

การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ:
ศึกษากรณีการปรับโครงสร้างองค์กร

นายภัทรกร อุดมผล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2554
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย
The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository(CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the Graduate School.

LOSS CARRYOVER : CASE STUDY ON CORPORATE REORGANIZATION

Mr.Phatarakorn Udomphol

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2011

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณ
	กำไรสุทธิ: ศึกษากรณีการปรับโครงสร้างองค์กร
โดย	นายภัทรกร อุดมผล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	รองศาสตราจารย์ ธิติพันธ์ุ เชื้อบุญชัย

คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัยเป็นส่วน
หนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ฐนิตกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร. พล ธีรคุปต์)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(รองศาสตราจารย์ ธิติพันธ์ุ เชื้อบุญชัย)

..... กรรมการ
(ศาสตราจารย์ (พิเศษ) พิภพ วีระพงษ์)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์บุญทริกา พร้อมพันธ์ุ)

ภัทรกร อุดมผล: การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ: ศึกษากรณีการปรับโครงสร้างองค์กร. (LOSS CARRYOVER : CASE STUDY ON CORPORATE REORGANIZATION) อ. ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: รศ.ชิตพันธ์ุ เชื้อบุญชัย, 161 หน้า.

การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเป็นสิทธิทางภาษีที่มีขึ้นเพื่อความเป็นธรรมของระบบภาษีในการจัดเก็บภาษีทางตรงสำหรับกิจการที่มีรายได้ไม่แน่นอนในแต่ละปีภาษี บทบัญญัติเกี่ยวกับการห้ามนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กรจึงเป็นอุปสรรคในการปรับโครงสร้างองค์กรด้วยวิธีควบกิจการและการโอนกิจการทั้งหมด และยังเปิดโอกาสให้แสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบในการปรับโครงสร้างองค์กรบางรูปแบบ

จากการศึกษาพบว่าตัวบทกฎหมาย แนวบรรทัดฐานคำพิพากษา และพัฒนาการของกฎหมายภาษีอากรของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหราชอาณาจักร และประเทศออสเตรเลีย รวมถึงตัวบทกฎหมายฉบับอื่นนอกจากประมวลรัษฎากรของประเทศไทย อนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กรได้ โดยตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขต่าง ๆ โดยมีขอบเขตและจุดมุ่งหมายในการบังคับใช้แตกต่างกันไป

ประมวลรัษฎากรของประเทศไทยจึงควรแก้ไขให้มีการอนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิต่อไปได้ภายหลังการปรับโครงสร้างองค์กรภายใต้เงื่อนไขในการทดสอบความต่อเนื่องของผลประโยชน์ของความเป็นเจ้าของ ความต่อเนื่องของธุรกิจ และการจำกัดโดยการเปรียบเทียบมูลค่าสินทรัพย์ เพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบจากการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ

สาขาวิชา นิติศาสตร์ ลายมือชื่อนิสิต.....

ปีการศึกษา 2554 ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....

5185994334 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : LOSS CARRYOVER / CORPORATE REORGANIZATION

PHATARAKORN UDOMPHOL : LOSS CARRYOVER : ON CASE STUDY OF
CORPORATE REORGANIZATION. ADVISOR : ASSOC. PROF. TITHIPHAN
CHUERBOONCHAI, 161 pp.

Loss carryover is a tax attribute for the equity of fluctuated income corporation. The disallowance of loss carryover in corporate reorganization provision is an obstruction and able to be abused for tax avoidance in some forms of corporate reorganization.

The study reflected that the legal provision, juristical doctrine and development of the tax law of the United States of America, the United Kingdom and Australia including other provisions in other countries rather than Thai Revenue Code allow the loss carryover in reorganization. However, for some different scopes and purposes, the loss carryover is subject to some conditions depend on each countries.

Therefore, this paper suggested that The Thai Revenue Code should allow the loss to be carryover in amalgamation and entire business transfer within some the condition of continuity of interest of ownership test, continuity of business test and comparison of asset limitation. Including the loss carryover in other forms of reorganization should be allowed within the same conditions to prevent the tax avoidance by the abuse of loss carryover.

Field of Study : Laws Student's Signature

Acedemic Year : 2011 Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ชิตีพันธ์ุ เชื้อบุญชัย เป็นอย่างสูงที่กรุณาให้เกียรติรับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ให้คำแนะนำ แนะนำแนวทางการศึกษา ตรวจสอบแก้ไข และให้โอกาสแก่ผู้เขียนอย่างดียิ่งตลอดมา ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร.พล ชีรคุปต์ ศาสตราจารย์ (พิเศษ) พิภพ วีระพงษ์ และอาจารย์บุญศรีกริภา พร้อมพันธ์ุ เป็นอย่างสูงที่กรุณาสละเวลารับเป็นประธานและกรรมการสอบวิทยานิพนธ์เล่มนี้ รวมถึงให้ความรู้และคำแนะนำอย่างดียิ่งกับผู้เขียนตลอดมา วิทยานิพนธ์เล่มนี้ไม่อาจสำเร็จลุล่วงได้หากไม่ได้รับความกรุณาจากอาจารย์ทั้งสี่ท่านนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดามารดาของผู้เขียน ที่สั่งสอนให้ผู้เขียนเห็นความสำคัญของการศึกษาเป็นอันดับแรกเสมอ อีกทั้งยังดูแล ให้กำลังใจ และสนับสนุนการศึกษาของผู้เขียนอย่างไม่เคยขาดตกบกพร่องตลอดมา และขอขอบคุณน้องสาวที่น่ารักของผู้เขียนที่เป็นกำลังใจให้กับผู้เขียนตลอดมาเช่นกัน

ผู้เขียนขอขอบคุณคณาจารย์และบุคลากรของคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ที่ดูแลและให้กำลังใจแก่ผู้เขียนตลอดเวลาที่ศึกษาอยู่ในคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และขอขอบคุณเพื่อน รุ่นพี่ และรุ่นน้องคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยทุกท่านที่เป็นกำลังใจสำคัญของผู้เขียนเสมอมา

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ	
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของงานวิจัย.....	4
1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย.....	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....	5
1.5 วิธีการของการศึกษาวิจัย.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
บทที่ 2 การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กร	
2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการปรับโครงสร้างองค์กร.....	7
2.1.1 ความหมายของการปรับโครงสร้างองค์กร.....	7
2.1.2 แรงจูงใจและความเสี่ยงในการควบรวมกิจการ.....	8
2.1.3 วิธีการปรับโครงสร้างองค์กร.....	10
2.1.3.1 การได้มาซึ่งหุ้นของกิจการ.....	10
2.1.3.2 การได้มาซึ่งสินทรัพย์หรือกิจการ.....	12
2.1.2.3 การควบกิจการ.....	12

	หน้า
2.2 การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ.....	13
2.2.1 รูปแบบการอนุญาตให้ใช้ผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่าย ในการคำนวณกำไรสุทธิ.....	14
2.2.1.1 การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่าย ในการคำนวณกำไรสุทธิในปีภาษีถัดไป.....	14
2.2.1.2 การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่าย ในการคำนวณกำไรสุทธิในปีภาษีก่อนหน้า.....	15
2.2.2 การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิตาม ประมวลรัษฎากรในปัจจุบัน.....	15
2.2.2.1 การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่าย ในการคำนวณกำไรสุทธิ.....	15
2.2.2.2 การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไร สุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กร.....	19
2.2.3 การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิตาม กฎหมายอื่น.....	20
2.2.3.1 การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณ กำไรสุทธิตามพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514.....	20
2.2.3.2 การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไร สุทธิของกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตาม พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ.2520.....	23
2.3 การวางแผนภาษีอากร การหนีภาษีอากรและการหลบหลีกภาษีอากร.....	26
2.3.1 การวางแผนภาษีอากร.....	26
2.3.2 การหนีภาษีอากร.....	27
2.3.3 การหลบหลีกภาษีอากร.....	27

	หน้า
2.3.3.1 การหลบหลีกภาษีอากรที่ยอมรับได้.....	28
2.3.3.2 การหลบหลีกภาษีอากรที่ยอมรับไม่ได้.....	28
2.4 หลักการภาษีอากรที่ดี.....	31
2.4.1 หลักความเป็นธรรม.....	31
2.4.1.1 หลักความเป็นธรรมสัมบูรณ์.....	31
2.4.1.2 หลักความเป็นธรรมสัมพัทธ์.....	32
2.4.1.2.1 หลักความสามารถในการชำระภาษี.....	32
2.4.1.2.1.1 ความเป็นธรรมในแนวนอน.....	33
2.4.1.2.1.2 ความเป็นธรรมในแนวตั้ง.....	33
2.4.1.2.2 หลักผลประโยชน์ที่ได้.....	33
2.4.2 ความเป็นกลาง.....	33
2.4.3 หลักความแน่นอน.....	35
2.4.3.1 ความแน่นอนในด้านภาระภาษี.....	35
2.5.3.2 ความแน่นอนของหนี้ภาษี.....	36
2.4.3.3 ความแน่นอนในกาสดเงินได้ของเอกชน.....	36
2.4.3.4 ความแน่นอนเกี่ยวกับกาประมาณการรายได้ จากภาษีอากร.....	37
2.4.4 หลักความประจักษ์แจ้ง.....	37
2.4.5 หลักประสิทธิภาพในการบริหาร.....	38
2.4.6 หลักผลการจำกัดรายจ่ายสุทธิ.....	39
บทที่ 3 บทบัญญัติในกฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กร	
3.1 บทบัญญัติในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กร..	40

3.1.1 พัฒนาการของบทบัญญัติเกี่ยวกับกาหน้าผลขาดทุนสุทธิมาถือ เป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กร ช่วงระยะเวลาก่อนปีค.ศ. 1954.....	40
3.1.2 พัฒนาการของบทบัญญัติเกี่ยวกับกาหน้าผลขาดทุนสุทธิมาถือ เป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กร หลังการบังคับใช้ประมวลรัษฎากรฉบับปี ค.ศ. 1954.....	45
3.1.2.1 ภาพรวม.....	45
3.1.2.2 บทบัญญัติเกี่ยวกับข้อจำกัดของกาหน้าผลขาดทุนสุทธิ มาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ ในการปรับโครงสร้างองค์กรก่อนปีค.ศ. 1987.....	49
3.1.2.2.1 การป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษี โดยมิชอบ ตามมาตรา 269.....	51
3.1.2.2.2 การจำกัดการอนุญาตให้หน้าผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็น รายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเพราะการ เปลี่ยนแปลงเจ้าของกิจการและการละทิ้งกิจการตาม มาตรา 382(a).....	57
3.1.2.2.3 การจำกัดการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายใน การคำนวณกำไรสุทธิเพราะการเปลี่ยนแปลงความ เป็นเจ้าของจากการปรับโครงสร้างองค์กรตามมาตรา 382(b).....	65
3.1.3 บทบัญญัติเกี่ยวกับกาหน้าผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการ คำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กรหลังการบังคับใช้ประมวล รัษฎากรฉบับปี ค.ศ. 1986 จนถึงปัจจุบัน.....	66
3.1.3.1 การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นการจ่ายในการคำนวณกำไร สุทธิ.....	66
3.1.3.2 การปรับโครงสร้างองค์กรโดยปลอดภาระภาษี.....	67

3.1.3.3 การอนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการ คำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กร.....	70
3.1.3.4 บทบัญญัติเกี่ยวกับข้อจำกัดของกาหักผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็น รายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้าง องค์กรหลังปี ค.ศ. 1987 จนถึงปัจจุบัน.....	71
3.1.3.4.1 การนำผลขาดทุนมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณ กำไรสุทธิของนิติบุคคลที่ถูกเข้าซื้อกิจการในการ เข้าซื้อกิจการที่มีภาวะภาษี.....	72
3.1.3.4.1.1 นิติบุคคลเป้าหมายขายสินทรัพย์ให้แก่ นิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการ.....	72
3.1.3.4.1.2 ผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลเป้าหมายขาย หุ้นให้แก่นิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการ.....	73
3.1.3.4.1.3 การเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของตาม มาตรา 382.....	77
3.1.3.4.2 การนำผลขาดทุนมาถือเป็นรายจ่ายในการ คำนวณกำไรสุทธิของนิติบุคคลเป้าหมายในการ เข้าซื้อกิจการที่ปลอดภาวะภาษี.....	78
3.1.3.4.3 การจำกัดการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่าย ในการคำนวณกำไรสุทธิตามมาตรา 382.....	80
3.1.3.4.3.1 การเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของ.....	81
3.1.2.4.3.2 การคำนวณการจำกัดรายปีตามมาตรา 382.....	83
3.1.3.4.3.3 เกณฑ์ทดสอบความต่อเนื่องของธุรกิจ..	84
3.1.4 หลักการป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบของศาล...	84
3.1.3.1 หลักธุรกรรมเป็นขั้นตอน.....	84
3.1.3.2 หลักวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ.....	87

3.2	บทบัญญัติในกฎหมายของประเทศสหราชอาณาจักรเกี่ยวกับนำผล ขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้าง องค์กร.....	89
3.2.1	การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ.....	90
3.2.2	บทบัญญัติเกี่ยวกับการจำกัดการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายใ การคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กร.....	92
3.2.2.1	การทดสอบการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของ.....	96
3.2.2.2	การทดสอบความต่อเนื่องของธุรกิจ.....	99
3.3	บทบัญญัติในกฎหมายของออสเตรเลียเกี่ยวกับนำผลขาดทุนสุทธิมาถือ เป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กร.....	103
3.3.1	การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ ข้ามปีภาษี.....	104
3.3.2	ข้อจำกัดในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไร สุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กร.....	104
3.3.2.1	ความเป็นมาของการทดสอบความต่อเนื่องของความเป็น เจ้าของผลประโยชน์.....	105
3.3.2.2	การทดสอบในการอนุญาตให้ผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นราย จ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กร....	107
3.3.2.2.1	ผลขาดทุนในปีปัจจุบัน.....	107
3.3.2.2.2	มาตรการป้องกันการหลบเลี่ยงภาษีเป็นการเฉพ การทดสอบการอัดฉีดเงินได้.....	108
3.3.2.2.3	การทดสอบความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของ..	108
3.3.2.2.4	การทดสอบธุรกิจเดิม.....	111

บทที่ 4 แนวทางการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กรของประเทศไทย	
4.1 ความจำเป็นในการอนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการจัดเก็บภาษีทางตรง.....	114
4.2 การแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบในกรณีการปรับโครงสร้างองค์กร.	117
4.2.1 การได้มาซึ่งหุ้นของกิจการ.....	117
4.2.2 การได้มาซึ่งสินทรัพย์หรือกิจการ.....	120
4.2.2.1 การโอนกิจการบางส่วน.....	120
4.2.2.2 การโอนกิจการทั้งหมด.....	121
4.2.3 การควบกิจการ.....	121
4.3 อุปสรรคในการปรับโครงสร้างองค์กร.....	122
4.3.1 การได้มาซึ่งหุ้นของกิจการ.....	124
4.3.2 การได้มาซึ่งสินทรัพย์หรือกิจการ.....	124
4.3.2.1 การโอนกิจการบางส่วน.....	124
4.3.2.2 การโอนกิจการทั้งหมด.....	125
4.3.3 การควบกิจการ.....	129
4.4 แนวทางการแก้ไขปัญหาภายใต้พระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514.....	134
4.5 บทบัญญัติในการป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบจากการผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในกรณีการปรับโครงสร้างองค์กร.....	136
4.5.1 หลักการพิจารณาตามความเป็นหน่วยภาษีของนิติบุคคล.....	138
4.5.2 หลักการพิจารณาความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของผลประโยชน์...	139
4.5.3 หลักการพิจารณาความต่อเนื่องของการดำเนินธุรกิจ.....	142
4.5.4 หลักการจำกัดการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิแบบเปรียบเทียบสินทรัพย์.....	143
4.5.5 หลักการพิจารณาวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ.....	145

4.6	การนำหลักการป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบจากการ นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในกรณีการปรับ โครงสร้างองค์กรมาใช้ในกฎหมายของประเทศไทย.....	147
4.4.1	ระยะเบื้องต้น.....	150
4.4.2	ระยะถัดไป.....	151
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ		
5.1	บทสรุป.....	153
5.2	ข้อเสนอแนะ.....	155
รายการอ้างอิง.....		157
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....		161

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การปรับโครงสร้างองค์กรเป็นทางเลือกหนึ่งเพื่อความอยู่รอดและเติบโตทางธุรกิจซึ่งเกิดขึ้นอย่างแพร่หลายในประเทศไทย ตลอดช่วงระยะเวลา 10 ปีที่ผ่านมาบริษัทขนาดใหญ่ ขนาดกลางและขนาดเล็กจำนวนมากเลือกใช้วิธีการปรับโครงสร้างองค์กรโดยการควบรวมกัน เพื่อเพิ่มความสามารถในการแข่งขัน (competitiveness) ของตนให้สามารถอยู่รอดท่ามกลาง การแข่งขัน การเปิดเสรีทางการค้า การเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน และสามารถแข่งขัน กับคู่แข่งทั้งในและนอกประเทศได้

ประเทศที่มีนโยบายภาษีอากรที่ส่งเสริมการปรับโครงสร้างองค์กรจะมีการร่างกฎหมาย ภาษีอากรในลักษณะที่ไม่ทำให้กฎหมายภาษีอากรเป็นอุปสรรคต่อการปรับโครงสร้างองค์กรเพื่อ มีลักษณะที่จะมิให้เกิดภาวะภาษีขึ้นทันทีในขณะที่ควบรวมกิจการแต่จะทำการชะลอภาวะภาษี นั้นไปก่อนเพื่อมิให้เป็นภาวะภาษีที่เกิดขึ้นก่อนเวลาอันสมควรโดยจะจัดเก็บภาษีจากผู้มีเงินได้ ตามหลักความพร้อมในการเสียภาษี (ready to pay principal)

ในอดีตประมวลรัษฎากรได้กำหนดให้นิติบุคคลที่เลิกกันก่อนที่จะควบเข้ากันหรือโอน กิจการทั้งหมดให้แก่กันมีภาวะภาษีที่จะต้องเสียเกิดขึ้นทันทีโดยนิติบุคคลซึ่งเกิดจากการควบ เข้ากันหรือรับโอนกิจการทั้งหมดนั้นต้องเป็นผู้มีหน้าที่รับภาระภาษีที่จะต้องเสียต่อไป ต่อมาใน ปี พ.ศ.2534 ได้มีการแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 74 แห่งประมวลรัษฎากรโดยพระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร(ฉบับที่ 31) พ.ศ.2534 ส่งผลให้นิติบุคคลที่ควบเข้ากันใหม่หรือ โอนกิจการทั้งหมดให้แก่กันนั้นมิต้องรับภาระภาษีทันทีที่มีการเลิกกิจการเพื่อควบเข้ากันใหม่ หรือโอนกิจการทั้งหมดให้แก่กัน แต่ให้มีภาวะภาษีเมื่อทำการจำหน่ายทรัพย์สินต่าง ๆ อันได้มา จากการควบเข้ากันใหม่หรือโอนกิจการทั้งหมดให้แก่กันนั้นออกไปจากกิจการอันเป็นเวลา ที่สมควรต้องมีการรับรู้รายได้จริง

แต่การแก้ไขบทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากรดังกล่าวได้ก่อให้เกิดอุปสรรคสำคัญใหม่ ต่อการควมกิจการคือ “การห้ามมิให้นำผลขาดทุนสุทธิของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลเดิม มาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิหรือขาดทุนสุทธิ” การห้ามนำผลขาดทุนสุทธิของ กิจการเดิมมาใช้เช่นนี้จะส่งผลให้กิจการที่เกิดขึ้นใหม่จากกิจการที่มีผลขาดทุนหรือกิจการที่รับ โอนกิจการที่มีผลขาดทุนจะต้องมีภาระภาษีจากกำไรสุทธิโดยไม่อาจนำผลขาดทุนที่มีอยู่มารวม คำนวณกำไรสุทธิได้ก่อให้เกิดภาระภาษีมากกว่าที่ควร ดังตัวอย่างต่อไปนี้

ในปีพ.ศ. 2552 บริษัท ก. มีผลกำไรประจำปีจากการดำเนินการจนถึงวันที่ 31 พฤศจิกายน 2552 จำนวน 200 ล้านบาท และบริษัท ข. มีผลขาดทุนประจำปีจากการดำเนินการ จนถึงวันที่ 31 พฤศจิกายน 2552 จำนวน 180 ล้านบาท เมื่อบริษัท ก.และบริษัท ข.มาควบเข้า กันเป็นบริษัท กข.ขึ้นใหม่ ในวันที่ 1 ธันวาคม 2552 และได้ดำเนินกิจการต่อไป หากสมมติว่าใน เดือนธันวาคมบริษัท กข.มิได้มีผลกำไรหรือขาดทุนสุทธิเพิ่มแต่อย่างใด บริษัท กข.จะไม่ สามารถนำผลขาดทุนของบริษัท ข. มาใช้ในการคำนวณกำไรสุทธิได้ แต่ยังคงนำผลกำไรของ บริษัท ก. ทั้งหมดจำนวน 200 ล้านบาทมาคำนวณภาษีทั้งจำนวน

การประกอบธุรกิจในแต่ละประเภทอาจมีช่วงเวลาของการได้รับผลตอบแทนไม่เท่ากัน และอาจไม่ได้รับผลตอบแทนจากการลงทุนกลับมาภายในปีภาษีเดียวกัน เช่น กิจการโรงไฟฟ้า อาจต้องมีค่าใช้จ่ายที่สูงโดยยังไม่มีรายได้เข้ามาเลยจากการประกอบกิจการในช่วงปีแรกๆที่เริ่ม ก่อสร้าง แต่จะได้ผลตอบแทนกลับในภายหลังที่สามารถดำเนินการผลิตไฟฟ้าได้แล้ว เป็นต้น การอนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ (loss carryover deduction) จึงมีวัตถุประสงค์คือ เพื่อความเป็นธรรมทางภาษี (tax equity) โดยมีแนวความคิด ว่า ผู้เสียภาษีที่มีเงินได้รวมในช่วงเวลาหลายรอบปีภาษีโดยที่ในแต่ละปีมีทั้งผลกำไรและขาดทุน แตกต่างกันไป ไม่ควรที่จะต้องรับภาระภาษีมากกว่าผู้เสียภาษีที่มีเงินได้รวมทั้งหมดเท่ากัน แต่มิได้มีการขาดทุนในแต่ละปี

หากพิจารณาถึงภาพในมุมมองทางเศรษฐศาสตร์อันพิจารณาเพียงแต่เนื้อหาที่แท้จริง นั้นบริษัท กข. ก็เป็นเพียงการที่บริษัท ก. และบริษัท ข. มาร่วมกันดำเนินธุรกิจต่อไปเท่านั้น อีกทั้งเมื่อมองในมุมมองของกฎหมายห้างหุ้นส่วนบริษัทแล้ว บริษัท กข.ที่เกิดขึ้นใหม่ก็ควรจะต้อง ได้รับโอนสิทธิและหน้าที่ทั้งหมดที่มีอยู่เดิมของบริษัท ก. และบริษัท ข. อันได้เลิกกิจการไปเพื่อ การควบเข้ากันนี้ การห้ามมิให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของ

กิจการใหม่นั้นเกิดจากการควบกิจการนั้นจึงเป็นการขัดต่อแนวคิดทั้งทางเศรษฐศาสตร์และกฎหมายหุ้นส่วนบริษัท เพราะเป็นการจำกัดสิทธิที่ควรจะมีของกิจการอันได้ควบรวมเข้ากัน

แต่ทั้งนี้ การห้ามนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิตามมาตรา 74 แห่งประมวลรัษฎากรนั้น มีเหตุผลคือเพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบด้วยวิธีการปรับโครงสร้างองค์กร เพราะหากไม่มีบทบัญญัติห้ามนำผลขาดทุนมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเช่นนี้แล้ว นิติบุคคลที่มีผลกำไรอันมีภาระต้องเสียภาษีก็จะพยายามหาทางซื้อหรือปรับโครงสร้างองค์กรเข้ากับกิจการที่มีผลขาดทุนเพื่อนำผลขาดทุนสุทธิดังกล่าวมาใช้ประโยชน์ในการลดจำนวนกำไรสุทธิของตนให้น้อยลงโดยมีวัตถุประสงค์แต่เพียงเพื่อการลดภาระภาษีอันปราศจากวัตถุประสงค์อื่นใดในทางการประกอบธุรกิจ หรือก็คือการพยายามแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบในการปรับโครงสร้างองค์กรนั่นเอง

จากบทบัญญัติของประมวลรัษฎากรมาตรา 74 ที่ห้ามนำผลขาดทุนมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเช่นนี้จึงกลายเป็นอุปสรรคสำหรับผู้เสียภาษีที่มีผลขาดทุนสุทธิอยู่แต่มีความต้องการที่จะปรับโครงสร้างองค์กรควบรวมกิจการ ผู้เสียภาษีจึงต้องพยายามหลบเลี่ยงข้อห้ามดังกล่าวด้วยการใช้ประโยชน์จากผลขาดทุนสุทธิให้หมดไปเสียก่อนที่จะทำการควบรวมกิจการ เช่น การโอนขายสินทรัพย์ระหว่างกิจการที่จะควบโอนกันล่วงหน้า ก่อนที่จะทำการควบกิจการกันต่อมา โดยบริษัทที่มีผลขาดทุนสุทธิอยู่อาจขายสินทรัพย์ของตนให้กับบริษัทที่ไม่มีผลขาดทุนสุทธิสะสมอยู่ในราคาตลาด ผลกำไรที่เกิดขึ้นนั้นสามารถคำนวณหักล้างกับผลขาดทุนสุทธิที่บริษัทมีอยู่แล้วและไม่ต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลจากกำไรสำหรับธุรกรรมการขายนี้แล้วจึงทำการควบโอนกันตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด หลังจากนั้นบริษัทผู้รับโอนกิจการหรือบริษัทที่เกิดขึ้นใหม่จากการควบเข้ากันก็จะสามารถใช้ประโยชน์จากการหักค่าเสื่อมราคาทรัพย์สินนั้นตามราคาตลาดเป็นค่าใช้จ่ายต่อไปเพื่อลดผลกำไรสุทธิที่ต้องนำไปคำนวณภาษีเงินได้นิติบุคคล เป็นต้น ซึ่งความพยายามในการใช้ประโยชน์จากผลขาดทุนสุทธิให้หมดสิ้นไปก่อนทำการควบรวมกิจการนี้ จึงเท่ากับเป็นอุปสรรคในการที่ผู้เสียภาษีจะใช้สิทธิในการได้รับยกเว้นภาษีเงินได้ใน การควบรวมกิจการตามหลักการควบรวมกิจการโดยปลดภาระภาษีของมาตรา 74 แห่งประมวลรัษฎากร และเลือกใช้วิธีการอื่นซึ่งอาจเป็นการควบรวมกิจการแบบที่มีภาระภาษีทำให้อาจมีภาระภาษีที่ต้องเสียก่อนถึงเวลาอันควรเสียภาษี ซึ่งขัดต่อหลักความร่วมมือในการเสียภาษีของผู้เสียภาษีอีกทั้งยังก่อให้เกิดความยุ่งยากและความเสี่ยงต่อผู้เสียภาษีในทาง

ปฏิบัติเพราะต้องมีการแบ่งธุรกรรมการควบรวมกิจการออกเป็นสองส่วน ส่วนแรกคือการทำธุรกรรมโอนขายสินทรัพย์หรือธุรกรรมอื่นใดเพื่อใช้ประโยชน์ทางภาษีจากผลขาดทุนสุทธิที่กิจการมีอยู่ให้หมดสิ้นไป และส่วนที่สองคือธุรกรรมการควบรวมกิจการตามรูปแบบของกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการโอนกิจการทั้งหมด หรือการควบกิจการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การแบ่งธุรกรรมออกเป็นสองส่วนเช่นนี้จึงเกิดความเสี่ยงต่อผู้เสียภาษีว่าคู่สัญญาที่จะเข้าทำการควบรวมกิจการกันนั้นจะทำได้ตามที่ตกลงกันไว้หรือไม่ว่าหลังจากทำธุรกรรมในส่วนแรกแล้ว จะเข้าทำการควบรวมกิจการกันต่อไปจริง

การ นำผลขาดทุนสะสมมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของนิติบุคคลจึงเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งในการตัดสินใจเข้าทำการปรับโครงสร้างองค์กร การอนุญาตให้ใช้ผลขาดทุนสุทธิในการคำนวณกำไรสุทธิของกิจการที่ผ่านกระบวนการปรับโครงสร้างองค์กรจึงเป็นประเด็นสำคัญที่ควรพิจารณาว่าควรอนุญาตให้ใช้สิทธิประโยชน์ได้เพียงใด เพราะการอนุญาตให้ใช้ผลขาดทุนสะสมในการคำนวณกำไรสุทธิของกิจการโดยไม่มีเงื่อนไขนั้นเป็นการเปิดช่องให้เกิดการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบ และการห้ามใช้ผลขาดทุนสะสมในการคำนวณกำไรสุทธิโดยเด็ดขาดก็เป็นอุปสรรคต่อการควบกิจการ ดังนั้นการใช้ผลขาดทุนสะสมในกาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธินั้นจึงควรมีเกณฑ์การทดสอบหรือเงื่อนไขประกอบการอนุญาตเพื่อให้การใช้ผลขาดทุนสะสมในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กร เพื่อให้การใช้ผลขาดทุนสะสมในการคำนวณกำไรสุทธิที่กฎหมายอนุญาตให้ใช้ได้นั้น เป็นการใช้ผลขาดทุนสะสมในการคำนวณกำไรสุทธิที่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างแท้จริง

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. เพื่อศึกษาปัญหาอันเกิดจากการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบจากการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กร
2. เพื่อศึกษาปัญหาอันเกิดจากการห้ามนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการควบกิจการ

3. เพื่อศึกษาและเสนอแนะแนวทางป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษาโดยมิชอบในการใช้ผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในกรณีการปรับโครงสร้างองค์กร

4. เพื่อศึกษาและเสนอแนะแนวทางการกำหนดเกณฑ์การทดสอบและเงื่อนไขการอนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กร

1.3 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

บทบัญญัติในประมวลรัษฎากรเกี่ยวกับการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเปิดโอกาสให้มีการแสวงหาประโยชน์ทางภาษาโดยมิชอบและขณะเดียวกันเป็นอุปสรรคในการปรับโครงสร้างองค์กร

1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

ศึกษาปัญหาอันเกิดการแสวงหาประโยชน์ทางภาษาโดยมิชอบโดยการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กรและศึกษาอุปสรรคจากการห้ามนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของกิจการใหม่ในฉบับโครงสร้างองค์กรพร้อมทั้งเสนอแนวทางกำหนดเกณฑ์การทดสอบและเงื่อนไขในการอนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กร

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

การศึกษานี้จะเป็นการศึกษาวิจัยโดยใช้ข้อมูลเอกสาร (documentary research) โดยรวบรวมข้อมูล หนังสือ เอกสาร บทความ วารสารและสิ่งพิมพ์ต่างๆ รวมถึงสื่ออิเล็กทรอนิกส์แล้วนำมาวิเคราะห์ ทั้งยังศึกษาแนวทางกฎหมายของต่างประเทศ เพื่อนำมาปรับใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาของประเทศไทยต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่ได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. ทำให้ทราบถึงปัญหาการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบจากการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในกรณีการปรับโครงสร้างองค์กร
2. ทำให้ทราบถึงปัญหาและอุปสรรคอันเกิดจากการห้ามนำผลขาดทุนสุทธิมาเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในกาปรับโครงสร้างองค์กร
3. ได้ศึกษาแนวทางป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในกรณีการปรับโครงสร้างองค์กร
4. ได้ศึกษาแนวทางการทดสอบและเงื่อนไขในการอนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในกรณีการปรับโครงสร้างองค์กร

บทที่ 2

การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ ในการปรับโครงสร้างองค์กร

2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการปรับโครงสร้างองค์กร

การปรับโครงสร้างองค์กรนั้นอาจมีความหมายที่กว้างขวาง โดยอาจหมายรวมทั้ง การควบกิจการ การแบ่งแยกกิจการ หรือการย้ายสถานประกอบการ แต่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะศึกษาเฉพาะการปรับโครงสร้างองค์กรในลักษณะที่เป็นการควบรวมกิจการ (Merger & Acquisition) หรือการรวมธุรกิจที่มีตามกฎหมายของประเทศไทยดังที่จะได้กล่าวถึงความหมาย และวิธีการดังต่อไปนี้เท่านั้น

2.1.1 ความหมายของการปรับโครงสร้างองค์กร

ความหมายของการปรับโครงสร้างองค์กรโดยทั่วไป คือ การรวมบริษัท หรือ การรวมกันของสองบริษัทหรือมากกว่านั้นเป็นบริษัทที่มีอยู่แล้วหรือเกิดเป็นบริษัทใหม่ การปรับโครงสร้างองค์กรเป็นวิธีการซึ่งบริษัทอาจเพิ่มขนาดหรือขยายเข้าไปในตลาดที่มีอยู่แล้วหรือ ตลาดใหม่ อาจมีแรงจูงใจต่างๆสำหรับการปรับโครงสร้างองค์กร เช่น การเพิ่มประสิทธิภาพ เพื่อให้ได้อำนาจตลาด เพื่อกระจาย หรือขยายเข้าไปในตลาดภูมิศาสตร์ที่แตกต่างกันเพื่อ แสวงหาผลประโยชน์ทางการเงินและการวิจัยและพัฒนา เป็นต้น¹

การปรับโครงสร้างองค์กรในมาตรฐานการบัญชี² ใช้คำว่า “การรวมธุรกิจ” หมายถึง “การนำกิจการที่แยกต่างหากจากกันมารวมเป็นหน่วยงานทางเศรษฐกิจเดียวกัน โดยการที่กิจการหนึ่งรวมกับอีกกิจการหนึ่งหรือการที่กิจการหนึ่งเข้าควบคุมสินทรัพย์สุทธิและการดำเนินงานของอีกกิจการหนึ่ง”

¹ กิติพงศ์ อรุณพัฒน์พงษ์, มาตรฐานทางภาษีเพื่อส่งเสริมตลาดทุน(ศึกษาเฉพาะกรณีบริษัทจดทะเบียน), หน้า 23

² มาตรฐานการบัญชี ฉบับที่ 43 (ปรับปรุง 2550)

2.1.2 แรงจูงใจและความเสี่ยงในกาปรับโครงสร้างองค์กร

ปัจจุบันนี้ บริษัทหลายแห่งทั้งไทยและต่างประเทศ ต่างก็นิยมขยายกิจการโดยการเข้าควบรวมกิจการกับบริษัทอื่น (External Growth) มากกว่าที่จะปล่อยให้บริษัทค่อยๆ เจริญเติบโตจากกิจการภายในของ บริษัทเอง (Internal Growth)³

โดยทั่วไปบริษัทที่มีการปรับโครงสร้างองค์กรมักคาดหวังว่าจะได้รับประโยชน์จากการทำธุรกรรมดังกล่าวดังต่อไปนี้⁴

- 1) ด้านกลยุทธ์การดำเนินธุรกิจการควบรวมกิจการสามารถสร้างอัตราการเติบโตของรายได้แบบก้าวกระโดด อีกทั้งเปิดมุมมองใหม่ๆ ในการดำเนินธุรกิจ และใช้กลยุทธ์ในการกระจายความเสี่ยงทางธุรกิจได้ดีขึ้น
- 2) ด้านความประหยัดของการผลิต การปรับโครงสร้างองค์กรทำให้กิจการสามารถประหยัดต้นทุนการผลิตเพราะจำนวนการผลิตที่มีมากขึ้น สามารถลดต้นทุนด้านการวิจัยและพัฒนา และลดต้นทุนคงที่และต้นทุนดำเนินงานลงได้ เพราะการรวมงานในด้านการบริหารเข้าด้วยกัน เช่น งานด้านทรัพยากรบุคคล ด้านการพัฒนาและดูแลระบบสารสนเทศ เป็นต้น
- 3) ด้านการตลาด การปรับโครงสร้างองค์กรทำให้ส่วนแบ่งทางการตลาดเพิ่มขึ้นและสามารถเข้าถึงลูกค้ารายใหม่ๆ ได้ง่าย
- 4) ด้านรายได้ การปรับโครงสร้างองค์กรทำให้รายได้และกำไรของกิจการเพิ่มขึ้น และอาจส่งผลให้ความสามารถในการต่อรองในการกำหนดราคาสินค้าเพิ่มมากขึ้น เพิ่มโอกาสในการออกสินค้าใหม่ได้รวดเร็วขึ้น และการกระจายสินค้าทำได้ดีขึ้น

³ กิติพงษ์ อรุณพัฒน์พงศ์ และคณะ, การควบรวมกิจการ โอกาสของธุรกิจไทย (กรุงเทพฯ : ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2550), หน้า 8.

⁴ Westem J. Fred and Samuel C. Weaver, Mergers and Acquisitions (McGraw-Hill, 2001),. อ้างถึงใน ปิยวรรณ แก้วจันทร์ การควบรวมกิจการ: ทางลัดในการขยายธุรกิจ หน้า 117.

- 5) ด้านการผลิต การปรับโครงสร้างองค์กรทำให้กิจการสามารถขยายสายการผลิตได้มากขึ้น เพิ่มโอกาสในการสร้างความแตกต่างให้กับสินค้า (Product Differenced) และอาจช่วยให้กิจการสามารถดำเนินกิจการในลักษณะ One-stop Service ได้
- 6) ด้านศักยภาพในการดำเนินงาน กิจการที่ใหญ่ขึ้นสร้างโอกาสในการลงทุนในเครื่องจักรและอุปกรณ์ที่ทันสมัยได้
- 7) ด้านการบริหารเงิน การรวมตัวกันของธุรกิจทำให้โครงสร้างทางการเงินของกิจการแข็งแกร่งขึ้น มีความสามารถในการก่อหนี้สูงขึ้นและต้นทุนทางการเงินต่ำลง

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการปรับโครงสร้างองค์กรอาจจะมีประโยชน์แต่ก็มีความเสี่ยงที่ทำให้การปรับโครงสร้างองค์กรไม่ประสบความสำเร็จ อันเกิดจากปัจจัยหลายด้าน⁵ เช่น

- 1) การให้ความสนใจแต่ในด้านผลประโยชน์ที่จะเกิดจากการ ดำเนินงาน โดยละเลยด้านอื่น ๆ เช่น การปรับเปลี่ยนกลยุทธ์ให้เหมาะสมกับกิจการหลังการควบรวม
- 2) ความแตกต่างด้านวัฒนธรรมองค์กร อาจทำให้การดำเนินงานของพนักงานหลังการควบรวมไม่กลมกลืนกันและไม่สามารถดำเนินงานต่อไปได้อย่างราบรื่น
- 3) การปรับโครงสร้างองค์กร ในลักษณะการควบรวมกิจการ หน่วยงานที่ทำงานซ้ำซ้อนกันอาจจะต้องถูกตัดออก ซึ่งส่งผลต่อขวัญและกำลังใจของพนักงานและอาจเป็นอุปสรรคในการดำเนินงานในอนาคต

⁵ เรื่องเดียวกัน หน้า 117-118.

2.1.3 วิธีการปรับโครงสร้างองค์กร

วิธีการปรับโครงสร้างองค์กรที่นำมาศึกษานี้หมายถึงวิธีการควบรวมกิจการเพื่อปรับโครงสร้างองค์กรซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 3 วิธีการดังนี้

2.1.3.1 การได้มาซึ่งหุ้นของกิจการ(share acquisition)⁶

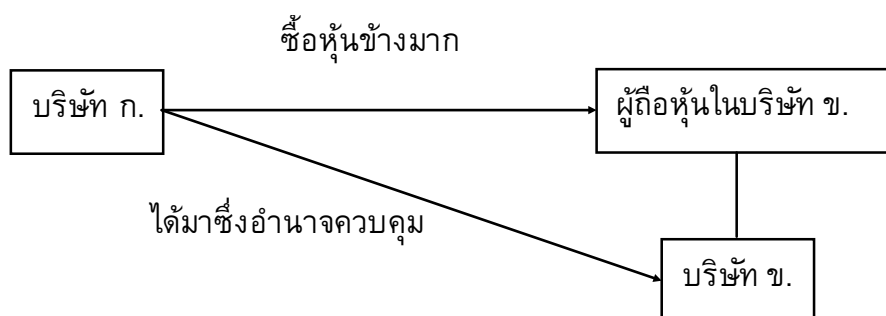
การได้มาซึ่งหุ้นของกิจการเป็นวิธีหนึ่งของการปรับโครงสร้างองค์กร โดยที่กิจการแห่งหนึ่งเข้าไปซื้อหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงของกิจการอีกแห่งหนึ่งทั้งหมดหรือบางส่วน โดยกิจการที่เข้าไปซื้อหุ้นนั้นอาจจะเข้าไปมีส่วนร่วมในการบริหารหรือไม่ก็ได้

หนึ่งการได้มาซึ่งหุ้นดังกล่าวอาจทำโดยวิธีการแลกหุ้นกัน (Share Swap) โดยบริษัทผู้ซื้อออกหุ้นเพิ่มทุนใหม่เพื่อแลกกับหุ้นเดิมที่ถือโดยผู้ถือหุ้นของบริษัทเป้าหมายก็ได้ผลก็คือบริษัทผู้ซื้อเข้ามาเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทเป้าหมาย ในขณะที่ผู้ถือหุ้นเดิมในบริษัทเป้าหมายก็กลายเป็นผู้ถือหุ้นใหม่ในบริษัทผู้ซื้อ

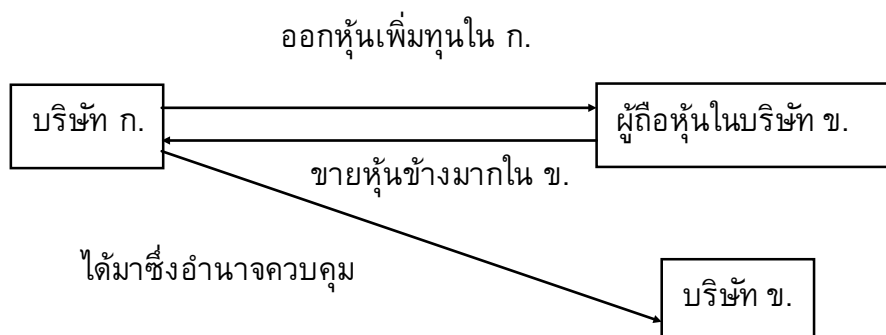
การได้มาซึ่งหุ้นของกิจการนั้น จึงสามารถแยกวิธีการออกเป็น 2 วิธี คือ

⁶ กิติพงษ์ อรุณพัฒน์พงศ์ และคณะ, การควบรวมกิจการ โอกาสของธุรกิจไทย (กรุงเทพฯ : ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2550), หน้า 5.

1. การซื้อหุ้น (Share Purchase) หมายถึงการที่บริษัทหนึ่งเข้าซื้อหุ้นในกิจการอีกแห่งหนึ่ง ซึ่งเป็นบริษัทเป้าหมาย (Target Company) ในจำนวนที่ทำให้สามารถเข้าควบคุมบริหารจัดการในบริษัทเป้าหมายได้

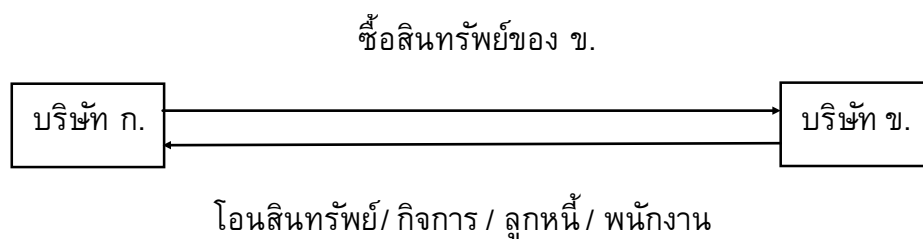


2. การแลกหุ้น (Share Swap) สามารถทำได้หลายวิธีที่นิยมกันคือ บริษัทผู้ซื้อเสนอซื้อหุ้นของบริษัทเป้าหมาย โดยบริษัทผู้ซื้อออกหุ้นเพิ่มทุนของตนเพื่อเป็นค่าตอบแทนให้แก่ผู้ถือหุ้นของบริษัทเป้าหมาย



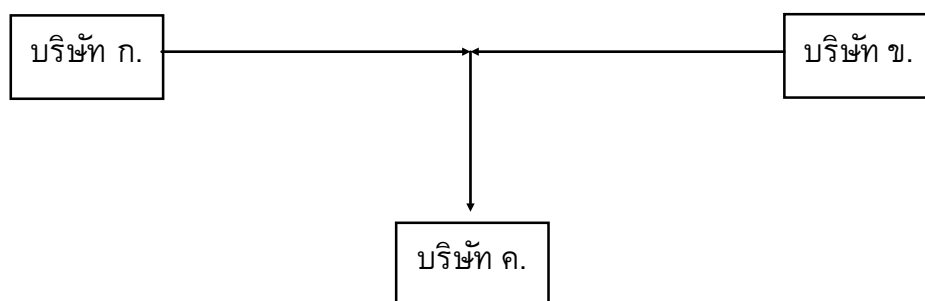
2.1.3.2 การได้มาซึ่งสินทรัพย์หรือกิจการ(asset acquisition)⁷

การได้มาโดยวิธีนี้ หมายถึงการที่บริษัทผู้ซื้อ เข้าซื้อทรัพย์สินในส่วนที่สำคัญ หรือซื้อกิจการของบริษัทผู้ขาย (นอกเหนือจากการซื้อหุ้น) การได้มาในลักษณะนี้ ไม่ทำให้สิทธิ หน้าที่ของบริษัทผู้ขายตกทอดไปยังบริษัทผู้ซื้อแต่อย่างใด



2.1.3.3 การควบกิจการ⁸

การควบกิจการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 (Amalgamation) หมายถึง กรณีที่บริษัทตั้งแต่สองบริษัท ขึ้นไปควบเข้ากันเป็นผลให้บริษัทที่ควบ เข้ากันนั้นหมดสภาพการเป็นนิติบุคคล และเกิดเป็นบริษัทใหม่ซึ่งได้ไปทั้งสิทธิและบรรดาความรับผิดชอบที่มีอยู่กับบริษัทเดิม



⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 6.

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

2.2 การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ

การอนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิข้ามปีภาษี (loss carryover deduction) มีวัตถุประสงค์คือ เพื่อความเป็นธรรมทางภาษี (tax equity) โดยมีแนวความคิดว่า ผู้เสียภาษีที่มีเงินได้รวมในช่วงเวลาหลายรอบปีภาษีโดยที่ในแต่ละปีมีทั้งผลกำไรและขาดทุนแตกต่างกันไป ไม่ควรที่จะต้องรับภาระภาษีมากกว่าผู้เสียภาษีที่มีเงินได้รวมทั้งหมดเท่ากันแต่มีได้มีการขาดทุนในแต่ละปี

หากไม่มีการใช้ผลขาดทุนสุทธิข้ามปีภาษีบทบัญญัติที่อนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ จะเกิดปัญหาจากการคำนวณภาษีเงินได้นิติบุคคลแยกแต่ละปีภาษีดังตัวอย่างต่อไปนี้

บริษัท ก. บริษัท ข.

กำไร(ขาดทุน)สุทธิปี 2552	(-50)	+10
กำไร(ขาดทุน)สุทธิปี 2553	(-20)	+10
กำไร(ขาดทุน)สุทธิปี 2554	<u>+100</u>	<u>+10</u>
รวมกำไรสุทธิที่แท้จริงในรอบ 3 ปีภาษี	+30	+30
รวมกำไรสุทธิที่ต้องนำไปคำนวณภาษีเงินได้	+100	+30

จึงเห็นได้ว่าหากไม่มีการอนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิของกิจการไปถือเป็นรายจ่ายในปีอื่นข้ามปีภาษีได้แล้ว กำไรสุทธิที่ต้องนำไปคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลของบริษัท ก.จะสูงกว่าบริษัท ข. ทั้งที่หากพิจารณาผลประกอบการโดยรวมในรอบระยะเวลาสามปีแล้ว บริษัททั้งสองได้มีผลกำไรสุทธิเท่ากันคือ +30 ซึ่งควรจะมีภาระภาษีที่ต้องเสียรวมแล้วเท่ากัน

สิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธินั้นมีขึ้นเพื่อบรรเทาภาระจากการคำนวณภาษีเงินได้นิติบุคคลในรูปแบบของปีภาษี โดยยึดแนวคิดที่ว่า

ประกอบธุรกิจในแต่ละประเภทอาจมีช่วงเวลาของการได้รับผลตอบแทนไม่เท่ากันและอาจไม่ได้รับผลตอบแทนจากการลงทุนกลับมาภายในปีภาษีเดียวกัน ผู้เสียภาษีที่มีเงินได้รวมในช่วงเวลาหลายรอบปีภาษีโดยที่ในแต่ละปีมีทั้งผลกำไรและขาดทุนแตกต่างกันไป ไม่ควรที่จะต้องรับภาระภาษีมากไปกว่าผู้เสียภาษีที่มีเงินได้รวมทั้งหมดเท่ากันแต่ได้มีการขาดทุนในแต่ละปี

บทบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิจึงมีเป้าหมายในกระจายภาระภาษีของแต่ละกิจการในแต่ละปีให้เป็นธรรมที่สุด โดยให้สิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิที่ยังคงเหลือจากแต่ละปีนำไปถือเป็นรายจ่ายเพื่อหักล้างกับผลกำไรของกิจการในปีถัดไป

สิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิจึงเป็นสิทธิของนิติบุคคลที่ได้ก่อให้เกิดผลขาดทุนขึ้นและอาจสามารถนำไปถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อลดภาระภาษีของนิติบุคคลได้ หากกิจการนั้นก่อให้เกิดกำไรขึ้นในปีภาษีถัดไป หรืออาจนำไปหักล้างกับกำไรของปีก่อนหน้าหากกฎหมายของประเทศนั้นยินยอมให้มีการนำผลขาดทุนสุทธิไปถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธีย้อนหลัง

2.2.1 รูปแบบการอนุญาตให้ใช้ผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ

การอนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ (loss carryover) สามารถแบ่งได้เป็น 2 รูปแบบ คือ

2.2.1.1 การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในปีภาษีถัดไป (loss carryforward)

การนำผลขาดทุนสุทธิไปหักในปีภาษีถัดไปจะถือว่าผลขาดทุนสุทธิที่เกิดขึ้นเป็นสิทธิที่ผู้เสียภาษีสามารถนำไปถือเป็นรายจ่ายในปีภาษีถัดไปได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับ

กฎหมายแต่ละประเทศว่าจะจำกัดระยะเวลาหรือไม่ สำหรับประเทศไทยก็ได้อนุญาตให้นำผลขาดทุนสะสมในรอบระยะเวลาบัญชีไม่เกิน 5 ปีมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิได้

2.2.1.2 การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในปีภาษีก่อนหน้า (loss carryback)

การนำผลขาดทุนสุทธิไปหักในปีภาษีก่อนหน้าก็มีเหตุผลในการอนุญาตเรื่องความเป็นธรรมทางเศรษฐศาสตร์เช่นเดียวกับการนำผลขาดทุนสุทธิไปหักในปีภาษีถัดไป แต่กฎหมายของประเทศส่วนใหญ่มักจะบัญญัติห้ามนำมาตัดเป็นรายจ่ายไว้ด้วยเหตุผลทางด้านการคลังของรัฐเพราะหากอนุญาตแล้วก็จะมีความยุ่งยากและมีผลต่อการจัดการด้านการคลังของรัฐได้

2.2.2 การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิตามประมวลรัษฎากรในปัจจุบัน

ในปัจจุบัน มาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากรกำหนดให้คำนวณภาษีเงินได้นิติบุคคลจากกำไรสุทธิ โดยปฏิบัติตามเงื่อนไขในมาตรา 65 ทวิ และมาตรา 65 ตรี โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.2.2.1 การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ

ผลขาดทุนสุทธิในรอบระยะเวลาบัญชีก่อนๆ กฎหมายไม่อนุญาตให้ถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ เว้นแต่ผลขาดทุนสุทธิที่ยกมาไม่เกินห้าปี ก่อนรอบระยะเวลาบัญชีปัจจุบัน ผลขาดทุนสุทธิที่จะยกมาหักกำไรสุทธิในปีปัจจุบัน หมายถึง ผลขาดทุนสุทธิที่ได้ปรับปรุงรายการตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 65 ทวิ และมาตรา 65 ตรี แล้ว คือ เป็นกำไรสุทธิ หรือขาดทุนสุทธิทางภาษีนั่นเอง การยกยอดผลขาดทุนสุทธิมาหักกำไรสุทธิ

⁹ มาตรา 65ตรี แห่งประมวลรัษฎากร รายการต่อไปนี้ ไม่ให้ถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ (12) ผลเสียหายอันอาจได้กลับคืน เนื่องจากการประกันหรือสัญญาคุ้มครองกันใดๆ หรือผลขาดทุนสุทธิในรอบระยะเวลาบัญชีก่อนๆ เว้นแต่ผลขาดทุนสุทธิ ยกมาไม่เกินห้าปีก่อนรอบระยะเวลาบัญชีปีปัจจุบัน

กฎหมายกำหนดไว้ว่า ต้องเป็นผลขาดทุนยกมาไม่เกินห้าปีก่อนรอบระยะเวลาบัญชีปัจจุบัน ฉะนั้น การนับเวลาย้อนหลัง 5 ปีนั้น หากคำนวณกำไรสุทธิของปีใดต้องถือปีนั้นเป็นปีปัจจุบันเป็นหลัก นับย้อนหลังไปอีก 5 ปี ถ้ามีผลขาดทุนสุทธิอยู่ในรอบระยะเวลา 5 ปี ก่อนปีปัจจุบัน ย่อมยกมาหักกำไรสุทธิปีปัจจุบันได้¹⁰

การยกผลขาดทุนสุทธิมาหักกำไรสุทธิปีปัจจุบัน ต้องหักกลับกำไรสุทธิที่มีอยู่ใน 5 ปีหลังจากปีที่มีผลขาดทุนเสียก่อน (ซึ่งกำไรสุทธิดังกล่าวยังไม่เคยต้องเสียภาษีเงินได้ มาก่อนเพราะมีผลขาดทุนหักกลับ) หากยังคงมีผลขาดทุนสุทธิเหลืออยู่อีกเท่าใด ก็ยกไปหักกำไรสุทธิปีถัดไปได้อีก ถ้าอยู่ภายในกำหนดเวลาดังกล่าวข้างต้น การหักกลับดังกล่าวควรใช้หลักขาดทุนก่อนหักก่อน (First Loss First Use) เพราะในการคำนวณกำไรสุทธิในรอบระยะเวลาบัญชีย่อมต้อง ถือว่าปีที่ยกมาหักนั้นเป็นปีปัจจุบันที่จะต้องพิจารณาว่ามีผลขาดทุนสุทธิก่อนยกมาหักเป็นจำนวนเท่าใดหรือไม่¹¹

การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธินั้น กรมสรรพากรวางแนวทางการคำนวณไว้ดังนี้¹²

- 1) ต้องเป็นผลขาดทุนสุทธิซึ่งคำนวณตามเงื่อนไขของมาตรา 65 ทวิ และมาตรา 65 ทรี แห่งประมวลรัษฎากร
- 2) ต้องเป็นผลขาดทุนสุทธิที่เกิดขึ้นในรอบระยะเวลาบัญชี ซึ่งนับย้อนหลังขึ้นไปไม่เกินห้ารอบระยะเวลาบัญชีนับจากปีปัจจุบัน
- 3) ผลขาดทุนสุทธิของรอบระยะเวลาบัญชีใดเกิดก่อน ต้องนำไปหักจากผลกำไรของรอบระยะเวลาบัญชีแรกที่มีผลกำไรก่อน และไม่ต้องนำไปหักกลับลบกันกับกำไรสะสมที่มีอยู่ก่อนปีที่มีผลขาดทุนสุทธิ เมื่อหักกลับลบกันแล้ว หากยังมีผลขาดทุนสุทธิอยู่ก็มีสิทธิจะนำผลขาดทุนสุทธินั้นไปหักจากผลกำไรในปี

¹⁰ ไพจิตร โรจนวานิช, ชุมพรเสนไสย และสาโรช ทองประคำ, ภาษีสรรพากร, (กรุงเทพมหานคร สามเจริญพาณิชย์, 2549), หน้า 2-162.

¹¹ เรื่องเดียวกัน.

¹² เรื่องเดียวกัน.

ต่อๆไปได้อีก แต่ต้องไม่เกินห้ารอบระยะเวลาบัญชี หากเกิน
ห้ารอบระยะเวลาบัญชีย่อมหมดสิทธิที่จะยกไปหักอีกต่อไป

ตัวอย่าง บริษัท ก. จำกัด ดำเนินกิจการมีผลขาดทุนสุทธิ หลังจากการ
ปฏิบัติตามมาตรา 65 ทวิ และมาตรา 65 ตี แล้ว จะมีผลกำไรหลังจากการปฏิบัติตามมาตรา
65 ทวิ และมาตรา 65 ตี แต่ยังไม่ได้หักผลขาดทุนสุทธิตามมาตรา 65 ตี(12) ดังนี้¹³

รอบระยะเวลาบัญชี	กำไร	ขาดทุนสุทธิ
2537	-	200
2538	50	-
2539	20	-
2540	-	180
2541	50	-
2542	30	-
2543	200	-
2544	-	60
2545	40	-
2546	-	70
2547	130	-
2548	100	-

¹³ เรื่องเดียวกัน.

