้รายอื่นหรือกลุ่มของเจ้าหนี้ของลูกหนี้รายเดียวกันได้รับชำระหนี้ก่อน เงื่อนไขของความด้อยสิทธินี้แสดงให้เห็นว่าเจ้าหนี้จะอยู่ในลำดับหลังเจ้าหนี้อื่นของบริษัทในกรณีที่บริษัทมีการชำระบัญชี เจ้าหนี้ด้อยสิทธิหรือเจ้าหนี้ที่มีสิทธิต่ำกว่าตกลงที่จะยังไม่รับชำระหนี้จนกว่าเจ้าหนี้อื่นหรือเจ้าหนี้ทั้งหมดได้รับชำระหนี้แล้ว และในกรณีที่บริษัทลูกหนี้เข้าสู่กระบวนการล้มละลาย เจ้าหนี้ด้อยสิทธิจะได้รับการชำระหนี้หลังจากที่เจ้าหนี้รายอื่นได้รับชำระหนี้แล้ว แต่จะมีสิทธิเหนือกว่าผู้ถือหุ้น

³³ คำอธิบายร่างอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับ OECD ข้อบทที่ 11 ย่อหน้าที่ 19

³⁴ Marjaana Helminen, *supra* note 3, pp.304-305.

เนื่องจากเจ้าหนี้ด้อยสิทธินี้จะได้รับชำระหนี้เฉพาะเมื่อเจ้าหนี้อื่นได้ใช้สิทธิเรียกร้องของตนไปจนครบถ้วนแล้ว ดังนั้นความเสี่ยงในการลงทุนจึงอาจเทียบได้กับความเสี่ยงของผู้ถือหุ้น กล่าวคือ ได้รับชำระหนี้ภายหลังจากที่เจ้าหนี้อื่นได้รับชำระหนี้ไปแล้วทั้งหมด ดังนั้นตราสารหนี้ด้อยสิทธิจึงมีสาระในเชิงเศรษฐกิจใกล้เคียงกับทุนมาก แต่ตราสารหนี้ด้อยสิทธิยังคงถือว่าเป็นภาระผูกพันในหนี้ ซึ่งจะต้องมีการจ่ายคืนเงินต้นตามระยะเวลาที่กำหนด มิใช่การลงทุน โดยไม่มีการครบกำหนด และเนื่องจากการลงทุนในหุ้นยังด้อยสิทธิกว่าตราสารหนี้ด้อยสิทธิ ดังนั้นความเสี่ยงจากการลงทุนในหุ้นจึงสูงกว่าหนี้ด้อยสิทธิ

นอกจากนี้ ตราสารหนี้ด้อยสิทธิมิได้ให้สิทธิแก่ผู้ถือตราสารในการครอบงำกิจการหรือสิทธิในความเป็นผู้ถือหุ้น แต่ตราสารหนี้ด้อยสิทธิเป็นเพียงการได้รับผลตอบแทนที่จำกัดเท่านั้น ซึ่งตามกฎหมายภาษี บริษัทในหลายรัฐของสหรัฐอเมริกาถือว่าหนี้ด้อยสิทธิเป็นทุน ซึ่งเป็นตราสารที่มีการใช้มากในบริษัทที่อยู่ในระหว่างขั้นตอนการฟื้นฟูกิจการ เนื่องจากไม่ทำให้สัดส่วนทุนของบริษัทเปลี่ยนแปลงในการครอบงำกิจการของบริษัท จากความเหมือนและความแตกต่างกันระหว่างตราสารหนี้ด้อยสิทธิและการลงทุนในหุ้น จึงอาจจะมีประเด็นว่าดอกเบี้ยที่จ่ายจากตราสารหนี้ด้อยสิทธิควรจะเป็นดอกเบี้ย หรือควรจะเป็นเงินปันผลในทางภาษี

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่มีหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้เป็นพิเศษเกี่ยวกับตราสารหนี้ด้อยสิทธิตามกฎหมายบริษัท แต่การใช้ตราสารหนี้ด้อยสิทธิจะเป็นไปตามหลักความเป็นอิสระของสัญญา (The Principle of Freedom of Contract) ความด้อยสิทธิของการลงทุนเมื่อเทียบกับสิทธิเรียกร้องในหนี้ของเจ้าหนี้อื่นในกรณีที่มีการชำระบัญชีบริษัทผู้ออกตราสารอาจใช้เป็นปัจจัยหนึ่งในการกำหนดลักษณะความเป็นทุนตามกฎหมายภาษีก็ได้ โดยเฉพาะตามคำพิพากษาของศาล (Case Law) มักจะอ้างความด้อยสิทธิว่าเป็นลักษณะหนึ่งที่ใช้พิจารณาได้ว่าเจ้าหนี้กำลังแบ่งปันความเสี่ยงจากการประกอบธุรกิจเช่นเดียวกับผู้ถือหุ้นอยู่หรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามความด้อยสิทธิแต่เพียงอย่างเดียวยังไม่ทำให้การพิจารณาจำแนกประเภทของตราสารหนี้กลายเป็นตราสารทุนได้ แต่หากมีลักษณะความเป็นทุนอื่นรวมอยู่ด้วย ก็อาจจะทำให้ตราสารหนี้ด้อยสิทธินั้นกลายเป็นทุนได้

ในบริบทระหว่างประเทศ เงินได้ที่ถือว่าเป็นเงินได้ตามข้อบทเงินปันผลในอนุสัญญาภาษีซ้อน เงินได้นั้นจะต้องมาจากสิทธิในบริษัท (Corporate Rights) โดยสิทธิที่ทำให้เกิดเงินปันผล (Dividend-generating Right) จะต้องให้สิทธิแก่ผู้ลงทุนในการมีส่วนร่วมในผลกำไรโดยมีความเสี่ยงที่เทียบได้กับความเสี่ยงของผู้ถือหุ้น ดังนั้น จึงชัดเจนว่าตราสารหนี้ที่มีความด้อยสิทธิกว่าหนี้อื่นๆ แต่เพียงอย่างเดียว ไม่ทำให้เกิดสิทธิเรียกร้องในหนี้ที่ทำให้เกิดเงินปันผล

(Dividend-generating Right) เงื่อนไขความด้อยสิทธิจึงไม่ได้ทำให้ผู้ลงทุนมีส่วนร่วมในกำไรของบริษัทแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม ในคำอธิบายร่างอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับ OECD ได้กำหนดรายการที่ใช้พิจารณาลักษณะของการกู้ยืมว่ามีการแบ่งปันความเสี่ยงของกิจการลูกหนี้หรือไม่ โดยกำหนดว่า “มีการจ่ายคืนเงินต้นที่ด้อยสิทธิกว่าสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้รายอื่น หรือด้อยกว่าการจ่ายเงินปันผล”³⁵ ดังนั้น ถึงแม้ความด้อยสิทธิเพียงอย่างเดียว ยังจะไม่ถือว่าการลงทุนในหนี้เป็นสิทธิที่ทำให้เกิดเงินปันผล (Dividend-generating Right) แต่ถ้ามีลักษณะความเป็นหุ้นอื่นรวมอยู่เงื่อนไขของตราสารหนี้ด้อยสิทธิด้วย ก็อาจจะถือเป็นเงินปันผลตามอนุสัญญาภาษีซ้อนได้ และดอกเบี้ยที่จ่ายจากตราสารหนี้ด้อยสิทธิอาจจะถือเป็นเงินปันผล เช่น ถ้าผู้ลงทุนมีส่วนร่วมในกำไรของลูกหนี้ และมีสิทธิในขั้นตอนการชำระบัญชีของบริษัทผู้ออกตราสาร

(จ) หุ้นบุริมสิทธิ (Preferred Shares)³⁶

หลักความเป็นอิสระของสัญญา (The Principle of Freedom of Contract) ทำให้บริษัทสามารถกำหนดลักษณะของหุ้นที่มีลักษณะของหุ้น และมีลักษณะของหุ้นรวมอยู่ด้วยกันได้ หุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นที่ให้สิทธิแก่ผู้ถือเหนือกว่าผู้ถือหุ้นทั่วไป ซึ่งอาจจะเป็นสิทธิในการได้รับเงินปันผล หรือสิทธิในการได้รับเงินคืนทุนก่อน หรืออาจให้สิทธิทั้งสองอย่าง ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมักจะไม่มีสิทธิออกเสียง หรือมีสิทธิออกเสียงเฉพาะในกรณีที่มีผลโดยตรงต่อผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิเอง หุ้นบุริมสิทธิมักจะออกในกรณีที่บริษัทต้องการเงินทุนจากผู้ลงทุนในความเสี่ยงจากการประกอบกิจการ แต่ไม่ต้องการให้ผู้ลงทุนครอบงำกิจการ

หุ้นบุริมสิทธิจะให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการได้รับเงินปันผลคงที่ โดยคำนวณเป็นอัตราร้อยละของเงินที่ลงทุนไปในหุ้นบุริมสิทธินั้น และส่วนมากสิทธิในการเรียกร้องของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิก็มักจะเหนือกว่าผู้ถือหุ้นทั่วไป หุ้นบุริมสิทธิจะให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นในการได้รับเงินลงทุนคืนตามมูลค่าปกติเมื่อมีการเลิกบริษัทก่อนผู้ถือหุ้นทั่วไป หุ้นบุริมสิทธิมักจะไม่ให้สิทธิในการมีส่วนร่วมในสินทรัพย์ส่วนเกินที่เกินกว่าจำนวนเงินที่ลงทุนไป รวมทั้งเงินปันผลสะสมด้วย และหุ้นบุริมสิทธิก็มักจะไถ่ถอนได้ หรือแปลงสภาพเป็นหุ้นสามัญได้ด้วย

³⁵ คำอธิบายร่างอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับ OECD ข้อบทที่ 10 ย่อหน้าที่ 25

³⁶ Marjaana Helminen, *supra note 3*, pp.311-313.

โดยทั่วไป ผู้ลงทุนในหุ้นเท่านั้นที่จะมีสิทธิในขั้นตอนการตัดสินใจของบริษัท โดยการลงคะแนนเสียง ส่วนผู้ลงทุนในหุ้นที่ไม่มีสิทธิดังกล่าว การที่ไม่มีสิทธิออกเสียงหรือมีสิทธิออกเสียงที่จำกัดนี้ทำให้หุ้นบุริมสิทธิที่ผู้ถือหุ้นไม่มีสิทธิออกเสียง (Non-voting Rights Preferred Shares) มีลักษณะเชิงเศรษฐกิจที่ใกล้เคียงกับหนี้ และหุ้นบุริมสิทธิมักจะทำให้ผลตอบแทนแก่ผู้ถือที่คงที่แน่นอน และไม่ขึ้นอยู่กับผลกำไรของบริษัท ซึ่งจะคล้ายกับดอกเบี้ยที่จ่ายให้กับผู้ลงทุนในหนี้ และหากหุ้นบุริมสิทธิที่ไม่มีสิทธิออกเสียง กำหนดให้สามารถไถ่ถอนได้ เช่น บริษัทตกลงซื้อหุ้นคืน ณ วันที่กำหนดไว้ หรือวันที่ที่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิตัดสินใจ ลักษณะในทางเศรษฐกิจจะยิ่งใกล้เคียงกับความเป็นหนี้มาก

อย่างไรก็ตาม หุ้นบุริมสิทธิไม่ได้มีลักษณะคล้ายกับการลงทุนในหนี้ไปเสียหมด เนื่องจากหุ้นบุริมสิทธิไม่ได้มีกำหนดเวลาไถ่ถอนไว้ และการจ่ายผลตอบแทนขึ้นอยู่กับขั้นตอนการตัดสินใจของบริษัท ซึ่งอาจจะจ่ายในรูปของเงินปันผลเมื่อบริษัทมีกำไรเท่านั้นก็ได้ ส่วนในขั้นตอนการชำระบัญชีของบริษัท สิทธิของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิอาจจะดีต่อกว่าสิทธิของเจ้าหนี้รายอื่น เช่นเดียวกับผู้ถือหุ้นทั่วไป

