

บทที่ 4

กฎหมายภาษีอากรของประเทศสหรัฐอเมริกา

ในการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจ

ในบทนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาและวิเคราะห์ถึงกฎหมายภาษีอากรของประเทศสหรัฐอเมริกาว่ามีบทบัญญัติหรือแนวทางประการใดบ้างในการรองรับการขยายตัวขององค์กรทางธุรกิจในรูปแบบต่าง ๆ กัน โดยเหตุที่แต่ละรัฐก็จะมีกฎหมายเป็นของตนเอง ซึ่งอาจแตกต่างกันไป ผู้เขียนจึงจะได้ศึกษากฎหมายของรัฐบาลกลางเป็นสำคัญและในส่วนของกฎหมายภาษีอากรก็จะได้อ้างอิงถึง Internal Revenue Code ("IRC") ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายภาษีอากร ในทำนองเดียวกันกับประมวลรัษฎากรของไทย ประกอบกันกับ Income Tax Regulations ("ITR") ซึ่งเป็นแนวทางหรือระเบียบที่สรรพากรของสหรัฐอเมริกาได้ออกหรือวางไว้คล้าย ๆ กับคำสั่งหรือระเบียบแนวทางปฏิบัติที่กรมสรรพากรของไทยได้วางเอาไว้

ตามกฎหมายภาษีอากรของสหรัฐอเมริกานั้น หากการดำเนินการอันเกี่ยวข้องกับโครงสร้างขององค์กรทางธุรกิจใดสามารถจัดเข้าข่ายเป็นการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจแล้วผู้ที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นผู้ถือหุ้น หรือตัวองค์กรธุรกิจเอง ซึ่งได้รับประโยชน์จากการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจในรูปของหุ้น ก็จะต้องเสียภาษีจากประโยชน์ที่ได้รับนั้นจนกว่าจะได้จำหน่ายจ่ายโอนหุ้นนั้นไปจริง รวมตลอดถึงการที่กฎหมายยินยอมให้มีการโอนผลขาดทุนจากบริษัทเดิม ก่อนการควบเข้ากันหรือจากบริษัทผู้โอนกิจการไปยังบริษัท

ใหม่ที่เกิดขึ้นจากการควบเข้ากันนั้นหรือบริษัทผู้รับโอนได้โดยทั้ง IRC และ ITR ได้วางหลักเกณฑ์เงื่อนไขบางประการไว้ เพื่อมิให้เป็นเพียงช่องว่างในการขายหุ้น ทรัพย์สิน หรือกิจการกันเพื่อหวังผลกำไรเท่านั้น

เหตุผลในทางทฤษฎีที่กฎหมายภาษีอากรของสหรัฐอเมริกายินยอมให้การจัดรูปองค์กรทางธุรกิจไม่ต้องเสียภาษีตราบเท่าที่สินทรัพย์ขององค์กรยังคงมีอยู่ และมีการใช้อย่างต่อเนื่อง โดยเจ้าของเดิมกับทั้งเห็นว่ากฎหมายภาษีอากรไม่ควรกีดขวาง หรือแทรกแซงประสิทธิภาพในการบริหารหรือจัดการเพื่อการดำเนินธุรกิจขององค์กรซึ่งเห็นกันว่าดีที่สุด¹

การจัดรูปองค์กรทางธุรกิจ (reorganization) ตามกฎหมายภาษีอากรสหรัฐอเมริกานั้น บัญญัติอยู่ในมาตรา 368 ของ IRC โดยได้กำหนดรูปแบบของการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจที่ไม่ต้องเสียภาษีไว้ 7 แบบด้วยกัน เรียกว่าแบบ A ไปจนถึงแบบ G ซึ่งอาจจำแนกเป็น 3 รูปแบบใหญ่ คือ (1) เป็นกรณีที่บริษัทหนึ่งได้มาซึ่งกิจการ หรือทรัพย์สินของอีกบริษัทหนึ่ง (acquisition) คือแบบ A, B, C และบางรูปแบบของแบบ D และ G (2) เป็นการแบ่งแยกองค์กร (divisive) คือบางรูปแบบของแบบ D และ (3) เป็นการเปลี่ยนแปลงภายในตัวบริษัทเองไม่เกี่ยวกับบริษัทอื่น (internal restructuring) คือแบบ E, F และ G ซึ่งที่จะกล่าวในวิทยานิพนธ์นี้ จะเป็นกรณีการได้มาซึ่งกิจการหรือการควบกิจการทั้งสิ้น ซึ่งคือการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจแบบ A, B และ C เท่านั้น

¹John Kramer & Susan Nordhauser, Federal Taxation of Corporations, New Jersey 1989, p. 634

1. แนวความคิดพื้นฐานของการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจซึ่งไม่มีภาวะภาษีอากร²

แนวความคิดพื้นฐานอันร่วมกันในการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจนั้น บางส่วนได้มาจากการวางแนวทางโดยศาล ตัวอย่างเช่น ความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน หรือในการประกอบธุรกิจ สารสำคัญเหนือรูปแบบ (Substance over form) วัตถุประสงค์ในทางธุรกิจ ส่วนบางแนวความคิด เช่น คู่สัญญาในการดำเนินการจัดรูปองค์กรแผนการจัดรูปองค์กร อำนาจควบคุม หุ้นและหลักทรัพย์ เป็นสิ่งที่กำหนดโดยกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร รายละเอียดของแนวความคิดดังกล่าวมีดังนี้

(1) ความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของ
(Continuity of interest)

ความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของ เป็นทฤษฎีหนึ่งที่สำคัญในการกำหนดว่าจะจัดรูปองค์กรทางธุรกิจที่ได้รับยกเว้นภาษีหรือไม่ ผู้ถือหุ้นซึ่งสูญเสียหุ้นของตนในการจัดรูปองค์กร และได้รับหุ้นของบริษัทที่รับช่วงต่อนั้นจะต้องเป็นสัดส่วนที่พอเหมาะกันกับประโยชน์ตอบแทนที่ควรได้รับด้วย ความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของแสดงให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างการจัดรูปองค์กรในทางธุรกิจที่แท้จริงกับการขายหุ้น หรือทรัพย์สินอันต้องเสียภาษีตาม IRC เดิมนั้นความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของเป็นปัจจัยบ่งชี้ได้ชัดเจน แต่ต่อมาเมื่อบทบัญญัติทางกฎหมายของการจัดรูปองค์กรซับซ้อนมากขึ้นปัจจัยในเรื่องความต่อเนื่องนี้ก็ไม่สามารถบ่งชี้ได้ชัดเจน

²Daniel Schneider & Paul Halechen, Federal Tax Aspects of Corporate Reorganizations, Shepard's McGraw-Hill, Inc., Colorado 1990, pp. 4-57

ความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของเป็นหลักที่เกิดขึ้นจากคำพิพากษาของศาลไม่ใช่บทบัญญัติของกฎหมาย ในการจัดรูปองค์กรที่ผู้ถือหุ้นหรือผู้ถือหลักทรัพย์นั้นไม่ต้องรับรู้ผลกำไร หรือขาดทุนตามมาตรา 354 (2) (2) กำหนดให้ผู้ถือหลักทรัพย์เป็นผู้ได้กำไรหรือขาดทุน หากได้รับหลักทรัพย์เกินกว่าราคาของหลักทรัพย์เดิมนอกจากนี้ความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของยังเกี่ยวข้องกับบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่อง "คู่สัญญาในการจัดรูปองค์กร" โดยปกติแล้วคู่สัญญาในการจัดรูปองค์กรจะเป็นองค์กรทางธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการจัดรูปองค์กรนั่นเอง เช่น องค์กรทางธุรกิจที่ได้มาซึ่งกิจการนั้นและองค์กรผู้โอนกิจการไปหลังจากการจัดรูปองค์กรนั้น หากหุ้นซึ่งผู้ถือหุ้นได้รับไม่ใช่หุ้นของคู่สัญญาในการจัดรูปองค์กร ก็จะไม่ถือว่าผู้ถือหุ้นมีความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของ และจะต้องเสียภาษีจากกำไรหรือขาดทุนจากการแลกเปลี่ยนนั้น

ศาลได้พยายามแยกแยะแนวความคิดเพื่อแสดงให้เห็นถึงการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจที่ปราศจากภาระภาษีและที่ต้องเสียภาษี แง่มุมหนึ่งของความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของ คือปัญหาความขาดการต่อเนื่องอย่างใกล้ชิด ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อผู้ถือหุ้นได้รับหุ้นขององค์กรทางธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการจัดรูปองค์กรแต่องค์กรนั้น มิใช่คู่สัญญาในการจัดรูปองค์กรจะถือว่ามีความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของหรือไม่ แนวความคิดนี้ได้กำหนดประเด็นสำหรับตรวจสอบในเรื่องความต่อเนื่องไว้ ซึ่งรวมถึงการกำหนดจำนวนค่าตอบแทนที่ผู้ถือหุ้นในองค์กรที่ผู้โอนได้รับ และพิจารณาถึงระยะเวลาที่ผู้ถือหุ้นขององค์กรผู้โอนกิจการต้องถือหุ้นในกิจการผู้รับโอนนานเพียงใด จึงจะก่อให้เกิดความต่อเนื่อง

สรรพากรของสหรัฐอเมริกาได้วางแนวทางเกี่ยวกับความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของในการตอบข้อหารือไว้ดังนี้

"ความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของ" ตามระเบียบที่ 1.368-1 (b) ของ ITR จะสมบูรณ์ถ้ามีความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของหุ้นผ่านไปถึงในองค์กรที่ได้รับกิจการต่อหรือองค์กรผู้รับโอน โดยผู้ถือหุ้นเดิมขององค์กรที่สูญเสียกิจการ หรือองค์กรผู้โอนในการจัดรูปองค์กรอย่างน้อยร้อยละ 50 ของค่าของหุ้นเดิมที่ยังมิได้จัดจำหน่ายขององค์กรที่สูญเสียกิจการ หรือองค์กรผู้โอนในวันโอน แต่ไม่จำเป็นว่าผู้ถือหุ้นแต่ละคนขององค์กรผู้โอนจะได้รับหุ้นตอบแทนในองค์กรผู้รับโอนถึงร้อยละ 50 แต่ตราบเท่าที่ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งหรือหลายคนขององค์กรผู้โอนมีความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของในองค์กรผู้รับโอนการขายการคืนหุ้น และการจำหน่ายหุ้นที่เกิดขึ้นก่อนหรือขณะการแลกเปลี่ยนอันถือเป็นส่วนหนึ่งของการจัดรูปองค์กรจะใช้เป็นปัจจัยในการพิจารณาว่ามีความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของมีจำนวนร้อยละ 50 ในวันที่มีการจัดรูปองค์กรหรือไม่ ซึ่งเป็นการพิจารณาการถือหุ้นโดยผู้ถือหุ้นหลาย ๆ คน มิใช่แต่ละคน เว้นแต่ในบริษัทที่มีความสัมพันธ์ในการถือหุ้นกันอย่างใกล้ชิดหรือบริษัทในครอบครัว