1. ผลขาดทุนสุทธิของรอบระยะเวลาบัญชี 2537 จำนวน 200 บาท ยกมาหักกำไรได้ใน 5 รอบระยะเวลาบัญชี คือตั้งแต่ 2538 ถึง 2542 ในระหว่างรอบระยะเวลาบัญชีดังกล่าวมีผลกำไรอยู่ 4 รอบระยะเวลาบัญชีคือ 2538, 2539, 2541 และ 2542 เป็นจำนวน 50, 20, 50 และ 30 ตามลำดับ รวมเป็น 150 ซึ่งมีสิทธินำผลขาดทุนสุทธิของรอบระยะเวลาบัญชี 2537 จำนวน 200 มาหักได้หมดสิ้น จึงไม่มีกำไรสุทธิต้องเสียภาษีเงินได้ แต่ยังมีผลขาดทุนสุทธิของปี 2537 เหลืออยู่อีก 50 ผลขาดทุนจำนวนที่เหลือนี้จะนำมาหักจาก ผลกำไรของปี 2543 หรือปีต่อๆไปอีกไม่ได้ เพราะเกินห้ารอบระยะเวลาบัญชีปัจจุบัน
2. ผลขาดทุนสุทธิของรอบระยะเวลาบัญชี 2540 จำนวน 180 ยกมาหักจากผลกำไรในรอบระยะเวลาบัญชี ในรอบระยะเวลาบัญชี 2548 ได้ เพราะยังไม่เกินห้ารอบบัญชี และไม่ต้องหักกับผลกำไรในรอบระยะเวลาบัญชี 2541 และ 2542 เพราะผลกำไรดังกล่าวได้ หักกับผลขาดทุนสุทธิของรอบระยะเวลาบัญชี 2537 ไปแล้ว เมื่อนำผลขาดทุนสุทธิของรอบระยะเวลาบัญชี 2540 จำนวน 180 มาหักจากกำไรของรอบระยะเวลาบัญชี 2543 จำนวน 200 แล้วคงมีผลกำไรสุทธิของรอบระยะเวลาบัญชี 2543 เหลืออยู่เป็นจำนวน 20 ซึ่งต้องเสียภาษีเงินได้สำหรับปีนี้
3. ผลขาดทุนสุทธิของรอบระยะเวลาบัญชี 2544 จำนวน 60 ยกมาหักผลกำไรของรอบระยะเวลาบัญชี 2545 จำนวน 40 จึงไม่มีกำไรสุทธิที่ต้องเสียภาษีในรอบระยะเวลาบัญชี 2545 และยังมีผลขาดทุนสุทธิยกไปหักในรอบระยะเวลาบัญชีต่อไปได้อีก 20

4. ผลขาดทุนสุทธิของรอบระยะเวลาบัญชี 2546 จำนวน 70 ยกมาหักผลกำไรของรอบระยะเวลาบัญชี 2547 ได้ โดยที่ผลกำไรของปี 2547 มีจำนวน 130 เมื่อนำผลขาดทุนสุทธิของรอบระยะเวลาบัญชี 2544 ที่ยังเหลืออยู่ 20 ตามข้อ 3. มาหักแล้ว และนำผลขาดทุนสุทธิจำนวน 40 มาเสียภาษีเงินได้

2.2.2.2 การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กร

เมื่อทำการปรับโครงสร้างองค์กรตามรูปแบบที่มาตรา 74 กำหนดไว้ คือ การควบกิจการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการโอนกิจการทั้งหมด ผลขาดทุนสุทธิทั้งหมดที่มีอยู่จะถูกห้ามนำมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลใหม่อันได้ควบเข้ากัน หรือบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่รับโอนกิจการ¹⁴

การควบกิจการ หมายถึง การที่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลตั้งแต่สองกิจการขึ้นไป มาตกลงควบเข้ากัน โดยบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ควบเข้าด้วยกัน ต้องเลิกกิจการไปทั้งหมด แล้วโอนกิจการให้แก่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นใหม่เพื่อดำเนินกิจการต่อไป¹⁵

การโอนกิจการ หมายถึง การที่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลตั้งแต่สองกิจการขึ้นไป มาตกลงควบโอนกิจการให้แก่กัน โดยบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่เป็นผู้โอนกิจการทั้งหมดต้องเลิกกิจการ ส่วนบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลผู้รับโอนกิจการยังคงดำเนินกิจการต่อไป¹⁶

¹⁴ ประมวลรัษฎากร มาตรา 74

¹⁵ สุเทพ พงษ์พิทักษ์, ปัญหาทางด้านภาษีอากรเกี่ยวกับการควบโอนกิจการ, หนังสือพิมพ์กรุงเทพธุรกิจออนไลน์, (30 สิงหาคม 2549).

¹⁶ เรื่องเดียวกัน.

2.2.3 การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ ตามกฎหมายอื่น

นอกจากประมวลรัษฎากรอันเป็นตัวบทกฎหมายหลักที่บังคับจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลแล้ว ยังมีกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของนิติบุคคล ได้แก่

2.2.3.1 การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ ตามพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514

พระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 เป็นกฎหมายพิเศษที่แยกมาจากประมวลรัษฎากรเพื่อใช้บังคับกับบริษัทที่ประกอบธุรกิจขุดเจาะสำรวจน้ำมันและก๊าซธรรมชาติ เฉพาะในช่วงที่เป็นน้ำมันดิบเท่านั้น ไม่รวมถึงการผลิตน้ำมันสำเร็จรูปที่โรงกลั่น ตัวอย่างของบริษัทเหล่านี้ได้แก่ บริษัทยูโนแคล(ไทยแลนด์) จำกัด บริษัทไทยเชลล์ เอ็กซ์พลอเรชั่น แอนด์ โพรดักชั่น จำกัด บริษัทปตท.สำรวจและผลิต จำกัด(มหาชน) เป็นต้น¹⁷

มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 บัญญัติไว้ว่า

“ในกรณีที่มีผลกำไรประจำปี ให้หักลดหย่อนได้ดังต่อไปนี้

1) ผลขาดทุนประจำปีของรอบระยะเวลาบัญชีใดๆ ในสิบบรรอบระยะเวลาบัญชีก่อนรอบระยะเวลาบัญชีปัจจุบัน ผลขาดทุนประจำปี เมื่อได้นำไปหักลดหย่อนในรอบระยะเวลาบัญชีใดแล้วหากยังมีผลขาดทุนประจำปีคงเหลือเป็นจำนวนใดให้นำไปหักลดหย่อนในรอบระยะเวลาบัญชีต่อไปได้เพียงเท่าจำนวนที่เหลือนั้นแต่ทั้งนี้ต้องไม่เกินสิบบรรอบระยะเวลาบัญชี

.....”

¹⁷ อมรศักดิ์ พงศศุฑมภ์, “ภาษีเงินได้ปิโตรเลียม...ขุมทรัพย์ใต้แผ่นดินไทย” แหล่งที่มา

การอนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิตามพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 จึงใช้หลักการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในปีภาษีถัดไป (loss carry forward) เช่นเดียวกับการจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลตามประมวลรัษฎากร แต่มีความแตกต่างจากประมวลรัษฎากรคือ ได้ขยายระยะเวลาที่สามารถใช้สิทธิในการนำผลขาดทุนมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิจากเดิมที่อนุญาตให้ใช้สิทธิตามประมวลรัษฎากรได้ไม่เกิน 5 ปีภาษีนั้น พระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 อนุญาตให้ใช้สิทธิในการนำผลขาดทุนมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิได้ไม่เกิน 10 ปีภาษี

สำหรับการนำผลขาดทุนมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในกรณีที่มีการโอนกิจการปิโตรเลียมเกิดขึ้น มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม ได้บัญญัติไว้ดังนี้

“ในกรณีที่มีการโอนกิจการปิโตรเลียมให้บริษัทผู้รับโอน ถือเอาผลขาดทุนประจำปีคงเหลือของบริษัทผู้โอน เพื่อประโยชน์ในการหักลดหย่อนตามมาตรา 28(1) นับแต่รอบระยะเวลาบัญชีที่มีการโอน เป็นต้นไปได้เสมือนหนึ่งว่ามีได้มีการโอนกิจการปิโตรเลียม

ในกรณีที่ค่าตอบแทนที่บริษัทผู้รับโอนจ่ายแก่บริษัทผู้โอนเนื่องในการโอนกิจการปิโตรเลียมต่ำกว่าผลบวกของมูลค่าทรัพย์สินหลังจากหักค่าชดเชยรายจ่ายที่เป็นทุนแล้วกับผลขาดทุนประจำปีคงเหลือของบริษัทผู้โอนแต่สูงกว่ามูลค่าทรัพย์สินดังกล่าวผลขาดทุนประจำปีคงเหลือที่บริษัทผู้รับโอนจะถือเอาตามวรรคหนึ่ง ให้จำกัดอยู่เพียงเท่าผลต่างระหว่างค่าตอบแทนดังกล่าวกับมูลค่าทรัพย์สินหลังจากหักค่าชดเชยแล้วเท่านั้น ถ้ามีผลขาดทุนประจำปีคงเหลือยกมาจากหลายรอบระยะเวลาบัญชีให้เฉลี่ยจำนวนส่วนแตกต่างตามส่วนของผลจากทุนคงเหลือของแต่ละรอบระยะเวลาบัญชี

ในกรณีที่ค่าตอบแทนตามวรรคสองมีจำนวนไม่เกินมูลค่าทรัพย์สินหลังจากหักค่าชดเชยแล้ว บริษัทผู้รับโอนจะถือเอาผลขาดทุนประจำปีคงเหลือของบริษัทผู้โอนเพื่อประโยชน์ในการหักลดหย่อนตามมาตรา 28(1) ไม่ได้ บทบัญญัติวรรคสองและวรรคสาม มิให้นำมาใช้บังคับในกรณีการโอนสัมปทานตามมาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติ ภาษีเงินได้ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514”

มาตรา 29 วรรคแรก แห่งพระราชบัญญัติ ภาษีเงินได้ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 จึงอนุญาตให้บริษัทผู้รับโอนกิจการปิโตรเลียมสามารถถือเอาผลขาดทุนประจำปีคงเหลือของบริษัทผู้โอนในการหักลดหย่อนกำไรต่อไปได้เสมือนหนึ่งว่ามีได้มีการโอนกิจการปิโตรเลียม อันแตกต่างจากมาตรา 74 แห่งประมวลรัษฎากรที่ห้ามมิให้ บริษัทผู้รับโอนกิจการนำผลขาดทุนของบริษัทผู้โอนกิจการมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของบริษัทผู้รับโอนโดยเด็ดขาด

เมื่อมาตรา 29 วรรคแรกอนุญาตให้มีการสืบทอดสิทธิผลขาดทุนในการใช้ผลขาดทุนคงเหลือของบริษัทผู้โอนได้ มาตรา 29 วรรคสองและวรรคท้าย ได้มีข้อจำกัดในการใช้ผลขาดทุนคงเหลือในลักษณะการเปรียบเทียบระหว่างค่าตอบแทนในการโอนกิจการกับมูลค่าทรัพย์สินหลังหักค่าชดเชยแล้ว โดยแบ่งแยกเป็นสองกรณีดังนี้

ในกรณีที่ค่าตอบแทนในการโอนกิจการต่ำกว่าผลบวกของมูลค่าทรัพย์สินหลังจากหักค่าชดเชยรายจ่ายที่เป็นทุนแล้วกับผลขาดทุนประจำปีคงเหลือของบริษัทผู้โอนแต่สูงกว่ามูลค่าทรัพย์สินดังกล่าวผลขาดทุนประจำปีคงเหลือที่บริษัทผู้รับโอนจะถือเอาตามวรรคหนึ่ง ให้จำกัดอยู่เพียงเท่าผลต่างระหว่างค่าตอบแทนดังกล่าวกับมูลค่าทรัพย์สินหลังจากหักค่าชดเชยแล้วเท่านั้น

ในกรณีที่ค่าตอบแทนในการโอนกิจการมีจำนวนไม่เกินมูลค่าทรัพย์สินหลังจากหักค่าชดเชยแล้ว ผู้รับโอนจะถือเอาผลขาดทุนประจำปีคงเหลือของบริษัทผู้โอนมาหักค่าลดหย่อนไม่ได้ทั้งจำนวน

สรุปเป็นตัวอย่างได้ดังต่อไปนี้

มูลค่าทรัพย์สิน หลังจากหัก ค่าชดเชยรายจ่าย ที่เป็นทุน	ผลขาดทุน ประจำปีคงเหลือ ของบริษัทผู้โอน	ค่าตอบแทน ที่บริษัทผู้รับโอน จ่ายแก่บริษัทผู้โอน เนื่องในการโอน กิจการปิโตรเลียม	ผลขาดทุนคงเหลือ ที่อนุญาตให้ใช้ ลดหย่อนต่อไปได้
100	30	120	20
100	30	90	0

การโอนกิจการปิโตรเลียมผู้รับโอนกิจการจึงสามารถนำผลขาดทุนของกิจการของผู้โอนไปใช้หักลดหย่อนต่อไปได้เสมือนหนึ่งว่ามิได้มีการโอนกิจการปิโตรเลียม โดยมีข้อจำกัดจากการเปรียบเทียบระหว่างมูลค่าผลตอบแทนกับประโยชน์ของทรัพย์สินรวมกับผลขาดทุนที่อาจได้รับ

2.2.3.2 การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ.

2520

สำนักงานส่งเสริมการลงทุนให้สิทธิประโยชน์ในการส่งเสริมการลงทุนด้านภาษีที่สำคัญอันหนึ่งคือ การยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริม การลงทุน พ.ศ. 2520 โดยมาตรา 31 วรรคหนึ่ง ให้สิทธิยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลสำหรับกำไรสุทธิที่ได้จากกิจการที่ ได้รับการส่งเสริมการลงทุน โดยได้รับยกเว้นเป็นสัดส่วนของเงินลงทุนที่ไม่รวมค่าที่ดินและทุนหมุนเวียนด้วยกำหนดเวลาไม่เกิน 8 ปี นับแต่วันเริ่มมีรายได้จากกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน

สำหรับมาตรา 31 วรรคสี่ เป็นกรณีประกอบการขาดทุนระหว่างเวลาที่ ได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองให้นำผลขาดทุนประจำปีที่เกิดขึ้นระหว่าง เวลานั้นไปหักออกจากกำไรสุทธิที่เกิดขึ้นภายหลังระยะเวลาได้รับยกเว้นภาษี

เงินได้นิติบุคคล มีกำหนดเวลาไม่เกิน 5 ปีนับแต่พ้นกำหนดเวลานั้น โดยเลือกหักจากกำไรสุทธิของปีใดปีหนึ่งหรือหลายปีก็ได้

เนื่องจากมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 เป็นบทบัญญัติซึ่งใช้บังคับกับการคำนวณกำไรสุทธิ หรือขาดทุนสุทธิของกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน กรณีนี้จึงต้องคำนวณจากรายได้และรายจ่ายจากกิจการทุกประเภทที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนในรอบระยะเวลาบัญชีเดียวกันตามบทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากร

ดังนั้น ตามหลักเกณฑ์ของกรมสรรพากร กรณีที่กิจการใดมีโครงการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนหลายโครงการ ก็ต้องนำรายได้ของทุกโครงการในรอบระยะเวลาบัญชีเดียวกันมาคำนวณ เพื่อให้ได้ยอดกำไรสุทธิ หรือขาดทุนสุทธิของกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน หากปรากฏว่ามีผลขาดทุนสุทธิเกิดขึ้นย่อมถือว่าเป็นผลขาดทุนประจำปีของกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน และบริษัทย่อมมีสิทธินำผลขาดทุนประจำปีดังกล่าวที่เกิดขึ้นในระหว่างเวลาที่ได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคล ไปหักออกจากกำไรสุทธิของกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนที่เกิดขึ้นภายหลังระยะเวลาที่ได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคล โดยมีกำหนดเวลา 5 ปีนับแต่วันพ้นกำหนดเวลานั้น โดยจะเลือกหักกำไรสุทธิของปีใดปีหนึ่ง หรือหลายปีก็ได้ตามมาตรา 31 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ขณะที่สำนักงานส่งเสริมการลงทุนให้แยกคำนวณเป็นรายโครงการ

ข้อปัญหาจึงเกิดในกรณีผู้ได้รับการส่งเสริมการลงทุนได้รับสิทธิยกเว้นภาษีมากกว่า 1 โครงการ ซึ่งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยภาษีอากรที่ 38/2552 สั่งเมื่อวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2552 เรื่องภาษีเงินได้นิติบุคคล กรณีการนำผลขาดทุนของกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนไปหักออกจากกำไรสุทธิที่เกิดขึ้นภายหลังระยะเวลาที่ได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคล ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า กรณีบริษัทประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน และมีโครงการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนในกิจการแต่ละประเภทมากกว่า 1 โครงการนั้น

ทั้งนี้ กรมสรรพากรได้มีแนวทางการปฏิบัติของกรมสรรพากรในประกาศกรมสรรพากร เรื่อง การคำนวณกำไรสุทธิและขาดทุนสุทธิของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน ลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2530 โดยกำหนดหลักเกณฑ์การถือปฏิบัติเกี่ยวกับการนำผลขาดทุนสุทธิประจำปีที่เกิดขึ้นในระหว่างเวลาได้รับ

ยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลไปหักออกจากกำไรสุทธิที่เกิดขึ้นภายหลังจากหลังระยะเวลาได้รับยกเว้น ภาษีเงินได้นิติบุคคลในกรณีผู้ได้รับการส่งเสริมประกอบกิจการทั้งที่ได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติ บุคคลและที่ไม่ได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลดังต่อไปนี้

- 1) กรณีกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลมีผลขาดทุน ประจำปีและกิจการที่ไม่ได้รับยกเว้นภาษีเงินได้มีกำไรสุทธิ ผู้ได้รับ การส่งเสริมมีสิทธินำผลขาดทุนประจำปีของกิจการที่ได้รับยกเว้น ภาษีเงินได้นิติบุคคลไปหักออกจากกำไรสุทธิของกิจการที่ไม่ได้รับ ยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคล ในระหว่างเวลาได้รับยกเว้นภาษีเงิน ได้นิติบุคคลตามมาตรา 65ตรี(12) แห่งประมวลรัษฎากร
- 2) กรณีกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลมีผลขาดทุน ประจำปี และกิจการที่ไม่ได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลมีกำไร สุทธิและมีผลขาดทุนประจำปีสะสมยกมาจากปีก่อน ผู้ได้รับการ ส่งเสริมจะต้องนำผลขาดทุนประจำปีสะสมยกมาจากปีก่อนของ กิจการที่ไม่ได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลไปหักออกจากกำไร สุทธิของกิจการที่ไม่ได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลก่อน ถ้า กิจการที่ไม่ได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลมีกำไรสุทธิเหลืออยู่จึงมีสิทธิ นำผลขาดทุนประจำปีของกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติ บุคคลไปหักออกจากกำไรสุทธิของกิจการที่ไม่ได้รับยกเว้นภาษี เงินได้นิติบุคคลในระหว่างเวลาได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคล ตามมาตรา 65ตรี(12) แห่งประมวลรัษฎากรได้
- 3) ผู้ได้รับการส่งเสริมมีสิทธินำผลขาดทุนประจำปีคงเหลือตาม 1) หรือ 2) ของกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลไปหักออก จากกำไรสุทธิที่เกิดขึ้นภายหลังจากหลังระยะเวลาได้รับยกเว้นภาษีเงินได้ นิติบุคคลมีกำหนด เวลาไม่เกิน 5 ปีนับแต่วันพ้นกำหนดยกเว้น ภาษีเงินได้นิติบุคคล

2.3 การวางแผนภาษีอากร การหนีภาษีอากรและการหลบหลีกภาษีอากร

วัตถุประสงค์ที่สำคัญที่สุดในการประกอบธุรกิจคือการแสวงหากำไรสูงสุดเมื่อภาษีอากร เป็นสิ่งที่รัฐจัดเก็บจากการประกอบธุรกิจซึ่งถือเป็นต้นทุนหรือรายจ่ายประเภทหนึ่งของธุรกิจที่ทำให้ผลกำไรลดลง ผู้ประกอบธุรกิจจึงมีความพยายามที่จะลดภาระการจ่ายภาษีอากรของธุรกิจ เพื่อให้เกิดผลกำไรของกิจการมากที่สุด โดยสามารถจำแนกประเภทของการพยายามลดภาระ ภาษีได้ดังนี้

2.3.1 การวางแผนภาษีอากร(Tax Planning)

การวางแผนภาษีอากร หมายถึง การกำหนดวิธีปฏิบัติไว้ล่วงหน้าหรือการ เตรียมการเพื่อเสียภาษีให้ถูกต้องครบถ้วนและประหยัด การทำให้ไม่ต้องเสียภาษีหรือเสียภาษี น้อยที่สุดโดย ใช้วิธีการที่ไม่ผิดกฎหมาย (Legal Means) ก็ถือเป็นการวางแผนภาษีอากรด้วย นอกจากนี้ การวางแผนภาษีอากรยังหมายถึงการจัดการธุรกิจหรือการงานส่วนตัวเพื่อช่วยทำให้ เสียภาษีน้อยที่สุดด้วย¹⁸

การวางแผนภาษีอากรเป็นส่วนหนึ่งของการประกอบธุรกิจ โดยต้องมีการ เริ่มทำตั้งแต่ก่อนเริ่มต้นการประกอบธุรกิจ ระหว่างการประกอบธุรกิจ และแม้จะเลิกประกอบ ธุรกิจก็ยังคงมีการวางแผนภาษีอากร¹⁹ เพื่อให้มีภาระภาษีน้อยที่สุด อันส่งผลให้การประกอบ กิจการสามารถสร้างผลกำไรที่แท้จริงได้มากที่สุด

การวางแผนภาษีอากรนั้นมีวัตถุประสงค์ว่าด้วยความถูกต้องในการดำเนินการ เพื่อเสียภาษีเป็นวัตถุประสงค์หลักส่วนการประหยัดภาษีเป็นลำดับรอง การวางแผนภาษีจึงมีนัย ในการบริหารจัดการภาษี (Tax Management) ที่ปฏิบัติตามกฎหมายระเบียบและข้อบังคับ ตลอดจนใช้สิทธิประโยชน์ต่าง ๆ อันพึงมีตามกฎหมาย เช่น การหักรายจ่ายเป็น 2 เท่า ในการ

¹⁸ Barry Larking, *International Tax Glossary*, 4th edition, (Amsterdam: IBFD Publication BV, 2001), p. 351. อ้างถึงใน ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, การวางแผนภาษีอากร (Tax Planning), พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร: สถาบัน T. Training Center, 2551), หน้า 2.

¹⁹ ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, คำสอนวิชากฎหมายภาษีอากร, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษา กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2552), หน้า 653.

คำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้ในบุคคล การใช้สิทธิได้รับยกเว้นไม่ต้องนำเงินได้บางประเภทมารวมคำนวณเพื่อเสียภาษี เป็นต้น²⁰

2.3.2 การหนีภาษีอากร (Tax Evasion)

การหนีภาษีอากรหมายถึงการที่ผู้เสียภาษีใช้วิธีการที่ผิดกฎหมาย (Illegal Means) หรือฉ้อฉล (Fraud) เพื่อที่จะไม่ต้องเสียภาษีหรือเสียภาษีน้อยลง²¹ เช่น ผู้เสียภาษีมีเงินได้ที่จะต้องยื่นรายการและเสียภาษี แต่ตั้งใจไม่ยื่นรายการและเสียภาษีหรือยื่นรายการแต่แสดงจำนวนเงินได้ต่ำกว่าความเป็นจริงเพื่อที่จะเสียภาษีน้อย หรือแสดงตัวเลขค่าใช้จ่ายสูงกว่าความเป็นจริงเพื่อให้มีกำไรน้อยจะได้เสียภาษีน้อยลง หรือใช้ใบกำกับภาษีปลอม เป็นต้น

2.3.3 การหลบหลีกภาษีอากร (Tax Avoidance)

การหลบหลีกภาษีอากรคือการที่ผู้เสียภาษีกระทำการเพื่อให้ไม่ต้องเสียภาษีหรือเสียภาษีน้อยลงโดยใช้วิธีการที่ไม่ผิดกฎหมาย โดยอาจใช้เลือกปฏิบัติตามที่กฎหมายให้ไว้ อย่างชัดเจน หรือใช้ช่องโหว่ของกฎหมาย (Loophole) หรือความคลุมเครือ (Ambiguity) หรือจุดบกพร่อง (Defection) ของกฎหมาย²²

การหลบหลีกภาษีอากรต่างกับการวางแผนภาษีอากรเพราะการวางแผนภาษีอากรมีวัตถุประสงค์ว่าด้วยความถูกต้องเป็นลำดับแรก ส่วนการประหยัดภาษีเป็นวัตถุประสงค์ลำดับรอง การวางแผนภาษีอากรจึงมีนัยในการบริหารจัดการทางภาษีที่ชี้แนะแนวทางปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบ และข้อบังคับที่yakต่อการทำความเข้าใจและปฏิบัติตามโดยมีตัวอย่างประกอบ ตลอดจนชี้แนะการใช้สิทธิประโยชน์ต่างๆอันพึงมีพึงได้ตามกฎหมาย เช่น การหักจ่าย 2 เท่า การใช้สิทธิประโยชน์จากอนุสัญญาภาษีซ้อน การวางแผนภาษีอากรจึงมีภาพพจน์ด้านบวก ในขณะที่การหลบหลีกภาษีอากรมีวัตถุประสงค์ของการประหยัดภาษีเป็น

²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 658.

²¹ ชัยสิทธิ์ ตรีชูธรรม, คำสอนวิชากฎหมายภาษีอากร, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2552), หน้า 654.

²² สุเทพ พงษ์พิทักษ์, การวางแผนภาษีอากร, (กรุงเทพมหานคร สุขุมและบุตร, 2541), หน้า 13.

ลำดับแรก ส่วนความถูกต้องเป็นลำดับรอง การหลบหลีกภาษีอากรจึงอาจมีการบิดเบือนหรืออำพรางความจริง การหลบหลีกภาษีอากรจึงมีภาพพจน์ทางด้านลบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการหลบหลีกภาษีอากรชนิดที่ไม่อาจยอมรับได้ (Unacceptable Tax Avoidance) เช่น การตั้งราคาโอนระหว่างธุรกิจที่เกี่ยวข้องกัน (Transfer Pricing)²³

2.3.3.1 การหลบหลีกภาษีอากรที่ยอมรับได้(Acceptable Tax Avoidance)

การหลบหลีกภาษีอากรที่ยอมรับได้คือการที่ผู้เสียกระทำการเพื่อไม่ต้องเสียภาษีหรือเสียภาษีน้อยลงโดยวิธีการที่ไม่ผิดและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เช่น มีการตรากฎหมายลดอัตราภาษีให้แก่กิจกรรมบางประเภท การที่ผู้เสียภาษีกระทำการกิจกรรมประเภทนั้นเพื่อที่จะเสียภาษีในอัตราที่ลดลงย่อมเป็นการหลบหลีกภาษีที่ยอมรับกันได้ นอกจากนี้การใช้สิทธิประโยชน์ทางภาษี (Tax Incentives) และการใช้ระยะเวลาปลอดภาษี (Tax Holiday) ก็ถือว่าเป็นการหลบหลีกภาษีอากรที่ยอมรับได้เช่นเดียวกัน

การหลบหลีกภาษีอากรที่ยอมรับได้นั้นจึงมีความคล้ายคลึงเป็นอย่างมากกับการวางแผนภาษีอากร และอาจถือเป็นส่วนหนึ่งของการวางแผนภาษีอากรนั่นเอง

2.3.3.2 การหลบหลีกภาษีอากรที่ยอมรับไม่ได้(Unacceptable Tax Avoidance)

การหลบหลีกภาษีอากรที่ยอมรับไม่ได้หรือการหลบหลีกภาษีอากรที่ไม่บริสุทธิ์ (Abusive Tax Avoidance) คือการที่ผู้เสียภาษีกระทำการเพื่อไม่ต้องเสียภาษีหรือเสียภาษีน้อยลงโดยวิธีการที่ไม่ผิดกฎหมายแต่ขัดหรือไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งอาจทำให้รัฐสูญเสียรายได้จำนวนมาก จากการที่ผู้เสียภาษีเลือกทำตามกฎหมาย

²³ พนิต ธีรภาพวงศ์, ภาษีบริษัทข้ามชาติ (International Business Taxation), พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน 2550).

ทั้งที่แท้จริงแล้วมิได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น การหลบหลีกภาษีที่ขัดหรือไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนี้จึงจึงมีความเสี่ยงจากการไม่ยอมรับของหน่วยงานผู้จัดเก็บภาษีและศาลเป็นเหตุให้ถูกเรียกประเมินภาษีได้

การหลบหลีกภาษีอากรที่ยอมรับไม่ได้ ในหลายประเทศมีมาตรการต่อต้าน โดยบัญญัติเป็นกฎหมาย เช่น ประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความภาษีอากร มาตรา L.64 ว่า ถ้านิติกรรมหรือสัญญาใดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะหลบหลีกภาษีอากรแต่เพียงอย่างเดียว หากไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะหลบหลีกภาษีอากรแล้ว นิติกรรมหรือสัญญานั้นจะไม่เกิดขึ้น เจ้าพนักงานประเมินย่อมมีอำนาจปฏิเสธไม่ยอมรับนิติกรรมหรือสัญญานั้นได้ บทบัญญัตินี้เป็นไปตาม “หลักเจตนารมณ์ของกฎหมายสำคัญกว่ารูปแบบ (Abuse of Law Doctrine หรือ Abuse of Legal Form Doctrine)” ที่ประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย (Civil Law) เช่น เยอรมัน เบลเยียม เนเธอร์แลนด์ ใช้เป็นมาตรการในการต่อต้านการหลบหลีกภาษี (Anti-Tax Avoidance Measure) หลักนี้คือหลักที่ว่า ด้วยวัตถุประสงค์ของผู้บัญญัติกฎหมายหรือเจตนารมณ์ ของกฎหมายย่อมสำคัญกว่าธุรกรรมที่เกิดขึ้นโดยมีมูลเหตุจูงใจที่จะหลบหลีกภาษีอากร ฉะนั้น หากธุรกรรมใดเกิดขึ้นโดยมีมูลเหตุจูงใจที่จะหลบหลีกภาษีอากร แม้จะไม่ผิดกฎหมาย ศาลและเจ้าพนักงานประเมินก็มีอำนาจที่จะปฏิเสธไม่ยอมรับธุรกรรมนั้น และเจ้าพนักงานประเมินมีอำนาจประเมินภาษีตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้²⁴

หลักดังกล่าวคล้ายคลึงกับ “หลักเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบ (Substance over Form Doctrine)” ที่ใช้กันอยู่ในประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีคำพิพากษาของศาล (Common Law) เช่น ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ ซึ่งเป็นหลักที่ว่านิติกรรมหรือสัญญาใด แม้จะทำขึ้นตามรูปแบบของกฎหมาย แต่ถ้านิติกรรมหรือสัญญานั้นทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหลบหลีกภาษีอากร และมีผลทำให้ไม่ต้องเสียภาษีหรือเสียภาษีน้อยลง เจ้าพนักงานประเมินย่อมมีอำนาจที่จะปฏิเสธไม่ยอมรับนิติกรรมหรือสัญญานั้นและประเมินเรียกเก็บภาษีตามเนื้อหาทางเศรษฐกิจ (Economic Substance) ได้²⁵ อย่างไรก็ตามหากขั้นตอนที่ประกอบกันขึ้นเป็นนิติกรรมหรือสัญญาแม้เพียงขั้นตอนหนึ่งขั้นตอนใดเป็นการกระทำที่ขอบ

²⁴ Barry Larking, International Tax Glossary, p.1-2. อ้างถึงใน ชัยสิทธิ์ ตรีชาธรรม, การวางแผนภาษีอากร(Tax Planning), หน้า 10

²⁵ เรื่องเดียวกัน.

ด้วยกฎหมายแล้ว เจ้าพนักงานประเมินก็ไม่มีอำนาจที่จะปฏิเสธไม่ยอมรับนิติกรรมหรือสัญญา นั้น หลักนี้จึงแตกต่าง “หลักวัตถุประสงค์สุดท้ายเพื่อการหลบหลีกภาษีอากร (Fiscal Nullity Doctrine หรือ Ramsay Principle)” ที่ประเทศอังกฤษใช้อยู่ ซึ่งเป็นหลักที่ว่าหากวัตถุประสงค์สุดท้าย (Final Purpose) ของนิติกรรมหรือสัญญาใดมิได้เป็นวัตถุประสงค์ทางการค้า (Commercial Purpose) แต่เป็นวัตถุประสงค์เพื่อที่จะไม่ต้องเสียภาษีหรือเสียภาษีน้อยลง แต่เพียงอย่างเดียว เจ้าพนักงานประเมินย่อม มีอำนาจที่จะปฏิเสธ ไม่ยอมรับนิติกรรม หรือสัญญานั้นและประเมินเรียกเก็บภาษีตามเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณีได้ แม้นิติกรรมนั้นจะประกอบด้วยขั้นตอนต่าง ๆ ที่เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ตาม²⁶

นอกจากหลักเจตนารมณ์ของกฎหมายสำคัญกว่ารูปแบบ หลัก เนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบและหลักวัตถุประสงค์สุดท้ายเพื่อการหลบหลีกภาษีดังกล่าวมาแล้ว ประเทศต่าง ๆ ยังใช้หลักการไม่บังคับตามเจตนาลวงของคู่กรณี (Sham Transaction Principle) เป็นมาตรการในการต่อต้านการหลบหลีกภาษีอากรด้วย หลักนี้คือหลักที่ว่าหากมีการทำ นิติกรรมหรือสัญญาหรือธุรกรรมใด โดยคู่กรณีมิได้มีเจตนาที่ จะบังคับตามนิติกรรม หรือสัญญาหรือธุรกรรม นั้น แต่เป็นการทำขึ้นเพื่อลวงหรืออำพรางเจตนาที่แท้จริงเพื่อที่จะไม่ ต้องเสียภาษีหรือเสียภาษีน้อยลง ศาลหรือเจ้าพนักงานประเมินย่อมมีอำนาจที่จะปฏิเสธไม่ ยอมรับนิติกรรมหรือสัญญาหรือธุรกรรมนั้นและบังคับตามเจตนาที่แท้จริงเพื่อประเมินเรียกเก็บ ภาษีให้ถูกต้องครบถ้วนได้²⁷

จะเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายหรือ ประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีและคำพิพากษาของศาล หลักการที่เหมือนกันของ มาตรการต่อต้านการหลบหลีกภาษีอากรประการหนึ่ง คือ หากนิติกรรมหรือสัญญาหรือธุรกรรม ใดกระทำขึ้นโดยไม่มีวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ (Business Purpose) เป็นประการอื่น นิติกรรมหรือ สัญญาหรือธุรกรรมนั้นย่อมเข้าข่ายการหลบหลีกภาษีอากร ศาลย่อมมีอำนาจที่จะปฏิเสธการ

²⁶ เรื่องเดียวกัน.

²⁷ เรื่องเดียวกัน.

ได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีอากรตามนิติกรรมหรือสัญญาหรือธุรกรรมนั้นได้ และเจ้าพนักงานประเมินยอมมีอำนาจประเมินภาษีที่มีการหลบหลีกนั้นได้²⁸

2.4 หลักการภาษีอากรที่ดี

ในการบัญญัติกฎหมายภาษีอากรที่ดีนั้น มีหลักบางประการที่ควรคำนึงถึงเพื่อให้ประชาชนมีความสนใจในการเสียภาษีอากรและให้กฎหมายดังกล่าวบังคับใช้ได้มีประสิทธิภาพ กฎหมายภาษีอากรที่ดีจึงควรมีลักษณะดังนี้

2.4.1 หลักความเป็นธรรม (Equity Principle)²⁹

ภาษีอากรที่ดีนั้นจะต้องเป็นภาษีอากรที่เป็นธรรม เพราะถ้าหากการเก็บภาษีอากรเป็นไปอย่างไม่เป็นธรรมแล้ว การหลบหลีกภาษีจะมีมากแต่การจะบอกได้อย่างไรว่า ภาษีอากรควรมีโครงสร้างและรูปแบบอย่างไร จึงจะถือว่าเป็นภาษีอากรที่เป็นธรรมหลักเกณฑ์เรื่องนี้มีอยู่ 2 หลักคือ หลักความเป็นธรรมสัมบูรณ์และหลักความเป็นธรรมสัมพัทธ์

2.4.1.1 หลักความเป็นธรรมสัมบูรณ์ (The Principle of Absolute Equity)³⁰

ตามหลักนี้ระบบภาษีอากรที่เป็นธรรมจะต้องเป็นระบบภาษีอากรที่ผู้เสียภาษีทุกคนเสียภาษีอากรคนละเท่าๆกัน ถ้าหากการเก็บภาษีอากรมุ่งที่จะจุนเจือรายจ่ายของรัฐบาล จำนวนภาษีที่ผู้เสียภาษีแต่ละคนจะต้องเสีย จะเท่ากับรายจ่ายทั้งหมดของรัฐบาลหารด้วยจำนวนผู้เสียภาษีอากร เป็นต้นว่าถ้าหากรัฐบาลไทยต้องการใช้จ่ายเงินปีละ 12,000

²⁸ วุฒิสภา ตีพิมพ์, “ข้อพิจารณาบางประการจากคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับสถานประกอบการถาวร(2),” สรรพากรศาสตร์ (ฉบับเดือน กันยายน 2547): 106 – 107. อ้างถึงใน ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, การวางแผนภาษีอากร (Tax Planning), หน้า 12

²⁹ รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์ ทฤษฎีการภาษีอากร (กรุงเทพมหานคร: เคล็ดไทย, 2516), หน้า 41.

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 42.

ล้านบาท และมีจำนวนผู้ต้องเสียภาษีอากร 20 ล้านคน ผู้เสียภาษีแต่ละคนจะต้องเสียภาษีอากรเท่าๆกันคนละ 600 บาทต่อปีจึงจะถือว่าการเก็บภาษีอากรเป็นไปตามหลักความเป็นธรรมหลักนี้ อย่างไรก็ตาม การจัดเก็บภาษีอากรตามหลักความเป็นธรรมสมบูรณ์ มีข้อบกพร่องสำคัญ 3 ประการ คือ ประการแรก การจัดเก็บภาษีอากรตามหลักนี้มีได้คำนึงถึงความสามารถในการชำระภาษีอากรที่แตกต่างกันของผู้เสียภาษีแต่ละคนซึ่งกำหนดโดยปัจจัยเช่นรายได้และทรัพย์สิน เพราะยอมเป็นที่ประจักษ์ชัดว่าผู้มีรายได้สูงยอมมีกำลังความสามารถที่จะชำระภาษีอากรมากกว่าผู้มีรายได้ต่ำ ประการที่สอง การเก็บภาษีอากรตามหลักนี้อาจมีผลทำให้หนี้ภาษีมีมูลค่าสูงกว่าเงินได้ของผู้เสียภาษีอากรบางคนเพราะการถ่วงเฉลี่ยภาษีอากรที่ต้องเสียโดยเท่าเทียมกันเช่นนี้ ผู้เสียภาษีอากรที่มีรายได้ต่ำมากๆอาจไม่มีเงินจะเสีย ประการที่สาม การกำหนดให้ผู้เสียภาษีทุกคนต้องเสียภาษีอากรเท่าๆกันเช่นนี้ ย่อมทำให้ภาระภาษีของผู้มีเงินได้ต่ำสูงกว่าภาระภาษีของผู้มีเงินได้สูง

2.4.1.2 หลักความเป็นธรรมสัมพัทธ์ (The Principle of Relative Equity)³¹

โดยเหตุที่หลักความเป็นธรรมสมบูรณ์มีข้อบกพร่องดังที่ชี้ให้เห็นข้างต้น ภาษีอากรส่วนใหญ่จึงเก็บตามหลักความเป็นธรรมสัมพัทธ์ หลักดังกล่าวนี้ สามารถจำแนกเป็นหลักย่อย 2 หลัก คือ หลักความสามารถในการชำระภาษี กับหลักผลประโยชน์ที่ได้

2.4.1.2.1 หลักความสามารถในการชำระภาษี (The Ability-to-pay Principle)³²

ในขณะที่หลักความเป็นธรรมสมบูรณ์ยึดถือการเสียภาษีอากรในปริมาณที่เท่ากัน การเก็บภาษีตามหลักความสามารถในการชำระภาษียึดถือการเสียสละเป็นเกณฑ์ (Sacrifice basis) จำแนกได้เป็น 2 กรณีคือ

³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 43.

³² เรื่องเดียวกัน.

2.4.1.2.1.1 ความเป็นธรรมในแนวนอน (Horizontal Equity)³³

หมายความว่าผู้ที่มีฐานะไม่เท่าเทียมกันควรจะได้รับ การปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน กล่าวคือ ผู้ที่มีกำลังความสามารถในการชำระภาษีอากรเท่าเทียมกัน จะต้องเสียภาษีอากรเท่ากัน

2.4.1.2.1.2 ความเป็นธรรมในแนวตั้ง (Vertical Equity)³⁴

หมายความว่าผู้ที่มีฐานะไม่เท่ากัน ควรจะได้รับการ ปฏิบัติที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ผู้ที่มีกำลังความสามารถในการชำระภาษีต่างกัน ควรจะเสียภาษีอากรต่างกัน

2.4.1.2.2 หลักผลประโยชน์ที่ได้ (The Benefit Principle)³⁵

ตามหลักนี้ผู้บริโภคที่ต้องการอรรถประโยชน์จากการบริโภค สินค้าและบริการที่ผลิตโดยภาครัฐบาล จะต้องจ่ายค่าสินค้าและบริการในรูปภาษีอากร การซื้อ สินค้าและบริการประเภทนี้เป็นไปโดยความสมัครใจ ผู้ที่ได้ประโยชน์จากการบริโภคสินค้าและ บริการโดยรัฐมาก จะต้องจ่ายภาษีมากกว่าผู้ที่ได้ประโยชน์น้อย

2.4.2 ความเป็นกลาง (Neutrality Principle)³⁶

ตามหลักนี้ ภาษีอากรควรมีโครงสร้างที่เป็นกลาง กล่าวคือ จะต้องพยายาม ไม่ให้การเก็บภาษีอากรมีผลกระทบกระเทือนต่อการทำงานของกลไกตลาดหรือมีผล

³³ เรื่องเดียวกัน.

³⁴ เรื่องเดียวกัน.

³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 44.

³⁶ เรื่องเดียวกัน.

กระทบกระเทือนแต่เพียงเล็กน้อย ทั้งนี้เพื่อให้กลไกตลาดสามารถทำหน้าที่ในการจัดสรรทรัพยากรไปใช้อย่างมีประสิทธิภาพ ตามปกติการตัดสินใจทางเศรษฐกิจ เจกเช่นการซื้อสินค้าและบริการ การออมและการพักผ่อนเป็นอาทิ นั้น มักอาศัยการเปรียบเทียบต้นทุนที่เสียกับประโยชน์ที่ได้ การเก็บภาษีอากรที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ย่อมมีผลให้การเปรียบเทียบดังกล่าวนี้คลาดเคลื่อนจากที่ควรจะเป็น เพราะฉะนั้น ตามหลักความเป็นกลางภาษีอากรที่ดีควรจะเป็นภาษีอากรที่ไม่มีผลกระทบต่อต้นทุนที่เสียและประโยชน์ที่ได้สูงกว่าที่เป็นจริง โดยทั่วไปเรามักจะพิจารณาความเป็นกลางจาก ภาระส่วนเกินของการเก็บภาษี (excess burden of taxation) เพราะภาระส่วนเกินของการเก็บภาษีอากรช่วยให้เห็นว่าหนทางแห่งการเลือกของประชาราษฎร์ถูกบิดเบือนโดยกระบวนการด้านภาษีอากรเพียงใด เป้าหมายของหลักความเป็นกลางก็คือ การพยายามลดภาระส่วนเกินดังกล่าวนี้ให้เหลือน้อยที่สุด เราจะเห็นได้ว่าการเก็บภาษีเงินได้นั้นทำให้ประโยชน์ที่ประชาชนได้จากการทำงานน้อยลง การเก็บภาษีจากสุราทำให้ต้นทุนของสุราเพิ่มขึ้น โดยที่ทำให้สุราไม่มาดื่มมากขึ้น การเก็บภาษียรถยนต์ไม่แต่จะเป็นการดึงเงินออกจากภาคเอกชนเท่านั้น หากทว่ายังบิดเบือนการเลือกของผู้บริโภคระหว่างรถยนต์กับสินค้าอื่น ๆ อีกด้วย อาจมีผลทำให้ผู้บริโภคบางคนหันไปซื้อเครื่องบินและลดการบริโภคสินค้าและบริการอื่น ๆ ลง หรืออาจมีผลทำให้ผู้บริโภคบางคนหันไปซื้อรถจักรยานยนต์ จะเห็นได้ว่าการเก็บภาษีอากรบางประเภท ไม่แต่จะช่วยให้รายได้ของรัฐบาลเพิ่มขึ้นเท่านั้น หากทว่ายังมีผลในการเปลี่ยนแปลงแบบแผนการบริโภคของเอกชนอีกด้วย ทำนองเดียวกัน การเก็บภาษีอากรบางประเภทไม่แต่จะทำให้รายได้ของภาคเอกชนลดลงเท่านั้น หากทว่ายังทำให้ภาคเอกชนใช้จ่ายเงินที่เหลือไปในทางที่ทำให้สังคมไม่ได้รับสวัสดิการสูงสุด (Sub-optimality) เพราะฉะนั้น เมื่อพิจารณาตามหลักความเป็นกลางภาษีการขายทั่วไป (general sales taxes) ย่อมมีข้อดีมากกว่าการเก็บภาษีตามสภาพ (specific tax) จากสินค้าประเภทหนึ่งประเภทใดประเภทเดียว เพราะการเก็บภาษีการขายทั่วไปนั้น เราเก็บจากสินค้าและบริการที่มีการซื้อขายทุกประเภท ราคาสินค้าและบริการทุกประเภทย่อมสูงขึ้น จึงมีผลบิดเบือนการตัดสินใจเลือกซื้อสินค้าและบริการของผู้บริโภคน้อยกว่ากรณีการเก็บภาษีทางอ้อมจากสินค้าและบริการบางชนิด อย่างไรก็ตาม ในกรณีสินค้าและบริการที่ก่อให้เกิดผลเสียต่อสุขภาพและศีลธรรมอันดี มีผลกระทบต่อสังคมและสิ่งแวดล้อม มีลักษณะฟุ่มเฟือย และสินค้าหรือบริการที่ได้รับประโยชน์เป็นพิเศษจากกิจการของรัฐ เช่น บุหรี่ สุรา ยาเสพติด

เป็นอาทิ เรามักจะจงใจใช้ความไม่เป็นกลาง (non-neutrality) ของภาษีอากรเป็นเครื่องมือในการลดการบริโภคของเอกชนให้ต่ำกว่าระดับที่กลไกตลาดเอื้ออำนวยให้

2.4.3 หลักความแน่นอน (Certainty Principle)³⁷

ตามหลักนี้ ภาษีอากรที่ดีและมีประสิทธิภาพ ควรเป็นภาษีอากรที่มีลักษณะความแน่นอนโดยเฉพาะอย่างยิ่งในแง่รายได้ของรัฐบาล รายได้ของรัฐบาลที่ได้จากการเก็บภาษีอากรนั้นมักจะไม่ตรงตามที่คาดหมายไว้ ความช้อนนี้ก่อให้เกิดปัญหาร้ายแรง 2 ประการคือ ประการแรก การที่รัฐไม่อาจเก็บภาษีอากรให้ได้ตามเป้าหมายที่กำหนดไว้ ย่อมก่อให้เกิดปัญหายุงยากในการช่วยรักษาไว้ซึ่งเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ เพราะถ้าหากเราต้องการให้ระบบเศรษฐกิจมีดุลยภาพระหว่างอุปสงค์รวม (Aggregate Demand) เท่ากับอุปทานรวม (Aggregate Supply) ณ ระดับรายได้ประชาชาติที่มีการจ้างงานเต็มที่ (Full Employment GNP) ถ้าหากรัฐบาลไม่สามารถเก็บภาษีอากรในปริมาณที่จะทำให้มีดุลยภาพ ณ รายได้ประชาชาติระดับนี้ ความยุ่งยากในการรักษาและธำรงไว้ซึ่งเสถียรภาพทางเศรษฐกิจย่อมมีเป็นแน่นอน ประการที่สอง การที่รัฐบาลไม่อาจเก็บภาษีอากรให้ได้ตามเป้าหมายที่กำหนดไว้ ย่อมก่อให้เกิดปัญหายุงยากในการบรรลุเป้าหมายของเศรษฐกิจจุลภาค (Micro-economic Objective) เฉกเช่นความเป็นธรรมในแน่นอนเป็นอาทิ เหตุฉะนั้น ภาษีอากรที่ดีและมีประสิทธิภาพ จึงควรเป็นภาษีอากรที่มีลักษณะความแน่นอน ทั้งนี้ความแน่นอนของภาษีอากรมี 4 ลักษณะ

2.4.3.1 ความแน่นอนในด้านภาระภาษี (Certainty of Incidence)³⁸

ถ้าหากรัฐบาลต้องการให้ภาระภาษีตกแก่ประชากรบางกลุ่มหนึ่งกลุ่มใด ภาษีอากรที่ดีและมีประสิทธิภาพ ควรจะเป็นภาษีอากรที่ภาระตกแก่ประชาชนกลุ่มนั้น ความแน่นอนในด้านภาระภาษีจึงเป็นลักษณะหนึ่งของภาษีอากรที่ดีและที่มีประสิทธิภาพ เป็นต้นว่า ถ้าหากรัฐบาลต้องการให้สุขภาพอนามัยของประชาชนดีขึ้นด้วยการลดการบริโภคสุรา ภาษีสุรา

³⁷ เรื่องเดียวกัน หน้า 46.

³⁸ เรื่องเดียวกัน หน้า 47.

ที่เรียกเก็บจะได้ชื่อว่าเป็นภาษีอากรที่มีประสิทธิภาพก็ต่อเมื่อภาระภาษีดังกล่าวนี้มีผลให้มีการลดการตีมูลค่า เพราะฉะนั้นมีความจำเป็นที่เราจะต้องรู้ภาระภาษีที่มีประสิทธิผล (Effective Incidence) ของภาษีอากรประเภทต่าง ๆ เพื่อจะได้พิจารณาถึงความแน่นอนของภาระภาษีที่มีประสิทธิผลว่าจะมีการผลักภาระภาษีได้มากน้อยเพียงใด ไม่ว่าจะเป็นการผลักภาระภาษีไปข้างหน้าหรือการผลักภาระภาษีไปข้างหลัง

2.4.3.2 ความแน่นอนของหนี้ภาษี (Certainty of Liability)³⁹

ภาษีอากรที่ดีและที่มีประสิทธิภาพควรจะเป็นภาษีอากรที่มีความง่ายและความแน่นอนในการประเมินหนี้ภาษีอากร ภาษีอากรประเภทต่าง ๆ มีความง่ายและความแน่นอนในการประเมินหนี้ภาษีอากรแตกต่างกัน ภาษีอากรบางประเภทมีมูลค่าของฐานภาษีไม่คงที่ เช่น ภาษีทรัพย์สิน (wealth tax) เพราะฉะนั้นจึงไม่แต่จะยากลำบากในการประเมินหนี้ภาษีเท่านั้น หากทว่ายังมีความไม่แน่นอนเกี่ยวกับปริมาณหนี้ภาษีอีกด้วย ผู้เสียภาษีเองก็ไม่ทราบแน่ชัดว่าตนต้องเสียภาษีจำนวนเท่าใด เพราะการประเมินมูลค่าทรัพย์สินขึ้นอยู่กับอำนาจของพนักงานภาษีอากรของรัฐเป็นอันมาก ทำนองเดียวกัน ถ้ามีการเก็บภาษีรถยนต์ในอัตราที่แตกต่างกันระหว่างรถยนต์ที่ใช้ประกอบธุรกิจกับในทางส่วนตัว คนที่มีรถยนต์ไว้ใช้ทั้งในการประกอบธุรกิจและในทางส่วนตัวย่อมไม่ทราบแน่ชัดว่า ตนต้องเสียภาษีจำนวนเท่าใด ภาษีอากรในลักษณะเช่นนี้ยังเปิดช่องให้มีการทุจริตได้ง่ายอีกด้วย

2.4.3.3 ความแน่นอนในการลดเงินได้ของเอกชน⁴⁰

ถ้าหากเราต้องการใช้ภาษีอากรเป็นเครื่องมือในการลดการใช้จ่ายของเอกชน เพื่อเป้าหมายด้านเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ ภาษีอากรที่ดีและที่มีประสิทธิภาพควรจะเป็นภาษีอากรที่สามารถลดเงินได้ของเอกชนอย่างมีประสิทธิภาพตามเป้าหมายที่กำหนดไว้ ในการนี้มีความจำเป็นที่จะต้องรู้ อัตราการหลบหลีกภาษีอากร (evasion ratio) ของภาษีอากร

³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 48.

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน.

ประเภทต่าง ๆ ภาษีเงินได้มักเป็นภาษีที่มีอัตราการหลบหลีกภาษีสูง ทั้งนี้ก็เพราะประชาชนมักจะไม่ได้เปิดเผยรายได้ที่แท้จริง ๆ

2.4.3.4 ความแน่นอนเกี่ยวกับการประมาณการรายได้จากภาษีอากร (Fiscal Marksmanship)⁴¹

ความแน่นอนเกี่ยวกับการประมาณการรายได้ที่รัฐบาลจะได้จากภาษีอากรนั้น ขึ้นอยู่กับความสามารถในการพยากรณ์มูลค่าของตัวแปรค่าของเศรษฐกิจมหภาคและเศรษฐกิจจุลภาค ที่มีอิทธิพลต่อการเปลี่ยนแปลงรายได้ที่รัฐได้จากภาษีอากร เป็นต้นว่า ความแน่นอนเกี่ยวกับภาษีเงินได้ที่รัฐจะเก็บได้นั้น ขึ้นอยู่กับความสามารถในการทำนายรายได้ของประชากรในรัฐ หรือ ถ้าหากจะคำนวณจำนวนภาษีที่เก็บจากรถยนต์ การคำนวณเช่นนี้จะเที่ยงตรงเพียงใด ขึ้นอยู่กับความสามารถในการประมาณการจำนวนรถยนต์ที่มีการซื้อขาย

2.4.4 หลักความประจักษ์แจ้ง (Evidence Principle)⁴²

ตามหลักนี้ ภาษีอากรที่ดีและที่มีประสิทธิภาพนั้น ควรจะเป็นภาษีอากรที่ผู้เสียภาษีประจักษ์และตระหนักในภาษีอากรที่ตนต้องเสีย ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถึงรายจ่ายของรัฐบาลกับรายได้จากภาษีอากรในระยะยาวแล้ว ภาษีอากรโดยข้อเท็จจริง เป็นราคาที่ประชาชนจ่ายเพื่อสินค้าและบริการที่ผลิตโดยรัฐบาลในระบอบประชาธิปไตย หน้าที่ของภาษีอากรประการหนึ่งก็คือ การให้ข้อมูลเกี่ยวกับต้นทุนของสินค้าและบริการที่ผลิตโดยภาครัฐบาลเพื่อช่วยให้ผู้บริโภคสามารถตัดสินใจได้ว่า คนต้องการบริโภคสินค้าสาธารณะ (public goods) จริง ๆ เท่าใด และต้องการ ให้มีการกระจายเงินได้ใหม่จริง ๆ เท่าใด เพราะฉะนั้น หากภาษีอากรยังมีความประจักษ์แจ้งเท่าใด ประชาชนย่อมมีข้อมูลประกอบการลงคะแนนเสียงเกี่ยวกับขนาดของภาครัฐบาลได้ยิ่งมากเท่านั้น ความประจักษ์แจ้งของภาษีอากรประเภทต่าง ๆ แตกต่างกันอย่างมาก เป็นต้นว่า ภาษีเงินได้ซึ่งเก็บจากปัจเจกชนโดยตรงมีความประจักษ์แจ้งมาก ในขณะที่ภาษีการจ้างงาน (payroll tax) มีความประจักษ์แจ้งมาก เพราะอาจมีการผลักภาระภาษีกันได้

⁴¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 49.

⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 50.

ภาษีประเภทนี้มีส่วนช่วยจุนเจือรายจ่ายของรัฐบาล โดยที่ ประชาชน ไม่ประจักษ์แจ้งเกี่ยวกับต้นทุน อย่างไรก็ตาม ความประจักษ์แจ้ง ของภาษีอากรมิใช่ของดีเสมอไป ในยามสงครามซึ่งต้องการรายรับจุนเจือรายจ่ายอันมาก ทั้งการรักษาฝั่งขวัญกำลังใจของประชาชนก็เป็นสิ่งสำคัญ อาจเป็นการเหมาะสมที่จะเก็บ ภาษีอากรในรูปที่ ประชาชน ไม่ประจักษ์แจ้ง ในการผลิตสินค้าที่เป็นคุณ (merit goods) บางประเภท หากภาษีอากรที่เก็บ เพื่อให้รัฐนำมาใช้ในการผลิตสินค้าประเภทนี้ มีลักษณะความประจักษ์แจ้ง อาจมีผลให้มีการผลิตในปริมาณที่ต่ำกว่าปริมาณอันเหมาะสมในแง่ของสังคมโดยรวม (social optimum output) เพราะบางที่ประชาชนอาจไม่รู้ถึงคุณประโยชน์ที่แท้จริงของสินค้าประเภทนี้

2.4.5 หลักประสิทธิภาพในการบริหาร(Administrative Efficiency Principle)⁴³

ตามหลักนี้ ภาษีอากรที่ดีและที่มีประสิทธิภาพ ควรเป็นภาษีอากรที่เสียต้นทุนในการจัดเก็บ (collection cost) ต่ำ ความแตกต่างระหว่างต้นทุนในการจัดเก็บภาษีอากรประเภทต่างๆมีอยู่เป็นอันมาก ภาษีค่าผ่านทาง (road toll) นั้น ต้องเสียต้นทุนในการจัดเก็บค่อนข้างสูง ในประเทศที่ประชากรส่วนใหญ่มีอัตราการอ่านออกเขียนได้ต่ำ การจัดเก็บภาษีเงินได้จะทำได้ยาก มิฉะนั้นจะต้องจ้างพนักงานสรรพากรจำนวนมาก ในการประเมินภาษีของผู้มีเงินได้ ซึ่งจะทำให้ต้องเสียต้นทุนการจัดเก็บภาษีสูงมาก ประสิทธิภาพในการบริหารจัดการเก็บภาษี ไม่ควรจะพิจารณาเฉพาะจากต้นทุนการจัดเก็บที่รัฐบาลเสียแต่ฝ่ายเดียว เพราะผู้เสียภาษีเองก็ต้องเสียต้นทุนในการเสียภาษีด้วย นับตั้งแต่ค่าเดินทางเพื่อไปชำระภาษี ตลอดจนเวลาที่เสียไปในการนี้และการกรอกแบบฟอร์มต่างๆ ในบางกรณีเอกชนต้องเสียค่าทนายความและนักบัญชีเพื่อช่วยประเมินภาษีบางประเภท และในบางกรณี รัฐบาลอาจโยนภาระต้นทุนการจัดเก็บภาษีแก่เอกชน เช่น การเก็บภาษีเงินได้ หักจากเงินได้ ณ ที่จ่าย เป็นอาทิ ต้นทุนการบริหารจัดเก็บภาษี (administrative cost) ไม่ว่าจะเสียโดยรัฐบาลหรือ โดยเอกชนไม่แต่จะชี้ให้เห็นถึงประสิทธิภาพในการจัดเก็บภาษีเท่านั้น หากทว่ายังมีส่วนช่วยชี้ให้เห็นประสิทธิผลของภาษีอากรที่เรียกเก็บในการบรรลุเป้าหมายที่กำหนดไว้ โดยเฉพาะเป้าหมายการรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจอีกด้วย เพราะเหตุว่า ถ้าหากมุ่งเก็บภาษีอากรเพื่อลดแรงกดดันของภาวะเงินเฟ้อด้วยการลดการใช้จ่ายของภาคเอกชน แต่ถ้าหากต้นทุนการ

⁴³ เรื่องเดียวกัน หน้า 51.