การลงทุนในหุ้นถือว่ามีลักษณะที่เป็นการลงทุนที่ถาวรหรือเป็นเวลานาน และจะมีการจ่ายเงินลงทุนคืนเมื่อบริษัทมีการชำระบัญชีเท่านั้น แต่ในขณะที่การลงทุนในหนี้มีลักษณะเพียงแค่ชั่วคราวโดยมีกำหนดระยะเวลาหรือวันที่ครบกำหนดไถ่ถอนไว้ ถึงแม้ช่วงระยะเวลาของการลงทุนไม่สามารถนำมาใช้จำแนกระหว่างหนี้และทุนได้ แต่อาจจะใช้วันที่หรือเงื่อนไขของวันที่ครบกำหนดไถ่ถอนล่วงหน้าพิจารณาได้ เนื่องจากลักษณะของหนี้ที่เจ้าหนี้จะทราบวันที่ครบกำหนดไถ่ถอนล่วงหน้า หรืออย่างน้อยก็อยู่ในความควบคุมของเจ้าหนี้ในการไถ่ถอนเงินลงทุนคืน การไถ่ถอนได้ซึ่งแสดงถึงลักษณะความเป็นหนี้มากกว่าทุน ดังนั้น หากพิจารณาสาระในเชิงเศรษฐกิจของตราสารแล้วจะพบว่า หุ้นบุริมสิทธิชนิดไถ่ถอนคืนได้ (Redeemable Preferred Share) อาจเทียบได้กับตราสารหนี้ที่มีส่วนร่วมในผลกำไรของลูกหนี้ (Profit-participating Loan) ดังนั้นจึงมีประเด็นว่าเงินปันผลที่จ่ายจากหุ้นบุริมสิทธิชนิดไถ่ถอนคืนได้ควรจะเป็นดอกเบี้ยในทางภาษีหรือไม่

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ตามกฎหมายบริษัทสหรัฐฯจะยึดถือหลักความเป็นอิสระของสัญญา (The Principle of Freedom of Contract) สิทธิที่จะกำหนดไว้ในหุ้นบุริมสิทธิจึงกำหนดได้อย่างอิสระ ดังนั้น จึงอาจมีหุ้นบุริมสิทธิที่ไม่มีสิทธิออกเสียงชนิดไถ่ถอนคืนได้ และมีการกำหนดให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นมีสิทธิออกเสียงได้หากเป็นการลงคะแนนเสียงเกี่ยวกับหุ้นบุริมสิทธินั้น โดยทั่วไปหุ้นบุริมสิทธิจะถือเป็นทุนในทางภาษี ถ้าผู้ออกตราสารกำหนดชื่อของตราสารนั้นเป็นทุน มักจะไม่

มีการถือตราสารนั้นเป็นหนี้ในทางภาษี และถ้าหากบุคคลที่สามไม่รับประกันการจ่ายเงินปันผล หรือการจ่ายเงินคืนเมื่อมีการไถ่ถอนแล้ว อาจจะไม่ถือเป็นหนี้

แต่หุ้นบุริมสิทธิชนิดไถ่ถอนคืนได้ อาจจะเป็นหนี้หรือหุ้นจะขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในตราสาร เช่นหากมีเงื่อนไขที่อาจถูกบังคับให้ไถ่ถอนได้ (Mandatory Redemption Provision) อาจจะเป็นหนี้ได้ แต่จะต้องพิจารณาปัจจัยอื่นประกอบด้วย เช่น สิทธิออกเสียงมูลค่าไถ่ถอนตราสาร การใช้สิทธิไถ่ถอนตราสารได้ ลำดับของบุริมสิทธิในขั้นตอนการชำระบัญชี การจ่ายผลตอบแทนที่แน่นอน และมีการสะสมเงินปันผลด้วยหรือไม่

ในบริบทระหว่างประเทศ ตามข้อบทที่ 10(3) ของร่างอนุสัญญาภาษีซ้อนฉบับ OECD กำหนดว่า “เงินปันผล หมายความว่า เงินได้จากหุ้น...หรือสิทธิอื่นที่มีสิทธิเรียกร้องในหนี้ อันมีส่วนร่วมในกำไร หรือเงินได้จากสิทธิอื่นๆ ในบริษัท...” ดังนั้น ถึงแม้จะมีลำดับของหุ้นบุริมสิทธิที่แตกต่างกัน แต่ตราสารนั้นยังคงถือเป็นหุ้นตามข้อบทที่ 10 โดยไม่พิจารณาถึงเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อจำกัดในสิทธิในการครอบงำกิจการ เช่น สิทธิออกเสียง หรือการที่ไม่มีสิทธิออกเสียงจะอย่างไรก็ตาม ลักษณะที่สำคัญของเงินปันผลจะอยู่ที่การมีส่วนร่วมของผู้ลงทุนในผลกำไร ขั้นตอนการชำระบัญชี และผลขาดทุนของบริษัทมากกว่า

ดังนั้น ถ้าเงื่อนไขของหุ้นบุริมสิทธิมีการจำกัดสิทธิของผู้ลงทุนในการมีส่วนร่วมในผลกำไร หรือขั้นตอนการชำระบัญชีของบริษัท อาจจะทำให้หุ้นนั้นไม่ถือว่าเป็นการลงทุนที่ทำให้เกิดเงินปันผล (Dividend-generation Investment) ก็ได้ แต่เงินได้จากหุ้นบุริมสิทธิดังกล่าวยังถือเป็นเงินได้จากหุ้นตามคำนิยามในส่วนแรกของนิยามคำว่าเงินปันผล และจะต้องปฏิบัติต่อเงินได้นั้นอย่างเงินปันผล

นอกจากนี้ หุ้นบุริมสิทธิอาจถือเป็นสิทธิในบริษัทได้ แม้จะเป็นหุ้นบุริมสิทธิชนิดไถ่ถอนคืนได้ก็ตาม ซึ่งจากความแตกต่างกันของกฎหมายบริษัทในแต่ละประเทศอาจกำหนดให้มีการไถ่ถอนหุ้นที่มีใช้หุ้นบุริมสิทธิได้นั้น แต่การลงทุนที่มีเงื่อนไขที่อาจถูกบังคับให้ไถ่ถอนได้ (Mandatory Redemption Provision) จะถือเป็นการแบ่งปันความเสี่ยงของบริษัทก็ต่อเมื่อมีการไถ่ถอนจริงๆ แล้วเท่านั้น ดังนั้น ความเสี่ยงจากการลงทุนนั้นจึงอาจเทียบได้กับความเสี่ยงจากการลงทุนในหนี้ หากไม่มีการไถ่ถอนหุ้นก่อนมีการชำระบัญชีบริษัท สิทธิเรียกร้องของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะดีกว่าผู้ลงทุนในหนี้รายอื่น ในกรณีที่จะไม่ถือว่าหุ้นบุริมสิทธิเป็นสิทธิในบริษัท เฉพาะในกรณีที่มิใช่เงื่อนไขที่อาจถูกบังคับให้ไถ่ถอนได้ (Mandatory Redemption Provision) ในช่วงระยะเวลาอันสั้น และมีเงื่อนไขที่มีสิทธิดีกว่าในขั้นตอนการชำระบัญชีเท่านั้น อย่างไรก็ตามในบางรัฐอาจไม่เห็นด้วย ไม่ว่าจะสิทธิในบริษัทนั้นจะมีเงื่อนไขดังกล่าวอยู่หรือไม่ก็ตาม

4.3 ประเทศออสเตรเลีย

4.3.1 หลักการทั่วไปในการจำแนกประเภทตราสารทางการเงิน³⁷

วิธีการจำแนกตราสารทางการเงินของประเทศออสเตรเลียมีการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการประเมินภาษีเงินได้ ค.ศ. 1997 (Income Tax Assessment Act 1997: ITAA 1997) ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความเป็นหนี้และทุน ว่าในกรณีใดบ้างที่จะถือว่าเป็นทุนของบริษัทและกรณีใดบ้างที่จะถือเป็นหนี้ของผู้มีหน้าที่เสียภาษี ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 2001

หลักเกณฑ์ดังกล่าวกำหนดไว้ใน Division 974 - Debt and Equity Interests ของ ITAA 1997 โดยมีการกำหนดว่าธุรกรรมใดจะถือเป็นหนี้หรือทุน ซึ่งจะกำหนดว่าผลตอบแทนจากทุนของผู้เสียภาษีสามารถเครดิตภาษีได้และไม่สามารถหักเป็นรายจ่ายได้ (เป็นเงินปันผล) หรือสามารถหักเป็นรายจ่ายได้แต่ไม่สามารถเครดิตภาษีได้ (เป็นดอกเบี้ย)

ในการกำหนดว่าสิ่งใดบ้างถือเป็นหนี้ จะใช้หลัก Single Organising Principle กล่าวคือ ผู้ออกตราสารมีหน้าที่ที่แน่แท้ (Effective Obligation) ในการจ่ายผลตอบแทนให้แก่ผู้ลงทุนในจำนวนอย่างน้อยที่เท่ากับจำนวนที่ได้ลงทุนไว้หรือไม่ โดยหลักการพิสูจน์นี้จะพิจารณาถึงสาระ (Substance) ของตราสาร โดยจะไม่พิจารณาเพียงแค่รูปแบบทางกฎหมาย (Legal Form) เท่านั้น ส่วนการกำหนดว่าสิ่งใดบ้างถือเป็นทุน จะพิจารณาตามรายการต่างๆ ของแผนการ (Schemes) ที่ถือว่าเป็นทุน ซึ่งมีการแบ่ง 4 ลักษณะด้วยกัน นอกจากนี้ ยังมีหลักการชี้ขาด Tiebreaker Rule ที่ใช้ตัดสินในกรณีที่ตราสารที่พิจารณาแล้วเข้าหลักเกณฑ์การพิสูจน์ทั้งหนี้และทุน จะให้ถือว่าตราสารนั้นเป็นตราสารหนี้

ในกรณีที่ผู้ออกตราสารเป็นบริษัทออสเตรเลีย ผลตอบแทนจากตราสารที่สามารถเครดิตภาษีได้แต่หักเป็นรายจ่ายไม่ได้ (Frankable and not Deductible) ในกรณีที่

1. ถ้าตราสารนั้นอยู่ในรูปของหุ้น
 - 1.1 ผลตอบแทนนั้นเป็นเงินปันผล หรือถือว่าเป็นเงินปันผล และ
 - 1.2 หุ้นนั้นไม่มีลักษณะที่ถือว่าเป็นหนี้ ตาม Subdivision 974-B (Debt Test)
2. ถ้าตราสารนั้นไม่ได้อยู่ในรูปของหุ้น

³⁷ Australian Taxation Office, "Debt and Equity Tests: Guide to The Debt and Equity Tests," retrieved May, 2009 from www.ato.gov.au/content/13798.htm.