ข้อพิจารณาสำคัญอีกประการหนึ่งในเรื่องของความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของคือผลตอบแทนที่ได้มานั้นทำให้ผู้ถือหุ้นในบริษัทผู้โอนเป็นเจ้าของ หรือเป็นเจ้าของนี้ของผู้รับโอน ถ้าอยู่ในฐานะความเป็นเจ้าหนี้แล้ว ย่อมไม่เป็นไปตามแนวความคิดเพื่อการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจในคดีระหว่าง Corland Special Co. และ CIR (1932) นั้น บริษัทหนึ่งโอนทรัพย์สินทั้งหมดเพื่อแลกกับเงินสดและตัวเงินระยะสั้นของบริษัทที่สอง ซึ่งศาลอุทธรณ์ก็ได้วินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวนั้น เป็นการขายทรัพย์สินมากกว่าที่จะจัดเป็นรูปองค์กร และเห็นว่าตัวเงินที่มีกำหนดขึ้นเงินภายในระยะเวลา 14 เดือนดังกล่าว ไม่อยู่ในข่ายเป็น "หลักทรัพย์" ส่วนในคดีหลัง ๆ เช่น คดีระหว่าง Letulle และ Scofield (1940) ศาลฎีกาพบว่าการจัด

รูปองค์กรทางธุรกิจซึ่งไม่ต้องเสียภาษีนั้น จะเกิดขึ้นไม่ได้หากบริษัทหรือผู้ถือหุ้นได้รับเพียงแค่พันธบัตรและเงินสด เพื่อแลกกับการโอนทรัพย์สินทั้งหมดของบริษัท ซึ่งในคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่าผู้โอนกลายเป็นเจ้านี้ของบริษัทผู้รับโอนดังนั้นแม้ว่าผู้โอนจะได้รับหลักทรัพย์มาเป็นการตอบแทนก็ตาม แต่ก็มิได้มีความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของบริษัท ดังนั้นศาลจึงได้วางหลักเอาไว้ว่าไม่เพียงแต่ผู้โอนจะต้องดำรงไว้ซึ่งความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของบริษัทเท่านั้นความเป็นเจ้านั้นต้องมีลักษณะเป็นเจ้าของในส่วนตัวด้วย อย่างไรก็ตาม แม้ว่าบริษัทผู้โอนดังกล่าวจะจำหน่ายจ่ายโอนหุ้นของตนในบริษัทผู้รับโอนไปยังบริษัทแม่ของตน ก็ยังถือว่าเข้าข่ายการจัดรูปองค์กรธุรกิจ*

(2) ความต่อเนื่องในการประกอบธุรกิจ

(Continuity of business enterprise)

เป็นทฤษฎีอันสำคัญประการหนึ่งในการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจ ซึ่งศาลได้พยายามวางหลักในเรื่องนี้เอาไว้ และต่อมาสรรพากรได้วางข้อกำหนดในระเบียบที่ 1.368-1 (d) ว่าการที่จะถือได้ว่ามีความต่อเนื่องในการประกอบธุรกิจนั้นบริษัทผู้รับโอนต้องดำเนินธุรกิจในอดีตของบริษัทผู้รับโอนต่อไป ("ความต่อเนื่องในการประกอบธุรกิจ") หรือต้องได้ใช้ทรัพย์สินส่วนสำคัญของธุรกิจในอดีตของบริษัทผู้โอน ในการประกอบธุรกิจของตน ("ความต่อเนื่องในทรัพย์สิน")

ก. "ความต่อเนื่องในธุรกิจ" (Business continuity)

คุณสมบัติในเรื่องความต่อเนื่องในการประกอบธุรกิจขององค์กร

*คำวินิจฉัยสรรพากรที่ 84-30, 1984 - 1

จะสมบูรณ์เมื่อองค์กรผู้รับโอนประกอบธุรกิจเดิมขององค์กรผู้โอน "ธุรกิจเดิม" หมายความว่าธุรกิจล่าสุด ซึ่งองค์กรผู้โอนประกอบอยู่ก่อนการโอน อย่างไรก็ตาม ก็ตามธุรกิจดั้งเดิมขององค์กร ไม่ใช่สิ่งเดียวอันนำมาซึ่งแผนการจัดรูปองค์กร ดังนั้นการที่องค์กรผู้รับโอนเลิกธุรกิจดั้งเดิมขององค์กรผู้โอน หลังการจัดรูปองค์กรจะทำให้คุณสมบัตินี้ในเรื่องความต่อเนื่องในการประกอบธุรกิจหมดสิ้นไป หากการเลิกธุรกิจนั้นเป็นส่วนหนึ่งของแผนการจัดรูปองค์กร สรรพากร ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ว่าต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงและสถานะการล้มละลายรวมทั้งหมดตั้งนั้นหากต้องการแสดงว่าองค์กรผู้รับโอนประกอบธุรกิจดั้งเดิมขององค์กรผู้โอนอย่างต่อเนื่องก็จำเป็นที่จะต้องแสดงให้เห็นว่าองค์กรผู้รับโอนประกอบธุรกิจซึ่งองค์กรผู้โอนเคยประกอบอยู่ และธุรกิจนั้นมีใช้ธุรกิจอันเพิ่งประกอบขึ้นเพียงเพื่อวัตถุประสงค์ในการโอนเพื่อการจัดรูปองค์กร

อนึ่ง ข้อเท็จจริงที่ว่าองค์กรผู้รับโอนอยู่ในแวดวงธุรกิจคล้ายคลึงกันกับธุรกิจขององค์กรผู้โอน มีแนวโน้มที่จะทำให้เกิดความต่อเนื่องขึ้นแต่ก็มีข้อปัจจัยหลักในการพิจารณาเพียงอย่างเดียว นอกจากนี้หากองค์กรผู้โอนประกอบธุรกิจมากกว่าหนึ่งอย่างจะถือว่ามีความต่อเนื่องในการประกอบธุรกิจเกิดขึ้น เมื่อองค์กรผู้รับโอนประกอบธุรกิจอันเป็นสำคัญ (significant) อย่างต่อเนื่อง

ข. ความต่อเนื่องในการใช้ทรัพย์สิน (Asset continuity)

อีกแนวความคิดหนึ่งที่จะถือว่ามีความต่อเนื่องขององค์กรทางธุรกิจเกิดขึ้น ก็คือเมื่อองค์กรผู้รับโอนได้ใช้ "ทรัพย์สินอันเป็นสาระสำคัญ" (significant) ในการประกอบธุรกิจเดิมขององค์กรผู้โอน "ทรัพย์สินของธุรกิจเดิม" คือทรัพย์สินซึ่งใช้ในการประกอบธุรกิจเดิมขององค์กร "ทรัพย์สินในการประกอบธุรกิจ" รวมถึงหุ้น หลักทรัพย์และทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

อย่างอื่นใช้ในการประกอบกิจการ เช่น ชื่อทางการค้า (goodwill) สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า การพิจารณาว่าทรัพย์สินใดเป็นทรัพย์สินอันเป็นสาระสำคัญขององค์กรหรือไม่ ขึ้นอยู่กับความสำคัญของทรัพย์สินที่มีต่อการประกอบธุรกิจของผู้โอน อย่างไรก็ตามควรต้องพิจารณาถึงมูลค่าตลาดอันสมควรตลอดจนข้อเท็จจริงแวดล้อมอื่นด้วย คำว่า "สาระสำคัญ" อาจเป็นเพียงธุรกิจหลักหนึ่งในสามประเภทของธุรกิจเดิมก็ได้ เพราะความต่อเนื่องขององค์กรธุรกิจนั้นถือว่าสมบูรณ์ เมื่อหนึ่งในสามของธุรกิจเดิมได้กระทำอย่างต่อเนื่องกัน

ความต่อเนื่องขององค์กรทางธุรกิจต้องการองค์ประกอบในเรื่องการใช้ทรัพย์สินขององค์กรผู้โอนโดยองค์กรผู้รับโอน อย่างไรก็ตามองค์กรผู้รับโอนไม่จำเป็นต้องใช้ทรัพย์สินนั้นเช่นเดียวหรืออย่างเดียวกันกับที่องค์กรผู้โอนเคยกระทำ องค์กรผู้รับโอนอาจใช้ทรัพย์สินนั้นในการประกอบธุรกิจอย่างใด ๆ ขององค์กรก็ได้

(3) คู่สัญญาในการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจ (Party to a reorganization)

การแลกเปลี่ยนทรัพย์สินระหว่างบริษัทนั้นจะไม่ต้องรับรู้กำไรหรือขาดทุนต่อเมื่อเป็นคู่สัญญาในการจัดรูปองค์กรตามมาตรา 361 (a) ภายใต้บทบัญญัติมาตรา 354 (a) แห่ง IRC นั้น ผู้ถือหุ้นหรือหลักทรัพย์ซึ่งแลกเปลี่ยนหุ้นหรือหลักทรัพย์ที่ตนถืออยู่กับหุ้น หรือหลักทรัพย์อีกบริษัทหนึ่งจะไม่ต้องรับรู้กำไรหรือขาดทุน หากหุ้นหรือหลักทรัพย์นั้นเป็นของบริษัทซึ่งเป็นคู่สัญญากันในการจัดรูปองค์กร

มาตรา 368 (a) ได้ให้นิยามของคำว่า "คู่สัญญาในการจัด
รูปองค์กรทางธุรกิจ" ว่ารวมถึง

1. บริษัทซึ่งเกิดจากการจัดรูปองค์กร ซึ่งเห็นได้ชัดเจนคือ
บริษัทที่เกิดจากการควบบริษัท ตามมาตรา 368 (a)(1)(A)
2. บริษัททั้งสองซึ่งได้มาหรือโอนไปซึ่งหุ้นหรือทรัพย์สินของอีก
บริษัทหนึ่งหรือเป็นบริษัทผู้โอนและผู้รับโอน ในการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจ
แบบ A, B และ C
3. บริษัทซึ่งโอนทรัพย์สินที่เพิ่งได้รับโอนไปให้กับบริษัทในเครือ
ซึ่งอยู่ในความควบคุมเช่นเดียวกับบริษัทแม่ ซึ่งได้ใช้หุ้นของตนแลกกับหุ้นหรือ
ทรัพย์สินของบริษัทหนึ่ง โดยบริษัทในเครือที่อยู่ในความควบคุมของตน

(4) แผนการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจ

(Plan of reorganization)

การดำเนินการใด ๆ ตามแผนการจัดรูปเท่านั้นจึงจะไม่ต้อง
เสียภาษีดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 368 (a) และ 354 (a)(1) ซึ่งระเบียบ
สรรพากรที่ 1.368-1 (c) ได้ขยายความหมายของคำว่า "แผนการจัด
รูปองค์กร" ซึ่งสรุปได้ว่าแผนการดังกล่าวต้องพิจารณาถึงความสุจริตใจใน
การดำเนินการต่างๆ ที่เข้าข่ายเป็นการจัดรูปองค์กรด้วย โดยการกระทำดัง
กล่าวนั้นต้องเป็นสิ่งธรรมดา และจำเป็นในการดำเนินธุรกิจ และทุกบริษัทที่
เป็นคู่สัญญาทุกฝ่ายจะต้องยอมรับแผนการดำเนินการจัดรูปองค์กรรวมถึง
การพิจารณาว่าเป็นการดำเนินการเพื่อวัตถุประสงค์ทางธุรกิจหรือไม่ ไม่ใช่
เพื่อหลีกเลี่ยงภาระภาษีอันอาจเกิดขึ้น

(5) อำนาจควบคุม (Control)

