

ปัญหาการกำหนดราคาโอนสำหรับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง



บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)  
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

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 University Graduate School.

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชากฎหมายการเงินและภาษีอากร  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ปีการศึกษา 2559  
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

The Legal Problems of Transfer Pricing on Intangibles

Miss Pimpen Namwong



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Laws Program in Finance and Tax Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2016

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาการกำหนดราคาออนไลน์สำหรับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง
โดย	นางสาวพิมพ์เพ็ญ นามวงษ์
สาขาวิชา	กฎหมายการเงินและภาษีอากร
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม	ศาสตราจารย์ พิเศษ ดร. พล ธีรคุปต์

---

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้รับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง  
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทบริหารธุรกิจ

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์  
(ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ  
(รองศาสตราจารย์ ธิติพันธ์ุ เชื้อบุญชัย)  
.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล)  
.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม  
(ศาสตราจารย์ พิเศษ ดร. พล ธีรคุปต์)  
.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย  
(นาย พีรพัฒน์ โปษยานนท์)

พิมพ์เพื่อ นามวงศ์ : ปัญหาการกำหนดราคาโอนสำหรับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (The Legal Problems of Transfer Pricing on Intangibles) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก: ผศ. ดร. เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม: ศ. (พิเศษ) ดร. พล ธีรคุปต์, 186 หน้า.

ปัจจุบันประมวลรัษฎากรของไทยไม่มีบทบัญญัติสำหรับการกำหนดราคาโอนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เนื่องจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างออกไปจากทรัพย์สินมีรูปร่างบางประการ การขาดบทกฎหมายที่เหมาะสมส่งผลให้เกิดความยุ่งยาก ความไม่แน่นอน และความขัดแย้งเกี่ยวกับการนิยามทรัพย์สินไม่มีรูปร่างและการกำหนดราคาโอน

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาหลักกฎหมายเรื่องการกำหนดราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง โดยเฉพาะกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และคู่มือการกำหนดราคาโอนของกลุ่มองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD) และจากการศึกษาพบว่า หากไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่เหมาะสม ทำให้เกิดปัญหาความยุ่งยากในการกำหนดขอบเขตของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง การกำหนดความเป็นเจ้าของของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง และการปรับใช้วิธีการประเมินราคาโอน ของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

จากการศึกษาผู้เขียนมีข้อเสนอแนะว่า ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในประมวลรัษฎากรให้เหมาะสม โดยกำหนดหลักเกณฑ์เป็นการเฉพาะในการหาราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เพื่อลดความไม่แน่นอนและความขัดแย้งระหว่างกรมสรรพากรและผู้มีหน้าที่เสียภาษี

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

สาขาวิชา กฎหมายการเงินและภาษีอากร  
ปีการศึกษา 2559

ลายมือชื่อนิติ .....  
ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก .....

ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาร่วม .....

# # 5686216434 : MAJOR FINANCE AND TAX LAWS

KEYWORDS:

PIMPEN NAMWONG: The Legal Problems of Transfer Pricing on Intangibles.  
 ADVISOR: ASST. PROF. DR. AUA-AREE ENGCHANIL, CO-ADVISOR: ADJ. PROF.  
 DR. PAUL THIRAKHUPT, 186 pp.

The Thai Revenue Code has not yet provided rules for transfer pricing regarding intangible property. Since intangibles have special characteristics, the lack of a proper legislation leads to difficulties, uncertainties and conflicts in defining intangibles and the transfer price.

This thesis aims to study rules regarding transfer pricing of intangibles especially the US laws and OECD guidelines on transfer pricing. The study shows that without a proper legislation, difficulties arise in these main areas which are the scope of intangibles, the ownership of intangibles and the methods used to determine the transfer price of intangibles.

The study suggests that the Revenue Code should be amended to include a proper transfer pricing legislation in order to specify rules concerning transfer pricing of intangibles and to reduce uncertainties and conflicts between the Revenue Department and taxpayers.

Field of Study: Finance and Tax Laws

Academic Year: 2016

Student's Signature .....

Advisor's Signature .....

Co-Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์นี้สำเร็จด้วยความกรุณาจากท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล ที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก ร่วมกับศาสตราจารย์ พิเศษ ดร. พล ธีรคุปต์ ที่กรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม ท่านทั้งสองได้ให้คำแนะนำและตรวจทานเนื้อหาของวิทยานิพนธ์แก่ผู้เขียน ทั้งยังให้ความเมตตาและกำลังใจให้ผู้เขียนทำวิทยานิพนธ์จนสำเร็จ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ทั้งสองเป็นอย่างสูง

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ ธิติพันธุ์ เชื้อบุญชัย ประธานกรรมการวิทยานิพนธ์ และท่านพิรพัฒน์ โปษยานนท์ กรรมการวิทยานิพนธ์ ซึ่งได้กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ วิจารณ์และให้ข้อเสนอแนะในการปรับปรุงเนื้อหาของวิทยานิพนธ์ให้ดียิ่งขึ้นอย่างใส่ใจอย่างยิ่ง

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ไม่อาจสำเร็จลุล่วงได้หากขาดกำลังใจจากครอบครัวของผู้เขียน ได้แก่ คุณแม่พรเพ็ญ นามวงษ์ คุณพ่อประเวศน์ นามวงษ์ ผู้คอยช่วยเหลือทุกด้าน คุณยายเฉลียว พิงผล มิตรสหายทั้งอมาตยกุล สามเสน BOSSC53 ธรรมศาสตร์ จุฬา FAT5 เพื่อนๆ และพี่ที่สภ.1 ที่เข้าใจรับฟังและเชื่อว่าผู้เขียนสามารถทำวิทยานิพนธ์นี้ให้สำเร็จได้ และนางสาวณัฐพร สัตนาโค ผู้คอยรับฟังทุกปัญหาของผู้เขียนตั้งแต่เริ่มต้นเสมอมา

หากมีข้อผิดพลาดประการใดผู้เขียนขอรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

## สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ในการทำวิจัย.....	3
1.3 สมมติฐานในการทำวิจัย.....	4
1.4 วิธีการศึกษาวิจัย.....	4
1.5 ขอบเขตในการทำวิจัย.....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับการวิจัย.....	4
บทที่ 2 นิยาม แนวคิด และหลักการการกำหนดราคาโอนในธุรกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง.....	6
2.1 การกำหนดราคาโอน (Transfer Pricing).....	6
2.1.1 แนวคิดของการกำหนดราคาโอนเพื่อประโยชน์ทางภาษี.....	6
2.1.2 นิยามทั่วไปของการกำหนดราคาโอน.....	10
2.1.3 รูปแบบธุรกรรมที่ใช้ในการกำหนดราคาโอน.....	11
2.1.4 แนวทางการกำหนดมาตรการเพื่อการป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีโดยวิธีการกำหนดราคาโอน.....	13
2.1.4.1 แนวทางการกำหนดมาตรการของ OECD.....	14
2.1.4.2 แนวทางการกำหนดมาตรการของไทย.....	27
2.2 ทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (Intangibles) ในบริบทการกำหนดราคาโอน.....	33
2.2.1 ความหมายของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง.....	33
2.2.1.1 ความหมายทั่วไปของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง.....	34

2.2.1.2	ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในความหมายตามมาตรฐานบัญชี.....	35
2.2.1.3	ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในความหมายของทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลงว่า ด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPS).....	37
2.2.1.4	ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในความหมายตามประมวลรัษฎากร .....	39
2.2.2	ประเภทของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง .....	41
2.2.2.1	ทุนทางปัญญา (Intellectual Capital).....	42
2.2.2.2	สินทรัพย์ไม่มีตัวตน (Intangible Assets).....	42
2.2.2.3	ทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property).....	43
2.2.3	การจัดประเภทของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเพื่อกำหนดราคาโอน .....	44
2.2.3.1	ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย .....	44
2.2.3.2	ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายและหามูลค่าได้ ยาก.....	44
2.2.3.3	ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีลักษณะพิเศษมาก .....	45
2.2.3.4	ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีลักษณะผสม .....	46
2.2.4	ประเภทรูขุมทรัพย์ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดราคาโอนในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง .....	46
2.2.4.1	การโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างและการให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง .....	47
2.2.4.2	ข้อตกลงเฉลี่ยค่าใช้จ่ายในการทำวิจัยและพัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง .....	48
2.2.4.3	การใช้สิทธิผ่านการให้บริการหรือขายสินค้า .....	50
บทที่ 3	แนวทางการกำหนดราคาโอนในธุรกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในต่างประเทศ .....	51
3.1	วิวัฒนาการแนวความคิดเกี่ยวกับการตั้งราคาโอนในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในต่างประเทศ .....	51
3.1.1	วิวัฒนาการแนวความคิดในประเทศสหรัฐอเมริกา.....	51
3.1.2	วิวัฒนาการแนวความคิดในกลุ่มองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการ พัฒนา(OECD).....	54
3.1.3	วิวัฒนาการแนวความคิดในกลุ่มองค์การสหประชาชาติ (United Nations).....	55



3.2 การกำหนดนิยามและขอบเขตของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง.....	56
3.3 การกำหนดความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง .....	67
3.3.1 หลักทั่วไปของความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง.....	67
3.3.1.1 หลักความเป็นเจ้าของตามกฎหมาย (Legal Ownership).....	68
3.3.1.2 หลักความเป็นเจ้าของตามสัญญา (Contractual Ownership).....	70
3.3.1.3 หลักความเป็นเจ้าของตามหลักเศรษฐศาสตร์ (Economic Ownership).....	71
3.3.1.4 หลักความเป็นเจ้าของตามหลักประโยชน์ (Beneficial Ownership) .....	71
3.3.2 หลักเกณฑ์พิจารณาประกอบการกำหนดความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง .....	72
3.3.2.1 หลักเกณฑ์ของ OECD.....	72
3.3.2.2 หลักเกณฑ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา .....	79
3.4 การประเมินมูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง.....	90
3.4.1 การประเมินหามูลค่าราคาตลาด (Arm's Length Price).....	90
3.4.2 การนำหลักการวิเคราะห์ความสามารถในการเปรียบเทียบกันได้ มาใช้กับการหา มูลค่าราคาตลาดของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง .....	98
3.4.3 หลักการได้สัดส่วนกับเงินได้ (commensurate with income) ของประเทศ สหรัฐอเมริกา .....	105
3.4.4 การเลือกวิธีประเมินมูลค่าราคาตลาดสำหรับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง .....	110
3.4.4.1 วิธีประเมินมูลค่าตามเกณฑ์ของ OECD .....	110
3.4.4.2 วิธีประเมินมูลค่าตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา.....	114
บทที่ 4 ปัญหาในการกำหนดราคาโอนในธุรกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง .....	121
4.1 ความแตกต่างของทรัพย์สินมีรูปร่างกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่เกี่ยวกับการกำหนดราคาโอน	121
4.2 ปัญหาการกำหนดความเป็นเจ้าของของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง.....	123
4.3 ปัญหาการประเมินมูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง.....	125

4.3.1	เปรียบเทียบหลักการได้สัดส่วนกับรายได้ (commensurate with income) กับ หลักการติดต่ออิสระ (arm's length price).....	126
4.3.2	ปัญหาการเลือกวิธีประเมินมูลค่าที่เหมาะสมกับสภาพของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง.....	127
4.3.3	ปัญหาการกำหนดสัดส่วนของค่าตอบแทนของ Location savings .....	132
4.4	ปัญหาการป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีโดยการกำหนดราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างใน ไทย .....	136
4.4.1	สภาพปัญหากฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบัน .....	137
4.4.2	การนำแนวทางปฏิบัติของต่างประเทศมาใช้ในไทย .....	139
4.5	ผลกระทบต่อปัญหาการขาดความเป็นเอกเทศในเรื่องการกำหนดราคาโอนของทรัพย์สิน ไม่มีรูปร่าง .....	152
บทที่ 5	สรุปและข้อเสนอแนะ .....	155
5.1	บทสรุป .....	155
5.2	ข้อเสนอแนะ .....	158
	รายการอ้างอิง .....	161
	ภาคผนวก.....	165
	ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์ .....	186

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบันเมื่อธุรกิจการค้าได้เติบโตและขยายตัวกว้างขึ้นจากยุคอุตสาหกรรมมาเป็นยุคเทคโนโลยี ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างได้กลายเป็นปัจจัยสำคัญในการสร้างรายได้ให้กับธุรกิจขนาดใหญ่แทบทุกภาคธุรกิจ โดยสอดแทรกอยู่ในกระบวนการต่างๆ เช่น การทำการตลาด การโฆษณา การพัฒนาเทคโนโลยีเพื่อใช้กับบริการหรือผลิตภัณฑ์ของธุรกิจ หรือการให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งรายการเหล่านี้มักมีมูลค่าสูง ทำให้ในปัจจุบันการกำหนดราคาโอนในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างจึงกลายเป็นเรื่องใหญ่ที่ทั่วโลกเริ่มให้ความสนใจ ประกอบกับรูปแบบธุรกิจได้ขยายมาเป็นธุรกิจข้ามชาติเพิ่มมากขึ้นเช่นกัน หากไม่มีมาตรการในการตรวจสอบและประเมินหาราคาที่เหมาะสมของธุรกรรม จะเป็นการเปิดช่องให้เอกชนใช้การตั้งราคาโอน (Transfer Pricing) ในการเลี่ยงภาษี ส่งผลให้เกิดการกีดกันฐานภาษีของประเทศในปริมาณที่มากได้

สำหรับประเทศไทยยังไม่มีกรอบกฎหมายเฉพาะขึ้นมาเพื่อป้องกันการกำหนดราคาโอนเพื่อการเลี่ยงภาษี คงมีแต่บทบัญญัติทั่วไปในประมวลรัษฎากรว่าด้วยเรื่องการควบคุมรายได้และรายจ่ายของนิติบุคคล ตามมาตรา 65 ทวิ และมาตรา 65 ตรี ซึ่งให้อำนาจเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ตรวจสอบการกำหนดรายได้ของนิติบุคคลที่ต่ำกว่าราคาตลาดโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือนิติบุคคลที่กำหนดรายจ่ายสูงเกินไป โดยเจ้าพนักงานอาจประเมินรายได้หรือรายจ่ายนั้นใหม่ให้เหมาะสมได้ แต่สำหรับการกำหนดราคาโอนเพื่อการเลี่ยงภาษีนั้น สามารถเกิดขึ้นได้ในรูปแบบตรงกันข้ามกันด้วย กล่าวคืออาจเป็นการกำหนดรายได้ที่สูงหรือรายจ่ายที่ต่ำผิดปกติเพื่อประโยชน์ทางภาษีของบริษัทแม่ที่อยู่ต่างประเทศก็เป็นได้ ทำให้ไม่อาจควบคุมการกำหนดราคาโอนในลักษณะดังกล่าว และแม้จะมีคำสั่งในทางปฏิบัติของกรมสรรพากรเป็นคำสั่งที่ ป.113/2545 เรื่องการเสียภาษีเงินได้ของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล กรณีการกำหนดราคาโอนให้เป็นไปตามราคาตลาด แต่ก็ยังมีช่องว่าง ทั้งการตีความความหมายของคำว่าราคาตลาด หรือคู่สัญญาที่เป็นอิสระต่อกัน หรือการกำหนดให้อำนาจเจ้าพนักงานตรวจสอบเฉพาะห้างหุ้นส่วนและนิติบุคคลตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากรเท่านั้น ทำให้ไม่อาจตรวจสอบบริษัทต่างชาติที่ไม่ได้ประกอบกิจการในไทยซึ่งมีธุรกรรมกับบริษัทลูกที่บริษัทแม่ถือหุ้นอยู่ในไทยได้ เพราะเป็นบริษัทตามมาตรา 70 ประมวลรัษฎากร ซึ่งเป็นรูปแบบที่มีมีการทำ transfer pricing เกิดขึ้น เช่นการจ่ายค่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจากบริษัทลูกออกไปยังบริษัทแม่ในต่างประเทศ

นอกจากนี้แม้จะมีการกำหนดเรื่องราคาโอนเอาไว้ในอนุสัญญาภาษีซ้อนระหว่างประเทศ เช่น ในข้อที่ 12 เรื่องการจ่ายค่าสิทธิออกนอกประเทศให้เป็นอำนาจของรัฐที่มีการจ่ายค่าสิทธิออกไป ในการปรับลดรายจ่ายค่าสิทธิที่เกินกว่าจำนวนปกติได้ อันเป็นการกำหนดให้สามารถปรับราคาโอนใหม่ให้เหมาะสมได้นั่นเอง แต่การกำหนดราคาโอนตามข้อ 12 นี้ก็ยังมีปัญหาอยู่ว่าไม่สามารถนำ ข้อบังคับนี้มาใช้เป็นกฎหมายภายในเพื่อบังคับเอากับผู้เสียภาษีได้ เนื่องจากพระราชกฤษฎีกา (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2505 รองรับให้อนุสัญญาภาษีซ้อนมีผลเป็นกฎหมายภายในเฉพาะเรื่องการลดและการยกเว้น ภาษีอากรเท่านั้น แต่ไม่ได้รองรับถึงการใช้อำนาจตรวจสอบราคาโอนซึ่งเป็นการกระทบต่อสิทธิของผู้เสียภาษีเอาไว้ ทำให้ปัจจุบันเจ้าพนักงานสรรพากรไม่อาจนำข้อบนี้มาใช้กับการกำหนดราคาโอน ระหว่างประเทศได้ เพราะไม่มีอำนาจกำหนดไว้เป็นกฎหมาย ทำให้การควบคุมการกำหนดราคาโอน ของประเทศไทยมีอยู่อย่างจำกัดไม่เต็มประสิทธิภาพ ทั้งสำหรับทรัพย์สินที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่าง

การกำหนดราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในต่างประเทศนั้นได้รับความสนใจมากขึ้น เห็นได้จาก ทิศทางการลงทุนของต่างชาติที่เปลี่ยนจากการพัฒนาผลิตภัณฑ์สินค้ามาเป็นการพัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เช่น การพัฒนาระบบการบริหารงาน (Management Systems), การพัฒนาเครื่องหมายการค้า หรือการ ทำการวิจัยและพัฒนา (Research and Development) ทำให้มูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ในตลาดนั้นมีจำนวนมาก หน่วยงานภาครัฐของประเทศต่างๆจึงหันมาให้ความสนใจกับการกำหนด ราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมากขึ้นเพราะการปล่อยให้มีการกำหนดราคาโอนสูงกว่าหรือต่ำกว่าปกติ โดยไม่มีเหตุสมควร ซึ่งอาจหมายถึงการกัดกร่อนฐานภาษีของประเทศในปริมาณมหาศาลได้ โดยใน ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เริ่มเห็นปัญหาของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างโดยมีการบัญญัติถึงหลักการ 'ความได้ สัดส่วนกับเงินได้' (Commensurate with income) ในปี ค.ศ. 1988 ซึ่งเป็นก้าวแรกของความ พยายามในการแก้ปัญหาการประเมินราคาของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่หาวัตถุในการเปรียบเทียบราคา ได้ยาก และภายหลังได้มีการปรับปรุงบทบัญญัติเรื่องการกำหนดราคาโอนเพิ่มเติมในเรื่องของ ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างขึ้นโดยเฉพาะ โดยการกำหนดเพิ่มเติมจากมาตรา 482 ของ Internal Revenue Code (IRC) ไว้ในมาตรา 1.482-4 ของ the U.S. Federal Treasury Regulations ซึ่งแก้ไขเมื่อปี 2006 เพื่อกำหนดว่าสิ่งใดอยู่ในความหมายของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ใครเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มี รูปร่างซึ่งได้ประโยชน์จากทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง และวิธีการในการประเมินมูลค่าของทรัพย์สินไม่มี รูปร่างซึ่งช่วยให้เจ้าพนักงานกรมสรรพากรของประเทศสหรัฐอเมริกามีมาตรฐานในการตรวจสอบ ราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เช่นเดียวกับกลุ่มองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการ พัฒนา (OECD) ที่หลังจากได้ออกมาตรการเพื่อการป้องกันการเลี่ยงภาษีโดยการกำหนดราคาโอน สำหรับกลุ่มบริษัทข้ามชาติและหน่วยงานบริหารจัดการเก็บภาษีแล้วเมื่อปี ค.ศ. 2010 (OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations) ก็ได้ออก

ร่างฉบับรวมความเห็นเพิ่มเติมในเรื่องของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างขึ้นมาโดยเฉพาะในปีค.ศ. 2013 (Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles) และในปีค.ศ. 2014 ก็ได้ออกฉบับแก้ไขปรับปรุงมาตรการฉบับปี 2010 เฉพาะเรื่องกำหนดราคาโอนในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างขึ้นมา (Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles) เพื่อแก้ไขให้มีความชัดเจนของการกำหนดนิยามและมาตรการต่างๆมากขึ้นเพื่อให้นานาชาติสามารถนำไปเป็นแนวทางการกำหนดกฎหมายภายในของตนเองได้ โดยยังมีการแก้ไขปรับปรุงเรื่องที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอย่างต่อเนื่องจนถึงปัจจุบัน (ฉบับปี ค.ศ. 2015) นอกจากนี้องค์การสหประชาชาติ (United Nations) ก็ได้ออกแนวทางสำหรับประเทศกำลังพัฒนาในการกำหนดมาตรการป้องกันการกำหนดราคาโอนขึ้นมา (Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries) ซึ่งในบทที่ 10 ได้เขียนความเห็นจากหน่วยงานจัดเก็บภาษีของประเทศกำลังพัฒนาต่างๆที่มีมุมมองเกี่ยวกับการกำหนดราคาโอนที่ต่างออกไปจาก OECD ซึ่งก็มีความเห็นเกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอยู่ด้วย

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าปัญหาการกำหนดราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในต่างประเทศมาเป็นระยะหนึ่งแล้ว และยังมีปัญหาที่ยังไม่สามารถหาแนวทางแก้ไขที่ชัดเจนเป็นบรรทัดฐานได้ เช่นความเห็นที่ไม่ตรงกันของ OECD และ UN การเลือกนำมาตราการของต่างประเทศมาปรับใช้กับประเทศไทยนั้นจึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการศึกษาและวิเคราะห์หลักการและที่มาของมาตรการกำหนดราคาโอนของต่างประเทศเพื่อให้เข้าใจมุมมองที่ต่างกันระหว่างกลุ่มประเทศนักลงทุนกับประเทศแหล่งลงทุนเพื่อให้การกำหนดมาตรการของไทยนั้นสอดคล้องกับบริบทเศรษฐกิจของประเทศ ซึ่งจากสถิติการลงทุนในประเทศไทย ปี 2559 พบว่ามีการลงทุนที่เสนอต่อคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (BOI) เทียบกับปี 2558 จำนวนโครงการและมูลค่าเงินลงทุนเพิ่มขึ้นร้อยละ 69 และร้อยละ 213 ตามลำดับ มีการจ่ายค่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาให้กับต่างชาติมาก มีบริษัทข้ามชาติมาตั้งกิจการในประเทศมากและหลากหลาย หากไม่มีการกำหนดมาตรการรองรับเพื่อจัดการการกำหนดราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างให้ดีอาจมีปัญหากัดกร่อนฐานภาษีของประเทศได้ ทำให้รัฐสูญเสียรายได้ที่ควรจัดเก็บได้ให้กับรัฐอื่นๆไป

## 1.2 วัตถุประสงค์ในการทำวิจัย

เพื่อศึกษาวิเคราะห์หลักการกำหนดราคาโอนในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างของต่างประเทศและนำมาปรับใช้กับประเทศไทย เนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีมีการพิจารณาถึงปัญหาการกำหนดราคาโอนในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างทำให้ไม่มีมาตรการที่เหมาะสมในการกำหนดราคาโอนเพื่อป้องกันการเลี่ยงภาษีของภาคธุรกิจ และเพื่อความเข้าใจรูปแบบธุรกรรมที่หลากหลายขึ้นของภาคธุรกิจโดยเฉพาะธุรกิจข้ามชาติขนาดใหญ่

### 1.3 สมมติฐานในการทำวิจัย

ปัจจุบันประมวลรัษฎากรประกอบกับคำสั่งกรมสรรพากรที่ ป.113/2545 ได้บัญญัติถึงการกำหนดราคาโอนให้เป็นไปตามราคาตลาดเพื่อป้องกันการหลบเลี่ยงภาษีโดยการตั้งราคาโอน (transfer pricing) แต่ไม่มีบทบัญญัติเฉพาะสำหรับการกำหนดราคาโอนในธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการประเมินราคาโอน

### 1.4 วิธีการศึกษาวิจัย

การศึกษานี้เป็นการวิจัยเอกสารเชิงคุณภาพ โดยมีการศึกษาค้นคว้าข้อมูลทั้งภาษาไทย และต่างประเทศจากหนังสือ วิทยานิพนธ์ งานวิจัย บทความในวารสารต่างๆ เอกสารประกอบการสัมมนา ข้อมูลจากอินเทอร์เน็ต กฎหมายในประเทศ กฎหมายต่างประเทศ รวมถึงการสอบถามขอคำแนะนำปรึกษาอาจารย์ผู้ทรงคุณวุฒิ และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต่างๆมารวบรวมเพื่อทำการศึกษาเรียบเรียง และวิเคราะห์หลักเกณฑ์ตลอดจนประเด็นต่างๆที่เกี่ยวข้องอย่างเป็นระบบเพื่อหาข้อสรุปในการศึกษาต่อไป

### 1.5 ขอบเขตในการทำวิจัย

การศึกษาทำวิจัยนี้จะทำการศึกษาลักษณะพิเศษของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในบริบทของการกำหนดราคาโอน และมาตรการทั่วไปในการกำหนดราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเพื่อป้องกันการเลี่ยงภาษีของต่างประเทศ ศึกษาเฉพาะมาตรการของกลุ่มองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD) และมาตรการของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นหลัก โดยมุ่งเน้นศึกษาเฉพาะปัญหาการกำหนดขอบเขตและนิยามของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง การกำหนดความเป็นเจ้าของ และการประเมินมูลค่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างซึ่งเป็นปัญหาพื้นฐานของการกำหนดราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง รวมถึงการเปรียบเทียบวิเคราะห์กับบทบัญญัติและมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยที่มีอยู่ในปัจจุบัน ทั้งนี้มุ่งศึกษาการกำหนดราคาโอนในทางระหว่างประเทศของบริษัทข้ามชาติเป็นสำคัญ

### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

(1) ทำให้ทราบถึงหลักการป้องกันการหลบเลี่ยงภาษีโดยการกำหนดราคาโอนโดยละเอียด สามารถเข้าใจถึงลักษณะธุรกรรมการกำหนดราคาโอนที่เกิดขึ้นในปัจจุบันและการรับมือกับปัญหาในระดับต่างประเทศได้ โดยเฉพาะมาตรการของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เป็นประเทศแรกๆที่มี

แนวความคิดการป้องกันการเล็งภาษีโดยการกำหนดราคาโอน และของกลุ่มองค์กรเพื่อความ  
ร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD) ซึ่งมีมาตรการสำหรับใช้เป็นการทั่วไปเป็นแบบแผน  
ให้กับประเทศอื่นๆ

(2) ทำให้ทราบถึงลักษณะที่สำคัญของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ส่งผลให้เกิดความต่างจาก  
การกำหนดมาตรการกำหนดราคาโอนในทรัพย์สินมีรูปร่างทั่วไป และความสำคัญที่ทำให้ต้องมี  
บทบัญญัติเฉพาะสำหรับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

(3) ทำให้ทราบถึงสภาพปัญหาของการกำหนดมาตรการเพื่อการป้องกันการเล็งภาษี  
ในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในระดับต่างประเทศ และสามารถนำมาวิเคราะห์ปัญหาที่มีแนวโน้มจะเกิดขึ้น  
ในประเทศไทยเมื่อนำมาตรการดังกล่าวมาปรับใช้ในประเทศ

(4) สามารถวิเคราะห์สภาพปัญหาของการกำหนดบทบัญญัติเพื่อกำหนดราคาโอนของทรัพย์สิน  
ไม่มีรูปร่างในประเทศไทยและนำเสนอมาตรการในการแก้ปัญหาได้



## บทที่ 2

### นิยาม แนวคิด และหลักการการกำหนดราคาโอนในธุรกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

ปัญหาการกำหนดราคาโอนในธุรกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นภายหลังจากภาคธุรกิจเติบโตและขยายตัวไปเป็นธุรกิจข้ามชาติมากขึ้น นานาประเทศจึงเริ่มนำหลักการกำหนดราคาโอนมาปรับใช้กับการควบคุมการจัดเก็บภาษีในประเทศของตนไม่พร้อมกัน ขึ้นอยู่กับสภาพเศรษฐกิจและสังคมของประเทศนั้นๆ ระดับความชัดเจนของมาตรการและบทบัญญัติที่มีจึงอาจมีความแตกต่างกันไป โดยเฉพาะในเรื่องทรัพย์สินไม่มีรูปร่างซึ่งเริ่มมีบทบาทในประเทศแหล่งลงทุนและประเทศกำลังพัฒนาในยุคหลังๆ การศึกษานิยาม และหลักการกำหนดราคาโอนในธุรกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง จึงช่วยให้เกิดความเข้าใจในหลักการและปัญหาที่เกิดขึ้น

#### 2.1 การกำหนดราคาโอน (Transfer Pricing)

อาจกล่าวได้ว่ารายจ่ายที่สำคัญของธุรกิจขนาดกลางถึงขนาดใหญ่รายจ่ายหนึ่ง คือรายจ่ายภาษี ดังนั้นธุรกิจหลายๆธุรกิจจึงให้ความสำคัญกับการวางแผนภาษีเพื่อลดค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ให้น้อยที่สุด การวางแผนภาษีของธุรกิจเหล่านี้มีหลายวิธี เช่นการจัดการธุรกิจตามกฎหมายส่งเสริมการลงทุน เพื่อให้ได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีตามที่รัฐกำหนดให้ ไปจนถึงการเลี่ยงภาษี การกำหนดราคาโอนเป็นอีกวิธีหนึ่งที่ภาคธุรกิจใช้เพื่อเลี่ยงภาษี<sup>1</sup> โดยเฉพาะภาคธุรกิจที่มีขนาดใหญ่ เช่น กลุ่มธุรกิจบริษัทข้ามชาติ หรือกลุ่มธุรกิจเครือเดียวกัน บรรดาภาครัฐต่างๆ จึงต้องทำความเข้าใจวิธีการกำหนดราคาโอนเพื่อการหลีกเลี่ยงภาษีที่เกิดขึ้นในประเทศของตน และรูปแบบธุรกรรมที่อาจเกิดปัญหาการกำหนดราคาโอนได้ เพื่อจัดหามาตรการป้องกันการกำหนดราคาโอนต่อไป

##### 2.1.1 แนวคิดของการกำหนดราคาโอนเพื่อประโยชน์ทางภาษี

การกำหนดราคาโอนเพื่อการเลี่ยงภาษีนี้อาจเกิดได้ทั้งกับธุรกิจภายในประเทศ และกับธุรกิจข้ามชาติที่มีการทำธุรกรรมระหว่างประเทศกัน โดยการกำหนดราคาโอนในประเทศนั้นมักจะเกี่ยวข้องกับการจัดการภายในหรือการปรับโครงสร้างองค์กรมากกว่าเกี่ยวข้องกับการเลี่ยงภาษี เนื่องจากการตั้งราคาโอนภายในประเทศเดียวกัน แม้จะสามารถโยกย้ายเงินได้ที่ต้องเสียภาษีไปยัง

---

<sup>1</sup> การเลี่ยงภาษีคือ วิธีการใดๆตามกฎหมาย ที่มุ่งสร้างให้เกิดผลต่อภาระภาษีของผู้เสียภาษีเพื่อให้เสียภาษีต่ำกว่าเดิม โดยมากเป็นการกระทำโดยอาศัยช่องว่างทางกฎหมาย ความคลุมเครือของตัวบท หรือความผิดพลาดอื่นๆ ดู พินิต ธีรภาพวงศ์, การวางแผนภาษีเงินได้ระหว่างประเทศ (วิญญูชน, 2552). หน้า 74



หน่วยภาษีอื่นได้ แต่การเสียภาษีนี้นั้นก็ยังอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน คือมีอัตราภาษีและเงื่อนไขในการเสียภาษีเหมือนกัน ทำให้ได้ประโยชน์ทางภาษีน้อย อย่างไรก็ตามก็ยังสามารถกำหนดราคาโอนของบริษัทในกลุ่มองค์กรเดียวกันโอนกำไรเพื่อใช้ประโยชน์จากผลขาดทุนสะสมของอีกบริษัทในเครือเพื่อให้เหลือเงินได้ที่ต้องนำมาคำนวณภาษีน้อยลงได้<sup>2</sup>

สำหรับการกำหนดราคาโอนระหว่างประเทศนั้นจะต้องพิจารณาหลักการในการจัดเก็บภาษีเงินได้ของรัฐในทางกฎหมายภาษีระหว่างประเทศนั้นซึ่งจะต้องดูความสัมพันธ์ของรัฐกับผู้เสียภาษีหรือที่มักเรียกว่า "จุดเกาะเกี่ยว" ซึ่งจุดเกาะเกี่ยวนี้อาจอยู่ได้ในหลายรูปแบบ แต่มีรูปแบบหลักๆ ที่ใช้กันอยู่ในหลายประเทศเป็นฐานในการจัดเก็บภาษีของรัฐ ได้แก่

(1) หลักสัญชาติ (Nationality Rule) บุคคลใดที่ถือสัญชาติของรัฐใดที่ใช้หลักสัญชาติในการจัดเก็บภาษี มีหน้าที่ในการเสียภาษีจากรายได้ที่เกิดไม่ว่าในหรือนอกประเทศ โดยไม่ขึ้นต่อกับถิ่นที่อยู่อาศัยหรือระยะเวลาที่อาศัย (worldwide income) กล่าวคือหลักการนี้ยึดจุดเกาะเกี่ยวของสัญชาติคนในประเทศเป็นหลักในการให้อำนาจรัฐจัดเก็บภาษี จึงเป็นที่รู้จักในอีกชื่อว่าหลักพลเมือง (citizenship rule) ซึ่งเป็นหลักที่ผูกมัดผู้เสียภาษีก่อนข้างมากทำให้ประเทศที่สามารถใช้หลักการนี้จัดเก็บได้มีน้อยเพราะต้องใช้ต้นทุนในการติดตามและจัดเก็บมาก ประเทศที่นำหลักการนี้มาใช้ในปัจจุบันอย่างเต็มที่จึงมีเพียงประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น ส่วนประเทศที่นำหลักการมาใช้อย่างมีเงื่อนไขจำกัด ได้แก่ ประเทศฟิลิปปินส์ ซึ่งจัดเก็บภาษีจากคนสัญชาติฟิลิปปินส์ที่อาศัยอยู่นอกประเทศเฉพาะรายได้ที่มีที่มาจากประเทศฟิลิปปินส์เท่านั้น<sup>3</sup>

ประเทศสหรัฐอเมริกาอาศัยมาตรา 1 ตาม Internal Revenue Code ในการเรียกเก็บภาษีเป็นอย่างเดียวกันไม่ว่าจะเป็นคนสัญชาติสหรัฐอเมริกาเอง หรือต่างด้าวที่อาศัยอยู่ในประเทศ (การจัดเก็บภาษีตามหลักถิ่นที่อยู่) โดยริเริ่มบัญญัติไว้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1861 ในสมัยสงครามกลางเมือง (American civil war) โดยคิดอัตราภาษี 3% สำหรับเงินได้ที่มากกว่า \$800 และ 5% สำหรับคนที่มีสัญชาติอเมริกาแต่อาศัยอยู่ต่างประเทศ อัตราที่สูงกว่านี้ เพื่อป้องกันการขนเงินออกนอกประเทศที่มีเจตนาหลีกเลี่ยงค่าใช้จ่ายในทางทหารและพลเรือนในสมัยนั้นต่อมาในปีค.ศ. 1864 จึงขยาย

<sup>2</sup> สุเมธ ศิริคุณโชติ, กฎหมายภาษีอากรระหว่างประเทศ (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554). หน้า 219

<sup>3</sup> National Internal Revenue Code section 23(B); a non-resident citizen is taxable only on income derived from sources within the Philippines.

หลักเกณฑ์ในการจัดเก็บให้รวมถึงเงินได้ จากแหล่งรายได้ทุกประเภทไม่ว่าจะในหรือนอกประเทศ<sup>4</sup> แม้หลักการจัดเก็บภาษีเช่นนี้ทำให้รัฐ มีฐานภาษีที่กว้างขึ้นโดยเฉพาะในรัฐที่มีประชาชนที่มีสัญชาติรัฐ เป็นจำนวนมากเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา แต่วิธีการนี้ก็ทำให้เกิดปัญหาแก่ประชาชนที่มีสองสัญชาติ ขึ้นไปที่ต้องแบกรับภาระภาษีเป็นจำนวนมาก ประกอบกับการจัดเก็บภาษีจะไม่ได้ขึ้นอยู่กับ ผลตอบแทนว่าผู้เสียภาษีได้รับสวัสดิการรัฐมากเท่าใด แต่ขึ้นอยู่กับหลักความสามารถในการเสียภาษี ผู้เสียภาษีส่วนใหญ่จึงมักไม่เห็นด้วยกับการถูกจัดเก็บภาษีโดยที่ตนไม่ได้รับประโยชน์อันใดจากการ เป็นคนสัญชาติอเมริกาเลย นอกจากนี้ มาตรการตรวจสอบการป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีหรือ FATCA ยังเพิ่มภาระให้กับคนสัญชาติอเมริกาทำให้นำไปสู่การขอสละสัญชาติซึ่งมีจำนวนมากขึ้นเรื่อย ๆ<sup>5</sup> อย่างไรก็ตามการสละสัญชาตินั้นไม่เป็นผลให้รัฐเสียสิทธิในการจัดเก็บภาษีจากผู้นั้นทันที<sup>6</sup>

(2) หลักแหล่งเงินได้ (Source Rule) บุคคลใดมีเงินได้เกิดขึ้นจากในประเทศใด ประเทศนั้นมีความสัมพันธ์ในการเก็บภาษีจากเงินได้เหล่านั้นเพราะถือว่าได้รับประโยชน์จากรัฐแล้ว การเก็บภาษีโดยหลักการนี้จึงไม่ได้ยึดเกี่ยวกับสัญชาติของบุคคลหรือที่อยู่ แต่อยู่กับแหล่งที่มา ของรายได้ การพิจารณาว่าเงินได้ลักษณะใดคือเงินได้ที่มีแหล่งที่มาในประเทศเป็นไปตามกฎหมาย ประเทศนั้นๆ สำหรับประเทศไทยหลักเกณฑ์ของบุคคลธรรมดาที่กำหนดไว้ในมาตรา 41 วรรคหนึ่ง ประมวลรัษฎากร ให้เงินได้ที่มาจากหน้าที่งานที่ทำในประเทศไทย กิจกรรมที่ทำในประเทศไทย กิจกรรม ของนายจ้างในประเทศไทย หรือทรัพย์สินที่อยู่ในประเทศไทยเป็นเงินได้ที่มีแหล่งที่มาจากระบบไทย หากเข้าข่ายเป็นเงินได้พึงประเมินจะต้องนำมาเสียภาษีในไทย ดังนี้แม้เป็นชาวต่างชาติไม่ว่าอาศัยอยู่ที่ใดหากเข้าข่ายตามมาตรานี้จะมียกเว้นที่เสียภาษีด้วย

สำหรับนิติบุคคลไทยซึ่งโดยหลักจะต้องเสียภาษีตามหลักถิ่นที่อยู่แล้ว แต่ก็มีนิติบุคคล บางประเภทที่ต้องเสียภาษีตามหลักแหล่งเงินได้ในประเทศไทย ตามประมวลรัษฎากรมาตรา 66 วรรคสอง มาตรา 70 และมาตรา 76 ทวิ ซึ่งได้แก่การที่บริษัทจดทะเบียนจัดตั้งต่างประเทศมาประกอบกิจการ ในประเทศไทยในลักษณะของสาขาจะต้องนำกำไรสุทธิของสาขานั้นๆมาเสียภาษีในไทยด้วยโดยไม่

<sup>4</sup> Brody, M., Worldwide Income- Why the US taxes citizens on worldwide income regardless of where they lived? [online], 22 August 2013. source: [www.taxesamaritan.com/tax-preparation/taxation-of-worldwide-income/](http://www.taxesamaritan.com/tax-preparation/taxation-of-worldwide-income/)

<sup>5</sup> จากการเปิดเผยข้อมูลจาก treasury department ปีค.ศ. 2014 มีการสละสัญชาติทั้งหมด 3,415 ครั้ง เพิ่มขึ้นจากปี 2013 เท่ากับ 14% และเพิ่มขึ้นจากปี 2012 ถึง 221%

<sup>6</sup> กัมปนาถ สติถย์พร, "มาตรการป้องกันการหนีภาษีในต่างประเทศตาม Foreign Account Tax Compliance Act ของประเทศสหรัฐอเมริกา," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), หน้า 16.

ต้องคำนึงถึงรายได้ของกิจการหรือสาขาอื่นๆในต่างประเทศ ตามมาตรา 66 วรรคสอง สำหรับบริษัทที่จดทะเบียนต่างประเทศและไม่มีกิจการในประเทศไทยแต่มีรายได้ประเภทเงินได้ตามมาตรา 40 (2),(3),(4),(5) และ (6) กฎหมายกำหนดให้ผู้จ่ายเงินได้เหล่านี้จากประเทศไทยไปต้องหักภาษีเงินได้นิติบุคคลไว้ก่อนจ่ายไปตามมาตรา 70 และสำหรับนิติบุคคลต่างประเทศที่มีลูกจ้าง ผู้ทำการแทน หรือ ผู้ทำการติดต่อในการประกอบกิจการในประเทศไทยอันเป็นเหตุให้ได้รับเงินได้หรือกำไรในประเทศไทยจะต้องนำกำไรนั้นมาเสียภาษีในไทยโดยอาจให้ลูกจ้าง ผู้ทำการแทน หรือผู้ทำการติดต่อนั้นเป็นผู้จัดการก็ได้ การพิจารณาการก่อให้เกิดรายได้โดยบุคคลข้างต้นนั้นกรมสรรพากรมักจะพิจารณาตามประเภทของสัญญา โดยจะแยกพิจารณาระหว่างสัญญาซื้อขายกับสัญญาจ้างทำของ<sup>7</sup>

(3) หลักถิ่นที่อยู่ (Resident Rule) หลักการนี้รัฐอาศัยความสัมพันธ์กับผู้เสียภาษีในด้านที่ผู้เสียภาษีนั้นมีถิ่นที่อยู่ในประเทศตนเองเป็นฐานในการเรียกเก็บภาษีโดยไม่คำนึงถึงแหล่งที่มาของเงินได้ไม่ว่าจะมาจากในหรือนอกประเทศ (Worldwide Income) และไม่รวมถึงสัญชาติของผู้เสียภาษีด้วยเนื่องจากรัฐถือว่าการที่มาอยู่อาศัยจนมีถิ่นที่อยู่ในรัฐย่อมได้ประโยชน์จากรัฐแล้ว ไม่ว่าจะเป็นบริการสาธารณสุขและความคุ้มครองในชีวิตและทรัพย์สินที่รัฐได้จัดทำให้

หลักการในการกำหนดว่าบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลมีถิ่นที่อยู่ในประเทศหรือไม่ แต่ละประเทศต้องพิจารณาตามกฎหมายของประเทศนั้นๆ ประเทศไทยได้กำหนดหลักเกณฑ์การมีถิ่นที่อยู่ในไทยสำหรับทั้ง บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลไว้ตามมาตรา 41 วรรคสอง และมาตรา 66 แห่งประมวลรัษฎากร

มาตรา 41 วรรคสอง วางหลักไว้ว่า บุคคลธรรมดาที่มีเงินได้พึงประเมินที่เกิดจากหน้าที่งานหรือกิจการที่ทำในต่างประเทศหรือเนื่องจากทรัพย์สินที่อยู่ในต่างประเทศต้องนำเงินได้เหล่านั้นมารวมประเมินเสียภาษีในประเทศไทยด้วย หากในปีภาษีนั้น ผู้เสียภาษีได้อยู่ในประเทศชั่วระยะเวลาหนึ่งใดหรือหลายช่วงรวมกันแล้วถึง 180 วัน โดยกรมสรรพากรได้มีความเห็นว่าจะต้องมีการนำเงินได้มาในปีภาษีเดียวกับที่ได้รับเงินได้พึงประเมินจึงจะต้องเสียภาษี (หนังสือกรมสรรพากร ที่ กค. 0802/696 ลงวันที่ 1 พฤษภาคม 2530) ฉะนั้นหากนำเงินได้ที่ได้รับข้ามปีเข้ามาในประเทศไทยจะไม่ต้องเสียภาษี<sup>8</sup>

สำหรับนิติบุคคลนั้นแม้ตัวบ่งชี้ของไทยจะไม่ได้เขียนไว้ชัดเจนแต่สามารถตีความได้จากมาตรา 66 แห่งประมวลรัษฎากรได้ว่านิติบุคคลที่ถือว่ามีถิ่นที่อยู่ในไทย ได้แก่นิติบุคคลที่จดทะเบียนจัดตั้งตามกฎหมายไทยจึงต้องนำรายได้ที่ได้รับไม่ว่าจากในหรือนอกประเทศมารวมคำนวณ

<sup>7</sup> พล ธีรคุปต์, สารพันปัญหาระหว่างประเทศ 4 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556). หน้า 7.

<sup>8</sup> ดุลยลักษณ์ ตราชูธรรม, หลักกฎหมายภาษีอากร (กรุงเทพฯ: สถาบัน T.Training Center, 2555). หน้า 74.

เพื่อเสียภาษีด้วย อย่างไรก็ตามหลักถิ่นที่อยู่สำหรับนิติบุคคลอาจต่างออกไปในแต่ละประเทศ วิธีที่นิยมในต่างประเทศอีกวิธีได้แก่การพิจารณาจากสถานที่แท้จริง (place of effective management) หรือดูจากที่ตั้งสำนักงานใหญ่เป็นต้น โดยหลักสถานบริหารจัดการที่แท้จริงนั้นมุ่งถึงความสัมพันธ์ของรัฐและนิติบุคคลได้ดีกว่าแต่เป็นหลักที่มีความยุ่งยากในการบริหารเพราะจำเป็นต้องพิจารณาข้อเท็จจริงหลายประการ<sup>9</sup>

ดังนั้นบริษัทที่มีกิจการอยู่ในประเทศสองประเทศเป็นต้นไปอาจอาศัยความสัมพันธ์ของธุรกิจในแต่ละประเทศเพื่อทำการโยกย้ายรายได้หรือกำหนดราคาโอนที่ควรเกิดขึ้นในประเทศหนึ่งมาก ให้ไปเป็นรายได้ของอีกประเทศหนึ่งแทน เนื่องจากประเทศที่โอนราคาไปนั้นอาจมีอัตราภาษีที่ต่ำกว่าหรือมีสิทธิประโยชน์ทางภาษีที่มากกว่าประเทศที่รายได้ที่โอนนั้นเกิดขึ้น เพื่อให้เกิดประโยชน์ทางภาษีแม้จะไม่สอดคล้องกับกลไกตลาดคือไม่ใช่ราคาตลาดที่แท้จริง ดังนั้นหากประเทศต่างๆในโลกยังคงมีอัตราภาษีและสิทธิประโยชน์ทางภาษีที่ต่างกันอยู่ การเลี่ยงภาษีโดยการกำหนดราคาโอนนั้นก็อาจเกิดขึ้นได้ตลอดโดยเฉพาะในประเทศที่มีการตั้งบริษัทในเครือไว้ในประเทศที่เป็น Tax Haven<sup>10</sup> สรรพากรในแต่ละประเทศจึงต้องหามาตรการเพื่อหาราคาโอนที่เหมาะสมเพื่อใช้เป็นเกณฑ์เปรียบเทียบกับราคาโอนของภาคธุรกิจว่ามีความเหมาะสมแล้วหรือยังโดยวิธีการที่ได้รับการยอมรับกันอย่างแพร่หลายคือการหาราคาติดต่ออย่างอิสระ Arm's length price<sup>11</sup>

### 2.1.2 นิยามทั่วไปของการกำหนดราคาโอน

มีผู้ให้ความหมายของการกำหนดราคาโอนเอาไว้มากมาย เมื่อนำมาพิเคราะห์รวมกันแล้วการกำหนดราคาโอน หรือ Transfer Pricing หมายถึง การกำหนดราคาสินค้า ค่าบริการ และทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่วิสาหกิจหนึ่งคิดจากอีกวิสาหกิจหนึ่งที่อยู่ในเครือเดียวกัน<sup>12</sup> โดยพึงคำนึงว่า

<sup>9</sup> พล ธีรคุปต์, สารพันปัญหาระหว่างประเทศ 4, หน้า 11.

<sup>10</sup> ประเทศ Tax haven คือประเทศที่มีมาตรฐานในการป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีข้ามชาติต่ำ OECD ได้กำหนดเงื่อนไขการจัดประเทศ tax haven ไว้ว่าเป็นประเทศที่ไม่มีความโปร่งใสในการเปิดเผยกฎหมายเกี่ยวกับภาษีหรือสามารถต่อรองอัตราภาษีกับเอกชนได้ และเป็นประเทศที่ไม่มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลเกี่ยวกับภาษีที่มีประสิทธิภาพสำหรับการตรวจสอบการเสียภาษีของรัฐอื่นๆ

<sup>11</sup> นอกจากราคาติดต่ออย่างอิสระแล้วมีผู้ให้คำแปลของหลัก Arm's length price ไว้ว่า หลักอิสระชน (สุเมธ ศิริคุณโชติ, กฎหมายภาษีอากรระหว่างประเทศ. หน้า 219.)

<sup>12</sup> Susan M.Lyons, International Tax Glossary, 3 rd ed, IBFD Publication BV, 1996 อ้างถึงใน สุเมธ ศิริคุณโชติ, กฎหมายภาษีอากรระหว่างประเทศ (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554). หน้า 219

วิสาหกิจที่อยู่ในเครือเดียวกันก็อาจมีได้หลายแบบทั้ง การถือหุ้นระหว่างกัน หรือถือหุ้นโดยบริษัทแม่ การเป็นบริษัทในเครือที่มีบริษัทแม่เป็นผู้มีอำนาจควบคุมสั่งการบริษัทในเครืออื่น หรือ การทำกิจการร่วมค้าร่วมกัน เป็นต้น

ดังนั้นความหมายในตัวเองไม่ได้แสดงออกในด้านลบว่าเป็นการกระทำเพื่อเลี่ยงภาษีเสมอไป เพราะหากการกำหนดราคาโอนนั้นเป็นการกำหนดราคาที่สมเหตุสมผลแล้วย่อมไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเข้าไปตรวจสอบหรือปรับแต่งใหม่อีก ซึ่งราคาที่เหมาะสมนั้นก็คือราคาตามท้องตลาดโดยทั่วไปที่หน่วยธุรกิจอิสระพึงคำนวณต่อกัน แต่หากราคาบิดเบือนไปไม่สอดคล้องกับราคาตลาดเพราะความสัมพันธ์ของกลุ่มวิสาหกิจในเครือ การกำหนดราคาโอนนั้นจึงเป็นการกำหนดราคาโอนเพื่อการหลีกเลี่ยงภาษีที่กฎหมายสมควรเข้ามาควบคุมเนื่องจากมีผลกระทบต่อรายได้ภาษีของรัฐตนเอง

### 2.1.3 รูปแบบธุรกรรมที่ใช้ในการกำหนดราคาโอน

เนื่องจากประเทศไทยใช้อัตราภาษีแบบอัตราเดียวและเป็นอัตราคงที่สำหรับนิติบุคคล ดังนั้นการกำหนดราคาโอนสำหรับธุรกรรมที่ทำในประเทศนั้นจึงไม่เกิดประโยชน์ทางด้านภาษีที่ทำให้ต้องเกิดการตรวจสอบ ธุรกรรมที่ควรให้ความสนใจจึงเป็นธุรกรรมระหว่างประเทศ ในปัจจุบันการทำธุรกรรมของภาคธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันมีความหลากหลายซับซ้อนมากขึ้น ธุรกรรมที่ใช้ในการกำหนดราคาโอนก็มีความหลากหลายมากขึ้นตามไปด้วยพอจะแยกประเภทได้ดังนี้

(1) การขายสินค้า ผลสุดท้ายของการขายสินค้าไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินมีรูปร่าง เช่น เครื่องจักร วัตถุดิบ อุปกรณ์ หรือสินค้าอุปโภคบริโภค หรือทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เช่น สิทธิบัตร หรือ know-how ความเปลี่ยนแปลงที่เกิดจากการกำหนดราคาขายคือการถ่ายโอนกำไรสุทธิระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย หากขายในราคาที่สูงมาก กำไรจะเกิดกับฝ่ายผู้ขายสูงกว่าปกติ ในทางตรงกันข้ามหากราคาขายที่กำหนดถูกมากกำไรก็จะถูกถ่ายโอนมาที่ผู้ซื้อ แต่ในกรณีที่ผู้ซื้อและผู้ขายเป็นวิสาหกิจในเครือเดียวกันเป้าหมายของการซื้อขายสำหรับผู้ขายอาจไม่ใช่การขายได้ในราคาแพงหรือผู้ซื้อก็อาจไม่ต้องการซื้อในราคาถูกก็ได้ เช่น การขายสินค้าทุนหรือเครื่องจักรซึ่งหมดอายุการใช้งานหรือล้าสมัยให้แก่บริษัทลูกในราคาสูงทำให้เกิดการโอนทุนจากบริษัทลูกกลับบริษัทแม่โดยผ่านการตั้งราคาโอนขายนั่นเอง<sup>13</sup> ดังนั้นการขายสินค้าซึ่งเป็นธุรกรรมที่พบได้มากเป็นการทั่วไปนั้น หากมีการใช้ความสัมพันธ์

<sup>13</sup> จำรัส แหม่มสร้อยทอง, "การป้องกันการหลีกเลี่ยงและการหนีภาษีเงินได้นิติบุคคลของบริษัทข้ามชาติโดยการตั้งราคาโอน," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530) หน้า 42.

ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายทำให้ราคาซื้อขายนั้นไม่เป็นไปตามราคาตลาดหรือตามกลไกการค้าเสรี การกำหนดราคาโอนนั้นจึงสมควรถูกตรวจสอบจากกรมสรรพากร

(2) การให้กู้ยืมเงิน วิสาหกิจเครือข่ายกันอาจให้ความสนับสนุนด้านการเงินซึ่งกันและกัน ผ่านการให้กู้ยืมเงินได้ การถ่ายเทกำไรโดยการกู้ยืมเงินนั้นทำได้ด้วยการกำหนดอัตราดอกเบี้ย หากอัตราดอกเบี้ยสูงมากกำไรก็จะถูกถ่ายมาให้ฝั่งผู้ให้กู้มากกว่าปกติ ในทางตรงกันข้ามหากกำหนดอัตราดอกเบี้ยต่ำ หรือไม่กำหนดเลย กำไรก็จะถูกเคลื่อนย้ายมาฝั่งวิสาหกิจผู้กู้มากกว่าปกติและอาจไม่เป็นไปตามกลไกราคาตลาดของวิสาหกิจอิสระได้ การให้กู้ยืมเงินจึงเป็นอีกรูปแบบหนึ่งในการยกย้ายถ่ายเทกำไรระหว่างบริษัทในเครือในประเทศแหล่งเงินได้ไปยังบริษัทแม่หรือบริษัทในเครือหรือสาขาอื่นๆ<sup>14</sup>

(3) การให้บริการ การให้บริการอาจแตกแยกออกเป็นหลายประเภท สำหรับการให้บริการที่พบได้บ่อยในการกำหนดราคาโอน เช่น<sup>15</sup> การอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า การถ่ายทอดเทคโนโลยีความรู้ทางวิชาการ (Know-how) การให้ความช่วยเหลือทางด้านเทคนิค กระบวนการผลิต ควบคุมโรงงานหรือเครื่องจักรต่างๆ การบริการวิจัยและพัฒนา (Research and Development) การให้คำปรึกษา การบริหารจัดการงานทั่วไป ซึ่ง ธุรกิจการให้บริการเหล่านี้ อาจประกอบไปด้วยการให้บริการที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง หรือการให้ใช้สิทธิอันเกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างผสมปนอยู่กับการให้บริการที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่มีรูปร่างก็ได้ การพิจารณาค่าตอบแทนสำหรับการให้บริการเหล่านี้ จึงต้องใช้ความระมัดระวังอย่างมาก เนื่องจากอาจมีส่วนราคาของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างแฝงอยู่ ซึ่งจะต้องถูกนำมาพิจารณาในการกำหนดราคาโอนด้วย

(4) การโอนทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างและสิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ได้แก่การโอนทรัพย์สินทางปัญญา เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร หรือเครื่องหมายการค้า การโอนสิทธิในการได้ใช้ Know-how หรืออาจอยู่ในรูปการร่วมกันพัฒนาเทคโนโลยีก็ได้ โดยการโอนทรัพย์สินนี้อาจอยู่ในรูปการขายหรือการให้บริการก็ได้ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วมักจะกำหนดค่าตอบแทนเป็นสัดส่วนร้อยละของจำนวนผลผลิตที่ได้ จากยอดขายหรือกำไร ผู้รับโอนสิทธิอาจจ่ายค่าตอบแทนเป็นก้อน โดยมีกำหนดระยะเวลาการใช้สิทธิ หรือผู้โอนอาจรวมราคาตอบแทนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นอยู่ในราคา

<sup>14</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 40.

<sup>15</sup> กัญชรัตน์ ไทยดำริ, "การพิสูจน์ราคาโอน: กรณีการให้บริการระหว่างกลุ่มบริษัทข้ามชาติ," สรรพากรศาสตร์ ปีที่ 56 (มีนาคม 2552) : หน้า 83.

สินค้าหรือวัตถุดิบแล้วก็ได้<sup>16</sup> เนื่องจากการคำนวณหาผลตอบแทนที่เกิดจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นทำได้ยากนั่นเอง

ตัวอย่างของการทำธุรกรรมข้างต้นนั้นเป็นเพียงรูปแบบหลักๆที่เกิดขึ้นในการตั้งราคาโอน และถึงแม้จะเปลี่ยนแปลงรูปแบบไปแต่หลักการของการตั้งราคาโอนที่เป็นการหลีกเลี่ยงการเสียภาษีคือการโยกย้ายกำไรภายในกลุ่มธุรกิจที่มีความสัมพันธ์กันโดยเจตนาไม่สุจริต ราคาหรือมูลค่าในการโอนนั้นจึงไม่สะท้อนราคาตลาดที่เหมาะสมเมื่อเทียบกับธุรกรรมระหว่างวิสาหกิจอิสระด้วยกัน ซึ่งเป็นผลให้ปริมาณภาษีที่จัดเก็บได้อาจขาดไปจากความเป็นจริงส่งผลเสียให้กับรัฐได้ มาตรการในการป้องกันการกำหนดราคาโอนเหล่านี้จึงกลายเป็นกลไกสำคัญในการป้องกันปัญหาดังกล่าว

#### 2.1.4 แนวทางการกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีโดยวิธีการกำหนดราคาโอน

ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกๆที่เริ่มมีมาตรการเฉพาะสำหรับการป้องกันการเลี่ยงภาษีโดยการกำหนดราคาโอน แต่ยังไม่เป็นที่นิยมแพร่หลายในประเทศอื่นๆ เนื่องจากเหตุผลในการบัญญัติมาตรการเกิดจากภาวะสงครามโลกครั้งที่ 1 การป้องกันการกำหนดราคาโอนจึงมีเพื่อหารายได้เพื่อใช้ในการสงครามประกอบกับป้องกันไม่ให้เกิดการโอนย้ายรายได้ไปจากประเทศตัวเอง ต่อเนื่องมาจนถึงสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 ภาวะสงครามทำให้การประกอบธุรกิจในลักษณะบริษัทข้ามชาตินั้นไม่เป็นที่แพร่หลาย การป้องกันการเลี่ยงภาษีโดยการกำหนดราคาโอนจึงไม่ถูกพิจารณาเป็นปัญหาสำคัญในขณะนั้น จนกระทั่งภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เมื่อเทคโนโลยีและอุตสาหกรรมรุ่งเรืองขึ้นในราวศตวรรษที่ 1970 บริษัทข้ามชาติจึงก้าวขึ้นมามีบทบาทเต็มตัวในโลก เศรษฐกิจนำไปสู่ความกังวลของภาครัฐโดยเฉพาะประเทศที่มีอัตราภาษีเงินได้สูงว่าจะมีการโยกย้ายถ่ายเทกำไรออกจากประเทศของตนมากขึ้น<sup>17</sup>

มาตรการป้องกันในขณะนั้นส่วนมากยังอยู่ในรูปแบบข้อสัญญาในอนุสัญญาภาษีซ้อน ซึ่งเกิดจากการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศกันเอง โดยการป้องกันการกำหนดราคาโอนจะแทรกอยู่ในข้อสัญญาต่างๆ เช่น ข้อกำหนดกำไรจากธุรกิจ (Business Profit) หรือค่าสิทธิ เป็นต้น โดยหลักแล้วหากวิสาหกิจต่างประเทศมาตั้งกิจการโดยมีสถานประกอบการถาวร (Permanent

<sup>16</sup> จาร์ส แฮมมสร้อยทอง, "การป้องกันการหลีกเลี่ยงและการหนีภาษีเงินได้นิติบุคคลของบริษัทข้ามชาติโดยการตั้งราคาโอน," หน้า 30.

<sup>17</sup> ธิดาลักษณ์ นากามิจิ, "ปัญหาการปรับใช้วิธีการคำนวณราคาโอนที่ได้รับรองในทางสากลกรณีสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, 2553).

หน้า 75.

Establishment) ในรัฐหนึ่ง รัฐนั้นสามารถเก็บภาษีจากกำไรที่เกิดขึ้นจากสถานประกอบการถาวร นั้นได้ ดังนั้นหากสถานประกอบการถาวรข้างต้นมีการกำหนดจ่ายค่าตอบแทนให้กับวิสาหกิจในเครือ ที่อยู่ต่างประเทศ เช่น สำนักงานใหญ่ ในราคาที่สูงกว่าความเป็นจริง รัฐแหล่งเงินได้หรือรัฐที่สถาน ประกอบการตั้งอยู่นั้นมีอำนาจที่จะปรับปรุงยอดรายรับรายจ่ายของสถานประกอบการถาวร ให้สอดคล้องตามหลักราคาอิสระ (Arm's length Price) ได้

ความสนใจในปัญหาการกำหนดราคาโอน เป็นที่แพร่หลายขึ้นเมื่อ กลุ่ม OECD ได้ทำ รายงานเพื่อให้เกิดการนำเสนอหลักการเพื่อการพิสูจน์ราคาโอนที่เหมาะสม คือหลักราคาติดต่ออิสระ หรือ Arm's length price รายงานฉบับนี้เผยแพร่ขึ้นในปี ค.ศ. 1979 ชื่อว่า 'Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises' และได้มีการปรับปรุงเรื่อยมาเพื่อให้เหมาะสมกับการใช้งาน และสามารถแก้ปัญหาในทางปฏิบัติได้ซึ่งเนื้อหาโดยหลักแล้วมีความใกล้เคียงกับบทบัญญัติ ของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีอิทธิพลในการนำมาใช้ เป็นต้นแบบมาตรการของประเทศไทยและใน ที่สุดมาตรฐานของ OECD ได้กลายมาเป็นมาตรฐานสากลสำหรับแนวทางในการกำหนดกฎหมายของ ประเทศอื่นๆ

#### 2.1.4.1 แนวทางการกำหนดมาตรการของ OECD

ปัจจุบันมาตรการหลักที่กลุ่มองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจ และการพัฒนา (Organization for Economic Co-operation and Development - OECD) ใช้สำหรับการกำหนดราคาโอนของบริษัทข้ามชาติกำหนดออกมาเป็นรายงานชื่อ OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010 โดย OECD ได้อธิบายถึงปัญหาของบริษัทข้ามชาติที่ประกอบกิจการในประเทศต่างกันหลายประเทศ ซึ่งในแต่ละประเทศบริษัทจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ ซึ่งความหลากหลาย ของกฎหมายภายในแต่ละประเทศสร้างภาระให้กับธุรกิจข้ามชาติ และทำให้บริษัทข้ามชาติเหล่านี้ มีต้นทุนภาษีมากกว่าบริษัทที่ประกอบกิจการอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศเดียว เช่นเดียวกับ หน่วยงานจัดเก็บภาษีในหลายๆประเทศก็ต้องเผชิญกับปัญหาการกำหนดราคาโอนทั้งในเชิงนโยบาย และปฏิบัติ รัฐจะต้องพยายามกำหนดสิทธิในการจัดเก็บภาษีตามกฎหมายบนพื้นฐานของรายได้ หรือรายจ่ายของธุรกิจที่เกิดขึ้นภายในดินแดนของตนอย่างระมัดระวังเพื่อไม่ให้เกิดการจัดเก็บภาษี ซ้อนในธุรกรรมข้ามชาติที่อาจมีจุดเกาะเกี่ยวทางภาษีกับรัฐอื่นด้วย ในทางปฏิบัตินั้นรัฐมักพบปัญหา การแยกแยะจัดสรรเงินได้ที่ต้องเสียภาษีในกรณีที่มีการทำธุรกรรมข้ามชาติที่มีความซับซ้อนเนื่องจาก เข้าถึงข้อมูลของคู่สัญญาในธุรกรรมที่ดำเนินในต่างประเทศได้ยาก



การหาราคาโอนที่เหมาะสมสำหรับธุรกรรมของบริษัทข้ามชาตินั้น OECD จึงกำหนดให้ใช้หลักราคาติดต่ออิสระ Arm's length Price เพื่อเปรียบเทียบราคาของธุรกรรมระหว่างวิสาหกิจในเครือเดียวกันกับราคาของธุรกรรมระหว่างวิสาหกิจอิสระ

เนื่องจากการทำธุรกรรมระหว่างวิสาหกิจอิสระด้วยกันเงื่อนไขทางการเงินหรือความสัมพันธ์ทางการเงิน เช่น ราคาสินค้าหรือบริการ หรือเงื่อนไขการโอนทรัพย์สินต่างๆ จะถูกกำหนดตามกลไกตลาด ในขณะที่ธุรกรรมระหว่างวิสาหกิจในเครือเดียวกันอาจไม่ได้เป็นไปตามกลไกตลาดภายนอกเสมอไปแม้จะไม่ได้มีเจตนาต่างออกไปเพื่อการหลีกเลี่ยงภาษีหรือเพื่อผลประโยชน์ทางภาษีอื่นๆก็ตาม เช่น บางวิสาหกิจอาจอยู่ภายใต้ข้อกำหนดหรือการกำกับดูแลจากภาครัฐ เช่นมาตรการตอบโต้การทุ่มตลาด ข้อบังคับเรื่องการควบคุมหุ้นและราคาหุ้น ดังนั้นในการประเมินมูลค่าหรือราคาธุรกรรมที่สร้างขึ้นระหว่างวิสาหกิจในเครือบางครั้งจึงจำเป็นต้องมีการปรับปรุงราคาให้เหมาะสม

การจะหาราคาติดต่ออิสระได้จึงต้องเข้าใจความหมายของคำว่าวิสาหกิจในเครือเดียวกัน และวิสาหกิจอิสระเสียก่อน OECD Model Tax Convention 2010 กำหนดความหมายของวิสาหกิจในเครือเดียวกัน (Associated Enterprises) เอาไว้ใน Article 9 ว่าหมายถึงวิสาหกิจสองแห่งขึ้นไปที่มีความสัมพันธ์กันในลักษณะที่วิสาหกิจหนึ่งเข้าร่วมไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในการจัดการ การควบคุมหรือการลงทุนในอีกวิสาหกิจหนึ่ง หรือกลุ่มบุคคลเดียวกัน เข้าร่วมโดยตรงหรือโดยอ้อมในการจัดการ การควบคุมหรือการลงทุนของวิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญา รัฐหนึ่ง และวิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง<sup>18</sup>

ดังนั้นเงื่อนไขแรกของการปรับปรุงราคาโอนของวิสาหกิจในเครือที่มีความเกี่ยวข้องกันให้เป็นที่ไปตามหลักราคาอิสระคือ ระหว่างวิสาหกิจนั้นมีความสัมพันธ์ในลักษณะการควบคุมจัดการ ไม่ว่าจะเป็นวิสาหกิจหนึ่งควบคุมกันเอง หรือต่างก็อยู่ภายใต้การควบคุมร่วมกันจากกลุ่มบุคคลหนึ่ง เงื่อนไขต่อมาคือการทำธุรกรรมระหว่างวิสาหกิจในเครือนั้นมีเงื่อนไขการค้าหรือการใช้ความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างกันที่แตกต่างไปจากเงื่อนไขที่จะพบได้ในธุรกรรมระหว่างวิสาหกิจอิสระด้วยกัน เช่นการคิดราคาสินค้าต่ำกว่าราคาตลาดมาก การให้กู้ยืมเงินโดยไม่คิดดอกเบี้ย และด้วยความสัมพันธ์หรือเงื่อนไขพิเศษเหล่านี้ทำให้กำไรหรือราคาโอนที่เกิดขึ้นไม่สะท้อนราคาที่เหมาะสมที่วิสาหกิจควรได้รับ เมื่อครบทั้งสองเงื่อนไขเจ้าพนักงานสรรพากรจึงมีอำนาจที่จะเข้ามาปรับปรุงราคาโอนให้เป็นที่ไปตามหลักราคาติดต่ออิสระได้ เนื่องจากวิสาหกิจในเครือเดียวกันหากมีธุรกรรมในรูปแบบเดียวกันกับที่ทำกับวิสาหกิจอิสระ ผลของราคาโอนที่เกิดขึ้นก็ควรจะมีปริมาณ

<sup>18</sup> สุวินัย วัฒนากกร, "การกำหนดราคาโอนสำหรับธุรกรรมบริการภายในกลุ่มบริษัท," (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555). หน้า 28.

ที่ประมาณเท่าๆกัน หากเมื่อใช้หลักราคาติดต่ออิสระแล้วพบว่า วิสาหกิจในเครือเดียวกันมีการย้ายถ่ายเทกำไรหรือรายได้กันทำให้วิสาหกิจในรัฐมีกำไรที่ไม่เหมาะสมกับราคาติดต่ออิสระ เจ้าพนักงานของรัฐนั้นมีสิทธิปรับปรุงราคาโอนนั้นให้เป็นไปตามราคาติดต่ออิสระและให้วิสาหกิจในรัฐนั้นเสียภาษีเพิ่มได้

ตัวอย่างของวิสาหกิจในเครือเดียวกันอาจอยู่ในรูปของบริษัทแม่ถือหุ้นในบริษัทลูก โดยอาจจะเป็นผู้มีอำนาจในการกำหนดราคาขายของสินค้า ทิศทางการทำการตลาด เมื่อมีการโอนสินค้า บริการ หรือทรัพย์สินไม่มีรูปร่างระหว่างกันก็มักจะไม่ได้เป็นไปตามกลไกราคาตลาด เพราะความสัมพันธ์ข้างต้น ดังนั้นแล้ววิสาหกิจอิสระ (Independent Enterprises) คือ วิสาหกิจหนึ่งจะเป็นอิสระจากวิสาหกิจอีกแห่งหนึ่งเมื่อวิสาหกิจทั้งสองไม่มีความสัมพันธ์กันในลักษณะของวิสาหกิจในเครือ

อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่าตามมาตรา 9 ข้างต้นนี้ไม่ได้ให้รายละเอียดเชิงลึกเกี่ยวกับนิยาม หรือขอบเขต ของคำว่าจัดการ ควบคุม หรือร่วมทุนว่าอย่างไร รวมถึงไม่ได้กำหนดวิธีการปรับปรุงกำไรว่าต้องใช้วิธีใด แต่ได้เปิดกว้างให้แต่ละรัฐตกลงกันเองในลักษณะทวิภาคี หรือกฎหมายภายในของแต่ละรัฐ<sup>19</sup>

หลักสำคัญของการใช้หลักราคาติดต่ออิสระนอกจากจะเป็นไปตามมาตรา 9 ของ OECD Model Tax Convention แล้วตามรายงานของ OECD Transfer Pricing Guidelines 2010 แล้วการเปรียบเทียบราคาโอนนั้นยังต้องคำนึงถึงความเปรียบเทียบกันได้ของข้อมูล (Comparability analysis) เพื่อความน่าเชื่อถือของการนำธุรกรรมของวิสาหกิจในเครือมาเทียบกับธุรกรรมของวิสาหกิจอิสระนั้น เพราะการเปรียบเทียบจะมีประโยชน์ได้เมื่อตัวเปรียบเทียบทั้งสองนั้นมีลักษณะทางเศรษฐกิจต่างๆที่เหมือนกันภายใต้สถานการณ์เดียวกันอย่างเพียงพอ เช่น ราคา ขนาดของรายการ คุณสมบัติของสินค้า<sup>20</sup> รายงานฉบับนี้ยังได้กำหนดความหมายของความเปรียบเทียบกันได้เอาไว้ว่าหมายถึง ความแตกต่างใดๆที่มีระหว่างตัวเปรียบเทียบทั้งสองนั้นต้องไม่ถึงขนาดที่มีผลกระทบอย่างสำคัญต่อสภาพของสิ่งที่เราจะตรวจสอบ เช่น ราคาหรือกำไรขั้นต้น หรือหากมีผลกระทบก็ยังสามารถที่จะทำการปรับปรุงอย่างสมเหตุสมผลเพื่อขจัดความต่างนั้นได้

ในการวัดระดับความเปรียบเทียบกันได้หรือการพิจารณาว่าควรต้องปรับปรุงอะไรบ้างเพื่อให้เกิดความเปรียบเทียบกันได้ต้องคำนึงถึงมุมมองของวิสาหกิจอิสระในการประเมินการ

<sup>19</sup> สมศักดิ์ อนุธรรมเสลา, “ปัญหาการนำหลักการตั้งราคาโอนมาใช้กับภาษีเงินได้นิติบุคคลตามประมวลรัษฎากร,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543). หน้า 82.

<sup>20</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 85.

เข้าทำธุรกรรมกับวิสาหกิจอิสระด้วยกันด้วย วิสาหกิจอิสระมักเปรียบเทียบตัวเลือกต่างๆก่อนตัดสินใจเข้าทำธุรกรรมและจะเลือกตัวเลือกที่ดีที่สุด เช่นบริษัทยอมเลือกที่จะขายสินค้าให้กับลูกค้าที่ให้ราคาสูงกว่าเมื่อเทียบกับลูกค้ารายอื่นที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขเดียวกัน เห็นได้ว่าวิสาหกิจอิสระมักคำนึงถึงปัจจัยทางเศรษฐกิจในทุกๆด้านอันส่งผลถึงระดับความสามารถเปรียบเทียบกันได้ การเปรียบเทียบเพื่อหาราคาติดต่ออิสระสำหรับเจ้าพนักงานของรัฐจึงสมควรเปรียบเทียบในระดับเดียวกัน

รายงานของ OECD Transfer Pricing Guidelines 2010 ได้กำหนดปัจจัยความแตกต่างที่ควรนำมาพิจารณาเปรียบเทียบกันได้ (Comparability analysis) ในข้อ 1.38 การตรวจสอบปัจจัยเหล่านี้เป็นการตรวจสอบทั้งสองด้านทั้งด้านปัจจัยที่มีผลกระทบต่อธุรกรรมระหว่างวิสาหกิจในเครือ(ธุรกรรมที่ได้รับการควบคุม)ของผู้เสียภาษี และปัจจัยที่มีผลกระทบต่อธุรกรรมที่ไม่มีการควบคุมของวิสาหกิจอิสระ โดยได้ให้ข้อสังเกตว่านอกจากการเปรียบเทียบต้องดูตามสภาพของธุรกรรมแล้ววิธีการที่ใช้ในการประเมินมูลค่า (Transfer Pricing Method) ก็มีผลในการเลือกใช้ข้อมูลปัจจัยต่างๆมาพิจารณาเปรียบเทียบกันได้พิจารณาเป็นกรณีไป เช่นปัจจัยด้านลักษณะของสินค้าอาจสำคัญกว่าหากเลือกใช้การประเมินมูลค่าวิธีเปรียบเทียบราคาที่ไม่ได้มีการควบคุม (Comparable uncontrolled price method) แทนวิธีกำไรสุทธิจากรายการค้า (Transactional net margin method) เป็นต้น

OECD Transfer Pricing Guidelines 2010 กำหนดปัจจัยที่สำคัญในการเปรียบเทียบได้แก่

#### 1. ลักษณะของสินค้าหรือบริการ (Characteristic of property or services)

ลักษณะของสินค้าหรือบริการที่แตกต่างกันออกไปส่งผลส่วนหนึ่งกับมูลค่าของสินค้าหรือบริการที่ต่างออกไปในตลาดเสรี ดังนั้นการเปรียบเทียบคุณลักษณะจึงเป็นประโยชน์กับการประเมินมูลค่าราคาโอน โดยใช้วิธีเปรียบเทียบธุรกรรมที่มีการควบคุมกับธุรกรรมที่ไม่มีการควบคุม ลักษณะของสินค้าที่สำคัญในการเทียบความเข้ากันได้ควรดูที่ ลักษณะภายนอกของสินค้า คุณภาพ ความน่าเชื่อถือ ความยากง่ายในการเข้าถึงสินค้าและปริมาณความต้องการขาย หรือในกรณีที่ธุรกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง คุณลักษณะของทรัพย์สินที่สำคัญในการเปรียบเทียบกันได้ ได้แก่ รูปแบบของธุรกรรม (เช่น การให้ใช้สิทธิ หรือการขาย) ประเภทของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (เช่น สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า หรือ know-how) ระยะเวลาให้สิทธิหรือระดับของความคุ้มครอง และประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการใช้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น เป็นต้น

ปัจจัยเรื่องลักษณะของสินค้าหรือบริการเป็นปัจจัยที่ต้องให้ความสำคัญมากที่สุด หากเลือกใช้วิธีคำนวณราคาโอนแบบวิธีเปรียบเทียบกับราคาที่ไม่ได้มีการควบคุม (Comparable uncontrolled price method) ถ้าลักษณะของสินค้าหรือบริการที่นำมาเทียบกันมีลักษณะใด

ลักษณะหนึ่งที่แตกต่างกันออกไป การใช้วิธีคำนวณแบบเปรียบเทียบราคาที่ไม่ได้มีการควบคุมนี้จะต้องมีการทำปรับปรุงราคาที่เหมาะสมเสียก่อน (appropriate adjustment) ในขณะที่หากเลือกใช้วิธีการคำนวณราคาโอนแบบราคาขายต่อ หรือแบบราคาทุนบวกกำไรส่วนเพิ่ม ความแตกต่างในลักษณะของสินค้าหรือบริการในบางเรื่องจะมีผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญน้อยกว่ากับผลรวมกำไรส่วนเพิ่ม (gross profit margin) หรือ ต้นทุนของสินค้า(mark-up on costs)

## 2. การวิเคราะห์หน้าที่หรือกิจการที่ทำ (Functional analysis)

ปกติแล้วธุรกรรมระหว่างวิสาหกิจอิสระด้วยกันนั้นการกำหนดค่าตอบแทนจะสะท้อนให้เห็นว่าฝ่ายใดลงแรงทำงานไปมากเท่าใด ดังนั้นหากจะเปรียบเทียบกับธุรกรรมระหว่างวิสาหกิจเครือเดียวกัน การวิเคราะห์หน้าที่จึงเป็นอีกปัจจัยสำคัญของการหาความเปรียบเทียบกันได้ การวิเคราะห์หน้าที่หรือกิจการที่ทำนั้นจะเน้นการหาและเปรียบเทียบกิจกรรมที่สำคัญที่มีผลทางเศรษฐกิจและความรับผิดชอบของวิสาหกิจทั้งสองฝ่าย รวมถึงสินทรัพย์ที่ต่างฝ่ายใช้และความเสี่ยงที่แต่ละฝ่ายเข้ารับไว้ ดังนั้นการเข้าใจโครงสร้างและระบบองค์กรของผู้เสียภาษีตลอดจนหน้าที่ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำหน้าที่ตามธุรกรรมจะเป็นประโยชน์ในการเปรียบเทียบกันได้มากขึ้น

ตัวอย่างหน้าที่การทำงานที่นำมาพิจารณาเปรียบเทียบได้ เช่น งานออกแบบ งานผลิต งานวิจัยและพัฒนา งานบริการ งานจัดซื้อจัดขาย งานตลาด งานโฆษณา งานขนส่ง งานการเงิน และการบริหาร โดยมีข้อสังเกตว่าวิสาหกิจหนึ่งอาจมีปริมาณงานที่ทำมากกว่า แต่สิ่งสำคัญที่ใช้วัดความเปรียบเทียบได้นั้นขึ้นอยู่กับมูลค่าทางเศรษฐกิจของหน้าที่การงานนั้นเป็นหลัก

## 3. เงื่อนไขตามสัญญา (Contractual terms)

ในธุรกรรมที่เป็นไปตามหลักราคาอิสระเงื่อนไขตามสัญญาระหว่างคู่สัญญา มักจะต้องตกลงกันโดยชัดแจ้งหรือปริยายถึงการแบ่งหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบ ความเสี่ยงที่ได้รับ และผลประโยชน์ที่แต่ละฝ่ายจะได้รับ ดังนั้นเงื่อนไขตามสัญญาอาจเรียกได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของการวิเคราะห์ปัจจัยหน้าที่การงานข้างต้น โดยเงื่อนไขตามสัญญานั้นนอกจากจะพบตามสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรแล้วยังอาจสังเกตได้จากกรกระทำของคู่สัญญาและการวิเคราะห์ตามหลักการเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมนั้นได้ในกรณีที่ไม่มีสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษร อย่างไรก็ตามการกำหนดเงื่อนไขตามสัญญาระหว่างวิสาหกิจอิสระด้วยกันมีข้อแตกต่างจากเงื่อนไขตามสัญญาระหว่างวิสาหกิจในเครือที่พึงต้องระวัง กล่าวคือ ระหว่างวิสาหกิจอิสระด้วยกัน การทำสัญญานั้นอยู่บนฐานว่าทั้งสองฝ่ายต้องผูกมัดตามสัญญาอย่างเคร่งครัดเพื่อให้เป็นไปตามประโยชน์ของทั้งคู่ที่ได้ตกลงกันไว้ล่วงหน้าตามสัญญา ในขณะที่เงื่อนไขตามสัญญาของวิสาหกิจในเครือเดียวกันบางครั้ง

ไม่ได้อยู่บนฐานของการรักษาประโยชน์ของทั้งสองฝ่าย ในทางปฏิบัตินั้นจึงอาจมีการปฏิบัติที่ต่างออกไปจากเงื่อนไขตามสัญญาในกรณีเช่นนี้ต้องมีการวิเคราะห์ต่อไปเพื่อหาเงื่อนไขของธุรกรรมที่แท้จริง

ในทางปฏิบัติข้อมูลเกี่ยวกับเงื่อนไขตามสัญญาระหว่างวิสาหกิจอิสระที่จะนำมาเปรียบเทียบนั้นมักจะหาได้น้อยหรือหาไม่ได้เลย การขาดข้อมูลเกี่ยวกับเงื่อนไขนี้จะมีผลกระทบอย่างมากกับการใช้วิธีการคำนวณมูลค่าแบบวิธีการเปรียบเทียบราคาที่ไม่มีการควบคุม เช่น ในธุรกรรมการทำสัญญาให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เงื่อนไขตามสัญญาของธุรกรรมที่ไม่มีการควบคุมของวิสาหกิจอิสระคือ ระยะเวลาการให้ใช้สิทธิ พื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่ให้ใช้สิทธิได้ และข้อจำกัดการใช้สิทธิเป็นต้น เหล่านี้มีผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของการเปรียบเทียบกันได้

#### 4. สภาพแวดล้อมทางเศรษฐกิจหรือตลาด (Economic circumstances)

ราคาติดต่ออิสระอาจต่างกันไปตามแต่สภาพตลาดที่ต่างกันแม้ว่าจะมีทรัพย์สินหรือบริการเป็นชนิดเดียวกันก็ตาม ดังนั้นการหาความเปรียบเทียบกันได้จึงต้องนำตลาดมาเทียบ โดยตลาดของวิสาหกิจอิสระจะต้องไม่มีความแตกต่างกับตลาดของวิสาหกิจในเครืออย่างมีนัยสำคัญ หรือหากมีต้องสามารถปรับปรุงราคาได้อย่างเหมาะสม สภาพแวดล้อมทางตลาดนั้นรวมถึง ตำแหน่งทางภูมิศาสตร์ ขนาดของตลาด ระดับการแข่งขันกันในตลาด สัดส่วนของผู้ซื้อและผู้ขายในตลาด สินค้าหรือบริการที่สามารถแทนที่ได้ และกำลังซื้อของผู้บริโภค เป็นต้น มีข้อสังเกตว่าวิสาหกิจที่มีลักษณะการทำธุรกิจข้ามชาติ การนำวิสาหกิจข้ามชาติอิสระที่แม้จะมีตลาดอยู่ในประเทศเดียวกัน แต่หากมีสินค้าหรือบริการ หน้าที่การงาน หรือกลยุทธ์ทางการตลาดที่ต่างกันมาก การนำปัจจัยด้านสภาพแวดล้อมของตลาดมาใช้เทียบในกรณีนี้กลับทำให้ความน่าเชื่อถือของความเปรียบเทียบกันได้น้อยลงแทน

#### 5. กลยุทธ์ทางธุรกิจ (Business strategies)

กลยุทธ์ทางธุรกิจเป็นไปได้หลายอย่างตามแต่ละแง่มุมของการดำเนินการของวิสาหกิจ เช่น การคิดค้นนวัตกรรมและการพัฒนาสินค้า ระดับการกระจายตัวของธุรกิจ การเบี่ยงเบนความเสี่ยง การประเมินการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองที่อาจมีผลกระทบกับธุรกิจ การวางแผนธุรกิจกับกฎหมายแรงงาน รวมถึงปัจจัยต่างๆที่พบในการประกอบธุรกิจประจำวัน

ข้อควรระวังของการเปรียบเทียบกลยุทธ์ทางธุรกิจคือหากวิสาหกิจเลือกใช้กลยุทธ์ในการตีตลาดหรือการแย่งส่วนแบ่งในตลาด วิสาหกิจอาจเลือกใช้กลยุทธ์การลดราคาขายทำให้มีค่าใช้จ่ายในช่วงเริ่มต้นสูงและราคาไม่สอดคล้องกับราคาของวิสาหกิจอิสระในธุรกรรมที่อาจเทียบกันได้ การพิจารณาว่าวิสาหกิจดำเนินกิจการไปตามแผนธุรกิจหรือไม่จึงต้องพิจารณาช่วงเวลาที่นำไป

เปรียบเทียบกับ เนื่องจากกลยุทธ์การตลาดอาจทำให้มีค่าใช้จ่ายชั่วคราวที่สูงในช่วงต้นแต่ให้ผลตอบแทนที่สูงในระยะยาวได้

เมื่อหาวิสาหกิจอิสระที่สามารถเปรียบเทียบได้มาแล้วจึงนำข้อมูลมาปรับใช้กับวิธีการคำนวณมูลค่าของราคาโอน โดย OECD ได้กำหนดวิธีการไว้ 2 ประเภทด้วยกัน คือ วิธีดั้งเดิม (Traditional Methods) กับ วิธีกำหนดจากกำไรของรายการค้า (Transactional Profit Method) โดยแต่ละวิธีจะมีวิธีการเปรียบเทียบเพื่อหาราคาติดต่ออิสระโดยใช้วัตถุในการเปรียบเทียบที่ต่างกันไป แบ่งเป็นวิธีดั้งเดิมและวิธีอื่นๆโดยไม่กำหนดลำดับในการเลือกใช้ทำให้หน่วยงานของรัฐสามารถเลือกนำไปใช้กับแต่ละสถานการณ์ของบริษัทข้ามชาติในประเทศของตนเองได้อย่างเหมาะสม เนื่องจากไม่มีวิธีไหนที่เหมาะสมปรับใช้ได้สมบูรณ์กับทุกสถานการณ์ทั้งหมด

### 1. วิธีประเมินมูลค่าแบบดั้งเดิม (Traditional Methods)

วิธีนี้เป็นวิธีประเมินมูลค่าราคาโอนว่าเป็นไปตามหลักราคาอิสระหรือไม่ที่แสดงได้เด่นชัดที่สุดเนื่องจากแสดงให้เห็นความสัมพันธ์ทางการค้าและการเงินระหว่างวิสาหกิจในเครือได้ชัดว่าเป็นไปในลักษณะเดียวกับวิสาหกิจอิสระหรือไม่โดยการเทียบราคาหรือรายการค้าของธุรกรรมที่มีการควบคุมกับไม่มีการควบคุมนั่นเอง

(ก) วิธีเปรียบเทียบกับราคาที่ไม่ได้มีการควบคุม (Comparable Uncontrolled Price หรือ CUP)

วิธีนี้เป็นการเปรียบเทียบราคาของทรัพย์สินหรือบริการที่โอนระหว่างวิสาหกิจในเครือ (ราคาที่มีการควบคุม) กับราคาโอนของทรัพย์สินหรือบริการในธุรกรรมที่เปรียบเทียบกันได้ในระหว่างวิสาหกิจที่ไม่ได้มีการควบคุม (ราคาที่ไม่มีการควบคุม) ในสถานการณ์ที่สามารถเทียบกันได้ วิธีนี้จัดว่าเป็นวิธีที่มีความน่าเชื่อถือสูงและ OECD แนะนำให้เป็นวิธีที่ควรใช้มากที่สุดหากสามารถหาธุรกรรมที่ไม่มีการควบคุมที่สามารถเทียบกันได้ได้ (comparable) โดยแบ่งออกเป็นราคาเปรียบเทียบภายใน และราคาเปรียบเทียบภายนอก

ราคาเปรียบเทียบภายใน (Internal CUP) หมายถึงกรณีที่วิสาหกิจที่ถูกควบคุมมีการทำธุรกรรมระหว่างกันเองและได้ทำธุรกรรมในลักษณะเดียวกันกับวิสาหกิจอิสระอื่นๆด้วย ราคาโอนที่เกิดขึ้นระหว่างวิสาหกิจในเครือเดียวกันจึงนำมาเทียบกับราคาโอนที่ทำกับวิสาหกิจอิสระนั้นได้ บนหลักของความเปรียบเทียบกันได้ เช่น ลักษณะของสินค้า ราคา หรือเงื่อนไขการโอนต่างๆ วิธีนี้จึงเป็นวิธีที่ง่ายในการหาข้อมูลต่างๆมาเทียบเพราะเป็นข้อมูลที่วิสาหกิจที่มีการควบคุมมีอยู่แล้ว แต่ในความเป็นจริงธุรกรรมที่ทำระหว่างวิสาหกิจในเครือกันเองมักมีเงื่อนไขที่ต่างออกไปจากที่ทำกับวิสาหกิจอิสระ

ภายนอก เช่นการกำหนดราคา ค่าใช้จ่ายต่างๆทำให้ต้องมีการปรับปรุงราคาให้อยู่ภายใต้เงื่อนไขของความเทียบกันได้ก่อน หรือกระทั่งหากไม่สามารถปรับปรุงให้เหมาะสมได้จะต้องเปลี่ยนวิธีในการคำนวณราคาใหม่

ราคาเปรียบเทียบภายนอก (External CUP) หมายถึงกรณีการเปรียบเทียบราคาโอนระหว่างธุรกรรมที่สร้างขึ้นระหว่างวิสาหกิจในเครือด้วยตนเองหรือเป็นธุรกรรมที่มีการควบคุมเปรียบเทียบกับราคาโอนในธุรกรรมที่เทียบเคียงกันได้ของวิสาหกิจอิสระทำกับบุคคลภายนอก ราคาเปรียบเทียบภายนอกเป็นราคาที่มีอยู่จริงมากกว่าราคาเปรียบเทียบภายใน<sup>21</sup> อย่างไรก็ตาม การเข้าถึงข้อมูลของธุรกรรมของวิสาหกิจอิสระในบางกรณีทำได้ยากเนื่องจากข้อมูลบางเรื่องไม่เป็นที่เปิดเผยแก่สาธารณะทำให้การวิเคราะห์ความเทียบเคียงได้และความเหมาะสมในการใช้วิธีการคำนวณแบบเปรียบเทียบราคาที่ไม่ได้มีการควบคุมมีความน่าเชื่อถือน้อยลง

ในบางกรณีการหาธุรกรรมที่มีความเหมือนหรือคล้ายกันถึงขนาดที่ไม่มีความต่างอันมีผลกระทบต่อราคาอย่างร้ายแรงของวิสาหกิจอิสระอันจะนำมาเปรียบเทียบกับธุรกรรมที่มีการควบคุมนั้นทำได้ยาก ความต่างกันเพียงเล็กน้อยของทรัพย์สินที่โอนอาจมีผลกระทบร้ายแรงต่อราคาแม้ว่าลักษณะของการดำเนินธุรกิจของทั้งวิสาหกิจที่ควบคุมและวิสาหกิจอิสระนั้นจะคล้ายกันถึงขนาดที่ส่วนของกำไรส่วนเพิ่มมีปริมาณใกล้เคียงกันก็ตาม ในกรณีเช่นนี้สมควรมีการปรับปรุงราคาให้เหมาะสมเพราะจะมีผลกระทบกับความน่าเชื่อถือของการประเมินราคา ดังนั้นการใช้วิธีคำนวณแบบเปรียบเทียบราคาที่ไม่ได้มีการควบคุมจึงเหมาะสมกับทรัพย์สินหรือบริการบางประเภทที่มีราคาตลาดหรือราคากลางที่สามารถเทียบกันได้ชัดเจนและมีความหลากหลายของลักษณะสินค้าหรือรูปแบบธุรกิจน้อย เช่นสินค้าวัตถุดิบพื้นฐานที่มักจะมีผลิตจำนวนมากและมีลักษณะคุณภาพเหมือนกันและมีข้อสังเกตว่า สินค้าที่มีส่วนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีมูลค่ามารวมอยู่ด้วย เช่น การทำการวิจัยและพัฒนา (research and development) หรือการโอนถ่าย know-how ไปพร้อมกับสินค้า ย่อมมีราคาสูงกว่าสินค้าประเภทเดียวกันที่ไม่มีส่วนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างดังกล่าว

นอกจากนี้ ความแตกต่างของปัจจัยในการเปรียบเทียบกันได้ที่ต้องระวัง เช่น สินค้าที่ขายต่างประเทศกัน สภาพตลาดต่างกัน(เป็นสินค้าที่ขายในตลาดเสรีกับตลาดสินค้าผูกขาด) หรือสภาพคุณภาพของสินค้า การให้บริการหลังการขายของสินค้าที่ต่างกันแล้วยังมีสถานการณ์ที่ไม่อาจนำวิธีคำนวณมูลค่าแบบเปรียบเทียบราคาที่ไม่ได้มีการควบคุมมาใช้ได้โดยตรงเนื่องจากราคาโอนในธุรกรรมที่มีการควบคุมนั้นต่างจากการขายสินค้าในตลาดเพราะเหตุผลทางธุรกิจหรือแผนการดำเนินธุรกิจของวิสาหกิจในเครือเอง เช่น ในสถานการณ์ที่ธุรกิจมีปัญหาการเงินทำให้

<sup>21</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 101.