2.1 ตราสารนั้นถูกจัดประเภทให้เป็นตราสารทุน ตาม Subdivision 974-C (Equity Test)

2.2 ผลตอบแทนนั้นเป็นการปันผล ซึ่งมีใช้การหักจากบัญชีหุ้นทุน (share capital account) หรือบัญชีทุนที่ไม่ใช่หุ้น (non-share capital account) ของบริษัทผู้ออกตราสาร

2.3 การปันผลไม่เกินกว่ากำไรที่สามารถเครดิตภาษีได้ของบริษัทผู้ออกตราสาร และ

2.4 ตราสารนั้นไม่ได้อยู่ในรูปของเงินกองทุนชั้นที่ 1 (Tier 1 capital) ตาม ADI (Authorised Deposit-taking Institution) (ถ้ามี)

3. ตราสารนั้นไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบของหุ้นหรือไม่ ซึ่งการปันผลมิได้กระทบต่อบทบัญญัติป้องกันการเลี่ยงภาษีตามที่กำหนดไว้ใน Section 202-45

ในกรณีที่ผู้ออกตราสารเป็นบริษัทออสเตรเลีย ผลตอบแทนจากตราสารที่จะสามารถหักเป็นรายจ่ายได้ แต่เครดิตภาษีไม่ได้ (Deductible and not Frankable) ในกรณีที่

1. ผลตอบแทนนั้นเป็นไปตามรายการที่กำหนดให้สามารถหักรายจ่ายได้ตาม Division 8-1 หรือ

2. ตราสารนั้นมีลักษณะเป็นตราสารหนี้ตาม Subdivision 974-B และผลตอบแทนนั้นเป็นไปตามรายการที่กำหนดให้สามารถหักรายจ่ายได้ตาม Division 8-1 หรือผลตอบแทนนั้นสามารถหักเป็นรายจ่ายได้ตาม Division 25-85 และ

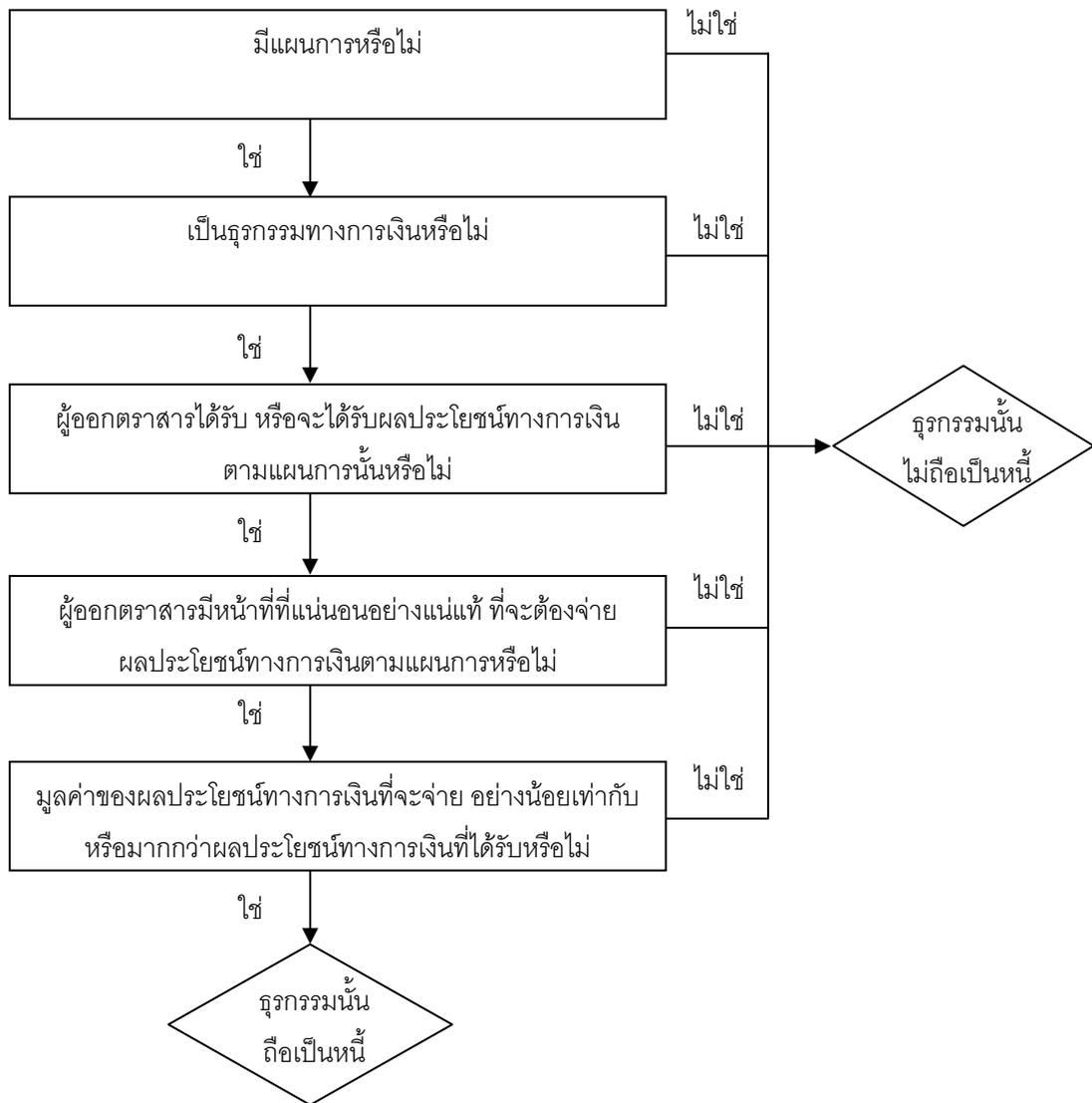
3. การออกตราสารนั้นมิได้ทำให้บริษัทผู้ออกตราสารมีอัตราส่วนการตั้งทุนต่ำสูงเกินกว่าที่กำหนดใน Division 820³⁸

(ก) การพิสูจน์ความเป็นหนี้ (Debt Test)

หลักการพิสูจน์ความเป็นหนี้ได้กำหนดไว้ใน Subdivision 974-B ของ ITAA 1997 เพื่อใช้พิจารณาว่าเป็นตราสารหนี้หรือไม่ ณ เวลาที่ออกตราสาร โดยมีหลักเกณฑ์ดังนี้

³⁸ Martin Fry, "Current Debt / Equity Issues in a Cross Border Context," retrieved November, 2007 from www.aar.com.au/pubs/pdf/tax/papnov07.pdf, pp.3-4.

ภาพที่ 1
การพิสูจน์ความเป็นหนี้ (Debt Test)



ที่มา: www.ato.gov.au/content/13798.htm

1. จะต้องมีการวางแผนการ

ลักษณะแรกของการพิสูจน์ความเป็นหนี้ที่จะถือว่าเป็นหนี้ นั้น จะต้องมีการซึ่ง คำว่าแผนการ ใต้นิยามไว้ใน Division 995-1 ของ ITAA 1997 ดังนี้

“แผนการ” (Scheme) หมายถึง ธุรกรรมใดๆ หรือแผนการใดๆ แผน ข้อเสนอ การกระทำ แนวทางของการกระทำ หรือแนวทางของการแสดงพฤติกรรม ทั้งนี้ ไม่ว่าจะนำไปโดยฝ่ายเดียวหรือไม่

2. แผนการนั้นจะต้องเป็นธุรกรรมทางการเงิน (Financing Arrangement)

ลักษณะที่สองของการพิสูจน์ความเป็นหนี้ที่จะถือว่าเป็นหนี้ นั้น แผนการนั้นจะต้องเป็นธุรกรรมทางการเงินด้วย

ธุรกรรมทางการเงิน (Financing Arrangement) มีคำนิยามไว้โดยเฉพาะ หมายถึง ธุรกรรมที่เข้าทำโดยผู้ออกตราสารเพื่อเพิ่มการเงินหรือกองทุนของแผนการอื่น และหมายความรวมถึง การให้เงินช่วยเหลือแก่ส่วนของเจ้าของของผู้เสียภาษีในบางรูปแบบด้วย เช่น สัญญากู้ยืมเงินระหว่างผู้ลงทุนและบริษัท ในกรณีนี้ธุรกรรมทางการเงินก็คือข้อตกลงการกู้ยืมของบริษัท

3. จะต้องได้รับผลประโยชน์ทางการเงินที่ได้รับ (Financial Benefit Received)

ลักษณะที่สามของการพิสูจน์ความเป็นหนี้ที่จะถือว่าเป็นหนี้ นั้น ผู้ออกตราสารจะต้องได้รับผลประโยชน์ทางการเงินภายใต้ธุรกรรมทางการเงินนั้น

“ประโยชน์ทางการเงิน” (Financial Benefit) หมายถึง สิ่งใดก็ตามที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ รวมถึงทรัพย์สินและบริการด้วย โดยทั่วไป ประโยชน์ทางการเงินที่ได้รับจะกำหนดมูลค่าไว้ในธุรกรรมทางการเงิน ซึ่งเป็นจำนวนที่จ่ายไปเพื่อที่จะได้รับผลตอบแทนทางการเงิน (Financial Interest) และจำนวนเงินนั้นจะได้รับคืนในอนาคต

4. ผู้ออกตราสารจะต้องมีหน้าที่ที่แน่นอนอย่างแน่แท้ (An Effectively Non-contingent Obligation) ในการจ่ายผลประโยชน์ทางการเงินนั้นในอนาคต

สำหรับธุรกรรมที่จะถือเป็นหนี้ได้ ผู้ออกตราสารจะต้องมีหน้าที่ที่จะต้องจ่ายผลประโยชน์ทางการเงินให้แก่ผู้ลงทุนด้วย ซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินที่จะจ่ายนั้นอาจจะเป็นจำนวนเดียว หรือแบ่งเป็นหลายจำนวนตลอดระยะเวลาก็ได้

ในการพิจารณาว่าผู้ออกตราสารมีหน้าที่ที่แน่นอนอย่างแน่แท้หรือไม่ จะต้องพิจารณาจากข้อกำหนด เงื่อนไข และมูลค่าของธุรกรรมทางการเงิน

ลักษณะประการที่สี่ของการพิสูจน์ความเป็นหนี้มีการใช้แนวคิดของ หน้าที่ที่แน่นอน “อย่างแน่แท้” ซึ่งตรงกันข้ามกับหน้าที่ที่แน่นอนเพียงแต่รูปแบบเท่านั้น

5. มูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินที่จะจ่าย อย่างน้อยจะต้องเท่ากับหรือมากกว่า ผลประโยชน์ทางการเงินที่ได้รับ (Financial Benefit Received)

ถ้าผู้ออกตราสารมีหน้าที่ที่แน่นอนอย่างแน่แท้ ในลักษณะประการที่ 5 ของการพิสูจน์ ความเป็นหนี้ ผลประโยชน์ทางการเงินที่จะจ่ายจะต้องมีมูลค่าอย่างน้อยเท่ากับหรือมากกว่า ผลประโยชน์ทางการเงินที่ได้รับด้วย

“ผลประโยชน์ทางการเงินที่ต้องจ่าย” เป็นสิ่งที่ผู้ออกตราสารมีหน้าที่ที่แน่นอน อย่างแน่แท้ที่จะต้องจ่ายให้กับผู้ถือตราสารตามธุรกรรมนั้น ซึ่งอาจรวมถึงการจ่ายคืนเงินต้นด้วย เช่น การไถ่ถอนคืนตราสารของตราสารบางประเภท เช่น หุ้นบุริมสิทธิชนิดไถ่ถอนคืนได้

วิธีการคำนวณมูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงิน ขึ้นอยู่กับระยะเวลาของธุรกรรม เช่น ถ้าธุรกรรมมีกำหนดเวลาไม่เกิน 10 ปี มูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินจะคำนวณตามที ระบุไว้ (Nominal Terms) แต่ถ้าเกิน 10 ปี จะคำนวณตามมูลค่าปัจจุบัน (Present Value Terms)

“ระยะเวลาของธุรกรรม” (Performance Period) เป็นระยะเวลาที่ผู้ออกตราสารมี หน้าที่ที่แน่นอนอย่างแน่แท้ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ ถึงแม้ระยะเวลาของธุรกรรมจะเกินกว่า 10 ปี แต่หากมีหน้าที่ที่แน่นอนอย่างแน่แท้จะสิ้นสุดลงภายใน 10 ปี จะถือว่าธุรกรรมมีกำหนดเวลา ไม่เกิน 10 ปี

“มูลค่าปัจจุบัน” (Present Value) ของผลประโยชน์ ได้แก่ มูลค่าปกติ (Nominal Value) ของผลประโยชน์ และส่วนลดที่ใช้ในการปรับปรุงอัตราอ้างอิงของผลตอบแทน (Benchmark Rate of Return)

“อัตราอ้างอิงของผลตอบแทนที่ปรับปรุง” (Adjusted Benchmark Rate of Return) กำหนดไว้ที่ 75% ของอัตราอ้างอิงของผลตอบแทนจากการพิสูจน์ธุรกรรม

(ข) การพิสูจน์ความเป็นทุน (Equity Test)