ในการจัดรูปองค์กรบางรูปแบบ กฎหมายกำหนดจะต้องมีการควบคุมคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหลังจากที่มีการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจ การจัดรูปองค์กรที่ต้องการควบคุมมีดังนี้

1. การจัดรูปองค์กรทางธุรกิจแบบ B เป็นกรณีที่บริษัทแลกเปลี่ยนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงของตนกับหุ้นของอีกบริษัทหนึ่ง บริษัทที่ได้มาซึ่งหุ้นนั้นต้องทำการควบคุมอีกบริษัทหนึ่ง "ทันทีหลังจากที่ได้หุ้นนั้นมา"

2. ตามมาตรา 355 บริษัทหนึ่งจำหน่ายหุ้นของอีกบริษัทหนึ่งไป และบริษัทแรกได้ควบคุมบริษัทหลังทันทีก่อนการจำหน่ายนั้น

3. การจัดรูปองค์กรทางธุรกิจสามฝ่าย (triangular reorganizations) ตามแบบ A, B และ C ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อบริษัทผู้ได้มาใช้หุ้นของบริษัทแม่ของตน (ไม่ใช่หุ้นตัวเอง) ซึ่งบริษัทแม่เน้นควบคุมบริษัทตนอยู่ นอกจากนี้บริษัทผู้ได้มาสามารถโอนทรัพย์สินหรือหุ้นที่ได้รับมาจากการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจในแบบเหล่านี้ ไปให้แก่บริษัทในเครือซึ่งตนควบคุมอยู่นั้น

ได้มีการให้ความหมายกลาง ๆ ของคำว่าควบคุมในมาตรา 368 (c) ซึ่งระบุว่า การควบคุมนั้นต้องการ (ก) การเป็นเจ้าของหุ้นเป็นจำนวนอย่างน้อยร้อยละ 80 ของจำนวนหุ้นทั้งหมดทุกประเภทที่มีสิทธิออกเสียง (voting stock) และ (ข) อย่างน้อยร้อยละ 80 ของจำนวนหุ้นประเภทอื่นทั้งหมดของบริษัท ในการพิจารณาว่ามี "การควบคุม" อยู่หรือไม่นั้นก็คงจะได้พิจารณาถึงทฤษฎีของการกระทำทุกขั้นตอน (step-transaction doctrine) ด้วย

(6) ความมุ่งหมายทางธุรกิจ (Business purpose)

ในการที่จะเข้าข่ายตามแนวความคิดในเรื่องการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจนั้น การดำเนินการเพื่อการจัดรูปองค์กรนั้นต้องมีความมุ่งหมายในทางธุรกิจ (ระเบียบที่ 1.368-1(c)) ที่มาของหลักการนี้ปรากฏอยู่ในความเห็นของศาลอุทธรณ์และศาลสูงในคดีระหว่าง Gregory และ Helvering ในคดีดังกล่าวนี้ Mrs. Gregory ได้ดำเนินการให้บริษัทของตนโอนทรัพย์สินที่เธอต้องการขายส่วนตัวไปยังบริษัทในเครือที่จัดตั้งขึ้นใหม่ และหลังจากนั้นก็ดำเนินการให้หุ้นในบริษัทในเครือมาเป็นของเธอทั้งหมดต่อมา ก็ทำการเลิกบริษัทในเครือเสีย และขายทรัพย์สินดังกล่าวไป ศาลเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเพียงเพื่อให้สามารถจำหน่ายทรัพย์สินนั้น โดยเสียภาษีจากกำไรส่วนที่เกินทุนในอัตราที่ประสงค์แทนที่จะเสียภาษีเงินได้ธรรมดาที่จะเก็บจากบริษัทของเธอในการโอนทรัพย์สินมาให้แก่เธอ

การขาดความมุ่งหมายทางธุรกิจจะลบล้างโครงสร้างของนิติสัมพันธ์ที่ตั้งใจจะทำได้ และจะไม่ถือเป็นการจัดรูปองค์กร นอกจากว่าการจัดรูปองค์กรนั้นมีความมุ่งหมายในทางธุรกิจ ทฤษฎีความมุ่งหมายทางธุรกิจอธิบายได้เป็นหลายทาง ความมุ่งหมายทางธุรกิจจะไม่เกิดขึ้นหากมิได้มุ่งหมายให้การจัดรูปองค์กรมีผลตลอดไปหรือเพื่อขจัดหรือการลดภาระภาษีอากรเท่านั้น หรือเป็นการสนองความต้องการของเจ้าขององค์กรที่เกี่ยวข้องมากกว่าสนองความต้องการขององค์กรนั้นเอง อย่างไรก็ตามในบริษัทซึ่งมีความสัมพันธ์กันในการถือหุ้นอย่างใกล้ชิด หรือบริษัทครอบครัวอาจทำให้พิจารณาความมุ่งหมายทางธุรกิจได้เป็นไปในทางลบ เนื่องจากตัวผู้ถือหุ้นกับบริษัทแทบจะเป็นคนเดียวกันจึงอาจพิจารณาได้ยากว่าจริงๆ แล้ว การจัดรูปองค์กรนั้นมีวัตถุประสงค์ทางธุรกิจหรือไม่ ซึ่งคำตอบนั้นจะต้องพิจารณา

ประเมินจากความเป็นจริงเป็นสำคัญ ซึ่งมีแนวโน้มว่าสรรพากรจะพิจารณาไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่รัฐมากกว่า

(7) การดำเนินการเป็นขั้นตอน (Step-transaction doctrine)

หากในการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจนั้น เป็นการดำเนินการเพื่อให้บรรลุเป้าหมายที่แท้จริง ที่องค์กรประสงค์จะดำเนินการโดยอาศัยขั้นตอนการจัดรูปองค์กรเป็นบันไดแล้ว การกระทำทั้งหลายนั้นไม่อาจถือเป็นการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจซึ่งไม่ต้องเสียภาษี ตัวอย่างเช่น ในการจัดรูปองค์กรแบบ A การดำเนินการสองขั้นตอนต่อเนื่องกัน นั่นคือสองบริษัททำการรวมตัวกันโดยการโอนกิจการ และต่อมาผู้ถือหุ้นของบริษัทผู้โอนขายหุ้นของตนที่เพิ่งได้รับมาใหม่นั้นออกไป ซึ่งทั้งสรรพากรและศาลจะนำทฤษฎีของการดำเนินการตามขั้นตอน (step-transaction doctrine) มาใช้บังคับได้ โดยเฉพาะในการจัดรูปองค์กรตามแบบ A, B และการจัดรูปองค์กรสามฝ่าย (triangular)

กล่าวโดยสรุป ตามทฤษฎีนี้ นั่นต้องพิจารณาถึงผลท้ายที่สุดของการดำเนินการ เพราะการดำเนินการในตอนแรกนั้น อาจจะถูกเหมือนไม่ใช่การจัดรูปองค์กรทางธุรกิจก็ได้

(8) สาระสำคัญกับรูปแบบ (Substance v. form)

ศาลและกรมสรรพากรในบางกรณีจะละเลยรูปแบบของนิติสัมพันธ์ และคำนึงถึงสาระสำคัญมากกว่ารูปแบบ โดยเฉพาะสำหรับนิติสัมพันธ์ซึ่งสงสัยว่าจะมีผลบังคับกันได้อย่างไร ทฤษฎีนี้คล้ายคลึงกันกับทฤษฎีความมุ่งหมาย

ทางธุรกิจซึ่งละเลยในเรื่องแบบของนิติสัมพันธ์ หากไม่มีความมุ่งหมายทางธุรกิจเป็นแรงจูงใจในการทำนิติสัมพันธ์นั้นๆ ตัวอย่างเช่น ศาลฎีกาละเลยแบบของการจัดรูปองค์กรเพื่อจัดเก็บภาษีเงินปันผล ในคดี Gregory และ Helvering ทฤษฎีความขัดแย้งระหว่างสาระสำคัญ และแบบของนิติสัมพันธ์ ยังนำไปใช้กับกรณีอื่น ๆ นอกเหนือจากการจัดรูปองค์กรด้วย นั่นคือเราอาจกล่าวได้ว่า สาระสำคัญเหนือกว่ารูปแบบของสัญญา หรือนิติสัมพันธ์ที่ได้ทำขึ้นระหว่างคู่สัญญา (substance over form)

2. ข้อพิจารณาทางภาษีอากรตาม IRC กับการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจแบบต่าง ๆ

2.1 ประวัติความเป็นมาของการพัฒนากฎหมายภาษีอากร

ในปี ค.ศ. 1918 กฎหมายภาษีอากรของสหรัฐอเมริกาได้เริ่มยอมรับเรื่องการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจโดยได้กล่าวถึงกรณีของการรวมบริษัทโดยการโอนกิจการหรือการควบบริษัทว่าหากบริษัทหรือบุคคลได้รับหุ้นหรือหลักทรัพย์เข้ามาแทนที่ตนเองถืออยู่ โดยมีมูลค่ารวมกันไม่เกินกว่ามูลค่าที่ตราไว้ (par face value) แล้ว ก็จะไม่ถือว่ามีกำไรหรือขาดทุนเกิดขึ้นจากการแลกเปลี่ยนนั้นและหุ้นหรือหลักทรัพย์ที่ได้รับมาใหม่นั้นจะถือว่าเข้ามาแทนที่หุ้น หรือหลักทรัพย์หรือทรัพย์สินที่ได้แลกเปลี่ยนไป นับได้ว่ากฎหมายภาษีอากรของสหรัฐอเมริกาในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจได้เริ่มต้นพัฒนามานานแล้ว และต่อมาในปี ค.ศ. 1924 กฎหมายก็ได้บัญญัติชัดเจนขึ้น โดยได้ครอบคลุมถึงการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจแบบอื่น ๆ นอกเหนือไปจากการรวมบริษัทโดยการโอนกิจการและการควบบริษัท เช่น การแลกเปลี่ยนสินกับทรัพย์สิน และการได้มาซึ่งหุ้นหรือทรัพย์สินส่วนใหญ่ของ

บริษัทหนึ่ง การจัดโครงสร้างของทุนขึ้นใหม่ เป็นต้น และได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเรื่อยมา โดยเฉพาะในปี ค.ศ. 1928 ซึ่งมีผู้กล่าวว่า เป็นจุดสูงสุดของการพัฒนาการของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจ⁴ อย่างไรก็ตามก็ดีในส่วนของการหลักการหรือโครงสร้างก็เป็นเช่นเดียวกันกับที่ผ่านมานั่นเอง

2.2 ความหมายของบริษัท (Corporation) ในประเทศสหรัฐอเมริกา⁵

ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นความหมายของบริษัท (Corporation) หมายถึงบุคคลสมมติที่กำเนิดขึ้นโดยกฎหมายประกอบด้วย บุคคลหนึ่งหรือหลายคนมาร่วมกัน โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะดำเนินธุรกิจตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ต่อเนื่องกันโดยไม่เปลี่ยนแปลงตัวบุคคล และมีอำนาจที่จะดำเนินการโดยมีความสามารถ หรือดำเนินธุรกิจตามที่ได้รับมอบหมายตามแบบ หรือลักษณะ เช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป

A Corporation is an artificial person created by law consisting of one or more natural persons united in one body under such grants as secure

⁴William D. Andrews, Federal Income Taxation of Corporate Transactions, pp. 66 - 70

⁵ฉัตรทิพย์ ตัณฑประศาสน์, มาตรการทางกฎหมาย ในการคุ้มครองผู้ถือหุ้น, (วิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโทบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2525), หน้า 5-8.

a succession of members without changing the identity of the body, and empowered to act in a certain capacity or to transact business of some designated form or nature like a nature person⁶

แต่ความหมายเกี่ยวกับบริษัทที่นับว่ารัดกุมและเหมาะสมพอควร ก็คือคำนิยามที่ Chief Justice Marshall ได้ให้คำอธิบายไว้ในการตัดสินคดี Dartmouth College Case เมื่อ ค.ศ. 1819 โดยสั้น ๆ คือ "An artificial being, invisible intangible, and existing only in contemplation of Law บริษัทเป็นบุคคล สมมติมองไม่เห็น ไม่อาจสัมผัสจับต้องได้ และมีสภาพเป็นบุคคลขึ้นมาด้วย อำนาจของกฎหมายเท่านั้น"

ประเภทของบริษัทในสหรัฐอเมริกา

การแบ่งแยกประเภทบริษัทในสหรัฐอเมริกาโดยพิจารณา จักการและวัตถุประสงค์จะแบ่งแยกได้ดังนี้ คือ

(1) Public Corporation หมายถึง องค์การ และการแบ่งแยกหน่วยงานปกครองท้องถิ่นต่าง ๆ ของรัฐบาลและเทศบาล เช่น Cities⁷

⁶Herry G. Henn, Law of Corporations, New York: West Publishing Co., 1978. P. 2.