บริหารการจัดเก็บภาษีอากรที่จ่ายไปนั้น ก่อให้เกิดแรงกดดันของภาวะเงินฝืด (deflationary effects) ที่เกิดจากการเก็บภาษีอากรแล้ว ภาษีอากรประเภทนั้นย่อมก่อความระส่ำระสายแก่ระบบเศรษฐกิจมากกว่าที่จะช่วยรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจตามที่คาดหวังไว้

2.4.6 หลักผลการจำกัดรายจ่ายสุทธิ(Net Expenditure Restraining Effect

Principle)⁴⁴

หลักการดังกล่าวนี้เป็นความเห็นของนายนิโคลัส คาลดอร์ (Nicholas Kaldor) นายคาลดอร์เชื่อว่า จุดมุ่งหมายหลักของการเก็บภาษีอากรก็คือการลดการใช้จ่ายของเอกชน เพราะฉะนั้น ภาษีอากรที่ดีและที่มีประสิทธิภาพจึงควรเป็นภาษีอากรที่มีผลในการลดรายจ่ายของเอกชน การลดรายจ่ายของเอกชนจะทำได้มากน้อยเพียงใด ย่อมขึ้นอยู่กับแนวโน้มหน่วยสุดท้ายในการบริโภค (marginal propensity to consume) ของผู้เสียภาษีแต่ละคน แต่โดยเหตุที่แนวโน้มหน่วยสุดท้ายในการบริโภคของผู้เสียภาษีแต่ละคนแตกต่างกัน เพราะฉะนั้นการเก็บภาษีอากรจะช่วยลดการใช้จ่ายของเอกชนได้มากน้อยเพียงใด ย่อมขึ้นอยู่กับว่า ภาษีอากรเรียกเก็บจากจากประชาชนกลุ่มใด นายคาลดอร์ เรียกผลการจำกัดรายจ่ายสุทธินี้ว่า “ประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ” (economic efficiency) ของการเก็บภาษีอากร ซึ่งกินความหมายกว้างเกินกว่าที่ควร เพราะประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจของการเก็บภาษีอากรนั้นนอกจากจะพิจารณาจากผลการจำกัดรายจ่ายสุทธิแล้ว น่าจะพิจารณาจากหลักเกณฑ์อื่นๆที่กล่าวมาก่อนหน้านี้ด้วย

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 52

บทที่ 3

บทบัญญัติในกฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่าย ในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กร

3.1 บทบัญญัติในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการใช้ผลขาดทุนสุทธิ มา ถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กร

โดยทั่วไปนิติบุคคลจะถูกถือเป็นหน่วยภาษีแยกต่างหาก การเปลี่ยนแปลงตัวผู้ถือหุ้น
หรือการเปลี่ยนแปลงลักษณะของธุรกิจที่ดำเนินอยู่จะไม่ส่งผลใดๆกับความเป็นหน่วยภาษีของ
นิติบุคคล อย่างไรก็ตามการเกิดขึ้นควบคู่กันของทั้งสองปัจจัยดังกล่าว อาจส่งผลกระทบต่อทาง
ภาษีแก่นิติบุคคลได้ ถึงแม้ว่านิติบุคคลนั้นจะยังคงดำรงอยู่ต่อไปก็ตาม

กฎหมายภาษีของสหรัฐอเมริกาได้มีบทบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับการอนุญาตและการ
จำกัดการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ โดยมีพัฒนาการของ
บทบัญญัติดังต่อไปนี้

3.1.1 พัฒนาการของบทบัญญัติเกี่ยวกับการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่าย ในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กรช่วงระยะเวลาก่อนปี ค.ศ. 1954¹

โดยแรกเริ่มนั้นบทบัญญัติเกี่ยวกับการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายใน
การคำนวณกำไรสุทธิถูกบังคับใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1918 โดยอนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็น
รายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในปีภาษีก่อนหน้าและปีภาษีถัดไปได้ 1 ปี ต่อมาจึงได้ขยาย
ระยะเวลาเป็นให้ใช้ผลขาดทุนสุทธิในปีภาษีก่อนหน้าได้ 3 ปี และปีภาษีถัดไปได้ 20
ปีดังเช่นในประมวลกฎหมายฉบับปัจจุบัน บทบัญญัติดั้งเดิมนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อกระจายความ
เป็นผลร้าย (harshness) ของระบบปีภาษีที่อนุญาตให้ผู้เสียภาษีนำผลขาดทุนสุทธิ ที่เกิด
ขึ้นมาหักถือเป็นรายจ่ายที่หักได้เฉพาะกับรายรับในปีภาษีนั้นเท่านั้น คณะวุฒิสมาชิกด้าน
การเงิน (The Senate Finance Committee) ยังได้กล่าวถึงถึงเหตุผลของเรื่องนี้ในการพัฒนา
พระราชบัญญัติปี 1986 อีกว่า ผู้เสียภาษีควรจะได้รับอนุญาตให้เฉลี่ยรายรับและผลขาดทุน

¹ Daniel L. Simmons. "NET OPERATING LOSSES AND SECTION 382: SEARCHING FOR A LIMITATION
ON LOSS CARRYOVERS". TULANE LAW REVIEW (May, 1989):.

ในช่วงระยะเวลาหลายปีเพื่อที่จะลดความแตกต่างระหว่างภาษีของธุรกิจที่มีรายรับค่อนข้างคงที่ กับธุรกิจที่มีรายรับผันผวน

การตัดสินของศาลในระยะแรก ยังยึดมั่นกับการบังคับใช้กรอบความคิดแบบเฉลี่ย (averaging concept) โดยเคร่งครัด และคงจำกัดให้นำผลขาดทุนสุทธิ มาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิข้ามปีภาษียังคงเป็นสิทธิที่จำกัดอยู่กับผู้เสียภาษีที่ก่อให้เกิดผลขาดทุนสุทธินั้นเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ในคดี *New Colonial Ice Co. v. Helvering* ศาลสูงได้ปฏิเสธมิให้มีการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของบริษัทที่ได้ทำการปรับโครงสร้างองค์กรโดยมีใบอนุญาตใหม่ ถึงแม้ว่าธุรกิจของบริษัทนั้นจะยังคงดำรงต่อในบริษัทที่เกิดขึ้นใหม่โดยผู้ถือหุ้นเดิม ศาลได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งของผู้เสียภาษีว่าการดำรงต่อของธุรกิจไม่ขาดตอนโดยการโอนกิจการจากบริษัทเก่ามายังบริษัทใหม่ ดังนั้นศาลจึงได้ปฏิเสธที่จะเพิกเฉยการพิจารณาของสองนิติบุคคลและกลุ่มผู้ถือหุ้นแยกจากกัน ศาลมองว่าผู้เสียภาษีที่มีผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลเดิมมิใช่หน่วยภาษีเดียวกับนิติบุคคลที่เกิดขึ้นใหม่อันพึงจะใช้ผลขาดทุนสุทธิในการคำนวณกำไรสุทธิได้

ถึงแม้ว่าหลักการจำกัดผลขาดทุนสุทธิอย่างเคร่งครัดที่ถูกใช้ในคดี *New Colonial Ice Co. v. Helvering* จะได้ป้องกันการโอนย้ายผลขาดทุนสุทธิไปยังหน่วยนิติบุคคลใหม่ แต่ศาลก็มีการตัดสินอนุญาตให้โอนย้ายผลขาดทุนสุทธิไปยังผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลในบางกรณี ดังเช่นผลในคดี *Alprosa Watch Corp. v. Commissioner* ที่ผู้ถือหุ้นของ บริษัท ที่มีผลขาดทุนสามารถจะรักษาผลขาดทุนสุทธิและเครดิตภาษีกำไรส่วนเกินข้ามปีภาษี ถึงแม้ว่าบริษัทนั้นจะเลิกประกอบกิจการเดิมทันที ย้ายสถานประกอบการ และเปลี่ยนชื่อบริษัท แต่ศาลภาษีได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งของกรมสรรพากรซึ่งอิงตามคดี *Gregory v. Helvering* ว่าบริษัทใหม่ควรจะถูกเพิกเฉยสำหรับเรื่องวัตถุประสงค์ทางภาษีด้วยเหตุธุรกรรมนั้นไม่ได้เกิดขึ้นจริงและไม่มีเหตุผลทางธุรกิจ และแทนที่ศาลจะปรับใช้หลักการก่อตั้งนิติบุคคลว่านิติบุคคลและผู้ถือหุ้นเป็นหน่วยภาษีที่แยกต่างหากจากกัน ศาลได้สรุปว่าการเปลี่ยนเจ้าของหุ้นไม่ได้ก่อให้เกิดลักษณะของนิติบุคคลใหม่ (new corporate personality) ดังนั้นนิติบุคคลจึงได้รับอนุญาตให้หักล้างเงินได้ของกิจการใหม่ด้วยผลขาดทุนสุทธิที่เกิดขึ้นจากธุรกิจเดิม ผลขาดทุนสุทธิจึงถูกย้ายจากผู้ถือหุ้นเดิมมายังผู้ถือหุ้นใหม่

การตัดสินในคดี *Alprosa Watch Corp. v. Commissioner* เป็นการเน้นให้เห็นถึงความล้มเหลวของความพยายามครั้งแรกของสภาองค์การที่จะจำกัดการโอนย้ายผลขาดทุนสุทธิ ต่อมาในมาตรา 129 ของพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ ค.ศ. 1943 (ต่อมาคือมาตรา 269 ของประมวลรัษฎากร ของประเทศสหรัฐอเมริกา) จึงกำหนดหลักเกณฑ์ว่า ถ้าบุคคลใดได้มาซึ่งอำนาจควบคุมนิติบุคคล หรือนิติบุคคลใดได้มาซึ่งสินทรัพย์ของอีกนิติบุคคลซึ่งไม่ได้ถูกควบคุมโดยนิติบุคคลผู้เข้าซื้อก่อนการเข้าซื้อกิจการ และวัตถุประสงค์หลักของการเข้าซื้อกิจการ เช่นนั้นถูกทำขึ้นเพื่อหนีภาษีหรือหลบหลีกภาษีเงินได้หรือภาษีกำไรส่วนเกินโดยการรักษาผลประโยชน์ในการหักรายจ่าย เครดิตภาษี หรือค่าลดหย่อนอื่นใดที่บุคคลนั้นหรือนิติบุคคลนั้นไม่ควรจะได้รับ ผลประโยชน์ในการหักรายจ่าย เครดิตภาษี หรือค่าลดหย่อนอื่นใดนั้นจะไม่ได้รับอนุญาตให้นำมาใช้ในการคำนวณได้

บทบัญญัตินี้มีความตั้งใจที่จะ “ทำให้หมดสิ้นไปสำหรับตลาดในการซื้อขายผลประโยชน์ของนิติบุคคลหรือทรัพย์สินโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลดเงินได้หรือความรับผิดชอบภาษีกำไรส่วนเกิน” ประจักษ์ของบทบัญญัตินี้ยังคงยึดอยู่กับคดี *New Colonial Ice Co. v. Helvering* สภาองค์การมีความตั้งใจให้บทบัญญัติเกี่ยวกับการนำผลขาดทุนสุทธิ มาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิข้ามปีภาษีเป็นเสมือนเครื่องมือเฉลียวฉลาดสำหรับธุรกิจที่ดำเนินต่อไป ธุรกิจที่พยายามจะใช้ผลประโยชน์จากการโอนย้ายผลขาดทุนสุทธิข้ามปีภาษีจึงถูกมองว่าเป็นการหลบหลีกภาษี

ธุรกรรมในคดี *Alprosa Watch Corp. v. Commissioner* เกิดขึ้นก่อนวันบังคับใช้ตัวบทกฎหมายปี 1944 ถึงกระนั้นศาลก็ยังคงแสดงออกถึงความสงสัยของการบังคับใช้มาตรา 129 ของพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ ค.ศ. 1943 ว่า “มาตรานั้นเหมือนจะห้ามการนำมาถือเป็นรายจ่าย เครดิตภาษีหรือค่าลดหย่อน เฉพาะโดยบุคคลหรือนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการและห้ามการใช้สิ่งเหล่านี้โดยนิติบุคคลผู้ถูกเข้าควบคุมเท่านั้น” และศาลยังได้พบว่าผู้ถือหุ้นผู้เข้าซื้อกิจการมีวัตถุประสงค์ทางธุรกิจเพียงพอในการเข้าซื้อกิจการเช่นนั้น ถึงแม้ว่าเจ้าของใหม่จะ “มิได้ไม่ตระหนักถึงผลประโยชน์ทางภาษีที่อาจเกิดขึ้นผ่านการเข้าซื้อกิจการ” และข้อมูลที่บันทึกก็ไม่ได้สนับสนุนว่าการหลบหลีกภาษีเป็นแรงจูงใจหลัก

คดี *Alprosa Watch Corp. v. Commissioner* จึงได้สร้างบรรทัดฐานในการบังคับใช้มาตรา 269 ว่าตราบใดที่ผู้เสียภาษีสามารถพิสูจน์ได้ว่า มีวัตถุประสงค์ทางธุรกิจเป็น

แรงจูงใจหลักในการเข้าซื้อกิจการ การจำกัดผลขาดทุนสุทธิก็จะมีผล รัฐต้องเป็นฝ่ายที่พิสูจน์ว่าการหลบหลีกภาษีนั้นเป็นวัตถุประสงค์หลักของธุรกรรมที่ทำให้บทบัญญัติไม่มีผลนั้น

การตัดสินคดี Libson Shops, Inc. V. Koehler ในปี ค.ศ. 1957 ศาลสูงได้ปรับใช้หลักการจำกัดการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ ที่กว้างกว่าเดิมและอาจมีประสิทธิภาพกว่าเดิม ศาลปฏิเสธการอนุญาตให้บริษัทนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิที่เกิดขึ้นจากการควบรวมนิติบุคคล 17 บริษัทซึ่งทั้งหมดเป็นเจ้าของโดยผู้ถือหุ้นกลุ่มเดียวกันและประกอบธุรกิจในสายงานเดียวกัน บริษัทที่คงอยู่ได้ผลขาดทุนสุทธิจากสามบริษัทที่ได้เข้าควบรวมด้วยและนำไปถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิตบกับเงินได้ของกิจการที่ได้ควบรวมกันแล้ว โดยผู้เสียภาษีได้อ้างข้อโต้แย้งตามคดี *Helvering v. Metropolitan Edison Co.*, ว่านิติบุคคลนั้นได้เกิดขึ้นจากการควบรวมกิจการตามรูปแบบของกฎหมายจึงเป็นหน่วยภาษีเดียวกับส่วนประกอบเดิมของบริษัทที่เกิดขึ้น ผู้เสียภาษีได้ให้เหตุผลว่าสิทธิทางภาษีต่าง ๆ เช่น ผลขาดทุนสุทธิ ควรที่จะยังคงอยู่หลังจากการควบรวมกิจการ ฝ่ายรัฐก็ได้โต้แย้งตามคดี *New Colonial Ice Co. Helvering* ว่าผลขาดทุนสุทธินั้นควรจะสามารถใช้ประโยชน์ได้เฉพาะนิติบุคคลที่เป็นผู้ก่อให้เกิดผลขาดทุนนั้นเท่านั้น

ศาลได้ปฏิเสธการนำพาของคู่กรณีที่จะให้ศาลต้องตัดสินเลือกระหว่างหลักบรรทัดฐานของศาลทั้งสองหลักนี้และแทนที่ศาลจะปรับใช้หลักการทดสอบการดำเนินต่อของธุรกิจซึ่งฝ่ายรัฐได้เสนอให้เป็นทางเลือก ศาลได้ตัดสินว่านิติบุคคลที่คงอยู่นั้นไม่มีสิทธิที่จะนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิข้ามปีภาษีเพราะเงินได้ที่จะนำมาหักล้างนั้นไม่ได้เกิดขึ้นจากธุรกิจที่มีสาระสำคัญเดียวกัน (substantially the same business) กับธุรกิจที่ก่อให้เกิดผลขาดทุน การที่ศาลได้มีคำตัดสินเช่นนี้ ศาลปรับใช้หลักทฤษฎีดั้งเดิมของการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิตบกับบทบัญญัติที่อนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิข้ามปีภาษีนั้นมิขึ้นเพื่อเฉลี่ยความผันผวนของเงินได้ภายในระยะเวลาที่ยาวนานกว่าหนึ่งปี ศาลจึงได้สรุปว่าการเฉลี่ยนั้นถูกจำกัดโดยความผันผวนของรายได้จากกิจการเดียวเท่านั้นและไม่สามารถที่จะค้นหาข้อซึ่งบังได้ในประวัติศาสตร์การร่างกฎหมายได้ว่า บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการอนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิข้ามปีภาษีนี้ถูกสร้างขึ้นเพื่ออนุญาตให้มีเฉลี่ยผลขาดทุนระหว่างธุรกิจที่ก่อให้เกิดผลขาดทุนก่อนการควบรวมกิจการ กับเงินได้ที่เกิดจากธุรกิจอื่น หลังจากการควบรวมกิจการซึ่งได้ประกอบกิจการและเสียภาษีแยกต่างหากจากกันก่อนการควบ

รวมกิจการ ทำให้เห็นได้ว่าสภาของเกรสนั้นคำนึงถึงเรื่องการเฉลี่ยเงินได้ของธุรกิจเดี่ยวเท่านั้น ดังนั้นบรรทัดฐานจากคดี Libson Shops, Inc. V. Koehler จึงได้ทำลายหลัก การอนุญาตให้ โอนย้ายผลขาดทุนสุทธิที่ได้ถูกอนุญาตโดยบรรทัดฐานของคดี Alprosa Watch Corp. v. Commissioner

เมื่อนำมารวมกันแล้วหลักบรรทัดฐานคดี New Colonial Ice Co. v. Helvering และ Libson Shops, Inc. V. Koehler ได้จำกัดการใช้ประโยชน์ในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิไว้กับหน่วยภาษีที่ก่อให้เกิดผลขาดทุน ขึ้นเท่านั้นและ อนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิข้ามปีภาษีเฉพาะ ในกรณีที่หน่วยภาษีนั้นดำเนินธุรกิจที่ก่อให้เกิดผลขาดทุนนั้นต่อไป ผู้ถือหุ้นที่ไม่มีผลประโยชน์ของความเป็นเจ้าของจึงไม่สามารถใช้ผลประโยชน์จากการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่าย ในการคำนวณกำไรสุทธิของนิติบุคคลนั้นได้ ถึงแม้ส่วนทุนที่แท้จริงของผู้ถือหุ้นนั้นจะเป็นสิ่งที่ แปรผันภาระผลขาดทุนทางเศรษฐกิจนั้นไว้ จากผลการวิเคราะห์นี้ บรรทัดฐานคดี New Colonial Ice Co. v. Helvering และ Libson Shops, Inc. V. Koehler จึงอนุญาตให้สามารถ โอนย้ายผลขาดทุนสุทธิเฉพาะเพียงผ่านการ ขายหุ้นของนิติบุคคลไปยังผู้ซื้อ กิจการที่มีความประสงค์ที่จะ ดำเนินธุรกิจเดิมของนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิอยู่ต่อไปในรูปของ นิติบุคคลเดิม และจะถูกบังคับเพียงแต่การจำกัดการหลบหลีกภาษีที่มีความไม่แน่นอนตามมาตรา 269 และหลักบรรทัดฐานก่อนหน้าเท่านั้น ผู้ถือหุ้นจึงสามารถโอนผลขาดทุนสุทธิผ่านการขาย หุ้นไปยังผู้ซื้อกิจการที่ประสงค์จะปรับราคาซื้อขายให้สะท้อนกับมูลค่าของผลขาดทุนสุทธิที่มีอยู่ ได้

อย่างไรก็ตาม ภายใต้แนวบรรทัดฐานการตัดสินคดีก่อนปี ค.ศ. 1954 ผู้ถือหุ้นที่ยังคงอยู่ของนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนที่ยังคงต้องการจะดำเนินธุรกิจของนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนต่อไปหลังจากการควบรวมกับกิจการที่มีผลกำไรแล้วจะไม่สามารถนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการหักล้างกับเงินได้ที่ได้รับของนิติบุคคลที่ควบรวมกันแล้วได้ โดยเฉพาะภายใต้ บรรทัดฐาน คดี New Colonial Ice Co. v. Helvering ซึ่งนิติบุคคลใหม่ที่เกิดจากการควบรวมของนิติบุคคลที่มีผลขาดทุน จะไม่สามารถรักษารักษาผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนเดิมไว้ได้แม้กระทั่งผู้ถือหุ้นเดิมจะดำเนินกิจการที่ก่อให้เกิดผลขาดทุนนั้นต่อไป สภาของเกรสได้รับรู้ถึงปัญหานี้และแก้ไขบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้ผลขาดทุนสุทธิในการคำนวณกำไรสุทธิในประมวลรัษฎากรฉบับปี ค.ศ. 1954 (Internal Revenue Code of 1954)

ซึ่งถูกบังคับใช้สามปีก่อนที่คดี *Libson Shops, Inc. v. Koehler* จะถูกตัดสิน ผลของประมวลฉบับปี ค.ศ. 1954 นี้จึงทำให้ขอบเขตของบรรทัดฐาน *Libson Shops, Inc. v. Koehler* ไม่เคยถูกพัฒนาอย่างเต็มที่

3.1.2 พัฒนาการของบทบัญญัติเกี่ยวกับการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กรหลังการบังคับใช้ประมวลรัษฎากรฉบับปี ค.ศ. 1954

เนื่องจากในช่วงระยะเวลาหลังปี ค.ศ. 1954 จนถึงก่อน ปี ค.ศ. 1987 นี้เป็นช่วงเปลี่ยนผ่านที่สำคัญในการเริ่ม อนุญาตให้ใช้ผลขาดทุนสุทธิในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กรและบังคับใช้บทบัญญัติในการจำกัดการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ จึงขอเสนอเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนของภาพรวมและส่วนของบทบัญญัติในการจำกัดการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กร ดังนี้

3.1.2.1 ภาพรวม²

ประมวลรัษฎากรฉบับปี ค.ศ. 1954 ได้ปฏิเสธรรทัดฐานคดี *New Colonial Ice Co. v. Helvering* และส่งผลให้มีการเพิ่มการโอนผลขาดทุนสุทธิมากขึ้น มาตรา 381 ของประมวลฉบับปี ค.ศ. 1954 ได้มีขึ้นเพื่อการโอนสิทธิทางภาษีของนิติบุคคล ในกรณีของการเข้าซื้อสินทรัพย์ของนิติบุคคลโดย อีกนิติบุคคลที่มีการเลิกกิจการของบริษัทลูกที่ถูกควบคุมโดยการถือหุ้นอยู่ร้อยละ 80 หรือในธุรกรรมที่ถูกระบุว่าเป็นการปรับโครงสร้างองค์กร บทบัญญัตินี้ถูกบังคับเพื่อให้นิติบุคคลผู้รับสืบทอดกิจการสามารถสวมสิทธิทางภาษีของนิติบุคคลเดิมโดยปราศจากเงื่อนไขตามกฎหมายที่ไม่จำเป็น ดังนั้นประมวลฉบับปี ค.ศ. 1954 จึงอนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไร สุทธิกับนิติบุคคลที่ยังคงอยู่ของผู้เสียภาษีที่ก่อให้เกิดผลขาดทุน ธุรกรรมตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 381 แสดงเหตุให้เห็นว่าจะไม่มีการรับรู้ถึงผลได้และผลขาดทุน (no gain no loss is recognized) ของผู้เกี่ยวข้อง

² Daniel L. Simmons. "NET OPERATING LOSSES AND SECTION 382: SEARCHING FOR A LIMITATION ON LOSS CARRYOVERS". *TULANE LAW REVIEW* (May, 1989):.

ในรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติว่าการดำเนินต่อของกิจการยังไม่ใช้เวลาที่เหมาะสมในการเสียภาษี การดำเนินต่อของกิจการภายใต้รูปแบบของธุรกรรมการปรับโครงสร้างองค์กรเหล่านี้สะท้อนออกมาในรูปแบบของการดำเนินต่อของสิทธิทางภาษีของนิติบุคคลที่เข้าซื้อกิจการหรือนิติบุคคลที่เกิดขึ้นจากการควบรวมกิจการ ดังนั้นประมวลฉบับปี ค.ศ. 1954 จึงปรับใช้หลักที่เคยถูกปฏิเสธโดยศาลสูงในคดี *New Colonial Ice Co. v. Helvering* และต่อมาถูกยืนยันโดยผู้เสียภาษีในคดี *Libson Shops, Inc. V. Koehler* ว่าผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นเจ้าของส่วนของทุนอันได้รับผลจากการขาดทุนของกิจการนั้นควรเป็นผู้ครอบครองสิทธิประโยชน์ทางภาษีของผลขาดทุนสุทธินั้นผ่านนิติบุคคลใหม่

การบังคับใช้ของมาตรา 381 ของประมวล รัษฎากร ฉบับปี ค.ศ. 1954 นั้นทำให้สถานะของ สิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ มันคงขึ้นจนเป็นเหมือนสินทรัพย์ที่วัดมูลค่า ได้ ผู้ถือหุ้นที่เป็นเจ้าของส่วนของทุนซึ่งแบกรับภาระผลขาดทุนของนิติบุคคล ไปได้สามารถที่จะได้รับการชดเชยผลขาดทุนบางส่วนด้วยการขายหุ้นให้กับผู้ซื้อที่เต็มใจจะจ่ายส่วนล้ามูลค่าสำหรับผลประโยชน์ทางภาษีที่จะได้รับในอนาคตที่เป็นไปได้จากผลขาดทุนสุทธิ มาตรา 381 ได้ขยายขอบเขตของธุรกรรมซึ่งอนุญาตให้ นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิไปถึง กิจการที่มีผลกำไร อันสามารถก่อให้เกิดเงินได้ที่ไม่ต้องเสียภาษีโดยการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ หรือการเลิกกิจการ ของนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนในการ ควบ เข้า รวมกับ กิจการที่มีผลกำไรโดยการเปลี่ยนเจ้าของ และขยายขอบเขตไปถึงธุรกรรมที่ผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสามารถโอนย้ายสิทธิในการนำขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ หลักของมาตรา 381 จึงเบี่ยงเบนไปจากเหตุผลในการเฉลี่ยผลขาดทุนสุทธิและแทนที่โดยนโยบายที่อนุญาตให้ผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนจะสามารถชดเชยผลขาดทุนส่วนหนึ่งได้ ผลที่เกิดขึ้นคือผลขาดทุนสุทธิการเป็นสินทรัพย์ของนิติบุคคลที่ทำการซื้อขายได้

ผู้ร่างประมวลฉบับปี ค.ศ. 1954 ได้รับรู้ว่ามีตลาดการซื้อขายผลขาดทุนสุทธิเกิดขึ้น จึงตอบสนองด้วยการบังคับใช้มาตรา 382 ของประมวลฉบับปี ค.ศ. 1954 (มาตรา 382 เดิม) เพื่อจำกัดการแสวงหาประโยชน์จากผลขาดทุนสุทธิโดยผู้อื่นที่ไม่ใช่ผู้ก่อให้เกิดผลขาดทุนสุทธิ มาตรา 382 เดิมนั้นประกอบด้วยกำกวมสองส่วนที่แยก ต่างหากจากกันคือ ส่วนแรก บังคับใช้กับการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของของนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิโดยการซื้อหรือ

แปรสภาพหุ้นในนิติบุคคลที่มีการเปลี่ยนแปลงธุรกิจ และส่วนที่สองคือการจำกัดที่บังคับใช้กับการปรับโครงสร้างองค์กร

ภายใต้มาตรา 382(a) เดิม สิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิข้ามปีภาษีจะถูกจำกัดทั้งหมดในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของซึ่งเกิดขึ้นไม่ว่าจะโดยการซื้อหุ้นหรือการลดจำนวนหุ้นของนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิ สิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิจะหายไปถ้าผู้ถือหุ้นใหญ่สิบคนไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วนมีส่วนความเป็นเจ้าของเพิ่มขึ้นในหุ้นของนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิเมื่อสิ้นปีภาษีร้อยละ 50 ขึ้นไป โดยวัดจากราคาตลาดยุติธรรม (fair market value) ที่พวกเขาเป็นเจ้าของอยู่ก่อนการเริ่มต้นของปีภาษีนั้นหรือการเริ่มต้นของปีภาษีก่อนหน้า ดังนั้นเงื่อนไขในการดำรงอยู่ต่อของสิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธินั้นต้องการความต่อเนื่องในผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นภายหลังการขายหุ้น อย่างไรก็ตามการจำกัดนี้ของมาตรา 382(a) เดิม บังคับใช้เฉพาะในกรณีที่นิติบุคคลนั้นไม่ได้ดำเนินธุรกิจต่อไปเช่นเดียวกับที่ได้เคยประกอบกิจการมาก่อนเกิดการเปลี่ยนความเป็นเจ้าของ จึงไม่มีการจำกัดการโอนผลขาดทุนสุทธิตามมาตรา 382 (เดิม) ถ้านิติบุคคลที่เข้าซื้อกิจการยังคงดำเนินธุรกิจเดิมของนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิต่อไปหลังจากการเปลี่ยนความเป็นเจ้าของ สภาของเกรสมีความตั้งใจว่ามาตรา 382(a) (เดิม) จะช่วยป้องกันการยกย้ายถ่ายเทสิทธิในการนำ ผลขาดทุนสุทธิ มาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ โดยปฏิเสธผลประโยชน์ของการ นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของบุคคลอื่นที่มีผู้ก่อให้เกิดผลขาดทุนขึ้น ภายใต้การจำกัดเหล่านี้ มูลค่าของสิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิจึงเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้ถือหุ้นเดิม และกิจการที่ก่อให้เกิดผลขาดทุนขึ้นเท่านั้น การจำกัดของมาตรา 382 เดิมจึง อนุญาตให้เฉพาะผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิที่มีสิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิ มาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ โดยจำกัดเฉพาะในกรณีที่ผู้ถือหุ้นที่จำนวนที่เพียงพอยังคงมีผลประโยชน์อยู่อย่างต่อเนื่องในกิจการที่ขาดทุนนั้นเท่านั้น อย่างไรก็ตามการจำกัดตามมาตรา 382(a) เดิมมีการบังคับใช้ได้ยากในทางปฏิบัติเพราะยังมีเงื่อนไขการเปลี่ยนแปลงธุรกิจอีกที่สามารถส่งผลให้ผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิยังคงสามารถได้รับการชดเชยมูลค่าของผลขาดทุนสุทธิได้ทราบเท่าที่ผู้ซื้อกิจการยังคงดำเนินธุรกิจเดิมของนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิต่อไป

ในกรณีการปรับโครงสร้างองค์กรนั้น มาตรา 382(b) เดิมได้จำกัดการ นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเมื่อผู้ถือหุ้นเดิมไม่ได้รับมูลค่าหุ้น อย่างน้อยร้อยละ 20 ในหุ้นของนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการ หรือนิติบุคคลที่เกิดจากการปรับโครงสร้างองค์กร มาตรา 382 จะลดสิทธิในการนำ ผลขาดทุนสุทธิ มาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิสำหรับนิติบุคคลที่ยังคงอยู่ลง ร้อยละ 5 สำหรับผลประโยชน์ที่ถูกร้อยลง 5 ในความเป็นเจ้าของของ ผู้ถือหุ้นเดิมซึ่งถูกลดลงต่ำกว่าร้อยละ 20

ในปี ค.ศ. 1966 กรมสรรพากรได้ปรับข้อจำกัดเพิ่มเติมด้วยกฎข้อบังคับเพิ่มเติมเพื่อที่จะจำกัดการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิข้ามปี ภาษีโดยการเข้าซื้อกิจการในเครือเดียวกันและยื่นงบการเงินรวม (consolidated return) ข้อจำกัดเหล่านี้ยังคงยึดแนวคิดการเฉลี่ย (averaging concept) เพราะผลขาดทุนก่อนการโอนนั้นจะถูกจำกัดอยู่กับเงินได้ของหน่วยนิติบุคคลหรือกลุ่มในเครือที่ก่อให้เกิดผลขาดทุนนั้น เท่านั้น

ระเบียบของกรมสรรพากรมาตรา 1.1502-21(c) จำกัดการใช้ผลขาดทุนสุทธิข้ามปีภาษีของนิติบุคคลที่ถูกเข้าซื้อกิจการที่เกิดขึ้นในปีที่นิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธียื่นงบการเงินแยก (separate return limitation year หรือ SRLY) โดยจำกัดไว้กับเฉพาะเงินได้ของนิติบุคคลที่ถูกเข้าซื้อกิจการที่เกิดขึ้นภายหลังจากวันที่มีการเข้าซื้อกิจการ ดังนั้นผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลที่ถูกเข้าซื้อกิจการที่เกิดขึ้นก่อนการควบกิจการกับกลุ่มผู้เข้าซื้อกิจการจึงถูกจำกัดอยู่กับเงินได้ของนิติบุคคลที่ก่อให้เกิดผลขาดทุนนั้น สิทธิในการนำผลขาดทุนมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิที่เกิดก่อนการเข้าซื้อกิจการของนิติบุคคลที่ถูกเข้าซื้อกิจการจึงไม่สามารถถูกนำไปใช้ข้ามปีภาษีกับเงินได้ของสมาชิกอื่นในกลุ่มนิติบุคคลในเครือเดียวกันได้

กฎเกณฑ์การจำกัดแบบ SRLY บังคับใช้กับการเข้าซื้อกิจการของนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิโดยกลุ่มนิติบุคคลที่มีผลกำไรเท่านั้น การจำกัดการเปลี่ยนของความเป็นเจ้าของในการยื่นงบการเงินรวม (consolidated return change of ownership หรือ CRCO) ของระเบียบของกรมสรรพากรมาตรา 1.1502-21(d) จะจำกัดการนำผลขาดทุนสุทธิ มาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในสถานการณ์กลับกัน คือ การเข้าซื้อกิจการของกลุ่มนิติบุคคลในเครือเดียวกันที่มีผลขาดทุนสุทธิโดยการควบกิจการกับนิติบุคคลที่มีผลกำไร ภายใต้เงื่อนไขของการเปลี่ยนความเป็นเจ้าของร้อยละ 50 ของบริษัทแม่ของนิติบุคคลในเครือเดียวกัน การ

จำกัดนี้ป้องกันผู้ถือหุ้นร้อยละ 50 หรือมากกว่าของนิติบุคคลในเครือข่ายนิติบุคคลที่มีผลกำไร เพื่อที่จะหักล้างเงินได้ของนิติบุคคลที่มีผลกำไรกับผลขาดทุนสุทธิในกลุ่มนิติบุคคล อย่างไรก็ตามไม่มีสิ่งใดในการจำกัดแบบ SRLY หรือ CRCO ที่จะป้องกันนิติบุคคลในเครือข่ายกัน ที่จะไม่ตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขการเปลี่ยนแปลงเจ้าของร้อยละ 60 จากการได้มาซึ่งอำนาจควบคุมของนิติบุคคลที่มีผลกำไรและ นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการลดภาษีจากกำไรของนิติบุคคลที่ถูกเข้าซื้อกิจการ อย่างไรก็ตามสภาของเกรสได้บังคับใช้มาตรา 384 ในปี ค.ศ. 1987 และแก้ไขในปี ค.ศ. 1988 เพื่อที่จะห้ามนิติบุคคล ผู้เข้าซื้อกิจการหรือเข้าซื้อ อสังหาริมทรัพย์ในรูปของการปรับโครงสร้างองค์กรแบบ A C หรือ D จากการใช้ผลขาดทุนสุติก่อนการเข้าซื้อกิจการ เพื่อที่จะหักล้างกับผลกำไรที่มีอยู่แล้ว (built-in gain) ของนิติบุคคลที่ถูกเข้าซื้อกิจการ

กฎเกณฑ์ SRLY และ CRCO ดำเนินตามหลักในคดี *New Colonial Ice Co. Helvering* คือ สิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิก่อนการรวบรวมกิจการจะถูกจำกัดอยู่กับเงินได้ของนิติบุคคลที่ก่อให้เกิดผลขาดทุนสุตินั้นขึ้นเท่านั้น กฎเกณฑ์เหล่านี้จำกัดอัตราการฟื้นคืน (recovery rate) สำหรับผลขาดทุนสุทธิของผู้ซื้อ กับ อัตราการได้คืน (rate of return) ของสินทรัพย์ในนิติบุคคลที่ถูกเข้าซื้อกิจการ ถ้าอัตราการฟื้นคืนนี้สูงกว่าอัตราการได้คืนที่อนุญาตตามมาตรา 382 ใหม่ การฟื้นคืนของผลขาดทุนสุทธิจะถูกจำกัดโดยมาตรา 382 ใหม่มากกว่าที่ถูกจำกัดภายใต้กฎเกณฑ์ SRLY และ CRCO กฎเกณฑ์ SRLY และ CRCO จึงเป็นสิ่งที่ มากเกินไปและมีประเด็นว่าควรจะยกเลิกกฎเกณฑ์ที่ซับซ้อนเกินความจำเป็นเช่นนี้ในกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการยื่นงบการเงินรวม

3.1.2.2 บทบัญญัติเกี่ยวกับข้อจำกัดของการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กรก่อนปี ค.ศ. 1987

การสืบทอดของสิทธิทางภาษีเงินได้นิติบุคคลจากนิติบุคคลหนึ่งสู่อีกนิติบุคคลหนึ่ง สามารถนำไปสู่การเข้าซื้อกิจการของนิติบุคคลเพียงเพื่อเหตุผลเกี่ยวกับผลประโยชน์ทางภาษี ถึงแม้ว่าสิทธิทางภาษีย่อยๆจะมีประโยชน์แฝงอยู่ก็ตาม แต่สิ่งที่

มักจะถูกแสวงหาเพื่อประโยชน์ทางภาษีมากที่สุดคือ สิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิข้ามปีภาษี (net operating loss carryover)³

เป็นช่วงเวลาหลายปีที่มีการโฆษณาตามหน้าหนังสือพิมพ์ เกี่ยวกับการเงินในสหรัฐอเมริกา ที่มีการนำเสนอเกี่ยวกับนิติบุคคลที่เลิกประกอบกิจการแล้วแต่ยังมีผลขาดทุนสุทธิทางภาษีสะสมอยู่เป็นจำนวนมาก กรมสรรพากรของสหรัฐอเมริกาจึงได้มีความพยายามที่จะใช้กฎหมายและแนวบรรทัดฐานต่าง ๆ ของศาลในการต่อต้านธุรกรรมที่ถูกจูงใจด้วยเหตุผลทางภาษีต่าง ๆ ดังนี้⁴

1. มาตรา 269 กำหนดห้ามมิให้หักค่าใช้จ่าย หรือ ค่าลดหย่อนต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเข้าซื้อกิจการบางรูปแบบโดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อการแสวงหาผลประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบ
2. มาตรา 382(a) กำหนดห้ามมิให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของ นิติบุคคลอย่างมีสาระสำคัญร่วมกับการขาดความต่อเนื่องในการดำเนินกิจการอย่างมีสาระสำคัญ
3. มาตรา 382(b) กำหนดห้ามมิให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิบางส่วนเมื่อผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิไม่สามารถรักษาความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของในนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิภายใต้รูปแบบธุรกรรมการปรับโครงสร้างองค์กร ตาม ที่ระบุไว้ใน มาตรา 381(a)(2) ได้
4. บรรทัดฐานคดี The Libson Shops ที่ห้ามการใช้ผลขาดทุนสุทธิในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กรในการหักล้างกับกำไรของธุรกิจที่แตกต่างกัน

³ Boris I. Bittker and James S. Eustice, Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders, 3rd ed. (Boston: Warren Gorham Lamont, 1971), p. 16-28.

⁴ Ibid.

5. หลักการทั่วไปในการป้องกันการแสวงหาผลประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบ เช่น หลักการทำธุรกรรมอำพราง หลักวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ หลักเนื้อหาสาระสำคัญกว่ารูปแบบ หลักการทำธุรกรรมเป็นขั้นตอน เป็นต้น

3.1.2.2.1 การป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบ

ตามมาตรา 269

มาตรา 269 มีขึ้นเพื่อการห้ามมิให้หักรายจ่ายหรือใช้สิทธิทางภาษีเงินได้นิติบุคคลอื่น ๆ เมื่อการหลบเลี่ยงภาษีเป็นวัตถุประสงค์หลักในการเข้าซื้อกิจการ ไม่ว่าจะเป็นการเข้าซื้อกิจการโดยการซื้อหุ้นหรือการซื้อทรัพย์สิน⁵

บทบัญญัตินี้เริ่มบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1943 โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อระงับตลาดการซื้อขายที่โตขึ้นสำหรับนิติบุคคลที่มีได้ประกอบกิจการแล้ว อันเนื่องมาจากในช่วงเวลาดังกล่าวมีผู้ทำการโฆษณาในหนังสือพิมพ์เพื่อทำการเสนอขายและเสนอซื้อนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนทางภาษีสะสมอยู่กันอย่างแพร่หลาย มาตรา 269 จึงถูกบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1943 โดยคำแนะนำของกระทรวงการคลัง เพื่อให้จะมีบทบัญญัติที่ชัดเจนในการบังคับใช้กับธุรกรรม ลักษณะดังกล่าว⁶

มาตรา 269 จะถูกบังคับใช้ในกรณีที่

- 1) บุคคลใด(รวมถึงนิติบุคคล) ได้เข้าควบคุมนิติบุคคลไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม หรือ
- 2) นิติบุคคลใดได้เข้าซื้อทรัพย์สินของอีกนิติบุคคลหนึ่งไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม ถ้านิติบุคคลเป้าหมายไม่ถูกควบคุมไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมก่อนการเข้าซื้อโดยนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการ หรือผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการ และถ้ารากฐานดั้งเดิมของ

⁵ Ibid., p. 16-29.

⁶ Ibid.

ทรัพย์สินของนิติบุคคลผู้เข้าซื้อถูกระบุได้ว่าเป็น
รากฐานดั้งเดิมของนิติบุคคลผู้โอน และ

- 3) วัตถุประสงค์หลักของการเข้าซื้อกิจการคือการหนีหรือหลบเลี่ยงภาษีเงินได้โดยอาศัยการหักจ่าย เครดิตภาษี หรือค่าลดหย่อนอื่นที่เขาคนนั้นหรือนิติบุคคลนั้นไม่ควรจะได้ประโยชน์

คำว่า “ควบคุม” ถูกนิยามโดยมาตรา 269(a) ว่าหมายถึงการเป็นเจ้าของหุ้นอย่างน้อยร้อยละ 50 ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงรวมทุกชั้นหรืออย่างน้อยร้อยละ 50 ของมูลค่าหุ้นทั้งหมดรวมกัน โดยภายใต้บังคับมาตรา 269(c) ให้ถือว่า การจ่ายเงินในการเข้าซื้อ กิจการที่ไม่ได้สัดส่วนกับฐานภาษีของนิติบุคคล หรือทรัพย์สินที่ถูกเข้าซื้อกิจการ และผลประโยชน์ทางภาษีที่เกิดขึ้นจากการเข้าซื้อกิจการเป็นพยานหลักฐานที่พอเพียงสำหรับวัตถุประสงค์หลักของธุรกรรมว่าเป็นการหนีหรือหลบหลีกเลี่ยงภาษี⁷

ถึงแม้ว่าหลักการของมาตรา 269 มักให้ความสำคัญกับการซื้อนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิทางภาษีเพื่อนำไปเอื้อประโยชน์แก่กิจการที่ประสบความสำเร็จโดยนำผลขาดทุนสุทธิที่เกิดขึ้นในปีก่อนหน้ามาถือเป็นรายจ่ายในหักกับกำไรของกิจการที่ประสบความสำเร็จ แต่ทว่ามาตรา 269 มิได้เกี่ยวข้องกับแต่เพียงธุรกรรมในลักษณะนั้น แต่ยังคงเป็นเครื่องมือที่ซับซ้อนได้แม้ว่านิติบุคคลที่ถูกเข้าซื้อกิจการจะมีได้คงอยู่แล้ว กฎเกณฑ์ก่อนปี ค.ศ. 1954 นั้นได้แสดงให้เห็นถึงขอบเขตอำนาจของมาตรา 269 โดยอ้างอิงจาก⁸

- 2) การเข้าซื้อนิติบุคคลที่มีเครดิต ค่าใช้จ่าย ผลขาดทุนสะสม ทั้งที่มีในปัจจุบัน อดีต หรือน่าจะเกิดขึ้น เพื่อจะนำสิ่งเหล่านี้มาใช้ประโยชน์กับเงินได้ของกิจการที่ก่อให้เกิดกำไร
- 3) การโอนสินทรัพย์ที่ก่อให้เกิดกำไรสูงให้แก่บริษัทลูก โดยการขายขาดทุนสินทรัพย์ที่มีค่าเสื่อมราคาสะสม

⁷ Ibid., p. 16-30.

⁸ Boris I. Bittker and James S. Eustice, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*. 3rd ed. (Boston: Warren Gorham Lamont, 1971), p. 16-30.

อยู่เพื่ออนุญาตให้บริษัทแม่ขอคืนภาษีโดยการใช้ผล
ขาดทุนสุทธิย้อนหลัง (loss carryback) และ

- 4) การเข้าซื้อกิจการโดยนิติบุคคลที่มีทรัพย์สินที่มีราคา
เดิมตามบัญชี (substituted basis) เกินกว่าราคาตลาด
เพื่อก่อให้เกิดผลขาดทุนทางภาษี ซึ่งสามารถเป็นไป
ได้โดยการขายทรัพย์สินหรือเข้าถือเอาค่าใช้จ่ายจาก
ค่าเสื่อมราคาทรัพย์สินที่เกิดขึ้นจากทรัพย์สินนั้น

มาตรา 269 นำมาบังคับใช้กับธุรกรรมหลักๆ 2 รูปแบบ ได้แก่

1. การเข้าซื้อกิจการโดยการซื้อหุ้น และ 2. การเข้าซื้อกิจการโดยปลดภาระภาษีด้วยวิธีการซื้อ
สินทรัพย์ของนิติบุคคลหนึ่งโดยนิติบุคคลที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกัน มาตรา 269 ส่งผลให้
ธุรกรรมที่มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อการหลบเลี่ยงภาษี ไม่สามารถใช้ประโยชน์จากผลประโยชน์
ทางภาษีที่คาดหวังว่าจะได้รับได้ การเข้าซื้อกิจการโดยการซื้อหุ้นเพื่อควบคุมในความหมายของ
มาตรา 269(a)(1) ไม่รวมเฉพาะการซื้อหุ้นโดยตรงที่เพียงพอต่อการทำให้สัดส่วนความเป็น
เจ้าของของนิติบุคคลผู้ซื้อกิจการถึงระดับร้อยละ 50 เท่านั้น แต่ยังรวมถึงการเข้าซื้อกิจการใน
รูปแบบต่างๆ ที่ปลดภาระภาษีและวิธีอื่นโดยอ้อมในการได้มาซึ่งอำนาจควบคุมของนิติบุคคล
นั้นด้วย กล่าวคือรวมถึง การแลกหุ้นของผู้ถือหุ้นอื่น การใช้สายสัมพันธ์ของนิติบุคคลที่
เกี่ยวเนื่องกัน และอาจแม้กระทั่งการใช้ตราสารหนี้แปรสภาพ (convertible debenture)
หรือออปชั่น (options) เพื่อให้ได้มาซึ่งหุ้นเพิ่มเติม ถึงแม้ว่ามาตรา 269(a)(1) จะไม่มีความ
ชัดเจนในประเด็นนี้ก็อาจจะเป็นไปได้ว่าบุคคลทั้งหมดที่ทำการเข้าซื้อหุ้นอาจมีแรงจูงใจเพื่อ
แสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบได้ทำความตกลงร่วมกันในการเข้าควบคุม นิติบุคคล
เป้าหมาย ก็จะไม่เป็นการสมเหตุสมผลสำหรับผู้ถือหุ้นที่มีวัตถุประสงค์เพื่อหลบเลี่ยงภาษีที่จะ
ได้รับผลร้ายเกินไปกว่าหุ้นที่เขาเป็นเจ้าของไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม แต่ในบางสถานการณ์
หุ้นที่เป็นเจ้าของโดยคู่สมรส บุตร และผู้มีความใกล้ชิด มาตรา 269 ก็ไม่นำหลักภูเกณท์ความ
เป็นเจ้าของที่แท้จริง (constructive ownership rule) ของมาตรา 381 มาใช้ดังเช่นมาตรา
382(a)⁹

⁹ Boris I. Bittker and James S. Eustice, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*. 3rd ed. (Boston: Warren Gorham Lamont, 1971), p. 16-31.

ระเบียบของกรมสรรพากร ได้ยกตัวอย่างธุรกรรมไว้สาม
รูปแบบที่อาจก่อให้เกิดการเข้าซื้อกิจการโดยอำนาจควบคุมภายใต้มาตรา 269(a)(1) ได้แก่¹⁰

- 1) การเข้าซื้อกิจการที่มี เคยมี หรือน่าจะได้มี
ผลประโยชน์ทางภาษีเพื่อนำสิ่งเหล่านั้นมาใช้กับเงิน
ได้ของกิจการที่มีกำไร
- 2) การสร้างนิติบุคคลขึ้นสองหรือมากกว่าแทนที่หนึ่งนิติ
บุคคลเพื่อหวังจะได้ผลประโยชน์ทางภาษี และ
- 3) การแยกสินทรัพย์ที่มีกำไรออกจากสินทรัพย์ที่
ก่อให้เกิดผลขาดทุนโดยการโอนสินทรัพย์ที่ก่อให้เกิด
เงินได้ไปยังบริษัทในเครือเดียวกันและหลังจากนั้น
ใช้ผลขาดทุนที่เกิดจากสินทรัพย์ที่ก่อให้เกิดผลขาดทุน
ในการขอคืนเงินภาษีจากการใช้ผลขาดทุนในปีภาษี
ย้อนหลัง

ประเด็นสำคัญของมาตรา 269 คือการพิสูจน์เจตนาอันเป็น
แรงจูงใจของธุรกรรม คือ วัตถุประสงค์หลักในการหนีหรือหลบเลี่ยงภาษีเงินได้ เช่นเดียวกับ
บทบัญญัติส่วนใหญ่ที่ต้องพิสูจน์เจตนาหรือความตั้งใจของผู้เสียภาษีซึ่งค่อนข้างมีความยากใน
การพิจารณาการบังคับใช้ ในระยะแรกนั้นการดำเนินคดีภายใต้มาตรา 269 ผลปรากฏว่าฝ่ายรัฐ
ชนะคดีน้อยมาก ศาลดูเหมือนจะเต็มใจที่จะรับฟังข้ออ้างทางธุรกิจใดก็ตามที่น่าจะมีเหตุผลฟัง
ได้ก็เพียงพอในการพิจารณาธุรกรรมนั้น อย่างไรก็ตาม ต่อมาแนวทางการตัดสินคดีก็เปลี่ยนไป
อาจเป็นเพราะคดีที่ถูกเลิกดำเนินคดีโดยกรมสรรพากรถูกให้ความสนใจมากขึ้น คดี Coastal Oil
เป็นคดีที่แสดงให้เห็นได้ชัดที่สุดในการเปลี่ยนมุมมองของศาลที่ว่าเหตุใดผู้เสียภาษีจึงเลือก
วิธีการใดวิธีการหนึ่งแทนวิธีการอื่นที่เหลือหรือเหตุใดผู้เสียภาษีจึงเลือกการเข้าซื้อนิติบุคคลที่มี
ผลขาดทุนนั้น ในขณะที่แนวคิดของศาลยังไม่ไปไกลถึงขั้นที่จะบังคับให้ผู้เสียภาษีต้องใช้วิธีการ
ที่ได้รับประโยชน์ทางภาษีน้อยที่สุดจากทางเลือกที่เป็นไปได้อื่น ๆ ก็ยังดูเหมือนว่าต้องให้ผู้เสีย
ภาษียังคงต้องแสดงว่าวิธีการที่ได้รับประโยชน์ทางภาษีมากที่สุดที่ได้เลือกนั้นถูกจูงใจโดย

¹⁰ Boris I. Bittker and James S. Eustice, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*. 3rd ed. (Boston: Warren Gorham Lamont, 1971), p. 16-35.

เหตุผลทางธุรกิจที่มีสาระสำคัญและโอกาสที่จะรักษาประโยชน์ทางภาษีนั้นถูกรวมอยู่ในวิธีการที่เลือก แต่เมื่อผู้เสียภาษีสามารถที่จะพิสูจน์ให้เห็นถึงเหตุผลทางธุรกิจที่มีสาระสำคัญสำหรับการเข้าซื้อกิจการ พวกเขา ก็จะสามารถหลบหนีจากผลร้ายของมาตรา 269 ได้¹¹

ขอบเขตของมาตรา 269 นั้นค่อนข้างกว้าง ในขณะที่ศาลจะไม่สงสัยในการต่อต้านการบังคับใช้ที่กว้างขวางนี้ทำให้การเข้าซื้อนิติบุคคลน้อยมากที่จะหลุดรอดไปจากขอบเขตการบังคับใช้ของมาตรา 269¹²

เกณฑ์หนึ่งที่ใช้ในการพิจารณาการเข้าซื้อกิจการตามมาตรา 269 คือ หลักวัตถุประสงค์ทางธุรกิจซึ่งทดสอบว่า¹³

- 1) ฝ่ายที่เข้าซื้อกิจการตระหนักรู้ถึงผลได้ทางภาษีในเวลาที่เข้าซื้อกิจการหรือไม่ และถ้าเป็นเช่นนั้นพวกเขาได้นำสิ่งนั้นมาเป็นปัจจัยในการพิจารณาหรือไม่
- 2) นิติบุคคลที่ถูกเข้าซื้อกิจการมีธุรกิจที่กำลังดำเนินอยู่ และจะดำเนินธุรกิจในระดับเดิม (substantial scale) ต่อไปภายหลังจากการเข้าซื้อกิจการหรือไม่
- 3) การเข้าซื้อกิจการโดยการซื้อหุ้นหรือสินทรัพย์นั้นมีความจำเป็นหรือมีประโยชน์ต่อธุรกิจหรือการลงทุนของผู้เข้าซื้อกิจการหรือไม่
- 4) มูลค่าของผลประโยชน์ทางภาษีที่เกี่ยวข้องเปรียบเทียบกับกำไรที่แท้จริงทางเศรษฐศาสตร์ของกิจการ

¹¹ Boris I. Bittker and James S. Eustice, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*. 3rd ed. (Boston: Warren Gorham Lamont, 1971), p. 16-37.

¹² Boris I. Bittker and James S. Eustice, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*. 3rd ed. (Boston: Warren Gorham Lamont, 1971), p. 16-38.

¹³ Boris I. Bittker and James S. Eustice, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*. 3rd ed. (Boston: Warren Gorham Lamont, 1971), p. 16-40.

- 5) ผลประโยชน์ที่อาจได้รับอาจสามารถใช้โดยผู้เสียภาษี
ที่มีได้ทำธุรกรรมในรูปแบบเช่นนั้นหรือไม่
- 6) ถ้าการเข้าซื้อกิจการกระทำโดยการซื้อหุ้นแทนการซื้อ
สินทรัพย์ การกระทำในรูปแบบนี้จะเป็นวิธีการที่
เหมาะสมกว่าการเข้าซื้อกิจการโดยการซื้อสินทรัพย์
ของนิติบุคคลเป้าหมายหรือไม่ และ
- 7) ถ้าสินทรัพย์ถูกเข้าซื้อในการปรับโครงสร้างองค์กรที่
ไม่มีภาระภาษี วิธีการเช่นนั้นจะเป็นวิธีการที่เหมาะสม
กว่าการเข้าซื้อกิจการด้วยเงินสดหรือไม่

แน่นอนว่าประเด็นต่าง ๆ เหล่านี้ในทุกคดีล้วนต้องจบลงที่
ประเด็นเกี่ยวกับความตั้งใจหรือเจตนาภายในของผู้เข้าซื้อกิจการในการทำธุรกรรมทั้งสิ้น สิ่ง
เหล่านี้อาจก่อให้เกิดการพัฒนาของการทำบันทึกเหตุผลทางธุรกิจในการทำธุรกรรมนั้นเพิ่มมาก
ขึ้นซึ่งรวมถึงเหตุผลทางธุรกิจที่อาจถูกสร้างขึ้นมาปลอมๆ ด้วยอย่างแน่นอน เช่น เหตุเกี่ยวกับ
เวลา ปัญหาด้านจริยธรรม เป็นต้น¹⁴

สำหรับประเด็นด้านเวลานั้น มาตรา 269 น่าจะมีผลบังคับใช้
คือเมื่อขณะที่ธุรกรรมนั้นมีผล โดยแรงจูงใจทางด้านภาษีที่เกิดขึ้นหลังจากการเข้าซื้อกิจการจะ
ไม่มีผลในการทำให้มาตรา 269 มีผลบังคับใช้ย้อนหลัง อย่างไรก็ตาม กระบวนการที่เกี่ยวข้อง
ทั้งหมดนั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นในการทำธุรกรรมเพื่อเข้าซื้อกิจการนั้นหรือไม่จะถูกพิจารณาว่าเป็น
แผนการที่เป็นหนึ่งเดียวเพื่อวัตถุประสงค์นี้หรือไม่¹⁵

ข้อจำกัดของมาตรา 269 คือ ก่อนที่มาตรา 269 จะสามารถมี
ผลในการไม่อนุญาตให้ใช้ผลประโยชน์ทางภาษีนั้น ต้องประกอบด้วยเงื่อนไข 3 ข้อ ได้แก่¹⁶

¹⁴ Boris I. Bittker and James S. Eustice, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*. 3rd ed. (Boston: Warren Gorham Lamont, 1971), p. 16-41.