หลักเกณฑ์การพิสูจน์ความเป็นทุนกำหนดไว้ใน Subdivision 974-C ของ ITAA 1997 หากเข้าหลักเกณฑ์การพิสูจน์ความเป็นทุนจะถือว่าตราสารทางการเงินที่ผู้เสียภาษีออก สามารถเครดิตภาษีได้ แต่ไม่สามารถหักเป็นรายจ่ายได้ โดยกฎหมายกำหนดตารางที่มีรายการ ของแผนการที่ถือว่าเป็นทุนไว้ ซึ่งแผนการที่จะผ่านการพิสูจน์ความเป็นทุน จะต้องเป็นธุรกรรม

ตามที่กำหนดไว้ในรายการที่ 1 ถึง 4 ของตาราง โดยในรายการที่ 2 ถึง 4 ธุรกรรมนั้นจะต้องเป็นธุรกรรมทางการเงิน (Financing Arrangement) ด้วย

ในการพิสูจน์ความเป็นทุน ให้พิจารณาความเป็นทุนจากรายการดังต่อไปนี้ และหากเข้าหลักเกณฑ์ความเป็นทุน จะถือว่าธุรกรรมนั้นเป็นทุน เว้นแต่เข้าการพิสูจน์ความเป็นหนี้ ณ เวลาที่ออกตราสารก่อน

ตารางที่ 1

การพิสูจน์ธุรกรรมที่เป็นทุน (Equity Interest) ตาม Section 974-75

รายการที่	ธุรกรรม
1	เป็นธุรกรรมในฐานะที่เป็นสมาชิกหรือหุ้นส่วนของบริษัท
2	เป็นธุรกรรมที่กำหนดสิทธิในการได้รับผลตอบแทนที่ไม่แน่นอนหรือที่คงที่จากบริษัท ถ้าสิทธิหรือจำนวนของผลตอบแทนดังกล่าว เป็นสาระสำคัญหรือไม่แน่นอน โดยขึ้นอยู่กับผลประกอบการทางเศรษฐกิจ (ไม่ว่าในอดีต ปัจจุบัน หรืออนาคต) ของ <ul style="list-style-type: none"> (ก) บริษัท หรือ (ข) ส่วนหนึ่งส่วนใดของกิจกรรมของบริษัท หรือ (ค) บุคคลที่มีความสัมพันธ์กันกับบริษัท หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของกิจกรรมของบุคคลที่มีความสัมพันธ์กันกับบริษัท
3	เป็นธุรกรรมที่กำหนดสิทธิในการได้รับผลตอบแทนที่ไม่แน่นอนหรือที่คงที่จากบริษัท ถ้าสิทธิหรือจำนวนของผลตอบแทนดังกล่าวขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจของ <ul style="list-style-type: none"> (ก) บริษัท หรือ (ข) บุคคลที่มีความสัมพันธ์กันกับบริษัท

รายการที่	ธุรกรรม
4	<p>เป็นธุรกรรมที่ออกโดยบริษัทที่</p> <p>(ก) ให้สิทธิแก่ผู้ถือตราสาร (บุคคลที่มีความสัมพันธ์กันกับผู้ถือตราสาร) สามารถเปลี่ยนไปเป็นหุ้นของบริษัทหรือบุคคลที่มีความสัมพันธ์กันกับบริษัทได้ หรือ</p> <p>(ข) เป็นธุรกรรมที่สามารถที่จะ หรืออาจจะแปลงเป็นหุ้นของบริษัทหรือบุคคลที่มีความสัมพันธ์กันกับบริษัทได้</p>

1. เป็นธุรกรรมในฐานะที่เป็นสมาชิกหรือหุ้นส่วนของบริษัท

สมาชิกหรือหุ้นส่วนของบริษัท หมายถึง ผู้ที่ถือหุ้นของบริษัทนั้น และรวมถึงกรณีที่เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทด้วย สมาชิกหรือหุ้นส่วนของบริษัทมีสิทธิหลายประการที่กำหนดไว้ในหุ้น เช่น สิทธิการออกเสียง สิทธิในการได้รับเงินปันผล และสิทธิในการมีส่วนร่วมในสินทรัพย์ส่วนที่เหลือของบริษัทภายหลังชำระบัญชี (Residual Assets)

2. เป็นธุรกรรมที่กำหนดสิทธิในการได้รับผลตอบแทนที่ไม่แน่นอนอย่างแน่แท้ตามผลประกอบการทางเศรษฐกิจ

รายการนี้รับรู้ความเป็นทุนในกรณีที่ธุรกรรมกำหนดให้ผู้ถือธุรกรรมมีสิทธิได้รับผลตอบแทนที่ขึ้นอยู่กับผลการประกอบการทางเศรษฐกิจของบริษัทหรือกิจกรรมของบริษัท เช่น ตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุนที่กำหนดให้มีการจ่ายผลตอบแทนขึ้นอยู่กับผลกำไรของบริษัท เป็นต้น

3. เป็นธุรกรรมที่กำหนดสิทธิในการได้รับผลตอบแทนโดยการใช้ดุลพินิจของบริษัท

รายการนี้รับรู้ความเป็นทุนในกรณีและผู้ถือธุรกรรมมีสิทธิได้รับผลตอบแทนที่จะจ่ายโดยขึ้นอยู่กับดุลพินิจของบริษัท เช่น ผู้ลงทุนถือธุรกรรมของบริษัทที่จะจ่ายผลตอบแทนในจำนวนที่กำหนดไว้แล้ว แต่บริษัทมีสิทธิกำหนดเป็นอย่างอื่นได้ ธุรกรรมนั้นจะถือเป็นทุน

4. เป็นธุรกรรมที่สามารถเปลี่ยนหรืออาจเปลี่ยนไปเป็นหุ้นของบริษัทได้

ผู้ถือธุรกรรมในกรณีนี้มีสิทธิที่จะเปลี่ยนธุรกรรมที่ถืออยู่นั้นไปเป็นหุ้นของบริษัท หรืออาจจะเปลี่ยนเป็นหุ้นของบริษัทได้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เป็นผู้มีสิทธิได้รับหุ้นของบริษัทที่จะจ่ายโดยบุคคลที่สาม ซึ่งเป็นตราสารออฟชั่นที่ซื้อขายแลกเปลี่ยนในตลาดหลักทรัพย์ (Exchange Traded Options) ในกรณีนี้จะไม่ถือว่าเป็นผู้ถือหุ้น เว้นแต่ได้มีการใช้สิทธิ และสิทธินั้นสามารถใช้ได้ (Deliverable)

(ค) ทู่นที่ไม่ใช่หุ้น (Non-share Equity Interest) และหุ้นที่ไม่ใช่ทุน (Non-Equity Share)

เมื่อพิจารณาลักษณะของตราสารทางการเงินตามหลักเกณฑ์การพิสูจน์ความเป็นหนี้ และทุนดังกล่าวแล้ว กฎหมายดังกล่าวของประเทศออสเตรเลียยังมีลักษณะพิเศษ คือ ตราสารที่พิจารณาแล้วมีลักษณะไม่เป็นไปตามที่ปรากฏ ได้แก่ ตราสารหนี้ที่ถือเป็นตราสารทุนจะถือเป็น “ทุนที่ไม่ใช่หุ้น” (Non-share Equity Interest) และตราสารทุนที่ถือเป็นตราสารหนี้จะถือเป็น “หุ้นที่ไม่ใช่ทุน” (Non-Equity Share)

1. ทุนที่ไม่ใช่หุ้น (Non-share Equity Interest) มีความหมายเช่นเดียวกับที่กำหนดใน Income Tax Assessment Act 1997 ซึ่งเป็นทุนของบริษัทที่ไม่อยู่ในรูปของหุ้น ดังนั้น ทุนของบริษัท จึงไม่เพียงแต่อยู่ในรูปของหุ้นแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น ผลตอบแทนที่จ่ายจากทุนที่ไม่ใช่หุ้นจะเรียกว่า “เงินปันผลจากทุนที่ไม่ใช่หุ้น” (Non-share Dividend) ผู้ถือตราสารชนิดนี้จะเรียกว่า “ผู้ถือทุนที่ไม่ใช่หุ้น” (Equity Holder)

สำหรับทุนที่ไม่ใช่หุ้น (Non-share Equity Interest) ผู้ถือทุนที่ไม่ใช่หุ้น (Equity Holder) และเงินปันผลจากทุนที่ไม่ใช่หุ้น (Non-share Dividend) จะได้รับการปฏิบัติในทางภาษี เช่นเดียวกับหุ้น (Share) ผู้ถือหุ้น (Shareholder) และเงินปันผล (Dividend) และบริษัทที่จ่ายเงินปันผลจากทุนที่ไม่ใช่หุ้นจะไม่สามารถนำไปหักเป็นรายจ่ายของบริษัทได้³⁹

นอกจากนี้ บริษัทที่เป็นผู้ออกตราสารประเภททุนที่ไม่ใช่หุ้นจะต้องมีบัญชีสำหรับทุนที่ไม่ใช่หุ้น (Non-share Capital Account) แยกต่างหากจากบัญชีหุ้นทุนในกรณีปกติ (Share Capital Account) เพื่อบันทึกบัญชีทุนที่ไม่ใช่หุ้นและผลตอบแทนที่จ่ายจากทุนที่ไม่ใช่หุ้น โดยเฉพาะ โดยในบัญชีทุนที่ไม่ใช่หุ้นจะต้องมีการบันทึกรายการเพิ่มเติมจากรายการปกติ เช่น จำนวนเงินที่ได้รับจากการจำหน่ายทุนที่ไม่ใช่หุ้น จำนวนของตราสารหนี้ในบริษัทที่เปลี่ยนเป็นตราสารทุนในสาระสำคัญ และการจ่ายเงินต้นคืนจากทุนที่ไม่ใช่หุ้นให้แก่ผู้ที่มีความสัมพันธ์กัน⁴⁰

³⁹ Woellner Barkoczy and Murphy Evans, *Australian Taxation Law*, 19th Edition, (CCH Australia Limited, 2009), p.1213.

⁴⁰ Australian Taxation Office, Keeping a Non-share Capital Account, “Debt and Equity Tests: Guide to The Debt and Equity Tests,” retrieved May, 2009 from www.ato.gov.au/content/13798.htm.

2. หุ้นที่ไม่ใช่หุ้น (Non-equity Share) หมายถึง หุ้นที่มีใช้ส่วนของเจ้าของในบริษัท ซึ่งเป็นหุ้นที่เข้าหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์ความเป็นหนี้ (Debt Test) เช่น หุ้นบุริมสิทธิชนิดที่บังคับให้ไถ่ถอนโดยผู้ออกตราสาร (Compulsorily Redeemable Preference Shares) ตราสารเหล่านี้จะยังคงเป็นหุ้นตามกฎหมายภาษีเงินได้เช่นเดิม และผลตอบแทนที่จ่ายจากตราสารดังกล่าวยังคงเป็นเงินปันผล แต่วิธีปฏิบัติในทางภาษีจะแตกต่างไปจากเงินปันผลที่จ่ายจากตราสารหุ้นที่ไม่เข้าหลักเกณฑ์ในการพิสูจน์ความเป็นหนี้ เช่น ไม่สามารถเครดิตภาษีเงินปันผลได้ (non-frankable)⁴¹ อย่างไรก็ตาม ผลตอบแทนที่จ่ายจากตราสารชนิดนี้ จะสามารถหักเป็นรายจ่ายของกิจการได้ตาม Section 8-1 จะต้องเข้าเงื่อนไขตามที่กำหนดใน Section 25-85 (3) ด้วย กล่าวคือ

(ก) ความเป็นหนี้ของผู้จ่ายผลตอบแทนจะต้องเป็นจำนวนเดียวกับจำนวนดอกเบี้ยที่จะต้องจ่าย

(ข) ดอกเบี้ยเกิดขึ้นมาเนื่องจากการเพิ่มขึ้นทางการเงินของผู้เสียภาษี ซึ่งเป็นจำนวนที่เกี่ยวข้องกับการจ่ายผลตอบแทนนั้นด้วย

(ค) ดอกเบี้ยที่ยังคงเหลืออยู่มีลักษณะคล้ายกับดอกเบี้ยตาม Section 25-85 (2)⁴²

นอกจากนี้ เพื่อให้สามารถแยกได้ชัดเจนระหว่างดอกเบี้ยและเงินปันผล เพื่อประโยชน์ในการหักภาษี ณ ที่จ่าย “ดอกเบี้ย” จึงหมายความรวมถึง ผลตอบแทนที่จ่ายจากหุ้นที่ไม่ใช่หุ้น และเพื่อให้เกิดความสอดคล้องต้องกัน คำว่า “เงินปันผล” จึงไม่หมายความรวมถึงเงินปันผลที่จ่ายจากหุ้นที่ไม่ใช่หุ้นด้วย⁴³

สำหรับเงินปันผลจากหุ้นที่ไม่ใช่หุ้นในระหว่างบริษัทในเครือเดียวกัน เนื่องจากลักษณะของเงินปันผลดังกล่าวมีลักษณะคล้ายกับผลตอบแทนที่จ่ายจากตราสารหนี้มากกว่า ด้วยเหตุนี้ เงินปันผลดังกล่าวจึงไม่ได้รับเงินปันผลคืนในระหว่างบริษัทในเครือ (Intercorporate Dividend Rebate) ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการจ่ายโดยตรง หรือจ่ายผ่านทรัสต์หรือหุ้นส่วน⁴⁴

⁴¹ The Parliament of The Commonwealth of Australia House of Representatives, “New Business Tax System (Debt and Equity) Bill 2001 Explanatory Memorandum,” retrieved May, 2009 from http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/bill_em/nbtsaeb2001441/memo1.html, para. 2.16.