⁷Ibid, P. 2.

(2) Private Corporation อาจมีความหมาย
แบ่งแยกได้ 2 ประเภท คือ

ก. องค์การที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บริการ
แก่สาธารณะและไม่มีจุดมุ่งที่จะแสวงหากำไร⁸ (Non profit organization)
เช่น องค์การศาสนา (Churches) โรงพยาบาล (Hospital) สถาบัน
การศึกษาต่าง ๆ (Colleges) และองค์การอื่น ๆ ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน

สำหรับองค์การดังกล่าวข้างต้นมีเงินทุนดำเนินงาน
โดยไม่มีลักษณะเป็นหุ้น (Non-stock) แต่เป็นจำนวนเงินก้อน

ข. องค์การธุรกิจทั้งหลายที่แบ่งทุนออกเป็นหุ้น (Stock
or shares) และดำเนินกิจการโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะแสวงหากำไร
(operating for profit) เช่น บริษัทอุตสาหกรรมต่าง ๆ ที่ผลิตสินค้า
ขึ้นมาเพื่อจำหน่าย

บริษัทที่ดำเนินกิจการสาธารณูปโภค (Public
utilities) มีบริษัทรถไฟ, บริษัทไฟฟ้า, บริษัทประปา, บริษัทโทรศัพท์,
บริษัทเดินรถประจำทาง, ธนาคารหรือบริษัทให้กู้ยืมเงินต่าง ๆ

สำหรับ Private company นั้น อาจพิจารณาแบ่ง-
แยกจากการออกจำหน่ายหุ้นได้อีก ดังนี้

⁸Ibid, P. 3.

ก. Open Corporation หมายถึง บริษัทที่สามารถ
เสนอขายหุ้นให้แก่ประชาชนทั่วไปได้

ข. Closed Corporation หมายถึง บริษัทที่มี
ผู้ถือหุ้นจำนวนน้อยเพียงไม่กี่คน และไม่นำหุ้นของบริษัทออกเสนอขายให้แก่
ประชาชนทั่วไป ดังนั้นผู้ถือหุ้นจึงมีลักษณะ เป็นคนในครอบครัวญาติ
สนิทมิตรสหายเท่านั้น

นอกจากนี้แล้ว บริษัทในประเทศสหรัฐอเมริกาอาจจะแยก
ประเภทออก โดยพิจารณาจากสถานที่ตั้งดำเนินกิจการได้อีกเช่น

1. Domestic Corporation หมายถึง บริษัทที่
ประกอบกิจการค้าอยู่ภายในรัฐที่ตนจดทะเบียนจัดตั้งขึ้นมา

2. Foreign Corporation หมายถึง บริษัทที่จด
ทะเบียนจัดตั้งขึ้นในรัฐหนึ่ง แต่ดำเนินกิจการค้าอยู่ในมลรัฐอื่น

การจัดตั้งบริษัทในสหรัฐอเมริกาในปัจจุบันจะต้องเป็น
ไปตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทที่แต่ละมลรัฐจะได้มีกฎหมายออกมา ดังนั้นจะไม่
เหมือนกันทั่วไป แต่ขึ้นอยู่กับว่าจะจัดตั้งบริษัทในรัฐใดก็ต้องดำเนินการให้เป็น
ไปตามกฎหมายของรัฐนั้น ๆ

2.3 ผลทางภาษีอากรตามกฎหมายสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจในรูปแบบต่าง ๆ*

ประมวลรัษฎากรของสหรัฐอเมริกา หรือ IRC ได้บัญญัติเกี่ยวกับภาษีอากรในการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจไว้ในมาตรา 368 (a)(1)ว่า จะไม่ต้องมีการรับรู้ผลกำไรหรือขาดทุน โดยกำหนดให้ชะลอ (defer) การจัดเก็บภาษี ในขณะที่มีการได้รับประโยชน์จากการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจไว้ก่อน จนกว่าจะได้มีการจำหน่ายจ่ายโอนหุ้นหรือทรัพย์สินไปจริง หากมีการจัดรูปองค์กรธุรกิจตามมาตรา 368 (a)(1)(A) ถึง (G) หรือที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่าเป็นการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจแบบ A ถึงแบบ G นั้นเอง ซึ่งจะระบุนรายละเอียดว่าการจัดรูปองค์กรแบบนั้น ๆ มีลักษณะใดบ้าง พร้อมทั้งกำหนดรายละเอียดไว้ทั้งใน IRC เอง และใน ITR ซึ่งจำเป็นต้องศึกษาประกอบกัน และพึงต้องระลึกถึงแนวความคิดพื้นฐานที่จำเป็นต้องมีในการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจ ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวแล้วในข้อ 1. ในบทเดียวกันนี้ ส่วนที่ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงต่อไปนี้จะได้กล่าวถึงเฉพาะกรณีที่ต้องจัดรูปธุรกิจให้ ความสนใจ และเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับองค์กรธุรกิจ 2 องค์กรขึ้นไป เช่นเดียวกับที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 2

- ก. การจัดรูปองค์กรทางธุรกิจโดยการโอนกิจการ หรือการควบบริษัท (Statutory merger or Consolidation) (การจัดรูปองค์กรธุรกิจแบบ A)

การโอนกิจการหรือการควบบริษัทนั้นเป็นไปตามกฎหมายลักษณะบริษัทของรัฐซึ่งเป็นกรณีที่บริษัทตั้งแต่สองบริษัทขึ้นไปมารวมเข้ากันตามวิธี

*รายละเอียดของกฎหมายภาษีอากรของสหรัฐอเมริกา ที่อ้างอิงถึงนั้น โปรดดูภาคผนวก ช.

การที่กฎหมายกำหนด ข้อแตกต่างของการรวมบริษัทโดยการโอนกิจการ
กับการควบบริษัทนั้นอยู่ที่การโอนกิจการนั้น จะมีบริษัทหนึ่งคงอยู่
(surviving corporation) และบริษัทหนึ่ง (หรือมากกว่า) หายไป
แต่การควบบริษัทนั้น บริษัททั้งสอง (หรือมากกว่า) จะหายไป และเกิดเป็น
บริษัทจัดตั้งใหม่ขึ้นมา แม้ว่าผลทางกฎหมายของทั้งสองแบบจะเหมือนกัน
กล่าวคือเมื่อโอนกิจการหรือควบกันแล้วบริษัทที่คงอยู่ หรือบริษัทที่เกิดขึ้นมาใหม่
แล้วแต่กรณี จะเป็นเจ้าของบรรดาสินทรัพย์ และต้องรับเอาบรรดาหนี้สิน
ทั้งปวงของบริษัทที่หายไปทั้งหมด ผู้ถือหุ้นและเจ้าหน้าที่ของบริษัทที่หายไปจะ
กลายเป็นผู้ถือหุ้น หรือเจ้าหน้าที่ของบริษัทที่คงอยู่หรือบริษัทที่เกิดขึ้นมาใหม่ โดย
อัตโนมัติตามแผนการหรือสัญญาในการโอนกิจการหรือควบบริษัทนั้น

1. ข้อกำหนดทางกฎหมาย และตามแนวคำพิพากษาของศาล

การโอนกิจการและการควบบริษัทได้รับการยอมรับตามกฎหมาย
ของสหรัฐอเมริกาให้เป็นการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจแบบแรกโดยกฎหมายภาษี
อากร ค.ศ. 1918 หลักเกณฑ์รายละเอียดตามข้อกำหนดบัญญัติไว้ว่า "
การที่จะจัดเข้าคุณสมบัติของการจัดรูปองค์กรตามมาตรา 368 (a)(1)(A)
นั้น จะต้องมิตินิติสัมพันธ์เป็นการโอน หรือการควบโดยผลของกฎหมาย
บริษัทของสหรัฐอเมริกา หรืออาณานิคม หรือปริมณฑลแห่งโคลัมเบีย"
คุณสมบัติข้อนี้ หมายความว่านิติสัมพันธ์การโอน หรือการควบองค์กรจะ
ต้องเป็นไปตามกฎหมายและขั้นตอนที่รัฐกำหนด นอกจากนั้นการโอนกิจการ
หรือการควบกิจการขององค์กรต่างชาติ ตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปภายใต้
กฎหมายต่างประเทศไม่ถือเป็นการจัดรูปองค์กรตามแบบ "A" เพราะไม่ได้
เป็นไปตามกฎหมายท้องถิ่น แต่อาจถือเป็นการจัดรูปองค์กรแบบอื่นตามที่
บัญญัติในมาตรา 368 ก็ได้

มาตรา 368 (2)(1)(A) ไม่มีข้อจำกัดในเรื่องชนิดของค่าตอบแทนซึ่งให้แก่ผู้ถือหุ้นขององค์กรเป้าหมายในการโอนหรือควบกิจการ ในทางตรงกันข้ามกับการจัดรูปองค์กรแบบอื่น เช่น แบบ B ตามมาตรา 368 (a)(1)(B) กำหนดให้ค่าตอบแทนตามกฎหมายต้องเป็นหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง (voting stock) ขององค์กรผู้รับโอนเท่านั้น และมาตรา 368 (a)(1)(C) ต้องมีการให้หุ้นที่มีสิทธิออกเสียงเป็นค่าตอบแทน แม้ว่าจะอนุญาตให้จ่ายค่าตอบแทนเป็นอย่างอื่นได้ด้วยก็ตาม แต่ก็มีจำนวนจำกัด ส่วนการจัดรูปองค์กรแบบ A นั้น อาจมีการให้แก่ผู้ถือหุ้นขององค์กรเป้าหมาย อาจได้รับหุ้นที่ไม่มีสิทธิออกเสียง หลักทรัพย์ เงิน หรือทรัพย์สินอื่น ๆ ก็ได้