¹⁵ Boris I. Bittker and James S. Eustice, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*. 3rd ed. (Boston: Warren Gorham Lamont, 1971), p. 16-41.

¹⁶ Boris I. Bittker and James S. Eustice, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*. 3rd ed. (Boston: Warren Gorham Lamont, 1971), p. 16-42.

- 1) เป็นการเข้าซื้อกิจการวิธีการใดวิธีการหนึ่งตามที่ระบุในมาตรา 269(a)
- 2) การเข้าซื้อกิจการต้องเกิดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์หลักในการหลบเลี่ยงภาษีเงินได้ และ
- 3) ผู้เสียภาษีต้องได้รับผลประโยชน์ในการหักค่าใช้จ่าย เครดิตภาษี หรือค่าลดหย่อนที่เขาไม่สมควรจะได้รับ

ประเด็นตามเงื่อนไขเรื่องประโยชน์ที่ไม่สมควรได้รับนั้น ศาลได้กล่าวถึงวัตถุประสงค์ของมาตรา 269 ไว้ว่ามีไว้เพื่อ “ป้องกันการบิดเบือนเงินได้สุทธิของผู้เสียภาษี” ในขณะที่ผู้เสียภาษีพยายามที่จะรักษาผลประโยชน์ทางภาษีโดยเฉพาะสิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ ด้วยการรวมนิติบุคคลสองนิติบุคคลเข้าด้วยกันโดยการซื้อกิจการ¹⁷

มาตรา 269 จึงเป็นกฎหมายที่มีขอบเขตกว้าง และสามารถบังคับได้กับการแสวงหาประโยชน์ ทางภาษีโดยมิชอบในหลายรูปแบบ แต่ยังคงมีปัญหาด้านประสิทธิภาพ เพราะยังคงต้องอาศัยการพิสูจน์เจตนาของผู้เสียภาษีและผู้เสียภาษีอาจยังสามารถเตรียมเหตุผลทางด้านธุรกิจอื่นเตรียมไว้ประกอบในการกระทำธุรกรรมเพื่อหลบเลี่ยงการบังคับใช้ของมาตรา 269 ได้อีกด้วย¹⁸

3.1.2.2.2 การจำกัดการอนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเพราะการเปลี่ยนแปลงเจ้าของกิจการและการละทิ้งกิจการ ตามมาตรา 382(a)

จากเหตุที่มาตรา 269 นั้นกำหนดให้ต้องพิสูจน์ว่าการหลบเลี่ยงภาษีนั้นต้องมาจากวัตถุประสงค์หลักเพื่อการหลบเลี่ยงภาษี ทำให้มาตรา 269 นั้นขาด

¹⁷ Boris I. Bittker and James S. Eustice, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*. 3rd ed. (Boston: Warren Gorham Lamont, 1971), p. 16-42.

¹⁸ Boris I. Bittker and James S. Eustice, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*. 3rd ed. (Boston: Warren Gorham Lamont, 1971), p. 16-43.

ประสิทธิภาพในบางกรณี ในปี ค.ศ. 1954 สภาองค์การสจิงได้ออกกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัด การอนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ อีกสองเรื่อง เรื่องแรกคือ มาตรา 382(a) บังคับใช้กับการเปลี่ยนแปลงเจ้าของกิจการผ่านการซื้อหุ้น ซึ่งทำให้ มีการห้ามใช้ผลขาดทุนสุทธิทั้งหมดหากมีการเปลี่ยนความเป็นเจ้าของของหุ้นร้อยละ 50 ของนิติบุคคล และถ้าภายในระยะเวลา 2 ปีกิจการเดิมของนิติบุคคลนั้นถูกละทิ้งไป เรื่องที่สองคือ มาตรา 382(b) ใช้บังคับเฉพาะกับการเปลี่ยนแปลงเจ้าของกิจการผ่านการปรับโครงสร้างองค์กร โดยปลดภาระภาษี ภายใต้เงื่อนไขว่าผลขาดทุนสุทธิที่จะนำมาคำนวณกำไรสุทธิต่อไปจะถูก ลดลงตามสัดส่วนถ้าผู้ถือหุ้นเดิมมีส่วนความเป็นเจ้าของน้อยกว่าร้อยละ 20 ในนิติบุคคลที่ปรับโครงสร้างองค์กรแล้ว และจะถูกห้ามนำผลขาดทุนสุทธิตามคำนวณกำไรสุทธิ ต่อในกรณีที่ผู้ถือหุ้นเดิมมิได้มีส่วนความเป็นเจ้าของในนิติบุคคลที่ปรับโครงสร้างองค์กรแล้ว¹⁹

มาตรา 382(a) ห้ามมิให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่าย ในการคำนวณกำไรสุทธิต่อไปโดยมีเงื่อนไขดังต่อไปนี้²⁰

- 1) เมื่อสิ้นสุดปีภาษีของนิติบุคคล ผู้ถือหุ้นหลัก 10 คน ถือหุ้นจำนวนหนึ่งของนิติบุคคลซึ่งถือเป็นร้อยละ 50 หรือมากกว่าเปรียบเทียบกับที่พวกเขาถือ หุ้นตั้งแต่เริ่มปีภาษีนั้นหรือตั้งแต่เริ่มปีภาษีก่อน หน้า ตัวอย่างเช่น ถ้านาย ก ถือหุ้นร้อยละ 80 และนาย ข ถือหุ้นร้อยละ 20 และนาย ข ซื้อหุ้น จากนาย ก ร้อยละ 10 ดังนั้นหุ้นที่นาย ก ถือจึง เหลือร้อยละ 70 และนาย ข เพิ่มขึ้นเป็นร้อยละ 30 ผลประโยชน์ของนาย ข จึงเพิ่มขึ้นถึงร้อยละ 50 เพียงแค่การที่ได้ซื้อหุ้นเพิ่มอีกเพียงร้อยละ 10 ของกิจการเท่านั้น

¹⁹ Boris I. Bittker and James S. Eustice, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*. 3rd ed. (Boston: Warren Gorham Lamont, 1971), p. 16-45.

²⁰ Boris I. Bittker and James S. Eustice, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*. 3rd ed. (Boston: Warren Gorham Lamont, 1971), p. 16-45.

- 2) การเพิ่มขึ้นดังกล่าวเกิดจากการซื้อหุ้นจากบุคคล
ผู้ไม่มีความเกี่ยวข้องกันหรือจากการลดจำนวนหุ้น
และ
- 3) นิติบุคคลไม่สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้
เหมือนเดิมก่อนที่จะเกิดการเปลี่ยนแปลงความ
เป็นเจ้าของ

เงื่อนไขเหล่านี้มีรายละเอียดปลีกย่อยดังนี้

- ความเป็นเจ้าของหุ้นถูกระบุโดยหลักความเจ้าของ
ที่แท้จริง (constructive ownership rules)
ตามมาตรา 381
- บุคคลที่เกี่ยวข้องกันจะถูกปฏิบัติเสมือนเป็นบุคคล
เดียวกันในการระบุผู้ถือหุ้นหลักสิบคน
- การซื้อหุ้นในบริษัทโฮลดิ้งหรือผลประโยชน์
ในทรัสต์หรือห้างหุ้นส่วนจะถูกปฏิบัติเสมือนว่าถูก
ซื้อจากนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนนั่นเอง
- หุ้น หมายถึง หุ้นทั้งหมด ยกเว้นหุ้นที่ไม่มีสิทธิ
ออกเสียงซึ่งถูกจำกัดและมีสิทธิได้รับปันผลก่อน

เงื่อนไขที่ 1) และ 2) จะเป็นที่สมบูรณ์ในกรณีที่ได้เห็นได้ชัดเจนว่า
เป็นการซื้อหุ้นทั้งหมดของนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิโดยผลประโยชน์ของบุคคลภายนอก แต่
พวกเขาก็ยังสามารถทำให้พอใจได้โดยการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของที่มีความชัดเจน
น้อยลง เช่น การซื้อหุ้นโดยบุคคลภายนอกของหนึ่งในสามของหุ้นที่เชื่อมด้วยการแปรสภาพ
ของหุ้นหนึ่งในสามจากผู้ถือหุ้นเดิม ยิ่งไปกว่านั้น ไม่มีเงื่อนไขใดในมาตรา 382(a) กำหนดให้
แสดงให้เห็นว่าการซื้อและแปรสภาพหุ้นเป็นส่วนหนึ่งของแผนในการเปลี่ยนความเป็นเจ้าของ
และการกำหนดเช่นนั้นจึงเหมือนกับขัดกับเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายฉบับนี้ในปี ค.ศ.1954
ที่จะวางกลไกอีกกลไกหนึ่งเพื่อพยายามหลีกเลี่ยงการพิสูจน์วัตถุประสงค์ตามมาตรา 269 ดังนั้น

จึงอาจจะเป็นได้ว่ามาตรา 382(a) จะถูกนำมาใช้แม้กระทั่งถ้าการแปรสภาพหุ้นนั้นเกิดขึ้นภายในหนึ่งปีหลังจากการเข้าซื้อหุ้นอันเป็นผลมาจากข้อขัดแย้งที่ไม่ได้คาดการณ์ไว้ล่วงหน้าของผู้ถือหุ้น และการซื้อหุ้นโดยนักลงทุนที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกัน 10 คนก็อาจจะทำให้มาตรา 382(a) มีผลเช่นเดียวกัน²¹

มาตรา 382(a) มีผลบังคับเฉพาะเมื่อ การเปลี่ยนความเป็นเจ้าของเกิดขึ้นโดยการซื้อหรือโดยการลดจำนวนหุ้นที่ยังไม่ชำระ และดังนั้นจึงไม่ครอบคลุมถึงผลจากการให้โดยเสน่หา มรดก หรือการแลกเปลี่ยนซึ่งปลอดภาระภาษีไม่ว่าส่วนหนึ่งหรือทั้งหมด ยิ่งไปกว่านั้นคำว่า “ซื้อ(purchase)” ได้ถูกนิยามในมาตรา 382(a)(4) ว่าไม่รวมถึงธุรกรรมระหว่างบุคคลที่เกี่ยวข้องกัน และดังเช่นที่นิยามไว้โดยมาตรา 382(a)(3) มาตรา 382(a) จึงไม่จำกัดห้ามใช้ผลขาดทุนสุทธิถ้านิติบุคคลที่ถูกโอนอยู่ภายในกลุ่มทางเศรษฐศาสตร์เดียวกัน (same economic group)²²

ถึงแม้ว่ากฎเกณฑ์ของมาตรานี้เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของหุ้นจะค่อนข้างละเอียดและมักสร้างความยุ่งยาก แต่บททดสอบเกี่ยวกับการเปลี่ยนธุรกิจ(change of business limitations) ตามมาตรา 382(a)(1)(C) ไม่เป็นเช่นนั้น ข้อจำกัดนี้ต้องการเพียงแค่นั้นนิติบุคคลดำเนินธุรกิจต่อไปเหมือนเดิมดังเช่นที่เคยได้ทำมาก่อน จึงเป็นที่แน่นอนว่าการละทิ้งธุรกิจเดิมอย่างชัดเจนและเริ่มดำเนินกิจการใหม่ที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกันจะไม่สามารถผ่านบททดสอบตามมาตรา 382(a)(1)(C) ได้²³

บทบัญญัติเกี่ยวกับความต่อเนื่องของธุรกิจ ตามมาตรา 382(a)(1) (C) นี้ค่อนข้างมีความเป็นเสรีภาพสูง ดังเช่นในคดี Comm. V. Goodwyn Crockery Co. ที่ผู้เสียภาษีได้ดำเนินกิจการขายส่งและต่อมาได้มีการเพิ่มธุรกิจใหม่เข้ามาอีกคือการเปิดร้านค้าปลีก และย้ายสำนักงานใหญ่สองครั้ง ศาลมีความรู้สึกว่าลักษณะเดิมของธุรกิจของผู้เสียภาษียังไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปโดยไม่ใส่ใจกับการเปลี่ยนแปลงที่เพิ่มเติมขึ้นมาเช่นนั้น

²¹ Boris I. Bittker and James S. Eustice, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*. 3rd ed. (Boston: Warren Gorham Lamont, 1971), p. 16-46.

²² Boris I. Bittker and James S. Eustice, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*. 3rd ed. (Boston: Warren Gorham Lamont, 1971), p. 16-47.

²³ Boris I. Bittker and James S. Eustice, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*. 3rd ed. (Boston: Warren Gorham Lamont, 1971), p. 16-47.

การตัดสินในคดี Comm. V. Goodwyn Crockery Co. นี้เป็นการตัดสินคดีแรกภายใต้มาตรา 382(a) ที่แสดงให้เห็นถึงมุมมองที่ใจกว้างของศาลและตัวบทบัญญัตินั่นเอง และผู้เสียภาษีในคดี Comm. V. Goodwyn Crockery Co. ยังชนะคดีในประเด็นของบทบัญญัติทั่วไปของมาตรา 269 ที่ใช้บังคับกับธุรกรรม นี้ก็ด้วย คือสามารถพิสูจน์ได้ว่าการเข้าซื้อกิจการนั้น ถูกจงใจโดยเหตุผลทางธุรกิจที่แท้จริงมากกว่าการหลบเลี่ยงภาษี²⁴

ในคดีอื่นๆ ภายใต้มาตรา 382(a)(1)(C) นี้ ศาลค่อนข้างจะเห็นใจผู้เสียภาษีเกี่ยวกับข้อโต้แย้งในประเด็นความต่อเนื่องของธุรกิจ ดังนั้นในคดี H.F. Ramsey Co., Inc. มาตรา 382(a)(1)(C) ถูกบังคับใช้ในกรณีที่ดินบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิถูกระงับการดำเนินการชั่วคราวเป็นเวลาหนึ่งปีเพื่อฟื้นฟูสถานภาพทางการเงิน โดยสินทรัพย์ที่ใช้ประกอบกิจการส่วนใหญ่ถูกจำหน่ายระหว่างช่วงเวลานี้เพื่อชำระหนี้ ผู้เสียภาษีได้เริ่มดำเนินกิจการต่ออีกครั้งหลังจากการขายหุ้นไปยังผู้ถือหุ้นใหม่ และได้เข้าดำเนินธุรกิจในลักษณะเดิมดังเช่นก่อนที่จะมีการระงับการดำเนินการ²⁵ กิจการ เช่นเดียวกันกับในคดี Clarksdale Rubber Co. การระงับการดำเนินการชั่วคราวเป็นเวลาสองปีหลังจากที่ได้ถูกซื้อหุ้นไม่ได้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงธุรกิจภายใต้ความหมายตามมาตรา 382(a)(1)(C) สินทรัพย์ของผู้เสียภาษีได้ถูกเข้าไปโดยบริษัทลูกระหว่างช่วงเวลาที่มิได้ประกอบกิจการดังกล่าวและเป็นการแก้ไขปัญหาด้านการเงิน หลังจากเหตุการณ์นี้ผู้เสียภาษีได้นำสินทรัพย์กลับคืนและกลับมาดำเนินกิจการตามเดิม โดยมีการเปลี่ยนแปลงบางอย่างที่ได้เป็นสาระสำคัญถึงขั้นมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงธุรกิจ²⁶

แต่ในคดี Fawn Fashions, Inc. การเปลี่ยนแปลงธุรกิจเกิดขึ้นภายใต้มาตรา 382(a)(C) เมื่อนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิถูกพิทักษ์ทรัพย์ระหว่างที่สินทรัพย์ถูกขายในช่วงเวลาหนึ่งปีก่อนที่จะมีการเข้าซื้อหุ้นโดยผู้ถือหุ้นใหม่ และนิติบุคคลได้ถูกเหลือไว้เพียงแต่ตัวความเป็นนิติบุคคลทางทะเบียน (corporate shell) เท่านั้น ภายหลังจากการซื้อหุ้นนิติบุคคลนั้นได้เข้าสู่กระบวนการล้มละลายภายใต้การดำเนินการโดยเจ้าของใหม่ และได้ดำเนิน

²⁴ Boris I. Bittker and James S. Eustice, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*. 3rd ed. (Boston: Warren Gorham Lamont, 1971), p. 16-49.

²⁵ อย่างไรก็ตามในคดีนี้ศาลได้ตัดสินว่าเจ้าของใหม่นั้นเข้าถือหุ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาประโยชน์จากผลขาดทุนเดิม จึงถูกห้ามนำผลขาดทุนสุทธิไปคำนวณกำไรสุทธิภายใต้มาตรา 269(a)(1)

²⁶ Boris I. Bittker and James S. Eustice, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*. 3rd ed. (Boston: Warren Gorham Lamont, 1971), p. 16-50.

กิจการใหม่อีกครั้งในสายธุรกิจเดิม ศาลได้ตัดสินว่านิติบุคคลนั้นไม่ได้ดำเนินการในเวลาที่มี การเข้าซื้อหุ้นจึงตกอยู่ภายใต้การห้ามใช้ผลขาดทุนตามมาตรา 382(a)²⁷

หลักการเหล่านี้สามารถแสดงให้เห็นเป็นตัวอย่างได้โดยสมมติ ให้บริษัท L ดำเนินกิจการผลิตและขายเครื่องใช้ไฟฟ้า โดยมีผลขาดทุนสุทธิสะสมอยู่ และมีการ เปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของหุ้นเกิดขึ้นเพื่อให้มาตรา 382(a) มีผลบังคับ ดังนี้²⁸

- L เพิ่มปริมาณการขายตามสายการผลิตที่มีอยู่เดิมและ เริ่มก่อให้เกิดกำไร สิ่งนี้ไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงธุรกิจ ตามมาตรา 382(a)(1)(C)
- L เริ่มผลิตและขายผลิตภัณฑ์ใหม่เพิ่มจากกิจการที่มี อยู่เดิมและเริ่มก่อให้เกิดกำไร สิ่งนี้ไม่เป็นการ เปลี่ยนแปลงธุรกิจตามมาตรา 382(a)(1)(C)
- L เข้าซื้อสินทรัพย์และกิจการขายปลีกเพื่อ วัตถุประสงค์ทางการตลาดของผลิตภัณฑ์ในพื้นที่ใหม่ และเริ่มก่อให้เกิดกำไร สิ่งนี้ไม่เป็นการเปลี่ยนแปลง ธุรกิจตามมาตรา 382(a)(1)(C)
- L เข้าซื้อธุรกิจบริการให้คำปรึกษาและวิจัย ซึ่งก่อให้เกิดกำไรแยกต่างหากจากธุรกิจผลิต เครื่องใช้ไฟฟ้าเดิม การเปลี่ยนแปลงที่เพิ่มขึ้นมานี้ไม่ เป็นการเปลี่ยนแปลงธุรกิจตาม Regs. 1.382(a) – 1(h)(8)

หากสมมติให้บริษัท L มีธุรกิจเพิ่มเติมจากธุรกิจผลิตเครื่องใช้ ไฟฟ้าคือธุรกิจบริการให้คำปรึกษาและวิจัยแยกต่างหาก โดยมีขนาดเป็น 1 ใน 3 ส่วนของธุรกิจ เครื่องใช้ไฟฟ้า

²⁷ Ibid., p. 16-51.

²⁸ Ibid.

- ธุรกิจเครื่องใช้ไฟฟ้าของบริษัท L มีผลกำไร แต่ธุรกิจบริการให้คำปรึกษาและวิจัยมีผลขาดทุน และหยุดดำเนินกิจการภายหลังจากที่มีการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของหุ้น ข้อเท็จจริงนี้ไม่ปรากฏว่าละเมิดบทบัญญัติมาตรา 382(a)(1)(C) ซึ่งต้องการการดำเนินต่อของธุรกิจแต่ละธุรกิจมากกว่าธุรกิจทั้งธุรกิจ อย่างไรก็ตามกฎเกณฑ์ลำดับรองได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะเกี่ยวกับการละทิ้งธุรกิจมากกว่าส่วนหนึ่งส่วนน้อยสามารถเป็นการละเมิดบทบัญญัติของกฎเกณฑ์ลำดับรอง Regs. §1.382(a)-1(h)(7) และบทบัญญัติบางส่วนยังได้ปรับใช้ การทดสอบ Lipson Shops เพื่อการนี้ กล่าวคือการระบุนว่าการขาดความต่อเนื่องนี้เป็นส่วนน้อยหรือไม่ ต้องพิจารณาว่าผลของธุรกรรมนั้นก่อให้เกิดการหักผลขาดทุนซึ่งเกิดจากธุรกิจหนึ่งกับกำไรของอีกธุรกิจที่ไม่เกี่ยวข้องกันหรือไม่
- จากตัวอย่างข้างต้น ถ้าการขาดความต่อเนื่องของธุรกิจวิจัยเป็นกิจการที่มีกำไร แต่ผลขาดทุนเกิดขึ้นจากธุรกิจเครื่องใช้ไฟฟ้า กรณีนี้ไม่ถือว่าการเปลี่ยนแปลงธุรกิจ ตามตัวอย่างที่ (2) ของระเบียบของกรมสรรพากรที่ Regs. §1.382(a)-1(h)(7)
- ถ้าธุรกิจเครื่องใช้ไฟฟ้าที่มีผลขาดทุนถูกระงับการดำเนินกิจการก่อนการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของหุ้น และต่อมาได้ดำเนินการอีกครั้ง กฎเกณฑ์ลำดับรองได้กำหนดให้การหยุดดำเนินการนี้ทำลายความต่อเนื่องของธุรกิจ เว้นแต่การระงับกิจการนั้นเกิดขึ้นจากสภาวะแวดล้อมที่ไม่ปกติ เช่น ไฟไหม้ หรือภัย

พิบัติอื่น เป็นต้น ซึ่งเป็นการชั่วคราวเท่านั้น ตาม
ระเบียบของกรมสรรพากรที่ Reg. §1.382(a)-1(h)(6)
ตัวอย่าง (1) และ (2)

สำหรับผลของการเปลี่ยนแปลงสถานที่ประกอบธุรกิจในเรื่อง
ความต่อเนื่องของธุรกิจตามมาตรา 382(a)(1)(C) นั้น ระเบียบของกรมสรรพากรที่ Reg.
§1.382(a)-1(h)(9) วางหลักทั่วไปไว้ว่าการเปลี่ยนสถานที่ประกอบกิจการในบางกรณีอาจก่อให้เกิด
การเปลี่ยนแปลงลักษณะของธุรกิจได้ ตัวอย่างเช่น²⁹

- การเปลี่ยนแปลงธุรกิจเกิดขึ้นเมื่อฐานการผลิตย้ายไป
ยังรัฐใหม่ จำหน่ายโรงงานและอุปกรณ์เดิมทิ้ง และเลิก
จ้างลูกจ้างเดิมส่วนใหญ่ โดยไม่เกี่ยวข้องกับ
ข้อเท็จจริงว่าผู้เสียภาษียังคงดำเนินการผลิต
ผลิตภัณฑ์เดิมสำหรับผู้บริโภคกลุ่มเดิม
- ความต่อเนื่องในการดำเนินธุรกิจยังคงอยู่ถ้าร้านค้า
ปลีกย้ายจากบริเวณใจกลางเมืองไปยังบริเวณชาน
เมืองโดยยังคงมีลูกจ้างเดิมเป็นส่วนใหญ่ สายการผลิต
เดิมและกลุ่มลูกค้าเดิม แต่อาจจำหน่ายอาคารและ
อุปกรณ์เดิม
- ความต่อเนื่องทางธุรกิจถูกทำลาย เมื่อร้านขาย
เครื่องดื่มย้ายไปยังเมืองใกล้เคียง เปลี่ยนลูกจ้างกว่า
ครึ่งหนึ่ง ลูกค้าส่วนใหญ่ และมีหน้าที่ต้องขอ
ใบอนุญาตขายเครื่องดื่มใหม่

²⁹ Boris I. Bittker and James S. Eustice, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*. 3rd ed. (Boston: Warren Gorham Lamont, 1971), p. 16-52.

3.1.2.2.3 การจำกัดการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเพราะการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของจากการปรับโครงสร้างองค์กรตามมาตรา 382(b)

นอกจากการห้ามนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเมื่อหุ้นของนิติบุคคลถูกเปลี่ยนมือกว่าร้อยละ 50 และการละทิ้งกิจการเดิมแล้วผู้ร่างประมวลฉบับปี 1954 ยังได้ใส่ข้อจำกัดไว้ในมาตรา 382(b) เกี่ยวกับการใช้ผลขาดทุนสุทธิเมื่อนิติบุคคลผ่านการปรับโครงสร้างองค์กรโดย ปลอดภัยภาวะภาษีตามมาตรา 381(a)(2) อีกข้อจำกัดนี้จะเข้ามามีบทบาทถ้าผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนได้รับหุ้นน้อยกว่าร้อยละ 20 (ตามราคาตลาด) ในการแลกเปลี่ยนหุ้น ของการเข้าซื้อนิติบุคคล การจำกัดมีกระบวนการในลักษณะสัดส่วนคณิตศาสตร์คือ ถ้าผู้ถือหุ้นเดิมได้รับหุ้นเพียงแค่ร้อยละ 15 ของนิติบุคคลที่ได้ปรับโครงสร้างองค์กรแล้ว ผลขาดทุนสุทธิเดิมจะถูกห้ามใช้ในการคำนวณกำไรสุทธิต่อร้อยละ 25 ถ้าผู้ถือหุ้นเดิมได้รับหุ้นเพียงแค่ร้อยละ 10 ผลขาดทุนสุทธิเดิมจะถูกห้ามใช้ในการคำนวณกำไรสุทธิต่อร้อยละ 50 โดยมาตรา 382(b) นี้บังคับใช้โดยไม่คำนึงถึงว่าธุรกิจเดิมจะดำเนินต่อหรือไม่ ตัวอย่างเช่น การควบกิจการระหว่างนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิสะสมอยู่กับนิติบุคคลที่มีผลกำไร ถ้าผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนได้รับหุ้นน้อยกว่าร้อยละ 20 ของนิติบุคคลที่ควบรวมกันแล้ว ผลขาดทุนสุทธิ ที่นำมาคำนวณกำไรสุทธิได้จะลดลงตามมาตรา 382(b)(2)³⁰

ข้อจำกัดในลักษณะร้อยละเช่นนี้จะไม่ บังคับใช้ถ้านิติบุคคลทั้งสองเป็นเจ้าของโดยบุคคลเดียวกันในสัดส่วนเดิม ดังนั้นการใช้ผลขาดทุนสุทธิในการคำนวณกำไรสุทธิจะไม่ลดลงโดยมาตรา 382(b) ถึงแม้ว่าหุ้นน้อยกว่าร้อยละ 20 ของนิติบุคคลที่ได้ปรับโครงสร้างองค์กรแล้วถูกออกให้เพื่อแลกเปลี่ยนกับหุ้นของนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิทางภาษีสะสมอยู่ ถ้าผลที่เกิดขึ้นนั้นมีเพียงเพื่อการควบรวมกิจการของสองนิติบุคคลที่ถูกเป็นเจ้าของ โดยผู้ถือหุ้นเดิมในสัดส่วนเดิม³¹

³⁰ Boris I. Bittker and James S. Eustice, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*. 3rd ed. (Boston: Warren Gorham Lamont, 1971), p. 16-55.

³¹ Boris I. Bittker and James S. Eustice, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*. 3rd ed. (Boston: Warren Gorham Lamont, 1971), p. 16-56.

บทบัญญัตินี้บังคับใช้กับการปรับโครงสร้างองค์กรแบบ A C F และ D บางกรณี สำหรับการปรับโครงสร้างองค์กรแบบ B ซึ่งตามมาด้วยการเลิกกิจการนั้นจะ ถูกปฏิบัติเสมือนเป็นการปรับโครงสร้างองค์กรแบบ C ตามระเบียบของกรมสรรพากรที่ Regs. § 1.382(b)-1(a)(6)³²

3.1.3 บทบัญญัติเกี่ยวกับการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กรหลังการบังคับใช้ประมวลรัษฎากรฉบับ ปี ค.ศ. 1986 จนถึงปัจจุบัน

บทบัญญัติเกี่ยวกับการคงอยู่ของสิทธิทางภาษีเงินได้นิติบุคคลสามารถแบ่งได้ เป็น 2 กลุ่ม โดยขึ้นอยู่กับกลไกที่บทบัญญัติต้องการให้มีผล ได้แก่ 1. หลักการใช้ผลขาดทุน สุทธิทั่วไปของมาตรา 381 ที่กำหนดให้มีสิทธิทางภาษีเงินได้นิติบุคคลบางประเภทที่สามารถสืบ ต่อจาก นิติบุคคลหนึ่งไปสู่อีกนิติบุคคลหนึ่งในการปรับโครงสร้างองค์กรโดยปลดภาระภาษีบาง รูปแบบ อย่างมีข้อจำกัด และ 2. ข้อห้ามหรือข้อจำกัดสำหรับการใช้สิทธิประโยชน์ทางภาษีเงินได้ นิติบุคคลโดยมิชอบ ดังเช่น มาตรา 269 และมาตรา 382 ซึ่งออกแบบให้ลดการเข้าซื้อนิติบุคคล เพียงเพื่อประโยชน์ในการใช้สิทธิประโยชน์ทางภาษีของนิติบุคคล และยังมีอีกส่วน หนึ่ง ที่มีความสำคัญในภาพรวมคือบรรทัดฐานเกี่ยวกับการป้องกันการใช้ประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบ ของศาลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของหลักการทำธุรกรรมอำพราง หลักเหินหาสำคัญกว่ารูปแบบ หลัก วัตถุประสงค์ทางธุรกิจ และหลักความแท้จริงทางเศรษฐศาสตร์ โดยหลักเหล่านี้อาจถูกนำมาใช้ เพื่อเสริมกับบทบัญญัติจากธุรกรรมที่สร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์หลักในการแสวงหาประโยชน์ทาง ภาษีโดยมิชอบ

3.1.3.1 การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ (Net Operating Loss Deduction)

ประมวลรัษฎากร (Internal Revenue Code) มาตรา 172 กำหนด เกี่ยวกับการใช้ผลขาดทุนสุทธิไว้ว่าสามารถนำผลขาดทุนสุทธิจากการประกอบกิจการไปใช้

³² Peter L. Faber, "Section 382: Net Operating Loss Carryovers in Corporate Acquisitions", William & Mary Annual Tax Conference, Paper 211. (William & Mary Law School Scholarship Repository, 1990). Available from: <http://scholarship.law.wm.edu/tax/211> [2012, February 10]

ข้ามปีภาษีได้ โดยสามารถใช้คำนวณกำไรสุทธิย้อนหลัง (loss carryback) ไปได้ 2 ปี และผลขาดทุนจากการประกอบกิจการที่เกิดขึ้นสามารถใช้คำนวณกำไรสุทธิในปีถัดไป (loss carryforward) ได้ 20 ปี³³

ผลขาดทุนสุทธินั้นจะต้องถูกนำมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิโดยหักกับเงินได้ในปีภาษีแรกที่สามารถใช้ได้ก่อน หลังจากนั้นจึงจะยกสิทธิที่เหลือไปใช้ใน ปีถัดไปที่สามารถใช้ประโยชน์ได้อีก³⁴

บทบัญญัติมาตรา 172 นี้มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดเก็บภาษีจาก ความสามารถทางเศรษฐกิจโดยรวมมากกว่าที่จะจัดเก็บจากความสามารถทางเศรษฐกิจ ณ ช่วงเวลาหนึ่งของหน่วยภาษี³⁵

3.1.3.2 การปรับโครงสร้างองค์กรโดยปลอดภาระภาษี (Tax-free Reorganization)

การที่ประเทศสหรัฐอเมริกายอมให้การปรับโครงสร้างองค์กรของนิติบุคคลบางกรณีไม่มีภาระภาษีทั้งหมดหรือบางส่วนนั้น อยู่บนหลักการและเหตุผลว่า การปรับโครงสร้างองค์กรของนิติบุคคลนั้นเป็นเพียงการปรับเปลี่ยนการดำเนินงานของธุรกิจในขณะที่ ต่อเนื่อง ซึ่งส่งผลให้เกิดความต่อเนื่องของการลงทุน อย่างไรก็ตามกรณีที่ยอมให้การปรับ โครงสร้างองค์กรของนิติบุคคลบางกรณีไม่มีภาระภาษีนั้นเป็นหลักเกณฑ์ที่ยกเว้นการรับรู้กำไร หรือขาดทุนของนิติบุคคลที่เกี่ยวข้องในการปรับโครงสร้างองค์กรอย่างไม่ถาวร กล่าวคือเป็น เพียงการชะลอ (defer) ระยะเวลาในการรับรู้กำไรหรือขาดทุน ไปเท่านั้น³⁶

การปรับโครงสร้างองค์กรที่จะเป็นการปรับโครงสร้างองค์กรที่ปลอด ภาระภาษีนั้น จะต้องเป็นการปรับโครงสร้างองค์กรตามรูปแบบที่มาตรา 368 กำหนดไว้ ได้แก่

³³ IRC §172(b)(1).

³⁴ IRC §172(b)(2).

³⁵ Jeffrey M. Rubin and Mary Ann Dickerson, *Cahiers De Droit Fiscal International Volume LXXXIIIa Tax Treatment of Corporate Losses*, (Rotterdam: Kluwer Law International, 1998), p. 846.

³⁶ บริษัท เบเคอร์ แอนด์ แม็คเคินซี รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง กฎหมาย ระเบียบและมาตรการทางภาษีที่ เกี่ยวข้องกับการรวมกิจการในประเทศไทยสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป, เสนอต่อคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อ การพัฒนาประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (กันยายน 2546), หน้า 277.

1) การปรับโครงสร้างองค์กรแบบ A³⁷

คือ กรณีที่มีการควบหรือรวมกิจการตามกฎหมายควบรวมกิจการของมลรัฐ (statutory merger or consolidation) ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของกฎหมายที่ว่าด้วยบริษัทของมลรัฐ (state corporate law)

ในกรณีการควบเข้ากันทั่วไป (Merger) นั้น สิทธิทรัพย์สิน และผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลเป้าหมายจะถูกถ่ายโอนไปยังนิติบุคคลผู้ซื้อและนิติบุคคลเป้าหมายจะถูกยุบไปโดยผลของกฎหมาย

ในกรณีของการควบกิจการ (Consolidation) นั้น คือ การถ่ายโอนสิทธิทรัพย์สินและหนี้สินของบริษัทตั้งแต่ 2 บริษัทหรือมากกว่านั้นไปยังนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นใหม่ นิติบุคคลเดิมที่ถูกโอนสิทธิทรัพย์สิน หนี้สิน และผลขาดทุนสะสม จะถูกยุบไปโดยผลของกฎหมายและผู้ถือหุ้นเดิมของนิติบุคคลที่ถูกถ่ายโอนจะเข้าถือหุ้นของนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นใหม่

2) การปรับโครงสร้างองค์กรแบบ C³⁸

คือกรณีที่นิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการได้มาซึ่งสิทธิหลักของนิติบุคคลเป้าหมายด้วยการแลกเปลี่ยนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงของตนเองหรือบริษัทแม่เท่านั้น โดยมูลค่าหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงของนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการจะต้องไม่ต่ำกว่าร้อยละ 80 ของมูลค่าตลาดของทรัพย์สินทั้งหมดของนิติบุคคลเป้าหมาย กรณีนี้จะแตกต่างกับกรณีของการปรับโครงสร้างองค์กรแบบ A เพราะสิทธิทรัพย์สินและหนี้สินของนิติบุคคลเป้าหมายจะไม่ถูกถ่ายโอนไปยังนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการโดยผลของกฎหมายและนิติบุคคลเป้าหมายจะไม่ถูกยุบไปในทันที

³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 285.

³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 287.

กรณีที่จะถือเป็นการปรับโครงสร้างองค์กรนอกจากการทำตามองค์ประกอบตามประมวลกฎหมายแล้ว ยังต้องทำตามองค์ประกอบตามบรรทัดฐานที่ศาลวางไว้ อีกด้วย³⁹ ซึ่งมีดังนี้

1) ความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของ (Continuity of Interest)⁴⁰

ความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของ เป็นทฤษฎีหนึ่งที่สำคัญในการกำหนดว่าเป็นการปรับโครงสร้างองค์กรโดยปลอดภาวะภาษีหรือไม่ ผู้ถือหุ้นซึ่งสูญเสียหุ้นของตนในการปรับโครงสร้างองค์กรและได้รับหุ้นของนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการนั้นจะต้องได้รับหุ้นในสัดส่วนที่พอเหมาะกันกับประโยชน์ตอบแทนที่ควรได้รับด้วย

2) ความต่อเนื่องในการดำเนินธุรกิจ (Continuity of Business Enterprise)⁴¹

การที่จะถือได้ว่ามีความต่อเนื่องในการดำเนินธุรกิจนั้นนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการต้องดำเนินธุรกิจเดิมของนิติบุคคลเป้าหมายต่อไปหรือต้องได้ใช้ทรัพย์สินส่วนสำคัญของธุรกิจเดิมของนิติบุคคลเป้าหมายในการประกอบธุรกิจต่อไป

คุณสมบัติในเรื่องความต่อเนื่องในการประกอบธุรกิจจะสมบูรณ์เมื่อนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการประกอบธุรกิจเดิมของนิติบุคคลเป้าหมาย กรมสรรพากรได้วางหลักเกณฑ์เรื่องนี้ว่า ต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงและสภาวะแวดล้อมทั้งหมด

อีกแนวความคิดหนึ่งที่จะถือได้ว่ามีความต่อเนื่องในการดำเนินธุรกิจก็คือเมื่อนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการได้ใช้ทรัพย์สินอันเป็นสาระสำคัญในการประกอบธุรกิจเดิมของนิติบุคคลเป้าหมาย ทรัพย์สินอันเป็นสาระสำคัญนี้รวมถึง หุ้น

³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 283.

⁴⁰ Daniel Schneider and Paul Halechen, Federal Tax Aspects of Corporate Reorganization, (Colorado: Shepard's Mcgraw-Hill, 1990), pp. 4-57 อ้างถึงใน เพียงพนอ บุญกล้า, "ปัญหาภาษีอากรในการจัดรูปองค์กรธุรกิจ," (นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2535).

⁴¹ เรื่องเดียวกัน.

หลักทรัพย์ และทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างอย่างอื่นที่ใช้ในการประกอบกิจการ เช่น ชื่อทางการค้า สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า ด้วย อย่างไรก็ตามนั้นก็ควรต้องพิจารณาถึงมูลค่าอันสมควรตลอดจนข้อเท็จจริงแวดล้อมด้วย

3.1.3.3 การอนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิ มาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กร

มาตรา 381 ถูกบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1954 เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการรักษาสิทธิทางภาษีเงินได้นิติบุคคลโดยอิงกับผลที่แท้จริงทางเศรษฐศาสตร์มากกว่าอิงกับรูปแบบทางกฎหมายที่สร้างขึ้นในการปรับโครงสร้างองค์กร ผู้ร่างกฎหมายฉบับนี้หวังว่าจะปกป้องผู้เสียภาษีต่อการสูญเสียสิทธิทางภาษี เช่นเดียวกับการป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบจากการปรับโครงสร้างองค์กรของผู้เสียภาษี⁴²

บทบัญญัตินี้จะถูกบังคับใช้ถ้าสินทรัพย์ของนิติบุคคลถูกเข้าซื้อโดยอีกนิติบุคคลหนึ่งในรูปแบบของการปรับโครงสร้างองค์กร ตามมาตรา 368(a)(1)(A), (C) หรือ(F) ได้แก่ การควบหรือโอนกิจการตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด การเข้าซื้อกิจการ โดยเข้าซื้อทรัพย์สินทั้งหมดของนิติบุคคลหนึ่งโดยการซื้อหุ้น หรือการเปลี่ยนรูปแบบหรือสถานที่ทำการ⁴³ ถ้าสินทรัพย์ถูกเข้าซื้อในธุรกรรมดังที่กล่าวมาข้างต้น นิติบุคคลที่เข้าซื้อสินทรัพย์จะสามารถสืบทอดสิ่งต่างๆที่กำหนดไว้ในมาตรา 381(c) ได้ เช่น ผลขาดทุนสุทธิข้ามปีภาษี กำไร วิธีการทางบัญชี เป็นต้น สิ่งต่างๆเหล่านี้จะถูกสืบทอดโดยนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการภายใต้บทบัญญัติของมาตรา 381(b) และข้อจำกัดบางอย่างที่กำหนดโดยมาตรา 381(c) เพราะมาตรา 381(c) กำหนดว่าเฉพาะบางสิ่งที่จะสามารถโอนสืบทอดต่อไปในอีกนิติบุคคลหนึ่งแทนที่จะให้สวมสิทธิเดิมทั้งหมด⁴⁴

⁴² Boris I. Bittker and James S. Eustice, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*. 3rd ed. (Boston: Warren Gorham Lamont, 1971), p. 16-14.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid.

3.1.3.4 บทบัญญัติเกี่ยวกับข้อจำกัดของการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กรหลังปี ค.ศ. 1987 จนถึงปัจจุบัน

กฎเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติปฏิรูปภาษีปี ค.ศ. 1986 (The 1986 Tax Reform Act) เปลี่ยนแนวทางของมาตรา 382 ไป โดยภายใต้กฎหมายเดิมนั้น แนวทางของมาตรา 382 คือการจัดหรือลดการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่าย ในการคำนวณกำไรสุทธิของนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิทางภาษีในการควมรวมกิจการบางรูปแบบ แต่ภายใต้กฎหมายใหม่ ผลขาดทุนสุทธิจากการประกอบกิจการนั้นยังคงอยู่ แต่เงินได้ที่เกิดขึ้นหลังจากการเข้าซื้อกิจการจะถูกนำมาคำนวณกับผลขาดทุนสุทธิได้อย่างจำกัด และพระราชบัญญัติภาษีอากรปี ค.ศ. 1987 (The Revenue Act of 1987) ยังได้เพิ่มมาตรา 384 เข้ามาซึ่งประมวลกฎหมาย เพื่อป้องกันนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิจากการใช้ประโยชน์จากผลขาดทุนสุทธิเดิมกับผลได้แฝง (built-in gains) ของนิติบุคคลที่ถูกเข้าซื้อกิจการ⁴⁵

ทฤษฎีของกฎหมายใหม่คือการใช้ประโยชน์ของผู้ซื้อกิจการจากการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิทางภาษีนั้นควรจะถูกจำกัดการใช้ประโยชน์เพียงเท่าที่นิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิจะได้ใช้ถ้าหากไม่มีการเข้าซื้อกิจการเกิดขึ้น โดยการสมมติว่านิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิทางภาษีสะสมอยู่นั้นจะสามารถสร้างเงินได้ในแต่ละปีได้เท่ากับผลตอบแทนที่เหมาะสมจากมูลค่าของกิจการ และเงินได้หลังจากการเข้าซื้อกิจการจะสามารถนำมาหักกับผลขาดทุนสุทธิได้ในแต่ละปีเพียงเท่า สัดส่วนร้อยละของมูลค่าของนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิในวันที่มีการเข้าซื้อกิจการอันเป็นวันที่สะท้อนถึงมูลค่าผลตอบแทนที่เหมาะสม วัตถุประสงค์ของบทบัญญัตินี้คือการจำกัดแรงจูงใจสำหรับผู้ซื้อกิจการที่ยอมจ่ายเงินมากขึ้นสำหรับหุ้นของนิติบุคคลที่มีสิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิสะสมอยู่ หลักการนี้ถูกอ้างถึงในลักษณะของ “หลักความเป็นกลาง”⁴⁶

⁴⁵ Peter L. Faber, “Section 382: Net Operating Loss Carryovers in Corporate Acquisitions”, William & Mary Annual Tax Conference, Paper 211. (William & Mary Law School Scholarship Repository, 1990). Available from: <http://scholarship.law.wm.edu/tax/211> [2012, February 10]

⁴⁶ Ibid.

3.1.3.4.1 การนำผลขาดทุนมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของนิติบุคคลที่ถูกเข้าซื้อกิจการในการเข้าซื้อกิจการที่มีภาวะภาษี

ถ้านิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการได้เข้าซื้อสินทรัพย์ของนิติบุคคลเป้าหมายในการเข้าซื้อกิจการที่มีภาวะภาษี นิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการจะไม่สามารถนำไปใช้ผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลเป้าหมายต่อไปได้ แต่ถ้านิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการเข้าซื้อหุ้นของนิติบุคคลเป้าหมายในการเข้าซื้อกิจการที่มีภาวะภาษี ผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลที่ถูกเข้าซื้อกิจการจะยังคงสามารถใช้ประโยชน์โดยนิติบุคคลเป้าหมายต่อไปได้⁴⁷

3.1.3.4.1.1 นิติบุคคลเป้าหมายขายสินทรัพย์ให้แก่นิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการ

นิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการจะไม่สามารถใช้ผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลเป้าหมายในการคำนวณกำไรสุทธิได้ ถ้านิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการเข้าซื้อสินทรัพย์ของนิติบุคคลเป้าหมายโดยธุรกรรมที่มีภาวะภาษี แต่อย่างไรก็ตามผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลเป้าหมายจะสามารถหักล้างได้กับ⁴⁸

- 1) เงินได้ที่ถูกรับรู้โดยนิติบุคคลเป้าหมายอันเป็นผลจากการขายสินทรัพย์นั้น
- 2) เงินได้ในภายหลังของ นิติบุคคลเป้าหมาย ถ้าสินทรัพย์นั้นถูกเจ้าซื้อโดยการซื้อขายโดยตรงและ นิติบุคคลเป้าหมายไม่ได้เลิกกิจการไป และ
- 3) ผลได้ใดๆที่รับรู้โดยนิติบุคคลผู้ถือเข้าซื้อกิจการว่าเป็นผลจากการเลิกกิจการในภายหลัง

⁴⁷ Martin D. Ginsburg and Jack S. Levin, Mergers, Acquisitions, and Buyouts Transactional Analysis. (Aspen Publishers, 2009), p. 12-55.

⁴⁸ Ibid.

3.1.3.4.1.2 ผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลเป้าหมายขายหุ้นให้กับ

นิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการ

เมื่อผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลเป้าหมายขายหุ้นให้กับนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการในธุรกรรมที่มีภาวะภาษี ผลขาดทุนสุทธิก่อนการเข้าซื้อกิจการของนิติบุคคลเป้าหมายจะยังคงสามารถถูกใช้ประโยชน์ต่อไปได้โดยนิติบุคคลเป้าหมาย ยกเว้นข้อจำกัดตามบทบัญญัติต่อไปนี้⁴⁹

1) การเลือกใช้สิทธิตามมาตรา 338

ถ้าผู้เข้าซื้อกิจการได้เลือกใช้สิทธิตามมาตรา 338 ซึ่งไม่ใช่การเลือกใช้สิทธิตามมาตรา 338(h)(10) ในการซื้อหุ้นของนิติบุคคลเป้าหมาย ธุรกรรมนั้นจะถูกต้องเสมือนว่าเป็นการขายสินทรัพย์ของนิติบุคคลเป้าหมายเดิมให้กับนิติบุคคลเป้าหมายใหม่ ผลขาดทุนของนิติบุคคลผู้ถูกเข้าซื้อกิจการเดิมจึงไม่สามารถหักล้างกับเงินได้ของนิติบุคคลเป้าหมายซึ่งถูกรับรู้ว่าเป็นผลจากการถือเสมือนว่าเป็นการขายสินทรัพย์ตามมาตรา 338 นี้ และผลขาดทุนสุทธิที่ยังคงเหลืออยู่จะสิ้นอายุทันที⁵⁰

2) มาตรา 269(a) การเปลี่ยนแปลง อำนาจควบคุมโดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อหลบเลี่ยงภาษี

สิทธิในการผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลเป้าหมายจะถูกกำจัดและไม่สามารถใช้ประโยชน์ต่อไปได้ถ้า 1) นิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการได้หุ้นของนิติบุคคลเป้าหมายร้อยละ 50 ขึ้นไป ไม่ว่าจะตามมูลค่าหรือสิทธิออกเสียง โดย นับรวมหุ้นทั้งหมดรวมถึงหุ้นที่ไม่มีสิทธิออกเสียง หรือเมื่อนิติบุคคลผู้เข้า

⁴⁹ Ibid., p. 12-56.

⁵⁰ Ibid., p. 12-57.

ซื้อกิจการได้สินทรัพย์ของนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการใน
 ธุรกิจที่มีผลขาดทุนสุทธิเป็นหลัก (Carryover
 basis) เมื่อนิติบุคคลเป้าหมายไม่ได้ถูกควบคุมโดยนิติ
 บุคคลผู้เข้าซื้อกิจการหรือผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลผู้เข้า
 ซื้อกิจการในทันทีทันใดก่อนที่จะเกิดการเข้าซื้อกิจการ
 และ 2) วัตถุประสงค์หลักของการเข้าซื้อกิจการคือเพื่อ
 หลบเลี่ยงภาษีโดยการรักษาสิทธิประโยชน์ทางภาษีที่
 นิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการไม่สมควรที่จะได้ใช้สิทธิ
 ประโยชน์นั้นไว้⁵¹

ปัจจัยที่จะถูกมองว่าเป็นการกระทำโดยมี
 วัตถุประสงค์หลักเพื่อการหลบเลี่ยงภาษีของนิติบุคคล
 ผู้เข้าซื้อกิจการเพื่อที่จะรักษาสิทธิประโยชน์ในการใช้
 ผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลเป้าหมายนั้น มี
 ดังต่อไปนี้⁵²

- 1) มีหลักฐานบ่งชี้หรือไม่ว่าเป้าหมายหลัก
 ของนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการในการซื้อหุ้น
 ของนิติบุคคลเป้าหมายนั้นคือเพื่อจะได้มา
 ซึ่งธุรกิจ สินทรัพย์ และการปฏิบัติการ
 ของนิติบุคคลเป้าหมาย ซึ่งในแง่มุมมองนี้
 บันทึก จดหมาย และคำให้การด้วยวาจา
 จะมีบทบาทขึ้นมา เช่นเดียวกับเหตุการณ์
 ต่าง ๆ เช่น ถ้านิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการได้
 ปิดตัวหรือละทิ้งธุรกิจของผู้ถูกเข้าซื้อ
 กิจการอย่างรวดเร็ว การกระทำลักษณะนี้
 จะเป็นหลักฐานที่มีน้ำหนักมากกว่านิติ

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid.

บุคคลผู้เข้าซื้อกิจการไม่ได้เข้าซื้อกิจการ
เพื่อธุรกิจของนิติบุคคลเป้าหมาย
เช่นเดียวกับถ้าผลขาดทุนสุทธิของนิติ
บุคคลเป้าหมายนั้นมีมูลค่ามหาศาลแต่
กำไรที่คาดว่าจะได้รับจากการดำเนิน
ธุรกิจของนิติบุคคลเป้าหมายนั้นมีมูลค่า
น้อยมากเมื่อเทียบกับราคาที่นิติบุคคลผู้
เข้าซื้อกิจการจ่ายไป ถึงแม้ว่าจะได้มีการ
เปลี่ยนแผนการดำเนินธุรกิจโดยนิติบุคคล
ผู้เข้าซื้อกิจการก็ตาม

- 2) นิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการโอนสินทรัพย์ที่
ก่อให้เกิดรายได้ที่ไม่เกี่ยวกับกิจการ
ให้กับนิติบุคคลเป้าหมายหรือไม่ เพราะ
ผลขาดทุนสุทธิก่อนการเข้าซื้อกิจการของ
นิติบุคคลเป้าหมายนั้นจะหักล้างได้เฉพาะ
เงินได้ของนิติบุคคลเป้าหมายเท่านั้น
ดังนั้นนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการจึงอาจ
ต้องการย้ายสินทรัพย์ที่ก่อให้เกิดรายได้
ไปยังนิติบุคคลเป้าหมายเพื่อให้เงินได้ที่
เกิดจากสินทรัพย์นั้นสามารถหักล้างกับ
ผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลเป้าหมายได้
และการที่นิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการย้าย
สินทรัพย์ที่ไม่เกี่ยวข้องกันกับธุรกิจของนิติ
บุคคลเป้าหมายไปอย่างรวดเร็วก็อาจจะ
เป็นหลักฐานว่าการเข้าซื้อกิจการโดยการ
ซื้อหุ้นของนิติบุคคลเป้าหมายนี้เป็นการ
กระทำที่มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อหลบเลี่ยง
ภาษี

- 3) มาตรา 382 จำกัดการใช้ประโยชน์ใน
อนาคต ของผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคล
ผู้เข้าซื้อกิจการนั้นมีความสัมพันธ์กับ
การบ่งชี้ว่าการเข้าซื้อกิจการนั้นมีวัตถุประสงค์
ประสงค์หลักเพื่อการ หลีก เลี่ยงหรือ
หลบเลี่ยงภาษีเงินได้หรือไม่ เพราะการ
บังคับใช้ของมาตรานี้มักจะทำให้มูลค่า
ของผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลผู้เข้าซื้อ
กิจการสำหรับนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการจะ
ใช้ได้ลดลง ซึ่งในทางปฏิบัติการเข้าซื้อ
กิจการโดยหุ้นทั้งหมดร้อยละ 100 จากผู้
ไม่มีความเกี่ยวข้องกันจะก่อให้เกิดมาตรา
382 มีผลบังคับ ใช้ไปแล้ว

รายงานการประชุมของพระราชบัญญัติฉบับปี ค.ศ.

1986 ระบุว่าพระราชบัญญัติแก้ไขพระราชบัญญัติปี ค.ศ. 1986 ในการเพิ่มเติมมาตรา 382 และ
383 นั้นไม่ทำให้การบังคับใช้ของมาตรา 269 ต่อการเข้าซื้อกิจการที่สร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์
หลักเพื่อหลีกเลียงหรือหลบเลี่ยงภาษีเงินได้นั้นหยุดลง⁵³ และระเบียบของกรมสรรพากรที่
Reg.§1.269-7 ยังกำหนดอย่างสอดคล้องกับประวัติศาสตร์การร่างกฎหมายว่าถ้าวัตถุประสงค์
หลักของการเข้าซื้อกิจการคือการหลีกเลียงหรือหลบเลี่ยงภาษีเงินได้แล้ว กรมสรรพากรสามารถ
บังคับใช้มาตรา 269 เพื่อห้ามใช้ผลขาดทุนสุทธิในการคำนวณกำไรสุทธิได้ โดยไม่จำเป็นต้อง
คำนึงถึงว่าผลขาดทุนสุทธินั้นอยู่ภายใต้บังคับการจำกัดการใช้รายปีของมาตรา 382 หรือไม่แต่
อย่างไรก็ตามกฎเกณฑ์นี้ก็ยังคงกำหนดให้พิจารณาว่าการเข้าซื้อกิจการนั้นมีวัตถุประสงค์หลัก
เพื่อหลีกเลียงหรือหลบเลี่ยงภาษีเงินได้หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาว่าผลขาดทุนสุทธินั้นอยู่ภายใต้
การจำกัดของมาตรา 382 หรือไม่⁵⁴

⁵³ H.R. Conf. Rep. No. 841, 99th Cong., 2d Sess. II, at 194 (1986). อ้างถึงใน Martin D. Ginsburg and Jack S. Levin, Mergers, Acquisitions, and Buyouts Transactional Analysis. (Aspen Publishers, 2009), p. 12-60.

⁵⁴ Martin D. Ginsburg and Jack S. Levin, Mergers, Acquisitions, and Buyouts Transactional Analysis. (Aspen Publishers, 2009), p. 12-60.

3.1.3.4.1.3 การเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของตามมาตรา

382

การเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของ หมายถึง การซื้อหุ้นของนิติบุคคลเป้าหมายทำให้หุ้นของนิติบุคคลเป้าหมาย (ตามมูลค่ายุติธรรมโดยไม่นับรวมถึงหุ้นไม่มีสิทธิออกเสียง หุ้นบุริมสิทธิ) ถูกเป็นเจ้าของโดยนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการมากกว่าร้อยละ 50 เหนือจุดต่ำสุดของร้อยละของหุ้นซึ่งนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการได้เป็นเจ้าของไม่ว่าเวลาใดก่อนระยะเวลาสามปี ซึ่งถ้ามีการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของเกิดขึ้นตามมาตรา 382 จะจำกัดการใช้ประโยชน์ในการใช้ผลขาดทุนสุทธิก่อนการเข้าซื้อกิจการของ นิติบุคคลเป้าหมาย ดังนี้⁵⁵

- 1) ผลขาดทุนสุทธิก่อนการเข้าซื้อกิจการของนิติบุคคลเป้าหมายนั้นจะถูกกำจัดทั้งหมดเว้นแต่นิติบุคคลเป้าหมายได้ทำตามเงื่อนไขการทดสอบความต่อเนื่องของธุรกิจตามมาตรา 382 ตลอดระยะเวลา 2 ปีนับแต่วันที่เกิดการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของ กล่าวคือ นิติบุคคลเป้าหมายได้ดำเนินธุรกิจเดิมต่อหรือยังคงใช้สินทรัพย์ส่วนสำคัญเดิมต่อไป ซึ่งการทดสอบความต่อเนื่องของธุรกิจนี้เป็นการทดสอบเดียวกับที่ใช้บังคับในการปรับโครงสร้างองค์กรโดยปลดภาระภาษีภายใต้มาตรา 368
- 2) ถ้านิติบุคคลเป้าหมายสามารถทำตามเกณฑ์การทดสอบความต่อเนื่องของธุรกิจได้ ซึ่งผลขาดทุนสุทธิจะไม่ถูกจำกัดตามข้อ 1) และสมมติว่ามาตรา 269 มิได้

⁵⁵ Ibid., p. 12-62.

กำจัดผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคล
 เป้าหมายเช่นกัน การใช้ผลขาดทุนสุทธิ
 ของนิติบุคคลผู้ถูกซื้อกิจการก็ยังคง
 ดำรงต่อไปภายใต้ข้อจำกัดรายปีเท่ากับ
 “อัตรายกเว้นภาษีระยะยาว” ณ เวลาที่
 เกิดการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของ
 คู่กับมูลค่ายุติธรรมของหุ้นของนิติ
 บุคคลเป้าหมายทั้งหมดทันทีก่อนการ
 เปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของ

เพื่อวัตถุประสงค์ของมาตรา 382 หุ้นของ นิติบุคคล
 เป้าหมายซึ่งถูกเข้าซื้อไม่ว่าโดยนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการหรือ บริษัทลูกจะถูกถือปฏิบัติว่าถูกเข้า
 เป็นเจ้าของเป็นสัดส่วนตามผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการ⁵⁶ ดังนั้นการเปลี่ยนแปลงความ
 เป็นเจ้าของจึงมิได้วัดแต่เพียงระดับชั้นนิติบุคคลแต่วัดถึงในระดับชั้นของผู้ถือหุ้นด้วย⁵⁷

3.1.3.4.2 การนำ ผลขาดทุน สุทธิมาถือเป็นรายจ่าย

ในการคำนวณกำไรสุทธิของนิติบุคคลเป้าหมายในการเข้าซื้อกิจการที่ปลอดภาระภาษี

เมื่อนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการได้เข้าซื้อสินทรัพย์ของนิติบุคคล
 เป้าหมายในการปรับโครงสร้างองค์กรแบบ A หรือ C นิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการจะสืบทอดสิทธิใน
 การใช้ผลขาดทุนสุทธิในการคำนวณกำไรสุทธิของนิติบุคคลเป้าหมายภายใต้มาตรา 381
 โดยมีข้อจำกัดดังนี้⁵⁸

- 1) มาตรา 269 การเข้าซื้อกิจการโดยการซื้อ
 สินทรัพย์โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อหลบเลี่ยง
 ภาษี

สิทธิในการใช้ผลขาดทุนสุทธิของนิติ
 บุคคลเป้าหมายจะถูกจำกัดทั้งหมดถ้านิติบุคคลผู้

⁵⁶ มาตรา 382(I)(3)(A)

⁵⁷ Ibid., p. 12-63.

⁵⁸ Ibid., p. 12-73.

เข้าซื้อกิจการได้เข้าซื้อสินทรัพย์ของนิติบุคคล เป้าหมายในธุรกรรมที่มีผลขาดทุนสุทธิเป็นหลัก และการเข้าซื้อกิจการนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อหลบเลี่ยงภาษีโดยการรักษาสภาพประโยชน์ในการใช้ผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลเป้าหมาย

2) มาตรา 382

โดยทั่วไปแล้วการจำกัดตามมาตรา 382 จะมีผลบังคับถ้าหลังจากการปรับโครงสร้างองค์กร ผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลเป้าหมายเป็นเจ้าของหุ้นน้อยกว่าร้อยละ 50 ของหุ้นของนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการ วัตถุประสงค์จากราคายุติธรรมโดยไม่นับรวมหุ้นที่ไม่มีสิทธิออกเสียงและหุ้นบุริมสิทธิบางประเภท ในการวัดมูลค่านี้ปกติจะนับเฉพาะผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลเป้าหมายที่เป็นเจ้าของหุ้นอย่างน้อย 3 ปีก่อนการปรับโครงสร้างองค์กร ตัวอย่างเช่น ถ้าผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลเป้าหมายได้รับหุ้นร้อยละ 60 ของนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการในการปรับโครงสร้างองค์กร แต่นาย A ได้ซื้อหุ้นของนิติบุคคลเป้าหมายไว้ร้อยละ 20 ภายในระยะเวลา 3 ปีก่อนการปรับโครงสร้างองค์กร ผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลเป้าหมายจะถูกปฏิบัติว่าเป็นเจ้าของหุ้นเพียงร้อยละ 48 ของนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการเท่านั้น ซึ่งก็คือร้อยละ 80 ของร้อยละ 60 นั้นเอง และการจำกัดตามมาตรา 382 ก็จะมีผลบังคับใช้เมื่อการจำกัดมีผลบังคับใช้แล้วการใช้ผลขาดทุนสุทธิในการคำนวณกำไรสุทธิก็จะถูกจำกัดดังนี้

- 1) ผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคล
เป้าหมายจะถูกห้ามใช้คำนวณกำไร
สุทธิทั้งหมดเว้นแต่ธุรกิจของนิติ
บุคคลเป้าหมายจะยังคงดำรงต่อไป
ตลอดระยะเวลา 2 ปีนับแต่วันที่
มีการปรับโครงสร้างองค์กร
- 2) ถ้าธุรกิจของนิติบุคคลเป้าหมายยังคง
ดำเนินต่อไป การใช้ผลขาดทุนสุทธิ
ของนิติบุคคลเป้าหมายโดยนิติบุคคล
ผู้เข้าซื้อกิจการจะถูกจำกัดเป็นรายปี
เท่ากับอัตรายกเว้นภาษีของหุ้นกู้
ระยะยาวคูณกับมูลค่ายุติธรรมของ
หุ้นของนิติบุคคลเป้าหมายในทันที
ก่อนการปรับโครงสร้างองค์กร

มาตรา 382 นั้น มักจะใช้บังคับกับการเปลี่ยนแปลงความเป็น
เจ้าของซึ่งมีผลจากการปรับโครงสร้างองค์กรแบบ A หรือ C ตามแผนการปรับโครงสร้าง
องค์กร⁵⁹

3.1.3.4.3 การจำกัดการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่าย ใน การคำนวณกำไรสุทธิตามมาตรา 382

มาตรา 382 กำหนดข้อจำกัดรายปีในการใช้ผลขาดทุนสุทธิ
ของนิติบุคคลเป้าหมายหลังการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของมากกว่าร้อยละ 50 ภายใน
ระยะเวลา 3 ปี การจำกัดรายปีเช่นนี้เท่ากับอัตรายกเว้นภาษีของหุ้นกู้ระยะยาวคูณกับมูลค่า
ยุติธรรมของหุ้นของนิติบุคคลเป้าหมายทันทีก่อนการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของ แต่หลังจาก
การไถ่ถอนซึ่งเกี่ยวข้องกับเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของ และหากธุรกิจของนิติบุคคล
เป้าหมายไม่ดำเนินต่อภายในระยะเวลาสองปีหลังการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของ ผลขาดทุน

⁵⁹ Ibid., p. 12-74.

สิทธิของนิติบุคคลเป้าหมายก็จะถูกห้ามใช้ในการคำนวณกำไรสุทธิเช่นกัน กฎเกณฑ์เหล่านี้เป็นกฎเกณฑ์ในรูปแบบเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของอันมีผลจากทั้งการซื้อหุ้นและการปรับโครงสร้างองค์กรโดยตลอดภาวะภาษี⁶⁰

3.1.3.4.3.1 การเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของ

การจำกัดรายปีของมาตรา 382 จะมีผลบังคับเมื่อนิติบุคคลเป้าหมายนั้นมีการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของ⁶¹

การเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของนั้นเกิดขึ้นในทันทีที่สิ้น “วันทดสอบ (testing date)” คือเมื่อหุ้นของนิติบุคคลเป้าหมายถูกเป็นเจ้าของมากกว่าร้อยละ 50 จากจตุรร้อยละที่ต่ำสุดของหุ้นของนิติบุคคลเป้าหมายโดยบุคคลใดหรือผู้ถือหุ้นร้อยละ 5 ในช่วงเวลาใดๆใน “ช่วงเวลาทดสอบ (testing period)” ซึ่งโดยทั่วไปคือระยะเวลา 3 ปีก่อนวันทดสอบ⁶²

ผู้ถือหุ้นร้อยละ 5 คือ บุคคลใดหรือนิติบุคคลใดที่เป็นเจ้าของหุ้นร้อยละ 5 หรือมากกว่าของหุ้นของ นิติบุคคลเป้าหมายไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม⁶³

การเพิ่มขึ้นทั้งหมดของร้อยละของความเป็นเจ้าของของหุ้นของนิติบุคคลเป้าหมายนั้นถูกคำนวณตอนสิ้นวันทดสอบ เป็นผลให้บุคคลใดที่ซื้อและขายหุ้นของนิติบุคคลเป้าหมายในวันเดียวกันนั้นถูกปฏิบัติเสมือนว่าไม่เคยได้เป็นเจ้าของหุ้นนั้น ตัวอย่างเช่น กรมสรรพากรได้มีคำสั่งเป็นแนวปฏิบัติว่าการซื้อและของหุ้นทั่วไปของนิติบุคคลเป้าหมายโดยผู้จัดจำหน่ายหลักทรัพย์ในวันเดียวกันกับที่มีการชี้ชวนให้เข้าซื้อหุ้นนั้นจะถูกถือว่า “ไม่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ของมาตรา 382” ดังนั้นหุ้นนั้นจะถูกถือว่าการขายโดยตรงโดยนิติบุคคลเป้าหมายให้แก่ผู้ซื้อที่แท้จริง⁶⁴

ในการระบุว่ามีการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของเกิดขึ้นหรือไม่นั้น จะพิจารณาถึงการเปลี่ยนแปลงของ “หุ้น” ของนิติบุคคลเป้าหมายทั้งหมดตามมาตรา 382 นั้นรวมถึงหลักทรัพย์ใดๆที่สามารถแปรสภาพเป็นหุ้นได้และออฟชั่นต่างๆที่อาจ

⁶⁰ Ibid., p. 12-170.

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid., p. 12-171.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid.

สามารถใช้สิทธิในความเป็นเจ้าของได้ในวัตถุประสงค์ชอบในช่วงอายุของออฟชั่น แต่ไม่รวมถึงหุ้นบุริมสิทธิที่ 1) ไม่มีสิทธิออกเสียง 2) ถูกจำกัดและมีสิทธิได้รับเงินปันผลก่อน และไม่ได้เกี่ยวข้องกับกำไรของนิติบุคคลอย่างมีสาระสำคัญ 3) มีสิทธิไถ่ถอนและ สิทธิเลิกกิจการไม่เกิ นราคาที่ออกหุ้น และ 4) ไม่สามารถแปลงสภาพเป็นหุ้นชนิดอื่นได้ หุ้นบุริมสิทธิที่เข้าเกณฑ์ทั้ง 4 ข้อนี้ ก็จะไม่ถูกนับรวมเป็น “หุ้น” ตามมาตรา 382⁶⁵

สำหรับระยะเวลาที่ใช้ระบุว่าเกิดการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของหรือไม่ นั่นคือระยะเวลา 3 ปี สิ้นสุด ณ วันทดสอบ ก็คือสิ้นสุด ณ วันที่เกิดการเปลี่ยนเจ้าของ (owner shift)⁶⁶

การระบุว่าใครเป็นเจ้าของหุ้นตามวัตถุประสงค์ของกฎเกณฑ์การเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของนั้นใช้กฎการถือเป็นของ (attribution rule) ดังนี้⁶⁷

- 1) บุคคลธรรมดา คู่สมรส บุตร หลาน และบุพการี จะถูกถือเป็นบุคคลคนเดียวตามวัตถุประสงค์ของมาตรา 382
- 2) หุ้นซึ่งถือโดยนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วน หรือทรัสต์จะถูกแบ่งความเป็นเจ้าของตามส่วนของผู้ถือหุ้น หุ้นส่วนหรือผู้รับผลประโยชน์ หุ้นนั้นจะถูกแบ่งความเป็นเจ้าของจากองค์กรภายใต้กฎนี้จะไม่ถือได้ว่าถือโดยองค์กรนั้น โดยจะพิจารณาจากผู้ถือหุ้นที่ไม่เกี่ยวข้องกัน แต่จะไม่มี การแบ่งความเป็นเจ้าของจากผู้ถือหุ้น หุ้นส่วน หรือผู้รับผลประโยชน์ ไปยังนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วน หรือทรัสต์ เว้นแต่มีข้อยกเว้นตามกฎหมายที่ลำดับรอง

⁶⁵ Ibid., p. 12-172.

⁶⁶ Ibid., p. 12-179.

⁶⁷ Ibid., p. 12-181.

3.1.2.4.3.2 การคำนวณการจำกัดรายปีตามมาตรา 382

ในปีภาษีใดๆที่จบลงหลังจากวันที่เปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของ เงินได้พึงประเมินของนิติบุคคลเป้าหมายจะสามารถหักล้างกับผลขาดทุนสุทธิก่อนการเข้าซื้อกิจการได้ตามผลรวมของจำนวนต่อไปนี้⁶⁸

- 1) มูลค่ายุติธรรมของหุ้นของนิติบุคคลเป้าหมายทันทีก่อนการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของ คุณกับอัตรายกเว้นดอกเบี่ยระยะยาวที่มีผล ณ เวลานั้น
- 2) จำนวนที่เหลือจากการจำกัดตามมาตรา 382 จากปีก่อนหน้า
- 3) ผลได้แฝง (built-in gain) ของนิติบุคคลเป้าหมายในปีนั้น และ
- 4) ส่วนเกินของผลได้ตามมาตรา 383

โดยทั่วไปแล้วเงินได้พึงประเมินของนิติบุคคลเป้าหมายที่จะสามารถหักล้างกับผลขาดทุนสุทธิก่อนการเข้าซื้อกิจการจึงถูกจำกัดเป็นรายปี เพียงเท่าที่ไม่เกินมูลค่ายุติธรรมของหุ้นของนิติบุคคลเป้าหมายทันทีก่อนการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของคุณกับอัตรายกเว้นดอกเบี่ยระยะยาวที่มีผล ณ เวลานั้น และในกรณีที่เป็นปีภาษีหลังการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของนั้นสั้นกว่า 365 วัน ระเบียบของกรมสรรพากรก็ได้กำหนดให้ใช้การจำกัดของปีก่อน คุณกับเศษจำนวนวันในปีภาษีนั้นส่วนด้วย 365 ในการระบุการจำกัดตามมาตรา 382 ของปีนั้น⁶⁹

⁶⁸ Ibid., p. 12-221.

⁶⁹ Ibid., p. 12-222.

3.1.3.4.3.3 เกณฑ์ทดสอบความต่อเนื่องของธุรกิจ

ผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลเป้าหมายจะถูกห้ามนำมาใช้ในการคำนวณกำไรสุทธิทั้งหมดเว้นเสียแต่ว่าธุรกิจของนิติบุคคลเป้าหมายจะยังคงดำเนินต่อตลอดระยะเวลาสองปีนับแต่วันที่เปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของ ซึ่งการทดสอบนี้เป็นการทดสอบเกี่ยวกับการทดสอบความต่อเนื่องของธุรกิจในธุรกรรมการปรับโครงสร้างองค์กรตามมาตรา 368 ดังนั้นการทดสอบนี้จึงเป็นการทดสอบตามข้อเท็จจริงและสภาพแวดล้อมให้นิติบุคคลเป้าหมายหรือผู้สืบต่อต้องทำอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้⁷⁰

- 1) ดำเนินธุรกิจเดิมของนิติบุคคลเป้าหมายต่อไป ถ้านิติบุคคลนั้นมีธุรกิจมากกว่าหนึ่งสายธุรกิจ นิติบุคคลเป้าหมายหรือผู้สืบต่อก็ต้องดำเนินธุรกิจที่เป็นสายธุรกิจหลักต่อไป
- 2) ใช้สินทรัพย์ที่เป็นส่วนสำคัญของธุรกิจเดิมของนิติบุคคลเป้าหมายต่อไปในธุรกิจ

3.1.4 หลักการป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบของศาล

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีและคำพิพากษาของศาล(Common Law) ดังนั้นนอกจากบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้ในประมวลรัษฎากรของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว บรรทัดฐานและคำพิพากษาของศาลต่าง ๆ จึงถูกนำมาใช้ในการป้องกันการหลบหลีกภาษีด้วย ดังนี้

3.1.4.1 หลักธุรกรรมเป็นขั้นตอน (Step Transaction Doctrine)

เป็นหลักที่ว่า การที่ผู้เสียภาษีมียัตถุประสงค์ในการดำเนินธุรกรรมหนึ่ง ซึ่งในการดำเนินธุรกรรมนั้นย่อมมีภาระภาษีเกิดขึ้น ผู้เสียภาษีจึงได้คิดแปลง

⁷⁰ Ibid., p. 12-257.

รูปแบบดำเนินธุรกรรมเสียใหม่เพื่อหลีกเลี่ยงหรือลดภาระภาษีนั้นหากแต่ยังคงผลสุดท้ายในการดำเนินธุรกรรมเช่นเดิม⁷¹

เรื่องของรูปแบบในกฎหมายหุ้นส่วนบริษัทนั้นเป็นประเด็นที่สำคัญ แต่ก็ไม่จำเป็นว่ารูปแบบนั้นคือเนื้อหาสาระที่แท้จริงของธุรกรรม ผู้พิพากษา Frank Easterbrook ได้กล่าวถึงหลักการที่สำคัญหนึ่งไว้ในคำพิพากษาว่า “เนื้อหาสาระนั้นสำคัญเหนือกว่ารูปแบบที่ว่างเปล่า (substance prevails over empty forms.)”⁷²

ศาลได้สร้างบรรทัดฐานหลักเนื้อหาสาระสำคัญกว่ารูปแบบขึ้นมา ซึ่งมักจะถูกอ้างถึงว่าคือหลักธุรกรรมเป็นขั้นตอน (step transaction doctrine) หลักการนี้ใช้บังคับกับกฎหมายภาษีทั้งหมดรวมถึงส่วนที่เกี่ยวกับการปรับโครงสร้างองค์กรของนิติบุคคลด้วย หลัก step transaction doctrine นี้ส่งผลให้การดำเนินการต่างๆที่แยกกันในรูปแบบและขั้นตอนถูกรวมเข้าด้วยกันและถูกถือเป็นธุรกรรมเดียวกันถ้าขั้นตอนนั้นแท้จริงแล้วมีสาระสำคัญ “ร่วมกัน ส่งเสริมเกี่ยวข้องกัน และมีเป้าหมายหนึ่งเดียวร่วมกัน”⁷³ หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งได้ว่า ถ้าผู้เสียภาษีมียัตถุประสงค์สุดท้ายในการเดินทางจากจุด x ไปยังจุด y และแทนที่จะเดินในเส้นทางตรง ผู้เสียภาษีกลับกระทำการเพิ่มอีกธุรกรรมหนึ่งหรือมากกว่านั้นที่มิได้มีความหมายแท้จริงใดๆในการเดินทางจากจุด x ไปยังจุด y เพียงเพื่อที่จะได้ผลประโยชน์ทางภาษีมากขึ้น หลัก ธุรกรรมเป็นขั้นตอนนี้จะปฏิเสธธุรกรรมที่เกิดขึ้นเหล่านั้นและทำให้ผู้เสียภาษีต้องเสียภาษีดังเช่นถ้าเขาได้เลือกเส้นทางตรงในการเดินทางจากจุด x ไปยังจุด y ดังนั้นเมื่อหลักธุรกรรมเป็นขั้นตอนนี้บังคับใช้ ผลทางภาษีของธุรกรรมเป็นชุดที่เกี่ยวข้องกันเหล่านี้จะถูกปฏิเสธธุรกรรมที่เกิดขึ้นเพิ่มเติมและให้ความสนใจเพียงผลสุดท้ายของธุรกรรมเท่านั้น⁷⁴

ศาลและกรมสรรพากรยังมิได้มีการทดสอบที่ชัดเจนว่าเมื่อใดหลักธุรกรรมเป็นขั้นตอนนี้จะถูกบังคับใช้ และศาลได้สร้างหลักเกณฑ์คร่าวๆขึ้นมา 3 หลักเกณฑ์ได้แก่ การทดสอบความเกี่ยวพัน (the binding commitment test) การทดสอบผล

⁷¹ เกรียงเดช มาจำเนียร, มาตรการป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีอากร, หน้า ๙

⁷² ดู *Roebuck & Co. v. Commissioner*, 972 F.2d 858, 92-2 U.S.T.C. ¶50,426 (7th Cir. 1992).

⁷³ *Penrod v. Commissioner*, 88 T.C. 1415, 1428 (1987).

⁷⁴ Martin D. Ginsburg and Jack S. Levin, Mergers, Acquisitions, and Buyouts Transactional Analysis. (Aspen Publishers, 2009), p. 6-158.

สุดท้าย (the end result test) และการทดสอบความสัมพันธ์เกี่ยวข้อกัน (the interdependence test)⁷⁵

การทดสอบความเกี่ยวพันนั้นมีหลักว่าชุดของธุรกรรมจะถูกรวมเข้าด้วยกันถ้า ณ เวลาที่ธุรกรรมขั้นตอนแรกเกิดขึ้น ธุรกรรมนั้นมีภาวะผูกพันทางกฎหมายที่จะดำเนินการต่อไปยังขั้นตอนต่อไป แต่ทว่าแม้ว่าศาลจะพบว่าเมื่อมีความเกี่ยวพันกัน ศาลก็มักจะไม่ใช่การทดสอบนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับการปรับโครงสร้างองค์กรเพราะถึงแม้ว่าการทดสอบนี้จะเพิ่มความแน่นอนทางภาษีขึ้น แต่การทดสอบนี้มิได้สนใจถึงความตั้งใจที่แท้จริงและข้อมูลจากบทสนทนาของคู่สัญญา ศาลรับรู้ว่าการที่หลักธุรกรรมเป็นขั้นตอนนี้มีโอกาสใช้ได้จริงน้อยมากถ้าบังคับใช้เพียงสถานการณ์ที่คู่สัญญามีภาวะผูกพันทางกฎหมายที่จะต้องดำเนินการขั้นตอนต่อไป⁷⁶

การทดสอบผลสุดท้ายนี้มีหลักว่าชุดของธุรกรรมจะถูกรวมเข้าด้วยกันถ้าธุรกรรมเหล่านั้นถูกจัดเตรียมไว้ล่วงหน้าว่าเป็นส่วนของธุรกรรมเดียวและมีความตั้งใจตั้งแต่เริ่มแรกให้ประสบผลสุดท้ายเดียว การทดสอบนี้ให้ความสำคัญกับความตั้งใจของคู่สัญญาตั้งแต่เริ่มแรกในการทำธุรกรรม⁷⁷

การทดสอบความสัมพันธ์เกี่ยวข้อกันนั้นมีหลักว่าชุดของธุรกรรมจะถูกรวมเข้าด้วยกันถ้าธุรกรรมนั้นมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้อกันเสียจนว่าผลทางกฎหมายของธุรกรรมใดธุรกรรมหนึ่งจะไม่มีผลเลยถ้าปราศจากความสำเร็จของธุรกรรมนั้นทั้งชุด การทดสอบนี้ให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ระหว่างธุรกรรมมากกว่าผลสุดท้ายที่เกิดขึ้น แต่การทดสอบนี้ก็ยังคงต้องการการการระบุผลสุดท้ายที่คู่สัญญาต้องการให้เกิดขึ้นดังเช่นการทดสอบผลสุดท้าย⁷⁸

หลักธุรกรรมเป็นขั้นตอนนั้นเป็นเรื่องที่มีความแน่นอนต่ำ และมักถูกบังคับใช้โดยขึ้นอยู่กับศาลว่าจะพบว่าชุดของธุรกรรมนั้นสวนทางกับนโยบายทางภาษี

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Ibid., p. 6-159.

⁷⁷ Ibid., p. 6-161.

⁷⁸ Ibid.

หรือไม่ การที่ศาลจะบังคับใช้การทดสอบ 3 ชนิดที่ได้กล่าวข้างต้นจึงขึ้นอยู่กับปัจจัยหลัก 2 เรื่องได้แก่ ความตั้งใจ (intent) และ ระยะเวลาระหว่างธุรกรรม (temporal proximity)⁷⁹

ความตั้งใจของผู้เสียภาษีเมื่อแรกเริ่มของชุดธุรกรรมที่เกิดขึ้นนั้นเป็นสิ่งสำคัญในการบังคับใช้หลักธุรกรรมเป็นขั้นตอน ถ้าเป็นที่เห็นได้ว่าเป็นครั้งแรกเริ่มในการทำธุรกรรมแรกนั้น ผู้เสียภาษีไม่ได้มีความตั้งใจที่จะทำให้ธุรกรรมต่อไปนั้นมีผลขึ้น ชุดของธุรกรรมนั้นก็จะไม่ถูกรวมเข้าด้วยกัน เป็นที่แน่นอนว่าศาลนั้นยากที่จะหยั่งรู้ถึงเจตนาที่แน่นอนของผู้เสียภาษี แต่ศาลก็ต้องพยายามตรวจสอบโดยอาศัยเหตุการณ์แวดล้อมของธุรกรรมนั้น⁸⁰

เมื่อไม่มีภาระผูกพันที่จะต้องดำเนินการทำธุรกรรมอื่นต่อไปจากธุรกรรมแรกนั้น ระยะเวลาที่คั่นอยู่ระหว่างธุรกรรมแรกกับธุรกรรมต่อไปนั้นมักจะเป็นปัจจัยสำคัญว่าธุรกรรมนั้นควรจะถูกรวมเข้าด้วยกันหรือไม่ กล่าวคือยิ่งช่วงระยะเวลาห่างแต่ละธุรกรรมยิ่งสั้น หลักธุรกรรมเป็นขั้นตอนนั้นยังมีโอกาสถูกปรับใช้สูง⁸¹

3.1.4.2 หลักวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ (Business Purpose)

เป็นหลักเกณฑ์ว่าการดำเนินการของผู้เสียภาษีจะเป็นการหลีกเลี่ยงภาษี ถ้าในการดำเนินธุรกรรมนั้นผู้เสียภาษีได้ดำเนินการโดยปราศจากวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจ ซึ่งธุรกรรมนั้นจะถือว่าได้ดำเนินการโดยปราศจากวัตถุประสงค์ทางธุรกิจก็ต่อเมื่อวัตถุประสงค์เดียวในการดำเนินการนั้นเพียงเพื่อเลี่ยงภาษี⁸²

หลักวัตถุประสงค์ทางธุรกิจนั้นได้ถูกใช้ในกฎหมายภาษีมามากครั้งศตวรรษแล้วตั้งแต่เมื่อบทบัญญัติเกี่ยวกับการปรับโครงสร้างองค์กรยังไม่มี ความซับซ้อนมาก ถึงแม้กระนั้นหลักเกณฑ์ทั่วไปของหลักวัตถุประสงค์ทางธุรกิจนี้ก็ยังคงไม่มีความชัดเจนสำหรับเรื่องการปรับโครงสร้างองค์กรนั้น การปรับโครงสร้างองค์กรมักจะเกิดขึ้นโดยมีทั้ง

⁷⁹ Ibid., p. 6-164.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Ibid., p. 6-165.

⁸² Bittker, *What Is "Business Purpose" in Reorganization?* Vol. 8, (New York: University Institution on federal Taxation, 1950), p.134, 137 อ้างถึงใน Joshua D. Rosenberg *Michigan Law Review*, p. 87:391 อ้างถึงใน เกียรติเดช มาจำเนียร, *มาตรการป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีอากร*, หน้า 57

วัตถุประสงค์ทางธุรกิจและวัตถุประสงค์เพื่อการหลบเลี่ยงภาษี หลักวัตถุประสงค์ทางธุรกิจนั้นจึงกำหนดให้วัตถุประสงค์ทางธุรกิจต้องเป็นแรงจูงใจหลักสำหรับการปรับโครงสร้างองค์กร โดยการวางแผนภาษีทั่วไปนั้นจะไม่ส่งผลให้การปรับโครงสร้างองค์กรนั้นไม่ผ่านเกณฑ์การทดสอบวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ⁸³

ในคดี Gregory v. Helvering ซึ่งเป็นต้นกำเนิดของหลักการนี้ ในศาลสูงของสหรัฐอเมริกา⁸⁴ โดยมีข้อเท็จจริงว่า นาง Gregory มีความต้องการจะขายหุ้นในบริษัท United Mortgage Company ซึ่งบริษัท United Mortgage Company ก็ถือหุ้นในบริษัท Monitor Securities Corporation จำนวน 1,000 หุ้น เมื่อนาง Gregory มีความต้องการจะขายหุ้นในบริษัท Monitor Securities Corporation ก็จะมีผลให้ต้องเสียภาษีถึงสองทอด ได้แก่ ภาษีเงินได้จากหุ้นเมื่อบริษัท United Mortgage Company ขายหุ้นในบริษัท Monitor Securities Corporation ออกไป และเมื่อบริษัท United Mortgage Company จ่ายผลตอบแทนในรูปของเงินปันผลให้แก่นาง Gregory ดังนั้น เพื่อหลีกเลี่ยงการเสียภาษีถึงสองทอด นาง Gregory จึงดำเนินการให้บริษัท United Mortgage Company โอนหุ้นของบริษัท Monitor Securities Corporation ให้กับบริษัท Averill ซึ่งจัดตั้งขึ้นมาใหม่โดยมีนาง Gregory ถือหุ้น และอ้างว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการปรับโครงสร้างของกิจการ (reorganization) ซึ่งได้รับการยกเว้นภาษี แต่ศาลได้วินิจฉัยว่า ผู้เสียภาษีต้องเสียภาษีสองทอดเสมือนหนึ่งว่า บริษัท United Mortgage Company ได้ขายหุ้นในบริษัท Monitor Securities Corporation โดยตรงและบริษัท United Mortgage Company ได้จากปันผลให้กับนาง Gregory เนื่องจากการกระทำดังกล่าวไม่ใช่การปรับโครงสร้างของกิจการ ในความหมายแห่งกฎหมาย โดยไม่ได้ก่อให้เกิดผลเป็นการปรับโครงสร้างกิจการอันได้รับการยกเว้นภาษีอย่างแท้จริง เพราะภายหลังที่ได้มีการดำเนินการดังกล่าวแล้วผู้เสียภาษีได้เลิกกิจการในเกือบจะทันที⁸⁵ จึงสรุปได้ว่าการจัดตั้งบริษัทขึ้นมาใหม่เพื่อทำการรับโอนหุ้น เมื่อเสร็จแล้วก็เลิกกิจการเกือบจะทันทีนั้นเป็นการดำเนิน

⁸³ Martin D. Ginsburg and Jack S. Levin, Mergers, Acquisitions, and Buyouts Transactional Analysis. (Aspen Publishers, 2009), p. 6-219.

⁸⁴ Gregory v. Helvering, 239 U.S. 465, 35-1 U.S.T.C. ¶9043 (1935).

⁸⁵ เกรียงเดช มาจำเนียร, “มาตรการป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีอากร,” (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), หน้า 63.

ธุรกรรมเพื่อวัตถุประสงค์ในการเลี่ยงภาษีเท่านั้น ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจหรือทางธุรกิจแต่อย่างใด⁸⁶

ประเด็นที่น่าสนใจคือ โดยปกติถ้านิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการและนิติบุคคลเป้าหมายตกลงกันอย่างสุจริตและอิสระจากกัน (arm's length) และไม่ได้ถูกถือหุ้นโดยกลุ่มผู้ถือหุ้นเดียวกัน หลักวัตถุประสงค์ทางธุรกิจมักจะไม่ค่อยถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นประเด็น ในขณะที่หากนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการและนิติบุคคลเป้าหมายถูกถือหุ้นอย่างใกล้ชิดและมีความเป็นเจ้าของทับซ้อนกัน ก็อาจจะถูกมองว่าแรงจูงใจทางธุรกิจนั้นมีความสำคัญน้อยลง โดยเฉพาะถ้านิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการหรือนิติบุคคลเป้าหมายมีสิทธิประโยชน์ทางภาษี เช่น ผลขาดทุนสุทธิ อยู่และอีกฝ่ายอาจอยู่ในตำแหน่งที่ดีกว่าในการใช้ประโยชน์นั้น⁸⁷

ในการที่จะทำตามหลักเกณฑ์วัตถุประสงค์ทางธุรกิจ ธุรกรรมนั้นจะต้องมาจากแรงจูงใจทางธุรกิจ แต่ก็มีใช่ว่าการทำตามหลักวัตถุประสงค์ทางธุรกิจนั้นผู้เสียภาษีจะต้องได้รับคำแนะนำทางภาษีที่ไม่ดีหรือไม่ได้รับคำแนะนำทางภาษีเลย ในบทบัญญัติเกี่ยวกับการปรับโครงสร้างองค์กรโดยการเข้าซื้อกิจการนั้นสภาของเกรสได้ระบุไว้ว่านิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการอาจเข้าซื้อกิจการของนิติบุคคลเป้าหมายโดยไม่มีผลได้ (gain) กับนิติบุคคลเป้าหมายหรือผู้ถือหุ้นได้ ดังนั้นข้อเท็จจริงว่านิติบุคคลที่เข้าซื้อกิจการโดยมีแรงจูงใจทางธุรกิจในการปรับโครงสร้างองค์กรที่ปราศจากภาวะภาษีแทนที่จะซื้อหุ้นหรือสินทรัพย์แบบมีภาวะภาษีนั้นถือว่ามีได้มีแรงจูงใจในการหลบเลี่ยงภาษีตามหลักเกณฑ์วัตถุประสงค์ทางธุรกิจ⁸⁸

3.2 บทบัญญัติในกฎหมายของประเทศสหราชอาณาจักรเกี่ยวกับการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กร

พระราชบัญญัติภาษีเงินได้นิติบุคคล ค.ศ. 2010 (Corporate Tax Act 2010) บัญญัติเกี่ยวกับการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ (Trade Losses Relief) ไว้ในส่วนที่ 4 Chapter 2 Trade Losses และการป้องกันการหลบเลี่ยงภาษีในการ

⁸⁶ ซลเชต หวังจิตต์, “การหลีกเลี่ยงภาษีเงินได้นิติบุคคลด้วยการซื้อกิจการที่มีผลขาดทุนสะสมทางภาษี,” (ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย2551).

⁸⁷ Martin D. Ginsburg and Jack S. Levin, Mergers, Acquisitions, and Buyouts Transactional Analysis. (Aspen Publishers, 2009), p. 6-220.

⁸⁸ Ibid.

เปลี่ยนเจ้าของบริษัท (tax avoidance with respect to change in company ownership) ไว้ใน ส่วนที่ 14

การ นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่าย ในการคำนวณกำไรสุทธิ (loss relief) ของประเทศสหราชอาณาจักรจะสามารถใช้สิทธิได้ภายใน 2 ปีนับแต่เมื่อสิ้นปีภาษีที่เกิดผล ขาดทุนนั้นขึ้น โดยผลขาดทุนจากการประกอบกิจการทั่วไปซึ่งเกิดขึ้นของนิติบุคคลจะสามารถ นำไปคำนวณหักกับกำไรของกิจการในรูปแบบเดิมได้ในปีถัดไปตราบใดที่นิติบุคคลนั้นยังคง ประกอบกิจการนั้นอยู่⁸⁹

ในช่วงปี ค.ศ. 1960 การขายนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิทางภาษีสะสมอยู่กลายเป็น อุตสาหกรรมที่เฟื่องฟูในประเทศสหราชอาณาจักร ดังนั้นเพื่อที่จะป้องกันหรืออย่างน้อยก็ลดการ กระทำในลักษณะนี้ให้มากที่สุด พระราชบัญญัติภาษีเงินได้ ค.ศ. 1970 (The Tax Act 1970) ได้ เพิ่มเติมบทบัญญัติสองเรื่องขึ้นซึ่งหมายความว่านิติบุคคลจะไม่สามารถใช้ผลขาดทุนสุทธิข้ามปี ภาษีได้อีกถ้า 1. ภายในระยะเวลา 3 ปีมีการเปลี่ยนความเป็นเจ้าของของนิติบุคคลและยัง เปลี่ยนแปลงธรรมชาติและลักษณะของการประกอบธุรกิจ 2. ลักษณะการประกอบกิจการของ นิติบุคคลมีขนาดจนเล็กกลงหรือเล็กจนไม่เป็นสาระสำคัญและมีการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของ ก่อนที่กิจการนั้นจะฟื้นฟูมาดำเนินต่อในสภาพเดิม การเพิ่มเติมบทบัญญัติเช่นนี้จึงเป็นการสร้าง หลุมพรางสำหรับการเข้าซื้อกิจการของนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิขึ้น และเพื่อเป็นการอุด ช่องว่างจึงอาจเป็นการเหมาะสมที่ความไม่แน่นอนเช่นนี้จะสะท้อนออกมาในราคาซื้อขายกิจการ หรือการเลื่อนไปจนกว่าการตกลงจะชัดเจน⁹⁰

3.2.1 การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ

พระราชบัญญัติภาษีเงินได้นิติบุคคล ค.ศ. 2010 มาตรา 45 กำหนด เกี่ยวกับกฎเกณฑ์ของการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิไว้ดังนี้

มาตรา 45 การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิกับ กำไรในปีถัดไป

⁸⁹ Tolley editorial team, Tolley's Corporation Tax 2011-2012. (London: LexisNexis Butterworths, 2011), Part 55.5.

⁹⁰ Cooke, T. E., Merger and Acquisitions. (London: Basil Blackwell, 1995), p. 170.

- 1) มาตรการนี้ใช้บังคับถ้านิติบุคคลดำเนินกิจการและก่อให้เกิดผล
ขาดทุนขึ้นในปีภาษีหนึ่ง
- 2) การบรรเทาจากผลขาดทุนให้ใช้กับนิติบุคคลภายใต้มาตรการนี้
- 3) การบรรเทาจากผลขาดทุนให้เฉพาะส่วนผลขาดทุนสำหรับผล
ขาดทุนที่ไม่ได้รับการบรรเทาภายใต้มาตรา 37 หรือ 42
- 4) เพื่อวัตถุประสงค์ของมาตรการนี้
 - a. ผลขาดทุนที่ยังไม่ได้รับการบรรเทาจะถูกนำไปคำนวณ
กำไรสุทธิในปีภาษีถัดไปตราบเท่าที่นิติบุคคลยังคงดำเนิน
กิจการนั้น และ
 - b. กำไรจากการประกอบกิจการนั้นไม่ว่าจะในปีภาษีใดจะถูก
ลดลงโดยผลขาดทุนที่ยังไม่ได้รับการบรรเทาตราบเท่าที่
ผลขาดทุนนั้นยังไม่สามารถใช้ได้ภายใต้วรรคนี้เพื่อลดผล
กำไรของปีก่อนหน้า
- 5) ในมาตรการนี้และมาตรา 46 อ้างอิงถึงกำไรของกิจการ
คือการอ้างอิงถึง กำไรของกิจการที่อยู่ภายใต้บังคับของภาษีเงินได้
นิติบุคคล
- 6) การบรรเทาภายใต้มาตรการนี้อยู่ภายใต้บังคับของการจำกัดหรือการ
เปลี่ยนแปลงตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติภาษีเงินได้นิติ
บุคคล

ในกรณีที่นิติบุคคลซึ่งประกอบกิจการมีผลขาดทุนเกิดขึ้นในปีภาษีหนึ่ง โดย
ปกติแล้วผลขาดทุนนั้นอาจสามารถถูกนำไปใช้คำนวณกำไรสุทธิในปีภาษีถัดไปกับกำไรของ
กิจการได้ตราบเท่าที่นิติบุคคลนั้นยังคงดำเนินกิจการเดิม จึงสรุปได้ว่าการนำผลขาดทุนสุทธิไป
คำนวณกำไรสุทธิของกิจการในปีถัดไปนั้นต้องการความต่อเนื่องของกิจการ (continuity of
business)

ถ้านิติบุคคลต้องการใช้สิทธิในการบรรเทาผลขาดทุน นิติบุคคลนั้นต้องดำเนิน
กิจการเดิมต่อไป ดังนั้นจึงต้องพิจารณาถึงความหมายของคำว่า “กิจการเดิม” ว่ากิจการเดิมที่จะ

ดำเนินต่อไปในปีภาษีถัดไปนั้น มีปัญหาข้อเท็จจริงว่าสถานการณ์แต่ละสถานการณ์นั้นจะถูกตัดสินได้อย่างไรและอาจจะต้องถูกตัดสินโดยศาล⁹¹

ตัวอย่างเช่นในคดี *Kawthar Consulting Ltd v HMRC (2005) SSCD 524 (SpC 477)* ศาลได้ตัดสินว่ามีการเปลี่ยนแปลงกิจการเพราะความเกี่ยวข้องของนิติบุคคลกลุ่มอื่น ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญขึ้นในลักษณะของกิจการที่ดำเนินอยู่ของนิติบุคคล และยังมี การเปลี่ยนแปลงกิจการส่วนสำคัญของนิติบุคคลไปเป็นการบริการให้คำปรึกษาจากเดิมที่เป็น กิจการจำหน่ายโปรแกรมคอมพิวเตอร์

และในคดี *Rolls-Royce Motors Ltd v Bamford Ch D 1976 51 TC 391* สิทธิประโยชน์และ ข้อผูกพันในการแบ่งแผนจาก 4 ใน 6 แผนกเพื่อโอนกิจการไปยังกิจการของรัฐ โดยสองแผนกที่เหลืออยู่จะถูกโอนไปเป็นบริษัทลูกของนิติบุคคลเดิม บริษัทลูกจึงพยายามที่จะ ใช้ผลขาดทุนสุทธิที่เกิดขึ้นของ Rolls Royce แต่ศาลได้ตัดสินว่า บริษัทลูกนั้นไม่ได้ดำเนิน กิจการเดิมของนิติบุคคลก่อนที่จะโอนกิจการ ดังนั้นผลขาดทุนที่เกิดขึ้นก่อนการโอนกิจการจึงไม่ สามารถนำมาหักล้างกับกำไรที่เกิดขึ้นในปีถัดไปได้

การใช้ประโยชน์จากสิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่าย ในการคำนวณกำไรสุทธินี้ยังมีความจำเป็นที่ผู้ซื้อกิจการต้องมีความสามารถที่จะทำกิจการให้มี กำไรขึ้นได้อีกด้วย เพราะคำว่า “กำไรของกิจการ” นั้นหมายถึงกำไรของกิจการที่อยู่ภายใต้ บังคับของภาษีเงินได้นิติบุคคล

3.2.2 บทบัญญัติเกี่ยวกับการจำกัดการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายใน การคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กร

โดยทั่วไปการโอนขายหุ้นของนิติบุคคลในธุรกรรมที่มีความสุจริต (arm's length) ไม่มีผลกระทบต่อภาระภาษีของนิติบุคคลเป้าหมายนั่นเอง นิติบุคคลที่ถูกเข้าซื้อกิจการ โดยนิติบุคคลอื่นจึงยังคงสามารถนำผลขาดทุนที่เกิดขึ้นจากกิจการเดิมมาถือเป็นรายจ่ายในการ คำนวณกำไรสุทธิของกิจการเดิมได้ต่อไป⁹²

⁹¹ Ibid.

⁹² Dune, P., et al., *Company Acquisition Handbook*. (London: Bloomsbury Professional, 2011), p. 549.

อย่างไรก็ตามเพื่อป้องกันสถานการณ์ที่นิติบุคคลที่สามารถก่อให้เกิดผลกำไรเข้าทำการหาซื้อกิจการที่มีผลขาดสุทธิทางภาษีเพื่อที่จะใช้สิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิโดยการควมรวมกิจการ ระบบภาษีจึงได้จำกัดการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิจากการใช้ประโยชน์ของนิติบุคคลหนึ่งไปสู่อีกนิติบุคคลหนึ่งในการปรับโครงสร้างองค์กร⁹³

พระราชบัญญัติภาษีเงินได้ ค.ศ. 2010 (Corporation Tax Act 2010) มาตรา 673 นั้นมีขึ้นเพื่อต่อต้านการซื้อผลขาดทุน (loss-buying) ที่บุคคลหนึ่งทำการซื้อนิติบุคคลไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนเพื่อใช้ประโยชน์จากผลขาดทุนสุทธิมากกว่าเพียงเพื่อมูลค่าของกิจการหรือสินทรัพย์ของกิจการนั้น⁹⁴

บทบัญญัติของพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ ค.ศ. 2010 ใน ส่วนที่ 14 – การเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของ บัญญัติกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของนิติบุคคล ไว้ดังนี้

ตอนที่ 2 การห้ามใช้ผลขาดทุนสุทธิ (Disallowance of Trading Losses)
มาตรา 673 Introduction to Chapter กำหนดเงื่อนไขที่จะทำให้บทบัญญัติส่วนนี้มีผลบังคับคือ

- (1) บทบัญญัติส่วนนี้จะมีผลบังคับถ้า
 - a. มีการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของนิติบุคคล และ
 - b. เข้าเงื่อนไข A หรือ B
- (2) เงื่อนไข A คือ ภายในระยะเวลา 3 ปีที่มีการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของเกิดขึ้นมีการเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญในธรรมชาติหรือลักษณะของกิจการของนิติบุคคล

⁹³ IMF. p. 11.

⁹⁴ HMRC, Company Taxation Manual – Corporation Tax: loss-buying. Available from: <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/ctmanual/CTM06300.htm>. [2012, Feb 17]

- (3) เงื่อนไข B คือ การเปลี่ยนความเป็นเจ้าของเกิดขึ้นภายในช่วงเวลาใดๆ หลังจากการลดขนาดของกิจการของนิติบุคคลจนเลิกลงหรือเลิกจนไม่เป็นสาระสำคัญและเกิดขึ้นก่อนการเริ่มฟื้นกิจการใหม่อย่างเป็นสาระสำคัญ
- (4) ในมาตรานี้ “การเปลี่ยนแปลงสำคัญในธรรมชาติหรือลักษณะของกิจการ” รวมถึง
- a. การเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญของประเภทของทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องหรือบริการหรือสิ่งอำนวยความสะดวกของกิจการ หรือ
 - b. การเปลี่ยนแปลงสำคัญของลูกค้า ร้านค้าย่อย หรือตลาดของกิจการ
- บทบัญญัติตอนนีใช้บังคับแม้กระทั่งถ้าการเปลี่ยนแปลงนั้นเป็นผลจากกระบวนการที่เกิดขึ้นก่อนช่วงระยะเวลา 3 ปีที่กล่าวถึงในอนุมาตรา (2)
- (5) ในบทบัญญัติตอนนี
- “การเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของ” หมายถึง การเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของที่กล่าวถึงในอนุมาตรา (1)
- “นิติบุคคล” มีความหมายเช่นเดียวกับในมาตรานี้ และ
- “กิจการ” หมายความว่ารวมถึงสำนักงาน

โดยหลักแล้วจึงมีการไม่อนุญาตให้ใช้ผลขาดทุนสุทธิในการคำนวณกำไรสุทธิของนิติบุคคลที่มีการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของนิติบุคคลและมีเงื่อนไขหนึ่งเงื่อนไขใดจากสองเงื่อนไขดังต่อไปนี้เกิดขึ้น

- a) ภายในระยะเวลา 3 ปีที่มีการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของเกิดขึ้น มีการเปลี่ยนแปลงสำคัญในธรรมชาติหรือลักษณะของกิจการของนิติบุคคล หรือ
- b) การเปลี่ยนความเป็นเจ้าของเกิดขึ้นภายในช่วงเวลาใดๆ หลังจากการลดขนาดของกิจการของนิติบุคคลจนเลิกลงหรือเลิกจนไม่เป็น

สาระสำคัญและเกิดขึ้นก่อนการเริ่มฟื้นกิจการใหม่อย่างเป็น
สาระสำคัญ

และจะมีการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของของนิติบุคคลถ้า

- a) บุคคลหนึ่งได้ความเป็นเจ้าของผลประโยชน์มากกว่าครึ่งของหุ้น
ทุนทั่วไป (ordinary share capital) ของ นิติบุ คคล โดย
พระราชบัญญัติภาษีเงินได้ ค.ศ. 2010 มาตรา 1119 ได้ให้คำ
นิยามของหุ้นทุนทั่วไปไว้ว่าหมายความถึงหุ้นส่วนทุนทั้งหมดของ
นิติบุคคลที่ออกขึ้นนอกเหนือไปจากหุ้นที่มีสิทธิในเงินปันผลใน
อัตราที่แน่นอนแต่ไม่มีสิทธิอื่นในการรับส่วนแบ่งกำไรของนิติ
บุคคล
- b) บุคคลสองคนขึ้นไปโดยแต่ละคนได้ความเป็นเจ้าของผลประโยชน์
ของหุ้นทุนทั่วไปของนิติบุคคลอย่างน้อยร้อยละ 5 หรือนอกจากนี้
เพื่อให้ผู้ถือหุ้นที่มีอยู่เพียงพอที่จะเพิ่มขึ้นมากถึงร้อยละ 5 และการ
ร่วมกันถือหุ้นนั้นเกินครึ่งหนึ่งของส่วนทุนนั้น โดยการเข้าซื้อ
กิจการหรือการถือหุ้นของกลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องกัน (connected
persons) จะถูกถือปฏิบัติเสมือนการเข้าซื้อกิจการหรือการถือหุ้น
ของบุคคลเดียว

กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า มาตรการนี้อนุญาตให้การใช้ผลขาดทุนสุทธิในการคำนวณ
กำไรสุทธิข้ามปีภาษีภายใต้มาตรา 45 ถึงแม้ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของ ถ้าธุรกิจ
นั้นถูกขายในขณะที่ยังดำเนินการต่ออยู่โดยไม่เปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญของกิจการที่ทำอยู่

3.2.2.1 การทดสอบการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของ (Change in Ownership Test)

มาตรา 719 ใต้ให้นิยามของคำว่า การเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของ (change in ownership) ว่าคือการที่หุ้นสามัญมากกว่าครึ่งนั้นถูก เปลี่ยนมือ ไป โดยมาตรา 719(1) ใต้ให้นิยามการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของไว้ 3 แบบดังนี้⁹⁵

- 1) มีการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของถ้าบุคคลหนึ่งได้มาซึ่งหุ้นสามัญของนิติบุคคลมากกว่าครึ่งของหุ้นของนิติบุคคล
- 2) มีการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของถ้าบุคคลสองคนขึ้นไปแต่ละคนได้มาซึ่งหุ้นสามัญของนิติบุคคลร้อยละ 5 ขึ้นไป และได้ถือหุ้น รวมกันมากกว่าครึ่งของหุ้นสามัญของนิติบุคคล จุจร้อยละ 5 นั้นหมายความว่าไม่จำเป็นต้องตรวจสอบผู้ถือหุ้น รายย่อยอีก โดยเฉพาะในบริษัทมหาชน ดังนั้นจึงมีความเป็นไปได้ว่าถึงแม้จะมีการเปลี่ยนมือของหุ้นสามัญของนิติบุคคล มากกว่าครึ่งก็อาจจะไม่มีการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของก็ได้ ถ้าหุ้นนั้นถูกเข้าซื้อโดยบุคคลที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกัน และแต่ละคนนั้นเข้าซื้อหุ้นไม่ถึงร้อยละ 5
- 3) มีการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของถ้าบุคคลสองคนขึ้นไป ได้มาซึ่งหุ้นสามัญของนิติบุคคล และได้ถือหุ้นรวมกันมากกว่า ครึ่งของนิติบุคคล แต่การทดสอบนี้ไม่คำนึงถึงการถือหุ้นน้อย กว่าร้อยละ 5 เว้นแต่จะเป็นการถือหุ้นเพิ่มขึ้นและการถือหุ้น เพิ่มขึ้นนั้นทำให้ถือหุ้นร่วมกันเกินร้อยละ 5

ตามการทดสอบข้อ 2) และ 3) นั้น การถือหุ้นโดยบุคคลที่มีความ เกี่ยวข้องกันนั้นจะถูกนับรวมกันด้วยตามมาตรา 720(4)

⁹⁵ HMRC, Company Taxation Manual – Corporation Tax: loss-buying. Available from: <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/ctmanual/CTM06300.htm>. [2012, Feb 17]

โดยมาตรา 719 นั้นมีรายละเอียดเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงความเป็น
เจ้าของเพิ่มเติมดังนี้⁹⁶

- หุ้นซึ่งได้รับมาจากมรดกหรือได้รับจากการให้โดยเสนหาไม่ถูก
นับรวมว่าเป็นการเข้าซื้อกิจการ
- จะไม่มีการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของถ้าบุคคลหนึ่งหรือ
การรวมกลุ่มของบุคคลนั้นเข้าถือหุ้นสามัญร้อยละ 50 พอดี
- ความเป็นเจ้าของ และ การเข้าซื้อกิจการ นั้นเกี่ยวข้องกับ
ความเป็นเจ้าของผลประโยชน์ของหุ้น มาตรา 728
จึงให้อำนาจเจ้าพนักงานที่จะ สืบค้นข้อมูลเกี่ยวกับความเป็น
เจ้าของผลประโยชน์ของหุ้นและหลักทรัพย์ เช่น การถือหุ้น
โดยตัวแทน (nominee)
- หุ้นที่มีลักษณะของออฟชั่นหรือสัญญาในลักษณะเดียวกันจะ
ถูกถือว่าถูกเข้าถือ ณ เวลาที่มีการให้ออฟชั่นนั้น ไม่ใช่เวลาที่
ถูกใช้สิทธิ ตามมาตรา 725(4)
- เมื่อมีการกว้านซื้อหุ้นในเวลาที่แตกต่างกัน มาตรา 720(2)
กำหนดให้มีช่วงเวลา 3 ปีในการเปรียบเทียบว่าเป็นการ
ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของหรือไม่
- ไม่จำเป็นต้องพิจารณาช่วงระยะเวลา 3 ปี เดียวกันสำหรับ
การเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของและการเปลี่ยนแปลงอย่าง
สำคัญในธรรมชาติหรือการประกอบกิจการ

⁹⁶ HMRC, Company Taxation Manual – Corporation Tax: loss-buying. Available from:
<http://www.hmrc.gov.uk/manuals/ctmanual/CTM06300.htm>. [2012, Feb 17]

นิยามการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของตามมาตรา	719
นั้นเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของโดยตรงของนิติบุคคลเท่านั้น ดังนั้นมาตรา	723
จึงกำหนดกฎเกณฑ์เพิ่มเติม เกี่ยวกับนิติบุคคลในเครือเดียวกันดังต่อไปนี้	

กฎเกณฑ์เหล่านี้ถูกออกแบบมาเพื่อให้แน่ใจว่าเงื่อนไขของการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของนั้นใช้กับบริษัทลูกและอื่น ๆ ด้วย คือเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของของบริษัทแม่ตามมาตรา 719 แล้ว กฎเกณฑ์นี้จะถือว่าบุคคลที่เข้าเป็นเจ้าของหุ้นของบริษัทแม่นั้นเสมือนกับว่าได้เข้าเป็นเจ้าของหุ้นของนิติบุคคลนั้นทั้งหมด ถ้าบริษัทลูกมีบริษัทหลาน กระบวนการเดียวกันจะถูกบังคับใช้กับผู้ถือหุ้นของ บริษัท หลานนั้นด้วย ตัวอย่างเช่น นิติบุคคล A เป็นผู้ถือหุ้นนิติบุคคล B และนิติบุคคล C ร้อยละ 100 นิติบุคคล B เป็นเจ้าของหุ้นในนิติบุคคล D ร้อยละ 70 และนิติบุคคล A เป็นเจ้าของอีกร้อยละ 30 นิติบุคคล D มีผลขาดทุนสุทธิซึ่งเป็นที่ต้องการของกลุ่ม X แต่กลุ่ม X ไม่มีทางจะใช้ผลขาดทุนสุทธินี้ได้ เว้นแต่ได้มีการเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญ ในกิจการของนิติบุคคล D X จึงซื้อหุ้นของนิติบุคคล A ทั้งหมดที่ถือหุ้นนิติบุคคล B และหุ้นของนิติบุคคล A อีกร้อยละ 30 ที่ถือหุ้นในนิติบุคคล D จึงเห็นว่าการกระทำเช่นนี้ไม่มีการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของโดยตรง ของ นิติบุคคล D แต่ก็ยังถือว่ามี การเปลี่ยนแปลง ความเป็นเจ้าของของนิติบุคคล D ตามมาตรา 719 อยู่ดี เพราะมาตรา 723 นั้นให้ถือว่า X เข้าซื้อหุ้นของ B ร้อยละ 70 ที่ถือหุ้นของนิติบุคคล D ด้วย⁹⁷

มาตรา 719 นั้นถูกจำกัดขอบเขตในกรณีที่ไม่มีการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของที่แท้จริงของนิติบุคคลภายในกลุ่มเดียวกัน มาตรา 724 นั้นกำหนดว่าการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของโดยตรงของนิติบุคคล จะไม่ถือว่ามี การเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของตามมาตรา 719 ถ้านิติบุคคลนั้นเป็นบริษัทลูกร้อยละ 75 ของบริษัทแม่ เดียวกัน ทั้งก่อนและหลังการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของโดยตรงนั้น⁹⁸

⁹⁷ HMRC, Company Taxation Manual – Corporation Tax: loss-buying. Available from: <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/ctmanual/CTM06300.htm>. [2012, Feb 17]

⁹⁸ Ibid.