⁴² Woellner Barkoczy and Murphy Evans, *supra note* 39, p.1,212.

⁴³ *Supra note* 41, para. 3.7.

⁴⁴ *Ibid.* para. 3.25.

(ง) ส่วนที่ไม่ใช่บังคับกับการพิสูจน์ความเป็นหนี้และทุน⁴⁵

หลักการพิสูจน์ความเป็นหนี้และทุนตามกฎหมายภาษีเงินได้ของประเทศออสเตรเลีย เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีเงินได้จากผลตอบแทนของตราสารทางการเงิน ซึ่งจะปรับใช้กับมาตรการในทางภาษีอากรอื่นด้วย เช่น มาตรการการยื่นแบบภาษีรวมของกลุ่มบริษัท (Consolidation Measures) (ในการกำหนดผลตอบแทนของสมาชิกในกลุ่ม) และสำหรับ มาตรการการป้องกันการตั้งทุนต่ำ (Thin Capitalisation Measures) และการหักภาษี ณ ที่จ่าย จากเงินได้ประเภทดอกเบี้ยหรือเงินปันผล อย่างไรก็ตามเนื่องจากทุนที่ไม่ใช่หุ้น (Non-share Equity Interests) จะไม่นำมาพิจารณาสัดส่วนความเป็นเจ้าของของบริษัท ดังนั้น หลักการและ แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับหลักการพิสูจน์ความเป็นหนี้และทุนดังกล่าวจะไม่นำมาปรับใช้กับ บทบัญญัติที่เกี่ยวกับความเป็นเจ้าของบริษัท (Ownership of Companies) และรวมถึงในกรณี ดังต่อไปนี้ด้วย

1. บทบัญญัติเกี่ยวกับการโอนและการใช้ผลขาดทุน (The Transfer and Use of Losses) เนื่องจากโอนและการใช้ผลขาดทุนของบริษัทในเครือเดียวกัน จะต้องพิจารณาถึงความ ต่อเนื่องของกิจการทั้งในขณะที่เกิดผลขาดทุน และในขณะที่การใช้ผลขาดทุน ดังนั้น ในระหว่างการ เกิดผลขาดทุนและการใช้ผลขาดทุนระหว่างบริษัทในเครือ จะไม่มีผลจากการเปลี่ยนแปลงสัดส่วน เจ้าของบริษัทจากตราสารทางการเงินตามหลักการพิสูจน์ความเป็นหนี้และทุน

2. บทบัญญัติเกี่ยวกับกลุ่มบริษัท (Grouping Concessions) เช่น บทบัญญัติ เกี่ยวกับการจ่ายเงินปันผลระหว่างกลุ่มบริษัท (Intercorporate Dividend) ที่ไม่สามารถเครดิต ภาษีได้

3. คำนิยามของคำว่าบริษัทจำกัดและบริษัทจำกัดของเอกชนรายย่อย (Public and Private Companies)

4. บทบัญญัติเกี่ยวกับหลัก CFC (Controlled Foreign Company) และ FIF (Foreign Investment Fund) ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการถือหุ้นในบริษัทต่างประเทศของบริษัท ออสเตรเลีย

5. Section 23AJ 23AI และ 23AK แห่งพระราชบัญญัติการประเมินภาษีเงินได้ ค.ศ. 1936 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการจ่ายเงินปันผลระหว่างบริษัทที่จ่ายจากต่างประเทศมายัง บริษัทออสเตรเลีย และเป็นเงินปันผลที่จ่ายจากกำไรสุทธิที่ได้เสียภาษีเงินได้ไปแล้วในต่างประเทศ

⁴⁵ *Ibid.* para. 3.3.

4.3.2 ตัวอย่างการปรับใช้การพิสูจน์ความเป็นหนี้และทุน และผลในทางภาษีอากร

หลักการพิสูจน์ความเป็นหนี้และทุนจะใช้ในการกำหนดว่าการจ่ายเงินไปนั้นมีเครดิต ภาษีหรือไม่ หรือหักเป็นรายจ่ายของหน่วยภาษีที่จ่ายเงินนั้นได้หรือไม่ โดยจะยกตัวอย่างการปรับ ใช้หลักการพิสูจน์กับตราสารทางการเงินประเภทต่างๆ ดังนี้

(ก) หุ้นบุริมสิทธิชนิดไถ่ถอนคืนได้ (Redeemable Preference Shares)

ตัวอย่างเช่น บริษัทออกหุ้นบุริมสิทธิชนิดไถ่ถอนคืนได้ เมื่อวันที่ 15 สิงหาคม 2009 โดยมีมูลค่าที่ตราไว้หุ้นละ \$2 หุ้นเหล่านี้สามารถไถ่ถอนคืนได้ตามมูลค่าที่ตราไว้เมื่อครบกำหนด 8 ปีแล้ว หรืออาจมีการไถ่ถอนได้ก่อนหากมีการควบรวมกิจการและคณะกรรมการบริหารบริษัท ตกลงแล้ว อัตราผลตอบแทนจ่ายเป็นเงินปันผลในอัตราร้อยละ 7.25 ของมูลค่าที่ตราไว้ ณ เวลา เดียวกันกับการจ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นทั่วไป โดยบริษัทจะไม่จ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้น ทั่วไป หากยังมีได้มีการจ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจนเสร็จสิ้นแล้ว

ในการพิจารณาลักษณะของตราสารตามหลักการพิสูจน์ความเป็นทุน ตราสารนี้ถือ ว่าเป็นตราสารทุน เนื่องจากตราสารนี้อยู่ในรูปของหุ้น

ในการพิจารณาลักษณะของตราสารตามหลักการพิสูจน์ความเป็นหนี้ จะพิจารณา ตามลำดับดังนี้

1. มีแผนการหรือไม่

ตราสารนี้มีแผนการ โดยอยู่ในรูปของธุรกรรมระหว่างบริษัทผู้ออกตราสารและผู้ถือ ตราสาร

2. แผนการนั้นเป็นธุรกรรมทางการเงินใช่หรือไม่

สัญญาที่เป็นหุ้นบุริมสิทธิชนิดไถ่ถอนคืนได้ถือเป็นแผนการที่เป็นธุรกรรมที่เข้าทำกัน เพื่อเพิ่มการเงินของบริษัท แผนการนั้นถือเป็นธุรกรรมทางการเงิน

3. ผู้ออกตราสารได้รับผลประโยชน์ทางการเงินจากธุรกรรมนั้นหรือไม่

บริษัทผู้ออกตราสารได้รับผลประโยชน์ทางการเงินจากธุรกรรมนั้น โดยมีมูลค่า เท่ากับราคาของหุ้นบุริมสิทธิที่ผู้ถือตราสารจ่ายให้ จำนวน \$2

4. ผู้ออกตราสารจะต้องมีหน้าที่ที่แน่นอนอย่างแน่แท้ในการจ่ายผลประโยชน์ ทางการเงินนั้นในอนาคตหรือไม่

บริษัทผู้ออกตราสารมิได้มีหน้าที่ที่แน่นอนอย่างแน่แท้ในการจ่ายเงินปันผลเป็นรายปี เนื่องจากการจ่ายเงินปันผลไม่แน่นอน โดยขึ้นอยู่กับผลกำไรของผู้ออกตราสาร แต่บริษัทผู้ออก

ตราสารมีหน้าที่ที่แน่นอนอย่างแน่แท้ในการจ่ายเงินต้นเมื่อมีการไถ่ถอนตราสาร ดังนั้นจึงถือว่าผู้ออกตราสารมีหน้าที่ที่แน่นอนอย่างแน่แท้ในการจ่ายผลประโยชน์ทางการเงินในอนาคต

5. มูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินที่จะจ่าย อย่างน้อยจะต้องเท่ากับหรือมากกว่าผลประโยชน์ทางการเงินที่ได้รับหรือไม่

มูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินจะใช้ตามที่ระบุไว้ (Nominal Terms) เนื่องจากมีระยะเวลาไม่เกิน 10 ปี มูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินที่ได้รับโดยบริษัท ณ วันที่ออกตราสารก็คือมูลค่าของตราสาร จำนวน \$2 และมูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินที่จะจ่ายตามแผนการก็คือการจ่ายเงินต้นคืน จำนวน \$2 ซึ่งจำนวนผลประโยชน์ทางการเงินที่จะจ่ายในอนาคตเท่ากับมูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินที่ได้รับก็คือจำนวน \$2

ดังนั้นตราสารนี้จึงเป็นตราสารหนี้ แต่เนื่องจากตราสารนี้เข้าลักษณะทั้งตราสารหนี้และตราสารทุน จึงต้องใช้ Tiebreaker Rule ซึ่งจะถือว่าตราสารนี้เป็นตราสารหนี้

(ข) หุ้นบุริมสิทธิชนิดแปลงสภาพได้ (Converting Preference Shares)

ธนาคารออกหุ้นบุริมสิทธิชนิดแปลงสภาพได้ เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2009 มูลค่าหุ้นละ \$100 มีการกำหนดจ่ายเงินปันผลเป็นรายปี ในอัตราร้อยละ 7.5 โดยจะถูกบังคับให้แปลงสภาพเป็นหุ้นสามัญ (Mandatory Conversion) ในวันที่ 30 มิถุนายน 2014

ในการพิจารณาลักษณะของตราสารตามหลักการพิสูจน์ความเป็นหุ้น ตราสารนี้ถือว่าเป็นตราสารทุน เนื่องจากตราสารนี้อยู่ในรูปของหุ้น

ในการพิจารณาลักษณะของตราสารตามหลักการพิสูจน์ความเป็นหนี้ จะพิจารณาตามลำดับดังนี้

1. มีแผนการหรือไม่

ตราสารนี้มีแผนการ โดยอยู่ในรูปของธุรกรรมระหว่างธนาคารผู้ออกตราสารและผู้ถือตราสาร

2. แผนการนั้นเป็นธุรกรรมทางการเงินใช่หรือไม่

สัญญาที่เป็นหุ้นบุริมสิทธิชนิดแปลงสภาพได้ถือเป็นธุรกรรมที่เข้าทำกันเพื่อเพิ่มการเงินของธนาคาร แผนการนั้นถือเป็นธุรกรรมทางการเงิน

3. ผู้ออกตราสารได้รับผลประโยชน์ทางการเงินจากธุรกรรมนั้นหรือไม่

ธนาคารผู้ออกตราสารได้รับผลประโยชน์ทางการเงินจากธุรกรรมนั้น โดยมูลค่าของผลประโยชน์ที่ได้รับเท่ากับมูลค่าของหุ้น จำนวน \$100