เนื่องจากความยืดหยุ่นของการจ่ายค่าตอบแทนในการจัดรูปองค์กรแบบ A นี้เอง จึงเป็นที่แน่ชัดว่าความสมบูรณ์ขององค์ประกอบตามกฎหมายบริษัทของสหรัฐอเมริกา หรือของรัฐจึงไม่เพียงพอที่จะถือว่าสามารถจัดเข้าลักษณะของการจัดรูปองค์กร เพราะมีฉะนั้นจะกลายเป็นช่องว่างให้มีการขายทรัพย์สินขององค์กร และเป็นช่องทางให้ผู้ขายสามารถหลีกเลี่ยงกำไรจากการขายอันต้องเสียภาษีได้ ดังนั้นหลักการหรือแนวความคิดอื่น ๆ ที่มีได้บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้บังคับกับการจัดรูปองค์กรจะนำมาใช้กับการจัดรูปองค์กรแบบ A ด้วย หลักการหรือแนวความคิดดังกล่าวคือ (1) ความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของ (2) ความต่อเนื่องในการประกอบธุรกิจ และ (3) ความมุ่งหมายทางธุรกิจ ซึ่งได้กล่าวแล้วในข้อ 1 แห่งบทนี้ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับแนวความคิดในเรื่องการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจ

2. การโอนทรัพย์สินที่ได้มาไปให้แก่บริษัทในเครือ

มาตรา 368 (a)(2)(C) ได้กำหนดความยืดหยุ่นของหลักการเรื่องการโอนกิจการ หรือการควบบริษัท ซึ่งหากปราศจากบท

มาตรานี้ การโอนทรัพย์สินที่ได้มา ไปให้แก่บริษัทในเครือหรือบริษัทซึ่งบริษัทผู้ได้มามีอำนาจควบคุมอยู่ย่อมไม่สามารถจัดเข้าเป็นการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจตามแบบ A นี้ได้ เนื่องจากขาดความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของนั่นเอง อย่างไรก็ตามการผ่อนผันหรือยืดหยุ่นนี้อนุญาตให้เฉพาะการโอนไปยังบริษัทในเครือโดยตรง บริษัทหนึ่งของบริษัทผู้ได้มาเท่านั้น แต่มิได้อนุญาตไปถึงบริษัทลูกหลาน หรือเครือข่ายของบริษัทในเครือดังกล่าวอีกครั้งหนึ่ง เพราะเหตุที่บริษัทผู้รับโอนมามีอำนาจควบคุม

3. ทรัพย์สินที่ไม่เป็นที่ต้องการ

การดำเนินการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจโดยการโอนกิจการซึ่งจะไม่ต้องเสียภาษีนั้น ยืดหยุ่นให้สามารถทำการจำหน่ายทรัพย์สินที่บริษัทผู้รับโอนไม่ต้องการได้ด้วย เนื่องจากการจัดรูปองค์กรแบบ A นี้มิได้บังคับให้ต้องมีการโอนทรัพย์สินเป็นสาระสำคัญทั้งหมดของบริษัทที่ถูกกลืนมายังบริษัทเป้าหมายแต่อย่างใด ซึ่งต่างจากการจัดรูปองค์กรแบบ C ซึ่งเป็นกรณีการใช้หุ้นแลกกับทรัพย์สิน

4. การรับเอาหนี้สินของบริษัทที่ถูกกลืน

ในการโอนกิจการ และการควบบริษัทนั้น บริษัทผู้ได้มาหรือบริษัทใหม่ต้องรับเอาบรรดาหนี้สินทั้งหลายของบริษัทที่ถูกกลืนมาด้วยและเป็นข้อเสียอย่างหนึ่งของการจัดรูปองค์กรแบบนี้ เพราะบริษัทผู้รับโอน หรือบริษัทใหม่ต้องรับเอาภาระดังกล่าว โดยเฉพาะหากเป็นหนี้สินที่ไม่ได้รับการเปิดเผยมาแต่แรก มาตรา 357 (c) ยังได้กำหนดว่าบริษัทผู้รับโอนต้องรับรู้ผลกำไรจากการรับโอนกิจการ หากจำนวนหนี้สินที่รับเอารวมกับจำนวน

หนี้สินที่มีอยู่กับทรัพย์สินที่โอนนั้นเกินกว่าต้นทุนของทรัพย์สินที่บริษัทปรับปรุงแล้วสำหรับที่โอนนั้น

ข. การได้มาซึ่งหุ้นโดยการไ้หุ้นแลกกับหุ้น (Stock-for-stock acquisition) (การจัดรูปองค์กรทางธุรกิจแบบ B)

ในมาตรา 368 (a)(1)(B) ได้ให้ความหมายของการจัดรูปองค์กรแบบ B ว่าเป็นการได้มาโดยบริษัทหนึ่งแล้มาซึ่งหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง (solely for voting stock) ทั้งหมดหรือบางส่วนของอีกบริษัทหนึ่งโดยไ้หุ้นทั้งหมดหรือบางส่วนของตน (และตั้งแต่ปี 1964 มา อนุญาตให้ไ้หุ้นของบริษัทที่อยู่ในความควบคุมของตนด้วยไ้ด้วย) เข้าแลกและทันทีหลังจากที่ไ้หุ้นมานั้นบริษัทผู้ได้มามีอำนาจควบคุมในอีกบริษัทหนึ่งและ ไม่สำคัญว่าจะมีอำนาจควบคุมก่อนการไ้มานั้นหรือไม่ ตัวอย่างเช่น บริษัท A แลกหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงจำนวน 20% ของตน กับหุ้นจำนวน 80% ของหุ้นทั้งหมดในบริษัท B ซึ่งทำให้บริษัท A กลายเป็นบริษัทแม่ของบริษัท B และบริษัท B จะกลายเป็นบริษัทในเครือของบริษัท A ไป อย่างไรก็ดี ในการจัดรูปองค์กรแบบ B นี้ บริษัทผู้ได้มา จะรับเอาบรรดาหนี้สินมาด้วยไม่ได้

ศาลสูงในคดีระหว่าง Helvering และ Southwest Consolidated Corp. ได้ให้ความหมายของคำว่า "เพื่อหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงเท่านั้น (solely for voting stock)" ไว้เป็นครั้งแรก ตามข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวนี้ Southwest ได้มาซึ่งทรัพย์สินจำนวน 63% ของทรัพย์สินทั้งหมดในอีกบริษัทหนึ่ง โดยไ้หุ้นที่มีสิทธิออกเสียงของตนเข้าแลก ส่วนทรัพย์สินที่เหลือนั้นไ้ใช้เงินสด และสิทธิในการซื้อหุ้น (stock purchase warrants) เข้าแลก ศาลสูงได้ตัดสินว่าสิทธิใน

การซื้อหุ้นดังกล่าวไม่มีค่าเทียบเท่ากับหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงและได้ระบุว่า คำว่า "เพียงเพื่อ (solely)" นั้นเป็นกฎอันเด็ดขาด และไม่เปิดทางให้มีการจ่ายค่าตอบแทนกันเป็นอย่างอื่นอันมิใช่หุ้นที่มีสิทธิออกเสียงและคำพิพากษาของศาลสูงในคดีต่อ ๆ มา ก็ได้ยืนตามคำพิพากษาในคดีดังกล่าวนี้

1. หุ้นที่มีสิทธิออกเสียง (voting stock) นั้น รวมถึงบรรดาหุ้นทุกประเภทที่มีสิทธิในการออกเสียง ดังนั้นหุ้นบุริมสิทธิชนิดที่มีสิทธิออกเสียงย่อมอยู่ในข่ายด้วย ในคำพิพากษาของศาล ศาลได้ระบุให้สิทธิในการซื้อหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงเพิ่มขึ้น (rights or warrants to purchase additional voting stock) ไม่ถือเป็นหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง สรรพากรสหรัฐอเมริกาก็ได้วางหลักว่า หุ้นกู้แปลงสภาพ (convertible debenture) ไม่ใช่หุ้นที่มีสิทธิออกเสียง เพราะมีสภาพคล้ายกับสิทธิในการจองซื้อหุ้นใหม่ (warrants) นั่นเอง หุ้นซึ่งมีสิทธิในการออกเสียงภายใต้เงื่อนไขในอนาคตก็น่าไม่ใช่หุ้นที่มีสิทธิออกเสียงตามความหมายของมาตรา 368 (a)(1) (B) นี้ เช่นเดียวกับหุ้นสามัญที่ถูกห้ามใช้สิทธิออกเสียงเป็นเวลา 5 ปี⁹

จะเห็นได้ว่านอกเหนือจากปัญหาในเรื่องของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงแล้ว การจัดรูปองค์กรทางธุรกิจตามแบบ B นี้ เป็นสิ่งที่ไม่ยุ่งยากแต่อย่างใด เนื่องจากโดยทั่วไปแล้ว ผู้ถือหุ้นของบริษัทเป้าหมายสามารถทำการโอนหรือแลกเปลี่ยนหุ้นของตนได้โดยอิสระ และบริษัทจะมิได้เข้ามาเกี่ยวข้องโดยตรงซึ่งอาจจัดปัญหาการดำเนินการตามรูปแบบอันอาจยุ่งยากลงไปได้ เช่นเดียวกับผู้ถือหุ้นของบริษัทผู้ได้มา เพราะเพียงต้องการแค่หลักฐาน

⁹1979 Annual Edition west' Federal Taxation, William H. Hoffman, West Publishing Co. 1978, West Publishing Co. 1978 U.S.A.

การโอนหรือแลกเปลี่ยนหุ้นกันเท่านั้น ดังนั้นปัญหาในเรื่องของผู้ถือหุ้นส่วนน้อยที่มีอยู่ในการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจตามแบบ A จึงถูกขจัดไปได้ในระดับหนึ่ง อย่างไรก็ตามก็ยังคงอาจมีปัญหาในส่วนของผู้ถือหุ้นส่วนน้อยของบริษัทเป็นเป้าหมายอยู่เช่นกัน

2. การได้มาซึ่งอำนาจควบคุม

ลักษณะสำคัญประการหนึ่งอันจะทำให้เข้าเป็นการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจแบบ B ตามมาตรา 368 (a)(1)(B) คือการได้มาซึ่งอำนาจควบคุมการได้มาซึ่งอำนาจควบคุมนี้ต้องมีขึ้นในทันทีหลังจากเกิดนิติสัมพันธ์ที่ก่อให้เกิดการจัดรูปองค์กร องค์กรผู้รับโอนต้องเป็นเจ้าของหุ้นอย่างน้อยร้อยละ 80 ของหุ้นทั้งหมดที่มีสิทธิออกเสียง และอย่างน้อยร้อยละ 80 ของจำนวนหุ้นทั้งหมดของหุ้นทุกชนิดขององค์กรเป้าหมาย องค์กรผู้รับโอนไม่จำเป็นต้องได้หุ้นจำนวนร้อยละ 80 ของหุ้นขององค์กรเป้าหมายในนิติสัมพันธ์ซึ่งก่อให้เกิดการจัดรูปองค์กร เพื่อให้เข้าลักษณะการได้มาซึ่งอำนาจควบคุมในขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งสิ่งที่กฎหมายต้องการคือองค์กรผู้รับโอนต้องได้หุ้นร้อยละ 80 เมื่อเสร็จสิ้นการดำเนินการทั้งปวงแล้ว