3.2.2.2 การทดสอบความต่อเนื่องของธุรกิจ (Business Continuity Test)

มาตรา 673(2) นั้นใช้บังคับเมื่อภายในระยะเวลา 3 ปีใดๆ มีการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของนิติบุคคลและมีการเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญในธรรมชาติหรือการจัดการของกิจการซึ่งดำเนินโดยนิติบุคคลนั้น⁹⁹

มาตรา 673 (4) กำหนดว่าการเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญในธรรมชาติหรือการจัดการของกิจการรวมถึง การเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญของชนิดของทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องในการให้บริการหรือสิ่งอำนวยความสะดวกที่จัดทำให้ในการประกอบกิจการ หรือ การเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญของลูกค้า ร้านค้า หรือตลาดของกิจการ¹⁰⁰

มาตรา 673(2) และ (4) นั้นมีเป้าหมายหลักในการพิจารณาว่ากิจการของนิติบุคคลมีการเปลี่ยนแปลงหลังการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของ การดำเนินการของกิจการนั้นยังคงใกล้เคียงกับการดำเนินการของกิจการเดิมหรือไม่ เพื่อที่จะสร้างอุปสรรคสำหรับการดำเนินกิจการเดิมที่จะหยุดลงและเริ่มต้นกิจการใหม่ขึ้นมา¹⁰¹

มาตรา 673(2) ก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการเจริญเติบโตของกิจการ โดยการกำหนดช่วงระยะเวลา 3 ปีไว้ในการเปรียบเทียบ มาตรา 673 (4) ยังรวมการเปรียบเทียบนี้กับผลของการเจริญเติบโตของกิจการที่เกิดขึ้นก่อนช่วงระยะเวลา 3 ปี นั้น¹⁰²

การเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญในธรรมชาติหรือการจัดการของกิจการนั้น รวมถึงการเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญของประเภทของทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับกิจการ การบริการ สิ่งอำนวยความสะดวกที่มีการจัดทำให้ ลูกค้า ร้านค้าย่อย หรือตลาด แม้กระทั่งการเปลี่ยนแปลงนั้นเป็นผลจากกระบวนการที่เกิดขึ้นนอกเหนือไปจากช่วงระยะเวลา 3 ปี¹⁰³

ความหมายของคำว่า “กิจการ (trade)” นั้นไม่กว้างเท่าคำว่า “ธุรกิจ (business)” ในคดี National Association of Local Government Officers v Bolton Corporation (1943) A.C. 166 ท่านผู้พิพากษา Wright ได้กล่าวไว้ว่า คำว่ากิจการ (trade) นั้นในการใช้

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Ibid.

ในกฎหมายมีขอบเขตที่กว้างกว่าในพจนานุกรมหรือในวิชาประวัติศาสตร์คำ คำนี้แต่เดิมเกี่ยวข้องกับคำว่าก้าวอย่าง (tread) และชี้ให้เห็นถึงหนทางชีวิตหรืออาชีพ ในทางปกติจึงใช้คำนี้ในความหมายว่าอาชีพค้าขายเล็กๆ เช่นเดียวกับผู้ค้ารายใหญ่

การเปลี่ยนแปลงสำหรับวัตถุประสงค์นี้เป็นการทดสอบในเชิงคุณภาพ แต่ในการบ่งชี้ว่าการเปลี่ยนแปลงนั้นเป็นการเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญหรือไม่นั้นไม่ควรจะดูแยกต่างหาก แต่ควรจะใช้การทดสอบเชิงปริมาณในส่วนที่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงด้วย¹⁰⁴

ในคดี Willis v Peeters Picture Frame Ltd 56TC436 นั้นเกี่ยวกับประเด็นว่ามีการเปลี่ยนแปลงจำนวนลูกค้า ที่จะถือว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญในการจัดการของกิจการหรือไม่ นิติบุคคลนั้นถูกเข้าถือครองโดยกลุ่มนิติบุคคล จากการที่นิติบุคคลได้ขายผลิตภัณฑ์ไปยังนิติบุคคลหนึ่งในกลุ่มนิติบุคคลซึ่งเป็นการขายให้ลูกค้าเดิมของ Peeters และ Peeters ได้ขายผลิตภัณฑ์นั้นต่อไปกับนิติบุคคลขนาดกลางโดยบวกกำไรเล็กน้อย¹⁰⁵

คณะกรรมการพิเศษได้ตัดสินว่าการกระทำในลักษณะนี้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญในการจัดการของกิจการถ้าหากมองแยกกันต่างหาก แต่หากอิงตามข้อเท็จจริงของกรณีนี้จะเห็นว่าไม่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญของลูกค้า ร้านค้าปลีก หรือตลาดของกิจการ¹⁰⁶

คดีของ Peeters นี้ควรจะถูกแยกแยะจากคดีอื่นที่ลูกค้าที่แท้จริงนั้นแตกต่างจากลูกค้าเดิมหรือราคาของสินค้าที่ขายไปยังกลุ่มนิติบุคคลขนาดกลางนั้นมีราคาสูงกว่าหรือต่ำกว่าอย่างมีสาระสำคัญจากราคาขายเดิม อันเนื่องจากการเปลี่ยนแปลงราคาสำหรับสินค้าหรือบริการระหว่างกิจการที่ก่อให้เกิดผลขาดทุนกับกิจการอื่นของเจ้าของใหม่เป็นลักษณะทั่วไปสำหรับการซื้อผลขาดทุนสุทธิ นิติบุคคลที่ก่อให้เกิดผลขาดทุนสุทธิจะถูกเปลี่ยนให้เป็นม่านกำบังทางภาษีสำหรับเงินได้ซึ่งควรจะเป็นของนิติบุคคลอื่น เจ้าของใหม่จึงอาจสามารถย้ายกิจการที่ก่อให้เกิดกำไรไปยังกิจการที่เพิ่งได้เข้าซื้อกิจการมา หรือใช้ถือเป็นรายจ่ายในกิจการอื่น แต่การกระทำในลักษณะดังกล่าวนี้ไม่ปรากฏในคดีของ Peeters

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Ibid.

คดีของ Peeters นี้กลายเป็นบรรทัดฐานทั่วไปเพราะคดีนี้ทำให้มาตรา 673(2) มีการทดสอบเชิงคุณภาพเช่นเดียวกับการทดสอบเชิงปริมาณ ว่า จะไม่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญเว้นแต่จะมีการเปลี่ยนแปลงชนิดของกิจการ และการเปลี่ยนแปลงชนิดของกิจการนั้นจะต้องอยู่ในระดับที่เป็นสำคัญ ในกรณีของ Peeters การเปลี่ยนแปลงชนิดของกิจการนั้นคือการเปลี่ยนแปลงรูปแบบในการจำหน่ายสินค้า¹⁰⁷

หนังสือแนวทางปฏิบัติของกรมสรรพากรเลขที่ SP 10/91 กล่าวถึงปัจจัยที่กรมสรรพากรคำนึงถึงในการพิจารณาว่ามีการเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญในธรรมชาติหรือการดำเนินกิจการหรือธุรกิจหรือไม่ ซึ่งสิ่งนี้สามารถปรับใช้เพื่อวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติเหล่านี้ได้¹⁰⁸

สิ่งเหล่านี้รวมถึงการเปลี่ยนแปลงในปัจจัยหลายอย่าง เช่น สถานประกอบการของธุรกิจ ที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง ผู้จัดหาวัตถุดิบ การจัดการหรือพนักงาน วิธีการผลิต หรือนโยบายการกำหนดราคา เป็นต้น การเปลี่ยนแปลงของสิ่งเหล่านี้จะไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญในธรรมชาติและการดำเนินกิจการถ้าเป็นการเปลี่ยนแปลงเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพหรือการเปลี่ยนแปลงเพื่อก้าวตามการพัฒนาของเทคโนโลยีในอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องหรือการพัฒนาวิธีการจัดการ หรือการปรับขอบเขตผลิตภัณฑ์โดยการถอนรายการสินค้าที่ไม่ก่อให้เกิดกำไรและแทนที่ด้วยสินค้าชนิดใหม่ที่เกี่ยวข้องกัน ถึงแม้ว่าทุกกรณีจะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันก็ตาม ตัวอย่างต่อไปนี้ก็ได้อุยกยกตัวอย่างขึ้นโดยกรมสรรพากรในหนังสือแนวทางปฏิบัติที่ SP 10/91 ดังนี้¹⁰⁹

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Ibid.

เปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญ	ไม่เปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญ
<p>นิติบุคคลแห่งหนึ่งประกอบกิจการตัวแทนขายรถชาลูนขนาด 4-7 ที่นั่ง เปลี่ยนเป็นประกอบกิจการตัวแทนขายรถแทรกเตอร์ (การเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญของประเภททรัพย์สิน)</p>	<p>นิติบุคคลแห่งหนึ่งประกอบกิจการผลิตเครื่องครัวในโรงงานเก่าที่ลำสมัยสามแห่งย้ายการผลิตไปยังโรงงานใหม่แห่งหนึ่ง (การเพิ่มประสิทธิภาพ)</p>
<p>นิติบุคคลแห่งหนึ่งเป็นเจ้าของร้านขายสุราขนาดเล็กเปลี่ยนเป็นประกอบกิจการดิสโก้เทคในสถานที่เดิมแต่เปลี่ยนแปลงรูปแบบ (การเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญในการให้บริการหรือสิ่งอำนวยความสะดวกที่จัดทำให้)</p>	<p>นิติบุคคลแห่งหนึ่งประกอบกิจการผลิตเครื่องใช้ในครัวโดยแทนที่เครื่องเคลือบด้วยพลาสติก หรือนิติบุคคลแห่งหนึ่งประกอบกิจการผลิตนาฬิกาโดยแทนที่เครื่องกลด้วยชิ้นส่วนอิเล็กทรอนิกส์ (ตามกาลเวลาด้วยเทคโนโลยีที่พัฒนาขึ้น)</p>
<p>นิติบุคคลแห่งหนึ่งประกอบกิจการขุมหมูให้กับเจ้าของเปลี่ยนเป็นซื้อหมูมาขุนและขายเอง (การเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญในธรรมชาติของการประกอบกิจการโดยการเปลี่ยนลักษณะจากการให้บริการเป็นผู้ผลิตขั้นแรก)</p>	<p>นิติบุคคลแห่งหนึ่งประกอบกิจการผลิตทั้งหลอดไฟฟิลาเมนต์และหลอดไฟฟลูออเรสเซนต์ ซึ่งหลอดไฟฟิลาเมนต์ให้ผลดีกว่า เปลี่ยนเป็นผลิตเฉพาะหลอดไฟฟิลาเมนต์ (การปรับขอบเขตผลิตภัณฑ์โดยการถอนรายการสินค้าที่ไม่ก่อให้เกิดกำไรและแทนที่ด้วยสินค้าชนิดใหม่ที่เกี่ยวข้องกัน)</p>
<p>นิติบุคคลแห่งหนึ่งเปลี่ยนการประกอบกิจการจากลงทุนในหุ้นเป็นการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์เพื่อการให้เช่า (การเปลี่ยนแปลงในธรรมชาติของรูปแบบการลงทุน)</p>	<p>นิติบุคคลแห่งหนึ่งเป็นเจ้าของธุรกิจประกอบด้วยการลงทุนในการออกและถือครองหุ้นและหลักทรัพย์ในประเทศสหราชอาณาจักรเปลี่ยนแปลงพอร์ตโฟลิโอของหุ้นและหลักทรัพย์ (ไม่ใช้การเปลี่ยนแปลงในธรรมชาติของรูปแบบการลงทุน)</p>

ถึงแม้มาตรา 673 นี้จะเป็นบทบัญญัติเพื่อป้องกันการหลบเลี่ยงภาษี แต่ทว่าไม่มีการทดสอบ “แรงจูงใจ” ในบทบัญญัติ แต่ถึงกระนั้นองค์ประกอบทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง ก็ควรจะต้องถูกนำมาตัดสินในการบังคับใช้มาตรา 673 ในทุกกรณี¹¹⁰

สำหรับมาตรา 673(3) นั้นออกแบบขึ้นเพื่อป้องกันการใช้ผลขาดทุนสุทธิตามมาตรา 45 ในกรณีที่กิจการของนิติบุคคลนั้นได้หยุดดำเนินกิจการไปแล้ว แต่ถึงกระนั้นก็เป็นกรยากที่จะทำให้เจ้าพนักงานเชื่อว่ากิจการนั้นหยุดดำเนินกิจการหรือไม่ ความยากลำบากนี้เกิดขึ้นเพราะนิติบุคคลนั้นอาจอ้างว่าเขาเพียงแต่ระงับการดำเนินกิจการชั่วคราวเท่านั้น¹¹¹

เมื่อบทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันการหลบเลี่ยงภาษีเหล่านี้มีผลบังคับใช้ มาตรา 674 จะห้ามมิให้ สิทธิในการบรรเทาผลขาดทุนตามมาตรา 45 คือห้ามมิให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของปีภาษีหลังจากที่เกิดการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของขึ้น หรือกล่าวคือการห้ามมิให้นำผลขาดทุนสุทธิที่เกิดขึ้นก่อนการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของกิจการมาหักกับกำไรที่เกิดขึ้นหลังจากการเปลี่ยนแปลงเจ้าของกิจการนั่นเอง¹¹²

3.3 บทบัญญัติในกฎหมายของประเทศออสเตรเลียเกี่ยวกับการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กร

บทบัญญัติของประเทศออสเตรเลียในการจำกัดการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธินั้นได้รับอิทธิพลจากประเทศสหราชอาณาจักรค่อนข้างสูง จึงส่งผลให้เนื้อหาของบทบัญญัตินั้นยึดหลักการเดียวกัน ดังต่อไปนี้

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Farrow, R. ed., Tolley's tax planning 2011-2012. (London: LexisNexis Butterworths, 2011), p. 3721

3.3.1 การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ

ผลขาดทุนทางภาษีอาจเกิดขึ้นในปีที่มีเงินได้ถ้าบริษัทนั้นตกอยู่ภายใต้ บทบัญญัติเกี่ยวกับผลขาดทุนในปีนั้น บทบัญญัติเหล่านี้จะบังคับใช้ถ้าบริษัทมีการเปลี่ยนแปลง ความเป็นเจ้าของหรืออำนาจควบคุมมากกว่าร้อยละ 50 ในปีที่มีเงินได้เกิดขึ้นและไม่สามารถ ผ่านบททดสอบความต่อเนื่องของธุรกิจในปีนั้นได้ ถ้าบทบัญญัติเหล่านี้ถูกใช้บังคับ ปีภาษีจะถูก แบ่งออกเป็นช่วงเวลาต่างหากจากกันและแต่ละปีภาษีจะถูกแยกเป็นแต่ละปีของเงินได้ ผล ขาดทุนทางภาษีที่เกิดขึ้นในแต่ละช่วงเวลาที่แยกต่างหากจากกันนี้จะไม่สามารถหักล้างกับเงิน ได้ในช่วงเวลาอื่นได้ ไม่ว่าจะเกิดในช่วงเวลาปีเดียวกันก็ตามที่ แต่ผลขาดทุนนี้ก็ยังสามารถถูก ยกไปใช้ในปีต่อไปได้¹¹³

ผู้เสียภาษีทุกคนรวมถึงบริษัทสามารถยกผลขาดทุนสุทธิไปใช้เป็นการชดเชย ในปีถัดไปได้ ผลขาดทุนสุทธิที่ยกไปจะถูกนำมาตัดเป็นรายจ่ายในปีถัดไป ถ้าผลขาดทุนนี้ยัง เหลือเกินกว่าเงินได้ ผลขาดทุนนี้ก็จะสามารถถูกยกไปและนำไปหักเป็นรายจ่ายในปีถัดไปได้ โดยการหักรายจ่ายนี้จะถูกใช้ตามลำดับเวลา คือ ผลขาดทุนที่เกิดขึ้นในปีก่อนก็ต้องถูกนำมาหัก รายจ่ายก่อน ผลขาดทุนที่เกิดขึ้นในปีหลังก็ต้องถูกนำมาหักรายจ่ายเป็นอันดับหลัง ทั้งนี้ประเทศ ออสเตรเลียยังไม่อนุญาตให้มีการนำผลขาดทุนสุทธิมาใช้ในปีก่อนหน้า (loss carry back)¹¹⁴

3.3.2 ข้อจำกัดในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กร

ความสามารถที่จะ นำผลขาดทุนสุทธิไปถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ ของปีภาษีถัดไปและการชดเชยผลขาดทุนนั้นตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่พยายามห้ามการยกย้าย ถ่ายเทผลขาดทุนทางภาษี (tax loss trafficking) ข้อจำกัดเหล่านี้ประกอบด้วย การทดสอบความ ต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของผลประโยชน์ซึ่งกำหนดให้บริษัทต้องรักษาความเป็นเจ้าของ ผลประโยชน์ส่วนใหญ่ของผู้เป็นเจ้าของระหว่างปีที่มีเงินได้และผลขาดทุนเกิดขึ้น (the loss year)

¹¹³ Paul Abbey, *Cahiers De Droit Fiscal International Volume LXXXIIIa Tax Treatment of Corporate Losses*, (Rotterdam: Kluwer Law International, 1998), p. 267.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 268.

และปีของเงินได้ที่ผลขาดทุนถูกตัดเป็นรายจ่าย (the recoupment year) และการทดสอบการหลบเลี่ยงภาษีบางประการซึ่งจะมีผลบังคับใช้ถ้าเงินได้ถูกยกย้ายให้เกิดขึ้นกับบริษัทที่จะใช้การชดเชยผลขาดทุนหรือการชดเชยผลขาดทุนที่ถูกยกย้ายถ่ายเทให้กับผู้อื่นนอกเหนือจากบริษัทและผู้ถือหุ้นที่ก่อให้เกิดผลขาดทุนนั้น แต่โดยทั่วไปการชดเชยนี้ก็ยังสามารถใช้ได้ถึงแม้ข้อจำกัดบางอย่างจะล้มเหลว โดยผ่านการทดสอบความต่อเนื่องของธุรกิจซึ่งกำหนดให้บริษัทต้องประกอบธุรกิจเดิมตามเงื่อนไขต่อไป¹¹⁵

3.3.2.1 ความเป็นมาของการทดสอบความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของผลประโยชน์

ในปี ค.ศ. 1944 การทดสอบความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของถูกสอดแทรกลงใน ITAA 1936 เพื่อที่จะปฏิเสธการใช้ผลขาดทุนสุทธิในการคำนวณกำไรสุทธิโดยบริษัทเอกชน นอกเสียจากหุ้นอย่างน้อยร้อยละ 25 ของสิทธิออกเสียงในบริษัทจะถูกถือโดยบุคคลเดิมในปีที่มีผลขาดทุนและปีที่ทำการชดเชยผลขาดทุน กรมสรรพากรได้ให้เหตุผลของการทดสอบนี้ว่าเพื่อป้องกันการกระทำของผู้ที่ถูกปฏิเสธการจัดตั้งบริษัท “เพื่อซื้อหุ้นของบริษัทที่ไม่ประกอบกิจการแล้วและดำเนินบริษัทเหล่านี้โดยมีวัตถุประสงค์อื่นนอกจากที่เคยได้จดทะเบียนไว้แต่ดั้งเดิม” หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 กฎเกณฑ์เหล่านี้ก็ยังคงเป็นส่วนหนึ่งของ ICTA 1936 การมีอยู่นี้แสดงให้เห็นถึงนโยบายที่สำคัญของรัฐว่าวัตถุประสงค์หลักของกฎเกณฑ์เหล่านี้คือเพื่อควบคุมการซื้อหุ้นในบริษัทเพื่อได้มาซึ่งผลขาดทุนซึ่งรู้จักกันว่าเป็น การยกย้ายผลขาดทุนสุทธิ (loss trafficking) อันเป็นการปฏิบัติของบริษัทที่ซื้อบริษัทที่มีผลขาดทุนสุทธิและต่อจากนั้นก็จัดตั้งกิจการใหม่โดยประกอบการณ์ผ่านทางบริษัทที่มีผลขาดทุนสุทธินั้น¹¹⁶

กฎเกณฑ์ดั้งเดิมนี้ถูกพิสูจน์ว่าไม่มีประสิทธิภาพเพราะมันทดสอบได้เฉพาะความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของผลประโยชน์และไม่สามารถบังคับใช้กับบริษัทมหาชนจดทะเบียนได้อีก ในปี ค.ศ. 1961 คณะกรรมการภาษีเครือจักรภพ (Commonwealth Committee on Taxation) หรือที่รู้จักกันในชื่อคณะกรรมการ Ligertwood ได้ทบทวนกฎเกณฑ์เหล่านี้และ แนะนำว่าการทดสอบนั้นควรจะถูกยกเลิกบนพื้นฐานที่ว่ามันเป็น

¹¹⁵ Ibid., p. 271.

¹¹⁶ Ibid., p. 272.

การไม่เหมาะสมที่จะปฏิเสธมิให้บริษัทที่เป็นหน่วยภาษีแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้นในการหัก
 รายจ่ายจากผลขาดทุนในปีก่อนเพราะเหตุในการเปลี่ยนเจ้าของในหุ้นของบริษัท¹¹⁷

ข้อแนะนำนี้ไม่ถูกยอมรับโดยรัฐบาลและในปี ค.ศ. 1964 การแก้ไข
 ITAA 1936 ได้ก่อให้เกิดบทบัญญัติใหม่ที่กำหนดการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการ
 คำนวณกำไรสุทธิและการชดเชยผลขาดทุนทั้งบริษัทมหาชนและเอกชนในสถานการณ์ที่มีการ
 ถือหุ้นอย่างน้อยร้อยละ 40 ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงและสิทธิได้รับเงินปันผลและสิทธิในส่วน
 ของทุนได้ถูกเป็นเจ้าของโดยบุคคลเดียวกันทั้งในปีที่เกิดผลขาดทุนและปีที่มีการชดเชยผล
 ขาดทุน ในการใช้บทบัญญัติเหล่านี้ครั้งแรก รัฐบาลได้กล่าวว่าบทบาทของบทบัญญัติเหล่านี้คือ
 เพื่อจะจัดการกับการโอนหุ้นของบริษัทที่ก่อให้เกิดผลขาดทุนสะสมจำนวนมาก ภายใต้
 บทบัญญัติเหล่านี้ บริษัทเอกชนมีหน้าที่ที่จะทำตามหลักความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของ
 ผลประโยชน์ที่สรรพากรต้องการให้เป็นที่พอใจว่ามันมีเหตุผลพอที่จะสนับสนุนความต่อเนื่อง
 ของความเป็นเจ้าของผลประโยชน์ของบริษัทมหาชน โดยการยินยอมเช่นนี้เป็นการรับรู้ถึงความ
 ซับซ้อนของความเป็นเจ้าของบริษัทมหาชน ในปี ค.ศ. 1965 มีการผ่อนคลายจากการปฏิบัติ
 ตามกฎเกณฑ์เหล่านี้ลงโดยผ่านการบังคับใช้ของการทดสอบความต่อเนื่องของธุรกิจ

ในปี ค.ศ. 1975 คณะกรรมการแอสเปรย์ (Asprey Committee)
 ได้สนับสนุนการบังคับใช้การทดสอบความต่อเนื่องของความเป็น เจ้าของผลประโยชน์ร้อยละ 50
 เพราะความขาดประสิทธิภาพของการทดสอบร้อยละ 40 คณะกรรมการได้สรุปในการจัดเก็บ
 ภาษีนิติบุคคลว่ามีความจำเป็นที่จะมองข้ามความแยกต่างหากของนิติบุคคลจึงได้ปฏิเสธข้อสรุป
 ของคณะกรรมการ Ligertwood เพื่อจะทำเช่นนั้น การรักษาส่วนทุนระหว่างบริษัทและผู้ถือหุ้น
 ขายหุ้นเพียงอย่างเดียว (sole trader) เพื่อวัตถุประสงค์ทางภาษี ผู้ถือหุ้นเพียงอย่างเดียว
 จะไม่สามารถขายผลขาดทุนทางภาษีและผลขาดทุนทางภาษีก็น่าจะสิ้นอายุไปเมื่อพวกเขาเสียชีวิต
 การทดสอบความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของผลประโยชน์ได้ถูกแก้ไขอีกในปี ค.ศ. 1973
 โดยกำหนดให้ต้องมีความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของผลประโยชน์อย่างน้อยร้อยละ 50¹¹⁸

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Ibid., p. 273.

3.3.2.2 การทดสอบในการอนุญาตให้ นำผลขาดทุนสุทธิ มาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กร

การทดสอบหลักสำหรับการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิคือการทดสอบความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของ (Continuity of Ownership Test) การทดสอบนี้ต้องการความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของที่ยังคงอยู่ระหว่างปีที่ก่อให้เกิดผลขาดทุน (loss year) และปีที่ใช้ผลขาดทุน (recoupment year) แต่ถ้าไม่สามารถทำตามเกณฑ์ของการทดสอบความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของได้ก็จะมี การทดสอบอีก การทดสอบหนึ่งคือการทดสอบธุรกิจเดิม (Same Business Test) การทดสอบธุรกิจเดิมนี้มีเกณฑ์ว่าต้องมี ความต่อเนื่องของธุรกิจเดิมระหว่างช่วงเวลาที่การทดสอบความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของ นั้นล้มเหลวและปีที่ใช้ผลขาดทุน¹¹⁹

3.3.2.2.1 ผลขาดทุนในปีปัจจุบัน

ในส่วนของผลขาดทุนในปีปัจจุบัน เมื่อการทดสอบความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของล้มเหลวและไม่สามารถผ่านการทดสอบธุรกิจเดิมได้อีก ปีภาษีนั้น จะถูกแบ่งตามการเกิดขึ้นของการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของและแบ่งแยกส่วนของเงินได้พึง ประเมินและผลขาดทุนสำหรับแต่ละช่วงเวลานั้น เพื่อที่จะให้เป็นการแน่ใจว่าผลขาดทุนในปีภาษี นั้นก่อนที่การทดสอบความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของจะล้มเหลวไม่สามารถใช้ประโยชน์โดย ผู้ถือหุ้นใหม่ได้¹²⁰

¹¹⁹ Ross Higgins, Mergers & Acquisitions – Tax tactics for buying loss companies, (Melbourne: Rigby Cooke Lawyers 2009), p. 5.

¹²⁰ Ross Higgins, Mergers & Acquisitions – Tax tactics for buying loss companies, (Melbourne: Rigby Cooke Lawyers 2009), p. 5.

3.3.2.2.2 มาตรการป้องกันการหลบเลี่ยงภาษีเป็นการเฉพาะ :

การทดสอบการอัดฉีดเงินได้

กรมสรรพากรมีความอิสระในการตัดสินใจที่จะไม่อนุญาตให้ผู้เสียภาษีหักรายจ่ายได้ถ้าบริษัทหนึ่งก่อให้เกิดเงินได้พึงประเมินขึ้นเพียงเพื่อการใช้ผลขาดทุน แต่อย่างไรก็ตามกรมสรรพากรจะไม่สามารถปฏิเสธการใช้ผลขาดทุนที่มีความต่อเนื่องของผู้ถือหุ้นที่มีโดยชอบธรรมและสมเหตุสมผลได้¹²¹

3.3.2.2.3 การทดสอบความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของ

บริษัทสามารถใช้ผลขาดทุนสุทธิทางภาษีภายใต้การทดสอบความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของได้ถ้าบริษัทสามารถทำตามเงื่อนไขในการรักษาความเป็นเจ้าของเดิมไว้ โดยช่วงเวลาทดสอบความเป็นเจ้าของนั้นเริ่มตั้งแต่ปีที่ก่อให้เกิดผลขาดทุนจนถึงปีที่ก่อให้เกิดเงินได้หรือปีที่ใช้ผลขาดทุนนั้น¹²²

เงื่อนไขของการทดสอบความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของนั้นคือระหว่างช่วงเวลาทดสอบความเป็นเจ้าของต้องมีผู้ที่มีสิทธิออกเสียง สิทธิในการได้รับเงินปันผล สิทธิในและการเรียกคืนทุนในบริษัทมากกว่าร้อยละ 50¹²³

เมื่อบุคคลที่ถือครองผลประโยชน์ในความเป็นเจ้าของนั้นเป็นบริษัท การทดสอบจะใช้บังคับไปถึงผู้ถือหุ้นที่เป็นบุคคลธรรมดาที่เป็นผู้ได้รับผลประโยชน์หรือสมควรถูกได้รับผลประโยชน์นั้น¹²⁴

เกณฑ์อีกประการหนึ่งที่จะชี้ชัดว่าเป็นไปตามเงื่อนไขหรือไม่คือหุ้นในบริษัทเดิมที่ถูกถือโดยบุคคลเดิมเท่านั้นที่จะถูกนับรวม บทบัญญัตินี้ออกแบบมาเพื่อป้องกันวิธีการใช้ผลขาดทุนซ้อน (anti-loss duplication) และจะไม่บังคับใช้ถ้าบริษัทแสดงข้อมูลที่สมเหตุสมผลที่จะสรุปได้ว่าผลขาดทุนทางภาษีน้อยกว่าร้อยละ 50 นั้นนำมาใช้เป็นรายจ่าย

¹²¹ Ibid.

¹²² Ibid., p. 6.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Ibid.

เพื่อลดเงินได้สุทธิเพราะ ภาษีผลได้จากทุนที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์จากทุนของบริษัทไม่ว่า โดยตรงหรือโดยอ้อมระหว่างช่วงเวลาทดสอบความเป็นเจ้าของ อีกทั้งยังมีกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่ช่วย ในการสืบสาวถึงผู้ได้รับผลประโยชน์ ยกตัวอย่างเช่น¹²⁵

- หุ้นที่ถูกถือโดยหน่วยงานของรัฐบาล องค์กรที่ไม่ แสวงหากำไรหรือองค์กรการกุศลจะถูกถือเสมือน ว่าถือโดยบุคคลคนเดียว
- ถ้าผู้เป็นเจ้าของผลประโยชน์เสียชีวิตก็ถือว่ายังมี ความต่อเนื่องอยู่
- หุ้นที่ถูกถือโดยทรัสต์ครอบครัวถือว่าถือโดย บุคคลเดียว
- บริษัทที่ถูกเข้าจัดการแทนหรือถูกบังคับให้ปิด กิจการโดยผลของกฎหมายไม่ได้รับการยกเว้นใน การทดสอบความเป็นเจ้าของ

ในบริษัทที่ถูกถือหุ้นอย่างกว้างขวาง (บริษัทมหาชน) นั้นมีผู้ ถือหุ้นเป็นจำนวนมากและยากที่จะสืบสาวถึงผู้เป็นเจ้าของผลประโยชน์ที่แท้จริง จึงมีการแก้ไข ในมาตรา 166 และกฎเกณฑ์เกี่ยวกับภาษีผลได้จากทุนมาตรา 165 ให้มีการทดสอบในบาง ช่วงเวลาและผ่อนปรนกฎเกณฑ์การสืบสาวถึงผู้เป็นเจ้าของผลประโยชน์¹²⁶

บริษัทที่ถูกถือหุ้นอย่างกว้างขวางนั้นคือ บริษัทจดทะเบียนใน ตลาดหลักทรัพย์หรือบริษัทที่มีผู้ถือหุ้นมากกว่า 50 คน (เว้นแต่ว่าผู้ถือหุ้น 20 คน หรือน้อยกว่านั้น ได้ถือหุ้นร้อยละ 75 หรือมากกว่า)¹²⁷

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Ibid.

การผ่อนปรนกฎเกณฑ์ยังขยายไปถึงบริษัทตามมาตรา 166 ที่บริษัทนั้นเองมีได้ถือถูกถือหุ้นอย่างกว้างขวาง แต่หุ้นมากกว่าร้อยละ 50 นั้นถือเป็นเจ้าของโดยบริษัทที่ถือถือหุ้นอย่างกว้างขวาง¹²⁸

ช่วงเวลาทดสอบนั้นยังคงเป็นช่วงเวลาจากปีที่ก่อให้เกิดผลขาดทุนถึงปีที่มีเงินได้ แต่ระยะเวลาทดสอบนั้นจะถูกจำกัดไว้แค่เมื่อเริ่มต้นช่วงเวลาทดสอบ เมื่อสิ้นสุดในแต่ละปีที่มีเงินได้ และเมื่อสิ้นสุดการเปลี่ยนแปลงนิติบุคคล (corporate change) การเปลี่ยนแปลงนิติบุคคลนั้นรวมถึงการเข้าซื้อกิจการและธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับหุ้นของบริษัทมากกว่าร้อยละ 50 และการออกหุ้นที่ส่งผลให้มีการเพิ่มทุนหรือเพิ่มจำนวนหุ้นถึงร้อยละ 20 ขึ้นไป¹²⁹

การผ่อนปรนการสืบสาวผู้เป็นเจ้าของผลประโยชน์นี้อนุญาต

ให้¹³⁰

- ผู้ถือหุ้นทั้งหมดที่ถือหุ้นน้อยกว่าร้อยละ 10 ถือเป็นผู้ถือหุ้นหนึ่งคน
- ถ้ามีผู้ถือหุ้นโดยตรงร้อยละ 10 ขึ้นไปแต่มีผู้ถือผลประโยชน์โดยอ้อมน้อยกว่าร้อยละ 10 ส่วนที่เกินมานั้นจะถือว่าถูกถือหุ้นโดยผู้ถือหุ้นหนึ่งคน
- เมื่อบริษัทที่ถูกถือหุ้นอย่างกว้างขวางถือหุ้นระหว่างร้อยละ 10 ถึงร้อยละ 50 บริษัทนั้นจะถูกถือเป็นผู้ถือหุ้นหนึ่งคน
- ผู้ถือหุ้นบางประเภทจะไม่ถูกสืบสาวความเป็นเจ้าของผลประโยชน์ เช่น กองทุนขนาดใหญ่ บริษัทประกันร่วม และสหพันธ์การค้า เป็นต้น

¹²⁸ Ibid., p. 7.

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Ibid.

- ผู้ถือหุ้นโดยอ้อมที่เป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ต่างประเทศจะถูกถือว่าเป็นผู้ถือหุ้นคนเดียวกันในบางสถานการณ์
- ผู้ถือหุ้นโดยอ้อมที่เป็นบริษัทต่างชาติในตลาดหลักทรัพย์จะถูกถือว่าเป็นผู้ถือหุ้นคนเดียวกันในบางสถานการณ์

มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการป้องกันการหลบเลี่ยงภาษีเรียกว่า การทดสอบอำนาจควบคุมเดิม (Same Control Test) กำหนดว่าถึงแม้จะได้ทำตามเงื่อนไขของการทดสอบความต่อเนื่องของเป็นเจ้าของ แต่ถ้าบุคคลใดมิได้มีอำนาจควบคุมของบริษัทตลอดปี ที่ก่อให้เกิดผลขาดทุนและหลังจากนั้นเข้ามาควบคุมบริษัทโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสิทธิประโยชน์ทางภาษี บริษัทนั้นจะไม่สามารถใช้ผลขาดทุนสุทธิถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิได้ ถึงแม้ว่าจะทำตามเงื่อนไขของการทดสอบธุรกิจเดิมได้ก็ตาม¹³¹

นอกจากนั้นกรมสรรพากรยังมีความอิสระในการตัดสินใจที่จะไม่นับหุ้นที่เกิดขึ้นจากการเข้าซื้อโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงหรือลดความรับผิดชอบทางภาษี ซึ่งจะส่งผลต่อการทดสอบความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของ¹³²

3.3.2.2.4 การทดสอบธุรกิจเดิม (Same Business Test)

ถ้าบริษัทไม่สามารถทำตามเงื่อนไขการทดสอบความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของได้ บริษัทนั้นสามารถหาหนทางที่จะทำตามเงื่อนไขของการทดสอบธุรกิจเดิมแทนได้ การทดสอบธุรกิจเดิมนั้นจะใช้บังคับกับธุรกิจที่ดำเนินการในต้นปีที่ก่อให้เกิดผลขาดทุน สิ่งใดบ้างที่เป็นองค์ประกอบของ “ธุรกิจเดิม (same business)” ตามวัตถุประสงค์ของการทดสอบธุรกิจเดิมนั้นได้ถูกให้ความหมายไว้อย่างแคบโดยศาล ในคดีของ Avondale Motors ศาลสูงได้ตัดสินว่า “เดิม (same)” หมายความว่าถึง “เหมือน (identical)” และไม่เพียงพอที่จะเพียงแต่ดำเนินธุรกิจชนิดเดิมนั้น บริษัทในคดีนี้ได้ประกอบกิจการเกี่ยวกับชิ้นส่วนอะไหล่รถยนต์

¹³¹ Ibid.

¹³² Ibid.

แต่หลังจากที่มีการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของได้มีการเปลี่ยนชื่อ เปลี่ยนสถานที่ทำการ เปลี่ยนกรรมการและลูกจ้าง จากการมีหุ้นที่ต่างจากเดิมและฟรานไชส์ที่ต่างจากเดิม ทำให้ศาลตัดสินว่าบริษัทนี้ไม่ผ่านการทดสอบธุรกิจเดิมอย่างไม่ต้องสงสัย¹³³

ต่อมาในระเบียบของกรมสรรพากรที่ TR 1999/9 ได้ตีความกฎเกณฑ์นี้ไว้อย่างกว้างมากขึ้นโดยอนุญาตให้มีการเจริญเติบโตของกิจการอย่างค่อยเป็นค่อยไปได้เปรียบเทียบกับกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างมีสาระสำคัญที่แสดงให้เห็นถึงการดำเนินธุรกิจใหม่ ยกตัวอย่างได้ดังนี้¹³⁴

- หนังสือตอบข้อหารือของกรมสรรพากร¹³⁵ได้ระบุไว้ว่าการที่เจ้าของทรัพย์สินที่ไม่ได้ดำเนินธุรกิจ หลังจากผู้รับจ้างลงเข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์ นั้นทำให้ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขการทดสอบของการทดสอบธุรกิจเดิม
- คดี Coal Developments (German Creek)¹³⁶ ศาลได้ตัดสินว่ากิจการที่ดำเนินหลังการขาย สิทธิของกิจการร่วมค่านั้นเป็นผลสืบเนื่องจากการขายสิทธินั้นไปมากกว่าการปรับตัวลงธรรมดาของกิจการทำให้ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขการทดสอบของการทดสอบธุรกิจเดิม
- คดี Lilyvale Hotel¹³⁷ ศาลตัดสินว่ากิจการของตัวแทนที่ได้ดำเนินและจัดการธุรกิจนั้นเสมือนเป็นกิจการของผู้เสียภาษีเองซึ่งเป็นเจ้าของโรงแรม เมื่อมีการเปลี่ยนความเป็นเจ้าของ เข้าควบคุมกิจการและแต่งตั้งผู้จัดการทั่วไปใหม่แล้ว ก็ยังถือ

¹³³ Ibid., p. 8.

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ 2007 ATC 4731.

¹³⁶ 2008 FCAFC 27.

¹³⁷ 2009 FCAFC 18.

ว่ายังเป็นไปตามเงื่อนไขของการทดสอบธุรกิจเดิม
อยู่

การทดสอบธุรกิจเดิมยังมีเงื่อนไขให้บริษัทต้องไม่ก่อให้เกิดเงิน
ได้จากธุรกิจชนิดที่บริษัทไม่ได้ดำเนินอยู่หรือจากธุรกรรมชนิดที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับธุรกิจเดิมใน
ระหว่างช่วงเวลาทดสอบของการทดสอบธุรกิจเดิมอีกด้วย¹³⁸

¹³⁸ Ibid., p. 9.

บทที่ 4

แนวทางการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ ในการปรับโครงสร้างองค์กรของประเทศไทย

4.1 ความจำเป็นในการอนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณ กำไรสุทธิในการจัดเก็บภาษีทางตรง

การจัดเก็บภาษีทางตรงของประเทศไทยนั้นจัดเก็บจากฐานรายได้ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วคำว่า “รายได้” ในเชิงเศรษฐศาสตร์มักจะมีความหมายถึงความมั่งคั่งในเชิงเศรษฐศาสตร์ที่เพิ่มขึ้นของผู้มีเงินได้นั้น การจัดเก็บภาษีเงินได้ของประเทศไทยจึงเป็นการจัดเก็บจากความมั่งคั่งทางเศรษฐศาสตร์ที่เพิ่มขึ้นของผู้เสียภาษี

สำหรับประเทศไทยนั้นภาษีเงินได้นิติบุคคลเป็นเครื่องมือหนึ่งของรัฐที่ใช้ในการจัดเก็บภาษีทางตรง โดยจัดเก็บจากกำไรสุทธิของนิติบุคคลในแต่ละรอบปีภาษี¹ การจัดเก็บภาษีจากกำไรสุทธิในแต่ละปีภาษีนี้จึงเป็นการจัดเก็บภาษีจากความมั่งคั่งทางเศรษฐศาสตร์ที่เพิ่มขึ้นในแต่ละปีภาษี โดยหากปีภาษีนั้นมีผลขาดทุนหรือไม่มีกำไรสุทธิก็จะมีภาระต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล

การประกอบธุรกิจในแต่ละประเภทอาจมีช่วงเวลาของการได้รับผลตอบแทนไม่เท่ากัน และอาจไม่ได้รับผลตอบแทนจากการลงทุนกลับมาภายในปีภาษีเดียวกัน เช่น กิจการโรงไฟฟ้าอาจต้องมีค่าใช้จ่ายที่สูงโดยยังไม่มีรายได้เข้ามาเลยจากการประกอบกิจการในช่วงปีแรกๆที่เริ่มก่อสร้าง แต่จะได้ผลตอบแทนกลับในภายหลังที่สามารถดำเนินการผลิตไฟฟ้าได้แล้ว เป็นต้น การอนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ (loss carryover deduction) จึงมีวัตถุประสงค์คือ เพื่อความเป็นธรรมทางภาษี (tax equity) โดยมีแนวความคิดว่า ผู้เสียภาษีที่มีเงินได้รวมในช่วงเวลาหลายรอบปีภาษีโดยที่ในแต่ละปีมีทั้งผลกำไรและขาดทุน

¹ ประมวลรัษฎากรมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากรเงินได้ที่ต้องเสียภาษีตามความในส่วนนี้คือกำไรสุทธิซึ่งคำนวณได้จากรายได้จากกิจการ หรือเนื่องจากการที่กระทำในรอบระยะเวลาบัญชีหักด้วยรายจ่ายตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในมาตรา 65 ทวิ และมาตรา 65 ตร. และรอบระยะเวลาบัญชีดังกล่าวให้มีกำหนดสิบสองเดือน

แตกต่างกันไป ไม่ควรที่จะต้องรับภาระภาษีมากไปกว่าผู้เสียภาษีที่มีเงินได้รวมทั้งหมดเท่ากัน แต่มิได้มีการขาดทุนในแต่ละปี

การประกอบธุรกิจนั้นย่อมอาจมีความผันผวนของรายรับและรายจ่ายในแต่ละช่วงเวลา ผู้เสียภาษีจึงอาจมีรายรับและรายจ่ายที่ผันผวนได้ในแต่ละปีภาษี ส่งผลให้การคำนวณกำไรสุทธิ เพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลอาจมีความผันผวนในแต่ละปี ดังตัวอย่างต่อไปนี้

	บริษัท ก.	บริษัท ข.
กำไร(ขาดทุน)สุทธิปี 2552	(-50)	+10
กำไร(ขาดทุน)สุทธิปี 2553	(-20)	+10
กำไร(ขาดทุน)สุทธิปี 2554	<u>+100</u>	<u>+10</u>
รวมกำไรสุทธิที่แท้จริงในรอบ 3 ปีภาษี	+30	+30
รวมกำไรสุทธิที่ต้องนำไปคำนวณภาษีเงินได้		
หากไม่มีการอนุญาตให้ใช้ผลขาดทุนข้ามปีภาษี	+100	+30

จึงเห็นได้ว่าหากพิจารณาถึงความมั่งคั่งทางเศรษฐศาสตร์ของบริษัท ก. และบริษัท ข. ในช่วงระยะเวลา 3 ปีที่ประกอบกิจการ บริษัททั้งสองต่างมีกำไรสุทธิที่เพิ่มขึ้นเท่ากันคือ 30 แต่หากมีการพิจารณาเป็นรายปีภาษีแล้วจะพบว่า แต่ละปีภาษีนั้นบริษัท ก. จะมีทั้งปีภาษีที่มีผลกำไรอันพึงต้องมีภาระภาษีเงินได้นิติบุคคล และปีภาษีที่มีผลขาดทุนอันไม่พึงต้องมีภาระภาษีเงินได้นิติบุคคล ในขณะที่บริษัท ข. มีผลกำไรทุกปีภาษี

หากข้อเท็จจริงเป็นไปดังตัวอย่างข้างต้น และไม่มีบทบัญญัติซึ่งอนุญาตให้มีการนำผลขาดทุนสุทธิในแต่ละปีภาษีไปถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในปีภาษีถัดไปได้ บริษัท ก. จะมีภาระภาษีในปีที่มีกำไรสุทธิสูงเพราะต้องนำกำไรสุทธิทั้งหมดที่เกิดขึ้นในปีภาษีนั้นมา รวมคำนวณภาษีทั้งจำนวน ต่างกับบริษัท ข. ที่มีภาระภาษีต่ำกว่าเพราะกำไรสุทธิที่นำมารวมคำนวณในแต่ละปีภาษีนั้นมีจำนวนต่ำกว่า ดังนั้นหากไม่มีการอนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิของ

กิจการไปถือเป็นรายจ่ายในปีอื่นข้ามปีภาษีได้แล้ว กำไรสุทธิที่ต้องนำไปคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลของบริษัท ก.จะสูงกว่าบริษัท ข. ทั้งที่หากพิจารณาผลประกอบการโดยรวมในรอบระยะเวลาสามปีแล้ว บริษัททั้งสองได้มีผลกำไรสุทธิเท่ากันคือ +30 ซึ่งควรจะมีภาวะภาษีที่ต้องเสียรวมแล้วเท่ากัน

การไม่อนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิจึงส่งผลให้นิติบุคคลที่มีการประกอบการอันก่อให้เกิดผลกำไรและขาดทุนไม่คงที่นั้น อาจมีภาวะภาษีที่ไม่เท่าเทียมกับนิติบุคคลที่มีกำไรสุทธิอย่างคงที่ทุกปี ถึงแม้กำไรสุทธิของนิติบุคคลทั้งสองนั้นจะมีเท่ากันหากพิจารณาในระยะยาว อันขัดต่อหลักความเป็นธรรมเป็นอย่างยิ่ง

การอนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิข้ามปีภาษี (loss carryover deduction) มีวัตถุประสงค์คือ เพื่อความเป็นธรรมทางภาษี (tax equity) โดยมีแนวความคิดว่า ผู้เสียภาษีที่มีเงินได้รวมในช่วงเวลาหลายรอบปีภาษีโดยที่ในแต่ละปีมีทั้งผลกำไรและขาดทุนแตกต่างกันไป ไม่ควรที่จะต้องรับภาระภาษีมากกว่าผู้เสียภาษีที่มีเงินได้รวมทั้งหมดเท่ากันแต่มีได้มีการขาดทุนในแต่ละปี

มาตรา 65 ตรี (12) แห่งประมวลรัษฎากรได้อนุญาตให้สามารถนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิได้ไม่เกิน 5 ปี เพื่อให้การจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลนั้นจัดเก็บจากผลกำไรสุทธิที่แท้จริงในช่วงระยะเวลาที่ประกอบกิจการในระยะยาวมากกว่าการพิจารณาผลกำไรสุทธิที่เกิดขึ้นในแต่ละปีภาษีเท่านั้น

บทบัญญัติที่อนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิข้ามปีภาษีจึงเป็นบทบัญญัติที่มีความจำเป็นในการจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลในระบบภาษีทางตรง เพราะเป็นบทบัญญัติที่ก่อให้เกิดความเป็นธรรมทางภาษีสำหรับผู้เสียภาษีที่มีกำไรสุทธิหรือขาดทุนสุทธิไม่คงที่ในแต่ละปีภาษีและผู้เสียภาษีที่มีผลกำไรสุทธิคงที่ให้มีภาวะภาษีเงินได้นิติบุคคลเท่าเทียมกันหากมีกำไรสุทธิที่แท้จริงในระยะยาวเท่ากัน

4.2 การแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบในกรณีการปรับโครงสร้างองค์กร

สิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเป็นสิทธิซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายมีเจตนารมณ์และความตั้งใจให้เป็นบทบัญญัติเพื่อบรรเทาภาระภาษีข้ามปีภาษีจากการประกอบธุรกิจของผู้เสียภาษีในระบบภาษีทางตรงและก่อให้เกิดความเป็นธรรมทางภาษีสำหรับผู้เสียภาษี ผู้เสียภาษีที่สมควรจะมีสิทธินำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิต่อไปได้นั้นจึงควรเป็นผู้เสียภาษีที่ก่อให้เกิดผลขาดทุนสุทธินั้นขึ้นเอง

การทำธุรกรรมบางลักษณะมีความพยายามที่จะใช้ประโยชน์จากผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลอื่นในการนำมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อลดภาระภาษีที่ควรจะต้องเสียลง โดยใช้โอกาสจากธุรกรรมการปรับโครงสร้างองค์กรในการโอนผลขาดทุนสุทธิจากกิจการหนึ่งเพื่อมาใช้ประโยชน์ในการลดภาระภาษีของอีกกิจการหนึ่งโดยเฉพาะ

การพยายามโอนผลขาดทุนสุทธิจากนิติบุคคลหนึ่งไปสู่อีกนิติบุคคลหนึ่งเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางภาษีนี้นี้จึงเป็นการกระทำที่ในประเทศสหรัฐอเมริกาเรียกว่า การยกย้ายผลขาดทุน (loss trafficking) หรือที่ในประเทศสหราชอาณาจักรเรียกว่า การซื้อผลขาดทุน (loss buying) ซึ่งหลายประเทศล้วนยอมรับว่า การกระทำในลักษณะดังกล่าวนี้เป็นการหลบเลี่ยงภาษี และมีบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อป้องกันการหลบเลี่ยงภาษีด้วยการยกย้ายผลขาดทุนสุทธิเหล่านี้

ในขณะที่ปัจจุบัน บทบัญญัติของประมวลรัษฎากรมาตรา 65 ตี (12) และมาตรา 74 ยังบัญญัติเงื่อนไขไว้แคบเกินไปและขาดบทบัญญัติในการป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบ จึงเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้เสียภาษีสามารถวางแผนการปรับโครงสร้างองค์กรโดยเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบจากการปรับโครงสร้างองค์กรบางรูปแบบดังต่อไปนี้

4.2.1 การได้มาซึ่งหุ้นของกิจการ

การได้มาซึ่งหุ้นของกิจการเป็นวิธีการปรับโครงสร้างองค์กรโดยที่กิจการแห่งหนึ่งเข้าไปซื้อหุ้นหรือแลกหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงของกิจการอีกแห่งหนึ่งทั้งหมดหรือบางส่วน

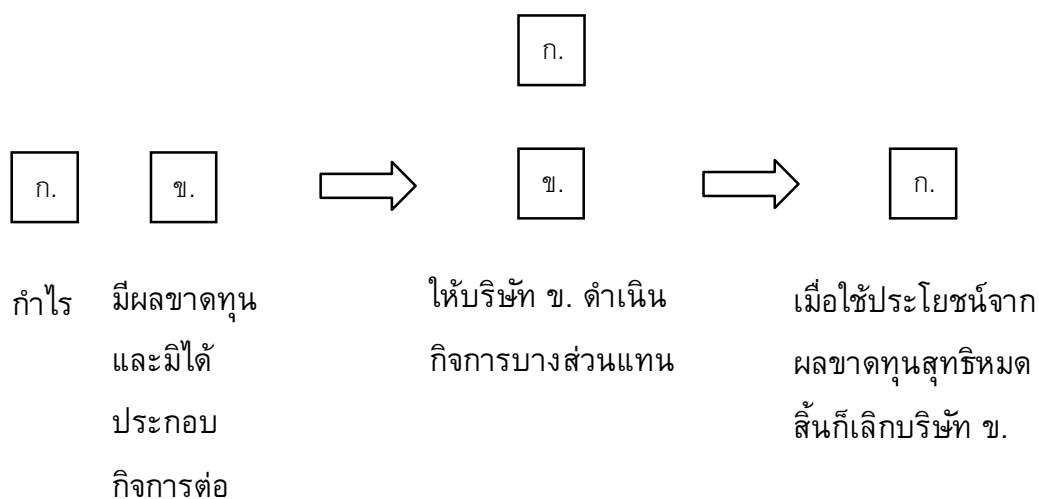
การปรับโครงสร้างองค์กรโดยการได้มาซึ่งหุ้นของกิจการไม่ว่าจะด้วยวิธีการเข้าซื้อหุ้นหรือการแลกหุ้นนั้นมิได้มีผลให้นิติบุคคลใดต้องเลิกกิจการไปและมีได้เป็นการควบกิจการหรือการโอนกิจการทั้งหมดตามมาตรา 74 แห่งประมวลระฎากร นิติบุคคลผู้เข้าซื้อหุ้นและนิติบุคคลผู้ถูกเข้าซื้อหุ้นในการปรับโครงสร้างองค์กรด้วยวิธีการได้มาซึ่งหุ้นของกิจการจึงยังคงสามารถใช้สิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิตามมาตรา 65 ตรี (12) แห่งประมวลระฎากรได้ต่อไปดั่งเดิม

เมื่อบทบัญญัติมาตรา 65 ตรี (12) แห่งประมวลระฎากรมิได้มีข้อจำกัดอื่นใดนอกจากข้อจำกัดเรื่องระยะเวลา 5 ปี นิติบุคคลซึ่งถูกเปลี่ยนเจ้าของโดยการเข้าถือหุ้นจึงยังคงมีสภาพนิติบุคคลเช่นเดิมและสามารถนำผลขาดทุนสุทธิที่เกิดขึ้นของกิจการเดิมนั้นมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิต่อไปได้ตามปกติ

การทำธุรกรรมปรับโครงสร้างองค์กรรูปแบบหนึ่งซึ่งสามารถลดภาระภาษีโดยใช้สิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของนิติบุคคลอื่น คือ การที่นิติบุคคลที่ต้องการหลบเลี่ยงภาษีเข้าไปซื้อนิติบุคคลที่มีปัญหาการดำเนินงานต่อเนื่อง ซึ่งนิติบุคคลเหล่านี้มักไม่ค่อยได้ประกอบกิจการแล้วและมีผลขาดทุนสุทธิสะสมอยู่เป็นจำนวนมาก นิติบุคคลที่ต้องการหลีกเลี่ยงภาษีก็จะไปซื้อนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิสะสมเหล่านี้เข้ามาเป็นนิติบุคคลในเครือด้วยวิธีการควบรวมกิจการแบบได้มาซึ่งหุ้น (share acquisition) หลังจากนั้นนิติบุคคลผู้ซื้อกิจการก็สามารถแสวงหาประโยชน์ทางภาษีจากนิติบุคคลในเครือที่มีสิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิสะสมอยู่ด้วยการฟ้องถ่ายกำไรของนิติบุคคลผู้ซื้อกิจการนั้นไปให้นิติบุคคลที่ซื้อมา โดยการให้นิติบุคคลที่ถูกซื้อมานั้นได้รับผลกำไรจากการประกอบกิจการแทน และใช้สิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิข้ามปีภาษีที่มีมาแต่เดิมาหักเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ ทำให้เสียภาษีน้อยลงหรืออาจไม่เสียภาษีเลย จนกระทั่งใช้สิทธิประโยชน์ทางภาษีหมดไปก็เลิกกิจการ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

บริษัท ก. ดำเนินธุรกิจประเภทซื้อมาขายไปโดยซื้อสินค้าจากซัพพลายเออร์แล้วขายปลีกให้ผู้บริโภคโดยมียอดขาย 100 ล้านบาทต่อปี บริษัท ข. มีปัญหาการดำเนินงานต่อเนื่องและมีผลขาดทุนสะสมทางภาษีอยู่ 200 ล้านบาท ทำให้มีมูลค่าทางบัญชีที่ต่ำ บริษัท ก. จึงสามารถซื้อหุ้นของบริษัท ข. ได้ในราคาที่ถูกลงกว่าการซื้อหุ้นของบริษัทอื่นที่มีผลประกอบการดีเมื่อบริษัท ก. เข้าซื้อกิจการของบริษัท ข. โดยการเข้าซื้อหุ้นทั้งหมดมาแล้ว บริษัท ก. ก็จะ

สามารถแบ่งส่วนของยอดขายไปให้บริษัท ข. ที่ถูกซื้อไปซื้อสินค้าจากซัพพลายเออร์แล้วขายให้ผู้บริโภคแทน สมมติว่าประมาณ 50 ล้านบาทต่อปี บริษัท ข. ที่ถูกซื้อมาและดำเนินกิจการเดิมของบริษัท ก. บางส่วนจะเกิดกำไรปีละ 50 ล้านบาท จะสามารถนำผลขาดทุนสุทธิสะสมทางภาษีที่มีมาแต่เดิมของบริษัท ข. นั้นมาหักเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในแต่ละปี กำไรที่เกิดขึ้นในแต่ละปีจากการขายสินค้าที่บริษัท ข. ทำการแทนบริษัท ก. นี้จึงไม่ต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลหรือเสียหย่อนลงจากการใช้สิทธิทางภาษีเดิมของบริษัท ข. นี้ เมื่อใช้สิทธิทางภาษีทั้งจำนวน 200 ล้านบาทจนหมดสิ้นก็จดทะเบียนเลิกกิจการของบริษัท ข. ไปเพราะมิได้มีประโยชน์อื่นใดแล้ว เป็นต้น



การกระทำในลักษณะดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงเจตนาของธุรกรรมที่มีวัตถุประสงค์ทางภาษีเพียงอย่างเดียวอันมีลักษณะของการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบ เพราะมิได้แสดงให้เห็นถึงวัตถุประสงค์อื่นใดในทางธุรกิจที่จะใช้ประโยชน์จากบริษัทผู้ถูกเข้าซื้อกิจการนอกจากการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายเพื่อลดภาระภาษีของบริษัทผู้เข้าซื้อกิจการ

การกระทำในลักษณะดังกล่าวจึงเป็นการถ่ายโอนย้ายผลขาดทุนสุทธิที่บัพัญญูติของกฎหมายมีเจตนารมณ์และความตั้งใจให้เป็นบัพัญญูติเพื่อบรรเทาภาระภาษีข้ามปีภาษีจากการประกอบธุรกิจนั้นเพื่อประโยชน์ของกิจการที่ได้ก่อให้เกิดผลขาดทุนสุทธินั้นขึ้นไปสู่บริษัทที่อาจจะมิได้ประกอบกิจการใดๆที่เกี่ยวข้องกับกิจการที่ก่อให้เกิดผลขาดทุนสุทธิ

จากการประกอบกิจการนั้น อันเป็นการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีที่เกินไปกว่าที่กฎหมายพึงจะ
 เอื้อประโยชน์ให้เพื่อชดเชยผลขาดทุนที่นิติบุคคลได้เคยก่อให้เกิดขึ้นในปีภาษีก่อนหน้าตาม
 มาตรา 65 ตรี (12) แห่งประมวลรัษฎากร

4.2.2 การได้มาซึ่งสินทรัพย์หรือกิจการ

การปรับโครงสร้างองค์กรโดยการได้มาซึ่งสินทรัพย์ของกิจการนั้น จะถูกมาตรา
 74 แห่งประมวลรัษฎากรห้ามนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ
 เฉพาะการโอนกิจการทั้งหมดเท่านั้น การพิจารณาถึงประเด็นเกี่ยวกับการนำผลขาดทุนสุทธิมา
 ถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิจึงต้องแยกพิจารณาระหว่างการโอนกิจการบางส่วนกับ
 การโอนกิจการทั้งหมด

4.2.2.1 การโอนกิจการบางส่วน

การปรับโครงสร้างองค์กรด้วยวิธีการโอนกิจการบางส่วนนั้นสามารถทำ
 ได้โดยการโอนสินทรัพย์ ลูกหนี้ หรือพนักงาน บางส่วนของกิจการไปยังกิจการอื่น โดยที่นิติ
 บุคคลผู้โอนมิได้เลิกกิจการต่อไป

การโอนสินทรัพย์ ลูกหนี้ หรือพนักงาน ในการโอนกิจการบางส่วนนั้น
 จึงถือเป็นการโอนสินทรัพย์ตามปกติในการดำเนินกิจการของนิติบุคคล นิติบุคคลผู้โอนกิจการ
 บางส่วนและนิติบุคคลผู้รับโอนกิจการบางส่วนยังคงสภาพนิติบุคคลเหมือนเช่นเดิมทุกประการ
 มิได้มีกิจการใดจดทะเบียนเลิกไป การคำนวณกำไรสุทธิของทั้งนิติบุคคลผู้โอนสินทรัพย์และนิติ
 บุคคลผู้รับโอนสินทรัพย์จึงต้องคำนวณกำไรสุทธิตามปกติ สิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือ
 เป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิไม่เกิน 5 ปีก็จะยังคงอยู่ในแต่ละนิติบุคคลและสามารถนำมาถือ
 เป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิที่เกิดขึ้นจากการโอนกิจการบางส่วนในปีภาษีนั้นได้ต่อไป
 ตามปกติ

การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิใน
 กรณีการโอนกิจการบางส่วนนั้นจึงถูกถือปฏิบัติเสมือนการโอนขายสินทรัพย์อื่นตามปกติ และ

อยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบ
อื่นๆ แล้ว เช่น การป้องกันการกำหนดราคาโอน เป็นต้น

4.2.2.2 การโอนกิจการทั้งหมด

การปรับโครงสร้างองค์กรด้วยวิธีการโอนกิจการทั้งหมดนั้น เป็นการ
โอนกิจการทั้งหมดของนิติบุคคลผู้โอนกิจการให้แก่นิติบุคคลผู้รับโอนกิจการ โดยนิติบุคคลผู้โอน
กิจการจะต้องเลิกกิจการและสิ้นสภาพความเป็นนิติบุคคลไป โดยที่มาตรา 74 แห่งประมวล
รัษฎากรได้กำหนดให้นิติบุคคลที่ทำการโอนกิจการทั้งหมด ไม่ต้องถือว่าราคาของกิจการที่ควม
เข้ากันนั้นเป็นรายได้หรือรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ และนำมูลค่านั้นมาคำนวณกำไรสุทธิ
เมื่อจำหน่ายทรัพย์สินนั้นไปเท่านั้น เพื่อให้นิติบุคคลที่เข้าปรับโครงสร้างองค์กรด้วยวิธีการโอน
กิจการทั้งหมดไม่จำเป็นต้องมีภาระภาษีก่อนเวลาอันควร

แต่การโอนกิจการทั้งหมดจะถูกมาตรา 74 แห่งประมวลรัษฎากรห้าม
นำผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลเดิมมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของนิติบุคคล
ผู้รับโอนกิจการ ทำให้นิติบุคคลผู้รับโอนกิจการทั้งหมดไม่สามารถนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็น
รายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิได้ทั้งสิ้น

ทั้งนี้บทบัญญัติมาตรา 74 แห่งประมวลรัษฎากร ในส่วนที่ห้ามนำผล
ขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของนิติบุคคลผู้รับโอนกิจการทั้งหมดนั้น
มีจุดมุ่งหมายเพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบผ่านการปรับโครงสร้าง
องค์กรด้วยวิธีการโอนกิจการทั้งหมดอยู่แล้ว บทบัญญัติมาตรา 74 แห่งประมวลรัษฎากรจึงมิได้
เปิดช่องทางให้มีการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบผ่านการปรับโครงสร้างองค์กรโดย
วิธีการโอนกิจการทั้งหมด

4.2.3 การควบกิจการ

การควบกิจการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติ
บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 จะส่งผลให้นิติบุคคลที่เข้าควบกิจการกันต้องเลิกกิจการด้วยกัน

ทั้งหมดและเข้าควบกันเป็นนิติบุคคลที่เกิดขึ้นใหม่ โดยนิติบุคคลซึ่งเกิดขึ้นใหม่จากการเข้าควบกิจการกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะรับเอาสิทธิและความรับผิดชอบของนิติบุคคลเดิมไปทั้งหมด² โดยที่มาตรา 74 แห่งประมวลรัฐฎากรได้กำหนดให้นิติบุคคลที่เข้าทำการควบกิจการ ไม่ต้องถือว่าราคาของกิจการที่ควบเข้ากันนั้นเป็นรายได้หรือรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ และนำมูลค่านั้นมาคำนวณกำไรสุทธิเมื่อจำหน่ายทรัพย์สินนั้นไปเท่านั้น เพื่อให้นิติบุคคลที่เข้าปรับโครงสร้างองค์กรโดยวิธีการควบกิจการกันไม่จำเป็นต้องมีภาวะภาษีก่อนเวลาอันควร

แต่การควบกิจการตามประมวลแพ่งและพาณิชย์จะถูกรัฐฎมาตรา 74 แห่งประมวลรัฐฎากรห้ามนำผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลเดิมมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของนิติบุคคลที่เกิดขึ้นใหม่จากการควบกิจการ ทำให้นิติบุคคลที่เกิดจากการควบกิจการไม่สามารถนำผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลเดิมมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิได้ทั้งสิ้น

ทั้งนี้บทบัญญัติมาตรา 74 แห่งประมวลรัฐฎากร ในส่วนที่ห้ามนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของนิติบุคคลที่เกิดจากการควบกิจการนั้นมีจุดมุ่งหมายเพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบผ่านการปรับโครงสร้างองค์กรด้วยวิธีการโอนกิจการทั้งหมดอยู่แล้ว บทบัญญัติมาตรา 74 แห่งประมวลรัฐฎากรจึงมิได้เปิดช่องทางให้มีการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบผ่านการปรับโครงสร้างองค์กรโดยวิธีการควบกิจการ

4.3 อุปสรรคในการปรับโครงสร้างองค์กร

ในอดีตประมวลรัฐฎากรได้กำหนดให้นิติบุคคลที่เลิกกันก่อนที่จะควบเข้ากันหรือโอนกิจการทั้งหมดให้แก่กันมีภาวะภาษีที่จะต้องเสียเกิดขึ้นทันทีโดยนิติบุคคลซึ่งเกิดจากการควบเข้ากันหรือรับโอนกิจการทั้งหมดนั้นต้องเป็นผู้มีหน้าที่รับภาระภาษีที่จะต้องเสียต่อไป ต่อมาในปีพ.ศ.2534 ได้มีการแก้ไขบทบัญญัติแห่งประมวลรัฐฎากรมาตรา 74 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัฐฎากร(ฉบับที่ 31) พ.ศ.2534 ส่งผลให้นิติบุคคลที่ควบเข้ากันใหม่หรือโอน

² มาตรา 1263 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บริษัทใหม่นี้ย่อมได้ไปทั้งสิทธิและความรับผิดชอบที่มิได้อยู่แก่บริษัทเดิมอันได้มาควบเข้ากันนั้นทั้งสิ้น

กิจการทั้งหมดให้แก่กันนั้นไม่ต้องรับภาระภาษีทันทีที่มีการเลิกกิจการเพื่อควบเข้ากันใหม่หรือโอนกิจการทั้งหมดให้แก่กัน แต่ให้มีภาระภาษีเมื่อทำการจำหน่ายทรัพย์สินต่าง ๆ อันได้มาจากการควบเข้ากันใหม่หรือโอนกิจการทั้งหมดให้แก่กันนั้นออกไปจากกิจการอันเป็นเวลาที่เหมาะสม ต้องมีการรับรู้รายได้อย่างแท้จริง

การแก้ไขประมวลรัษฎากรดังกล่าวกำหนดให้การปรับโครงสร้างองค์กรตามรูปแบบที่ประมวลรัษฎากรกำหนดนั้นไม่ต้องนำราคาของห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลหรือบริษัทนั้นมาถือเป็นรายได้หรือรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ แต่ชะลอภาระภาษีให้เกิดขึ้นหากมีการจำหน่ายทรัพย์สินนั้นไปในภายหลังเท่านั้น มาตรา 74 แห่งประมวลรัษฎากรฉบับปัจจุบันจึงเป็นบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์เพื่อชะลอภาระภาษีของนิติบุคคลที่เข้าทำการปรับโครงสร้างองค์กรตามรูปแบบที่ประมวลรัษฎากรกำหนดออกไปจนกว่าจะมีการจำหน่ายทรัพย์สินออกจากนิติบุคคลที่ปรับโครงสร้างองค์กรไป เพื่อให้การปรับโครงสร้างองค์กรตามรูปแบบที่ประมวลรัษฎากรกำหนดนั้นสามารถเกิดขึ้นได้โดยปลอดภาระภาษีขณะที่เข้าทำการปรับโครงสร้างองค์กรกัน

นอกจากนั้นการแก้ไขประมวลรัษฎากรดังกล่าวได้กำหนดว่า “ห้ามมิให้นำผลขาดทุนสุทธิของห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลหรือบริษัทเดิมมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ” ซึ่งหมายความว่านิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิอยู่และเข้าทำการปรับโครงสร้างองค์กรกันจะไม่สามารถนำสิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิได้อีกต่อไป การแก้ไขบทบัญญัติโดยห้ามนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิต่อไป เช่นนี้นั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีผ่านการปรับโครงสร้างองค์กรในรูปแบบต่าง ๆ นั้นเอง

การห้ามมิให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กรตามรูปแบบที่ประมวลรัษฎากรกำหนดตามมาตรา 74 แห่งประมวลรัษฎากรจะทำให้นิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิสะสมอยู่นั้นเสียสิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิต่อไป อันอาจเป็นอุปสรรคต่อการปรับโครงสร้างองค์กรในบางรูปแบบได้

4.3.1 การได้มาซึ่งหุ้นของกิจการ

การได้มาซึ่งหุ้นของกิจการเป็นวิธีการปรับโครงสร้างองค์กรโดยที่กิจการแห่งหนึ่งเข้าไปซื้อหุ้นหรือแลกหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงของกิจการอีกแห่งหนึ่งทั้งหมดหรือบางส่วน

การปรับโครงสร้างองค์กรโดยการได้มาซึ่งหุ้นของกิจการไม่ว่าจะด้วยวิธีการเข้าซื้อหุ้นหรือการแลกหุ้นนั้นมิได้มีผลให้นิติบุคคลใดต้องเลิกกิจการไปและมีได้เป็นการควบกิจการหรือการโอนกิจการทั้งหมดตามมาตรา 74 แห่งประมวลระฎากร นิติบุคคลผู้เข้าซื้อหุ้นและนิติบุคคลผู้ถูกเข้าซื้อหุ้นในการปรับโครงสร้างองค์กรด้วยวิธีการได้มาซึ่งหุ้นของกิจการจึงยังคงสามารถใช้สิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิตามมาตรา 65 ตรี (12) แห่งประมวลระฎากรได้ต่อไปดังเดิม

การห้ามนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิตามมาตรา 74 แห่งประมวลระฎากรจึงมิได้เป็นอุปสรรคต่อการปรับโครงสร้างองค์กรในรูปแบบการได้มาซึ่งหุ้นของกิจการ

4.3.2 การได้มาซึ่งสินทรัพย์ของกิจการ

การปรับโครงสร้างองค์กรโดยการได้มาซึ่งสินทรัพย์ของกิจการนั้น จะถูกมาตรา 74 แห่งประมวลระฎากรห้ามนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเฉพาะการโอนกิจการทั้งหมดเท่านั้น การพิจารณาถึงประเด็นเกี่ยวกับการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิจึงต้องแยกพิจารณาระหว่างการโอนกิจการบางส่วนกับการโอนกิจการทั้งหมด

4.3.2.1 การโอนกิจการบางส่วน

การปรับโครงสร้างองค์กรด้วยวิธีการโอนกิจการบางส่วนนั้นสามารถทำได้โดยการโอนสินทรัพย์ ลูกหนี้ หรือพนักงาน บางส่วนของกิจการไปยังกิจการอื่น โดยที่นิติบุคคลผู้โอนมิได้เลิกกิจการต่อไป

การโอนสินทรัพย์ ลูกหนี้ หรือพนักงาน ในการโอนกิจการบางส่วนนั้น จึงถือเป็นการโอนสินทรัพย์ตามปกติในการดำเนินกิจการของนิติบุคคล นิติบุคคลผู้โอนกิจการ บางส่วนและนิติบุคคลผู้รับโอนกิจการบางส่วนยังคงสภาพนิติบุคคลเหมือนเช่นเดิมทุกประการ มิได้มีกิจการใดจดทะเบียนเลิกไป การคำนวณกำไรสุทธิของทั้งนิติบุคคลผู้โอนสินทรัพย์และนิติ บุคคลผู้รับโอนสินทรัพย์จึงต้องคำนวณกำไรสุทธิตามปกติ สิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิไม่เกิน 5 ปีก็จะยังคงอยู่ในแต่ละนิติบุคคลและสามารถนำมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิที่เกิดขึ้นจากการโอนกิจการบางส่วนในปีภาษีนั้นได้

การปรับโครงสร้างองค์กรด้วยวิธีการโอนกิจการบางส่วนมิได้มีข้อห้าม ในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิอื่นใดนอกจากข้อจำกัดเรื่อง ระยะเวลา 5 ปี ตามมาตรา 65 ตรี (12) แห่งประมวลรัษฎากร การหำนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิตามมาตรา 74 แห่งประมวลรัษฎากรจึงมิได้เป็นอุปสรรค ใดๆ ต่อการปรับโครงสร้างองค์กรด้วยวิธีการโอนกิจการบางส่วน

4.3.2.2 การโอนกิจการทั้งหมด

การปรับโครงสร้างองค์กรด้วยวิธีการโอนกิจการทั้งหมดนั้น เป็นการ โอนกิจการทั้งหมดของนิติบุคคลผู้โอนกิจการให้แก่นิติบุคคลผู้รับโอนกิจการ โดยนิติบุคคลผู้โอน กิจการจะต้องเลิกกิจการและสิ้นสภาพความเป็นนิติบุคคลไป โดยที่มาตรา 74 แห่งประมวล รัษฎากรได้กำหนดให้นิติบุคคลที่ทำการโอนกิจการทั้งหมด ไม่ต้องถือว่าราคาของกิจการที่ควบ เข้ากันนั้นเป็นรายได้หรือรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ และนำมูลค่านั้นมาคำนวณกำไรสุทธิ เมื่อจำหน่ายทรัพย์สินนั้นไปเท่านั้น เพื่อให้นิติบุคคลที่เข้าปรับโครงสร้างองค์กรด้วยวิธีการโอน กิจการทั้งหมดไม่จำเป็นต้องมีภาระภาษีก่อนเวลาอันควร

แต่การโอนกิจการทั้งหมดจะถูกมาตรา 74 แห่งประมวลรัษฎากรห้าม นำผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลเดิมมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของนิติบุคคล ผู้รับโอนกิจการ การหำนำผลขาดทุนสุทธิของกิจการเดิมมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไร สุทธิต่อไปเช่นนี้จะส่งผลให้กิจการผู้รับโอนกิจการที่มีผลขาดทุนมาจะต้องมีภาระภาษีจากกำไร

สุทธิโดยไม่อาจนำผลขาดทุนที่นิติบุคคลผู้โอนกิจการทั้งหมดเคยก่อให้เกิดขึ้นมารวมคำนวณกำไรสุทธิได้และก่อให้เกิดภาวะภาษีมากกว่าที่ควร ดังตัวอย่างต่อไปนี้

ในปีพ.ศ. 2554 บริษัท ก. มีผลกำไรประจำปีจากการดำเนินการจนถึงวันที่ 31 พฤศจิกายน 2554 จำนวน 200 ล้านบาท และบริษัท ข. มีผลขาดทุนประจำปีจากการดำเนินการจนถึงวันที่ 31 พฤศจิกายน 2554 จำนวน 180 ล้านบาท เมื่อบริษัท ข. โอนกิจการทั้งหมดให้แก่บริษัท ก. ในวันที่ 1 ธันวาคม 2554 หากสมมติว่าในเดือนธันวาคมบริษัท ก.มิได้มีผลกำไรหรือขาดทุนสุทธิเพิ่มแต่อย่างใด บริษัท ก.จะไม่สามารถนำผลขาดทุนของบริษัท ข. มาใช้ในการคำนวณกำไรสุทธิได้ แต่ยังคงนำผลกำไรของบริษัท ก. ทั้งหมดจำนวน 200 ล้านบาทมาคำนวณภาษีทั้งจำนวน

จากตัวอย่างข้างต้นจึงเห็นว่า หากนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิสะสมอยู่มีความประสงค์จะโอนกิจการทั้งหมดให้แก่กันก็ต้องยอมสละประโยชน์ในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิไป ซึ่งการยอมสละประโยชน์ดังกล่าวจะส่งผลให้กำไรที่ก่อให้เกิดขึ้นภายหลังจากการโอนกิจการทั้งหมดจะต้องนำไปคำนวณกำไรสุทธิโดยไม่มีผลขาดทุนสุทธิจากปีก่อนหน้ามาถือเป็นรายจ่ายได้อีก ทำให้ภาวะภาษีที่นิติบุคคลนั้นต้องเสียมีเพิ่มมากขึ้นหากเทียบกับการประกอบกิจการต่อไปและมีกำไรเกิดขึ้นในภายหลังโดยไม่มีกิจการให้แก่กัน การใช้ประโยชน์จากผลขาดทุนสุทธิในการนำมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธินี้จึงถือเป็นปัจจัยทางภาษีปัจจัยหนึ่งที่ถูกนำมาพิจารณาในการปรับโครงสร้างองค์กรด้วยวิธีการโอนกิจการทั้งหมด

เมื่อการห้ามนำผลขาดทุนสุทธิของกิจการเดิมมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของกิจการของผู้รับโอนกิจการอาจส่งผลให้มีภาวะทางภาษีเพิ่มขึ้นเช่นนี้ นิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิสะสมอยู่จึงมี 2 ทางเลือกหากต้องการจะโอนกิจการทั้งหมด ได้แก่ ทางเลือกแรกคือการยอมสละประโยชน์จากการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ และทางเลือกที่สองคือ การใช้ประโยชน์จากผลขาดทุนสุทธิสะสมให้หมดสิ้นไปก่อน

สำหรับทางเลือกแรกในการยอมสละประโยชน์จากการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธินั้น หากผลขาดทุนสุทธิที่มีอยู่นั้นมีอยู่มากจนทำให้เกิดภาวะทางภาษีที่แตกต่างอย่างมีนัยสำคัญ ก็อาจทำให้ผู้เสียภาษีตัดสินใจจะไม่เลือก

ทางเลือกนี้และทำให้การปรับโครงสร้างองค์กรด้วยวิธีการโอนกิจการทั้งหมดนั้นไม่สำเร็จหรือล่าช้าออกไปได้

สำหรับทางเลือกที่สองในการใช้ประโยชน์จากผลขาดทุนสุทธิสะสมให้หมดสิ้นไปก่อนนั้น อาจทำได้หลายวิธีการ เช่น การดำเนินกิจการจนก่อเกิดกำไรและใช้ประโยชน์จากผลขาดทุนสุทธิสะสมให้หมดสิ้น และการโอนกิจการบางส่วนเพื่อหักล้างผลขาดทุนสุทธิแล้วจึงโอนกิจการในส่วนที่เหลือ เป็นต้น

การดำเนินกิจการจนก่อเกิดกำไรและใช้ประโยชน์จากผลขาดทุนสุทธิสะสมให้หมดสิ้นนั้น เหมาะสมกับกิจการที่ได้ลงทุนไปอย่างมากและมีโอกาสประกอบการให้เกิดผลกำไรขึ้นในภายหลัง เช่น บริษัท ก. ประกอบกิจการขายเครื่องใช้ไฟฟ้าซึ่งมีค่าใช้จ่ายในการซื้อสินค้าและโฆษณาในช่วงปีแรกๆ แต่มีรายได้ไม่น้อยเพราะยังไม่เป็นที่รู้จัก สิ้นปี พ.ศ.2554 จึงมีผลขาดทุนสุทธิสะสม 10 ล้านบาท แต่คาดการณ์ว่าจะมีรายได้มากขึ้นจากการเป็นที่รู้จักในตลาดแล้วในช่วงปี พ.ศ. 2555 ถึง 2557 และจะสามารถก่อให้เกิดกำไรจนสามารถนำผลขาดทุนสุทธิสะสมที่มีอยู่มาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิจนหมดไปได้ หากบริษัท ก. มีความประสงค์จะโอนกิจการให้กับบริษัทอื่นโดยไม่ยอมสละประโยชน์จากการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ บริษัท ก. ก็อาจจะต้องรอจนกว่าจะสามารถใช้ประโยชน์จากผลขาดทุนสุทธิที่มีอยู่จนหมดไปก่อน

สำหรับการโอนขายสินทรัพย์ระหว่างกิจการที่จะเข้าควบกิจการกันเพื่อหักล้างผลขาดทุนสุทธิเป็นทางเลือกสำหรับการโอนกิจการระหว่างนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิสะสมอยู่กับนิติบุคคลที่มีกำไรสุทธิ โดยการแบ่งธุรกรรมออกเป็นสองขั้นตอน ได้แก่ ขั้นตอนแรกคือการนำผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลมาใช้ประโยชน์ให้เรียบร้อยก่อน เช่น การโอนขายสินทรัพย์หลักที่ใช้ในการประกอบกิจการของนิติบุคคลเป้าหมายซึ่งมีสิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิให้แก่นิติบุคคลที่จะเข้าควบกิจการกันก่อนส่วนหนึ่งในราคาตลาด การโอนขายสินทรัพย์ของนิติบุคคลเป้าหมายก็จะก่อให้เกิดการรับรู้รายได้ของนิติบุคคลเป้าหมาย นิติบุคคลเป้าหมายก็จะสามารถนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการหักล้างกับกำไรจากการขายสินทรัพย์ตามราคาตลาดนั้นได้ทันที นิติบุคคลเป้าหมายจึงมิได้มีภาระภาษีที่ต้องเสียทันทีในขณะที่ทำธุรกรรมเช่นนี้แต่อย่างใด หลังจากนั้นนิติบุคคลผู้รับโอนกิจการก็จะสามารถหักรายจ่ายในการตัดค่าเสื่อมราคาทรัพย์สินตามราคาตลาดที่ซื้อเข้ามา

รายได้ที่จะได้รับในอนาคตส่งผลให้อาจเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลลดลง และขั้นตอนที่สองคือโอนกิจการในส่วนที่เหลือทั้งหมดและเลิกกิจการ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

ในวันที่ 30 ธันวาคม พ.ศ. 2554 บริษัท ก. มีสินทรัพย์หลักที่ใช้ในการประกอบกิจการมูลค่า 100 ล้านบาท ผลขาดทุนสุทธิ 20 ล้านบาท บริษัท ก. ประสงค์จะโอนกิจการของบริษัท ก. ทั้งหมดให้แก่บริษัท ข. จึงทำข้อตกลงให้บริษัท ก. โอนขายสินทรัพย์หลักที่ใช้ในการประกอบกิจการให้แก่บริษัท ข. และบริษัท ข. ได้จ่ายค่าตอบแทนให้แก่บริษัท ก. ตามราคาตลาดคือ 120 ล้านบาท บริษัท ก. จึงมีกำไรเกิดขึ้นจากการโอนขายสินทรัพย์ในธุรกรรมนี้ 20 ล้านบาท แต่บริษัท ก. สามารถนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิได้ ทำให้เมื่อสิ้นปี พ.ศ. 2554 บริษัท ก. จึงไม่มีภาระภาษีเงินได้นิติบุคคลจากการโอนสินทรัพย์ในครั้งนี้ ในวันที่ 3 มกราคม พ.ศ. 2555 บริษัท ก. จึงไม่มีผลขาดทุนสุทธิเหลืออยู่เพราะได้นำไปหักกับกำไรจากการโอนขายทรัพย์สินในธุรกรรมดังกล่าวแล้ว บริษัท ก. จึงโอนกิจการส่วนที่เหลือตามข้อตกลงที่ได้เคยกระทำไว้ บริษัท ก. และบริษัท ข. จึงมิได้เสียสิทธิในการนำผลขาดทุนสะสมมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิตามมาตรา 74 แห่งประมวลรัษฎากร และบริษัท ข. ผู้รับโอนกิจการของบริษัท ก. ก็ยังสามารถนำค่าตอบแทนในการซื้อสินทรัพย์ข้างต้นมาถือเป็นค่าเสื่อมราคาทรัพย์สินในการคำนวณกำไรสุทธิในแต่ละปี ส่งผลให้ในปีถัดไปบริษัทผู้รับโอนกิจการนั้นมีภาระภาษีเงินได้นิติบุคคลที่ลดลง อันเป็นลักษณะของการใช้ประโยชน์จากผลขาดทุนสุทธิของบริษัท ก.

การโอนขายสินทรัพย์บางส่วนระหว่างกิจการที่จะโอนกิจการกันทั้งหมดเพื่อหักล้างผลขาดทุนสุทธินั้นอาจดูเป็นทางเลือกที่เหมาะสมสำหรับกิจการที่มีผลขาดทุนสุทธิสะสมจะโอนกิจการให้แก่กิจการที่มีผลกำไร แต่ก็อาจประสบปัญหา 2 ประการได้แก่

ประการแรก คือ การเลือกที่จะโอนสินทรัพย์กิจการบางส่วนเพื่อหักล้างผลขาดทุนสุทธิเท่ากับว่าสินทรัพย์ที่โอนให้แก่กันนั้นเป็นการซื้อขายสินทรัพย์ตามปกติ และเกิดภาระภาษีอื่นนอกจากภาษีเงินได้ขึ้น เช่น ภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีธุรกิจเฉพาะ เป็นต้น ซึ่งภาระภาษีอื่นนอกจากภาษีเงินได้เหล่านี้อาจได้รับยกเว้นหากทำการโอนกิจการทั้งหมด

ประการที่สอง คือ ความเสี่ยงจากการทำธุรกรรมในลักษณะที่แยกกัน ขั้นตอนดังกล่าว คู่สัญญาอาจมีปัญหาในเรื่องการปฏิบัติตามสัญญาคือ การทำธุรกรรม โอน

กิจการในส่วนที่เหลือตามขั้นตอนที่สอง หลังจากที่ได้มีการโอนขายสินทรัพย์กันในชั้น
 ตอนแรกแล้ว เพราะนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการอาจเพียงต้องการ สินทรัพย์หลักที่ใช้ในการ
 ประกอบกิจการของนิติบุคคลเป้าหมายจึงไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่จะรับโอนกิจการในส่วนที่เหลือ
 ก็เป็นได้

อีกทั้งทางเลือกในการการโอนขายสินทรัพย์บางส่วนเพื่อหักล้างผล
 ขาดทุนสุทธินั้นจะสามารถแก้ปัญหาได้ก็ต่อเมื่อกิจการของผู้รับโอนกิจการนั้น ไม่มีผลขาดทุน
 สุทธิสะสมอยู่ จึงจะสามารถรับโอนสินทรัพย์มาโดยไม่ต้องสละประโยชน์ในการนำผลขาดทุน
 สุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิได้ ทางเลือกดังกล่าวจึงไม่สามารถแก้ปัญหา
 ให้กับกิจการที่ต่างฝ่ายต่างมีผลขาดทุนสุทธิสะสมอยู่และประสงค์จะปรับโครงสร้างองค์กรโดย
 การโอนกิจการทั้งหมดให้แก่กันได้

จึงเห็นได้ว่าการห้ามนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการ
 คำนวณกำไรสุทธินั้น เป็นปัจจัยทางภาษีปัจจัยหนึ่งที่สามารถส่งผลให้การตัดสินใจปรับ
 โครงสร้างองค์กรด้วยวิธีการโอนกิจการทั้งหมดนั้นไม่ประสบผลสำเร็จหรือล่าช้าไปจากที่
 ต้องการได้ในหลายกรณี อันถือว่าเป็นอุปสรรคประการหนึ่งในการปรับโครงสร้างองค์กรโดย
 วิธีการโอนกิจการทั้งหมด อีกทั้งเป็นการขัดต่อ “หลักความเป็นกลาง” เพราะเป็นบทบัญญัติ
 ลักษณะดังกล่าวมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจในการเลือกวิธีการปรับโครงสร้างองค์กรของผู้เสีย
 ภาษีจากปัจจัยทางภาษีที่มีสาเหตุผลจากปัจจัยอื่นในการดำเนินธุรกิจ

4.3.3 การควบกิจการ

การควบกิจการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติ
 บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2535 จะส่งผลให้นิติบุคคลที่เข้าควบกิจการกันต้องเลิกกิจการด้วยกัน
 ทั้งหมดและเข้าควบกันเป็นนิติบุคคลที่เกิดขึ้นใหม่ โดยนิติบุคคลซึ่งเกิดขึ้นใหม่จากการเข้าควบ
 กิจการกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะรับเอาสิทธิและความรับผิดชอบที่มีอยู่ของนิติ
 บุคคลเดิมไปทั้งหมด³ โดยที่มาตรา 74 แห่งประมวลรัษฎากรได้กำหนดให้นิติบุคคลที่เข้าทำการ

³ มาตรา 1263 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บริษัทใหม่นี้ย่อมได้ไปทั้งสิทธิและความรับผิดชอบที่มีอยู่
 แก่บริษัทเดิมอันได้มาควบเข้ากันนั้นทั้งสิ้น

ควบกิจการ ไม่ต้องถือว่าราคาของกิจการที่ควบเข้ากันนั้นเป็นรายได้หรือรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ และนำมูลค่านั้นมาคำนวณกำไรสุทธิเมื่อจำหน่ายทรัพย์สินนั้นไปเท่านั้น เพื่อให้นิติบุคคลที่เข้าปรับโครงสร้างองค์กรโดยวิธีการควบกิจการกันไม่จำเป็นต้องมีภาวะภาษีก่อนเวลาอันควร

แต่การควบกิจการตามประมวลแพ่งและพาณิชย์จะถูกมาตรา 74 แห่งประมวลรัษฎากรห้ามนำผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลเดิมมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของนิติบุคคลที่เกิดขึ้นใหม่จากการควบกิจการ การห้ามนำผลขาดทุนสุทธิของกิจการเดิมมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิต่อไปเช่นนี้จะส่งผลให้กิจการที่เกิดขึ้นใหม่จากการควบกิจการที่มีผลขาดทุนจะต้องมีภาวะภาษีจากกำไรสุทธิโดยไม่อาจนำผลขาดทุนที่เคยก่อให้เกิดขึ้นมารวมคำนวณกำไรสุทธิได้และก่อให้เกิดภาวะภาษีมากกว่าที่ควร ดังตัวอย่างต่อไปนี้

ในปีพ.ศ. 2554 บริษัท ก. มีผลกำไรประจำปีจากการดำเนินการจนถึงวันที่ 31 พฤศจิกายน 2554 จำนวน 200 ล้านบาท และบริษัท ข. มีผลขาดทุนประจำปีจากการดำเนินการจนถึงวันที่ 31 พฤศจิกายน 2554 จำนวน 180 ล้านบาท เมื่อบริษัท ก.และบริษัท ข.มาควบเข้ากันเป็นบริษัท กข.ขึ้นใหม่ ในวันที่ 1 ธันวาคม 2554 และได้ดำเนินกิจการต่อไป หากสมมติว่าในเดือนธันวาคมบริษัท กข.มิได้มีผลกำไรหรือขาดทุนสุทธิเพิ่มแต่อย่างใด บริษัท กข.จะไม่สามารถนำผลขาดทุนของบริษัท ข. มาใช้ในการคำนวณกำไรสุทธิได้ แต่ยังคงนำผลกำไรของบริษัท ก. ทั้งหมดจำนวน 200 ล้านบาทมาคำนวณภาษีทั้งจำนวน

จากตัวอย่างข้างต้นจึงเห็นว่า หากนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิสะสมอยู่มีความประสงค์จะควบกิจการกันก็ต้องยอมสละประโยชน์ในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิไป ซึ่งการยอมสละประโยชน์ดังกล่าวจะส่งผลให้กำไรที่ก่อให้เกิดขึ้นภายหลังจากการควบกิจการจะต้องนำไปคำนวณกำไรสุทธิโดยไม่มีผลขาดทุนสุทธิจากปีก่อนหน้ามาถือเป็นรายจ่ายได้อีก ทำให้ภาวะภาษีที่นิติบุคคลนั้นต้องเสียมีเพิ่มมากขึ้นหากเทียบการประกอบกิจการต่อไปและมีกำไรเกิดขึ้นในภายหลังโดยไม่ควบกิจการเข้าด้วยกัน การใช้ประโยชน์จากผลขาดทุนสุทธิในการนำมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธินี้จึงถือเป็นปัจจัยทางภาษีปัจจัยหนึ่งที่ถูกนำมาพิจารณาในการปรับโครงสร้างองค์กรด้วยวิธีการควบกิจการ

เมื่อการห้ามนำผลขาดทุนสุทธิของกิจการเดิมมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของกิจการใหม่อันเกิดจากการควบเข้ากันอาจส่งผลให้มีภาวะทางภาษีเพิ่มขึ้นเช่นนี้

นิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิสะสมอยู่จึงมี 2 ทางเลือกหากต้องการจะควบกิจการ ได้แก่ ทางเลือกแรกคือการยอมสละประโยชน์จากการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ และทางเลือกที่สองคือ การใช้ประโยชน์จากผลขาดทุนสุทธิสะสมให้หมดสิ้นไปก่อน

สำหรับทางเลือกแรกในการยอมสละประโยชน์จากการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธินั้น หากผลขาดทุนสุทธิที่มีอยู่นั้นมีอยู่มากจนทำให้เกิดภาวะทางภาษีที่แตกต่างอย่างมีนัยสำคัญ ก็อาจทำให้ผู้เสียภาษีตัดสินใจที่จะไม่เลือกทางเลือกนี้ และทำให้การปรับโครงสร้างองค์กรด้วยวิธีการควบกิจการนั้นไม่สำเร็จหรือล่าช้าออกไปได้

สำหรับทางเลือกที่สองในการใช้ประโยชน์จากผลขาดทุนสุทธิสะสมให้หมดสิ้นไปก่อนนั้น อาจทำได้หลายวิธีการ เช่น การดำเนินกิจการจนก่อเกิดกำไรและใช้ประโยชน์จากผลขาดทุนสุทธิสะสมให้หมดสิ้น และการโอนขายสินทรัพย์ระหว่างกิจการที่จะเข้าควบกิจการกัน เพื่อหักล้างผลขาดทุนสุทธิ เป็นต้น

การดำเนินกิจการจนก่อเกิดกำไรและใช้ประโยชน์จากผลขาดทุนสุทธิสะสมให้หมดสิ้นนั้น เหมาะสมกับกิจการที่ได้ลงทุนไปอย่างมากและมีโอกาสประกอบการให้เกิดผลกำไรขึ้นในภายหลัง เช่น บริษัท ก. ประกอบกิจการขายเครื่องใช้ไฟฟ้าซึ่งมีค่าใช้จ่ายในการซื้อสินค้าและโฆษณาในช่วงปีแรกๆ แต่มีรายได้น้อยเพราะยังไม่เป็นที่รู้จัก สิ้นปี พ.ศ. 2554 จึงมีผลขาดทุนสุทธิสะสม 10 ล้านบาท แต่คาดการณ์ว่าจะมีรายได้มากขึ้นจากการเป็นที่รู้จักในตลาดแล้วในช่วงปี พ.ศ. 2555 ถึง 2557 และจะสามารถก่อให้เกิดกำไรจนสามารถนำผลขาดทุนสุทธิสะสมที่มีอยู่มากถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิจนหมดไปได้ หากบริษัท ก. มีความประสงค์จะเข้าควบกิจการกับบริษัทอื่นโดยไม่ยอมสละประโยชน์จากการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ บริษัท ก. ก็อาจจะต้องรอจนกว่าจะสามารถใช้ประโยชน์จากผลขาดทุนสุทธิที่มีอยู่จนหมดไปก่อน

สำหรับการโอนขายสินทรัพย์ระหว่างกิจการที่จะเข้าควบกิจการกันเพื่อหักล้างผลขาดทุนสุทธิเป็นทางเลือกสำหรับการควบกิจการระหว่างนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิสะสมอยู่กับนิติบุคคลที่มีกำไรสุทธิ โดยการแบ่งธุรกรรมออกเป็นสองขั้นตอน ได้แก่ ขั้นตอนแรกคือการนำผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลมาใช้ประโยชน์ให้เรียบร้อยก่อน เช่น การโอนขายสินทรัพย์หลักที่ใช้ในการประกอบกิจการของนิติบุคคลเป้าหมายซึ่งมีสิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็น

เป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิให้แก่นิติบุคคลที่จะเข้าควบคุมกิจการกันก่อนส่วนหนึ่งในราคาตลาด การโอนขายสินทรัพย์ของนิติบุคคลเป้าหมายก็จะก่อให้เกิดการรับรู้รายได้ของนิติบุคคลเป้าหมาย นิติบุคคลเป้าหมายก็จะสามารถนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการหักล้างกับกำไรจากการขายสินทรัพย์ตามราคาตลาดนั้นได้ทันที นิติบุคคลเป้าหมายจึงมิได้มีภาวะภาษีที่ต้องเสียทันทีในขณะที่ทำธุรกรรมเช่นนี้แต่อย่างใด หลังจากนั้นนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการหรือนิติบุคคลที่เกิดจากการควบกิจการก็จะสามารถหักรายจ่ายในการตัดค่าเสื่อมราคาทรัพย์สินตามราคาตลาดที่ซื้อมากับรายได้ที่จะได้รับในอนาคตส่งผลให้อาจเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลลดลง และขั้นตอนที่สองคือการจดทะเบียนควบกิจการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามปกติ ซึ่งสินทรัพย์ที่ได้รับโอนมาแล้วก็จะได้รับยกเว้นไม่ต้องถูกรับรู้รายได้ของแต่ละนิติบุคคลตามประมวลรัษฎากรมาตรา 74 ดังตัวอย่างต่อไปนี้

ในวันที่ 30 ธันวาคม พ.ศ. 2554 บริษัท ก. มีสินทรัพย์หลักที่ใช้ในการประกอบกิจการมูลค่า 100 ล้านบาท ผลขาดทุนสุทธิ 20 ล้านบาท บริษัท ข. ประสงค์จะเข้าควบรวมกับบริษัท ก. จึงทำข้อตกลงให้บริษัท ก. โอนขายสินทรัพย์หลักที่ใช้ในการประกอบกิจการให้แก่บริษัท ข. และบริษัท ข. ได้จ่ายค่าตอบแทนให้แก่บริษัท ก. ตามราคาตลาดคือ 120 ล้านบาท บริษัท ก. จึงมีกำไรที่เกิดขึ้นจากการโอนขายสินทรัพย์ในธุรกรรมนี้ 20 ล้านบาท แต่บริษัท ก. สามารถนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิได้ ทำให้เมื่อสิ้นปี พ.ศ. 2554 บริษัท ก. จึงไม่มีภาวะภาษีเงินได้นิติบุคคลจากการโอนสินทรัพย์ในครั้งนี้ ในวันที่ 3 มกราคม พ.ศ. 2555 บริษัท ก. จึงไม่มีผลขาดทุนสุทธิเหลืออยู่เพราะได้นำไปหักกับกำไรจากการโอนขายทรัพย์สินในธุรกรรมดังกล่าวแล้ว บริษัท ก. และบริษัท ข. จึงได้เข้าควบกิจการกันตามข้อตกลงที่ได้เคยกระทำไว้ บริษัท ก. และบริษัท ข. จึงมิได้เสียสิทธิในการนำผลขาดทุนสะสมมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิตามมาตรา 74 แห่งประมวลรัษฎากร และบริษัทที่เกิดจากการควบกิจการเข้าด้วยกันของบริษัท ก. และบริษัท ข. ก็ยังสามารถนำค่าตอบแทนในการซื้อสินทรัพย์ข้างต้นมาถือเป็นค่าเสื่อมราคาทรัพย์สินในการคำนวณกำไรสุทธิในแต่ละปี ส่งผลให้ในปีถัดไปบริษัทที่เกิดขึ้นจากการควบกิจการกันนั้นมีภาวะภาษีเงินได้นิติบุคคลที่ลดลง อันเป็นลักษณะของการใช้ประโยชน์จากผลขาดทุนสุทธิของบริษัท ก.

การโอนขายสินทรัพย์ระหว่างกิจการที่จะเข้าควบกิจการกันเพื่อหักล้างผล
ขาดทุนสุทธินั้นอาจดูเป็นทางเลือกที่เหมาะสมสำหรับกิจการที่มีผลกำไรและกิจการที่มีผล
ขาดทุนสุทธิสะสมจะเลือกเข้าควบกิจการกัน แต่ก็อาจประสบปัญหา 2 ประการ ได้แก่

ประการแรก คือ การเลือกที่จะโอนสินทรัพย์ระหว่างกิจการที่จะเข้าควบกิจการ
กันเพื่อหักล้างผลขาดทุนสุทธิเท่ากับว่าสินทรัพย์ที่โอนให้แก่กันนั้นเป็นการซื้อขายสินทรัพย์
ตามปกติ และเกิดภาวะภาษีอื่นนอกจากภาษีเงินได้ขึ้น เช่น ภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีธุรกิจเฉพาะ
เป็นต้น ซึ่งภาวะภาษีอื่นนอกจากภาษีเงินได้เหล่านี้อาจได้รับยกเว้นหากทำการควบกิจการตาม
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้งหมด

ประการที่สอง คือ ความเสี่ยงจากการทำธุรกรรมในลักษณะที่แยกกัน 2
ขั้นตอนดังกล่าว คู่สัญญาอาจมีปัญหาในเรื่องการปฏิบัติตามสัญญาคือการทำธุรกรรม
ควบกิจการกันตามขั้นตอนที่สอง หลังจากที่ได้มี การโอนขายสินทรัพย์กันในขั้นตอนแรกแล้ว
เพราะนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการอาจเพียงต้องการ สินทรัพย์หลักที่ใช้ในการประกอบกิจการของ
นิติบุคคลเป้าหมายและไม่ต้องการที่จะให้ผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลเป้าหมายเข้ามาร่วมแบ่งปัน
ผลประโยชน์ต่อไปจึงไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่จะควบกิจการกันตามขั้นตอนที่สองก็เป็นได้

อีกทั้งทางเลือกในการการโอนขายสินทรัพย์ระหว่างกิจการที่จะเข้าควบกิจการ
กันเพื่อหักล้างผลขาดทุนสุทธินั้นจะสามารถแก้ปัญหาได้ก็ต่อเมื่อกิจการที่จะเข้าทำการปรับ
โครงสร้างองค์กรโดยวิธีการควบกิจการกันกิจการใดกิจการหนึ่งควรจะต้องไม่มีผลขาดทุนสุทธิ
สะสมอยู่ จึงจะสามารถรับโอนสินทรัพย์มาโดยไม่ต้องสละประโยชน์ในการนำผลขาดทุนสุทธิมา
ถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิได้ ทางเลือกดังกล่าวจึงไม่สามารถแก้ปัญหาให้กับ
กิจการที่ต่างฝ่ายต่างมีผลขาดทุนสุทธิสะสมอยู่และประสงค์จะปรับโครงสร้างองค์กรโดยวิธีการ
ควบกิจการกันได้

จึงเห็นได้ว่าการห้ามนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไร
สุทธินั้น เป็นปัจจัยทางภาษีปัจจัยหนึ่งที่สามารถส่งผลให้การตัดสินใจปรับโครงสร้างองค์กรด้วย
วิธีการควบกิจการนั้นไม่ประสบผลสำเร็จหรือล่าช้า ไปจากที่ต้องการได้ในหลายกรณี อันถือว่าเป็น
อุปสรรคประการหนึ่งในการปรับโครงสร้างองค์กรโดยวิธีการควบกิจการ อีกทั้งเป็นการขัด
ต่อ “หลักความเป็นกลาง” เพราะเป็นบทบัญญัติลักษณะดังกล่าวมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจของผู้
เสียภาษีจากปัจจัยทางภาษีที่มีใช้เหตุผลจากปัจจัยอื่นในการดำเนินธุรกิจ

4.4 แนวทางการแก้ไขปัญหภายใต้อพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514

การจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลตามประมวลรัษฎากรนั้นจัดเก็บจากกำไรสุทธิซึ่งคำนวณจากรายได้จากกิจการ หรือเนื่องจากกิจการที่กระทำในรอบระยะเวลาบัญชี หักด้วยรายจ่าย ในขณะที่การจัดเก็บภาษีเงินได้ปิโตรเลียมตามพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 นั้นจัดเก็บจากกำไรสุทธิที่ได้จากกิจการปิโตรเลียม ซึ่งคำนวณจากรายได้ในรอบระยะเวลาบัญชี หักด้วยรายจ่ายตามปกติและจำเป็น โครงสร้างของระบบการจัดเก็บภาษีเงินได้ปิโตรเลียมจึงสามารถนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับ การจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลได้

การจัดเก็บภาษีเงินได้ปิโตรเลียมจากกำไรสุทธิของกิจการปิโตรเลียมตามพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียมเป็นการจัดเก็บภาษีในระบบภาษีทางตรงเช่นเดียวกับการจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคล การอนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการจัดเก็บภาษีเงินได้ปิโตรเลียมจึงมีความจำเป็นเช่นเดียวกับการจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคล

มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 จึงอนุญาตให้กิจการปิโตรเลียมสามารถนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิได้ โดย นำผลขาดทุนประจำปีของรอบระยะเวลาบัญชีใดๆ ในสิบบรอบระยะเวลาบัญชีก่อน รอบระยะเวลาบัญชีปัจจุบัน เมื่อได้นำไปหักลดหย่อนในรอบระยะเวลาบัญชีใดแล้วหากยังมีผลขาดทุนคงเหลือเป็นจำนวนเท่าใด ให้นำไปหักลดหย่อนในรอบระยะเวลาบัญชีถัดไปต่อไปได้เพียงเท่าจำนวนที่ยังเหลือนั้นแต่ทั้งนี้ต้องไม่เกินสิบบรอบระยะเวลาบัญชี เช่นเดียวกับประมวลรัษฎากรที่อนุญาตให้บริษัทและห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลสามารถนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิได้ไม่เกิน 5 ปี ตามมาตรา 65 ตรี (12) แห่งประมวลรัษฎากร

ในกรณีที่มีการโอนกิจการปิโตรเลียมนั้น มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 อนุญาตให้ผู้รับโอนถือเอาผลขาดทุนประจำ ปีคงเหลือของบริษัทผู้โอนเพื่อประโยชน์ในการหักลดหย่อนตามมาตรา 28(1) นับแต่รอบระยะเวลาบัญชีที่มีการโอน เป็นต้นไปได้เสมือนหนึ่งว่าได้มีการโอนกิจการปิโตรเลียม⁴ จึงเห็นได้ว่าการจัดเก็บภาษีเงินได้ปิโตรเลียมนั้นหากมีการโอนกิจการ สิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธินั้นจะสามารถโอนให้แก่กันได้ต่อไป

การนำผลขาดทุนประจำปีคงเหลือมาหักลดหย่อนต่อไปหลังจากโอนกิจการปิโตรเลียมแล้วนั้น อยู่ภายใต้ข้อจำกัดตามมาตรา 29 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ข้อจำกัดนี้เป็นข้อจำกัดในลักษณะการเปรียบเทียบสินทรัพย์ คือ การจำกัดผลขาดทุนสุทธิที่อาจนำมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณสุทธิต่อไปได้โดยไม่เกินผลต่างระหว่างค่าตอบแทนกับมูลค่าทรัพย์สินหลังจากหักค่าชดเชยหากค่าตอบแทนที่บริษัทผู้รับโอนจ่ายแก่บริษัทผู้โอนเนื่องในการโอนกิจการปิโตรเลียมต่ำกว่าผลบวกของมูลค่าทรัพย์สินหลังจากหักค่าชดเชยรายจ่ายที่เป็นทุนแล้วกับผลขาดทุนประจำปีคงเหลือของบริษัทผู้โอนแต่สูงกว่ามูลค่าทรัพย์สินดังกล่าว และบริษัทผู้รับโอนจะถือเอาผลขาดทุนประจำปีคงเหลือของบริษัทผู้โอนเพื่อประโยชน์ในการหักลดหย่อนไม่ได้หากค่าตอบแทนนั้นมีจำนวนไม่เกินมูลค่าทรัพย์สินหลังจากหักค่าชดเชยแล้ว

การจำกัดในลักษณะการเปรียบเทียบสินทรัพย์ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 นี้ จึงเป็นการจำกัดมิให้ผู้รับโอนสามารถใช้ประโยชน์จากการนำผลขาดทุนสุทธิคงเหลือมาหักลดหย่อนได้มากไปกว่าค่าตอบแทนที่บริษัทผู้รับโอนจ่ายไปเมื่อหักกับราคาทรัพย์สินแล้ว

⁴ มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ในกรณีที่มีการโอนกิจการปิโตรเลียม ให้ผู้รับโอนถือเอาผลขาดทุนประจำ ปีคงเหลือของบริษัทผู้โอน เพื่อประโยชน์ในการหักลดหย่อนตามมาตรา 28 (1) นับแต่รอบระยะเวลาบัญชีที่มีการโอน เป็นต้นไปได้เสมือนหนึ่งว่าได้มีการโอนกิจการปิโตรเลียม

ในกรณีที่ค่าตอบแทนที่บริษัทผู้รับโอนจ่ายแก่บริษัทผู้โอนเนื่องในการโอนกิจการปิโตรเลียมต่ำกว่าผลบวกของมูลค่าทรัพย์สินหลังจากหักค่าชดเชยรายจ่ายที่เป็นทุนแล้วกับผลขาดทุนประจำปีคงเหลือของบริษัทผู้โอนแต่สูงกว่ามูลค่าทรัพย์สินดังกล่าวผลขาดทุนประจำปีคงเหลือที่บริษัทผู้รับโอนจะถือเอาตามวรรคหนึ่ง ให้จำกัดอยู่เพียงเท่าผลต่างระหว่างค่าตอบแทนดังกล่าวกับมูลค่าทรัพย์สินหลังจากหักค่าชดเชยแล้วเท่านั้น ถ้ามีผลขาดทุนประจำปีคงเหลือยกมาจากหลายรอบระยะเวลาบัญชี ให้เฉลี่ยจำนวนส่วนแตกต่างตามส่วนของผลขาดทุนคงเหลือของแต่ละรอบระยะเวลาบัญชี

ในกรณีที่ค่าตอบแทนตามวรรคสองมีจำนวนไม่เกินมูลค่าทรัพย์สินหลังจากหักค่าชดเชยแล้ว บริษัทผู้รับโอนจะถือเอาผลขาดทุนประจำปีคงเหลือของบริษัทผู้โอนเพื่อประโยชน์ในการหักลดหย่อนตามมาตรา 28(1) ไม่ได้ บทบัญญัติตามวรรคสองและวรรคสาม มิให้นำมาใช้บังคับในกรณีการโอนสัมปทานตามมาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514

บริษัทผู้โอนกิจการจึงสามารถโอนผลขาดทุนสุทธิคงเหลือของบริษัทผู้โอนกิจการให้กับบริษัทผู้รับโอนกิจการเพื่อให้บริษัทผู้รับโอนกิจการปีต่อไปสามารถนำไปได้โดยมีข้อจำกัดในลักษณะการเปรียบเทียบสินทรัพย์

โครงสร้างของการจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลและการจัดเก็บภาษีเงินได้ปีต่อไปตรึงเสียมันมีความคล้ายคลึงกันมาก การแก้ไขปัญหามาตราฐานของการจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลจึงสามารถศึกษาเปรียบเทียบจากแนวทางของการจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลได้ เมื่อได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าการให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธินั้นเป็นอุปสรรคในการปรับโครงสร้างองค์กรบางรูปแบบ การแก้ไขประมวลรัษฎากรให้นิติบุคคลผู้รับโอนกิจการหรือนิติบุคคลที่เกิดจากการควบกิจการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สามารถนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิต่อไปได้หลังการปรับโครงสร้างองค์กรจึงสามารถนำแนวทางการอนุญาตให้นำผลขาดทุนประจำปีคงเหลือมาหักลดหย่อนต่อไปตามพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปีต่อไปตรึงเสีย พ.ศ. 2514 มาปรับใช้เป็นแนวทางแก้ไขได้โดยแก้ไขให้ประมวลรัษฎากรอนุญาตให้มีการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิต่อไปได้หลังการปรับโครงสร้างองค์กรอย่างมีข้อจำกัด

สำหรับข้อจำกัดของการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิต่อไปสำหรับประมวลรัษฎากรควรมีข้อจำกัดในลักษณะการเปรียบเทียบสินทรัพย์ดังเช่นการจัดเก็บภาษีเงินได้ปีต่อไปตรึงเสียหรือข้อจำกัดในลักษณะอื่นตามรูปแบบของกฎหมายภาษีของประเทศอื่นดังที่ได้ศึกษามาแล้วนั้น จะทำการกล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

4.5 บทบัญญัติในการป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบ จากการ นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในกรณีการปรับโครงสร้างองค์กร

จากปัญหาข้างต้นที่ได้กล่าวมา จะเห็นได้ว่าผลขาดทุนสุทธิที่มาตรา 65 ตรี (12) อนุญาตให้นำมาหักเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในปีภาษีอื่นได้นั้นเป็นสิทธิทางภาษีที่กฎหมายมีเจตนารมณ์จะให้ชดเชยแก่ผู้เสียภาษีที่ก่อให้เกิดผลขาดทุนขึ้น สิทธิในการ นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธินั้นจึงเป็นสิทธิที่ควรจะใช้ชดเชยผล

ขาดทุนให้กับผู้ที่ก่อให้เกิดและแบกรับภาระผลขาดทุนนั้นโดยแท้จริงเท่านั้น แต่ทว่าในธุรกรรม การปรับโครงสร้างองค์กรนั้น มักจะมีการเปลี่ยนแปลงสัดส่วนของความเป็นเจ้าของกิจการหรือ การเปลี่ยนแปลงสภาพของธุรกิจที่ดำเนินกิจการอยู่เสมอ ซึ่งเป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาว่ากิจการที่ เปลี่ยนแปลงไปหลังการปรับโครงสร้างองค์กรนั้น สมควรที่จะยังคงมีสิทธิของนิติบุคคลเดิมใน การที่จะใช้ผลขาดทุนสุทธิในการคำนวณสุทธิของกิจการหลังการปรับโครงสร้างองค์กรอยู่ หรือไม่ เพียงใด

อีกทั้งสิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายคำนวณกำไรสุทธินี้ยังเป็นสิทธิ ประโยชน์ที่ผู้เสียภาษีอื่นผู้ซึ่งมิได้ก่อให้เกิดผลขาดทุนอันควรได้รับการชดเชยนั้นอาจมีความ ต้องการนำมาใช้ประโยชน์เพื่อลดภาระภาษีของตนเองได้แลกลับการจ่ายค่าตอบแทนซึ่งมี มูลค่าน้อยกว่าสิทธิประโยชน์ที่อาจนำมาใช้ได้แก่ผู้ถือหุ้นเดิมของนิติบุคคลที่ก่อให้เกิดผล ขาดทุน ซึ่งเป็นการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบดังที่ได้กล่าวมาแล้ว จึงควรต้อง พิจารณาด้วยว่าธุรกรรมการปรับโครงสร้างองค์กรที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะในรูปแบบใด เป็นการ แสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบหรือไม่ และควรที่จะอนุญาตให้ใช้ประโยชน์นั้นได้เพียงใด

การดำรงอยู่ของสิทธิประโยชน์ทางภาษีในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายใน การคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กรนี้ จึงควรมีบททดสอบตามเงื่อนไขของ กฎหมายขึ้นเพื่อทดสอบว่าการปรับโครงสร้างองค์กรนั้น สิทธิประโยชน์นี้จะยังคงดำรงอยู่ต่อไป หรือไม่ เพียงใด เพื่อเป็นการสร้างความเป็นธรรมให้กับผู้เสียภาษีในการใช้สิทธิในการ นำ ผล ขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ

และนอกจากการพิจารณาทดสอบของกฎหมายในขณะที่เกิดธุรกรรมการปรับโครงสร้าง องค์กรขึ้นแล้ว ยังควรต้องคำนึงถึงการป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบผ่าน ธุรกรรมการปรับโครงสร้างองค์กรอีกด้วย เพื่อป้องกันประโยชน์ส่วนรวมในการจัดเก็บภาษีของ รัฐในการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบของผู้เสียภาษี

จากการศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายภาษีอากรของต่างประเทศและกฎหมายอื่น นอกจากประมวลรัษฎากรของประเทศไทยในประเด็นเกี่ยวกับการอนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิ มาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กร สามารถแบ่งแยก รูปแบบการทดสอบและข้อจำกัดตามเงื่อนไขของกฎหมายได้ดังนี้

4.5.1 หลักการพิจารณาตามความเป็นหน่วยภาษีของนิติบุคคล

หลักการพิจารณาตามความเป็นหน่วยภาษีของนิติบุคคลคำนึงถึงสภาพของ เป็นหน่วยภาษีของนิติบุคคลเป็นหลักว่าสิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการ คำนวณกำไรสุทธิข้ามปีภาษีของนิติบุคคล การใช้ผลขาดทุนสุทธิข้ามปีภาษีเพื่อชดเชยผล ขาดทุนของนิติบุคคลต้องจำกัดอยู่กับผู้เสียภาษีที่ก่อให้เกิดผลขาดทุนสุทธินั้นเท่านั้น หากมีการ ปรับโครงสร้างองค์กรไม่ว่าในรูปแบบใด นิติบุคคลที่จะยังคงใช้ผลขาดทุนสุทธิในการคำนวณ กำไรสุทธิต่อไปได้ก็คือนิติบุคคลผู้ก่อให้เกิดผลขาดทุนสุทธินั้นขึ้นนั่นเอง

หลักการพิจารณาตามความเป็นหน่วยภาษีของนิติบุคคลนี้ เคยถูกนำมาใช้ใน กฎหมายของหลายประเทศ และกฎหมายของบางประเทศก็ยังคงใช้หลักการนี้อยู่ ดังเช่น ประมวลรัษฎากรของประเทศไทยในปัจจุบันในส่วนของ การควบกิจการและการโอนกิจการ ทั้งหมดที่พิจารณาว่าสิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ นั้นหมดสิ้นไปตามการเลิกกิจการของนิติบุคคลเดิมผู้ควบเข้ากันและนิติบุคคลผู้โอนกิจการ ทั้งหมด ถึงแม้ว่านิติบุคคลที่เลิกกิจการไปจะรวมตัวควบกิจการกันตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ขึ้นเป็นนิติบุคคลใหม่และดำเนินกิจการดังเช่นเดิมต่อไปก็ตามที่ และกฎหมายของ ประเทศสหรัฐอเมริกา ก่อนปี ค.ศ. 1954 ซึ่งดำเนินตามบรรทัดฐานของคดี *New Colonial Ice Co. v. Helvering* โดยศาลสูงได้ปฏิเสธการอนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายใน การคำนวณกำไรสุทธิของบริษัทที่ได้ทำการปรับโครงสร้างองค์กรภายใต้ใบอนุญาตใหม่ ถึงแม้ว่าธุรกิจของนิติบุคคลนั้นจะยังคงดำเนินต่อไปในนิติบุคคลที่เกิดขึ้นใหม่โดยกลุ่มผู้ถือหุ้น เดิม ศาลมองว่าผู้เสียภาษีที่มีสิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณ กำไรสุทธิของนิติบุคคลเดิมนั้นมิใช่หน่วยภาษีเดียวกับนิติบุคคลที่เกิดขึ้นใหม่อันพึงจะใช้สิทธิใน การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิได้ เป็นต้น

หลักการพิจารณาตามความเป็นหน่วยภาษีของนิติบุคคลจึงสามารถใช้ในการ จำกัดสิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิไว้กับเฉพาะนิติ บุคคลซึ่งก่อให้เกิดผลขาดทุนสุทธินั้นได้เพื่อจำกัดมิให้เกิดความพยายามในการโยกย้ายถ่ายโอน ผลขาดทุนสุทธิจากนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนไปใช้เพื่อลดภาระภาษีของนิติบุคคลอื่นตาม เจตนารมณ์ของกฎหมายได้ในเบื้องต้น

แต่หลักการพิจารณาตามความเป็นหน่วยภาษีของนิติบุคคลนี้กลับก่อให้เกิดปัญหาอื่นขึ้นอยู่ ได้แก่ 1) ยังคงเปิดช่องในการแสวงหาประโยชน์ให้กับผู้เสียภาษีที่วางแผนในการปรับโครงสร้างองค์กรในรูปแบบของการโอนกิจการโดยให้นิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธินั้นยังคงดำรงสภาพหน่วยนิติบุคคลเดิมอยู่ 2) ในการปรับโครงสร้างองค์กรในรูปแบบของการควบกิจการและการโอนกิจการทั้งหมด ซึ่งตามรูปแบบของกฎหมายแล้วนิติบุคคลเดิมทั้งหมดและนิติบุคคลผู้โอนกิจการทั้งหมดต้องเลิกกิจการไป สิทธิในการใช้ผลขาดทุนสุทธิในการคำนวณกำไรสุทธิจะถูกระงับไปในทันทีที่ทำการควบกิจการและโอนกิจการทั้งหมด ส่งผลให้นิติบุคคลที่สิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิต่อเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิต่างอยู่มีอุปสรรคในการควบกิจการดังที่ได้กล่าวไปแล้ว

4.5.2 หลักการพิจารณาความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของผลประโยชน์

บทบัญญัติเกี่ยวกับการอนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิต่อเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิข้ามปีภาษีนั้นมีวัตถุประสงค์หลักคือเพื่อเฉลี่ยภาระภาษีในแต่ละปีของกิจการให้เป็นธรรมกับความผันผวนของเงินได้ของกิจการในแต่ละปีภาษี โดยอิงกับหลักแนวคิดที่ว่าผู้ถือหุ้นของนิติบุคคล อันเป็นผู้เป็นเจ้าของทุนและเป็นผู้แบกรับความเสี่ยงและผลตอบแทนในการลงทุนในรูปแบบของนิติบุคคลนั้น คือผู้ที่สมควรจะได้รับการชดเชยจากบทบัญญัติการใช้ผลขาดทุนสุทธิในการคำนวณกำไรสุทธิ เมื่อนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิสะสมอยู่ได้ทำการปรับโครงสร้างองค์กร จึงเกิดประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าอาจมีการเปลี่ยนแปลงสัดส่วนความเป็นเจ้าของของนิติบุคคลนั้นขึ้นในการปรับโครงสร้างองค์กรหรือไม่ และเมื่อสัดส่วนความเป็นเจ้าของเปลี่ยนแปลงไปนั้น การชดเชยด้วยผลประโยชน์ทางภาษีในการนำผลขาดทุนสุทธิต่อเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิข้ามปีภาษีนั้น ผู้เสียภาษีอันเป็นนิติบุคคลที่ผ่านการปรับโครงสร้างองค์กรแล้วควรจะได้ยังคงได้รับสิทธิในการได้รับการชดเชยนั้นเท่าเดิมหรือไม่

หลักการพิจารณาความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของของผลประโยชน์จึงมุ่งชดเชยภาระภาษีของผู้เสียภาษีให้กับผู้เป็นเจ้าของของผลประโยชน์ในนิติบุคคลอันเป็นผู้แบกรับความเสี่ยงและผลประโยชน์ในการลงทุนที่แท้จริง หลักนี้จึงอนุญาตให้นิติบุคคลที่ผ่านการปรับโครงสร้างองค์กรแล้วใช้สิทธิทางภาษีในการนำผลขาดทุนสุทธิต่อเป็นรายจ่ายในการ

คำนวณกำไรสุทธิได้เพียงเท่าที่สะท้อนถึงความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของในความเสี่ยงและผลประโยชน์ของกิจการเดิมที่ก่อให้เกิดผลขาดทุนสุทธินั้นเท่านั้น

รูปแบบของบทบัญญัติที่เห็นได้ชัดเจนนว่ามีหลักพิจารณาความต่อเนื่องของผลประโยชน์คือ บทบัญญัติมาตรา 382 ของประมวลรัษฎากรของประเทศสหรัฐอเมริกา ฉบับปี ค.ศ. 1954 ได้แก้ไขในกรณีการปรับโครงสร้างองค์กรนั้น มาตรา 382(b) ได้จำกัดการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเมื่อผู้ถือหุ้นเดิมไม่ได้รับมูลค่าหุ้นอย่างน้อยร้อยละ 20 ในหุ้นของนิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการ หรือนิติบุคคลที่เกิดจากการปรับโครงสร้างองค์กร มาตรา 382 จะลดสิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิ มาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิสำหรับนิติบุคคลที่ยังคงอยู่ ลงร้อยละ 5 สำหรับผลประโยชน์ที่ร้อยละ 1 ในความเป็นเจ้าของของผู้ถือหุ้นเดิม ซึ่งถูกลดลงต่ำกว่าร้อยละ 20 เช่น ถ้าผู้ถือหุ้นเดิมได้รับหุ้นเพียงแค่อ้อยละ 15 ของนิติบุคคลที่ได้ปรับโครงสร้างองค์กรแล้ว ผลขาดทุนสุทธิเดิมจะถูกห้ามใช้ในการคำนวณกำไรสุทธির้อยละ 25 ถ้าผู้ถือหุ้นเดิมได้รับหุ้นเพียงแค่อ้อยละ 10 ผลขาดทุนสุทธิเดิมจะถูกห้ามใช้ในการคำนวณกำไรสุทธির้อยละ 50 ดังตารางต่อไปนี้

ร้อยละของหุ้นที่ผู้ถือหุ้นเดิมได้รับในนิติบุคคลที่ปรับโครงสร้างองค์กรแล้ว	ร้อยละของผลขาดทุนสุทธิที่จะสามารถนำมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิต่อไปได้
20	100
19	95
18	90
7	35
1	5

จะเห็นได้ว่าเป็นบทบัญญัตินี้เป็นบทบัญญัติที่ค่อนข้างมีความชัดเจนสูงในการใช้อัตราส่วนคณิตศาสตร์ในการกำหนดสัดส่วนที่อนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลเป้าหมายเดิมมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิได้เต็มจำนวนหากผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลเป้าหมายเดิมนั้นได้มีส่วนร่วมในความเป็นเจ้าของในนิติบุคคลที่เกิดขึ้นใหม่ถึงระดับที่กฎหมายกำหนด และลดสัดส่วนลงมาหากมีส่วนในความเป็นเจ้าของน้อยกว่านั้น ในส่วนของการปรับโครงสร้างองค์กรตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดนี้มาตรา 382(b) ของประมวลรัษฎากรฉบับปี ค.ศ. 1954 ของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ค้ำประกันว่ากิจการเดิมนั้นจะได้มีการดำเนินต่อไปจากเดิมหรือไม่

แต่สำหรับการเข้าซื้อกิจการในรูปแบบที่มีภาวะภาษีนั้นมาตรา 382(a) ของประมวลรัษฎากรฉบับปี ค.ศ. 1954 ของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ประกอบไปด้วยเงื่อนไขสองส่วนคือ การเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของและการหลักการพิจารณาความต่อเนื่องของธุรกิจ ซึ่งหลักการของมาตรานี้เป็นหลักที่ค้ำประกันถึงความต่อเนื่องของผลประโยชน์ของความเป็นเจ้าของที่มีสิทธินำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิได้ว่าสิทธินี้ควรจะดำรงอยู่หากมีการเปลี่ยนแปลงผลประโยชน์ของความเป็นเจ้าของของนิติบุคคลก็ต่อเมื่อธุรกิจเดิมนั้นยังคงดำเนินกิจการเดิมต่อเนื่องไปด้วยเท่านั้น โดยวัดจากมูลค่าของหุ้นร้อยละ 50 เป็นหลัก

บทบัญญัติเกี่ยวกับการทดสอบความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของผลประโยชน์นี้ในแต่ละประเทศมักจะกำหนดเกณฑ์การทดสอบเป็นเงื่อนไขที่มีลักษณะตายตัว เช่น การกำหนดร้อยละของผู้ถือหุ้นหรือมูลค่าหุ้น ทำให้ผู้เสียภาษีสามารถวางแผนภาษีเพื่อให้ทำตามเงื่อนไขตามเกณฑ์ทดสอบได้หลากหลาย บทบัญญัติเกี่ยวกับการการทดสอบความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของผลประโยชน์นี้ในแต่ละประเทศจึงมักมีบทบัญญัติอื่นควบคู่ไปด้วย เช่น การทดสอบความต่อเนื่องของการดำเนินธุรกิจหรือการทดสอบวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ เป็นต้น เพื่อเป็นการอุดช่องว่างจากลักษณะที่มีความตายตัวของบทบัญญัติการทดสอบความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของผลประโยชน์นี้

4.5.3 หลักการพิจารณาความต่อเนื่องของการดำเนินธุรกิจ

หลักการพิจารณาความต่อเนื่องของการดำเนินธุรกิจนี้มักจะถูกนำมาใช้ควบคู่กับหลักการพิจารณาความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของผลประโยชน์ โดยมีจุดเริ่มต้นมาจากการเป็นบทบัญญัติที่ป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบผ่านธุรกรรมการปรับโครงสร้างองค์กรในรูปแบบต่าง ๆ ที่มักจะมุ่งถึงการใช้สิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเพียงเพื่อประโยชน์ทางภาษีเท่านั้น โดยมีได้สนใจที่จะดำเนินกิจการเดิมต่อไปเลย จึงเท่ากับว่าเป็นการใช้สิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิโดยมิได้มุ่งหมายจะชดเชยผลขาดทุนที่เกิดจากกิจการเดิมเลย ยกตัวอย่างเช่น ธุรกรรมในลักษณะของการปรับโครงสร้างองค์กรโดยการเข้าซื้อหุ้นของกิจการที่มีสิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิสะสมอยู่เป็นจำนวนมากมาเป็นบริษัทลูก แบ่งส่วนกิจการบางส่วนหรือโอนสินทรัพย์หลักที่ก่อให้เกิดเงินได้ให้ และให้บริษัทลูกที่มีสิทธิในการนำผลขาดทุนมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธินั้นดำเนินกิจการและเป็นผู้มีรายรับจากกิจการนั้นไป เมื่อบริษัทลูกนั้นมีรายได้ก็จะสามารถนำผลขาดทุนสุทธิที่มีอยู่มาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิได้ เมื่อใช้สิทธิประโยชน์เช่นนี้หมดไป นิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการก็จดทะเบียนเลิกบริษัทลูกเพราะหมดความต้องการในการใช้ผลประโยชน์แล้วและมีได้ประสงค์จะดำเนินกิจการเดิมของนิติบุคคลเป้าหมายนั้นต่อไป เป็นต้น

หลักการพิจารณาความต่อเนื่องของการดำเนินธุรกิจจึงมีขึ้นเพื่อต่อต้านการเปลี่ยนแปลงเจ้าของของนิติบุคคลและไม่ดำเนินกิจการเดิมต่อไปอันแสดงให้เห็นถึงเจตนาที่จะไม่ประสงค์จะดำเนินกิจการนั้นต่อไปแต่มีความประสงค์ที่จะใช้สิทธิประโยชน์ทางภาษีมากกว่า

บทบัญญัติเกี่ยวกับการทดสอบความต่อเนื่องของธุรกิจนี้เป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะขาดความแน่นอนเพราะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงแต่ละเรื่องเป็นกรณีไปในการพิจารณาความเปลี่ยนแปลงของแต่ละธุรกิจ แต่ก็มีขอบเขตการพิจารณาที่กว้างขวางคือการพิจารณาข้อเท็จจริงทุกประการที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงของธุรกิจ ไม่ว่าจะเป็นลักษณะการดำเนินการของกิจการ ผู้บริหาร พนักงาน สถานประกอบการ โรงงานที่ผลิตสินค้า กลุ่มตลาด และลูกค้าเดิมของกิจการเดิม อีกทั้งยังอาจพิจารณาไปถึงข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นก่อนการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของกิจการที่มีผลสืบเนื่องมายังสภาพข้อเท็จจริงต่าง ๆ หลังการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของกิจการอีกด้วย

บทบัญญัติในลักษณะที่พิจารณาความต่อเนื่องของการดำเนินธุรกิจหลังจากเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของนี้เป็นบทบัญญัติที่ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหราชอาณาจักร และประเทศออสเตรเลียยังคงใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน โดยใช้บังคับร่วมกับบทบัญญัติอื่น

เมื่อการทดสอบความต่อเนื่องของธุรกิจมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากสิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของธุรกิจเดิมจากการเข้าควบรวมกิจการของธุรกิจอื่น จึงสามารถเทียบเคียงได้กับกรณีความพยายามของกรมสรรพากรที่จะจำกัดการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิระหว่างกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนโดยการยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลกับกิจการที่มีได้รับการส่งเสริมการลงทุน โดยแนวทางปฏิบัติของกรมสรรพากรนั้นมุ่งเน้นที่จะนำผลขาดทุนสุทธิมาคำนวณเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในแต่ละปีตามหลักการเดิมของประมวลรัษฎากร หากมีผลขาดทุนเหลือจึงอนุญาตให้นำไปใช้สิทธิภายหลังจากหมดระยะเวลาส่งเสริมการลงทุนตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ได้

ความพยายามของกรมสรรพากรในการตีความการใช้สิทธิประโยชน์ตามกฎหมายส่งเสริมการลงทุนเช่นนี้จึงเป็นการพยายามจำกัดการนำผลขาดทุนมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิมิให้ผู้เสียภาษีที่ประกอบกิจการทั้งกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนและไม่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนใช้ประโยชน์จากการยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลของกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนจนเกินไปกว่าประโยชน์ที่ได้รับโดยอาศัยการใช้ผลขาดทุนสุทธิระหว่างกิจการ

4.5.4 หลักการจำกัดการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิแบบเปรียบเทียบมูลค่าสินทรัพย์

บทบัญญัติของประมวลรัษฎากรของประเทศสหรัฐอเมริกาในปัจจุบันมีบทบัญญัติที่แตกต่างจากประเทศอื่น ๆ โดยมีลักษณะของข้อจำกัดที่ซับซ้อนกว่าประเทศอื่น ๆ คือ เป็นการเปรียบเทียบระหว่างมูลค่าของสิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิที่อาจใช้ได้ในแต่ละปีภาษีกับมูลค่าของค่าตอบแทนที่จ่ายให้แก่ผู้เป็น

เจ้าของนิติบุคคลเป้าหมายในการได้มาซึ่งนิติบุคคลเป้าหมายและสิทธินั้น การจำกัดการนำผล
ขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในลักษณะนี้จึงเป็นการจำกัดโดยอาศัย
การเปรียบเทียบระหว่างผลประโยชน์ที่อาจได้รับกับค่าตอบแทนที่จ่ายไป

การจำกัดในลักษณะนี้ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 382 ของประมวล
รัษฎากรของประเทศสหรัฐอเมริกาในปัจจุบัน โดยกำหนดให้นิติบุคคลผู้เข้าซื้อกิจการหรือนิติ
บุคคลที่ผ่านการปรับโครงสร้างองค์กรในรูปแบบที่มาตรา 382 กำหนดสามารถที่จะ นำผล
ขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ ในแต่ละปีได้จำกัดเพียงไม่เกิน
“มูลค่ายุติธรรมของหุ้นของนิติบุคคลเป้าหมายทันทีก่อนการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของคุณ
กับอัตรายกเว้นภาษีระยะยาวที่มีผล ณ เวลานั้น” ตัวอย่างเช่น

บริษัทเป้าหมายมีผลขาดทุนสุทธิมูลค่า 20 ล้านดอลลาร์สหรัฐที่จะหมดอายุใน
อีก 6 ปี บริษัทผู้ซื้อกิจการเข้าซื้อหุ้นทั้งหมดของบริษัทเป้าหมายในราคา 40 ล้านดอลลาร์สหรัฐ
และขณะ นั้นอัตรายกเว้นภาษีระยะยาวเท่ากับร้อยละ 5 การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็น
รายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิต่อไปจะถูกจำกัดอยู่ที่ $40 \times 5\% = 2$ ล้านดอลลาร์สหรัฐ
ในแต่ละปี บริษัทที่เกิดจากการปรับโครงสร้างองค์กรจึงสามารถใช้ประโยชน์จากผลขาดทุน
จำนวน 20 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ได้เพียงปีละ 2 ล้านดอลลาร์สหรัฐเป็นเวลา 6 ปี คือถูกจำกัดให้
ใช้ได้เพียง 12 ล้านดอลลาร์สหรัฐเท่านั้น

สำหรับอัตรายกเว้นภาษีระยะยาวนั้น กรมสรรพากรของประเทศสหรัฐอเมริกา
จะทำการประกาศออกมาเป็นรายเดือน เพื่อสะท้อนถึงผลประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับหาก
ประกอบกิจการต่อไปในแต่ละเดือน

การจำกัดผลขาดทุนแบบเปรียบเทียบมูลค่าสินทรัพย์ตามมาตรา 382 แห่ง
ประมวลรัษฎากรของประเทศสหรัฐอเมริกาในปัจจุบันนี้ นอกจากความพยายามในการจำกัดโดย
เปรียบเทียบมูลค่าของสินทรัพย์กับค่าตอบแทนแล้วยังมีความพยายามที่จะจำกัดการใช้
ประโยชน์จากการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในแต่ละปี เพื่อ
ยืดระยะเวลาในการใช้ประโยชน์ทางภาษีนี้ โดยอ้างอิงจากอัตรายกเว้นภาษีระยะยาวในแต่ละปี
เพื่อนำมาคำนวณถึงผลประโยชน์ที่อาจได้รับในแต่ละปีด้วย

การจำกัดการใช้ผลขาดทุนโดยอาศัยการเปรียบเทียบระหว่างผลประโยชน์ที่อาจได้รับกับค่าตอบแทนที่จ่ายไปนี้ยังปรากฏให้เห็นในมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 โดยจำกัดผลขาดทุนประจำปีของบริษัทผู้โอนกิจการปิโตรเลียมที่บริษัทผู้รับโอนจะสามารถนำมาใช้ได้ไม่เกินส่วนต่างของค่าตอบแทนในการโอนกิจการกับมูลค่าของสินทรัพย์หลักหักค่าขาดเคยของบริษัผู้โอนกิจการ ถ้ามีผลขาดทุนประจำปีคงเหลือยกมากจากหลายรอบระยะเวลาบัญชีให้เฉลี่ยจำนวนส่วนแตกต่างตามส่วนของผลขาดทุนคงเหลือของแต่ละรอบระยะเวลาบัญชี

การจำกัดการนำผลขาดทุนมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของมาตรา 382 แห่งประมวลรัษฎากรของประเทศสหรัฐอเมริกา จึงมีความซับซ้อนกว่าการจำกัดการนำผลขาดทุนมาหักลดหย่อนตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม แต่ในกรณีที่มีความซับซ้อนมากกว่านั้นการจำกัดมาตรา 382 ก็สามารถสะท้อนถึงผลประโยชน์ที่อาจได้รับจากการปรับโครงสร้างองค์กรได้มากกว่าเพราะสามารถเปรียบเทียบผลประโยชน์ที่อาจได้รับรายปีจากอัตรายกเว้นภาษีระยะยาวที่กรมสรรพากรประกาศออกมาเป็นรายเดือนได้

4.5.5 หลักการพิจารณาวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ

หลักการพิจารณาวัตถุประสงค์ทางธุรกิจนั้นก่อกำเนิดจากบรรทัดฐานในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีและคำพิพากษาของศาล(Common Law) ที่ศาลใช้เพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบ เช่นเดียวกับหลักเนื้อหาสาระสำคัญกว่ารูปแบบและหลักการทำธุรกรรมเป็นขั้นตอน เพื่อปรับใช้กับธุรกรรมของผู้เสียภาษีที่มีวัตถุประสงค์หลักในการหลบเลี่ยงภาษีอากร

ถึงแม้หลักการนี้จะเริ่มต้นใช้ในบรรทัดฐานของศาลในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีและคำพิพากษาของศาล แต่ในปัจจุบันหลายประเทศได้นำหลักการนี้มาบัญญัติในลักษณะของกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อให้อำนาจแก่กรมสรรพากรในการใช้เป็นบทบัญญัติเพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบ ดังเช่นมาตรา 269 ของประมวลรัษฎากร ฉบับปัจจุบันของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีหลักการ ห้ามมิให้ผู้เสียภาษีที่ทำการปรับโครงสร้างองค์กรนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิต่อไป

หากธุรกรรมการปรับโครงสร้างองค์กรนั้นมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อหนีหรือหลบเลี่ยงภาษีเงินได้มากไปกว่าวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ มาตรา 269 นี้จึงเป็นบทบัญญัติที่นำหลักการพิจารณาวัตถุประสงค์ทางธุรกิจมาบังคับใช้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อให้อำนาจกรมสรรพากรในการพิจารณาและป้องกันการหลบเลี่ยงภาษีอากรผ่านธุรกรรมการปรับโครงสร้างองค์กรของผู้เสียภาษีโดยเฉพาะ

บทบัญญัติเกี่ยวกับหลักการพิจารณาวัตถุประสงค์ทางธุรกิจนี้มีขอบเขตที่กว้างขวางคือสามารถพิจารณาจากข้อเท็จจริงทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมเพื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของการทำธุรกรรมอันเป็นเจตนาของผู้เสียภาษี แต่ก็ยังเป็นบทบัญญัติที่ขาดความแน่นอนเพราะมุ่งพิจารณาพิสูจน์วัตถุประสงค์อันเป็นเจตนาภายในจิตใจของผู้เสียภาษีซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่เป็นรูปธรรมและพิจารณาได้อย่างยากลำบาก อีกทั้งในการพิจารณาคดีหรือการบังคับใช้จริงจากหากผู้เสียภาษีสามารถวางแผนการล่วงหน้าเพื่อเตรียมการอ้างเหตุผลทางธุรกิจอื่นว่าเป็นวัตถุประสงค์หลักมากไปกว่าวัตถุประสงค์ทางภาษี

แนวทางขอขบถบัญญัติในการป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบจากการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในกรณีการปรับโครงสร้างองค์กรในรูปแบบต่าง ๆ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 4.5.1 ถึง 4.5.5 สามารถสรุปข้อดีและปัญหาที่อาจเกิดขึ้นได้ดังตารางต่อไปนี้

แนวทางการทดสอบ	ข้อดี	ปัญหาที่อาจเกิดขึ้น
การพิจารณาความเป็นหน่วยภาษีของนิติบุคคล	ความชัดเจน	การจำกัดสิทธิและการขาดความเป็นกลาง
การพิจารณาความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของผลประโยชน์	ความชัดเจน	การหลบเลี่ยงข้อจำกัด

การพิจารณาความต่อเนื่อง ของธุรกิจ	ขอบเขตการบังคับใช้ที่ กว้างขวาง	ขาดความชัดเจน ต้องอาศัย การตีความข้อเท็จจริง
การเปรียบเทียบมูลค่า สินทรัพย์	ความชัดเจน	ความซับซ้อนหากมีเงื่อนไข เกี่ยวกับระยะเวลา
การพิจารณาวัตถุประสงค์ทาง ธุรกิจ	ขอบเขตการบังคับใช้ที่ กว้างขวาง	ขาดความชัดเจนจากการที่ ต้องพิสูจน์เจตนาของผู้เสีย ภาษี

4.6 การนำหลักการป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบ จากกรณีนำผล ขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในกรณีการปรับโครงสร้าง องค์กรมาใช้ในกฎหมายของประเทศไทย

การควบกิจการนั้นเป็นธุรกรรมชนิดหนึ่งในการปรับโครงสร้างองค์กรเพื่อให้ธุรกิจ
สามารถดำเนินการประกอบกิจการร่วมกันต่อไปได้ อันสามารถสร้างข้อได้เปรียบทางธุรกิจขึ้น
ได้หลายประการจากการรวมธุรกิจเพื่อสร้างความแข็งแกร่งของธุรกิจ ซึ่งจะส่งผลต่อไปยังการ
เติบโตของธุรกิจต่าง ๆ อันเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติต่อไป

จากที่ได้กล่าวถึงความจำเป็นอุปสรรคทางภาษีในการปรับโครงสร้างองค์กรของบทบัญญัติ
มาตรา 74 แห่งประมวลรัษฎากรในหัวข้อ 4.2 แล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่าบทบัญญัติของประมวล
รัษฎากรของประเทศไทยควร จะถูกแก้ไขให้อนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิของกิจการเดิมมาถือ
เป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิต่อไปได้ในการควบกิจการและการโอนกิจการทั้งหมด
เพื่อให้สมกับเจตนารมณ์ของบทบัญญัติในลักษณะการปรับโครงสร้างองค์กรโดยลดภาระ
ภาษีที่ประสงค์จะให้นิติบุคคลที่ทำการปรับโครงสร้างองค์กรสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้อย่าง
ไม่มีภาระภาษีมาเป็นปัจจัยที่ทำให้กิจการต้องสะดุดหยุดลง

การแก้ไขประมวลรัษฎากรเพื่ออนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการ
คำนวณกำไรสุทธิสำหรับนิติบุคคลที่เกิดจากการควบกิจการและนิติบุคคลผู้รับโอนกิจการ

ทั้งหมดนั้น ยังควรต้องมีข้อจำกัดในการอนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิอยู่เพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบเกินควรไปกว่าที่สมควรจะใช้สิทธิทางภาษีนั่นได้ เช่น การเข้าควบรวมกับกิจการที่มีสิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิสะสมอยู่เพียงเพื่อใช้สิทธิทางภาษีนั่นในการลดภาระภาษี โดยมีได้มีความประสงค์จะดำเนินกิจการร่วมกันต่อไปตั้งเจตนารมณ์ของบทบัญญัติ

อีกทั้งบทบัญญัติของประมวลรัษฎากรในปัจจุบันยังเปิดโอกาสให้สามารถมีการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบจากการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กรบางกรณีตามที่ได้ยกตัวอย่างในหัวข้อ 4.3

บทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากรจึงควรถูกแก้ไขเพิ่มเติมหลักการบางประการเพื่อจำกัดการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในกรณีที่อนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของนิติบุคคลที่เกิดจากการปรับโครงสร้างองค์กรในรูปแบบการควบกิจการและนิติบุคคลผู้รับโอนกิจการทั้งหมดได้ และจำกัดการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิจากธุรกรรมที่สร้างขึ้นเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบผ่านการปรับโครงสร้างองค์กรในรูปแบบการเข้าซื้อหุ้นด้วย

จากการศึกษาพัฒนาการของบทบัญญัติเกี่ยวกับการจำกัดการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่าในอดีตช่วงระยะเวลาก่อนปี ค.ศ. 1954 นั้น กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกายังคงใช้หลักการที่ยึดติดกับ สภาพความเป็นหน่วยนิติบุคคลอยู่เช่นเดียวกับ ประเทศไทยในปัจจุบัน คือ สิทธิทางภาษีของนิติบุคคลใดก็ควรจะถูกใช้ประโยชน์ได้โดยสภาพความเป็นหน่วยนิติบุคคลนั้นเท่านั้น หากนิติบุคคลใดสิ้นสภาพความเป็นหน่วยนิติบุคคลไป ไม่ว่าจะด้วยการเลิกกิจการโดยแท้ หรือการเลิกกิจการเพื่อทำการควบกิจการตามบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อจัดตั้งนิติบุคคลใหม่ที่เกิดจากการควบกิจการกันตามบทบัญญัติของกฎหมายก็ตาม ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้เคยประสบปัญหาเกี่ยวกับอุปสรรคในการสืบทอดสิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเช่นเดียวกับประเทศไทยในปัจจุบัน

เมื่อประเทศสหรัฐอเมริกาประสบปัญหาเช่นนั้นแล้ว จึงได้แก้ไขบทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากรเพื่อให้มีการสืบทอดสิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณ

กำไรสุทธิของนิติบุคคลที่ผ่านกระบวนการปรับโครงสร้างองค์กรต่อไปได้ ในประมวลรัษฎากร ฉบับปี ค.ศ. 1954 ของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีข้อจำกัดการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิต่าง ๆ ดังที่ได้กล่าวไปแล้ว ได้แก่ มาตรการป้องกันการหลบเลี่ยงภาษีในกรณีการปรับโครงสร้างองค์กรตามมาตรา 269 การทดสอบความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของผลประโยชน์ควบคู่กับการทดสอบความต่อเนื่องของธุรกิจตามมาตรา 382

การทดสอบความเป็นเจ้าของผลประโยชน์ควบคู่กับการทดสอบความต่อเนื่องของธุรกิจนั้นเป็นลักษณะของบทบัญญัติที่ประเทศสหราชอาณาจักรและประเทศออสเตรเลียต่างใช้บังคับเพื่อป้องกันการยกย้ายถ่ายเทผลขาดทุนสุทธิของกิจการอยู่ในปัจจุบันเช่นเดียวกัน

เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 ที่อนุญาตให้นำผลขาดทุนคงเหลือของนิติบุคคลผู้โอนกิจการปิโตรเลียมไปหักลดหย่อนในการคำนวณกำไรสุทธิของกิจการผู้รับโอนกิจการปิโตรเลียมต่อไปได้ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 4.4 โดยเป็นการอนุญาตให้ผู้รับโอนกิจการปิโตรเลียมสามารถนำผลขาดทุนคงเหลือของผู้โอนกิจการปิโตรเลียมไปหักลดหย่อนในการคำนวณกำไรสุทธิของผู้รับโอนกิจการปิโตรเลียมอย่างมีข้อจำกัด คือ หักลดหย่อนได้ไม่เกินราคาที่จ่ายตอบแทนไปเมื่อเปรียบเทียบกับราคาทรัพย์สิน

หากมีการดำเนินการแก้ไขประมวลรัษฎากรให้อนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลที่เข้าควบกิจการกันมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของนิติบุคคลที่เกิดขึ้นใหม่ และให้นิติบุคคลผู้รับโอนกิจการสามารถนำผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลผู้โอนกิจการมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิต่อไปได้ บทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีผ่านการปรับโครงสร้างองค์กรจึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการบังคับใช้เพิ่มเติม โดยเฉพาะบทบัญญัติที่จำกัดการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในลักษณะของการทดสอบความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของผลประโยชน์ควบคู่ไปกับการทดสอบความต่อเนื่องของธุรกิจ ในลักษณะเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหราชอาณาจักร และประเทศออสเตรเลีย

สำหรับการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบในลักษณะตามที่ได้กล่าวไปแล้ว ประมวลรัษฎากรของประเทศไทยยังขาดบทบัญญัติเฉพาะที่เพียงพอในการป้องกันปัญหาดังกล่าว จึงควรมีการแก้ไขประมวลรัษฎากรในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของนิติบุคคลที่ปรับโครงสร้างองค์กรในรูปแบบการซื้อหุ้นด้วย

เพื่อป้องกันการใช้ประโยชน์จากผลขาดทุนสุทธิของผู้ที่มีได้ประสงค์จะดำเนินกิจการนั้นต่อไปแต่เข้าซื้อกิจการโดยหวังจะใช้ประโยชน์จากสิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเท่านั้น

การแก้ไขประมวลรัษฎากรในส่วนของการป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบนี้ควรที่จะนำการทดสอบความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของผลประโยชน์ควบคู่กับการทดสอบความต่อเนื่องของธุรกิจมาใช้ในการจำกัดการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเช่นกัน รวมไปถึงการกำหนดข้อจำกัดในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิโดยการเปรียบเทียบมูลค่าสินทรัพย์ด้วย

4.6.1 ระยะเบี่ยงต้น

จากปัญหาเกี่ยวกับการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในกรณีการปรับโครงสร้างองค์กรดังที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะในการแก้ไขประมวลรัษฎากรในเบื้องต้นดังต่อไปนี้

- 1) อนุญาตให้นิติบุคคลที่เกิดขึ้นใหม่จากการควบกิจการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สามารถสืบทอดสิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลเดิมที่เลิกกิจการไปเพื่อเข้าควบกิจการกันมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของนิติบุคคลที่เกิดขึ้นใหม่จากการควบกิจการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นได้ และอนุญาตให้นิติบุคคลผู้รับโอนกิจการทั้งหมดสามารถนำผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลผู้โอนกิจการทั้งหมดมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของนิติบุคคลผู้รับโอนกิจการทั้งหมดได้ เพื่อแก้ไขอุปสรรคที่เกิดขึ้นจากการห้ามนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของนิติบุคคลที่ทำการปรับโครงสร้างองค์กรตามมาตรา 74 แห่งประมวลรัษฎากร
- 2) การนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของกิจการที่มีการปรับโครงสร้างองค์กรควรจะต้องตกอยู่ภายใต้ขอบทบัญญัติ

ในการจำกัดการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิด้วยทั้งการทดสอบความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของ ผลประโยชน์และการทดสอบความต่อเนื่องของการดำเนินธุรกิจ รวมทั้งการจำกัดการใช้ประโยชน์จากการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิโดยการเปรียบเทียบมูลค่าสินทรัพย์กับผลตอบแทน เช่นเดียวกับการจำกัดตามพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม พ.ศ. 2514

สำหรับบทบัญญัติเกี่ยวกับการทดสอบความต่อเนื่องของธุรกิจ ซึ่งต้องใช้ข้อเท็จจริงแวดล้อมมาพิจารณาประกอบว่าเหตุการณ์ใดบ้างที่จะถือว่าขาดความต่อเนื่องในการดำเนินธุรกิจ กรมสรรพากรอาจกำหนดหลักเกณฑ์และตัวอย่างเหตุการณ์ในลักษณะของกฎหมายลำดับรองเช่น คำสั่งกรมสรรพากรต่าง ๆ เพื่อให้เจ้าพนักงานผู้จัดเก็บและผู้เสียภาษีมีความเข้าใจที่ถูกต้องตรงกันมากยิ่งขึ้น

4.6.2 ระยะเวลาถัดไป

การแก้ไขประมวลรัษฎากรตามข้อเสนอในระยะเบื้องต้นนั้นเป็นข้อเสนอเพื่อแก้ปัญหาการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในระยะเบื้องต้นที่สามารถสอดคล้องกับบริบทของกฎหมายไทยในปัจจุบันเท่านั้น แต่ข้อเสนอแนะในระยะถัดไปดังต่อไปนี้ เป็นข้อเสนอแนะเกี่ยวกับจำกัดการนำผลขาดทุนมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิที่ต้องการการพัฒนาบริบทของกฎหมายไทยในปัจจุบันเสียก่อนดังต่อไปนี้

- 1) เพิ่มเติมบทบัญญัติในลักษณะการจำกัดผลขาดทุนสุทธิที่ใช้ประโยชน์ได้ในแต่ละปีภาษีหลังจากเกิดการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของดังเช่นรูปแบบของประเทศสหรัฐอเมริกาในปัจจุบัน โดยอาศัยอัตรายกเว้นภาษีระยะยาวตามประกาศที่ออกโดยกระทรวงการคลัง
- 2) มาตรการป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบในกรณีการปรับโครงสร้างองค์กรที่พิสูจน์ถึงวัตถุประสงค์ในการทำธุรกรรมของผู้

เสียภาษี ไม่ว่าจะ เป็นหลักการวัตถุประสงค์ทางธุรกิจหรือหลักการทำธุรกรรมเป็นขั้นตอน เพื่อใช้ป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบในลักษณะที่เห็นได้ชัดเจนว่าธุรกรรมการปรับโครงสร้างองค์กรที่ทำขึ้นนั้นมีวัตถุประสงค์หลักในการหลบเลี่ยงภาษีมากกว่าวัตถุประสงค์อื่นทางธุรกิจ และการปรับโครงสร้างองค์กรที่มีการวางแผนการทำธุรกรรมที่ซับซ้อนเพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์ทางภาษี

- 3) เมื่อมีการอนุญาตให้นำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กรโดยการควบกิจการและการโอนกิจการทั้งหมดได้แล้ว จะมีประเด็นปัญหาที่ตามมาคือผู้เสียภาษีที่เป็นบริษัทในเครือเดียวกันอาจต้องการใช้สิทธิทางภาษีดังกล่าวและกลายเป็นว่าอาจมีแรงจูงใจให้เกิดการปรับโครงสร้างองค์กรระหว่างบริษัทในเครือเดียวกันเพื่อใช้ประโยชน์จากสิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิระหว่างนิติบุคคลในเครือเดียวกันขึ้น เพื่อแก้ไขปัญหาที่จะเกิดขึ้นตามมานี้จึงควรมีการศึกษาถึงการอนุญาตให้ใช้ข้อยกเว้นของหลักความต่อเนื่องของผลประโยชน์และหลักความต่อเนื่องของธุรกิจสำหรับกิจการที่อยู่ในเครือเดียวกัน รวมถึงศึกษาเกี่ยวกับหลักการยื่นงบการเงินรวม (consolidated tax return) เพื่อให้บริษัทในเครือเดียวกันอันมีความเป็นเจ้าของผลประโยชน์ร่วมกันนั้นสามารถใช้สิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อชดเชยผลขาดทุนร่วมกันได้

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ในอดีตประมวลระฎการได้กำหนดให้นิติบุคคลที่เลิกกันก่อนที่จะควบเข้ากันหรือโอนกิจการทั้งหมดให้แก่กันมีภาระภาษีที่จะต้องเสียเกิดขึ้นทันทีโดยนิติบุคคลซึ่งเกิดจากการควบเข้ากันหรือรับโอนกิจการทั้งหมดนั้นต้องเป็นผู้มีหน้าที่รับภาระภาษีที่จะต้องเสียต่อไป ต่อมาในปีพ.ศ.2534 ได้มีการแก้ไขบทบัญญัติแห่งประมวลระฎการมาตรา 74 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลระฎการ(ฉบับที่ 31) พ.ศ.2534 ส่งผลให้นิติบุคคลที่ควบเข้ากันใหม่หรือโอนกิจการทั้งหมดให้แก่กันนั้นไม่ต้องรับภาระภาษีทันทีที่มีการเลิกกิจการเพื่อควบเข้ากันใหม่หรือโอนกิจการทั้งหมดให้แก่กัน แต่ให้มีภาระภาษีเมื่อทำการจำหน่ายทรัพย์สินต่าง ๆ อันได้มาจากการควบเข้ากันใหม่หรือโอนกิจการทั้งหมดให้แก่กันนั้นออกไปจากกิจการอันเป็นเวลาที่เหมาะสม ต้องมีการรับรู้รายได้้อย่างแท้จริง

แต่การแก้ไขบทบัญญัติแห่งประมวลระฎการดังกล่าวได้ก่อให้เกิดอุปสรรคสำคัญใหม่ต่อการควบกิจการและการโอนกิจการทั้งหมด คือ “การห้ามมิให้นำผลขาดทุนสุทธิของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลเดิมมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิหรือขาดทุนสุทธิ การให้นำผลขาดทุนสุทธิของกิจการเดิมมาใช้เช่นนี้จะส่งผลให้กิจการที่เกิดขึ้นใหม่จากกิจการที่มีผลขาดทุนหรือกิจการที่รับโอนกิจการที่มีผลขาดทุนจะต้องมีภาระภาษีจากกำไรสุทธิโดยไม่อาจนำผลขาดทุนที่มีอยู่มารวมคำนวณกำไรสุทธิได้จึงเป็นการก่อให้เกิดภาระภาษีมากกว่าที่ควร

การนำผลขาดทุนสะสมมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของนิติบุคคลนั้นเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งในการตัดสินใจเข้าทำการปรับโครงสร้างองค์กร การอนุญาตให้ใช้ผลขาดทุนสุทธิในการคำนวณกำไรสุทธิของกิจการที่ผ่านกระบวนการปรับโครงสร้างองค์กรจึงเป็นประเด็นสำคัญที่ควรพิจารณาว่าควรอนุญาตให้ใช้สิทธิทางภาษีได้เพียงใด เพราะการอนุญาตให้นำผลขาดทุนสะสมมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของกิจการโดยไม่มีเงื่อนไขนั้นเป็นการเปิดช่องให้เกิดการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบ ในขณะที่ การห้ามใช้ผล

ขาดทุนสะสมในการคำนวณกำไรสุทธิโดยเด็ดขาดก็เป็นอุปสรรคต่อการปรับโครงสร้างองค์กร ด้วยวิธีการควบกิจการและโอนกิจการทั้งหมด ดังนั้นการนำผลขาดทุนสะสมมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธินั้นจึงควรมีเกณฑ์การทดสอบหรือเงื่อนไขประกอบการอนุญาตเพื่อให้การนำผลขาดทุนสะสมมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิที่กฎหมายอนุญาตให้ใช้ได้นั้น เป็นการใช้ประโยชน์จากผลขาดทุนสุทธิในการคำนวณกำไรสุทธิที่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างแท้จริง

อีกทั้งการที่ประมวลรัษฎากรมิได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการจำกัดการผลขาดทุนมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กรในรูปแบบการซื้อหุ้น จึงเปิดช่องทางให้สามารถมีการเข้าซื้อหุ้นของนิติบุคคลที่มีผลขาดทุนสุทธิและโอนถ่ายกิจการที่ก่อให้เกิดรายได้ให้กระทำแทน เมื่อใช้ประโยชน์จากสิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิตามถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิหมดสิ้นก็เลิกกิจการไป อันมีลักษณะที่เห็นได้ชัดว่ามีวัตถุประสงค์หลักเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบ

การกระทำในลักษณะดังกล่าวจึงเป็นการถ่ายโอนย้ายผลขาดทุนสุทธิที่บทบัญญัติของกฎหมายมีเจตนารมณ์และความตั้งใจจะให้เป็นบทบัญญัติเพื่อบรรเทาภาระภาษีข้ามปีภาษีจากการประกอบธุรกิจนั้นเพื่อประโยชน์ของกิจการที่ได้ก่อให้เกิดผลขาดทุนสุทธินั้นขึ้นไปสู่บริษัทที่อาจจะมิได้ประกอบกิจการใดๆที่เกี่ยวข้องกับกิจการที่ก่อให้เกิดผลขาดทุนสุทธิจากการประกอบกิจการนั้น อันเป็นการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีที่เกินไปกว่าที่กฎหมายพึงจะเอื้อประโยชน์ให้เพื่อชดเชยผลขาดทุนที่นิติบุคคลได้เคยก่อให้เกิดขึ้นในปีภาษีก่อนหน้าตามมาตรา 65 ตรี (12)

การดำรงอยู่ของสิทธิทางภาษีในการนำผลขาดทุนสุทธิตามถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในการปรับโครงสร้างองค์กรนี้ จึงควรมีบททดสอบตามเงื่อนไขของกฎหมายขึ้นเพื่อทดสอบว่าในธุรกรรมการปรับโครงสร้างองค์กรนั้น สิทธิประโยชน์นี้จะยังคงดำรงอยู่ต่อไปหรือไม่ เพียงใด เพื่อเป็นการสร้างความเป็นธรรมให้กับผู้เสียภาษีในการใช้สิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิตามถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ

นอกจากการพิจารณาทดสอบของกฎหมายในขณะที่เกิดธุรกรรมการปรับโครงสร้างองค์กรขึ้นแล้ว ยังควรต้องคำนึงถึงการป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบผ่านการธุรกรรมการปรับโครงสร้างองค์กรอีกด้วย ไม่ว่าจะเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นหรือภายหลังการ

ปรับโครงสร้างองค์กร เพื่อป้องกันประโยชน์ส่วนรวมในการจัดเก็บภาษีของรัฐในการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบของผู้เสียภาษี

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากปัญหาเกี่ยวกับการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในกรณีการปรับโครงสร้างองค์กรดังที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะในการแก้ไขประมวลรัษฎากรในเบื้องต้นดังต่อไปนี้

- 1) อนุญาตให้นิติบุคคลที่เกิดขึ้นใหม่จากการควบกิจการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สามารถสืบทอดสิทธิในการนำผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลเดิมที่เลิกกิจการไปเพื่อเข้าควบกิจการกันมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของนิติบุคคลที่เกิดขึ้นใหม่จากการควบกิจการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นได้ และอนุญาตให้นิติบุคคลผู้รับโอนกิจการทั้งหมดสามารถนำผลขาดทุนสุทธิของนิติบุคคลผู้โอนกิจการทั้งหมดมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของนิติบุคคลผู้รับโอนกิจการทั้งหมดได้ เพื่อแก้ไขอุปสรรคที่เกิดขึ้นจากการห้ามนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิของนิติบุคคลที่ทำการปรับโครงสร้างองค์กรตามมาตรา 74 แห่งประมวลรัษฎากร
- 2) การนำผลขาดทุนสุทธิของกิจการที่เกิดการเปลี่ยนเจ้าของของนิติบุคคลมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิไม่ว่าจะเกิดขึ้นจากการควบกิจการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือการปรับโครงสร้างองค์กรในรูปแบบอื่น ควรจะตกอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติในการจำกัดการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิด้วยการทดสอบความต่อเนื่องของความเป็นเจ้าของผลประโยชน์และการทดสอบความต่อเนื่องของการดำเนินธุรกิจรวมทั้งการจำกัดการใช้ประโยชน์จากการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็น

รายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิโดยการเปรียบเทียบมูลค่าสินทรัพย์
กับผลตอบแทน

การแก้ไขประมวลรัษฎากรตามข้อเสนอในระยะเบื้องต้นนั้นเป็นข้อเสนอเพื่อ
แก้ปัญหาการนำผลขาดทุนสุทธิมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิในระยะเบื้องต้นที่
สามารถสอดคล้องกับบริบทของกฎหมายไทยในปัจจุบันเท่านั้น แต่ข้อเสนอแนะในระยะถัดไป
ดังต่อไปนี้ เป็นข้อเสนอแนะเกี่ยวกับจำกัดการนำผลขาดทุนมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณ
กำไรสุทธิที่ต้องการการพัฒนาบริบทของกฎหมายไทยในปัจจุบันเสียก่อนดังต่อไปนี้

- 1) เพิ่มเติมบทบัญญัติในลักษณะการจำกัดผลขาดทุนสุทธิที่ใช้ประโยชน์ได้ใน
แต่ละปีภายหลังจากเกิดการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของ
- 2) เพิ่มเติมมาตรการป้องกันการแสวงหาประโยชน์ทางภาษีโดยมิชอบในกรณี
การปรับโครงสร้างองค์กรที่พิสูจน์ถึงวัตถุประสงค์ในการทำธุรกรรมของผู้
เสียภาษี
- 3) ควรมีการศึกษาถึงการอนุญาตให้ใช้ข้อยกเว้นของหลักความต่อเนื่องของ
ผลประโยชน์และหลักความต่อเนื่องของธุรกิจสำหรับกิจการที่อยู่ในเครือ
เดียวกัน รวมถึงศึกษาเกี่ยวกับหลักการยื่นงบการเงินรวม (consolidated
tax return) เพื่อให้บริษัทในเครือเดียวกันอันมี ความเป็น เจ้าของ
ผลประโยชน์ร่วมกันนั้นสามารถใช้สิทธิทางภาษีในการการชดเชยผล
ขาดทุนร่วมกันได้

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กิติพงษ์ อรุณีพัฒน์พงศ์ และคนอื่นๆ. การรวบรวมกิจการ โอกาสของธุรกิจไทย. พิมพ์ครั้งที่

1. กรุงเทพมหานคร ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย2550.

ชลเขต หวังจิตต์. การหลีกเลี่ยงภาษีเงินได้นิติบุคคลด้วยการซื้อกิจการที่มีผลขาดทุนสะสมทาง

ภาษี. ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย2551.

ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม. การวางแผนภาษีอากร(Tax Planning). พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร

สถาบัน T. Training Center, 2551.

ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม. คำสอนวิชากฎหมายภาษีอากรพิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร สำนัก

อบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา2552.

บริษัท เบเคอร์ แอนด์ แม็คเค็นซี รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง กฎหมาย ระเบียบและมาตรการ

ทางภาษีที่เกี่ยวข้องกับการรวบรวมกิจการในประเทศไทยสหรัฐอเมริกาและสหภาพ

ยุโรปเสนอต่อคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเพื่อการพัฒนาประเทศสำนักงาน

คณะกรรมการกฤษฎีกา(กันยายน 2546).

พนิต ธีรภาพวงศ์. ภาษีบริษัทข้ามชาติ(International Business Taxation). พิมพ์ครั้งที่ 2.

กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.

เพียงพอน บุญกล้า. ปัญหาภาษีอากรในการจัดรูปองค์กรธุรกิจวิทยานิพนธ์ปริญญา

มหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย2535.

ไพจิตร โรจนวานิช ชุมพรเสนไสย และสาโรช ทองประคำ, ภาษีสรรพากร กรุงเทพมหานคร

สามเจริญพาณิชย์,2549.

รังสรรค์ ณะพรพันธุ์. ทฤษฎีการภาษีอากร. กรุงเทพมหานคร เคล็ดไทย, 2516.

สุเทพ พงษ์พิทักษ์. การวางแผนภาษีอากร กรุงเทพมหานคร สุขุมและบุตร, 2541.

สุเทพ พงษ์พิทักษ์. ปัญหาทางด้านภาษีอากรเกี่ยวกับการควบไอนกิจการหนังสือพิมพ์
กรุงเทพธุรกิจออนไลน์(30 สิงหาคม 2549).

อมรศักดิ์ พงศ์ศุตม์. การวางแผนภาษีควบไอนกิจการ. Tax Research Center, 2547.

อังครัตน์ เปรียบจริยวัฒน์ บทสรุปมาตรฐานการบัญชี สำหรับกรรมการผู้จัดการ
กรรมการตรวจสอบ และกรรมการบริษัท กรุงเทพมหานคร.
ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2548.

ภาษาอังกฤษ

Bittker, I. B. and Eustice, S. J., Federal Income Taxation of Corporations and
Shareholders. 3rd ed. Boston: Warren Gorham Lamont, 1971.

Burke, C. B. Federal Income Taxation of Corporations and Stockholders In a Nutshell,
fifth edition. Thomson West, 2003.

Cooke, T. E. Merger and Acquisitions. London: Basil Blackwell, 1995.

Davidow, M. W. Limitations Imposed by the Tax Reform Act of 1986 on a Corporation's
Use of Net Operating Loss Carryovers After an Ownership Change. University
of Bultimore Law Review. (1988).

Dune, P., et al., Company Acquisition Handbook. London: Bloomsbury Professional,
2011.

Faber, L. P. "Section 382: Net Operating Loss Carryovers in Corporate
Acquisitions". William & Mary Annual Tax Conference, Paper 211. William &
Mary Law School Scholarship Repository [Online]. 1990. Available from:
<http://scholarship.law.wm.edu/tax/211> [2012, February 10]

Farrow, R. ed., *Tolley's tax planning 2011-2012*. London: Lexis Nexis Butterworths, 2011.

Fred, J. W., and Weaver C. S., *Mergers and Acquisitions*. McGraw-Hill, 2001.

Ginsburg, D. M., and Levin S. J., *Mergers, Acquisitions, and Buyouts Transactional Analysis*. Aspen Publishers, 2009.

Higgins, R. *Mergers & Acquisitions – Tax tactics for buying loss companies*. Melbourne: Rigby Cooke Lawyers, 2009.

HMRC. *Company Taxation Manual – Corporation Tax: loss-buying* [Online]. 2012. Available from: <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/ctmanual/CTM06300.htm>. [2012, Feb 17]

HMRC. *Corporation Tax Act 2010 – Explanatory Note*. Her Majesty's Stationary Office and Queen's Printer of Acts of Parliament, 2010.

International Fiscal Association. *Cahiers De Droit Fiscal International Volume LXXXIIIa Tax Treatment of Corporate Losses*. Rotterdam: Kluwer Law International, 1998.

Joya, A. *Loss Corporations in Mergers and Acquisition – a State Perspective*. *A&M Tax Advisor Weekly* [Online]. 2008. Available from: http://www.alvarezandmarsal.com/en/global_services/tax/enewsletter/archives/DisplayEnewsletter.aspx?newsletter_id=218 [2011, Sep 9]

Macabacus. *Tax Attributes of a Target* [Online]. 2011. Available from: <http://macabacus.com/taxes/attributes> [2011 Oct 19]

McLaughlin, M. *That Makes a Change!*. *TaxationWeb* [Online]. 1999. Available from: <http://www.taxationweb.co.uk/tax-articles/business-tax/that-makes-a-change.html> [2011, Sep 9]

Morphy, J. Proposed Rules Ease Compliance with Loss Trafficking Rules - The Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation [Online]. 2012. Available from: <http://blogs.law.harvard.edu/corpgov/2011/12/20/proposed-rules-ease-compliance-with-loss-trafficking-rules/> [2012, Jan 6]

Pennsylvania Department of Revenue. Net Loss Deduction Limitations Under Internal Revenue Code Section 381 and Section 382. Corporation Tax Bulletin 2008 - 03 [Online]. 2008. Available form: www.revenue.state.pa.us [2011, Sep 9]

Rao, S. and Kothari, N. Worldwide Tax Trends Treatment of Tax Losses [Online]. 2009. Available from: <http://taxguru.in/income-tax/worldwide-tax-trends-treatment-of-tax-losses.html> [2011, Nov 9]

Simmons, L. D., Net Operating Losses and Section 382: Searching for a Limitation on Loss Carryovers. TULANE LAW REVIEW (May, 1989).

Tolley editorial team. Tolley's Corporation Tax 2011-2012. London: LexisNexis Butterworths, 2011.

Thuronyi, V. Tax Law Design and Drafting, volume 2. International Monetary Fund, 1998.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

ชื่อ นายภัทรกร อุดมผล

วันเดือนปีเกิด วันที่ 9 สิงหาคม พ.ศ. 2529

<u>วุฒิการศึกษา</u>	ชั้นประถมศึกษาที่โรงเรียนอัสสัมชัญ ศรีราชา	พ.ศ. 2540
	ชั้นมัธยมศึกษาตอนต้นที่โรงเรียนอัสสัมชัญ ศรีราชา	พ.ศ. 2543
	ชั้นมัธยมศึกษาตอนปลายที่โรงเรียนเตรียมอุดมศึกษา	พ.ศ. 2546
	นิติศาสตรบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย	พ.ศ. 2550