4. ผู้ออกตราสารจะต้องมีหน้าที่ที่แน่นอนอย่างแน่แท้ในการจ่ายผลประโยชน์ทางการเงินนั้นในอนาคตหรือไม่

ธนาคารมิได้มีหน้าที่ที่แน่นอนอย่างแน่แท้ในการจ่ายผลประโยชน์ทางการเงินในอนาคต เนื่องจากการจ่ายเงินปันผลไม่มีความแน่นอนขึ้นอยู่กับกำไรของธนาคาร และยังไม่มีการพิจารณามูลค่าของหุ้นในการแปลงสภาพ

ดังนั้น ตราสารนี้จึงไม่ผ่านหลักเกณฑ์การพิสูจน์ความเป็นหนี้ จึงไม่ถือว่าเป็นตราสารหนี้ แต่ถือเป็นตราสารทุน

(ค) หุ้นกู้แปลงสภาพ (Convertible Notes)

บริษัทออกหุ้นกู้แปลงสภาพมีอายุ 15 ปี เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2009 โดยมีมูลค่าหุ้นละ \$9 และกำหนดจ่ายดอกเบี้ยเป็นรายปีในอัตราร้อยละ 7 ทุกวันที่ 1 กรกฎาคม หน้าที่ในการจ่ายดอกเบี้ยมีความแน่นอน และไม่สามารถเลื่อนหรือยกเลิกการจ่ายดอกเบี้ยได้ไม่ว่าในกรณีใด และเมื่อถึงวันที่ 1 กรกฎาคม 2015 บริษัทอาจจะไถ่ถอนหุ้นกู้คืนเมื่อใดก็ได้ แต่ในวันที่บริษัทไถ่ถอนหุ้นกู้หลังวันที่ 1 กรกฎาคม 2015 หรือในวันที่ครบกำหนดอายุหุ้นกู้ในวันที่ 1 กรกฎาคม 2024 ผู้ถือหุ้นกุ่มีสิทธิที่จะไถ่ถอนหุ้นกู้ได้ในราคาหุ้นละ \$9 หรือแปลงสภาพเป็นหุ้นทุนได้โดยหุ้นกู้ 1 หุ้นสามารถแปลงสภาพเป็นหุ้นสามัญได้ 4 หุ้น หุ้นสามัญนี้มีราคาตลาดหุ้นละ \$1.75 และอัตราดอกเบี้ยในหนี้ทั่วไปที่บริษัทต้องชำระอยู่ในอัตราร้อยละ 8

ในการพิจารณาลักษณะของตราสารตามหลักการพิสูจน์ความเป็นหุ้น จะพิจารณาตามลำดับดังนี้

1. ตราสารนี้เป็นตราสารทุนหรือไม่

ตราสารนี้เป็นตราสารทุน เนื่องจากเป็นตราสารที่ให้สิทธิแก่ผู้ถือตราสารในการถือหุ้นสามัญของผู้ออกตราสารได้ โดยการแปลงสภาพหุ้นกู้เป็นหุ้นสามัญของบริษัท

2. มีแผนการหรือไม่

มีแผนการในรูปของธุรกรรมระหว่างบริษัทผู้ออกหุ้นกู้และผู้ถือตราสาร

3. มีธุรกรรมทางการเงินหรือไม่

หุ้นกู้เป็นธุรกรรมที่เข้าทำกันเพื่อเพิ่มการเงินของบริษัท ดังนั้น จึงถือว่าเป็นตราสารทุน

ในการพิจารณาลักษณะของตราสารตามหลักการพิสูจน์ความเป็นหนี้ จะพิจารณาตามลำดับดังนี้

1. มีแผนการหรือไม่

มีแผนการ ตามข้อ 2. ข้างต้น

2. แผนการนั้นเป็นธุรกรรมทางการเงินใช่หรือไม่

เป็นธุรกรรมทางการเงิน ตามข้อ 3. ข้างต้น

3. ผู้ออกตราสารได้รับผลประโยชน์ทางการเงินจากธุรกรรมนั้นหรือไม่

ผู้ออกตราสารได้รับผลประโยชน์ทางการเงินจากธุรกรรมนั้น เท่ากับมูลค่าหุ้นกู้

จำนวน \$9

4. ผู้ออกตราสารจะต้องมีหน้าที่ที่แน่นอนอย่างแน่แท้ในการจ่ายผลประโยชน์ทางการเงินนั้นในอนาคตหรือไม่

บริษัทผู้ออกตราสารมีหน้าที่ที่แน่นอนอย่างแน่แท้ในการจ่ายดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7 ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ให้แก่ผู้ถือหุ้นกู้ และบริษัทยังต้องมีหน้าที่ในการจ่ายเงินลงทุนคืนหุ้นละ \$9 หากมีการไถ่ถอนหุ้นกู้คืนก่อน หรือในวันที่ครบกำหนดอายุของหุ้นกู้ ทั้งนี้โดยมีเงื่อนไขว่า ผู้ถือหุ้นกู้จะต้องไม่ใช่สิทธิในการแปลงสภาพหุ้นกู้เป็นหุ้นสามัญ แต่สิทธิเช่นนี้มีได้ทำให้เกิดหน้าที่ในการจ่ายคืนเงินลงทุนที่ไม่แน่นอนแต่อย่างใด ในกรณีเช่นนี้ จึงอาจถือได้ว่าหน้าที่ในการจ่ายเงินลงทุนคืนเป็นหน้าที่ที่แน่นอนอย่างแน่แท้

5. มูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินที่จะจ่าย อย่างน้อยจะต้องเท่ากับหรือมากกว่าผลประโยชน์ทางการเงินที่ได้รับหรือไม่

เนื่องจากอายุของหุ้นกู้เกินกว่า 10 ปี แต่ถึงแม้จะมีเงื่อนไขที่ให้ไถ่ถอนได้เมื่อครบ 6 ปีก็ตาม แต่ไม่ถือว่าเป็นหน้าที่ที่แน่นอนอย่างแน่แท้ที่จะไถ่ถอน ดังนั้น มูลค่าของผลประโยชน์จะคำนวณโดยใช้มูลค่าปัจจุบัน (present value) โดยใช้สูตรดังนี้

มูลค่าปัจจุบัน = $\frac{\text{จำนวนหรือมูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินตามมูลค่าในปัจจุบัน}}$

$[1 + \text{อัตราผลตอบแทนอ้างอิงที่ปรับปรุงแล้ว}]^{\text{จำนวนปี}}$

มูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินที่ได้รับโดยผู้ออกตราสาร ณ วันที่ออกตราสารมีมูลค่า \$9 และมูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินที่จะจ่ายโดยบริษัทให้แก่หุ้นกู้แต่ละหุ้น คำนวณได้ดังนี้

- จำนวนดอกเบี้ยที่จะจ่ายในแต่ละปีเท่ากับ \$0.63 (\$9 x 7%)
- อัตราผลตอบแทนอ้างอิงที่ปรับปรุงแล้วเท่ากับ 6% (8% x 75%) หรือ 0.06 และ

- การคำนวณมูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินที่จะจ่ายโดยใช้มูลค่าปัจจุบัน จะเท่ากับ $\$9.87 (0.63/(1.06)^1 + 0.63/(1.06)^2 + \dots + (9 + 0.63)/(1.06)^{15})$

ดังนั้น มูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินที่จะจ่ายโดยบริษัทจะเท่ากับ \$9.87 ซึ่งเป็นจำนวนที่มากกว่ามูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินที่ได้รับ คือ \$9 ดังนั้น ตราสารนี้จึงถือเป็นตราสารหนี้ แต่เนื่องจากตราสารนี้เข้าลักษณะทั้งตราสารหนี้และตราสารทุน จึงต้องใช้ Tiebreaker Rule ซึ่งจะถือว่าตราสารนี้เป็นตราสารหนี้

(ง) การกู้ยืมที่เรียกคืนได้ระหว่างคู่สัญญาที่มีความสัมพันธ์กัน (Connected Entity at Call Loan)

บริษัทกู้ยืมเงินจากผู้ถือหุ้น (เป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์กัน) จำนวน \$5,000,000 โดยมีเงื่อนไขและข้อกำหนดในการกู้ยืม คือ จะจ่ายดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7 เป็นรายปี การกู้ยืมนี้มิได้มีการกำหนดวันที่จ่ายเงินต้นคืนไว้แต่อย่างใด โดยผู้ให้กู้จะเรียกเงินต้นคืนเมื่อใดก็ได้ โดยดุลพินิจของผู้ให้กู้เอง และให้ถือว่าอัตราผลตอบแทนอ้างอิงเท่ากับร้อยละ 6 ต่อปี

ในการพิจารณาลักษณะของตราสารตามหลักการพิสูจน์ความเป็นทุน จะพิจารณาตามลำดับดังนี้

1. ตราสารนี้เป็นตราสารทุนหรือไม่

ตราสารนี้เป็นตราสารทุน เนื่องจากจำนวนของผลตอบแทนทั้งหมดอยู่ในดุลพินิจของผู้ที่มีความสัมพันธ์กัน

2. มีแผนการหรือไม่

มีแผนการในรูปของธุรกรรมระหว่างบริษัทผู้ถือหุ้นและผู้ที่มีความสัมพันธ์กัน

3. มีธุรกรรมทางการเงินหรือไม่

ข้อตกลงนี้เป็นธุรกรรมที่เข้าทำกันเพื่อเพิ่มการเงินของบริษัท ดังนั้น จึงถือว่าตราสารนี้เป็นตราสารทุน

ในการพิจารณาลักษณะของตราสารตามหลักการพิสูจน์ความเป็นหนี้ จะพิจารณาตามลำดับดังนี้

1. มีแผนการหรือไม่

มีแผนการ ตามข้อ 2. ข้างต้น

2. แผนการนั้นเป็นธุรกรรมทางการเงินใช่หรือไม่

เป็นธุรกรรมทางการเงิน ตามข้อ 3. ข้างต้น

3. ผู้ออกตราสารได้รับผลประโยชน์ทางการเงินจากธุรกรรมนั้นหรือไม่
บริษัทได้รับผลประโยชน์ทางการเงินจากธุรกรรมนั้นจำนวน \$5,000,000 ซึ่งเป็นการ
กู้ยืมจากผู้ที่มีความสัมพันธ์กัน

4. ผู้ออกตราสารจะต้องมีหน้าที่ที่แน่นอนอย่างแน่แท้ในการจ่ายผลประโยชน์
ทางการเงินนั้นในอนาคตหรือไม่

บริษัทมีหน้าที่ที่แน่นอนอย่างแน่แท้ในการจ่ายดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7 ต่อปี

5. มูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินที่จะจ่าย อย่างน้อยจะต้องเท่ากับหรือมากกว่า
ผลประโยชน์ทางการเงินที่ได้รับหรือไม่

เนื่องจากอายุของหุ้นกู้เกินกว่า 10 ปี แต่ถึงแม้ว่าจะมีการจ่ายเงินต้นเมื่อใดก็ได้
ตามความประสงค์ของผู้ให้กู้ แต่ไม่ถือว่าเป็นหน้าที่ที่แน่นอนอย่างแน่แท้ที่จะจ่ายเงินต้นคืนภายใน
10 ปี ดังนั้น มูลค่าของผลประโยชน์จะคำนวณโดยใช้มูลค่าปัจจุบัน (present value) โดยใช้สูตร
ดังนี้

มูลค่าปัจจุบัน = จำนวนหรือมูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินตามมูลค่าในปัจจุบัน

$$[1 + \text{อัตราผลตอบแทนอ้างอิงที่ปรับปรุงแล้ว}]^{\text{จำนวนปี}}$$

- อัตราผลตอบแทนอ้างอิงที่ปรับปรุงแล้วเท่ากับ 4.5% (6% x 75%)

- จำนวนของผลประโยชน์ทางการเงินที่บริษัทจะต้องจ่าย เท่ากับ \$350,000

จำนวนเงินที่กู้ยืม (\$5,000,000) X อัตราดอกเบี้ย (ร้อยละ 7 ต่อปี)

- การคำนวณมูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินที่จะจ่ายโดยใช้มูลค่าปัจจุบัน