ในการใช้แนวความคิดการดำเนินการตามขั้นตอน (step-transaction doctrine) นั้นการได้มาซึ่งอำนาจควบคุมขององค์กรเป้าหมายโดยแลกเปลี่ยนกับหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงตามมาด้วยการเลิกองค์กรเป้าหมายอันเป็นส่วนหนึ่งของแผนจัดรูปองค์กร จะไม่เข้าคุณลักษณะตามมาตรา 368(a)(1)(B) นั่นคือในการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจแบบ B นั้น องค์กรเป้าหมายหรือองค์กรผู้โอนยังคงมีอยู่ต่อไปถ้ามีการเลิกกิจการสรรพากร จะไม่คำนึงถึงการได้มาซึ่งหุ้นนับว่าเป็นการแลกเปลี่ยน แต่จะถือว่านิติสัมพันธ์

นั้นเป็นการได้มาซึ่งทรัพย์สิน (asset acquisition) ซึ่งอาจจัดเข้าลักษณะการจัดรูปองค์กรแบบ C ซึ่งจะไม่มีภาวะภาษีเช่นกัน อย่างไรก็ตามหากการแลกเปลี่ยนหุ้นกับหุ้น ตามด้วยการแจกจ่ายทรัพย์สินให้องค์กรผู้รับโอนน้อยกว่าทรัพย์สินที่สำคัญทั้งหมดขององค์กรเป้าหมาย นิติสัมพันธ์นั้นจะเข้าลักษณะการจัดรูปองค์กรแบบ B

ในการพิจารณาว่าจะมีการได้มาซึ่งอำนาจการควบคุมหรือไม่นั้น การเป็นเจ้าของของสององค์กรที่เกี่ยวข้องในจำนวนร้อยละ 80 ของหุ้นขององค์กรเป้าหมายจะไม่เข้าลักษณะนี้ สมมติว่าองค์กร X มีหุ้น 2 ชนิด คือ ชนิด A และชนิด B องค์กร Y ได้หุ้นทั้งหมดในชนิด A จากผู้ถือหุ้นเดิมในองค์กร X ต่อมาองค์กร Z ได้หุ้นชนิด B หลังจากนั้นองค์กร Y ได้หุ้นทั้งหมดขององค์กร Z ดังนั้นองค์กร Y เป็นเจ้าของหุ้น ชนิด A ทั้งหมดขององค์กร X และ Z ซึ่งเป็นองค์กรในเครือขององค์กร Y แต่กระนั้นการเป็นเจ้าของหุ้นชนิด B ขององค์กร X โดยองค์กร Y ผ่านองค์กร Z ซึ่งเป็นองค์กรในเครือ จะไม่ถือว่าองค์กร Y ได้มาซึ่งอำนาจควบคุมในองค์กร X

บริษัท X

บริษัท Y

หุ้น A

หุ้น B

บริษัท Z

3. การจัดใช้ และชำระให้แกผู้ถือหุ้นที่ไม่เห็นพ้อง

เพื่อให้เข้าข่ายเป็น "เพื่อหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงเท่านั้น" ตามมาตรา 368 (a)(1)(B) ก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ เมื่อมีผู้ถือหุ้นที่ไม่เห็นพ้องหรือไม่สนใจจะเป็นผู้ถือหุ้นในองค์กรผู้รับโอนโดยการแลกเปลี่ยนหุ้นของตนเป็นที่ปรากฏแน่ชัดว่า หากส่วนหนึ่งของแผนการจัดรูปองค์กรได้จัดเตรียมเงินสด หรือทรัพย์สินอื่นเพื่อกำจัดผู้ถือหุ้นที่ไม่เห็นพ้องไว้แล้วแต่แรก เป็นการฝ่าฝืนลักษณะของ "เพื่อหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงเท่านั้น"

เพื่อแก้ปัญหาในกรณีที่ผู้ถือหุ้นที่ในองค์กรเป้าหมายที่ไม่ยินยอมองค์กรผู้รับโอนมีสิทธิที่จะชดใช้ให้แกผู้ถือหุ้นที่ไม่เห็นพ้อง การชดใช้อาจเกิดขึ้นไม่ว่าก่อนหน้าหรือภายหลังการแลกเปลี่ยนหุ้นได้ หากการเตรียมแหล่งเงินทุนสำหรับการชดใช้นั้นไม่ใช่การกระทำขององค์กรผู้รับโอนหรือองค์กรในเครือขององค์กรผู้รับโอน แม้ว่าเงินสดที่จ่ายแก่หุ้นนั้นจะไม่ได้มาจากองค์กรผู้รับโอนก็ตาม การชดใช้นั้นจะไม่ฝ่าฝืนต่อลักษณะของ "เพื่อหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงเท่านั้น" ทางออกก็คือหุ้นของผู้ถือหุ้นที่ไม่เห็นพ้องควรถูกซื้อโดยผู้สนใจที่ไม่เกี่ยวข้องกับองค์กรผู้รับโอน และควรทำเป็นนิติสัมพันธ์ต่างหาก แม้ว่าต่อมาภายหลังจะได้โอนหุ้นนั้นแกองค์กรผู้รับโอนก็ตาม

ค. การได้มาซึ่งทรัพย์สินโดย-การใช้หุ้นที่มีสิทธิออกเสียง เข้าแลก (Stock-for-assets acquisition) (การจัดรูปองค์กรทางธุรกิจแบบ C)

การจัดรูปองค์กรแบบ C นี้ เหมือนกับแบบ B กรณีการใช้หุ้นแลกกับหุ้นทุกประการ เพียงแต่สิ่งที่บริษัทผู้ได้มา (ผู้รับโอน) จะได้รับนั้นจะเป็นทรัพย์สินอันเป็นส่วนสำคัญทั้งหมด (substantially all of the

properties) แทนที่จะเป็นหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทเป้าหมายโดยใช้หุ้นของตน (หรือของบริษัทแม่) เข้าแลก ดังนั้นทรัพย์สินที่บริษัทเป้าหมายจะเหลืออยู่ ก็คือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทผู้รับโอนเท่านั้น

หากเปรียบเทียบกับการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจแบบ A โดยการโอนกิจการนั้น จะเห็นได้ว่าการจัดรูปองค์กร โดยการใช้หุ้นแลกเปลี่ยนกับทรัพย์สินนี้ แทบจะเหมือนกันกับการโอนกิจการเลยทีเดียว แต่แตกต่างกันที่ตามแบบ C นั้นองค์กรผู้รับโอนจะรับเอาบรรดาหนี้สินขององค์กรเป้าหมายมาด้วยหรือไม่ก็ได้หรือทรัพย์สินที่รับโอนมานั้น จะมีภาระหนี้สินติดอยู่ด้วยหรือไม่ก็ได้ หรือสามารถเลือกเอาได้ว่าจะรับผิดชอบในหนี้สินใดบ้าง แต่ในการโอนกิจการตามแบบ A นั้น องค์กรผู้รับโอนไม่สามารถเลือกได้ ซึ่งการจัดรูปองค์กรโดยใช้หุ้นแลกเปลี่ยนกับทรัพย์สินนั้นจะเป็นผลดีกว่าการโอนกิจการ ในแง่ของความรับผิดชอบในหนี้สิน

1. ผลตอบแทนที่ให้ในการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจ โดยการ
ใช้หุ้นแลกเปลี่ยนกับทรัพย์สิน

ค่าตอบแทนที่ให้จะเหมือนกับการจัดรูปองค์กรแบบ B นั่นคือให้เป็นหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง(voting stock) อย่างไรก็ตามมาตรา 368 (a) (2)(B) ก็ได้บัญญัติข้อยกเว้นไว้ว่าอาจจ่ายเป็นเงินสดหรือทรัพย์สินอื่นก็ได้ หากได้มีการให้หุ้นที่มีสิทธิออกเสียงตอบแทนการโอนทรัพย์สินไม่น้อยกว่า 80% ของราคาตลาดของทรัพย์สินทั้งสิ้นในบริษัทผู้โอนนั้นเป็นอย่างน้อย นอกจากนี้การที่บริษัทผู้รับโอนจะรับเอาหนี้สินหรือไม่นั้น ก็มีได้มีผลกับการจัดรูปองค์กรตามแบบ C แต่อย่างไร

2. การโอนทรัพย์สิน

ในการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจแบบ C นั้น ต้องมีการโอน "ทรัพย์สินทั้งหมดอันเป็นสาระสำคัญ (substantially all of the properties)" ของบริษัทเป้าหมายไปยังบริษัทผู้รับโอน อย่างไรก็ตาม ปกติแล้วไม่ปรากฏว่ามีการให้คำนิยามเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรว่า อะไรคือทรัพย์สินทั้งหมดอันเป็นสาระสำคัญ สรรพากรสหรัฐอเมริกาได้วางแนวทางเอาไว้ในคำสั่งทางปฏิบัติที่ 77-37 ว่าทรัพย์สินทั้งหมดอันเป็นสาระสำคัญที่โอนไปยังบริษัทผู้รับโอนนั้นจะต้องประกอบไปด้วยอย่างน้อยร้อยละ 90 ของราคาตลาดของทรัพย์สินสุทธิ และอย่างน้อยร้อยละ 70 ของราคาตลาดของทรัพย์สินทั้งหมด และศาลเองก็ได้ยอมรับการกำหนดอัตราเป็นร้อยละดังกล่าวที่สรรพากรวางแนวทางไว้ แต่อย่างไรก็ตามอัตราร้อยละนั้นมีได้เป็นวิธีเดียวเท่านั้นที่จะบอกได้ว่า เป็นการโอนทรัพย์สินอันเป็นสาระสำคัญ

แต่ศาลมีความเห็นเช่นเดียวกับสรรพากรว่าข้อเท็จจริง และ เหตุการณ์แวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับการโอนเป็นส่วนสำคัญ ดังนั้นสรรพากรและศาลมีเจตนาจะให้ความสำคัญทรัพย์สินที่ใช้ในการประกอบธุรกิจในการโอนว่าเป็น "ทรัพย์สินส่วนสำคัญ" ของผู้โอน

อนึ่ง แนวความคิดในเรื่องของความมุ่งหมายทางธุรกิจ ความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน และความต่อเนื่องในการดำเนินธุรกิจจะต้องมีอยู่ในการจัดรูปองค์กรแบบ C นี้ด้วย

3. การรับรู้ผลกำไรและขาดทุนจากการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจ

ตามหลักการภาษีอากรของสหรัฐอเมริกานั้น โดยปกติจำนวนกำไร

หรือขาดทุนจากการขาย หรือจำหน่ายทรัพย์สินด้วยประการอื่นใด จะต้องมี การ "รับรู้" เว้นแต่ที่ประมวลรัษฎากรจะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่นการรับรู้ (recognition) กับการได้รับ (realized) กำไรหรือขาดทุนนั้น แตกต่างกัน การขายหรือจำหน่ายทรัพย์สินด้วยประการอื่นใด นั้นถือเป็นภาวะ ที่ได้รับผลกำไรหรือขาดทุนภาษีอากร แต่หากเป็นเพียงการเพิ่มค่า (appreciation) หรือเสื่อมราคา (depreciation) ของทรัพย์สิน เท่านั้น ไม่ถือว่ามี การได้รับ (realized) กำไรหรือขาดทุนเกิดขึ้น กำไร หรือขาดทุนจะพิจารณาเฉพาะเมื่อทรัพย์สินนั้นถูกจำหน่ายไปจริงหรือในเวลาใด หลังจากนั้น