ต้องขายสินค้าไปก่อนโดยไม่คิดราคาตอบแทน หรือกลยุทธ์ในการตีตลาดสินค้าใหม่ทำให้ผู้ขายตั้งใจลดราคาสินค้าต่ำกว่าราคาติดต่ออิสระมาก การหาราคาโอนโดยวิธีเปรียบเทียบราคาที่ไม่มีการควบคุมจึงต้องระมัดระวังสถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันไม่ได้เช่นนี้ด้วย

(ข) วิธีกำหนดจากราคาขายต่อ (Resale Price Method)

วิธีการคำนวณเพื่อหาว่าราคาโอนเป็นไปตามหลักติดต่ออิสระหรือไม่วิธีนี้ตั้งต้นจากราคาขายต่อสินค้าที่ซื้อมาจากวิสาหกิจในเครือเดียวกัน หรือวิสาหกิจที่มีความสัมพันธ์กันให้กับลูกค้าหรือวิสาหกิจอิสระอื่นๆ เมื่อนำราคาขายต่อมาหักด้วยกำไรขั้นต้น (gross margin) ซึ่งได้แก่มูลค่าที่ผู้ขายต่อเห็นว่าครอบคลุมค่าใช้จ่ายในการขายและปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องอื่นๆ (เมื่อคำนึงถึงทรัพยากรที่ใช้และความเสี่ยงที่รับไว้แล้วด้วย) ประกอบกับผลกำไรที่หวังไว้ ผลที่ได้จากการหักกำไรขั้นต้นแล้วคือราคาโอนหรือราคาต้นทุนของทรัพย์สินที่ผู้ขายต่อซื้อมาจากวิสาหกิจในเครือนั่นเอง (ในบางกรณีอาจต้องหักด้วยค่าใช้จ่ายอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับการซื้อสินค้านั้นมา เช่น ค่าภาษีนำเข้าเป็นต้น) ดังนั้นราคาโอนจะเป็นราคาที่เป็นไปตามหลักราคาอิสระ ถ้าการกำหนดกำไรขั้นต้นนั้นเปรียบเทียบกันได้ (comparable) กับกำไรขั้นต้นที่ผู้ขายต่อคนเดิมกำหนดไว้สำหรับการซื้อมาขายไปในธุรกรรมที่ไม่มีการควบคุมราคาที่สามารถเทียบกันได้ (internal comparable) หรือเปรียบเทียบกันได้กับกำไรขั้นต้นที่วิสาหกิจอิสระอื่นๆกำหนดไว้จากการขายต่อสินค้าลักษณะเดียวกันในธุรกรรมที่เหมือนหรือคล้ายกัน (external comparable)

โดยความเปรียบเทียบกันได้สำหรับวิธีนี้จึงไม่ได้ให้นำหนักกับความคล้ายคลึงเทียบกันได้ของตัวทรัพย์สินที่ซื้อขายกันแต่มุ่งเน้นไปที่หน้าที่ในการจัดจำหน่ายสินค้า ผลตอบแทนจากเงินลงทุนและการแบกรับความเสี่ยงของผู้จัดจำหน่ายมากกว่าเนื่องจากปัจจัยเหล่านี้สะท้อนความเปรียบเทียบกันได้กำไรขั้นต้นมากกว่านั่นเอง<sup>22</sup> ดังนั้นวิธีนี้จึงเหมาะสมกับการคำนวณราคาโอนของทรัพย์สินมีรูปร่างที่ไม่มีการดัดแปลงหรือเปลี่ยนแปลงสภาพของทรัพย์สินนั้นก่อนขายต่อเพราะหากมีการดัดแปลงเพิ่มมูลค่าให้กับสินค้ำก่อนแล้ว การหาธุรกรรมที่นำมาเทียบเคียงจะทำได้ยากและทำให้ความน่าเชื่อถือในการเปรียบเทียบลดลง

<sup>22</sup> กานต์สินี จันทร์เต็ม, “มาตรการทางกฎหมายภาษีในการเตรียมความพร้อมเพื่อเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) – การนำหลักการของคู่มือราคาโอนขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD) มาใช้ในกรณีธุรกรรมที่ไม่สามารถหาราคาตลาดได้,” (เอกัตศึกษาปริญญาศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมาย เศรษฐกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555). หน้า 37.



### (ค) วิธีราคาทุนบวกกำไรส่วนเพิ่ม (Cost plus method)

วิธีการคำนวณราคานี้ตั้งต้นจากราคาต้นทุนที่วิสาหกิจอิสระในเครือกำหนดไว้สำหรับการโอนทรัพย์สินหรือการให้บริการแก่วิสาหกิจในเครือด้วยกันซึ่งเป็นผู้ซื้อ (ธุรกรรมที่มีการควบคุม) เมื่อบวกราคาต้นทุนเข้ากับกำไรส่วนเพิ่มที่เหมาะสม กล่าวคือคำนึงถึงกิจการที่ทำและสภาพการตลาดแล้ว ราคาทุนบวกกำไรส่วนเพิ่มนี้คือราคาโอนที่เป็นไปตามหลักราคาติดต่ออิสระของธุรกรรมที่มีการควบคุมซึ่งกำไรส่วนเพิ่มนี้จะต้องเทียบเคียงกันได้กับราคากำไรส่วนเพิ่มที่วิสาหกิจผู้โอนทรัพย์สินหรือให้บริการเดียวกันกำหนดไว้สำหรับการขายหรือให้บริการกับวิสาหกิจอิสระอื่นๆ (internal comparable) หรือสามารถเทียบเคียงกับธุรกรรมลักษณะเดียวกันที่เปรียบเทียบกันได้ที่ทำโดยวิสาหกิจอิสระที่ไม่มีการควบคุม (external comparable) โดยยึดหลักการความเปรียบเทียบกันได้ เช่นเดียวกับวิธีเปรียบเทียบกับราคาที่ไม่มีการควบคุม และวิธีคำนวณจากราคาขายต่อ คือธุรกรรมจะเปรียบเทียบกันได้เมื่อไม่มีความต่างกันลักษณะเป็นสาระสำคัญหรือความต่างกันนั้นสามารถปรับปรุงอย่างสมเหตุสมผลเพื่อขจัดความต่างได้

ตัวอย่างกรณีที่ต้องมีการปรับปรุงความต่าง เช่น ในธุรกรรมที่ไม่ได้มีการควบคุมที่จะนำมาเทียบนั้น วิสาหกิจผู้ผลิตและทำการขายนั้นมีความสามารถในการผลิตด้วยต้นทุนที่ต่ำกว่าเมื่อเทียบกับวิสาหกิจผู้ผลิตในธุรกรรมที่มีการควบคุม ทำให้แม้จะขายสินค้าชนิดเดียวกัน และมีราคาขายที่เท่ากัน กำไรที่ได้เมื่อเทียบกันแล้ววิสาหกิจในธุรกรรมที่ไม่มีการควบคุมจะมีกำไรส่วนเพิ่มที่มากกว่า ดังนั้นจึงต้องมีการปรับปรุงเรื่องประสิทธิภาพในการผลิตของวิสาหกิจอิสระที่จะนำมาเทียบด้วยวิธีการดังกล่าวเพราะเป็นตัวแปรความต่างที่มีผลต่อกำไรส่วนเพิ่ม ปัจจัยที่มีผลต่อความเปรียบเทียบกันได้ ในวิธีนี้อื่นๆ เช่น ปริมาณและประเภทของค่าใช้จ่ายในการผลิต ความสอดคล้องกันในการทำบัญชี

วิธีนี้จะมีประสิทธิภาพที่สุดสำหรับการโอนทรัพย์สินประเภทสินค้าระหว่างการผลิต (semi-finished goods) ระหว่างวิสาหกิจในเครือด้วยกันในลักษณะทำสัญญาาร่วมกันผลิต (joint facility agreement) หรือทำสัญญาซื้อขายกันในระยะยาว แต่ในขณะเดียวกันอุปสรรคของการใช้วิธีนี้คือการหาราคาต้นทุนที่แน่นอน เพราะถึงแม้ปกติแล้วยอดขายจะต้องมากกว่าต้นทุนเพื่อให้ธุรกิจยังดำเนินต่อไปได้แต่ราคาทุนนั้นอาจไม่ใช่ราคาที่สามารถนำมาใช้ในการหากำไรส่วนเพิ่ม ช่วงเวลาใดเวลาหนึ่ง หรือในบางกรณีราคาต้นทุนนั้นอาจไม่มีความสอดคล้องกับราคาตลาดเลยก็ได้

### 2. วิธีกำหนดจากกำไรของรายการค้า (Transactional Profit Method)

ในขณะที่วิธีการคำนวณแบบดั้งเดิมใช้การพิจารณารายธุรกรรมระหว่างวิสาหกิจที่มีการควบคุมในการเทียบเคียงหาราคาโอนแต่วิธีการคำนวณโดยกำหนดจากกำไรของรายการค้า จะพิจารณาจากกำไรที่เกิดขึ้นจากธุรกรรมระหว่างวิสาหกิจในเครือ (ธุรกรรมที่มีการควบคุม) ซึ่งจะเป็นไป

ตามหลักราคาติดต่ออิสระก็ต่อเมื่อได้ใช้วิธีการคำนวณให้สอดคล้องกับ Article 9 of OECD Model Tax Convention ซึ่งเปรียบเทียบแบบทของเรื่องการกำหนดราคาโอน รวมถึงต้องสอดคล้องกับหลักความเปรียบเทียบกันได้ (comparability analysis) ซึ่งเป็นหลักการตาม OECD Transfer Pricing Guidelines อีกด้วย

วิธีการกำหนดจากกำไรของรายการค้าสามารถแบ่งได้เป็นสองวิธีได้แก่ วิธีการสุทธิจากรายการค้า (Transactional Net Margin Method) และ วิธีแบ่งกำไร (Transactional Profit Split Method) การพิจารณาจากกำไรยังเป็นการชี้วัดด้วยอีกว่าธุรกรรมที่มีการควบคุมนั้นได้รับผลกระทบใดจากการที่มีสภาพปัจจัยบางอย่างที่แตกต่างไปจากที่กระทำระหว่างธุรกรรมอิสระที่สามารถเทียบได้หรือไม่จึงช่วยในการตรวจทานความเหมาะสมของการใช้วิธีการคำนวณแบบดั้งเดิม โดยเฉพาะเมื่อวิธีดั้งเดิมไม่อาจนำมาใช้ได้เพราะขาดความเปรียบเทียบกันได้

#### (ก) วิธีการสุทธิจากรายการค้า (Transactional Net Margin Method)

วิธีการคำนวณนี้พิจารณาจากกำไรเป็นหลักคล้ายกับวิธีการกำหนดจากราคาขายต่อและวิธีราคาทุนบวกกำไรส่วนเพิ่ม โดยพิจารณาจากกำไรสุทธิที่สัมพันธ์กับต้นทุนที่เหมาะสม (เช่น ต้นทุนในการผลิต ค่าใช้จ่ายในการขาย หรือสินทรัพย์ของกิจการ) ในลักษณะเดียวกันกับวิธีทั้งสองข้างต้นคือต้องนำกำไรสุทธินี้มาเปรียบเทียบกับกิจการที่ไม่อยู่ภายใต้การควบคุม ไม่ว่าจะในรูปแบบการเปรียบเทียบภายในหรือภายนอกก็ตามและการเปรียบเทียบนั้นอยู่บนหลักความเปรียบเทียบกันได้ เพื่อให้เป็นไปตามหลักราคาติดต่ออิสระ นั่นคือต้องมีการวิเคราะห์หน้าที่การทำงาน (Functional Analysis) และความน่าเชื่อถือของตัวชี้วัดกำไรสุทธิ (net profit indicator) เพื่อให้เกิดความน่าเชื่อถือในการนำวิธีการคำนวณนี้มาใช้มากกว่าวิธีอื่น

ข้อสังเกตเกี่ยวกับตัวชี้วัดกำไรสุทธิ (เช่น ผลตอบแทนจากสินทรัพย์ทั้งหมดหรือรายได้จากการดำเนินการขาย เป็นต้น) ได้แก่ ตัวชี้วัดกำไรสุทธินั้นจะไม่เปลี่ยนแปลงไปได้ง่ายแม้มีความแตกต่างของสินค้าซึ่งมีผลกระทบกับราคาของสินค้ามากกว่า หรือความแตกต่างในหน้าที่การทำงาน (function) อาจมีผลกระทบกับกำไรส่วนเพิ่มมากกว่าจะมีผลกับกำไรสุทธิ ซึ่งทำให้เป็นข้อดีของการใช้วิธีนี้ในการคำนวณเมื่อเทียบกับวิธีดั้งเดิม ซึ่งโดยปกติแล้วหากมีความเปลี่ยนแปลงในหน้าที่การทำงานที่กระทำจะมีผลต่อค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานและส่งผลถึงการคำนวณกำไรส่วนเพิ่มหรือกำไรขั้นต้นแต่จะมีผลกระทบค่อนข้างน้อยกว่ากับตัวชี้วัดกำไรสุทธิจากการดำเนินงาน และทำให้ไม่ต้องใช้ข้อมูลเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายขั้นต้นหรือกำไรขั้นต้นจากการปฏิบัติงานของวิสาหกิจอิสระซึ่งในบางประเทศอาจหาข้อมูลได้ยาก นอกจากนี้เนื่องจากวิธีการคำนวณด้วยกำไรสุทธิเป็นวิธีการแบบเปรียบเทียบข้างเดียว ดังนั้นความจำเป็นในการหาข้อมูลด้านการเงินจึงมีเฉพาะของฝ่ายวิสาหกิจในเครือ หรือวิสาหกิจ

ที่ถูกตรวจสอบเท่านั้นซึ่งทำให้เป็นข้อดีอย่างมากสำหรับการทำธุรกรรมกับวิสาหกิจขนาดใหญ่ที่มีความซับซ้อนมากซึ่งทำให้การหาข้อมูลทำได้ยาก

อย่างไรก็ดีในทางกลับกันวิธีนี้ก็มีความเสี่ยง เนื่องจากตัวชี้วัดกำไรสุทธิเองก็อาจเปลี่ยนแปลงไปได้ไม่มีความแน่นอนเมื่อเจอบัจจัยบางอย่าง ซึ่งบัจจัยนี้จะไม่ก่อให้เกิดผลกระทบหรือก่อผลกระทบเพียงเล็กน้อยกับราคาหรือกำไรขั้นต้นของวิสาหกิจอิสระ เช่นประสิทธิภาพในการบริหารงาน หรือสภาพตลาดหรืออุตสาหกรรม ทำให้ความน่าเชื่อถือในการคำนวณหาราคาโอนนั้นต่ำและอาจไม่สอดคล้องกับหลักราคาติดต่ออิสระได้จึงจำเป็นต้องมีการทำการวิเคราะห์หาความเปรียบเทียบได้ด้วย

วิธีเปรียบเทียบด้วยกำไรสุทธินี้เป็นการเปรียบเทียบในระดับที่ใหญ่กว่าวิธีเปรียบเทียบด้วยกำไรแบบดั้งเดิม คือไม่ได้พิจารณาเป็นรายการค้าของแต่ละสินค้าหรือบริการซึ่งต้องมุ่งหากำไรขั้นต้นของสินค้าหรือบริการนั้น แต่พิจารณาในระดับอุตสาหกรรมหรือลักษณะของธุรกิจนั้นโดยการหาอัตราส่วนกำไรที่เหมาะสมของธุรกิจนั้นๆนำมาเปรียบเทียบระหว่างธุรกิจที่มีการควบคุมและไม่มีการควบคุมเพื่อหาราคาโอนนั่นเอง<sup>23</sup> และด้วยเหตุนี้หากในการทำธุรกรรมนั้นมีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีส่วนในการสร้างมูลค่าที่มีความโดดเด่นมากในลักษณะที่ไม่มีคนอื่นทำ เช่นการใช้ความรู้ know how หรือเพิ่มมูลค่าโดยทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอื่นๆ จะทำให้ความน่าเชื่อถือในการใช้วิธีนี้น้อยลงเนื่องจากขาดความเปรียบเทียบกันได้และโดยปกติแล้วควรหันไปใช้วิธีคำนวณแบบแบ่งกำไรแทน เว้นแต่การสร้างมูลค่าที่ไม่มีใครเหมือนนั้นจะเกิดขึ้นจากฝ่ายเดียวโดยที่อีกฝ่ายแทบจะไม่มีการสร้างมูลค่าให้สินค้าในลักษณะเช่นว่าเลย ลักษณะนี้อาจนำวิธีเปรียบเทียบกำไรสุทธิมาพิจารณาได้เพราะถือว่าการเปรียบเทียบฝ่ายเดียว และด้วยความไม่แน่นอนในการกำหนดกำไรสุทธินี้เองทำให้แม้ OECD จะไม่ได้กำหนดลำดับในการใช้วิธีคำนวณเอาไว้ แต่หลายประเทศสมาชิกให้ความเห็นว่าควรนำวิธีนี้มาใช้ต่อเมื่อไม่อาจหาราคาโอนที่มีความน่าเชื่อถือโดยวิธีอื่นได้แล้วมากกว่าการมุ่งใช้เป็นวิธีแรก

#### (ข) วิธีแบ่งกำไร (Transactional Profit Split Method)

วิธีแบ่งกำไรนี้มีขึ้นเพื่อช่วยแก้ปัญหาการหากำไรของธุรกรรมที่ไม่ถูกควบคุมได้ยาก เนื่องจากในขณะที่วิธีการคำนวณราคาโอนจากกำไรวิธีอื่น อาจได้รับผลกระทบจากบัจจัยต่างๆ ทำให้ความน่าเชื่อถือในการคำนวณนั้นน้อยลง แต่วิธีแบ่งกำไรนั้นได้รับผลกระทบจากบัจจัยที่มีผล

<sup>23</sup> สมศักดิ์ อนุธรรมเสลา, ปัญหาการนำหลักการตั้งราคาโอนมาใช้กับภาษีเงินได้นิติบุคคลตามประมวลรัษฎากร, หน้า 111.

ต่อกำไรน้อยกว่า เนื่องจากการเปรียบเทียบโดยวิธีการแบ่งกำไรของวิสาหกิจในเครือในลักษณะเดียวกันกับที่วิสาหกิจอิสระจะแบ่งกำไรกันหากอยู่ภายใต้เงื่อนไขสถานการณ์และหน้าที่การงานเดียวกันกับวิสาหกิจที่มีการควบคุม โดยการแบ่งกำไรเริ่มต้นจากการระบุกำไรที่จะนำมาแบ่งของวิสาหกิจในเครือที่เกิดจากรูขุมที่มีการควบคุมทั้งหมด หลังจากนั้นจึงแบ่งกำไรให้กับแต่ละวิสาหกิจในเครือบนพื้นฐานทางเศรษฐศาสตร์ที่สามารถประมาณให้เป็นการแบ่งกำไรที่สอดคล้องกับหลักการคิดต่ออิสระ โดยการแบ่งกำไรเป็นปัจจัยหลักในการคำนวณราคาโอน

ข้อดีของวิธีการแบ่งกำไรคือช่วยแก้ไขปัญหสำหรับธุรกรรมที่มีรายละเอียดปลีกย่อยเยอะทำให้การเปรียบเทียบเป็นรายธุรกรรมการค้าทำได้ยาก และยังเป็นวิธีที่เหมาะสมที่สุดสำหรับกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย มีส่วนร่วมในการเพิ่มมูลค่าให้กับทรัพย์สินหรือบริการอย่างมาก ด้วยวิธีการที่โดดเด่นเป็นเอกลักษณ์ของตัวเองซึ่งไม่สามารถหาวิสาหกิจอื่นที่มีกิจกรรมลักษณะเดียวกันมาเทียบได้โดยง่าย เช่น การโอน know-how ที่เกิดจากการทำวิจัยและพัฒนา ทำให้ know-how นั้นมีความเป็นเอกลักษณ์ ซึ่งหากใช้วิธีเปรียบเทียบอื่นการหาข้อมูลที่น่าเชื่อถือมาเปรียบเทียบกับนั้นจะทำได้ยาก และไม่มีข้อมูลเพียงพอ การแบ่งกำไรระหว่างกันนั้นจึงเป็นไปตามความมีส่วนร่วมที่ได้ลงทุนไปของแต่ละฝ่ายในการผลิตสินค้า โดยส่วนที่เหลือจากการแบ่งกำไรตามหน้าที่ การลงทุน และการรับภาระความเสี่ยงแล้วถือเป็นกำไรที่เกิดจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ดังนี้ วิธีนี้จึงมีความยืดหยุ่นเพราะคำนึงถึงข้อเท็จจริงและสถานการณ์บางประการที่มีความเฉพาะเจาะจงโดดเด่นที่ปรากฏในธุรกิจที่มีการควบคุม แต่ไม่มีในธุรกิจอิสระอื่น และเนื่องจากวิธีนี้เป็นการคำนวณโดยพิจารณาทั้งสองด้านคือ ประมาณกำไรให้กับทุกธุรกิจในเครือ ทำให้ผลลัพธ์เมื่อคำนวณออกมาบ่อยครั้งที่จะเกิดเหตุการณ์ที่มีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับกำไรโดยไม่สมเหตุผลสมผล ในทางกลับกันหากเป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่มีส่วนร่วมในการเพิ่มมูลค่าโดยการใช้วิธีการเอกลักษณ์ของตน มีเพียงการทำงานตามปกติทั่วไป (เช่น การผลิตตามสัญญาจ้างผลิต หรือการให้บริการตามสัญญา) เช่นนี้ วิธีแบ่งกำไรก็อาจไม่เหมาะสมในด้านของความเปรียบเทียบกันได้ด้านการวิเคราะห์หน้าที่การงานที่ทำ (functional analysis)

ข้อด้อยของวิธีการแบ่งกำไรนี้คือปัญหาในการปรับใช้ในการคำนวณจริง แม้ตามหลักการ การอาศัยข้อมูลของวิสาหกิจอิสระที่น้อยจะทำให้ง่ายต่อทั้งฝั่งผู้เสียภาษีและเจ้าพนักงานผู้ประเมินในการหาข้อมูล แต่ทั้งตัวผู้เสียภาษีหรือกลุ่มวิสาหกิจในเครือและเจ้าพนักงานเองก็ยังมีปัญหากับการหาข้อมูลจากบริษัทในเครือที่อยู่ต่างประเทศ การหารายได้และต้นทุนรวมของทุกวิสาหกิจในเครืออาจทำได้ยากเพราะต้องค้นหาค้นหาบันทึกข้อมูล รายการตามบัญชีต่างๆ ต้องผ่านการปรับปรุงทางบัญชีเนื่องจากมีวิธีทางบัญชีที่ต่างกัน หรืออาจมีปัญหาเรื่องค่าเงินที่ต่างกันของวิสาหกิจในเครือต่างประเทศ

OECD แบ่งวิธีการในการแบ่งกำไรเป็น 2 วิธีโดยไม่ได้กำหนดว่าต้องใช้ทั้ง 2 วิธี หรือ เลือกวิธีใดวิธีหนึ่งแต่ให้วิสาหกิจเลือกใช้ได้ตามความเหมาะสม ได้แก่ (1) แบ่งกำไรจากการมีส่วนร่วม (contribution analysis) และ (2) แบ่งกำไรจากส่วนที่เหลือ (residual analysis) วิธีแบ่งกำไรจากการมีส่วนร่วมนั้นจะนำกำไรทั้งหมดของวิสาหกิจในเครือในธุรกิจที่มีการควบคุมนั้น มาแบ่งให้แต่ละวิสาหกิจด้วยกันบนฐานที่ว่าวิสาหกิจอิสระอื่นๆแบ่งให้กันในสถานการณ์ที่เปรียบเทียบกันได้ แต่หากกรณีข้อมูลของวิสาหกิจอิสระที่เทียบกันได้นั้นหาไม่ได้ ให้แบ่งกำไรโดยดูจากส่วนของหน้าทำการงานที่แต่ละวิสาหกิจในเครือได้ทำลง ในธุรกิจที่มีการควบคุมนั้นๆ โดยคำนึงถึงความเสี่ยงที่ได้รับและทรัพยากรที่ใช้ไปของแต่ละวิสาหกิจในเครือนั้นด้วย สำหรับวิธีแบ่งกำไรจากส่วนที่เหลือ คำนวณจากสองขั้นตอนโดยขั้นแรกให้แต่ละวิสาหกิจในเครือแบ่งสรรผลตอบแทนตามหลักติดต่ออิสระ เฉพาะในส่วนที่ตนมีส่วนร่วมในการทำงานเป็นการทั่วไปของธุรกิจที่มีการควบคุม โดยปกติแล้วผลตอบแทนนี้มักจะได้อีกมาโดยการเปรียบเทียบตามวิธีการคำนวณราคาติดต่ออิสระดั้งเดิม โดยเทียบกับวิสาหกิจอิสระ ดังนั้นในขั้นแรกนี้จะไม่มีส่วนผลตอบแทนจากกิจกรรมที่มีเอกลักษณ์ และมูลค่าสูง สำหรับขั้นที่สองหลังจากแบ่งสรรกำไรขั้นแรกตามข้อเท็จจริงและสถานการณ์แล้ว กำไรหรือขาดทุนจากส่วนที่เหลือเมื่อคำนวณตามกำไรที่แท้จริงแล้วจะถูกแบ่งส่วนให้แต่ละวิสาหกิจในเครืออีกครั้งหนึ่ง

#### 2.1.4.2 แนวทางการกำหนดมาตรการของไทย

ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติเพื่อป้องกันการเลี่ยงภาษีโดยการกำหนดราคาโอน เป็นการเฉพาะ สรรพากรไทยจึงต้องอาศัยบทบัญญัติทั่วไปในประมวลรัษฎากร ประกอบกับคำสั่งกรมสรรพากร ที่ ป.113/2545 เพื่อใช้ประเมินราคาโอนภายในวิสาหกิจเครือเดียวกัน นอกจากนี้ อนุสัญญาภาษีซ้อนที่ไทยทำกับนานาประเทศก็มักมีข้อบทเกี่ยวกับราคาโอนกำหนดอยู่ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติทั่วไปที่นำมาใช้บังคับได้ยังมีข้อจำกัดบางประการอยู่

##### (ก) มาตรการตามประมวลรัษฎากร

ประมวลรัษฎากรบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดราคาโอนสำหรับนิติบุคคลเอาไว้ เฉพาะนิติบุคคลที่เสียภาษีเงินได้จากกำไรสุทธิตามมาตรา 65 เท่านั้น โดยมาตราที่สำคัญได้แก่ มาตรา 65 ทวิ (4) มาตรา 65 ทวิ (7) มาตรา 65 ตรี (13) (14) (15) และมาตรา 70 ตรี

มาตรา 65 ทวิ (4) เป็นการตรวจสอบในด้านของรายได้โดยบัญญัติไว้ว่า "ในกรณี โอนทรัพย์สิน ให้บริการ หรือให้กู้ยืมเงิน โดยไม่มีค่าตอบแทน ค่าบริการหรือดอกเบี้ย หรือมีค่าตอบแทน ค่าบริการหรือดอกเบี้ยต่ำกว่าราคาตลาดโดยไม่มีเหตุอันสมควร เจ้าพนักงานประเมินมีอำนาจประเมิน

ค่าตอบแทน ค่าบริการหรือดอกเบี้ยนั้น ตามราคาตลาดในวันที่โอน ให้บริการหรือให้กู้ยืมเงิน" จะเห็นได้ว่า บทบัญญัตินี้เป็นบททั่วไปที่เจ้าพนักงานสามารถตรวจสอบราคาได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงลักษณะ ความเป็นวิสาหกิจในเครือเดียวกันหรือไม่และไม่ว่าเป็นธุรกรรมภายในหรือนอกประเทศ เพื่อไม่ให้ นิติบุคคลย้ายโอนรายได้รายจ่ายเพื่อให้เสียภาษีน้อยลงได้ บทบัญญัติแห่งมาตรานี้จะนำไปบังคับใช้ กรณีการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีของนิติบุคคลเท่านั้น ถ้าเป็นกรณีของนิติบุคคลที่ไม่ได้เสียภาษี จากกำไรสุทธิ เช่น มูลนิธิหรือสมาคม หรือผู้ประกอบการขนส่งระหว่างประเทศ หรือนิติบุคคลใด ที่เสียภาษี จากยอดรายรับก่อนหักรายจ่ายจะนำมาตราไปใช้บังคับไม่ได้<sup>24</sup> รวมถึงการจ่ายเงินได้ ตามมาตรา 40 (2) (3) (4) (5) และ (6) ไปยังบริษัทต่างประเทศที่ไม่ได้ประกอบกิจการในไทยตาม มาตรา 70 ก็ไม่สามารถตรวจสอบราคาโอนได้

นอกจากนี้มาตรา 65 ทวิ นี้ยังมีความคลุมเครือที่ทำให้การควบคุมราคาโอน ไม่มีประสิทธิภาพคือการให้ความหมายของคำว่า ราคาตลาด และคำว่า เหตุอันสมควร ราคาตลาดนั้น หากตีความตามถ้อยคำและเจตนารมณ์ในบทบัญญัติดังกล่าว น่าจะหมายถึงราคาตลาดที่บุคคลทั่วไป พึงจะตกลงซื้อขายสินค้าหรือบริการต่อกัน<sup>25</sup> ซึ่งอาศัยตามกลไกตลาดตามปกติโดยที่คู่สัญญา ไม่มีความสัมพันธ์กันในลักษณะที่ฝ่ายหนึ่งมีอำนาจควบคุม หรือกำหนดทิศทางในการทำธุรกรรม ของอีกฝ่ายหนึ่งได้ ในปัญหาการกำหนดนิยามนี้มีคำพิพากษาศาลฎีกา และข้อหารือของ กรมสรรพากร วินิจฉัยถึงความหมายของราคาตลาดเอาไว้<sup>26</sup> เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2509 ให้หลักไว้ว่าราคาปานกลางไม่อาจเทียบเป็นราคาตลาดได้เสมอไป ดังนี้ "ราคาตลาดของโภคภัณฑ์นั้น อาจไม่มีราคาตายตัวหรือมีราคาเดียว การจำหน่ายโภคภัณฑ์ราคาสูงต่ำผิดกันก็อาจอยู่ภายในกรอบ ของราคาตลาด ฉะนั้น การจำหน่ายโภคภัณฑ์สูงหรือต่ำกว่าราคาปานกลาง จึงมิใช่แสดงว่าราคา ที่จำหน่ายนั้นมีใช่ราคาตลาดและราคาตลาดมิใช่หมายถึงราคาปานกลางของการจำหน่าย" หรือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2187/2532 ให้หลักไว้ว่าราคาทุนไม่อาจเทียบเป็นราคาตลาดได้ ดังนี้ "ตามพฤติการณ์เชื่อไม่ได้ว่าโจทก์ขายสุราในราคาเท่าทุน เมื่อโจทก์แสดงเอกสารและบัญชีว่าโจทก์ ขายสุราในราคาเท่าทุน จึงมิใช่เป็นราคาตลาดและเป็นการขายไปในราคาต่ำโดยไม่มีเหตุอันสมควร

<sup>24</sup> ธรพล แก้วสถิตย์. คำอธิบายภาษีเงินได้ระหว่างประเทศและหลักการทั่วไปของอนุสัญญาภาษีซ้อน. (กรุงเทพฯ : บริษัท ขอนทิพย์ 50 จำกัด, 2554). หน้า 249-250.

<sup>25</sup> กานต์สินี จันทร์เต็ม, มาตรการทางกฎหมายภาษีในการเตรียมความพร้อมเพื่อเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) - การนำหลักการของคู่มือราคาโอนขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD) มาใช้ในกรณีธุรกรรมที่ไม่สามารถหาราคาตลาดได้, หน้า 14.

<sup>26</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1403/2509, 2187/2532 และข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0706/6477 ลงวันที่ 2 สิงหาคม 2549

เพื่อหลีกเลี่ยงค่าภาษีหรือชำระค่าภาษีให้น้อยลง" จากหลักคำพิพากษาทั้งสองฎีกาเห็นได้ว่าศาลเองไม่ได้ให้ความหมายของตลาดไว้โดยตรง เพียงแต่กำหนดว่าสิ่งใดไม่ใช่ราคาตลาด แม้ความหมายของราคาตลาดยังขาดความชัดเจนแต่พอให้ความหมายได้ว่าราคาตลาดตามมาตรา 65 ทวิ (4) หมายถึงราคาที่ผู้ซื้อและผู้ขายพึงตกลงซื้อขายกันในสถานะที่ทั้งสองฝ่ายเป็นอิสระต่อกัน ไม่มีฝ่ายใดมีอิทธิพลในการกำหนดราคาหรือกล่าวคือเป็นไปตามกลไกตลาดเสรีอย่างสมบูรณ์ ทำให้ราคาตลาดนี้มีความเหมาะสมในการนำไปเทียบกับราคาโอน แต่ในขณะเดียวกันหากมีปัจจัยกระทบตลาดเช่น การท่วมตลาดหรือการผูกขาดในตลาด การหาราคาตลาดในความหมายเช่นนี้จะทำได้ยากและไม่เหมาะสมในการนำมาใช้อ้างอิงในการวัดระดับความสามารถในการเสียภาษี เพื่อการประเมินภาษีเงินได้ผู้เสียภาษีรายใดรายหนึ่งโดยเฉพาะ<sup>27</sup>

สำหรับกรณีใดบ้างที่ถือว่าเป็นกรณีที่มีเหตุอันสมควรได้มีคำพิพากษาของศาลและคำตอบข้อหาหรือของกรมสรรพากรอธิบายไว้เช่นกัน<sup>28</sup> เช่น การโอนขายที่ดินให้บริษัทในเครือที่ตนถือหุ้นข้างมากอยู่ในราคาตามบัญชีซึ่งต่ำกว่าราคาตลาดเพื่อให้สามารถประกอบกิจการส่งออกให้ได้ตามเงื่อนไขของคณะกรรมการการลงทุน ถือเป็นกรณีที่มีเหตุสมควร หรือการโอนทรัพย์สินในราคาไม่ต่ำกว่ามูลค่าที่ปรากฏในบัญชี ณ วันโอน ให้บริษัทที่เพิ่งก่อตั้งและตนถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละ 99 ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง กรมสรรพากรก็มีประกาศตีความว่าถือเป็นเหตุอันสมควรเช่นกันตามคำสั่งกรมสรรพากร ที่ ป.64/2549 เป็นต้น

มาตรา 65 ทวิ (7) เป็นเรื่องการให้อำนาจเจ้าพนักงานประเมินราคาทุนของทรัพย์สินที่ส่งเข้ามาในประเทศได้โดยการเปรียบเทียบกับสินค้าชนิดและประเภทเดียวกันที่ได้ส่งออกไปยังประเทศอื่นๆ ราคาทุนมีผลกระทบกับกำไรสุทธิที่ต้องนำมาเสียภาษี หากราคาทุนมีมูลค่าสูงกำไรสุทธินั้นจะต่ำลงหรือเกิดเป็นขาดทุน เช่นกันหากราคาทุนต่ำกำไรสุทธิที่เกิดก็จะสูงตาม ดังนั้นการที่เจ้าพนักงานมีอำนาจประเมินให้สอดคล้องกับราคาทุนที่ได้ส่งให้กับประเทศอื่นๆ เป็นการประเมินเพื่อให้แน่ใจว่าจะไม่มีการตั้งราคาโอนโดยการใช้อำนาจที่สูงหรือต่ำเกินไป อย่างไรก็ตามมาตรานี้จำกัดอยู่ที่การส่งสินค้าเท่านั้นไม่รวมถึงการนำเข้าบริการด้วย

มาตรา 65 ตริ (13) กำหนดห้ามไม่ให้รายจ่ายที่มีใช้รายจ่ายเพื่อหากำไร หรือเพื่อกิจการโดยเฉพาะ มาหักเป็นค่าใช้จ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ ในบริบทการกำหนดราคาโอน

<sup>27</sup> สมศักดิ์ อรรถมเสลา, "ปัญหาการนำหลักการตั้งราคาโอน มาใช้กับภาษีเงินได้นิติบุคคล ตามประมวลรัษฎากร". หน้า 24.

<sup>28</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2513/2537, 3796-3797/2535 และข้อหาหรือกรมสรรพากรที่ กค. 0811/16254 ลงวันที่ 28 พฤศจิกายน 2540

สามารถนำมาใช้เพื่อตรวจสอบการโอนราคาค่าตอบแทนการให้บริการต่างๆ ว่าเป็นราคาที่เหมาะสมหรือไม่ โดยอยู่บนฐานว่าเป็นการจ่ายไปเพื่อหากำไรหรือกิจการโดยเฉพาะหรือไม่ เช่น ค่าพิพาทศาสตร์ฎีกาที่ 2860-2861/2536 การที่ผู้ประกอบการซึ่งประกอบกิจการซื้อมาขายไปสินค้าจ่ายค่าตอบแทนเพื่อการเปลี่ยนแปลงพัฒนารูปแบบสินค้า ให้กับบริษัทที่ผลิตสินค้าขายให้ เป็นค่าใช้จ่ายที่ไม่สมเหตุสมผลเนื่องจากไม่ใช่หน้าที่ปกติของผู้ประกอบกิจการซื้อมาขายไปที่จะจ่ายค่าตอบแทนเช่นว่า อีกทั้งสินค้าที่ให้เปลี่ยนแปลงก็ไม่ใช่สินค้าที่ขายให้แก่ผู้ประกอบการรายเดียว แต่เป็นสินค้าที่จำหน่ายเป็นการทั่วไป ศาลจึงตัดสินว่าค่าเปลี่ยนแปลงพัฒนารูปแบบสินค้าดังกล่าว เป็นรายจ่ายที่ผู้ประกอบการกำหนดขึ้นเองมิใช่ค่าใช้จ่ายเพื่อการหากำไรหรือเพื่อกิจการโดยเฉพาะ จึงเป็นรายจ่ายต้องห้ามตามมาตรา 65 ตรี (13)

มาตรา 65 ตรี (14) กำหนดห้ามไม่ให้ถือรายจ่ายซึ่งมิใช่รายจ่ายเพื่อกิจการในประเทศไทยโดยเฉพาะ เป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิ ในบริบทการกำหนดราคาโอนสามารถนำมาตรานี้มาใช้ตรวจสอบการจ่ายรายได้ไปยังวิสาหกิจต่างประเทศได้ โดยหากมิใช่รายจ่ายเพื่อกิจการในประเทศไทยโดยเฉพาะจะถูกปรับปรุงไม่ให้ถือเป็นรายจ่าย เช่นการจ่ายค่าการทำวิจัยและพัฒนา หรือการจ่ายค่าสิทธิต่างๆ ให้กับสำนักงานใหญ่ หรือสาขาในต่างประเทศ จะต้องมียุทธศาสตร์ชัดเจนว่าเป็นการจ่ายไปเพื่อตอบแทนการให้ความช่วยเหลือหรือเพื่อประโยชน์ของกิจการในไทยจริงๆ ไม่ใช่การจ่ายโดยไม่มีฐานอันเหมาะสมหรือไม่เกี่ยวข้องกับกิจการในไทย

มาตรา 65 ตรี (15) กำหนดห้ามมิให้นำค่าซื้อทรัพย์สินและรายจ่ายเกี่ยวกับการซื้อหรือขายทรัพย์สินในส่วนที่เกินปกติมาถือเป็นรายจ่ายโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร มาตรานี้เป็น การควบคุมราคาด้านรายจ่ายเพื่อไม่ให้มีการกำหนดรายจ่ายที่สูงกว่าปกติอันอาจอยู่ในรูปแบบของการตั้งราคาโอนได้ โดยควบคุมจากการแยกส่วนที่สูงเกิดปกติโดยไม่มีเหตุผลสมควรซึ่งอยู่ในอำนาจเจ้าพนักงานที่จะประเมินได้ อย่างไรก็ตามมาตรานี้ควบคุมได้เฉพาะรายจ่ายที่เกี่ยวกับการซื้อขายทรัพย์สินไม่รวมถึงค่าตอบแทนการให้บริการ การใช้สิทธิ ดอกเบี้ยที่ต้องจ่าย หรือรายจ่ายลักษณะอื่นๆ

มาตรา 70 ตรี ถือเอาการส่งสินค้าของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ออกต่างประเทศตามคำสั่งจากหรือส่งให้กับวิสาหกิจในเครือเดียวกันถือเป็นการขายที่ต้องนำรายได้มารวมคำนวณเพื่อเสียภาษีภายในประเทศ โดยให้ถือว่าราคาสินค้าเท่ากับราคาตลาดในวันที่ส่งไป เว้นแต่ของที่ส่งไปนั้นเป็นของตัวอย่างหรือเพื่อการวิจัยโดยเฉพาะ ของผ่านแดน ของที่นำเข้ามาแล้วส่งกลับไปภายในเวลาหนึ่งปีนับแต่นำเข้า หรือเป็นของที่ส่งออกแล้วจะนำเข้ามาภายในหนึ่งปี นับแต่ส่งออกนั้น เพื่อเป็นการป้องกันการโอนสินค้าโดยไม่มี การคิดราคาหรือคิดราคาต่ำเกินสมควร อันเป็นรูปแบบการตั้งราคาโอนอย่างหนึ่งซึ่งกรมสรรพากรตรวจสอบภายหลังได้ยาก เนื่องจากมีการโอน



สินค้าหรือทรัพย์สินนั้นออกนอกประเทศไปแล้ว จึงกำหนดให้เจ้าพนักงานมีอำนาจตรวจสอบราคาตลาด และกำหนดให้นำมารวมคำนวณภาษีเสียแต่เมื่อมีการส่งออกนอกประเทศ สำหรับราคาตลาด ตามมาตรานี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 536/2521 วางหลักไว้ให้ว่าไม่รวมถึงค่าระวางและค่าประกันภัย

(ข) มาตรการตามคำสั่งกรมสรรพากรที่ ป. 113/2545

ในปีพ.ศ. 2545 กรมสรรพากรได้เห็นถึงความจำเป็นในการนำวิธีการคำนวณราคาโอนเพื่อป้องกันการเลี่ยงภาษีมาใช้กับนิติบุคคลที่ประกอบกิจการในไทยตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร โดยออกเป็นคำสั่งในทางปฏิบัติสำหรับเจ้าพนักงานสรรพากรยึดเป็นหลักในการตรวจและแนะนำผู้เสียภาษีและเพื่อความเข้าใจที่ตรงกันของเจ้าหน้าที่ภาครัฐและภาคเอกชนผู้เสียภาษี

โดยให้อำนาจเจ้าพนักงานประเมินรายได้ที่ต่ำกว่าราคาตลาดหรือรายจ่ายที่สูงกว่าราคาตลาดโดยไม่มีเหตุอันสมควร ประเมินให้ราคาโอนนั้นเป็นไปตามราคาตลาดได้

นอกจากนี้ในคำสั่ง ป.113/2545 นี้ได้เพิ่มเติมนิยามของคำว่าราคาตลาด และคำว่าคู่สัญญาที่เป็นอิสระต่อกันดังนี้ คำว่า "ราคาตลาด" หมายความว่า "ราคาของค่าตอบแทน ค่าบริการ หรือดอกเบี้ย ซึ่งคู่สัญญาที่เป็นอิสระต่อกันพึงกำหนดโดยสุจริตทางการค้า กรณีโอนทรัพย์สิน ให้บริการ หรือให้กู้ยืมเงินที่มีลักษณะ ประเภท และชนิดเดียวกัน ณ วันที่โอนทรัพย์สิน ให้บริการ หรือให้กู้ยืมเงิน" เมื่อพิจารณาประกอบกับการให้นิยามของคำว่า "คู่สัญญาที่เป็นอิสระต่อกัน" หมายความว่า "คู่สัญญาที่ไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างกันในการจัดการ การควบคุม หรือร่วมทุน โดยทางตรงหรือทางอ้อม" แสดงให้เห็นว่ากรมสรรพากรได้ยอมรับหลักการราคาติดต่ออิสระตามแนวความคิดของOECDเป็นมาตรฐานในการตรวจสอบราคาโอนของการประกอบกิจการของนิติบุคคล

คำสั่งที่ ป. 113/2545 นี้ได้เพิ่มเติมส่วนสำคัญของการตรวจสอบการกำหนดราคาโอนนั้นคือการกำหนดแนวทางในการคำนวณราคาโอนให้ใช้วิธีการ traditional transaction method ตามแบบของOECD นั่นคือวิธี เปรียบเทียบราคาที่มีได้มีการควบคุม Comparable Uncontrolled Price Method) วิธีราคาขายต่อ (Resale Price Method) และ วิธีราคาทุนบวกกำไรส่วนเพิ่ม (Cost Plus Method) ซึ่งเป็นวิธีการที่ใช้เพื่อให้ได้มาซึ่งราคาติดต่ออิสระ และเปิดช่องให้สามารถนำวิธีอื่นมาใช้ได้ หากวิธีข้างต้นไม่สามารถนำมาคำนวณรายได้หรือรายจ่ายเพื่อให้ได้มาซึ่งราคาตลาดของค่าตอบแทน ค่าบริการ หรือค่าดอกเบี้ย วิธีอื่นที่ใช้ต้องเป็นวิธีที่ได้รับรองโดยสากล และมีความเหมาะสมตามสภาพข้อเท็จจริงในทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับกรณีโอนทรัพย์สิน ให้บริการ

หรือให้กู้ยืมเงินนั้น<sup>29</sup> ซึ่งในทางปฏิบัติพบว่ามีการใช้อยู่ 2 วิธี คือ วิธีคำนวณกำไรสุทธิจากรายการค้า (Transactional Net Margin Method) และ วิธีแบ่งกำไร (Profit Split Method)

นอกจากนี้ในข้อ 4 ตามประกาศยังกำหนดเจ้าพนักงานประเมินพิจารณาเอกสารหลายประเภทประกอบการคำนวณราคาโอนเพื่อให้ได้ราคาที่เป็นธรรมตรงกับข้อเท็จจริงทางการค้าของเอกชนมากที่สุด นอกจากนี้ในข้อที่ 5 สรรพากรยังเปิดโอกาสให้มีการทำการกำหนดราคาเป็นการล่วงหน้าได้ โดยให้นิติบุคคลผู้เสียภาษียื่นคำขอพร้อมเอกสารที่เกี่ยวข้องต่ออธิบดีกรมสรรพากร

#### (ค) มาตรการตามอนุสัญญาภาษีซ้อน

การจัดทำอนุสัญญาภาษีซ้อนของไทยกับนานาประเทศมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการเก็บภาษีจากเงินได้อาไร โดยในข้อที่ 9 เรื่องวิสาหกิจในเครือเดียวกันนอกจากจะได้กำหนดถึงลักษณะของวิสาหกิจเครือเดียวกันแล้ว ในวรรคสอง ยังได้กำหนดเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดราคาของวิสาหกิจเอาไว้ว่า<sup>30</sup>

"ในกรณีที่รัฐผู้ทำอนุสัญญารัฐหนึ่ง รวมกำไรเข้าเป็นของวิสาหกิจรัฐนั้นและเก็บภาษีตามนั้น และผลกำไรนั้นได้รวมอยู่ในยอดกำไรของวิสาหกิจของรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง โดยยอดกำไรที่รวมนั้นเป็นกำไรที่ควรมีแก่รัฐผู้ทำสัญญารัฐแรก ถ้าเงื่อนไขที่พาดพิงระหว่างวิสาหกิจสองแห่งเป็นเงื่อนไขปกติที่ทำกับวิสาหกิจอิสระ รัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่งจะต้องปรับปรุงจำนวนภาษีที่จัดเก็บจากกำไรนั้นตามสมควรขึ้นอยู่กับบทบัญญัติอื่นของอนุสัญญานี้และเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐผู้ทำอนุสัญญาจะปรึกษากันและกันหากมีความจำเป็น"

อย่างไรก็ตามมีข้อที่ต้องพิจารณาถึงการมีผลบังคับใช้ของอนุสัญญาภาษีซ้อน เนื่องจากพระราชกฤษฎีกาที่ออกมารองรับหลักการของอนุสัญญาภาษีซ้อน เพื่อให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในนั้น พระราชกฤษฎีกา (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2508 รองรับเฉพาะการลดและยกเว้นภาษีตามอนุสัญญาเท่านั้น ดังนั้นข้อบทในเรื่องการปรับปรุงราคาตามข้อที่ 9 นั้นจึงมีปัญหาไม่มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายในไทย ประกอบกับข้อบทที่ 9 นี้มีการกำหนดให้แตกต่างกันไปในแต่ละอนุสัญญาที่ทำกับแต่ละประเทศ โดยบางประเทศเว้นเรื่องการปรับปรุงราคาเอาไว้ ดังนั้นในทางปฏิบัติจึงต้องพิจารณารายละเอียดในอนุสัญญาแต่ละฉบับเป็นเรื่องๆไป<sup>31</sup>

<sup>29</sup> คำสั่งกรมสรรพากรที่ ป.113/2545 ข้อ 3 (4)

<sup>30</sup> สุเมธ ศิริคุณโชติ, กฎหมายภาษีอากรระหว่างประเทศ, หน้า 157.

<sup>31</sup> พล ธีรคุปต์, "มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันการกำหนดราคาโอน," วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 23 (กันยายน 2552) : 80.

ดังนั้นเห็นได้ว่ามาตรการของไทยในเรื่องการป้องกันการตั้งราคาโอนในปัจจุบัน ยังมีข้อจำกัดในหลายๆด้าน เช่น ด้านตัวบุคคลที่อาจถูกประเมินได้ตามประมวลรัษฎากรมาตรา 65 ทวิ 65 ตริ และ ป.113/2545 จำกัดไว้เพียงตัววิสาหกิจที่เสียภาษีจากกำไรสุทธิเท่านั้น จึงไม่ครอบคลุม วิสาหกิจที่ประกอบธุรกิจระหว่างประเทศที่ต้องเสียภาษีจากรายได้ก่อนหักรายจ่าย หรือวิสาหกิจ ต่างประเทศที่มีรายได้ตามมาตรา 70 ประมวลรัษฎากร ในขณะที่เดียวกันมาตรา 65 ทวิเอง ก็จำกัด การประเมินไว้โดยตัวบทให้ประเมินได้เฉพาะรายได้ที่ต่ำกว่าปกติ ให้เจ้าพนักงานประเมินให้สูงขึ้นได้ เช่นเดียวกับการประเมินรายจ่ายตามมาตรา 65 ตริซึ่งกำหนดให้เจ้าพนักงานประเมินรายจ่ายที่สูง เกินไปให้ต่ำลงได้เพียงด้านเดียว เห็นได้ว่าเจ้าพนักงานไม่มีอำนาจประเมินในทางตรงกันข้าม คือจะประเมินรายได้ที่สูงกว่าปกติให้ต่ำหรือประเมินรายจ่ายที่ต่ำให้สูงไม่ได้เลย ซึ่งในทางปฏิบัติ ของการโอนราคานั้นการโยกย้ายรายได้และรายจ่ายนั้นอาจเกิดได้ทั้งสองกรณีคือสูงเกินไปหรือต่ำ เกินไป

## 2.2 ทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (Intangibles) ในบริบทการกำหนดราคาโอน

OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration 2010 ได้ให้นิยามของคำว่า Transfer Pricing หรือการกำหนดราคาโอนไว้ว่าหมายถึง การกำหนดราคา ที่วิสาหกิจหนึ่งโอนทรัพย์สินที่มีรูปร่างและทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง หรือให้บริการแก่วิสาหกิจในเครือ เดียวกัน<sup>32</sup> ดังนั้น การระบุความหมายหรือขอบเขตของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในบริบทของการกำหนด ราคาโอนนั้นกลายเป็นเรื่องสำคัญสำหรับหน่วยงานจัดเก็บภาษีต่างๆในโลก เพราะลักษณะที่แตกต่างกัน ของทรัพย์สินมีรูปร่างและไม่มีรูปร่างทำให้อธิบายใช้ในการประเมินราคาโอน เพื่อป้องกันการเลี่ยงภาษี ที่มีอยู่เดิมไม่เพียงพอและไม่เหมาะสมทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นมักมีความเป็นนามธรรมจับต้องไม่ได้ มีลักษณะที่โดดเด่นเป็นของตัวเอง มักมีพื้นฐานมาจากความคิดสร้างสรรค์ทางปัญญาของมนุษย์ และมีความหลากหลายมาก

### 2.2.1 ความหมายของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

เนื่องจากไม่มีการให้ความหมายของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่เป็นความหมายทางสากล เดียวกันทุกประเทศ การพิจารณาความหมายของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอาจแยกออกได้เป็นความหมาย ตามแขนงต่างๆดังนี้

<sup>32</sup> preface article 11

### 2.2.1.1 ความหมายทั่วไปของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างคือทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างทางกายภาพซึ่งทำให้วิสาหกิจมีกำไรที่ได้นอกเหนือไปจากกำไรที่วิสาหกิจพึงได้จากทรัพย์สินที่มีรูปร่างทางกายภาพ<sup>33</sup> ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในความหมายทั่วไปคือทรัพย์สินที่ไม่อาจจับต้องได้ ในทางภาษานั้นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นมีลักษณะเฉพาะด้วยกัน 5 ประการ<sup>34</sup> คือ

(1) ไม่มีลักษณะทางกายภาพ แต่อาจมีเอกสารที่แสดงถึงความเป็นอยู่ของทรัพย์สินมีรูปร่างนั้นได้ เช่น สัญญา หรือ การจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า เป็นต้น

(2) ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างจะสามารถถือเอาประโยชน์ตอบแทนทางเศรษฐกิจของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นในอนาคตได้ (ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นมีราคาได้)

(3) มูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นมาจากสภาพของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นเอง ไม่ได้มาจากทรัพย์สินมีรูปร่างอื่น เช่น งานวรรณกรรมหรืองานทางวิทยาศาสตร์ที่อยู่ในหนังสือ มูลค่าของงานนั้นไม่ได้วัดจากสภาพของรูปเล่มหนังสือนั้น

(4) สามารถถือเอาเป็นสิทธิในทรัพย์สินชนิดหนึ่ง ซึ่งได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย (private ownership)

(5) สามารถแยกแยะและระบุตัวตนได้เพื่อทำการประเมินมูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นๆ สำหรับความหมายโดยทั่วไปของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในบริบทของกฎหมายไทยนั้นมีผู้นำความหมายของทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาเปรียบเทียบกับเอาไว้ตามมาตรา 137 และมาตรา 138 ได้ให้นิยาม "ทรัพย์สิน" ว่าหมายถึง วัตถุมีรูปร่าง และ "ทรัพย์สิน" หมายถึงรวมถึง ทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้ ลักษณะหรือคุณสมบัติเฉพาะของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง จึงเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีขอบเขตจำกัดทางกายภาพคือไม่อาจสัมผัสจับต้องหรือมองเห็นได้ด้วยตาเปล่า และเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่า มีราคาและสามารถเข้าครอบครองได้<sup>35</sup>

ดังนั้นการให้ความหมายของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอาจมีได้ทั้งความหมายอย่างกว้างและความหมายอย่างแคบ ความหมายอย่างกว้างจะกินความครอบคลุมความคิดสร้างสรรค์ที่เกิดจากปัญญามนุษย์ทุกรูปแบบ ในขณะที่ความหมายอย่างแคบทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นจะต้องมีคุณสมบัติ

<sup>33</sup> Chandler and Plotkin, 1993: 25 cited in Lorraine Eden, 1998 : 254

<sup>34</sup> Jia-A-Joen, 2007 cited in Gerard Frederik Boulogne

<sup>35</sup> สุขาดา ธารจินดาวงศ์. "ปัญหาการจัดเก็บภาษีเงินได้กรณีค่าตอบแทนจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ได้รับโดยบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศและมีได้ประกอบกิจการในไทย." (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า17.

เบื้องต้นบางประการ เช่นการได้รับการรับรองคุ้มครองตามกฎหมายเสียก่อน โดยปกติแล้วผลลัพธ์ความแตกต่างของการให้ความหมายในคนละแง่มุมอาจไม่เกิดผลกระทบที่แตกต่างมากนัก เช่น สิทธิบัตรหรือเครื่องหมายการค้าเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในทั้งสองความหมาย แต่การแยกความหมายให้ชัดเจนจะมีประโยชน์ในการตอบคำถามสำหรับทรัพย์สินบางประเภทเช่น ระบบ EMS (efficient management system) ซึ่งเป็นระบบที่รวมถึงระบบบริหารจัดการ การบัญชี การซื้อขาย แผนการผลิต และเทคนิคการขาย EMS นี้จัดอยู่ในความหมายทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอย่างกว้างแต่ไม่ถือเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเนื่องจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างจะถูกกล่าวถึงในสองแง่ใหญ่ๆ คือทางด้านบัญชีและภาษีกับทางด้านกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาการแยกประเภททำให้เกิดความเข้าใจมากขึ้นโดยเฉพาะเมื่อไม่มีนิยามสากลที่ตรงกันแน่นอน

### 2.2.1.2 ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในความหมายตามมาตรฐานบัญชี

ในทางบัญชีไม่มีนิยามของคำว่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเอาไว้โดยตรงแต่อาจเทียบได้กับเรื่องสินทรัพย์ไม่มีตัวตนดังนี้

มาตรฐานการบัญชีฉบับที่ 38 (ฉบับปรับปรุง พ.ศ. 2555) ได้มีการกำหนดเรื่องสินทรัพย์ไม่มีตัวตนเอาไว้ มาตรฐานการบัญชีฉบับนี้เป็นไปตามเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นโดยมาตรฐานการบัญชีระหว่างประเทศโดยกำหนดวิธีปฏิบัติทางบัญชีสำหรับสินทรัพย์ไม่มีตัวตน กำหนดให้กิจการต้องรับรู้ถึงสินทรัพย์ไม่มีตัวตนถ้าเข้าเกณฑ์ที่กำหนดไว้โดยเฉพาะ

สินทรัพย์ไม่มีตัวตน หมายถึง สินทรัพย์ที่ไม่เป็นตัวเงินที่สามารถระบุได้และไม่มีกายภาพ ซึ่งต่างจากสินทรัพย์ที่เป็นตัวเงินอันหมายถึง เงินสดหรือสินทรัพย์ที่กิจการจะได้รับเป็นจำนวนที่แน่นอน หรือสามารถทราบได้ และมาตรฐานการบัญชีฉบับนี้ยังได้ขยายความหมายของสินทรัพย์ไม่มีตัวตนอีกว่า รายการที่จะถือเป็นสินทรัพย์ไม่มีตัวตนได้ต้องสามารถระบุได้ ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของกิจการ และต้องก่อให้เกิดประโยชน์เชิงเศรษฐกิจในอนาคต

สินทรัพย์จะเข้าเกณฑ์สามารถระบุได้ตามคำนิยามของสินทรัพย์ไม่มีตัวตนก็ต่อเมื่อ<sup>36</sup>

1. สามารถแยกเป็นเอกเทศได้ กล่าวคือ สามารถแยกหรือแบ่งจากกิจการ และสามารถขาย โอน ให้สิทธิ ให้เช่า หรือแลกเปลี่ยนได้อย่างเอกเทศ หรือโดยรวมกับสัญญาสินทรัพย์หรือหนี้สินที่เกี่ยวข้อง หรือ

2. ได้มาจากการทำสัญญาหรือสิทธิทางกฎหมายอื่นๆ โดยไม่คำนึงถึงว่าสิทธิเหล่านั้นจะสามารถโอนหรือสามารถแบ่งแยกจากกิจการ หรือจากสิทธิและภาระผูกพันอื่น ๆ

<sup>36</sup> มาตรฐานการบัญชี ฉบับที่ 38 (ปรับปรุง 2555) หน้า 10.

ตัวอย่างของสินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตนที่ระบุได้ เช่น<sup>37</sup> สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ สิทธิการเช่า สัมปทานและการอนุญาตให้ใช้สิทธิ เครื่องหมายการค้าและยี่ห้อการค้า และค่าความนิยม

เกณฑ์การพิจารณาว่าสินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตนอยู่ภายใต้การควบคุมของกิจการหรือไม่นั้น พิจารณาจากความสามารถในการควบคุมประโยชน์เชิงเศรษฐกิจในอนาคตของกิจการ โดยอาจคิดกันไม่ให้ผู้อื่นได้รับประโยชน์จากสินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตนนี้ได้ โดยสิทธิหรืออำนาจในการควบคุมนี้อาจเกิดจากสิทธิตามกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ หรืออำนาจควบคุมในลักษณะอื่นนอกเหนือจากสิทธิตามกฎหมายก็ได้ หากมีลักษณะการควบคุมที่มากพอ เช่น ความสัมพันธ์และความจงรักภักดีของลูกค้า โดยปกตินั้นก็กิจการไม่ได้รับความคุ้มครองในสิทธิตามกฎหมาย และไม่มีวิธีการควบคุมเพื่อให้ลูกค้า มีความสัมพันธ์หรือความจงรักภักดีต่อกิจการ กิจการจึงไม่มีอำนาจควบคุมประโยชน์เชิงเศรษฐกิจ ที่อาจได้รับจากความสัมพันธ์นั้นได้ ดังนั้น กลุ่มลูกค้า ส่วนแบ่งการตลาด ความสัมพันธ์และความจงรักภักดีของลูกค้า จึงไม่เข้าเกณฑ์เป็นสินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตนตามนิยาม อย่างไรก็ตาม หากมีรายการแลกเปลี่ยนเพื่อให้ได้มาซึ่งความสัมพันธ์กับลูกค้า แม้ไม่ได้ทำเป็นสัญญา แต่กรณีมีหลักฐานเพียงพอว่ากิจการสามารถเข้าควบคุมรายการแลกเปลี่ยนนั้นเพื่อกำหนดประโยชน์ในอนาคตจากการใช้รายการนั้นได้ และรายการความสัมพันธ์นั้นแยกออกเป็นเอกเทศได้ ดังนั้น รายการแลกเปลี่ยนความสัมพันธ์ และความจงรักภักดีของลูกค้า ถือเป็นสินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตนตามมาตรฐานการบัญชีได้

ประโยชน์เชิงเศรษฐกิจในอนาคตที่กิจการจะได้รับจากทรัพย์สินที่ไม่มีตัวตนเป็นได้ทั้งรายได้จากการขายหรือให้บริการ ต้นทุนที่ประหยัดได้ หรือประโยชน์อื่นที่เกิดขึ้นจากการใช้สินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตน เช่น ทรัพย์สินทางปัญญาที่นำมาใช้ผลิตสินค้านั้นอาจทำให้ต้นทุนการผลิตต่อหน่วยถูกลงได้และทำให้กิจการก่อรายได้ในอนาคตได้มากขึ้น

อย่างไรก็ตามในการปรับใช้นิยามของสินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตนในทางบัญชีกับนิยามของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในบริบทราคาโอนนั้น พึงพิจารณาว่าลักษณะของสินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตนตามมาตรฐานการบัญชื่อนั้นมีขึ้น เพื่อการรับรู้รายได้และรายจ่ายของกิจการเพื่อการทำบันทึกในทางบัญชี ไม่ใช่เพื่อหาราคาตามหลักราคาติดต่ออิสระที่เกิดขึ้นจริงระหว่างกิจการ สินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตนตามมาตรฐานบัญชีจึงอาจไม่สะท้อนมูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในบริบทการกำหนดราคาโอนทั้งหมดได้ เนื่องจากมูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เช่น มูลค่าของสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการผลิตสินค้า อาจปรากฏ

<sup>37</sup> มานิตา, สินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตน [ออนไลน์], 26 กุมภาพันธ์ 2558. แหล่งที่มา

อยู่ในค่าใช้จ่ายในทางบัญชีส่วนหนึ่งได้ โดยอยู่ในรูปของค่าใช้จ่ายในการทำวิจัยและพัฒนาความรู้ในการผลิตสินค้าอื่นๆ ทำให้ไม่ตรงกับมูลค่าของสินทรัพย์ไม่มีตัวตน

### 2.2.1.3 ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในความหมายของทรัพย์สินทางปัญญาตามความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า (TRIPS)

จากการพิจารณาความหมายของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในความหมายโดยทั่วไปแล้ว จะเห็นได้ว่ามีความใกล้เคียงกับลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญาจึงสมควรพิจารณาลักษณะและความหมายของทรัพย์สินทางปัญญาดังนี้

มีผู้ให้ความหมายของทรัพย์สินทางปัญญาในความหมายทั่วไปว่า หมายถึงสิ่งที่ไม่มีการรูปร่างแต่เกิดขึ้นมาจากการกระทำทางสร้างสรรค์สิ่งต่างๆ จากความคิดด้วยปัญญาอันตอบสนองจากมันสมองของมนุษย์ เช่น แนวความคิด สิ่งประดิษฐ์ บทกวี วรรณกรรม การออกแบบ ไมโครคอมพิวเตอร์ ภาพวาด เป็นต้น แต่โดยความหมายในแง่กฎหมายแล้ว หมายความถึงสิทธิอันเกิดขึ้นจากผลิตผลทางความคิดมากกว่าจะหมายถึงตัวผลิตผลที่ได้รับการสร้างสรรค์ขึ้น<sup>38</sup>

เพื่อให้เห็นภาพความแตกต่างระหว่างทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในทางบัญชีกับทรัพย์สินทางปัญญาในกฎหมาย ซึ่งทรัพย์สินทางปัญญาหรือสิ่งสร้างสรรค์ทางปัญญาของมนุษย์นั้นมีลักษณะของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอยู่แล้วโดยธรรมชาติแต่ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างไม่อาจถือว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญาทั้งหมดโดยสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาจะมีลักษณะทั่วไปคือ<sup>39</sup> ไม่มีลักษณะทางกายภาพที่จับต้องได้โดยธรรมชาติเนื่องจากเป็นความคุ้มครองทางความคิดที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเมื่ออยู่ในเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเป็นการให้ความคุ้มครองเฉพาะพื้นที่ที่จำกัดไว้ (รัฐรับรองให้ความคุ้มครองสิทธิภายในประเทศของตน) ซึ่งเป็นสิทธิโดยเฉพาะหรือของเจ้าของ แต่เพียงผู้เดียวอันอาจจำหน่ายหรืออนุญาตให้ใช้สิทธิของตนแก่บุคคลที่สามได้และผู้เป็นเจ้าของหรือผู้รับอนุญาตใช้สิทธิสามารถหวงห้ามไม่ให้บุคคลอื่นใช้ประโยชน์ทางการค้าจากความคิดสร้างสรรค์นั้นได้

TRIPS เป็นความตกลงเพื่อกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศสมาชิกของ WTO ด้วยกัน สำหรับความหมายของทรัพย์สินทางปัญญาในความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้านั้นมาตรา 1 บัญญัติให้

<sup>38</sup> ไชยยศ เหมรัชตะ, ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2553). หน้า 7.

<sup>39</sup> Isabel Verlinden, 2005 cited in Frederik Boulogne, 2008

ความหมายของคำว่าทรัพย์สินทางปัญญาหมายถึงทรัพย์สินทางปัญญาทุกประเภทที่อยู่ในหัวข้อของ ส่วนที่ 1-7 ของภาคที่ 2

ภาคที่ 2 ของความตกลง TRIPS กำหนดทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้ข้อตกลงมีดังนี้

(1) ลิขสิทธิ์และสิทธิที่เกี่ยวข้อง (Copy Rights and Related Rights)

ลิขสิทธิ์ให้ความคุ้มครองการแสดงออกซึ่งความคิดแต่ไม่รวมความคิด กรรมวิธีปฏิบัติ หรือ แนวความคิดทางคณิตศาสตร์ ดังนั้นลิขสิทธิ์นั้นคุ้มครองครอบคลุมผลงานทั้งด้านศิลปะ วรรณกรรม ภาพยนตร์ ดนตรี และงานโสตทัศนวัสดุเป็นต้น บทบัญญัติยังให้ความคุ้มครองรวมไปถึงโปรแกรม คอมพิวเตอร์และการรวบรวมข้อมูล ตามมาตรา 10 สิทธิในการเช่าตามมาตรา 11 รวมไปถึงการ คุ้มครองนักแสดง ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง (การบันทึกเสียง) และองค์การแพร่เสียงแพร่ภาพ

(2) เครื่องหมายการค้า (Trademarks) หลักการทั่วไปของเครื่องหมายการค้า

ตามมาตรา 15 คือ การกำหนดสาระวัตถุของการคุ้มครอง กำหนดให้เครื่องหมายหรือการรวมกัน ของเครื่องหมายใดซึ่งสามารถจำแนกสินค้าหรือบริการของกิจการหนึ่งออกจากกิจการอื่นๆจะสามารถ จดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้าได้ นอกจากนี้ยังกำหนดสิทธิที่เกิดขึ้นตามมาตรา 16 และเงื่อนไข อายุการคุ้มครองต่างๆ

(3) สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ (Geographical Indications) เพื่อประโยชน์ตามความ

ตกลงนี้ได้กำหนดสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ คือ สิ่งบ่งชี้ที่แสดงสินค้าตามที่มีกำเนิดในดินแดนของสมาชิก หนึ่งหรือภูมิภาคหรือท้องถิ่นใดในดินแดนนั้นซึ่งคุณภาพ ชื่อเสียงหรือลักษณะอื่นที่มีอยู่ของสินค้า มีส่วนที่สำคัญมาจากแหล่งกำเนิดของภูมิศาสตร์นั้น นอกจากนี้ยังมีการคุ้มครองเพิ่มเติมสำหรับสิ่งบ่งชี้ ทางภูมิศาสตร์ของสุราและไวน์ในมาตรา 23

(4) การออกแบบอุตสาหกรรม (Industrial Designs) ข้อตกลง TRIPS กำหนด

เงื่อนไขในการได้รับความคุ้มครองของการออกแบบอุตสาหกรรมเอาไว้ในมาตรา 25 และกำหนด ความคุ้มครองเอาไว้ในมาตรา 26 โดยกำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองแก่การออกแบบ อุตสาหกรรมไม่ว่าใหม่หรือดั้งเดิมและกำหนดให้ต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการประกันการคุ้มครองการ ออกแบบสิ่งทอที่ไม่ทำให้เสียโอกาสในการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

(5) สิทธิบัตร (Patents) TRIPS กำหนดให้ประเทศสมาชิกจัดให้เกิดการ

จดทะเบียนสิทธิบัตรให้กับสิ่งประดิษฐ์ใดๆไม่ว่าจะเป็นผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีในทุกสาขาเทคโนโลยี โดยมีเงื่อนไขว่าสิ่งประดิษฐ์นั้นมีความใหม่ เกี่ยวข้องกับการประดิษฐ์และสามารถนำไปประยุกต์ใช้



ในทางอุตสาหกรรมได้ โดยความตกลงนี้มีเนื้อหาครอบคลุมมากกว่าที่กำหนดไว้ใน Paris Convention กำหนดไว้ในมาตรา 28 – มาตรา 34

(6) การออกแบบแผนผังวงจรรวม (Layout-Designs (Topographies) of Integrated Circuits) กำหนดเงื่อนไขและขอบในการให้ความคุ้มครองการออกแบบแผนผังวงจรรวม ตามมาตรา 35 ถึงมาตรา 38

(7) การคุ้มครองสารสนเทศที่ไม่เปิดเผย (Protection of Undisclosed Information) ความตกลง TRIPS ให้ความคุ้มครองข้อมูลสารสนเทศที่ถูกเก็บเป็นความลับหรือไม่เปิดเผย เช่น knowhow trade secrets รวมถึงข้อมูลต่างๆที่ส่งให้กับหน่วยงานรัฐและตัวแทนต่างๆ ตามมาตรา 39

จากประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าทรัพย์สินทางปัญญามีลักษณะที่สำคัญของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอยู่ กล่าวคือไม่มีรูปร่างทางกายภาพแต่มีมูลค่า และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไทย เช่น พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และพระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 เป็นต้น

อย่างไรก็ดีหากพิจารณาตามมุมมองอย่างกว้างแล้วทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง แต่ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างบางประเภทอาจไม่ใช่ทรัพย์สินทางปัญญา เนื่องจากทรัพย์สินทางปัญญามีขอบเขตอยู่ภายใต้กฎหมายเท่านั้น เช่น สิทธิในการใช้สอยประโยชน์ของทรัพย์สินทางปัญญาของเจ้าของ หรือ ผลบังคับตามกฎหมาย

#### 2.2.1.4 ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในความหมายตามประมวลรัษฎากร

ประมวลรัษฎากรไม่ได้ให้นิยามของคำว่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเอาไว้ แต่สามารถพิจารณาเทียบเคียงจากความหมายของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างโดยทั่วไป ปรากฏบทบัญญัติในมาตรา 40(3) ประเภทของเงินได้พึงประเมิน ได้แก่ ค่าแห่งกัญติวิมล ค่าแห่งลิขสิทธิ์ หรือสิทธิอย่างอื่น ทั้งนี้ในการตีความหมายของสิทธิอย่างอื่น ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1271/2531 อธิบายว่าสิทธิอย่างอื่นต้องตีความในทำนองเดียวกับค่าแห่งลิขสิทธิ์ และค่าแห่งกัญติวิมล อันหมายถึงค่าตอบแทน

สิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั่นเอง เช่น ชื่อทางการค้า เครื่องหมายทางการค้า สิทธิบัตร หรือความลับทางการค้า<sup>40</sup>

ค่าแห่งกิวติวัลส์ คือ ค่าความนิยมที่ประชาชนหรือลูกค้ามีต่อกิจการอันเกิดจากชื่อเสียงที่ดี กิวติวัลส์เป็นสิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างชนิดหนึ่ง โดยเป็นค่าความนิยมที่อยู่คู่ธุรกิจซึ่งได้สร้างความเชื่อถือให้ผู้ติดต่อทำการค้าหรือผู้บริโภค จึงจัดเป็นทรัพย์สินที่มีคุณค่าทางธุรกิจซึ่งสามารถจำหน่ายจ่ายโอนได้<sup>41</sup>

ค่าแห่งลิขสิทธิ์ หมายถึง ค่าตอบแทนการให้ใช้ลิขสิทธิ์ ซึ่งลิขสิทธิ์นั้นหมายถึงสิทธิแต่ผู้เดียวที่จะกระทำการใดๆตามพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์เกี่ยวกับงานที่ผู้สร้างสรรค์ได้ทำขึ้น มีการกำหนดนิยามเอาไว้ในมาตรา 4 และอธิบายตัวอย่างงานอันมีลิขสิทธิ์เอาไว้ในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์พ.ศ. 2537

ค่าแห่งสิทธิอย่างอื่น หมายถึง<sup>42</sup> เนื่องจากเป็นค่าที่บัญญัติไว้ต่อจากคำว่า ลิขสิทธิ์ แสดงว่าเป็นค่าที่มีความหมายทำนองเดียวกัน เมื่อลิขสิทธิ์เป็นทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิอย่างอื่นจึงหมายถึงสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา

ลักษณะของประเภทเงินได้ตามมาตรา 40(3) และมาตรา 40(8) หรือเรียกโดยรวมว่า ค่าสิทธิ สามารถเทียบเคียงกับข้อบทในอนุสัญญาภาษีซ้อนเรื่อง 'ค่าสิทธิ' ได้ ซึ่งอนุสัญญาภาษีซ้อนที่ไทยทำกับประเทศต่างๆการกำหนดเนื้อหานั้นจะขึ้นอยู่กับคู่สัญญารัฐทั้ง 2 ฝ่าย แต่โดยทั่วไปแล้วมักนำตัวอย่างการร่างมาจากแบบของ OECD หรือ UN โดยให้ความหมายของค่าสิทธิเอาไว้ในข้อ 12 เป็นส่วนใหญ่บัญญัติความหมายของค่าสิทธิว่า<sup>43</sup>

"คำว่า ค่าสิทธิ ที่ใช้ในข้อนี้ หมายถึง การชำระอย่างใด ๆ ที่ได้รับเป็นค่าตอบแทนเพื่อการใช้หรือสิทธิในการใช้สิทธิในงานวรรณกรรม ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์ใดๆ รวมทั้งการใช้ฟิล์มภาพยนตร์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้าแบบหรือหุ่นจำลอง แผนผังสูตรหรือกรรมวิธีลับใดๆ หรือเพื่อการใช้หรือสิทธิในการใช้อุปกรณ์ทางอุตสาหกรรม พาณิชยกรรม หรือทางวิทยาศาสตร์ หรือเพื่อข้อสนเทศเกี่ยวกับประสบการณ์ทางอุตสาหกรรม ทางพาณิชย์ หรือทางวิทยาศาสตร์" นอกจากนี้

<sup>40</sup> สมศักดิ์ อนุธรรมเสลา, "ปัญหาการนำหลักการตั้งราคาโอน มาใช้กับภาษีเงินได้นิติบุคคล ตามประมวลรัษฎากร".

หน้า 71

<sup>41</sup> สุชาติ ธารจินดาวงศ์. "ปัญหาการจัดเก็บภาษีเงินได้กรณีค่าตอบแทนจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ได้รับโดยบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศและมีได้ประกอบกิจการในไทย." หน้า 18.

<sup>42</sup> ชัยสิทธิ์ ตรีชูธรรม, คำสอนวิชากฎหมายภาษี (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556). หน้า 186.

<sup>43</sup> สุเมธ ศิริคุณโชติ, กฎหมายภาษีอากรระหว่างประเทศ. หน้า 161.

ตามอนุสัญญาภาษีซ้อนที่ทำขึ้นระหว่างประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกายังให้หมายรวมถึงกำไรจากการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างและสิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอีกด้วย สำหรับข้อสนเทศเกี่ยวกับประสบการณ์ทางอุตสาหกรรม ทางพาณิชย์ หรือทางวิทยาศาสตร์ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 3867/2531 และ 3874/2531 ให้ความหมายรวมถึงค่าตอบแทนเพื่อการให้ความช่วยเหลือหรือบริการทางเทคนิคอีกด้วย

นอกจากนี้คำว่าทรัพย์สินไม่มีตัวตนซึ่งอาจเทียบเคียงกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างได้ตามความหมายอย่างกว้างนั้นยังปรากฏในพระราชกฤษฎีกาออกตามความมาตรา 65 ทวิ (2) แห่งประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 145) พ.ศ. 2527 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และอัตรา การหักค่าสึกหรอและค่าเสื่อมราคาของทรัพย์สินโดยมาตรา 4(4) กำหนดให้ค่าสึกหรอและค่าเสื่อมราคาของทรัพย์สินไม่มีตัวตนคือ “ต้นทุนเพื่อการได้มาซึ่งสิทธิในกรรมวิธี สูตร กู๊ดวิลล์ เครื่องหมายการค้า สิทธิประกอบกิจการตามใบอนุญาต สิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ หรือสิทธิอย่างอื่น”<sup>44</sup>

ดังนั้นค่าสิทธิทั้งในความหมายตามรัษฎากรและในอนุสัญญาภาษีซ้อนเป็นค่าตอบแทนในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ซึ่งช่วยกำหนดให้เห็นตัวอย่างของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างให้ชัดเจนยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตามความหมายค่าสิทธิตามประมวลรัษฎากรเหล่านี้มีเพื่อกำหนดว่าเงินได้ประเภทใดบ้างที่ต้องนำมาเสียภาษีกับรัฐ เห็นได้ว่าเป็นคนละบริบทกับการกำหนดราคาโอนที่จะต้องถูกตรวจสอบจากรัฐ

## 2.2.2 ประเภทของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง มหาวิทยาลัย

ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในทางประโยชน์เศรษฐกิจนั้นเป็นไปในรูปแบบที่หลากหลายซึ่งสามารถจำแนกได้เป็นประเภทตามระดับของควมมีตัวตน อย่างไรก็ตามเนื่องจากการกำหนดราคาโอนเป็นการรวมความคิดหลายศาสตร์เข้าด้วยกันทั้งทางเศรษฐกิจ ทางบัญชี ภาษี และทางกฎหมายทรัพย์สินไม่มีรูปร่างจึงไม่จำกัดอยู่เพียงทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ได้รับการรับรองคุ้มครองตามกฎหมายเท่านั้น ดังนั้นการกำหนดว่าสิ่งใดควรจัดเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างแบบไหนนั้นไม่มีข้อยุติที่แน่นอนขึ้นอยู่กับมุมมองของแต่ละศาสตร์ อย่างไรก็ตามหากรวบรวมทรัพย์สินไม่มีรูปร่างทั้งหลายที่พบเจอในทางพาณิชย์แล้วจะพอจำแนกตามมูลค่าและการรับรองตัวตนตามกฎหมายได้ดังนี้

<sup>44</sup> สมศักดิ์ อนุธรรมเสลา, "ปัญหาการนำหลักการตั้งราคาโอน มาใช้กับภาษีเงินได้นิติบุคคล ตามประมวลรัษฎากร".

### 2.2.2.1 ทูทางปัญญา (Intellectual Capital)

ทูทางปัญญาเกิดขึ้นหลังจากยุคปฏิวัติอุตสาหกรรมมาเป็นยุคที่กิจการอาศัยปัจจัยในการประกอบกิจการมากกว่าเงินทุนที่เป็นรูปร่างอย่างเงินทุน วัตถุดิบ หรือโรงงาน ตัวอย่างทูทางปัญญาเช่น ชื่อเสียงของบริษัท ต้นทุนทางสังคม นวัตกรรม ทรัพยากรบุคคล ความรู้ซ่อนเร้น (tacit knowledge) หรือต้นทุนทางข้อมูลความรู้ หรือความสัมพันธ์กับลูกค้าหรือผู้ผลิตที่ไม่อยู่ในรูปสัญญา โดยมูลค่าของทูทางปัญญาสำหรับกิจการแล้วมีมูลค่าน้อยที่สุดเมื่อเทียบกับทรัพย์สิน ไม่มีรูปร่างประเภทอื่นๆ

มีความพยายามในการให้คำนิยามของทูทางปัญญาเอาไว้แต่ยังไม่มีนิยามใดเป็นมาตรฐานชัดเจนที่สุด ทูทางปัญญาเป็นสิ่งที่ไม่อาจกำหนดราคาได้ชัดเจนเพราะอยู่ในรูปของประสบการณ์ ความรู้ พัฒนาการ<sup>45</sup> เมื่อนำต้นทุนทางปัญญารวมเข้ากับมูลค่าตามบัญชีเกิดเป็นราคาตลาดของวิสาหกิจ (market value) ทูทางปัญญาเหล่านี้ไม่มีความหมายทางกฎหมาย และไม่ได้มีกฎหมายรับรองหรือคุ้มครองเอาไว้ดังนี้ ทูทางปัญญาจึงมีความหมายกว้างกว่าทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual property) และในทางการค้าทูทางปัญญาเหล่านี้ก็ไม่ใช่วัตถุในการจำหน่ายถ่ายโอนไปยังวิสาหกิจอิสระอื่น แต่มักเป็นต้นทุนที่ติดตัวไปกับบริษัทตั้งนั้นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างประเภทนี้จะถูกจัดเป็นปัจจัยในการเปรียบเทียบกันได้ (comparability analysis) ในการหาวิสาหกิจอิสระมาเปรียบเทียบเพื่หาราคาติดต่ออิสระสำหรับธุรกรรมระหว่างกิจการด้วยกันของวิสาหกิจข้ามชาติต่อไป<sup>46</sup>

### 2.2.2.2 สินทรัพย์ไม่มีตัวตน (Intangible Assets)

สินทรัพย์ไม่มีตัวตนเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างประเภทหนึ่งที่มีความชัดเจนมากกว่าทูทางปัญญา และมีมูลค่ามากกว่าทูทางปัญญา แต่มีความเหมือนกันคือไม่ได้รับการรับรองคุ้มครองตามกฎหมาย ไม่ใช่วัตถุในการถ่ายโอนกันระหว่างวิสาหกิจ และอาจถูกใช้เป็นปัจจัยในการหาราคาติดต่ออิสระตามหลักการเปรียบเทียบกันได้เช่นเดียวกันเนื่องจากมีส่วนร่วมในการก่อให้เกิดผลสำเร็จหรือล้มเหลวแก่วิสาหกิจในเครือในลักษณะเดียวกันที่เกิดกับวิสาหกิจอิสระในตลาดแข่งขัน

แนวคิดของสินทรัพย์ไม่มีตัวตนเกิดขึ้นเมื่อราวช่วงต้นปี 1990 เมื่อมีการพัฒนาของธุรกิจ ในรูปแบบการควบรวมกิจการมากขึ้นโดยคำว่าสินทรัพย์ไม่มีตัวตนถูกนำมาใช้เพื่อแยกแยะ

<sup>45</sup> Bontis, Nick, "There's a Price On Your Head: Managing Intellectual Capital Strategically," *Business Quarterly*, 60 (4) (Summer 1996) : 40-47,

<sup>46</sup> Lagarden, M. "Intangibles in a Transfer Pricing Context: Where Does the Road Lead?," *International Transfer Pricing Journal*. (September-October, 2014) : 334.

ออกจากสินทรัพย์ที่มีรูปร่างทั้งหมดของบริษัท เช่น ยี่ห้อ หรือสิทธิบัตรของบริษัท จนมาถึงช่วงปลายศตวรรษที่ 90 จึงเกิดความรับรู้เรื่องทุนทางปัญญาขึ้นโดยที่สินทรัพย์ไม่มีตัวตนทั้งหมดถือว่าเป็นทุนทางปัญญาชนิดหนึ่ง<sup>47</sup> ตัวอย่างของสินทรัพย์ไม่มีตัวตน เช่น คู่มือการปฏิบัติการ วัฒนธรรมองค์กร know-how วิธีปฏิบัติที่เป็นเลิศ (Best practices) การอบรมและตัวชี้วัดการพัฒนาบุคลากร หรือกลุ่มงานบริหารที่มีประสิทธิภาพ เป็นต้น

### 2.2.2.3 ทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property)

ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทุนทางปัญญาและสินทรัพย์ไม่มีตัวตนชนิดหนึ่ง ซึ่งมีความแตกต่างจากสินทรัพย์ไม่มีตัวตนและทุนทางปัญญาตรงที่เป็นทรัพย์สินประเภทที่สามารถจดทะเบียน และได้รับการรับรองคุ้มครองทั้งตามตัวบทกฎหมาย และสิทธิที่เกี่ยวข้องที่เกิดจากการทำสัญญาโดยขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในแต่ละประเทศได้ ดังนั้นทรัพย์สินทางปัญญาจึงเป็นวัตถุในการโอน การขาย หรือการให้ใช้สิทธิกับวิสาหกิจอิสระอื่นหรือวิสาหกิจในเครือเดียวกันได้ซึ่งอาจอยู่ในรูปการโอน ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเดี่ยวๆ หรือรวมกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างหรือบริการอื่นๆก็ได้เช่นกัน ทำให้ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีมูลค่ามากที่สุดในสามประเภท นอกจากนี้ยังเป็นปัจจัยในการเปรียบเทียบเพื่อหาราคาติดต่ออิสระตามแต่ละประเภทภาคส่วนธุรกิจกันไป ตัวอย่างของทรัพย์สินทางปัญญา เช่น สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า หรือลิขสิทธิ์ ซึ่งครอบคลุมถึงการใช้ประโยชน์สิทธิบัตร งานเชิงวรรณกรรม ฐานข้อมูล ความลับทางการค้า หรืองานออกแบบ (งานในลักษณะเช่นเดียวกับงานอันมีลิขสิทธิ์) เป็นต้น

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าในมุมมองเชิงประจักษ์สำหรับการดำเนินงานจริงนั้นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่เราพบได้บ่อยๆในการประกอบกิจการหนึ่งๆนั้นได้แก่ ชื่อเสียงของบริษัท ทรัพยากรความรู้ ยี่ห้อ และลูกค้าสัมพันธ์ซึ่งทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเหล่านี้ไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินทางปัญญา ทำให้ในมุมมองเชิงพาณิชย์หรือเชิงค้าขายนั้นมีความเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอยู่น้อยนั่นเอง<sup>48</sup>

<sup>47</sup> Craig, L. and Moore, L. Intangible assets, intellectual capital or property? It does make a difference [Online], 2 March 2002. [http://klminc.com/branding\\_brand-strategy/intangible-assets-intellectual-capital-or-property-it-does-make-a-difference](http://klminc.com/branding_brand-strategy/intangible-assets-intellectual-capital-or-property-it-does-make-a-difference)

<sup>48</sup> Lagarden, M. "Intangibles in a Transfer Pricing Context: Where Does the Road Lead?": 334.

### 2.2.3 การจัดประเภทของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเพื่อกำหนดราคาโอน

การจัดประเภททรัพย์สินไม่มีรูปร่างตามแบบข้างต้นช่วยให้เข้าใจภาพรวมของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างทั้งหมดรวมถึงขอบเขตของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ทำให้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างแตกต่างจากทรัพย์สินมีรูปร่างทั่วไป อย่างไรก็ตามเพื่อความเข้าใจในบริบทของการกำหนดราคาโอนจึงควรจำแนกประเภทของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างดังนี้

#### 2.2.3.1 ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย

ในมุมมองทางกฎหมายนั้น ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ได้รับการคุ้มครองรับรองตามกฎหมายในที่นี้ก็คือ ทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิตามกฎหมายของเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาหรือผู้สร้างสรรค์ผลงาน ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างประเภทนี้จึงเป็นประเภทที่ง่ายต่อการจำแนกมากที่สุดเพราะมีกฎหมายกำหนดรองรับชัดเจนรวมถึงมีหลักเกณฑ์ของความเป็นเจ้าของตามบทกฎหมายนั้นๆอยู่แล้ว อย่างไรก็ตามก็ตีค่าว่าทรัพย์สินทางปัญญานี้ อาจมีความหมายที่ต่างกันออกไประหว่างมุมมองของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา มุมมองทางภาษี และมุมมองทางบัญชี

#### 2.2.3.2 ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายและหามูลค่าได้ยาก

ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างประเภทนี้เรียกอีกอย่างว่า Soft Intangibles เป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ยังมีปัญหาให้การกำหนดราคามากที่สุดเพราะมีความคลุมเครืออยู่มาก เนื่องจากเป็นทรัพย์สินประเภทที่ไม่ได้รับการรับรองตามกฎหมาย ไม่ใช่ทรัพย์สินทางปัญญา แต่เป็นประเภทอย่างสินทรัพย์ไม่มีตัวตนบทบาทของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างประเภทนี้ในการกำหนดราคาโอนยังไม่ถูกอธิบายไว้ชัดเจนนัก เช่น กู๊ดวิลล์ การดำเนินงานต่อเนื่อง (Going Concern) แม้จะมีการเสนอแนะใน OECD revised discussion draft 2012 ที่เปิดรับความคิดเห็นของภาคเอกชนว่าต้องการให้มีการอธิบายแยกประเภทของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างแบบ soft intangiblesเพิ่มเติมไว้ แต่จนถึงปัจจุบันทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างประเภทนี้ก็ยังคงไม่มีความชัดเจนอยู่เนื่องจากในทางปฏิบัติมูลค่าของ soft intangibles ส่วนใหญ่จะน้อยและไม่ค่อยถูกค่านึงถึงเมื่อมีการคำนวณราคาโอน ปัญหาสำคัญของทรัพย์สินประเภทนี้คือการหาราคาติดต่ออิสระที่คงที่ในขณะเวลาที่มีการกำหนดราคาโอน

### 2.2.3.3 ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีลักษณะพิเศษมาก

เดิมที่ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างประเภทนี้ถูกเรียกกันว่า Super Intangibles เนื่องจากลักษณะที่ตรงข้ามกับ Soft Intangibles คือ Super Intangibles นี้มีมูลค่าที่สามารถรับรู้ได้ และมักเป็นมูลค่ามหาศาล ตัวอย่างที่นิยมพูดถึงกันคือการสร้างยี่ห้อของโคคาโคล่าที่เป็นเครื่องหมายการค้าที่มีมูลค่าสูงเป็นอันดับต้นๆของโลก การสร้างยี่ห้อนั้นเป็น soft intangibles ชนิดหนึ่ง ซึ่งเปลี่ยนให้ยี่ห้อนั้นมีค่ามากกว่ามูลค่าของเครื่องหมายการค้าตามกฎหมายเพราะทำให้ธุรกิจยังคงกำไรไว้ได้เป็นเวลานานมากกว่าในสถานการณ์ปกติหากไม่มีทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเช่นว่า และยังเป็นอุปสรรคสำคัญสำหรับคู่แข่งที่ต้องการแย่งส่วนแบ่งตลาดอีกด้วย ตัวอย่างทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีลักษณะพิเศษมากอีกอย่างคือ รอยเตอร์ (Reuters) ซึ่งเป็นกิจการให้บริการข้อมูลทางการเงิน ผู้ใช้บริการของรอยเตอร์ต้องแน่ใจได้ว่าสามารถเชื่อถือข้อมูลของรอยเตอร์ได้หลายปีต่อมารอยเตอร์ได้สร้างความเชื่อมั่นและไว้วางใจนี้แก่ลูกค้าซึ่งยากที่คู่แข่งใดๆจะสามารถทัดเทียมหรือก้าวข้ามได้

ภายหลังแนวความคิดเกี่ยวกับประเภทของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างชนิดนี้ ถูกกำหนดไว้ใน OECD Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles 2014 ข้อ 6.17 ในชื่อว่า 'Unique and Valuable Intangibles' โดยอธิบายลักษณะของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีลักษณะพิเศษมากนี้ว่าคือทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ (1) แตกต่างกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอื่นๆถึงขนาดที่ไม่อาจนำมาเปรียบเทียบกันได้แม้จะมีลักษณะธุรกรรมแบบเดียวกันที่เปรียบเทียบได้อยู่ และ (2) เมื่อนำทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีลักษณะพิเศษนี้มาใช้ประกอบกิจการ (เช่น การผลิต การตลาด การขาย หรือการบริหาร) แล้วเป็นที่คาดหมายได้ว่าจะสร้างมูลค่าทางเศรษฐกิจจำนวนมหาศาลมากกว่าการที่ไม่มีทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเลย

โดยทั่วไปแล้วเป็นที่ยอมรับกันว่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างประเภท super intangibles นี้จะเป็นวัตถุในการโอนแก่กันเฉพาะวิสาหกิจในเครือเดียวกันเท่านั้นเนื่องจากมูลค่ามหาศาลของตัวมันนั่นเองทำให้ในกรณีเช่นว่านี้เป็นการยากมากที่จะหาราคาโอนตามหลักราคาติดต่ออิสระมาเทียบเคียงได้<sup>49</sup>

<sup>49</sup> Verlinden, J. Smith, A. and Lieben, B. Mastering the IP Life Cycle (Belgium: PricewaterhouseCoopers, 2005). Page 47.

### 2.2.3.4 ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีลักษณะผสม

ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีลักษณะผสม (Hybrid Intangibles) เป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่เป็นได้ทั้ง ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างประเภทการตลาด (marketing intangibles) และทรัพย์สินไม่มีรูปร่างประเภทการค้า (trade intangibles)<sup>50</sup> ซึ่งผลลัพธ์อาจออกมาได้ในหลายรูปแบบ ตัวอย่างเช่นชื่อเสียงของบริษัทถ้าเป็นผลมาจากการทำการตลาดเป็นเวลาหลายปีอย่างต่อเนื่อง เช่นนั้นชื่อเสียงของบริษัทเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างประเภทการตลาด แต่ถ้าชื่อเสียงของบริษัทเกิดจากการผลิตสินค้าคุณภาพดีมาเป็นเวลานาน ชื่อเสียงของบริษัทก็มีลักษณะทรัพย์สินไม่มีรูปร่างประเภทการค้า ดังนั้นการทำการโฆษณา การพัฒนาช่องทางจัดจำหน่าย เป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างประเภทการตลาด ส่วนสูตรการผลิตที่เป็นความลับทางการค่านั้นเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างประเภทการค้า

ดังนั้นสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาอย่างความลับทางการค้า (trade secrets) หรือทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเช่น know-how สามารถเป็นได้ทั้งทรัพย์สินไม่มีรูปร่างประเภทการตลาดหรือประเภทการค้า โดยเป็นการรวบรวมข้อมูลที่มีเฉพาะพวกของตนที่รู้หรือเป็นความรู้ที่สร้างรายได้หรือกิจกรรมเชิงพาณิชย์ให้กับบริษัทแม้ว่าข้อมูลนั้นจะไม่ถึงขั้นสามารถจดทะเบียนเป็นสิทธิบัตรหรือเครื่องหมายการค้า

ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างประเภทนี้แสดงให้เห็นถึงความเป็นไปได้ในรูปแบบของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่หลากหลายมากอันก่อให้เกิดปัญหาในการหาธุรกรรมที่สามารถเปรียบเทียบกันได้เพื่อหาราคาติดต่ออิสระนั้นซึ่งทำได้ยากมาก สรุปได้ว่าขอบเขตของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นไม่ตายตัวไม่สามารถจำกัดและนิยามให้อยู่ภายใต้ประเภทใดประเภทหนึ่งได้เสมอ

### 2.2.4 ประเภทธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดราคาโอนในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

การแยกแยะลักษณะธุรกรรมนั้นจำเป็นที่จะต้องระบุให้ชัดเจนว่ามีทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเกี่ยวข้องอยู่ในรูปแบบใดเพื่อใช้ในการวิเคราะห์หาความเปรียบเทียบกันได้ (comparability analysis) รวมถึงการวิเคราะห์หน้าที่งาน (functional analysis) กับวิสาหกิจอิสระที่ถูกเลือกนำมาเทียบเพื่อใช้ในการเลือกหาวิธีการคำนวณราคาโอนที่ดีที่สุด เช่น ในธุรกรรมที่ถูกควบคุมนั้น วิสาหกิจผลิตรถยนต์โดยใช้สิทธิบัตรในการประดิษฐ์แล้วขายรถยนต์นั้นให้กับวิสาหกิจในเครือโดยสิทธิบัตรนั้นมีมูลค่ามากและมีส่วนอย่างยิ่งในการเพิ่มมูลค่าให้กับรถยนต์ที่ขาย สิทธิบัตรและมูลค่าที่สิทธิบัตรก่อกำเนิดขึ้นนั้นจึงต้องนำมาพิจารณาในการคำนวณราคาโอนโดยในการวิเคราะห์

<sup>50</sup> ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างประเภทการตลาด กับประเภทการค้าเป็นการแบ่งประเภทของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างตามแบบ OECD ศึกษาต่อที่บทที่ 3



ความเปรียบเทียบกันได้นั้นต้องพิจารณาธุรกรรมที่มีทรัพย์สินไม่มีรูปร่างปนอยู่ในการขาย แต่ตัวทรัพย์สินไม่มีรูปร่างและสิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นไม่ได้โอนไปด้วย เพราะในการขาย ข้างต้นสิทธิบัตรในการประดิษฐ์นั้นไม่ได้โอนไปยังวิสาหกิจในเครือผู้ซื้อด้วย

#### 2.2.4.1 การโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างและการให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

(1) การโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอาจเป็นการโอนโดยไม่มีค่าตอบแทน (acquisition) หรือมีค่าตอบแทน (ขาย) การโอนสิทธิที่เกี่ยวข้องทั้งหมดกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ก็ถือเป็นการขาย เช่น การขายหรือโอนสิทธิบัตร การโอนความรู้เฉพาะอย่างหรือข้อมูลทางการตลาด หรือการผลิต การขายโปรแกรมคอมพิวเตอร์<sup>51</sup>

(2) การให้ใช้สิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง คือ สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ (Licensing Agreement) m สัญญาที่เจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอนุญาตให้อีกบุคคลหนึ่งใช้สิทธิ โดยได้รับค่าตอบแทนเป็นค่าใช้สิทธิ (Royalty) และไม่มี การโอนความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น ส่วนใหญ่ที่พบคือการโอนให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยการให้ใช้สิทธิ เป็นรูปแบบที่ปรากฏบ่อยและเห็นได้ชัดคือการกำหนดเอาไว้รูปของสัญญา เช่น สัญญาอนุญาตให้ใช้ สิทธิบัตร สัญญาอนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้า หรือ สัญญาอนุญาตให้ใช้ความรู้เฉพาะอย่าง การให้ใช้สิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นนอกจากจะบังคับกันตามกฎหมายนิติกรรมและสัญญาแล้ว หากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเฉพาะ ตามกฎหมายไทย ได้แก่ พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2532 พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 การปฏิบัติเกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างดังกล่าว จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเฉพาะเหล่านี้อีกด้วย เช่น จดทะเบียนและแบบของสิทธิบัตรเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เป็นต้น ส่วนสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิอื่นๆก็ยังคงบังคับกันได้ระหว่าง คู่สัญญาเช่นเดิม

มีการแบ่งประเภทของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิไว้ 3 ประเภทด้วยกันได้แก่<sup>52</sup> สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิเด็ดขาด (Exclusive Licenses) เป็นสัญญาที่ผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอนุญาตให้คู่สัญญาแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นได้จากแต่เดิมที่เป็นสิทธิเด็ดขาดของผู้ทรงเท่านั้น โดยผู้ทรงจะสงวนไม่แสวงหาหรือใช้ประโยชน์ใดๆจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น

<sup>51</sup> สมศักดิ์ อรรถรสเสลา, "ปัญหาการนำหลักการตั้งราคาโอน มาใช้กับภาษีเงินได้นิติบุคคล ตามประมวลรัษฎากร". หน้า 74.

<sup>52</sup> สุนทร ล้อศิริรัตนกุล, "ปัญหาการบังคับใช้สิทธิตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2540), หน้า 17-18.

และจะไม่อนุญาตให้ผู้อื่นใดใช้ประโยชน์ได้เช่นเดียวกับคู่สัญญาผู้ใช้สิทธิเด็ดขาดเป็นช่วงระยะเวลาหนึ่งๆ และภายใต้เงื่อนไขอื่นๆ ตามสัญญาได้ แต่ความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นยังอยู่ที่ผู้ทรงสิทธิเช่นเดิม ผู้ทรงสิทธิอาจตกลงให้สิทธิเด็ดขาดสิทธิใดสิทธิหนึ่งที่เกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเพียงแค่บางส่วนก็ได้ เช่น อนุญาตให้นำเผยแพร่เท่านั้น หรืออาจอนุญาตสิทธิทั้งหมดเลยก็ได้ ในกรณีนี้มีข้อน่าสงสัยเกิดว่าหากเป็นการอนุญาตสิทธิทั้งหมดที่ประกอบเป็นทรัพย์สินมีรูปร่างนั้นและอนุญาตให้ใช้โดยไม่กำหนดระยะเวลาผลของการอนุญาตให้ใช้สิทธิจะเสมือนว่าเป็นการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น ประเภทของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิประเภทต่อมาคือ สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบไม่เด็ดขาด (Non Exclusive Licenses) ได้แก่สัญญาที่ผู้ทรงสิทธิยังสามารถแสวงหาประโยชน์จากสิทธิที่ได้อนุญาตให้ผู้ใช้สิทธิไป รวมถึงยังมีสิทธิในการออกให้ผู้อื่นใช้ประโยชน์ในลักษณะเดียวกันกับผู้ใช้สิทธิ คู่สัญญาด้วย และสัญญาประเภทสุดท้ายได้แก่สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิแบบกึ่งเด็ดขาด (Sole Licenses) ซึ่งเป็นการผสมผสานเงื่อนไขระหว่างสองประเภทข้างต้นโดยผู้ทรงยังคงสิทธิที่จะใช้สอยทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นได้แต่จะนำออกให้ผู้อื่นใช้ในลักษณะเดียวกับผู้ใช้สิทธิ ซึ่งเป็นคู่สัญญาด้วยนั้นไม่ได้

#### 2.2.4.2 ข้อตกลงเฉลี่ยค่าใช้จ่ายในการทำวิจัยและพัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

ธุรกรรมการเฉลี่ยค่าใช้จ่ายมีชื่อเรียกต่างออกไปในทางสากล เช่น OECD เรียกว่า การทำ Cost contribution arrangement (CCA) หรือในฝั่งประเทศสหรัฐอเมริกาเรียกว่า Cost sharing arrangement (CSA) แต่ในทางเนื้อหานี้ องค์ประกอบของการทำธุรกรรมเฉลี่ยค่าใช้จ่ายนั้นเหมือนกันคือต้องมีคู่สัญญาวิสาหกิจตั้งแต่สองฝ่ายเป็นต้นไปตกลงกันเฉลี่ยค่าใช้จ่ายและความเสี่ยงในการร่วมกันผลิต พัฒนาเพื่อให้ได้มาซึ่งสินทรัพย์ บริการ หรือสิทธิ โดยค่าใช้จ่ายนั้นจะต้องได้สัดส่วนกันกับผลตอบแทนที่คาดหวังได้จากการร่วมกันวิจัยและพัฒนา<sup>53</sup>

การทำวิจัยและพัฒนาเป็นสิ่งที่จำเป็นโดยเฉพาะกับบริษัทข้ามชาติที่มีกิจการหลากหลายและครอบคลุมตลาดทั่วโลก แต่การทำวิจัยและพัฒนาเป็นกิจกรรมที่ต้องรับความเสี่ยงสูง ก่อนที่จะประสบความสำเร็จในการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ๆ และการทำวิจัยพัฒนาต้องอาศัยเวลาดังนั้นบริษัทในกลุ่มบริษัทข้ามชาติซึ่งต้องการเทคโนโลยีใหม่ๆ จึงนิยมร่วมกันทำข้อตกลงเฉลี่ยค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการวิจัยและพัฒนา และเมื่อการวิจัยและการพัฒนานั้นได้เทคโนโลยีใหม่ขึ้นมา บริษัทเหล่านั้นก็จะได้รับสิทธิในการใช้เทคโนโลยีนั้น ข้อตกลงเฉลี่ยค่าใช้จ่ายจึงเป็นธุรกรรมเกี่ยวกับ

<sup>53</sup> OECD Guidelines paragraph 8.3 และ Treasury Regulations §1.482-7(b)(1)

ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างชนิดหนึ่ง<sup>54</sup> การทำความเข้าใจนี้จึงต้องพิจารณาสัดส่วนที่เหมาะสมของความเสียหายที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายแบกรับซึ่งผลท้ายที่สุดอาจจะเกิดหรือไม่เกิดผลลัพธ์ตามที่ตั้งใจไว้ก็ได้ หน้าที่การงานที่มีส่วนร่วมในการวิจัยและพัฒนา กับผลประโยชน์ที่จะได้รับจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่วิจัยสำเร็จแล้ว ปัจจัยเหล่านี้จะทำให้การแบ่งค่าใช้จ่ายว่าควรเป็นของใครในสัดส่วนเท่าใด และกำหนดราคาหรือค่าตอบแทนที่ควรจะเป็นเพื่อให้เป็นไปตามหลักราคาอิสระได้

ข้อตกลงเฉลี่ยค่าใช้จ่ายในการทำวิจัยและพัฒนานี้เป็นหนทางหนึ่งในการพัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเช่นเดียวกับการให้วิสาหกิจในเครือเพียงวิสาหกิจใดวิสาหกิจเดียวพัฒนาให้แล้วเสร็จแล้วจึงค่อยทำธุรกรรมการโอนหรืออนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นระหว่างกัน แต่มีข้อน่าสังเกตที่ต่างกันคือเรื่องความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น การทำข้อตกลงเฉลี่ยค่าใช้จ่ายมีผลให้คู่สัญญาทุกคนมีสิทธิใช้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นได้โดยไม่ต้องชำระราคาค่าตอบแทนในการซื้อทรัพย์สินไม่มีรูปร่างหรือชำระค่าสิทธิตอบแทนการได้ใช้สิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เนื่องจากในการเฉลี่ยค่าใช้จ่ายนั้นวิสาหกิจที่เข้าร่วมต่างก็แบกรับความเสี่ยงเอาไว้ตามส่วนของตน ในขณะที่การซื้อหรือการให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นผู้ซื้อไม่ได้แบกรับความเสี่ยงในการวิจัยและพัฒนาด้วย แต่ขณะเดียวกันการทำข้อตกลงเฉลี่ยค่าใช้จ่ายในการทำวิจัยและพัฒนาเองก็หมายถึงการที่วิสาหกิจแต่ละวิสาหกิจจะต้องมีส่วนร่วมในการวิจัยและพัฒนา หรือที่เรียกว่า “ส่วนสมทบ” (Contribution) ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของเงินทุน แรงงาน วัตถุดิบ เครื่องจักรหรือทักษะความสามารถต่างๆทำให้ทรัพยากรของแต่ละวิสาหกิจถูกดึงออกไปรวมกันและอาจหมายถึงการขาดทรัพยากรเพื่อดำเนินงานส่วนอื่นๆได้

ดังนั้นประโยชน์ของการร่วมกันทำข้อตกลงเฉลี่ยค่าใช้จ่ายเพื่อการวิจัยและพัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนอกจากจะเพิ่มโอกาสสำเร็จในการพัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง กระจายความเสี่ยงในการพัฒนาและประหยัดค่าใช้จ่ายโดยรวมของวิสาหกิจในเครือแล้ว ยังมีผลให้วิสาหกิจได้รับสิทธิประโยชน์ในการเป็นเจ้าของร่วมกันในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ได้พัฒนาขึ้นสามารถใช้ประโยชน์ได้โดยไม่ต้องมีการชำระค่าสิทธิหรือค่าตอบแทนระหว่างกันและด้วยเหตุนี้หากการจัดทำธุรกรรมเฉลี่ยรายจ่ายนั้นได้รับการยอมรับจากเขตอำนาจทางภาษีของแต่ละประเทศที่เกี่ยวข้อง จะช่วยลดความไม่แน่นอนจากการถูกบังคับใช้มาตรการตอบโต้การกำหนดราคาโอนจากสรรพากรและลดภาระค่าใช้จ่ายในการพิสูจน์ราคาโอนได้<sup>55</sup>

<sup>54</sup> สมศักดิ์ อรรถมเสลา, "ปัญหาการนำหลักการตั้งราคาโอน มาใช้กับภาษีเงินได้นิติบุคคล ตามประมวลรัษฎากร". หน้า 75.

<sup>55</sup> อุเทน บัวอ่อน, “ปัญหาภาษีเงินได้เกี่ยวกับธุรกรรมเฉลี่ยรายจ่ายเพื่อการวิจัยและพัฒนาของบริษัทข้ามชาติ”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549). หน้า 54

### 2.2.4.3 การใช้สิทธิผ่านการให้บริการหรือขายสินค้า

ธุรกรรมประเภทนี้ไม่มีการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างหรือสิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างแต่เป็นการให้บริการที่อาศัยทักษะ ความรู้เฉพาะอย่าง ประสบการณ์ของผู้ให้บริการ ซึ่งทำให้บริการนั้นแตกต่างจากบริการทั่วไป หรือการขายสินค้าที่มีส่วนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างรวมอยู่ เช่น การทำการตลาด เครื่องหมายการค้า หรือชื่อทางการค้าที่เป็นที่รู้จักของประชาชน ถือเป็นธุรกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีตัวตนอย่างหนึ่ง เนื่องจากบริการและการขายสินค้าเหล่านั้นจะมีราคาสูงกว่าราคาค่าบริการหรือสินค้าทั่วไป เนื่องจากส่วนหนึ่งของราคาที่ซื้อเป็นราคาของทรัพย์สินไม่มีตัวตน<sup>56</sup> หากนำมาเทียบเคียงกับเรื่องค่าสิทธินั้นมีนักวิชาการให้ความเห็นว่า หากการบริการนั้นเป็นส่วนประกอบและสนับสนุนและทำให้สามารถใช้ประโยชน์หรือได้รับประโยชน์จากสิทธิในทรัพย์สินไม่มีตัวตนอันก่อให้เกิดค่าสิทธิ ค่าตอบแทนที่จ่ายเพื่อการดังกล่าว อาจถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของค่าแห่งสิทธิตามมาตรา 40 (3)<sup>57</sup> หรือก็คือค่าตอบแทนในส่วนบริการที่เกิดขึ้นเพื่อใช้สิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างถือเป็นค่าตอบแทนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างด้วย แสดงให้เห็นว่าธุรกรรมประเภทดังกล่าวจะประกอบด้วยสองส่วนหลักๆคือการให้บริการกับการใช้สิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างซึ่งจะเกี่ยวพันกันในลักษณะที่ไม่อาจแยกเป็นสองธุรกรรมหลักๆได้โดยชัด

<sup>56</sup> สมศักดิ์ อนุธรรมเสลา, "ปัญหาการนำหลักการตั้งราคาโอน มาใช้กับภาษีเงินได้นิติบุคคล ตามประมวลรัษฎากร". หน้า 75.

<sup>57</sup> อนุพันธ์ กิจนิจชีวะ, "ความหมายของสิทธิตามกฎหมายไทยและการจัดเก็บภาษีเงินได้," (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. 2533), หน้า 125.

### บทที่ 3

#### แนวทางการกำหนดราคาโอนในธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในต่างประเทศ

เนื่องจากการกำหนดราคาโอนเป็นปัญหาใหม่สำหรับประเทศกำลังพัฒนาซึ่งเริ่มมีการลงทุนจากบริษัทข้ามชาติจากต่างประเทศมากขึ้น ทำให้เหมาะสมที่จะศึกษากฎหมายจากประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งประสบปัญหาการกำหนดราคาโอนมาก่อนและได้วางแนวกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาที่พัฒนาแล้ว นอกจากการศึกษาจากประเทศอเมริกาซึ่งเป็นประเทศแรกๆที่มีการใช้กฎหมายป้องกันการกำหนดราคาโอนเพื่อการเลี่ยงภาษีแล้ว การกำหนดกฎหมายเกี่ยวกับราคาโอนที่มีความสอดคล้องกับสากลประเทศ จะช่วยให้ง่ายต่อการขจัดภาระภาษีซ้อนให้กับวิสาหกิจข้ามชาติมากขึ้น เนื่องจากมีหลักการและแนวปฏิบัติเป็นอย่างเดียวกัน จึงสมควรศึกษา OECD Guidelines on Transfer Pricing ซึ่งเป็นแบบอย่างกฎหมายให้กับหลายๆประเทศสมาชิก และยังเป็นองค์กรที่มีการศึกษาเรื่องการกำหนดราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอย่างต่อเนื่องเรื่อยมา

#### 3.1 วิวัฒนาการแนวความคิดเกี่ยวกับการตั้งราคาโอนในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในต่างประเทศ

ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นสองประเทศแรกที่มีกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดราคาโอนเพื่อป้องกันการเลี่ยงภาษี ทั้งสองประเทศล้วนเป็นประเทศที่พัฒนาแล้วและมีความสามารถในการลงทุนที่เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วรวมถึงลักษณะการมีวิสาหกิจข้ามชาติจำนวนมากทำให้ความจำเป็นในการมีมาตรการกำหนดราคาโอนเพิ่มมากขึ้น ต่อมากลุ่มองค์กรเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา OECD และ สหประชาชาติ UN จึงมีการพัฒนาคู่มือการกำหนดราคาโอนตามมา

##### 3.1.1 วิวัฒนาการแนวความคิดในประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกามีประวัติศาสตร์อันยาวนานเกี่ยวกับความมีประสิทธิภาพในการจัดเก็บภาษีจากบริษัทข้ามชาติต่างประเทศที่ตั้งอยู่ในอเมริกา รวมถึงปัญหาการจัดเก็บเงินได้จากทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เนื่องจากเป็นตลาดใหญ่ที่สำคัญของการลงทุนของบริษัทข้ามชาติ โดยเริ่มกำหนดเรื่องทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเอาไว้ที่แรกใน 'The 1968 Regulations' โดยกำหนดให้หาราคาเปรียบเทียบ อย่างไรก็ตามความพยายามในการหาราคาเปรียบเทียบในกฎหมายฉบับนี้มีปัญหา คือ ตัวอย่างเปรียบเทียบที่ตีนั้นหาได้ยากมากและมักเป็นไปในทางทำให้ราคาโอนนั้นดูไม่น่าเชื่อถือมากกว่าพิสูจน์ว่าราคานั้นเหมาะสม ดังนั้นในกรณีที่ไม่มีราคาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีลักษณะเหมือน

หรือคล้ายกันได้ สหรัฐจึงกำหนดปัจจัย 12 ประการที่ต้องนำมาพิจารณาเมื่อต้องการหาราคาติดต่ออิสระ ในค่าตอบแทนการใช้สิทธินั้น เช่น ระดับค่าจ้างทั่วไปในอุตสาหกรรมนั้นๆ (prevailing rate) ข้อได้เปรียบของคู่แข่งของสินค้า ความโดดเด่นจำเพาะของสินค้าและความคุ้มครองในสินค้านั้น ตามกฎหมาย เป็นต้น<sup>58</sup> แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายฉบับนี้ก็ได้ปรากฏถึงแนวทางในการนำปัจจัยเหล่านี้ไปใช้เพื่อหาราคาตามหลักราคาติดต่ออิสระจริง

คดีที่แสดงถึงจุดเปลี่ยนของเศรษฐกิจของประเทศสหรัฐอเมริกาได้แก่คดี E.I. DuPont de Nemours & Co. ทำให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลงเข้าสู่ยุคการใช้ข้อมูลทางเศรษฐกิจในการกำหนดราคาโอน ในคดีนี้รัฐปรับใช้การวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์เพื่อแสดงว่ารายได้ที่ถูกแบ่งสรรให้กับบริษัทลูกในประเทศสวิสเซอร์แลนด์ซึ่งมีบริษัทแม่อยู่ในอเมริกานั้นสูงเกินไป โดยที่บริษัทนั้นได้ใช้ข้อมูลที่ไม่เป็นไปตามความเป็นจริงในการเปรียบเทียบเพื่อหาราคาโอน

ในช่วงปีค.ศ. 1980 สภาคอนเกรสและหน่วยงานจัดเก็บรายได้ของประเทศสหรัฐอเมริกา เริ่มรับรู้ว่าการที่รัฐสูญเสียรายได้ไปจากการกำหนดราคาโอนในทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งไม่สอดคล้องกับความสามารถในการทำรายได้ ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงหันมาสนใจการใช้เหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ แทนการหาตัวเปรียบเทียบเพื่อกำหนดราคาโอน เกิดเป็นแนวความคิดเรื่อง การได้สัดส่วนกับรายได้ 'commensurate with income' ในปี 1986 ซึ่งถือเป็นก้าวแรกในการพัฒนาแนวทางสำหรับกรณีที่ไม่สามารถใช้วิธีเปรียบเทียบได้ เนื่องจากตัวอย่างคดีที่ผ่านมาแสดงให้เห็นปัญหาความไม่แน่นอน ขาดความสม่ำเสมอในการจัดสรรรายได้และการประเมินมูลค่าในธุรกรรมที่เกี่ยวกับการโอนทรัพย์สิน ไม่มีรูปร่างอันเป็นปัญหาของสรรพากรในการปรับใช้หลัก arm's length standard โดยการเพิ่มตอนท้ายของมาตรา 482 ของ Internal Revenue Code เพื่อใช้แก้ปัญหาการทำธุรกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูกที่ตั้งอยู่ในประเทศ Tax haven ความว่า "ในกรณีการทำธุรกรรมการโอน หรือการให้ใช้สิทธิที่เกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เงินได้ที่เกิดขึ้นให้เป็นไปตามหลักได้สัดส่วนกับเงินได้ที่เกิดจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น (commensurate with income)"<sup>59</sup> บทบัญญัติในส่วนเพิ่มดังกล่าวทำให้ผู้เสียภาษีต้องคำนึงถึงจำนวนกำไรที่แน่นอนที่เกิดขึ้นจากการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง หรือเรียกได้ว่าคู่สัญญาแต่ละฝ่ายนั้นได้รับเงินได้หรือค่าตอบแทน

<sup>58</sup> Boulogne, G. F. "Transfer Pricing of Intangibles A comparison between The Netherlands and the United States," ( Master's Thesis, Faculty of Law, Rijksuniversiteit Groningen). page 306.

<sup>59</sup> "in the case of any transfer (or license) of intangible property...the income with respect to such transfer or license shall be commensurate with the income attributable to the intangible"

จากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่สะท้อนถึงกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่แต่ละฝ่ายได้ก่อให้เกิดขึ้นจริง<sup>60</sup>  
(สอดคล้องกับหลักเศรษฐศาสตร์)

การเพิ่มบทบัญญัติหลัก commensurate with income ขึ้นมาก่อให้เกิดการถกเถียงในวงวิชาการว่าหลักการดังกล่าวดูเหมือนจะไม่สอดคล้องกับหลัก arm's length standard ที่มีอยู่เดิมหรือไม่และนำไปสู่การออกหนังสือเพื่อความเข้าใจของกฎเกณฑ์นั้นมากขึ้นของ treasury department และกรมสรรพากร คือ A Study of Intercompany Pricing หรือที่เรียกกันว่า "The White Paper" ในปี 1988 และตามด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอีกครั้งในปี 1994 โดยนำเสนอหลักการที่เรียกว่า "best method" การคำนวณหาราคาตามหลักติดต่ออิสระในธุรกรรมที่มีการควบคุมนั้นจะต้องหาภายใต้ข้อเท็จจริงและสถานการณ์นั้นๆด้วยวิธีการที่ให้ผลลัพธ์ราคาติดต่ออิสระที่น่าเชื่อถือมากที่สุด<sup>61</sup>

ในปีค.ศ. 2011 the Internal Revenue Service ได้จัดตั้งกลุ่มองค์กรที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับการกำหนดราคาโอนโดยเฉพาะเรียกว่า Transfer Pricing Operations หรือ TPO โดยมี นาย Sam Maruca เป็นผู้อำนวยการคนแรกซึ่งเขาได้ย้ำบ่อยครั้งว่าการกำหนดราคาโอนในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นถือเป็นพันธกิจสำคัญลำดับต้นๆของหน่วยงาน<sup>62</sup> นอกจากนี้ยังได้มีการจ้างงานนักเศรษฐศาสตร์เพิ่มขึ้นเป็นจำนวนมากเพื่อให้วิเคราะห์เรื่องการกำหนดราคาโอนอันแสดงให้เห็นถึงความตื่นตัวเกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างกับราคาโอนของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เพิ่มสูงขึ้นทุกๆปี โดยล่าสุดในปีค.ศ. 2014 ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา Barack Obama ได้เสนองบประมาณเพื่อการขยายคำจำกัดความของ "ทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง" ตามมาตรา 482 ของ Internal Revenue Code ให้รวมถึงทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เช่น กำลังพล (workforce in place) ค่าความนิยม (good will) หรือมูลค่าการดำเนินงานต่อเนื่อง (going concern value) เป็นต้น<sup>63</sup> แต่จนถึงปัจจุบัน (ปี 2017) ยังไม่ได้รับการตราเป็นกฎหมาย

<sup>60</sup> Boos, M. International Transfer Pricing: The Valuation of Intangible Assets (The Hague; New York: Kluwer Law International, 2003). page 103.

<sup>61</sup> "the arm's length result of a controlled transaction must be determined under the method that, under the facts and circumstances, provide the most reliable measure of an arm's length result."

<sup>62</sup> Rotkowsky, A.M. Intangible Property in Transfer Pricing Analyses. Insights winter 2015: 56-63.

<sup>63</sup> Department of Treasury, "General Explanations of the Administration's Fiscal Year 2015 Revenue Proposals" (March, 2014).

### 3.1.2 วิวัฒนาการแนวความคิดในกลุ่มองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา(OECD)

OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010 เป็นมาตรการแรกที่น่าเสนอเรื่องของการกำหนดราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเอาไว้โดยเฉพาะของ OECD บรรจุอยู่ในบทที่ 6 แต่ผลตอบรับของมาตรการนี้ส่วนใหญ่เห็นว่ามาตรการเกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนี้ยังขาดความชัดเจนโดยเฉพาะในเรื่องของการให้นิยามและคำจำกัดความทำให้ไม่สามารถนำไปปรับใช้ได้จริงอย่างมีประสิทธิภาพ<sup>64</sup> คณะทำงานที่ 6 (Working Party 6) จึงได้เริ่มทำรายงานเกี่ยวกับการกำหนดราคาโอนในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างขึ้นโดยพิจารณาถึงผู้มีส่วนได้เสียทั้งหมดที่เกี่ยวข้อง โดยการรับฟังความคิดเห็นของภาคเอกชนอย่างกว้างขวางและออกเป็น Revised Discussion Drafts ในปี 2012 และ 2013 ซึ่งเป็นการพิจารณาบทที่ 6 พร้อมไปกับบทที่ 9 เรื่องการกำหนดราคาโอนในกรณีการเปลี่ยนโครงสร้างบริษัท (Business Restructuring) เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกันของคู่มือ เอกสารดังกล่าวประกอบด้วยหลักการสำคัญ 2 เรื่องได้แก่ข้อเสนอปรับปรุงบทที่ 6 “คำตอบแทนพิเศษสำหรับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างสำหรับการกำหนดราคาโอน” และข้อเสนอปรับปรุงเอกสารประกอบของบทที่ 6 ซึ่งรวบรวมตัวอย่างเพื่ออธิบายการนำข้อเสนอปรับปรุงบทที่ 6 ไปใช้ในทางปฏิบัติ

เมื่อเดือนพฤษภาคม ปีค.ศ. 2013 OECD ร่วมกับ กลุ่มประเทศเศรษฐกิจขนาดใหญ่ G20 ริเริ่มโครงการ Base Erosion and Profit Sharing (BEPS) เพื่อดูว่ากฎของราคาโอนในปัจจุบันยินยอมให้มีการจัดสรรกำไรที่ต้องเสียภาษีไปยังท้องที่ที่ต่างจากสถานที่ที่ทำธุรกิจหรือไม่ และควรทำการเปลี่ยนแปลงอะไรบ้างหากมีการจัดสรรเงินได้ภาษีนั่นขึ้นโดย OECD ได้เริ่มเผยแพร่แผนงานของ BEPS ในเดือนกรกฎาคมถัดมาเพื่อนำเสนอแนวทางระดับโลกซึ่งจะยินยอมให้รัฐบาลต่างๆ เก็บภาษีตามที่มีความจำเป็นเพื่อให้บริการแก่ประชาชนของประเทศนั้นๆ แผนงานดังกล่าวได้กำหนดแผน 15 เรื่องซึ่งให้เครื่องมือทั้งในประเทศและระหว่างประเทศเพื่อป้องกันบริษัทต่างๆ ในการจ่ายภาษีน้อยหรือไม่จ่ายเลย หนึ่งในเป้าหมายที่ตั้งใจของแผนงานคือเพื่อให้มั่นใจว่า กำไรที่ต้องเสียภาษีไม่สามารถที่จะถูกเปลี่ยนแปลงได้โดยใช้ราคาโอน<sup>65</sup> กิจกรรมจำนวนหนึ่งที่ได้พัฒนาขึ้นตามแผนงานจะนำไปปฏิบัติโดยการแก้ไขหลักเกณฑ์โดยตรง ในขณะที่เดียวกันการเปลี่ยนแปลงอื่นๆ จะดำเนินการโดยประเทศต่างๆ โดยผ่านกฎหมายของประเทศนั้นๆ ข้อตกลงทวิภาคี หรือเครื่องมือระหว่างประเทศอื่นๆ

<sup>64</sup> Lagarden, M." Intangibles in a Transfer Pricing Context: Where Does the Road Lead?"; 342.

<sup>65</sup> [www.oecd.org/tax/closing-tax-gaps-oecd-launch-es-action-plan-on-base-erosion-and-profit-shifting.htm](http://www.oecd.org/tax/closing-tax-gaps-oecd-launch-es-action-plan-on-base-erosion-and-profit-shifting.htm)



แผนงานข้อ 8 (Action 8) ได้กำหนดเรื่องทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง โดยมีจุดประสงค์ดังนี้ เพื่อพัฒนากฎเพื่อป้องกันการกัดกร่อนฐานภาษี โดยการโยกย้ายทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในระหว่างสมาชิกในกลุ่ม ซึ่งจะเกี่ยวข้องกับ (1) การปรับนิยามซึ่งกว้างให้ชัดเจนในการอธิบายความหมายของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (2) เพื่อให้มั่นใจว่ากำไรที่เกี่ยวข้องกับการโอนและการใช้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างได้รับการจัดสรรอย่างเหมาะสมตามมูลค่าที่สร้างขึ้น (มากกว่าที่จะแยกตามมูลค่าที่สร้างขึ้น) (3) เพื่อพัฒนากฎราคาโอนหรือมาตรการพิเศษสำหรับการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่กำหนดราคาได้ยากและ (4) ปรับปรุงหลักเกณฑ์เรื่องการเตรียมการจัดสรรต้นทุนให้ทันสมัย

นอกจากนี้ OECD ยังได้เปิดเผยร่างฉบับปรับปรุงเพื่อการอภิปรายเรื่องราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (the “Discussion Draft”) โดยเอกสารฉบับนี้มาแทนที่ร่างเพื่อการอภิปรายของ OECD 2012 ซึ่งรวมความเห็นต่างๆที่ได้รับเกี่ยวกับร่างดังกล่าวและในที่สุดในปี 2014 OECD ก็ได้ออก Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของแผนการทำงานของโครงการ BEPS ทำให้การให้นิยามความหมายและการหา Comparability มีความชัดเจนเพื่อใช้ในทางปฏิบัติ

จนกระทั่งปี 2015 OECD ได้ออกบทแก้ไขปรับปรุงแนวทางในการกำหนดราคาโอนตามบทที่ 6 อีกครั้งหนึ่ง เพื่อ (1) กำหนดนิยามที่กว้างขวางและชัดเจนขึ้นของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (2) เพื่อกำหนดให้แน่ใจว่ากำไรที่เกี่ยวข้องกับการใช้หรือโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นจะถูกจัดสรรให้เป็นไปตามการสร้างมูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น และ (3) เพื่อพัฒนาแนวทางหรือวิธีการหามูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ตีมูลค่าได้ยาก (hard-to-value intangibles) อย่างไรก็ตามตัวอย่างการปรับใช้การหามูลค่าที่สามารถใช้ได้จริงยังอยู่ในระหว่างถกเถียง

ความพยายามในการทำให้แนวทางของ OECD ใช้ได้ในทางปฏิบัติมากขึ้นดำเนินต่อมาโดยการจัดประชุมระหว่างประเทศพัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนาทั้งหน่วยงานระดับรัฐและองค์กรธุรกิจต่างๆในเดือนมีนาคม ปีค.ศ. 2016 เพื่อขยายประโยชน์จากการจัดสรรเงินได้ที่ต้องเสียภาษีผ่านความร่วมมือระหว่างประเทศให้เกิดประโยชน์กับทุกประเทศโดยตกลงใช้กรอบการทำงานใหม่ที่ครอบคลุมมากขึ้นสำหรับการปรับใช้แผน BEPS อันจะส่งผลให้นโยบายเกี่ยวกับภาษีในแต่ละประเทศทันสมัยและอยู่บนมาตรฐานเดียวกัน

### 3.1.3 วิวัฒนาการแนวความคิดในกลุ่มองค์การสหประชาชาติ (United Nations)

The Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters (คณะกรรมการ) เริ่มการร่าง UN Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries เมื่อปี 2009 เพื่อเป็นแนวทางและการนำไปใช้ในทางปฏิบัติจริงของประเทศกำลังพัฒนา

เกี่ยวกับการกำหนดราคาโอนโดย UN ได้รวบรวมและชี้ให้เห็นถึงปัญหาการกำหนดราคาโอนในมาตรการของ OECD คู่มือของ UN นี้แล้วเสร็จในปี 2012

แนวทางของสหประชาชาตินั้นได้นำหลักการคาดต่ออิสระ (arm's length principle) ตามมาตรา 9 ของ the UN Model Double Taxation Convention between Developed and Developing countries ซึ่งสอดคล้องกับหลักการเดียวกันของ OECD โดยมุ่งหวังให้มาตรการที่ออกมาสะท้อนความเป็นจริงของสถานการณ์และขีดความสามารถในการพัฒนาของประเทศกำลังพัฒนาผ่านการอธิบายอุปสรรคที่ประเทศกำลังพัฒนาต้องเผชิญเมื่อใช้แนวปฏิบัติของ OECD และแนวทางที่ประเทศเหล่านั้นควรปรับใช้ให้ตรงกับสถานการณ์ของประเทศตนเอง เนื่องจากคู่มือของ UN ไม่ถือเป็นกฎบังคับใช้แก่ประเทศสมาชิกแต่เป็นเพียงแนวทางปรับใช้ในการออกกฎหมายภายในของแต่ละประเทศเท่านั้น สำหรับเรื่องการกำหนดราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นแม้ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นบทเฉพาะอย่างของ OECD แต่ปัญหาของการกำหนดราคาโอนในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นสะท้อนอยู่ในบทที่ 10 ของคู่มือ ซึ่งเป็นการรวบรวมแนวทางในทางปฏิบัติของหน่วยงานจัดเก็บภาษีในประเทศต่างๆที่มีความเห็นไม่ตรงกับมาตรการของ OECD เช่น แนวทางการกำหนดและปันส่วนรายได้ของ location saving, market premium และการทำ research and development ในประเทศจีน หรือบราซิล เป็นต้น

### 3.2 การกำหนดนิยามและขอบเขตของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

ปัญหาแรกของการกำหนดราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างคือสิ่งใดบ้างที่ถือว่าเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในบริบทของการกำหนดราคาโอน การให้นิยามและขอบเขตคำว่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในเรื่องของการกำหนดราคาโอนในต่างประเทศนั้นแม้ไม่ได้มีการให้นิยามอย่างแคบที่ชัดเจนแน่นอน แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาและ OECD ก็ให้คำจำกัดความแบบกว้างๆ พร้อมทั้งยกตัวอย่างเอาไว้ ดังนี้

(ก) นิยามทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในกรณีการกำหนดราคาโอนของประเทศสหรัฐอเมริกา

การกำหนดราคาโอนถูกกำหนดไว้ในมาตรา 482 ใน Internal Revenue Code (IRC) เพื่อให้เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่เก็บภาษี (the Internal Revenue Service) ปรับสัดส่วนของเงินได้ในธุรกรรมระหว่างวิสาหกิจในเครือกันได้ หากเงินได้ที่ปรากฏนั้นไม่สอดคล้องตามหลักการคาดต่ออิสระ เช่น การปรับรายได้ที่เกิดจากการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างจากวิสาหกิจในเครือหนึ่งไปยังอีกวิสาหกิจในเครือหนึ่งเพราะเห็นว่าไม่มีการกำหนดค่าตอบแทนการโอน หรือค่าตอบแทนนั้นต่ำกว่าที่ควร และได้มีการกำหนดคำอธิบายเพิ่มเติมไว้ในมาตรา 1.482-4 ว่า "เพื่อประโยชน์ในการตีความ

มาตรา 482 ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างหมายถึง สิทธิที่มีลักษณะดังต่อไปนี้และมีมูลค่าในตัวมันเองเป็นสำคัญแยกจากการให้บริการของบุคคลใด

(1) สิทธิบัตร, การคิดค้น, สูตรการผลิต, กระบวนการทำงาน, การออกแบบ, แผนผัง หรือ know-how

(2) ลิขสิทธิ์และงานวรรณกรรม งานดนตรี หรืองานศิลปะ

(3) เครื่องหมายการค้า ชื่อการค้า หรือชื่อยี่ห้อ

(4) แพรนไฮส์ การให้ใช้สิทธิ หรือการทำสัญญา

(5) วิธีคิด โปรแกรม ระบบ ขั้นตอน โฆษณา แบบสอบถาม การศึกษา การพยากรณ์ การประมาณ รายชื่อลูกค้า หรือข้อมูลทางเทคนิค

(6) รายการอื่นใดนอกจากที่ระบุไว้ในข้อ (1) - (5) ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน หากสามารถมีมูลค่าในตัวทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเองไม่ใช่มูลค่าจากสภาพกายภาพของทรัพย์สิน

อาจกล่าวได้ว่าการให้นิยามทรัพย์สินไม่มีรูปร่างข้างต้นนี้ส่วนใหญ่ให้ความหมายได้สอดคล้องกับที่ปรากฏในนิยามของ OECD<sup>66</sup> ในขณะที่บางส่วนที่ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาแต่ไม่มีระบุไว้ใน OECD คือเรื่องประโยชน์ทางพาณิชย์ที่โอนกันได้ (Commercially transferable interests) ซึ่งเป็นที่ถกเถียงกันในสหรัฐมานานแล้วว่าเงื่อนไขของการเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในบริบทของการกำหนดราคาโอนนั้นจะต้องมีประโยชน์ทางพาณิชย์ที่โอนกันได้ด้วยหรือไม่ แม้ว่าในมาตรา 482 ของกฎหมายฉบับชั่วคราวก่อนหน้านี้จะเป็นฉบับสมบูรณ์ในฉบับปัจจุบันจะระบุถึงเรื่องนี้ไว้เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงความยุ่งยากสำหรับวิสาหกิจข้ามชาติต่างๆที่มีการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเช่น วิธีปฏิบัติขององค์กร (organizational procedures) หรือกระบวนการทำงานที่มีพื้นฐานมาจากประสบการณ์ของคนในกลุ่ม เนื่องจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเหล่านั้นนั้นหาค่าติดต่อดีขึ้นเรื่อยๆได้ยากมากและไม่ค่อยพบการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเหล่านี้ให้กับวิสาหกิจที่สามมากนักหรือหากมีการโอนให้กับวิสาหกิจที่สามจริงก็จะเกิดประโยชน์หรือมีมูลค่ากับวิสาหกิจที่สามน้อยมากเว้นแต่จะเป็นการโอนกิจการมาทั้งกิจการด้วย<sup>67</sup>

อย่างไรก็ดีในทางปฏิบัตินั้นพบว่าสรรพากรของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นพยายามปฏิเสธเงื่อนไขข้อนี้มาโดยตลอดดังตัวอย่างในคดี *Merck & Co. Inc. v. U.S.*<sup>68</sup> สรรพากรพยายาม

<sup>66</sup> Verlinden, I., Smits, A., and Lieben, B. Intellectual Property Rights from a Transfer Pricing Perspective. Belgium: PricewaterhouseCoopers, 2002.

<sup>67</sup> Ibid.

<sup>68</sup> *Merck & Co. Inc. v. U.S.*, 24 Cl. Ct. 74 (1991).

จัดสรรรายได้ทั้งที่ปรากฏชัดว่าไม่มีประโยชน์ทางพาณิชย์ที่โอนได้อยู่เลย โดยในคดีนี้ Merck เป็นบริษัทแม่ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่เป็นวิสาหกิจข้ามชาติทำการโอนสิทธิบัตรในสินค้า และ know-how ที่เกี่ยวข้องกับสินค้านั้นในบริษัทในเครือที่เปอร์โตริโกเพื่อให้บริษัทในเครือ เปอร์โตริโกผลิตสินค้าและขายให้กับบริษัทในเครืออื่นๆได้ในส่วนนี้เป็นที่ยอมรับกันว่าการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างกัน ปัญหาเกิดขึ้นเมื่อสรรพากรต้องการจัดสรรเงินได้ที่บริษัทในเครือเปอร์โตริโก ได้รับจากการขายสินค้าเป็นรายได้ของบริษัท Merck อเมริกาด้วยเนื่องจากการโอนถ่ายทรัพย์สิน ไม่มีรูปร่างอื่นๆ เช่น โครงสร้างกลุ่มกิจการในเครือ วิธีกำหนดราคาระหว่างกันเองในกลุ่ม และกระบวนการวางแผนสำหรับทั้งกลุ่มกิจการ

อย่างไรก็ตามศาลไม่เห็นด้วยกับข้อโต้แย้งของสรรพากรเนื่องจากมาตรา 482 กำหนดไว้ว่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างจะต้องมีมูลค่าในตัวมันเองเสมือนวัตถุที่เป็นเอกเทศ ศาลให้ความเห็นว่าประโยชน์ที่เกิดจากโครงสร้างองค์กรหรือเครื่องมือในการควบคุมจัดการองค์กรไม่ใช่ทรัพย์สิน ไม่มีรูปร่างประเภทที่ต้องมีการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิที่ราคาติดต่อกัน ศาลจึงสรุปว่าทรัพย์สิน ไม่มีรูปร่างที่สรรพากรอ้างถึงนั้นเนื่องจากเป็นกระบวนการที่เกิดภายในองค์กรผ่านประสบการณ์ตรง ขององค์กรนั้นๆเองไม่ใช่ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีประโยชน์อันอาจโอนกันผ่านทางพาณิชย์ได้ซึ่งหมายถึง ไม่มีราคาหรือมูลค่าแก่บุคคลภายนอกเว้นแต่บุคคลภายนอกจะได้เข้าครอบครองกิจการนั้นทั้งหมด

ในคดี *Hospital Corp. of America (HCA)*<sup>69</sup> HCA เป็นเจ้าของและดำเนินกิจการ โรงพยาบาลหลายแห่งได้ทำสัญญาการให้บริการการจัดการ (management service agreement) กับบริษัทในเครือที่ตั้งอยู่ต่างประเทศเพื่อทำการโอนระบบการจัดการโรงพยาบาลซึ่งรวมทั้ง องค์ความรู้ (know-how) เกี่ยวกับยา การเงินและการบริหารงานที่เกิดขึ้นจากประสบการณ์สั่งสม ในการทำงานของ HCA เอง ศาลลงความเห็นว่าการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเกิดขึ้นในธุรกรรมนี้ ซึ่งต้องมีการจ่ายค่าตอบแทนการโอน เหตุผลของศาลคือศาลเห็นว่าตัวระบบเป็นเครื่องมือที่สำคัญ ที่สุดในการก่อให้เกิดเงินได้ของกิจการและยังสามารถโอนไปยังบุคคลภายนอกได้ นอกจากนี้ ข้อเท็จจริงยังปรากฏว่าระบบการดำเนินงานนั้นได้โอนไปยังสาขาต่างประเทศเพื่อที่จะขายต่อให้กับ กิจการโรงพยาบาลของบุคคลภายนอกในประเทศซาอุดีอาระเบียอีกด้วย ดังนั้นจะเห็นได้ว่าในคดีนี้ ศาลได้เอาประเด็นเรื่องประโยชน์ทางพาณิชย์ที่โอนกันได้มาพิจารณาด้วยแล้วเห็นว่าระบบการทำงานของ โรงพยาบาลของ HCA นั้นเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่อาจโอนไปยังบุคคลภายนอกเพื่อสร้าง ประโยชน์ทางพาณิชย์ได้จึงสมควรต้องมีค่าตอบแทนในการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น

<sup>69</sup> Hospital Corp. of America, T.C. 520 (1983)

มีข้อสังเกตว่าเงื่อนไขประโยชน์ทางพาณิชย์ที่โอนได้นั้นไม่ได้ถูกระบุเป็นเงื่อนไขของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในบริบทการกำหนดราคาโอนของ OECD โดย OECD ได้ระบุในบท commentary เพียงว่าจะต้องเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ใช้ในกิจกรรมพาณิชย์ซึ่งมีผลเหมือนกันกับของสหรัฐในการแก้ปัญหาการโอนวิธีปฏิบัติขององค์กรหรือกระบวนการทำงานต่างๆที่ได้มาจากประสบการณ์ของวิสาหกิจในกลุ่ม<sup>70</sup> ด้วยการพิจารณาเอาไว้ว่าใช้ในกิจกรรมการค้าพาณิชย์หรือไม่

หากจะเปรียบเทียบกรณีใกล้เคียงกันที่เป็นปัญหาถกเถียงได้แก่เรื่องความรู้วิทยาการของลูกจ้าง (scientific personnel) จะถือว่าเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างด้วยหรือไม่เพราะในทางปฏิบัติบริษัทแม่มักเสี่ยงการเสียภาษีจากเงินได้การโอนความรู้วิทยาการไปอยู่ในรูปแบบการให้ยืมพนักงานที่มีความรู้วิทยาการไปทำงานในบริษัทต่างประเทศเป็นการให้บริการที่มีส่วนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอยู่ด้วย ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นบุคคลไม่ว่าจะมีความรู้ความสามารถมากขนาดไหนก็ไม่สามารถถูกซื้อขาย ให้เช่า หรือทำสัญญาให้ใช้กันได้ตั้งนั้นจึงไม่อาจถือเอาเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างได้ เมื่อพิจารณาจากมาตรา 1.482-4(b) กำหนดนิยามทรัพย์สินไม่มีรูปร่างไว้ว่าต้องเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าในตัวมันเองเป็นสำคัญแยกจากการให้บริการของบุคคลใด ซึ่งให้เห็นว่าการที่ลูกจ้างใช้ความรู้ know-how ในการให้บริการวิสาหกิจอื่นในเครือไม่ได้หมายความว่าเป็นการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเสมอไป โดยเฉพาะในกรณีที่ใช้ know-how ที่มีมูลค่าน้อยหรือเป็นส่วนน้อยเมื่อเทียบกับการให้บริการเช่นนี้ไม่ถือว่าเป็นการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเพราะไม่ถือว่ามีมูลค่าในตัวเองอย่างมีนัยสำคัญอันแยกจากการบริการได้เด่นชัด

อย่างไรก็ตามถ้าลูกจ้างปรับเปลี่ยนความรู้วิทยาการให้อยู่ในรูปของเอกสารลายลักษณ์อักษร เช่นเป็นงานออกแบบ สูตรทางวิทยาศาสตร์ หรือกระบวนการอื่นๆที่อยู่ในรูปเอกสาร กรมสรรพากรอาจโต้แย้งได้ว่ามีการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างโดยอ้างว่านายจ้างจะไม่มีสิทธิเหนือตัวลูกจ้างแต่มีสิทธิเหนือสัญญาจ้างดังนั้นกรมสรรพากรจึงโต้แย้งว่าการโอนสัญญาจ้างอาจถือว่าเป็นการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างได้<sup>71</sup> ประกอบกับส่วนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นมีมูลค่าอันอาจแยกออกมาจากการให้บริการได้ หากกรมสรรพากรไม่โต้แย้งเช่นนี้จะทำให้มีการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างกันได้โดยไม่ต้องมีค่าตอบแทนตามหลักราคาติดต่ออิสระโดยการโอนผ่านความทรงจำของลูกจ้างที่โอนมาทำงาน

<sup>70</sup> Verlinden, I., Smits, A., and Lieben, B. Intellectual Property Rights from a Transfer Pricing Perspective. Belgium: PricewaterhouseCoopers, 2002. Page 104.

<sup>71</sup> Ibid.

นอกจากนี้ในมาตรา 1.482-3(f)<sup>72</sup> ยังกำหนดไว้ว่าปกติการโอนทรัพย์สินมีรูปร่างที่มี ส่วนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างติดอยู่ เช่น เครื่องหมายการค้า จะถือว่าเป็นการโอนทรัพย์สินมีรูปร่าง เท่านั้นถ้าผู้ซื้อทรัพย์สินมีรูปร่างนั้นไม่ได้รับสิทธิใช้สอยทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ติดอยู่ด้วยมากไปกว่า สิทธิในการขายต่อทรัพย์สินนั้นตัวอย่างเช่น ผู้จัดจำหน่ายของวิสาหกิจในเครือจำหน่ายสินค้า ที่มีเครื่องหมายการค้าซึ่งวิสาหกิจอื่นในเครือตนเป็นเจ้าของ การจำหน่ายจ่ายโอนนั้นนับว่าเป็น การโอนทรัพย์สินมีรูปร่างซึ่งไม่ต้องมีการโอนค่าสิทธิหรือการจ่ายเงินค่าตอบแทนอื่นๆสำหรับ ส่วนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างแยกออกมาต่างหากอีก<sup>73</sup>

มาตรา 1.482-3(f) ยังกำหนดไว้อีกว่าหากผู้ซื้อสินค้าในเครือเดียวกันนั้นได้รับสิทธิ ในการใช้สอยทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ติดมาด้วยนั้น จะต้องมีการกำหนดราคาโอนตามหลักราคาติดต่อ อิสระสำหรับทั้งส่วนของทรัพย์สินมีรูปร่างและทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ตัวอย่างเช่นผู้ซื้อสินค้าในเครือ เดียวกันซื้อเครื่องจักรซึ่งรวมถึงสิทธิในการได้ใช้กระบวนการความรู้ที่เกี่ยวข้องกับเครื่องจักรนั้น เพื่อทำการผลิตอีกด้วย ดังนั้นถือว่าผู้ซื้อไม่ได้ได้รับเฉพาะเครื่องจักรแต่ยังได้รับส่วนของทรัพย์สิน ไม่มีรูปร่างที่ติดมากับเครื่องจักรนั้นด้วยซึ่งต้องแยกหาค่าตอบแทนของทั้งสองส่วนตามหลักราคา ติดต่อกันเพื่อวัตถุประสงค์ในการหาราคาโอนเพื่อการเสียภาษี

ปัจจุบันมีความพยายามที่จะขยายนิยามและขอบเขตของคำว่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ให้กว้างขึ้นปรากฏใน President Obama's Budget of the U.S. Government, Fiscal Year 2014 ซึ่งเป็นร่างเสนอนโยบายและงบประมาณประจำปี 2014 ได้เสนอการแก้ไขนิยามในหัวข้อ การจำกัดการโยกย้ายรายได้ผ่านการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเนื่องจากมีการถกเถียงกันมากในปัญหา การประเมินมูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ถูกโอนกันระหว่างวิสาหกิจในเครือ และขาดขอบเขต ที่แน่ชัดของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างตามมาตรา 482 ทำให้เกิดการเลี่ยงการเสียภาษีอย่างไม่เหมาะสม

<sup>72</sup> (f) *Coordination with intangible property rules.* The value of an item of tangible property may be affected by the value of intangible property, such as a trademark affixed to the tangible property (embedded intangible). Ordinarily, the transfer of tangible property with an embedded intangible will not be considered a transfer of such intangible if the controlled purchaser does not acquire any rights to exploit the intangible property other than rights relating to the resale of the tangible property under normal commercial practices.

<sup>73</sup> Bonano, W.E. Transfer of Intangible Property under Section 482. International Tax Bulletin Feb 1999 : 6

(inappropriate avoidance of tax) และเกิดการปรับใช้กฎเกี่ยวกับการกำหนดราคาโอนในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอย่างไม่ถูกต้อง

ร่างนโยบายนี้เสนอให้มีการกำหนดนิยามเพื่อประโยชน์ในการกำหนดราคาโอนตามมาตรา 482 ให้รวมถึงกำลังพล (workforce in place) ค่าความนิยม (good will) มูลค่าการดำเนินงานต่อเนื่อง (going concern value) หรือทรัพย์สินอื่นใดที่ไม่ใช่ทรัพย์สินมีรูปร่าง (tangible) หรือสินทรัพย์ทางการเงิน (financial asset)<sup>74</sup> ซึ่งผู้มีหน้าที่เสียภาษีเป็นเจ้าของหรือมีอำนาจควบคุมและซึ่งมีมูลค่าในตัวมันเองเป็นสำคัญแยกจากการให้บริการของบุคคลใด นอกจากนี้ยังต้องการกำหนดให้กระจ่างในกรณีที่มีการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างหลายอย่างหรือทรัพย์สินไม่มีรูปร่างถูกโอนไปพร้อมกับทรัพย์สินมีรูปร่างหรือการให้บริการอื่นๆ เจ้าพนักงานอาจประเมินมูลค่าทรัพย์สิน หรือบริการเหล่านั้นรวมกันไปได้หากทำให้เกิดผลลัพธ์ที่น่าเชื่อถือกว่า

อย่างไรก็ตามร่างนโยบายนี้จะมีผลบังคับใช้เมื่อผ่านออกเป็นกฎหมายโดยผ่านความเห็นชอบของทั้งสองสภาเสียก่อน สำหรับเรื่องนิยามและขอบเขตของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น ยังไม่ได้รับการพิจารณาผ่านออกเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับในประเทศสหรัฐอเมริกา แม้ว่าจะยังคงถูกนำเสนอต่อเนื่องมาจนถึงร่างนโยบายและงบประมาณของปี 2017 แล้วก็ตาม

#### (จ) นิยามทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในกรณีการกำหนดราคาโอนของ OECD

เดิมทีใน OECD Guidelines 2010 กำหนดขอบเขตของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างไว้ในข้อ 6.2 ให้หมายรวมถึง 1. สิทธิในการใช้สินทรัพย์ในทางอุตสาหกรรม เช่น สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า ชื่อการค้า การออกแบบ หรือโมเดล 2. ลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรมและงานศิลปะ 3. ทรัพย์สินทางปัญญา เช่น ความลับทางการค้า หรือ know-how ซึ่งทรัพย์สินเหล่านี้จะต้องมีราคาในตัวมันเอง แม้ว่าอาจจะไม่มีมูลค่าตามบัญชี (book value) ในบัญชีรายรับรายจ่ายของบริษัทก็ตาม

นอกจากนี้ยังมีการจำแนกประเภทของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในทางการดำเนินงานของธุรกิจเป็น ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างประเภทการทำการตลาด (Marketing Intangibles) เช่น เครื่องหมายการค้า ชื่อการค้า รายชื่อหรือข้อมูลลูกค้า ช่องทางการจำหน่าย และหีบห่อที่มีเอกลักษณ์ซึ่งทำให้สินค้ามีมูลค่าทางการตลาดมากขึ้น เป็นต้น และทรัพย์สินไม่มีรูปร่างประเภทการค้า (Trade Intangibles or Commercial Intangibles) ซึ่งหมายรวมถึงทรัพย์สินไม่มีรูปร่างทุกประเภทที่ไม่ใช่ marketing intangible เช่น ความลับทางการค้า สิทธิบัตร สูตร การออกแบบ หรือ know-how

<sup>74</sup>สินทรัพย์ทางการเงิน หมายถึง เงินสด ตราสารทุน (equity instrument) สิทธิตามสัญญาที่จะได้รับเงินสดหรือสินทรัพย์ทางการเงินอื่น สิทธิที่จะแลกเปลี่ยนสินทรัพย์ทางการเงิน หรือตราสารอนุพันธ์ (derivatives) ตัวอย่างเช่น พันธบัตร เงินฝากธนาคาร หุ้น เงินปันผล สัญญาซื้อขายเงินตราต่างประเทศล่วงหน้า เป็นต้น

เป็นต้น โดยความแตกต่างที่เห็นได้ชัดของทั้งสองประเภทคือทรัพย์สินไม่มีรูปร่างประเภท การทำการตลาดมักจะมีต้นทุนในการวิจัยและพัฒนาน้อยกว่าส่วนใหญ่เกิดจากการทำการส่งเสริม ตลาด มาเป็นเวลานานโดยการโอนให้กันเป็นไปเพื่อสร้างมูลค่าต่อยอดจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น ผ่านช่องทางส่งเสริมการค้าหรือการตลาดในขณะที่ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างประเภทการค้ามูลค่าการวิจัย พัฒนามักจะสูงและการถ่ายโอนไปเพื่อใช้มูลค่าจากตัวทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นเองโดยการนำไปใช้ผลิต สินค้าหรือบริการ ทั้งนี้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างทั้งสองประเภทอาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย หรือไม่ได้

ตัวอย่างของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างประเภทการค้าที่เห็นได้ง่าย เช่นในธุรกิจเวชภัณฑ์ การผลิตสูตรยาต้องใช้การวิจัยและลงทุนที่มีมูลค่าและความเสี่ยงสูงแก่ตัวผู้ผลิต เมื่อสามารถคิดค้น สูตรสำเร็จหากวิสาหกิจอื่น ๆ ต้องการนำสูตรนี้ไปผลิตเป็นตัวยาก็ต้องจ่ายค่าสิทธิให้กับวิสาหกิจ เจ้าของผู้คิดค้นสูตรนั้นแลกับสิทธิในการผลิตตามสูตร สูตรนั้นจึงมีลักษณะเป็นทรัพย์สิน ไม่มีรูปร่างประเภทการค้าซึ่งอาจอยู่ในรูปของการจดเป็นสิทธิบัตร หรือความลับทางการค้าก็ได้ เป็นต้น หรือการผลิต หรือระบบการจัดการบริหารงานภายในองค์กรซึ่งวิสาหกิจในเครือหนึ่งคิดค้นขึ้นมาจากการใช้ประสบการณ์ทำงานและต้องเป็นผู้แบกรับความเสี่ยงในการคิดค้นแต่เพียงผู้เดียวหากวิสาหกิจ ในเครือใดต้องการนำระบบไปใช้ในหน่วยงานของตนก็ต้องจ่ายค่าใช้จ่ายตอบแทนให้กับวิสาหกิจ ผู้คิดค้นระบบขึ้น

อย่างไรก็ตามการแบ่งประเภททรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นไม่ได้ถูกนำมาพิจารณาเมื่อต้อง ทหาราคาโอนตามมาตรฐานตลาดและ OECD ยังให้ความเห็นไว้ว่าการทำวิจัยและพัฒนาหรือการทำ การตลาดไม่ได้มีผลลัพธ์เป็นการสร้างทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีมูลค่าอันสมควรต้องมีค่าใช้จ่ายตอบแทน ในการโอนเสมอไป<sup>75</sup> เห็นได้จากตัวอย่างการทำวิจัยและพัฒนาแม้ว่าจะใช้เวลาลงทุนไปหลายปี แต่อาจไม่ได้ตัวยาออกมาขายในตลาดเลยก็ได้

ปัจจุบันเนื่องจากการให้ความเห็นเรื่องความไม่ชัดเจนของการกำหนดนิยาม ของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีอยู่นั้นแคบไปหรือกว้างไป ทำให้หากปรับใช้การให้ความหมายอย่างแคบ การโอนทรัพย์สินบางชิ้นก็จะอยู่นอกขอบเขตของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอันจะก่อให้เกิดค่าตอบแทน ในการโอนทั้งที่ในความจริงทรัพย์สินนั้นได้ก่อมูลค่าอันจะต้องมีการกำหนดค่าตอบแทนในการโอน ระหว่างวิสาหกิจอิสระด้วยกัน ในขณะที่นิยามทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่กว้างจะทำให้หน่วยงานจัดเก็บ ภาษีของรัฐกล่าวอ้างให้ทรัพย์สินที่ถูกใช้หรือโอนระหว่างวิสาหกิจในเครือนั้นต้องมีค่าตอบแทนเกิดขึ้น ทั้งที่ในกรณีนั้นวิสาหกิจอิสระก็จะไม่กำหนดค่าตอบแทนระหว่างกัน

<sup>75</sup> OECD 2014 Amendments to chapter VI of the transfer pricing guidelines paragraph 6.11



OECD จึงได้ออก บทปรับปรุงบทที่ 6 ไว้ใน OECD Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles 2015 โดยได้กำหนดความหมายของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเสียใหม่ ในข้อ 6.6 ว่า หมายถึง 1. ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างทางกายภาพและไม่ใช่สินทรัพย์ทางการเงิน 2. สามารถถือเอาเป็นเจ้าของหรือเข้าควบคุมได้เพื่อใช้ในกิจกรรมทางพาณิชย์ และ 3. การใช้หรือการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนี้มีค่าตอบแทนที่สามารถเปรียบเทียบได้ระหว่างคู่สัญญาที่เป็นอิสระต่อกัน โดยที่ไม่ต้องคำนึงถึงความหมายในทางกฎหมายหรือในทางบัญชี

ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ต้องนำมาหาราคาเพื่อประโยชน์การกำหนดราคาโอนอาจไม่ใช่สินทรัพย์ไม่มีตัวตน (Intangible assets) ในทางบัญชีเสมอไป ตัวอย่างเช่น การทำวิจัยและพัฒนาสินค้า หรือ การโฆษณาสินค้า ทำให้เกิดทรัพย์สินไม่มีรูปร่างขึ้นมา เช่น know-how หรือ good will ซึ่งมูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเหล่านี้ ในทางบัญชีอาจแยกค่าใช้จ่ายในการทำวิจัยและพัฒนา หรือการโฆษณาสินค้าเป็นค่าใช้จ่าย ไม่ใช่บันทึกเป็นต้นทุนรวมมูลค่าของสินทรัพย์ไม่มีตัวตนในทางบัญชี และทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่เป็นผลมาจากค่าใช้จ่ายนั้นอาจจะไม่ถูกบันทึกในทางบัญชี แต่อย่างไรก็ตามทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นอาจถูกใช้เพื่อสร้างมูลค่าทางเศรษฐกิจจำนวนมากก็ได้ จึงต้องถูกนำมาพิจารณาเพื่อวัตถุประสงค์ของการกำหนดราคาโอนด้วย ดังนั้นลักษณะของสินทรัพย์ไม่มีตัวตนทางบัญชีนี้อาจเอามาอธิบายถึงทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในวัตถุประสงค์การกำหนดราคาโอนได้บางส่วน แต่ไม่ใช่ทั้งหมด

เงื่อนไขอื่นๆ เช่น การได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายหรือตามสัญญาเองก็ไม่ใช่เงื่อนไขในการกำหนดความเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเพื่อการกำหนดราคาโอนเช่นกัน ความคุ้มครองตามกฎหมายหรือตามสัญญาอาจมีผลทำให้มูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างและค่าตอบแทนการใช้หรือการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นมีราคาสูงขึ้นได้ นอกจากนี้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอาจถูกโอนไปพร้อมกับทรัพย์สินอื่นอย่างแยกจากกันไม่ได้ก็ได้ จุดสำคัญคือต้องสามารถระบุมูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเป็นเอกเทศได้อยู่

มีการตั้งข้อสังเกตเพิ่มเติมว่าการกำหนดทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเพื่อประโยชน์ในการกำหนดราคาโอนนั้นจำเป็นที่จะต้องแยกให้ออกจาก ‘สภาพของตลาด’ (market conditions) หรือ ‘สถานการณ์ของตลาดท้องถิ่น’ (local market circumstances) ลักษณะของตลาดท้องถิ่น เช่น ระดับรายได้ที่ภาคครัวเรือนใช้จ่ายได้จริง หรือขนาดและระดับของธุรกิจคู่แข่ง เพราะสิ่งเหล่านี้ไม่มีใครสามารถเป็นเจ้าของหรือเข้าควบคุมได้ แม้ว่าในบางครั้งสิ่งเหล่านี้จะมีผลกระทบกับราคาติดต่ออิสระในบางธุรกรรมซึ่งทำให้ต้องถูกนำไปพิจารณาตามหลักความเปรียบเทียบกันได้

(comparability analysis) แต่สภาพตลาดเหล่านี้ไม่ใช่ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างตามจุดประสงค์ของการหาราคาโอน<sup>76</sup>

การกำหนดทรัพย์สินใดว่าเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างกับการกำหนดราคาโอนสำหรับการใช้หรือการโอนทรัพย์สินนั้นต้องพิจารณาอย่างแยกออกจากกันตามแต่ละข้อเท็จจริงนั้นๆ เนื่องจากการใช้หรือโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นไม่ได้ทำให้ต้องมีการจ่ายค่าตอบแทนแยกออกมาต่างหากจากค่าตอบแทนของราคาสินค้าหรือบริการเสมอไป ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างบางชนิดในบางสถานการณ์ก็ไม่ก่อให้เกิดส่วนเพิ่มของผลตอบแทน (premium return) ใดๆ ตัวอย่างเช่น การให้บริการโดยมีการใช้ know-how ที่ไม่มีลักษณะพิเศษ (non-unique) ซึ่งเป็น know-how ที่วิสาหกิจคู่แข่งก็มีคล้ายๆกันในกรณีนี้แม้ว่า know-how จะเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างชนิดหนึ่ง แต่ภายใต้ข้อเท็จจริงและสถานการณ์เช่นว่าเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ไม่ทำให้เกิดผลตอบแทนส่วนเพิ่มไปมากกว่าผลตอบแทนธรรมดาที่วิสาหกิจคู่แข่งก็ได้รับจากการให้บริการในลักษณะที่เทียบกันได้โดยใช้ know-how ที่คล้ายๆกัน ดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องกำหนดราคาโอนให้แยกออกมาจากราคาสินค้าหรือการให้บริการนั่นเอง

นอกจากนี้ยังได้เพิ่มเติมการแยกประเภททรัพย์สินไม่มีรูปร่างว่าการแบ่งแยกประเภทนั้นไม่เป็นเหตุในการการปลดปล่อยผู้เสียภาษีหรือเจ้าพนักงานจากหน้าที่ในการระบุตัวทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอย่างละเอียดเพื่อประโยชน์ในการกำหนดราคาโอนและไม่เป็นการกำหนดวิธีการในการคำนวณมูลค่าเพื่อหาราคาโอนตามหลักติดต่ออิสระวิธีใดโดยเฉพาะ

OECD ฉบับแก้ไขปีค.ศ. 2014 กำหนดให้ยกเลิกความหมายของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างประเภทการตลาดเดิมแล้วแทนที่ความหมายใหม่ให้หมายถึง ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางการตลาด ช่วยเหลือการใช้สินค้าหรือบริการในเชิงพาณิชย์ และ/หรือ มีมูลค่าการส่งเสริมสินค้าที่เกี่ยวข้องสูง (promotional value) ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนี้อาจรวมถึงเครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า รายชื่อลูกค้า ลูกค้าสัมพันธ์ และข้อมูลลูกค้าและการตลาดที่ใช้ในการส่งเสริมการตลาดและการขายสินค้าหรือบริการให้กับลูกค้า

ตัวอย่างของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ OECD ได้ยกตัวอย่างไว้

(1) สิทธิบัตร สิทธิบัตรเป็นเครื่องมือทางกฎหมายชนิดหนึ่งที่ทำให้สิทธิแก่เจ้าของ โดยเฉพาะในการใช้งานประดิษฐ์ในระยะเวลาและบนพื้นที่ที่จำกัด สิทธิบัตรนั้นอาจจะเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินมีรูปร่างหรือกระบวนการอย่างใดก็ได้ การประดิษฐ์ที่จะได้รับสิทธิบัตรมักต้องใช้

<sup>76</sup> OECD Amendments to chapter VI of the transfer pricing guidelines 2014 paragraph 6.9

ความเสี่ยงและต้นทุนที่สูงในการวิจัยและพัฒนา เจ้าของสิทธิบัตรอาจใช้ประโยชน์จากความเป็นเจ้าของเพื่อให้ครอบคลุมต้นทุนที่จ่ายไปรวมถึงผลกำไรตอบแทนได้ด้วยการขายสินค้าที่เกิดจากสิทธิบัตรนั้น การอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรในการประดิษฐ์ หรือให้เช่าซื้อสิทธิบัตรนั้น ในบางกรณีเจ้าของสิทธิบัตรจะได้รับผลตอบแทนส่วนเพิ่มสำหรับการใช้สิ่งประดิษฐ์ของตนและในบางครั้งการมีสิทธิบัตรให้ประโยชน์ในการลดต้นทุนมากกว่าเมื่อเทียบกับคู่แข่ง ในทางกลับกันสิทธิบัตรก็อาจไม่ให้ประโยชน์ทางการค้าเป็นพิเศษเลยก็ได้

(2) Know-how และความลับทางการค้า (trade secrets) เป็นข้อมูลที่มีเจ้าของหรือความรู้ที่ช่วยหรือพัฒนากิจกรรมการค้าแต่ไม่ถูกจดทะเบียนตามกฎหมายจึงไม่ใช่สิทธิบัตรหรือเครื่องหมายการค้า โดยทั่วไปประกอบไปด้วยข้อมูลอุตสาหกรรม การค้า หรือทางวิทยาศาสตร์ที่ไม่เป็นที่เปิดเผยสาธารณะอันเกิดจากประสบการณ์ที่ผ่านมาโดยสามารถนำมาปรับใช้จริงในกิจการได้ อาจเกี่ยวข้องกับการผลิต การตลาด การทำวิจัยและพัฒนาหรือกิจกรรมทางพาณิชย์อื่นๆ ญุลค่าของ know-how และความลับทางการค้าขึ้นอยู่กับความสามารถของกิจการในการรักษาความรู้เหล่านี้ให้เป็นความลับ ในบางอุตสาหกรรมการจดทะเบียนสิทธิบัตรทำให้ต้องมีการเปิดเผยความรู้หรือข้อมูลบางอย่างอันทำให้เป็นที่ล่งรู้แก่คู่แข่งอันจะทำให้กิจการเสียเปรียบ วิสาหกิจจึงอาจไม่เลือกที่จะจดทะเบียนตามกฎหมายก็ได้ โดยที่ความลับเหล่านี้อาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอื่นๆ เช่น กฎหมายป้องกันการแข่งขันไม่เป็นธรรม หรือตามเงื่อนไขในสัญญาจ้าง

(3) เครื่องหมายการค้า ชื่อทางการค้า และยี่ห้อ เครื่องหมายการค้า (trademark) อาจเป็นชื่อ สัญลักษณ์ หรือรูปภาพที่มีเอกลักษณ์เพื่อแสดงว่าสินค้าหรือบริการที่ใช้เครื่องหมายนั้นแตกต่างกับสินค้าหรือบริการของผู้อื่น สิทธิในความเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าได้มาจากการจดทะเบียนส่งผลให้เจ้าของสามารถสงวนสิทธิไม่ให้ผู้อื่นใช้เครื่องหมายการค้าไปในทางทำให้ผู้บริโภคในตลาดสับสน โดยความคุ้มครองตามกฎหมายมีอยู่ตลอดเวลาที่เจ้าของยังใช้และมีการจดทะเบียนต่ออายุตามกำหนดเวลา เช่นเดียวกับชื่อทางการค้า (trade name) ซึ่งอาจเป็นชื่อของกิจการหรือไม่ก็ได้ก็ถูกใช้ในทางการตลาดของสินค้าหรือบริการในการตีตลาดและอาจเป็นที่รู้จักกันดีอยู่แล้วหากเลือกที่จะจดทะเบียนก็จะอยู่ในรูปเครื่องหมายการค้า ในขณะที่ยี่ห้ออาจถูกใช้ในความหมายแทนเครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้าได้ ในขณะที่บางบริบทยี่ห้อถูกพิจารณาว่าเป็นเครื่องหมายการค้าหรือชื่อทางการค้าที่มีส่วนของความรู้สึกของสังคมประกอบอยู่ด้วย เช่น

การประชาสัมพันธ์กับลูกค้า หรือชื่อเสียงของยี่ห้อนั้นดั่งนั้นยี่ห้ออาจหมายถึงทรัพย์สินไม่มีรูปร่างชนิดเดียวหรือหลายชนิดรวมกันก็ได้

(4) สิทธิตามสัญญาและสัญญาให้อนุญาตจากรัฐบาลต่างๆ สัมปทานหรือสัญญาอนุญาตให้กระทำการต่างๆที่ได้รับจากรัฐบาลมีความสำคัญกับกิจการบางประเภทมาก เช่น สัญญาอนุญาตให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติหรือทรัพย์สินสาธารณะต่างๆหรือให้ประกอบธุรกิจบางประการ อย่างไรก็ตามสิทธิตามสัญญาเหล่านี้เป็นคนละเรื่องกับการที่กิจการมีหน้าที่ต้องจดทะเบียนก่อนเพื่อดำเนินกิจการตามกฎหมายหน้าที่เหล่านั้นไม่ใช่ทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

(5) สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิอย่างมีเงื่อนไขในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (limited rights) สิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมักถูกโอนโดยการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิหรือการทำข้อตกลงตามสัญญาต่างๆไม่ว่าจะเป็นลายลักษณ์อักษร คำพูด หรือโดยนัย เงื่อนไขการใช้สิทธิอย่างจำกัด เช่น พื้นที่ที่ใช้สิทธิได้ หรือระยะเวลาที่ใช้สิทธิได้เป็นต้น สิทธิการใช้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอย่างมีเงื่อนไขนี้เป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างชิ้นหนึ่ง

(6) ค่าความนิยม (goodwill) และ (ongoing concern value) ค่าความนิยมนั้นมีความหมายหลากหลายตามสาขาวิชาการ เช่น ในทางบัญชีและการประเมินมูลค่าของธุรกิจ ค่าความนิยมเป็นค่าที่สะท้อนผลต่างระหว่างมูลค่ารวมของกิจการกับผลรวมของทรัพย์สินมีตัวตนและไม่มีตัวตนทั้งหมดแต่ละชิ้นที่ระบุได้ บางครั้งค่าความนิยมยังถูกใช้มาแสดงถึงประโยชน์ทางเศรษฐกิจในอนาคตที่เกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ของกิจการที่ไม่สามารถระบุเป็นชิ้นๆแยกออกมาได้ และในบริบทอื่นๆค่าความนิยมหมายถึงค่าที่คาดคะเนว่าลูกค้าในปัจจุบันจะมาใช้จ่ายด้วยในอนาคต สำหรับ ongoing concern value ในบางคราวถูกอ้างถึงว่าเป็นมูลค่าของทรัพย์สินรวมทั้งหมดของกิจการที่ดำเนินอยู่ซึ่งมูลค่าจะมากกว่ามูลค่ารวมทั้งหมดของสินทรัพย์แต่ละชิ้น โดยทั่วไปแล้วทั้งค่าความนิยมและ ongoing concern value จะไม่สามารถโอนไปโดยแยกออกจากสินทรัพย์ของกิจการได้ ในบริบทของการกำหนดราคาโอนนั้นค่าความนิยมและ ongoing concern value แม้จะไม่มีนิยามโดยเฉพาะแต่ก็อยู่ในรูปมูลค่าความมีชื่อเสียง (reputational value) ที่ถูกโอนหรือใช้ร่วมกันระหว่างวิสาหกิจในเครือในรูปแบบของการโอนหรืออนุญาตให้ใช้เครื่องหมายการค้าทำให้ในการคำนวณมูลค่าที่เหมาะสมของค่าตอบแทนต้องคำนึงถึงค่าความมีชื่อเสียงนี้ด้วย หรือ คุณสมบัติของกิจการหนึ่งคือมีชื่อเสียงด้านการผลิตสินค้าและบริการคุณภาพดีมากทำให้กิจการสามารถตั้งราคาสินค้าและบริการได้แพงกว่ากิจการของคู่แข่ง คุณสมบัติเช่นนี้ก็อาจถือว่าเป็นค่าความนิยมแบบหนึ่ง

ซึ่งต้องนำมาคำนึงในการหาราคาโอนตามหลักราคาติดต่ออิสระสำหรับการขายสินค้า หรือการให้บริการระหว่างวิสาหกิจในเครือด้วยกัน ดังนั้นความสำคัญของค่าความนิยมหรือ ongoing concern ในบริบทการกำหนดราคาโอนนั้นไม่ใช่การกำหนดนิยามเฉพาะแต่เป็นการรับรู้และคำนึงถึงมูลค่าที่ปรากฏและไม่จำเป็นเสมอไปที่มูลค่าจะต้องเท่ากับการตีมูลค่าทางบัญชี ดังนั้นผู้มีหน้าที่เสียภาษีและเจ้าพนักงานต้องจำแนกทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดราคาโอนมาโดยละเอียด

### 3.3 การกำหนดความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

เนื่องจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นไม่มีลักษณะทางกายภาพเหมือนทรัพย์สินมีรูปร่าง ดังนั้นจึงเป็นการยากกว่าในการพิสูจน์ หรือระบุว่าใครเป็นเจ้าของผู้พัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นขึ้น ดังนั้นจึงต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการสันนิษฐานและพิสูจน์ความเป็นเจ้าของโดยอิงกับทฤษฎีหลักความเป็นเจ้าของ ดังนี้

#### 3.3.1 หลักทั่วไปของความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

ความสำคัญของการเข้าใจเรื่องความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเกิดจากลักษณะโดยธรรมชาติของการหาราคาโอน ราคาโอนคือการหาราคาโอนที่เหมาะสม (arm's length) ระหว่างวิสาหกิจในเครือด้วยกันที่ทำธุรกรรมขึ้น วิธีในการหาราคาโอนนั้นต้องมีการระบุและการเปรียบเทียบกับวิสาหกิจภายนอกโดยพึงคำนึงว่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นมีเจ้าของหรือไม่ ตัวอย่างเช่น การอนุญาตให้ใช้ชื่อยี่ห้อกับวิสาหกิจในเครือผู้จัดจำหน่าย เมื่อนำมาเทียบกับธุรกรรมแบบเดียวกันที่ทำกับวิสาหกิจภายนอกเจ้าของชื่อยี่ห้อนั้นย่อมต้องได้รับค่าสิทธิตอบแทน ในการกำหนดราคาโอนการหาความเป็นเจ้าของจึงสำคัญในการพิจารณาว่าเงินได้ที่เกิดจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นควรแบ่งกันระหว่างคู่สัญญาซึ่งเป็นผู้เสียภาษีแต่ละฝ่ายที่ได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งอย่างไร อย่างไรก็ตามในการทำธุรกรรมของวิสาหกิจข้ามชาตินั้นไม่มีมาตรฐานเป็นการทั่วไปในการชี้วัดความเป็นเจ้าของ ทั้งกฎหมายที่คลุมเครือและเมื่อพิจารณาแล้วเห็นได้ว่าการเปลี่ยนหลักการไปมาปรากฏในคดีความต่างๆ

ความเป็นเจ้าของในบริบทนี้แตกต่างกับการครอบครองซึ่งหมายถึงการมีเจตนาถือครอง และมีอำนาจควบคุมเหนือทรัพย์สินนั้น แต่ความเป็นเจ้าของนี้จะบ่งบอกถึงสิทธิและหน้าที่

เหนือทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น<sup>77</sup> ในขณะที่รูปแบบธุรกรรมในสมัยก่อนมักไม่พบปัญหาการแยกความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเนื่องจากความเป็นเจ้าของตามกฎหมายกับความเป็นเจ้าของตามหลักเศรษฐศาสตร์มีความสอดคล้องกัน เช่น การที่วิสาหกิจ A เป็นผู้คิดค้นพัฒนาเครื่องหมายการค้าสำหรับสินค้าหนึ่ง ได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าและนำเครื่องหมายการค้านั้นออกใช้ประโยชน์ เช่นนี้ความเป็นเจ้าของทั้งตามกฎหมายและเศรษฐศาสตร์นั้นสอดคล้องกัน คือวิสาหกิจ A เป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง แต่รูปแบบของธุรกรรมข้ามชาติในปัจจุบันนั้นมีความซับซ้อนมากขึ้นเนื่องจากการแบ่งหน้าที่การทำงาน การร่วมทำวิจัยและพัฒนา การค้าและการตลาดที่แบ่งกันทำระหว่างวิสาหกิจในเครือด้วยกันประกอบกับมาตรการในการซื้อความเป็นเจ้าของนั้นยังมีมากกว่าหนึ่งมาตรการทำให้การซื้อความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างซับซ้อนมากขึ้น

นอกจากหลักความเป็นเจ้าของตามกฎหมายและหลักความเป็นเจ้าของตามเศรษฐศาสตร์แล้วยังสามารถแยกหลักความเป็นเจ้าของเป็นตามสัญญาและตามหลักประโยชน์ได้ โดยเจ้าของคนหนึ่งอาจเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นตามหลักการทั้ง 4 หลักดังกล่าวเลยก็ได้ หรือ อาจมีเจ้าของได้หลายคนตามหลักเดียวหรือหลายหลักก็ได้ ความหลากหลายของหลักการนี้ทำให้เกิดช่องว่างในการตีความปรับใช้หลักการใดกับการกำหนดสิทธิความเป็นเจ้าของและหากมีค่าตอบแทนจากการใช้ทรัพย์สินนั้นจะแบ่งให้กับผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นอย่างไร

### 3.3.1.1 หลักความเป็นเจ้าของตามกฎหมาย (Legal Ownership)

ความเป็นเจ้าของตามกฎหมายในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง นั้นอยู่บนฐานของการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมาย อาจเกิดขึ้นได้จากการยื่นคำขอ หรือการจดทะเบียนภายใต้กฎหมายภายในของประเทศ เงื่อนไขในการเป็นเจ้าของอาจแตกต่างกันไปตามแต่กฎหมายแต่ละเรื่อง เช่น เครื่องหมายการค้าหรือสิทธิบัตร ต้องมีการจดทะเบียนกับรัฐ แต่ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างบางอย่าง เช่น ลิขสิทธิ์นั้นกฎหมายให้ความคุ้มครองตั้งแต่สร้างสรรค์ออกมา ดังนั้นรูปแบบของความเป็นเจ้าของตามกฎหมายอาจอยู่ในรูปทางการหรือไม่ทางการ รวมถึงมีกายภาพรองรับหรือไม่ก็ได้

ผลของการเป็นเจ้าของตามกฎหมายจะได้รับการรับรองคุ้มครองตามกฎหมายภายใน เช่นการให้สิทธิในการหวงกันหรือสามารถฟ้องร้องเอากับผู้ทำละเมิดแก่สิทธิหรือทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นได้ และสามารถโอนให้กันทางการค้าก็ได้ โดยทั่วไปเมื่อเป็นเจ้าของตามกฎหมายแล้วมักจะถือว่าเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในบริบทการกำหนดราคาโอนด้วย เว้นแต่บางกรณี เช่น

<sup>77</sup> Lagarden, M. "Intangibles in a Transfer Pricing Context: Where Does the Road Lead?"; 337.

ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (licensee)<sup>78</sup> ในกรณีที่เป็นการอนุญาตให้ใช้เป็นการเฉพาะ เป็นระยะเวลา ไม่นานหรือไม่น้อยไปกว่าระยะเวลาที่ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างจะมีมูลค่าทางเศรษฐกิจอยู่ ผู้อนุญาต ให้ใช้สิทธิเองไม่สนใจในประโยชน์ทางเศรษฐกิจของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น เช่น ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ คิดค่าสิทธิตามปริมาณการซื้อขายหลักทรัพย์ (turnover) และผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิสามารถโอน สิทธิตามสัญญาได้โดยไม่ต้องได้รับการอนุญาตจากผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิก่อน ในกรณีเช่นนี้ ความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นไม่ได้มีอยู่ตามความเป็นเจ้าของตามกฎหมาย แต่อยู่กับ เจ้าของตามหลักเศรษฐศาสตร์ แสดงให้เห็นว่าในบางครั้งเจ้าของตามกฎหมายก็ไม่ได้รับผลตอบแทน ทั้งหมดที่เกิดจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เช่นในกรณีผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิต้องการกระตุ้นให้ผู้ได้รับอนุญาต ใช้สิทธิรับหน้าที่พัฒนาการตลาดเป็นเวลานาน ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจึงอนุญาตให้ผู้ได้รับอนุญาตฯ นั้น สงวนไว้ซึ่งรายได้บางส่วนที่เกิดจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างได้

อย่างไรก็ตามโดยปกติแล้วความเป็นเจ้าของตามกฎหมายในกรณีการอนุญาต ให้ใช้สิทธิ มักเป็นผู้ที่ได้รับประโยชน์สูงสุดจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เพราะสามารถสงวนหรือระงับ ซึ่งสิทธิ และกำหนดเงื่อนไขในการใช้สิทธิได้ เช่น บริษัท Carillon Importers Ltd.<sup>79</sup> ซึ่งเป็นหนึ่งในตัวแทน จัดจำหน่ายเครื่องดื่ม Absolute vodka ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีหน้าที่พัฒนาการตลาด ในประเทศและทำให้ชื่อสินค้าเป็นที่รู้จักและกลายเป็นวอดก้าที่ขายดีที่สุดในประเทศ แต่ในภายหลัง บริษัทแม่ซึ่งเป็นเจ้าของตามกฎหมายระงับซึ่งสิทธิแล้วโอนไปให้บริษัทอื่นทำแทน ทำให้ Carillon ขาดรายได้ที่ควรจะได้จากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างไป แสดงให้เห็นถึงความสำคัญของความเป็นเจ้าของ ตามกฎหมายเพราะสามารถกำหนดผลประโยชน์ให้เกิดกับกิจการตนเองได้สูงสุด และเมื่อยี่ห้อ ของตนเองเป็นที่รู้จักแล้วจะสามารถเรียกเก็บค่าตอบแทนได้ในราคาสูงอีกด้วย อย่างไรก็ตาม ผู้ได้รับ อนุญาตให้ใช้สิทธิมีสิทธิที่จะเรียกค่าตอบแทนหรือค่าชดเชยในการที่ตนได้ก่อให้เกิดประโยชน์ ในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น Borka B.V.<sup>80</sup> เป็นวิสาหกิจอิสระ เป็นตัวแทนขายสินค้าของวิสาหกิจ ประเทศเยอรมัน Mattel GmbH ในประเทศเนเธอร์แลนด์จนกระทั่งปี ค.ศ. 1984 Mattel GmbH ประกาศยุติสัญญาจัดจำหน่ายกับ Borka B.V. เพื่อให้วิสาหกิจในเครือรับทำแทน แต่เนื่องจาก Borka B.V. ได้ลงทุนในกิจการไปเป็นจำนวนมาก เช่น สร้างโชว์รูมใหม่ ว่าจ้างลูกจ้างเพิ่ม เพื่อปรับปรุง การจัดจำหน่ายมาตั้งแต่ปีค.ศ. 1980 จึงขอให้ศาลสั่งให้ Mattel GmbH จ่ายค่าชดเชยให้เหมาะสม

<sup>78</sup> Boulogne, G. F. "Transfer Pricing of Intangibles A comparison between The Netherlands and the United States," ( Master's Thesis, Faculty of Law, Rijksuniversiteit Groningen). Page 27

<sup>79</sup> Ibid p.23

<sup>80</sup> Ibid P.24

ตามหลักความเป็นธรรม ศาลฎีกาตัดสินโดยให้เหตุผลว่า การทำสัญญาจัดจำหน่ายสินค้าแทนในลักษณะเดียวกันกับสัญญาระหว่างคู่ความนั้น ตัวแทนจัดจำหน่ายที่ลงทุนในกิจการนั้นย่อมคาดหมายว่าสัญญาจัดจำหน่ายนั้นจะมีผลตลอดไป ดังนั้นย่อมมีสิทธิที่จะได้รับค่าชดเชยตามสมควรจากเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างตามกฎหมาย

ดังนั้นการพิจารณาแต่เพียงด้านเจ้าของตามกฎหมายเพียงด้านเดียวอาจทำให้เกิดปัญหาภาษีตามมา เพราะวิสาหกิจในเครืออาจตั้งบริษัทแม่ไว้ในประเทศที่อัตราภาษีต่ำและเป็นผู้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าไว้ แล้วจึงทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกับบริษัทลูกในเครือตามประเทศต่างๆ เพื่อให้ทำการพัฒนาการตลาดและการจัดจำหน่ายสินค้า ในขณะที่บริษัทลูกก็ต้องจ่ายค่าสิทธิให้กับบริษัทแม่ด้วย บริษัทแม่จึงเสมือนไม่ได้ทำหน้าที่ใดเลยนอกจากเป็นเจ้าของในกรณีเช่นนี้การพิจารณาความเป็นเจ้าของตามหลักเศรษฐศาสตร์จึงเหมาะสมมากกว่า เนื่องจากความเป็นเจ้าของตามกฎหมายมีขึ้นเพื่อประโยชน์ทางภาษีแต่เพียงอย่างเดียว และควรต้องกำหนดให้บริษัทลูกที่ไม่ได้เป็นเจ้าของตามกฎหมายแต่มีส่วนในกิจกรรมการตลาดของกิจการได้รับค่าตอบแทนตามควรด้วย

นอกจากนี้ความเป็นเจ้าของตามกฎหมายยังมีข้อจำกัดเนื่องจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมีความหลากหลายมาก จึงไม่อาจกำหนดความเป็นเจ้าของตามกฎหมายให้กับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างทุกชนิดได้ เช่น ชื่อเสียงของบริษัท วัฒนธรรมขององค์กร best practices หรือ ทรัพยากรมนุษย์ (human capital) เป็นต้น รวมถึงการกำหนดกฎหมายภายในแต่ละประเทศอาจแตกต่างกันไป เช่น ขอบเขตของความคุ้มครองทรัพย์สินไม่มีรูปร่างแต่ละประเภทโดยเฉพาะกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่เพิ่งพัฒนาเป็นที่รู้จักทั่วไปอย่างซอฟต์แวร์โค้ดในคอมพิวเตอร์

### 3.3.1.2 หลักความเป็นเจ้าของตามสัญญา (Contractual Ownership)

ความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างตามหลักนี้เกิดจากสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาที่เกิดขึ้นจากการทำธุรกรรมกันของคู่สัญญา คู่สัญญาตกลงเรื่องสิทธิและหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างระหว่างกันผูกมัดผลตามสัญญาที่ทำ ดังนั้นสัญญาจึงก่อให้เกิดสิทธิในการกล่าวอ้างถึงความเป็นเจ้าของตามสัญญาซึ่งสามารถบังคับใช้กันในชั้นศาล และเป็นวัตถุประสงค์ที่อาจโอนขายกันได้ ความเป็นเจ้าของตามสัญญานี้ใช้ได้กับประเภทของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างกว้างกว่าแบบเจ้าของตามกฎหมาย อย่างไรก็ตามยังต้องพิจารณากฎหมายภายในประกอบด้วยการโอนสิทธิหรือทรัพย์สินไม่มีรูปร่างโดยการทำสัญญา เพราะกฎหมายอาจกำหนดแบบในการทำธุรกรรมของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีกฎหมายคุ้มครองอยู่ เช่น ให้จดทะเบียนทรัพย์สินทางปัญญากับหน่วยงาน



สิทธิบัตรในประเทศ สำนักงานเครื่องหมายการค้า หน่วยงานทางเศรษฐกิจ หรือในบางประเทศ อาจกำหนดให้จัดแจ้งกับธนาคารก็ได้

### 3.3.1.3 หลักความเป็นเจ้าของตามหลักเศรษฐศาสตร์ (Economic Ownership)

เกิดจากความคิดเรื่องความยุติธรรมตามหลักเศรษฐศาสตร์ (economic fairness)<sup>81</sup> ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในการทำธุรกรรมมีส่วนเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างโดยมีส่วนร่วมในการเพิ่มมูลค่าธุรกรรมนั้นมากที่สุด เช่นการสนับสนุนเงินทุนเป็นผู้รับภาระต้นทุนในการพัฒนา หรือการรับความเสี่ยงของธุรกรรมนั้นไว้ ทำให้เป็นผู้ที่สมควรได้รับรายได้ตอบแทนจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น การเช่นนี้คู่สัญญาฝ่ายเช่นว่านั้นถือว่าเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างหรือเป็นเจ้าของร่วมตามหลักเศรษฐศาสตร์โดยไม่คำนึงถึงฐานะตามกฎหมาย จึงสามารถนำมาปรับใช้ในกรณีที่ทรัพย์สินนั้นไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทำให้ไม่อาจนำหลักความเป็นเจ้าของตามกฎหมายมาปรับใช้ได้ รวมถึงในกรณีที่หากพิจารณาเพียงหลักความเป็นเจ้าของตามกฎหมายอย่างเดียว จะทำให้เกิดการเลี่ยงภาษีได้ง่าย เช่น กรณีวิสาหกิจในเครือข้ามชาติมักใช้วิธีนำทรัพย์สินไม่มีรูปร่างไปจดทะเบียนในประเทศที่ตนเองจะเสียภาษีต่ำ หากไม่พิจารณาความเป็นเจ้าของตามหลักเศรษฐศาสตร์แล้วจะทำให้ภาษีที่จัดเก็บได้ไม่สอดคล้องกับความเป็นจริง หลักความเป็นเจ้าของตามหลักเศรษฐศาสตร์จึงต้องวิเคราะห์การมีส่วนร่วมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างระหว่างคู่สัญญาที่เข้าร่วมกัน (relative contributions) หลักความเป็นเจ้าของตามหลักเศรษฐศาสตร์นี้ปรากฏใน ข้อ 6.36 ถึง 6.39 ของ OECD Guidelines ซึ่งกล่าวถึง การทำกิจกรรมทางการตลาดโดยวิสาหกิจที่ไม่ใช่เจ้าของเครื่องหมายการค้าหรือชื่อการค้า

### 3.3.1.4 หลักความเป็นเจ้าของตามหลักประโยชน์ (Beneficial Ownership)

หลักความเป็นเจ้าของตามหลักประโยชน์นี้มีความใกล้เคียงกับหลักความเป็นเจ้าของตามเศรษฐศาสตร์มาก คือ เจ้าของตามหลักผลประโยชน์นี้อาจมีส่วนในการแบกรับต้นทุน หรือความเสี่ยงของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง โดยหลักความเป็นเจ้าของตามหลักประโยชน์นี้เบื้องต้นไม่ได้เกิดจากปัญหาการกำหนดราคาโอนโดยตรง แต่ปรากฏใน OECD Model ในเรื่องสนธิสัญญาภาษีระหว่างประเทศ โดยกำหนดลักษณะให้เจ้าของตามหลักนี้เป็นเจ้าของที่แท้จริง อยู่เบื้องหลังเจ้าของตามกฎหมาย มีอำนาจควบคุมสั่งการหรือกำหนดทิศทางการจัดการทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนี้ผ่านทางเจ้าของตามกฎหมายได้โดยไม่เป็นที่เปิดเผย หรือเรียกว่าเป็นผู้ที่ได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนี้ เจ้าของตามหลักการนี้อาจเป็นผู้แบกรับต้นทุนหรือความเสี่ยงทางเศรษฐกิจ

<sup>81</sup> Lagarden, M. "Intangibles in a Transfer Pricing Context: Where Does the Road Lead?," 339.

ในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอยู่ เช่น ให้เงินทุนสำหรับค่าใช้จ่ายในการพัฒนาหรือบำรุงรักษา ผลที่ตามมาทำให้เจ้าของตามหลักประโยชน์นี้มีสิทธิพิเศษอย่างไม่จำกัดในการใช้ รับเอาผลประโยชน์ หรือกำจัดทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นได้อย่างเจ้าของตามกฎหมายโดยไม่อยู่ในเงื่อนไขที่ต้องเป็นผู้จดทะเบียนตามกฎหมาย

### 3.3.2 หลักเกณฑ์พิจารณาประกอบการกำหนดความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

หลักความเป็นเจ้าของตามกฎหมายและหลักความเป็นเจ้าของตามสัญญา สามารถจัดอยู่ในหมวดหมู่เดียวกันได้ คือ ความเป็นเจ้าของในมุมมองนิติศาสตร์ (legal or judicial perspective) ในขณะที่ ความเป็นเจ้าของตามหลักเศรษฐศาสตร์ และหลักประโยชน์นั้น จัดว่าเป็นหลักความเป็นเจ้าของในมุมมองเศรษฐศาสตร์ (economic perspective) โดยหลักการทั้งสองนี้ไม่จำเป็นต้องเชื่อมโยงกับหลักความเป็นเจ้าของในมุมมองนิติศาสตร์เลย และยังไม่มียามที่เป็นที่ยอมรับทั่วไปสำหรับหลักความเป็นเจ้าของเช่นว่า ดังนั้นอาจมีการตีความต่างกันไปในทางปฏิบัติ และอาจถูกนำมาใช้ในความหมายที่แทนกันได้ ทำให้ในทางปฏิบัติมักกลับไปสู่คำถามว่า ใครที่สมควรได้รับเงินได้ที่ต้องเสียภาษีที่เกิดจากการนำทรัพย์สินไม่มีรูปร่างไปใช้ในทางพาณิชย์ภายใต้หลักราคาติดต่ออิสระ ซึ่งตอบได้โดยการประเมินข้อเท็จจริงของสถานการณ์และความเหมาะสมได้สัดส่วน อันตรงกับหลักวิเคราะห์ความสามารถในการเปรียบเทียบกันได้ (comparability analysis) ของ OECD ที่พิจารณาการกระทำ หน้าที่ การแบกรับความเสี่ยง รวมถึงการมีส่วนร่วมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ในขณะที่หลักปฏิบัติทางกฎหมายของแต่ละประเทศจะกำหนดตัวทดสอบที่เกี่ยวกับปัจจัยตามสถานการณ์ต่างๆเช่นกัน เพื่อกำหนดเป็นมาตรฐานพฤติกรรมตามหลักความสามารถเปรียบเทียบกันได้ ซึ่งในบางครั้งอาจไม่สอดคล้องกับแนวทางของ OECD ได้

#### 3.3.2.1 หลักเกณฑ์ของ OECD

OECD ได้กำหนดขั้นตอนการพิจารณาเพื่อหาราคาติดต่ออิสระ (arm's length price) โดยมีขั้นตอนต้นๆ คือการพิจารณาหาเจ้าของตามกฎหมายของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น<sup>82</sup> การพิจารณาความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นไม่เคยถูกระบุไว้อย่างชัดเจนจนกระทั่ง

<sup>82</sup> OECD Guidance on transfer pricing aspects of intangibles 2015 paragraph 6.36 “Where no written terms exist, or where the facts of the case, including the conduct of the parties, differ from the written terms of any agreement between them or supplement these written terms, the actual transaction must be deduced from the facts as established, including the conduct of the parties”

มีการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมบทที่ 6 ของ OECD transfer pricing guideline for MNEs 2010 ในปี 2013 และถูกแก้ไขครั้งล่าสุดในปี 2015 กำหนดให้พิจารณาความเป็นเจ้าของตามกฎหมายจากสิทธิตามกฎหมายและการจัดทำสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

OECD 2015 กำหนดขั้นตอนการวิเคราะห์ธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ซึ่งเป็นธุรกรรมระหว่างวิสาหกิจในเครือเดียวกัน ดังนี้

1) ระบุตัวทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ที่ใช้หรือโอนในธุรกรรมที่ปรากฏความเสี่ยงในมุมมองเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนา ปรับปรุง เพิ่มประสิทธิภาพ รักษา และใช้สอยทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น

2) พิจารณาสัญญาหรือข้อตกลงที่ระบุการพิจารณาความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างตามกฎหมาย ซึ่งอาจพิจารณาได้จากสภาพและเงื่อนไขตามข้อตกลงตามกฎหมาย รวมถึงการจดทะเบียนตามกฎหมาย สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ สัญญาที่เกี่ยวข้อง หรือข้อบ่งชี้ใดๆถึงความเป็นเจ้าของตามกฎหมาย สิทธิและหน้าที่ตามสัญญา รวมถึงการประมาณการความเสี่ยงระหว่างวิสาหกิจในเครือเดียวกัน

3) ระบุตัวคู่สัญญาที่เข้าทำงาน ใช้สินทรัพย์ และจัดการความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนา ปรับปรุง เพิ่มประสิทธิภาพ รักษา และใช้สอยทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น (ทำ functional analysis) เพื่อหาคู่สัญญาที่ควบคุมการทำงานจากแหล่งนอก (outsourced function) และควบคุมความเสี่ยงในมุมมองเศรษฐศาสตร์

4) พิจารณามีความสอดคล้องกันระหว่างเงื่อนไขตามสัญญากับในทางปฏิบัติของคู่สัญญา และพิจารณาว่าคู่สัญญาที่รับความเสี่ยง เป็นผู้ควบคุมความเสี่ยงและมีความสามารถทางการเงินที่จะจัดการความเสี่ยงอันเกี่ยวข้องกับการพัฒนา ปรับปรุง เพิ่มประสิทธิภาพ รักษา และใช้สอยทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น

5) ระบุธุรกรรมที่มีการควบคุม

6) หากเป็นไปได้ให้พิจารณาราคาติดต่ออิสระสำหรับธุรกรรมระหว่างคู่สัญญาที่มีส่วนในการเข้าทำงาน ใช้ทรัพย์สิน และรับความเสี่ยงนั้น

สิทธิตามกฎหมายอาจเป็นสิทธิที่จะใช้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาหรืออยู่ในระบบจดทะเบียน เช่น สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า และ ลิขสิทธิ์ โดยทั่วไปแล้วเจ้าของตามกฎหมายที่ได้จดทะเบียนไว้จะมีสิทธิตามกฎหมายที่จะใช้สอย

และหวังกันไม่ให้ผู้อื่นมีสิทธิใช้สอยหรือละเมิดทรัพย์สินไม่มีรูปร่างของตนได้ นอกจากนี้สิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างประเภทนี้ยังอาจอนุญาตให้ใช้กันได้ในเงื่อนไขพื้นที่ทางภูมิศาสตร์หรือภายในระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง อย่างไรก็ตามทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเฉพาะอย่างกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ยังอาจได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอื่นหรือตามข้อสัญญาที่มีผลบังคับตามกฎหมายได้ เช่น การห้ามใช้หรือห้ามเลียนแบบโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมสำหรับ ความลับทางการค้า (trade secrets), trade dress หรือ know-how ซึ่งการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้อาจแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศตามแต่กฎหมายภายในของแต่ละที่ ทำให้บางสถานการณ์หรือบางเขตอำนาจความคุ้มครองตามกฎหมายในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเหล่านี้มีอยู่อย่างจำกัด

ความเป็นเจ้าของตามกฎหมายโดยทางสัญญานั้นโดยหลักแล้วสัญญานั้นจะต้องอธิบายอย่างชัดเจนหรือโดยนัยได้ถึงการแบ่งความรับผิดชอบ การรับความเสี่ยงและผลประโยชน์ที่แต่ละฝ่ายจะได้รับและอาจจะเป็นสัญญาที่อยู่ในรูปลายลักษณ์อักษรหรือเป็นความตกลงข้อบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ หากไม่มีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือเงื่อนไขตามสัญญาไม่ชัดเจนหรือกรณีที่เนื้อหาข้อเท็จจริงของธุรกรรมไม่สอดคล้องกับลายลักษณ์อักษร การตีความเงื่อนไขของสัญญาให้ยึดตามการกระทำของคู่สัญญาในทางปฏิบัติและความสอดคล้องกับหลักการทางเศรษฐศาสตร์ ดังนั้นในแนวปฏิบัติที่ดีของวิสาหกิจที่เกี่ยวข้องกันจึงควรบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรถึงการตัดสินใจและเจตนาที่เกี่ยวกับการจัดสรรสิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่สำคัญไว้ บันทึกดังกล่าวรวมถึงข้อตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรควรมีขึ้นก่อนหรือในเวลาที่วิสาหกิจที่เกี่ยวข้องกันเข้าทำธุรกรรมที่จะนำไปสู่การพัฒนา การขยาย การบำรุงรักษา การคุ้มครองหรือการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น

เจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นโดยหลักแล้วคือเจ้าของตามกฎหมาย ในกรณีที่ไม่มีการโอนเจ้าของตามกฎหมายภายใต้กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่หรือตามสัญญาตั้งนี้ให้วิสาหกิจในเครือที่ตามสถานการณ์และข้อเท็จจริงแล้วเป็นผู้ควบคุมการตัดสินใจเหนือการใช้สอยทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นและในทางปฏิบัติแล้วมีความสามารถที่จะสงวนสิทธิในการใช้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นแก่ผู้อื่นได้ วิสาหกิจนั้นถือว่าเป็นเจ้าของตามกฎหมายสำหรับจุดประสงค์เรื่องการกำหนดราคาโอน

ในการหาเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างกับการอนุญาตให้ใช้สิทธิใดที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นให้ถือว่าเป็นคนละทรัพย์สินกันเพื่อจุดประสงค์ในการกำหนดราคาโอน ดังนั้นจึงมีเจ้าของเป็นคนละคนกันได้ ตัวอย่างเช่น บริษัท A เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าอาจให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวกับบริษัท B ในการผลิต การทำการตลาด และการขายสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้าของ A เครื่องหมายการค้าเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างหนึ่งที่มีบริษัท A

เป็นเจ้าของตามกฎหมาย ส่วนสิทธิที่จะผลิต ทำการตลาดและค้าขายสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้า เป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีบริษัท B เป็นเจ้าของตามกฎหมาย อย่างไรก็ตามแต่ข้อเท็จจริง และสถานการณ์ หากบริษัท B ดำเนินกิจกรรมทางการตลาดตามสิทธิที่มีอาจมีผลกระทบต่อมูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างของ A หรือ B หรือทั้งคู่ก็ได้

อย่างไรก็ตามความเป็นเจ้าของในทางกฎหมายไม่ได้นำไปสู่สิทธิใดๆในการที่จะได้รับเงินได้ที่กลุ่มวิสาหกิจข้ามชาติได้รับจากการใช้ประโยชน์ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น แม้ว่าเงินได้นั้นในเบื้องต้นจะสะสมมาจากเจ้าของตามกฎหมายที่มีสิทธิตามกฎหมายหรือตามสัญญาในการใช้ประโยชน์ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นก็ตาม ความเป็นเจ้าของในทางกฎหมายนั้นเป็นเพียงเพื่อใช้ในการอ้างอิงเพื่อการจำแนกและวิเคราะห์อำนาจควบคุมในการทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างและเพื่อกำหนดผลตอบแทนที่เหมาะสมในกลุ่มบริษัทที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมนั้นๆ

การกำหนดความเป็นเจ้าของตามกฎหมายร่วมกับการกำหนดค่าตอบแทนจากการดำเนินงานที่ได้ดำเนินการไป ทรัพย์สินที่ถูกใช้ไป และความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากทุกกิจกรรมที่มีส่วนร่วม จึงเป็นกรอบการวิเคราะห์เพื่อกำหนดค่าตอบแทนอิสระ (arm's length return) ซึ่งกิจการที่เกี่ยวข้องพึงได้รับ

ดังนั้น เจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างจึงมีสิทธิที่จะได้รับผลตอบแทนทั้งหมดที่คาดว่าจะได้รับจากการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในกรณีที่เจ้าของทรัพย์สินนั้น (1) เป็นผู้ดำเนินการและควบคุมการทำงานที่สำคัญทั้งหมด (2) เป็นผู้ให้ทรัพย์สินนั้นทั้งหมดรวมทั้งเงินทุนด้วย และ (3) เป็นผู้รับภาระและควบคุมความเสี่ยงทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนา การขยาย การบำรุงรักษา การคุ้มครอง และการใช้ประโยชน์ของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น<sup>83</sup> ตัวอย่างในทางกลับกันเช่น ในกรณีที่มีการพัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างขึ้นภายในวิสาหกิจข้ามชาติ โดยที่เจ้าของตามกฎหมายของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นไม่ได้เป็นผู้ที่ทำหน้าที่ใดๆ ไม่ได้ใช้ทรัพย์สินใดๆ และไม่ได้รับความเสี่ยงใดๆ ในการพัฒนานั้น แต่เป็นเพียงผู้ถือสิทธิการเป็นเจ้าของเท่านั้น ในกรณีนี้ เจ้าของตามกฎหมายก็จะได้รับค่าตอบแทนเฉพาะในส่วนที่เป็นอิสระต่อกันในการถือสิทธิการเป็นเจ้าของ แต่ไม่มีสิทธิได้รับรายได้ในส่วนที่กลุ่มวิสาหกิจข้ามชาติได้รับจากการใช้ประโยชน์ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น

นอกจากเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างแล้ว ภายในวิสาหกิจเครือเดียวกัน หากมีวิสาหกิจใดที่มีส่วนร่วมในการพัฒนา ขยาย บำรุงรักษา คุ้มครองและใช้ประโยชน์ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น

<sup>83</sup> Tax Insights, OECD guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles: Revised Chapter I, II and VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines [online], 22 September 2014. Source [www.pwc.com](http://www.pwc.com)

ทำให้ต้องมีการแบ่งสรรส่วนรายได้ (allocation) ที่เกิดจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง การพิจารณาค่าตอบแทนส่วนของวิสาหกิจเหล่านี้ต้องแยกพิจารณาตามช่วงเวลาเนื่องจากปัจจัยความเสี่ยงที่ได้รับหรือผลตอบแทนที่ได้จะต่างกันไปตามแต่ช่วงเวลา แยกเป็นค่าตอบแทนที่คาดว่าจะได้รับ (anticipated or ex ante) ซึ่งเป็นค่าตอบแทนในอนาคตที่วิสาหกิจที่มีส่วนร่วมนั้นคาดว่าจะได้รับ ในเวลาที่ทำธุรกรรมขึ้น กับค่าตอบแทนที่เกิดขึ้นจริง (actual or ex post) เป็นค่าตอบแทนหรือเงินได้ที่วิสาหกิจที่มีส่วนร่วมได้รับแล้วจากการใช้ประโยชน์ทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

การพิจารณาค่าตอบแทนแก่วิสาหกิจที่มีส่วนร่วมในการพัฒนา ขยาย บำรุงรักษา คุ่มครองและใช้ประโยชน์ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นมักจะพิจารณาโดยหลักตามแบบ ex ante คือพิจารณาในเวลาที่เกิดธุรกรรมขึ้น แต่ก่อนที่ความเสี่ยงที่เกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นจะหมดไป ค่าตอบแทนอาจอยู่ในรูปตายตัวหรือไม่แน่นอน ส่วนค่าตอบแทนตามที่เกิดขึ้นจริง (actual or ex post) ไม่ว่าจะกำไรหรือขาดทุนหลังจากจ่ายคืนให้วิสาหกิจอื่นในเครือเดียวกันไปแล้ว อาจแตกต่างกันไปจากค่าตอบแทนที่คาดว่าจะได้รับก็ได้ขึ้นอยู่กับความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น หรือความเสี่ยงอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมที่ทำ การระบุตัวธุรกรรมให้ชัดเจนจะช่วยชี้ให้เห็นว่าวิสาหกิจที่มีส่วนร่วมกันวิสาหกิจใด ที่เป็นผู้รับความเสี่ยงเช่นว่าและเป็นผู้ได้รับผลตอบแทนหรือค่าใช้จ่ายส่วนเพิ่ม การหาค่าตอบแทนที่เป็นไปตามหลักราคาติดต่ออิสระ (arm's length) จะต้องพิจารณาถึงการดำเนินงาน สิทธิประโยชน์ที่ใช้ และความเสี่ยงที่รับของวิสาหกิจนั้นๆประกอบด้วย ซึ่ง OECD กำหนดให้พิจารณาเพื่อหาค่าตอบแทนแบบ anticipated หรือ ex ante

ดังนั้นเราไม่อาจสรุปได้ทันทีว่าเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างตามกฎหมายจะได้รับรายได้ใดๆที่เกิดขึ้นจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นทั้งหมด แต่เพื่อให้เป็นไปตามหลักราคาติดต่ออิสระ ธุรกรรมที่ทำระหว่างวิสาหกิจในเครือเดียวกันที่ต่างมีส่วนร่วมในการสร้างมูลค่า รายได้ตอบแทนที่เกิดขึ้นก็ควรจะแบ่งปันกันตามส่วนร่วมนั้นด้วย ความมีส่วนร่วมดังที่กล่าวไว้ได้แก่ การทำหน้าที่ การลงทุนด้วยสิทธิประโยชน์ การแบกรับความเสี่ยง ซึ่งเป็นส่วนร่วมเพื่อการพัฒนา ปรับปรุง รักษา หรือใช้สอยทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น

เพราะเหตุนี้จึงมีความจำเป็นที่จะต้องทำ functional analysis เพื่อบอกว่าวิสาหกิจในเครือที่มีส่วนร่วมคนใด ที่มีส่วนร่วมในการกระทำการและมีอำนาจควบคุมเหนือการกระทำ การพัฒนา ปรับปรุง บำรุงรักษาหรือใช้สอย วิสาหกิจใดเป็นผู้ลงทุนด้วยเงินหรือทรัพย์สิน และวิสาหกิจใดเป็นผู้แบกรับความเสี่ยงทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น ซึ่งผู้มีหน้าที่เหล่านี้ อาจจะเป็นหรือไม่เป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างตามกฎหมายก็ได้

การวิเคราะห์แยกหน้าที่ การลงทุน และการแบกรับความเสี่ยงนี้ยังใช้เพื่อหา comparability factors สำหรับเปรียบเทียบกับวิสาหกิจอิสระอื่นในการหาค่าติดต่อดังกล่าวด้วย

ตัวอย่างการแยกแยะหน้าที่ การลงทุน และการแบกรับความเสี่ยงเพื่อใช้ในการหาค่าตอบแทนที่เหมาะสม เช่น ทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง A เป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ได้รับการพัฒนาสมบูรณ์แล้ว พร้อมให้ใช้สอยได้ ถูกซื้อโดยวิสาหกิจ ก. และถูกนำไปใช้สอยโดยวิสาหกิจ ข ซึ่งเป็นวิสาหกิจในเครือเดียวกัน วิสาหกิจ ข. ใช้สอยทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นผ่านการเอาไปใช้ในการผลิตและจัดจำหน่ายสินค้า ซึ่งการเอาไปผลิตและจัดจำหน่ายนั้นอยู่ภายใต้การจัดการควบคุมของวิสาหกิจ ก. ธุรกิจนี้ไม่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ในการพัฒนาและปรับปรุงทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่เกี่ยวข้องเล็กน้อยกับการบำรุงรักษา และมีประโยชน์ใช้สอยอย่างจำกัดไม่เกินไปกว่าที่คาดหมายได้ในเวลาที่ได้มา และเนื่องจากเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่พัฒนาสมบูรณ์แล้ว วิสาหกิจจึงไม่มีความเสี่ยงในการพัฒนาปรับปรุง มีเพียงความเสี่ยงในการได้มาและใช้สอยเท่านั้น ดังนั้นการกระทำหลักที่สำคัญเกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนี้เกิดขึ้นตอนซื้อทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ซึ่งต้องผ่านการคัดเลือกเพื่อหาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่จะให้ประโยชน์มากที่สุดในตลาด การลงทุนที่สำคัญคือการลงทุนเพื่อซื้อทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนี้มา และการรับความเสี่ยงที่สำคัญคือความเสี่ยงในการตัดสินใจเข้าซื้ออันรวมถึงค่าเสียโอกาสต่างๆด้วย ถ้าผู้ซื้อหรือวิสาหกิจ ก. เป็นผู้มีความสามารถครบทั้งสามด้าน วิสาหกิจ ก. ควรที่จะได้รับรายได้หรือขาดทุนใดๆ (หลังหักค่าตอบแทนสำหรับการผลิตและจัดจำหน่ายไปแล้ว) ที่เกิดจากการใช้สอยทรัพย์สินไม่มีรูปร่างหลังการได้มาซึ่งทรัพย์สินนั้น อย่างไรก็ตาม OECD ยังได้ให้ความเห็นว่าวิธีการแยกแยะการกระทำ การลงทุน และการแบกรับความเสี่ยงนี้อาจทำได้ยากในบางกรณี เช่น กรณีที่ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นถูกพัฒนาขึ้นเองโดยวิสาหกิจข้ามชาติ และถูกถ่ายโอนไปยังวิสาหกิจในเครือในระหว่างที่พัฒนายังไม่สมบูรณ์ การได้มาหรือการพัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นเพื่อนำไปใช้เป็นฐานในการพัฒนาสิ่งอื่นต่อ เป็นต้น

กำไรที่แท้จริงมักแตกต่างกับกำไรที่คาดหมายอยู่บ้าง ซึ่งอาจเกิดจากการควบคุมความเสี่ยงโดยวิธีต่างๆ หรือจากเหตุการณ์ไม่คาดคิดก็ได้ ตัวอย่างเช่น สินค้าคู่แข่งหลุดออกไปจากตลาด เกิดภัยพิบัติทางธรรมชาติซึ่งมีผลกระทบต่อตลาด หรือสินทรัพย์ที่สำคัญเกิดความผิดพลาดขึ้นโดยไม่คาดคิด การวางแผนการเงินโดยคำนวณผลตอบแทน หรือค่าขาดเคยที่คาดหมายจากการพิจารณาความเสี่ยงทางบัญชีและความน่าจะเป็น หรือความสมเหตุสมผลของเหตุการณ์ที่คาดเดาล่วงหน้ามีผลกับผลต่างของกำไรที่คาดหมายกับกำไรที่แท้จริง ปัญหาจะเกิดกรณีที่ไม่สามารถพิจารณาปัจจัยความเสี่ยงนี้ได้ดีพอ ทำให้การวางแผนผลตอบแทนที่ได้รับมากไปหรือน้อยไปจากที่ควร การพิจารณากำไรหรือขาดทุนของวิสาหกิจที่มีส่วนร่วมกันจึงต้องพิจารณาว่า

ใครเป็นผู้แบกรับความเสี่ยงทางเศรษฐศาสตร์ที่สำคัญ ตามที่ได้พิจารณาธุรกรรมที่เกิดขึ้นไว้ ซึ่งอาจจะใช่หรือไม่ใช่เจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างตามกฎหมาย หรือตามที่ปรากฏในสัญญาก็ได้ หรืออาจจะเป็นผู้ลงทุนก็ได้ โดยคู่สัญญาที่ไม่ได้แบกรับความเสี่ยงไม่ควรจะได้รับส่วนต่างระหว่างกำไรที่คาดหวังกับกำไรที่แท้จริง เว้นแต่ว่าคู่สัญญาเหล่านี้จะทำหน้าที่สำคัญๆในการทำงาน คือมีหน้าที่พิเศษสำคัญ<sup>84</sup> ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและสถานการณ์ เช่น ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่พัฒนาขึ้นเอง หรือการได้มาซึ่งทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเพื่อเป็นฐานในการทำการพัฒนาอื่น หน้าที่ที่สำคัญในธุรกรรมที่เกี่ยวข้องคือ การวางแผนและควบคุมการทำวิจัยและพัฒนา การกำหนดทิศทางและนำเสนอความคิดสร้างสรรค์ในการทำงานวิจัยประเภทปลายเปิด (blue sky research) การควบคุมตัดสินใจในกลยุทธ์ที่เกี่ยวกับการพัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง และการจัดการควบคุมเงินทุนที่ใช้ในการทำวิจัยและพัฒนา เป็นต้น หน้าที่สำคัญเหล่านี้มัก เป็นการมีส่วนร่วมที่สำคัญในการสร้างมูลค่าให้กับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง หรือมีส่วนร่วมในการควบคุมความเสี่ยงที่สำคัญต่างๆ นอกจากนี้ยังต้องพิจารณารายได้ที่คาดหวังไว้ที่สอดคล้องกับหลักราคาติดต่ออิสระหรือไม่ โดยปกติแล้วการคาดหมายรายได้ที่เกินจากความเป็นจริงหรือน้อยกว่าความเป็นจริงมาก จะทำให้การจ่ายค่าตอบแทนแก่วิศาห์กิจในเครือเกินหรือขาดจากความเป็นจริงอีกด้วย

OECD 2015 ข้อ B.2.5 เสนอแนวทางในการปรับใช้ความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างและการวิเคราะห์การงาน การลงทุน และการแบกรับความเสี่ยง ดังนี้

ถ้าเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างตามกฎหมายโดยหลักนั้น

- 1) ควบคุมและกระทำหน้าที่ทั้งหมด รวมถึงหน้าที่สำคัญตามข้างต้น ที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนา ปรับปรุง บำรุง รักษา และใช้สอยซึ่งทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง
- 2) เป็นคนจัดหา ลงทุนสินทรัพย์ทั้งหมด รวมถึงจัดหาเงินทุนที่จำเป็นต่อการพัฒนา ปรับปรุง บำรุง รักษา และใช้สอยซึ่งทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง
- 3) เป็นคนแบกรับความเสี่ยงทั้งหมดที่เกี่ยวกับการพัฒนา ปรับปรุง บำรุง รักษา และใช้สอยซึ่งทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

<sup>84</sup> OECD 2015 paragraph 6.56 In considering the arm's length compensation for functional contributions of various members of the MNE group, certain important functions will have special significance. The nature of these important functions in any specific case will depend on the facts and circumstances.



ดังนั้นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างตามกฎหมายจะมีสิทธิในรายได้ที่คาดหมายไว้ทั้งหมดที่เกิดขึ้นจากการใช้สอยทรัพย์สินไม่มีรูปร่างของวิสาหกิจในเครือ จนกว่าวิสาหกิจในเครือวิสาหกิจใดที่ไม่ใช่เจ้าของตามกฎหมาย กระทำหน้าที่การงาน ลงทุน หรือแบกรับความเสี่ยงที่เกี่ยวกับการพัฒนา ปรับปรุง บำรุง รักษา และใช้สอยซึ่งทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง วิสาหกิจนั้นจะต้องได้รับค่าตอบแทนตามหลักราคาติดต่ออิสระสำหรับการมีส่วนร่วมนั้นๆ ค่าตอบแทนนี้อาจขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและสถานการณ์ทั้งหมดหรือบางส่วนที่เกี่ยวกับการคาดหมายส่วนตอบแทนที่จะได้จากการใช้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

มีข้อสังเกตว่ามูลค่าของการดำเนินงาน (functional value) นั้นไม่ได้หมายความว่าเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นจำเป็นต้องดำเนินการปฏิบัติหน้าที่สำคัญๆ เหล่านั้นทั้งหมดด้วยพนักงานของตนเองเพื่อที่จะมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนที่ได้รับจากการใช้ประโยชน์ของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น แต่ตราบใดที่กิจการที่ปฏิบัติหน้าที่นั้นอยู่ภายใต้คำสั่งและการควบคุมของเจ้าของทรัพย์สินตามกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอาจใช้บริการกิจการภายนอก (outsourcing) ได้

### 3.3.2.2 หลักเกณฑ์ของประเทศสหรัฐอเมริกา

ในเรื่องความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นแต่เดิมไม่เคยมีการกำหนดชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรว่าความเป็นเจ้าของนั้นก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายอย่างไร อีกทั้งแนวโน้มในการตีความปรับใช้การกำหนดความเป็นเจ้าของก็มีการเปลี่ยนไปมาแต่มีข้อสังเกตว่าเนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกามักเป็นประเทศที่ส่งออกการให้บริการที่มีมูลค่ามากแนวโน้มความเห็นของ IRS จึงค่อนข้างไปในทางต้องการแสดงว่ามีเงินได้จากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเกิดขึ้นกับบริษัทที่ตั้งอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา หลักเกณฑ์ความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเพื่อกำหนดราคาโอนนั้นจึงเกิดจากทั้งตัวบทกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาล (case law) ปรากฏประเด็นความเป็นเจ้าของครั้งแรกในระเบียบปฏิบัติ "Revenue procedure 63-10"<sup>85</sup> ซึ่งเป็นแนวทางในการกำหนดราคาโอนในธุรกรรมที่สร้างขึ้นระหว่างบริษัทอเมริกาและสาขาในเครือรัฐเปอร์โตริโก โดยได้วางหลักไว้ว่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างจะเป็นของสาขาเครือรัฐเปอร์โตริโกหรือไม่นั้นต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงและสถานการณ์นั้นๆ เสียก่อน หากสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกามีหน้าที่ทำการตลาดและเป็นผู้ให้บริการแก่ลูกค้าในสินค้าที่ผลิตโดยสาขาเครือรัฐเปอร์โตริโกดังนี้ market position, consumer acceptance หรือทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอื่นใดที่มีลักษณะเดียวกับค่าความนิยม

<sup>85</sup> Revenue procedure 63-10 section 4.01, 1963-1 C.B. at 495.

(goodwill) ที่มีส่วนในการจัดจำหน่ายและให้บริการที่จัดทำในประเทศสหรัฐอเมริกา ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเหล่านี้ไม่เป็นทรัพย์สินของสาขาเครือรัฐเปอร์โตริโก

นอกจากนี้ระเบียบปฏิบัติ Revenue procedure 63-10 ยังเป็นระเบียบบริหารเรื่องแรกที่แยกผลของการเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ได้รับความคุ้มครองทางกฎหมาย กับที่ไม่ได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายต่างกันไป โดยที่ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ได้รับความคุ้มครองทางกฎหมาย เช่น สิทธิบัตร หรือเครื่องหมายการค้า การพิจารณาความเป็นเจ้าของจะถูกพิจารณาจากหลักความเป็นเจ้าของตามกฎหมายเป็นหลัก ส่วนทรัพย์สินที่ไม่ได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายอื่นๆ ให้พิจารณาจากถ้อยคำตามตัวบทแล้วให้ความเป็นเจ้าของขึ้นอยู่กับ ใครเป็นผู้พัฒนาทรัพย์สินนั้นขึ้นมา (Developer)

แนวความคิดเรื่องผู้พัฒนา (Developer) ปรากฏชัดขึ้นใน 1968 Regulations เป็นกฎ “Developer-assister rule”<sup>86</sup> ซึ่งทำขึ้นโดยมีเจตนาใช้กับเรื่องการทำวิจัยและพัฒนาที่ไม่มีการทำสัญญาเฉลี่ยค่าใช้จ่าย (cost sharing agreement) โดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ร่วมกันพัฒนามาเรียกว่า ‘ผู้พัฒนา’ (the developer) และอีกฝ่ายจะเป็นเพียงผู้มีส่วนช่วยในการพัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างขึ้นมาเรียกว่า ‘ผู้ช่วยพัฒนา’ (the assister) ผู้พัฒนาจะมีได้เพียงฝ่ายเดียวเท่านั้นไม่ว่าจะเป็นสัญญาที่ทำระหว่างสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายก็ตาม กลุ่มที่เหลือจะเป็นผู้ช่วยพัฒนาทั้งหมดซึ่งมีสิทธิเพียงได้รับค่าตอบแทนตามความเหมาะสมจากมูลค่าของความช่วยเหลือที่ทำให้ ปัจจัยที่กำหนดว่าใครคือผู้พัฒนาหรือผู้ช่วยพัฒนาได้แก่ สถานที่ที่ทำการพัฒนา ความสามารถของแต่ละคนที่ร่วมกันทำการพัฒนา และอำนาจที่มีเหนือการกำหนดการพัฒนา นั้น

อย่างไรก็ตามการใช้หลักการผู้พัฒนาและผู้ช่วยพัฒนาภายใต้ระเบียบปี 1968 นั้นมักถูกมองข้ามเนื่องจากศาลมักจะพิจารณาตามหลักทั่วไปของความเป็นเจ้าของเช่นในคดี *Ciba-Geigy Corp.* ซึ่งบริษัทแม่ในประเทศสวิสเซอร์แลนด์อนุญาตให้สาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาผลิตและขายสิทธิบัตรในยากำจัดศัตรูพืชและเคมีภัณฑ์ที่ใช้กับพืชต่างๆโดยคิดค่าสิทธิตอบแทนร้อยละสิบ ในขณะที่กรมสรรพากรโต้แย้งว่าสัญญาระหว่างสองบริษัทนี้ควรถือว่าเป็นสัญญาร่วมกันทำวิจัย (joint research arrangement) ซึ่งทำให้สาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (สิทธิบัตร) ด้วย ศาลปฏิเสธข้อโต้แย้งของสรรพากรด้วยเหตุผลว่าตามสัญญาที่ทำนั้นไม่ปรากฏว่าคู่สัญญาทั้งสองมีเจตนาที่จะแบ่งรับค่าใช้จ่ายหรือประโยชน์ที่เกิดจากการพัฒนา

<sup>86</sup> Boulogne, G.F. "Transfer Pricing of Intangibles A comparison between The Netherlands and the United States,". Page 47.

ยากำจัดศัตรูพืช ดังนั้นศาลจึงยืนยันว่าสิทธิตามกฎหมายตามสัญญาระหว่างบริษัททั้งสองทำขึ้นนั้น สาขาในประเทศสหรัฐอเมริกามีฐานะเป็นผู้ใช้สิทธิซึ่งมีเพียงหน้าที่ชำระค่าตอบแทนในการได้ใช้สิทธิ แต่ไม่มีสิทธิในการได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอย่างเจ้าของ จะเห็นได้ว่าคดีนี้ศาลพิจารณาหลักความเป็นเจ้าของตามสัญญาเป็นหลัก คดีตัวอย่างอีกคดีหนึ่งคือคดี G.D. Searle & Co. ซึ่งมีการโอนสิทธิบัตรในยาและเครื่องหมายการค้าในสินค้าใกล้เคียงกัน จากบริษัทแม่ที่ประเทศสหรัฐอเมริกาให้แก่สาขาที่เครือรัฐเปอร์โตริโกโดยกรมสรรพากรให้ความเห็นว่าสาขาเปอร์โตริโกนั้นไม่มีความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเลยให้ถือเสมือนไม่มีการโอนเกิดขึ้น แต่ศาลโต้แย้งว่าธุรกรรมการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นเป็นไปตามเจตนาทางธุรกิจและมีกฎหมายรองรับดังนั้นสาขาเปอร์โตริโกย่อมมีฐานะเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง แสดงให้เห็นว่าศาลให้ความเห็นว่าความเป็นเจ้าของตามกฎหมายมาก่อนการใช้หลักผู้พัฒนา

ตัวอย่างคดีที่มีการโต้แย้งเรื่องความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ภายใต้ระเบียบ 1968 ที่โด่งดังได้แก่คดี *Eli Lilly & Co.* บริษัทแม่ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้โอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมูลค่ามากให้แก่สิทธิบัตรในยาและ know-how ในการผลิตให้กับสาขาที่เปอร์โตริโก สรรพากรโต้แย้งให้ถือเสมือนไม่มีการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเหล่านั้นและให้เงินได้จากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างทั้งหมดนั้นตกแก่บริษัทแม่ในประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากเป็นคนต้นคิดพัฒนาสิทธิบัตรและ know-how ดังกล่าว แต่ศาลได้ให้เหตุผลแย้งความคิดของสรรพากรว่าไม่ควรยึดว่าความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นอยู่กับผู้ที่ทำการพัฒนาทรัพย์สินนั้นเสมอในทางภาษี บริษัทแม่มีสิทธิที่จะสงวนหรือโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นได้ตามกฎหมายเพียงแต่การโอนนั้นทำให้เกิดรายได้ที่บิดเบือนไปทำให้บริษัทแม่ไม่มีรายได้เพียงพอกับกิจกรรมวิจัยและพัฒนา ที่บริษัทกำลังดำเนินการอยู่ ศาลจึงปรับส่วนราคาโอนให้เพียงพอกับสัดส่วนรายจ่ายเพื่อการทำวิจัยและพัฒนา แต่ในคดีนี้ศาลอุทธรณ์ที่ 7 ประเทศสหรัฐอเมริกากล้าพิพากษาของศาลบทรฐานว่าบริษัทแม่ที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับค่าตอบแทนจากสาขาที่เปอร์โตริโกในรูปแบบหุ้นเพียงพอแล้ว จึงไม่อนุญาตให้มีการปรับราคาโอนใหม่ ทั้งสามกรณีนี้เป็นการตัดสินเรื่องความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างภายใต้ระเบียบ 1968 ที่ศาลย้ำถึงหลักสิทธิตามสัญญามาก่อนหลักผู้พัฒนา ซึ่งในคดี *DHL Corp.* ศาลได้กล่าวถึงหลักการ Developer-assister ว่าไม่ได้มีขึ้นเพื่อกำหนดความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง<sup>87</sup> อย่างไรก็ตามในการพิจารณาของศาลอุทธรณ์ที่ 9 (the Ninth Circuit) ได้พิจารณากลับคำพิพากษาโดยกล่าวถึงประเด็นความเป็นเจ้าของในทรัพย์สิน

<sup>87</sup> Boulogne, G.F. "Transfer Pricing of Intangibles A comparison between The Netherlands and the United States.", Page 50.

ไม่มีรูปร่างเอาไว้กล่าวคือ บริษัท DHL นั้นเดิมมีกิจการเพียงภายในประเทศสหรัฐอเมริกาและได้ขยายกิจการเปิดบริษัท DHLI สำหรับทำกิจการระหว่างประเทศโดยในปีค.ศ. 1974 DHL ได้โอนสิทธิในเครื่องหมายการค้าโดยไม่คิดค่าสิทธิให้ DHLI ใช้เป็นเวลา 5 ปี และขยายกำหนดเวลาเรื่อยมาจนปี ค.ศ. 1990 DHLจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อปี 1977 ส่วน DHLI จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าระหว่างประเทศเมื่อปี 1983 และแม้ว่า DHLI จะจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในชื่อตัวเองแต่ในทางปฏิบัติระหว่างกันปรากฏเอกสารภายในเสมือน DHL เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าระหว่างประเทศด้วย

DHL นั้นเสียค่าใช้จ่ายในการพัฒนาเครื่องหมายการค้าในประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น ค่าโฆษณา ค่าทำการตลาด ค่าโปรโมชัน และค่าจดทะเบียนเป็นต้น ส่วน DHLI เสียค่าใช้จ่ายเหล่านี้สำหรับกิจกรรมระหว่างประเทศ ในปีค.ศ. 1990 บริษัท DHL ประสบปัญหาในการดำเนินกิจการในประเทศสหรัฐอเมริกาในขณะที่กิจการของ DHLI ยังคงทำกำไรได้อยู่ทำให้กิจการร่วมค้า ญี่ปุ่นเยอรมันแห่งหนึ่งต้องการซื้อเครื่องหมายการค้าทั้ง DHL และ DHLI โดยเห็นว่ากิจกรรมของบริษัท DHL มีส่วนอย่างมากในการรักษาเครือข่ายระหว่างประเทศไว้ ดังนั้นเพื่อแก้ปัญหาการเงินของ DHL จึงจัดให้ DHLI เสนอซื้อเครื่องหมายการค้า DHL เพื่อให้มีเงินอัดฉีดบริษัทโดยได้ทำการประเมินราคาโดยประมาณไว้ที่ระหว่าง 20 ล้านดอลลาร์สหรัฐถึง 200 ล้านดอลลาร์สหรัฐ โดยราคาสรุปสุดท้ายจากที่ปรึกษาประจำของบริษัทอยู่ที่ 20 ล้านดอลลาร์สหรัฐในขณะที่สรรพากรเห็นว่ามีมูลค่านับสูงถึง 300 ล้านดอลลาร์สหรัฐ

ปัญหาที่เกิดขึ้นเนื่องจากการกำหนดราคาคือใครเป็นเจ้าของสิทธิระหว่างประเทศของเครื่องหมายการค้าของ DHL DHL อ้างว่าไม่มีสิทธิใดๆนอกประเทศสหรัฐอเมริกาเนื่องจาก DHLI ได้จดทะเบียนเครื่องหมายการค้าระหว่างประเทศโดยใช้ชื่อของตัวเองและเป็นผู้รับผิดชอบการโฆษณาสินค้าและจดทะเบียนเครื่องหมายการค้านอกประเทศสหรัฐอเมริกาแต่เพียงผู้เดียว หากนำหลักเรื่องผู้พัฒนามาจับนั้น DHL อ้างว่า DHLI เป็นผู้พัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนอกประเทศสหรัฐอเมริกา ในขณะที่สรรพากรอ้างว่า DHL เป็นเจ้าของสิทธิในเครื่องหมายการค้าทั่วโลก

ศาลภาษีในคดีนี้อ้างตามข้อสัญญาที่ทำขึ้นระหว่าง DHL และ DHLI และความสัมพันธ์ทางกฎหมายว่า DHL เป็นเจ้าของสิทธิในชื่อ DHL ทั้งในและนอกประเทศสหรัฐอเมริกาเนื่องจากไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่า DHLI มีส่วนในการพัฒนาเครื่องหมายการค้ามากไปกว่าที่ผู้ใช้สิทธิ (licensee) ธรรมดาจะมีส่วนร่วมและไม่สามารถชี้ให้เห็นว่าค่าใช้จ่ายของ DHLI มีส่วนในการพัฒนามูลค่าของเครื่องหมายการค้าหรือเป็นค่าใช้จ่ายที่ต่างไปจากค่าใช้จ่ายปกติสามัญทั่วไปในทางธุรกิจที่ผู้ใช้สิทธิได้จ่ายไป มีข้อสังเกตว่าแม้ศาลจะอ้างว่าหลักผู้พัฒนาไม่นำมาใช้ในการหา

เจ้าของของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างแต่ นักวิชาการได้ให้ความเห็นว่าศาลได้นำหลักการมาปรับใช้แล้ว เพียงแต่ศาลไม่เห็นว่าการทำการตลาดหรือโปรโมชันคือการพัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

จนกระทั่งศาลอุทธรณ์ที่ 9 (the Ninth Circuit) กลับคำพิพากษาของศาล โดยมุ่งเน้นไปที่การใช้หลักผู้พัฒนาคือเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเห็นว่า DHLI นั้นเป็นผู้พัฒนาเครื่องหมายการค้าระหว่างประเทศเนื่องจากได้ใช้จ่ายไปมากกว่า 340 ล้านดอลลาร์สหรัฐ ในการส่งเสริมสินค้าออกประเทศสหรัฐอเมริกา ในขณะที่ DHL ใช้จ่ายไปประมาณ 150 ล้านดอลลาร์สหรัฐเฉพาะการส่งเสริมในประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น เท่ากับศาลอุทธรณ์ยอมรับค่าใช้จ่ายในการทำโปรโมชันว่าเป็นการพัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอย่างหนึ่งด้วยจึงถือเป็นครั้งแรกที่มีการยอมรับนำหลักผู้พัฒนาใช้ในการหาเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

ภายหลังจากเสนอระเบียบ 1992 proposed regulation จนถึง 1993 temporary regulations ทำให้การคำนึงถึงบทบาทความเป็นเจ้าของตามกฎหมายลดน้อยลงไป โดยแทนที่ด้วยการพิจารณาความเป็นเจ้าของด้วยหลักผู้พัฒนามากขึ้นโดยเฉพาะการพิจารณาจากค่าใช้จ่ายในการพัฒนาการตลาด (market development costs) ตัวอย่างคดีที่มีชื่อเสียงได้แก่คดี *Fromage Frere*<sup>88</sup> ซึ่งเป็นบริษัทผลิตเนยแข็งที่มีบริษัทแม่ผลิตเนยแข็งอยู่ต่างประเทศ และบริษัทลูกในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นผู้จัดจำหน่ายในประเทศซึ่งมีค่าใช้จ่ายในการทำตลาดมูลค่ามาก ประกอบกับสัญญาให้ใช้สิทธิเป็นสัญญาระยะยาวและให้เป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวทำให้การส่งเสริมการตลาดของสินค้าเป็นการพัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอย่างหนึ่งและยังอธิบายเพิ่มเติมว่าการเพิ่มมูลค่าของเครื่องหมายการค้าสามารถเป็นเจ้าของแยกออกมาจากตัวเครื่องหมายการค้าเองได้ ดังนั้นแม้ว่าบริษัทแม่ที่ต่างประเทศจะเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าตามกฎหมาย ผู้จัดจำหน่ายประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าเป็นผู้พัฒนาในสิทธิในชื่อทางการค้า (trade name) ในประเทศสหรัฐอเมริกา ในส่วนที่เพิ่มมูลค่าขึ้น

ต่อมาภายใต้ระเบียบปีค.ศ. 1994 (1994 Regulations) เนื่องจากการตัดสินในคดีเนยแข็งนั้นนักวิชาการให้ความเห็นว่าเป็นการไม่พิจารณาถึงความเป็นเจ้าของตามกฎหมาย ทำให้ระเบียบปีค.ศ. 1994 มุ่งไปที่การอธิบายว่าความเป็นเจ้าของตามกฎหมายเองก็ใช้ในการกำหนดเจ้าของในทางภาษีด้วย โดยต้องแยกระหว่างทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย (legally protected intangibles) กับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย (non-legally protected intangibles) เจ้าของตามกฎหมายของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างตามกฎหมาย

<sup>88</sup> Clauser, L. "Royalties for Intracompany Sales of Fancy Trademarked Cheese," *National Tax Journal* Vol. LVI, No. 3 (September 2003).

ถือเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นเพื่อจุดประสงค์ในการกำหนดราคาโอน<sup>89</sup> แต่แม้ระเบียบปี ค.ศ. 1994 นั้นจะเน้นเรื่องความเป็นเจ้าของตามกฎหมายแต่การให้นิยามเจ้าของตามกฎหมายยังคลุมเครืออยู่โดยเฉพาะกรณีดังตัวอย่างเรื่อง Fromage Frere ข้างต้นที่หากใช้การพิจารณาตามแบบระเบียบปี 1994 แล้วจะทำให้ทั้งบริษัทแม่ที่ต่างประเทศซึ่งเป็นผู้ให้ใช้สิทธิ (licensor) และบริษัทอเมริกันผู้ให้ใช้สิทธิ (licensee) เป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างทั้งคู่ทำให้เป็นที่ถกเถียงเนื่องจากสิทธิของผู้ใช้สิทธินั้นเป็นสิทธิชั่วคราวและมีข้อจำกัดการใช้สิทธิตามที่ตกลงกับผู้ให้ใช้สิทธิ ซึ่งขัดกับการกำหนดให้ทั้งคู่เป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเหมือนกัน ระเบียบปี 1994 นี้จึงมีเพื่อแสดงเจตนาไม่ต้องการให้เงินได้ทั้งหมดเป็นของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยสมบูรณ์โดยไม่คำนึงถึงส่วนเพิ่มที่อีกฝ่าย (โดยมากคือผู้ใช้สิทธิ) ได้มีส่วนในการพัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นด้วย

นอกจากนี้ในระเบียบปี 1994 ยังปรากฏข้อความคิดเกี่ยวกับเจ้าของตามกฎหมายที่ไม่ชัดเจนอีกคือ ระเบียบปี 1994 ได้ให้อำนาจกรมสรรพากรที่จะแบ่งสรรส่วนเงินได้ในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างของบริษัทอเมริกาผู้จัดจำหน่ายที่มีส่วนในการพัฒนาเครื่องหมายการค้า แม้เครื่องหมายการค้านั้นจะมีเจ้าของตามกฎหมายเป็นบริษัทแม่ต่างประเทศก็ตามแต่ต้องอยู่บนฐานข้อเท็จจริงที่ว่าผู้จัดจำหน่ายนั้นตั้งแต่ปีแรกๆได้ทำให้เกิดค่าใช้จ่ายอันชำระคืนไม่ได้ในการส่งเสริมเครื่องหมายการค้า โดยเป็นค่าใช้จ่ายที่มากกว่าที่ผู้จัดจำหน่ายทั่วไปพึงจ่าย เห็นได้ว่าตัวอย่างนี้ไม่พิจารณาถึงความเป็นเจ้าของตามกฎหมายของบริษัทต่างประเทศเลย สำหรับกรณีของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายยังคงนำหลักผู้พัฒนา (developer-assister) มาใช้ โดยผู้พัฒนาจะถือว่าเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ส่วนคู่สัญญาฝ่ายอื่น ๆ ที่มีส่วนร่วมในการพัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นจะถือว่าเป็นผู้ช่วยพัฒนา (assister) ซึ่งจะได้รับการแบ่งสรรเงินได้ตามความเหมาะสมแต่ไม่ถือว่ามีส่วนของความเป็นเจ้าของด้วย

ตัวอย่างเช่นคดี *Medieval Attractions, N.V.* ศาลได้ปรับใช้ระเบียบปี ค.ศ. 1994 เพื่อหาเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างประเภทการตลาด (Marketing Intangibles) ในคดีนี้สรรพากรได้โต้แย้งการจ่ายค่าสิทธิให้กับบริษัทสาขาในประเทศเนเธอร์แลนด์เพื่อตอบแทนการใช้เครื่องหมายการค้าร้านอาหารสไตล์ยุคกลางในโรงละครในประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากสรรพากรอ้างว่าเป็นธุรกรรมที่ขาดสาระอันทำให้เป็นธุรกรรมที่ทำเพื่อเลี่ยงภาษี (tax-avoidance) ก่อนที่จะมีการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าในชื่อ the Netherlands Antilles N.V. และก่อนที่จะมีการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกัน บริษัทในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ประกอบกิจการร้านอาหารโรงละครอยู่แล้วเมื่อนำหลักผู้พัฒนา-ผู้ช่วยพัฒนามาใช้จะเห็นว่าในเวลาก่อนที่จะมีการจดทะเบียน

<sup>89</sup> Treasury Regulations section 1-482-4(f)(3)(ii)(A)(1994).

เครื่องหมายการค้า ไม่มีทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายดังนั้นบริษัทอเมริกา นั้นเป็นผู้พัฒนาประกอบกับพนักงานของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นผู้พัฒนาสูตร (formula) ในการปฏิบัติงานและได้ใช้ชื่อการค้าที่ต่อมานำมาจดทะเบียนเป็นเครื่องหมายการค้า อย่างไรก็ตาม ศาลได้พิจารณาตามเนื้อหาของธุรกรรมระหว่างคู่สัญญา “substance of the relationship” ด้วย โดยเห็นว่าความคิดร้านอาหารสไตล์ยุคกลางนั้นไม่ใช่ความคิดที่เป็นกรรมสิทธิ์ผู้เดียวของใคร ดังนั้น บริษัทอเมริกาสามารถนำแนวความคิดนี้ไปใช้ได้โดยไม่ต้องชำระค่าตอบแทนแก่ใครเนื่องจากวิสาหกิจ อีสาระอื่นที่เป็นไปตามหลักราคาติดต่ออีสาระก็จะไม่จ่ายค่าสิทธิเช่นว่าให้กับสาขาในเนเธอร์แลนด์ และสาขาในเนเธอร์แลนด์ไม่ได้เป็นเจ้าของสิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

อีกหนึ่งคดีที่โด่งดังเนื่องจากการถกเถียงเรื่องแนวคิดความเป็นเจ้าของ ในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างคือคดี *GlaxoSmithKline Holdings (Americas) Inc. v. Commissioner*<sup>90</sup> เนื่องจากมีมูลค่าทรัพย์สินที่โต้เถียงกันสูงถึง 3.4 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ โดยประเด็นเกี่ยวกับ ความเป็นเจ้าของคือบริษัท Glaxo ประเทศสหรัฐอเมริกาควรจะได้รับค่าตอบแทน (remunerated) จากการทำการตลาดและช่องทางจัดจำหน่ายให้กับสินค้าที่พัฒนาขึ้นโดย Glaxo ประเทศอังกฤษซึ่งเป็นบริษัทในเครืออย่างไร ข้อเท็จจริงที่ปรากฏได้แก่ในปี.ศ. 1976 Glaxo U.K. ได้พัฒนา ranitidine hydrochloride ซึ่งเป็นส่วนประกอบในยารักษาโรคกรดในกระเพาะอาหาร การทำวิจัยยาทั้งหมด ได้ทำในประเทศอังกฤษโดยพนักงานท้องถิ่นและต่อมาในปี.ศ. 1986 ภายใต้ชื่อเครื่องหมายการค้า Zantac ยาตัวนี้ก็กลายเป็นยาที่ขายดีที่สุดในโลกของธุรกิจสุขภาพรวมถึงสร้างกำไรโดยรวมให้กับ บริษัทลูกซึ่งเป็นตัวแทนจำหน่ายและทำการตลาดสินค้าในประเทศสหรัฐอเมริกาจำนวน 12.7 ล้าน ดอลลาร์สหรัฐตั้งแต่ปี.ศ. 1989-1996 ปัญหาคือจะทำการแบ่งกำไรที่เกิดขึ้นระหว่างบริษัทสาขา อังกฤษและอเมริกาอย่างไร

สรรพากรสหรัฐเห็นว่า Glaxo U.S. ไม่มีหน้าที่ต้องหักค่าสิทธิไว้สำหรับจ่ายให้กับ การใช้เครื่องหมายการค้าและทรัพย์สินไม่มีรูปร่างประเภทการตลาดต่างๆในประเทศ เนื่องจาก สรรพากรเห็นว่าเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นเองในทางภาษีเพราะมีพฤติการณ์ที่กระทำ เกินกว่าขอบเขตของตัวแทนจำหน่ายปกติ<sup>91</sup> นอกจากนี้ยังเห็นว่าความสำเร็จของ Zantac ไม่ได้มาจากคุณภาพของยาที่เป็นเอกลักษณ์เนื่องจากตัวยานี้ไม่ใช่ต้นแบบยาตัวแรกแต่เข้ามาแข่งกับยา

<sup>90</sup> Boulogne, G. F. "Transfer Pricing of Intangibles A comparison between The Netherlands and the United States," ( Master's Thesis, Faculty of Law, Rijksuniversiteit Groningen).

<sup>91</sup> เลี้ยว อี ซิน, “กรณีศึกษาข้อพิพาทของ Glaxo: ปัญหาการประเมินค่าสินทรัพย์ไม่มีตัวตน,” *สรรพากรศาสตร์* ปีที่ 59 ฉบับที่ 5 (พฤษภาคม 2555): 93.

ที่มีอยู่แล้วเช่น Tagamet แต่ความสำเร็จของกิจการมาจากความพยายามในการทำการตลาดของ Glaxo U.S. ในประเด็นนี้ Glaxo ได้โต้ไว้ว่าความสำเร็จของกิจการที่ทำให้ยอดขายสูงนั้นเกิดจากการทำวิจัยและพัฒนาในประเทศอังกฤษ ในที่สุดจึงเลือกแก้ปัญหาโดยการทำข้อตกลงกำหนดราคาเป็นการล่วงหน้ากำหนดราคาโอนกันที่ 3.4 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ ถือว่าเป็นจำนวนกำหนดราคาโอนที่สูงที่สุด ประกอบกับความล้มเหลวในการเจรจากันระหว่างกรมสรรพากรของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาทำให้ไม่มีการทำ corresponding adjustment ปรับจำนวนภาษีที่ต้องจ่ายในประเทศอังกฤษลงให้สอดคล้องกับเงินได้ที่เสียภาษีไปแล้วในสหรัฐทำให้เหลือเงินได้จริงน้อยกว่าที่ควรจะเป็นหรือเป็นการเก็บภาษีซ้ำซ้อนนั่นเอง

ผลของคดี Glaxo นี้ทำให้เป็นที่วิจารณ์ถึงความถูกต้องของแนวความคิดของสรรพากรเป็นอันมากเนื่องจากการกำหนดให้กำไรส่วนมากเป็นของ Glaxo U.S. นั้นน่าจะขัดกับหลักการได้สัดส่วนของเงินได้ “commensurate with income”<sup>92</sup> เพราะกรณีนี้ผู้ขออนุญาตใช้สิทธิ (licensee) มีรายได้ที่เกิดจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมากกว่าผู้ให้ใช้สิทธิ (licensor) ในขณะที่สรรพากรเลียงตอบคำถามนี้โดยอ้างเพียงเหตุผลว่า Glaxo U.S. เป็นผู้พัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างประเภทการตลาดจึงเป็นเจ้าของเท่านั้น ในขณะที่นักวิชาการอีกหลายคนก็ให้ความเห็นว่าหากสรรพากรยึดหลักการว่าคนที่ทำการตลาดเป็นเจ้าของโดยไม่พิจารณาถึงผู้ทำวิจัยพัฒนา ประเทศสหรัฐอเมริกาต้องสูญเสียฐานภาษีโดยรวมที่จัดเก็บได้ไปมากเนื่องจากบริษัทข้ามชาติของประเทศสหรัฐอเมริกาจำนวนมากที่เป็นผู้ทำวิจัยและพัฒนาในประเทศรวมถึงเปิดโอกาสให้สรรพากรประเทศอื่นๆ เก็บภาษีหรือกำหนดราคาโอนจากบริษัทข้ามชาติในประเทศตนเองที่ขายสินค้าที่วิจัยและพัฒนาในประเทศสหรัฐอเมริกามากขึ้น<sup>93</sup>

ผลต่อเนื่องจากคำวินิจฉัยของกรมสรรพากรในคดีข้างต้นเห็นได้ว่าสรรพากรมุ่งเน้นที่จะเก็บภาษีวิสาหกิจข้ามชาติที่มีการทำการตลาดในประเทศสหรัฐอเมริกาทำให้หลายๆ วิสาหกิจเริ่มปรับตัวโดยทำให้เกิดมูลค่าในการทำการตลาดในประเทศน้อยเพื่อให้ดูมีน้ำหนักในการจ่ายค่าสิทธิให้กับวิสาหกิจในเครื่องต่างประเทศเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงการถูกกำหนดกำไรที่เกิดในสหรัฐจำนวนมากและในทางกลับกันหากวิสาหกิจใดต้องการให้กำไรเกิดในประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อใช้

<sup>92</sup> Musselli and Hunter, “Glaxo Transfer Pricing Case: Economic Rationale, Legal Framework and International Issues,” *International Transfer Pricing Journal* (2007).

<sup>93</sup> Ibid page 54



ประโยชน์ทางภาษีบางประการก็จะกำหนดค่าสิทธิที่จ่ายให้สาขาต่างประเทศต่ำและทำมูลค่าการค้า  
ดำเนินการตลาดในประเทศสหรัฐอเมริกาให้สูงแทน<sup>94</sup>

ต่อมาในปีค.ศ. 2006 ได้มีการจัดทำระเบียบชั่วคราว (2006 Temporary Regulations) กำหนดเนื้อหาเกี่ยวกับการให้บริการและทรัพย์สินไม่มีรูปร่างของวิชาชีพข้ามชาติ โดยได้ทำการแยกให้ชัดเจนระหว่างทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย โดยจำพวกแรกกำหนดเจ้าของไว้คือเจ้าของตามกฎหมายของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น โดยอาจเกิดจากเจตจำนงอิสระในการกำหนดเจ้าของตามสัญญาภายใต้เงื่อนไขตามมาตรา 482 เกี่ยวกับการกำหนดราคาโอนก็ได้ อย่างไรก็ตามสรรพากรอาจไม่ยึดถือความเป็นเจ้าของตามสัญญาที่ปรากฏหากความเป็นเจ้าของนั้นไม่สอดคล้องกับหลักการทางเศรษฐกิจหรือปกติธุระกรรมนั้นๆ<sup>95</sup> นั้นหมายถึงโดยปกติแล้วผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิจะเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างตามกฎหมายส่วนผู้ใช้สิทธินั้นจะเป็นเจ้าของสิทธิตามสัญญาในการใช้สิทธิแต่ไม่ใช่เจ้าของตัวทรัพย์สิน ส่วนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายกฎหมายระบุให้ผู้เสียหายที่มีอำนาจควบคุมเหนือทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นเป็นเจ้าของแต่เพียงผู้เดียว<sup>96</sup> การแยกตามกฎหมายนี้ทำให้เห็นว่าสิทธิตามสัญญาการใช้สิทธิ (ownership of a license to use an intangible) เองก็เป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างชนิดหนึ่งแยกออกจากตัวทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเองซึ่งสมควรได้รับส่วนของรายได้ที่เกิดจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นด้วยรวมถึงวิชาชีพในเครือที่ได้มีส่วนในการพัฒนาหรือเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างจะต้องได้รับค่าตอบแทนตามหลักราคาติดต่ออิสระด้วยนั่นคือหากผู้ใช้สิทธิ (licensee) ซึ่งโดยส่วนมากคือตัวแทนจัดจำหน่ายในประเทศได้ทำการตลาดเพื่อเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นผู้ใช้สิทธิย่อมต้องได้รับค่าตอบแทนนั่นเอง โดยเฉพาะหากผู้จัดจำหน่ายนั้นได้ทำการเพิ่มมูลค่ามากในลักษณะที่วิชาชีพอิสระอื่นๆจะไม่ทำให้หากไม่ได้รับผลตอบแทน ถ้าไม่มีการคิดค่าตอบแทนไว้เจ้าพนักงานอาจใช้อำนาจจัดสรรเงินได้ใหม่ได้

ปัจจุบันประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดเรื่องความเป็นเจ้าของไว้ในมาตรา 1.482-4 ข้อ (f) (3) อธิบายเรื่องความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเป็นการทั่วไปว่า ถ้าผู้ใดเป็นเจ้าของสิทธิที่จะใช้สอย (exploit) ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นได้โอนสิทธินั้นให้กับวิชาชีพในเครือเดียวกัน เจ้าของสิทธินั้นย่อมต้องได้รับค่าตอบแทนที่สอดคล้องตามกฎหมาย และถ้าวิชาชีพในเครือเดียวกัน

<sup>94</sup> Boulogne, G. F. "Transfer Pricing of Intangibles A comparison between The Netherlands and the United States," ( Master's Thesis, Faculty of Law, Rijksuniversiteit Groningen).

<sup>95</sup> Treasury Regulations section 1.482-4T(f)(3)(i)(A)

<sup>96</sup> Treasury Regulations section 1.482-4T(f)(3)(i)(A)

ได้ให้ความสนับสนุน (provide assistance) แก่เจ้าของในรูปของการพัฒนาหรือการปรับปรุงทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น (Development or enhancement) วิชาทักที่ใดให้ความสนับสนุนนั้น อาจมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนตามที่ใดให้ความสนับสนุนไป เนื่องจากสิทธิในการใช้สอยทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอาจแตกได้เป็นหลายประเภท ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างหนึ่งจึงอาจมีเจ้าของหลายคนได้ ดังนี้ ตัวอย่างเช่น เจ้าของเครื่องหมายการค้าหนึ่งอาจให้สิทธิในการใช้เครื่องหมายการค้าแก่บุคคลหนึ่ง เฉพาะในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งและภายในเวลาจำกัดระยะหนึ่ง (exclusive right) ในขณะที่เจ้าของนั้น ยังสงวนไว้ซึ่งสิทธิที่จะใช้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นอยู่ ในกรณีนี้ทั้งผู้ให้ใช้สิทธิและผู้ขอใช้สิทธิ ต่างก็เป็นเจ้าของ<sup>97</sup>

การระบุความเป็นเจ้าของกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาแบ่งแยกวิธีการระบุความเป็นเจ้าของไว้สองประเภทด้วยกันได้แก่ กรณีทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย กับกรณีทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย โดยในกรณีทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายนั้น เจ้าของตามกฎหมายในสิทธิที่จะใช้สอยทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นโดยหลักแล้วเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น โดยความเป็นเจ้าของตามกฎหมายนั้น อาจได้มาโดยการกระทำตามกฎหมาย หรือตามสัญญา

ในขณะที่ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ผู้พัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นจะเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (developer) เว้นแต่กรณีที่วิชาทักในเครือเดียวกันสองแห่งขึ้นไปร่วมกันพัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างขึ้นมา จะมีเพียงวิชาทักเดียวที่ถือว่าเป็นผู้พัฒนาและเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างส่วนวิชาทักที่เหลือถือว่าเป็นเพียงผู้สนับสนุน (assisters) โดยหลักแล้ววิชาทักในเครือที่ร่วมกันพัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างซึ่งเป็นผู้แบกรับต้นทุนทั้งทางตรงและทางอ้อมในการพัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นเป็นจำนวนมากที่สุดโดยไม่ได้รับค่าตอบแทนที่สมน้ำสมเนื้อหรือเป็นเจ้าของทรัพย์สินหรือบริการที่ใช้ในการพัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมากที่สุด ถือว่าเป็นผู้พัฒนาทรัพย์สินนั้น เว้นแต่ในกรณีต่อไปนี้จะไม่ถือว่าวิชาทักในเครือนั้นเป็นผู้ที่แบกรับต้นทุนถ้าตามสัญญาที่ได้ทำกันไว้ก่อนที่จะเกิดผลสำเร็จของงาน วิชาทักในเครือนั้นจะได้รับค่าตอบแทนสำหรับต้นทุนที่ได้เสียไปนั้น นอกจากนี้กรณีที่ไม่อาจจำแนกได้ว่าใครเป็นผู้แบก

<sup>97</sup> § 1.482-4 f (3) (i) In general. If the owner of the rights to exploit an intangible transfers such rights to a controlled taxpayer, the owner must receive an amount of consideration with respect to such transfer that is determined in accordance with the provisions of this section. If another controlled taxpayer provides assistance to the owner in connection with the development or enhancement of an intangible, such person may be entitled to receive consideration with respect to such assistance...

รับต้นทุนสูงสุดในการพัฒนาให้พิจารณาตามข้อเท็จจริงและสถานการณ์แวดล้อม รวมถึงสถานที่ดำเนินการพัฒนา ความสามารถของวิสาหกิจในเครื่องที่จะดำเนินงานต่อไปโดยลำพังได้ ผู้ที่มีอำนาจควบคุมงานและการดำเนินงานของวิสาหกิจในเครื่องนั้น

กฎหมายยังกำหนดให้มีการแบ่งสรรรายได้ให้กับผู้ให้ความสนับสนุน (assistors) การแบ่งสรรให้มีขึ้นเพื่อสะท้อนราคา arm's length เมื่อคำนึงถึงความช่วยเหลือไม่ว่าจะเป็นการพัฒนาหรือสนับสนุนที่ทำให้แก่ผู้พัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ความช่วยเหลือนี้อาจอยู่ในรูปแบบเงินกู้ การให้บริการ หรือการใช้ทรัพย์สินทั้งที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่าง แต่ไม่รวมถึงค่าใช้จ่ายที่ง่าย เป็นปกติเป็นประจำซึ่งคู่สัญญาฝ่ายที่เป็นอิสระจำเป็นต้องจ่ายภายใต้สถานการณ์คล้ายคลึงกัน กับวิสาหกิจในเครื่อง นอกจากนี้จำนวนที่ต้องแบ่งสรรให้กับผู้ให้ความสนับสนุนให้คำนึงตามหลักการ บังคับใช้กฎหมายเรื่องการกำหนดราคาโอนตามมาตรา 482

ตัวอย่างเช่น FP เป็นบริษัทผลิตเนยแข็งอยู่ในต่างประเทศและเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า Fromage frere และต่อมาได้เปิดสาขาที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อเป็นตัวแทนจำหน่ายและทำหน้าที่โฆษณาและทำการตลาดให้กับยี่ห้อ Fromage frere เพื่อพัฒนาเครื่องหมายการค้าให้เป็นที่รู้จักโด่งดังในประเทศสหรัฐอเมริกา ในการพัฒนาเครื่องหมายการค้าในประเทศสหรัฐอเมริกานี้ สาขาที่ประเทศสหรัฐอเมริกามีค่าใช้จ่ายเกิดขึ้นโดยที่บริษัทแม่ในต่างประเทศ ไม่ได้จ่ายค่าตอบแทนให้ อย่างไรก็ตามค่าใช้จ่ายนี้เป็นค่าใช้จ่ายที่เทียบได้กับค่าใช้จ่ายที่จะได้เกิดขึ้น หากบริษัทแม่ได้จ้างให้วิสาหกิจอิสระอื่นที่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาและอยู่ในแวดวงธุรกิจเนยแข็ง ในลักษณะที่มีการนำเข้าสินค้าที่มียี่ห้อต่างประเทศเข้ามาทำแทน ดังนั้นเมื่อเป็นค่าใช้จ่ายตามปกติ ที่คาดว่าจะเกิดขึ้นหากสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นวิสาหกิจอิสระ จึงไม่มีการแบ่งสรรเงินได้ที่เกิดขึ้นจากการทำการตลาดในเครื่องหมายการค้านี้ให้กับสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกา

หากเปลี่ยนข้อเท็จจริงเป็นว่า ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในการทำการตลาดของสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกามีจำนวนสูงกว่าค่าใช้จ่ายที่จะเกิดขึ้นหากให้วิสาหกิจอิสระเป็นผู้กระทำแทน ในสถานการณ์เดียวกันและบริษัทแม่ FP ก็ไม่ได้จ่ายค่าตอบแทนให้กับสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกา หากเจ้าพนักงานที่มีอำนาจพิจารณาจากหลักฐานได้ว่าวิสาหกิจอิสระจะไม่เข้าทำธุรกรรมดังกล่าว กับบริษัทแม่หากอยู่ในสถานการณ์เช่นว่า ค่าใช้จ่ายในส่วนที่เกินกว่าปกติที่วิสาหกิจจะยอมรับได้ ให้ถือเป็นการให้บริการแก่บริษัทแม่ FP ซึ่งช่วยเพิ่มมูลค่าให้กับเครื่องหมายการค้า Fromage Frere ดังนั้นเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจสามารถแบ่งสรรเงินได้ที่เกิดขึ้นตามมาตรา 482 เรื่องการกำหนดราคาโอน เพื่อให้เกิดราคาตลาดที่เป็นธรรม (fair market value) ของการให้บริการที่สาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ทำให้แก่บริษัทแม่ FP ในต่างประเทศ กล่าวคือกำไรหรือรายได้ที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นของประเทศไทยส่วนหนึ่งเนื่องจากได้ทำบริการด้านการตลาดให้บริษัทแม่

ตัวอย่างสุดท้ายให้ข้อเท็จจริงเช่นเดิม แต่เพิ่มข้อสัญญาระยะเวลาหวางสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาและบริษัทแม่ FP ว่าสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกามีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว (exclusive right) ที่จะจัดจำหน่ายเนยแข็งภายใต้เครื่องหมายการค้าของ FP โดยที่สาขาในประเทศสหรัฐอเมริกากลางซื้อเนยแข็งมาในราคา arm's length เช่นนี้สาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าตามกฎข้อ (f)(3)(ii)(A) คือเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย และการกระทำของสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาก็สอดคล้องกับสถานะความเป็นเจ้าของดังกล่าว การกระทำที่เกี่ยวข้องเพื่อการพัฒนาเครื่องหมายการค้าของสาขาในประเทศสหรัฐอเมริกาก็ไม่ถือว่าเป็นการให้บริการแก่บริษัทแม่ จึงไม่มีการแบ่งสรรเงินได้ที่เกิดขึ้นจากการทำการตลาด (เนื่องจากการแบ่งสรรจะเกิดขึ้นเฉพาะกรณีที่มิผู้ให้ความสนับสนุนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเท่านั้น)

### 3.4 การประเมินมูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

หัวใจหลักของการประเมินราคาโอนของธุรกรรมระหว่างวิสาหกิจในเครือกันคือราคานี้ต้องสะท้อนราคาที่เหมาะสมได้แก่ ราคาที่วิสาหกิจอิสระพึงจะกำหนดระหว่างกัน การประเมินมูลค่าจึงต้องอาศัยการเปรียบเทียบกันได้ของธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างระหว่างธุรกรรมที่ถูกควบคุมกับธุรกรรมที่ไม่ถูกควบคุม แต่เนื่องจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมักเกิดจากความคิดและประสบการณ์ส่วนบุคคล รวมถึงไม่มีรูปร่างกายภาพแน่นอน ความเป็นเอกลักษณ์นี้ทำให้การหาตัวเปรียบเทียบทำได้ยาก จึงต้องศึกษาหลักเกณฑ์ของการประเมินราคาและวิธีประเมินราคาแต่ละประเภทว่ามีความเหมาะสมในการหาราคาของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างหรือไม่

#### 3.4.1 การประเมินหาราคาตลาด (Arm's Length Price)

ราคาตลาด (Arm's Length Price) หรือเรียกอีกอย่างว่าราคาติดต่ออิสระ คือราคาที่ได้รับการยอมรับในทางสากลว่าเป็นราคาที่เหมาะสม สำหรับการหาราคาโอนของวิสาหกิจข้ามชาติที่ทำระหว่างวิสาหกิจในเครือด้วยกัน เพราะราคานี้สอดคล้องกันกับราคาที่จะเกิดขึ้นหากได้ทำธุรกรรมเช่นเดียวกันนี้กับวิสาหกิจอิสระอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องภายใต้สถานการณ์เดียวกัน<sup>98</sup> หัวใจสำคัญ

<sup>98</sup> Paragraph 1 of article 9 of the OECD Model Tax Convention “[Where] conditions are made or imposed between the two [associated] enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by

ของหลักการนี้คือการเทียบเคียงธุรกรรมของวิสาหกิจในเครือเดียวกัน (controlled transaction) กับ ธุรกรรมที่ได้ทำหรือจะทำได้ทำขึ้นของวิสาหกิจอิสระ (uncontrolled transaction) หรือก็คือการทำ “comparability analysis” โดยมาตรา 9 ของ OECD Model Tax Convention กำหนดกรณี ที่ถือว่าเป็นวิสาหกิจในเครือที่เกี่ยวข้องกันในกรณีหาราคาติดต่ออิสระ คือกรณีที่วิสาหกิจมีส่วนร่วม ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อมในการ บริหารจัดการ ควบคุม หรือ ลงทุน กับอีกวิสาหกิจหนึ่ง หรือบุคคล ใดมีส่วนร่วมในลักษณะเดียวกันกับวิสาหกิจสองแห่งที่ตั้งอยู่ต่างรัฐกัน<sup>99</sup>

ใน OECD Model Double Taxation Convention on Income and Capital ข้อ 9 วรรคแรก อธิบายถึง ราคาโอนตามหลัก Arm’s length ว่าเป็นราคาที่ควรจะเป็นเมื่อวิสาหกิจในเครือ ทำธุรกรรมกัน หากราคาไม่เป็นไปตามหลักการดังกล่าว รัฐควรจะปรับปรุงราคานั้นให้เป็นไปตามหลัก ราคาคือติดต่ออิสระได้ และตามข้อ 9 วรรคสอง กำหนดให้รัฐคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่งต้องปรับปรุงราคา ให้สอดคล้องกับที่รัฐแรกได้ปรับปรุงไป เรียกว่า corresponding adjustment<sup>100</sup> หากไม่ทำ การปรับปรุงราคา วิสาหกิจที่ทำธุรกรรมนั้นอาจถูกเรียกเก็บภาษีซ้ำซ้อน (double taxation) หรืออาจไม่ถูกเรียกเก็บภาษีเลย (double non-taxation)

วิธีหาราคาตลาดโดยหลักราคาคือติดต่ออิสระนี้ได้รับการยอมรับจากหลายประเทศรวมถึง OECD และ UN เนื่องจากเป็นวิธีการทางภาษีที่เปรียบเทียบวิสาหกิจในเครือกับวิสาหกิจอิสระ อย่างกว้างๆ บนพื้นฐานที่มุ่งหาความเท่าเทียมกัน เป็นวิธีที่ไม่นำความได้เปรียบเสียเปรียบทางภาษี ของวิสาหกิจที่นำมาพิจารณาในการหาราคาโอนที่เหมาะสม และยังเป็นหลักการกว้างๆที่นำไปปรับ ใช้ได้กับหลายเหตุการณ์หลายเงื่อนไข

---

reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly.”

<sup>99</sup> OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration 2010

<sup>100</sup> Art.9.1 a and b, OECD Model Tax Convention on Income and on Capital “Where a Contracting State includes in the profits of an enterprise of that State —and taxes accordingly — profits on which an enterprise of the other Contracting State has been charged to tax in that other State and the profits so included are profits which would have accrued to the enterprise of the first-mentioned State if the conditions made between the two enterprises had been those which would have been made between independent enterprises, then that other State shall make an appropriate adjustment to the amount of the tax charged therein on those profits. In determining such adjustment, due regard shall be had to the other provisions of this Convention and the competent authorities of the Contracting States shall if necessary consult each other.”

ความยากในการหาราคาตลาดตามหลักราคาติดต่ออิสระ คือ วิสาหกิจในเครืออาจทำธุรกรรมระหว่างกันซึ่งเป็นธุรกรรมที่วิสาหกิจอิสระอื่นไม่นิยมทำ ทำให้การหาธุรกรรมที่อาจเปรียบเทียบกันได้เป็นไปได้ยาก เช่น การผลิตสินค้า หรือให้บริการ ต้องใช้ความถนัดเฉพาะด้านสูง หรือมีทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่เป็นเอกลักษณ์มากมายมาเกี่ยวข้อง ความยากอีกรูปแบบหนึ่งคือ หากเป็นการตรวจสอบหาราคาโอนโดยภาครัฐเมื่อเวลาได้ล่วงเลยไปจากเวลาที่ทำธุรกรรมขึ้นนานแล้ว การหาข้อมูล เช่น สภาพตลาดในขณะที่ทำธุรกรรมขึ้น หรือข้อมูลของวิสาหกิจอิสระที่จะสามารถนำมาเทียบได้ ก็อาจทำได้ยากหรือหากทำได้ก็ไม่เพียงพอต่อการวิเคราะห์ โดยเฉพาะข้อมูลของวิสาหกิจอิสระในธุรกรรมที่ไม่ได้มีการควบคุม ซึ่งอาจหาไม่ได้เลยหากเป็นข้อมูลที่เป็นความลับของธุรกิจ

OECD 2015 อธิบายแนวทางในการปรับใช้หลักราคาติดต่ออิสระเอาไว้ ใน Chapter 1 section D โดยประกอบด้วยการหาความสัมพันธ์ทางพาณิชย์หรือการเงินระหว่างวิสาหกิจในเครือที่ถูกควบคุม และระหว่างวิสาหกิจอิสระกับวิสาหกิจในเครือ การรับรู้ธุรกรรมที่เกิดขึ้นจริง และการพิจารณาปัจจัยที่มีผลต่อกิจการเหล่านี้ (ถ้ามี) ได้แก่ ผลขาดทุน ผลกระทบจากนโยบายรัฐ การวัดมูลค่าทางศุลกากร (Use of Custom valuation) Location savings and other local market features การระดมแรงงาน (Assemble workforce) และ MNE group synergies

การหาความสัมพันธ์ทางพาณิชย์หรือการเงินระหว่างวิสาหกิจในเครือที่ถูกควบคุม กับความสัมพันธ์ระหว่างวิสาหกิจอิสระกับวิสาหกิจในเครือ เป็นขั้นตอนสำคัญในการวิเคราะห์ความเปรียบเทียบกันได้ ซึ่งเป็นหัวใจในการปรับใช้หลักราคาติดต่ออิสระ โดยขั้นตอนการหาความสัมพันธ์นี้แบ่งเป็น 2 ขั้นตอนสำคัญ ได้แก่ 1. การระบุความสัมพันธ์ทางพาณิชย์หรือการเงินระหว่างวิสาหกิจในเครือ กับการระบุเงื่อนไขและสถานการณ์ทางเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้อง กับความสัมพันธ์นั้น เพื่อที่จะอธิบายธุรกรรมที่ถูกควบคุมได้ (controlled transaction) 2. การเปรียบเทียบเงื่อนไขและสถานการณ์ทางเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ของธุรกรรมที่ถูกควบคุม กับเงื่อนไขและสถานการณ์ของธุรกรรมระหว่างวิสาหกิจอิสระด้วยกัน

การระบุความสัมพันธ์ทางพาณิชย์หรือการเงินระหว่างวิสาหกิจในเครือ กับการระบุเงื่อนไขและสถานการณ์ทางเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์นั้น เพื่อที่จะอธิบายธุรกรรมที่ถูกควบคุมได้ (controlled transaction) โดยปกติแล้วต้องอาศัยความเข้าใจในพื้นฐานอย่างกว้างๆ ของภาคส่วนธุรกิจของกลุ่มวิสาหกิจในเครือ เช่น เป็นกลุ่มธุรกิจเหมืองแร่ กลุ่มธุรกิจยาเวชภัณฑ์ หรือเป็นกลุ่มธุรกิจสินค้าฟุ่มเฟือยราคาสูง และยังคงเข้าใจถึงปัจจัยที่มีผลกระทบต่อประสิทธิภาพผลงานของกลุ่มธุรกิจนั้นๆ ซึ่งได้จากการศึกษาภาพรวมของกลุ่มวิสาหกิจในเครืออื่นๆ ที่อธิบายว่าวิสาหกิจมีแนวทางตอบรับเมื่อเจอปัจจัยที่มีผลกระทบต่อประสิทธิภาพผลงานของวิสาหกิจอย่างไรบ้าง

อันได้แก่ กลยุทธ์ทางธุรกิจ (business strategies) การตลาด สินค้า ห่วงโซ่อุปทาน (supply chain) วัตถุดิบที่ใช้ และการรับความเสี่ยงที่สำคัญๆ ซึ่งข้อมูลเหล่านี้เองที่ใช้ในการวิเคราะห์ราคาโอนของผู้เสียภาษี ในการหาบริบทรอบข้างของความสัมพันธ์ทางพาณิชย์หรือทางการเงินของวิสาหกิจในเครือข้ามชาติ

นอกจากภาพรวมกว้างๆแล้ว การระบุไว้ในแต่ละวิสาหกิจของกลุ่มวิสาหกิจในเครือทำงานอะไรบ้างก็เป็นข้อมูลสำคัญที่ควรทราบ การทำงาน เช่น เป็นบริษัทผลิต บริษัทขาย หรือบริษัททำการตลาด เป็นต้น ซึ่งจะทำให้เราเข้าใจความสัมพันธ์ทางพาณิชย์หรือทางการเงินระหว่างวิสาหกิจด้วยกันยิ่งขึ้น เมื่อนำมาประกอบกับเงื่อนไขและสถานการณ์ทางเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องแล้วทำให้สามารถอธิบายธุรกรรมที่แท้จริงที่เกิดขึ้น

ก่อนที่จะนำเงื่อนไขของวิสาหกิจมาเปรียบเทียบกันเพื่อพิจารณาว่าเหมาะสมจะนำมาเปรียบเทียบหรือไม่ ตามขั้นตอนที่ 2 จำเป็นจะต้องหาคุณลักษณะทางเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องของความสัมพันธ์ ซึ่งเป็นปัจจัยเพื่อนำมาทำการเปรียบเทียบ โดย OECD 2015 กำหนดประเภทวิธีการหาไว้ 5 ประเภทด้วยกัน<sup>101</sup> ได้แก่ การพิจารณาจากเงื่อนไขตามสัญญาของธุรกรรม การวิเคราะห์หน้าที่ ลักษณะของทรัพย์สินที่โอนหรือบริการที่ให้ สภาพแวดล้อมทางเศรษฐศาสตร์ของคู่สัญญา และกลยุทธ์ทางการตลาดที่คู่สัญญาทำกิจการอยู่ (ศึกษารายละเอียดในหัวข้อ 3.4.2) การหาคุณลักษณะทางเศรษฐศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างวิสาหกิจนี้จะช่วยให้การอธิบายธุรกรรมที่เกิดขึ้นระหว่างวิสาหกิจในเครือได้แม่นยำขึ้น ว่าเป็นธุรกรรมประเภทไหน ดำเนินกิจการอย่างไร พิจารณาว่าปัจจัยใดที่สำคัญกับธุรกรรมและการสร้างรายได้ของกิจการมาก ซึ่งการเลือกนำคุณลักษณะใดบ้างมากำหนดเปรียบเทียบนั้นขึ้นอยู่กับวิสาหกิจอิสระในธุรกรรม เช่นนั้นๆจะพิจารณาสิ่งใดบ้างในการเลือกเข้าทำธุรกรรมหนึ่งๆ

วิสาหกิจอิสระเมื่อประเมินเงื่อนไขของธุรกรรมที่จะเข้าทำนั้น จะเปรียบเทียบธุรกรรมนั้นกับทางเลือกอื่นๆที่เขามี และจะตัดสินใจเข้าทำธุรกรรมก็ต่อเมื่อไม่มีทางเลือกอื่นที่น่าดึงดูดในการทำประโยชน์ให้เขาตามวัตถุประสงค์มากกว่าแล้ว เช่น ในการตัดสินใจขายสินค้า วิสาหกิจผู้ขายย่อมเลือกขายให้ผู้ซื้อที่ยินดีจ่ายราคาสูงกว่า หรือให้ประโยชน์อื่นใดมากกว่า วิสาหกิจอิสระจะพิจารณาคุณลักษณะทางเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องของแต่ละทางเลือกที่แตกต่างกันเพื่อหาทางเลือกที่ดีที่สุดในการเข้าทำธุรกรรม ดังนั้นการหาคุณลักษณะทางเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมประเภทนั้นๆ

<sup>101</sup> OECD 2015 Chapter 1 paragraph D 1.36 “The economically relevant characteristics or comparability factors that need to be identified in the commercial or financial relations between the associated enterprises in order to accurately delineate the actual transaction...”

จะช่วยอธิบายธุรกรรมที่ถูกควบคุมและเผยให้เห็นขอบเขตของคุณลักษณะที่สำคัญที่วิสาหกิจอิสระจะเลือกทำธุรกรรมด้วย ดังนั้นในการวิเคราะห์ธุรกรรมใดๆ ควรประเมินอย่างกว้างขวาง เพราะทางเลือกในการเข้าทำธุรกรรมนั้นมักมีความหลากหลาย

พื้นฐานความคิดเรื่องการตัดสินใจเลือกทางเลือกของวิสาหกิจอิสระนี้ยังเป็นพื้นฐานความคิดของการเลือกวิธีประเมินมูลค่าราคาตลาด เช่น วิธีเปรียบเทียบกับราคาที่ไม่ได้มีการควบคุม (Comparable Uncontrolled Price Method) วิธีนี้เปรียบเทียบธุรกรรมที่ถูกควบคุมกับธุรกรรมที่ไม่ถูกควบคุมใกล้เคียง เพื่อหาราคาโดยตรงที่คู่สัญญาจะเลือกทำขึ้นเมื่อเทียบกับทางเลือกอื่นๆ ซึ่งวิธีนี้จะน่าเชื่อถือน้อยลงถ้าคุณลักษณะทั้งหมดของธุรกรรมที่ไม่ถูกควบคุม (ซึ่งมีผลอย่างมีนัยสำคัญกับราคาที่กำหนดระหว่างวิสาหกิจอิสระ) ไม่สามารถนำมาเปรียบเทียบกันได้ (incomparable) เช่นเดียวกับวิธี ราคาขายต่อ (Resale Price Method) และวิธีราคาทุนบวกกำไรส่วนเพิ่ม (Cost Plus Method) ซึ่งใช้วิธีเปรียบเทียบ ส่วนต่างกำไรทั้งหมด (gross profit margin) ที่เกิดในธุรกรรมที่ถูกควบคุมกับธุรกรรมที่ไม่ถูกควบคุม การเปรียบเทียบจะทำให้เห็นส่วนต่างกำไรโดยประมาณที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะได้รับหากได้ปฏิบัติการงานเช่นเดียวกับวิสาหกิจอิสระ และทำให้ประมาณค่าตอบแทนที่คู่สัญญาคาดหวังว่าจะได้และคู่สัญญาอีกฝ่ายยินดีที่จะจ่าย หรือเป็นราคาโอนของธุรกรรมนั่นเอง หากมีสถานการณ์ที่แตกต่างกันระหว่างธุรกรรมที่นำมาเทียบซึ่งน่าจะมีผลกระทบต่อความเปรียบเทียบกันได้ จะต้องทำการปรับปรุงความเปรียบเทียบกันได้ (comparability adjustment) เสียก่อน เพื่อให้การเปรียบเทียบน่าเชื่อถือขึ้น หากไม่ได้รับการปรับปรุงราคาที่ได้ อาจไม่ใช่ราคาตามหลักราคาติดต่ออิสระ

การรับรู้ธุรกรรมที่เกิดขึ้นจริง เกิดจากการวิเคราะห์คุณลักษณะทางเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้อง โดยดูจากสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก ประกอบกับการวิเคราะห์ทางปฏิบัติจริง และคุณลักษณะทางเศรษฐกิจอื่นๆ ของวิสาหกิจคู่สัญญา และหากในทางปฏิบัตินั้นขัดกับสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษร ธุรกรรมที่แท้จริงย่อมต้องพิจารณาตามคุณลักษณะทางเศรษฐกิจที่สะท้อนตามความเป็นจริง เช่น พิจารณาการรับความเสี่ยงทางการเงินตามสัญญา ประกอบกับข้อเท็จจริงว่า คู่สัญญาเป็นผู้ควบคุมความเสี่ยงนั้นหรือไม่เพื่อหาว่าใครเป็นผู้รับความเสี่ยงในธุรกรรมที่แท้จริง กรณีที่อาจไม่รับรู้ธุรกรรมที่เกิดขึ้นจริงได้ คือ หากข้อตกลงที่ทำขึ้นในธุรกรรมนั้นโดยภาพรวมแล้วแตกต่างจากข้อตกลงที่วิสาหกิจอิสระอื่นในลักษณะพาณิชย์เดียวกันจะทำขึ้นในสถานการณ์ที่อาจเปรียบเทียบกันได้ คือวิสาหกิจอิสระเมื่อคำนึงทุกทางเลือกที่มีประโยชน์กับตัวเองแล้วจะไม่เลือกทำธุรกรรมในลักษณะเช่นว่า แต่มีข้อสังเกตว่าไม่ใช่ในทุกกรณีเพราะธุรกรรมของวิสาหกิจในเครือบางกรณีเป็นธุรกรรมที่มักจะไม่เกิด หรือเกิดได้น้อยมากระหว่างวิสาหกิจอิสระด้วยกันซึ่งไม่อาจสรุปได้ว่าเนื่องจากราคาโอนนั้นไม่พบในวิสาหกิจอิสระจึงไม่ใช่ราคาโอนตามหลักราคาติดต่ออิสระ



แต่ควรพิจารณาจากว่า ธุรกิจนั้นวิสาหกิจอิสระจะเลือกทำเช่นนั้นหรือไม่ เช่น<sup>102</sup> วิสาหกิจ A มีหน้าที่ผลิตสินค้าให้วิสาหกิจในเครือ มีโรงงานและทรัพย์สินที่ใช้ในการผลิตอยู่ในพื้นที่ที่เสี่ยงน้ำท่วมมากในระยะเวลาที่ผ่านมา ซึ่งวิสาหกิจอิสระอื่นที่ทำการรับประกันภัยจะมีความเสี่ยงสูงมาก หากเลือกรับประกันภัยให้ และไม่มีกรรับประกันภัยในลักษณะดังกล่าวให้กับวิสาหกิจในบริเวณ เช่นว่าเลย วิสาหกิจ B ทำธุรกรรมรับประกันภัยให้กับวิสาหกิจในเครือเดียวกัน A โดยตกลงจ่ายค่าเบี้ยประกันรายปี เป็นจำนวนร้อยละ 80 ของมูลค่าของวัตถุดิบและทรัพย์สินที่มี ซึ่งถือเป็นธุรกรรมที่ไม่สมเหตุผลทางเศรษฐกิจ เนื่องจากไม่มีธุรกิจรับประกันภัยไหนจะรับประกันภัยในกรณีเช่นว่า และวิสาหกิจ A มีทางเลือกที่ดีกว่าการจ่ายค่าเบี้ยจำนวนสูง เช่น การย้ายสถานที่ หรือไม่ทำประกันภัยเลย เนื่องจากธุรกรรมนี้ไม่สมเหตุสมผลทางพาณิชย์ ราคาที่เพิ่มขึ้นระหว่างวิสาหกิจ A และ B ย่อมไม่ใช่ราคาที่ทั้งคู่พึงพอใจ ทำให้ไม่อาจรับรู้ธุรกรรมที่เกิดขึ้นจริงได้ จึงต้องปฏิบัติเสมือนไม่มีการรับประกันภัยเกิดขึ้น พิจารณาเสมือนว่า A ไม่ได้จ่ายค่าเบี้ยให้กับ B และ B ไม่มีหน้าที่ใดๆอย่างผู้รับประกัน

นอกจากการหาความสัมพันธ์ทางพาณิชย์หรือการเงินระหว่างวิสาหกิจในเครือที่ถูกควบคุม และระหว่างวิสาหกิจอิสระกับวิสาหกิจในเครือ และการรับรู้ธุรกรรมที่เกิดขึ้นจริงแล้ว OECD 2015 ยังกำหนดข้อพิจารณา (หากมี) อื่นๆ ได้แก่ ผลขาดทุน ผลกระทบจากนโยบายรัฐ Use of Custom valuation Location savings and other local market features การระดมแรงงาน (Assemble workforce) และการผนึกกำลังระหว่างกลุ่มธุรกิจในเครือข้ามชาติ(MNE group synergies) ซึ่งเป็นปัจจัยอื่นๆที่มีผลกระทบกับรูปแบบของกิจการและราคาของสินค้าหรือการให้บริการของกิจการที่ต้องคำนึงถึงในการหาความเปรียบเทียบกันได้ เช่นกัน

หัวใจสำคัญของการหาราคาติดต่ออิสระหลังจากกำหนดธุรกรรม ความสัมพันธ์และปัจจัยอื่นๆที่เกี่ยวข้องของธุรกิจได้แล้ว คือการทำ comparability analysis ซึ่ง Chapter 3 ของ OECD 2015 กำหนดการดำเนินการตาม 9 ขั้นตอน Typical Process (รายละเอียดเพิ่มเติมศึกษาในบทที่ 3.4.2) และสำหรับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นมีข้อสังเกตเพิ่มเติมในการหาราคาโอนตามหลักราคาติดต่ออิสระตาม OECD 2015 section 6.107 ถึง 6.114 ดังนี้

เนื่องจากการปรับใช้หลักราคาติดต่ออิสระตามวิธีการข้างต้นอาจยังไม่เพียงพอสำหรับการหาราคาโอนในกรณีที่มีทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมาเกี่ยวข้อง เพราะทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมีคุณลักษณะบางประการที่ต่างออกไปทำให้การหาธุรกรรมที่นำมาเปรียบเทียบได้ยาก ทำให้การหาราคาโอนยาก

<sup>102</sup> Example 1 D.2 Chapter 1 of OECD 2015

ไปด้วย ยิ่งในบางกรณีที่วิสาหกิจในเครือด้วยเหตุผลทางธุรกิจล้วนๆ ทำธุรกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน ไม่มีรูปร่างในลักษณะที่วิสาหกิจอิสระจะไม่ทำกัน

ดังนั้นการปรับใช้หลักการราคาติดต่ออิสระกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นจะต้องพิจารณาให้รอบด้านกว่าปกติ กล่าวคือต้องพิจารณาทุกทางเลือกที่มีของแต่ละคู่สัญญาในธุรกรรมนั้นๆ โดยพิจารณาจากมุมมองของแต่ละวิสาหกิจ การวิเคราะห์ความเปรียบเทียบกันได้โดยปกติแล้วจะเน้นพิจารณาไปฝ่ายเดียวซึ่งอาจให้ข้อมูลที่เพียงพอสำหรับการวิเคราะห์ธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สิน ไม่มีรูปร่าง การพิจารณาทางเลือกหรือปัจจัยของคู่สัญญาทุกฝ่ายใช้รวมไปถึงในกรณีการเลือกใช้วิธีประเมินมูลค่าแบบฝ่ายเดียวด้วย

อย่างไรก็ตามไม่ควรนำสถานการณ์จำเพาะใดหนึ่งของธุรกิจมาเป็นตัวกำหนดผล ซึ่งแตกต่างไปจากทางเลือกอื่นๆในความเป็นจริงที่มีอยู่ของคู่สัญญาอีกฝ่าย เช่น ผู้โอนยอมไม่ต้องการโอนสิทธิให้กับวิสาหกิจที่จ่ายค่าตอบแทนการใช้สิทธิน้อยกว่าวิสาหกิจอื่น หรือโอนแล้วประโยชน์น้อยกว่าไม่โอนเลย เช่นเดียวกันผู้รับโอนก็ไม่คาดหวังว่าต้องชำระราคาตอบแทนที่สูงมากจนการได้มาซึ่งสิทธินั้นไม่มีประโยชน์ หรือประโยชน์น้อยกว่าการไม่ซื้อมา ซึ่งเป็นการตัดสินใจที่จะไม่เกิดขึ้นในธุรกรรมตามความเป็นจริง

นอกจากนี้ข้อสันนิษฐานว่ากลุ่มวิสาหกิจในเครือข้ามชาติมักมีเป้าหมายกระจายการใช้ทรัพยากรที่มีเพื่อประโยชน์คุ้มค่าสูงสุด สามารถนำมาใช้ในการระบุราคาโอนที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน ไม่มีรูปร่าง ทำให้ได้ราคาที่สูงสอดคล้องกับทางเลือกที่วิสาหกิจแต่ละฝ่ายในชีวิตจริงจะเลือกมากขึ้น ตัวอย่างเช่น เมื่อราคาต่ำสุดที่ผู้โอนรับได้เมื่อพิจารณาจากทางเลือกที่มีในชีวิตจริงแล้ว ยังสูงกว่าราคาสูงสุดที่ผู้รับโอนจะยอมจ่ายได้เมื่อพิจารณาจากทางเลือกที่มีอยู่ตามความเป็นจริงแล้ว ธุรกรรมระหว่างผู้โอนและผู้รับโอนยอมไม่เกิดขึ้น เพราะไม่ใช่การใช้ทรัพยากรอย่างคุ้มค่าที่สุด และมีข้อสังเกตว่าต้องไม่ใช่กรณีที่ไม้อาจรับรู้ธุรกรรมตามความเป็นจริงได้ตามตัวอย่างก่อนๆ และอาจต้องมีการปรับปรุงเงื่อนไขเพื่อความเปรียบเทียบกันได้เสียก่อน ดังนั้นการพิจารณาข้อเท็จจริงและสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดเพื่ออธิบายธุรกรรมที่เกิดขึ้นจริงที่เกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างได้อย่างถูกต้องจึงมีความสำคัญมาก

หลักการหาราคาติดต่ออิสระในสหรัฐอเมริกาประเทศสหรัฐอเมริกาในกรณีที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นกำหนดขอบเขตในการใช้ได้ยากในช่วงแรกๆ เริ่มต้นตั้งแต่ยุคสมัยที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเริ่มเป็นประเทศที่ให้ประโยชน์ทางภาษีกับธุรกิจที่ดำเนินการในประเทศ เช่น ให้สิทธิยกเว้นภาษี หรือให้เครดิตสำหรับแหล่งรายได้ของบริษัทอเมริกัน 100% จนถึงการให้หัก 100%

ของเงินปันผลที่ได้รับ สหรัฐประเทศสหรัฐอเมริกาจึงกลายเป็นสถานประกอบธุรกิจหลักสำหรับ  
 วิสาหกิจข้ามชาติที่ไม่ต้องการเสียภาษี

หนึ่งในคดีความที่เกิดขึ้นในช่วงแรกๆ ได้แก่ Eli Lilly & Co. v. Commissioner ซึ่ง Eli Lilly  
 ได้ใช้สิทธิประโยชน์ด้านภาษีตามที่กล่าวมาข้างต้น และได้จัดตั้งวิสาหกิจในเครือขึ้นที่เปอร์โต ริโก  
 ซึ่งเป็นประเทศ tax haven ต่อมาวิสาหกิจในประเทศสหรัฐอเมริกาได้พัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง  
 ที่เกี่ยวกับการผลิตสินค้าขึ้นมา 2 ชิ้น ได้แก่สิทธิบัตร และ know-how ในการผลิตยา ซึ่งสามารถนำ  
 ค่าใช้จ่ายในการทำวิจัยและพัฒนาสินค้านั้นไปหักเป็นค่าใช้จ่ายได้ ประกอบกับสามารถโอนสิทธิบัตร  
 และ know-how ในการผลิตนั้นไปยังวิสาหกิจในเครือที่เปอร์โต ริโก อย่างไม่ต้องเสียภาษี เนื่องจาก  
 ได้รับสิทธิตามกฎหมายในขณะนั้น นอกจากนี้วิสาหกิจในประเทศสหรัฐอเมริกายังมิได้สงวนสิทธิใด  
 เนื้อทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่โอนไว้เลย วิสาหกิจที่เปอร์โต ริโก ใช้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นในการผลิตยา  
 และส่งกลับมาขายให้วิสาหกิจในเครือที่ประเทศสหรัฐอเมริกา ทำให้วิสาหกิจเปอร์โต ริโก ทำรายได้ได้  
 โดยไม่มีต้นทุนภาษีเลย และวิสาหกิจในเครือที่ประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถหักค่าใช้จ่ายได้อีกด้วย  
 เจ้าหน้าที่สรรพากรของประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นว่า ในกรณีเช่นนี้ไม่ควรนำเอาความเป็นเจ้าของ  
 ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างของวิสาหกิจเปอร์โต ริโก มาพิจารณา และควรให้รายได้ทั้งหมดที่เกิดจาก  
 ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นเป็นของวิสาหกิจที่ประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ศาลในขณะนั้นไม่เห็นด้วยกับ  
 การตัดสินของเจ้าหน้าที่ เนื่องจากเห็นว่าวิสาหกิจที่ประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถโอนทรัพย์สิน  
 ไม่มีรูปร่างไปเปอร์โต ริโก ได้โดยไม่ต้องเสียภาษี เพราะเป็นสิทธิตามกฎหมายบัญญัติไว้ การจัดสรร  
 รายได้ของสรรพากรไม่มีเหตุผลสมควร แต่ศาลก็เห็นว่าควรมีการแบ่งรายได้ให้กับวิสาหกิจในประเทศ  
 สหรัฐอเมริกาด้วย เนื่องจากไม่มีการจ่ายเงินก้อน (lump sum) ค่าสิทธิ (royalty) หรือข้อตกลง  
 ในการแบ่งค่าใช้จ่ายระหว่างวิสาหกิจทั้งคู่ จึงทำให้เกิดการบิดเบือนของรายได้ระหว่าง วิสาหกิจแม่ใน  
 ประเทศสหรัฐอเมริกา และวิสาหกิจในเครือที่เปอร์โต ริโก ราคาโอนที่เกิดขึ้นจึงไม่ใช่ราคาตลาด  
 ตามหลักราคาติดต่ออิสระนั่นเอง ศาลยังสรุปต่อไปว่าควรมีวิธีการแบ่งกำไร (profit split method)  
 มาใช้ในการจัดสรรรายได้ให้เหมาะสมระหว่างคู่สัญญาทั้ง 2 โดยไม่คำนึงถึงหลักเกณฑ์ตามมาตรา 482  
 ของ Internal Revenue Code ที่กำหนดให้เลือกใช้วิธีในการหาราคาติดต่ออิสระตามลำดับที่กำหนดไว้  
 ทำให้ท้ายที่สุดมีการแบ่งสรรรายได้บางส่วนไปยังวิสาหกิจในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยศาลไม่ตัดสิน  
 ตามความเห็นของสรรพากรและไม่ได้ใช้วิธีตามกฎหมายกำหนด

ในคดีคล้ายๆกัน ได้แก่ คดี G.O. Searle & Co, V. Commissioner ศาลปฏิเสธ  
 สรรพากร มิให้ดำเนินการจัดสรรรายได้ทั้งหมดให้กับวิสาหกิจในเครือที่ประเทศสหรัฐอเมริกา  
 ซึ่งโอนความเป็นเจ้าของทั้งหมดในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง อันได้แก่ สิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้า  
 ให้กับวิสาหกิจในเครือที่เปอร์โต ริโก โดยไม่เสียภาษีตามกฎหมายข้อเดียวกับคดีก่อน ส่งผลให้รายได้

ของวิสาหกิจในประเทศสหรัฐอเมริกาตกลงไปถึงร้อยละ 50 เช่นเดียวกับในอดีตก่อนศาลตัดสินให้มีการจ่ายค่าสิทธิสำหรับธุรกรรมการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เนื่องจากเห็นว่าธุรกรรมไม่เป็นไปตามหลักราคาติดต่ออิสระ โดยกำหนดให้ใช้ค่าสิทธิเท่ากับร้อยละ 25 ของรายได้สุทธิของวิสาหกิจในเครือที่เปอร์โต ริโก เป็นราคาตลาดที่เหมาะสม โดยไม่ได้วิเคราะห์เหตุผลเอาไว้และไม่ได้อ้างถึงวิธีการตามมาตรา 482 หรือการเทียบเคียงธุรกรรมที่คล้ายคลึงกันในการหาราคาเอาไว้

การที่ศาลละเลยการใช้และการตีความมาตรา 482 เกี่ยวกับการหาราคาตลาดตามหลักราคาติดต่ออิสระ แต่กลับใช้ดุลพินิจในการพิจารณาหาราคาที่น่าจะเหมาะสมและยุติธรรมเอาเองโดยไม่วิเคราะห์ถึงวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ทำให้ต้องมีการแก้ไขบัญญัติเกี่ยวกับหลักราคาติดต่ออิสระใหม่เพื่อให้เกิดความชัดเจนในขอบเขตการใช้มากขึ้น เนื่องจากการใช้เพียงหลักการเดียวไม่เพียงพอ ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงกำหนดเรื่องหลักความได้สัดส่วนกับรายได้ขึ้นมา (commensurate with income)

### 3.4.2 การนำหลักการวิเคราะห์ความสามารถในการเปรียบเทียบกันได้ มาใช้กับการหามูลค่าราคาตลาดของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

การวิเคราะห์ความสามารถในการเปรียบเทียบกันได้เป็นขั้นตอนในการปรับใช้หลักราคาติดต่ออย่างอิสระ โดยการพิจารณาธุรกรรมสองประเภทคือธุรกรรมที่ถูกควบคุม และธุรกรรมที่ไม่ถูกควบคุม เพื่อให้เห็นถึงระดับความสามารถในการเปรียบเทียบกันได้ (potentially comparable) การปรับใช้หลักราคาติดต่ออิสระเพื่อหาราคาตลาดนั้นขึ้นอยู่กับเปรียบเทียบสภาพเงื่อนไขต่างๆ กล่าวคือลักษณะทางเศรษฐกิจของธุรกรรมที่ไม่มีการควบคุมนั้นจะต้องมีความใกล้เคียงมากพอจึงจะนำมาเทียบได้สำเร็จ ซึ่งหมายถึงหากมีส่วนใดที่แตกต่างกัน ความแตกต่างนั้นจะต้องไม่ถึงขั้นที่ส่งผลกระทบต่อเงื่อนไขในการเปรียบเทียบ หรือสามารถทำการปรับปรุงความแตกต่างนั้นให้หายไป นอกจากนี้ยังต้องทำความเข้าใจว่าวิสาหกิจอิสระที่นำมาเทียบนั้นใช้วิธีประเมินมูลค่าธุรกรรมนั้นอย่างไร ในการประเมินหาความสามารถในการเปรียบเทียบกันได้ ควรกระทำบนพื้นฐานเดียวกันที่วิสาหกิจอิสระจะประเมินในการเลือกตัดสินใจแต่ละอย่าง

ปัจจัยที่ใช้วิเคราะห์ความสามารถในการเปรียบเทียบกันได้ที่สำคัญมีดังนี้<sup>103</sup>

1. เงื่อนไขตามสัญญาของธุรกรรม ธุรกรรมที่ถูกควบคุมอาจอยู่ในรูปแบบทางการคือเป็นสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งสะท้อนเจตนาของคู่สัญญา ณ ขณะที่เข้าทำสัญญา ซึ่งอาจจะมีการแบ่งความรับผิดชอบ สิทธิ หรือหน้าที่ การรับความเสี่ยง หรือการตกลงราคาตามสัญญา

<sup>103</sup> OECD 2015 Chapter 1 paragraph 1.36 – 1.118

การตกลงเหล่านี้สามารถใช้เป็นจุดเริ่มต้นในการอธิบายธุรกรรมที่เกิดขึ้นได้ โดยที่เงื่อนไขอื่น ๆ ของธุรกรรมอาจเกิดจากการตกลงกันระหว่างคู่สัญญาซึ่งไม่อยู่ในสัญญาลายลักษณ์อักษรก็ได้ สัญญาลายลักษณ์อักษรอย่างเดียวยังให้ข้อมูลได้ไม่เพียงพอสำหรับการวิเคราะห์ราคาโอน จึงต้องอาศัยความสัมพันธ์ทางพาณิชย์หรือทางการเงินเพิ่มเติมโดยดูจากคุณลักษณะทางเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องข้ออื่น ๆ ประกอบด้วยเพื่อหาการกระทำที่แท้จริงของวิสาหกิจในเครือ ตัวอย่างเช่น บริษัทแม่ A ดำเนินกิจการในประเทศ มีบริษัทลูก B เป็นตัวแทนขายสินค้านอกประเทศ ระหว่าง A กับ B มีสัญญาตัวแทนระหว่างกัน โดยในสัญญานั้นไม่ได้ระบุหน้าที่การการตลาดหรือการโฆษณาในต่างประเทศแต่อย่างใด จากการวิเคราะห์ลักษณะทางเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้อง คือ การทำงานของบริษัท เห็นว่า บริษัท B ลงทุนจำนวนมากกับการทำช่องทางส่งเสริมสินค้า เพื่อให้สินค้าเป็นที่รู้จักในประเทศ B สัญญาลายลักษณ์อักษรจึงไม่ได้สะท้อนความสัมพันธ์เชิงพาณิชย์หรือการเงินที่แท้จริงระหว่างคู่สัญญา จึงไม่ควรวิเคราะห์เฉพาะสัญญาลายลักษณ์อักษรเท่านั้น และหากคุณลักษณะตามสัญญาไม่สอดคล้องกับการกระทำที่แท้จริงก็ควรยึดตามการกระทำที่แท้จริง

การทำสัญญาระหว่างวิสาหกิจด้วยกันเป็นไปเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาทุกฝ่าย แต่ละฝ่ายมุ่งยึดถือปฏิบัติเช่นที่ตกลงไว้ตามสัญญาและสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาที่ตกลงกันตามสัญญาได้ก็ต่อเมื่อเป็นไปเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาทุกฝ่าย ในขณะที่วิสาหกิจในเครือเดียวกันอาจมีความสัมพันธ์ระหว่างกันที่มุ่งหมายเพื่อประโยชน์ของวิสาหกิจหนึ่งในเครือก็ได้ และอาจไม่ได้อยู่ในรูปการทำสัญญาระหว่างกัน แต่อาจเป็นการควบคุมสั่งการตามโครงสร้างวิสาหกิจก็ได้ ดังนั้น การพิจารณาความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจึงมีความสำคัญมากกว่ามุ่งเน้นวิเคราะห์ที่ตัวสัญญาที่สร้างขึ้น ตัวอย่างเช่น บริษัท A ถือหุ้นทั้งหมดในบริษัท B ซึ่งเป็นสาขาของบริษัท A โดยบริษัท A ทำสัญญาให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินปัญญาอยู่กับบริษัท B เพื่อนำไปใช้ทำธุรกิจ บริษัท B จ่ายค่าสิทธิตอบแทนบริษัท A เมื่อพิจารณาลักษณะทางเศรษฐกิจอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง คือ การทำงานของบริษัท พบว่า บริษัท A ทำข้อตกลงกับลูกค้าที่เกี่ยวกับการขายของบริษัท B เช่น ให้บริการความช่วยเหลือทางเทคนิคเพื่อให้บริษัท B ส่งของให้ลูกค้าได้ตามสัญญา และให้เจ้าหน้าที่ของตนไปช่วยงานตามสัญญาระหว่าง B กับลูกค้า และลูกค้าส่วนใหญ่ตัดสินใจซื้อสินค้ากับ B เพราะบริการที่ A เข้ามาช่วย B เห็นได้ว่า B ไม่สามารถดำเนินธุรกิจไปได้โดยไม่มีความช่วยเหลือจาก A จึงวิเคราะห์ได้ว่าแม้ตามสัญญาระหว่าง A กับ B นั้นจะเป็นสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ แต่จากพฤติการณ์แล้ว A ควบคุมความเสี่ยงและผลผลิตของบริษัท B ดังนั้นความเสี่ยงหรือหน้าที่การงานที่เกี่ยวกับการโอนทรัพย์สินทางปัญญาที่ไม่สอดคล้องตามปกติของความเสี่ยงและหน้าที่การงานของผู้โอนและผู้รับโอนตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิ

นอกจากนี้อาจมีกรณีที่ไม่มีสัญญาตามลายลักษณ์อักษรอยู่แล้ว แต่มีการโอนทรัพย์สินที่มีมูลค่าซ่อนอยู่ซึ่งไม่ปรากฏการรับรู้มูลค่าในธุรกรรม เช่น การให้ลูกจ้างไปช่วยทำงานในอีกบริษัทหนึ่ง ซึ่งลูกจ้างนั้นมีความรู้ know-how อยู่ จึงเสมือนว่ามีมูลค่าของ know-how โอนไปด้วย

2. หน้าที่ของแต่ละฝ่ายคู่สัญญา ในธุรกรรมระหว่างวิสาหกิจอิสระ การจ่ายค่าตอบแทนกันนั้นจะสะท้อนกับหน้าที่การงานของแต่ละฝ่าย (รวมไปถึงทรัพย์สินที่ลงทุนและความเสี่ยงที่ต้องรับ) ดังนั้นการอธิบายธุรกรรมที่ถูกควบคุมระหว่างวิสาหกิจในเครือด้วยกัน และการหาความสามารถในการเปรียบเทียบกันได้ระหว่างธุรกรรมของวิสาหกิจที่ถูกควบคุมกับธุรกรรมของวิสาหกิจอิสระ จึงต้องพิจารณาหน้าที่ของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย โดยมุ่งหากิจกรรมทางเศรษฐกิจที่สำคัญและความรับผิดชอบของแต่ละฝ่าย ทรัพย์สินที่ใช้ในการลงทุน และความเสี่ยงที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องรับไว้ ทั้งหมดนี้คือการพิจารณาว่าวิสาหกิจทำอะไรและมีความสามารถในการทำอะไร เช่น เป็นคู่สัญญาที่มีอำนาจในการตัดสินใจเรื่องสำคัญๆ อย่างกลยุทธ์ทางธุรกิจ หรือความเสี่ยงของกิจการต่างๆ ซึ่งอาจหาได้จากการศึกษาโครงสร้างและการจัดการของวิสาหกิจในเครือเดียวกัน วิสาหกิจในเครือโดยรวมสร้างมูลค่าอย่างไร การพึ่งพากันในการปฏิบัติงานของวิสาหกิจในเครือ การลงทุนร่วมกันที่มีส่วนในการสร้างมูลค่า รวมถึงหน้าที่ความรับผิดชอบต่อตามกฎหมายด้วย มีข้อสังเกตคือ ความมีส่วนร่วมไม่ดูตามปริมาณงานที่ทำแต่ดูที่ความสำคัญในเชิงเศรษฐกิจที่เพิ่มขึ้น การวิเคราะห์หน้าที่ของวิสาหกิจจะทำให้เห็นว่าวิสาหกิจจะตัดสินใจอย่างไรจากความสามารถของวิสาหกิจที่มีอยู่

นอกจากนี้ควรพิจารณา ทรัพย์สินที่ลงทุนว่าเป็นประเภทใด เช่น โรงงาน เครื่องจักร ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีมูลค่าสูง หรือลงทุนเป็นเงิน เป็นต้น และลักษณะทั่วไปของทรัพย์สินนั้น เช่น อายุการใช้งาน ราคาตลาด ที่ตั้ง หรือความคุ้มครองสิทธิตามกฎหมาย เป็นต้น

สุดท้ายที่ต้องวิเคราะห์ในหน้าที่ของแต่ละฝ่าย คือ ความเสี่ยงที่แต่ละคู่สัญญาได้รับเนื่องจากมีผลต่อราคาและเงื่อนไขอื่นๆในธุรกรรม วิสาหกิจที่รับความเสี่ยงไว้มากย่อมทำเพื่อผลตอบแทนที่สูงมากด้วยเช่นกัน การพิจารณาความเสี่ยงที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ของคู่สัญญา โดยระบุความเสี่ยง ความสัมพันธ์ และผู้ที่แบกรับความเสี่ยงจะช่วยอธิบายการจัดสรรกำไรของวิสาหกิจในเครือได้ จึงมีความสำคัญสำหรับการหาความเปรียบเทียบกันได้เพื่อประโยชน์การกำหนดราคาโอน

3. ลักษณะทรัพย์สินที่ถูกโอนไปหรือการให้บริการ ลักษณะทรัพย์สินหรือบริการที่แตกต่างกันไปยังมามีส่วนทำให้ราคาในตลาดเปิดเปลี่ยนไป ดังนั้นการเปรียบเทียบคุณลักษณะเช่นว่า จึงมีผลต่อการอธิบายธุรกรรมที่เกิดขึ้นและการหาความเปรียบเทียบกันได้ ลักษณะที่สำคัญที่ควรนำมาพิจารณาได้แก่ รูปร่างทางกายภาพ คุณภาพ ความน่าเชื่อถือ ขอบเขตการให้บริการ

รูปแบบธุรกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (ขายขาดหรืออนุญาตให้ใช้สิทธิ) ประเภทของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า หรือ know-how) ระยะเวลาที่อยู่ในความคุ้มครองหรือประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ เป็นต้น

มีข้อสังเกตว่า หากเลือกใช้วิธีการประเมินมูลค่าที่แตกต่างกัน ความจำเป็นในการพิจารณา ลักษณะของทรัพย์สินหรือการให้บริการจะมากน้อยต่างกันไปด้วย เช่น วิธี CUP จำเป็นต้องพิจารณา ลักษณะของทรัพย์สินหรือบริการที่จะนำมาเทียบกันมากที่สุด เพราะความต่างของลักษณะสินค้าหรือบริการจะมีผลกับราคาและอาจต้องทำการปรับปรุงความเปรียบเทียบกับกันได้ วิธี resale price หรือ cost plus ได้รับผลกระทบน้อยกว่าเพราะความต่างของลักษณะของสินค้าหรือบริการมีผลกับส่วนต่างกำไรโดยรวม (gross profit margin) และ mark-up on cost รวมถึงมีผลกับวิธีประเมินที่พิจารณาจากกำไรน้อยกว่า (วิธีคำนวณจากกำไรสุทธิ และวิธีแบ่งกำไร) แต่อย่างไรก็ตามควรมี การพิจารณาความเปรียบเทียบกับกันได้ของลักษณะสินค้าหรือบริการในวิธีเหล่านี้ยู่ดี ในทางปฏิบัติ พบว่าสำหรับวิธีประเมินที่วัดจากกำไรโดยรวมหรือกำไรสุทธิ จะเน้นพิจารณาความเทียบกันได้ของหน้าที่การงานมากกว่าลักษณะสินค้าหรือบริการ

4. สภาพเศรษฐกิจของคู่สัญญา ราคาโอนตามหลักราคาติดต่ออิสระอาจต่างกันไปตาม แต่สภาพตลาด แม้ว่าทรัพย์สินหรือบริการนั้นจะเหมือนกันทุกตลาดก็ตาม ดังนั้นการหา ความเปรียบเทียบกับกันได้จึงต้องแน่ใจว่าไม่มีความต่างอย่างมีนัยยะสำคัญของสภาพตลาดของวิสาหกิจ ในเครือกับวิสาหกิจอิสระที่นำมาเปรียบเทียบ หรือหากมีก็ได้ปรับปรุงความเปรียบเทียบกับกันได้แล้ว ขั้นตอนแรกที่สำคัญในการหาความเปรียบเทียบกับกันได้ของสภาพเศรษฐกิจของคู่สัญญา คือ การระบุ ตลาดของสินค้าหรือบริการหรือตลาดของสินค้าหรือบริการที่อาจทดแทนกันได้ ซึ่งหมายถึง ที่ตั้ง ตามภูมิศาสตร์ ขนาด พื้นที่ตลาดของคู่แข่ง ความสามารถในการเข้าถึงสินค้าหรือบริการที่อาจทดแทน กันได้ ระดับอุปสงค์อุปทานโดยรวมและระดับภูมิภาค กำลังซื้อของลูกค้า นโยบายของรัฐที่เกี่ยวข้อง ต้นทุนในการผลิต (ที่ดิน แรงงาน เงินทุน ค่าขนส่ง) ตลาดขายส่งหรือขายปลีก ข้อเท็จจริงเหล่านี้ จะทำให้อธิบายได้ว่าระหว่างธุรกรรมที่นำมาเปรียบเทียบนั้นมีความแตกต่างใดที่เป็นนัยยะสำคัญ ที่จะส่งผลถึงความต่างของราคาได้หรือไม่ และถ้ามีจะปรับปรุงให้สามารถเทียบกันได้ถูกต้อง ได้หรือไม่

5. กลยุทธ์ทางการค้าที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายใช้ การพิจารณากลยุทธ์ทางการค้าต้องอาศัย มุมมองทางธุรกิจที่หลากหลาย เช่น นวัตกรรม การพัฒนาสินค้าใหม่ การขยายธุรกิจแบบใหม่ (diversification) การประเมินทิศทางการเมืองที่เปลี่ยนไป การลงทุนแบบหลีกเลี่ยงความเสี่ยง การวางแผนจากกฎหมายแรงงานปัจจุบัน และปัจจัยอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับการกระทำปกติทั่วไป ของวิสาหกิจ

กลยุทธ์หนึ่งที่น่าสนใจคือ การเจาะตลาดหรือแย่งส่วนแบ่งทางการตลาด โดยการลดราคาสินค้าลงจากราคาที่วิสาหกิจอิสระซึ่งอยู่ในตลาดเดียวกันจะกำหนดราคาขึ้นเป็นการชั่วคราว หรือโดยเพิ่มการลงทุน (ต้นทุน) มากขึ้นเป็นการชั่วคราว อาจเพื่อตั้งต้นการเริ่มการตลาดกลุ่มใหม่ หรือการขยายกลุ่มตลาดเดิม ทำให้มีระดับกำไรที่ต่ำกว่าวิสาหกิจอื่นในกลุ่มตลาดเดียวกัน (มุ่งหวังให้มีกำไรมากขึ้นในภายหลัง) กลยุทธ์เช่นนี้เจ้าหน้าที่สรรพากรพิจารณาได้ยากกว่าผู้เสียภาษีกำลังดำเนินตามกลยุทธ์เช่นนี้หรือไม่ เพราะผลของกลยุทธ์นั้นจะเกิดขึ้นในอนาคต ดังนั้นหากในอนาคตกำไรที่ควรจะมีเพิ่มขึ้นไม่เป็นไปตามที่วางแผนเพราะวิสาหกิจตั้งใจไม่ดำเนินการตามแผนก็ต้องมีการปรับปรุงราคาโอน ในบางประเทศที่มีกฎหมายห้ามตรวจสอบย้อนหลังจึงอาจเกิดปัญหาได้ เจ้าหน้าที่งานจึงควรพิจารณาการกระทำของวิสาหกิจว่าสอดคล้องกับกลยุทธ์ที่อ้างไว้หรือไม่ ตัวอย่างเช่น วิสาหกิจในเครือที่มีหน้าที่ผลิต คิดราคาให้วิสาหกิจในเครือที่ทำหน้าที่จัดจำหน่าย ในราคาต่ำกว่าราคาตลาดทั่วไปเพื่อมุ่งหวังใช้ราคาที่ถูกกว่าเจาะตลาด ส่วนต้นทุนที่ผู้จัดจำหน่ายประหยัดไปได้จะต้องสะท้อนอยู่ในราคาของลูกค้านั้นๆ ที่ซื้อสินค้ากับผู้จัดจำหน่าย หรือสะท้อนอยู่ในค่าใช้จ่ายในการเจาะตลาดโดยผู้จัดจำหน่าย

นอกจากการปรับใช้หลักราคาติดต่ออิสระตามหลักการทั่วไปแล้ว OECD 2015 ได้กำหนดข้อสังเกตเพิ่มเติมสำหรับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างตามย่อหน้าที่ 6.116 ถึง 6.130 เนื่องจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมักมีลักษณะโดดเด่นแตกต่างกันไปและมีความสามารถในการสร้างรายได้ตอบแทน และรายได้ในอนาคตที่หลากหลายอาจทำให้เกิดข้อโต้แย้งที่โดดเด่นในตลาด จึงต้องนำคุณลักษณะที่โดดเด่นนั้นมาพิจารณาอย่างละเอียดถี่ถ้วนในการวิเคราะห์ความเปรียบเทียบได้ด้วย โดยต้องประเมินว่าตัวอย่างที่อ้างนำมาเปรียบเทียบด้วยในความจริงนั้นสามารถสร้างกำไรได้ในทำนองเดียวกันหรือไม่ โดยเฉพาะหากเลือกใช้วิธี CUP เป็นวิธีประเมินมูลค่าที่เหมาะสมที่สุดสำหรับธุรกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นแล้ว รวมถึงวิธีประเมินมูลค่าอื่นๆ ที่ขึ้นอยู่กับ การเปรียบเทียบด้วย

ตัวอย่างของคุณลักษณะพิเศษบางประการของธุรกรรมที่เกี่ยวกับการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างหรือสิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ได้แก่

1. ลักษณะการสงวนสิทธิ (Exclusivity) สิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างหรือสิทธิที่เกี่ยวกับการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอาจถูกกำหนดเงื่อนไขหรือจำกัดสิทธิโดยเจ้าของตามกฎหมายได้ การพิจารณาความเปรียบเทียบกันได้จึงต้องพิจารณาว่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นเป็นแบบมีการจำกัดสิทธิหรือไม่ เช่น สิทธิบัตร กำหนดเงื่อนไขสิทธิในการใช้สิ่งประดิษฐ์ที่ได้จดทะเบียนไว้เป็นเวลาหนึ่งปี หากเจ้าของสิทธิตามทรัพย์สินไม่มีรูปร่างสามารถสงวนสิทธิไม่ให้วิสาหกิจอื่นในตลาดใช้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอย่างเดียวกันซึ่งอาจให้ประโยชน์ทางตลาดได้มากกว่า วิสาหกิจที่เป็นเจ้าของสิทธิ



ซึ่งมีเงื่อนไขนั้นก็จะได้รับประโยชน์ทางการตลาดที่สูงกว่า ในขณะที่เจ้าของสิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ไม่สามารถกำหนดเงื่อนไขการใช้สิทธิได้จะไม่สามารถกันคนอื่นไม่ให้ได้รับประโยชน์ในลักษณะเดียวกันได้

2. ขอบเขตและช่วงเวลาที่ได้รับคุ้มครองตามกฎหมาย (Extent and duration of legal protection) ความคุ้มครองตามกฎหมายที่เกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างบางประเภทให้ความคุ้มครองทำให้วิสาหกิจคู่แข่งอื่น ๆ ไม่สามารถสู้ในตลาดเดียวกันได้ ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอย่าง know-how หรือ ความลับทางการค้า อาจไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเข้มข้นเท่า ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างประเภทอื่น ระยะเวลาที่ได้รับคุ้มครองตามกฎหมายที่แตกต่างกัน ทำให้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมีความสำคัญต่างกันเพราะระยะเวลาที่คาดว่าจะได้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นจะต่างไปด้วย

3. ขอบเขตด้านภูมิศาสตร์ (Geographic scope) ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างหรือสิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่สามารถใช้ได้ทั่วโลกโดยไม่มีข้อจำกัดทางภูมิศาสตร์ มักมีมูลค่ามากกว่า ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างหรือสิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ถูกจำกัดการใช้หรือหาประโยชน์ไว้เฉพาะบางประเทศหรือบางภูมิภาค ซึ่งต้องพิจารณาไปพร้อมกับลักษณะทั่วไปตามธรรมชาติของสินค้า ทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง และตลาดของสินค้าหรือทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นด้วย

4. อายุการใช้งาน (Useful Life) ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างหลายชนิดมีอายุในการใช้ประโยชน์อย่างจำกัด ไม่ว่าจะด้วยสภาพของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นเองหรือเพราะระยะเวลาที่ได้รับคุ้มครองตามกฎหมาย รวมไปถึงอัตราการเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยี (ยิ่งเทคโนโลยีที่เกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นเปลี่ยนแปลงได้ง่าย ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างยิ่งมีอายุการใช้งานที่สั้น) เช่นเดียวกับระดับการพัฒนาสินค้าใหม่ที่มีประสิทธิภาพมากกว่าด้วย เช่นเดียวกันตัวแปรเหล่านี้อาจส่งผลให้อายุการใช้งานของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างจึงอาจถูกขยายออกไปได้อีกด้วย การประมาณอายุการใช้งานของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างจึงจำเป็นในการหาความเปรียบเทียบกับกันได้ เพราะทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีอายุการใช้งานใช้ประโยชน์ได้นานกว่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอีกชิ้นหนึ่ง มักมีมูลค่าราคาแพงกว่า มีข้อสังเกตว่าอายุการใช้งานของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอาจต่างออกไปหากประโยชน์ที่เกิดจากการใช้งานทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นต่างกัน เช่น หากเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ใช้ในการทำวิจัยและพัฒนา มักจะมีอายุการใช้งานที่ยืดออกไปซึ่งมากกว่าการใช้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเดียวกันในทางพาณิชย์โดยตรงเลย

5. ระดับของการพัฒนา (Stage of development) เนื่องจากหลายครั้งที่มีการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างให้แก่วิสาหกิจในเครือด้วยกัน (ธุรกรรมที่ถูกควบคุม) ทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

ในขณะที่อนันต์อาจยังไม่ถึงขั้นถูกนำมาใช้ประกอบกับสินค้าที่ทำการค้าได้ ตัวอย่างที่พบบ่อยเช่น ในอุตสาหกรรมยาอาจมีการโอนสิทธิบัตรหรือสิทธิในสิทธิบัตรของส่วนประกอบทางเคมีที่จดทะเบียน สิทธิบัตรไว้ให้แกกันในกลุ่มวิสาหกิจในเครือ ซึ่งเป็นการโอนไปล่วงหน้าก่อนจะมีการทำวิจัยพัฒนา หรือการทดสอบ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าส่วนประกอบทางเคมีนั้นมีส่วนทำให้ยาที่จะผลิตขึ้นปลอดภัย หรือมีประสิทธิภาพ ดังนี้ ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่โอนไปซึ่งเห็นได้ว่ามีประโยชน์ทางพาณิชย์แล้ว ขณะโอนย่อมมีมูลค่ามากกว่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอย่างเดียวกันซึ่งยังไม่เห็นความเป็นไปได้ ในการสร้างประโยชน์ทางเศรษฐกิจ การวิเคราะห์ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ยังอยู่ระหว่างการพัฒนา จึงต้องพิจารณาความเป็นไปได้ที่ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นจะถูกพัฒนาและมีประโยชน์ในอนาคต

6. สิทธิในการปรับปรุง แก้ไข และทำให้ทันสมัย (Rights to enhancements, revisions, and updates) ในบางอุตสาหกรรม สินค้าที่ได้รับความคุ้มครองโดยทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เช่น สิทธิบัตร หรือ ลิขสิทธิ์ ทำให้สินค้านั้นไม่มีคู่แข่งใดที่มีสินค้าชนิดหรือประเภทเดียวกันมาแข่งได้ ในระยะเวลาหนึ่ง รวมถึงไม่สามารถนำทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเช่นว่าไปพัฒนา หรือปรับปรุงต่อยอดได้ ผลคือ คู่สัญญาที่มีสิทธิในการปรับปรุงต่อเติมทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในขณะนั้นจะได้รับประโยชน์ หรือข้อได้เปรียบเป็นระยะเวลาหนึ่ง จึงจำเป็นต้องวิเคราะห์สิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นเปิดให้ คู่สัญญาใดทำการปรับปรุง พัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นได้บ้างหรือไม่

ในกรณีที่มีการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างไป หากผู้รับโอนมีสิทธิใช้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ในทางวิจัยเพื่อพัฒนาให้เกิดทรัพย์สินไม่มีรูปร่างใหม่ หรือปรับปรุงให้ดีขึ้น เช่น สิทธิที่จะใช้ software เพื่อเป็นฐานในการพัฒนาสินค้า software ตัวใหม่ๆ ซึ่งช่วยย่นระยะเวลาในการพัฒนามากขึ้น และทำให้เกิดความแตกต่างระหว่าง ข้อดีของการได้เป็นเจ้าของในตลาดที่มีสินค้าใหม่หรือนวัตกรรม ใหม่ เมื่อเทียบกับการตกเป็นกิจการในตลาดที่คู่แข่งมีสินค้าตัวใหม่แล้ว การโอนสิทธิโดยให้สิทธิ ในการพัฒนาด้วย จึงมีมูลค่าสูงกว่า

7. การคาดหวังประโยชน์ในอนาคต (Expectation of future benefit) การเปรียบเทียบ ปัจจัยต่างๆข้างต้นนั้น ส่วนใหญ่แล้วทำแล้วจะเห็นถึงประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตจากทรัพย์สิน ไม่มีรูปร่าง ดังนั้นหากมีเหตุใดที่ทำให้มีความแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญของประโยชน์ที่จะเกิดขึ้น ในอนาคตจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่นำมาเปรียบเทียบ จะทำให้ยากต่อการวิเคราะห์ว่าทรัพย์สิน ไม่มีรูปร่างนั้นสามารถเปรียบเทียบกันได้หรือไม่หากไม่มีการปรับปรุงความสามารถในการเปรียบเทียบ กันได้ ดังนั้นการเปรียบเทียบความสามารถในการทำกำไรและปัจจัยที่มีผลต่อกำไรในอนาคต จึงจำเป็นมากเพราะทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่น่าจะให้ประโยชน์ได้สูงมากนั้นไม่เหมาะสมที่จะนำมา เทียบกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่จะทำประโยชน์ให้กับกิจการเป็นการทั่วไป

### 3.4.3 หลักการได้สัดส่วนกับเงินได้ (commensurate with income) ของประเทศสหรัฐอเมริกา

จากปัญหาการประเมินมูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่หามูลค่าได้ยากในเวลาที่ทำธุรกรรม ประกอบกับความไม่พอใจของฝ่ายการเมืองที่ความสามารถในการเก็บภาษีจากกลุ่มวิสาหกิจในเครือข้ามชาติได้น้อยเมื่อเปรียบเทียบกับที่เก็บได้จากวิสาหกิจของสหรัฐอเมริกาประเทศสหรัฐอเมริกาเอง ทำให้เกิดหลักการที่เรียกว่า หลักการได้สัดส่วนกับเงินได้ (commensurate with income) ขึ้นในปี 1986 'Tax Reform Act' และปรากฏเรื่อยมาใน 'Internal revenue code' มาตรา 482

ก่อนปี 1986 ปัญหาความไม่แน่นอนเนื่องมาจากการขาดความเสมอต้นเสมอปลายในการจัดสรรรายได้ ซึ่งเกิดจากการประเมินมูลค่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีการโอนระหว่างวิสาหกิจในเครือ โดย Internal revenue code ฉบับปี 1969 กำหนดว่าการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างให้กับวิสาหกิจในเครือที่ต่างประเทศ โดยการอนุญาตให้ใช้สิทธิ หรือการขายไปอย่างเด็ดขาดจะต้องอยู่ภายใต้มาตรฐานราคาติดต่ออิสระ<sup>104</sup> ในขณะที่การโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างไปเพื่อเป็นส่วนลงทุนหรือเป็นการขายหรือการจ่ายค่าตอบแทนที่เกี่ยวข้องกับการผลิต การใช้ หรือการจำหน่าย ให้รับรู้เป็นรายได้ในประเทศเป็นจำนวนเท่าที่จะได้รับรายปีตามสัญญา<sup>105</sup> มีการจัดทำรายงานความเห็นของสภาเกี่ยวกับการแก้ไขกฎหมายการกำหนดราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง<sup>106</sup> เห็นว่ามาตรการราคาติดต่ออิสระที่มีอยู่ไม่เพียงพอและไม่ได้สะท้อนระดับผลตอบแทนทางเศรษฐกิจที่เป็นจริง นอกจากนี้ยังเห็นแย้งกับคดีต่างๆที่ศาลตัดสินให้เงินได้เกิดขึ้นที่ต่างประเทศอันทำให้สรรพากรไม่สามารถจัดเก็บภาษีได้ เช่น ในคดี *Eli Lilly & Co. v. Commissioner* สภาเห็นว่ามีการจัดสรรรายได้ที่ไม่เป็นธรรมระหว่างบริษัทแม่ในประเทศสหรัฐอเมริกา กับสาขาในเปอร์โตริโก เพราะบริษัทแม่ให้บริการและสรรหาวัตถุดิบกับสาขาโดยไม่ได้รับค่าตอบแทนเลย (ศาลพิจารณาว่าบริษัทแม่ได้รับค่าตอบแทนเป็นการถือหุ้นทั้งหมดในบริษัทสาขาแล้ว) ทำให้สาขาในต่างประเทศได้รับส่วนแบ่งกำไรที่เกิดจากการพัฒนา ผลิต และขายสินค้าของวิสาหกิจในเครือเกินส่วนไป

<sup>104</sup> I.R.C. section 482 and Treasury Regulation section 1.482-2 (1969) “Transfer of Intangibles to related foreign corporations as licenses or outright sales were subject to the arm’s length standard”

<sup>105</sup> I.R.C. section 367(d)(2) (1969) “transfers as contributions to capital or as sales, the payment for which was contingent on productivity, use, or disposition, required recognition as U.S. source income in the amounts that would have been received annually under the agreement.”

<sup>106</sup> H.R. Conference Report No. 841, 99<sup>th</sup> Cong., 2d Sess. II-637 , II-638 (1969)

รัฐสภาประเทศสหรัฐอเมริกาได้ตระหนักถึงปัญหาของกรมสรรพากร หรือ IRS ในการประยุกต์และบังคับใช้ arm's length standard และเห็นว่าการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างทุกประเภทควรได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน จึงได้บัญญัติเพิ่มเติมประโยคสุดท้ายของมาตรา 482 ซึ่งเป็นความพยายามที่จะจัดการกับเรื่องการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างระหว่างบริษัทแม่กับบริษัทย่อยในประเทศที่เป็นแหล่งหลบภาษี (tax haven) โดยหลักการได้สัดส่วนกับเงินได้ (commensurate with income standard) หรือที่เรียกว่า super royalty provision กำหนดไว้ว่า “ในกรณีการโอน (หรือให้ใช้สิทธิ) ของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ... รายได้ที่เกี่ยวข้องกับการโอนหรือการให้สิทธินั้นต้องได้สัดส่วนกับรายได้ที่เนื่องมาจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น”<sup>107</sup> โดยสภาให้ความเห็นตีความไว้ว่า<sup>108</sup> การจ่ายค่าตอบแทนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ซึ่งวิสาหกิจของรัฐได้โอนไปยังวิสาหกิจต่างประเทศในเครือต้องถูกจัดสรรให้ได้สัดส่วนกับรายได้ที่เกิดขึ้นจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น ไม่ว่าจะเป็นการโอนไปอย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาด คือโอนความเป็นเจ้าของไปด้วยทั้งหมดพร้อมกันไม่ว่าผ่านการขาย การลงทุน หรืออื่นใด รวมไปถึงการโอนไปตามสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิหรือสัญญาอื่นเกี่ยวกับการให้ใช้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

การแก้ไขนี้ต้องการให้ผู้เสียภาษีพิจารณากำไรที่เกิดขึ้นจริงจากการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง หรืออีกนัยหนึ่ง คู่สัญญาแต่ละฝ่ายได้รับรายได้หรือผลตอบแทนจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างซึ่งสะท้อนถึงกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่ทำโดยคู่สัญญานั้น<sup>109</sup> เช่น พิจารณาจากความเสี่ยงโดยวิสาหกิจที่ลงทุนเงินก่อนในช่วงการทำวิจัยพัฒนาย่อมได้รับความเสี่ยงมากกว่าคู่สัญญาอื่นซึ่งมักเป็นวิสาหกิจแม่ที่มีขนาดใหญ่และมีเงินลงทุนเยอะ และควรจะได้รับส่วนแบ่งที่เยอะกว่า ทั้งนี้ยังต้องพิจารณาค่าใช้จ่ายในการลงทุนต้องพิจารณาทั้งกรณีที่มีการลงทุนนั้นประสบความสำเร็จและกรณีที่ล้มเหลว นอกจากนี้วิสาหกิจในเครือต่างประเทศที่แบกรับความเสี่ยงในการทำตลาดแยกออกมาเป็นอีกหน่วยธุรกิจต่างหากซึ่งสามารถหาราคาโอนได้จากการทำการเปรียบเทียบราคาตามความสามารถในการเปรียบเทียบกันได้ ย่อมมีกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่ต่างไปจาก วิสาหกิจในเครือที่ทำการตลาดให้กับวิสาหกิจในเครือด้วยกันเหมือนเป็นการทำกิจการเดียวกัน (unitary business) ซึ่งพิจารณากำไรจากส่วนเพิ่มของต้นทุน (cost plus a mark-up) และไม่มีแบกรับความเสี่ยงเอง เป้าหมายในการกำหนดบทบัญญัติเรื่องนี้เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่าเจ้าพนักงาน

<sup>107</sup> In the case of any transfer (or license) of intangible property, the income with respect to such transfer or license shall be commensurate with the income attributable to the intangible.

<sup>108</sup> Conference Report No. 841, 99<sup>th</sup> Cong., 2d Sess. II-637 , II-638 (1969)

<sup>109</sup> Boos, M. International transfer pricing: The valuation of intangible assets.

ผู้มีอำนาจจะสามารถตรวจสอบความน่าเชื่อถือของการกำหนดราคาโอนที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน ไม่มีรูปร่างว่าได้เป็นไปตามหลักราคาติดต่ออิสระหรือไม่

ในการพิจารณาความได้สัดส่วนของรายได้นั้นต้องพิจารณาเป็น 2 ขั้นตอน ขั้นแรกนั้น สัญญาเบื้องต้นที่ตกลงกันในเรื่องค่าสิทธิ หรือค่าตอบแทนการอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สิน ไม่มีรูปร่าง ในปีที่มีการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น ต้องกำหนดราคาตามหลักราคาติดต่ออิสระ (Arm's length) ซึ่งหมายความว่าต้องมีการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงและเหตุการณ์ในขณะเวลาที่มีการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ยิ่งไปกว่านั้น (ขั้นที่สอง) จะต้องนำหลักการการปรับปรุงราคาตามเงื่อนไขเวลา (periodic adjustment) ภายหลังจากการประเมินในเบื้องต้น ซึ่งหมายความว่า ราคาโอนตอนแรก จะถูกปรับเปลี่ยนเป็นระยะๆ เพื่อสะท้อนถึงปัจจัยการเปลี่ยนแปลงใดๆ ที่ไม่ได้คาดการณ์ไว้ที่เกี่ยวกับความสามารถในการทำกำไรของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีการโอนกันนั้น กฎนี้ทำให้ สรรพากร สามารถปรับเปลี่ยนย้อนหลัง (retroactive adjustment) ค่าสิทธิ หรือค่าตอบแทนการใช้สิทธิเป็นก้อน (lump sum payment) ที่กำหนดไว้ในตอนต้นได้ การปรับเปลี่ยนนี้เพื่อให้สอดคล้องตาม arm's length standard<sup>110</sup> ซึ่งเป็นการปรับปรุงจากเดิมที่จำกัดอำนาจเจ้าหน้าที่ในการจัดสรรรายได้โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงและสถานการณ์ที่เกิดขึ้นขณะโอนเท่านั้น<sup>111</sup> การปรับปรุงเป็นครั้งคราวนี้เพื่อสะท้อนความหลากหลายของเงินได้ที่เกิดจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างและเพื่อให้เป็นเงินได้ที่แท้จริงแต่สภาก็ไม่ได้กำหนดถึงขั้นว่าต้องทำการตรวจสอบเพื่อปรับปรุงทุกปี หรือทุกครั้งที่มีการเปลี่ยนแปลงเล็กน้อยๆ

สรรพากรไม่ต้องการที่จะกำหนดกฎหมายให้มีความชัดเจนเกี่ยวกับการปรับปรุงราคา เพราะต้องการให้เกิดความยืดหยุ่นในการปรับใช้<sup>112</sup> แต่ความยืดหยุ่นนั้นจะต้องมีฐานของความชัดเจนซึ่งอยู่บนหลักความคิดว่า ผู้เสียภาษีควรทำการปรับปรุงราคาบ่อยเท่าที่จำเป็นเพื่อให้แน่ใจว่าราคาโอนนั้นสอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงสำคัญที่มีผลกับรายได้ที่เกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น และหากไม่สมควรได้รับโทษเพราะถือว่าการแจ้งรายได้ที่ต่ำกว่าความเป็นจริง ซึ่งมีข้อสังเกตว่าเป็นการผลักภาระให้ผู้เสียภาษีมีหน้าที่ต้องทำการปรับปรุงเองเสมอ ในขณะที่ไม่กำหนดชัดเจนให้ผู้พ้นเจ้าหน้าที่ให้ทำการปรับปรุงราคาทุกครั้งที่ทำการกำหนดราคาโอน

<sup>110</sup> C.F.R. 1.482-4 (f)(2)(i)

<sup>111</sup> Lashbrooke, E.C. I.R.C § 482 Commensurate with Income Standard for Transfer of Intangibles. Depaul Business Law Journal. 1989 : 173.

<sup>112</sup> Ibid.

การปรับปรุงราคา (periodic adjustment) โดยหลักแล้วถ้ามีการโอนถ่ายทรัพย์สิน ไม่มีรูปร่างภายใต้เงื่อนไขที่กินเวลากว่าหนึ่งปี ค่าตอบแทนที่เกิดขึ้นในแต่ละปีอาจถูกปรับปรุงราคาได้เพื่อให้เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนกับเงินได้ที่เกิดจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างโดยการปรับปรุงราคานี้ยังต้องเป็นไปตามหลักราคาติดต่ออิสระอีกด้วย ในการพิจารณาว่าในแต่ละปีภาษีนั้น จะมีการปรับปรุงราคาหรือไม่ เจ้าพนักงานจะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงและสถานการณ์แวดล้อมที่เกี่ยวข้องที่มีอยู่ตลอดช่วงเวลาที่ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นถูกใช้หรือถูกโอนไป การพิจารณาว่าค่าตอบแทนสำหรับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นเป็นไปตามราคาติดต่ออิสระแล้วในปีแรกๆ ไม่เป็นการตัดสิทธิเจ้าพนักงานที่จะปรับปรุงราคาในปีต่อไป<sup>113</sup>

โดยทั่วไปแล้ว การปรับปรุงราคาสำหรับการกำหนดราคาโอนในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง จะจำเป็นต่อเมื่อวิธีประเมินราคาโอนที่ใช้ต้องอาศัยกำไรที่คาดการณ์ไว้ หรือ cost savings<sup>114</sup> โดยไม่จำเป็นต้องทำการปรับปรุงราคาถ้าประโยชน์ที่เกิดขึ้นจริงจากการใช้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น อยู่ในช่วงมากกว่าหรือน้อยกว่าไม่เกินร้อยละ 20 ของที่คาดการณ์ไว้<sup>115</sup> ถ้าราคาที่เหมาะสมเกินไปจากช่วงนี้ราคาโอนจะต้องถูกตรวจสอบใหม่เว้นแต่เข้าข้อยกเว้นอื่นๆตามกฎหมาย เช่น สัญญามีข้อตกลงห้ามเปลี่ยนแปลงปรับปรุงใดๆเป็นเวลาห้าปีติดต่อกันหลังจากทำการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ปีต่อๆมาจะไม่ต้องทำการปรับปรุงราคาอีก<sup>116</sup> การปรับปรุงราคานี้เป็นไปตามหลักราคาติดต่ออิสระ เนื่องจากต้องการให้สอดคล้องกับการกระทำของวิสาหกิจอิสระกรณีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งพบว่ามีเหตุการณ์ที่เกี่ยวกับธุรกรรมที่ไม่อาจคาดคิดเกิดขึ้นและทำให้ราคาค่าสิทธิหรือค่าตอบแทนจากใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นใช้ไม่ได้อีกต่อไป บทบัญญัตินี้ยังช่วยป้องกันไม่ให้ผู้เสียภาษีจงใจคาดการณ์ประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นจากการใช้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่จะต่างไปโดยไม่สมเหตุผลอย่างมากอีกด้วย

ในกรณีที่มีการจ่ายค่าตอบแทนเป็นก้อนใหญ่ (Lump sum payments) สำหรับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างระหว่างวิสาหกิจในเครือเดียวกัน เงินก้อนนั้นจะต้องเป็นไปตามหลักการได้สัดส่วนกับเงินได้ด้วย ซึ่ง Income Tax Regulations มาตรา 1.482-4(f)(5) อธิบายว่าเงินค่าตอบแทนเป็นก้อนจะถือว่าได้สัดส่วนกับเงินได้เมื่อ จำนวนค่าสิทธิเทียบเท่า (equivalent royalty amount) นั้นเท่ากับจำนวนค่าสิทธิตามหลักราคาติดต่ออิสระ (arm's length royalty)

<sup>113</sup> Income Tax Regulations section 1.482-4(f)(2)(i)

<sup>114</sup> PWC. The International Transfer Pricing Summary for United States [Online]. 2014. Available from : <http://www.pwc.com/gx/en/international-transfer-pricing/assets/united-states.pdf>. page 822

<sup>115</sup> Income Tax Regulations section 1.482-4(f)(2)(ii)(B)

<sup>116</sup> Income Tax Regulations section 1.482-4(f)(2)(iii)(E)

โดยที่จำนวนค่าสิทธิเทียบเท่า คือ จำนวนที่คิดจากค่าตอบแทนเป็นก้อนใหญ่เท่ากับเป็นการจ่ายค่าสิทธิล่วงหน้าสำหรับช่วงเวลาที่ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างจะก่อประโยชน์ให้ทั้งหมด โดยพิจารณาจากจุดราคาขายที่คาดการณ์ไว้ของผู้รับโอนสิทธิ ณ วันที่ทำการโอนสิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง และยังต้องทำการปรับปรุงราคาทุกปีเสมือนเป็นการจ่ายค่าสิทธิจริง ดังนั้นแม้ว่าสรรพากรจะตรวจสอบวันที่จ่ายเป็นก้อนไปแล้ว แต่เจ้าหน้าที่ก็ยังมีสิทธิกลับไปตรวจสอบในแต่ละปีได้อีก

มีข้อพิจารณาว่าหลักการ commensurate with income นี้ สอดคล้องกับหลักการสากลของการกำหนดราคาโอนหรือไม่ โดยเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าหลักสากลในการกำหนดราคาโอนคือ หลักราคาติดต่ออิสระ (Arm's length) พิจารณาได้จากการเป็นที่ยอมรับทั้งในหมู่ประเทศสมาชิก OECD และ UN ซึ่งเป็นหลักการที่สหรัฐอเมริกาเองก็นำมาใช้ตามมาตรา 482 ตั้งแต่มีการแก้ไขกฎหมายเมื่อปี ค.ศ. 1969 และภายหลังที่มีการปรับปรุงเรื่อง commensurate with income กรมสรรพากรก็ให้ความเห็นตลอดมาว่าหลักการนี้ สอดคล้องกับมาตรฐานหลักราคาติดต่ออิสระ และทำให้สอดคล้องกับมาตรฐานการกำหนดราคาโอนของสากลด้วย<sup>117</sup> ในขณะที่นักวิชาการบางส่วนเห็นว่าหลักการได้สัดส่วนของเงินได้นี้เป็นอีกส่วนที่แยกออกต่างหากจากหลักราคาติดต่ออิสระ และอาจทำให้เกิดปัญหาในการกำหนดราคาโอนระหว่างสองรัฐ ที่ฝั่งหนึ่งเป็นกรมสรรพากรของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเมื่อกำหนดราคาโอนโดยใช้หลักความได้สัดส่วนของรายได้แล้วมีราคาสูงกว่าการกำหนดราคาโอนของรัฐคู่สัญญาอีกฝ่ายที่กำหนดราคาโดยวิธีราคาติดต่ออิสระแต่เพียงอย่างเดียว ทำให้เกิดปัญญว่าต่างประเทศอาจไม่ยอมรับวิธีกำหนดราคาโอนของวิสากิจอเมริกาได้ เนื่องจากนักวิชาการเห็นว่าหลักการได้สัดส่วนของเงินได้เป็นหลักการที่มุ่งเน้นพิจารณากำไรหรือเงินได้ ที่เกิดจากการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างซึ่งอาจกระทำได้แม้ไม่มีธุรกรรมที่เหมาะสมที่จะเปรียบเทียบกันได้ของวิสากิจอิสระ ในขณะที่หลักราคาติดต่ออิสระมุ่งเน้นพิจารณาราคาที่อาจเปรียบเทียบกันได้ของวิสากิจในเครือกับวิสากิจอิสระอื่น<sup>118</sup> รวมถึงหลักการได้สัดส่วนของเงินได้ใช้พิจารณากับการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ต้องมีการปรับปรุงราคาภายหลังธุรกรรม การโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นได้เกิดขึ้นไปนานแล้ว ซึ่งไม่สอดคล้องกับกิจกรรมของวิสากิจอิสระ

<sup>117</sup> Internal Revenue Service, Study of Intercompany Pricing Rules, 53 Fed. Reg. at 43540 (1988)

<sup>118</sup> Lashbrooke, E.C. I.R.C § 482 Commensurate with Income Standard for Transfer of Intangibles.

### 3.4.4 การเลือกวิธีประเมินมูลค่าราคาตลาดสำหรับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

ขั้นตอนสำคัญต่อมาจากการระบุตัวทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง และการระบุความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ประกอบกับการพิจารณาหลักราคาติดต่ออิสระ ซึ่งเป็นหัวใจของการหาราคาโอนตามวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการกำหนดราคาโอนแล้ว ขั้นตอนต่อมาคือ การเลือกปรับใช้วิธีประเมินมูลค่าเพื่อพิจารณาราคาโอนว่าเป็นไปตามหลักราคาติดต่ออิสระ หรือเป็นราคาที่สมเหตุสมผลเมื่อเทียบกับธุรกรรมของวิสาหกิจอิสระแล้วหรือไม่ วิธีประเมินมูลค่ามีหลากหลายวิธี มีความเหมาะสมกับธุรกรรมต่างประเภทกันไป เนื่องจากพิจารณาธุรกรรมจากต่างมุมมองกัน วิธีสากลหลักๆ ที่ใช้กันอยู่นั้นปรากฏอยู่ในต้นแบบของ OECD และกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนี้

#### 3.4.4.1 วิธีประเมินมูลค่าตามเกณฑ์ของ OECD

วิธีประเมินมูลค่าตามเกณฑ์ของ OECD ถูกกำหนดไว้ตาม chapter 2 ของ OECD transfer pricing guideline 2010 ซึ่งแบ่งออกเป็นวิธีดั้งเดิม กับ วิธีอื่นๆ โดยผู้เสียภาษีอาจเลือกใช้วิธีใดก็ได้ที่สามารถประมาณราคาโอนได้เป็นไปตามหลักราคาติดต่ออิสระที่สุด เมื่อคำนึงถึงข้อเท็จจริงและสภาพแวดล้อมของธุรกรรม ข้อมูลทั้งหมดที่มี และความน่าเชื่อถือของวิธีประเมิน โดยไม่จำเป็นต้องใช้แค่วิธีเดียว หรือต้องแสดงว่าวิธีอื่นใช้ไม่ได้ แต่อย่างใด<sup>119</sup>

##### (ก) วิธีดั้งเดิม (Traditional Methods)

วิธีดั้งเดิมเป็นวิธีที่อาศัยข้อมูลซึ่งสะท้อนธุรกรรมที่ไม่ได้ถูกควบคุมที่สามารถเทียบกันได้ ทำให้เป็นวิธีที่นิยมมากกว่าและเป็นวิธีที่น่าเชื่อถือที่สุด<sup>120</sup> โดยพิจารณาราคาที่กำหนดระหว่างธุรกรรมที่ถูกควบคุม กับราคาที่กำหนดของธุรกรรมที่ไม่ถูกควบคุมว่าเป็นไปตามหลักราคาติดต่ออิสระหรือไม่ ประกอบไปด้วย วิธีเปรียบเทียบกับราคาที่ไม่มีการควบคุม วิธีกำหนดราคาขายต่อ และวิธีราคาทุนบวกกำไรส่วนเพิ่ม

##### (1) วิธีเปรียบเทียบกับราคาที่ไม่มีการควบคุม (Comparable Uncontrolled Price Method)

วิธีเปรียบเทียบกับราคาที่ไม่มีการควบคุมถูกใช้สำหรับการเปรียบเทียบระหว่างการกำหนดราคาโอนทรัพย์สินหรือบริการของธุรกรรมที่ถูกควบคุมกับการกำหนดราคาโอนทรัพย์สิน

<sup>119</sup> OECD 2010 par.2.2 “...No one method is suitable in every possible situation, nor is it necessary to prove that a particular method is not suitable under the circumstances.”

<sup>120</sup> OECD 2010 par.2.49-2.5



หรือบริการของธุรกรรมที่ไม่ถูกควบคุม ภายใต้สภาพที่สามารถเปรียบเทียบกันได้ คือธุรกรรม มีความคล้ายคลึงกัน และมีความสามารถในการเปรียบเทียบกันได้ค่อนข้างมาก (high comparability) สภาพที่สามารถเปรียบเทียบกันได้ เช่น เงื่อนไขตามสัญญา ปริมาณสินค้า ที่ขาย เวลาที่ทำธุรกรรม สภาพของตลาด จำนวน หน้าที่ และความเสียงของบริษัทที่เกี่ยวข้องกัน วิธีนี้โดยทั่วไปแล้วจะเป็นวิธีที่ตรงและน่าเชื่อถือที่สุดในการหาราคาติดต่ออิสระ หากสามารถ หาผลิตภัณฑ์หรือทรัพย์สินไม่มีตัวตนที่โอนหรือขายให้กับบุคคลอิสระภายนอกที่มีสถานการณ์ ที่ค่อนข้างเหมือนกับธุรกรรมที่มีการควบคุม

โดยมีข้อสังเกตว่าหากเป็นธุรกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างซึ่งหาธุรกรรม อย่างเดียวกันมาเทียบได้ยากนั้น ในทางปฏิบัติจึงไม่สามารถหาการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างหรือสิทธิ ในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างชนิดเดียวกันมาเทียบกันได้ แต่จะเลือกที่ประเภทของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง หรือสิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นแทน เช่น เป็นสิทธิในการผลิตสินค้าประเภทเดียวกัน หรือเป็นสิทธิ ในกระบวนการผลิตเหมือนกัน เป็นต้น

นอกจากนี้การใช้วิธีเปรียบเทียบกับราคาที่ไม่มีการควบคุมในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง OECD ได้กำหนดปัจจัยเสริมเพิ่มเติมสำหรับหาความเปรียบเทียบกันได้ไว้ 7 ประการ ได้แก่ ลักษณะ การสงวนสิทธิ ขอบเขตและการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ขอบเขตด้านภูมิศาสตร์ อายุการใช้งาน ระดับของการพัฒนา สิทธิในการพัฒนาปรับปรุงแก้ไข และการคาดหวังประโยชน์ในอนาคต

## (2) วิธีกำหนดราคาขายต่อ (Resale Price Method)

วิธีนี้คือการคำนวณโดยให้นำค่าตอบแทนในการโอนทรัพย์สินหรือค่าบริการ ซึ่งผู้ซื้อสินค้าหรือบริการจากผู้ขายได้ขายต่อให้แก่บุคคลอื่นซึ่งเป็นผู้สัญญาที่เป็นอิสระต่อกัน หักออกด้วยจำนวนกำไรขั้นต้นที่เหมาะสม โดยจำนวนกำไรขั้นต้นที่เหมาะสมให้คำนวณจากการคูณ ราคาขายต่อของทรัพย์สินหรือบริการดังกล่าวด้วยอัตรากำไรขั้นต้นที่เกิดจากการโอนทรัพย์สิน หรือให้บริการในลักษณะ หรือประเภท หรือชนิดเดียวกันให้แก่ผู้สัญญาที่เป็นอิสระต่อกัน

วิธีราคาขายต่อมักจะเหมาะสมสำหรับการทดสอบการโอนสินทรัพย์ที่มีตัวตน ระหว่างบริษัท เช่น ผู้จัดจำหน่ายสินค้าที่ไม่ได้เพิ่มมูลค่าหรือเพิ่มมูลค่าที่ไม่ได้มีสาระสำคัญ ให้กับสินค้าที่ขายต่อและผู้จัดจำหน่ายไม่ได้เป็นเจ้าของสินทรัพย์ที่ไม่มีตัวตนที่มีค่าซึ่งเกิดจากกิจกรรม ที่ไม่เป็นประจำหรือไม่ใช่ทางปกติของหน้าที่ผู้จัดจำหน่าย ซึ่งส่งผลกระทบต่อกำไรที่ควรจะได้รับ จากการขายสินค้าที่ผู้จัดจำหน่ายขาย เช่นนี้เหมาะสมที่จะใช้วิธีราคาขายต่อ อย่างไรก็ตามการใช้วิธีนี้ ผู้จัดจำหน่ายสินค้าภายใต้การควบคุมและผู้จัดจำหน่ายสินค้าที่ไม่ได้ควบคุมต้องมีหน้าที่งาน และรับความเสี่ยงเหมือนกัน

สำหรับการโอนสิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเป็นธุรกรรมที่นำวิธีราคาขายต่อ มาปรับใช้ได้ค่อนข้างยากเนื่องจากไม่เข้ากับธรรมชาติของการดำเนินธุรกรรม ส่วนการโอนทรัพย์สิน ไม่มีรูปร่างนั้น เนื่องจากวิธีราคาขายต่อเป็นการประเมินราคาโดยพิจารณาจากด้านเดียวคือเทียบกับ ที่ราคาขายต่อ ซึ่งอาจไม่สัมพันธ์กับความสามารถในการสร้างมูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ทำให้การพิจารณาราคาที่แท้จริงอาจผิดเพี้ยนไปได้

### (3) วิธีราคาทุนบวกกำไรส่วนเพิ่ม (Cost Plus Method)<sup>121</sup>

วิธีราคาทุนบวกกำไรส่วนเพิ่มนี้ใช้การบวกกำไรส่วนเพิ่มเข้ากับราคาทุนของผู้ขายสินค้าหรือบริการโดยอิงกับกำไรส่วนเพิ่มในสินค้าหรือบริการของผู้ขายรายเดียวกัน ซึ่งได้ขายสินค้าหรือบริการอย่างเดียวกันให้แก่ผู้ซื้อรายอื่นที่ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกัน กล่าวคือ ราคาทุนในการผลิตสินค้าหรือให้บริการบวกด้วยกำไรที่ต้องการหรือกำไรที่ควรจะได้จากการขาย สินค้า หรือให้บริการนั้นๆ

วิธีนี้จะต้องพิจารณาการเปรียบเทียบกันได้ของกิจกรรมหรือหน้าที่ของผู้ขาย ในการผลิตสินค้าหรือให้บริการอันก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายหรือต้นทุนที่จะใช้เป็นฐานในการบวกกำไรส่วนเพิ่ม กิจกรรมหรือหน้าที่ที่แตกต่างกันมีความเสี่ยงต่างกันควรมีอัตรากำไรส่วนเพิ่มที่ต่างกัน หากกิจกรรม หรือหน้าที่ของบุคคลที่เป็นอิสระไม่อยู่ภายใต้การควบคุมไม่แตกต่างจากผู้ขาย หรือหากมีความแตกต่างกัน ผู้ขายสามารถทำการปรับปรุงอัตรากำไรส่วนเพิ่มเพื่อขจัดความแตกต่างกันออกไปได้

นอกจากนี้สำหรับธุรกรรมที่เกี่ยวกับการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างหรือสิทธิ ในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น เนื่องจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเป็นสิ่งที่วัดมูลค่าของต้นทุนได้ยาก และมูลค่า ต้นทุนนั้นไม่สัมพันธ์กับความสามารถในการสร้างกำไรเสมอไป เช่นการลงทุนวิจัยพัฒนาขั้นตอน การผลิตสินค้าหนึ่งๆ อาจเสียเวลาและเงินทุนในการวิจัยเป็นหลายสิบปี แต่อาจไม่ได้ผลลัพธ์ที่มีมูลค่ามาก เนื่องจากกว่าจะคิดค้นออกมาได้ เทคโนโลยีที่มีในปัจจุบันก็ก้าวหน้าไปมากแล้ว การพิจารณาราคา โอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างโดยวัดจากมูลค่าของต้นทุนจึงอาจเป็นวิธีที่ไม่เหมาะสม

### (ข) วิธีอื่น

#### (1) วิธีคำนวณกำไรสุทธิจากรายการค้า (Transactional Net Margin Method)<sup>122</sup>

<sup>121</sup> สมศักดิ์ อรรถสมเสลา. "ปัญหาการนำหลักการตั้งราคาโอน มาใช้กับภาษีเงินได้นิติบุคคล ตามประมวลรัษฎากร." หน้า 116.

<sup>122</sup> ธิตาลักษณ์ นากามิจิ. "ปัญหาการปรับใช้วิธีการคำนวณราคาโอนที่ได้รับรองในทางสากล กรณีสัญญาอนุญาตให้ ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา." หน้า 92

วิธีนี้เป็น การเปรียบเทียบกำไรส่วนเพิ่มสุทธิของธุรกิจที่ทำกับคู่สัญญาที่มีความสัมพันธ์กัน กับกำไรส่วนเพิ่มสุทธิของธุรกิจที่ทำกับบุคคลที่สามที่นำมาเปรียบเทียบ ทั้งนี้เพื่อเป็นการพิสูจน์ว่าราคาของธุรกิจที่ทำกับคู่สัญญาที่มีความสัมพันธ์กันทั้งด้านรายรับและด้านรายจ่าย จะสอดคล้องกับราคาตลาดหรือหลักการราคาติดต่ออิสระหรือไม่ มิใช่เป็นการนำราคาของบริษัทที่ถูกตรวจสอบไปเทียบกับราคาของบุคคลที่สามแต่อย่างใด วิธีนี้มักจะใช้บ่อยที่สุดและใช้ได้กับทุกกิจกรรม ข้อกำหนดในการใช้วิธีนี้ที่เชื่อถือได้ข้อหนึ่งคือ การกำหนดเงื่อนไขในการเลือกคู่สัญญาที่ถูกทดสอบเพื่อการวิเคราะห์ที่เทียบเคียง คู่สัญญาที่ถูกทดสอบควรจะเป็นหน่วยที่ทำหน้างานอย่างง่าย ๆ รับความเสี่ยงไม่มาก และเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างน้อยที่สุด เพราะคู่สัญญาที่มีความซับซ้อนมากอาจจำเป็นต้องปันส่วนโดยปราศจากเหตุผลหลายอย่างและต้องปรับปรุงงบการเงินด้วย ดังนั้นจึงมีการลดความน่าเชื่อถือของผลการวิเคราะห์ การประกอบ การของคู่สัญญาที่ถูกทดสอบถ้ายิ่งซับซ้อนมากเท่าใด การหาบริษัทซึ่งเป็นบุคคลที่สามที่จะพึงเปรียบเทียบได้เพื่อการวิเคราะห์ของวิธีนี้ก็ยิ่งยุ่งยากมากขึ้น เพราะวิธีนี้จะประเมินผลว่าราคา ที่เรียกเก็บสำหรับธุรกิจที่ทำกับคู่สัญญาที่มีความสัมพันธ์กันจะสอดคล้องกับราคาตลาดหรือไม่ โดยอยู่บนพื้นฐานของการชี้วัดระดับกำไร (Profit level indicator) ที่หามาได้จากผู้เชี่ยวชาญที่เป็นอิสระที่มีกิจกรรมทางธุรกิจคล้ายคลึงกัน

การคำนวณกำไรสุทธิของธุรกิจที่ถูกควบคุมและไม่ถูกควบคุม นำมาเปรียบเทียบกัน เป็นการเปรียบเทียบด้านเดียวคือด้านของผู้รับโอน ทำให้ขาดการวิเคราะห์ถึงความสามารถในการสร้างมูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างของผู้โอน และไม่อาจสรุปได้ว่ากำไรที่เหลือจากการทำงานตามหน้าที่ปกติที่เกิดขึ้นควรเป็นของเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเสมอไป จึงอาจไม่เหมาะสมกับการประเมินราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง หรือสิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

#### (2) วิธีแบ่งกำไร (Profit Split Method)<sup>123</sup>

วิธีนี้มักใช้กับการประเมินเพื่อวัตถุประสงค์ในทางภาษี โดยวิธีนี้เป็นการประเมินมูลค่าโดยตั้งอยู่บนแนวคิดที่ว่าผลประโยชน์โดยรวมหรือกำไรขององค์กรธุรกิจนั้น มีส่วนมาจากการถือครองทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ถูกประเมินอยู่ด้วย ทำให้ทราบกำไรโดยรวมโดยการพิจารณาจากรายรับโดยรวมประจำปี รายรับจากการปฏิบัติงาน และสันนิษฐานสัดส่วนของกำไรรวมที่เป็นผลโดยตรงจากการถือครองทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ก็จะสามารถสะท้อนให้เห็นมูลค่าปัจจุบัน

<sup>123</sup> ศรตม์ ดิษฐปาน. "การประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อวัตถุประสงค์ทางภาษีเงินได้." (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555). หน้า 53

ของทรัพย์สินทางปัญญาได้ ดังนั้นในการประเมินราคาจะต้องมีคู่สัญญาในธุรกรรมที่ถูกควบคุมนั้น อย่างน้อยสองฝ่ายขึ้นไป ซึ่งวิธีการแยกผลกำไร (Profit Split Method) นี้เป็นวิธีหนึ่งที่ยอมรับให้ใช้ในการตรวจสอบราคาที่เหมาะสมตามหลักราคาติดต่ออิสระ (arm's length price) ด้วย โดยการพิจารณาว่ากำไรนั้นจะถูกแบ่งอย่างไรหากเป็นธุรกรรมระหว่างวิสาหกิจอิสระที่อยู่บนข้อเท็จจริงและสถานการณ์อย่างวิสาหกิจในเครือ

วิธีประเมินราคาโดยการแบ่งกำไรนี้นำมาใช้เมื่อข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับความเปรียบเทียบกันได้นั้นไม่เพียงพอ คือไม่สามารถหาธุรกรรมแบบเดียวกันหรือคล้ายกันมากพอที่จะนำมาเปรียบเทียบได้ โดยเฉพาะธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

#### 3.4.4.2 วิธีประเมินมูลค่าตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเลือกใช้กฎ 'best method rule' ซึ่งกำหนดให้ผู้เสียภาษีเลือกวิธีประเมินราคาโดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงและสถานการณ์แวดล้อมตามแต่กรณี ซึ่งจะให้ผลตามราคาติดต่ออิสระที่น่าเชื่อถือมากที่สุดเมื่อเทียบกับวิธีอื่น โดยไม่มีกฎตายตัวว่าต้องใช้วิธีไหนก่อน ไม่มีการกำหนดว่าวิธีใดมีความเชื่อถือมากกว่า และไม่จำเป็นที่จะต้องแสดงให้เห็นว่าวิธีอื่นไม่เหมาะสมกว่าอย่างไร โดยวิธีที่เป็นที่ยอมรับตาม 1994 regulations เป็นต้นมาได้แก่

##### (ก) The comparable uncontrolled transaction method (CUT)

มาตรา 1.482-4(c) ของ Income Tax Regulations กำหนดวิธีการประเมินมูลค่าโดยการเปรียบเทียบธุรกรรมที่ไม่ถูกควบคุม the comparable uncontrolled transaction หรือ CUT เป็นวิธีการประเมินโดยใช้การทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (transaction-based method) โดยพิจารณาว่าราคาที่คิดในธุรกรรมที่ถูกควบคุมเป็นไปตามหลักราคาติดต่ออิสระ โดยการเทียบเคียงกับราคาที่คิดในธุรกรรมที่ไม่ถูกควบคุมที่สามารถเปรียบเทียบกันได้ ซึ่งคล้ายกับวิธี CUP ของ OECD วิธีการนี้กำหนดให้นำข้อมูลมาเปรียบเทียบกันได้ระหว่างธุรกรรมที่อยู่ภายใต้การควบคุม(ธุรกรรมภายในวิสาหกิจเดียวกัน) กับธุรกรรมอิสระที่ไม่ได้อยู่ภายใต้การควบคุม (ธุรกรรมที่ทำกับวิสาหกิจอิสระอื่น) ซึ่งมีสินค้าหรือกระบวนการที่คล้ายกัน อยู่ในอุตสาหกรรมหรือตลาดแบบเดียวกันและมีความสามารถในการทำกำไรคล้ายกัน (profit potential)<sup>124</sup>

<sup>124</sup> § 1482-4 (c) (2) (iii) (B) (1) Comparable intangible property. In order for the intangible property involved in an uncontrolled transaction to be considered comparable to the intangible property involved in the controlled transaction, both intangibles must --

มาตรา 1.482-4(c)(2)(ii) อธิบายความน่าเชื่อถือของการใช้วิธีประเมินนี้ว่า ถ้าสามารถหาธุรกรรมที่ไม่ถูกควบคุมซึ่งเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่เหมือนกัน หรือไม่แตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ หรือเป็นความต่างเล็กน้อยที่สามารถทำการปรับปรุงได้ รวมถึงเป็นธุรกรรมที่มีสภาพแวดล้อมเป็นอย่างเดียวกัน ผลที่ได้จากการประเมินโดยวิธีนี้จะมีความน่าเชื่อถือที่สุดในการหาราคาโอนตามหลักราคาติดต่ออิสระ หากไม่สามารถหาธุรกรรมที่ไม่ถูกควบคุมลักษณะเดียวกันเช่นว่า ให้ใช้ธุรกรรมที่ไม่ถูกควบคุมซึ่งเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่อาจเทียบกันได้ ซึ่งอยู่ในสภาพแวดล้อมที่อาจเทียบกันได้มาปรับใช้ในวิธีประเมินแบบ CUT ได้ ซึ่งทำให้วิธีประเมินเช่นนี้มีที่ใช้มากขึ้นแต่ความน่าเชื่อถือของราคาจะน้อยลงไปด้วย การนำมาเปรียบเทียบตามวิธี CUT จึงต้องพิจารณาถึงระดับความเปรียบเทียบกันได้ด้วย ตามที่ § 1.482-4 (C) (2) (iii) (A) ได้กล่าวว่า ระดับของการเปรียบเทียบระหว่างธุรกรรมที่ถูกควบคุมกับธุรกรรมที่ไม่ถูกควบคุม จะถูกกำหนดโดยเอาเรื่องความเปรียบเทียบกันได้ (comparability) ตามมาตรา 1.482-1 (d) มาปรับใช้<sup>125</sup> ซึ่งพิจารณาความแตกต่างของเงื่อนไขตามสัญญา หน้าที่การงาน ความเสี่ยงที่รับ เงื่อนไขทางเศรษฐกิจ และตัวสินค้าหรือบริการ เพราะเหล่านี้มีผลกับราคาโอนอย่างมีนัยสำคัญ

สำหรับธุรกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ถูกประเมินราคาโอนโดยวิธี CUT นอกจากความเทียบกันได้ตามมาตรา 1.482-1 (d) ข้างต้นแล้วให้พิจารณาความเทียบกันได้ตามมาตรา 1.482-4 (c)(2)(iii)(B)(1) ด้วย ซึ่งประกอบไปด้วยการพิจารณาความเทียบกันได้ของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง และความเทียบกันได้ของสภาพแวดล้อม ความเทียบกันได้ของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างกฎหมายกำหนดว่า ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่นำมาเทียบกันนั้นต้องมีความเกี่ยวข้องในสินค้าหรือกระบวนการในภาคอุตสาหกรรมเดียวกัน หรือตลาดเดียวกัน และต้องมีความสามารถในการทำกำไรที่คล้ายคลึงกัน โดยความสามารถในการทำกำไร ได้จากคำนวณ มูลค่าสุทธิของประโยชน์ที่ได้จากการใช้หรือโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในปัจจุบัน ซึ่งคำนวณจากกำไรที่คาดหวังหรือต้นทุนที่จะประหยัดได้ประกอบกับการพิจารณา จำนวนเงินที่ลงทุน ค่าใช้จ่ายในการเริ่มกิจการ ความเสี่ยงที่คาดว่าจะได้รับ และข้อพิจารณาอื่นๆที่เกี่ยวข้อง ยิ่งกำไรที่คาดว่าจะได้รับมีจำนวนมาก ยิ่งต้องหาความสามารถในการทำกำไรที่อาจเทียบกันได้ที่น่าเชื่อถือมาก แต่ถ้าข้อมูลที่ใช้ในการหาความสามารถในการทำกำไรนั้นไม่เพียงพอและกำไรที่คาดว่าจะได้รับนั้นมีจำนวนน้อย (ความสำคัญ

---

(i) Be used in connection with similar products or processes within the same general industry or market; and

(ii) Have similar profit potential.

<sup>125</sup> สุชาติ ธารจินตวงศ์. "ปัญหาการจัดเก็บภาษีเงินได้กรณีค่าตอบแทนจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ได้รับโดยบริษัท หรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศและมีได้ประกอบกิจการในไทย." หน้า 181.

ในการหาความสามารถในการทำกำไรไม่มากนัก) กฎหมายกำหนดให้ไปพิจารณาความสามารถเทียบกันได้ของสภาพแวดล้อมเพียงอย่างเดียวแทนได้ ซึ่งให้พิจารณาปัจจัย เช่น เงื่อนไขในการโอนระดับขั้นการพัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ระดับความเป็นเอกลักษณ์ของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น และระยะเวลาที่จะยังดำรงความเป็นเอกลักษณ์นั้นไว้ได้ หรือหน้าที่ที่ผู้โอนกับผู้รับโอนต้องกระทำ

IRS (Internal Revenue Service) สรรพากรของประเทศสหรัฐอเมริกา พิจารณาแล้วว่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีมูลค่ามากมักจะไม่ถูกโอนถ่ายหรืออนุญาตให้ใช้ระหว่างคู่สัญญาที่ไม่มีความสัมพันธ์กันทำให้การหาธุรกรรมมาเปรียบเทียบกับนั้นทำได้ยาก แต่อย่างไรก็ตาม หากผู้เสียภาษีสามารถหาธุรกรรมที่คล้ายเคียงกันโดยมีหลักฐานที่มีความน่าเชื่อถือเพียงพอได้ ก็สามารถนำวิธี CUT มาใช้ได้

#### (ข) The comparable profit method (CPM)

วิธีนี้คล้ายกับวิธี TNMM ของ OECD โดยเป็นการวิเคราะห์หาราคาติดต่ออิสระของธุรกรรมที่มีการควบคุม (ธุรกรรมของวิสาหกิจภายในเครือ) จากการทำกำไรหรือที่เรียกว่า ตัวชี้วัดระดับกำไร (Profit Level Indicators หรือ PLIs) เทียบกับระดับการทำกำไรของวิสาหกิจอิสระอื่นที่อยู่ในกิจกรรมทางธุรกิจและภายใต้สถานการณ์แวดล้อมที่คล้ายคลึงกันกับวิสาหกิจภายในเครือ<sup>126</sup> ซึ่งตัวชี้วัดระดับกำไรนี้คือสัดส่วนของความสัมพัทธ์ระหว่างกำไรกับต้นทุนหรือทรัพยากรที่ใช้ เช่น อัตราผลตอบแทนเทียบกับเงินทุนที่เสียไปเมื่อพิจารณาแล้วจึงจะระบุได้ว่าเป็นไปตามหลักราคาติดต่ออิสระหรือไม่ ดังนั้นวิธี CPM คือการเปรียบเทียบกำไรจากการดำเนินงาน (operating profits) ของวิสาหกิจในเครือวิสาหกิจหนึ่งของธุรกรรมที่ถูกควบคุม เทียบกับกำไรจากการดำเนินงานของวิสาหกิจหนึ่งในธุรกรรมที่ไม่มีการควบคุมซึ่งมีลักษณะคล้ายกัน ทั้งนี้ยังต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน §1.482-5 (b) (2) ซึ่งกำหนดว่าคู่สัญญาที่ถูกทดสอบควรจะมีลักษณะปกติธรรมดาโดยมีความซับซ้อนน้อยที่สุด<sup>127</sup>

วิธีประเมินแบบ CPM นี้จึงเป็นการเปรียบเทียบที่กำไรของธุรกรรม มากกว่า การพิจารณาตัวธุรกรรมอย่างวิธี CUT และยังคงอาศัยความเปรียบเทียบกันได้ของหน้าที่การงาน

<sup>126</sup> Income tax regulation section 1.482-5 The comparable profits method evaluates whether the amount charged in a controlled transaction is arm's length based on objective measures of profitability (profit level indicators) derived from uncontrolled taxpayers that engage in similar business activities under similar circumstances

<sup>127</sup> สุชาติ ธาตุจินดาวงศ์. "ปัญหาการจัดเก็บภาษีเงินได้กรณีค่าตอบแทนจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ได้รับโดยบริษัท หรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศและมีได้ประกอบกิจการในไทย." หน้า185.

(functional comparability) น้อยกว่าวิธี cost plus หรือ resale price เพราะพิจารณาเพียงกำไรของการทำงานโดยรวมมากกว่ากำไรขั้นต้น (gross margin) รวมถึงไม่ได้รับผลกระทบในการคำนวณราคาแม้ว่าจะมีความแตกต่างในความเปรียบเทียบกันได้ของตัวสินค้า (product comparability) แต่อาจเชื่อถือได้น้อยหากมีความต่างในแง่โครงสร้างธุรกิจ หรือความมีประสิทธิภาพของการบริหาร ซึ่งมีผลกระทบกับกำไรจากการทำงานมากกว่ากำไรขั้นต้น

วิธีประเมินแบบ CPM นี้จึงเหมาะจะใช้เมื่อไม่สามารถใช้วิธีประเมินอื่นได้ เนื่องจากมีความแตกต่างระหว่างธุรกรรมที่ถูกควบคุมกับธุรกรรมอิสระในแง่ ความเปรียบเทียบกันได้ของหน้าที่การงาน หรือสินค้า ทำให้ไม่เหมาะสมกับวิธี CUT cost plus method หรือ RPM ถึงอย่างไรก็ยังเป็นวิธีการที่ไม่เหมาะกับวิสาหกิจในเครือที่มีทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีลักษณะเด่นแตกต่างและมีมูลค่าสูงเพราะจะไม่สามารถหาวิสาหกิจอิสระอื่นซึ่งมีทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีลักษณะคล้ายกันมาเทียบในแง่การทำกำไรได้และกำไรที่ได้ของกิจการก็มักไม่สะท้อนต้นทุนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เนื่องจากราคาต้นทุนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างไม่อาจคำนวณได้ง่ายเช่นวัตถุดิบรูปร่าง และต้นทุนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอาจจะน้อยมากเมื่อเทียบกับความสามารถในการสร้างกำไรของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น

#### (ค) วิธีแบ่งกำไร The profit split method

§ 1.482-6<sup>128</sup> วิธีการแบ่งกำไร พิจารณากำไรหรือขาดทุนจากการทำงานของกลุ่มวิสาหกิจในเครือ ว่ามีการแบ่งสรรกันตามหลักราคาติดต่ออิสระหรือไม่ โดยพิจารณาจากมูลค่าของความมีส่วนร่วมของแต่ละวิสาหกิจในเครือ โดยควรนำมาใช้กับการดำเนินธุรกิจที่มีความซับซ้อนต่ำ รวมถึงถ้าข้อมูลที่มีระหว่างกลุ่มวิสาหกิจด้วยกัน มีข้อมูลของวิสาหกิจหนึ่งมีความน่าเชื่อถือมากกว่า การใช้วิธีประเมินราคาซึ่งเน้นพิจารณาผลของวิสาหกิจนั้น จะน่าเชื่อถือมากกว่า (คือใช้วิธี CPM กับวิสาหกิจนั้นแทน Profit split)<sup>129</sup>

<sup>128</sup> Income Tax Regulations section 1.482-6 “In general. The profit split method evaluates whether the allocation of the combined operating profit or loss attributable to one or more controlled transactions is arm's length by reference to the relative value of each controlled taxpayer's contribution to that combined operating profit or loss. The combined operating profit or loss must be derived from the most narrowly identifiable business activity of the controlled taxpayers for which data is available that includes the controlled transactions (relevant business activity).”

<sup>129</sup> Bonano, W.E. Transfer of Intangible Property under Section 482. International Tax Bulletin Feb 1999 : 5

§ 1.482-6-(c)(4) แยกวิธี profit split method ออกเป็นอีก 2 วิธีด้วยกันได้แก่ The comparable profit split method (CPSM) และ The residual profit split method (RSPM)

The comparable profit split method (CPSM) คล้ายกับวิธี CPM ซึ่งเน้นพิจารณาไปที่กำไรจากการดำเนินงานของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย แต่แตกต่างกับวิธี CPM ตรงที่ CPSM ไม่ได้ใช้สัดส่วนการเงิน (financial ratios) กฎหมายอธิบายว่าวิธีนี้คือการรวมกำไรจากการดำเนินงานของวิสาหกิจอิสระที่มีการทำธุรกรรมและกิจกรรมการค้าที่คล้ายคลึงกันกับวิสาหกิจในเครือ ในกิจกรรมธุรกิจที่เกี่ยวข้อง การแบ่งแยกกำไรที่ทำในธุรกรรมที่ไม่มีการควบคุมจะถูกนำมาเป็นฐานเปรียบเทียบให้กับธุรกรรมที่ถูกควบคุม และเพื่อพิจารณาว่าธุรกรรมนั้นสามารถนำมาเทียบกันตามวิธี CPSM ได้หรือไม่นั้น ควรจะต้องวิเคราะห์ปัจจัยต่างๆที่มีผลกระทบต่อกำไรได้ ซึ่งได้แก่ หน้าที่การงานที่ทำ เจื่อนใจตามข้อสัญญา ความเสี่ยงที่คาดว่าจะต้องรับ เจื่อนใจทางเศรษฐกิจ และการถ่ายโอนทรัพย์สินหรือบริการ กฎหมายยังวางหลักอีกว่าหากกำไรเนื่องจากการดำเนินงานรวมกันแล้ว มีความแตกต่างกันมากอย่างมีนัยสำคัญระหว่างกำไรของกลุ่มวิสาหกิจที่ทำธุรกรรมที่ไม่ถูกควบคุม กับธุรกรรมที่ถูกควบคุม วิธีการ CPSM นี้จะไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้<sup>130</sup>

มีการให้ความเห็นเรื่องวิธี CPSM นี้เหมาะสำหรับใช้ในการประเมินมูลค่าธุรกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างหรือไม่ บางความเห็นเห็นว่าในทางปฏิบัตินั้นเป็นการยากที่จะหาข้อมูลภายนอกกลุ่มวิสาหกิจของตัวเองเพื่อจะนำมาเป็นข้อมูลของกลุ่มธุรกรรมที่ไม่ได้ถูกควบคุมมาใช้ในการเปรียบเทียบ เช่น ข้อมูลการปฏิบัติทางบัญชี (accounting treatment) และข้อมูลการตลาดภายนอก(external market) อื่นๆ ทำให้ไม่ค่อยมีที่ใช้ แต่บางความเห็นก็เห็นว่าสำหรับ เครื่องหมายการค้า และสิทธิบัตรนั้น วิธีนี้อาจเป็นวิธีที่เหมาะสมที่สุดได้โดยดูจากส่วนแบ่งกำไรที่เหลืออยู่หลังจากแบ่งกำไรตามการดำเนินงานประเภทอื่นๆที่ไม่เกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างทั้งหมด

The residual profit split method (RSPM) วิธีการประเมินมูลค่าวิธีนี้แบ่งเป็น สองส่วน ส่วนแรกได้แก่การประมาณผลตอบแทนการตลาด (market returns) ที่เกิดขึ้นจากการทำงานประจำปกติ (routine) ซึ่งได้แบ่งสรรให้แก่คู่สัญญาที่ดำเนินงานนั้นๆ ส่วนต่อมาก็คือ การแบ่ง เงินได้ส่วนที่เหลือซึ่งไม่ได้เกิดจากการทำงานปกติ เช่นการปันเงินได้ระหว่างผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ (licensor) กับ ผู้อนุญาตให้ใช้สิทธิ (licensee) ตามความสัมพันธ์ในการสร้างมูลค่าให้กับ

<sup>130</sup> Income tax Regulations section 1.482-6 (c)(2)(ii)(B)(1) “...Finally, the comparable profit split may not be used if the combined operating profit (as a percentage of the combined assets) of the uncontrolled comparable varies significantly from that earned by the controlled taxpayers.”



ทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (relative value) นั้นของผู้เสียภาษีแต่ละคน ข้อสังเกตคือขั้นตอนที่สองนี้ไม่ขึ้นอยู่กับปัจจัยความสามารถเปรียบเทียบกันได้ของตลาด

§ 1.482-6 (c) (3) (i) (B) กำหนดวิธีการในการแบ่งสรรเพื่อหามูลค่า relative value ไว้สามวิธี (apportionment) วิธีแรกคือการวัดปริมาณการสร้างมูลค่าให้กับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างโดยเทียบจากปัจจัยภายนอกของการตลาด (external market) ซึ่งสะท้อนมูลค่าการตลาดที่เหมาะสม (fair market value) ของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น วิธีที่สองคือ การประมาณจากเงินทุนที่ใช้ในการพัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างตลอดจนการปรับปรุงและอัปเดตที่เกี่ยวข้องทั้งหมด และวิธีสุดท้ายคือดูจากค่าใช้จ่ายที่ใช้ไปในการทำ research and development ในปีที่ผ่านมา

โดยทั่วไปแล้ววิธี RPSM นี้จะมีความน่าเชื่อถือมากน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับข้อมูลภายในวิสาหกิจในเครือด้วยกันมากกว่าข้อมูลจากองค์กรภายนอก ดังนั้นในแง่การประเมินเพื่อให้เป็นไปตามราคาติดต่ออิสระแล้ว วิธีนี้อาจมีความน่าเชื่อถือน้อยกว่าวิธีอื่น อย่างไรก็ตามวิธีนี้ก็มิข้อดีของมันซึ่งแตกต่างจากวิธีอื่นๆ คือวิธีนี้จะมีการประเมินจากคู่สัญญาทุกฝ่ายในธุรกรรมที่มีการควบคุมนั้นโดยวิธีการแบ่งสรรกำไร (profit split) ซึ่งเหมาะสมกับกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างก็มีทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีมูลค่าสูงอยู่ด้วย

(ง) วิธีอื่นๆ ที่ไม่ได้ระบุไว้ Unspecified methods

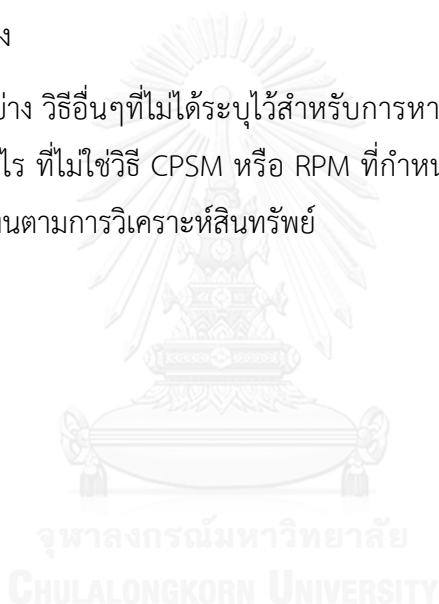
วิธีนี้โดยหลักการแล้วนอกจากวิธีดังกล่าวข้างต้นที่ใช้เพื่อหาราคาติดต่ออิสระแล้ว กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาเปิดโอกาสให้นำวิธีอื่นมาปรับใช้ได้ตาม § 1.482-4 (d) โดยจะต้องเป็นวิธีการภายใต้หลักการตาม § 1.482-1 และเช่นเดียวกับกับวิธีเฉพาะอื่นๆ วิธี Unspecified method นี้ต้องพิจารณาถึงหลักการทั่วไปว่า วิสาหกิจอิสระอื่นยอมพิจารณาเงื่อนไขต่างๆที่มีในธุรกรรมซึ่งเป็นเงื่อนไขที่ในความเป็นจริงแล้วเป็นประโยชน์มากกว่าทางเลือกเงื่อนไขของธุรกรรมอื่นๆเขาถึงตัดสินใจทำธุรกรรมนั้นๆ ดังนั้นเพื่อจะพิสูจน์ว่าราคาโอนของธุรกรรมที่ถูกควบคุมหรือธุรกรรมของวิสาหกิจในเครือเดียวกันเป็นไปตามหลักราคาติดต่ออิสระหรือไม่ตามวิธีอื่น ๆ นั้น จะต้องมีการให้ข้อมูลเกี่ยวกับราคาหรือต้นทุนของธุรกรรมที่มีการควบคุมที่เพียงพอ

Section 1.482-4 (d)(2) ยกตัวอย่างวิธีอื่น ๆ ไว้ เช่น บริษัทแม่ในประเทศสหรัฐอเมริกาทำสัญญาให้ใช้สิทธิในการใช้กระบวนการทางอุตสาหกรรมในการผลิตกาวแบบแน่นพิเศษแก่บริษัทลูกในต่างประเทศ โดยคิดค่าสิทธิ หรือค่าตอบแทนการใช้สิทธิ เป็นมูลค่า 100 ดอลลาร์ ต่อปริมาณสินค้าที่ขายได้ 1 ตัน บริษัทลูกใช้กระบวนการดังกล่าวผลิตกาวขายแก่ลูกค้าทั้งที่เป็นวิสาหกิจในเครือและอิสระในต่างประเทศ ในราคา 550 ดอลลาร์ต่อตัน ในขณะที่บริษัทแม่ก็ผลิตและขายกาวเองในประเทศด้วย สำหรับการพิจารณาว่าราคาโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

ระหว่างบริษัทแม่และบริษัทลูกเป็นไปตามหลักราคาติดต่ออิสระใหม่ ต้องคิดบนพื้นฐานว่าหากเป็นวิสาหกิจอิสระ บริษัทแม่จะผลิตและขายกาวยไปต่างประเทศเองดีกว่าหรือไม่ หากจากการพิจารณาอย่างมีเหตุผลแล้วพบว่า บริษัทแม่สามารถผลิตและขายรวมถึงทำการตลาดเพื่อขายกาวยนี้ในต่างประเทศได้โดยไม่ขาดทุนที่ราคา 300 ดอลลาร์ต่อตัน หมายความว่า ถ้าบริษัทแม่ที่ประเทศสหรัฐอเมริกาทำกาวยไปขายเองที่ราคาตลาด 550 ดอลลาร์ จะได้รับกำไรมากกว่าการโอนเป็นค่าสิทธิราคาค่าสิทธิ 100 ดอลลาร์จึงไม่ใช่ราคาตามหลักราคาติดต่ออิสระ

วิธีอื่นนี้ต้องเป็นวิธีที่มีความน่าเชื่อถือมากที่สุดจากวิธีต่างๆที่กฎหมายกำหนดไว้ รวมถึงต้องสอดคล้องกับหลักการ Best method ซึ่งในกรณีนี้ความน่าเชื่อถือของวิธีอื่นนั้น ถ้าใช้วิธีที่ใช้ข้อมูลภายในของวิสาหกิจเองมากกว่าการนำมาเทียบกับข้อมูลของวิสาหกิจอิสระอื่น ความน่าเชื่อถือก็จะน้อยลง

ตัวอย่าง วิธีอื่นที่ไม่ได้ระบุไว้สำหรับการหาราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เช่น การใช้วิธีการแบ่งกำไร ที่ไม่ใช่วิธี CPSM หรือ RPM ที่กำหนดตามกฎหมาย แต่ใช้วิธีแบ่งกำไร โดยดูจากอัตราผลตอบแทนตามการวิเคราะห์สินทรัพย์



## บทที่ 4

### ปัญหาในการกำหนดราคาโอนในธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

เนื่องจากสภาพของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ไม่อาจจับต้องหรือมองเห็นได้ ทำให้เกิดความแตกต่างกับทรัพย์สินมีรูปร่างในหลายประการ และทำให้เกิดปัญหาตามมา โดยปัญหาที่เป็นที่พูดถึงกันมากได้แก่ การกำหนดความเป็นเจ้าของของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเพื่อพิจารณาสัดส่วนรายได้ที่ควรจะเป็นของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย รวมไปถึงปัญหาการเลือกวิธีการกำหนดราคาโอนที่น่าเชื่อถือ ทำให้เมื่อนำกฎหมายของต่างประเทศมาปรับใช้กับของประเทศไทยจำเป็นต้องศึกษาถึงปัญหาเหล่านี้ก่อนที่จะกำหนดแนวทางปฏิบัติในประเทศไทย

#### 4.1 ความแตกต่างของทรัพย์สินมีรูปร่างกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่เกี่ยวกับการกำหนดราคาโอน

โดยทั่วไปนั้น เราสามารถจำแนกทรัพย์สินมีรูปร่างกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างออกจากกันได้โดยง่าย กล่าวคือทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง คือทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างทางกายภาพ แต่มีการรับรู้ว่ามีอยู่เนื่องจากมีความสามารถในการสร้างประโยชน์อันอาจถือเอาได้ มีราคามูลค่าในตัวมันเอง และเกิดจากการสร้างสรรค์ของมนุษย์ โดยอาจจะมีรูปร่างทางกายภาพก็ได้ แต่ประโยชน์ที่เกิดขึ้นไม่ใช่เพราะประโยชน์ตามสภาพทางกายภาพ ดังนั้น ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างจึงอาจเป็นอะไรได้หลากหลายมาก ดังเช่นที่ได้ศึกษาประเภทของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างแล้ว เช่น เป็นเงินทุนทางปัญญา เช่น ต้นทุนทางสังคม ความสัมพันธ์อันดีกับลูกค้าเก่าๆ หรือ ความรู้ซ่อนเร้น ที่ยังไม่ผ่านการจัดระบบหรือสร้างสรรค์ให้เป็นประโยชน์ หรือเป็นสินทรัพย์ไม่มีตัวตน จำพวก คู่มือปฏิบัติการขององค์กร หรือ วิธีปฏิบัติที่เป็นเลิศ (Best practice) ไปจนถึงทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเป็นทางการต่างๆ

เมื่อเรานำทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมาพิจารณาในบริบทการหาราคาโอน นอกจากสภาพที่ไม่มีรูปร่าง มีราคาและอาจถือเอาได้แล้ว ลักษณะเหล่านี้ส่งผลให้เกิดปัญหาตามมาในการหาราคาโอน เพราะแม้จะไม่มีสภาพทางกายภาพ แต่ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในปัจจุบันนั้นสร้างมูลค่าและประโยชน์ทางเศรษฐกิจเป็นจำนวนมาก เช่น เครื่องหมายการค้าของบริษัท โคคา-โคล่า หรือ สิทธิในการดำเนินธุรกิจแบบแฟรนไชส์ของ เคเอฟซี มูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเหล่านี้ อาจมากกว่าทรัพย์สินมีรูปร่างเสียอีก จึงเกิดเป็นความจำเป็นในการระบุทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเพื่อกำหนดราคาโอน เนื่องจากความหลากหลายของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนี้ หากไม่กำหนดขอบเขตนิยามให้ชัดเจนเอาไว้ จะเกิดความสับสนเมื่อต้องการพิสูจน์ราคาโอน โดยหากเรากำหนดขอบเขตนิยามว่าอะไรคือทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

ให้กว้างเกินไป ก็จะเป็นการสร้างภาระให้กับผู้เสียภาษี เนื่องจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างบางอย่างอาจมีมูลค่าน้อยมาก จนวิสาหกิจทั่วไปไม่ได้รับมูลค่าในการทำธุรกรรมเป็นปกติก็ได้ ทำให้การกำหนดอย่างกว้างเป็นการหว่านแหให้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างทุกชนิดต้องมากำหนดราคาโอน รวมไปถึงการกำหนดกฎหมายทางภาษี ถือเป็นการใช้อำนาจรัฐบังคับเหนือประชาชน หรือเป็นกฎหมายมหาชน ทำให้ไม่ควรมีการกำหนดให้กว้างหรือคลุมเครือจนเกินไป เพราะจะสร้างภาระและความสับสนให้กับผู้เสียภาษี ในขณะที่ถ้ากำหนดขอบเขตของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างให้แคบไป การกำหนดราคาโอนเพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีก็จะไม่ได้ผลจริง ธุรกรรมที่มีมูลค่ามากเกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างก็อาจจะหลุดจากการตรวจสอบไปได้

ดังนั้นเพื่อเป็นการหาขอบเขตของนิยามทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเพื่อกำหนดราคาโอนแล้ว หากพิจารณาโดยเปรียบเทียบความหมายโดยทั่วไปของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเป็นความหมายอย่างกว้างแล้ว เราอาจพิจารณาให้แคบลงได้โดยการเอาบริบททางบัญชี ภาษี และทางกฎหมายมาจับ เพื่อให้เห็นตัวอย่างของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ปรากฏในการทำธุรกรรมได้ แล้วจึงหาจุดร่วมกันของศาสตร์ทั้งสาม เพราะการกำหนดราคาโอนเกี่ยวพันกับการบัญชี ภาษี และกฎหมายอยู่

นอกจากนี้ ลักษณะความแตกต่างที่สำคัญของทรัพย์สินมีรูปร่างกับไม่มีรูปร่าง คือความเป็นเอกลักษณ์ของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ทำให้การหา ตัวเปรียบเทียบ comparable นั้นยากกว่าทรัพย์สินมีรูปร่าง จึงส่งผลให้การเลือกใช้วิธีเพื่อประเมินราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นต่างออกไปจากวิธีประเมินสำหรับทรัพย์สินมีรูปร่างอีกด้วย โดยเฉพาะหากเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีความเป็นเอกลักษณ์สูง ซึ่งหาตัวอย่างวิสาหกิจอิสระมาเปรียบเทียบได้ตัวยาก

รวมไปถึงทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมีต้นตอเกิดจากความคิดสร้างสรรค์ของมนุษย์ซึ่งไม่มีกายภาพ กำหนดแน่ชัดทำให้การระบุความเป็นเจ้าของ ว่าใครเป็นผู้สร้างนั้นทำได้ยากกว่าทรัพย์สินมีรูปร่างที่มีส่วนประกอบทางกายภาพที่อาจระบุได้ชัดเจน

ความแตกต่างนี้ทำให้เกิดผลกระทบต่อกรกำหนดราคาโอนที่ต้องมีการพิจารณาที่แตกต่างออกไป ทำให้ต้องมีการพิจารณาหลักเกณฑ์สำหรับการกำหนดราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างขึ้นมาต่างหากแตกต่างจากหลักเกณฑ์ของทรัพย์สินมีรูปร่าง แม้ว่าจะอยู่บนพื้นฐานหลักการกำหนดราคาโอน เช่น หลักราคาติดต่ออิสระ เหมือนกัน แต่การพิจารณารายละเอียดปลีกย่อยนั้นต่างกันออกไป โดยจะเห็นได้จากต้นแบบจากต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นประเทศสหรัฐอเมริกาที่แม้จะเริ่มต้นบัญญัติกฎหมายโดยไม่ได้กล่าวถึงทรัพย์สินไม่มีรูปร่างไว้โดยเฉพาะ แต่มาภายหลังก็ได้กำหนดเรื่อง commensurate with income เพื่อใช้กับการหาราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง รวมถึงกำหนดวิธีการเพิ่มเติมเพื่อหาราคาโอนสำหรับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างไว้ตาม Income tax regulations

section 1.482-4 อีกด้วย หรือในต้นแบบของ OECD การพิจารณาราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ก็ถูกเขียนไว้แยกเป็นพิเศษอีกหนึ่งบท เพื่อให้พิจารณารายละเอียดต่างๆเพิ่มขึ้นไปจากทรัพย์สิน มีรูปร่างทั่วไป

ดังนั้น การระบุทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเพื่อประโยชน์การกำหนดราคาโอนจำเป็นต้องกำหนด ขอบเขตนิยามเฉพาะต่างจากทรัพย์สินมีรูปร่าง และขอบเขตนั้นไม่ควรมีลักษณะที่กว้างหรือแคบไป เมื่อเอาประเภทของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมาจำแนกแล้ว เห็นว่าขอบเขตที่เหมาะสมสำหรับทรัพย์สิน ไม่มีรูปร่างที่มีการสร้างสรรค์ขึ้น คือถึงระดับที่มีมูลค่าแก่ธุรกิจ (ไม่ใช่เพียงต้นทุนทางปัญญาที่สั่งสมขึ้น โดยยังไม่ถูกจัดระบบหรือปรุงแต่ง) และอาจเป็นเป้าหมายของการโอนระหว่างวิสาหกิจได้ คือมีราคา ทางพาณิชย์ แต่ไม่ถึงขั้นต้องได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างชัดเจน เช่น เครื่องหมายการค้า หรือสิทธิบัตร โดยอาจยกตัวอย่างไว้ในบทบัญญัติเพื่อให้เห็นภาพที่ชัดเจนขึ้นได้

#### 4.2 ปัญหาการกำหนดความเป็นเจ้าของของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

ปัญหาของการทำ transfer pricing ระหว่างวิสาหกิจในเครือเดียวกัน เปรียบเทียบกับการกำหนดราคาโอนกับวิสาหกิจอิสระคือการกำหนดความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เช่น การที่บริษัทแม่ทำสัญญาอนุญาตให้ใช้ชื่อยี่ห้อสินค้า กับบริษัทลูกซึ่งเป็นตัวแทนจำหน่าย เมื่อเปรียบเทียบกับหากบริษัทแม่ทำสัญญาเช่นเดียวกันนี้กับวิสาหกิจอิสระอื่นๆ วิสาหกิจอิสระย่อมต้องมีการจ่ายค่าตอบแทนอันได้แก่ค่า royalty fee ให้กับบริษัทแม่ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการกำหนด ความเป็นเจ้าของของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างจะมีความสำคัญแก่การกำหนดว่ารายได้ที่เกิดขึ้น จากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนี้ควรแบ่งปันกันระหว่างคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่เสียภาษี จากประโยชน์ที่ได้รับนั้นอย่างไรบ้าง

เนื่องจากปัจจุบันการทำธุรกิจมีความซับซ้อนมากขึ้น โดยเฉพาะการกำเนิดของกิจการวิสาหกิจ ในเครือข้ามชาติ ซึ่งมีหน้าที่การทำงานที่หลากหลาย ทำให้ความสัมพันธ์และธุรกรรมระหว่างกัน มีความหลากหลายแตกต่างตามไปด้วย ทำให้การระบุตัวผู้เป็นเจ้าของหรือผู้พัฒนาทรัพย์สิน ไม่มีรูปร่างทำได้ยากขึ้น จากที่วิสาหกิจเดียวเป็นผู้วิจัยและพัฒนาและทำการขาย ก็เปลี่ยนมา มีการวิจัยและพัฒนาาร่วมกันบ้าง แบ่งหน้าที่ให้วิสาหกิจต่างชาติทำการตลาดและการขายบ้าง การวิเคราะห์เพื่อบ่งบอกความเป็นเจ้าของ จะช่วยกำหนดทิศทางสัดส่วนว่าวิสาหกิจใดควรได้รับการตอบแทนส่วนใหญ่ แม้จะไม่ใช่หลักการทั้งหมดในการกำหนดราคาโอนก็ตาม

มาตรการสากลที่ใช้กำหนดความเป็นเจ้าของแบ่งได้เป็นสองประเภทใหญ่ๆ คือ ความเป็นเจ้าของ ตามหลักนิติศาสตร์ และความเป็นเจ้าของตามหลักเศรษฐศาสตร์ โดยความเป็นเจ้าของตามหลัก

นิติศาสตร์นั้นสามารถระบุได้ง่ายกว่า เนื่องจากส่วนใหญ่แล้วปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดตามตัวบทกฎหมายหรือการกำหนดสิทธิและหน้าที่ตามสัญญา ซึ่งโดยปกติแล้วผู้เป็นเจ้าของตามหลักความเป็นเจ้าของตามกฎหมาย หรือเป็นเจ้าของตามสัญญานั้น จะได้ค่าตอบแทนจากการใช้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างสูงสุด เพราะมักจะมีสิทธิในการสงวนไว้ซึ่งการใช้ประโยชน์ อันทำให้สามารถจัดการให้ประโยชน์ส่วนใหญ่เกิดที่ตนได้ อย่างไรก็ตาม ความเป็นเจ้าของตามหลักเศรษฐศาสตร์นั้นก็จำเป็นอย่างมากในการวิเคราะห์ความเป็นเจ้าของเพื่อกำหนดราคาโอน เนื่องด้วยความซับซ้อนของธุรกรรมทำให้ ความเป็นเจ้าของตามหลักนิติศาสตร์ อาจไม่สะท้อนความเป็นเจ้าของตามความเป็นจริง เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงและสภาพแวดล้อมแล้ว ทำให้ราคาที่กำหนดไม่สะท้อนราคาติดต่ออิสระได้

ปัญหาว่าเมื่อไหร่ควรพิจารณาความเป็นเจ้าของตามหลักนิติศาสตร์เป็นหลัก หรือในบางกรณี ควรยึดความเป็นเจ้าของตามหลักเศรษฐศาสตร์เป็นหลักแม้จะมีความเป็นเจ้าของตามหลักนิติศาสตร์อยู่ ปัญหานี้เกิดขึ้นเรื่อยมาเห็นได้จากการพิจารณาคดีในประเทศสหรัฐอเมริกา ที่มักเกิดความขัดแย้งระหว่างความเห็นของสรรพากรและศาล จนถึงการศึกษาของศาลอุทธรณ์

คดีที่น่าสนใจในการพิจารณาความเป็นเจ้าของที่เกิดขึ้นจริงได้แก่ คดี GlaxoSmithKline ระหว่างบริษัทแม่ในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นผู้ผลิตสินค้ายาและเป็นเจ้าของตามกฎหมายในเครื่องหมายการค้าของบริษัท กับบริษัทลูกที่เป็นตัวแทนจำหน่ายยาในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งนำสินค้ายามาทำการตลาดจนมีชื่อเสียงเป็นที่โด่งดังใครเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่เกี่ยวข้อง พิจารณาตามหลักเกณฑ์ความเป็นเจ้าของระหว่างเกณฑ์เจ้าของตามกฎหมาย กับเจ้าของตามหลักเศรษฐศาสตร์

ข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่าบริษัทลูกในประเทศสหรัฐอเมริกาจ่ายค่าสิทธิ เพื่อตอบแทนการให้ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้า แต่สรรพากรให้ความเห็นว่าเมื่อบริษัทลูกมีหน้าที่ในการทำการตลาดเพื่อส่งเสริมการขายสินค้ายาและทำให้เป็นที่รู้จักในประเทศสหรัฐอเมริกามากขึ้น เป็นพฤติกรรมที่มากกว่าการเป็นตัวแทนจำหน่ายซึ่งวิสาหกิจอิสระทั่วไปพึงกระทำ สรรพากรจึงพิจารณาว่า ในธุรกรรมการอนุญาตให้ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าเพื่อทำการตลาดนี้ บริษัทลูกในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นผู้พัฒนาเครื่องหมายการค้าที่แท้จริง เพราะประโยชน์ที่ได้จากการให้ใช้สิทธิในเครื่องหมายการค้าเกิดจากการพัฒนาการตลาดในประเทศสหรัฐอเมริกาของบริษัทลูก ทำให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากเนื่องจากสรรพากรไม่คำนึงถึงความเป็นเจ้าของตามกฎหมายหรือตามสัญญาเลย ในการกำหนดให้ราคาที่เป็นค่าสิทธิที่บริษัทลูกควรต้องส่งให้บริษัทแม่ เป็นรายได้หรือกำไรที่ต้องนำมาเสียภาษีให้กับสรรพากรประเทศสหรัฐอเมริกา รวมถึงไม่มีการจัดสรรรายได้ตามหลักความได้สัดส่วน (commensurate with income) ให้กับบริษัทแม่ที่อังกฤษ แต่คดีนี้ไปไม่ถึงขั้นตอนการพิจารณาจากศาล และในสมัยนั้นยังไม่มีกฎหมายกำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็น

เจ้าของที่ชัดเจนมาก่อน ผลของคดีจึงจบที่การกำหนดราคาโอนเป็นการล่วงหน้า ที่ราคา 3.4 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ

อย่างไรก็ตามคดี GlaxoSmithKline นี้ได้นำมาสู่การปรับใช้กับกฎหมายในปัจจุบันของประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งแยกพิจารณาความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างชัดเจนระหว่างทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย และทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย โดยให้พิจารณาตามหลักความเป็นเจ้าของตามนิติศาสตร์หากเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แต่หากเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายให้ใช้หลักความเป็นเจ้าของตามหลักเศรษฐศาสตร์ได้แก่ หลัก developer-assister

กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อนำมาเทียบกับมาตรการของ OECD แล้วมีความคล้ายคลึงกันในหลักการใหญ่ๆ คือมีการแบ่งพิจารณาความเป็นเจ้าของตามหลักนิติศาสตร์ก่อน หากไม่สามารถพิจารณาได้หรือพิจารณาได้แต่มีความไม่สอดคล้องกันกับหลักการทางเศรษฐศาสตร์ต้องพิจารณาความเป็นเจ้าของตามหลักเศรษฐศาสตร์ด้วยโดยพิจารณาจาก ฝ่ายที่มีอำนาจควบคุมตัดสินใจในการดำเนินกิจการเป็นใหญ่ มีการลงทุนในการพัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นเป็นส่วนใหญ่ และเป็นผู้แบกรับความเสี่ยงในการลงทุนเป็นส่วนใหญ่ โดยที่ยังต้องแบ่งสรรรายได้ (allocate of income) ให้กับฝ่ายที่มีส่วนร่วมด้วยแม้เป็นส่วนน้อยและไม่ถือว่าเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างก็ตาม อันคล้ายคลึงกับ หลัก assister และ commensurate with income ของประเทศสหรัฐอเมริกา รวมไปถึงการกำหนดความเป็นเจ้าของนั้นไม่ใช่การพิจารณาว่ารายได้เกิดขึ้นกับเจ้าของเท่าไร เป็นเพียงกรอบเพื่อนำไปพิจารณากับปัจจัยและวิธีประเมินอื่นๆต่อไป

#### 4.3 ปัญหาการประเมินมูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

เมื่อพิจารณาระบุตัวทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดราคาโอน และพิจารณาความเป็นเจ้าของของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างแล้ว ปัญหาต่อมาสำหรับการกำหนดราคาโอนคือการประเมินมูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เพื่อให้ท้ายที่สุดแล้วพิจารณาได้ว่าราคาโอนนั้นมีความเหมาะสมเป็นไปตามหลักราคาติดต่ออิสระและไม่ใช่เพื่อการหลีกเลี่ยงภาษี โดยปัญหาหลักที่สำคัญของการหามูลค่านั้น คือจะใช้วิธีการประเมินหรือคำนวณอย่างไรจึงจะเป็นวิธีที่มีความน่าเชื่อถือเหมาะสมกับธุรกรรมที่เกิดขึ้น รวมถึงปัญหาอื่นๆที่เกิดขึ้นในวิธีการประเมินมูลค่าของประเทศสหรัฐอเมริกา เรื่องหลัก commensurate with income ว่าสอดคล้องกับหลักราคาติดต่ออิสระซึ่งเป็นหลักการสากลในการคำนวณราคาหรือไม่ ไปจนถึงปัญหาการคำนวณมูลค่าของ location saving ที่เกิดข้อขัดแย้งระหว่างความเห็นของ OECD และความเห็นของสรรพากรประเทศจีนซึ่งปรากฏ

ตามบทที่ 10 ของ UN Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Country

#### 4.3.1 เปรียบเทียบหลักการได้สัดส่วนกับรายได้ (commensurate with income) กับหลัก ราคาติดต่ออิสระ (arm's length price)

หลักการได้สัดส่วนกับรายได้เป็นหลักการที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาภายหลังแนวความคิดของหลักราคาติดต่ออิสระ โดยมีเจตนารมณ์ทางการเมืองแฝงอยู่คือเพื่อให้สามารถเก็บภาษีจากกลุ่มวิสาหกิจข้ามชาติ โดยเฉพาะกลุ่มที่มีวิสาหกิจในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งมีสาขาอยู่ต่างประเทศ หลักการนี้เป็นที่โต้เถียงกันมากกว่าสอดคล้องกับหลักราคาติดต่ออิสระหรือไม่ จึงสมควรวิเคราะห์เพื่อให้เห็นความเหมาะสมในการเลือกปรับใช้กับการกำหนดเกณฑ์เพื่อให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในการตรวจสอบการกำหนดราคาโอนต่อไป

ปัญหาว่าหลักการ arm's length standard สอดคล้องหรือขัดแย้งกับหลักการ commensurate with income standard เกิดขึ้นเนื่องจากแนวความคิดว่าหลัก commensurate with income ไม่นำหลัก arm's length standard มาใช้ และเป็นหลักการใหม่ต่างหากขึ้นมา เพราะเจตนานำมาใช้เมื่อหาราคาเปรียบเทียบไม่ได้ การโต้เถียงกันนี้ทำให้ Treasury Department ดำเนินการศึกษาเรื่องการกำหนดราคาระหว่างวิสาหกิจในเครือ (Study on Intercompany Pricing) หรือที่รู้จักกันในชื่อ สมุดปกขาว (The White Paper) ในปีค.ศ. 1988 วัตถุประสงค์ของการศึกษานี้เพื่อตรวจสอบซ้ำ (reexamine) ถึงทฤษฎีและการจัดการตามมาตรา 482 โดยมุ่งความสนใจไปที่การโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ในการศึกษา Treasury ยอมรับข้อเท็จจริงว่าความสามารถในการเปรียบเทียบกันได้นั้นโดยทั่วไปแล้วไม่สามารถหาได้ (Comparable are generally unavailable) สำหรับในกรณีของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง และระเบียบที่ออกมาขณะนั้นไม่ได้ช่วยแก้ปัญหา ดังนั้นจึงได้พยายามหาทางออกโดยการสร้างหลักการ Commensurate with income standard ขึ้นใช้เมื่อการเปรียบเทียบทำไม่ได้ โดยเรียกว่า the basic arm's length return method (BALRM) และการแบ่งกำไรเพิ่มเติมจาก BALRM อย่างไรก็ตามเนื่องจากทั้ง 2 วิธีจะถูกนำมาใช้ก็ต่อเมื่อการเปรียบเทียบทำไม่ได้ ทำให้อาจเข้าใจได้ว่าเป็นคนละหลักการกับ arm's length standard ซึ่งมีหลักการให้ใช้การเปรียบเทียบ

จึงต้องทำการวิเคราะห์ต่อว่า หลักการได้สัดส่วนของรายได้คืออะไร จากตัวบทมาตรา 482 ที่ได้เพิ่มเติมเกี่ยวกับหลักการนี้กำหนดไว้เพียงว่า “ในกรณีการโอน (หรือให้ใช้สิทธิ) ของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ... รายได้ที่เกี่ยวกับการโอนหรือการให้สิทธินั้นต้องได้สัดส่วนกับรายได้ที่เนื่องมาจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น” คำอธิบายในสมุดปกขาว ยืนยันว่าหลักการความได้สัดส่วนนั้นสอดคล้องกับหลักราคาติดต่ออิสระ โดยให้ความสนใจไปที่ การปรับปรุงราคาเป็นระยะๆ (periodic adjustments)



ซึ่งเป็นขั้นตอนหนึ่งซึ่งจำเป็นในการสะท้อนการเปลี่ยนแปลงอย่างมีนัยสำคัญในรายได้ที่ผลิตโดยทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ยิ่งไปกว่านั้น สมุดปกขาวได้แสดงว่าช่วงเวลาของการปรับเปลี่ยนนั้นสอดคล้องกับหลักการ arm's length เนื่องจากคู่สัญญาที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกันนั้นโดยทั่วไปแล้วจะมีกลไกในการปรับให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของความสามารถในการทำกำไรของการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง อย่างไรก็ตามเรื่องนี้ยังเป็นที่ถกเถียง ผู้ที่เห็นด้วยกับวิธีการของสมุดปกขาวนั้นเห็นด้วยว่าเป็นเรื่องปกติที่คู่สัญญาที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกันนั้นจะกำหนดไว้เมื่อตอนทำสัญญากันว่าการเปลี่ยนแปลงค่าสิทธิขึ้นอยู่กับการทำผลกำไร แต่บางฝ่ายก็ไม่เห็นด้วยในจุดนี้ ประกอบกับการแก้ไขกฎหมายให้ปัจจุบัน ยังมีการยืนยันให้หลักการติดต่ออิสระเป็นหลักการหลักในการหาราคาโอน ขณะเดียวกันก็เพิ่มหลักการเกี่ยวกับการปรับปรุงราคาเป็นระยะๆ ซึ่งอาจตีความได้ว่าเจตนาต้องการให้หลักการทั้งสองใช้บังคับได้โดยไม่ขัดแย้งกัน ซึ่งจนถึงปัจจุบันข้อโต้แย้งเหล่านี้ก็ไม่ได้ได้รับการยืนยันอย่างเป็นทางการแต่อย่างใด

แต่หากเราพิจารณาเจตนาของกรมสรรพากรแล้ว จะเห็นได้ว่าเจตนาที่แท้จริงเพื่อให้ราคานั้นสอดคล้องกับราคาที่เป็นจริงที่สะท้อนการดำเนินงานของธุรกิจหรือปราศจากการกระทำด้วยเหตุผลเพื่อประโยชน์ทางภาษีแต่เพียงอย่างเดียว หลักการ commensurate with income นั้นจึงไม่ได้ขัดแย้งกับหลัก Arm's length แต่อย่างใด โดยเฉพาะหากกำหนดให้ใช้หลัก Arm's length ก่อนเสมอ หากไม่สามารถหาตัวเปรียบเทียบที่เหมือนกันหรือคล้ายกันอย่างยิ่งได้แล้วจริงๆ จึงสามารถนำหลัก commensurate with income มาใช้ได้ โดยการพิจารณาตามหลักการนี้เป็นการช่วยวิเคราะห์ราคาเพิ่มเติมได้ เพราะหากราคานั้นไม่ได้สัดส่วนกับรายได้ที่ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างสร้างขึ้นมานั้นแสดงว่ามีปัจจัยอื่นที่ไม่สอดคล้องกับเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ เช่น วิชากิจอาจต้องการยกย้ายกำไรให้ไปตกอยู่กับวิชากิจในเครือของตนเองที่ตั้งอยู่คนละประเทศกันเพื่อให้ได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีมากขึ้น

#### 4.3.2 ปัญหาการเลือกวิธีประเมินมูลค่าที่เหมาะสมกับสภาพของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

วิธีประเมินมูลค่าราคาโอนที่พบในปัจจุบันแบ่งออกเป็นสองประเภทใหญ่ๆ ได้แก่ การประเมินราคาโอนโดยพิจารณาจากราคา กับการประเมินราคาโอนโดยพิจารณาจากกำไร การประเมินราคาโอนโดยพิจารณาจากราคา หรือวิธีเปรียบเทียบด้วยราคา เป็นวิธีการดั้งเดิมของ OECD โดยมีข้อดีคือเป็นการหาราคาที่เหมาะสมโดยตรง หากมีข้อมูลความเปรียบเทียบกันได้ที่พอเพียงก็จะเป็นวิธีที่น่าเชื่อถือที่สุด การเปรียบเทียบด้วยราคา ได้แก่ วิธีเปรียบเทียบราคาที่ไม่มีการควบคุม (CUP และ CUT) และวิธีกำหนดราคาขายต่อ สำหรับวิธีประเมินราคาโดยพิจารณาจากกำไร มักใช้ในกรณีที่ราคาของสินค้าหรือบริการในธุรกรรมนั้นหาตัวเปรียบเทียบไม่ได้หรือมีข้อมูล

ไม่เพียงพอ ได้แก่ วิธีคำนวณกำไรสุทธิจากรายการค้า (TNMM และ CPM) วิธีราคาทุนบวกกำไรส่วนเพิ่ม และวิธีแบ่งกำไร เป็นต้น

ตามหลักราคาติดต่ออิสระซึ่งต้องอาศัยการเปรียบเทียบข้อมูลระหว่างวิสาหกิจในเครือ กับวิสาหกิจอิสระ จึงต้องอาศัยข้อมูลในการเปรียบเทียบกันเป็นจำนวนมากและหลากหลายไปตามแต่ วิธีการประเมิน การจะได้มาซึ่งข้อมูลแต่ละอย่างนั้นมีความยากง่ายต่างกันซึ่งขึ้นอยู่กับสภาพ และโครงสร้างเศรษฐกิจของแต่ละประเภท การเลือกใช้วิธีในการประเมินจึงต่างกันไปตาม ความเหมาะสมของข้อมูลที่มีอยู่ จึงจำเป็นต้องพิจารณาวิธีประเมินแต่ละวิธีว่าต้องอาศัยข้อมูลใด เป็นสำคัญการใช้วิธีประเมินนั้นๆจึงจะมีความน่าเชื่อถือที่สุด จึงอาจสรุปข้อดีข้อเสียของการใช้ แต่ละวิธีประเมินกับการหาราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างได้ดังนี้

1. วิธีการเปรียบเทียบราคาที่ไม่มีการควบคุม (Comparable Uncontrolled Price Method / Comparable Uncontrolled Transaction Method) วิธีนี้เป็นวิธีที่สอดคล้องกับหลัก ราคาติดต่ออิสระที่สุด เนื่องจากใช้การเทียบราคาโอนระหว่างธุรกรรมที่ได้รับการควบคุมกับธุรกรรม ที่ทำกับวิสาหกิจอิสระที่ไม่ได้รับการควบคุม จึงเป็นวิธีพื้นฐานที่มีความน่าเชื่อถือที่สุดและสามารถใช้ได้กับทั้งทรัพย์สินมีรูปร่างและไม่มีรูปร่างหากมีข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมที่ไม่ได้รับความควบคุม เพียงพอ แต่ข้อเสียคือวิธีนี้ใช้ได้ต้องมีข้อจำกัดในทางปฏิบัติอย่างมาก เนื่องจากปัจจัยที่มีผลกระทบบ ักราคาในความเป็นจริงนั้นมีหลากหลาย เช่น ตัวสินค้าหรือบริการของธุรกรรมที่นำมาเทียบต้องมีความเหมือนหรือคล้ายกัน อยู่ในตลาดและอุตสาหกรรมเดียวกัน มีความสามารถในการทำกำไร ที่เทียบกันได้ เงื่อนไขการโอนและภาระของผู้โอนและผู้รับโอนมีลักษณะคล้ายกัน เป็นต้น ทำให้ การจะนำธุรกรรมมาเทียบกันนั้นทำได้ยาก ในขณะที่หากเป็นธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เช่น การอนุญาตให้ใช้สิทธิ จะต้องเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิประเภทเดียวกัน โดยไม่จำเป็นต้องถึงขั้น เป็นสิทธิชนิดเดียวกัน เช่น เป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิประเภทสิทธิเกี่ยวกับการผลิต Manufacturing know-how โดยเป็น know how ในกระบวนการผลิต หรือประเภท know how ในสินค้า เพราะ โดยปกติแล้วทรัพย์สินไม่มีรูปร่างจะมีลักษณะเป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัว การหาสิทธิชนิดเดียวกัน ในธุรกรรมของวิสาหกิจอิสระอื่นย่อมเป็นไปได้ยาก ดังนั้นหากสามารถหาธุรกรรมที่มีความใกล้เคียง กันได้ตามปัจจัยความเทียบกันได้ โดยเฉพาะสำหรับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เช่น การตั้งข้อสงวนสิทธิ อำนาจและระยะเวลาของการคุ้มครองตามกฎหมาย ขอบเขตทางภูมิศาสตร์ อายุการใช้งาน ระดับของการพัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น สิทธิในการปรับปรุงแก้ไขทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น และประโยชน์ที่คาดหมายได้ในอนาคตของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง หากอยู่ในระดับที่เทียบกันได้ ก็สามารถนำวิธีการเปรียบเทียบราคาที่ไม่มีการควบคุมนี้มาใช้ในการหาราคาโอนของทรัพย์สินไม่มี รูปร่างได้ โดยในทางปฏิบัติวิธีนี้เป็นวิธีที่นิยมใช้กัน

2. วิธีกำหนดราคาขายต่อ (Resale Price Method) ในกรณีที่ราคาโอนที่ต้องการประเมินไม่สามารถหาได้โดยตรง หรือไม่ปรากฏราคาที่สามารถเทียบได้ วิธีกำหนดราคาขายต่อจึงอาจถูกนำมาใช้เพื่อประเมินหากำไรขั้นต้นที่เหมาะสมที่เกิดจากการขายต่อสินค้าให้กับวิสาหกิจในเครือ เทียบกับที่ขายต่อให้กับวิสาหกิจอิสระ วิธีนี้จึงเหมาะกับธุรกิจซื้อมาขายไป โดยไม่มีปัจจัยอื่นที่มากกระทบราคาก่อนที่จะขายต่อเพราะไม่เช่นนั้นจะมีผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือในการเปรียบเทียบกันได้ ดังนั้นแม้จะเป็นอีกวิธีที่ช่วยประเมินความเหมาะสมของราคาโอน แต่ก็ใช้ได้ อย่างจำกัดและเหมาะกับการขายทรัพย์สินที่มีรูปร่างมากกว่า และไม่เหมาะกับธุรกรรมที่เป็น ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างที่มักถูกนำมาใช้ประกอบกับสินค้าหรือพัฒนาเสียก่อนที่จะมีการโอนต่อไป เพราะวิธีกำหนดราคาขายต่อเป็นการพิจารณาราคาจากด้านเดียว การพัฒนาหรือการเพิ่มมูลค่า ของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างก่อนโอนไปอาจไม่ได้รับการพิจารณาหากใช้วิธีการประเมินเช่นนี้ ทำให้ ราคาโอนที่ได้ไม่ได้สะท้อนมูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่แท้จริง และอาจกำหนดสัดส่วน ของค่าตอบแทนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างผิดไปจากที่วิสาหกิจอิสระจะกำหนดตามหลักราคาติดต่อ อิสระ

3. วิธีกำหนดราคาทุนบวกกำไรส่วนเพิ่ม (Cost Plus Method) ในกรณีที่เกิดปัญหาจาก การที่ราคาขายที่กำหนดโดยวิสาหกิจที่ไม่ถูกควบคุมแตกต่างจากวิสาหกิจในเครือเดียวกัน ที่สืบเนื่องมาจากกลยุทธ์ทางธุรกิจ เงื่อนไขทางการค้า ความเสี่ยงและสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ ที่เกี่ยวข้องอาจมีความแตกต่างกัน ทำให้การพิจารณาราคาขายเพียงอย่างเดียวมีความเสี่ยง ที่จะคำนวณคลาดเคลื่อนได้ว่าเป็นราคาติดต่ออิสระที่แท้จริงหรือไม่ วิธีกำหนดราคาทุนจึงให้พิจารณา จากราคาทุนและกำไรส่วนเพิ่มที่เกิดจากการขาย (กำไรเบื้องต้น) คิดเป็นอัตราแล้วเหมาะสมกับอัตรา กำไรที่ควรจะต้องได้หรือไม่ ทำให้เป็นวิธีประเมินที่มีความละเอียดน่าเชื่อถือกว่า แต่ปัญหาในทางปฏิบัติ นั้นมีความยุ่งยาก เพราะปัจจัยที่มีผลกระทบต่อทุนนั้นมีมาก เช่นจากการเลือกใช้วัตถุดิบที่ต่างกัน การใช้ เทคโนโลยีที่ต่างกัน การมีสถานที่ตั้งโรงงานที่ต่างกัน ซึ่งอาจทำให้ต้นทุนประกันภัย ต้นทุนค่าขนส่ง แตกต่างกันไปด้วย อีกทั้งยังต้องพิจารณาการกำหนดว่าต้นทุนที่จะนำมาใช้ในการคำนวณควรรวมถึง ต้นทุนใดบ้าง และกำไรส่วนเพิ่มควรเป็นเท่าไร เช่นต้นทุนรวมเฉพาะต้นทุนการผลิต (Production cost) หรือต้นทุนที่เป็นเงินสด (Cash cost) หรือต้นทุนรวม (Total cost) กำไรส่วนเพิ่มควรเป็นกำไร ก่อนเสียภาษีหรือไม่หากวิสาหกิจที่นำมาเปรียบเทียบอยู่ในช่วงเวลาที่ได้รับสิทธิประโยชน์ด้านภาษี เงินได้จากการส่งเสริมการลงทุนที่ต่างกัน วิธีกำหนดราคาทุนบวกกำไรส่วนเพิ่มจึงเป็นอีกหนึ่งวิธี ที่สามารถใช้กับธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างได้ ซึ่งช่วยตัดปัญหาการพิจารณาราคาขาย ที่มีเหตุผลทางกลยุทธ์ธุรกิจเยอะ ซึ่งทำให้เปรียบเทียบเพื่อหาราคาตลาดยาก แต่ปัญหาสำคัญของ ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างกับการประเมินด้วยวิธีนี้ก็ยังมีในกรณีที่การพัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นมี

ต้นทุนที่สูงต่ำต่างกัน การลงทุนที่สูงไม่ได้หมายถึงจะได้รับผลตอบแทนเสมอไปและในทางกลับกัน การลงทุนที่ต่ำก็อาจเกิดผลตอบแทนที่สูงได้ เช่น ความบังเอิญในการทำวิจัยหนึ่งทำให้ค้นพบนวัตกรรมใหม่ๆ เช่นยารักษาโรคหวัด เป็นต้น การพิจารณาราคาโอนจากกำไรส่วนเพิ่มจากต้นทุนนั้น จึงอาจทำให้ได้ราคาที่ผิดเพี้ยนไปได้ เนื่องจากความไม่สอดคล้องกันของต้นทุนของการสร้างทรัพย์สิน ไม่มีรูปร่าง กับความสามารถในการทำกำไรของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ดังเช่นตัวอย่างข้างต้น แม้ต้นทุนในการทำวิจัยให้ได้ทรัพย์สินรูปร่าง (สูตรยาแก้หวัด) จะมีราคาถูก แต่ในเมื่อสูตรยาแก้หวัดมีมูลค่าสูงมากเพราะเป็นนวัตกรรมใหม่ วิสาหกิจอิสระย่อมไม่ตั้งราคาโอนที่ถูกโดยพิจารณาจากต้นทุนอย่างเดียว ดังนั้นการพิจารณาจากราคาทุนบวกกำไรส่วนเพิ่มต้องอาศัยการวิเคราะห์ความเปรียบเทียบกับได้อย่างละเอียด

4. วิธีคำนวณกำไรสุทธิจากรายการค้า (Transactional Net Margin Method) หรือวิธีการเปรียบเทียบกำไร (Comparable profit Method) ในกรณีที่ข้อมูลด้านราคานั้นไม่ปรากฏ หรือการใช้วิธีประเมินราคานั้นไม่เหมาะสมเนื่องจากมีปัจจัยที่กระทบกับราคามากเกินไป (เช่นเดียวกับวิธีกำหนดราคาทุนบวกกำไรส่วนเพิ่ม) วิธีคำนวณกำไรสุทธิจากรายการค้าเป็นการพิจารณากำไรสุทธิของธุรกรรมเป็นรายธุรกรรมเทียบกันระหว่างธุรกรรมระหว่างวิสาหกิจในเครือ กับธุรกรรมระหว่างวิสาหกิจอิสระ การเทียบราคานั้นไม่ได้มุ่งหมายว่าต้องได้ราคาที่เหมาะสมกับวิสาหกิจอิสระ แต่เป็นอัตรากำไรสุทธิส่วนเพิ่มที่สมเหตุสมผลเมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ การงานที่กระทำ และความเสี่ยงที่รับระหว่างคู่สัญญา หรือคือการพิจารณาจากตัวชี้วัดระดับกำไรที่เกิดจากการดำเนินงาน โดยมีข้อดีคือได้รับผลกระทบจากความต่างด้านสินค้าหรือบริการน้อยกว่าวิธีเปรียบเทียบจากราคา และเมื่อเปรียบเทียบกับวิธี cost plus method แล้ว วิธีนี้ได้รับผลกระทบจากความแตกต่างของหน้าที่การงานน้อยกว่า เนื่องจากพิจารณาจากกำไรสุทธิโดยรวม ไม่ใช่พิจารณาจากกำไรเบื้องต้น และมีข้อเสียคล้ายกับวิธี cost plus คือไม่เหมาะกับธุรกรรมที่มีความซับซ้อนมาก และหากเป็นธุรกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีเอกลักษณ์เฉพาะตัวมูลค่าสูงมาก การหาตัวเปรียบเทียบกันได้ก็ทำได้ยากเช่นกัน รวมถึงวิธีคำนวณกำไรสุทธิจากรายการค้านี้ก็เป็น การพิจารณาราคาโอนจากด้านเดียวเช่นเดียวกับ วิธีราคาขายต่อ และวิธีกำหนดราคาทุนบวกกำไรส่วนเพิ่ม ทำให้เกิดปัญหาการขาดการพิจารณาการเพิ่มมูลค่าจากฝั่งผู้โอน อันทำให้ราคาโอนที่ประเมินออกมาไม่สอดคล้องกับหน้าที่การงานของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย ทำให้ไม่สอดคล้องกับราคาของวิสาหกิจอิสระได้

5. วิธีแบ่งกำไร (Profit Split Method) เป็นวิธีการประเมินราคาว่าเป็นไปตามหลักราคาติดต่ออิสระหรือไม่ โดยพิจารณาจากการแบ่งกำไรระหว่างวิสาหกิจในเครือด้วยกัน เทียบกับการแบ่งกำไรระหว่างวิสาหกิจอิสระ การแบ่งกำไรโดยวิธีนี้จะสะท้อนให้เห็นถึงส่วนของกำไรที่เกิดจาก

ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างได้ โดยไม่ต้องพิจารณาถึงราคาโอนโดยตรงโดยเฉพาะอย่างยิ่งสะท้อนให้เห็นผลตอบแทนที่เกิดกับวิสาหกิจที่เป็นผู้คิดค้น หรือเป็นผู้พัฒนาสินค้าและบริการที่เกี่ยวข้อง หรือเป็นเจ้าของ เช่นการแบ่งรายได้ค่าสิทธิเป็นแบบจ่ายเงินก้อน (lump sum) ค่าสิทธิ (royalty) ค่าเครื่องหมายการค้า (trade mark) ค่าความนิยม (brand) เป็นต้น นอกจากนี้ยังเหมาะสมกับกรณีข้อมูลเกี่ยวกับราคาโอนนั้นหาได้ยาก สามารถใช้ได้กับทั้งธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินมีรูปร่าง และไม่มีรูปร่าง แต่หากธุรกิจมีความสัมพันธ์ซับซ้อนมากกว่าการหาตัวเปรียบเทียบอิสระก็จะทำได้ยาก ด้วยเช่นกัน และมีข้อสังเกตว่าหากปรากฏข้อมูลเกี่ยวกับวิสาหกิจใดวิสาหกิจหนึ่งในธุรกรรมที่เกี่ยวข้องมากกว่า การพิจารณาเฉพาะกำไรส่วนเพิ่มสุทธิ หรือราคาทุนบวกกำไรส่วนเพิ่ม อาจจะได้ข้อมูลที่มีความน่าเชื่อถือกว่า เพราะการแบ่งกำไรภายในกลุ่มย่อมต้องใช้ข้อมูลจากหลายแหล่งมากกว่า อย่างไรก็ตามในกรณีที่ข้อมูลจากวิสาหกิจภายนอกหาได้ยาก วิธีแบ่งกำไรแบบ RPSM ตามแนวของประเทศประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นวิธีที่เหมาะสมเพราะคำนวนความเหมาะสมของราคาจากการเปรียบเทียบกำไรโดยแยกเป็นผลตอบแทนจากกิจกรรมที่ทำเป็นกิจวัตร กับผลตอบแทนที่เกิดอย่างไม่เป็นกิจวัตรซึ่งรวมถึงผลตอบแทนจากการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างหรือสิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างต่างๆ โดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ในการสร้างมูลค่าระหว่างวิสาหกิจภายในเครือด้วยกัน มากกว่ามุ่งเน้นที่ความสามารถในการเปรียบเทียบกันได้ ซึ่งทำให้จุดนี้ความน่าเชื่อถือของการประเมินตามหลักราคาติดต่ออิสระจะน้อยกว่าวิธีอื่น แต่หากพิจารณาโดยยังอยู่บนพื้นฐานเป็นการจัดสรรกำไรที่วิสาหกิจอิสระจะพึงทำ แม้ว่าในทางปฏิบัติหาตัวอย่างมาเทียบไม่ได้หรือได้ยากก็ตามก็น่าจะยังนับว่าไม่ขัดกับหลักราคาติดต่ออิสระแต่อย่างใด และยังช่วยให้สามารถประเมินกำไรระหว่างวิสาหกิจในเครือที่ต่างก็มีทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีมูลค่ามากได้อีกด้วย

ดังนั้นโดยสรุปแล้วการประเมินราคาธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นไม่อาจระบุวิธีที่เหมาะสมที่สุดสำหรับทุกสถานการณ์ได้เสมอไป ด้วยลักษณะเอกลักษณ์ของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง และสภาพข้อมูลที่ปรากฏในการหาความเปรียบเทียบกันได้มีลักษณะ case by case แต่เราอาจสรุปโดยพิจารณาจากหลักการประเมินของแต่ละวิธีได้ว่าวิธีการเปรียบเทียบจากราคานั้นเป็นวิธีการที่มีความน่าเชื่อถือที่สุด แต่ในทางปฏิบัติสำหรับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างแล้ว ต้องพิจารณาความเปรียบเทียบกันได้โดยใช้ปัจจัยที่นำมาเทียบกันเพิ่มมากขึ้น ต่างไปจากทรัพย์สินมีรูปร่างสำหรับวิธีการเปรียบเทียบด้วยกำไร มีข้อดีในแง่เป็นวิธีที่ได้รับผลกระทบจากความต่างของความสามารถในการเปรียบเทียบกันได้น้อยกว่า แต่ก็ต้องอาศัยการวิเคราะห์หน้าที่การทำงาน ภาระความเสี่ยง สิทธิทรัพย์สินที่ใช้ และปัจจัยสภาพแวดล้อมเศรษฐกิจอื่น ๆ อย่างละเอียดเช่นกัน แต่สำหรับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอาจจะเป็นวิธีการหาราคาโดยตรงที่ไม่เหมาะสมนัก เพราะเป็นการพิจารณากำไรแต่เพียงด้านเดียวจึงอาจขาดการพิจารณาส่วนของการเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สิน

ไม่มีรูปร่างของอีกด้าน ส่วนวิธีแบ่งกำไรจากทุกวิสาหกิจที่มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งหมดเป็นวิธีที่สะท้อนลักษณะของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างโดยพิจารณาจากความร่วมมือร่วมในการสร้างมูลค่าของแต่ละฝ่าย ซึ่งช่วยสะท้อนหน้าที่บทบาทของแต่ละฝ่ายให้เห็นชัดเจนสมเหตุสมผลได้ แต่ต้องคำนึงถึงเหตุปัจจัยที่กระทบกับราคาให้รอบด้านเช่นกันเนื่องจากการเปรียบเทียบกับกำไรของวิสาหกิจอิสระนั้นก็ทำได้ยากเนื่องจากต้องใช้ข้อมูลของวิสาหกิจอิสระจำนวนมาก

#### 4.3.3 ปัญหาการกำหนดสัดส่วนของค่าตอบแทนของ Location savings

แต่ละประเทศย่อมมีลักษณะสภาพเศรษฐกิจที่ต่างกันไปเห็นได้ชัดในประเทศที่พัฒนาแล้วที่มักเป็นประเทศของนักลงทุน กับประเทศกำลังพัฒนาที่ส่วนใหญ่แล้วเป็นประเทศแหล่งลงทุนซึ่งมักประกอบไปด้วยวิสาหกิจในเครือประเภทบริษัทลูก หรือสาขาของวิสาหกิจในประเทศที่พัฒนาแล้วทรัพย์สินไม่มีรูปร่างต่างประเภทกันจึงมีความสำคัญต่อสภาพเศรษฐกิจที่ต่างออกไปในแต่ละประเทศ

แม้จะถือได้ว่าการกำหนดมาตรการเกี่ยวกับการกำหนดราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างของ OECD ตาม OECD Guidelines for Multinational Enterprises and Tax administration เป็นที่ยอมรับและยึดถือตามในหลายประเทศทั่วโลก แต่มาตรการของ OECD ก็ยังมีส่วนที่เป็นอุปสรรคสำหรับประเทศกำลังพัฒนาอยู่ โดยเฉพาะประเทศที่เป็นแหล่งลงทุนอย่างจีนที่ให้ความสำคัญในช่วงแรกเกี่ยวกับราคาโอนเฉพาะธุรกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สินมีรูปร่างเท่านั้น ซึ่งได้อธิบายถึงปัญหาการกำหนดปริมาณและสัดส่วนค่าตอบแทนจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างตาม OECD ไว้ในบทที่ 10 ของ UN Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Country อันได้แก่การขาดตัวอย่างธุรกิจที่จะนำมาเปรียบเทียบที่เหมาะสมในการหาราคาโอน และการคำนวณและแบ่งสรรประโยชน์ที่เกิดจากสภาพภูมิศาสตร์ (location-specific advantages) ที่ทำให้ประเทศจีนขาดรายได้ที่ควรจะได้จากการที่วิสาหกิจในเครือที่ตั้งอยู่ในประเทศจีนสร้างมูลค่าให้กับกิจการ เช่น การที่เงินเป็นศูนย์ในการผลิตสินค้าให้กับบริษัทแม่ในต่างประเทศและได้ทำการเพิ่มมูลค่าให้กับสินค้าด้วยมูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เช่นการใช้ประสบการณ์ความรู้ทางอุตสาหกรรมกับการผลิตสินค้า ปัญหาในเรื่องนี้คือการกำหนดส่วนมูลค่าของ Location saving, market premium<sup>131</sup> ควรกำหนดค่าตอบแทนนั้นให้กับบริษัทแม่หรือบริษัทลูก ในปริมาณสัดส่วนเท่าไร เนื่องจากบทบัญญัติ

<sup>131</sup> Location savings เป็นส่วนประหยัดต้นทุนสุทธิ ที่เกิดจากวิสาหกิจข้ามชาติตั้งวิสาหกิจย่อยในประเทศที่มีต้นทุนต่ำกว่า มักเกิดจากค่าใช้จ่ายที่ถูกกว่าของวัตถุดิบ แรงงาน ค่าเช่า ค่าขนส่งหรือค่าสาธารณูปโภคพื้นฐาน ในขณะที่ Market Premium คือส่วนกำไรที่เพิ่มขึ้นเนื่องจากวิสาหกิจข้ามชาติตั้งวิสาหกิจย่อยในประเทศที่มีคุณสมบัติพิเศษที่มีผลกับการขายและอุปสงค์ของสินค้าหรือบริการ

ตาม OECD เอง ไม่นับว่า location saving นั้นเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในบริบทการกำหนดราคาโอน<sup>132</sup> แต่เป็นเพียงปัจจัยหนึ่งที่ต้องนำมาพิจารณาความเปรียบเทียบกันได้ (comparability factors) เนื่องจากมีผลกระทบต่อราคาตามหลักราคาติดต่ออิสระ โดยกำหนดหลักการไว้ตามข้อ 9.148 – 9.153 ซึ่งกำหนดวิธีแบ่งต้นทุนที่ประหยัดได้ (cost saving) ที่เกิดจากการย้ายที่ตั้งของกิจการ ในเรื่อง การปรับโครงสร้างธุรกิจ (restructuring business) ซึ่ง OECD อธิบายไว้ว่าสามารถนำมาใช้ในเรื่องอื่นๆที่เกี่ยวกับ location saving ได้ด้วย<sup>133</sup>

การพิจารณาแบ่งสรร location savings ระหว่างคู่สัญญาระหว่างวิสาหกิจในเครือ OECD อธิบายว่าขึ้นอยู่กับ การเปรียบเทียบกับวิสาหกิจอิสระว่าจะทำเช่นไรในสถานการณ์ที่ใกล้เคียงกัน โดยส่วนใหญ่จะเป็นการเปรียบเทียบระหว่างหน้าที่การทำงานที่ทำ สินทรัพย์ที่ใช้ และความเสี่ยงที่ได้รับ โดยได้ยกตัวอย่างไว้ในข้อที่ 9.150 กรณีบริษัทผลิตเสื้อผ้าจัดจำหน่ายที่มีกระบวนการผลิตไม่ยุ่งยากซับซ้อนแต่มียี่ห้อที่เป็นที่รู้จักในวงกว้างและเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีมูลค่ามาก บริษัทต้องการย้ายฐานการผลิตไปยังประเทศอื่นเนื่องจากประเทศเดิมนั้นมีค่าแรงงานต้องจ่ายแพงกว่า โดยที่วิสาหกิจในประเทศยังคงเป็นผู้ส่งงานไว้ซึ่งสิทธิในชื่อยี่ห้อไม่ได้โอนหรืออนุญาตให้ใช้สิทธิดังกล่าวกับวิสาหกิจต่างประเทศ และยังทำหน้าที่ออกแบบเสื้อผ้าอยู่แต่ให้วิสาหกิจต่างประเทศเป็นผู้ผลิตเสื้อผ้าตามสัญญาจ้างให้ผลิตโดยไม่ได้รับความเสี่ยงแต่อย่างใด แล้ววิสาหกิจในประเทศจึงนำสินค้าขายต่อให้ลูกค้าอีกที การแบ่งสรรผลประโยชน์ที่เกิดจากการย้ายที่ตั้งกิจการนั้นให้พิจารณาจากทางเลือกในความเป็นจริงของวิสาหกิจในประเทศ ระหว่างการเลือกตั้งกิจการในเครือที่ประเทศอื่นที่ค่าแรงถูกกว่า หรือจ้างวิสาหกิจอิสระในประเทศอื่นนั้นผลิตให้ โดยในความเป็นจริงวิสาหกิจในประเทศผู้เป็นเจ้าของยี่ห้อนั้นย่อมเลือกการตั้งวิสาหกิจใหม่ในต่างประเทศแทนการจ้างวิสาหกิจอิสระหากสามารถจัดสรรให้ผลประโยชน์จากการย้ายที่ตั้งเกิดกับวิสาหกิจต่างประเทศนั้นน้อย แต่มาเกิดกับวิสาหกิจในประเทศของตนเยอะซึ่งสอดคล้องกับหลักราคาติดต่ออิสระ หรืออีกตัวอย่างหนึ่งคือวิสาหกิจในประเทศที่ประกอบกิจการให้บริการทางวิศวกรรม ซึ่งเป็นกิจการที่รู้จักกันดีว่ามีชื่อเสียงด้านมาตรฐานการให้บริการ แต่เนื่องจากค่าจ้างลูกจ้างในประเทศนั้นแพงมาก

<sup>132</sup> OECD, Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles: 30 July 2013 (OECD 2013), chap. VI, sec 44 [online] <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/revised-discussion-draft-intangibles.pdf>

<sup>133</sup> OECD 2015 section 1.140 “Paragraphs 19.148 – 9.153 discuss the treatment of location savings in the context of a business restructuring. The principles describe in those paragraphs apply generally to all situations where location savings are present, not just in the case of a business restructuring.

วิสาหกิจจึงได้ตั้งวิสาหกิจในเครื่องขึ้นที่ต่างประเทศที่สามารถจ้างลูกจ้างที่มีความสามารถเท่าๆกัน ในราคาค่าจ้างที่ถูกกว่า แล้วให้วิสาหกิจแม่ทำสัญญาจ้างวิสาหกิจในเครื่องต่างประเทศอีกทีหนึ่ง ทำให้วิสาหกิจแม่มีกำไรมากขึ้นเพราะสามารถลดค่าใช้จ่ายได้เนื่องจากการย้ายที่ตั้งการจ้างงาน หากต่อมาวิสาหกิจแม่ถูกคู่แข่งบีบทำให้ต้องลดราคาค่าบริการลงและยกประโยชน์ที่ได้จากการย้ายที่ตั้งให้กับลูกค้าแทน ดังนั้นเนื่องจากการให้บริการในระดับนี้มีแต่วิสาหกิจในต่างประเทศเท่านั้นที่จะทำได้ในราคาค่าจ้างเท่านี้ วิสาหกิจจึงไม่มีทางเลือกอื่นเท่าใดนักในการหาวิสาหกิจอิสระอื่น หรืออาจถึงขั้นที่วิสาหกิจในเครื่องต่างประเทศอาจได้พัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอย่าง know-how ขึ้น ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเช่นว่าจะต้องถูกนำมาพิจารณาในการหาค่าตอบแทนตามสัญญาจ้างบริการ ตามหลักราคาติดต่ออิสระระหว่างวิสาหกิจในเครื่องด้วยกันด้วย นอกจากนี้ OECD ยังแนะนำให้ ในสถานการณ์เช่นว่า หากวิสาหกิจในเครื่องทั้งสองต่างมีส่วนใช้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในการสร้างรายได้ สมควรใช้วิธีประเมินราคาแบบ profit split<sup>134</sup> โดยได้อธิบายเพิ่มเติมในข้อ 1.149 ว่าจะต้องแยกให้ออกระหว่าง คุณสมบัติเกี่ยวกับที่ตั้งของตลาด (features of the local market) กับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง โดยหากเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอาจจะต้องประเมินราคาต่างหากออกมาหากมีส่วน ในการสร้างรายได้อย่างชัดเจน แต่ถ้าเป็นคุณสมบัติที่เกี่ยวข้องกับราคาตลาด หรือ location savings เหล่านี้ก็มีผลกระทบต่อราคาและอาจต้องทำการปรับปรุงราคาเป็นระยะๆ (periodic adjustment) โดยข้อ 1.141 ในการหาว่าจะจัดสรร location savings กันอย่างไรระหว่าง วิสาหกิจในเครื่องเดียวกัน ต้องทำตามขั้นตอนดังนี้ 1. พิจารณามี location saving หรือการประหยัดต้นทุนเนื่องจากการย้ายที่ตั้งเกิดขึ้นหรือไม่ 2. พิจารณาจำนวนที่ประหยัดต้นทุนไปได้ 3. พิจารณาการสงวนไว้ซึ่งประโยชน์ที่ได้จากการลดต้นทุนเนื่องจากการย้ายที่ตั้งไว้เฉพาะกับวิสาหกิจในเครื่องหรือมีการส่งต่อประโยชน์ให้กับลูกค้า และ 4. กรณีที่ไม่มีการให้ผลประโยชน์ที่ได้จากการลดต้นทุนเนื่องจากการย้ายที่ตั้งให้กับลูกค้า วิสาหกิจอิสระที่อยู่ในสถานการณ์ใกล้เคียงกันจะแบ่งประโยชน์ที่ได้จากการย้ายที่ตั้งกิจการอย่างไร โดยหากทำการวิเคราะห์หน้าที่การทำงานแล้วพบว่าวิสาหกิจที่อาจเปรียบเทียบกันได้ ซึ่งอยู่ในตลาดที่ตั้งเดียวกัน ให้ใช้วิสาหกิจเหล่านั้นโดยไม่ต้องทำการปรับปรุง เป็นตัวชี้วัดว่าประโยชน์ที่เกิดจากที่ตั้งตลาดควรจัดสรรอย่างไรระหว่างวิสาหกิจในเครื่อง แต่หากไม่สามารถหากิจการที่อาจเทียบกันได้ในตลาด การพิจารณาการจัดสรรประโยชน์ให้วิเคราะห์จากข้อเท็จจริง

<sup>134</sup> OECD 2010 paragraph 9.153 “In appropriate circumstances (e.g. if there are significant unique contributions such as intangibles used by both the enterprise in Country X and its subsidiary in Country Y), the use of a transactional profit split method may be considered.”



และสภาพแวดล้อมอันรวมถึง หน้าที่การงานที่ทำ ภาระความเสี่ยง และสินทรัพย์ที่ใช้ ระหว่าง  
 วิสาหกิจที่เกี่ยวข้องกัน<sup>135</sup>

ปัญหาในการใช้วิธีของ OECD ข้างต้นในประเทศกำลังพัฒนาคือ ข้อมูลเกี่ยวกับหน้าที่  
 การงาน สินทรัพย์ที่ใช้ และภาระความเสี่ยงในประเทศนั้นหาได้ยาก เนื่องจากมีจำนวนบริษัทมหาชน  
 น้อย ข้อมูลที่เข้าถึงได้อย่างสาธารณะจึงน้อย ทำให้จำนวนวิสาหกิจที่อาจเปรียบเทียบได้น้อยไปด้วย  
 โดยเฉพาะหากเป็นธุรกิจที่เปิดตลาดใหม่ หรือกิจการที่ยังไม่มีคู่แข่งในตลาดมาก การหาตัว  
 เปรียบเทียบจึงต้องใช้วิสาหกิจต่างประเทศจากประเทศที่พัฒนาแล้วที่มีบริษัทมหาชนอยู่มากกว่า  
 โดยอาจต้องทำการปรับปรุงข้อมูลก่อน หรือเลี่ยงไปใช้วิธีประเมินราคาแบบ profit split เมื่อไม่อาจ  
 หาตัวเปรียบเทียบที่เพียงพอได้ ทำให้วิธีการในการจัดสรรประโยชน์ที่เกิดจากที่ตั้งของ OECD นั้น  
 นำมาปรับใช้ได้ยากสำหรับประเทศจีนซึ่งมี location savings และ market premium เกิดขึ้นมาก  
 เพราะการตั้งกิจการในประเทศจีนเป็นการเข้าถึงตลาดคนจีนและวัตถุดิบในประเทศจีนได้ง่ายขึ้น  
 รวมถึงไม่ได้รับผลกระทบในแง่กำแพงภาษีอีกด้วย

ประเทศจีนมีหลักการเบื้องต้นในการแบ่งสรรประโยชน์ที่เกิดจากที่ตั้งของกิจการคล้ายกับ  
 ของ OECD ได้แก่ 1. ระบุว่ามีความสัมพันธ์พิเศษที่เกี่ยวกับที่ตั้งของกิจการหรือไม่ 2. พิจารณาว่า  
 ความสัมพันธ์พิเศษที่เกิดกับที่ตั้งของกิจการนั้นทำให้เกิดประโยชน์ส่วนเพิ่มหรือไม่ 3. คำนวณปริมาณกำไร  
 ส่วนเพิ่มที่เกิดจากความสัมพันธ์พิเศษ และ 4. กำหนดวิธีประเมินราคาโอนเพื่อแบ่งสรรกำไรที่เกิดจาก  
 ความสัมพันธ์พิเศษนั้น โดยการกำหนดคุณสมบัติพิเศษและผลกระทบต่อราคาโอนต้องอาศัยทั้งการ  
 วิเคราะห์อุตสาหกรรมของกิจการและการวิเคราะห์เชิงปริมาณ<sup>136</sup>

เนื่องจากข้อมูลวิสาหกิจในที่ตั้งเดียวกันหาได้ยาก การจะเปรียบเทียบจึงต้องทำกับ  
 วิสาหกิจอิสระอื่นในต่างประเทศ วิธีการประเมินราคาโอนที่ประเทศจีนนิยมนำมาปรับใช้ได้แก่  
 วิธี cost plus และวิธี profit split โดยเฉพาะในกรณีที่มีการตั้งศูนย์วิจัยและพัฒนา (Research

<sup>135</sup> OECD 2015 paragraph 1.143 “When reliable local market comparables are not present, determinations regarding the existence and allocation of location savings among members of an MNE group, and any comparability adjustments required to take into account location savings, should be based on an analysis of all of the relevant facts and circumstances, including the functions performed, risks assumed, and assets used of the relevant associated enterprises, in the manner described in paragraphs 9.148 – 9.153.”

<sup>136</sup> United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries paragraph 10.3.3.5 “In determining LSAs and their impact on transfer pricing, both industry analysis and quantitative analysis are critical.”

and Development) ขึ้นในจีน ซึ่งมักส่งผลทั้งได้รับประโยชน์จากที่ตั้ง และอาจเกิดทรัพย์สินไม่มีรูปร่างตัวใหม่ขึ้น การใช้วิธี cost plus ในการประเมินทำให้ต้องพิจารณาไปที่ต้นทุนของวิสาหกิจสาขาในจีนที่ได้รับประโยชน์จาก location savings เป็นฐานต้นทุน เทียบผลต่างกับต้นทุนโดยเฉลี่ยของวิสาหกิจต่างประเทศ นำผลต่างของทุนนั้นมาเทียบร้อยละกับค่าเฉลี่ยส่วนเพิ่มต้นทุนของวิสาหกิจต่างประเทศเพื่อหาส่วนเพิ่มกำไรที่เกิดจากที่ตั้งในจีนและนำมาคำนวณหากำไรที่วิสาหกิจควรจะได้ตามหลักราคาติดต่ออิสระต่อไป

ในบางกรณีที่พบว่าวิสาหกิจที่ตั้งในจีนที่ทำงานวิจัยและพัฒนา หรือทำกิจการที่กระบวนการผลิตทั้งหมดหรือเกือบทั้งหมดทำขึ้นในประเทศจีน แต่อ้างว่าไม่ได้เป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างใดๆ เนื่องจากการให้บริการกับวิสาหกิจแม่ในต่างประเทศ หรือเป็นแค่ผู้ได้รับอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเท่านั้น เจ้าหน้าที่จีนจึงเห็นว่าการนำวิธีประเมินแบบ cost plus มาใช้อาจไม่เหมาะสมเพราะวิสาหกิจอิสระอื่นที่มีหน้าที่ทำวิจัยพัฒนาหรือทำกระบวนการผลิตตลอดสายย่อมมีความรู้พิเศษเฉพาะเกิดขึ้น ในทางปฏิบัติจีนจึงนำวิธี profit split มาใช้ประเมิน โดยให้ความเห็นว่าไม่สามารถอ้างว่าวิสาหกิจในจีนรับภาระความเสี่ยงน้อยทำให้ค่าตอบแทนที่เกิดน้อยไปด้วยได้ เนื่องจากมีสินทรัพย์และการดำเนินการเกิดขึ้นที่ประเทศจีนมาก

แม้ว่าปัญหาเรื่องค่าตอบแทนของผลประโยชน์ที่เกิดจากที่ตั้งของกิจการ location savings จะได้รับความสนใจน้อยในมุมมองของประเทศที่เป็นผู้ลงทุนต่างชาติ แต่สำหรับประเทศที่เป็นแหล่งลงทุนของต่างชาติย่อมปฏิเสธไม่ได้ว่า ประโยชน์ของที่ตั้งนั้นมีผลกระทบต่อราคาและค่าตอบแทนระหว่างวิสาหกิจข้ามชาติแม้จะไม่อาจถือเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ต้องพิจารณาราคาต่างหากก็ตาม ดังนั้นการกำหนดราคาระหว่างวิสาหกิจด้วยกันควรคำนึงถึงและใช้วิธีประเมินที่พิจารณาประโยชน์ที่เกิดจาก location savings ด้วย

#### 4.4 ปัญหาการป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีโดยการกำหนดราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในไทย

ปัญหาการป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีโดยการกำหนดราคาโอนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในประเทศไทย มีต้นตอปัญหาต่อมาจากปัญหาการกำหนดราคาโอนในปัจจุบันซึ่งยังขาดบทกฎหมายชัดเจนในการกำหนดรายละเอียดเพื่อการปฏิบัติจริง แม้จะมีมาตรการตามคำสั่งกรมสรรพากรที่ ป.113/2545 แล้วก็ตาม ประกอบกับลักษณะการค้าและเศรษฐกิจในปัจจุบันมีทิศทางการเติบโตไปพร้อมกับบทบาทของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มากขึ้นและเป็นวัตถุในการโอนระหว่างวิสาหกิจในเครือที่มีลักษณะวิสาหกิจข้ามชาติ ทั้งในแง่ที่ประเทศไทยเป็นประเทศแหล่งลงทุนของต่างชาติ มักมีวิสาหกิจต่างชาติในไทยที่ต้องจ่ายค่าตอบแทนการใช้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างไปยังวิสาหกิจแม่ที่อยู่ต่างประเทศ และในแง่วิสาหกิจไทยที่ไปลงทุนต่างประเทศแล้วมีธุรกรรมข้ามชาติระหว่างวิสาหกิจในเครือกัน ซึ่งธุรกรรม

เช่นว่าอาจเป็นการโอนราคาเพื่อประโยชน์ในการหลีกเลี่ยงภาษี หรือเป็นราคาที่ไม่เหมาะสมเพื่อเอื้อประโยชน์ให้แก่วิสาหกิจในเครือตัวเองโดยเฉพาะ ดังนั้นในขณะที่แนวความคิดเรื่องมูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเป็นที่สนใจในระดับสากลแล้ว การขาดความเข้าใจและรับรู้มูลค่าที่เกิดขึ้นจากการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอาจทำให้ประเทศขาดรายได้ที่ควรจะได้รับจากการจัดเก็บภาษีไป ซึ่งต้องอาศัยการกำหนดกฎหมายที่เกี่ยวกับราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างขึ้นเป็นการเฉพาะ

#### 4.4.1 สภาพปัญหากฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบัน

ปัญหาการขาดบทบัญญัติการกำหนดราคาโอนเป็นการเฉพาะ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับราคาโอนนั้นปรากฏแทรกอยู่ในประมวลรัษฎากร ในเรื่องรายรับและรายจ่ายที่ต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา 65 มาตรา 65 ทวิ (4) (7) มาตรา 65 ตริ (13) (14) (15) และมาตรา 70 ตริ ซึ่งเป็นบททั่วไปเกี่ยวกับรายได้และรายจ่ายของวิสาหกิจที่ต้องเสียภาษีเงินได้ ตามประมวลรัษฎากร ไม่ใช่บทบัญญัติสำหรับปัญหาการกำหนดราคาโอนโดยเฉพาะทำให้ไม่มีบทบัญญัติที่ครอบคลุมเหมาะสมทั้งด้าน 1. ประเภทวิสาหกิจที่เกี่ยวข้องกับการโอนราคา โดยบทบัญญัติในประมวลรัษฎากรให้อำนาจเจ้าพนักงานในการตรวจสอบเฉพาะวิสาหกิจนิติบุคคลที่มีรายได้ที่ต้องเสียภาษีจากฐานกำไรสุทธิเท่านั้น ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับราคาโอนของวิสาหกิจที่เสียภาษีจากยอดรายรับก่อนหักรายจ่าย หรือวิสาหกิจที่จ่ายเงินได้ประเภทตามมาตรา 40 (2) ถึง (6) ไปยังวิสาหกิจต่างประเทศที่ไม่ได้ประกอบกิจการในไทย 2. ประเภทธุรกรรมที่สามารถตรวจราคาโอนได้ตามบทบัญญัติในประมวลรัษฎากรมาตรา 65 ตริ (13) (14) กำหนดห้ามมิให้นำรายจ่ายที่มีใช้รายจ่ายเพื่อกิจการหรือหากำไรโดยเฉพาะ หรือรายจ่ายที่ไม่ใช่รายจ่ายเพื่อกิจการในไทยโดยเฉพาะ มาหักเป็นค่าใช้จ่าย ซึ่งทำให้การพิจารณา ค่าบริการ หรือการโอนค่าสิทธิต่างๆไปยังวิสาหกิจต่างประเทศที่ไม่ได้ทำเพื่อกิจการในไทยมากำหนดเป็นค่าใช้จ่ายไม่ได้และต้องเสียภาษี แต่ก็ไม่ใช่การพิจารณาจำนวนรายได้ที่เกิดโดยตรงว่าควรเป็นของฝ่ายใดเท่าใด สำหรับมาตรา 65 ตริ (15) กำหนดห้ามมิให้นำค่าซื้อทรัพย์สิน หรือรายจ่ายเกี่ยวกับการซื้อหรือขายทรัพย์สินในส่วนที่เกินปกติ มาถือเป็นรายจ่ายโดยไม่มีเหตุอันสมควร เป็นมาตรการเพื่อควบคุมราคาต้นทุนรายจ่าย แต่ใช้เฉพาะกับรายจ่ายที่เกี่ยวกับการซื้อขายทรัพย์สิน ไม่รวมถึงค่าตอบแทนการใช้บริการ ค่าตอบแทนการใช้สิทธิ ดอกเบี้ย หรือรายจ่ายลักษณะอื่นๆ และ 3. อำนาจในการตรวจสอบราคาทั้ง 2 ด้าน หมายถึง การตรวจสอบราคาโอนหรือราคาที่ไม่เหมาะสมสามารถเกิดขึ้นได้เพราะเหตุทั้งรายรับที่สูงหรือต่ำเกินไป และมีรายจ่ายที่สูงหรือต่ำเกินไป แต่มาตรา 65 ทวิ (4) ประกอบกับมาตรา 65 ตริ (15) ให้อำนาจตรวจสอบราคาโอนต่อเมื่อเห็นว่ารายรับต่ำกว่าปกติหรือรายจ่ายสูงกว่าปกติเท่านั้น ทั้งหมดนี้ทำให้กฎหมายไม่ครอบคลุมรูปแบบการหลีกเลี่ยงการเสียภาษีโดยการกำหนดราคาโอนที่อาจเกิดขึ้นในชีวิตจริงได้

แม้ว่าภายหลังกรมสรรพากรจะมีคำสั่งกรมสรรพากรที่ ป.113/2545 ที่พอจะถือได้ว่าเป็นกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร ออกมาเพื่อปัญหาการกำหนดราคาโอนโดยเฉพาะ โดยได้กำหนดแนวทางในการเลือกใช้วิธีในการประเมินราคาโอน เช่น วิธีเปรียบเทียบราคาที่ไม่ได้ถูกควบคุม วิธีกำหนดราคาขายต่อ วิธีกำหนดราคาทุนบวกกำไรส่วนเพิ่ม และวิธีอื่นๆ ตามแนวทางของ OECD แต่ก็ได้มีการพูดถึงการกำหนดราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเอาไว้เป็นการเฉพาะ ทำให้การตรวจสอบราคาโอนของธุรกรรมใดที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างต้องดำเนินไปเช่นเดียวกับทรัพย์สินมีรูปร่างอื่นๆ ทั้งๆที่ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นมีลักษณะแตกต่างกับทรัพย์สินมีรูปร่างทั้งเรื่องการไม่มีตัวตนทางกายภาพ การกำหนดความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง และมูลค่าที่มักสูงและหาวิธีการเปรียบเทียบเพื่อหาราคาโอนที่เหมาะสมได้ยาก ทำให้เกิดความสับสนในการนำกฎหมายมาปฏิบัติจริงทั้งแก่ภาครัฐและเอกชนเอง

นอกจากการขาดแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนในเรื่องการกำหนดราคาโอนแล้ว ยังมีปัญหาความเข้าใจทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดราคาโอนว่าหมายถึงอะไรบ้าง เพราะคำว่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง หรือ Intangible property เป็นคำกลางที่ไม่มีบัญญัตินิยามไว้ชัดเจนในประมวลรัษฎากร ดังนั้นการกำหนดว่าสิ่งใดคือทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่เป็นวัตถุในการตรวจสอบราคาโอนจะไม่มี ความชัดเจน และเราไม่สามารถตรวจสอบราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างทุกชนิดได้ การขาดนิยาม ทำให้ไม่อาจจะระบุขอบเขตในการกำหนดราคาโอนได้ทำให้เกิดความสับสนในการพิสูจน์ราคาโอน หากต้องนำทรัพย์สินไม่มีรูปร่างทุกชนิดมาคำนวณเพื่อหาราคาโอนจะเป็นการสร้างภาระเกินควรกับทั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐและผู้เสียภาษี ในขณะที่หากกำหนดให้แคบเกินไปก็อาจเสียโอกาสในการจัดเก็บภาษีที่มีมูลค่าสูงๆไปได้ ในประกาศคำสั่งกรมสรรพากรที่ ป.113/2545 เองก็ไม่ได้ยกตัวอย่างทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเอาไว้เลย ทำให้ไม่อาจตีความขยายจากตัวอย่างในลักษณะเดียวกับการตีความคำสิทธิตามประมวลกฎหมายรัษฎากรได้ รวมถึงไม่อาจนำความหมายตามคำสิทธิของประมวลรัษฎากร หรือคำสิทธิของอนุสัญญาภาษีซ้อนมาใช้ได้โดยตรงเพราะนิยามเหล่านั้นไม่ได้มีไว้เพื่อบริบทของการกำหนดราคาโอน โดยเฉพาะอนุสัญญาภาษีซ้อนที่แม้จะกำหนดเรื่องราคาโอนของวิสาหกิจภายในเครือ หรือคำสิทธิเอาไว้ แต่ก็ไม่ได้ถือปรับใช้เป็นกฎหมายภายในได้ เพราะตามพระราชกฤษฎีกาฯ (ฉบับที่ 18) พ.ศ. 2508 บัญญัติรองรับหลักการตามอนุสัญญาภาษีซ้อนเป็นกฎหมายภายในเฉพาะแต่เรื่องการลดและยกเว้นภาษีเท่านั้น

จากสภาพปัญหากฎหมายที่เป็นช่องว่างในปัจจุบันทำให้โอกาสในการพิสูจน์ราคาโอนที่เหมาะสมของธุรกรรมระหว่างวิสาหกิจในเครือที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเกิดขึ้นได้ยาก เพราะขาดหลักการและรายละเอียดในการตรวจสอบ หากไม่มีกฎหมายระบุเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ขาดเครื่องมือในการเรียกตรวจสอบราคาโอน หรือหากสามารถเรียกตรวจสอบราคาโอนที่เกี่ยวข้องกับ

ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างได้จริง ก็ยังมีความคลุมเครือในวิธีการประเมินอยู่มาก หากผู้เสียภาษีโต้แย้ง ก็จะทำให้เกิดปัญหาการตีความกฎหมายและการถกเถียงกันโดยสุดท้ายอาจจบที่ต้องให้ศาลเป็นผู้ตีความ ซึ่งเป็นกระบวนการที่ยาวนานในระหว่างนั้นจะมีค่าเสียโอกาสเกิดขึ้นทำให้ทั้งภาครัฐและเอกชน อาจหลีกเลี่ยงที่จะพิสูจน์ราคาโอนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

ประกาศคำสั่งที่ ป.113/2545 ได้มีการกำหนดเอกสารที่ต้องใช้ในการคำนวณราคาโอน และเปิดโอกาสให้ผู้เสียภาษีมาทำการกำหนดราคาโอนล่วงหน้า Advance Pricing Agreement กับทางกรมสรรพากรได้เพื่อป้องกันการเสียภาษีซ้ำซ้อน และลดความเสี่ยงที่จะถูกตรวจสอบภาษี<sup>137</sup> แต่จะเกิดเป็นความตกลงล่วงหน้าได้ต้องอาศัยข้อมูลเชิงลึกของผู้เสียภาษีทั้งไทยและต่างประเทศ และหน่วยงานจัดเก็บภาษีของทั้ง 2 ประเทศต้องมีการทำความเข้าใจกัน ซึ่งต้องใช้เวลานาน และค่าใช้จ่ายสูง ตัวอย่างเช่น กรมสรรพากรไทยเจรจากับสรรพากรญี่ปุ่น ทำบันทึกข้อตกลงกันว่า บริษัทแม่ที่ญี่ปุ่นและบริษัทลูกที่เปิดกิจการในประเทศไทย ควรจะมีกำไรอยู่ในช่วงไหน หากผลการเจรจาได้ข้อสรุปว่า บริษัทญี่ปุ่นที่เข้ามาลงทุนในประเทศไทยควรมีกำไรสุทธิอยู่ในช่วง 10-15% จากนั้นจะทำบันทึกข้อตกลงใช้ช่วงกำไรดังกล่าวนี้เสียภาษีเป็นระยะเวลา 3 ปี<sup>138</sup>

#### 4.4.2 การนำแนวทางปฏิบัติของต่างประเทศมาใช้ในไทย

จากการวิเคราะห์ทบทวนนิติกฎหมายของประเทศประเทศสหรัฐอเมริกาและศึกษา จากคู่มือแนวทางของ OECD ประกอบกับการศึกษาปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เพื่อให้ประเทศไทยมีแนวทางในการกำหนดราคาโอนเกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอย่างมีประสิทธิภาพ และมีความชัดเจนแน่นอน ควรกำหนดให้มีบทบัญญัติชัดเจน โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

การพิจารณาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างกับค่าสิทธิ สามารถใช้แทนกันได้หรือไม่ เมื่อพิจารณาจากแนวทางของ OECD แล้วจะเห็นได้ว่า OECD ให้ความหมายของค่าสิทธิ ตาม Article 12 ของ OECD Model Tax Convention หรือแม่แบบอนุสัญญาภาษีซ้อน ว่าหมายถึง เงินที่ได้ชำระเพื่อเป็นค่าตอบแทนการใช้ หรือสิทธิในการใช้ ลิขสิทธิ์ในงานวรรณกรรม ศิลปกรรม งานทาง

<sup>137</sup> จิตรา ณีศะนันท์. การกำหนดราคาโอนระหว่างบริษัทในเครือ (Transfer Pricing). สรรพากรสาสน์ ปีที่ 55 (พฤษภาคม 2551). หน้า 4.

<sup>138</sup> Thai Publica, เปิด 9 ยุทธการสรรพากร แผนเพิ่มประสิทธิภาพ “ถอนขนห่าน” [ออนไลน์], 2 พฤศจิกายน 2012. แหล่งที่มา <http://thaipublica.org/2012/11/tax-reform-1/>

วิทยาศาสตร์ ซึ่งรวมถึงภาพยนตร์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า แบบหรือหุ่นจำลอง แผนผังสูตรลับ หรือกรรมวิธีลับใดๆ ประสบการณ์ทางอุตสาหกรรม พาณิชยกรรม หรือวิทยาศาสตร์ ในขณะที่ในเรื่องการกำหนดราคาโอนนั้น OECD ก็ได้กำหนดความหมายไว้ต่างหากในบทปรับปรุงบทที่ 6 ไว้ใน OECD Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles 2015 โดยได้กำหนดความหมายของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในข้อ 6.6 ว่า หมายถึง 1.สินทรัพย์ที่ไม่มีรูปร่างทางกายภาพ และไม่ใช้สินทรัพย์ทางการเงินที่ สามารถถือเอาเป็นเจ้าของหรือเข้าควบคุมได้เพื่อใช้ในกิจกรรมทางพาณิชย์ และการใช้หรือการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนี้มีค่าตอบแทนที่สามารถเปรียบเทียบได้ระหว่างคู่สัญญาที่เป็นอิสระต่อกัน โดยที่ไม่ต้องคำนึงถึงความหมายในทางกฎหมายหรือในทางบัญชี นอกจากนี้ยังอธิบายไว้ในข้อ 6.13 ว่าการหาราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นเรื่องเดียวกันกับค่าสิทธิตามอนุสัญญาภาษีซ้อน เป็นการแสดงให้เห็นว่าค่าสิทธิมีความต่างกับราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอยู่

หากนำทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมาพิจารณาเทียบกับกฎหมายที่มีอยู่แล้วของไทย ได้แก่ ค่าสิทธิ ตาม มาตรา 40(3) และตามอนุสัญญาภาษีซ้อน ข้อ 12 จะเห็นได้ว่าจุดประสงค์ในการนิยามค่าสิทธิ ตามกฎหมายภาษีข้างต้นนี้ มีเพื่อกำหนดว่าค่าใช้จ่ายประเภทไหนบ้างที่ต้องเสียภาษี ตามมาตรา 40(3) แห่งประมวลรัษฎากร หรือเพื่อกำหนดว่ารายจ่ายประเภทไหนต้องมีการหัก ภาษี ณ จ่าย ตามข้อ 12 ของอนุสัญญาภาษีซ้อน แต่ไม่ใช่บทบัญญัติเพื่อบอกว่าควรแบ่งรายได้ที่เกิดขึ้นจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นอย่างไร ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเหล่านี้จึงอยู่บนคนละพื้นฐานความคิดกันกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในบริบทราคาโอน การใช้นิยามของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างตามนิยามค่าสิทธิที่มีอยู่ในกฎหมายภาษีไทยจึงไม่เหมาะสมกับปัญหาการกำหนดราคาโอน ตัวอย่างเช่น ก. ทำการวิจัยและพัฒนาผลิตภัณฑ์ที่มีส่วนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอยู่ด้วยแล้วโอนขายสินค้านั้นให้ ข. หากเราพิจารณาแต่เพียงค่าสิทธิ จะเห็นว่าไม่มีราคาค่าสิทธิอยู่เพราะเป็นการขายสินค้า แต่หากพิจารณาเรื่องราคาโอนแล้ว จำเป็นต้องพิจารณาราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นด้วย ได้แก่การที่ ก. ได้ทำการวิจัยพัฒนากระบวนการในการผลิตสินค้านั้นขึ้นมาทำให้มี manufacturing know how อยู่ด้วย และยิ่งไปกว่านั้นหาก ข. ได้ทำการขายสินค้านั้นต่อและทำการตลาดให้กับสินค้านั้น การทำการตลาดนั้นก็เป็ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในบริบทราคาโอนอีกชนิดหนึ่ง ซึ่งหากเราพิจารณาแต่เพียงค่าสิทธิ เราจะไม่สามารถจัดสรรรายได้ที่เกิดขึ้นจริงให้ตรงกับกรก่อให้เกิดรายได้ของแต่ละฝั่งได้ตรงตามหลักราคาติดต่ออิสระ เพราะการพิจารณาค่าสิทธิตามอนุสัญญาภาษีซ้อนไม่ได้พิจารณาไปถึงการที่ผู้รับโอนได้สร้างมูลค่าเพิ่มให้กับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นด้วย

นอกจากนี้ข้อสังเกตว่า การโอนทรัพย์สินทางปัญญาที่มีการลงทุนการทำวิจัยมูลค่ามาก การจ่ายค่าตอบแทนไปจะถือเป็นเงินได้ตามมาตรา 40(8) เพื่อจุดประสงค์ในการกำหนดให้เป็นเงินได้จากการ

ประกอบธุรกิจเนื่องจากการทำวิจัยและพัฒนาที่มีค่าใช้จ่ายสูง การกำหนดให้เป็นประเภทเงินได้ตามมาตรา 40(8) ทำให้วิสาหกิจสามารถนำรายได้มาหักค่าใช้จ่ายได้ ดังนั้นการจ่ายเงินได้ตามมาตรา 40(8) นี้ ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดราคาโอนเช่นกัน อีกทั้งการตีความว่าเงินได้ประเภทใดที่จะเป็นเงินได้ตามมาตรา 40(8) ยังเป็นไปได้อย่างกว้างขวางเกินกว่าจะนำมาเป็นขอบในการพิจารณาของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในบริบทการกำหนดราคาโอนอีกด้วย

ดังนั้นเห็นได้ว่าการพิจารณาว่าเป็นค่าสิทธิตาม อนุสัญญาภาษีซ้อนหรือตามประมวลรัษฎากรหรือไม่ขึ้นอยู่กับคนละพื้นฐานความคิดกับการกำหนดราคาโอน การกำหนดราคาโอนจะต้องมุ่งเน้นพิจารณามูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่เกิดขึ้นในธุรกรรมระหว่างวิสาหกิจในเครือ

จึงควรมีบทบัญญัติเพื่อกำหนดนิยามความหมาย เพื่อให้เป็นขอบเขตของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในการกำหนดราคาโอนโดยเฉพาะ เพื่อป้องกันความสับสนในการกำหนดราคาและทำให้เกิดขอบเขตการจัดเก็บที่เหมาะสม

ขอบเขตของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในบริบทการกำหนดราคาโอน เมื่อพิจารณาจากทั้งบทบัญญัติตามกฎหมายประเทศประเทศสหรัฐอเมริกา และหลักการตามคู่มือ OECD แล้ว เห็นได้ว่าคุณลักษณะที่สำคัญของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในบริบทการกำหนดราคาโอน ได้แก่

1. เป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีมูลค่าในตัวเองเป็นสำคัญ แยกออกจากมูลค่าทางกายภาพหรือการให้บริการได้เป็นเอกเทศ และไม่ใช้สินทรัพย์ทางการเงิน (เงินสด หุ้น เงินปันผล เป็นต้น) เช่น การซื้อเครื่องจักรเพื่อมาใช้ผลิตสินค้า อาจมีคู่มือวิธีการใช้หรือ know how ติดมาด้วย ซึ่งต้องพิจารณาว่า know how นี้มีลักษณะพิเศษที่ทำให้เกิดผลตอบแทนส่วนเพิ่มหรือไม่ หากเป็นแค่คู่มือ know how ทั่วไปที่วิสาหกิจอิสระอื่นๆ (คู่แข่ง) ก็มี เช่นเป็นขั้นตอนการใช้เครื่องจักรต่างๆไป เช่นนี้ไม่ถือว่ามีทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ต้องนำมากำหนดราคาโอน เช่นเดียวกันหากเป็นการให้บริการที่พนักงานมีความรู้ต่างๆไปตามอาชีพนั้นมาให้บริการ เช่นนี้ก็ไม่เป็น know how ที่มีมูลค่าแยกจากการให้บริการ แต่หากพนักงานที่ให้บริการนั้นมีคู่มือ พิมพ์เขียว หรือแปลนโครงสร้างใดๆที่แสดงถึง know how ที่มีมูลค่ามากซึ่งทำให้กิจการมีรายได้เพิ่มต่างจากคู่แข่งอิสระอื่นๆแยกออกจากราคาของการให้บริการได้ เช่นนี้ know how นั้นเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่อยู่ในบริบทการกำหนดราคาโอนที่อาจถูกตรวจสอบได้

2. เป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีมูลค่าทางธุรกิจ หรือมูลค่าทางพาณิชย์ อาจเป็นเป้าหมายของการโอนระหว่างวิสาหกิจได้ ตัวอย่างเช่น know-how ที่เป็นการทั่วไปเช่น โอนหลักในการบริหารโรงพยาบาล ตามสัญญา management service agreement ให้กับโรงพยาบาลสาขาในเครือต่างประเทศ ซึ่งหลักในการบริหารโรงพยาบาล เช่น การบริหารจำนวนยา ระบบการให้บริการ

แก่ลูกค้า เป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่สำคัญที่ทำให้กิจการโรงพยาบาลมีรายได้ ซึ่งระบบเช่นนี้สามารถโอนขายให้กับกิจการโรงพยาบาลอิสระๆได้ หรือการขายknow-how ให้กับผู้ซื้อแฟรนไชส์ อย่างไรก็ตามทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่เป็นวัตถุดิบในการโอนที่มีมูลค่าเชิงพาณิชย์ แต่หากเป็นการโอน know-how เกี่ยวกับระบบโครงสร้างบริหารองค์กร ให้กับโรงงานผลิตสินค้าซึ่งเป็นวิสาหกิจในเครือ เพราะต้องการให้โรงงานมีระบบเช่นเดียวกับวิสาหกิจแม่ แต่ไม่มีผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการผลิตสินค้าอย่างมีนัยสำคัญ เช่นนี้ เป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ไม่อยู่ในบริบทการกำหนดราคาโอน เพราะเป็น know-how ความรู้ที่ไม่มีประโยชน์กับวิสาหกิจอิสระคู่แข่งอื่นๆ ลักษณะจะไม่ถูกโอนให้กับวิสาหกิจภายนอก เว้นเสียแต่เป็นการโอนกิจการไปทั้งหมด เช่นการควบกิจการ หรือการซื้อกิจการ เป็นต้น

3. ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นสามารถถือเอาเป็นเจ้าของหรือเข้าควบคุมได้ สภาพของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นจะต้องสามารถถือเอาหรือเข้าควบคุมได้ หากเป็นเพียงคุณสมบัติหรือสภาพของตลาด เช่น กำลังซื้อของผู้บริโภค ปริมาณและขนาดของคู่แข่งในตลาด ความสะดวกในการเข้าถึงทรัพยากรในการผลิต เป็นต้น เหล่านี้ไม่มีใครสามารถเป็นเจ้าของหรือเข้าควบคุมได้ แม้ว่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเหล่านี้จะมีผลกับราคาโอนก็ตาม ก็เป็นแต่ปัจจัยในการเปรียบเทียบกันเท่านั้น ไม่ใช่ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่อยู่ในบริบทการกำหนดราคาโอน

4. ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นไม่คำนึงถึงความหมายของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในทางบัญชี (สินทรัพย์ไม่มีตัวตน) หรือการได้รับความคุ้มครองสิทธิตามกฎหมาย แม้ว่าคุณสมบัติหลายประการของสินทรัพย์ไม่มีตัวตนจะคล้ายคลึงกับคุณสมบัติของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในบริบทราคาโอน แต่เนื่องจากมาตรฐานการบัญชี นั้นมีขึ้นเพื่อรับรู้รายได้รายจ่ายและสินทรัพย์ของกิจการ ซึ่งเป็นคนละจุดประสงค์กับการหาราคาโอนที่เทียบกันได้กับราคาของวิสาหกิจอิสระ ทำให้สินทรัพย์ไม่มีตัวตนทางบัญชีไม่มีคุณลักษณะว่าจะต้องถูกโอนทางพาณิชย์ให้กับวิสาหกิจอิสระเพื่อหาราคาเปรียบเทียบได้ ทำให้การรับรู้มูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในบริบทราคาโอนอาจไม่ตรงกับสินทรัพย์ไม่มีตัวตนทางบัญชีก็ได้ โดยมูลค่าบางส่วนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอาจอยู่ในรูปค่าใช้จ่ายทางบัญชี เช่น มูลค่าของสูตรการผลิตในบริบทราคาโอน ย่อมมีมูลค่าที่เกิดขึ้นจากการทำวิจัยและพัฒนาจนมาเป็นผลสำเร็จเป็นสูตร แต่ในทางบัญชี การลงทุนทำวิจัยพัฒนานั้นต้นทุนที่เกิดขึ้นจะถูกจัดเป็นค่าใช้จ่าย เช่น ลงทุนวิจัยสูตรยาตัวใหม่ 20 ล้านบาท ในช่วงระยะเวลาที่ทำการวิจัยอยู่ ยังไม่ได้ผลลัพธ์เป็นสูตรยา ค่าใช้จ่ายในการลงทุนนี้ก็จะถูก capitalization ตัดค่าใช้จ่ายไปเรื่อยๆ จนในที่สุดอาจจะถูกตัดเป็นค่าใช้จ่ายไปจนหมดแล้วในขณะที่มีการตรวจสอบราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ดังนั้นราคาค่าใช้จ่าย 20 ล้าน ในการลงทุนนี้จะไม่ปรากฏในงบดุลหรืองบแสดงฐานะการเงินเลย ทำให้



มูลค่าของสินทรัพย์ไม่มีตัวตนน้อยกว่ามูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในบริบทการหาราคาโอนซึ่งเป็นราคาที่สามารถถึงต้นทุนของการวิจัยและพัฒนาไปจนถึงความสามารถในการทำรายได้ด้วย

นอกจากนี้แม้ว่าการที่ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร หรือทรัพย์สินทางปัญญาอื่นๆ จะมีผลให้ราคาโอนนั้นมีมูลค่าสูงขึ้น แต่ก็ไม่ใช่เงื่อนไขที่กำหนดว่าเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในบริบทการโอนหรือไม่ ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอื่นๆ ที่แม้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เช่น know-how สูตรการผลิต กระบวนการทำงาน ข้อมูลทางเทคนิค ค่าความนิยม เองก็เป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่อยู่ในบริบทที่อาจถูกตรวจสอบราคาโอนได้ (เมื่อเข้าใจเงื่อนไขอื่นๆ ด้วย)

ดังนั้นหากเราเอาความหมายของทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 137 และมาตรา 138 ซึ่งได้ให้นิยาม "ทรัพย์สิน" ว่าหมายถึง วัตถุมีรูปร่าง และ "ทรัพย์สิน" หมายถึงรวมถึง ทรัพย์สินและวัตถุไม่มีรูปร่างซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้ เช่นนี้ก็จะเป็นการกำหนดขอบเขตที่กว้างเกินไปในบริบทการกำหนดราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เนื่องจากหมายถึงรวมถึงสินทรัพย์ทางการเงิน หรือทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีมูลค่าเล็กน้อยจนไม่เป็นวัตถุแห่งการโอนกันทางพาณิชย์ ซึ่งไม่ถือเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่อาจถูกกำหนดราคาโอนได้

การกำหนดกฎหมายที่มีผลกระทบต่อประชาชนโดยตรง ควรบัญญัติเป็นกฎหมายในลำดับพระราชบัญญัติ เนื่องจากได้ผ่านความเห็นชอบของตัวแทนของประชาชน โดยอาจเพิ่มเป็นหมวดหมู่ในประมวลรัษฎากร ซึ่งมีศักดิ์เท่ากับพระราชบัญญัติ เป็นบทกฎหมายหลักเกี่ยวกับการกำหนดราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ให้อำนาจในการกำหนดรายละเอียดปลีกย่อย เป็นบทบัญญัติลำดับรอง หรือออกเป็นกฎหมายลูกตามความมาตราในประมวลรัษฎากร เนื่องจากปัญหาที่เกิดกับคำสั่งกรมสรรพากรที่ ป.113/2545 คือออกได้โดยต้องอาศัยกฎหมายแม่บท ซึ่งกฎหมายแม่บทที่เกี่ยวกับการกำหนดราคาโอนที่มีอยู่นั้นก็ยังไม่ครอบคลุม ทำให้กฎหมายลูกที่ออกมาก็ไม่ครอบคลุมไปด้วย

โดยนอกจากกำหนดคุณลักษณะของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างตามข้างต้นแล้วอาจจะระบุตัวอย่างของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างไว้บางส่วนอย่างเช่นตามบทบัญญัติของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้ เช่น สิทธิบัตร สูตรการผลิต know-how ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า ชื่อการค้า หรือชื่อยี่ห้อ แพรนไฮส์ การให้ใช้สิทธิ หรือการทำสัญญาและระบุเพิ่มเติมตอนท้ายว่า ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างอื่นใดที่มีลักษณะเดียวกันหากมีมูลค่าในตัวเองโดยไม่ใช่มูลค่าจากสภาพกายภาพของทรัพย์สิน

ความเป็นเจ้าของมีบทบาทสำคัญสำหรับการหาราคาทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เห็นได้จากการกำหนดนิยามของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างของทั้งประเทศประเทศสหรัฐอเมริกาและต้นแบบ OECD

ได้นิยามว่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นต้องถือเอาเป็นเจ้าของหรือเข้าควบคุมได้ ดังนั้นบทบัญญัติกำหนดชั้นตอนการประเมินราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ควรกำหนดให้ต้องระบุความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง และระบุผู้มีส่วนร่วมซึ่งมีสิทธิได้รับค่าตอบแทน โดยราคาโอนต้องสอดคล้องกับพฤติการณ์ความเป็นเจ้าของ เพื่อให้สามารถพิจารณาได้ว่าเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างตามกฎหมายนั้นควรได้รับค่าตอบแทนที่เกิดขึ้นจากการใช้สอยทรัพย์สินไม่มีรูปร่างทั้งหมดหรือไม่ ในการพิจารณาความเป็นเจ้าของให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเจ้าของตามหลักความเป็นเจ้าของตามกฎหมายหรือตามสัญญา (พิจารณาตามบทกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น ตามการจดทะเบียน หรือตามสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างกัน) เป็นเจ้าของที่แท้จริง เว้นแต่จะแสดงได้ว่าความเป็นเจ้าของเช่นนั้นไม่สอดคล้องกับความเป็นเจ้าของตามหลักเศรษฐศาสตร์ โดยอาจกำหนดหลักการพิจารณาความเป็นเจ้าของตามหลักเศรษฐศาสตร์จากการพิจารณาว่าคู่สัญญาฝ่ายใดมีอำนาจในการตัดสินใจและควบคุมการดำเนินงานในธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง โดยเฉพาะการพัฒนา ปรับปรุง บำรุงรักษา และใช้สอยทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ฝ่ายใดมีส่วนในการลงทุน จัดหาเงินทุน หรือทรัพย์สินใดที่จำเป็นต่อการพัฒนา ปรับปรุง บำรุงรักษา และใช้สอยทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง และฝ่ายใดมีส่วนของการแบกรับภาระความเสี่ยงในการการพัฒนา ปรับปรุง บำรุงรักษา และใช้สอยทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมากกว่า โดยคู่สัญญาที่มีส่วนในการควบคุม ลงทุน และรับความเสี่ยงมากที่สุด เป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ในขณะที่หากคู่สัญญาอื่นก็มีส่วนร่วมในการดำเนินงานข้างต้นด้วย ถือว่าเป็นผู้มีส่วนร่วมที่จะต้องได้รับค่าตอบแทนที่ได้สัดส่วนกับความมีส่วนร่วมนั้นด้วย

มีข้อสังเกตว่าความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างหากเป็นเจ้าของตามหลักสัญญาหรือตามหลักกฎหมายแล้วอาจมีได้หลายคน เช่น ในกรณีที่เจ้าของเครื่องหมายการค้า โอนสิทธิในเครื่องหมายการค้าให้กับวิสาหกิจในเครืออย่างมีเงื่อนไขจำกัดระยะเวลา และผู้โอนยังสงวนไว้ซึ่งสิทธิที่จะใช้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นอยู่ ทั้งผู้ให้ใช้สิทธิ และผู้รับโอนการใช้สิทธิต่างก็เป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้า แต่หากเป็นการพิจารณาความเป็นเจ้าของตามหลักเศรษฐศาสตร์แล้วจะมีเจ้าของเป็นผู้พัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างได้แค่ฝ่ายเดียว ฝ่ายที่เหลือจะเป็นเพียงผู้มีส่วนร่วมในการพัฒนา ปรับปรุง บำรุง รักษา เท่านั้น โดยหากไม่สามารถจำแนกได้ว่าฝ่ายใดมีส่วนในการพัฒนามากที่สุดให้นำข้อเท็จจริงและสถานการณ์แวดล้อม เช่น สถานที่ตั้งในการดำเนินงาน ความสามารถในการดำเนินงานโดยลำพังฝ่ายเดียว อำนาจควบคุมวิสาหกิจในเครือด้วยกัน เป็นต้น มีข้อสังเกตว่าประเทศที่มักเป็นแหล่งลงทุนจะมีส่วนร่วมที่ต้องนำไปพิจารณาเป็นพิเศษกว่า ได้แก่ ประโยชน์ที่เกิดจากสถานที่ตั้ง ทั้งต้นทุนแรงงานวัตถุดิบที่ถูกลงกว่า การได้สิทธิประโยชน์ทางภาษีสำหรับนักลงทุน การได้บุกเบิกตลาดใหม่ในที่ตั้งนั้นๆ เป็นต้น

### ตัวอย่างการพิจารณาความเป็นเจ้าของของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

(ก) วิสาหกิจในเครือ ก. เป็นเจ้าของสูตรในการผลิตสินค้า ทำสัญญาให้ใช้สิทธิในสูตรการผลิตนี้กับ วิสาหกิจในเครือ ข. โดยวิสาหกิจ ข. ทำการผลิตและขายสินค้าไปตามปกติ ดังนี้ ก. เป็นเจ้าของสูตร ข. เป็นเจ้าของสิทธิในการผลิตตามสูตร เมื่อพิจารณาหน้าที่ การลงทุน และรับภาระความเสี่ยง ที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนา ปรับปรุง บำรุง รักษา สิทธิในสูตรการผลิตสินค้า พบว่า ก. แต่เพียงผู้เดียวที่เป็นผู้พัฒนา ลงทุน และรับความเสี่ยงในการพัฒนาผลิตสูตรขึ้นมา ผลตอบแทนที่เกิดจากสูตรในกรณีนี้คือ ค่าสิทธิที่ ข.จ่ายให้

(ข) ข้อเท็จจริงความสัมพันธ์เป็นเช่นเดิมกับตัวอย่างแรก แต่เพิ่มให้ ข. ในระหว่างที่ผลิตก็ได้ทำการปรับปรุงสูตรให้ดีขึ้น เป็นผลทำให้มูลค่าของสูตรในการผลิตสูงขึ้น ผลตอบแทนที่เกิดจากสูตรที่ ก. จะได้รับก็มากขึ้น โดยเมื่อทำการพิจารณาหน้าที่ การลงทุน และการรับภาระความเสี่ยง ที่เกี่ยวกับสูตรการผลิต จึงปรากฏว่า ข.มีหน้าที่ และความเสี่ยงเกิดขึ้นในการปรับปรุงสูตร ทำให้ ข.สมควรได้รับค่าตอบแทนจากการสร้างมูลค่าให้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่เกิดจากการปรับปรุงเป็นค่าตอบแทนตามหลักราคาติดต่ออิสระ

(ค) เปลี่ยนข้อเท็จจริงว่า ก. ไม่ใช่คนพัฒนาสูตรขึ้นมา แต่เป็น ค.วิสาหกิจในเครืออีกแห่งหนึ่งเป็นผู้พัฒนาคิดค้นสูตรขึ้นมา แต่ในทางปฏิบัติระหว่างวิสาหกิจในเครือกำหนดให้ ก. เป็นคนจดทะเบียนและทำหน้าที่ดูแลการใช้สิทธิตามสูตรกับวิสาหกิจอื่นๆ โดยที่พนักงานของ ข.เป็นคนจัดการดูแล แต่อยู่ภายใต้การควบคุมและตัดสินใจของ ค. ก.จึงทำหน้าที่เป็นแค่เจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างตามกฎหมายเท่านั้น หาก ข. ไปทำการปรับปรุงสูตรทำให้สูตรเกิดมูลค่าเพิ่มขึ้นมา ผลตอบแทนที่เกิดขึ้นหากพิจารณาจากแค่ความเป็นเจ้าของตามกฎหมาย จะต้องเป็นของเจ้าของสูตรที่จดทะเบียน ตามตัวอย่างข้อ (ข) ข้างต้น แต่เมื่อเราพิจารณาจากหน้าที่ การลงทุน และภาระความเสี่ยง จะเห็นว่าวิสาหกิจที่มีความสัมพันธ์กับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง (สูตรการผลิต) ได้แก่ ค. เป็นผู้มีหน้าที่ การลงทุน และรับความเสี่ยงในการพัฒนา เป็นจำนวนมากที่สุด ข. เป็นผู้มีหน้าที่ การลงทุน และการรับความเสี่ยงในการปรับปรุง ซึ่งส่วนการลงทุน หรือการรับความเสี่ยงในการปรับปรุงย่อมไม่ได้มากนักเพราะเป็นการปรับปรุงที่เกิดจากการทำงานผลิตเป็นปกติ ส่วน ก. ซึ่งเป็นเจ้าของสูตรตามกฎหมาย ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งในแง่การมีหน้าการลงทุนหรือการรับความเสี่ยงมากไปกว่าหน้าที่เป็นตัวกลางในการทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในสูตรนั้นแก่วิสาหกิจอื่นๆเท่านั้น ก. จึงควรได้รับแค่ค่าตอบแทนในการเป็นตัวกลางตามหลักราคาติดต่ออิสระเท่านั้น แต่ไม่ได้รับผลตอบแทนจากมูลค่าที่เพิ่มขึ้นจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าหากปรากฏตามตัวอย่าง (ค) ข้างต้น หากประเทศไทยเป็นผู้ผลิตทำวิจัยและพัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่แท้จริง แต่ให้วิสาหกิจในเครือที่ตั้งอยู่ต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศ tax haven เป็นผู้จดทะเบียนเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น หากเราไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการพิจารณาความเป็นเจ้าของที่แท้จริงตามหลักเศรษฐศาสตร์ เงินได้ที่เกิดขึ้นจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนี้จะไม่เกิดขึ้นกับวิสาหกิจในประเทศไทย แต่จะเป็นเงินได้ของวิสาหกิจในต่างประเทศ ทำให้ประเทศไทยไม่อาจจัดเก็บภาษีได้ทั้งๆที่ วิสาหกิจที่ตั้งอยู่ในประเทศและใช้ทรัพยากรในประเทศ เป็นผู้ก่อให้เกิดทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีมูลค่าสูง

การคำนวณราคาโอนต้องเป็นไปตามหลักราคาติดต่ออิสระ คือราคาที่เหมาะสมเนื่องจากสอดคล้องกับราคาที่เกิดขึ้นในธุรกรรมประเภทเดียวกันที่วิสาหกิจอิสระอื่นได้ทำลงในสถานการณ์ใกล้เคียงกัน โดยยึดถือเป็นหลักการหัวใจสำคัญที่ต้องพิจารณาเสมอ เช่นที่ปรากฏใน ข้อ 9 ของ OECD Model Tax Convention และหลักการตามกฎหมายประเทศประเทศสหรัฐอเมริกา โดยการนำมาใช้ในประเทศไทยอาจปรับปรุงจากกฎหมายที่มีอยู่แล้วซึ่งเป็นหลักการที่สอดคล้องกับหลักราคาติดต่ออิสระทางสากล นั่นคือ คำสั่งกรมสรรพากรที่ ป.113/2545 กำหนดให้ราคาโอนที่เหมาะสมคือราคาตลาด และให้นิยามเรื่องราคาตลาด ว่าหมายถึงราคาตอบแทนที่คู่สัญญาที่เป็นอิสระต่อกันพึงกำหนดโดยสุจริตการค้า

การพิจารณาหลักราคาติดต่ออิสระจำเป็นต้องมีการทำการวิเคราะห์ความเปรียบเทียบกันได้ (comparability analysis) ของธุรกรรมที่ไม่ได้ถูกควบคุมด้วย โดยอาจกำหนดรายละเอียดหลักเกณฑ์การวิเคราะห์ไว้ในกฎหมายลูกก็ได้ การวิเคราะห์ความเปรียบเทียบกันได้นี้มีข้อสังเกตว่า ประเทศที่เป็นแหล่งลงทุนมีปัจจัยที่ต้องให้ความสำคัญในการเปรียบเทียบกัน แม้จะไม่อาจถือเป็นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างได้ก็ตาม ได้แก่ ประโยชน์เพิ่มที่เกิดจากการย้ายสถานที่ตั้ง (location savings) ส่วนหลักการได้สัดส่วนของรายได้ (commensurate with income) เมื่อพิจารณาแล้วพบว่า หากนำมาใช้ลักษณะเดียวกับประเทศประเทศสหรัฐอเมริกาจะเป็นการสร้างความสะดวกให้กับ การพิจารณาราคาโอนตามหลักราคาติดต่ออิสระเนื่องจากมีลักษณะที่กว้างเกินกว่าการปรับใช้ แต่จากการวิเคราะห์แล้วหลักการนี้มีประโยชน์สำคัญคือ การอธิบายว่าราคาโอนที่เหมาะสมยังสามารถหาได้แม้ไม่อาจหาราคาเปรียบเทียบกับธุรกรรมของวิสาหกิจอิสระได้ เห็นได้จากวิธีการประเมินราคาโอนแบบ RSPM ที่ใช้การวิเคราะห์กับข้อมูลภายในของวิสาหกิจในเครือเอง แต่การวิเคราะห์นั้นยังต้องอยู่บนฐานว่าเป็นการแบ่งกำไรตามอย่างที่วิสาหกิจอิสระพึงกระทำ นอกจากนี้ ขั้นตอนของหลัก commensurate with income ยังกำหนดถึงการปรับปรุงราคาเป็นระยะๆ (periodic adjustment) เพื่อให้ราคาโอนนั้นสอดคล้องกับปัจจุบันที่สุด

สำหรับการเลือกวิธีประเมินราคาโอนนั้น ควรระบุวิธีที่อาจคำนวณได้ให้สอดคล้องกับทางสากล ได้แก่ วิธีการเปรียบเทียบราคาที่ไม่มีการควบคุม (Comparable Uncontrolled Price Method / Comparable Uncontrolled Transaction Method) วิธีการกำหนดราคาขายต่อ (Resale Price Method) วิธีการกำหนดราคาทุนบวกกำไรส่วนเพิ่ม (Cost Plus Method) วิธีการคำนวณกำไรสุทธิจากรายการค้า (Transactional Net Margin Method) และวิธีแบ่งกำไร (Profit Split Method) โดยไม่ระบุลำดับว่าต้องใช้วิธีประเมินราคาโอนวิธีไหนก่อน เนื่องจากการเลือกวิธีประเมินขึ้นอยู่กับความเหมาะสมตามข้อเท็จจริงและสถานการณ์เฉพาะเรื่อง แต่ควรกำหนดปัจจัยที่มีผลต่อความน่าเชื่อถือในการเลือกใช้วิธีประเมินต่างๆ เพื่อเป็นหลักให้เจ้าพนักงานพิจารณาเลือกใช้วิธีประเมินแบบใด เช่น วิธีเปรียบเทียบราคาที่ไม่มีการควบคุมจะได้รับผลกระทบความน่าเชื่อถือหากทรัพย์สินที่ใช้ในการเปรียบเทียบระหว่างวิสาหกิจในเครือกับวิสาหกิจอิสระมีความต่างกัน ส่วนวิธีการเปรียบเทียบด้วยกำไร เป็นวิธีที่ได้รับผลกระทบจากความต่างของความสามารถในการเปรียบเทียบกันได้น้อยกว่า โดยเฉพาะวิธีแบ่งกำไร จึงเหมาะกับการหามูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีมูลค่ามากแต่หาตัวเปรียบเทียบได้ยาก

ตัวอย่างการเลือกวิธีประเมินราคาโอน สำหรับการอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เช่น วิสาหกิจในเครือ ก. ทำสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรการผลิตยาให้กับ วิสาหกิจในเครือ ข. การหาวิธีประเมินราคา ควรเริ่มต้นจากพิจารณา สภาพของสัญญาหรือธุรกรรมที่เกิดขึ้นก่อน จะเห็นได้ว่าลักษณะของการอนุญาตให้ใช้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ไม่เหมาะกับวิธีประเมินมูลค่าที่พิจารณาจากต้นทุน เนื่องจากต้นทุนในการพัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมักไม่มีความสอดคล้องกับกำไรที่สร้างขึ้น กล่าวคือ ต้นทุนในการทำวิจัยและพัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างบางชนิด อาจไม่มาก แต่ผลลัพธ์จากการทำวิจัย อาจทำให้เกิดทรัพย์สินไม่มีรูปร่างใหม่ที่มีมูลค่ามหาศาลก็ได้ เช่น อาจค้นพบสมุนไพรพื้นบ้านที่ช่วยรักษาโรคร้ายแรงได้ ส่วนวิธีประเมินประเภท ราคาขายต่อ ราคาทุนบวกกำไรส่วนเพิ่ม หรือกำไรสุทธิจากรายการค้า ก็เป็นการพิจารณาราคาโอนว่าเหมาะสมหรือไม่ โดยดูจากด้านเดียวว่า ราคาขายต่อ ราคาทุนบวกกำไรส่วนเพิ่ม หรือกำไรสุทธินั้นเทียบเคียงได้กับราคาของวิสาหกิจอิสระหรือไม่ ทำให้ขาดการพิจารณาถึงขั้นตอนในการพัฒนาและเพิ่มมูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างไป จึงอาจไม่เหมาะสมนักกับการประเมินราคาโอนของตัวอย่างข้างต้น

ดังนั้นวิธีการประเมินราคาที่ทำให้ได้ราคาที่น่าเชื่อถือที่สุด คือการใช้วิธีการเปรียบเทียบกับราคาที่ไม่มีการควบคุม โดยพิจารณาความเทียบกันได้ของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรยาให้กับวิสาหกิจในเครือ กับวิสาหกิจอิสระ จากการทำ comparability analysis เพื่อหาความเปรียบเทียบกับกันได้ของธุรกรรม

มีข้อสังเกตว่า หากเป็นการเปรียบเทียบราคาที่ไม่ถูกควบคุมของทรัพย์สินมีรูปร่าง ความเปรียบเทียบกันได้ของปัจจัยต่างๆจะมีความเข้มข้นกว่า เช่น หากเราต้องการหาราคาโอนของการขายเหล็กเส้นของกลุ่มวิสาหกิจในเครือ เราจะต้องหาธุรกรรมของวิสาหกิจอิสระที่มีความเทียบกันได้ ได้แก่ เป็นธุรกรรมที่คู่สัญญาสองฝ่ายมีหน้าที่การทำงานเหมือนกัน คือเป็นผู้ขายกับผู้ซื้อ (เป็นการขายสินค้าในลักษณะเป็นวัตถุดิบ) มีลักษณะทรัพย์สินที่เหมือนกัน คือเป็นการขายเหล็กเส้นที่สภาพและคุณสมบัติเป็นอย่างเดียวกัน (ขนาดหรือความคงทนเป็นต้น) นอกจากนี้ในการซื้อขายเหล็กเส้นนั้น ระหว่างธุรกรรมที่ถูกควบคุม กับธุรกรรมที่ไม่ถูกควบคุมมีการตกลงเงื่อนไขตามสัญญาเป็นพิเศษขึ้นมาหรือไม่ อยู่ในสภาพตลาดเดียวกันหรือไม่ และมีฝ่ายใดใช้กลยุทธ์ทางการค้าใดเป็นพิเศษหรือไม่ ถ้ามีความแตกต่างกันในปัจจัยเหล่านี้ ก็ไม่สามารถนำธุรกรรมของวิสาหกิจในเครือกับวิสาหกิจอิสระมาเทียบกันได้ นอกเสียจากว่าจะสามารถปรับปรุงความต่างนั้นได้ และการเปรียบเทียบปัจจัยต่างๆนี้ต้องเปรียบเทียบในช่วงเวลาเดียวกัน มิเช่นนั้นอาจมีผลกระทบกับราคาของสินค้าได้ ในขณะที่หากเป็นการเปรียบเทียบราคาที่ไม่ถูกควบคุมของการอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง สภาพของความเทียบกันได้ อาจต่างออกไป ได้แก่ การเปรียบเทียบลักษณะของสินค้าหรือบริการ เนื่องจากโดยสภาพนั้นทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมีความเป็นเอกลักษณ์และมักไม่โอนความเป็นเจ้าของให้กับบุคคลภายนอก การจะหาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่เป็นชนิดเดียวกันนั้นจึงแทบจะเป็นไปไม่ได้ ดังนั้นความเทียบกันได้ของคุณลักษณะของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในการอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ได้แก่ สิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นต้องเป็นสิทธิประเภทเดียวกัน (ไม่ถึงกับต้องเป็นสิทธิชนิดเดียวกัน) เช่น เป็นสิทธิในการผลิตเหมือนกัน หรือเป็นสิทธิในการทำตลาดเหมือนกัน ประกอบกับมีความเข้มข้นในการเปรียบเทียบว่าต้องเป็น ณ ช่วงเวลาเดียวกันน้อยกว่าการเปรียบเทียบราคาของทรัพย์สินมีรูปร่าง เนื่องจากค่าตอบแทนของการอนุญาตให้ใช้สิทธิมักคิดค่าสิทธิกันเป็นร้อยละของยอดขาย ราคาโอนจึงไม่ถูกระทบด้วยปัจจัยด้านเวลาโดยตรง (แต่ยังต้องพิจารณาหากเวลาที่นำมาเทียบต่างกันมากจนกระทบกับปัจจัยอื่นๆ เช่น เวลาผ่านไปนานจนประโยชน์จากการใช้งานและความสามารถในการทำรายได้ไม่เท่าเดิมแล้ว)

นอกจากนี้ปัจจัยเฉพาะที่ต้องนำมาพิจารณาสำหรับการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ได้แก่ การอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรยานั้นมีเงื่อนไขการใช้สิทธิหรือไม่ (exclusivity) สิทธิบัตรได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเป็นเวลากี่ปี (extent and duration of legal protection) ได้รับความคุ้มครองเฉพาะภายในประเทศหรือไม่ (geographic scope) อายุการใช้งานของสิทธิบัตรมีกำหนดไว้หรือไม่ (useful life) เป็นสิทธิบัตรที่พัฒนาอยู่ในระดับไหน (stage of development) ผู้รับโอนมีสิทธิในการแก้ไขปรับปรุงใดๆหรือไม่ (rights to enhancements, revisions and updates) การคาดหวังประโยชน์

ในอนาคตจากสิทธิบัตรนั้นมากน้อยแค่ไหน (expectation of future benefit) เหล่านี้จะมีผลทำให้มูลค่าของสิทธิบัตรในยาต่างกันไป การอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรได้แต่เพียงผู้เดียว อายุสิทธิบัตรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเป็นเวลานาน อนุญาตให้ใช้ได้ทั่วภูมิภาค เป็นสิทธิบัตรที่มีประโยชน์ใช้สอยได้เป็นเวลานาน เป็นสิทธิบัตรยาที่ได้รับการพัฒนาแล้ว การอนุญาตให้พัฒนาต่อยอดความรู้จากสิทธิบัตรได้ และสามารถคาดหวังประโยชน์จากสิทธิบัตรตัวยานั้นได้สูง เหล่านี้เป็นตัวอย่างปัจจัยที่ทำให้ราคาไอออนของสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรมีมูลค่ามาก หากมีปัจจัยใดปัจจัยหนึ่งต่างกันอย่างมากถึงขนาดไม่อาจปรับปรุงได้ตามหลักราคาติดต่ออิสระจะทำให้ไม่อาจนำธุรกรรมมาเปรียบเทียบกันได้ ตัวอย่างการหารธุรกรรมมาเปรียบเทียบกันอาจกำหนดได้ดังนี้

ผู้โอน	ผู้รับโอน	ประเภททรัพย์สินไม่มีรูปร่าง	อัตราค่าสิทธิ (ร้อยละ)	หลักในการคำนวณค่าสิทธิ	การสงวนสิทธิ	ขอบเขตภูมิศาสตร์
ก	ข	สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรในการประดิษฐ์	5	ยอดขายสุทธิ	ไม่สงวนสิทธิ	ทั่วโลก
	ค	สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรในการประดิษฐ์	7	ยอดขายสุทธิ	ไม่สงวนสิทธิ	ทั่วโลก
ง	จ	สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรในการประดิษฐ์	10	ยอดขายสุทธิ	ไม่สงวนสิทธิ	ทั่วโลก
พ	ม	สัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิบัตรในการประดิษฐ์	3	ยอดขายสุทธิ	ไม่สงวนสิทธิ	ทั่วโลก

ดังนี้เมื่อหารธุรกรรมที่อาจเปรียบเทียบกันได้มาแล้ว จึงนำอัตราค่าสิทธิของแต่ละธุรกรรมมาหาช่วงราคาค่าสิทธิที่เหมาะสม (ระหว่างร้อยละ 3 ถึงร้อยละ 10 เป็นราคาที่วิสาหกิจอิสระพึงกำหนดแก่กันในธุรกรรมที่เปรียบเทียบกันได้)

ปัญหาในทางปฏิบัติที่มักเกิดขึ้นเมื่อวิสาหกิจเลือกใช้การประเมินแบบการเปรียบเทียบกับราคาที่ไม่มีการควบคุม คือความน่าเชื่อถือของความเปรียบเทียบกันได้นั้น ไม่เป็นที่ยอมรับ

ของสรรพากร เนื่องจากสรรพากรเห็นว่าการจะใช้วิธีประเมินราคาแบบการเปรียบเทียบกับราคาที่ไม่มีการควบคุม จะต้องไม่มีปัจจัยใดเลยที่ต่างกันแม้แต่เล็กน้อย ทำให้ในทางปฏิบัติการกำหนดราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างโดยวิธีเปรียบเทียบกับราคาที่ไม่มีการควบคุมนั้นแทบจะนำมาใช้ไม่ได้เลย ทั้งนี้ตามหลักการของ OECD ฉบับปรับปรุงปีค.ศ. 2015 ข้อ 6.1.1 นั้นกำหนดให้การหาราคาโอนต้องพิจารณาจากข้อมูลที่มีอยู่จริงของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย<sup>139</sup> ดังนั้นการตีความให้วิธีการประเมินแบบการเปรียบเทียบกับราคาที่ไม่มีการควบคุมต้องมีความเทียบกันได้ทุกปัจจัยที่เหมือนกันทั้งหมดในรายละเอียดต่างๆ น่าจะเป็นการเคร่งครัดเกินไปขัดกับหลักการที่ให้พิจารณาทางที่ดีที่สุดจากข้อมูลที่มีอยู่จริง

หากข้อมูลที่มีอยู่นั้นไม่เพียงพอที่จะทำการประเมินราคาโอนโดยวิธีเปรียบเทียบกับราคาที่ไม่มีการควบคุมจริงๆ ทางเลือกอื่นสำหรับการหาราคาประเมินของการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นคือการใช้วิธีประเมินราคาแบบการแบ่งกำไร โดยการแบ่งกำไรอาจทำได้ 2 แบบ คือ 1. Comparable profit split คือ การพิจารณาจากกำไรโดยรวมของกลุ่มวิสาหกิจอิสระ ว่ามีการแบ่งกำไรตามการมีส่วนร่วมของหน้าที่การงาน ทรัพย์สินที่ใช้ และความเสี่ยงที่แบกรับกันไว้อย่างไร เมื่อนำมาเทียบกับกลุ่มวิสาหกิจในเครือที่ถูกควบคุมแล้วได้แบ่งกำไรสอดคล้องกับการแบ่งกำไรของกลุ่มวิสาหกิจอิสระหรือไม่ เช่นกำไรจากการประกอบกิจการผลิตยาขายทั้งหมดของกลุ่มวิสาหกิจอิสระที่มีลักษณะเทียบกันได้กับกลุ่มวิสาหกิจของ ก และ ข (ตามตัวอย่างข้างต้น) แบ่งกันอย่างไร แบ่งให้กับผู้โอนสิทธิบัตรเท่าไร ผู้รับโอนซึ่งทำหน้าที่ผลิตและขายยาเท่าไร ถ้าหากนำมาเทียบกันได้กับการแบ่งกำไรที่เกิดระหว่าง ก กับ ข ราคาโอนนั้นก็ถือเป็นราคาที่เหมาะสมตามหลักราคาติดต่ออิสระแล้ว และวิธีที่ 2. Residual profit split method คือการพิจารณากำไรโดยรวมของกิจการในเครือ โดยพิจารณาแบ่งกำไรเป็นค่าตอบแทนตามรายได้พื้นฐาน (ค่าตอบแทนผลการดำเนินงานเป็นปกติ หรือ Routine return) ให้กับคู่สัญญาในธุรกรรมตามหน้าที่การงาน แล้วจึงนำส่วนที่เหลือ (residual profit) ซึ่งเป็นกำไรส่วนตอบแทนการทำงานที่ไม่ปกติ เช่น มูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง มาพิจารณาแบ่งกันระหว่างคู่สัญญาอีกที เช่น รายได้รวมกันของ ก. และ ข. เป็น 20 ล้านบาท แบ่งเป็นผลตอบแทนการทำงานตามปกติเช่น การผลิตและจัดจำหน่ายสินค้า ยา จำนวน 3 ล้านบาท ส่วนที่เหลือ 17 ล้านบาท เป็นมูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ต้องพิจารณาว่าจะแบ่งสรรระหว่างคู่สัญญาในธุรกรรมกันอย่างไร โดยดูจากหน้าที่การงานที่ทำ การลงทุน และการรับความเสี่ยง โดยอ้างอิงกับการแบ่งของกลุ่มวิสาหกิจอิสระที่อาจเปรียบเทียบกันได้

<sup>139</sup>

In applying the principles of the Guidelines related to content and process of a comparability analysis to a transaction involving intangibles, a transfer pricing analysis must consider the options realistically available to each of the parties to the transaction.



จะเห็นได้ว่าการใช้วิธีแบ่งกำไรนั้นเป็นการพิจารณาโดยภาพรวมของธุรกิจ ทำให้ไม่ต้องพิจารณาปัจจัยความเทียบกันได้ละเอียดหรือเคร่งครัดเท่าวิธีเปรียบเทียบกับราคาที่ไม่ถูกควบคุม อย่างไรก็ตามการใช้วิธีแบ่งกำไรก็ยังมีปัจจัยที่ต้องพิจารณาเพื่อหาความเปรียบเทียบกันได้อยู่ รวมถึงการวิเคราะห์หน้าที่การงาน การลงทุน และการรับความเสี่ยงของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย และยังต้องมีข้อมูลเกี่ยวกับกำไรที่นำมารวมกันทั้งหมด ข้อมูลเกี่ยวกับการจัดสรรค่าใช้จ่ายที่เหมาะสม และความน่าเชื่อถือของปัจจัยที่ใช้ในการแบ่งกำไรระหว่างกัน

ดังนั้นในการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง หรือสิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นจะเลือกใช้วิธีใดในการประเมินราคาโอนนั้นขึ้นอยู่กับ 1. สภาพของธุรกรรมและทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น 2. ความยากง่ายในการหาความเปรียบเทียบกันได้ของธุรกรรมที่ถูกควบคุม และ 3. ความยากง่ายของการปรับธุรกรรมเข้ากับวิธีการประเมิน ซึ่งความยากง่ายในการหาความเปรียบเทียบกันได้และการปรับเข้ากับวิธีประเมินนั้นก็ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและสถานการณ์ของคู่สัญญานั้น โดยเฉพาะความสามารถในการเข้าถึงข้อมูลของวิสาหกิจอิสระที่จะนำมาเปรียบเทียบ

เพราะฉะนั้นเราจึงไม่อาจกำหนดวิธีที่เหมาะสมให้กับการหาราคาโอนสำหรับทุกราคาโอนเป็นการเฉพาะได้ อย่างไรก็ตามสำหรับการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างและสิทธิในทรัพย์สินไม่มีรูปร่างจากการพิจารณาแล้วเห็นได้ว่าวิธีที่เหมาะสมในการปรับใช้ในการประเมินได้แก่วิธีเปรียบเทียบกับราคาที่ไม่ถูกควบคุม และวิธีการแบ่งกำไร โดยเพื่อให้เกิดความแน่นอนและความสะดวกสำหรับทั้งเอกชนและรัฐในการกำหนดราคาโอนนั้น การระบุปัจจัยที่ต้องนำมาเปรียบเทียบเมื่อเป็นการกำหนดราคาโอนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างโดยวิธีการเปรียบเทียบกับราคาที่ไม่ถูกควบคุมนั้น เช่น ลักษณะการสงวนสิทธิ ขอบเขตและช่วงเวลาที่ได้รับควบคุมครองตามกฎหมาย ขอบเขตด้านภูมิศาสตร์ อายุการใช้งาน ระดับของการพัฒนา สิทธิในการปรับปรุงแก้ไขและทำให้ทันสมัย และการคาดหวังประโยชน์ในอนาคต จะช่วยให้เป็นพื้นฐานเบื้องต้นในการกำหนดราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ประกอบกับการกำหนดว่าในการพิจารณาราคาโอนนั้นให้พิจารณาจากทางเลือกตามความเป็นจริงที่ปรากฏอยู่ของแต่ละคู่สัญญา เพื่อไม่ให้สรรพากรตีความการปรับใช้วิธีการประเมินมูลค่าแบบเปรียบเทียบกับราคาที่ไม่ถูกควบคุมอย่างเคร่งครัดจนไม่มีช่องให้ใช้วิธีการประเมินเช่นว่า หากเราไม่กำหนดแนวทางปัจจัยในการเปรียบเทียบเบื้องต้นไว้ อาจเกิดการโต้เถียงกันถึงการปรับใช้เพราะขาดพื้นฐานของความแน่นอนในการกำหนดราคาโอน

โดยสรุปแล้วการนำแนวทางปฏิบัติของต่างประเทศเกี่ยวกับการกำหนดราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมาใช้กับประเทศไทยนั้นจะเห็นได้ว่า มีเรื่องที่ต้องพิจารณาหลักๆ ในการนำมากำหนดเป็นกฎหมายใช้บังคับในประเทศไทย ได้แก่ การระบุขอบเขตของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในบริบทการกำหนดราคาโอน การกำหนดความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

เพื่อการพิจารณาสัดส่วนค่าตอบแทนที่เกิดจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง และการเลือกใช้วิธีในการประเมินมูลค่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ซึ่งต้องกำหนดเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการนำไปปฏิบัติใช้ในทั้งภาครัฐและเอกชน ได้แก่การระบุนิยามและขอบเขตของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเป็นการเฉพาะสำหรับ เรื่องการหาราคาโอนโดยกำหนดคุณลักษณะของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง และกำหนดตัวอย่างของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเป็นแนวทางไว้ กำหนดการพิจารณาความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างโดยต้องพิจารณาความเป็นเจ้าของที่แท้จริงตามหลักเศรษฐศาสตร์เหนือความเป็นเจ้าของตามกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว และออกแนวทางในการนำวิธีการประเมินแบบ เปรียบเทียบราคาที่ไม่ถูกควบคุมกับวิธีแบ่งกำไร สำหรับการกำหนดราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติจริง และเพื่อความเข้าใจที่ตรงกันของทั้งภาครัฐและเอกชน

#### 4.5 ผลกระทบต่อปัญหาการขาดความเป็นเอกเทศในเรื่องการกำหนดราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

เป้าหมายของวิสาหกิจในการดำเนินธุรกิจคือการได้กำไรสูงสุด ในขณะที่เป้าหมายของรัฐคือการมุ่งหารายได้เพื่อนำมาพัฒนาประเทศตัวเอง โดยการจัดเก็บภาษีจากหน่วยธุรกิจที่เข้ามาตั้งถิ่นฐานและใช้ทรัพยากรในประเทศรวมถึงมาสร้างรายได้ในประเทศ ภายใต้ขอบกฎหมายที่กำหนดตามโครงสร้างระบบภาษีภายในประเทศตนเอง ระบบกลยุทธ์ในการจัดเก็บภาษีที่ต่างกันของแต่ละรัฐนี้เองที่เป็นช่องทางให้วิสาหกิจข้ามชาติใช้เป็นช่องทางในการวางแผนภาษี หรือหลีกเลี่ยงภาษีได้ เมื่อประเทศหนึ่งให้ความสำคัญกับการกำกับดูแลการกำหนดราคาโอนโดยมีมาตรการในการป้องกันการหลีกเลี่ยงกฎหมายภาษีที่เข้มงวดกว่าอีกประเทศหนึ่ง ทำให้บรรดาวิสาหกิจข้ามชาติต่างๆหันมาใช้ในการกำหนดราคาโอนให้เกิดปัญหากับกรมสรรพากรในประเทศแรกให้น้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ ดังนั้นเราจึงเห็นปรากฏการณ์ที่ประเทศกำลังพัฒนาได้ให้ความสำคัญในการกำกับดูแลการกำหนดราคาโอนน้อยกว่าประเทศที่พัฒนาแล้วในอดีต ได้ทยอยออกกฎหมายและกฎเกณฑ์ในการกำหนดราคาโอนเพื่อป้องกันการกำหนดราคาโอนมากขึ้น<sup>140</sup> โดยเฉพาะกฎเกณฑ์เกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่มีรายละเอียดปลีกย่อยเยอะแยะและแต่ละประเทศอาจมีมุมมองต่างกัน ทำให้หากไม่มีบทบัญญัติที่ชัดเจนอาจเกิดผลต่างๆ ดังนี้

ผลกระทบที่เกิดกับผู้เสียภาษี แบ่งเป็นผลภายในประเทศ และผลภายนอกประเทศ โดยตามหลักการจัดเก็บภาษีอากรที่ดีอันประกอบด้วย หลักความเป็นธรรม หลักความแน่นอน

<sup>140</sup> พิรพัฒน์ โปษยานนท์ และ วลัยชิต ชลวิศิษฐ์, "การกำกับดูแลราคาโอน," สรรพากรสาส์น ปีที่ 60 (เมษายน 2556) : 95.

หลักความสะดวกรวด และหลักความประหยัด การขาดความเป็นเอกเทศชัดเจนในเรื่องการกำหนดราคา โอนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมีผลต่อความเป็นธรรมในการจัดเก็บภาษี เนื่องจากกฎหมายภาษี เป็นกฎหมายที่มีผลกระทบต่อประชาชนโดยตรง การบังคับจัดเก็บภาษีกับประชาชนจึงต้องมี บทบัญญัติที่เป็นธรรม บทบัญญัติที่เกี่ยวกับราคาโอนที่มีของไทยในปัจจุบันที่ปรากฏตามประมวล รัษฎากรและคำสั่งกรมสรรพากรที่ ป.113/2545 ใช้บังคับกับวิสาหกิจบางประเภทเท่านั้น ทำให้วิสาหกิจข้ามชาติที่มีวิสาหกิจในเครือในประเทศไทย โอนราคาค่าตอบแทนไปยังวิสาหกิจในเครือ ต่างประเทศตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากรไม่อยู่ในข่ายที่จะถูกกำหนดราคาโอนได้ ทำให้ไม่สอดคล้องกับหลักความเป็นธรรมที่ทุกคนควรจะต้องเสียภาษีบนฐานเดียวกัน

นอกจากนี้ตามหลักความแน่นอนนั้น ผู้เสียภาษีควรจะได้ทราบถึงเกณฑ์ในการกำหนดราคา โอน เช่น กรณีใดบ้างที่เป็นการโอนราคาเกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างตามบริบทการกำหนดราคา โอน กรณีมีการโอนราคาเกิดขึ้นจะถูกประเมินโดยวิธีอะไรจึงจะเหมาะสมที่สุด ทำให้สามารถประมาณ ได้ว่าภาระภาษีที่จะเกิดขึ้นประมาณเท่าไร ทำให้นำไปประกอบการดำเนินธุรกิจได้ เมื่อหลักเกณฑ์ เหล่านี้ไม่แน่ชัด ผู้เสียภาษีไม่สามารถวางแผนการดำเนินงานทางธุรกิจของตัวเองได้ ความสมัครใจ ในการเสียภาษีก็น่าจะลดลงและนำไปสู่ปัญหาการพยายามหลีกเลี่ยงการเสียภาษี

ผลกระทบที่เกิดกับรัฐ อันเป็นผลภายในประเทศ ได้แก่ปัญหาการกัดกร่อนฐานภาษีเนื่องจาก ไม่สามารถเก็บภาษีได้อย่างเต็มเม็ดเต็มหน่วยตามเป้าหมายของรัฐ คือการเก็บภาษีให้ได้มากที่สุด เท่าที่มีขอบอำนาจ เนื่องจากขาดบทบัญญัติที่มีความชัดเจนในการจัดเก็บภาษีที่จะสร้างความเข้าใจ ให้แก่ทั้งเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่จัดเก็บภาษีและผู้เสียภาษี สำหรับผลภายนอกประเทศเมื่อขาด ความเป็นเอกเทศของกฎหมายคือเมื่อมองมมองในการจัดเก็บภาษีของรัฐหนึ่งไม่เหมือนกับอีกรัฐหนึ่ง โดยเฉพาะรัฐที่เป็นแหล่งเงินได้ กับรัฐที่เป็นถิ่นที่อยู่ ซึ่งโดยหลักแล้ววิสาหกิจนิติบุคคลจะต้องเสียภาษี ให้กับรัฐทั้งสองแห่ง ความเห็นเกี่ยวกับการกำหนดราคาโอนของธุรกรรมวิสาหกิจในเครือข้ามชาตินี้ อาจแตกต่างกันมากก็ได้ เช่น ในประเทศจีนซึ่งเป็นฐานในการทำวิจัยและพัฒนาของวิสาหกิจข้ามชาติ ขนาดใหญ่ทั่วโลก เมื่อมีการจ่ายราคาไปยังวิสาหกิจแม่ในต่างประเทศและถูกกรมสรรพากรของประเทศ จีนตรวจสอบราคาโอน โดยเจ้าหน้าที่เห็นว่าวิสาหกิจในประเทศจีนควรได้รับค่าตอบแทนที่เกี่ยวกับ การทำวิจัยและพัฒนาเยอะเนื่องจากสินทรัพย์ที่เกี่ยวข้องและการดำเนินงานส่วนใหญ่ นั้น เกิดที่ประเทศจีน ทำให้สรรพากรจีนกำหนดราคาโอนอยู่กับวิสาหกิจในจีนที่ต้องเสียภาษีให้กับประเทศ จีนเยอะ ในขณะที่สรรพากรของประเทศวิสาหกิจในเครืออีกรัฐหนึ่งอาจเห็นว่าการทำวิจัยและพัฒนา ของจีนเป็นเหมือนการให้บริการแก่วิสาหกิจแม่ในต่างประเทศซึ่งมีความเสี่ยงในการดำเนินงานน้อย ประกอบกับอำนาจตัดสินใจส่วนใหญ่เกิดจากวิสาหกิจแม่ในต่างประเทศเช่นกัน ทำให้ค่าตอบแทน การทำวิจัยที่จ่ายให้จีนควรจะต่ำและให้มีรายได้ที่เกิดในวิสาหกิจแม่ที่ต้องเสียภาษีเป็นจำนวนเยอะๆ

ผลก็คือวิสาหกิจในเครือนี้จะถูกเก็บภาษีซ้ำซ้อน โดยที่รัฐเองก็มักจะไม่ได้เข้ามาช่วยเหลือเนื่องจากรัฐย่อมไม่ต้องการเสียโอกาสในการจัดเก็บภาษีที่ทำได้ให้กับประเทศอื่นไป แต่ผลกระทบที่จะตามมาคือวิสาหกิจจะหลีกเลี่ยงการลงทุนในระหว่างประเทศใดที่มีความเห็นในเรื่องการกำหนดราคาโอนต่างกันมากซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของรัฐได้

ดังนั้นนอกจากรัฐควรมีบทกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดราคาโอนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ชัดเจนแล้ว การเลือกกำหนดว่ากฎเกณฑ์จะเป็นเช่นไรก็ควรกำหนดให้สอดคล้องกับหลักการสากล เช่น เรื่องหลักการกำหนดราคาติดต่ออิสระ Arm's length theory หรือหลักความเป็นเจ้าของตามเศรษฐศาสตร์ เพื่อให้เป็นมาตรฐานสากลและสร้างความแน่นอนให้กับนักลงทุนต่างชาติ ในการจูงใจให้เกิดการลงทุนในประเทศและสร้างความสนใจในการเสียภาษีให้กับผู้เสียภาษีทุกคน



## บทที่ 5

### สรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

ในยุคปัจจุบันที่มีการติดต่อค้าขายและการลงทุนข้ามชาติเป็นจำนวนมาก แต่ละรัฐต่างมีจุดมุ่งหมายในการจัดเก็บภาษีจากภาคเอกชนที่ถือสัญชาติของรัฐ เข้ามาตั้งถิ่นฐานหรือหารายได้จากในประเทศ ด้วยนโยบายทางภาษีที่ต่างกันและความแตกต่างของระบบภาษีในแต่ละรัฐ ทำให้วิสาหกิจข้ามชาติสามารถอาศัยความแตกต่างนี้ในการวางแผนภาษี หรือยิ่งไปกว่านั้นคือการหลีกเลี่ยงการเสียภาษีโดยการจงใจโยกย้ายรายได้ผ่านการกำหนดราคาโอนไปยังวิสาหกิจในเครื่องต่างประเทศเพื่อให้ได้รับประโยชน์ทางภาษีตามกฎหมายและนโยบายของรัฐนั้น ทั้งๆที่ความจริงแล้วรายได้ควรจะเป็นค่าตอบแทนที่เกิดกับวิสาหกิจในประเทศเมื่อได้พิจารณาการดำเนินงานตามข้อเท็จจริงและสถานการณ์แล้ว กล่าวคือเป็นการจงใจโยกย้ายกำไรที่ไม่สอดคล้องกับหลักการทางเศรษฐศาสตร์ ซึ่งหากพิจารณาเทียบกันแล้วกับวิสาหกิจอิสระอื่นๆจะไม่กำหนดราคาโอนเช่นนั้นเพราะจะไม่สมเหตุสมผลอย่างมาก

มาตรการเพื่อป้องกันปัญหาการหลีกเลี่ยงภาษีโดยการกำหนดราคาโอนจึงปรากฏขึ้น โดยกำหนดให้เจ้าพนักงานมีอำนาจในการปรับปรุงราคาโอนระหว่างวิสาหกิจในเครื่องข้ามชาติได้ หากเห็นว่าเป็นราคาโอนที่ไม่เหมาะสม ไม่ว่าจะเพราะเป็นราคาโอนด้านรายรับหรือด้านรายจ่าย และไม่ว่าจะเป็นการกำหนดราคาโอนที่สูงไปหรือต่ำไป โดยตัวชี้วัดความเหมาะสมของราคา คือการพิจารณาตามหลักราคาติดต่ออิสระ หรือราคาตลาด (Arm's length Theory) อันได้แก่ราคาที่วิสาหกิจอิสระที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขคล้ายกันกับวิสาหกิจในเครื่องจะพึงกำหนดขึ้นในธุรกรรมเดียวกัน หรือคล้ายกัน ดังนั้นการกำหนดราคาโอนตามหลักราคาติดต่ออิสระนั้นต้องดำเนินไปพร้อมกับการวิเคราะห์ความเปรียบเทียบกันได้ของวิสาหกิจในเครื่องกับวิสาหกิจอิสระที่จะนำมาเปรียบเทียบกัน ซึ่งประเทศไทยได้นำหลักการเหล่านี้มาปรับใช้กับการกำหนดราคาโอนในประเทศครั้งแรกปรากฏตามคำสั่งกรมสรรพากร ที่ ป.113/2545 แต่ก็ยังประสบปัญหาในการนำหลักการมาใช้จริง และมีข้อจำกัดด้านรูปแบบวิสาหกิจที่อาจถูกกำหนดราคาโอนได้ คือเฉพาะบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่เสียภาษีตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากรเท่านั้น และเป็นการตรวจสอบเฉพาะด้านรายได้ที่ต่ำเกิน หรือรายจ่ายที่สูงเกินเท่านั้น แต่รูปแบบการกำหนดราคาโอนนั้นเกิดได้ทั้งจากรายได้ที่สูงหรือรายจ่ายที่ต่ำด้วยนอกจากนี้ยังขาดความชัดเจนและรายละเอียดอยู่ เช่น นิยามราคาตลาด

คือราคาที่วิสาหกิจอิสระพึงกำหนดโดยสุจริตในทางการค้า แต่ไม่ได้กำหนดปัจจัยใดบ้างที่ใช้ในการพิสูจน์ความสุจริตทางการค้า

เมื่อพิจารณาถึงมาตรการเพื่อการป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีโดยการกำหนดราคาโอนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างสำหรับกฎหมายในไทย จะพบว่าไม่มีการบัญญัติถึงไว้เป็นการเฉพาะหรือให้มีวิธีปฏิบัติที่ต่างออกไปจากทรัพย์สินมีรูปร่างอื่นๆ ในขณะที่ต่างประเทศหลายๆประเทศทั้งประเทศที่พัฒนาแล้ว อย่างอเมริกาและกลุ่มประเทศสมาชิก OECD และประเทศกำลังพัฒนาอย่าง จีน อินเดีย หรือบราซิล ต่างให้ความสำคัญกับการกำหนดราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเห็นได้จากความพยายามในการอธิบายทรัพย์สินไม่มีรูปร่างและวิธีการที่เหมาะสมสำหรับการกำหนดค่าตอบแทนธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เนื่องจากเล็งเห็นว่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นได้กลายเป็นวัตถุในการโอนระหว่างวิสาหกิจที่มีมูลค่าสูงมาก ส่งผลกระทบต่อกำไรของธุรกิจ และการประเมินราคาโอนตามหลักราคาติดต่ออิสระนั้นทำได้ยากเนื่องจากลักษณะของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมักมีความเป็นเอกลักษณ์ที่หาทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่เหมือนหรือคล้ายกันมาเปรียบด้วยได้ยาก ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีบทกฎหมายที่ช่วยกำหนดขอบเขตและเกณฑ์ในการหาราคาโอนที่เหมาะสม

ในการหาราคาโอนสำหรับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างตามหลักราคาติดต่ออิสระนั้นมีขั้นตอนการพิจารณา ได้แก่ การระบุทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่อยู่ในบริบทการกำหนดราคาโอน ระบุธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น การพิจารณาความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง และความมีส่วนร่วมในธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง การวิเคราะห์ความเปรียบเทียบกันได้ของวิสาหกิจในเครือที่ถูกรตรวจสอบกับวิสาหกิจอื่น และการเลือกวิธีการประเมินราคาโอน

การระบุทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่อยู่ในบริบทการกำหนดราคาโอน เริ่มจากความพยายามในการนิยามความหมายของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เพื่อให้รู้ขอบเขตว่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างใดบ้างที่อาจถูกกำหนดราคาโอน ซึ่งทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนี้มีความหมายในบริบททั่วไปอย่างกว้างคือ ทรัพย์สินที่ไม่อาจจับต้องได้ นอกจากนี้ยังมีความหมายอยู่ในหลายบริบทแตกต่างกันในรายละเอียดบ้าง เช่นความหมายตามมาตรฐานบัญชี หรือ ความหมายในบริบททรัพย์สินทางปัญญา อย่างไรก็ตามการพิจารณาราคาโอนจำเป็นต้องกำหนดนิยามของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเป็นการเฉพาะโดยไม่สมควรใช้ปะปนกับสินทรัพย์ไม่มีตัวตนในทางบัญชี หรือค่าสิทธิตามประมวลรัษฎากร หรืออนุสัญญาภาษีซ้อนที่มีอยู่ในปัจจุบัน เนื่องจากวัตถุประสงค์และพื้นฐานความคิดนั้นแตกต่างกันและเป็นนิยามที่แคบไปทำให้อาจจัดเก็บภาษีได้ไม่เต็มเม็ดเต็มหน่วย โดยคุณลักษณะสำคัญของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างได้แก่ การมีมูลค่าซึ่งไม่ขึ้นอยู่กับรูปร่างกายภาพ สามารถแยกมูลค่าเป็นเอกเทศจากการให้บริการ หรือสินทรัพย์ทางการเงินได้ มีมูลค่าทางพาณิชย์ที่เป็นเป้าหมาย

ของการโอนระหว่างวิสาหกิจได้ สามารถเข้าถือเอาประโยชน์ได้และไม่จำเป็นต้องเป็นทรัพย์สิน ไม่มีรูปร่างที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเฉพาะ

การระบุประเภทธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง จะทำให้เข้าใจธรรมชาติของธุรกรรม นั้นๆ ซึ่งช่วยให้การกำหนดความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นทำได้ง่ายขึ้น โดยประเภทธุรกรรม ที่เกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่พบได้บ่อยๆ คือ การโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างและการให้ใช้สิทธิ ในทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ข้อตกลงเฉลี่ยค่าใช้จ่ายในการทำวิจัยและพัฒนาทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง และการใช้สิทธิผ่านการให้บริการหรือการขายสินค้า

การพิจารณาความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างและความมีส่วนร่วมในธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับ ทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ช่วยให้การพิจารณาว่าค่าตอบแทนที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างควรแบ่ง อย่างไร โดยหลักความเป็นเจ้าของแบ่งเป็นหลักใหญ่ๆคือ หลักความเป็นเจ้าของตามกฎหมาย คือพิจารณาจากความเป็นเจ้าของที่กฎหมายกำหนดให้โดยเฉพาะ ไม่ว่าจะเป็นการจดทะเบียน หรือตามหลักเกณฑ์อื่นๆของกฎหมาย และความเป็นเจ้าของตามหลักเศรษฐศาสตร์ที่อาศัยข้อเท็จจริง และสภาพแวดล้อมเพื่อดูว่าใครมีหน้าที่ การแบกรับความเสี่ยง ทรัพย์สินที่ลงทุนกันอย่างไร โดยความเป็นเจ้าของตามกฎหมายสมควรที่จะต้องสอดคล้องกับความเป็นเจ้าของ ตามหลักเศรษฐศาสตร์ หากไม่สอดคล้องแสดงว่ามีเจตนาพยายามบิดเบือนกำไรหรือขาดทุนอยู่ นอกจากนี้หากวิสาหกิจในเครืออื่นใดมีส่วนร่วมในการสร้างมูลค่าให้ทรัพย์สินไม่มีรูปร่างจะได้รับ ผลตอบแทนตามส่วนร่วมนั้นด้วย

การวิเคราะห์ความเปรียบเทียบกันได้เป็นขั้นตอนหนึ่งที่ต้องพิจารณาปัจจัยหลากหลายต่างๆ ที่อาจมีผลกระทบทำให้ราคาระหว่างธุรกรรมของวิสาหกิจในเครือ กับราคาของธุรกรรมที่ทำกับ วิสาหกิจอิสระไม่เหมือนกัน อันเป็นผลให้การปรับใช้หลักราคาติดต่ออิสระไม่น่าเชื่อถือ ความยากง่าย ในการหาความเปรียบเทียบกันได้ส่งผลต่อการเลือกใช้วิธีใดในการประเมินราคา โดยประเทศที่ เป็นแหล่งลงทุนขนาดใหญ่ อาจมีปัจจัยที่ต้องทำการวิเคราะห์ความเปรียบเทียบกันได้ต่างไปจาก ประเทศที่เต็มไปด้วยนักลงทุน เช่นในเรื่องประโยชน์ส่วนเพิ่มจากการย้ายที่ตั้งซึ่งพบได้มากกว่า ในประเทศแหล่งลงทุน

สุดท้ายแล้วการเลือกใช้วิธีใดในการประเมินราคาโอนว่าเป็นไปตามหลักราคาติดต่ออิสระหรือไม่ ต้องพิจารณาจากข้อมูลที่สามารถหามาได้ในการทำการเปรียบเทียบวิสาหกิจอิสระ เพื่อพิจารณาต่อไปว่า วิธีไหนจึงจะเป็นวิธีที่น่าเชื่อถือที่สุด วิธีประเมินในปัจจุบันได้แก่ วิธีเปรียบเทียบราคาที่ไม่มีการควบคุม วิธีกำหนดราคาขายต่อ วิธีราคาทุนบวกกำไรส่วน วิธีเหล่านี้เป็นวิธีที่ต้องอาศัยความเปรียบเทียบกันได้ กับธุรกรรมของวิสาหกิจอิสระค่อนข้างมาก ในขณะที่วิธีคำนวณกำไรสุทธิจากรายการค้า และวิธีแบ่งกำไร

เป็นวิธีที่อาศัยความเปรียบเทียบกันได้น้อยกว่า สำหรับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น เมื่อพิจารณาจากสภาพของธุรกรรมและทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ความยากง่ายในการหาตัวเปรียบเทียบ และความยากง่ายในการปรับใช้กับวิธีการประเมินแต่ละวิธีแล้ว พบว่า วิธีเปรียบเทียบราคาที่ไม่มีการควบคุม และวิธีการแบ่งกำไรเป็นวิธีที่เหมาะสมกว่า โดยหากสามารถหาธุรกรรมที่สามารถเปรียบเทียบกันได้ การใช้วิธีเปรียบเทียบราคาที่ไม่ถูกควบคุมจะเป็นวิธีที่เหมาะสมและน่าเชื่อถือมากที่สุด ส่วนวิธีแบ่งกำไร จะช่วยให้เห็นสัดส่วนการมีส่วนร่วมในการสร้างมูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาแนวทางกฎหมายเรื่องการกำหนดราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างจากประเทศสหรัฐอเมริกา และจากคู่มือ OECD พบว่ามีความจำเป็นในการกำหนดคชบัญญัติเกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเป็นการเฉพาะ เพราะลักษณะที่ไม่อาจมองเห็นจับต้องได้ของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างทำให้กำหนดขอบเขตได้ยากกว่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมีอะไรบ้าง ใครเป็นเจ้าของ และจะหาวิธีเปรียบเทียบกับวิสาหกิจอิสระเพื่อกำหนดราคาโอนอย่างไร

โดยการบัญญัติเพิ่มเติมเกี่ยวกับการกำหนดราคาโอนเป็นกฎหมายที่มีผลกระทบต่อประชาชนเป็นการทั่วไป ดังนั้นสมควรต้องบัญญัติออกมาเป็นกฎหมายในลำดับศักดิ์เดียวกับพระราชบัญญัติเพื่อจะได้ผ่านความเห็นชอบรับการเสนอจากสภาผู้แทนราษฎรก่อน โดยอาจบัญญัติเพิ่มเติมในประมวลรัษฎากรเพื่อให้อยู่เป็นหมวดหมู่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดเก็บภาษี เฉพาะเรื่องการให้อำนาจเจ้าพนักงานในการตรวจสอบราคาโอนในธุรกรรมระหว่างวิสาหกิจในเครือได้หากเห็นว่าราคาโอนนั้นไม่เหมาะสมคือเป็นราคาที่สูงหรือต่ำกว่าราคาตลาดโดยไม่มีเหตุอันสมควร แล้วจึงออกหลักเกณฑ์รายละเอียดเป็นกฎกระทรวงโดยแยกเรื่องหลักเกณฑ์การพิจารณาราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างให้เป็นกฎหมายลำดับรองออกตามความในประมวลรัษฎากรแยกต่างหากอีกฉบับหนึ่ง

เนื้อหาของหลักเกณฑ์การพิจารณาราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างควรประกอบไปด้วย การกำหนดนิยามของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างในบริบทการกำหนดราคาโอน ขั้นตอนการพิจารณาราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง หลักเกณฑ์การพิจารณาความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง และความเป็นผู้มีส่วนร่วมที่ต้องได้รับค่าตอบแทน หลักเกณฑ์ในการเลือกใช้วิธีประเมินมูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง สภาพบังคับหรือบทลงโทษหากผู้เสียภาษีไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานในการนำส่งเอกสารที่เกี่ยวข้องหรือให้ความร่วมมือในการกำหนดราคาโอน เป็นต้น

การกำหนดนิยามของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง นอกจากจะให้นิยามที่กำหนดขอบเขตแล้ว การยกตัวอย่างทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่อาจถูกกำหนดราคาโอนได้จะช่วยให้เห็นภาพชัดเจนขึ้น



โดยหลักเกณฑ์สำคัญของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่อาจถูกกำหนดราคาโอนได้คือ ความสามารถในการเป็นวัตถุในการโอนระหว่างวิสาหกิจในเครือ และสามารถโอนไปยังวิสาหกิจอิสระเพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์ได้

กำหนดขั้นตอนในการพิจารณาราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างโดยมีเป้าหมายเพื่อให้สามารถระบุว่าทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่จะถูกประเมินคืออะไร ปรากฏอยู่ในธุรกรรมในรูปแบบใด ธรรมชาติของการดำเนินธุรกรรมในรูปแบบนั้นเป็นอย่างไร ใครเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้นที่สมควรจะได้รับกำไรที่เกิดจากการดำเนินธุรกรรมนั้น ใครเป็นผู้มีส่วนร่วมในการเพิ่มมูลค่าให้กับทรัพย์สินไม่มีรูปร่างทำให้สมควรต้องได้รับค่าตอบแทนตามส่วน และกำไรหรือรายได้ที่เกิดขึ้นเหมาะสมหรือไม่ เมื่อเทียบกับการดำเนินงานในธุรกรรมเช่นเดียวกันในวิสาหกิจอิสระที่อาจเปรียบเทียบได้ (ต้องกำหนดหลักเกณฑ์ในการวิเคราะห์ความเปรียบเทียบกันได้) โดยทั้งหมดนี้ต้องมีรายละเอียดที่เพียงพอให้เจ้าพนักงานสามารถนำไปปฏิบัติจริงได้

หลักเกณฑ์การพิจารณาความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างและความเป็นผู้มีส่วนร่วมที่ต้องได้รับค่าตอบแทน เนื่องจากความเป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างตามหลักกฎหมายนั้นสามารถระบุได้ง่ายกว่าเนื่องจากปรากฏชัดแจ้งตามกฎหมายว่าคือใคร หรือสามารถพิจารณาได้จากทะเบียนต่างๆ การเริ่มต้นจากการสันนิษฐานก่อนว่าเจ้าของตามหลักกฎหมายนี้เป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีได้หลายคน แต่หากพิจารณาเจ้าของเหล่านี้กับข้อเท็จจริงแล้วเห็นว่าความเป็นเจ้าของตามหลักกฎหมายนี้ไม่สอดคล้องกับความเป็นเจ้าของตามหลักเศรษฐศาสตร์ คือ ดูจากอำนาจควบคุมหน้าที่การงาน ภาระความเสี่ยงและปริมาณทรัพย์สินที่ลงทุนแล้ว อาจมีวิสาหกิจในเครือที่มีส่วนในธุรกรรมนั้นที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่แท้จริงซึ่งสมควรได้รับผลตอบแทนจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น ทำให้การประเมินราคาโอนนั้นสอดคล้องกับวิสาหกิจอิสระในธุรกรรมที่ไม่ถูกควบคุมมากขึ้น

หลักเกณฑ์ในการเลือกใช้วิธีประเมินมูลค่าของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง โดยนำเอาความเป็นเจ้าของที่ระบุไว้ข้างต้นมาประกอบการพิจารณาราคาโอนด้วย โดยสมควรกำหนดแนวทางในการพิจารณาราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างเพื่อเป็นแบบอย่างสำหรับทั้งภาครัฐและเอกชน โดยเฉพาะแนวทางการปรับใช้วิธีเปรียบเทียบราคาที่ไม่ถูกควบคุม และวิธีการแบ่งกำไร โดยจะต้องพิจารณาข้อมูลเกี่ยวกับธุรกิจของผู้เสียภาษี และข้อมูลของวิสาหกิจอิสระอื่นในกลุ่มธุรกิจเดียวกันที่อาจนำมาใช้เป็นตัวเปรียบเทียบได้ นั่นคือการวิเคราะห์ความสามารถในการเปรียบเทียบกันได้ โดยเฉพาะปัจจัย 7 ประการที่มีผลต่อความเปรียบเทียบกันได้ของทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง แล้วจึงนำข้อมูลที่มีมาวิเคราะห์อีกครั้งว่าเหมาะสมกับวิธีการประเมินมูลค่าของราคาโอนวิธีใดโดยพิจารณาจากทางเลือกที่ปรากฏอยู่ตามจริงของคู่สัญญาในธุรกรรม โดยไม่จำเป็นต้องจำกัดว่าวิธีประเมินวิธีใดต้องนำมาพิจารณา

ก่อนหลัง เนื่องจากแต่ละวิธีมีความเหมาะสมกับประเภทธุรกรรมที่แตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับความอ่อนไหวของปัจจัยบางอย่าง ดังนั้นหากเลือกใช้วิธีใด ควรจะแสดงให้เห็นได้ว่าไม่มีปัจจัยใดที่เสี่ยงต่อการทำให้การเปรียบเทียบหรือการประเมินนั้นคลาดเคลื่อน

สภาพบังคับหรือบทลงโทษ เนื่องจากในกฎหมายปัจจุบันตามคำสั่งกรมสรรพากรที่ ป.113/2545 ได้มีกำหนดเอกสารที่เจ้าพนักงานจะต้องตรวจสอบเพื่อกำหนดราคาโอน แต่ไม่ได้มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานในการเรียกเอกสารเหล่านั้นจากผู้เสียภาษี โดยเฉพาะหากเป็นธุรกรรมที่เกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง มักจะเกี่ยวข้องกับข้อมูลที่ไม่เปิดเผยเป็นการทั่วไปทำให้เป็นการยากที่เจ้าพนักงานจะดำเนินการค้นหาเอง ดังนั้นควรมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานในการเรียกเอกสารเหล่านั้นได้ รวมถึงเรียกให้ผู้ประกอบการมาพบเพื่ออธิบายรายละเอียดของธุรกรรมเพิ่มเติมได้เมื่อเอกสารที่มีไม่เพียงพอ เพื่อประกอบการพิจารณาราคาโอน และมีบทลงโทษบางประการกับผู้เสียภาษีที่ไม่ให้ความร่วมมือ เพื่อให้การตรวจสอบดำเนินไปได้สะดวกยิ่งขึ้น

นอกจากนี้เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกและสร้างความมั่นใจให้กับผู้เสียภาษี นโยบายเกี่ยวกับการกำหนดราคาโอนเป็นการล่วงหน้า (Advance Pricing Agreement) ควรจะได้รับการศึกษาและกำหนดแนวทางในการปฏิบัติ เนื่องจากการกำหนดราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีรูปร่างมีความยุ่งยากในการตรวจสอบโดยเฉพาะหากผู้เสียภาษีไม่ให้ความร่วมมือ การเปิดโอกาสให้ผู้เสียภาษีเข้ามาทำข้อตกลงเพื่อกำหนดราคาโอนกับรัฐก่อน จึงไม่ได้เป็นการเพิ่มขึ้นตอนให้ยุ่งยากกว่าเดิมแต่อย่างใด แต่จะยิ่งทำให้เกิดความรวดเร็วในการตรวจสอบเมื่อเป็นความสมัครใจสองฝ่ายมากกว่าการที่รัฐเป็นฝ่ายตรวจสอบเพียงอย่างเดียว และทำให้เกิดความมั่นใจแก่ทั้งฝ่ายผู้เสียภาษี คือ สามารถวางแผนการดำเนินงานธุรกิจล่วงหน้าได้ เพราะสามารถประมาณการได้ว่าจะต้องเสียภาษีเท่าไรสำหรับรัฐก็ได้ความมั่นใจว่าจะไม่เกิดปัญหาการถ่ายโอนกำไรโดยการกำหนดราคาโอนขึ้น และมั่นใจว่าจะจัดเก็บภาษีจากฝ่ายเอกชนได้เป็นจำนวนเท่าไร และยังเป็นการสร้างความแน่นอนในอนาคตเนื่องจากการพิจารณาราคาโอนจากการดำเนินงานที่ผ่านมาและในอนาคตของวิสาหกิจที่ร่วมทำข้อตกลง

## รายการอ้างอิง

- Andriessen, D. "Intangibles – Selecting the Right Tools for the Job." *Finance & Management* January, 2003 (2003): 6-8.
- Boulogne, G.F. "Transfer Pricing of Intangibles a Comparison between the Netherlands and the United States." Rijksuniversiteit Groningen.
- Brody, R. "Worldwide Income- Why the US Taxes Citizens on Worldwide Income Regardless of Where They Lived? ." [www.taxsamartan.com/tax-preparation/taxation-of-worldwide-income/](http://www.taxsamartan.com/tax-preparation/taxation-of-worldwide-income/), 2013.
- Department of Economic and Social Affairs. "United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries ": [http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/08/2013\\_4TP\\_Newsletter.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/08/2013_4TP_Newsletter.pdf)., 2013.
- Eriksson, E. "Intangible Property Defining Intangible Property for Transfer Pricing Purposes and Exploring the Concept of Economic Ownership." Jonkoping International Business School, 2010.
- Ernst & Young Global Limited. "Worldwide Transfer Pricing Reference Guide ": <http://www.ey.com/GL/en/Services/Tax/International-Tax/Transfer-Pricing-and-Tax-Effective-Supply-Chain-Management/Worldwide-Transfer-Pricing-Reference-Guide---Country-list>, 2014.
- Gres, Zhanna. "Valuation of Intangible Property for Transfer Pricing Purposes." University of Lund, 2011.
- Halperin, R, and B Srinidhi. "U.S. Income Tax Transfer Pricing Rules for Intangibles as Approximations of Arm's Length Pricing." *The Accounting Association* Vol. 71, No. 1 (1996): 61-80.
- International Tax Review. "Indicia of Economic Ownership of Intangible Property." <http://www.internationaltaxreview.com/Article/3300910/Indicia-of-economic-ownership-of-intangible-property.html>, 2014.
- Lagarden, M. "Intangibles in a Transfer Pricing Context: Where Does the Road Lead?". *International Transfer Pricing Journal* (September-October, 2014) (2014): 331-46.

- Lashbrooke, E.C. "I.R.C § 482 Commensurate with Income Standard for Transfer of Intangibles." *Depaul Business Law Journal* (1989): 173-91.
- Lenik, J.S. . "New Approaches to Intangible Property Valuation." *International Tax Review* 22 (March, 2011) (2011): 56.
- Maetinez, Bibiana A. Cruz. "The Arm's Length Standard Vs. The Commensurate with Income Standard: Transfer Pricing Issue in the Valuation of Intangible Assets ": <http://uprblj.org/issues/volume%202%20issue%202/notes/2-UPRBLJ-302.pdf>.
- OECD. *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, Oecd/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. OECD Publishing, 2014.
- . *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD Publishing, 2010.
- PWC. "The International Transfer Pricing Summary for United States ". (2014).
- Robert Halperin, and Bin Srinidhi. "U.S. Income Tax Transfer Pricing Rules for Intangibles as Approximations of Arm's Length Pricing." *The Accounting Review* 71 (January, 1996) (1996): 61-80.
- Rotkowski, A.M. . "Intangible Property in Transfer Pricing Analyses." *Insights*, no. winter (2015): 56-63.
- Silberztein, C. "Transfer Pricing Aspects of Intangibles: The Oecd Project." *Transfer Pricing International Journal* (August, 2011 ) (2011): 1-6.
- Smith, Gordon V., and Russell L. Parr. *Valuation of Intellectual Property and Intangible Assets*. New York: Wiley, 2000.
- UN. "Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries, St/Es/347." 2013.
- Verlinden, I, A. Smits, and B Lieben. *Intellectual Property Rights from a Transfer Pricing Perspective*. Belgium: PricewaterhouseCoopers, 2002.
- Wagdy M. Abdallah, and Athar Murtuza. "Transfer Pricing Strategies of Intangible Assets, E-Commerce and International Taxation of Multinationals." *INTERNATIONAL TAX JOURNAL* 32 (May, 2006) (2006): 5-46.
- William E. Bonano. "Transfer of Intangible Property under Section 482." *International Tax Bulletin* Feb (1999): 1-11.
- กัญชรัตน์ ไทยดำริ. "การพิสูจน์ราคาโอน: กรณีการให้บริการระหว่างกลุ่มบริษัทข้ามชาติ." *สรรพากรสาสน์* ปีที่ 56 (มีนาคม 2552): 83-93.

- กัมปนาถ สถิตพร. "มาตรการป้องกันการหนีภาษีในต่างประเทศตาม Foreign Account Tax Compliance Act ของประเทศสหรัฐอเมริกา." จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556.
- กานต์ลีณี จันท์เต็ม. "มาตรการทางกฎหมายภาษีในการเตรียมความพร้อมเพื่อเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (Aec) - การนำหลักการของคู่มือราคาโอนขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Oecd) มาใช้ในกรณีธุรกรรมที่ไม่สามารถหาราคาตลาดได้." จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555.
- จำรัส แหยมสร้อยทอง. "การป้องกันการหลีกเลี่ยงและการหนีภาษีเงินได้นิติบุคคลของบริษัทข้ามชาติโดยวิธีการตั้งราคาโอน." มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530.
- จิตรา ณีคะนันท์. "ข้อตกลงการกำหนดราคาเป็นการล่วงหน้า." สรรพากรสาสน์ ปีที่ 56 (กุมภาพันธ์ 2552) (2552): 37-44.
- จิตรา ณีคะนันท์. "การกำหนดราคาโอนระหว่างบริษัทในเครือ (Transfer Pricing)." สรรพากรสาสน์ ปีที่ 55 (พฤษภาคม 2551) (2551): 30-37.
- ไชยยศ เหมรัชตะ. ลักษณะของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2553.
- ธพล แก้วสถิตย์. คำอธิบายภาษีเงินได้ระหว่างประเทศและหลักการทั่วไปของอนุสัญญาภาษีซ้อน. กรุงเทพฯ: บริษัท ชวนพิมพ์ 50 จำกัด, 2554.
- ธิดาลักษณ์ นากามิจิ. "ปัญหาการปรับใช้วิธีการคำนวณราคาโอนที่ได้รับรองในทางสากล กรณีสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา." มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, 2553.
- ธีรคุปต์, พล. "มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันการกำหนดราคาโอน." วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 23 (กันยายน 2552) (2552): 75-105.
- นัตดา โชคบุญธิยานนท์, เด่นฟ้า เรืองฤทธิ์เดช, and พรหมพร จารูวาที. "การปกป้องฐานภาษีของประเทศแหล่งเงินได้ : ศึกษากรณีการตั้งราคาโอน การตั้งเงินทุนต่ำหรือการหักรายได้." 2552.
- พนิต ธีรภาพวงศ์. ภาษีบริษัทข้ามชาติ. พิมพ์ครั้งที่ 3 ed. กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2552.
- พีรพัฒน์ โปษยานนท์. "ประโยชน์จากการทำความเข้าใจการกำหนดราคาเป็นการล่วงหน้า." สรรพากรสาสน์ ปีที่ 54 (มิถุนายน 2550) (2550): 57-61.
- พีรพัฒน์ โปษยานนท์, and วลัยชิต ชลวิศิษฏ์. "การกำกับดูแลราคาโอน." สรรพากรสาสน์ ปีที่ 60 (เมษายน 2556) (2556): 95-101.
- เลี้ยว อี้ ซิน. "กรณีศึกษาข้อพิพาทของ Glaxo : ปัญหาการระเบียบด้านการกำหนดราคาโอนของทรัพย์สินไม่มีตัวตน (ตอนจบ)." สรรพากรสาสน์ ปีที่ 59 (มิถุนายน 2555) (2555): 97-110.

- . "กรณีศึกษาข้อพิพาทของ Glaxo : ปัญหาการระเบียบด้านการกำหนดราคาโอนของ  
ทรัพย์สินไม่มีตัวตน (ตอนที่ 1)." สรรพการสาสน์ ปีที่ 59 (พฤษภาคม 2555) (2555): 91-  
101.
- ศรตม์ ดิษฐปาน. "การประเมินมูลค่าทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อวัตถุประสงค์ทางภาษีเงินได้."  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- สมศักดิ์ อนุธรรมเสลา. "ปัญหาการนำหลักการตั้งราคาโอน มาใช้กับภาษีเงินได้นิติบุคคล ตามประมวล  
รัษฎากร." จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543.
- สาธิต รังคสิริ. "Transfer Pricing กับการวางแผนภาษีของบริษัทข้ามชาติ." สรรพการสาสน์ ปีที่ 47  
(กรกฎาคม 2543) (2543): 21-36.
- สุจินต์ สุทธิการณัญญ์. *Transfer Pricing* ของธุรกิจข้ามชาติ. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์  
มหาวิทยาลัย, 2548.
- สุชาดา ธารจินดาวงศ์. "ปัญหาการจัดเก็บภาษีเงินได้กรณีค่าตอบแทนจากทรัพย์สินไม่มีรูปร่างที่ได้รับ  
โดยบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศและมีได้ประกอบ  
กิจการในไทย." มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.
- สุเมธ ศิริคุณโชติ. *กฎหมายภาษีอากรระหว่างประเทศ*. พิมพ์ครั้งที่ 3 ed. กรุงเทพฯ: โครงการตำรา  
และวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- สุวินัย วัฒนากร. "การกำหนดราคาโอนสำหรับธุรกรรมบริการภายในกลุ่มบริษัท."  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.
- อนุพันธ์ กิจนิจชีวะ. "ความหมายของค่าสิทธิตามกฎหมายไทยและการจัดเก็บภาษีเงินได้."  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.
- อุเทน บัวอ่อน. "ปัญหาภาษีเงินได้เกี่ยวกับธุรกรรมเฉลี่ยรายจ่ายเพื่อการวิจัยและพัฒนาของบริษัท  
ข้ามชาติ." มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

## ภาคผนวก

### **U.S. Code § 482 - Allocation of income and deductions among taxpayers**

In any case of two or more organizations, trades, or businesses (whether or not incorporated, whether or not organized in the United States, and whether or not affiliated) owned or controlled directly or indirectly by the same interests, the Secretary may distribute, apportion, or allocate gross income, deductions, credits, or allowances between or among such organizations, trades, or businesses, if he determines that such distribution, apportionment, or allocation is necessary in order to prevent evasion of taxes or clearly to reflect the income of any of such organizations, trades, or businesses. In the case of any transfer (or license) of intangible property (within the meaning of section 936(h)(3)(B)), the income with respect to such transfer or license shall be commensurate with the income attributable to the intangible

---

#### **TITLE 26 -- INTERNAL REVENUE**

#### **CHAPTER I -- INTERNAL REVENUE SERVICE, DEPARTMENT OF THE TREASURY**

#### **SUBCHAPTER A -- INCOME TAX**

#### **PART 1 -- INCOME TAXES**

#### **NORMAL TAXES AND SURTAXES**

#### **DEFERRED COMPENSATION, ETC.**

#### **METHODS OF ACCOUNTING**

#### **ADJUSTMENTS**

#### **26 CFR 1.482-4**

§ 1.482-4 Methods to determine taxable income in connection with a transfer of intangible property.

(a) In general. The arm's length amount charged in a controlled transfer of intangible property must be determined under one of the four methods listed in this paragraph

(a). Each of the methods must be applied in accordance with all of the provisions of § 1.482-1, including the best method rule of § 1.482-1(c), the comparability analysis

of § 1.482-1(d), and the arm's length range of § 1.482-1(e). The arm's length consideration for the transfer of an intangible determined under this section must be commensurate with the income attributable to the intangible. See § 1.482-4(f)(2) (Periodic adjustments). The available methods are --

- (1) The comparable uncontrolled transaction method, described in paragraph (c) of this section;
- (2) The comparable profits method, described in § 1.482-5;
- (3) The profit split method, described in § 1.482-6; and
- (4) Unspecified methods described in paragraph (d) of this section.

(b) Definition of intangible. For purposes of section 482, an intangible is an asset that comprises any of the following items and has substantial value independent of the services of any individual --

- (1) Patents, inventions, formulae, processes, designs, patterns, or know-how;
- (2) Copyrights and literary, musical, or artistic compositions;
- (3) Trademarks, trade names, or brand names;
- (4) Franchises, licenses, or contracts;
- (5) Methods, programs, systems, procedures, campaigns, surveys, studies, forecasts, estimates, customer lists, or technical data; and
- (6) Other similar items. For purposes of section 482, an item is considered similar to those listed in paragraph (b)(1) through (5) of this section if it derives its value not from its physical attributes but from its intellectual content or other intangible properties.

(c) Comparable uncontrolled transaction method -- (1) In general. The comparable uncontrolled transaction method evaluates whether the amount charged for a controlled transfer of intangible property was arm's length by reference to the amount charged in a comparable uncontrolled transaction. The amount determined under this method may be adjusted as required by paragraph (f)(2) of this section (Periodic adjustments).

(2) Comparability and reliability considerations -- (i) In general. Whether results derived from applications of this method are the most reliable measure of an arm's length result is determined using the factors described under the best method rule



in § 1.482-1(c). The application of these factors under the comparable uncontrolled transaction method is discussed in paragraphs (c)(2)(ii), (iii), and (iv) of this section.

(ii) Reliability. If an uncontrolled transaction involves the transfer of the same intangible under the same, or substantially the same, circumstances as the controlled transaction, the results derived from applying the comparable uncontrolled transaction method will generally be the most direct and reliable measure of the arm's length result for the controlled transfer of an intangible. Circumstances between the controlled and uncontrolled transactions will be considered substantially the same if there are at most only minor differences that have a definite and reasonably ascertainable effect on the amount charged and for which appropriate adjustments are made. If such uncontrolled transactions cannot be identified, uncontrolled transactions that involve the transfer of comparable intangibles under comparable circumstances may be used to apply this method, but the reliability of the analysis will be reduced.

(iii) Comparability -- (A) In general. The degree of comparability between controlled and uncontrolled transactions is determined by applying the comparability provisions of § 1.482-1(d). Although all of the factors described in § 1.482-1(d)(3) must be considered, specific factors may be particularly relevant to this method. In particular, the application of this method requires that the controlled and uncontrolled transactions involve either the same intangible property or comparable intangible property, as defined in paragraph (c)(2)(iii)(B)(1) of this section. In addition, because differences in contractual terms, or the economic conditions in which transactions take place, could materially affect the amount charged, comparability under this method also depends on similarity with respect to these factors, or adjustments to account for material differences in such circumstances.

(B) Factors to be considered in determining comparability -- (1) Comparable intangible property. In order for the intangible property involved in an uncontrolled transaction to be considered comparable to the intangible property involved in the controlled transaction, both intangibles must --

(i) Be used in connection with similar products or processes within the same general industry or market; and

(ii) Have similar profit potential. The profit potential of an intangible is most reliably measured by directly calculating the net present value of the benefits to be realized (based on prospective profits to be realized or costs to be saved) through the use or subsequent transfer of the intangible, considering the capital investment and start-up expenses required, the risks to be assumed, and other relevant considerations. The need to reliably measure profit potential increases in relation to both the total amount of potential profits and the potential rate of return on investment necessary to exploit the intangible. If the information necessary to directly calculate net present value of the benefits to be realized is unavailable, and the need to reliably measure profit potential is reduced because the potential profits are relatively small in terms of total amount and rate of return, comparison of profit potential may be based upon the factors referred to in paragraph (c)(2)(iii)(B)(2) of this section. See Example 3 of § 1.482-4(c)(4). Finally, the reliability of a measure of profit potential is affected by the extent to which the profit attributable to the intangible can be isolated from the profit attributable to other factors, such as functions performed and other resources employed.

(2) Comparable circumstances. In evaluating the comparability of the circumstances of the controlled and uncontrolled transactions, although all of the factors described in § 1.482-1(d)(3) must be considered, specific factors that may be particularly relevant to this method include the following --

(i) The terms of the transfer, including the exploitation rights granted in the intangible, the exclusive or nonexclusive character of any rights granted, any restrictions on use, or any limitations on the geographic area in which the rights may be exploited;

(ii) The stage of development of the intangible (including, where appropriate, necessary governmental approvals, authorizations, or licenses) in the market in which the intangible is to be used;

(iii) Rights to receive updates, revisions, or modifications of the intangible;

(iv) The uniqueness of the property and the period for which it remains unique, including the degree and duration of protection afforded to the property under the laws of the relevant countries;

(v) The duration of the license, contract, or other agreement, and any termination or renegotiation rights;

(vi) Any economic and product liability risks to be assumed by the transferee;

(vii) The existence and extent of any collateral transactions or ongoing business relationships between the transferee and transferor; and

(viii) The functions to be performed by the transferor and transferee, including any ancillary or subsidiary services.

(iv) Data and assumptions. The reliability of the results derived from the comparable uncontrolled transaction method is affected by the completeness and accuracy of the data used and the reliability of the assumptions made to apply this method. See § 1.482-1(c) (Best method rule).

(3) Arm's length range. See § 1.482-1(e)(2) for the determination of an arm's length range.

(4) Examples. The following examples illustrate the principles of this paragraph (c).

Example 1. (i) USpharm, a U.S. pharmaceutical company, develops a new drug Z that is a safe and effective treatment for the disease zeezee. USpharm has obtained patents covering drug Z in the United States and in various foreign countries. USpharm has also obtained the regulatory authorizations necessary to market drug Z in the United States and in foreign countries.

(ii) USpharm licenses its subsidiary in country X, Xpharm, to produce and sell drug Z in country X. At the same time, it licenses an unrelated company, Ydrug, to produce and sell drug Z in country Y, a neighboring country. Prior to licensing the drug, USpharm had obtained patent protection and regulatory approvals in both countries and both countries provide similar protection for intellectual property rights. Country X and country Y are similar countries in terms of population, per capita income and the incidence of disease zeezee. Consequently, drug Z is expected to sell in similar quantities and at similar prices in both countries. In addition, costs of producing and marketing drug Z in each country are expected to be approximately the same.

(iii) USpharm and Xpharm establish terms for the license of drug Z that are identical in every material respect, including royalty rate, to the terms established between USpharm and Ydrug. In this case the district director determines that the royalty rate

established in the Ydrug license agreement is a reliable measure of the arm's length royalty rate for the Xpharm license agreement.

Example 2. The facts are the same as in Example 1, except that the incidence of the disease zeezee in Country Y is much higher than in Country X. In this case, the profit potential from exploitation of the right to make and sell drug Z is likely to be much higher in country Y than it is in Country X. Consequently, the Ydrug license agreement is unlikely to provide a reliable measure of the arm's length royalty rate for the Xpharm license.

Example 3 (i) FP, is a foreign company that designs, manufactures and sells industrial equipment. FP has developed proprietary components that are incorporated in its products. These components are important in the operation of FP's equipment and some of them have distinctive features, but other companies produce similar components and none of these components by itself accounts for a substantial part of the value of FP's products.

(ii) FP licenses its U.S. subsidiary, USSub, exclusive North American rights to use the patented technology for producing component X, a heat exchanger used for cooling operating mechanisms in industrial equipment. Component X incorporates proven technology that makes it somewhat more efficient than the heat exchangers commonly used in industrial equipment. FP also agrees to provide technical support to help adapt component X to USSub's products and to assist with initial production. Under the terms of the license agreement USSub pays FP a royalty equal to 3 percent of sales of USSub equipment incorporating component X.

(iii) FP does not license unrelated parties to use component X, but many similar components are transferred between uncontrolled taxpayers. Consequently, the district director decides to apply the comparable uncontrolled transaction method to evaluate whether the 3 percent royalty for component X is an arm's length royalty.

(iv) The district director uses a database of company documents filed with the Securities and Exchange Commission (SEC) to identify potentially comparable license agreements between uncontrolled taxpayers that are on file with the SEC. The district director identifies 40 license agreements that were entered into in the same

year as the controlled transfer or in the prior or following year, and that relate to transfers of technology associated with industrial equipment that has similar applications to USSub's products. Further review of these uncontrolled agreements indicates that 25 of them involved components that have a similar level of technical sophistication as component X and could be expected to play a similar role in contributing to the total value of the final product.

(v) The district director makes a detailed review of the terms of each of the 25 uncontrolled agreements and finds that 15 of them are similar to the controlled agreement in that they all involve --

(A) The transfer of exclusive rights for the North American market;

(B) Products for which the market could be expected to be of a similar size to the market for the products into which USSub incorporates component X;

(C) The transfer of patented technology;

(D) Continuing technical support;

(E) Access to technical improvements;

(F) Technology of a similar age; and

(G) A similar duration of the agreement.

(vi) Based on these factors and the fact that none of the components to which these license agreements relate accounts for a substantial part of the value of the final products, the district director concludes that these fifteen intangibles have similar profit potential to the component X technology.

(vii) The 15 uncontrolled comparables produce the following royalty rates:

---

License Royalty rate

(percent)

1 1.0

2 1.0

3 1.25

4 1.25

5 1.5

6 1.5

7	1.75
8	2.0
9	2.0
10	2.0
11	2.25
12	2.5
13	2.5
14	2.75
15	3.0

---

(viii) Although the uncontrolled comparables are clearly similar to the controlled transaction, it is likely that unidentified material differences exist between the uncontrolled comparables and the controlled transaction. Therefore, an appropriate statistical technique must be used to establish the arm's length range. In this case the district director uses the interquartile range to determine the arm's length range. Therefore, the arm's length range covers royalty rates from 1.25 to 2.5 percent, and an adjustment is warranted to the 3 percent royalty charged in the controlled transfer. The district director determines that the appropriate adjustment corresponds to a reduction in the royalty rate to 2.0 percent, which is the median of the uncontrolled comparables.

Example 4. (i) USdrug, a U.S. pharmaceutical company, has developed a new drug, Nosplit, that is useful in treating migraine headaches and produces no significant side effects. Nosplit replaces another drug, Lessplit, that USdrug had previously produced and marketed as a treatment for migraine headaches. A number of other drugs for treating migraine headaches are already on the market, but Nosplit can be expected rapidly to dominate the worldwide market for such treatments and to command a premium price since all other treatments produce side effects. Thus, USdrug projects that extraordinary profits will be derived from Nosplit in the U.S. market and other markets.

(ii) USdrug licenses its newly established European subsidiary, Eurodrug, the rights to produce and market Nosplit in the European market. In setting the royalty rate for

this license, USdrug considers the royalty that it established previously when it licensed the right to produce and market Lessplit in the European market to an unrelated European pharmaceutical company. In many respects the two license agreements are closely comparable. The drugs were licensed at the same stage in their development and the agreements conveyed identical rights to the licensees. Moreover, there appear to have been no significant changes in the European market for migraine headache treatments since Lessplit was licensed. However, at the time that Lessplit was licensed there were several other similar drugs already on the market to which Lessplit was not in all cases superior. Consequently, the projected and actual Lessplit profits were substantially less than the projected Nosplit profits. Thus, USdrug concludes that the profit potential of Lessplit is not similar to the profit potential of Nosplit, and the Lessplit license agreement consequently is not a comparable uncontrolled transaction for purposes of this paragraph (c) in spite of the other indicia of comparability between the two intangibles.

(d) Unspecified methods -- (1) In general. Methods not specified in paragraphs (a)(1), (2), and (3) of this section may be used to evaluate whether the amount charged in a controlled transaction is arm's length. Any method used under this paragraph (d) must be applied in accordance with the provisions of § 1.482-1. Consistent with the specified methods, an unspecified method should take into account the general principle that uncontrolled taxpayers evaluate the terms of a transaction by considering the realistic alternatives to that transaction, and only enter into a particular transaction if none of the alternatives is preferable to it. For example, the comparable uncontrolled transaction method compares a controlled transaction to similar uncontrolled transactions to provide a direct estimate of the price the parties would have agreed to had they resorted directly to a market alternative to the controlled transaction. Therefore, in establishing whether a controlled transaction achieved an arm's length result, an unspecified method should provide information on the prices or profits that the controlled taxpayer could have realized by choosing a realistic alternative to the controlled transaction. As with any method, an unspecified method will not be applied unless it provides the most reliable measure of an arm's length result under the principles of the best method rule. See § 1.482-

1(c). Therefore, in accordance with § 1.482-1(d) (Comparability), to the extent that a method relies on internal data rather than uncontrolled comparables, its reliability will be reduced. Similarly, the reliability of a method will be affected by the reliability of the data and assumptions used to apply the method, including any projections used.

(2) Example. The following example illustrates an application of the principle of this paragraph (d).

Example. (i) USbond is a U.S. company that licenses to its foreign subsidiary, Eurobond, a proprietary process that permits the manufacture of Longbond, a long-lasting industrial adhesive, at a substantially lower cost than otherwise would be possible. Using the proprietary process, Eurobond manufactures Longbond and sells it to related and unrelated parties for the market price of \$550 per ton. Under the terms of the license agreement, Eurobond pays USbond a royalty of \$100 per ton of Longbond sold. USbond also manufactures and markets Longbond in the United States.

(ii) In evaluating whether the consideration paid for the transfer of the proprietary process to Eurobond was arm's length, the district director may consider, subject to the best method rule of § 1.482-1(c), USbond's alternative of producing and selling Longbond itself. Reasonably reliable estimates indicate that if USbond directly supplied Longbond to the European market, a selling price of \$300 per ton would cover its costs and provide a reasonable profit for its functions, risks and investment of capital associated with the production of Longbond for the European market. Given that the market price of Longbond was \$550 per ton, by licensing the proprietary process to Eurobond, USbond forgoes \$250 per ton of profit over the profit that would be necessary to compensate it for the functions, risks and investment involved in supplying Longbond to the European market itself. Based on these facts, the district director concludes that a royalty of \$100 for the proprietary process is not arm's length.



(e) Coordination with tangible property rules. See § 1.482-3(f) for the provisions regarding the coordination between the tangible property and intangible property rules.

(f) Special rules for transfers of intangible property -- (1) Form of consideration. If a transferee of an intangible pays nominal or no consideration and the transferor has retained a substantial interest in the property, the arm's length consideration shall be in the form of a royalty, unless a different form is demonstrably more appropriate.

(2) Periodic adjustments -- (i) General rule. If an intangible is transferred under an arrangement that covers more than one year, the consideration charged in each taxable year may be adjusted to ensure that it is commensurate with the income attributable to the intangible. Adjustments made pursuant to this paragraph (f)(2) shall be consistent with the arm's length standard and the provisions of § 1.482-1. In determining whether to make such adjustments in the taxable year under examination, the district director may consider all relevant facts and circumstances throughout the period the intangible is used. The determination in an earlier year that the amount charged for an intangible was an arm's length amount will not preclude the district director in a subsequent taxable year from making an adjustment to the amount charged for the intangible in the subsequent year. A periodic adjustment under the commensurate with income requirement of section 482 may be made in a subsequent taxable year without regard to whether the taxable year of the original transfer remains open for statute of limitation purposes. For exceptions to this rule see paragraph (f)(2)(ii) of this section.

(ii) Exceptions -- (A) Transactions involving the same intangible. If the same intangible was transferred to an uncontrolled taxpayer under substantially the same circumstances as those of the controlled transaction; this transaction serves as the basis for the application of the comparable uncontrolled transaction method in the first taxable year in which substantial periodic consideration was required to be paid; and the amount paid in that year was an arm's length amount, then no allocation in a subsequent year will be made under paragraph (f)(2)(i) of this paragraph for a controlled transfer of intangible property.

(B) Transactions involving comparable intangible. If the arm's length result is derived from the application of the comparable uncontrolled transaction method based on the transfer of a comparable intangible under comparable circumstances to those of the controlled transaction, no allocation will be made under paragraph (f)(2)(i) of this section if each of the following facts is established --

- (1) The controlled taxpayers entered into a written agreement (controlled agreement) that provided for an amount of consideration with respect to each taxable year subject to such agreement, such consideration was an arm's length amount for the first taxable year in which substantial periodic consideration was required to be paid under the agreement, and such agreement remained in effect for the taxable year under review;
- (2) There is a written agreement setting forth the terms of the comparable uncontrolled transaction relied upon to establish the arm's length consideration (uncontrolled agreement), which contains no provisions that would permit any change to the amount of consideration, a renegotiation, or a termination of the agreement, in circumstances comparable to those of the controlled transaction in the taxable year under review (or that contains provisions permitting only specified, non-contingent, periodic changes to the amount of consideration);
- (3) The controlled agreement is substantially similar to the uncontrolled agreement, with respect to the time period for which it is effective and the provisions described in paragraph (f)(2)(ii)(B)(2) of this section;
- (4) The controlled agreement limits use of the intangible to a specified field or purpose in a manner that is consistent with industry practice and any such limitation in the uncontrolled agreement;
- (5) There were no substantial changes in the functions performed by the controlled transferee after the controlled agreement was executed, except changes required by events that were not foreseeable; and
- (6) The aggregate profits actually earned or the aggregate cost savings actually realized by the controlled taxpayer from the exploitation of the intangible in the year under examination, and all past years, are not less than 80% nor more than 120% of the prospective profits or cost savings that were foreseeable when the

comparability of the uncontrolled agreement was established under paragraph (c)(2) of this section.

(C) Methods other than comparable uncontrolled transaction. If the arm's length amount was determined under any method other than the comparable uncontrolled transaction method, no allocation will be made under paragraph (f)(2)(i) of this section if each of the following facts is established --

(1) The controlled taxpayers entered into a written agreement (controlled agreement) that provided for an amount of consideration with respect to each taxable year subject to such agreement, and such agreement remained in effect for the taxable year under review;

(2) The consideration called for in the controlled agreement was an arm's length amount for the first taxable year in which substantial periodic consideration was required to be paid, and relevant supporting documentation was prepared contemporaneously with the execution of the controlled agreement;

(3) There have been no substantial changes in the functions performed by the transferee since the controlled agreement was executed, except changes required by events that were not foreseeable; and

(4) The total profits actually earned or the total cost savings realized by the controlled transferee from the exploitation of the intangible in the year under examination, and all past years, are not less than 80% nor more than 120% of the prospective profits or cost savings that were foreseeable when the controlled agreement was entered into.

(D) Extraordinary events. No allocation will be made under paragraph (f)(2)(i) of this section if the following requirements are met --

(1) Due to extraordinary events that were beyond the control of the controlled taxpayers and that could not reasonably have been anticipated at the time the controlled agreement was entered into, the aggregate actual profits or aggregate cost savings realized by the taxpayer are less than 80% or more than 120% of the prospective profits or cost savings; and

(2) All of the requirements of paragraph (f)(2)(ii) (B) or (C) of this section are otherwise satisfied.

(E) Five-year period. If the requirements of § 1.482-4 (f)(2)(ii)(B) or (f)(2)(ii)(C) are met for each year of the five-year period beginning with the first year in which substantial periodic consideration was required to be paid, then no periodic adjustment will be made under paragraph (f)(2)(i) of this section in any subsequent year.

(iii) Examples. The following examples illustrate this paragraph (f)(2).

Example 1. (i) USdrug, a U.S. pharmaceutical company, has developed a new drug, Nosplit, that is useful in treating migraine headaches and produces no significant side effects. A number of other drugs for treating migraine headaches are already on the market, but Nosplit can be expected rapidly to dominate the worldwide market for such treatments and to command a premium price since all other treatments produce side effects. Thus, USdrug projects that extraordinary profits will be derived from Nosplit in the U.S. and European markets.

(ii) USdrug licenses its newly established European subsidiary, Eurodrug, the rights to produce and market Nosplit for the European market for 5 years. In setting the royalty rate for this license, USdrug makes projections of the annual sales revenue and the annual profits to be derived from the exploitation of Nosplit by Eurodrug. Based on the projections, a royalty rate of 3.9% is established for the term of the license.

(iii) In Year 1, USdrug evaluates the royalty rate it received from Eurodrug. Given the high profit potential of Nosplit, USdrug is unable to locate any uncontrolled transactions dealing with licenses of comparable intangible property. USdrug therefore determines that the comparable uncontrolled transaction method will not provide a reliable measure of an arm's length royalty. However, applying the comparable profits method to Eurodrug, USdrug determines that a royalty rate of 3.9% will result in Eurodrug earning an arm's length return for its manufacturing and marketing functions.

(iv) In Year 5, the U.S. income tax return for USdrug is examined, and the district director must determine whether the royalty rate between USdrug and Eurodrug is commensurate with the income attributable to Nosplit. In making this determination, the district director considers whether any of the exceptions in § 1.482-4(f)(2)(ii) are applicable. In

particular, the district director compares the profit projections attributable to Nosplit made by USdrug against the actual profits realized by Eurodrug. The projected and actual profits are as follows:

---

Profit projections	Actual profits
--------------------	----------------

Year 1	200 250
--------	---------

Year 2	250 300
--------	---------

Year 3	500 600
--------	---------

Year 4	350 200
--------	---------

Year 5	100 100
--------	---------

Total	1400 1450
-------	-----------

---

(v) The total profits earned through Year 5 were not less than 80% nor more than 120% of the profits that were projected when the license was entered into. If the district director determines that the other requirements of § 1.482-4(f)(2)(ii)(C) were met, no adjustment will be made to the royalty rate between USdrug and Eurodrug for the license of Nosplit.

Example 2. (i) The facts are the same as in Example 1, except that Eurodrug's actual profits earned were much higher than the projected profits, as follows:

---

Profit projections	Actual profits
--------------------	----------------

Year 1	200 250
--------	---------

Year 2	250 500
--------	---------

Year 3	500 800
--------	---------

Year 4	350 700
--------	---------

Year 5	100 600
--------	---------

Total	1400 2850
-------	-----------

---

(ii) In examining USdrug's tax return for Year 5, the district director considers the actual profits realized by Eurodrug in Year 5, and all past years. Accordingly, although Years 1 through 4 may be closed under the statute of limitations, for purposes of

determining whether an adjustment should be made with respect to the royalty rate in Year 5 with respect to Nosplit, the district director aggregates the actual profits from those years with the profits of Year 5. However, the district director will make an adjustment, if any, only with respect to Year 5.

Example 3. (i) FP, a foreign corporation, licenses to USS, its U.S. subsidiary, a new air-filtering process that permits manufacturing plants to meet new environmental standards. The license runs for a 10-year period, and the profit derived from the new process is projected to be \$15 million per year, for an aggregate profit of \$150 million.

(ii) The royalty rate for the license is based on a comparable uncontrolled transaction involving a comparable intangible under comparable circumstances. The requirements of paragraphs (f)(2)(ii)(B)(1) through (5) of this section have been met. Specifically, FP and USS have entered into a written agreement that provides for a royalty in each year of the license, the royalty rate is considered arm's length for the first taxable year in which a substantial royalty was required to be paid, the license limited the use of the process to a specified field, consistent with industry practice, and there are no substantial changes in the functions performed by USS after the license was entered into.

(iii) In examining Year 4 of the license, the district director determines that the aggregate actual profits earned by USS through Year 4 are \$30 million, less than 80% of the projected profits of \$60 million. However, USS establishes to the satisfaction of the district director that the aggregate actual profits from the process are less than 80% of the projected profits in Year 3 because an earthquake severely damaged USS's manufacturing plant. Because the difference

between the projected profits and actual profits was due to an extraordinary event that was beyond the control of USS, and could not reasonably have been anticipated at the time the license was entered into, the requirement under § 1.482-4(f)(2)(ii)(D) has been met, and no adjustment under this section is made.

(3) Ownership of intangible property -- (i) In general. If the owner of the rights to exploit an intangible transfers such rights to a controlled taxpayer, the owner must receive an amount of consideration with respect to such transfer that is determined in accordance with the provisions of this section. If another controlled taxpayer provides assistance to the owner in connection with the development or enhancement of an intangible, such person may be entitled to receive consideration with respect to such assistance. See § 1.482-4(f)(3)(iii) (Allocations with respect to assistance provided to the owner). Because the right to exploit an intangible can be subdivided in various ways, a single intangible may have multiple owners for purposes of this paragraph (3)(i). Thus, for example, the owner of a trademark may license to another person the exclusive right to use that trademark in a specified geographic area for a specified period of time (while otherwise retaining the right to use the intangible). In such a case, both the licensee and the licensor will be considered owners for purposes of this paragraph (f)(3)(i), with respect to their respective exploitation rights.

(ii) Identification of owner -- (A) Legally protected intangible property. The legal owner of a right to exploit an intangible ordinarily will be considered the owner for purposes of this section. Legal ownership may be acquired by operation of law or by contract under which the legal owner transfers all or part of its rights to another. Further, the district director may impute an agreement to convey legal ownership if the conduct of the controlled taxpayers indicates the existence in substance of such an agreement. See § 1.482-1(d)(3)(ii)(B) (Identifying contractual terms).

(B) Intangible property that is not legally protected. In the case of intangible property that is not legally protected, the developer of the intangible will be considered the owner. Except as provided in § 1.482-7T, if two or more controlled taxpayers jointly develop an intangible, for purposes of section 482, only one of the controlled taxpayers will be regarded as the developer and owner of the intangible, and the

other participating members will be regarded as assisters. Ordinarily, the developer is the controlled taxpayer that bore the largest portion of the direct and indirect costs of developing the intangible, including the provision, without adequate compensation, of property or services likely to contribute substantially to developing the intangible. A controlled taxpayer will be presumed not to have borne the costs of development if, pursuant to an agreement entered into before the success of the project is known, another person is obligated to reimburse the controlled taxpayer for its costs. If it cannot be determined which controlled taxpayer bore the largest portion of the costs of development, all other facts and circumstances will be taken into consideration, including the location of the development activities, the capability of each controlled taxpayer to carry on the project independently, the extent to which each controlled taxpayer controls the project, and the conduct of the controlled taxpayers.

(iii) Allocations with respect to assistance provided to the owner. Allocations may be made to reflect an arm's length consideration for assistance provided to the owner of an intangible in connection with the development or enhancement of the intangible. Such assistance may include loans, services, or the use of tangible or intangible property. Assistance does not, however, include expenditures of a routine nature that an unrelated party dealing at arm's length would be expected to incur under circumstances similar to those of the controlled taxpayer. The amount of any allocation required with respect to that assistance must be determined in accordance with the applicable rules under section 482.

(iv) Examples. The principles of this paragraph are illustrated by the following examples.

Example 1. A, a member of a controlled group, allows B, another member of the controlled group and the owner of an intangible, to use tangible property, such as laboratory equipment, in connection with the development of the intangible. Any allocations with respect to the owner's use of the property will be determined under § 1.482-2(c).

Example 2. FP, a foreign producer of cheese, markets the cheese in countries other than the United States under the tradename Fromage Frere. FP owns all the



worldwide rights to this name. The name is widely known and is valuable outside the United States but is not known within the United States. In 1995, FP decides to enter the United States market and incorporates U.S. subsidiary, USSub, to be its U.S. distributor and to supervise the advertising and other marketing efforts that will be required to develop the name Fromage Frere in the United States. USSub incurs expenses that are not reimbursed by FP for developing the U.S. market for Fromage Frere. These expenses are comparable to the levels of expense incurred by independent distributors in the U.S. cheese industry when introducing a product in the U.S. market under a brand name owned by a foreign manufacturer. Since USSub would have been expected to incur these expenses if it were unrelated to FP, no allocation to USSub is made with respect to the market development activities performed by USSub.

Example 3. The facts are the same as in Example 2, except that the expenses incurred by USSub are significantly larger than the expenses incurred by independent distributors under similar circumstances. FP does not reimburse USSub for its expenses. The district director concludes based on this evidence that an unrelated party dealing at arm's length under similar circumstances would not have engaged in the same level of activity relating to the development of FP's marketing intangibles. The expenditures in excess of the level incurred by the independent distributors therefore are considered to be a service provided to FP that adds to the value of FP's trademark for Fromage Frere. Accordingly, the district director makes an allocation under section 482 for the fair market value of the services that USSub is considered to have performed for FP.

Example 4. The facts are the same as in Example 3, except that FP and USSub conclude a long term agreement under which USSub receives the exclusive right to distribute cheese in the United States under FP's trademark. USSub purchases cheese from FP at an arm's length price. Since USSub is the owner of the trademark under paragraph (f)(3)(ii)(A) of this section, and its conduct is consistent with that status, its activities related to the development of the trademark are not considered to be a service performed for the benefit of FP, and no allocation is made with respect to such activities.

(4) Consideration not artificially limited. The arm's length consideration for the controlled transfer of an intangible is not limited by the consideration paid in any uncontrolled transactions that do not meet the requirements of the comparable uncontrolled transaction method described in paragraph (c) of this section. Similarly, the arm's length consideration for an intangible is not limited by the prevailing rates of consideration paid for the use or transfer of intangibles within the same or similar industry.

(5) Lump sum payments -- (i) In general. If an intangible is transferred in a controlled transaction for a lump sum, that amount must be commensurate with the income attributable to the intangible. A lump sum is commensurate with income in a taxable year if the equivalent royalty amount for that taxable year is equal to an arm's length royalty. The equivalent royalty amount for a taxable year is the amount determined by treating the lump sum as an advance payment of a stream of royalties over the useful life of the intangible (or the period covered by an agreement, if shorter), taking into account the projected sales of the licensee as of the date of the transfer. Thus, determining the equivalent royalty amount requires a present value calculation based on the lump sum, an appropriate discount rate, and the projected sales over the relevant period. The equivalent royalty amount is subject to periodic adjustments under § 1.482-4(f)(2)(i) to the same extent as an actual royalty payment pursuant to a license agreement.

(ii) Exceptions. No periodic adjustment will be made under paragraph (f)(2)(i) of this section if any of the exceptions to periodic adjustments provided in paragraph (f)(2)(ii) of this section apply.

(iii) Example. The following example illustrates the principle of this paragraph (f)(5).

Example. Calculation of the equivalent royalty amount. (i) FSub is the foreign subsidiary of USP, a U.S. company. USP licenses FSub the right to produce and sell the whopperchopper, a patented new kitchen appliance, for the foreign market. The license is for a period of five years, and payment takes the form of a single lump-sum charge of \$500,000 that is paid at the beginning of the period.

(ii) The equivalent royalty amount for this license is determined by deriving an equivalent royalty rate equal to the lump-sum payment divided by the present

discounted value of FSub's projected sales of whopperchoppers over the life of the license. Based on the riskiness of the whopperchopper business, an appropriate discount rate is determined to be 10 percent. Projected sales of whopperchoppers for each year of the license are as follows:

---

Year Projected sales

1 \$ 2,500,000

2 2,600,000

3 2,700,000

4 2,700,000

5 2,750,000

---

(iii) Based on this information, the present discounted value of the projected whopperchopper sales is approximately \$10 million, yielding an equivalent royalty rate of approximately 5%. Thus, the equivalent royalty amounts for each year are as follows:

---

Year Projected sales Equivalent royalty

amount

1 \$ 2,500,000 \$ 125,000

2 2,600,000 130,000

3 2,700,000 135,000

4 2,700,000 135,000

5 2,750,000 137,500

---

(iv) If in any of the five taxable years the equivalent royalty amount is determined not to be an arm's length amount, a periodic adjustment may be made pursuant to § 1.482-4(f)(2)(i). The adjustment in such case would be equal to the difference between the equivalent royalty amount and the arm's length royalty in that taxable year.

### ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวพิมพ์เพ็ญ นามวงษ์ เกิดเมื่อวันที่ 13 ตุลาคม พ.ศ. 2534 ที่กรุงเทพมหานคร

สำเร็จการศึกษาชั้นมัธยมศึกษาตอนต้นจากโรงเรียนอมาตยกุล

ชั้นมัธยมศึกษาตอนปลายจากโรงเรียนสามเสนวิทยาลัย

ปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 2) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2555

ปัจจุบันรับราชการที่กรุงเทพมหานคร ในตำแหน่งนิติกร ส่วนกฎหมายและเร่งรัดภาษี

อาคารค้ำ สังกัดสำนักงานสรรพากรภาค 1