โดยประมาณจะเท่ากับ \$7,777,777

ดังนั้น มูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินที่จะจ่ายโดยบริษัทโดยประมาณจะเท่ากับ
\$7,777,777 ซึ่งเป็นจำนวนที่มากกว่ามูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินที่ได้รับ คือ \$5,000,000
ดังนั้น ตราสารนี้จึงถือเป็นตราสารหนี้ แต่เนื่องจากตราสารนี้เข้าลักษณะทั้งตราสารหนี้และ
ตราสารทุน จึงต้องใช้ Tiebreaker Rule ซึ่งจะถือว่าตราสารนั้นเป็นตราสารหนี้

4.4 ประเทศเนเธอร์แลนด์

บริษัทในประเทศเนเธอร์แลนด์อาจจัดการโครงสร้างการเงินของบริษัทโดยวิธีออกหุ้น การกู้ยืม หรือการออกตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุนเช่นเดียวกับประเทศอื่นๆ โดยทั่วไปดอกเบี้ยจะสามารถหักเป็นรายจ่ายในการเสียภาษีเงินได้ได้ ในประเทศเนเธอร์แลนด์ไม่มีหลักการตั้งทุนต่ำ ซึ่งทำให้การระดมทุนโดยการกู้ยืมเป็นสิ่งที่น่าสนใจ

4.4.1 หลักการทั่วไปในการจำแนกประเภทตราสารทางการเงิน⁴⁶

ก่อนปี 2002 ประเทศเนเธอร์แลนด์ไม่มีหลักกฎหมายในการจัดเก็บภาษีอากรจากตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุน แต่การพิจารณาลักษณะของตราสารจะขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ตามคำพิพากษาของศาล (Case Law)

ศาลฎีกาของประเทศเนเธอร์แลนด์ได้ถือว่า ในการกำหนดลักษณะของตราสารตามกฎหมายภาษี จะพิจารณาตามรูปแบบทางกฎหมาย (Legal Form) ซึ่งถ้าหากว่าตราสารทางการเงินมีลักษณะเป็นการกู้ยืมตามกฎหมายแล้ว ในหลักการจะถือเป็นหนี้ตามกฎหมายภาษีด้วย แต่จากคำพิพากษาของศาล (Case Law) จะมีข้อยกเว้นในบางกรณี เช่น เป็นตราสารที่ชื่อชด (Sham) ที่คู่สัญญาามีเจตนาที่จะถือว่าตราสารนั้นเป็นตราสารทุนและไม่ใช่งานกู้ยืม หรือมีการให้กู้ยืมโดยกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ให้ยืมมีส่วนร่วมในการดำเนินธุรกิจของผู้กู้ได้ เป็นต้น ในกรณีเช่นว่านี้ ศาลจะพิจารณาลักษณะของตราสารดังกล่าวจากสาระที่แท้จริง

ในปี 1998 ศาลภาษีสูงสุดมีคำตัดสินคดีที่น่าสนใจเกี่ยวกับการจำแนกประเภทของตราสารหนี้ ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวกับหุ้นกู้ที่ออกโดยบริษัทที่ซื้อขายอยู่ในตลาดหลักทรัพย์อัมสเตอร์ดัม โดยข้อกำหนดและเงื่อนไขของหุ้นกู้มีลักษณะเช่นเดียวกับข้อตกลงและเงื่อนไขของหุ้นบุริมสิทธิชนิดสะสมเงินปันผล (Cumulative Preferred Shares) ที่ออกโดยบริษัทเดียวกัน ยกเว้นเงื่อนไขเกี่ยวกับสิทธิออกเสียง โดยข้อตกลงและเงื่อนไขในสาระสำคัญมีดังนี้

(1) หุ้นกู้มีกำหนดเวลาไถ่ถอน 50 ปี หรืออาจไถ่ถอนได้ก่อน ในกรณีที่มีการเลิกกิจการหรือล้มละลาย

(2) หุ้นกู้มีการจ่ายคืนเงินต้นเป็นหุ้นบุริมสิทธิชนิดสะสมเงินปันผล (Cumulative Preferred Shares)

⁴⁶ Peter J. Connors and Glenn H.J. Woll, *supra* note 8, pp.227-229.

(3) หุ้นกู้มีผลตอบแทนรายปีในอัตราร้อยละ 10 ของราคาพาร์ และอาจมีสิทธิในผลกำไรของบริษัทในบางกรณี

(4) หุ้นกู้ อาจแบ่งส่วนเกินหลังจากชำระบัญชี (ถ้ามี) หากบริษัทมีการชำระบัญชี และ

(5) หุ้นกู้มีความด้อยสิทธิต่อสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ทุกราย และมีบุริมสิทธิเท่ากับหุ้นบุริมสิทธิชั้นสะสมเงินปันผล

ในคดีนี้ศาลวางหลักว่า ภายใต้เงื่อนไขดังกล่าว การกู้ยืมนี้มิได้กำหนดให้ผู้ให้กู้สามารถเข้าไปมีส่วนร่วมในการดำเนินธุรกิจของผู้กู้ได้ ดังนั้นจึงต้องยึดถือตามรูปแบบของหุ้นกู้ โดยที่ผู้ออกตราสารสามารถหักจ่ายจากการจ่ายดอกผลของหุ้นกู้ได้

4.4.2 บทบัญญัติที่เกี่ยวกับตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุนในปัจจุบัน

เมื่อวันที่ 1 มกราคม 2002 มีการใช้บังคับกฎหมายใหม่เกี่ยวกับตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุนตามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติภาษีเงินได้นิติบุคคลตัดซ์ 1969 โดยตราสารที่จะถือเป็นตราสารทุนตามกฎหมายภาษีได้ จะต้องเป็นตราสารในกรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้

ชนิดที่ 1 เป็นตราสารที่ 1. จำนวนทั้งหมดของผลตอบแทนจากการกู้ยืม ขึ้นอยู่กับการมีกำไรหรือการปันผลกำไรของผู้เสียภาษี (ลูกหนี้) หรือคู่สัญญาที่เกี่ยวข้อง (หมายถึงผู้เสียภาษีมีผลประโยชน์ในคู่สัญญานั้นถึง 1 ใน 3 หรือคู่สัญญานั้นมีผลประโยชน์ในผู้เสียภาษีถึง 1 ใน 3 หรือบุคคลที่สามมีผลประโยชน์ทั้งในผู้เสียภาษีและคู่สัญญานั้นถึง 1 ใน 3) และ 2. เงื่อนไขในการจ่ายคืนเงินต้นยาวนานกว่า 10 ปีขึ้นไปนับจากวันที่ทำการกู้ยืม

ชนิดที่ 2 เป็นตราสารที่ 1. จำนวนของผลตอบแทนบางส่วนจากการกู้ยืม ขึ้นอยู่กับการมีกำไรหรือการปันผลกำไรของผู้เสียภาษี (ลูกหนี้) หรือคู่สัญญาที่เกี่ยวข้อง 2. จำนวนของผลตอบแทนในส่วนที่มีได้ขึ้นอยู่กับกำไร ณ เวลาที่มีการตกลงในผลตอบแทนนั้น น้อยกว่าครึ่งหนึ่งของอัตราดอกเบี้ยตลาด (market interest) ที่ปรับใช้กับการกู้ยืมนั้นอยู่ ด้วยเงื่อนไขเดียวกัน แต่ผลตอบแทนนั้นมิได้ขึ้นอยู่กับผลกำไร (Non Profit-dependant Loans) และ 3. เงื่อนไขที่จ่ายเงินต้นคืนยาวนานกว่า 10 ปีขึ้นไปนับจากวันที่ทำการกู้ยืม หรือ

ชนิดที่ 3 เป็นตราสารที่ 1. จำนวนของผลตอบแทนจากการกู้ยืมไม่ขึ้นอยู่กับกำไรกำไรหรือการปันผลกำไรของผู้เสียภาษี (ลูกหนี้) หรือคู่สัญญาที่เกี่ยวข้อง แต่ความเป็นหนี้ (Indebtedness) ที่จะต้องจ่ายผลตอบแทนนั้นขึ้นอยู่กับกำไรหรือการปันผลกำไร 2. การกู้ยืม

นั้นด้วยสิทธิ และ 3. การกู้ยืมนั้นไม่มีกำหนดวันที่ไถ่ถอน หรือมีกำหนดจ่ายเงินต้นคืนยาวนานกว่า 50 ปีขึ้นไปนับจากวันที่ทำการกู้ยืม⁴⁷

หากเป็นตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุน (Hybrid Loan) ที่เป็นไปตามเงื่อนไขข้อใดข้อหนึ่งข้างต้น จะต้องถือเป็นตราสารทุน ผลตอบแทนที่จะจ่ายในเงินกู้นั้นจะไม่สามารถหักเป็นรายจ่ายตามกฎหมายภาษีเงินได้นิติบุคคลได้ แต่การจ่ายดังกล่าวจะถูกหักภาษี ณ ที่จ่ายตามกฎหมายภาษีเงินได้เงินปันผลด้วย เว้นแต่จะมีการยกเว้นหรือการลดอัตราภาษีตามกฎหมายภายในหรือตามอนุสัญญาภาษีซ้อน ตามมาตรา 3 วรรค 1(f) ของพระราชบัญญัติภาษีเงินปันผล ค.ศ. 1965 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมและมีผลตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2002 หลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นจะใช้กับตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุน (Hybrid Loan) ที่เกิดขึ้นหลังจากวันที่ 1 มกราคม 2002

ถ้าผลตอบแทนที่ต้องจ่ายจากตราสารที่มีเงื่อนไขข้างต้น ตราสารนั้นจะถือเป็นตราสารทุน ผลตอบแทนที่เกิดขึ้นจะไม่สามารถหักเป็นรายจ่ายได้ในระหว่างที่ยังคงมีเงื่อนไขดังกล่าวอยู่ แต่จะไม่มีผลต่อผลตอบแทนที่เกิดขึ้นก่อนหน้านั้น แต่ถ้ามีการขยายระยะเวลาของตราสารออกไป โดยมีการกำหนดเงื่อนไขของตราสารเข้าลักษณะข้างต้นด้วย จะถือว่าตราสารนั้นเป็นตราสารทุน โดยให้มีผลย้อนหลังตั้งแต่วันที่ก่อนระยะเวลาที่มีการขยายออกไปนั้นด้วย

หลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นจะใช้กับตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุน (Hybrid Loans) ที่ผู้ออกเป็นผู้เสียภาษีได้เท่านั้น อย่างไรก็ตาม อาจพบได้ว่าตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุนออกมาเพื่อให้สามารถหักรายจ่ายทางภาษีในการจ่ายผลตอบแทนในประเทศอื่นได้ ในขณะที่เดียวกันก็ได้รับการยกเว้นภาษีเงินได้ (Participation Exemption) ในประเทศเนเธอร์แลนด์ด้วย จากการวางแผนภาษีดังกล่าว จึงได้มีการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติเกี่ยวกับการยกเว้นภาษี (Participation Exemption) โดยกำหนดให้บริษัทต่างชาติที่จะได้รับยกเว้นภาษี (Participation Exemption) เฉพาะกรณีที่เป็นเงินได้จากตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุนที่ตนเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทต่างประเทศเท่านั้น กล่าวคือเข้าร่วมทุนอย่างแท้จริง นอกจากนี้ การได้รับการยกเว้นภาษี (Participation Exemption) จะไม่ใช้กับเงินได้ที่ได้รับมาจากที่ตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุน ซึ่งผลตอบแทนถือว่าเป็นดอกเบี้ย (หักเป็นรายจ่ายทางภาษีได้) ตามกฎหมายของประเทศที่ผู้กู้มีถิ่นที่อยู่ด้วย⁴⁸

⁴⁷ Rijkele Betten, *The New Netherlands Transfer Pricing Regime*, (Amsterdam, Netherlands, IBFD, 2002), pp.67-68.

⁴⁸ Peter J. Connors and Glenn H.J. Woll, *supra note 8*, pp.229-231.

4.4.3 การพิจารณาเงื่อนไขของตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุน (Hybrid loan) ที่ถือเป็นตราสารทุน⁴⁹

สำหรับตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุน (Hybrid loan) ที่จะถือว่าเป็นตราสารทุนนั้น จะต้องมียุทธศาสตร์อย่างใดอย่างหนึ่งครบถ้วนทั้งหมด แต่ถ้าขาดเงื่อนไขใดเงื่อนไขหนึ่งไป เช่น ในกรณีที่เป็นตราสารที่ 1. ผลตอบแทนไม่ขึ้นอยู่กับกำไรหรือการปันผลกำไรของลูกหนี้ และ 2. ความเป็นหนี้ของผลตอบแทนไม่ขึ้นอยู่กับทั้งการมีกำไรหรือการปันผลกำไร แต่ 3. การกู้ยืมนั้นโดยสิทธิ และ 4. ไม่มีวันที่กำหนดไถ่ถอนหรือมีกำหนดจ่ายเงินคืนยาวนานกว่า 50 ปี ในกรณีนี้การกู้ยืมนี้จะไม่ถือว่าเป็นตราสารทุน หรือในกรณีที่เป็นตราสารที่ 1. ผลตอบแทนไม่ขึ้นอยู่กับกำไรหรือการปันผลกำไรของลูกหนี้ (หรือคู่สัญญาที่เกี่ยวข้อง) แต่ ความเป็นหนี้ของผลตอบแทนไม่ขึ้นอยู่กับทั้งการมีกำไรหรือการปันผลกำไร 2. การกู้ยืมนั้น ไม่โดยสิทธิ และ 3. การกู้ยืมนั้นไม่มีวันที่กำหนดไถ่ถอนหรือมีกำหนดจ่ายเงินคืนยาวนานกว่า 50 ปี การกู้ยืมนี้ก็จะเป็นตราสารทุนเช่นกัน

สำหรับเงื่อนไขที่ใช้พิจารณาความเป็นทุนของตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุนตามพระราชบัญญัติภาษีเงินได้นิติบุคคลตัดซ์ 1969 ได้แก่

(ก) การขึ้นอยู่กับกำไร (Profit dependency)

ในกรณีที่มีการกำหนดให้การจ่ายผลตอบแทนสามารถเลื่อนออกไปได้ตามเงื่อนไขบางอย่าง และจะครบกำหนดทันทีที่เงื่อนไขนั้นไม่มีอยู่ต่อไป กล่าวคือมีการสะสมผลตอบแทนไปเรื่อยๆ ผลตอบแทนนั้นจะไม่ถือว่าเป็นผลตอบแทนที่ขึ้นอยู่กับกำไร เช่น กำหนดให้การเลื่อนการจ่ายผลตอบแทนขึ้นอยู่กับระยะเวลาการจ่ายเงินปันผล ผลตอบแทนที่เป็นดอกเบี้ยนั้น ไม่ถือว่าเป็นผลตอบแทนที่ขึ้นอยู่กับกำไร แต่ถ้าหากผลตอบแทนนั้นมีส่วนร่วมในขั้นตอนการชำระบัญชีของผู้เสียภาษี (ลูกหนี้) ผลตอบแทนที่ถือเป็นกำไรขึ้นอยู่กับกำไร

เงื่อนไขของการขึ้นอยู่กับกำไรนี้ มีปัญหาว่าจะรวมถึงกรณีที่ผลตอบแทนของตราสารขึ้นอยู่กับความผันผวนของมูลค่าของสินทรัพย์ของลูกหนี้ หรือเงินได้ที่เกิดขึ้นจากสินทรัพย์ของลูกหนี้ด้วยหรือไม่ ซึ่งถ้ามีการกำหนดให้ผลตอบแทนของตราสารมีความไม่แน่นอนขึ้นอยู่กับความผันผวนตามมูลค่าของสินทรัพย์ของลูกหนี้ หรือเงินได้ที่เกิดขึ้นจากสินทรัพย์ของลูกหนี้ และความผันผวนในมูลค่าของสินทรัพย์หรือเงินได้ที่เกิดขึ้นจากสินทรัพย์เหล่านั้นถือเป็นปัจจัยสำคัญต่อกำไรของผู้เสียภาษี (ลูกหนี้) แล้ว จะถือว่าเป็นผลตอบแทนที่ขึ้นอยู่กับกำไร ดังนั้น เพียงเท่าที่กำหนดให้การจ่ายผลตอบแทนขึ้นอยู่กับความผันผวนในมูลค่าของมูลค่าของสินทรัพย์ของ

⁴⁹ Rijkele Betten, *supra* note 47, pp.66-74.

ลูกหนี้ หรือเงินได้ที่เกิดขึ้นจากสินทรัพย์ของลูกหนี้ จึงยังมีได้ถือว่าการจ่ายผลตอบแทนนั้นขึ้นอยู่กับ การมีกำไร แต่เงื่อนไขความผันผวนของสินทรัพย์จะต้องเป็นสาระสำคัญที่ทำให้เกิดกำไรด้วย

อย่างไรก็ตาม ผลตอบแทนที่ขึ้นอยู่กับกำไรไม่มีกำไร (Non-profit-dependent Remuneration) จะหมายถึง ผลตอบแทนที่เป็นอัตราคงที่ของเงินต้นกู้ยืมหรือผลตอบแทน หรือเป็นอัตราขึ้นอยู่กับปัจจัยภายนอกซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการของลูกหนี้ เช่น อัตรา LIBOR ดังนั้น หากเป็นตราสารที่กำหนดจ่ายผลตอบแทนที่ขึ้นอยู่กับกำไรไม่มีกำไรดังกล่าวข้างต้น จะไม่นำข้อจำกัดในการหักจ่ายจากผลตอบแทนจากตราสารมาใช้กับกรณีข้างต้น

(ข) ความเป็นหนี้ (Indebtedness)

เงื่อนไขอย่างหนึ่งที่จะถือเป็นตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุนประเภทที่ 3 ก็คือ ความเป็นหนี้ของ ผลตอบแทนที่ขึ้นอยู่กับกำไรหรือการปันผลกำไรของลูกหนี้ เช่น ถ้ายังคงมีหนี้ที่จะต้องจ่าย ผลตอบแทนอยู่ แต่จะยังไม่จ่ายถ้าบริษัทยังไม่มีกำไรหรือการปันผลกำไรในปีนั้น แต่จะจ่ายในทันที ที่มีกำไรหรือมีการปันผลในปีถัดไป ในกรณีนี้ ถือว่าความเป็นหนี้ของการจ่ายผลตอบแทนไม่ขึ้นอยู่กับ การมีกำไร เนื่องจากมีเพียงเงื่อนไขการเลื่อนการจ่ายผลตอบแทนออกไปเท่านั้น ในกรณีนี้อาจ กล่าวได้ด้วยว่า ถ้าในตราสารกำหนดให้ผลตอบแทนจะยังไม่เป็นหนี้ (Indebtedness) ถ้าบริษัทมี ทุนที่ไม่เพียงพอที่จะจ่ายผลตอบแทนหรือเงินต้นคืนเมื่อครบกำหนดเวลา ในกรณีเช่นนี้จะไม่ถือว่า มีผลในความเป็นหนี้ที่ขึ้นอยู่กับกำไร ในการพิจารณาลักษณะของตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุนชนิดที่ 3

ในกรณีที่ตราสารที่ความเป็นหนี้ของผลตอบแทนขึ้นอยู่กับกำไรหรือการปันผล กำไรของลูกหนี้เพียง “บางส่วน” ยังไม่ชัดเจนว่าจะถือเป็นตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุนชนิดที่ 3 หรือไม่ ซึ่ง จากการพิจารณาข้อความในกฎหมาย ดูเหมือนว่าความเป็นหนี้ของผลตอบแทนจะต้องเป็นการ ขึ้นอยู่กับกำไรหรือการปันผลกำไรของลูกหนี้ “ทั้งหมด” แต่อย่างไรก็ตามอาจมีข้อโต้แย้งว่า แม้ความเป็นหนี้ของผลตอบแทนจะขึ้นอยู่กับกำไรหรือการปันผลกำไรของลูกหนี้เพียง “บางส่วน” แต่ก็ถือว่าความเป็นหนี้ขึ้นอยู่กับกำไรแล้ว การกู้ยืมนั้นก็ควรจะเป็นตราสาร กึ่งหนี้กึ่งทุนชนิดที่ 3 (ทั้งนี้ เงื่อนไขอื่นๆ จะต้องครบถ้วนด้วย)

(ค) ราคาตลาดของอัตราดอกเบี้ย (Market interest rate)

จากเงื่อนไขของตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุนชนิดที่ 2 อัตราดอกเบี้ยตลาด (Market interest) หมายถึง อัตราดอกเบี้ยคงที่ที่ได้มีการตกลงกันระหว่างคู่สัญญาที่ไม่มีความสัมพันธ์กัน ภายใต้ เงื่อนไขทางการค้าตลาดเสรีจากการกู้ยืมที่มีเงื่อนไขเดียวกัน และลูกหนี้ที่มีความน่าเชื่อถือเดียวกัน กับผู้เสียภาษี อัตราดอกเบี้ยตลาดที่ตกลงกันจะกำหนดขึ้น ณ เวลาที่มีการตกลงผลตอบแทนกัน

และการเปลี่ยนแปลงอัตราดอกเบี้ยตลาดในภายหลังจะไม่มีผลต่อการจำแนกประเภทของตราสาร กิ่งนี้กิ่งทุน

(ง) ความด้อยสิทธิ (Subordination)

จากเงื่อนไขของตราสารกิ่งนี้กิ่งทุน (Hybrid loan) ประเภทที่ 3 ซึ่งแตกต่างจาก ตราสารกิ่งนี้กิ่งทุนชนิดที่ 1 และ 2 ความด้อยสิทธิของการกู้ยืมนี้เป็นลักษณะสำคัญที่แสดงถึงความแตกต่างระหว่างความเป็นหนี้และทุน ซึ่งคำว่า “ด้อยสิทธิ” ในที่นี้หมายถึงความด้อยสิทธิต่อ เจ้าหนี้รายอื่นที่ไม่มีบุริมสิทธิ (ไม่มีหลักประกัน) หนึ่งรายหรือมากกว่า

(จ) ระยะเวลาของการกู้ยืม (Term of the loan)

กำหนดระยะเวลาของการกู้ยืมจะพิจารณาจากวันที่จ่ายเงินงวดสุดท้ายตามสัญญา กู้ยืมว่าการกู้ยืมนั้นมีระยะเวลาเกินกว่า 10 ปีหรือไม่ ในกรณีที่มีการตกลงกันล่วงหน้าว่าส่วนหนึ่ง ของการกู้ยืมจะมีการจ่ายคืนกันภายในระยะเวลา 10 ปี และส่วนอื่นๆ จะจ่ายคืนหลังจาก 10 ปี จะ ถือว่าระยะเวลาการจ่ายเงินเกินกว่า 10 ปี ในกรณีนี้ การจ่ายผลตอบแทน ทั้งที่จ่ายในระหว่าง 10 ปี และหลัง 10 ปี จะไม่สามารถหักเป็นรายจ่ายได้ (ทั้งนี้ จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขอื่นๆ ด้วย)

ในกรณีที่การกู้ยืมไม่มีการกำหนดสิ้นสุดไว้ แต่เจ้าหนี้อาจเรียกให้ชำระคืนเงินต้นได้ ภายใน 10 ปี ในกรณีนี้อาจถือได้ว่าการกู้ยืมมีความไม่ถาวร (no perpetuity) ซึ่งจะถือว่าตราสารนี้ ไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของตราสารกิ่งนี้กิ่งทุนทั้ง 3 ประเภทข้างต้นที่จะให้ถือว่าเป็นทุน ดังนั้น ถ้าสัญญากู้ยืมกำหนดไว้ตั้งแต่เริ่มต้นว่า จำนวนเงินต้นและดอกเบี้ยจะจ่ายคืนให้ตาม ความประสงค์ของเจ้าหนี้ (repayable at call) ตราสารนี้ก็ว่าจะไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของตราสาร กิ่งนี้กิ่งทุนทั้ง 3 ประเภท