บทบัญญัติมาตรา 368 (a) ได้ให้ความหมายของการจัดรูป องค์การทางธุรกิจ ผู้ที่มีส่วนร่วมในการจัดรูปองค์กร ซึ่งจะได้รับประโยชน์ใน การไม่ต้องรับรู้ ผลกำไรหรือขาดทุนนั้นประกอบไปด้วยบริษัทผู้รับโอน บริษัท ผู้โอน ผู้ถือหุ้นหรือหลักทรัพย์ซึ่งได้ใช้หุ้น หรือหลักทรัพย์ในการแลกเปลี่ยน

(1) การรับรู้โดยบริษัทผู้รับโอน

มาตรา 1032 (a) บัญญัติว่าบริษัทไม่ต้องรับรู้ผลกำไรหรือ ขาดทุน เมื่อได้ทำการแลกหุ้นกับเงินสดหรือทรัพย์สินอย่างอื่น ภายใต้แผน การจัดรูปองค์กรทางธุรกิจ ซึ่งต้องมีเงื่อนไขดังนี้ (1) บริษัทได้แลกทรัพย์ ลินของตนกับหุ้นหรือหลักทรัพย์ของบริษัทผู้รับโอน (2) บริษัทได้แลกหุ้นหรือ หลักทรัพย์ของตนกับหุ้นหรือหลักทรัพย์อีกบริษัทหนึ่ง นอกจากนี้ที่เกี่ยวข้องกับ การจัดรูปองค์กรทางธุรกิจแล้วมาตรา 1032 (a) ยังเกี่ยวข้องกับการขาย หุ้นของตนเองให้แก่บุคคลอื่น เพราะยังถือว่าเป็นการ "แลกเปลี่ยน" หุ้น ของตนกับเงินสดหรือทรัพย์สินอื่น และมาตรานี้ก็ยังใช้กับการแลกเปลี่ยนหุ้นไม่ว่า

หุ้นนั้นจะเป็นหุ้นออกใหม่ หรือหุ้นที่รับคืนมาแต่บทมาตรานี้จะไม่ใช้กับกรณีที่บริษัทใช้สิ่งอื่น นอกจากหุ้นแลกเปลี่ยน เช่น ทรัพย์สินอันมีค่า ซึ่งหากกรณีเป็นเช่นนั้นผู้รับโอนจะถือว่าได้รับเงินได้ และต้องรับรู้ผลกำไรหรือขาดทุน เสมือนกับมีการจำหน่ายทรัพย์สินไปนั้นเอง ในคำวินิจฉัยของกรมสรรพากรที่ 70-305 นั้น สรรพากรเห็นว่ากรณีที่บริษัทใช้หุ้นของบริษัทแม่แทนหุ้นของตน ในการแลกเปลี่ยนนั้น ไม่เข้าตามมาตรา 1032

(2) การรับรู้โดยบริษัทผู้โอน

บทบัญญัติมาตรา 361 ได้กำหนดข้อยกเว้นการไม่ต้องรับรู้ผลกำไรหรือขาดทุนจากการโอนทรัพย์สินเอาไว้ หากมีองค์ประกอบ 3 ประการคือ (1) ผู้โอนได้โอนทรัพย์สิน (2) ผู้โอนและผู้รับโอนเป็นคู่สัญญากันในการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจซึ่งคู่สัญญาในการจัดรูปองค์กรนั้นรวมถึงบริษัทผู้โอนและผู้รับโอน บริษัทที่เกิดขึ้นจากการจัดรูปองค์กร และยังรวมถึงบริษัทที่ควบคุมผู้รับโอน ในการจัดรูปองค์กรสามฝ่าย (triangular) ด้วยและ (3) การโอนนั้นได้กระทำตามแผนการจัดรูปองค์กร

ผู้รับโอนอาจเสนอค่าตอบแทนให้แก่ผู้โอนนอกเหนือไปจากหุ้น หรือหลักทรัพย์เพื่อแลกกับทรัพย์สินของผู้โอน ค่าตอบแทนอย่างอื่น อาจเป็นเงินหรือทรัพย์สินอื่นก็ได้ (ต่อไปจะเรียกค่าตอบแทนอื่น ๆ ว่า "ส่วนเพิ่ม (boot)") ซึ่งจะเป็นทรัพย์สินซึ่งต้องรับรู้ผลกำไร หรือขาดทุนจากการจัดรูปองค์กรตามปกติ หากผู้โอนมิได้จำหน่ายจ่ายแจกส่วนเพิ่มหุ้นออกไปให้แก่ผู้ถือหุ้นตามแผนการจัดรูปองค์กร แต่ต้นทุนของส่วนเพิ่มดังกล่าวนี้คือราคาตลาดของส่วนเพิ่มขึ้นตามมาตรา 358 (a)(2)

แต่มาตรา 361 (a) ก็ไม่อนุญาตให้รับรู้ผลขาดทุนจากการ
แลกเปลี่ยนทรัพย์สิน หากได้รับทรัพย์สินอื่นนอกเหนือมาจากหุ้น หรือ
หลักทรัพย์มาด้วย

(3) การรับรู้โดยผู้ถือหุ้นของบริษัทผู้โอน

มาตรา 354 (a)(1) และ 355 (a)(1) บัญญัติว่าผู้ถือหุ้น
ไม่ต้องรับรู้ผลกำไร หรือขาดทุนจากการโอนหรือแลกเปลี่ยนหุ้นหรือ
หลักทรัพย์ด้วยกัน แต่ถ้าได้ส่วนเพิ่มไม่ว่าจะ เป็นเงินหรือทรัพย์สินอื่นก็ไม่ได้รับ
ประโยชน์เช่นนั้น ตามมาตรา 356

สำหรับจำนวนที่ผู้ถือหุ้นต้องรับรู้เป็นผลกำไรหรือขาดทุนนั้น คือ
บรรดามูลค่าของทรัพย์สินที่เป็นส่วนเพิ่ม เช่น เงิน สินค้า เครื่องมือ สิทธิ
จองซื้อหุ้น มูลค่าของหุ้น และหลักทรัพย์ ที่ได้รับไม่เกินกว่ามูลค่าที่สละหรือ
โอนไป โดยจะต้องตีราคาตามราคาตลาดอันสมควรของทรัพย์สินนั้น

ข้อพิจารณาสำคัญอีกประการหนึ่ง เป็นไปตามบทมาตรา 356
(a)(2) ซึ่งบัญญัติว่าการจำหน่ายสิ่งใด ๆ ออกไปจากเงินกำไร (หรือกำไร
สะสม) ของบริษัท จะเรียกว่าเป็นเงินปันผล แต่ถ้าเป็นการจำหน่ายกรณี
อื่น ๆ จะถือเป็นกำไรจากการขายขายทรัพย์สินในคดีระหว่าง Commissioner
และ Estate of Bedford ซึ่งผู้เสียภาษีได้แลกเปลี่ยนหุ้นบุริมสิทธิกับหุ้นสามัญ
และเงินสดในการจัดโครงสร้างของทุนของบริษัทขึ้นใหม่ ศาลสูงได้สรุปว่าการ
จำหน่ายดังกล่าวกระทบกับเงินกำไร ดังนั้นถือเป็นการจ่ายเงินปันผลที่จ่ายให้แก่ผู้
รับโอนโดยอัตโนมัติ ส่วนที่เกินกว่าอัตราส่วนของกำไรสะสมของบริษัทจะถือว่า
เป็นกำไรจากการแลกเปลี่ยน

4. ต้นทุน (Basis)

(1) ต้นทุนของผู้รับโอน

มาตรา 362 (b) บัญญัติว่าหากบริษัทผู้รับโอนได้มาซึ่งทรัพย์สิน ภายใต้การจําดรูปองค์กรต้นทุนของบริษัทผู้รับโอน ก็คือเท่ากับที่ผู้โอนมีอยู่ก่อน การโอนบวกกับผลกำไรที่ผู้โอนรับรู้ก่อนที่จะโอนนั้น

(2) ต้นทุนของผู้โอน

ตามมาตรา 358 และ 361 (b)(2) นั้น ต้นทุนของผู้โอนก็คือ มูลค่าทรัพย์สินที่ตนได้มานั้น หักด้วยจำนวนเงินและราคาตลาดของส่วนเพิ่มที่ได้มานอกเหนือจากหุ้นหรือหลักทรัพย์ บวกด้วยผลกำไรหรือเงินได้ที่เป็นผลปันผลที่ตนรับรู้จากการแลกเปลี่ยนนั้น และมูลค่าของหนี้สินที่ผู้รับโอนรับไป

(3) ต้นทุนของผู้ถือหุ้นของผู้โอน

ภายใต้มาตรา 358 นั้น หากผู้ถือหุ้นไม่ต้องรับรู้ผลกำไรหรือขาดทุน ในการจําดรูปองค์กรทางธุรกิจ มูลค่าของต้นทุนที่ทดแทนมาสำหรับหุ้นหรือหลักทรัพย์ที่ได้มานั้น นั่นคือมูลค่าของหุ้นหรือหลักทรัพย์ที่ตนโอนไป แต่ถ้าผู้ถือหุ้นได้รับส่วนเพิ่มอะไรมาจากการแลกเปลี่ยนนั้น มาตรา 358 (a)(1) กำหนดให้ผู้ถือหุ้นถือเอาต้นทุนของราคาตลาดของส่วนเพิ่มที่ได้รับนั้น แต่ไม่รวมเงินได้เป็นต้นทุน บวกด้วยต้นทุนที่ทดแทนจากการไม่ต้องรับรู้ผลกำไรหรือขาดทุนหักด้วยจำนวนเงินและราคาตลาดของส่วนเพิ่มที่ได้รับ บวกกับจำนวนเงินปันผลหรือกำไรที่ต้องรับรู้ ซึ่งหลักเกณฑ์นี้อนุญาตให้ผู้ถือหุ้นตั้งชะลอ (defer) ผลกำไรจากการไม่ต้องรับรู้ผลกำไรจากการโอนทรัพย์สินนั้นได้

5. ผลขาดทุนจากการประกอบกิจการ (Operating loss)

โดยที่การจักรูปองค์กรทางธุรกิจนั้น จะไม่ต้องเสียภาษีจากการแลกเปลี่ยนหุ้นหรือหลักทรัพย์ หรือทรัพย์สินระหว่างบริษัท เนื่องจากบริษัทใหม่ บริษัทผู้รับโอน บริษัทที่มีโครงการสร้างใหม่ หรือทรัพย์สินใหม่ แล้วแต่กรณีนั้นมีความต่อเนื่องจากบริษัทหรือทรัพย์สินเดิม ตามระเบียบที่ 1. (002-1)(c) ความต่อเนื่องในการลงทุนหรือดำเนินธุรกิจจึงเป็นหัวใจสำคัญของการได้รับประโยชน์ในทางภาษีอากร มาตรา 381 ยังได้กำหนดคกฏเกณฑ์ของการโอนผลขาดทุน เงินได้ และกำไร วิธีการทางบัญชี หรือผลทางภาษีอากรอื่น ๆ ของบริษัทผู้โอนทรัพย์สิน ภายใต้ข้อจำกัดบางประการตามมาตรา 382, 383 และ 384

ก่อนหน้าปี ค.ศ. 1954 ศาลในคดี New Colonial Inc Co และ Helvering ได้วางบรรทัดฐานไว้ว่า การยกผลขาดทุนไปนั้นต้องเป็นไปตามทฤษฎีความต่อเนื่องขององค์กร ซึ่งจำกัดว่าจะต้องเป็นองค์กรเดียวกัน แต่ศาลในคดี Helvering และ Metropolitan Edison ได้ตัดสินยกเว้นทฤษฎีดังกล่าวไว้ เนื่องจากข้อเท็จจริงในคดีนั้น เป็นการรวมตัวกันโดยการโอนกิจการระหว่างบริษัทในเครือกับบริษัทแม่ เพราะเหตุที่เป็นผลของกฎหมายว่า ทรัพย์สินและหนี้สินทั้งหลายต้องรวมเข้าด้วยกันเป็นของบริษัทที่คงอยู่นั้นเอง นอกเหนือจากกรณีดังกล่าวแล้วศาลจะปฏิเสธทั้งสิ้น

ต่อมาศาลในคดีระหว่าง Commissioner กับ Sansome ในปี 1932 ก็ได้วางทฤษฎีใหม่ขึ้นอันเกี่ยวข้องกับเงินได้ และกำไรของบริษัทผู้โอนจะโอนไปยังบริษัทผู้รับโอน โดยไม่คำนึงถึงรูปแบบของการดำเนินการของบริษัทจนกระทั่งในปี 1954 สภาก็ได้ออกกฎหมายมาตรา 381 เพราะ

เหตุที่ว่าทางปฏิบัติกับคำพิพากษาของศาลในเรื่องนี้ไม่มีใครแน่นอน และบางครั้งเราก็คัดลिनตรงกันข้ามด้วย

1. กฎหมายตรา 381 (a)

มาตรา 381 (a) กำหนดว่าบริษัทผู้รับโอนทรัพย์สินของอีกบริษัทหนึ่งจากการเลิกบริษัท และการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจ สามารถถือเอาผลเกี่ยวข้อทางภาษีอากรกับทรัพย์สินของอีกบริษัทผู้โอนนั้นที่มีอยู่ ณ วันที่มีการจำหน่ายจ่ายโอนหรือวันโอนได้และมาตรา 381 ใช้กับกรณีการจำหน่ายทรัพย์สินตามมาตรา 332 (เกี่ยวข้องกับกิจการเลิกบริษัทในเครือ) โดยมาตรา 332 นั้นใช้กับกรณีที่บริษัทแม่ถือหุ้นอย่างน้อยร้อยละ 80 ในบริษัทในเครือ และได้มีการจำหน่ายหุ้นทั้งหมดจากการเลิกและชำระบัญชีของบริษัท ในระยะเวลาที่กำหนด

ส่วนการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจที่เข้าข่ายตามมาตรา 381 ที่ได้กล่าวถึงในบทนี้ นั้น คือการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจแบบ A และแบบ C แต่การจัดรูปองค์กรแบบ B (การแลกเปลี่ยนกันระหว่างหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง) ไม่เข้าข่ายที่จะยกผลขาดทุนไปตามมาตรา 381 ได้

2. รายการทางภาษีอากรที่สามารถยกไปยังบริษัทผู้รับโอนได้

มาตรา 381 (c) บัญญัติว่า รายการทางภาษีอากรของบริษัทผู้โอนที่สามารถยกไปใช้ในบริษัทผู้รับโอนได้ มีจำนวนทั้งสิ้น 23 รายการที่สำคัญ ๆ มีดังนี้

- (1) ผลขาดทุนสุทธิจากกิจการ
- (2) เงินได้ และกำไร
- (3) วิธีการทางบัญชี
- (4) หนี้สิน
- (5) เงินสมทบ เพื่อแผนงานอันเป็นประโยชน์ของลูกค้า
- (6) ผลขาดทุนจากทรัพย์สินส่วนทุน (Capital assets)
- (7) สินค้าคงเหลือ
- (8) วิธีการคำนวณค่าสึกหรอ และค่าเสื่อมราคา
- (9) วิธีการหนี้อ่อนชำระ
- (10) การตัดยอดส่วนลด หรือส่วนล้ำมูลค่าของพันธบัตร
- (11) รายจ่ายเพื่อการสำรวจ และพัฒนาซึ่งคงค้างอยู่
- (12) การได้กลับคืนมาซึ่งหนี้สูญ
- (13) การแปลงค่า involuntary
- (14) เงินบริจาคยกไป
- (15) เครดิตภาษีอากร

แต่ที่ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงโดยละเอียด คือที่เกี่ยวข้องกับ
ผลขาดทุนสุทธิของกิจการเงินได้และกำไรยกไป และหนี้สินของบริษัทผู้โอน

(1) ผลขาดทุนสุทธิของกิจการ

มาตรา 387 กำหนดให้บริษัทผู้รับโอนรับช่วงเอาผล
ขาดทุนสุทธิของบริษัทผู้โอนไปใช้ได้ ตามจำนวนที่มีอยู่ ณ วันที่ได้มา โดย
ผลขาดทุนสุทธินั้นต้องคำนวณตาม IRC โดยมีข้อจำกัดบางประการตาม
มาตรา 382 และ 269 มีข้อสังเกตว่ามาตรา 381 (c) อนุญาตให้มี

การยกผลขาดทุนสุทธิไปยังบริษัทผู้รับโอน โดยไม่คำนึงว่าบริษัทผู้รับโอนจะ
ได้รับเอาทรัพย์สินของบริษัทผู้โอนมาทั้ง 100% หรือไม่

มาตรา 381 (c)(1)(A) กำหนดว่าผลขาดทุนสุทธิ
ของบริษัทผู้โอนที่มีอยู่ ณ วันโอนนั้น จะต้องนำไปใช้กับปีภาษีแรกหลังจากได้
รับโอนของบริษัทผู้รับโอนเสียก่อน แต่ที่จะนำไปหักจากผลการดำเนินงาน
ของบริษัทผู้รับโอนได้ จะต้องไม่เกินกว่าจำนวนเงินได้ที่ต้องเสียภาษี
(taxable income) ของผู้รับโอนที่มีอยู่ตามจำนวนวันหลังการรับโอน

ดังนั้น หากการโอนทำกันในวันสุดท้ายของปีภาษีของผู้
รับโอนแล้วผลขาดทุนสุทธิสำหรับปีแรกจะสามารถนำไปใช้ได้เต็มจำนวน อนึ่ง
ข้อพิจารณาี้จะมีขึ้นเฉพาะปีภาษีแรกเท่านั้น จะไม่เป็นปัญหาของปีต่อไปแต่
อย่างไร

ตัวอย่าง บริษัท A และบริษัท B ตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 1 มกราคม 2530 และปี
ภาษีตามปีปฏิทิน ต่อมาบริษัท A เข้ารวมกับบริษัท B โดยการ
โอนกิจการ เมื่อวันที่ 1 กันยายน 2531 และคงเหลือบริษัท
B อยู่ ผลการดำเนินการของทั้งสองบริษัทเป็นดังนี้

ปี	บริษัท A	บริษัท B
2530	(30,000)	(10,000)
ณ วันที่ 31 สิงหาคม 2531	(20,000)	0
2531		48,000

ผลขาดทุนสุทธิของบริษัท A ที่สามารถยกไปได้มีจำนวนทั้งสิ้น 50,000 แต่สำหรับการคำนวณกำไรสุทธิของบริษัท B ในปี 2531 นั้น สามารถนำผลขาดทุนสุทธิของบริษัท A ไปใช้ได้เพียง 16,000 เท่านั้น $[48,000 \times 122 (31/8 - 31/12) / 365]$ ดังนั้นเงินได้เพื่อเสียภาษีของบริษัท B จะเท่ากับ 22,000 $(48,000 - 16,000 - 10,000)$ และมีผลขาดทุนยกไปใช้ในปีต่อไปได้อีก 34,000 $(50,000 - 16,000)$

(2) เงินได้และผลกำไร

ภายใต้ข้อกำหนดตามมาตรา 381 (c)(2) ในกรณีที่บริษัทผู้โอน มีเงินได้และกำไรสะสมอยู่ ณ วันที่มีการโอนนั้น เงินได้และกำไรดังกล่าวจะถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของเงินได้ และกำไรสะสมของบริษัทผู้รับโอน ในทำนองเดียวกันผลขาดทุนสะสมของบริษัทผู้โอนก็จะถือเสมือนว่าได้เกิดขึ้นในบริษัทผู้รับโอนเช่นกัน แต่เงินได้และกำไรสะสมหรือขาดทุนสะสมดังกล่าวจะไม่ถูกนำมาเกี่ยวข้องกับกรคำนวณเงินได้และกำไรของบริษัทผู้รับโอน

อย่างไรก็ดีมีข้อจำกัดในการใช้ผลขาดทุนสะสมกับเงินได้หรือกำไรไม่ว่าจะของบริษัทผู้โอนหรือผู้รับโอนก็ตามก็จะใช้หักได้กับเงินได้และกำไรที่สะสมอยู่หลังจากวันที่มีการโอนทรัพย์สินเท่านั้น และสำหรับในปีที่รับโอนทรัพย์สินมา จำนวนเงินได้และกำไรสะสมของบริษัทผู้รับโอนที่จะนำมาใช้ได้ จะต้องเป็นอัตราส่วนกับจำนวนเงินได้ และกำไรที่ยังมิได้จำหน่ายตามจำนวนวันของปีภาษีหลังจากที่ได้รับโอนมาเท่านั้น

(3) หนี้สินของบริษัทผู้โอน

ตามมาตรา 381 (a) บริษัทผู้รับโอนรับเอาบรรดาหนี้สินของบริษัทผู้โอน ซึ่งจะทำให้หนี้สินหลังจากวันที่ได้มานั้นสูงขึ้น ผลก็คือหากบริษัทผู้โอนสามารถหักจำนวนหนี้สินนั้น ในการคำนวณเงินได้เพื่อเสียภาษี หากคนต้องเสียภาษีหลังจากการโอนนั้น ผู้รับโอนก็สามารถหักหนี้สินดังกล่าวในการคำนวณเงินได้เพื่อเสียภาษีอากรเช่นเดียวกัน อนึ่ง หนี้สินอาจเป็นหนี้สินที่เกิดจากสัญญาหรือโดยผลของกฎหมายก็ได้

กล่าวโดยสรุป กฎหมายภาษีอากรของสหรัฐอเมริกาจะไม่เก็บภาษีจากการจัดรูปองค์กรทางธุรกิจ ภายใต้หลักการพื้นฐานในเรื่องการสืบทอดความเป็นเจ้าของ หรือกิจการและหลักการอื่น ๆ เช่น ต้องไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการหลีกเลี่ยงภาษีอากร ฯลฯ ซึ่งควรจะได้นำมาพิจารณาปรับใช้กับกฎหมายภาษีอากรของไทยด้วยตามสมควร เพื่อให้องค์กรทางธุรกิจซึ่งเป็นการควบบริการ หรือการโอนกิจการโดยมีความต่อเนื่องในการเป็นเจ้าของกิจการใหม่ หรือกิจการที่รับโอนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ซึ่งไม่ควรให้กฎหมายภาษีอากรเป็นอุปสรรคที่กีดกันการขยายตัวขององค์กรธุรกิจการตั้ง-
กล่าว

ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย