



บทที่ 3

มาตรการควบคุมการตั้งทุนต่ำของต่างประเทศ

1. บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำประเทศออสเตรเลีย (Thin Capitalization Provision)

1.1 ความเป็นมาในการนำบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำมาบังคับใช้¹

ก่อนที่จะนำบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำมาบังคับใช้ เพื่อควบคุมการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในประเทศออสเตรเลีย นักลงทุนต่างชาติที่จะลงทุนในประเทศ ออสเตรเลียจะต้องระบุจำนวนทุนให้แน่นอนเพื่อขออนุญาตลงทุนต่อรัฐบาล โดยรัฐบาลจะพิจารณาระดับหรือขนาดทุนเป็นรายกรณี ซึ่งคณะกรรมการพิจารณาการลงทุนต่างชาติ (Foreign Investment Review Board : FIRB) มีหน้าที่ควบคุมกำกับดูแล รัฐบาลกลางออสเตรเลียควบคุมสัดส่วนหนี้ต่อทุนของนิติบุคคลต่างประเทศโดยผ่านการใช้นโยบายการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติตามกฎหมายว่าด้วยการควบกิจการของนักลงทุนต่างชาติ ค.ศ. 1975 (Foreign Takeover Act) ในปี ค.ศ. 1989 เปลี่ยนเป็น The Foreign Acquisitions and Takeovers Act ซึ่งมีนโยบายป้องกันการได้มาซึ่งทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติในประเทศออสเตรเลีย เว้นแต่ว่านักลงทุนต่างชาติสามารถแสดงให้เห็นว่ามีสัดส่วนหนี้ต่อทุน 3:1 โดยสัดส่วนดังกล่าวอาจเปลี่ยนแปลงได้หากนักลงทุนต่างชาติมีเหตุผลสมควร อย่างไรก็ตามการใช้นโยบายดังกล่าวมีข้อขัดข้องเนื่องจากรัฐบาลต้องการเงินลงทุนจากนักลงทุนต่างชาติ จึงยังไม่มีกลไกอย่างเป็นทางการในการตรวจสอบที่ต่อเนื่องและจริงจังว่ากิจการต่าง ๆ มีสัดส่วนหนี้ต่อทุนเป็นตามที่กำหนดหรือไม่

เมื่อต้นปี ค.ศ. 1975 ได้มีคำแนะนำตามรายงานของ The Asprey Committee ให้นำนโยบายควบคุมการตั้งทุนต่ำมาใช้ โดยรายงานวาระระบบภาษีไม่มีความเป็นกลางระหว่างการจัดหาเงินทุนด้วยหุ้นทุนกับหนี้ คณะกรรมการมีการแนะนำว่า ควรมีข้อจำกัดเกี่ยวกับจำนวนดอกเบี้ยที่จ่ายให้แก่นิติบุคคลต่างชาติ แต่ไม่ควรมีข้อจำกัดต่อนิติบุคคลท้องถิ่น คำแนะนำดังกล่าวถูกวิพากษ์วิจารณ์เพราะเหตุว่า The Asprey Committee ไม่สามารถระบุว่าการตัดสินใจจัดหาทุนด้วยหุ้นทุนหรือหนี้ที่ขึ้นอยู่กับการพิจารณาอื่น ๆ นอกจากภาษีดังเช่นที่มาร์กกล่าวไว้ว่า “การนำกฎควบคุมการตั้งทุนต่ำมาใช้บังคับ มีผลกระทบต่อระบบการเงินของกลุ่มบริษัทในเครือ เนื่องจากโดยปกติแล้วบริษัทแม่ต่างชาติย่อมต้องการให้การสนับสนุนการเงินแก่บริษัทลูก ในประเทศออสเตรเลีย

¹ Sue Williamson , Thin Capitalisation : A Critical Review. Australian Tax Forum (1991) Volume 8 , pp. 181-182

ด้วยอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ที่ต่ำกว่าธนาคารในประเทศออสเตรเลีย โดยบริษัทแม่ต้องกู้ยืมเงินจากต่างประเทศเพื่อใช้ในการดำเนินกิจการของตนและให้บริษัทลูกในเครือกู้ยืมเพราะบริษัทลูกอาจจะประสบความลำบากในการจัดหาแหล่งเงินกู้ในประเทศที่ลงทุนอยู่ เมื่อมีการบังคับใช้บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำ อาจเป็นการขัดขวางการทำธุรกรรมระหว่างบริษัทแม่ และบริษัทลูกดังกล่าว”

ต่อมาเมื่อวันที่ 26 ธันวาคม 2529 คณะมนตรีขององค์การประสานงานเศรษฐกิจสังคม (Organization Economic Coordination Development : OECD) ได้เผยแพร่รายงานการศึกษาเกี่ยวกับผลประโยชน์ทางภาษีจากการใช้ทุนต่ำโดยแนะนำให้ใช้มาตรการควบคุมด้วยวิธียืดหยุ่นเป็นรายกรณีมากกว่าการใช้วิธีกำหนดสัดส่วนหนี้ต่อทุนคงที่ แต่กระทรวงการคลัง ออสเตรเลียไม่คำนึงถึงคำแนะนำของ OECD โดยเมื่อวันที่ 30 เมษายน 2530 ได้ประกาศใช้บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำ (Thin Capitalization Legislation) ด้วยวิธีกำหนดสัดส่วนหนี้ต่อทุนคงที่ ด้วย Taxation Laws Amendment Act (No. 4) 1987 ตามพระราชบัญญัติการประเมินภาษีเงินได้ ค.ศ. 1936 (Income Tax Assessment Act 1936 :ITAA) ใน Division 16F Section 159GZA ถึง 159GZX มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2530

1.2 วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำ

ตาม Tax Ruling IT 2479 Australian Tax Office² กล่าวว่า “ กฎควบคุมการตั้งทุนต่ำมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการสูญเสียเงินได้ (losses of revenue) ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้หากผู้ลงทุนซึ่งมีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศรักรายระดับหนี้ซึ่งตนมีอยู่ในอัตราที่สูงเมื่อเปรียบเทียบกับรายได้ที่เกิดในประเทศออสเตรเลียซึ่งมาจากกิจกรรมทางธุรกิจของผู้ลงทุนผู้นั้น” วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำ มีดังนี้

- (1) เพื่อป้องกันการวางแผนลดระดับกำไรที่นักลงทุนต่างประเทศได้รับจากดอกเบี้ยแทนการรับส่วนแบ่งกำไรที่จัดสรรหลังจากชำระภาษีแล้วหรือเงินปันผล
- (2) เพื่อควบคุมอัตราส่วนหรือรักษาความสมดุลระหว่างเงินทุนจากหนี้กับเงินทุนจากหุ้นจากการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในบริษัทออสเตรเลีย มิฉะนั้นนักลงทุนต่างชาติจะมีระดับหนี้สูงเมื่อเปรียบเทียบกับกิจกรรมที่ก่อให้เกิดรายได้ในประเทศออสเตรเลีย
- (3) เป็นการลงโทษวิสาหกิจต่างประเทศที่มีระดับทุนไม่เหมาะสม โดยไม่อนุญาตให้นำดอกเบี้ยจ่ายหนี้ต่างประเทศมาถือเป็นรายจ่าย หากอัตราส่วนหนี้ต่อทุนไม่เป็นไปตามกฎหมายกำหนด³

² Australia Tax Office, *Taxation of Corporate Debt Finance*. (Australia:Australia Tax Office, 2000). (Mimeographed), p. 178

³ Andrew Binns , “Australian Thin Cap”, *Journal of International Taxation* (January 1997) : p. 30

1.3 เหตุผลและความจำเป็นในบังคับใช้บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำ

ระบบการจัดเก็บภาษีเงินได้ของประเทศออสเตรเลียเป็นระบบผสม (Integration of Distributed Profit) โดยจัดภาษีซ้อนเชิงเศรษฐกิจเพียงบางส่วนแก่ผู้ถือหุ้นท้องถิ่น (Partial Shareholder Schemes) และตั้งแต่ปี ค.ศ.1986 ให้เครดิตภาษีเต็มจำนวนสำหรับภาษีเงินได้นิติบุคคลที่ชำระแล้ว (Full Credit for Corporate Tax Paid Imputation System)⁴ ซึ่งระบบนี้ใช้ในกรณีบริษัทท้องถิ่น (บริษัทออสเตรเลีย) จ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศออสเตรเลียซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา บริษัท องค์กรจดทะเบียนและหน่วยงานที่ได้รับการปฏิบัติเสมือนเป็นบริษัท⁵ โดยแบ่งเงินปันผลออกเป็น 2 ประเภท คือ

(1) “Franked Dividend” หมายถึง เงินปันผลที่จ่ายจากผลกำไรที่ชำระภาษีระดับบริษัทแล้วและเป็นเงินปันผลที่จ่ายตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม 2530 เป็นต้นไป

(2) “Unfranked Dividend” หมายถึง เงินปันผลที่จ่ายจากผลกำไรที่ไม่มีการชำระภาษีระดับบริษัท เช่น เงินปันผลที่จ่ายจากบัญชีทุนเรือนหุ้น บัญชีส่วนเกินมูลค่าหุ้นหรือสำรองการตีราคาทรัพย์สิน รวมถึง เงินกู้ เงินล่วงหน้าที่จ่ายให้แก่ผู้ถือหุ้นหรือผู้เกี่ยวข้อง ซึ่งถือเสมือนเป็นเงินปันผล (Deemed Dividends) ตัวอย่าง บริษัทมีกำไรทางบัญชีจำนวน 200 บาท และมีกำไรทางภาษี 100 บาท เสียภาษีเงินได้นิติบุคคลอัตราร้อยละ 36* คงเหลือจ่ายปันผล 164 บาท โดยแบ่งเป็น Franked Dividend เท่ากับ 64 บาท และ Unfranked Dividend เท่ากับ 100 บาท⁶

เหตุผลสำคัญประการหนึ่งในการนำบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำมาบังคับใช้ เฉพาะนักลงทุนต่างชาติ สืบเนื่องมาจากหลักการจัดเก็บภาษีเงินปันผลกับดอกเบี้ยและความแตกต่างระหว่างภาระภาษีที่แท้จริงเงินปันผลกับดอกเบี้ย โดยแบ่งพิจารณาเป็นกรณีในประเทศกับกรณีต่างประเทศ ดังนี้

⁴ OECD, *Taxation in OECD Country*. pp.54,67

⁵ Angel Q. Yoingeo, *Taxation of Financial Instruments and Financial Institutions in Selected Countries in the Asia-Pacific Region* (Manila, Philippines: Study Group on Asian Tax Administration & Research (SGATAR), 1999), p.44

* *Taxation in OECD Country*, p.57 ปัจจุบันอัตราภาษีเงินได้นิติบุคคลมีอัตราเดียว ร้อยละ 36 เดิมแบ่งออกเป็นสองอัตราระหว่างกำไรจัดสรรกับไม่จัดสรร และในอนาคตจะลดลงเป็นร้อยละ 30

⁶ Horwath International, *International Tax Planning Manual-Corporation* (New Zealand : Computax and Commerce Clearing, House, Inc. (CCH) New Zealand Limited., 1996), pp.10,024-10,025

(1) กรณีในประเทศ ผู้ถือหุ้นบุคคลธรรมดาเมื่อได้รับเงินปันผลต้องนำมารวมคำนวณกับเงินได้ทั่วโลกเพื่อเสียภาษีในอัตราสูงสุดตามความสามารถ (Marginal Rate of Tax) ปัจจุบันร้อยละ 47⁷ โดยนำยอดรวมเงินปันผลที่ได้จากการคำนวณ (Fully Franked Dividend) ซึ่งชำระภาษีบริษัทแล้ว (Franked Amount) รวมกับภาษีบริษัทที่สามารถเครดิตภาษีได้ (Imputation Credit) โดยสามารถขอคืนภาษีที่เสียไปแล้ว ณ ระดับบริษัท หรือชำระเพิ่มแล้วแต่กรณี กล่าวคือ หากอัตรากำไร สูงสุดของผู้ถือหุ้นสูงกว่าอัตรากำไรบริษัท ผู้ถือหุ้นต้องชำระภาษีส่วนที่ขาดเพิ่มเติม หรือหากอัตรากำไรสูงสุดของผู้ถือหุ้นต่ำกว่าอัตรากำไรบริษัท ผู้ถือหุ้นจะได้รับส่วนที่เกินคืน ยอดขอคืนภาษีส่วนเกินนี้ไม่สามารถยกยอดไปปีถัดไป และไม่มีสิทธิหักภาษี ณ ที่จ่ายสำหรับ Franked Dividend⁸ สำหรับ Unfranked Dividend มีการ หัก ภาษี ณ ที่จ่ายอัตราสูงสุดร้อยละ 48.7 (ในปี ค.ศ. 1996/1997) ในกรณีที่ไม่มีแจ้งเลขประจำตัวภาษี (Tax File Number :TFN) ให้แก่ผู้จ่ายทราบ⁹

เงินปันผลระหว่างบริษัท (Intercorporate Dividend) เงินปันผลรับของบริษัท ออสเตรเลียเป็นเงินได้พึงประเมินที่ต้องเสียภาษี เฉพาะ Franked Dividend เท่านั้น ได้รับเงินคืนภาษีทั้งจำนวน (Full Tax Rebate) ส่วน Unfranked Dividend ที่ได้รับตั้งแต่วันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1988 ไม่มีสิทธิขอคืนภาษี เว้นแต่จะเป็นกลุ่มบริษัทที่มีเจ้าของเดียวกันทั้งหมด (Wholly Owned Corporate Group) นอกจากนี้ การขอคืนเครดิตภาษีเงินปันผล (Intercompany Dividend Tax Rebate) ไม่ใช่ในกรณี เงินปันผลที่จ่ายจากบัญชีทุนเรือนหุ้น บัญชีส่วนเกินมูลค่าหุ้น หรือสำรองการตีราคาทรัพย์สิน หลังจากวันที่ 9 พฤษภาคม 1995¹⁰ รวมถึงกรณีการวางแผนใช้เงินปันผลเพื่อลดหย่อนภาษี ด้วยการทำให้เงินปันผลเสมือนเป็นดอกเบี้ยเงินกู้ ซึ่งเงินปันผลเช่นนี้มีสภาพเป็นหนี้ (Debt Dividend)¹¹

สำหรับ ดอกเบี้ย หักภาษี ณ ที่จ่าย สูงสุด ร้อยละ 48.7 (อัตราในปี ค.ศ. 1996/1997) ในกรณีที่ไม่มีแจ้งเลขประจำตัวผู้เสียภาษี (Tax File Number : TFN) ให้แก่สถาบันการลงทุนผู้จ่าย และต้องนำมารวมคำนวณกับเงินได้ทั่วโลก (Creditable Tax)¹² เพื่อเสียภาษีอัตราสูงสุดตามความ

⁷ <http://Law.ato.gov.au/atoLaw/view.htm?.docid='NEM/SM99010/NAT/ATO/0002'> : 19 April 2001.

⁸ Horwath International, International Tax Planning Manual-Corporation. p.10,024

⁹ Angel Q. Yoingeo, Taxation of Financial Instruments and Financial Institutions in Selected Countries in the Asia-Pacific Region. pp.47-50,52-54

¹⁰ Horwath International, International Tax Planning Manual – Corporation. p.10,023

¹¹ Angel Q. Yoingeo, Taxation of Financial Instruments and Financial Institutions in Selected Countries in the Asia-Pacific Region. pp. 53-55

¹² Ibid., p. 29

สามารถ ร้อยละ 47 ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าภาระภาษีนี้กับทุนใกล้เคียงกัน ระบบการจัดเก็บภาษีเงินได้จึงมีความเป็นกลางระหว่างหนี้กับทุน

(2) กรณีระหว่างประเทศ เงินปันผลจ่ายจากกำไรที่เสียภาษีบริษัทแล้ว (Franked Dividend) จะไม่มีการหัก ภาษี ณ ที่จ่าย ภาระภาษีเงินปันผลในประเทศออสเตรเลียจึงเท่ากับภาษีบริษัทร้อยละ 36 ส่วนเงินปันผลที่จ่ายจากกำไรที่ไม่เสียภาษีบริษัท (Unfranked Dividend) จะหัก ภาษี ณ ที่จ่ายร้อยละ 30 หรืออัตราตามอนุสัญญาภาษีซ้อนโดยทั่วไปร้อยละ 15¹³ ส่วนดอกเบี้ยจ่ายให้นักลงทุนชาติไม่ว่าโดยทางตรงหรืออ้อม หัก ภาษี ณ ที่จ่าย ร้อยละ 10¹⁴ ดังนั้นการลงทุนด้วยหนี้และจำหน่ายกำไรในรูปดอกเบี้ยแทนเงินปันผลจึงประหยัดภาษีถึงร้อยละ 26¹⁵ ด้วยความไม่เป็นกลางของระบบภาษีเงินได้ ตามรายงานของ The Asprey Committee ดังกล่าวข้างต้น เป็นสิ่งจูงใจให้นักลงทุนต่างชาติลงทุนในประเทศออสเตรเลียด้วยหนี้ที่มีดอกเบี้ยมากกว่าทุน แม้ว่านักลงทุนต่างชาติบางรายสามารถได้รับเครดิตภาษีสำหรับภาษีที่จ่ายในประเทศออสเตรเลีย แต่ในบางสถานการณ์ก็ต้องการจะลดภาระภาษี ตัวอย่างเช่น เมื่อนักลงทุนต่างชาติไม่สามารถใช้ประโยชน์จากการเครดิตภาษีได้ (Underlying Tax Credit) เพราะมีจำนวนเครดิตภาษีเกินกว่าจำนวนภาษีที่ต้องเสียในประเทศของตนหรือมีผลขาดทุน ดังนั้น การเสียภาษี หัก ณ ที่จ่ายดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 10 จะดีกว่าเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลในอัตราร้อยละ 36 และอาจเป็นไปได้ที่จะมีการจัดการภาระภาษีหัก ณ ที่จ่าย ดอกเบี้ย หรืออาจแปลงอัตรากำไรเงินได้นิติบุคคลอัตราร้อยละ 36 ในประเทศออสเตรเลีย ให้เป็นศูนย์ด้วยกำไรที่ส่งออกไปจากประเทศออสเตรเลียในรูปดอกเบี้ย¹⁶ จึงมีความจำเป็นต้องนำบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำมาบังคับใช้เฉพาะกรณีนักลงทุนต่างชาติ เพื่อปรับภาระภาษีนี้ให้ใกล้เคียงกับทุน ซึ่งทำให้ระบบภาษีมีความเป็นกลางระหว่างหนี้กับทุน

แม้ว่านักลงทุนต่างชาติบางรายสามารถได้รับเครดิตภาษีสำหรับภาษีที่จ่ายในประเทศออสเตรเลีย แต่ในบางสถานการณ์ก็ต้องการจะลดภาระภาษี เช่น เมื่อนักลงทุนต่างชาติไม่สามารถใช้ประโยชน์จากเครดิตภาษีตามจำนวนภาษีที่บริษัทชำระ (Underlying tax credit) เพราะมีจำนวนเครดิตภาษีเกินกว่าจำนวนภาษีที่ต้องเสียในประเทศของตนหรือมีผลขาดทุน ดังนั้น การเสียภาษีหัก ณ ที่จ่ายดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 10 จะดีกว่าเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลจากกำไรที่จัดสรรในอัตราร้อยละ 36 และอาจเป็นไปได้ที่จะมีการจัดการภาระภาษีหัก ณ ที่จ่าย ดอกเบี้ย หรือการแปลงอัตรากำไร

¹³ Ibid., p.57

¹⁴ Ibid., p. 32

¹⁵ "Thin Capitalization in Australia", International Tax Review (February 2000): p.39

¹⁶ Andrew Binns, "Australia Thin Cap", Journal of International Taxation (January 1997): p.30

เงินได้นิติบุคคลอัตราร้อยละ 36 ในประเทศออสเตรเลีย ให้เป็นศูนย์ด้วยการกำไรที่ส่งออกไปจากประเทศออสเตรเลียในรูปดอกเบี้ย¹⁷

¹⁸ นอกจากนี้ สถานการณ์การลงทุนด้วยหนี้ในประเทศออสเตรเลียคิดเป็นร้อยละ 40 ของผลิตภัณฑ์มวลรวมประเทศ (GDP) และมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นทุกปี ตามภาคผนวก ข. มูลเหตุจูงใจเกิดจากการประหยัดภาษี ตามตัวอย่างภาคผนวก ค. ดังนี้

กรณีที่ 1	บริษัทมีหนี้ 60 ล้านบาท	ทุน 40 ล้านบาท	
	รายได้	10	ล้านบาท
	ดอกเบี้ย	4.2	ล้านบาท
	กำไร	5.8	ล้านบาท
	ภาษีกำไรบริษัทร้อยละ 36	2.088	ล้านบาท
	ภาษี หัก ณ ที่จ่าย ดอกเบี้ย ร้อยละ 10	0.42	ล้านบาท
	รวมภาระภาษีในประเทศออสเตรเลีย	2.508	ล้านบาท

กรณีที่ 2	บริษัทมีหนี้ 90 ล้านบาท	ทุน 10 ล้านบาท	
	รายได้	10	ล้านบาท
	ดอกเบี้ย	6.3	ล้านบาท
	กำไร	3.7	ล้านบาท
	ภาษีกำไรบริษัทร้อยละ 36	1.332	ล้านบาท
	ภาษี หัก ณ ที่จ่าย ดอกเบี้ย ร้อยละ 10	0.63	ล้านบาท
	รวมภาระภาษีในประเทศออสเตรเลีย	1.962	ล้านบาท

จากตัวอย่างเห็นได้ว่าบริษัทที่มีหนี้สูงจะเสียภาษีน้อยกว่าบริษัทที่มีหนี้ต่ำ และจากการศึกษาข้อมูลแยกตามประเภทอุตสาหกรรม พบว่ามีสัดส่วนหนี้ต่อทุน ระหว่าง 0.32 – 7.81 และมีสัดส่วนหนี้ต่อทรัพย์สิน ระหว่าง 14.91 – 25.93 หมายความว่าหนี้ จำนวน 25.93 มีทรัพย์สินชำระหนี้ 100 ตามภาคผนวก ง.

¹⁷ Andrew Binns , “Australian Thin Cap”, Journal of International Taxation (January 1997): p. 30

¹⁸ Australia Tax Office, “Training Document for Thai Revenue Officers”, (Australia :Australia Tax Office, 2000) (Mimeographed).

จากแรงจูงใจให้มีการลงทุนด้วยหนี้แทนทุนหุ้นจึงเป็นเหตุให้รัฐบาลออสเตรเลียตัดสินใจที่จะมีกฎหมายควบคุมการตั้งทุนต่ำโดยเฉพาะ¹⁹ ซึ่งแนวคิดการออกบทบัญญัตินี้เป็นครั้งแรกที่ผู้บัญญัติกฎหมายภาษีเงินได้กล่าวถึงรายละเอียดแนวคิดบังคับทางบัญชี จากเดิมส่วนมากผู้บัญญัติกฎหมายจะคุ้นเคยกับงบรายได้รายจ่ายหรืองบกำไรขาดทุนมากกว่างบดุล

1.4 ความแตกต่างระหว่างบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำกับข้อกำหนดของ FIRB²⁰

การใช้ Division 16F แห่งบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำ มีความแตกต่างจากข้อกำหนดของ FIRB ซึ่งกำหนดอัตราส่วนหนี้ต่อทุน 3:1 ดังนี้

1. Division 16F ไม่มีบทบัญญัติกำหนดให้มีการรวมบัญชีของบริษัทในเครือ ภายในกลุ่มบริษัท (Consolidation of Account) แต่จะกำหนดให้มีการแสดงสถานะของ Holding Company ซึ่งเปิดเผยใน Statutory Account ของ Holding Company ว่าสอดคล้องกันหรือไม่หากทรัพย์สินของบริษัทมีการประเมินราคาใหม่

2. FIRB ไม่มีความจำเป็นที่จะคงระดับอัตราส่วน 3:1 ในแต่ละวัน (day-to-day basis) หากมีเงินทุนเพิ่มเติมเพียงพอที่จะชำระในช่วงปลายปี ซึ่งทำให้อัตราส่วนระหว่างหนี้ต่อทุนของบริษัทเป็นไปตามข้อกำหนดของ FIRB เนื่องจากอัตราส่วนดังกล่าวจะคำนวณจากระดับสูงสุดของหนี้ที่มีต่อคู่กรณีที่เกี่ยวข้องกับต่างชาติ (Foreign Related Party Debt) ในช่วงเวลาที่เกี่ยวข้องทั้งหมดแทนที่จะพิจารณาจากระดับหนี้โดยเฉลี่ย ดังนั้นหากบริษัทจะเพิ่มระดับหนี้ต่างประเทศ ก็ควรดำเนินการทันทีหลังจากเริ่มต้นปีใหม่แทนที่จะเพิ่มในช่วงก่อนสิ้นปีที่ผ่านมาแล้ว

3. FIRB ไม่พิจารณาถึงผลกำไรปัจจุบันและมูลค่าทรัพย์สินเพิ่มขึ้นในปีปัจจุบัน เพราะกำไรและทรัพย์สินที่เพิ่มขึ้นดังกล่าวจะมีผลเพียงในปีต่อไปเท่านั้นและไม่คำนึงถึงการขาดทุนในปีปัจจุบันและมูลค่าทรัพย์สินและมูลค่าทรัพย์สินที่ลดลงในปีปัจจุบันด้วยเช่นกัน

4. ตาม Division 16F มีการผ่อนปรน ในกรณีหนี้เงินกู้ยืมต่างชาติที่คู่สัญญา มีเงื่อนไขปกติท้องตลาด (Arm's Length) * กำประกันโดยผู้ควบคุมชาวต่างชาติ (Foreign Controller) ของผู้กู้ยืมจะไม่ถือเป็นหนี้ที่อยู่ภายใต้การบังคับของ Division 16F หากผู้ควบคุมต่างชาติไม่มีเงินฝากไว้กับผู้ให้กู้ แต่ตาม FIRB จะถือว่าเป็นหนี้ที่นำมาพิจารณาอัตราส่วนหนี้ต่อทุน

¹⁹ Ken Spence, “Articles Thin Capitalisation” Taxation in Australia (July 1988): p. 8

²⁰ Australia Tax Office, *Taxation of Corporate Debt Finance*. (Australia: Australia Tax Office, 2000).

(Mimeographed), p. 179

* Arm's Length = สภาพปกติท้องตลาด

5. บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำมีหลักพิจารณาว่าวิสาหกิจท้องถิ่นถูกควบคุมหรือเกี่ยวข้องกับต่างชาติหรือไม่ด้วยหลักอำนาจควบคุมอย่างมีนัยสำคัญ (Substantial Control) ทำให้มีการบังคับใช้กับธุรกรรมต่าง ๆ ได้ครอบคลุมกว้างมากกว่า FIRB²¹

1.5 สารสำคัญของบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำ

บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำใน Division 16F – Thin Capitalization By Non-Resident แห่ง Income Tax Assesment Act 1936 แบ่งออกเป็น 3 Subdivision ตั้งแต่มาตรา 159GZA ถึง 159GZX โดยจะมีคำจำกัดความที่สำคัญ (Key Terms) 3 คำ คือ 1. “Foreign Controller” หรือผู้ควบคุมต่างชาติ 2. “Foreign Equity” หรือทุนต่างประเทศ และ 3. “Foreign Debt” หรือหนี้ต่างประเทศ สรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

1.5.1 เงื่อนไขและผลการบังคับใช้

1.5.1.1 เงื่อนไขการบังคับใช้ พิจารณาตาม 4 ขั้นตอน ดังนี้²²

1.5.1.1.1 บริษัทท้องถิ่น (Resident Company) ถูกควบคุมโดยผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) เกินกว่าร้อยละ 15 ซึ่งอำนาจควบคุมพิจารณาจากการถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงหรือสิทธิในผลประโยชน์

1.5.1.1.2 บริษัทมีหนี้ต่างประเทศ (Foreign Debt) หรือไม่ ถ้าไม่มีหนี้ต่างประเทศ ถือว่าอัตราส่วนหนี้ต่อทุนของบริษัทเป็นไปตามกฎหมายกำหนด

1.5.1.1.3 บริษัทมีดอกเบี้ยจ่ายหนี้ต่างประเทศ หากบริษัทไม่มีดอกเบี้ยจ่ายหนี้ต่างประเทศ ถึงแม้ว่าอัตราส่วนของหนี้ต่อส่วนของผู้ถือหุ้นไม่เป็นไปตามกฎหมายกำหนด ก็จะไม่มีการลดจำนวนดอกเบี้ยจ่ายที่หักลดหย่อนภาษี

1.5.1.1.4 เมื่อบริษัทมีหนี้ต่างประเทศ และดอกเบี้ยจ่ายหนี้ต่างประเทศ จะมีการพิจารณาอัตราส่วนหนี้กับจำนวน Foreign Equity Product คือจำนวนทุนต่างประเทศคูณด้วย 3 (ตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม 2540 ลดเหลือ 2) หรือ 6 กรณีเป็นสถาบันการเงิน ซึ่งเป็นจำนวนที่กฎหมายกำหนด เพื่อพิจารณาระดับดอกเบี้ยจ่ายที่สามารถเป็นรายจ่ายได้

²¹ Australia Tax Office, *Australian International Debt and Equity Financing*. (Australia:Australia Tax Office, 2000). (Mimeographed), p. 4-8

²² Australia Tax Office, “Training Document for Thai Revenue Officers”, (Australia :Australia Tax Office, 2000) (Mimeographed).

1.5.1.2 ผลการบังคับใช้

บทบัญญัติควบคุมการลงทุนต่ำเป็นกฎควบคุมจำนวนดอกเบี้ยจ่าย ซึ่งสามารถเป็นรายจ่ายในการคำนวณภาษี เมื่อบริษัทท้องถิ่นมีผู้ควบคุมชาวต่างชาติ หนึ่งต่างประเทศ และดอกเบี้ยจ่ายหนึ่งต่างประเทศตามเงื่อนไขข้างต้น ดอกเบี้ยจ่ายดังกล่าวจะเป็นรายจ่ายได้เพียง กรณีที่หนี้เงินกู้ต่างประเทศไม่เกินกว่าอัตราส่วนต่อทุนต่างประเทศ (Ratio of Foreign Debt to Foreign Equity) ตามที่กฎหมายกำหนดโดยกฎหมายบัญญัติไม่อนุญาตให้นำดอกเบี้ยที่เกิดจากการที่บริษัทท้องถิ่นกู้ยืมเงินคนต่างชาติมาถือเป็นรายจ่ายเมื่อสัดส่วนหนี้ต่อทุนเกินกว่า 3:1 (2:1 เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2540) หรือ 6:1 กรณีสถาบันการเงิน ตัวอย่างเช่น จำนวนเงินทุก 3 ดอลลาร์ ซึ่งผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) ให้วิสาหกิจออสเตรเลียกู้ยืม วิสาหกิจออสเตรเลียนั้นต้องมีหุ้นทุนมีมูลค่าอย่างน้อย 1 ดอลลาร์

1.5.2 ผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) มาตรา 159GZE แห่งพระราชบัญญัติประเมินภาษีเงินได้ (The Income Tax Assessment Act 1936)²³

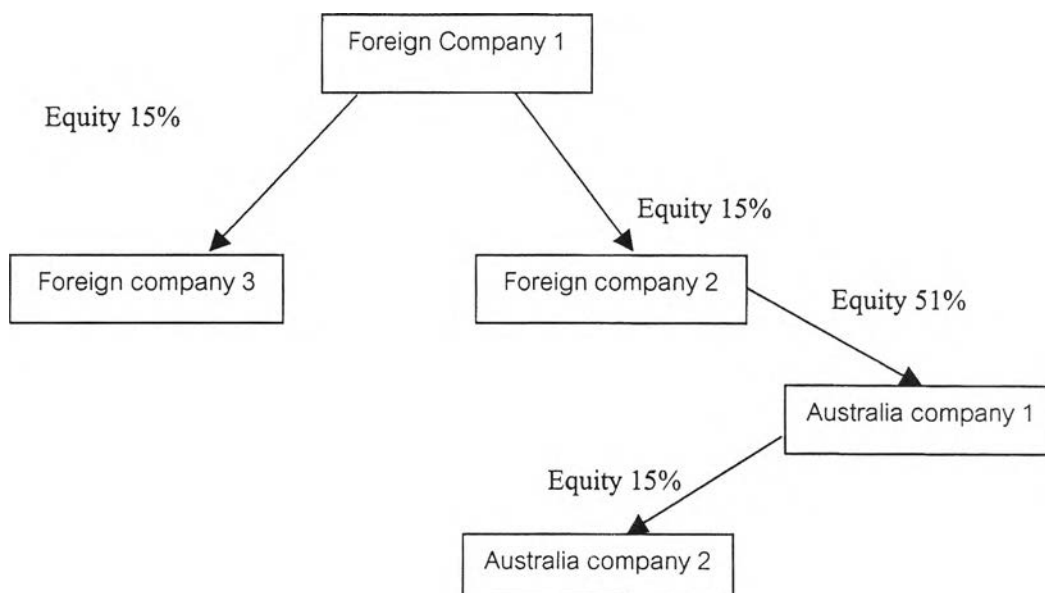
บทบัญญัติควบคุมการลงทุนต่ำ Division 16F บังคับใช้ต่อเมื่อนิติบุคคลท้องถิ่นมีผู้ควบคุมเป็นชาวต่างชาติ และต้องจ่ายดอกเบี้ยในหนี้ที่มีอยู่กับผู้ควบคุมต่างชาติหรือผู้เกี่ยวข้องซึ่งมีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศ (Non-Resident Associate) ตามมาตรา 159GZE (1) ระบุว่า ผู้ที่มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศ (Non-Resident) จะเป็นผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) ของนิติบุคคลท้องถิ่นต่อเมื่อปรากฏว่า

ก. ผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศไม่ว่าโดยลำพังหรือร่วมกับผู้ที่เกี่ยวข้องหนึ่งคนหรือหลายคนเป็นกลุ่มในเครือ (Associate) ซึ่งมีลักษณะดังนี้

(1) มีอำนาจควบคุมการลงมติหรือออกเสียงในบริษัทท้องถิ่นอย่างมีนัยสำคัญ (Substantial Control Of Voting Power) ตามมาตรา 159GZJ นักลงทุนต่างชาติจะมีการควบคุมที่มากเพียงพอในบริษัทท้องถิ่นหรือไม่นั้นก็ต่อเมื่อ ผู้ที่มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศ ไม่ว่าจะโดยลำพังหรือร่วมกับบุคคลอื่นสามารถที่จะควบคุมการลงคะแนนในบริษัทได้อย่างน้อยร้อยละ 15 ไม่ว่าจะโดยตรงหรือผ่านนิติบุคคลที่ตั้งขึ้น

²³ Australia Tax Legislation 1999 Volume 2 สำนักพิมพ์กฎหมายฉบับภาษาอังกฤษพร้อมคำแปล ปรากฏตามภาคผนวก จ.

รูปภาพ แสดงคำจำกัดความของ Foreign Controller กับการควบคุม
อย่างมีนัยสำคัญ²⁴



จากภาพ บริษัทต่างประเทศ 1 มีผลประโยชน์ทางอ้อมในบริษัท ออสเตรเลีย 1 เพียง ร้อยละ 7.65 ($15\% \times 51\%$) และ ร้อยละ 1.1475 ($15\% \times 51\% \times 15\%$) ในบริษัทออสเตรเลีย 2 อย่างไรก็ตาม บริษัทต่างประเทศ 2 เป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับบริษัทต่างประเทศ 1 ดังนั้นทั้งบริษัทต่างประเทศ 1 และ 2 เป็นผู้ควบคุมชาวต่างชาติของบริษัทออสเตรเลีย 1 เพราะว่ามีผลประโยชน์ในบริษัทออสเตรเลีย 1 ร้อยละ 51 บริษัทต่างประเทศ 2 สามารถที่จะควบคุมบริษัท ออสเตรเลีย 1 ซึ่งทำให้สามารถควบคุมประโยชน์ในบริษัทออสเตรเลีย 2 เป็นอัตราร้อยละ 15 แทนที่จะเป็นร้อยละ 7.5 ($51\% \times 15\%$) ดังนั้นผลประโยชน์ทางอ้อม ร้อยละ 7.5 ของบริษัทต่างประเทศ 2 ในบริษัทออสเตรเลีย 2 ก็เป็นการเพียงพอที่ทำให้บริษัทต่างประเทศ 1 เป็นผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) ของบริษัทออสเตรเลีย 2

แม้ผลประโยชน์ของบริษัทต่างประเทศ 2 ในบริษัท ออสเตรเลีย 2 จะมีเพียงร้อยละ 15 บริษัทต่างประเทศ 1 ก็ยังเป็นผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) ของบริษัทออสเตรเลีย 2 เพราะบริษัทออสเตรเลีย 1 เป็นผู้ที่เกี่ยวข้องของบริษัทต่างชาติ 1 ดังนั้นบริษัทต่างชาติ 1 เป็นผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) ของบริษัทออสเตรเลีย 2 เพียงเพราะว่าเป็นผู้เกี่ยวข้องของผู้เกี่ยวข้องซึ่งมีผลประโยชน์ร้อยละ 15 ในบริษัทออสเตรเลีย 2 บริษัทต่างชาติ 2

²⁴ Andrew Binns, "Australian Thin Cap", Journal of International Taxation (January 1997):p. 31

นั้นเป็นผู้ควบคุมต่างชาติของบริษัทออสเตรเลีย 2 แน่นอน เพราะว่าบริษัทออสเตรเลีย 1 เป็นผู้เกี่ยวข้องของบริษัทต่างชาติ 2 ในประการสุดท้ายบริษัทต่างประเทศ 3 ก็เป็นผู้เกี่ยวข้องของบริษัทต่างประเทศ 1 บริษัทดังกล่าวจึงเป็นผู้ควบคุมต่างชาติของบริษัทออสเตรเลีย 1 และ 2 แม้ว่าจะไม่มีผลประโยชน์ในบริษัทดังกล่าวก็ตาม

(2) มีสิทธิโดยชอบจะได้รับเงินปันผลจ่ายหรือจะจ่ายหรือส่วนทุนที่จัดสรร (จัดสรรหุ้น) อย่างน้อยร้อยละ 15 ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยผ่านนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นมาอย่างน้อยหนึ่งแห่งหรือมากกว่าหนึ่งแห่ง

(3) ภายใต้แผนการณ (Scheme) สามารถที่จะได้มาซึ่งการควบคุมหรือสิทธิผลประโยชน์ดังกล่าวข้างต้น หรือ

(4) ได้ให้คำสั่งซึ่งปกติบริษัทต้องปฏิบัติตามหรือมีพันธะต้องปฏิบัติตามหรือสามารถคาดได้ว่าจะปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว

ข. บริษัทท้องถิ่น (Resident Company) และหรือกรรมการของบริษัทท้องถิ่นอยู่ภายใต้พันธกรณีหรือถูกคาดการณ์ได้ว่าจะกระทำการตามคำสั่งหรือความประสงค์ของผู้ควบคุมที่มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศ

จากการให้นิยามคำว่า “Foreign Controller” อย่างกว้างว่าใครเป็นผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) อาจทำให้การบังคับใช้บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำมีความไม่แน่นอน ตัวอย่างเช่น นักการเงินอาจต้องการที่จะควบคุมคะแนนเสียงผู้ถือหุ้นเพื่อการประกันหนี้ ดังนั้นในการจัดหาหลักประกันของนักการเงินจำเป็นต้องมีการตรวจสอบติดตามเพื่อให้มั่นใจว่านักการเงินไม่เป็นผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) ซึ่งจะทำให้ไม่สามารถนำดอกเบี้ยจ่ายในหนี้ดังกล่าวมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณภาษี

จากหลักการดังกล่าว สามารถสรุปเกณฑ์ทดสอบว่าเป็น “ผู้ควบคุมต่างชาติ” (Foreign Controller) เพียงคนเดียวหรือร่วมกับผู้เกี่ยวข้อง (Associate) ซึ่งรวมถึงผู้เกี่ยวข้องที่เป็นคนท้องถิ่นด้วย (Resident Associate) หรือไม่ โดยพิจารณาว่าเป็นไปตามเกณฑ์ข้อใดข้อหนึ่งในห้าข้อหรือไม่ ดังนี้²⁵

1. มีอำนาจควบคุมบริษัทท้องถิ่น
2. มีสิทธิโดยชอบไม่ว่าโดยตรงหรืออ้อมที่จะได้รับเงินปันผล

กำไรหรือรายได้ อย่างน้อยร้อยละ 15

²⁵ Australia Tax Office, Australian International Debt and Equity Financing. (Australia: Australia Tax Office, 2000). (Mimeographed), p.4-18

3. มีสิทธิโดยชอบไม่ว่าโดยตรงหรืออ้อมที่ได้รับทุนอย่างน้อย
ร้อยละ 15

4. สามารถได้รับอำนาจควบคุมหรือสิทธิข้างต้นข้อใดข้อหนึ่ง
5. สามารถให้แนวทาง คำสั่ง แก่วิสาหกิจท้องถิ่น ซึ่งได้รับการ
ปฏิบัติตามหรือคาดหวังว่าต้องปฏิบัติตาม

1.5.3 ทุนต่างประเทศ (Foreign Equity) มาตรา 159GZG แห่งพระราชบัญญัติ
ประเมินภาษีเงินได้ (The Income Tax Assessment Act 1936)²⁶

ทุนต่างประเทศหรือส่วนผู้ถือหุ้นของชาวต่างประเทศ สำหรับใช้ในการ
คำนวณหาอัตราส่วนหนี้ต่อส่วนผู้ถือหุ้น (Debt Equity Ratio) ได้แก่ จำนวนผลประโยชน์
(Beneficial Interest) โดยตรงของผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) ซึ่งรวมถึงผู้เกี่ยวข้องซึ่งมี
ถิ่นที่อยู่ต่างประเทศ (Non – resident associate) ในหุ้นทุน (Share Capital) เงินสำรอง และ กำไรที่
ยังไม่ได้จัดสรร (Unappropriated Profits) จำนวนทุนต่างประเทศจะลดลงด้วยจำนวนเงินที่บริษัท
ท้องถิ่นให้กู้ยืมแก่ผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller)

ทุนต่างประเทศไม่รวมถึง รายการต่อไปนี้

1. หนี้ระยะสั้นจากการส่งออกสินค้าและบริการซึ่งมีเครดิตไม่เกิน 30 วัน
นับจากวันที่ในใบกำกับสินค้า

2. บัญชีนี้ต่างประเทศ Vostro และ Nostro ได้แก่บัญชีเงินฝากใน
ธนาคารต่างประเทศเพื่อวัตถุประสงค์เพียงประการเดียวคือ ชำระหนี้ธุรกรรมระหว่างประเทศ ซึ่งจะ
ถือจำนวนเงินที่ฝากไว้ในบัญชีได้ไม่เกิน 10 วัน และ จะต้องชำระจำนวนเงินที่เบิกโดยวิธีเบิกเงิน
เกินบัญชีจากบัญชีดังกล่าวภายใน 10 วัน

3. หุ้นกู้ที่ยกเว้นภาษี ซึ่งเข้าสู่ตลาดภายใน 30 วัน นับแต่วันออกหุ้น

4. จำนวนเงินซึ่งได้รับจากการออกหุ้นกู้ซึ่งออกโดยธนาคารต่างประเทศ
(Foreign owned bank) ตามมาตรา 128F และ สาขาออสเตรเลียได้ใช้จำนวนเงินดังกล่าวในการ
ประกอบกิจการในออสเตรเลีย

²⁶ Australia Tax Legislation 1999 Volume 2 สำเนาหลักกฎหมายฉบับภาษาอังกฤษพร้อมคำแปล ปรากฏ
ตามภาคผนวก จ.

ดังนั้นจำนวนทุนต่างประเทศของบริษัทออสเตรเลียคำนวณได้ จากจำนวนรวมของรายการต่อไปนี้²⁷

(1) มูลค่าหุ้นที่ชำระแล้วและดอกเบี้ยในหุ้น ณ วันสิ้นปีภาษี ที่ถือโดยผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) หรือผู้เกี่ยวข้องซึ่งมีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศ (Non – resident associate)

(2) บัญชีส่วนเกินมูลค่าหุ้น ณ วันสิ้นปีภาษี ซึ่งผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) หรือผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง (Non – resident associate) มีสิทธิได้รับกรณีเลิกบริษัท

(3) กำไรสะสมและสำรองการตีราคาทรัพย์สิน ณ วันต้นปี ซึ่งเป็นไปตามหลักการบัญชีและราคาตลาด (Arm's length)

ลบด้วยรายการต่อไปนี้

(1) จำนวนหนี้ที่ผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) หรือผู้เกี่ยวข้องที่มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศ (Non – resident associate) เป็นลูกหนี้บริษัท ณ วันสิ้นปีภาษี รวมถึงกรณีที่ผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) กู้ยืมเงินจากบริษัทออสเตรเลียผ่านบริษัทตัวกลาง (Back to Back Loan)

ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้ผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) เพิ่มทุนในบริษัทออสเตรเลียและในขณะเดียวกันก็นำเงินออกไปจากบริษัทออสเตรเลียในรูปแบบของเงินกู้ (Back Loans Back) หรือเพื่อให้มั่นใจได้ว่าเงินลงทุนในรูปหุ้นทุนของผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) หรือผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศที่เกี่ยวข้องจะไม่มี การกู้ยืมกลับมายังผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) และผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง (Non-Resident Associates) เนื่องจากหนี้และทุนที่มีการลงทุนในกิจการหนึ่งๆ มีการปะปนกับกำไรและแหล่งทุนอื่น ๆ ทำให้ไม่สามารถที่จะพิจารณาได้ว่าเงินที่บริษัทออสเตรเลียให้กู้ยืมแก่ผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) หรือผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศที่เกี่ยวข้องมาจากส่วนกำไร หนี้หรือทุน ดังนั้น ในการพิจารณาทุนต่างประเทศของบริษัทออสเตรเลียหนึ่ง ๆ นั้นจำนวนหนี้ที่ผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) หรือผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง (Non-Resident Associates) เป็นหนี้ต่อบริษัทออสเตรเลีย ณ วันสิ้นปีภาษี จะนำมาหักออกจากทุนต่างประเทศของกิจการนั้น ๆ (Equity Loans-Back) อาจรวมถึงหนี้ทางการค้า ไม่ว่าจะ เป็นหนี้ที่มีดอกเบี้ยหรือไม่ และจำนวนเงินลงทุนที่บริษัทออสเตรเลียลงทุนในผู้

²⁷ Australia Tax Office, ATAX0907/0407 Taxation Aspects of Debt Finance. (Australia: Australia Tax Office, 2000). (Mimeographed), pp. 2-3

ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) และมีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง (Non-Resident Associates) ตาม Taxation Ruling No IT 2479²⁸

บทบัญญัติของมาตรานี้มีขอบเขตการบังคับใช้อย่างกว้างขวาง แต่ผู้เสียภาษีสามารถลดผลกระทบได้โดยการจำกัดจำนวนหนี้ของผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) และผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง (Non-Resident Associates) ให้อยู่ในระดับที่ไม่ผิดปกติเมื่อตอนสิ้นปีภาษี

(2) หนี้โบนัสที่ออกจากยอดกำไรสะสมหรือสำรองการตีราคาทรัพย์สินให้แก่ผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) และมีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง (Non-Resident Associates) (เหตุที่นำมาลบออกเพื่อมิให้จำนวนทุนต่างประเทศซ้ำซ้อนกันเนื่องจากยอดกำไรสะสมและสำรองการตีราคาทรัพย์สินเป็นรายการบวกในทุนต่างประเทศตามข้อ (3) ข้างต้น)

(3) จำนวนสิทธิที่จะได้รับประโยชน์ของผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) หรือผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง (Non-Resident Associates) ที่ถูกลดลงเพื่อแสดงให้ทราบถึงขาดทุนสะสมของบริษัท ณ วันต้นปีภาษี ถ้าบริษัทเลิกกิจการในระหว่างปีภาษีหรือส่วนของขาดทุนสะสมของผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) และผู้เกี่ยวข้อง

(4) เครดิตการค้าระยะสั้น (Short-term-trade credit) ตามมาตรา 159ZG(1)(d)(iii) ยกเว้นไม่ถือเป็นทุนต่างประเทศให้แก่จำนวนหนี้ของผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) หรือผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง (Non-Resident Associates) ที่เป็นเครดิตการค้าระยะสั้น หมายถึง จำนวนหนี้ในทรัพย์สินหรือบริการที่จัดให้ในการดำเนินธุรกิจและกำหนดชำระภายใน 30 วัน โดยไม่อาจขยายได้

(5) บัญชีเงินกู้ Vostro

(6) ขาดทุนสะสมในช่วงเริ่มต้น

²⁹มาตรการป้องกันมิให้มีการยกย้ายทุนโดยมิชอบด้วยการระดมทุน หรือ อดคิดทุนระยะสั้นในช่วงสิ้นปีภาษีเพื่อให้มีระดับทุนเป็นไปตามอัตราส่วนต่อหนี้ตามที่กฎหมายกำหนดและมีการถอนหุ้นออกภายหลัง Division 16F มีบทบัญญัติชำระรักษาระดับทุน (Equity Maintenance/ Clawback Provisions) ซึ่งเรียกได้ว่า บทบัญญัติการประเมินทุนย้อนหลัง ในกรณี

²⁸ <http://uttrf01/uan2b+3678/-/fragview/1%20/tempresultset/-/ATO : 19 JUNE 2000.>

²⁹ Australia Tax Office, Australian International Debt and Equity Financing. (Australia: Australia Tax Office, 2000). (Mimeographed), p.4-25

บริษัทท้องถิ่นอาจมีการจัดซื้อเพิ่มทุนช่วงสิ้นปี เพื่อให้มีอัตราส่วนหนี้ต่อทุนเป็นตามที่กฎหมายกำหนดชั่วคราว เช่นอาจอยู่ในรูปของหุ้นบุริมสิทธิที่ไถ่ถอนได้ (Redeemable Preference Shares) หรือการได้มาซึ่งหุ้นที่ออกโดยบริษัทหรือเป็นหุ้นที่ได้มาจากผู้ถือหุ้นรายอื่น ซึ่งมีใช่ผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) หรือผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง (Non-Resident Associates)

บทบัญญัติการธำรงรักษาทุนนี้ จะบังคับใช้ในกรณีที่มีการถอนหุ้นที่อัดฉีด (Equity Injected) ภายใน 2 ปี หลังจากปีที่น่าเข้ามา การถอนหุ้นออกก่อนกำหนดส่งผลให้มีการปฏิบัติต่อหุ้นตัวนั้นเสมือนว่าไม่เคยมีการนำเข้ามาและให้มีการคำนวณทุนต่างประเทศ (Foreign Equity) ที่ได้มีการคำนวณไว้เมื่อ 2 ปี ก่อนซ้ำใหม่อีกครั้งทันที ซึ่งจะส่งผลให้ห้ามนำดอกเบี้ยจ่ายหนี้ต่างประเทศ (Foreign Debt Interest) [วงส่วนหรือทั้งหมดมาหักลดหย่อนภาษี กล่าวคือ ทุนต่างประเทศจะถูกลดลง ถ้ามีมูลค่าหุ้นที่ชำระแล้วหรือสำรองส่วนเกินมูลค่าหุ้นที่เพิ่มขึ้นในระหว่างปีหนึ่งซึ่งได้รวมคำนวณเป็นทุนต่างประเทศแล้ว และมีการลดลงภายใน 2 ปี นับแต่วันสิ้นปีที่พิจารณา³⁰

อนึ่งบทบัญญัติการธำรงรักษาทุน ไม่บังคับใช้กับการเปลี่ยนแปลงเล็กน้อยเกี่ยวกับ กำไรหรือขาดทุนสะสม สำรองการประเมินราคาทรัพย์สิน นอกจากนี้ ระยะเวลาประเมินทุนย้อนหลัง (claw back period) ของบริษัทท้องถิ่น จะสิ้นสุดลงเมื่อไม่มีผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller)

ข้อสังเกต เกี่ยวกับนิยาม “ทุนต่างประเทศ”

1. การถือหุ้นโดยบุคคลที่ถือแทน (Nominee) ต้องนำไปรวมคำนวณเป็นมูลค่าหุ้นที่ชำระแล้วซึ่งถือโดยผู้เกี่ยวข้องกับผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller)
2. เมื่อเริ่มต้นประกอบกิจการอาจมีผลขาดทุน หากบริษัทจะลดจำนวนผลขาดทุนด้วยวิธีการลดทุน อาจมีผลทำให้ทุนต่ำ
3. หุ้นบุริมสิทธิที่ไถ่ถอนได้ (Redeemable Preference Shares) เป็นส่วนหนึ่งของทุนต่างประเทศ อาจถือได้ว่าเป็นวิธีที่สะดวกอย่างหนึ่งในการเพิ่มทุนต่างประเทศ หาก ผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) ไม่ต้องการจัดหาทุนด้วยหุ้นทุน (Equity Funds)
4. การจ่ายเงินปันผลจากกำไรสะสมให้กับผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) ในระหว่างปีภาษี จะไม่ทำให้ระดับทุนต่างประเทศลดลง หากมีการประเมินผลกำไรใน

³⁰ Sue Williamson , Thin Capitalisation : A Critical Review, Australian Tax Forum (1991) Volume 8, p. 212

ตอนต้นปี แต่ในบางสถานการณ์เพื่อความปลอดภัยผลกระทบต่อการลดลงของอัตราส่วนหุ้น ควรจะเลื่อนการประกาศจ่ายเงินปันผลไปภายหลังวันที่มีการประเมินทุน (Equity Measurement Date)³¹

³²ตัวอย่างการคำนวณทุนต่างประเทศของบริษัทท้องถิ่นซึ่งไม่เป็นสถาบันการเงิน โดยสมมติว่าหุ้นร้อยละ 50 ถือโดยบุคคลท้องถิ่น และถือโดยคนต่างชาติร้อยละ 50

ทุนต่างประเทศคำนวณได้ดังนี้

<u>จำนวน ณ วันสิ้นปี</u>	<u>ล้านบาท</u>
ทุนชำระเต็มมูลค่าแล้ว	3.0
สำรองส่วนเกินมูลค่าหุ้น	1.0
<u>จำนวน ณ วัน ต้นปี</u>	
กำไรสะสม	1.2
เงินทุนสำรองจากกำไรการขายสินทรัพย์	<u>1.6</u>
(Capital profits reserve)	
<u>รวม เงินทุนทั้งหมดของผู้ถือหุ้น</u>	<u>6.8</u>
ทุนต่างประเทศ (Foreign Equity)	3.4
หรือผลประโยชน์ของผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller)	
ร้อยละ 50	

Foreign Equity Product (3 เท่าของ Foreign Equity คือ 3.4) 10.2

ภายใต้บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำ ดอกเบี้ยจ่ายเงินกู้ยืมหนี้ต่างประเทศ ส่วนที่เกินกว่า 10.2 ล้านบาท ไม่อาจเป็นรายจ่ายในการคำนวณภาษีได้

อนึ่งการจัดทำบุคคล ณ วันสิ้นปี ยอดทุนต่างประเทศจะเป็นยอดสุทธิ คงเหลือจากการหักยอดหนี้ที่ ผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) หรือผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง (Non-resident associates) มีต่อบริษัทท้องถิ่นแล้ว

³¹ Australia Tax Office, Australian International Debt and Equity Financing. (Australia: Australia Tax Office, 2000). (Mimeographed), p. 4-21

³² Ibid., p. 4-17

1.5.4 หนี้ต่างประเทศ (Foreign Debt) มาตรา 159GZF แห่งพระราชบัญญัติ
ประเมินเงินได้ (The Income Tax Assessment Act 1936)³³

มาตรา 159GZF(1) บัญญัติว่า “หนี้ต่างประเทศของบริษัทท้องถิ่น หมายถึง
ยอดหนี้ค้างชำระใด ๆ ที่บริษัทเป็นหนี้อยู่ โดยที่

- (1) มีดอกเบี้ยจ่ายหรืออาจจะต้องจ่ายแก่ผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) หรือผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง (Non-resident associates) ในจำนวนที่เป็นหนี้อยู่
- (2) ดอกเบี้ยจ่ายดังกล่าวสามารถถือเป็นรายจ่ายได้
- (3) ดอกเบี้ยดังกล่าวไม่รวมเป็นเงินได้พึงประเมินของผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) หรือผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง (Non-resident associates)

หนี้ต่างประเทศไม่รวมถึง

(1)³⁴ ตาม Taxation Ruling No. IT 2479 หนีปลอดดอกเบี้ย (Interest Free Debt) แม้จะเป็นหนี้ที่มีการกู้จากแหล่งเงินซึ่งไม่มีสภาพปกติในท้องตลาด (Non-Arm's Length Debt) หรือจากคู่สัญญาที่มีความสัมพันธ์กัน แต่หากเป็นหนีปลอดดอกเบี้ยก็จะไม่รวมเป็นหนี้ต่างประเทศ ส่วนหนี้ที่ไม่แน่นอนว่าจะมีดอกเบี้ยหรือไม่ โดยขึ้นอยู่กับเหตุการณ์ ไม่ถือเป็นการกู้ยืมที่ปลอดดอกเบี้ย หากในจำนวนเงินต้นที่พิจารณา ณ เวลาใดเวลาหนึ่ง ยังมีการจ่ายหรือจะจ่ายดอกเบี้ยได้ตามความในมาตรา 159 GZF คำว่า “มีการจ่ายหรือจะจ่ายดอกเบี้ย” ที่ใช้ในมาตรา 159GZF จะถูกนำมาใช้กับหนี้ที่มีอยู่แล้วในขณะนั้นเท่านั้น หนี้ในช่วงเวลาที่ไม่อาจคิดดอกเบี้ยได้ ไม่ถือเป็นหนี้ที่มีการจ่ายหรือจะจ่ายดอกเบี้ย ในกรณีที่มีช่วงเวลาที่ไม่มีการคิดดอกเบี้ย (ซึ่งมักพบในกรณีหนี้การค้า) หนี้ที่มีการจ่ายหรือจะจ่ายดอกเบี้ยจะเริ่มคำนวณเมื่อช่วงเวลาที่ไม่มีการคิดดอกเบี้ยสิ้นสุดลง

ข้อตกลงการให้สินเชื่อ โดยมีช่วงเวลาที่ไม่มีคิดดอกเบี้ยนั้นแตกต่างจากข้อตกลงการให้สินเชื่อที่กำหนดเงื่อนไขว่า จะไม่ต้องการจ่ายดอกเบี้ยหากมีการชำระหนี้คืนภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ ซึ่งหากไม่มีการชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดดังกล่าว จะมีการคิดดอกเบี้ยย้อนไปตั้งแต่วันที่เกิดหนี้ขึ้น ซึ่งในข้อตกลงแบบนี้จะถือเป็นหนี้ที่มีการจ่ายหรือจะจ่ายดอกเบี้ยตั้งแต่วันที่หนี้เกิด เนื่องจากอาจมีการจ่ายดอกเบี้ยของเงินต้นโดยคำนวณนับจากวันเกิดหนี้ในกรณีที่ไมชัดเจนว่าจะมีการคิดดอกเบี้ยในเงินต้นนั้นหรือไม่ในช่วงระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง

³³ Australia Tax Legislation 1999 Volume 2 สำเนาหลักกฎหมายฉบับภาษาอังกฤษพร้อมคำแปล ปรากฏตามภาค ผผนวก จ.

³⁴ <http://uttrf01/uan2b+3678/-/fragview/1%20/tempresultset/-/ATO> : 19 June 2000

ให้ถือว่าหนี้เป็นหนี้ที่มีการจ่ายหรือจะจ่ายดอกเบี้ยในช่วงระยะเวลาที่พิจารณาดังกล่าว³⁵ ตัวอย่างเช่น ปลอดดอกเบี้ยถ้าชำระภายใน 30 วัน หากชำระหลังจาก 30 วัน ต้องเสียดอกเบี้ยนับแต่วันที่ 1 กรณีนี้ต้องรวมเป็นหนี้ที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศ แต่ในกรณีนี้ปลอดดอกเบี้ยในระยะเวลา 30 วัน หากชำระหลังจาก 30 วัน ต้องเสียดอกเบี้ยตั้งแต่วันที่ 31 หนี้เช่นนี้ไม่เป็นหนี้ที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศ (Foreign Related Party Debt : FRPD) ในระหว่างช่วง 30 วันแรก

(2) หนี้ที่มีเงื่อนไขปกติของตลาด (Arm's Length) ที่ไม่มีการค้ำประกัน หรือใช้หลักทรัพย์ค้ำประกันจากคู่สัญญาที่มีความสัมพันธ์กัน (Related Party) หรือจากผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) และหนี้ลักษณะปกติของตลาด (Arm's Length) ซึ่งบริษัทแม่ต่างประเทศของบริษัทท้องถิ่นเป็นผู้ค้ำประกัน หากไม่มีเงินฝากค้ำประกันไว้กับผู้ให้ยืมที่เป็นบุคคลภายนอกอื่นนั้น (Arm's Length Lender)³⁶ แต่อย่างไรก็ดี หนี้ที่กู้ยืมจากผู้ให้กู้ยืมชาวต่างชาติที่ไม่เกี่ยวข้องกัน (Unrelated Overseas Lenders) โดยมีการค้ำประกันหรือใช้ทรัพย์สินของผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) ถือเป็นหนี้ต่างประเทศต่อเมื่อผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) ฝากเงินไว้กับผู้ให้ยืมที่เป็นบุคคลภายนอก (Unrelated Third Party) เพื่อเป็นการค้ำประกัน³⁷

(3) หนี้ที่มีต่อบุคคลท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับผู้ควบคุมต่างชาติ (Resident Associate of Foreign Controller) หนี้ที่มีดอกเบี้ยจ่ายแก่ผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) หรือผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง (Non-Resident Associates) ซึ่งมีสถานประกอบการถาวรในประเทศออสเตรเลีย เนื่องจากดอกเบี้ยจ่ายดังกล่าวเป็นเงินได้พึงประเมินของผู้รับที่เสียภาษีในประเทศออสเตรเลีย³⁸

(4) หนี้กู้ ตามมาตรา 128F ซึ่งผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) เป็นผู้ถือหุ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำไปจำหน่ายยังต่างประเทศ (Overseas Distribution) โดยหนี้กู้จะถูกจำหน่ายภายใน 30 วัน นับแต่วันออกหุ้น และผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) ไม่มีสิทธิต่อส่วนได้เสียในการออกหุ้นกู้ดังกล่าว

(5) หนี้อัตนบัตร Nostro ตามมาตรา 159GZA ได้แก่บัญชีเงินฝากที่ธนาคารในประเทศเปิดไว้กับธนาคารต่างประเทศเป็นเงินตราสกุลต่างประเทศเพื่อวัตถุประสงค์ในการหักบัญชี

³⁵ Andrew Binns, Australian Thin Cap, Journal of International Taxation (January 1997):p. 31

³⁶ Australia Tax Office, Australian International Debt and Equity Financing, p. 4-20

³⁷ Australia Tax Office, ATAX0907/0407 Taxation aspect of Debt Finance, p. 9

³⁸ Australia Tax Office, Australian International Debt and Equity Financing, p. 4-20

ระหว่างประเทศในธุรกรรมที่เกิดขึ้น การฝากเงินจะต้องอยู่ในบัญชีไม่เกินกว่า 10 วัน และต้องจ่ายออกไปภายใน 10 วัน ทำนองเดียวกับบัญชีกระแสรายวัน

(6) ข้อตกลงหุ้นบุริมสิทธิ (Preference Share Arrangement)

(7) หนี้ที่ดอกเบี้ยจ่ายไม่สามารถเป็นรายจ่ายของผู้จ่ายได้

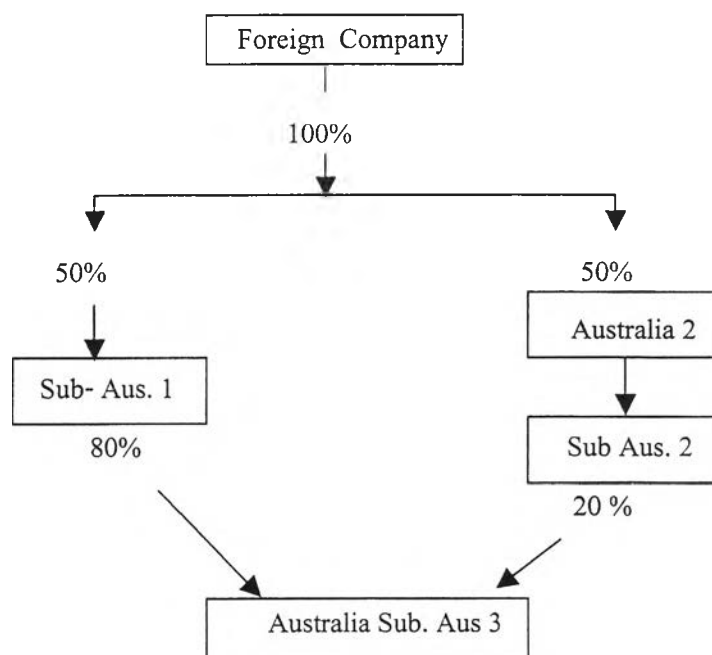
กล่าวโดยสรุป จากคำนิยาม “หนี้ต่างประเทศ” จะหมายรวมเฉพาะหนี้ที่ต้องจ่ายดอกเบี้ยให้แก่ผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) และผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง (Non - Resident Associates) โดยไม่จำเป็นต้องชำระเงินต้นที่กู้แก่ผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) แม้ข้อตกลงเงินกู้จะชำระเงินต้นต่อผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศ แต่ต้องชำระดอกเบี้ยแก่ผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) ก็อยู่ภายใต้นิยามว่าเป็นหนี้ต่างประเทศ หนี้ต่างประเทศจะคำนวณโดยอ้างอิงถึงจำนวนที่เกี่ยวกับดอกเบี้ยที่ต้องจ่ายให้กับผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) และผู้เกี่ยวข้องที่เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศเท่านั้น (Non - Resident Associate) ทั้งนี้ ไม่รวมถึงหนี้ที่มีต่อผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศที่เกี่ยวข้องกับผู้ควบคุมต่างชาติ (Resident Associate of Foreign Controller) โดยไม่มีบทบัญญัติให้มีการหักลบกับจำนวนหนี้ที่ถึงกำหนดชำระของผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) และผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง (Non - Resident Associates) ที่มีต่อบริษัท หากให้หักออกจากหนี้อีกก็มีผลเท่ากับไม่เป็นมาตรการป้องกันการนำทุนกลับคืนไปยังผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) ทั้งนี้เพราะยอดหนี้ถึงกำหนดชำระของผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) และผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง (Non - Resident Associates) ที่มีต่อบริษัทออสเตรเลียเป็นการลดจำนวนทุนต่างประเทศ (เป็นรายการที่หักออกจากทุนต่างประเทศ) ดังกล่าวข้างต้น จึงเป็นการเพิ่มโอกาสในการบังคับใช้ Division 16F ซึ่งไม่อนุญาตให้นำดอกเบี้ยที่จ่ายให้กับผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) หรือผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง (Non - Resident Associates) มาเป็นรายจ่ายในการคำนวณภาษี

หนี้ต่างประเทศสามารถคำนวณได้จาก จำนวนหนี้ต่างประเทศสูงสุด (Greatest Total Of Foreign Debt) ณ เวลาใดเวลาหนึ่งตลอดปีภาษี เว้นแต่ว่าผู้เสียภาษีจะเลือกวิธีคำนวณแบบวิธีหาค่าเฉลี่ยถ่วงน้ำหนัก (Weighted Average) สำหรับวันที่มีอัตราส่วนหนี้ต่อทุนเกินกว่ากฎหมายกำหนด ด้วยเหตุนี้จึงต้องมีการตรวจสอบยอดหนี้ต่างประเทศอย่างต่อเนื่อง แต่ในทางปฏิบัติจะตรวจสอบยอดหนี้ค้างชำระเมื่อสิ้นสุดวันในแต่ละวันระหว่างปีภาษี³⁹

³⁹ Ibid., p. 4 -26

⁴⁰อย่างไรก็ดี ตามTaxation Ruling No. IT 2479 คณะกรรมาธิการวินิจฉัยว่า การจัดหาเงินทุนด้วยหนี้ หากมาจากกลุ่มเงินทุนที่สูงที่สุด (Chain of greatest equity investment) ไม่ถือว่าเป็นหนี้ต่างประเทศ ดังนั้น หากหนี้นั้นไม่ได้มาจากกลุ่มเงินทุนที่สูงที่สุด (Chain of Greatest Equity Investment) ถือเป็นหนี้ต่างประเทศ ซึ่งเป็นการสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ข้อหนึ่งของบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำคือเพื่อรักษาความสมดุลระหว่างการลงทุนด้วยหุ้นกับหนี้ของนักลงทุนต่างชาติในบริษัทออสเตรเลีย ดังนั้นเมื่อมีการนำไปลงทุนต่อไปเป็นห่วงโซ่ หลักความสมดุลจึงยังคงอยู่

⁴¹จากตัวอย่าง จะเห็นว่าหนี้จากบริษัทในเครือประเทศออสเตรเลีย 2 ไปยังบริษัทในเครือประเทศออสเตรเลีย 3 เป็นหนี้ต่างประเทศในขณะที่หนี้เงินกู้จากบริษัทในเครือประเทศออสเตรเลีย 1 ไปยังบริษัทในเครือประเทศออสเตรเลีย 3 ไม่เป็นหนี้ต่างประเทศเพราะ กลุ่มเงินทุนที่สูงที่สุด (Chain Of Greatest Equity Investment) ผ่านบริษัทในเครือประเทศออสเตรเลีย 1 มิได้ผ่านบริษัทในเครือประเทศออสเตรเลีย 2



⁴⁰ <http://uttrf01/uan2b+3678/-/fragview/1%20/tempreultset/-/ATO> : 19 June 2000

⁴¹ Sue Williamson, Thin Capitalisation : A Critical Review, Australian Tax Forum (1991) Volume 8, p. 209

ในการคำนวณผลรวมสูงสุดของหนี้ต่างประเทศหรือทุนต่างประเทศ ผู้เสียภาษีจะต้องรวมทุนต่างประเทศและหนี้ต่างประเทศที่ได้จากผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) และผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง (Non - Resident Associates) ทั้งหมด ตัวอย่างเช่น ผู้เสียภาษียรายหนึ่งซึ่งมีผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) สามรายจะต้องนำเอาหนี้ต่างประเทศของผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) ทั้งสามรายตลอดทั้งปีมารวมในการคำนวณหาผลรวมของหนี้ต่างประเทศในปีนั้น ๆ ในทำนองเดียวกันทุนต่างประเทศของผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) ที่มีในผู้เสียภาษีจะถือเป็นผลรวมต่อเมื่อมีการคำนวณหาอัตราทุนต่างประเทศที่กฎหมายกำหนด (Foreign Equity Product) ของผู้เสียภาษี ซึ่งได้แก่ ทุนต่างประเทศคูณด้วยอัตราส่วนที่กฎหมายกำหนดให้ ได้แก่ 2, 3 หรือ 6 แล้วแต่กรณี

⁴²ตัวอย่าง สมมุติว่ากิจการหนึ่งซึ่งมีอัตราส่วนที่อนุญาต 3:1 มีผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) สองราย ซึ่งได้มีการลงทุนของทุนต่างประเทศและหนี้ต่างประเทศดังนี้

รายการ	หนี้ (DEBT) ล้านบาท	ทุน (EQUITY) ล้านบาท
ผู้ควบคุมชาวต่างชาติ 1	5	0
ผู้ควบคุมชาวต่างชาติ 2	1	2
รวม	6	2

ถึงแม้ว่าอัตราส่วนของหนี้และทรัพย์สินที่ใช้ในการลงทุนของผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) รายที่ 1 จะเกินส่วน แต่ยังอนุญาตให้ดอกเบี้ยเป็นรายจ่ายได้ เนื่องจากเมื่อคำนวณผลรวมของการลงทุนของผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) ทั้งสองรายแล้ว อัตราส่วนที่ได้ยังอยู่ในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด

1.5.5 การกู้ยืมผ่านตัวกลาง (Back to Back Loans) ตามมาตรา 159GZO แห่งพระราชบัญญัติประเมินเงินได้ (The Income Tax Assessment Act 1936)⁴³ เป็นการกู้ยืมเงินของบริษัทท้องถิ่นจากบริษัทต่างประเทศโดยมีบริษัทตัวกลางหนึ่งบริษัทหรือหลายบริษัททำหน้าที่เป็น

⁴² Australia Tax Office, "Training Document for Thai Revenue Officers", (Mimeographed).

⁴³ Australia Tax Legislation 1999 Volume 2 สำนักหลักกฎหมายฉบับภาษาอังกฤษพร้อมคำแปลปรากฏตามภาคผนวก จ.

ทางผ่านของเงินจากผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) หรือบริษัทในเครือของผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) ซึ่งเป็นบุคคลผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง (Non – Resident Associate) มายังบริษัทท้องถิ่น กฎหมายถือว่าเป็นหนี้ต่างประเทศ แม้การกู้ยืมผ่านบริษัทตัวกลางจะด้วยเหตุผลในเชิงพาณิชย์เท่านั้น โดยไม่หวังผลด้านภาษี ก็ถือว่าบริษัทออสเตรเลียกู้ยืมเงินโดยตรงจากบริษัทต่างประเศ⁴⁴

นอกจากนี้มีการแนะนำว่า มาตรา 159GZO ควรนำมาปรับใช้ในลักษณะเหมือนกันไม่ว่าจะเป็นกรณีการจัดหาเงินทุนด้วยการกู้ยืมหรือทุน ทั้งนี้เพราะหลักการของกฎควบคุมการตั้งทุนต่ำ ควรเป็นหลักที่ก่อให้เกิดความสามารถในการรักษาความสมดุลระหว่างการให้แหล่งทุนโดยเงินกู้และการลงทุนโดยทุนของนักลงทุนต่างชาติที่จะลงทุนในออสเตรเลีย และด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติอันเกี่ยวกับการป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีในมาตรา159GZO จึงไม่บังคับใช้ในกรณีมีการให้แหล่งทุนโดยเงินกู้ในลักษณะที่สัมพันธ์กับการลงทุนด้วยทุน

ตัวอย่างที่ 1⁴⁵ บริษัทต่างประเทศฝากเงินไว้กับธนาคารและธนาคารให้กู้ยืมแก่บริษัทลูกออสเตรเลีย ในกรณีนี้ถือว่าบริษัทลูกออสเตรเลียกู้เงินจากผู้ควบคุมต่างชาติโดยตรงมิใช่กู้จากธนาคาร แม้ว่าดอกเบี้ยจะเป็นรายได้พึงประเมินของผู้รับก็ถือเป็นหนี้ที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศ (FRPD) ซึ่งเป็นข้อยกเว้นหลักที่ว่าหนี้ที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศ (FRPD) ไม่รวมถึงหนี้ที่ดอกเบี้ยเป็นรายได้พึงประเมินของผู้รับ

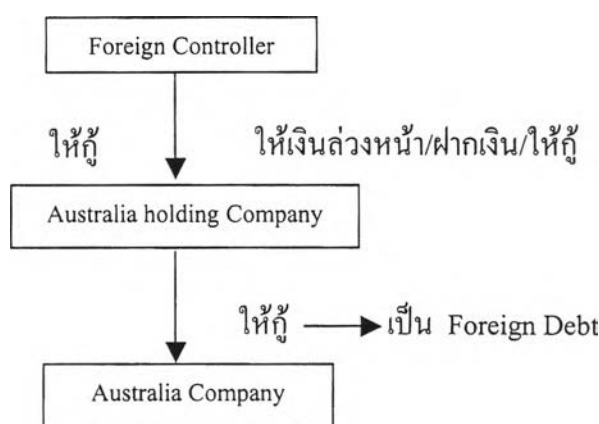
ตัวอย่างที่ 2⁴⁶ กรณีบริษัทลูกที่มีเงินทุนด้วยหนี้ (Debt Capital) ผ่านบริษัทโฮลดิ้งท้องถิ่น (Australia Holding Company) โดยบริษัทโฮลดิ้งท้องถิ่นกู้ยืมเงินจากผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) และให้กู้ยืมต่อแก่บริษัทลูกในจำนวนเดียวกัน หลักตามมาตรา 159GZO การกู้ยืมผ่านตัวกลาง (Back to Back Loan) กำหนดว่า หากเงินกู้ใด ๆ กระทำผ่านตัวกลางหนึ่งแห่งหรือมากกว่านั้น ให้ถือว่าเงินดังกล่าวกู้ยืมโดยตรงจากผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller)

⁴⁴ Sue Williamson , Thin Capitalization : A Critical Review. Australian Tax Forum (1991) Volume 8, p. 208

⁴⁵ Andrew Binns ,Australian Thin Cap. Journal of International Taxation (January 1997): pp. 31-32

⁴⁶ Australia Tax Office, ATAX0907/0407 Taxation aspect of Debt Finance. p. 8

ตัวอย่าง การกู้ยืมเงินผ่านบริษัทโฮลดิ้งออสเตรเลีย⁴⁷



จากรูปภาพเป็นกรณีผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) ให้เงินล่วงหน้าแก่บริษัทโฮลดิ้ง ออสเตรเลีย และบริษัทโฮลดิ้งออสเตรเลีย (Australia Holding Company) ได้ให้กู้ยืมเงินจำนวนเดียวกันแก่นิติบุคคลออสเตรเลีย อันเข้าลักษณะเป็นการยืมผ่านตัวกลาง (Back to Back Loan) ดังนั้น ดอกเบี้ยจ่ายให้แก่บริษัทโฮลดิ้งออสเตรเลียถือเป็นดอกเบี้ยจ่ายนี้ต่างประเทศ

การบังคับใช้กฎการกู้ยืมผ่านตัวกลาง (Back to Back Loan Provision) อาจมีการหลีกเลี่ยงโดย

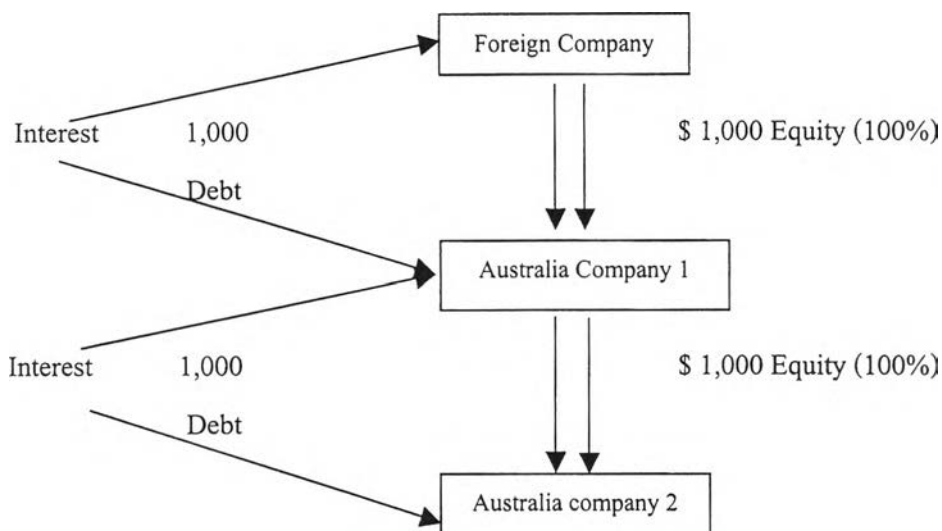
(1) ผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) ลงทุนเป็นหุ้นบุริมสิทธิที่ไถ่ถอนคืนได้ (Redeemable Preference Shares) ในบริษัทตัวกลางหรือค้ำประกันหนึ่งของบริษัทออสเตรเลียแทนการให้ยืมเงินล่วงหน้าแก่บริษัทตัวกลาง และให้บริษัทตัวกลางให้กู้ยืมเงินแก่บริษัทออสเตรเลีย

(2) วิสาหกิจในเครือฝากเงินไว้กับธนาคารแห่งหนึ่งและธนาคารมิได้ให้กู้ยืมเงินจำนวนดังกล่าวแก่บริษัท แต่ได้ให้ธนาคารอีกแห่งหนึ่งจ่ายเงินล่วงหน้าให้ กรณีนี้ไม่อยู่ในบังคับมาตรา 159GZO แต่ทั้งนี้ต้องปรากฏว่าไม่หนีระหว่างธนาคารทั้งสอง

นอกจากนี้อาจมีผลกระทบจากการบังคับใช้กฎการกู้ยืมผ่านตัวกลาง (Back to Back Loan) ดังนี้⁴⁸

⁴⁷ Sue Williamson, Thin Capitalisation : A Critical Review, Australian Tax Forum (1991) Volume 8, p. 208

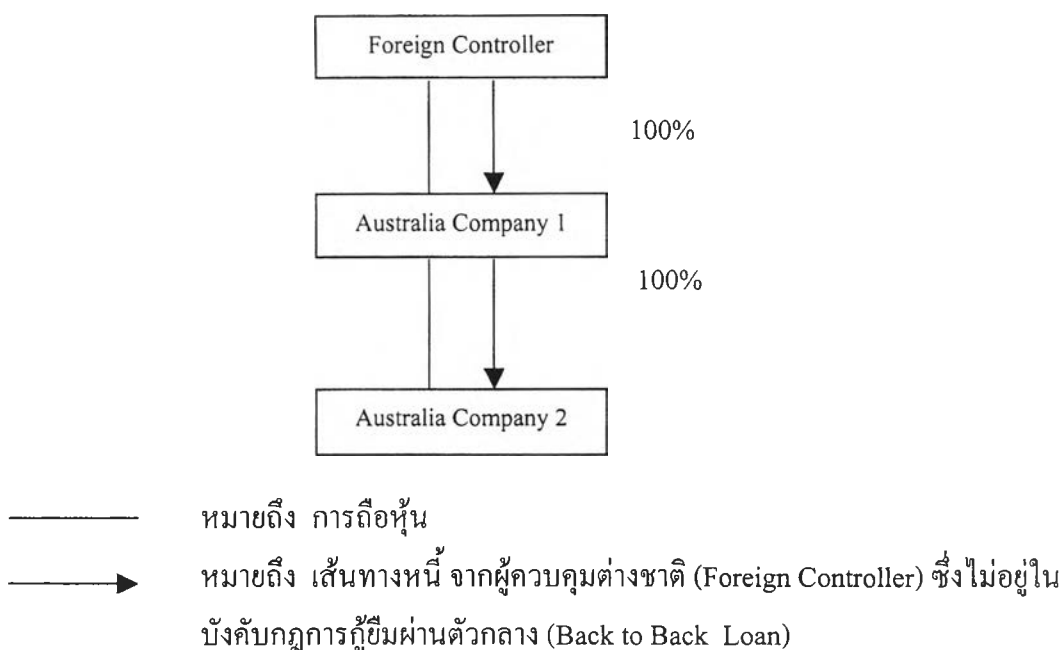
⁴⁸ Andrew Binns, Australian Thin Cap, Journal of International Taxation (January 1997): pp. 31-32



ตามรูปภาพ บริษัทต่างประเทศเป็นผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) ของบริษัท ออสเตรเลีย 1 กับ 2 บริษัทออสเตรเลีย 1 เป็นหนี้บริษัทต่างประเทศ หนี้ดังกล่าวเป็นหนี้ที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศ (FRPD) แต่ถ้าสัดส่วนหนี้ต่อทุนเป็นตามที่กฎหมายกำหนด คือ 3:1 (ปัจจุบัน 2:1) ดอกเบี้ยทั้งหมดสามารถเป็นรายจ่ายในการคำนวณภาษีได้

หนี้ที่บริษัทออสเตรเลีย 2 มีต่อบริษัทออสเตรเลีย 1 อาจถือเป็นการกู้ยืมผ่านตัวกลาง (Back to Back Loan) ซึ่งทำให้หนี้ดังกล่าวเป็นหนี้ที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศ (FRPD) อย่างไรก็ตามบริษัท ออสเตรเลีย 2 ไม่มีทุนต่างประเทศจึงเป็นเหตุให้ดอกเบี้ยจ่ายห้ามถือเป็นรายจ่ายทั้งจำนวนตาม Taxation Ruling IT 2479 คณะกรรมการได้อธิบายในย่อหน้า 7 ว่า⁴⁹ หากหนี้มาตามกลุ่มสายทุน (Chain of Equity) กฎ Back to Back Loan จะไม่ใช่บังคับ ในกรณีที่มีสายของทุนมากกว่าหนึ่งสายและหนี้มาตามสายทุนที่มากที่สุด (Largest Equity Route) ถ้าสายทุนเท่ากันหนี้สามารถมาตามสายทุนใดก็ได้ เหตุผลที่การกู้ยืมผ่านตัวกลาง (Back to Back Loan) ไม่ใช่บังคับกับกรณีหนี้มาตามกลุ่มสายทุนใหญ่ที่สุด (Largest Equity Route) เนื่องจากวัตถุประสงค์ข้อหนึ่งในการนำบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนด้ามาใช้บังคับนั้น คือ เพื่อทำให้มั่นใจได้ว่ามีการรักษาความสมดุลระหว่างเงินทุนที่ได้จากการกู้ยืม (Debt Funding) และทุนหุ้นของนักลงทุนต่างชาติซึ่งลงทุนในบริษัทออสเตรเลีย ด้วยเหตุนี้กฎการกู้ยืมผ่านตัวกลาง (Back to Back Loan) ซึ่งเป็นบทบัญญัติป้องกันการเลี่ยงภาษี จึงไม่บังคับใช้กับกรณีการนำเงินทุนจากการกู้ยืมมาใช้ลงทุนต่อเป็นลูกโซ่ (Chain of Equity Investment)

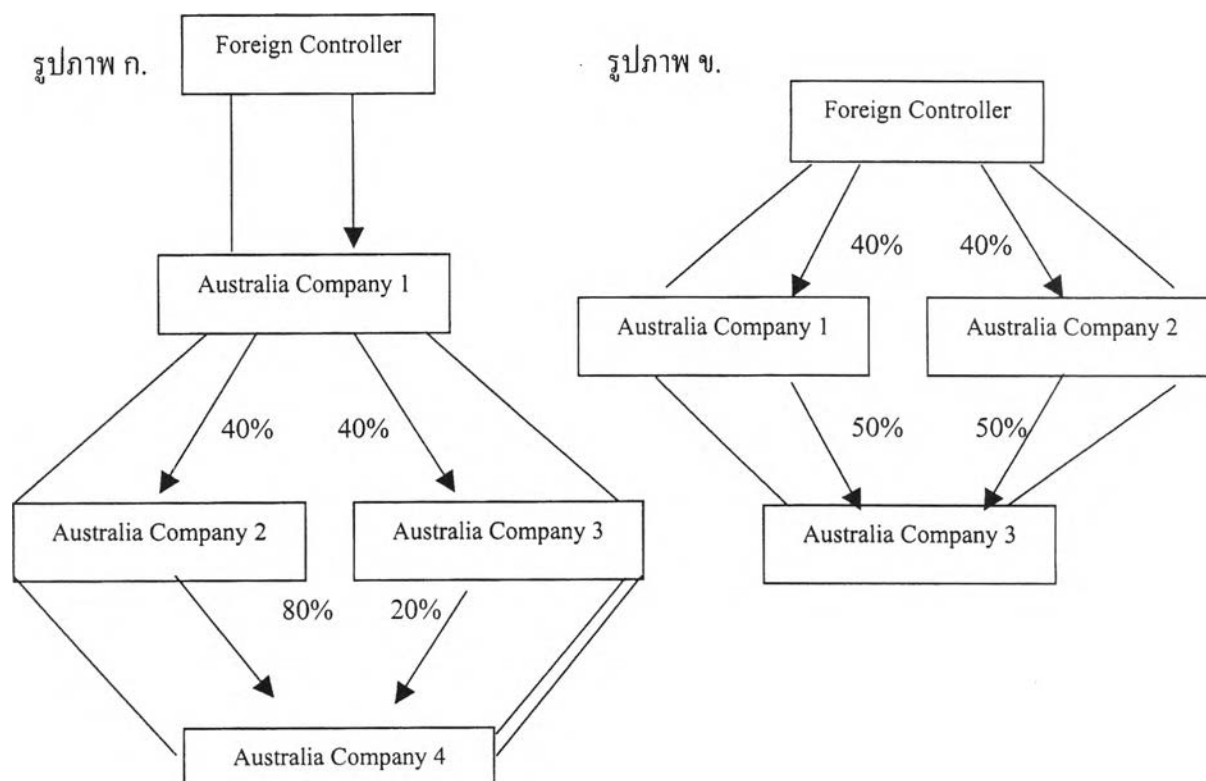
⁴⁹ Australia Tax Office, ATAX 0907/0407 Taxation Aspect of Debt Finance, p. 8

ตัวอย่าง Acceptable Debt Flows

จากภาพ ผู้ควบคุมต่างชาติลงทุน 1 ล้านเหรียญในบริษัทท้องถิ่น และให้กู้แก่บริษัทจำนวน 2 ล้านเหรียญโดยมีดอกเบี้ย และต่อมาบริษัทได้นำส่วนหนึ่งของเงินทุนไปลงทุนในรูปเงินกู้ในบริษัทในเครือ ตามมาตรา 159GZO จะไม่ถือว่าเงินกู้ที่ผู้ควบคุมต่างชาติให้บริษัทในเครือกู้ยืมนั้นเป็นการให้กู้ยืมโดยตรงจากผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) เพราะว่าการควบคุมการตั้งทุนต่ำมีวัตถุประสงค์ในการรักษาสมดุลระหว่างหนี้กับทุน

นักลงทุนต่างชาติอาจมีทางเลือกในการลงทุนในบริษัทโฮลดิ้งออสเตรเลีย ซึ่งมีบริษัทลูกจำนวนมาก โดยสามารถมีเส้นทางการลงทุนได้หลายเส้นทางในแต่ละบริษัทลูก หากการจัดหาทุนด้วยหนี้เป็นการให้โดยผ่านสายการลงทุนซึ่งมีทุนต่างประเทศจำนวนมากกว่านี้ ดังรูปภาพ ก. และในกรณีที่ทุนต่างประเทศมีจำนวนเท่ากับหนี้ ตามรูปภาพ ข. การจัดหาทุนด้วยหนี้อาจทำได้โดยผ่านสายการลงทุนสายใดสายหนึ่งหรือทั้งสองสาย⁵⁰

⁵⁰ Ibid., p. 9



- การถือหุ้น (Shareholding)
- เส้นทางหนี้จากผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) ซึ่งไม่อยู่ในบังคับกฎการกู้ยืมผ่านตัวกลาง (Back to Back Loan)
- ==== เส้นทางหนี้จากผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) ซึ่งอยู่ภายใต้กฎการกู้ยืมผ่านตัวกลาง (Back to Back Loan)

1.5.6 ดอกเบี้ยจ่ายต้องห้าม (Disallowed Interest) มาตรา SS159GZS-159GZW⁵¹

1.5.6.1 ความหมายคำว่า “ดอกเบี้ย” ตามมาตรา 159GZA และ 159GZK ดอกเบี้ย หมายถึง จำนวนเงินใด ๆ อันเข้าลักษณะเป็นดอกเบี้ย และรวมถึงดอกเบี้ยชำระตามสัญญาเช่าซื้อหรือสัญญาเช่า (Finance Leases) และส่วนลดตัวแลกเงิน ส่วนลดการค้า และข้อตกลงเพื่อชดใช้ค่าเสียหายซึ่งถูกพิจารณาว่าเป็นดอกเบี้ยในหน้าที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศ (FRPD) แต่ไม่รวมถึงผลขาดทุนอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ (SWAP) ดอกเบี้ยในหนี้เงินปันผล การไถ่ถอนหุ้นบุริมสิทธิ

⁵¹ Australian Tax Legislaton 1999 Volume 2 สำนักพิมพ์กฎหมายฉบับภาษาอังกฤษพร้อมคำแปล ปรากฏตามภาคผนวก จ.

หลักเกณฑ์ดอกเบี้ยจ่ายต้องห้าม ตามมาตรา 159GZS ถึง 159GZT สรุปได้ดังนี้

1. ผู้จ่ายดอกเบี้ยมีผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller)
2. เป็นดอกเบี้ยจ่ายในหนี้ต่างประเทศ (Foreign Debt) นิยามของคำว่า “ดอกเบี้ยจ่ายหนี้ต่างประเทศ” ตามมาตรา 159GZA คือ ดอกเบี้ยชำระหนี้ต่างประเทศ โดยไม่จำเป็นต้องเกิดจากหนี้ต่างประเทศที่ได้จากการคำนวณอัตราส่วนหนี้ต่อทุน ถึงแม้ว่าส่วนใหญ่จะเป็นเช่นนั้นก็ตามหรือกรณีมีการชำระดอกเบี้ยจ่ายหนี้ต่างประเทศล่วงหน้าก็จะมีลดจำนวนดอกเบี้ยจ่ายหนี้ต่างประเทศในปีต่อไป เพราะพิจารณาอัตราส่วนหนี้ต่อทุนของปีนั้น ๆ เป็นสำคัญ⁵²
3. ระดับหนี้ต่างประเทศสูงสุดเกินกว่า 2 หรือ 6 เท่า (กรณีสถาบันการเงิน) ของทุนต่างประเทศ หรือ เรียกว่า Foreign Equity Product ในปีภาษี กฎหมายกำหนดอัตราส่วนไว้ 2 อัตรา คือ 6:1 และ 2:1 ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับลักษณะของธุรกิจ

1.5.6.2 การคำนวณดอกเบี้ยจ่ายหนี้ต่างประเทศต้องห้าม ต้องนำหนี้ต่างประเทศ และส่วนของเจ้าของหรือทุนของผู้ควบคุมต่างชาติหรือผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับผู้ควบคุมต่างชาติ มาคำนวณรวมกัน โดยไม่มีการแยกคำนวณส่วนของผู้ควบคุมต่างชาติแต่ละราย ทั้งนี้ตาม Taxation Ruling IT2479⁵³

⁵⁴วิธีการคำนวณ มาตรา 159GZS ให้พิจารณาผลรวมสูงสุดหรือค่าเฉลี่ยของหนี้ต่างประเทศ ในแต่ละวันสำหรับวันที่มี หนี้ต่างประเทศ เกินกำหนดในปีภาษี โดยกำหนดให้ผู้เสียภาษีเปรียบเทียบค่าที่ได้ข้างต้นนี้กับ Foreign Equity Product โดยทั่วไป Foreign Equity Product จะมีจำนวนสูงกว่าทุนต่างประเทศ 3 เท่า (ปัจจุบัน 2 เท่า) ยกเว้นในกรณีของสถาบันการเงินซึ่ง Foreign Equity Product จะมีจำนวนสูงกว่าทุนต่างประเทศ 6 เท่า ในกรณีของสถาบันการเงินที่มีการลงทุนในกิจการต่าง ๆ ที่ไม่ใช่สถาบันการเงิน หรือกิจการต่าง ๆ เข้ามาลงทุนในสถาบันการเงิน ตัวคูณ (Multiplier) จะอยู่ระหว่าง 2 ถึง 6 ซึ่งคณะกรรมการจะเป็นผู้กำหนดโดยให้เป็นไปตามมาตรา 159gzm หากผลรวมสูงสุดหรือค่าเฉลี่ยของหนี้ต่างประเทศ ในแต่ละวันสำหรับวันที่มีหนี้ต่างประเทศ เกินกำหนดนั้น มีจำนวนมากกว่า Foreign Equity Product ของผู้เสียภาษีในปีภาษี สัดส่วนดอกเบี้ยที่ผู้เสียภาษีใช้ชำระหนี้ต่างประเทศนั้น จะไม่สามารถนำมาหักลดหย่อนภาษีได้ซึ่งเป็นไปตามสูตรการคำนวณในมาตรา 159GZS โดยแบ่งออกเป็น 3 วิธี ดังนี้

⁵² Australia Tax Office, Australian International Debt and Equity Financing , p. 4-27

⁵³ <http://uttrf01/uan2b+3678/-/fragview/1%20/tempresultset/-/ATO> : 19 June 2000

⁵⁴ Australia Tax Office, Australian International Debt and Equity Financing , pp. 4-26 to 4-27

วิธีที่ 1 มาตรา 159GZS(1) นำดอกเบีย้นี้ต่างประเทศคูณด้วยสูตรดังนี้

$$= \text{ดอกเบีย้นี้ต่างประเทศ} \times \left[\frac{\text{จำนวนหนี้ต่างประเทศสูงสุด} \times (\text{ทุนต่างประเทศ} \times 3 \text{ หรือ } 6)}{\text{จำนวนหนี้ต่างประเทศสูงสุด}} \right]$$

ตัวอย่างที่ 1⁵⁵ บริษัทท้องถิ่นแห่งหนึ่ง มีทุนต่างประเทศจำนวน 100 ล้านเหรียญ หนี้ที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศ (FRPD) จำนวน 600 ล้านเหรียญ ณ วันใดวันหนึ่งของปีภาษีที่พิจารณา และจำนวน 200 ล้านเหรียญในวันอื่นๆ ของปีภาษี ดอกเบีย้นี้ต่างประเทศจำนวน 26 ล้านเหรียญ ดังนั้นเมื่อคำนวณตามสูตรจะมีดอกเบีย้นี้ที่เป็นรายจ่ายคำนวณภาษีได้จำนวน 13 ล้านเหรียญ

$$26 \times \frac{600 - (100 \times 3)}{600} = 13 \text{ ล้านเหรียญ}$$

* หมายเหตุ ใช้อัตราส่วน 3:1 ก่อนแก้ไขเป็น 2:1 ในปัจจุบัน

⁵⁶ตัวอย่างที่ 2 สมมติให้ บริษัทท้องถิ่น A ซึ่งไม่ใช่สถาบันการเงินและมีทุนต่างประเทศ จำนวน 25,000 บาท โดยทุนต่างประเทศ นี้ได้มาจาก X ซึ่งเป็นบุคคลต่างชาติ ในช่วงปีดังกล่าว X ให้ A กู้ยืมเงินดังนี้

- ในช่วงต้นปี ให้ยืม 10,000 บาท โดยมีระยะเวลาการกู้ยืม 1 ปี และมีอัตราดอกเบี้ยคงที่ ร้อยละ 10 ต่อปี
- 6 เดือนต่อมา ให้ยืม 200,000 บาท โดยมีระยะเวลาการกู้ยืม 2 วัน และมีอัตราดอกเบี้ย ร้อยละ 10 ต่อปี

ผลรวมดอกเบี้ยจ่ายของ A ในปีดังกล่าวมีจำนวน 1,109.59 บาท เป็นผลรวมจากการกู้ครั้งแรกจำนวน 1,000 บาท และการกู้ครั้งที่สองจำนวน 109.59 บาท

มาตรา 159 GZS(1) ใน Division 16F จะห้าม A นำดอกเบีย้นี้ข้างต้นในบางส่วนมาหักลดหย่อนภาษีโดยใช้สูตรดังนี้

⁵⁵ Andrew Binns Australian Thin Cap. Journal of International Taxation (January 1997):p. 33

⁵⁶ Australia Tax Office, Australian International Debt and Equity Financing. p. 4-23

$$\begin{aligned}
&= \frac{(\text{ผลรวมสูงสุดหนี้ต่างประเทศ} - \text{Foreign equity product}) \times \text{ดอกเบี้ยจ่ายหนี้ต่างประเทศ}}{\text{ผลรวมสูงสุดหนี้ต่างประเทศ}} \\
&= \frac{210,000 - (3 \times 25,000)}{210,000} \times 1,109.59 \\
&= 713.31 \text{ คือจำนวนดอกเบี้ยจ่ายต้องห้าม}
\end{aligned}$$

* หมายเหตุ ใช้อัตราส่วน 3:1 ก่อนแก้ไขเป็น 2:1 ในปัจจุบัน

การคำนวณจำนวนดอกเบี้ยจ่ายหนี้ต่างประเทศต้องห้ามโดยใช้จำนวนหนี้ต่างประเทศสูงสุดในปีนั้น แม้ว่าอัตราส่วนของหนี้ต่อส่วนของผู้ถือหุ้นจะเกินกว่าที่กำหนดไว้เพียง 2-3 วันเท่านั้น เป็นวิธีที่เข้มงวดมาก ดังนั้น จึงได้มีการเสนอข้อผ่อนปรนโดยเสนอทางเลือกให้แก่ผู้เสียภาษีภายใต้มาตรา 159GZS (2) และมาตรา 159GZT (3) การคำนวณจำนวนดอกเบี้ยจ่ายหนี้ต่างประเทศต้องห้าม จะใช้ค่าเฉลี่ยถ่วงน้ำหนัก (weighted average) สำหรับวันที่มีอัตราส่วนของหนี้ต่อส่วนของผู้ถือหุ้นเกินกว่าที่กำหนด สูตรการคำนวณลักษณะนี้จำนวนดอกเบี้ยจ่ายต้องห้ามจะน้อยกว่าวิธีที่ 1

วิธีที่ 2 มาตรา 159 GZS(3) นำดอกเบี้ยหนี้ต่างประเทศ คูณด้วยสูตร ดังนี้

$$= \text{ดอกเบี้ยหนี้ต่างประเทศ} \times \left[\frac{\text{ค่าเฉลี่ยรายวันหนี้ต่างประเทศ} - \text{ทุนต่างประเทศ} \times 3 \text{ หรือ } 6}{\text{ค่าเฉลี่ยรายวันหนี้ต่างประเทศ}} \right] \times \left[\frac{\text{จำนวนวันหนี้ต่างประเทศที่เกิน}}{\text{จำนวนวันในปีภาษี}} \right]$$

จากตัวอย่างในวิธีที่ 1

$$\frac{(600-300) \times 1/365 \times 26}{201} = .10$$

600	คือ	จำนวนเฉลี่ยหนี้ต่างประเทศที่เกินอัตราส่วน (มีหนี้เกิน 1 วัน)
300	คือ	จำนวนหนี้สูงสุดที่กฎหมายอนุญาต (3 เท่าของทุนต่างประเทศ)
1/365	คือ	จำนวนวันที่หนี้ต่างประเทศเกินอัตราส่วน
26	คือ	จำนวนดอกเบี้ยจ่ายหนี้ต่างประเทศทั้งหมด
201	คือ	$\frac{(600 \times 1) + (200 \times 364)}{365}$

* หมายเหตุ ใช้อัตราส่วน 3:1 ก่อนแก้ไขเป็น 2:1 ในปัจจุบัน

วิธีที่ 3 มาตรา 159GZS (2) กลุ่มบริษัทท้องถิ่นที่มีเจ้าของเดียวกัน (Wholly-owned resident company group) การคำนวณดอกเบี้ยจ่ายต้องห้ามใช้ 2 วิธีข้างต้น แต่การคำนวณอัตราส่วนหนี้ต่อส่วนของผู้ถือหุ้นหรือทุน จะคำนวณรวมทั้งกลุ่มมิได้คำนวณแยกแต่ละบริษัทในกลุ่ม โดยจะพิจารณาผลรวมหนี้ต่างประเทศของทุกบริษัทในกลุ่ม แต่ส่วนทุนต่างประเทศจะรวมเฉพาะทุนต่างประเทศของบริษัทตัวกลางที่ถือหุ้นแทนหรือเรียกว่าบริษัทโฮลดิ้ง (Holding Company) เท่านั้น

การเลือกสูตรคำนวณดอกเบี้ยจ่ายต้องห้าม ในช่วงปี 1988–1989 และปีภาษีต่อไปทุกปี บริษัทออสเตรเลียมีสิทธิเลือกใช้สูตรเฉลี่ยตามวิธีที่ 2 ตามมาตรา 159GZS(2) โดยต้องเลือกในวันหรือก่อนวันที่มีการตัดสินใจแบบแสดงรายการภาษีเงินได้สำหรับปีภาษี ซึ่งเลือกหรือภายในช่วงเวลาที่คณะกรรมการอนุญาต ตามมาตรา 159GZS (5)

1.5.6.3 การปฏิบัติต่อดอกเบี้ยจ่ายต้องห้าม ดอกเบี้ยจ่ายต้องห้ามยังคงมีลักษณะเป็นดอกเบี้ย มิได้ถือเป็นเงินปันผล จึงยังคงอยู่ภายใต้บังคับการหักภาษี ณ ที่จ่ายประเภทดอกเบี้ยจ่าย นอกจากนี้ดอกเบี้ยจ่ายต้องห้ามไม่สามารถยกยอดไปหักเป็นรายจ่ายในปีถัดไปได้

1.5.7 กลุ่มบริษัทท้องถิ่น (Resident Company Group) มาตรา 159GZI ⁵⁷

1.5.7.1 มาตรา 159GZI นิยาม ความหมายคำว่า กลุ่มบริษัทท้องถิ่นในบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำ ไว้ว่า ในการพิจารณาว่าบริษัทสองบริษัทเป็นกลุ่มบริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศ (Resident Group) หรือไม่ จะทำการพิจารณาเฉพาะหุ้นที่ถือโดยบริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศเท่านั้น ส่งผลให้มีเพียงบริษัทเดียวในกลุ่มบริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศที่จะมีทุนต่างประเทศ ในการคำนวณดอกเบี้ยของหนี้ต่างประเทศที่หักภาษีได้ บริษัทที่เป็นกลุ่มบริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศสามารถรวมหนี้ต่างประเทศของบริษัทในกลุ่มทั้งหมด และนำผลรวมของทุนต่างประเทศของบริษัทในกลุ่มที่มีทุนต่างประเทศไปหักออกจากหนี้ต่างประเทศรวมดังกล่าว อย่างไรก็ตาม จะมีเพียงแค่หนึ่งบริษัทในกลุ่มบริษัทเท่านั้นที่จะมีทุนต่างประเทศ เนื่องจากบริษัทลูกทั้งหมดของกลุ่มบริษัทเป็นบริษัทลูกร้อยเปอร์เซ็นต์

บริษัทโฮลดิ้ง (Holding Company) ของกลุ่มและบริษัทอื่น ๆ ทุกบริษัทในกลุ่มต้องเป็นบริษัทที่มีถิ่นที่อยู่ในออสเตรเลียและ Holding Company ต้องถือหุ้นร้อยละ 100 (ไม่ว่าโดยตรงหรืออ้อม) ในบริษัทท้องถิ่นก่อนจึงจะถือว่าบริษัทนั้นเป็นสมาชิกของกลุ่ม ภายใต้มาตรา

⁵⁷ Australia Tax Legislation 1999 Volume 2 ตำเนหลักกฎหมายฉบับภาษาอังกฤษพร้อมคำแปล ปรากฏภาคผนวก จ.

159GZI ไม่มีบริษัทใดสามารถเป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มบริษัทท้องถิ่นได้ หากบริษัทนั้นไม่มีบริษัทโฮลดิ้งท้องถิ่น (Resident Holding Company) เป็นผู้ถือหุ้นร้อยละ 100 แต่เพียงผู้เดียว ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรืออ้อม หลักการสำคัญของบริษัทที่เป็นสมาชิกในกลุ่มบริษัทสำหรับวัตถุประสงค์บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำ คือ เฉพาะ Holding Company เท่านั้นที่จะมีทุนต่างประเทศ (Foreign Equity) ได้และในการคำนวณทุนต่างประเทศ (Foreign Equity) ของ Holding Company นั้น จะไม่คำนึงถึงผลกำไรสะสมและเงินสำรองซึ่งมีอยู่ในบริษัทอื่นใดในกลุ่มที่ไม่ใช่ Holding Company ดังนั้นในการกำหนดจำนวนทุนต่างประเทศ (Foreign Equity) สูงสุดของ Holding Company คือ หุ้นที่ถือโดย Holding Company ในบริษัทลูก ต้องมีการตีราคาใหม่อย่างต่อเนื่อง (Revalued Constantly) เพื่อให้มั่นใจได้ว่าจำนวนหุ้นดังกล่าวที่แสดงไว้ในสมุดบัญชีของ Holding Company เป็นมูลค่าที่ถูกต้องด้วยวิธีราคาหุ้นใหม่ที่มีผลให้ผลกำไรจะอยู่ในรูปของส่วนเกินมูลค่าหุ้นในบัญชีกำไรสะสม (Premium of Accumulated Profits) และสำรองของบริษัทลูกดังกล่าว ทั้งนี้หากหุ้นที่ Holding Company มีอยู่ในบริษัทลูกสามารถนำมาตีราคาใหม่ได้มูลค่าสูงขึ้นกว่าเดิม จะส่งผลให้ต้องตั้งเงินสำรองใน Holding Company ให้สูงเพิ่มขึ้นด้วย⁵⁸

1.5.7.2 การคำนวณดอกเบี้ยจ่ายต้องห้าม พิจารณาสัดส่วนดอกเบี้ยจ่ายหนี้ต่างประเทศของผู้เสียภาษีซึ่งเป็นสมาชิกกลุ่มบริษัทท้องถิ่นในปีภาษี ว่าสามารถถือเป็นรายจ่ายได้หรือไม่ จะคำนวณจากผลรวมสูงสุดของหนี้ต่างประเทศ ณ เวลาใดเวลาหนึ่งในปีภาษีของสมาชิกทั้งหมดของกลุ่มบริษัทท้องถิ่นนั้นว่าสูงเกินกว่า Foreign Equity Product (จำนวนทุนต่างประเทศคูณด้วย 3 ปัจจุบันแก้ไขเป็น 2 หรือ 6 กรณีสถาบันการเงิน) ในปีภาษีของ Holding Company หรือไม่ ตามมาตรา 159GZT(1) หากผลรวมสูงสุดหนี้ต่างประเทศของสมาชิกทั้งหมดของกลุ่มบริษัทท้องถิ่นสูงเกินกว่าจำนวน Foreign Equity Product ของ Holding Company ในปีภาษี นั้น ๆ จะถือว่าดอกเบี้ยนั้นเป็นดอกเบี้ยจ่ายต้องห้าม

$$\text{สูตรคำนวณ} \quad \frac{E}{D}$$

E คือ จำนวนส่วนเกินของหนี้ต่างประเทศสูงสุด ณ เวลาใดเวลาหนึ่งในปีภาษีของสมาชิกกลุ่มบริษัทท้องถิ่น ที่เกินกว่า Foreign Equity Product (ทุนต่างประเทศคูณด้วย 3)

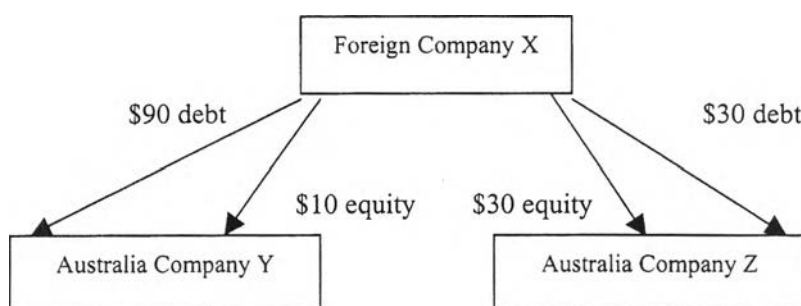
D คือ จำนวนหนี้ต่างประเทศ

⁵⁸ Australia Tax Office, ATAX_0907/0407 Taxation Aspect of Debt Finance. pp. 4-21 to 4-23

การเลือกสูตรคำนวณ สำหรับปีภาษีช่วง ค.ศ. 1988-1989 และปีภาษีต่อไป
ทุกปี กลุ่มบริษัทโฮลดิ้งท้องถิ่น (Resident Group Holding Company) อาจเลือกวิธีคำนวณสัดส่วน
ดอกเบี้ยจ่ายหนี้ต่างประเทศต้องห้าม ได้ 2 วิธี คือ คำนวณโดยพิจารณาจากผลรวมสูงสุดหนี้
ต่างประเทศ ณ เวลาใดเวลาหนึ่งในปีภาษีของสมาชิกทั้งหมดในกลุ่มดังกล่าวข้างต้นหรือพิจารณา
จากค่าเฉลี่ยหนี้ต่างประเทศในแต่ละวันในส่วนที่เกินจากหนี้ต่างประเทศที่กำหนดในแต่ละวันในปี
ภาษี

1.5.7.3 ข้อดีของกลุ่มบริษัทท้องถิ่น เนื่องจากการคำนวณดอกเบี้ยจ่าย
ต้องห้ามใช้ยอดหนี้ต่างประเทศรวมในกลุ่ม ส่วนทุนต่างประเทศใช้ของ Holding Company ทำให้
สมาชิกกลุ่มบริษัทสามารถกู้เงินจากผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) หรือจากผู้เกี่ยวข้องที่มี
ถิ่นที่อยู่ต่างประเทศของผู้ควบคุมต่างชาติได้โดยตรง แม้ว่าสมาชิกผู้นั้นจะไม่มีทุนต่างประเทศ
(Foreign Equity) ก็ตาม โดยจะไม่กระทบต่อจำนวนดอกเบี้ยจ่ายหนี้ต่างประเทศที่เป็นรายจ่าย
คำนวณภาษี หรืออีกนัยหนึ่ง ผลที่ได้รับจะมีค่าเท่ากันไม่ว่ากลุ่ม Holding Company ที่ตั้งในประเทศ
หรือบริษัทอื่น ๆ ซึ่งเป็นสมาชิกกลุ่มจะเป็นผู้กู้ยืมก็ตาม

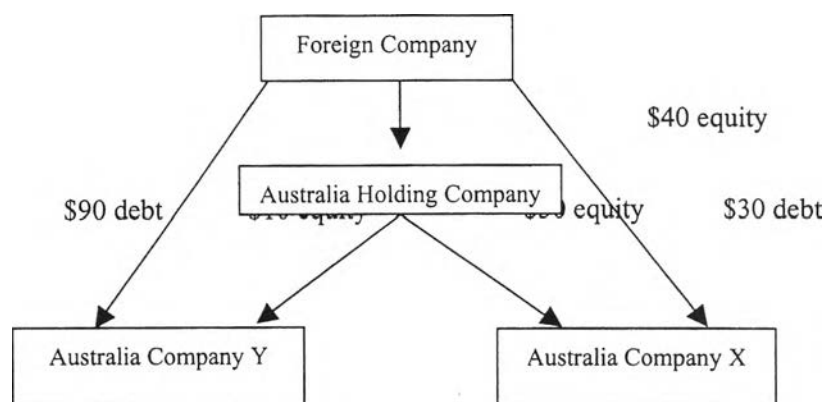
ภาพแสดงข้อดีของกลุ่มบริษัท⁵⁹



จากภาพ บริษัทต่างประเทศ X เป็นเจ้าของ 100 % ในบริษัทออสเตรเลีย Y
และ Z บริษัทออสเตรเลีย Y มี FRPD 90 เหรียญ ทุนต่างประเทศ 10 เหรียญ บริษัท Z มี FRPD 30
เหรียญ ทุนต่างประเทศ 30 เหรียญ เมื่อใช้สูตรคำนวณดอกเบี้ยจ่ายต้องห้ามบริษัท Y จะมีดอกเบี้ย
จ่ายในหนี้ FRPD ที่ต้องห้ามมิให้ถือเป็นรายจ่ายจำนวน 2 ใน 3 ของดอกเบี้ยจ่ายทั้งหมด (60/90)
ในขณะที่บริษัท Z สามารถนำดอกเบี้ยจ่ายหนี้ FRPD ทั้งจำนวนเป็นรายจ่ายได้ และมีทุนส่วนเกิน
กว่าอัตราส่วนที่กฎหมายกำหนดจำนวน 20 เหรียญ เนื่องจากอัตราส่วนทุนตามกฎหมายคือ
1 เหรียญ ต่อหนี้ 3 เหรียญ

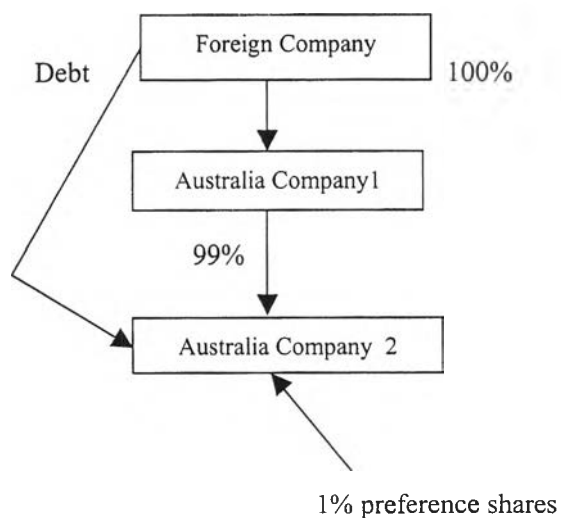
⁵⁹ Andrew Binns, "Australian Thin Cap", Journal of International Taxation (January 1997) : p. 32

ตัวอย่าง โครงสร้างกลุ่มบริษัทกับบริษัทโฮลดิ้ง⁶⁰



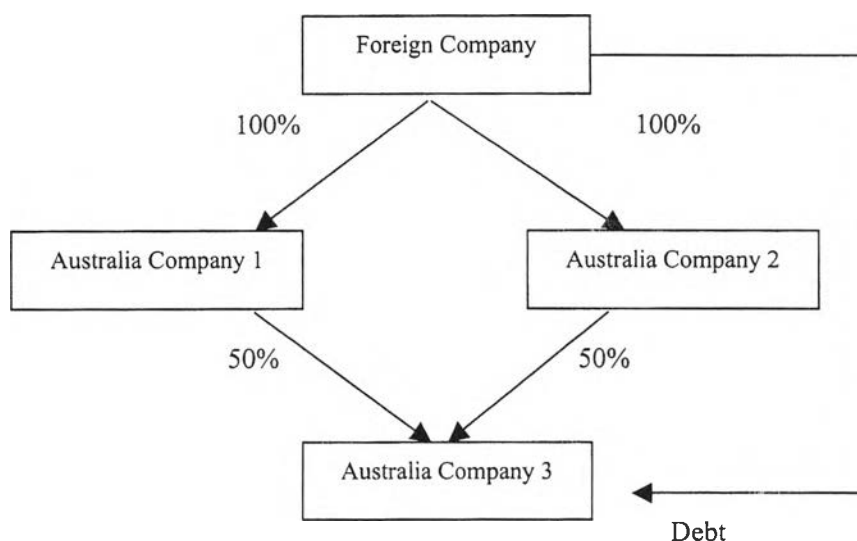
จากภาพ ถ้าบริษัทโฮลดิ้งออสเตรเลีย ถือหุ้นในบริษัท Y กับบริษัท X 100% จะเป็นกลุ่มบริษัท ซึ่งสามารถใช้วิธีคำนวณทุนและหนี้แบบรวมกลุ่ม ซึ่งทำให้ไม่เกิดดอกเบี้ยจ่ายส่วนเกิน เนื่องจากทุนต่างประเทศของกลุ่มคือ 40 หนี้ต่างประเทศของกลุ่มคือ 120 จึงเป็นอัตราส่วนตามกฎหมายกำหนด คือหนี้ต่างประเทศ 3 ต่อ ทุนต่างประเทศ 1 (3:1) จะเห็นได้ว่าสมาชิกกลุ่มบริษัทมีสิทธิได้รับประโยชน์จากทุนต่างประเทศของกลุ่มบริษัทโฮลดิ้งด้วย ไม่ว่าจะบริษัทใดบริษัทหนึ่งในกลุ่มจะเป็นผู้กู้ยืม

หลักการคำนวณแบบรวมกลุ่มบริษัทไม่สามารถนำมาใช้ได้ ตัวอย่างเช่น



⁶⁰ Ibid., p. 33

จากภาพ บริษัทออสเตรเลีย 1 และ 2 ไม่เป็นกลุ่มบริษัท เนื่องจาก บริษัทออสเตรเลีย 2 ออกหุ้นบุริมสิทธิไปยังคู่สัญญาอื่น จำนวนหนึ่งที่บริษัทออสเตรเลีย 2 มีต่อ บริษัทต่างประเทศเป็น FRPD แต่อย่างไรก็ตาม บริษัทออสเตรเลีย 2 ไม่มีทุนต่างประเทศ โดยที่ทุน ต่างประเทศจะวัดโดยอ้างอิงถึงบริษัทออสเตรเลีย 1 เท่านั้น ดังนั้นดอกเบี้ยจ่ายทั้งจำนวนจึงไม่อาจ เป็นรายจ่ายได้ หรือในตัวอย่างต่อไป บริษัทออสเตรเลีย 3 ซึ่งไม่เป็นกลุ่มบริษัทไม่ว่ากับ บริษัทออสเตรเลีย 1 หรือ 2 เงินกู้จากบริษัทต่างประเทศมายังบริษัทออสเตรเลีย 3 เป็น FRPD โดยที่ บริษัทออสเตรเลีย 3 ไม่มีทุนต่างประเทศ ดอกเบี้ยจ่ายทั้งจำนวนไม่อาจเป็นรายจ่ายได้เช่นกัน ปราบฎตามรูปภาพดังนี้⁶¹



1.5.7.4 ผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) ของบริษัทลูก เนื่องจาก ผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) ของบริษัทหนึ่ง ๆ รวมถึงผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศซึ่งได้รับ สิทธิโดยชอบไม่ว่าโดยตรงหรืออ้อมที่จะได้รับเงินปันผลหรือส่วนจัดสรรทุนจากบริษัทท้องถิ่น อย่างน้อยร้อยละ 15 ฉะนั้นให้ถือด้วยว่าผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) ของบริษัท ออสเตรเลียเป็นผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) ของบริษัทในเครือหรือบริษัทลูกของบริษัท ในเครือ (Sub-Subsidiary) ซึ่งบริษัทออสเตรเลียถือหุ้นร้อยละ 90 (90% Owned Subsidiary of Sub-Subsidiary) ของบริษัทออสเตรเลีย

อย่างไรก็ตามผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) จะลงทุนเพียงแต่ในบริษัทออสเตรเลีย แต่จะไม่ถือหุ้นในบริษัทลูกซึ่งบริษัทออสเตรเลียถือหุ้นร้อยละ 90 ใน Sub-Subsidiary ดังนั้น Sub-Subsidiary ที่บริษัทออสเตรเลียถือหุ้นร้อยละ 90 จึงไม่มีทุนต่างประเทศ (Foreign Equity) และเนื่องจาก Sub-subsidiary ไม่เป็นสมาชิกกลุ่มบริษัทตามบทบัญญัติควบคุม

⁶¹ Andrew Binns, *Australian Thin Cap*. Journal of International Taxation January 1997 Page 33

การตั้งทุนต่ำ Sub-Subsidiary ดังกล่าวจึงไม่ได้รับประโยชน์ใด ๆ จากทุนต่างประเทศ (Foreign Equity) ของผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) ใน Resident Holding Company ซึ่งเป็นผลให้ Sub-Subsidiary ซึ่งมีบริษัทออสเตรเลียถือหุ้นร้อยละ 90 มี Foreign Equity Product (ทุนต่างประเทศคูณด้วย 3 หรือ 2) เป็นศูนย์ และดอกเบี้ยจ่ายทั้งหมดที่ชำระหนี้เงินกู้ยืมจากผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) หรือจากผู้ที่เกี่ยวข้องกับชาวต่างชาติ จะไม่สามารถเป็นรายจ่ายในการคำนวณภาษีได้

1.6 ข้อเสนอแนะในการเสริมสร้างประสิทธิภาพบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำ⁶²

(1) เพิ่มอำนาจควบคุมการออกเสียง (Substantial Control Test) เกณฑ์ในการพิจารณาว่าบริษัทท้องถิ่นถูกควบคุมโดยชาวต่างชาติหรือมีผู้ควบคุมต่างชาติ (Foreign Controller) หรือไม่นั้น บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำ กำหนดอำนาจออกเสียงอย่างต่ำ (Control Test) ร้อยละ 15 ในขณะที่บทบัญญัติ Controlled Foreign Company :CFC* กำหนดอำนาจควบคุมอัตราร้อยละ 50 ถ้าหากเพิ่มระดับการควบคุม (Control Test) ขึ้นมาให้เท่ากับ CFC อาจเป็นการลดต้นทุนในการบังคับใช้กฎหมายในการสร้างความยินยอมของผู้เสียภาษี (Compliance Costs) ทั้งนี้การลงทุนในประเทศออสเตรเลียที่มียกเลิกลงทุนต่างชาติเป็นเจ้าของ ส่วนใหญ่จะใช้อัตราการควบคุมร้อยละ 50 หรือสูงกว่า ดังนั้นการเพิ่มระดับ Control Test จึงส่งผลกระทบต่อวิสาหกิจที่อยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำ และเป็นการลดความเข้มงวดในการบังคับใช้บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำ เพิ่มโอกาสในการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ

(2) บังคับใช้กับนี้ทุกประเภทเพื่อการบังคับใช้บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำ ให้ครอบคลุมกับนี้ทุกประเภทที่เกิดจากการดำเนินธุรกิจในประเทศออสเตรเลียของกลุ่มบริษัทที่ถูกควบคุมโดยชาวต่างชาติ

1.7 อนุสัญญาภาษีซ้อนประเทศออสเตรเลียกับประเทศไทย⁶³

1.7.1 การจัดเก็บภาษีเงินปันผล และดอกเบี้ย ตามบทบัญญัติข้อ 10 และข้อ 11 ของอนุสัญญาภาษีซ้อน ได้กำหนดให้ประเทศคู่สัญญาทั้งสองประเทศมีสิทธิจัดเก็บภาษีได้ โดยสำหรับ

⁶² Review of Business Taxation , “A Tax System Redesigned : Strengthening Thin Capitalisation Provisions. Section 22 Allocation income between countries”, pp. 659-669

* มาตรการป้องกันการเก็บกักกำไรไว้ต่างประเทศ

⁶³ เพรคพิบูลย์ แก้วสติชัย และอดิพัฒน์ วรทรัพย์, “คำอธิบายหลักการสำคัญของอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-ออสเตรเลีย”, สรรพากรสาส์น ปีที่ 47 ฉบับที่ 4 (เมษายน 2543) : หน้า 61 - 71

1.7 อนุสัญญาภาษีซ้อนประเทศออสเตรเลียกับประเทศไทย⁶³

1.7.1 การจัดเก็บภาษีเงินปันผล และดอกเบี้ย ตามบทบัญญัติข้อ 10 และข้อ 11 ของอนุสัญญาภาษีซ้อน ได้กำหนดให้ประเทศคู่สัญญาทั้งสองประเทศมีสิทธิจัดเก็บภาษีได้ โดยสำหรับประเทศผู้จ่ายนั้นมีสิทธิเก็บภาษีได้ตามกฎหมายภายในของตน โดยมีเงื่อนไขว่าถ้าผู้รับเงินปันผลไม่มีสถานประกอบการถาวรในประเทศผู้จ่าย โดยทั่วไปประเทศผู้จ่ายจะเก็บภาษีได้เพียงไม่เกินอัตราร้อยละ 15 ของเงินปันผล และร้อยละ 10 ของดอกเบี้ย ดังนั้นกรณีจ่ายเงินปันผลและดอกเบี้ยจากประเทศไทยให้ผู้รับ ซึ่งเป็นบริษัทออสเตรเลียที่ไม่มีสถานประกอบการถาวรในไทย ประเทศไทยยังคงเก็บภาษีเงินได้ หัก ณ ที่จ่าย ตามมาตรา 70 แห่งประมวลรัษฎากร ได้ในอัตราร้อยละ 10 ของเงินปันผลและดอกเบี้ย (กรณีดอกเบี้ยอัตราตามอนุสัญญาภาษีซ้อน) แต่ถ้าผู้รับเงินปันผลมีสถานประกอบการถาวรในประเทศไทย เงินปันผลและดอกเบี้ยต้องถูกเก็บภาษีจากฐานกำไรสุทธิตามมาตรา 76 ทวิ หรือ 66 วรรค 2 โดยคำนวณภาษีเสมือนเป็นกำไรจากธุรกิจทั่วไป ซึ่งไม่มีการจำกัดอัตราภาษีเหมือนกรณีภาษีหัก ณ ที่จ่าย

1.7.2 การจัดภาษีซ้อน แม้ว่าตามอนุสัญญาภาษีซ้อนจะกำหนดให้ประเทศคู่สัญญาทั้งสองมีสิทธิเก็บภาษีเงินปันผลกับดอกเบี้ยได้ แต่มิใช่ว่าประเทศถิ่นที่อยู่ของผู้รับเงินได้จะเก็บภาษีได้เต็มที่ เนื่องจากตามบทบัญญัติข้อ 24 ของอนุสัญญาภาษีซ้อน ได้กำหนดให้ประเทศถิ่นที่อยู่ของผู้รับเงินได้จะต้องขอมขจัดการเก็บภาษีซ้อนด้วยวิธีการดังนี้

1.7.2.1 กรณีประเทศออสเตรเลียเป็นฝ่ายขจัดภาษีซ้อน

(1) กรณีดอกเบี้ย ใช้วิธีเครดิตธรรมดา ตามวรรค 1 ของบทบัญญัติข้อ 24 ของอนุสัญญาภาษีซ้อน ประเทศออสเตรเลียจะต้องยอมให้ผู้มีถิ่นที่อยู่ในออสเตรเลีย ซึ่งมีเงินได้จากประเทศไทยและเสียภาษีไว้ในประเทศไทยแล้วสามารถนำภาษีเงินได้ที่เสียไว้ในประเทศไทยไปใช้เป็นเครดิตหักออกจากภาษีในประเทศออสเตรเลียได้ โดยไม่เกินกว่าจำนวนภาษีในประเทศ ออสเตรเลีย

(2) กรณีเงินปันผล เป็นการเครดิตภาษีจากจำนวนภาษีกำไรสุทธิที่บริษัทไทยผู้จ่ายได้ชำระ ซึ่งเรียกว่า วิธีเครดิตแบบ Underlying Credit ตามวรรค 2 ของบทบัญญัติข้อ 24 ของอนุสัญญาภาษีซ้อน กรณีผู้มีถิ่นที่อยู่ในออสเตรเลียได้รับเงินปันผลจากการถือหุ้นตั้งแต่ร้อยละ 10 ของหุ้นในบริษัทไทย บุคคลดังกล่าวยังสามารถนำภาษีเงินได้จากกำไรสุทธิของบริษัทไทย ผู้จ่ายเงินปันผลไปถือเป็นเครดิตหักออกจากภาษีเงินได้ในออสเตรเลียได้อีก โดยภาษีของบริษัทไทยดังกล่าวที่จะนำไปเครดิตได้จะมีสัดส่วนเท่ากับสัดส่วนการถือหุ้นในบริษัทไทย

⁶³ เพรสิททิบลีย์ แก้วสติชัย และอดิพัฒน์ วรทรัพย์, “คำอธิบายหลักการสำคัญของอนุสัญญาภาษีซ้อนไทย-ออสเตรเลีย”, สรรพากรสาส์น ปีที่ 47 ฉบับที่ 4 (เมษายน 2543) : หน้า 61 - 71

1.7.2.2 กรณีประเทศไทยเป็นฝ่ายจัดภาษีซ้อน ตามวรรค 5 ของบทบัญญัติข้อ 24 ของอนุสัญญาภาษีซ้อน ถ้านิติบุคคลไทยมีเงินได้จากออสเตรเลีย และเสียภาษีไว้ในออสเตรเลียแล้วสามารถนำภาษีเงินได้ในออสเตรเลียมาหักออกจากภาษีเงินได้ในประเทศไทยภายในปีภาษีเดียวกัน แต่จำนวนภาษีในออสเตรเลียที่นำมาเครดิตหักออกจากภาษีไทยได้จะต้องไม่เกินกว่าอัตราร้อยละของภาษีไทยต่อกำไรรวมทั้งหมด

1.7.3 หลักการไม่เลือกปฏิบัติ ตามบทบัญญัติข้อ 25 ของอนุสัญญาภาษีซ้อน นิติบุคคลไทยและนิติบุคคลออสเตรเลียต้องได้รับการปฏิบัติที่ไม่แตกต่างกัน โดยต้องไม่มีภาระภาษีต่างกันในฐานะการณ้อย่างเดียวกัน

1.8 บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำในประเทศออสเตรเลียกับอนุสัญญาแม่แบบ OECD Model

1.8.1 ความสัมพันธ์กับข้อ 9 แห่งอนุสัญญาแม่แบบ OECD และหลักเงื่อนไขปกติท้องตลาด (Arm's Length)⁶⁴ เมื่อประเทศออสเตรเลียตราบทบัญญัติกฎหมายภายในเพื่อควบคุมการตั้งทุนต่ำบังคับใช้กับผู้ที่มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศ จึงเกิดความเสียว่าบทบัญญัติกฎหมายภายในอาจถูกลบล้างโดยข้อตกลงภาษีซ้อนที่มีอยู่ในปัจจุบัน ดังนั้น หากบทบัญญัติกฎหมายภายในขัดแย้งกับบทบัญญัติข้อตกลงภาษีซ้อน บทบัญญัติกฎหมายภายในอาจถูกลบล้างได้ ซึ่งขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ระหว่างการตรากฎหมายภายในประเทศ อย่างไรก็ตามไม่ทุกประเทศที่ถือกฎเช่นนี้ กรณีประเทศออสเตรเลียยึดหลักอธิปไตยทางรัฐสภา (Doctrine of Parliamentary) โดยจะไม่ผูกพันตัวเองด้วยการตรากฎหมายภายในประเทศโดยรวมสนธิสัญญาระหว่างประเทศเข้าไว้ด้วยกัน ดังนั้นหากเกิดข้อขัดแย้งขึ้นระหว่างกฎหมายภายในประเทศกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศ มีแนวโน้มที่จะให้ความสำคัญกับกฎหมายที่ตราออกมาหลังสุดมากกว่า การลบล้างสนธิสัญญาไม่ได้เป็นไปได้โดยอัตโนมัติ แต่ขึ้นอยู่กับว่าการตรากฎหมายภายในประเทศมีวัตถุประสงค์เพื่อลบล้างสนธิสัญญาหรือไม่ ศาลจะสันนิษฐานว่ารัฐสภามีวัตถุประสงค์เพื่อทำให้ข้อบังคับสนธิสัญญาของตนบรรลุผลมากกว่าที่จะละเมิดสนธิสัญญา และศาลจะอนุญาตให้มีการลบล้างได้หากรัฐสภามีวัตถุประสงค์อย่างชัดเจนว่าจะลบล้างสนธิสัญญาที่มีอยู่ในปัจจุบัน

⁶⁴ Andrew M.C. Smith, "International Transfer Pricing" Penalties/1994 OECD Draft Report (Part II)

โดยทั่วไปข้อตกลงภาษีซ้อนทุกฉบับจะประกอบด้วยมาตราเกี่ยวกับบริษัทในเครือ (Associated Enterprises) ซึ่งให้อำนาจเจ้าหน้าที่ภาษีอากรปรับปรุงผลกำไรของบริษัทในเครือหากธุรกรรมนั้น ๆ เกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีที่เกี่ยวข้องกันและเป็นธุรกรรมที่ไม่ได้เป็นไปตามสภาวะตลาด (Arm's Length) โดยสอดคล้องกับข้อ 9 แห่งอนุสัญญาแม่แบบ OECD Model Convention ซึ่งให้อำนาจเจ้าหน้าที่ภาษีอากรปรับปรุงกำไรที่เสียภาษีของกลุ่มบริษัทในเครือให้เป็นกำไรปกติที่อิงตลาด (Arm's Length Profit) สำหรับธุรกรรมระหว่างคู่สัญญาที่มีความสัมพันธ์กัน (Related Party) โดยให้อำนาจเจ้าหน้าที่ภาษีอากรในการพิจารณาบทวนลักษณะธุรกรรมต่าง ๆ ที่ทำระหว่างคู่สัญญาที่มีความสัมพันธ์กัน (Related Party) ว่ามีความแตกต่างไปจากธุรกรรมระหว่างคู่สัญญาที่เป็นอิสระกันหรือไม่ หากแตกต่างกันเจ้าหน้าที่ภาษีมียอำนาจเปลี่ยนแปลงกำไรที่เสียภาษีให้สอดคล้องกับกำไรตลาด (Arm's Length) คณะกรรมการได้อนุญาตให้มีการปรับปรุงกำไรได้แต่เพียงเท่าจำนวนสูงสุดที่ดำเนินการในลักษณะปกติสภาพที่อิงตลาด (Arm's Length)

ผลการบังคับใช้บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำเป็นการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ภาษีอากรในการปรับปรุงกำไรที่เสียภาษี (Taxable Profits) ให้สูงขึ้นหรือมีจำนวนเท่ากับกิจการทั่วไปในท้องถิ่น (Arm's Length Profit) ด้วยการจำกัดจำนวนดอกเบี้ยจ่าย ซึ่งบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำของประเทศออสเตรเลียใช้วิธีกำหนดอัตราส่วนหนี้ต่อทุนคงที่ ไม่ใช่วิธี Arm's Length Approach ซึ่งยึดหยุ่นด้วยการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ภาษีอากรพิจารณาธุรกรรมที่มีผลทางภาษีเป็นรายกรณีว่ามีลักษณะปกติที่อิงตลาด (Arm's Length) หรือไม่ มีลักษณะเป็นหนี้ย่างแท้จริงหรือถูกนำมาใช้แทนทุน จึงอาจเป็นไปได้ว่าเมื่อทำการปรับปรุงกำไรที่เสียภาษี ด้วยการจำกัดจำนวนดอกเบี้ยจ่ายส่วนที่เกินกว่ากฎหมายกำหนดแล้วอาจทำให้กำไรสูงกว่ากำไรตลาด (Non-Arm's Length Profit) และในกรณีที่บริษัทหนึ่งซึ่งมีหนี้ลักษณะปกติที่อิงตลาด (Arm's Length) และหนี้กับคู่สัญญาที่มีความสัมพันธ์กัน (Related Party) โดยมีดอกเบี้ยต้องห้ามเป็นรายจ่ายตามบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำ อาจจะได้ถือว่าบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำขัดแย้งกับหลักสภาพปกติที่อิงตลาด (Arm's Length) แม้ว่าอัตราส่วนหนี้ต่อทุนที่กฎหมายกำหนดจะเป็นอัตราส่วนปกติของธุรกิจทั่วไปในตลาดเสรี

1.8.2 ความสัมพันธ์กับความหมายของดอกเบี้ยและเงินปันผลข้อ 10 และข้อ 11 แห่งอนุสัญญาแม่แบบ OECD Model Convention

ผลการบังคับใช้บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำของประเทศออสเตรเลีย เป็นการจำกัดจำนวนดอกเบี้ยจ่าย แต่ดอกเบี้ยจ่ายต้องห้าม (Disallowed Interest) ยังคงเป็นดอกเบี้ยมิได้ถือว่าเป็นเงินปันผล จึงไม่ต้องมีการตีความคำนิยามดอกเบี้ยกับเงินปันผล และไม่เพิ่มภาษีซ้อนเชิงเศรษฐกิจระหว่างประเทศ ประเทศถิ่นที่อยู่ของผู้ให้กู้จึงไม่มีภาระในการบรรเทาภาระภาษีซ้อน

ระหว่างประเทศ เหมือนเช่นกรณีประเทศแหล่งเงินได้ปรับเปลี่ยนดอกเบี้ยเป็นเงินปันผลภายใต้กฎควบคุมการตั้งทุนต่ำ

1.8.3 ความสัมพันธ์กับหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non – Discrimination)

แม้ว่าบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำของประเทศออสเตรเลีย จะใช้บังคับเฉพาะกรณีบริษัทท้องถิ่นถูกควบคุมโดยนักลงทุนต่างชาติและจ่ายดอกเบี้ยหนี้ต่างประเทศให้แก่ผู้ควบคุมต่างชาติ ส่วนหนี้เงินกู้ยืมภายในประเทศที่ไม่มีบุคคลต่างชาติที่เกี่ยวข้องจะไม่ถูกจำกัดจำนวนดอกเบี้ยจ่าย แต่ภาระภาษีที่แท้จริงของทุนกับหนี้ นักลงทุนท้องถิ่นหรือหนี้ในประเทศกับหนี้ต่างประเทศไม่แตกต่างกัน กล่าวคือ กรณีในประเทศ เงินปันผลและดอกเบี้ยมีภาระภาษีสูงสุดร้อยละ 48.7 ส่วนกรณีระหว่างประเทศ เงินปันผลมีภาระภาษีร้อยละ 30 หรือ 36 แล้วแต่กรณี (Franked หรือ Unfranked Dividend) ดอกเบี้ยส่วนที่เป็นรายจ่ายได้ไม่ต้องห้ามตามบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำ มีภาระภาษีร้อยละ 10 ดอกเบี้ยจ่ายส่วนเกิน ร้อยละ 46 (ภาษีบริษัทร้อยละ 36 ภาษีหัก ณ ที่จ่าย ร้อยละ 10) ฉะนั้นเมื่อพิจารณาภาระภาษีที่แท้จริงของนักลงทุนท้องถิ่นกับนักลงทุนต่างชาติแล้ว อาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำของประเทศออสเตรเลียไม่ขัดต่อหลักการไม่เลือกปฏิบัติตามข้อ 24 แห่ง อนุสัญญา แม่แบบ OECD Model Convention โดยเฉพาะข้อ 24(6) ซึ่งเป็นหลักการไม่เลือกปฏิบัติว่าด้วยความเป็นเจ้าของ ซึ่งมุ่งปกป้องผู้เสียภาษีจากการบังคับใช้กฎควบคุมการตั้งทุนต่ำด้วยการห้ามดอกเบี้ยที่จ่ายให้แก่ชาวต่างชาติเป็นรายจ่ายโดยกำหนดให้วิสาหกิจท้องถิ่นกับวิสาหกิจที่มีบุคคลต่างชาติถือหุ้นมีภาระภาษีไม่แตกต่างกัน

⁶⁵นอกจากนี้ประเทศออสเตรเลียได้ทำอนุสัญญาภาษีซ้อนกับประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นอนุสัญญาภาษีซ้อนเพียงฉบับเดียวที่ประเทศออสเตรเลียทำ โดยมีหลักเรื่องการไม่เลือกปฏิบัติ และตามมาตรา 23(1) แห่งอนุสัญญาฯ ได้กำหนดให้มีการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันสำหรับผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศและผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศ สำหรับบริษัทที่ถูกควบคุมโดยผู้มีถิ่นที่อยู่ในของอีกรัฐหนึ่ง แต่อย่างไรก็ดี ตามมาตรา 23(2) แห่งอนุสัญญาฯ ได้กล่าวว่า หลักการไม่เลือกปฏิบัติตามมาตรา 23 (1) ไม่ใช่กับกฎหมายที่กำหนดขึ้นโดยเฉพาะในการป้องกันการเลี่ยงภาษีและบทบัญญัติกฎหมายจะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างประเทศอื่นและประเทศที่สาม แม้จะมองว่าบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำของประเทศออสเตรเลียละเมิดหลักการไม่เลือกปฏิบัติ แต่สรรพากรออสเตรเลีย (ATO) อาจโต้แย้งว่า บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำเป็นกฎที่กำหนดขึ้นเฉพาะในการป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างผู้ให้กู้ยืมชาวสหรัฐอเมริกากับประเทศที่สาม

⁶⁵ Andrew Binns , “Australian Thin Cap”, International Taxation (January 1997) :p. 36

1.9 ข้อดีข้อด้อยของบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำในประเทศออสเตรเลีย

1.9.1 บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำใน Division 16F เป็นนโยบายที่ดีหรือไม่ มาตรการควบคุมการตั้งทุนต่ำที่ประเทศออสเตรเลียใช้นั้น ชัดแย้งกับคำแนะนำของ OECD จึงยากที่จะมองว่าเป็นนโยบายที่ดี นโยบายและกฎหมายขาดความยืดหยุ่น การขาดความยืดหยุ่นมิใช้อยู่เฉพาะกรณีอัตราส่วนหนี้ต่อทุนคงที่เท่านั้น หากอยู่ที่แนวคิดทั้งหมดในการบังคับใช้ Division 16F ถ้านิติบุคคลท้องถิ่นถูกควบคุม โดยบุคคลต่างชาติมากกว่าร้อยละ 15 จะอยู่ภายใต้บังคับของ Division 16F แม้ว่าอำนาจการควบคุมที่กำหนดขึ้นนั้นจะไม่ใช้การควบคุมที่แท้จริงก็ตาม การขาดความยืดหยุ่นอาจก่อให้เกิดความชะงักงันของนักลงทุนต่างชาติในประเทศออสเตรเลีย ในขณะที่ประเทศอื่นจะได้รับผลกระทบจากมาตรการนี้น้อยกว่า นโยบายของประเทศออสเตรเลียเอื้อประโยชน์แก่นักธนาคารต่างชาติ (Non Resident Bank) ในการให้กู้ยืมเงินแก่นักลงทุนท้องถิ่นมากกว่าที่จะเอื้อให้นักลงทุนต่างชาติมาลงทุนในประเทศอย่างถาวร โดยธนาคารจะจ่ายภาษีหัก ณ ที่จ่ายร้อยละ 10 ส่วนผู้ลงทุนต้องรับภาระภาษีเงินปันผลที่สูงกว่า และอาจถูกลงโทษด้วยการจำกัดจำนวนดอกเบี้ยจ่าย⁶⁶

1.9.2 ข้อดีของบทบัญญัติ จากการศึกษาหลักเกณฑ์ในการควบคุมการตั้งทุนต่ำของประเทศออสเตรเลีย อาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำของประเทศออสเตรเลียรุนแรงที่สุดในภูมิภาคเอเชียแปซิฟิก เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศคู่ค้าของประเทศออสเตรเลีย ตามภาคผนวก จ. เนื่องจากมุ่งจัดเก็บภาษีให้มากที่สุด จนละเลยการส่งเสริมการดำเนินการทางเศรษฐกิจและพาณิชย์ โดยพิจารณาจากหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ดังนี้

(1) วิธีกำหนดอัตราส่วนหนี้ต่อทุนคงที่ในอัตราที่ต่ำ โดยเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2540 อัตราส่วนลดลงเหลือ 2:1⁶⁷ เนื่องจากคณะกรรมการภาษีออสเตรเลียเชื่อว่าบริษัทข้ามชาติส่วนมากใช้ทุนต่ำ เมื่อลดอัตราส่วนหนี้ต่อทุนลงจะทำให้เงินกู้จากบุคคลภายนอกที่เป็นต่างชาติและมีการค้าประกันโดยผู้ควบคุมที่เป็นต่างชาติลดลง ยิ่งกว่านี้การใช้วิธีกำหนดอัตราส่วนคงที่ในการจำกัดจำนวนดอกเบี้ยจ่ายของบริษัทท้องถิ่นไม่มีความยืดหยุ่น โดยมีความซับซ้อนบังคับใช้ที่กว้างมาก จึงเป็นข้อจำกัดที่เป็นการทำร้ายบริษัทที่ต้องการใช้เงินกู้เพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า

⁶⁶ Sue Williamson, *Thin Capitalisation: A Critical Review*. Australian Tax Forum (1991) Volume 8 p. 215

⁶⁷ Grant Richardson and Dean Hanlon, "A Critical Review of the Thin Capitalization Rules", Asia Pacific Tax Bulletin (August 1997) : p. 249

โดยสุจริต และยังเป็น การขัดแย้งกับคำแนะนำของ OECD ที่ระบุว่าควรใช้วิธี Arm's Length ร่วมกับวิธีกำหนดอัตราส่วนคงที่ (Fix Ratio)

(2) การกำหนดระดับการควบคุมของนักลงทุนต่างชาติในบริษัทออสเตรเลียของประเทศออสเตรเลียมีข้อกำหนดที่เข้มงวดที่สุดในแถบเอเชียแปซิฟิกคือมีอัตราร้อยละ 15 และมีการครอบคลุมทั้งผลประโยชน์ในทุนทั้งทางตรงและอ้อม ในขณะที่ประเทศอื่น เช่น นิวซีแลนด์ ญี่ปุ่น เกาหลีใต้ กำหนดอัตราร้อยละ 50⁶⁸ โดยมีผู้วิจารณ์ว่า บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำ เกี่ยวกับอำนาจควบคุมที่แท้จริงของผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างชาติ แต่ขาดบทพิสูจน์ ทำให้กฎหมายนี้เป็นเพียงกฎหมายที่ต่อต้านการหาผลกำไร มิได้ระบุถึงจุดมุ่งหมายที่จะส่งเสริมการใช้ทุนและอื่น ๆ ในขณะที่การจัดหาทุนด้วยหุ้นเป็นนโยบายที่ควรส่งเสริม และที่สำคัญการบังคับใช้บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำมีผลต่อระบบเศรษฐกิจ⁶⁹

(3) บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำบังคับใช้เฉพาะคู่สัญญาที่มีความสัมพันธ์กัน (Related Party Loan) ซึ่งเป็นเจ้าของหุ้นในบริษัทออสเตรเลียตั้งแต่ร้อยละ 15 และเพื่อให้มั่นใจว่าจะไม่สามารถเลี่ยงกฎดังกล่าวได้ จึงมีบทบัญญัติที่ซับซ้อนเพื่อให้ครอบคลุมถึงผู้เกี่ยวข้องของผู้มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศ (Associates of Non-Resident) โดยมีการบังคับใช้คำนิยามคำว่า “ผู้ควบคุมต่างชาติ” (Foreign Controller) อย่างกว้างขวาง ทำให้เกิดความไม่แน่นอน⁷⁰

(4) ไม่มีการพิจารณาถึงหนี้ที่มาจากแหล่งปกติที่องตลาด (Arm's Length) จึงเกิดการปรับเปลี่ยนหนี้ที่มีต่อคู่สัญญาที่มีความสัมพันธ์กันเป็นหนี้ที่มีลักษณะปกติที่องตลาด (Arm's Length) เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมาย แต่ขณะเดียวกันอัตราส่วนหนี้ต่อทุนยังคงมีอัตราสูงอยู่

(5) หนี้ที่มาจากแหล่งปกติที่องตลาด (Arm's Length) โดยมีการค้ำประกันหรือใช้หลักทรัพย์ค้ำประกันจากคู่สัญญาที่มีความสัมพันธ์กัน (Related Party) จะไม่ถือเป็นหนี้ที่มีกับคู่สัญญาที่มีความสัมพันธ์กัน (Related Party Debt) จึงอาจมีการละเมิดกฎการกู้ยืมผ่านตัวกลาง (Back to Back Loan) ได้อย่างง่าย

⁶⁸ Taxation in Australia, “Comment The problem of Thin Capitalisation” (November 1988):p. 269

⁶⁹ Review of Business Taxation “A Tax System Redesigned” (July 1999):p.662

⁷⁰ Andrew M.C. Smith, “International Transfer Pricing” Penalties/1994 OECD Draft Report (Part II)

(6) มีการพิจารณาเฉพาะหนี้ที่คู่สัญญาเกี่ยวข้องกับชาวต่างชาติ (Foreign Related-Party หรือ หนี้ต่างประเทศที่ค้ำประกันโดยบริษัทแม่ (Foreign Debt with a formal parent guarantee) โดยไม่คำนึงถึงหนี้ชนิดอื่น ๆ และแนวความคิดในเรื่องนี้ ตั้งอยู่บนพื้นฐานแนวความคิดทางกฎหมาย ไม่คำนึงถึงสาระสำคัญที่แท้จริงในการใช้หนี้แทนทุน⁷¹

⁷²ตัวอย่างรูปแบบการเลี่ยงบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำ เช่น บริษัทในเครือที่มีผู้ควบคุมที่เป็นต่างชาติ (Non-Resident Controlled Subsidiary) มีทรัพย์สินรวม 1,000 ล้านบาท มีหนี้เงินกู้ยืมจากธนาคาร AB ซึ่งเป็นบุคคลที่เป็นอิสระ เป็นจำนวนถึงร้อยละ 50 ของทรัพย์สินรวม โดยมีหลักทรัพย์ค้ำประกัน มีหนี้จากบริษัทแม่ที่เป็นหนี้ลำดับรองหรือหนี้ด้อยสิทธิ (Subordinated Debt) เป็นอัตราส่วนไม่เกินสามเท่าของทุน หากไม่รวมหนี้เงินกู้จากธนาคาร

กรณีที่ 1 มีหนี้อันดับรองจากบริษัทแม่และหนี้ลักษณะปกติที่องตลาด (Arm's Length)

หนี้สินหมุนเวียน(ไม่มีดอกเบี้ย)	\$100	ทรัพย์สิน	1,000
เงินกู้ธนาคาร AB (มีดอกเบี้ย)	\$500		
เงินกู้อันดับรองจากบริษัทแม่ (มีดอกเบี้ย)	\$300		
หุ้นของผู้ถือหุ้น	\$100		
รวมหนี้สินทรัพย์สิน	\$1,000		1,000

กรณีที่ 2 มีหนี้อันดับรองจากบริษัทแม่และหนี้ลักษณะ arm's length ที่มีหลักทรัพย์ค้ำประกันจากบริษัทผู้กู้และจากบริษัทแม่

หนี้สินหมุนเวียน(ไม่มีดอกเบี้ย)	\$100	ทรัพย์สิน	1,000
เงินกู้ธนาคาร AB (มีดอกเบี้ย และมีทรัพย์สินของบริษัทค้ำประกัน)	\$500		
เงินกู้จากธนาคาร (มีดอกเบี้ยและมีทรัพย์สินของบริษัทแม่ค้ำประกัน)	\$200		
เงินกู้อันดับรองจากบริษัทแม่ (มีดอกเบี้ย)	\$150		
หุ้นของผู้ถือหุ้น	\$50		
รวมหนี้สินทรัพย์สิน	1,000		1,000

⁷¹ Australia Tax Office, "Training Document for Thai Revenue Officers", (Mimeographed).

⁷² Andrew M.C. Smith, "International Transfer Pricing" Penalties/1994 OECD Draft Report (Part II)

1.8.2 ข้อดีของบทบัญญัติ

(1) เป็นการจำกัดจำนวนดอกเบี้ยจ่ายชำระหนี้เงินกู้ โดยไม่ปรับเปลี่ยนดอกเบี้ยจ่าย ต้องห้ามเป็นเงินปันผล จึงไม่เพิ่มความซับซ้อนในการจัดเก็บภาษีระหว่างประเทศและเพิ่มภาระให้ประเทศถิ่นที่อยู่ ในการปฏิบัติต่อดอกเบี้ยจ่ายส่วนเกิน ที่ถือเป็นเงินปันผล (Deemed Dividend) ให้จำต้องใช้มาตรการบรรเทาภาษีซ้อน เช่น เครดิตภาษี หรือ ระบบบริษัทแม่บริษัทลูก

(2) มีบทบัญญัติพิเศษป้องกันการเลี่ยงการบังคับใช้กฎควบคุมการตั้งทุนต่ำ ได้แก่ การกู้ยืมผ่านตัวกลาง (Back to Back Loans) บทบัญญัติรักรักษาทุน (Claw Back Provision) ป้องกันการอัดฉีดทุนระยะสั้น

(3) มีบทบัญญัติสนับสนุนบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำ ได้แก่ บทบัญญัติการสร้างหนี้ (Debt Creation Involving Non-Resident) ใน Division 16G ซึ่งห้ามดอกเบี้ยเป็นรายจ่าย เช่นเดียวกันหากการจัดหาทุนด้วยหนี้เพื่อการโอนขายทรัพย์สินหรือการซื้อขายทรัพย์สินระหว่างบริษัทที่เกี่ยวข้องกันจากบริษัทหนึ่งไปยังอีกบริษัทหนึ่ง โดยผู้ซื้อผู้ขายถูกควบคุมจากผู้มีถิ่นอยู่ต่างประเทศหรือผู้เกี่ยวข้องกับชาวต่างชาติหรือผู้มีถิ่นที่อยู่สองประเทศที่ถือหุ้นอย่างน้อยร้อยละ 50



2. แนวทางควบคุมการตั้งทุนต่ำ ของ OECD⁷³

การจัดเก็บภาษีเงินได้ของประเทศสมาชิกต่าง ๆ มีความสัมพันธ์กับแนวทางในการจัดหาเงินทุนของบริษัท ซึ่งส่งผลต่อปัญหาในการบริหารจัดการเก็บภาษีภายในประเทศ และการบรรเทาภาระภาษีข้ามช่อนระหว่างประเทศ องค์กรเพื่อการประสานร่วมมือเศรษฐกิจและสังคม (Organization Economic Coordination Development : OECD) ได้รวบรวมหลักกฎหมายภายใน แนวทางปฏิบัติของแต่ละประเทศเกี่ยวกับมาตรการป้องกันการใช้ทุนแอบแฝง (Hidden Capitalization) หรือการใช้ดอกเบี้ยเป็นเครื่องมือในการโอนถ่ายกำไร ด้วยการมีสัดส่วนหนี้ต่อทุนสูง ซึ่งเรียกว่า “Thin Capitalization”

2.1 แนวทางปฏิบัติของประเทศต่าง ๆ ในการควบคุมการจำหน่ายกำไรในรูปดอกเบี้ย

มาตรการต่อต้านผลประโยชน์ทางภาษีจากการตั้งทุนต่ำหรือทุนแอบแฝง (Thin Capitalization or Hidden Capitalization เป็นการปกป้องมิให้สรรพากรสูญเสียรายได้ภาษีอากรในบางประเทศมีกฎเฉพาะที่ถือว่าดอกเบี้ยหรือการจ่ายเงินที่มีลักษณะเบื้องต้นเป็นดอกเบี้ยนั้น (Prima Facie Interest) เป็นการจำหน่ายกำไร และใช้ดอกเบี้ยในลักษณะของเงินปันผลหรือถือว่าเป็นทุนมิใช่หนี้ ปกติกฎนี้ใช้เฉพาะกับวิสาหกิจที่จ่ายเงินให้แก่วิสาหกิจในเครือต่างประเทศ ซึ่งมีจำนวนดอกเบี้ยจ่ายให้แก่วิสาหกิจในเครือต่างประเทศ (Foreign Associated Enterprises) สูงมากเกินปกติ และมีอัตราดอกเบี้ยสูงกว่าอัตราตลาดอาจจะเป็นการถ่ายโอนกำไรในรูปดอกเบี้ย ผลของมาตรการนี้ปกติแล้วจะไม่อนุญาตให้ผู้เสียภาษีนำดอกเบี้ยจ่ายมาหักออกจากรายได้ และจะนำกฎเกณฑ์เงินปันผลมาใช้แทนกฎเกณฑ์ดอกเบี้ย หากมีการจ่ายดอกเบี้ยให้กับชาวต่างชาติ (Non-Resident)

ส่วนการจัดการเงินทุนแบบผสมระหว่างหนี้กับทุน ซึ่งไม่ชัดเจนว่าเป็นหนี้หรือเป็นทุน เรียกว่า Hybrid Financing ในแต่ละประเทศปฏิบัติแตกต่างกัน ได้แก่ กรณีเงินกู้ยืมที่มีเงื่อนไขการชำระดอกเบี้ยจ่ายขึ้นอยู่กับกำไรทั้งหมดหรือบางส่วนของกิจการลูกหนี้ผู้กู้ยืม (Participating Loan) บางครั้งไม่ถือเป็นทุน (Equity) เงินกู้ที่ผู้ให้กู้สามารถเปลี่ยนจากสิทธิได้รับดอกเบี้ยเป็นสิทธิในส่วนของกำไรลูกหนี้ (Convertible Loans) ปกติถือเป็นการกู้ยืม (Loan Capital) จนกระทั่งเปลี่ยนเป็นมีสิทธิในส่วนของกำไรของลูกหนี้จึงถือว่าเป็นทุน แต่บางกรณีก็ถือว่าเป็นทุนโดยอัตโนมัติ ลักษณะการจัดการเงินทุนด้วยหนี้ ถึงแม้ว่าอัตราดอกเบี้ยจะไม่สูงเกินไปและไม่มีการจัดหาเงินทุนในรูปแบบผสมระหว่างหนี้กับทุน (Hybrid Financing) กฎหมายบางประเทศถือว่าดอกเบี้ยจ่ายเป็น

⁷³ OECD, Issues In International Taxation No 2 : Thin Capitalization : Taxation of Entertainers, Artists and Sportsmen (Paris: OECD Publishing,1987) pp. 14-15

การจำหน่ายกำไรในทางภาษีอากร ซึ่ง OECD ได้สรุปแนวทางแก้ไขป้องกันของแต่ละประเทศที่แตกต่างกันโดยคำนึงถึงปัจจัย องค์ประกอบต่าง ๆ ดังนี้

2.1.1 วิธี General Anti- Abuse Approach – arm’s length Principle วิธีนี้จะพิจารณาถึงเงื่อนไข ลักษณะของการให้เงินช่วยเหลือสนับสนุนและสถานะการณ์ว่าลักษณะแท้จริงเป็นหนี้หรือทุน (Debt or Equity) วิธี Arm’s Length Approach เป็นการพิจารณาถึงขนาดวงเงินกู้ตามสถานะการณ์ตลาดถ้าวงเงินกู้มากเกินไปให้กู้กันในตลาดแล้ว ผู้ให้ยืมได้รับดอกเบี้ยในส่วนกำไรของกิจการลูกหนี้หรือในจำนวนที่สูงกว่าจำนวนในตลาด ต้องถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกำไร

2.1.2 บางประเทศมีกฎเฉพาะกำหนดอัตราส่วนคงที่ (Fix Ratio Approach) วิธีนี้เป็นวิธีที่ไม่ยืดหยุ่น โดยจะพิจารณาสัดส่วนหนี้ต่อทุนของกิจการลูกหนี้ ถ้าลูกหนี้มีสัดส่วนหนี้ต่อทุนสูงกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้และหรือมีดอกเบี้ยจ่ายเงินกู้ยืมในจำนวนที่สูงเกินกว่าสัดส่วนที่กฎหมายกำหนดไว้ จะถือว่าดอกเบี้ยส่วนที่เกินกว่ากฎหมายกำหนดไม่สามารถถือเป็นรายจ่ายได้หรือบางประเทศถือเป็นเงินปันผล บางประเทศจะใช้ วิธี Fix Ratio Approach เฉพาะกลุ่มวิสาหกิจในเครือ (associated enterprises) บางประเทศใช้ Safe Haven Rule กล่าวคือให้ผู้เสียภาษีพิสูจน์หรือแสดงว่าสัดส่วนหนี้ต่อทุนของบริษัทเป็นอัตราส่วนปกติของกิจการทั่วไป (Arm’s Length Ratio) หรือว่าเป็นที่ยอมรับได้

2.2 อนุสัญญาแม่แบบ OECD กับอนุสัญญาภาษีซ้อน (Double Tax Agreement)

ในความพยายามที่จะเผชิญกับความได้เปรียบทางภาษีที่ผู้เสียภาษีจะได้จาก Thin Capitalization หรือ Hidden Capitalization หรือเพื่อป้องกันการสูญเสียรายได้ทางภาษี จากปรากฏการณ์ดังกล่าว กฎหมายภาษีจึงถือว่าการจ่ายดอกเบี้ยเป็นการจ่ายเงินปันผล เพื่อลดจำนวนรายจ่ายที่ผู้เสียภาษีสามารถนำมาหักลดหย่อนภาษีได้ และหากเป็นไปได้ ก็เพื่อให้มีการนำหลักการที่เกี่ยวข้องกับการจ่ายเงินปันผลมาใช้กับการจ่ายเงินที่เกี่ยวข้องแทนการใช้หลักการจ่ายดอกเบี้ย ในกรณีที่มีการจ่ายเงินให้แก่ชาวต่างชาติ จะเกิดปัญหาว่าการปรับเปลี่ยนดอกเบี้ยจ่ายเป็นเงินปันผลจะส่งผลกระทบต่ออนุสัญญาภาษีซ้อนที่เกี่ยวข้องอย่างไร เมื่อประเทศต่าง ๆ มีกฎควบคุมการตั้งทุนต่ำ อนุสัญญาภาษีซ้อนจะมีประสิทธิภาพในการจัดภาษีซ้อนระหว่างประเทศได้เพียงใด ซึ่งจะมีผลกระทบหรือไม่ขึ้นอยู่กับข้อสัญญาในอนุสัญญาภาษีซ้อนนั้น ๆ รายงานเรื่อง Thin Capitalization ของ OECD ปี 1987 จะพิจารณาปัญหาที่เกิดขึ้นจากอนุสัญญาภาษีซ้อน โดยใช้บทบัญญัติแม่บทของ OECD ปี 1977 และบางครั้งจะอ้างอิงถึงบทบัญญัติที่แม้จะไม่มีอยู่ในแม่บท แต่อาจปรากฏในอนุสัญญาภาษีซ้อนหลายฉบับ สรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

ต้นฉบับ หน้าขาดหาย

2.2.1.2 ข้อ 9 กับการตั้งทุนต่ำ

พื้นฐานแนวคิดของ ข้อ 9(1) อนุญาตให้เจ้าหน้าที่ภาษีของรัฐคู่สัญญาปรับปรุงกำไรที่ต้องเสียภาษีของวิสาหกิจท้องถิ่นโดยให้รวมถึงกำไรที่ไม่ได้รับรู้ในบัญชี แต่ซึ่งควรจะรับรู้ในสถานการณ์ปกติ ดังนั้น หากกิจการยังไม่ได้รับรู้ผลกำไรในบัญชีเนื่องจากกิจการนั้นได้จ่ายจำนวนซึ่งอ้างว่าเป็นดอกเบี้ยให้แก่กิจการในเครือ และการจ่ายเงินนั้นถูกนำมาหักภาษีในการคำนวณกำไรที่แสดงในบัญชี แต่ซึ่งในสถานการณ์ปกติการจ่ายดังกล่าวไม่อาจนำมาหักภาษีได้ เจ้าหน้าที่ภาษีสามารถดำเนินการตามบทบัญญัติของข้อ 9 (1) ได้ โดยถือว่าดอกเบี้ยเป็นการจำหน่ายเงินกำไรภายใต้บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำของกฎหมาย ภายในประเทศ ซึ่งจะส่งผลเป็นการรวมกำไรวิสาหกิจท้องถิ่นเฉพาะกำไรที่ได้รับขึ้นมาตามสถานการณ์ปกติ หรือทำการปรับปรุงกำไรที่เสียภาษีไม่สูงเกินกว่ากำไรตลาด ข้อ 9 ไม่ได้มีบทห้ามไม่ให้บังคับใช้กฎควบคุมการตั้งทุนต่ำของกฎหมายภายในประเทศ

อย่างไรก็ตาม การถือว่าดอกเบี้ยจ่ายส่วนเกินเป็นการจำหน่ายกำไรส่งผลให้กำไรที่เสียภาษีของวิสาหกิจท้องถิ่นสูงกว่ากำไรปกติหรือกำไรตลาด ประเด็นปัญหาว่า ข้อ 9 อาจขัดแย้งการบังคับใช้บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำได้หรือไม่ อาจขึ้นอยู่กับว่าขอบเขตของข้อ 9 จะถูกตีความเป็นแบบการจำกัดขอบเขต (Restrictive) หรือแบบยกตัวอย่างประกอบ (Illustrative) มีความเห็นแตกต่างกัน แบ่งออกเป็น 3 กลุ่มดังนี้

(1) กลุ่มประเทศแรกเห็นว่า ข้อ 9 (1) เป็นการห้ามการปรับแก้ไขกำไรของบริษัทท้องถิ่นไปสู่จำนวนที่เกินเกณฑ์ตามปกติ (Arm's Length Profit)

(2) อีกกลุ่มประเทศหนึ่งเห็นว่าในขณะที่ข้อ 9(1) อนุญาตให้มีการปรับแก้ไขกำไรไปสู่เกณฑ์ปกติ มาตรฐานนี้ไม่ได้ห้ามไม่ให้เก็บภาษีบนจำนวนที่สูงเกินสถานการณ์ที่เหมาะสม หรือกล่าวได้ว่า สามารถปรับปรุงกำไรที่เสียภาษีสูงกว่ากำไรสถานะตลาดได้ (Arm's Length Profit)

(3) กลุ่มประเทศที่สามนั้น เห็นด้วยที่ว่าไม่มีการห้ามในภาษาที่ใช้ในบทบัญญัติ แต่ก็มีความเห็นว่าผลในทางปฏิบัติของข้อ 9 จะต้องเป็นไปในทางที่เป็นการจำกัดกลุ่มนี้ชี้ให้เห็นว่าประเทศสมาชิกอื่นไม่จำเป็นต้องยอมรับการปรับแก้ไขที่ไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ตามปกติที่ตลาด (Arm's Length Principle) และสามารถที่จะรวมส่วนที่มีการปรับแก้ไขในประเทศที่จ่ายเงินซึ่งเกินหลักเกณฑ์ตามปกติของประเทศสมาชิกอื่นนั้นในการเก็บภาษีบนกำไรของกิจการในเครือที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศของตน ประเทศนั้นสามารถทำได้เพื่อให้กำไรของกิจการอยู่ในกำไรตามเกณฑ์ปกติของประเทศนั้น ซึ่งส่งผลภายใต้ข้อ 9(2) บริษัทในเครือที่อยู่ในประเทศอื่น

ซึ่งกำไรถูกปรับแก้ไขในตอนแรกสามารถยื่นเรียกร้องให้มีการปรับแก้ไขให้ถูกต้องโดยลดกำไรของตนให้อยู่ในเกณฑ์ปกติเพื่อประโยชน์ทางภาษีได้

ข้อ (9) 2 บัญญัติว่า *

“.....เมื่อรัฐภาคีได้รวมกำไรซึ่งวิสาหกิจของอีกภาคีหนึ่งที่ได้ถูกเรียกเก็บภาษีแล้วและกำไรดังกล่าว เป็นกำไรที่เกิดแก่วิสาหกิจดังกล่าว ถ้าเงื่อนไขได้มีการจัดทำขึ้นระหว่างวิสาหกิจสองวิสาหกิจเป็นไปในลักษณะเดียวกับเงื่อนไขที่จัดทำขึ้นระหว่างวิสาหกิจอิสระ รัฐอีกรัฐหนึ่งจะต้องทำการปรับปรุงที่เหมาะสมในจำนวนภาษีที่มีการเรียกเก็บในกำไรดังกล่าว”

คณะกรรมการเห็นด้วยเป็นการทั่วไปว่า โดยหลักการแล้วการบังคับใช้กฎควบคุมการตั้งทุนต่ำ โดยปกติไม่ควรที่จะเป็นการเพิ่มกำไรที่ต้องเสียภาษีของกิจการภายในประเทศที่เกี่ยวข้องเป็นจำนวนสูงเกินกว่าเกณฑ์ตามปกติ และหลักเกณฑ์นี้ควรสามารถบังคับใช้กับอนุสัญญาภาษีซ้อนที่มีอยู่ในปัจจุบัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในวิธีการตกลงร่วมกันสองฝ่ายภายใต้ข้อ 25 ของแม่แบบ และสามารถใช้ในการเจรจาอนุสัญญาภาษีซ้อนในอนาคตด้วย

จากข้อโต้แย้งดังกล่าวในปี ค.ศ.1992 ได้มีการแสดงข้อคิดเห็นไว้ดังนี้⁷⁴

“จากข้อหารือในรายงานว่าด้วยเรื่อง Thin Capitalization ของคณะกรรมการการงบประมาณ ได้มีการแสดงให้เห็นถึงปฏิสัมพันธ์ระหว่างอนุสัญญาภาษีซ้อน (Tax Treaties) และกฎหมายภายในประเทศว่าด้วยเรื่อง Thin Capitalization ซึ่งสอดคล้องกับขอบเขตในมาตรานี้ โดยคณะกรรมการฯ ได้พิจารณาว่า

(a) ข้อ 9 นี้ไม่ได้กีดกันการนำกฎควบคุมการตั้งทุนต่ำ (Thin Capitalization) มาใช้ในประเทศ ตราบใดที่ผลจากการใช้กฎนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อทำให้ผลกำไรของผู้กุมสอดคล้องกับผลกำไรที่เกิดขึ้นในลักษณะปกติที่องตลาด (Arm's length)

* Article 9 (2) OECD — MC : Where a Contracting State includes in the profits of an enterprise of that State-and taxes according- 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.

⁷⁴ Andrew M.C. Smith , International Transfer Pricing Journal, Penalties/1994 OECD Draft Report (Part II) Volume 2 (IBFD Publications BV ,1995), p. 53

(b) ข้อนี้สัมพันธ์ไม่เพียงแต่กับการพิจารณาว่าอัตราดอกเบี้ยที่กำหนดในสัญญาเงินกู้นั้นเป็นอัตราที่มีลักษณะปกติท้องตลาด (Arm's length) หรือไม่ แต่ข้อนี้ยังสัมพันธ์ต่อการพิจารณาว่าการชำระเงินกู้ถือเป็นการชำระเงินประเภทอื่น ๆ ได้หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการชำระเงินทุนหุ้นสามัญ (Equity capital)

(c) กฎต่าง ๆ ที่นำมาใช้เพื่อจัดการกับการดำเนินธุรกิจลักษณะทุนต่ำ (Thin Capitalization) นั้น โดยปกติไม่ควรกระทบต่อการเพิ่มผลกำไรที่สามารถเรียกเก็บภาษี (Taxable Profits) ของบริษัทภายในประเทศที่เกี่ยวข้องให้มีจำนวนมากกว่าผลกำไรในลักษณะปกติท้องตลาด (Arm's Length) และควรนำหลักการนี้มาบังคับใช้กับอนุสัญญาภาษีซ้อนที่มีอยู่ในปัจจุบัน”

จากข้อ (c) โดยสรุปแล้วนั้น คณะกรรมาธิการฯ ระบุว่า ผลกำไรของบริษัทซึ่งดำเนินธุรกิจลักษณะการตั้งทุนต่ำ (Thin Capitalization) นั้นไม่ควรจะมีจำนวนเกินผลกำไรในลักษณะปกติท้องตลาด (Arm's Length) ทั้งนี้ไม่มีข้อบ่งชี้ว่าผลกำไรในลักษณะปกติท้องตลาด (Arm's Length) นั้นจะคำนวณอย่างไร แต่เป็นการคำนวณโดยอาศัยการสันนิษฐานว่าหนี้บางส่วนที่มีกับคู่กรณีที่เกี่ยวข้องคือเงินทุนหุ้นสามัญ (Equity Capital) เพื่อให้บริษัทนั้น ๆ มีอัตราส่วนหนี้ต่อส่วนของผู้ถือหุ้นสอดคล้องกับบริษัทอื่น ๆ ที่ลงทุนตามลักษณะปกติท้องตลาด (Arm's Length) ดังนั้นจำนวนดอกเบี้ยที่นำมาหักลดหย่อนภาษีจึงมีจำนวนลดลงในขณะที่มีรายได้เพิ่มขึ้น

อย่างไรก็ตามมีนักวิชาการภาษีบางคนเห็นว่าหากตีความอย่างแคบแล้ว ข้อ 9 นี้ ไม่มีผลกระทบต่อกฎควบคุมการตั้งทุนต่ำ หากแต่เป็นกฎเกณฑ์การจัดสรรภาษีระหว่างประเทศ ภายในกลุ่มบริษัท ซึ่งธุรกรรมไม่ได้เกิดขึ้นตามสถานะตลาด แต่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กัน อีกทั้งข้อนี้ไม่ได้นิยามความหมายเงินปันผลกับดอกเบี้ย แต่เป็นการจัดสรรกำไรระหว่างประเทศมากกว่าจะเป็นการกำหนดกำไรที่ต้องเสียภาษี⁷⁵

ผู้เขียนเห็นว่า ข้อ 9 (1) สามารถใช้กับกฎควบคุมการตั้งทุนต่ำได้ โดยถือว่าการจัดประเภทหนี้เป็นทุน เข้าลักษณะเป็นเงื่อนไขความสัมพันธ์ทางการเงิน ตามที่ข้อ 9 (1) ระบุไว้ โดยมุ่งถึงเงื่อนไขของสัญญาและอ้างอิงกับบุคคลที่สามที่เป็นอิสระ ภายใต้สถานการณ์เดียวกัน เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่าจะได้รับเงินกู้หรือไม่ ซึ่งปกติได้แก่ธนาคารพาณิชย์

⁷⁵ Geerten M.M. Michielsse Prof. Dr., “Treaty Aspects of Thin Capitalization”, International Bureau of Fiscal Documentation (December 1997) : p.568

2.2.1.3 แนวทางปฏิบัติในการประยุกต์ใช้ Arm's length

Principle ก๊ีบ Thin Capitalization

รายงานปี 1979 เรื่อง “ราคาโอนกับวิสาหกิจข้ามชาติ (Transfer Pricing Multinational Enterprises) ย่อหน้า 183 ถึง 191 กล่าวว่า Thin Capitalization สามารถก่อปัญหาต่ออำนาจการจัดเก็บภาษี เนื่องจากความไม่ลงรอยของมาตรการควบคุมการตั้งทุนต่ำซึ่งแต่ละประเทศมีมาตรการป้องกันที่แตกต่างกัน กรณีรายการทางการเงินระหว่างประเทศ ซึ่งถือเป็นเงินกู้ยืม ในประเทศหนึ่ง แต่บางประเทศถือเป็นทุน (Equity) เป็นการยากที่จะวางแนวทางที่เฉพาะเจาะจงในการบัญญัติกฎหมายของแต่ละประเทศเพื่อให้สอดคล้องไปในทิศทางเดียวกัน ในย่อหน้า 191 ของรายงานปี 1979 ได้ร่างแนวทางเสนอแนะไว้ดังนี้

1. วิธียึดหยุ่น (Debt-Equity Rule) วิธีนี้จะกำหนดชนิดหรือจำแนกประเภทรายการทางการเงิน (Financial Transaction) ว่าเป็นหนี้หรือทุน แต่ละประเทศจะมีระเบียบปฏิบัติทางการเงินที่แตกต่างกันมาก หรือแม้ภายในประเทศเดียวกันก็ยังคงมีความแตกต่างกันในระหว่างวิสาหกิจแต่ละประเภท

2. วิธียึดหยุ่น (Flexible Approach) วิธีนี้จะพิจารณาข้อเท็จจริงโดยกำหนดเงื่อนไขพิเศษเป็นรายกรณี จึงต้องใช้บุคคลจำนวนมากเพื่อใช้ในการวิเคราะห์อย่างสลับซับซ้อนและก่อให้เกิดความลำบากในการบริหารภาษี

Arm's Length Principle เป็นหลักในการตัดสินว่ารายการจ่ายเงินที่มีลักษณะเบื้องต้นเป็นดอกเบี้ย (Prima Facie Interest) ได้มาจากเงินกู้หรือจากทุน (Equity) เพราะภาระภาษีซ้ำซ้อนเชิงเศรษฐกิจอาจเกิดขึ้นถ้าหากกำไรที่เสียภาษีสูงกว่ากำไรตลาด (Arm's Length Profit) ซึ่งข้อ 9 (2) ได้ขอให้ลดจำนวนภาษีที่เก็บในประเทศแรกให้เป็นกำไรตลาด (Arm's Length Profit)

อย่างไรก็ตามคณะกรรมการเห็นว่า ไม่ว่าจะจัดเก็บภาษีจำนวนเท่าใดก็ตามก็ยังไม่เป็นไปตามที่ข้อ 9 กล่าวไว้ ถ้าหลัก Arm's Length ไม่ได้ให้คำตอบว่า การจ่ายเงินที่มีลักษณะเบื้องต้นเป็นดอกเบี้ยได้มาจากเงินกู้หรือจากทุน

ข้อ 9 อาจจะไม่ได้นำไปใช้อย่างเคร่งครัดมากนัก ถ้าเงินกู้ที่ถือว่าเป็นทุนนั้นเป็นเงินยืมระหว่างบุคคลสองฝ่ายที่เป็นอิสระต่อกันหรือไม่มีความสัมพันธ์กัน ตัวอย่างการใช้ข้อ 9 อย่างกว้างได้แก่ กรณีรายการค้าระหว่างบุคคลที่มีความสัมพันธ์กัน (Associated Persons) เพื่อวัตถุประสงค์ในการจัดเก็บภาษีควรถือเป็นดอกเบี้ยหรือถือเป็นเงินปันผล โดยสามารถแบ่งออกเป็น 2 วิธีใหญ่ ๆ ดังนี้

(1) ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงและสถานการณ์แต่ละกรณี เจ้าหน้าที่ภาษีจะตัดสินว่าลักษณะที่แท้จริงของการจ่ายเงินด้วยเหตุผลที่ถูกต้องและพิจารณาถึงกิจกรรมทางการค้า ปัจจัยหลายอย่างรวมถึงพยานหลักฐาน ความสมเหตุสมผลระหว่างคู่สัญญาที่เป็นอิสระต่อกัน อาจจะเป็นกรณีที่วิสาหกิจผู้กู้ยืมเงินเป็นบริษัทที่มีสัดส่วนหนี้ต่อทุนสูงอยู่แล้วก่อนที่จะมีการกู้ยืมเงินหรือผลจากการกู้ยืมเงินนั้นทำให้มีสัดส่วนหนี้ต่อทุนสูงเกินผู้กู้ยืม จึงเป็นรูปแบบการจัดหาเงินทุนระยะยาวตามความต้องการของผู้กู้ยืม เงินกู้ยืมเป็นเงินอุดหนุนช่วยเหลือเป็นสัดส่วนต่อการถือหุ้นหรือเป็นเงื่อนไขของการถือหุ้น เงินกู้ยืมอาจทำให้เป็นการปรับปรุงฐานะการเงินจากการขาดทุนครั้งใหญ่ให้ดีขึ้น ดอกเบี้ยจ่ายจะขึ้นอยู่กับผลประโยชน์ของธุรกิจหรือดอกเบี้ยส่วนเกิน ความสมเหตุสมผลจากรายการค้าที่เกิดจากเงินยืม นอกจากนี้ ยังมีปัจจัยอื่นที่พิจารณา ได้แก่ การจ่ายดอกเบี้ย หรือการชำระหนี้เงินต้นคืนเป็นหนี้ลำดับรองจากเจ้าหนี้คนอื่นและไม่กำหนดวันชำระหนี้ที่แน่นอน การชำระหนี้คืนขึ้นอยู่กับกำไรของลูกหนี้ ปัจจัยดังกล่าวไม่จำเป็นต้องมีพยานหลักฐาน โดยเฉพาะเจาะจง แต่ประกอบด้วยปัจจัยหลายอย่างรวมกันเป็นสิ่งบ่งชี้ที่สำคัญว่าเป็น “เงินทุนแอบแฝง” (Hidden Equity Capitalization)

ในการพิจารณาปัจจัยดังกล่าว อาจมีข้อโต้แย้งได้ว่าบุคคลที่เป็นอิสระไม่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กัน (Independent Person) อาจจะมีสัดส่วนหนี้ที่เป็นหนี้สูงมาก และส่วนมากจะไม่พอใจกับดอกเบี้ยคงที่ ในแง่ของความเสี่ยงที่มีอยู่และศักยภาพในการทำกำไรของวิสาหกิจแล้ว หากแต่จะต้องการมีส่วนในผลกำไรในเงื่อนไขของการจัดหาเงินทุนหรืออาจจะเห็นว่าไม่มีบุคคลที่เป็นอิสระต่อกันจะให้กิจการที่ฐานะการเงินไม่ดียืมเงิน เมื่อเทียบกับกรณีธนาคารให้ลูกค้านักกู้ยืมเงินจะพิจารณาถึงฐานะการเงิน เศรษฐกิจของผู้กู้ยืม แต่การที่บริษัทแม่ให้บริษัทลูกกู้ยืมเงินนั้นจะพิจารณาเงื่อนไขต่าง ๆ น้อยกว่าธนาคาร เพราะบริษัทแม่อาจจะเข้าใจศักยภาพในการทำกำไรของบริษัทลูกหรือบริษัทในเครือได้ดีกว่าธนาคาร ในขณะที่ธนาคารมองรูปการณ์ภายนอกแต่บริษัทแม่ล่วงรู้ข้อมูลทั้งหมด บริษัทแม่จึงให้ยืมเงินในขณะที่ธนาคารลังเลที่จะให้กู้

(2) วิธีนี้มีหลักว่าหากกิจการผู้จ่ายดอกเบี้ยมีอัตราส่วนหนี้ต่อทุนสูงเกินกว่าอัตราส่วนที่กฎหมายกำหนดไว้ถือว่าดอกเบี้ยจ่ายเป็นการจำหน่ายกำไร เช่น อัตราส่วนที่มีการกำหนดไว้ระดับหนึ่ง ถึงแม้ว่าจะเป็นอัตราที่กำหนดโดยอ้างอิงอัตราส่วนปกติที่พบเห็นโดยทั่วไปในตลาดเสรี อย่างไรก็ตาม อัตราส่วนดังกล่าวเป็นเพียงกฎแห่งการปลอดภัยอย่างหนึ่ง (Safe Haven Rule) กิจการผู้จ่ายดอกเบี้ยยังมีโอกาสแสดงว่าอัตราส่วนที่แท้จริงระหว่างหนี้ต่อทุนของบริษัทเป็นอัตราส่วนที่บริษัททั่วไปพึงมีหรือตามกฎหมาย ซึ่งเรียกว่า Arm's Length Ratio ในการแสดงอัตราส่วนนี้เป็นลักษณะเฉพาะของบริษัททั้งหลายที่มีอยู่ในธุรกิจเดียวกันภายในประเทศ และสอดคล้องกับ Arm's Length Principle

อย่างไรก็ตาม มีการบังคับให้ผู้เสียภาษีบางรายมีการ การพิสูจน์ที่หนักมาก ดังนั้นเจ้าหน้าที่ภาษีควรจะยอมรับหรืออนุญาตให้มีสัดส่วนหนี้ต่อทุนที่สูง เท่าที่จะเป็นไปได้หรือควรจะยืดหยุ่นเพื่อลดจำนวนผู้เสียภาษีซึ่งต้องมีภาระการพิสูจน์ อีกนัยหนึ่ง การที่ใช้อัตราส่วนหนี้ต่อทุนคงที่ (Fix Debt Equity Ratio) โดยไม่ยอมให้ใช้วิธีอื่น ประเทศส่วนใหญ่เห็นว่า ไม่สอดคล้องกับหลักการตลาด Arm's Length Principle กล่าวคือ ยังมีการกำหนด สัดส่วนหนี้ต่อทุนต่ำมากเท่าใด การปฏิบัติก็ยิ่งเข้มงวดเพิ่มขึ้นมากตามกัน และไม่เป็นประโยชน์ต่อ ผู้เสียภาษี อาจจะทำให้เกิดความเสี่ยงต่อการจัดเก็บภาษีซ้ำซ้อนเชิงเศรษฐกิจ และเป็นไปได้ว่าเจ้าหน้าที่ ภาษีของประเทศผู้ให้ยืมยากที่จะยอมรับผลและให้การบรรเทาภาระภาษีซ้ำซ้อน ในทำนองกลับกัน การกำหนดอัตราส่วนหนี้สินต่อทุนสูงมากเท่าใด ก็จะเป็นผลดีแก่ผู้เสียภาษีมากเกินควร

2.2.2 ข้อ 10 และ 11 ของอนุสัญญาแม่แบบ

2.2.2.1 นิยามคำว่า “เงินปันผล” กับ “ดอกเบี้ย”

คำว่า “เงินปันผล” นิยามไว้ในข้อ 10(3) ว่า*

“...ที่ใช้ในข้อนี้ เป็นรายได้จากหุ้นที่ไม่ต้องลงทุนเป็นเงิน หุ้น (Jouissance) หรือสิทธิในหุ้น โดยไม่ต้องลงทุนเป็นเงิน หุ้นผู้ก่อตั้ง หรือสิทธิอื่น ซึ่งไม่ใช่สิทธิ เรียกร้องหนี้ การมีสิทธิในผลกำไร รวมทั้งรายได้จากสิทธิร่วมอื่นๆ ในบริษัท ซึ่งอยู่ภายใต้การบังคับ จัดเก็บภาษีเช่นเดียวกับเงินได้จากหุ้น ตามกฎหมายของประเทศถิ่นที่อยู่ของบริษัทผู้จ่ายเงินปันผล”

คำว่า “ดอกเบี้ย” นิยามไว้ในข้อ 11 (3) ว่า**

“...ที่ใช้ในข้อนี้ เป็นรายได้จากสิทธิเรียกร้องหนี้ทุกชนิด ไม่ว่าจะ มีหลักประกันจำนองหรือไม่ และไม่ว่าจะมีสิทธิร่วมในกำไรของลูกหนี้หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รายได้จากหลักทรัพย์ของรัฐบาลและรายได้จากพันธบัตรหรือหุ้นกู้...”

* Article 10(3) “...used in this Articles means income from shares, Jouissance shares or jouissance rights, mining shares, founders’ shares or other rights, not being debt-claims, participating in profits, as well as income from other corporate rights which is subjected to the same taxation treatment as income from shares by the laws of the State of which the company making the distribution is a resident”

** Article 11 (3) “... used in this Article means : income from debt-claims of every kind, whether or not secured by mortgage and whether or not carrying a right to participate in the debtor’s profits, and in particular, income from government securities and income from bonds or debentures”

ข้อ 11 อธิบายคำว่า “ไม่ว่าจะมีสิทธิร่วมในกำไรของลูกหนี้หรือไม่” เอาไว้ดังนี้ “สิทธิเรียกร้องหนี้ พันธบัตรและหุ้นกู้บางประเภท ที่ทำให้มีสิทธิในกำไรของลูกหนี้ ถือว่าเป็นการกู้ยืม หากว่าโดยลักษณะของสัญญาแสดงให้เห็นว่าเป็นการกู้ยืมโดยมีดอกเบี้ย ในทางตรงกันข้าม กรณีการมีส่วนในกำไรที่ขึ้นอยู่กับกำไรให้ทุน ซึ่งขึ้นอยู่กับความเสี่ยงของกิจการของธุรกิจ การดำเนินกิจการไม่ถือเป็นลักษณะของการกู้ยืมและไม่อยู่ในบังคับของข้อ 11”

ในการพิจารณาคำนิยามของดอกเบี้ยและเงินปันผลใน ข้อ 10 และ 11 เสียงส่วนใหญ่เห็นว่า ข้อ 10(3) เจาะจงแยกรายได้จากสิทธิเรียกร้องหนี้ออกจากคำนิยามของเงินปันผล ทำให้ดอกเบี้ยจ่ายบางส่วนที่ถือเป็นเงินปันผลตามบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำ อาจไม่เป็นเงินปันผลตามคำนิยาม ยกเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายของประเทศที่พิจารณาถือว่า “การจ่ายเงินที่เกี่ยวข้องนั้นอาจถูกถือว่าเป็นรายได้จากสิทธิอื่นๆ ของบริษัทซึ่งจะถูกรับปฏิบัติทางภาษีเช่นเดียวกับรายได้จากหุ้น” ซึ่งมีการตีความแตกต่างกันสองแนว คือ

(1) การตีความอย่างแคบ จากหลักพื้นฐานตามนิยามข้อ 11(3) ดอกเบี้ยรวมรายได้จากหนี้ทุกชนิด ยกเว้นรายได้ที่เกิดขึ้นระหว่างลูกหนี้และเจ้าหนี้ที่มีความสัมพันธ์ และรายได้จากความสัมพันธ์ทางการเงินอื่นๆ ซึ่งไม่ชัดเจนว่ามีส่วนร่วมในการเป็นสมาชิกของบริษัท การตีความแบบนี้ คำว่า สิทธิอื่นๆ ในบริษัทที่อ้างถึงในข้อ 10(3) หมายถึงสิทธิซึ่งในตัวมันเองไม่ใช่สิทธิเรียกร้องหนี้ สิทธิซึ่งเป็นการเรียกร้องหนี้ถูกแยกออกจากขอบเขตของคำนิยามแล้วภายใต้การตีความแบบนี้ โดยการอ้างอิงที่ว่าหุ้นไม่เป็นสิทธิเรียกร้องหนี้ ดังนั้น เงินปันผลแอบแฝงตามกฎหมายควบคุมการตั้งทุนต่ำ ไม่ถือเป็นเงินปันผลตามนิยามข้อ 10 (3)

(2) การตีความอย่างกว้าง ข้อ 10(3) จะรวมถึงรายได้ที่เกิดจากความสัมพันธ์ทางการเงินซึ่งก่อให้เกิดสิทธิในบริษัทภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ จริงๆ แล้วอาจกล่าวได้ว่าการอ้างอิงถึงรายได้จากสิทธิอื่นๆ ของบริษัทอาจไม่เกิดประโยชน์หากถูกจำกัดอยู่เพียงรายได้จากหุ้นหรือสิทธิอื่นๆ ของบริษัทที่อยู่ใต้คำนิยามอื่นๆ แล้ว และเห็นว่าเป็นการชัดเจนว่า แม้แบบไม่ได้ถูกบัญญัติมาเพื่อขัดกับกฎหมายภายในในเรื่องการจัดการกับการดำเนินการที่ผิด เช่นการตั้งทุนต่ำ (Thin capitalization) จึงเห็นว่าในบางกรณีที่เหมาะสม ควรถือว่าการจ่ายเงินซึ่งในกฎหมายภายในถือว่าเป็นเงินปันผลเมื่อใช้กับหลัก Thin or hidden capitalization นั้นเป็นเงินปันผล

ผู้เขียนมีความเห็นว่านิยามคำว่าเงินปันผลตามข้อ 10 รวมถึงดอกเบี้ยจ่ายส่วนเกินหรือเงินปันผลแอบแฝง (Disguise Dividend) โดยถือว่าเป็นเข้าลักษณะรายได้จากสิทธิอื่นๆ ในบริษัทที่ได้รับการปฏิบัติทางภาษีเช่นเดียวกับเงินได้จากหุ้น แม้ว่าจะเป็นสิทธิเรียกร้องหนี้ แต่ก็ยังเป็นเพียงการทำเลียนแบบให้เหมือนสิทธิเรียกร้องหนี้ โดยสาระสำคัญหรือแก่นแท้มิใช่

สิทธิเรียกร้องหนี้ซึ่งตามนิยามข้อ 10 ระบุว่าเงินปันผลไม่รวม สิทธิเรียกร้องหนี้ในหนี้ นั้น น่าจะหมายถึง เฉพาะ สิทธิเรียกร้องหนี้ที่แท้จริงเท่านั้นไม่รวมถึง กรณีเลียนแบบให้เป็นสิทธิเรียกร้องหนี้ เช่น เงินปันผลแอบแฝง

คณะกรรมการได้กำหนดสถานการณ์ที่เหมาะสมเป็นแนวทางไว้ว่า สิทธิเรียกร้องหนี้ที่มีส่วนในกำไรของลูกหนี้ จะถือว่าเป็นการกู้ยืม หากว่าสัญญาหนี้โดยลักษณะแล้วเป็นสัญญาแบบที่เป็นการกู้ยืมโดยมีดอกเบี้ย แต่หากการมีส่วนร่วมในกำไรนั้นขึ้นอยู่กับ การให้ทุน ซึ่งขึ้นอยู่กับความเสี่ยงของกิจการ การดำเนินการนั้นไม่ถือว่าเป็นการให้กู้ยืม ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าข้อ 10 และ 11 ของแม่แบบไม่ห้ามถือว่าดอกเบี้ยเป็นเงินปันผลภายใต้บทบัญญัติควบคุม การลงทุนต่ำ Thin or hidden capitalization ในกรณีที่ผู้ให้กู้ยืมนั้นมีส่วนร่วมในความเสี่ยงในกิจการของบริษัท

ข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ให้กู้ยืมมีส่วนร่วมในความเสี่ยงในกิจการของบริษัทผู้กู้จะถูกนำมาพิจารณาโดยอ้างอิงถึงสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องทั้งหมด การที่ไม่มีภาระผูกพันในการชำระหนี้ตามกฎหมาย การที่เจ้าหนี้รายใหญ่มีความเสี่ยงสูงที่จะไม่ได้รับชำระหนี้ ในความเห็นทางเศรษฐศาสตร์ ถือว่าในบางสถานการณ์ ผู้หนี้ได้มีส่วนร่วมในความเสี่ยงของกิจการของลูกหนี้เสมือนว่าเป็นผู้ถือหุ้น การที่กำหนดว่าเจ้าหนี้มีส่วนร่วมในความเสี่ยงในกิจการลูกหนี้ อาจมาจากข้อเท็จจริงที่ว่า การให้กู้ยืมมีความสำคัญกว่าการให้ทุนแก่บริษัทลูกหนี้ในรูปแบบอื่น ๆ หรือ แทนที่ทุนรูปแบบอื่น ๆ จำนวนมากที่หายไป และไม่สามารถเทียบได้กับทรัพย์สินที่เปลี่ยนแปลงเป็นเงินได้ เหตุผลข้างต้นอาจไม่เพียงพอภายใต้กฎหมายของทุกประเทศ ในบางประเทศอาจเป็นการจำเป็นที่จะต้องแสดงว่าเจ้าหนี้มีส่วนร่วมในกำไรของกิจการหรือแสดงว่าการจ่ายเงินกู้เป็นลำดับรองจากการเรียกร้องจากเจ้าหนี้อื่น หรือการจ่ายเงินปันผลหรือแสดงว่าลำดับ หรือการจ่ายดอกเบี้ยจะขึ้นอยู่กับผลกำไร หรือว่าไม่มีการกำหนดวันที่แน่นอนเกี่ยวกับการจ่ายเงินกู้ หรืออาจมีข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่แสดงว่าเจ้าหนี้มีส่วนร่วมในความเสี่ยงของกิจการของบริษัทลูกหนี้

จากการสรุปเกี่ยวกับรายได้จากการมีส่วนร่วมในพันธบัตรในค่านิยามของดอกเบี้ยในข้อ 11(3) ยังสรุปว่าดอกเบี้ยมีส่วนร่วมในพันธบัตรโดยปกติจะไม่ถือว่าเป็นเงินปันผล และยังสรุปต่อไปอีกว่าดอกเบี้ยพันธบัตรที่เปลี่ยนเป็นหุ้น (Convertible Bond) ได้โดยปกติก็ไม่ถือว่าเป็นเงินปันผลจนกว่าจะถึงเวลาที่พันธบัตรถูกเปลี่ยนเป็นหุ้น

จากคำนิยาม คณะกรรมการได้กล่าวโดยชัดเจนใน ย่อหน้าที่ 27 ของ Commentary ว่าการจ่ายเงินซึ่งอาจถือว่าเป็นเงินปันผล อาจรวมถึงการจำหน่ายกำไรแอบแฝง (Disguised Distributions of Profits) ดังนั้นดอกเบี้ยอาจถือได้ว่าเป็นเงินปันผล เมื่อการกู้ยืมหรือการให้โดยอื่นแก่บริษัท ไม่ถือว่าเป็นทุนตามกฎหมายบริษัท แต่ตามหลักของกฎหมายระหว่างประเทศ หรือทางปฏิบัติระหว่างประเทศ บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำ ปรับให้การกู้ยืมเป็นหุ้นทุน ถือว่า รายได้ที่ได้ดังกล่าวข้างต้นเป็นเงินปันผลตามข้อ 10 และมูลค่าของเงินกู้หรือการให้โดยทางอื่นแก่บริษัทจะถูกถือเป็นทุน

2.2.2.2 หลัก Arm's Length ตามข้อ 9(1) กับ หลัก Arm's Length ตามข้อ 11(6)

ข้อ 11 (6) ของอนุสัญญาแม่แบบ OECD บัญญัติว่า *

“ในกรณีที่มีความสัมพันธ์พิเศษระหว่างผู้จ่ายกับผู้เป็นเจ้าของผลประโยชน์ หรือระหว่างบุคคลดังกล่าวทั้งคู่กับบุคคลอื่น ทำให้จำนวนดอกเบี้ยที่ได้มีการพิจารณาว่าเป็นสิทธิเรียกร้องหนี้มีการจ่ายดอกเบี้ยสูงเกินกว่าจำนวนที่ควรมีการตกลงระหว่างผู้จ่ายกับผู้เป็นเจ้าของผลประโยชน์หากไม่มีความสัมพันธ์พิเศษดังกล่าว ให้บทบัญญัติมาตรานี้ใช้บังคับกับเฉพาะจำนวนที่กล่าวถึงจำนวนหลัง ในกรณีเช่นนี้ จำนวนรายจ่ายส่วนเกินยังคงเสียภาษีตามกฎหมายของแต่ละรัฐคู่สัญญา โดยการพิจารณาร่วมกับบทบัญญัติอื่นของสนธิสัญญานี้”

เป็นการยอมรับทั่วไปว่า ข้อ 9(1) และข้อ 11(6) อาจใช้บังคับกับกรณีที่อนุญาตให้เจ้าหน้าที่ภาษีปรับแก้ไขอัตราดอกเบี้ยให้อยู่ในอัตราที่จะมีการจ่ายกันระหว่างคู่สัญญาที่เป็นอิสระต่อกัน ทั้งสองมาตราระให้ผลเหมือนกัน อย่างไรก็ตาม มีการยอมรับว่าข้อ 11(6) อนุญาตให้มีการปรับแก้ไขเฉพาะอัตราดอกเบี้ยและไม่ได้อนุญาตให้พิจารณาประเภทของการกู้ยืมใหม่อีกครั้งจนกลายเป็นหุ้นทุน (Equity Capital)

* Article 11 (6) “Where, by reason of a special relationship between the payer and the beneficial owner or between both of them and some other person, the amount of the interest, having regard to the debt-claim for which it is paid, exceeds the amount which would have been agreed upon by the payer and the beneficial owner in the absence of such relationship, the provisions of this Article shall apply only to the last-mentioned amount. In such case, the excess part of the payments shall remain taxable according to the laws of each Contracting State, due regard being had to the other provisions of this Convention”

2.2.3 ข้อ 23 ของอนุสัญญาแม่แบบ OECD บริษัทแม่และผู้ถือหุ้น

2.2.3.1 หลักการสำคัญ

ในการพิจารณาว่าควรหรือไม่ที่การจ่ายเงินที่ถูกถือเป็นเงินปันผล และไม่อนุญาตให้เป็นรายจ่ายในประเทศแหล่งเงินได้ จะถือเป็นเงินปันผลหรือดอกเบี้ยในประเทศถิ่นที่อยู่ของผู้รับ ทั้งนี้เนื่องจากการปฏิบัติทางภาษีที่แตกต่างกัน ดังนี้ อัตราภาษีหัก ณ ที่จ่ายของประเทศแหล่งเงินได้ซึ่งสามารถหักภาษีได้อาจแตกต่างกันขึ้นอยู่กับประเภทของการจ่ายเงินว่าเป็นเงินปันผลหรือเป็นดอกเบี้ย หรือในกรณีที่เป็นเงินปันผล การจ่ายเงินอาจทำให้มีการลดหย่อนภาษีภายใต้หลักของบริษัทแม่บริษัทลูก โดย ข้อ 23 ของแม่แบบไม่ได้ให้แนวทางในประเด็นนี้ไว้

โดยแท้จริงแล้ว ข้อ 23 ไม่ได้บัญญัติมาตรการบรรเทาเป็นพิเศษสำหรับเงินปันผลที่จ่ายโดยบริษัทลูกให้แก่บริษัทแม่ แต่ตามคำอธิบายแสดงให้เห็นว่า ประเทศสมาชิกสามารถเลือกวิธีบรรเทาตามที่ต้องการได้ และหลายประเทศเลือกวิธีแบบฝ่ายเดียวหรือตามอนุสัญญาภาษีซ้อน การบรรเทาอาจทำได้ด้วยวิธีต่าง ๆ ดังนี้

(1) เครดิตภาษีสำหรับภาษีเงินได้นิติบุคคล หรือเครดิตภาษีทางอ้อม (Credit for Underlying Tax or Indirect Credit) ซึ่งวิธีนี้มักใช้ในประเทศที่มีการบรรเทาภาษีซ้อนด้วยระบบเครดิตภาษี

(2) การยกเว้นภาษีสำหรับเงินปันผลทั้งจำนวน ในขณะที่บางกรณีอาจเป็นการเครดิตภาษีจากเงินปันผลบางส่วนเท่านั้น วิธีนี้มักใช้ในประเทศที่มีระบบการยกเว้นภาษี (Exemption System)

(3) การผสมผสานการปฏิบัติต่อเงินปันผลที่ได้จากบริษัทลูกต่างประเทศกับเงินปันผลที่ได้จากบริษัทลูกในประเทศ ในประเทศที่เงินปันผลจากบริษัทลูกต่างชาติได้รับการยกเว้นภาษี จะทำให้รูปแบบนี้ไม่แตกต่างจากแบบที่สอง อะไรถือเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทแม่บริษัทลูกเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวข้างต้นนั้นแต่ละประเทศแตกต่างกัน

2.2.3.2 ผลกระทบของอนุสัญญาภาษี

เนื่องจากข้อ 23 ของแม่แบบไม่ได้กำหนดแนวทางเกี่ยวกับว่าดอกเบี้ยที่ถูกถือเป็นเงินปันผลภายใต้บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำ ในประเทศแหล่งเงินได้นั้น ควรจะถูกถือเป็นเงินปันผลในประเทศถิ่นที่อยู่ของผู้รับหรือไม่ ปัญหานี้จึงต้องแก้ไขโดยการอ้างอิงถึงคำนิยามเฉพาะในอนุสัญญาภาษีซ้อนที่เกี่ยวข้องหรือที่อ้างถึงในกฎหมายภายในของประเทศผู้รับ กล่าวคือ

(1) ในกรณีที่อนุสัญญาภาษีซ้อนกำหนดให้มีการบรรเทาภาษีซ้อนภายใต้หลักการเช่นเดียวกับข้อ 23 ของแม่แบบ โดยอ้างอิงถึงนิยามในข้อ 10 ของแม่แบบ คณะกรรมการเห็นชอบว่า ในกรณีที่ดอกเบี้ยที่ถือว่าเป็นเงินปันผลภายใต้กฎควบคุมการตั้งทุนต่ำ (Thin capitalization Rule) ของประเทศคู่สัญญา หากเนื้อหาของมาตราที่มีปัญหาที่กำหนดให้มีการลดหย่อน โดยอ้างอิงรายได้ที่นิยามว่าเป็นเงินปันผลในข้อ 10 ประเทศถิ่นที่อยู่ของผู้ให้กู้จะต้องถูกบังคับ โดยอนุสัญญาภาษีซ้อนให้มีการผ่อนผันเสมือนว่าการจ่ายเงินนั้นเป็นเงินปันผลในบางสถานการณ์ (เช่น การคืนภาษีหัก ณ ที่จ่ายที่คำนวณในอัตราที่ใช้กับเงินปันผล และในกรณีที่อนุสัญญาภาษีซ้อนกำหนดให้มีการลดหย่อนกรณีบริษัทแม่บริษัทลูก) ข้อกำหนดนี้จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อกรณีที่เกี่ยวข้องสอดคล้องกับข้อ 9 ข้อ 10 และ 11 ของแม่แบบตามที่กล่าวข้างต้น (เช่น หากผู้ให้กู้มีส่วนรวมในความเสี่ยงของบริษัทผู้กู้ และกำไรที่ปรับแก้ไขไม่เกินส่วนจำนวนกำไรที่ควรจะต้องจ่ายในเกณฑ์ปกติ)

(2) ในกรณีที่อนุสัญญาภาษีซ้อนกำหนดให้มีการบรรเทาภาษีซ้อน ภายใต้หลักการเช่นเดียวกับข้อ 23 ของแม่แบบ โดยไม่อ้างอิงถึงนิยามในข้อ 10 ของแม่แบบ และหากไม่มีคำนิยามทั่วไปของคำว่าเงินปันผลที่อื่นใดในอนุสัญญาภาษีซ้อนที่เกี่ยวข้องที่จะสามารถนำมาปรับใช้ได้ ความหมายของเงินปันผลในการนี้จะขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของประเทศที่ผู้ให้กู้มีถิ่นที่อยู่ ซึ่งอาจไม่ยอมรับคำนิยามของเงินปันผลที่อยู่ภายใต้กฎควบคุมการตั้งทุนต่ำ (Thin Capitalization Rule) ของประเทศถิ่นที่อยู่ของบริษัทผู้จ่ายหรือประเทศแหล่งเงินได้ อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการเห็นว่าประเทศของผู้ให้กู้ควรให้การลดหย่อนที่พึงมีภายใต้มาตราที่เกี่ยวข้อง หากจำเป็นโดยวิธีการตกลงร่วมกันสองฝ่าย จะมี 3 กรณีที่การปรับแก้ไขทำได้ภายใต้บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำ

(ก) ในกรณีที่ดอกเบี้ยถูกถือว่าเป็นเงินปันผลในประเทศแหล่งเงินได้ ตามข้อ 9 หากประเทศที่ผู้รับมีถิ่นที่อยู่เห็นด้วยกับหลักที่ปฏิบัติต่อการจ่ายเงินให้เป็นเงินปันผล ประเทศนั้นจะต้องถูกกำหนดโดยข้อ 9(2) ให้ทำการปรับแก้ไขที่เกี่ยวข้องโดยยอมรับหลักที่ปฏิบัติต่อการจ่ายเงินให้เป็นเงินปันผลมาใช้ในระบบภาษีของตน ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวควรนำมาใช้บังคับกับการจ่ายเงินที่ประเทศผู้จ่ายพิจารณาว่าไม่เป็นดอกเบี้ยตามข้อ 11(6) (เนื่องจากเกินจำนวน) และถือว่าเป็นเงินปันผลด้วย

(ข) กรณีที่ประเทศถิ่นที่อยู่ของผู้ให้กู้มีกฎควบคุมการตั้งทุนต่ำ (Thin Capitalization Rule) แบบเดียวกัน และจะถือว่าการจ่ายเงินเป็นเงินปันผลในสถานการณ์ที่ตอบแทนกัน เช่นหากเป็นการจ่ายเงินโดยบริษัทในประเทศตนไปยังผู้ถือหุ้นที่อยู่ในประเทศคู่สัญญา

(ค) ในกรณีอื่นๆ ที่ ประเทศที่เป็นถิ่นที่อยู่ของผู้ให้กู้ยอม
รับว่าเป็นการที่เหมาะสมที่จะปฏิบัติต่อดอกเบี้ยเป็นเงินปันผล

2.2.4 ข้อ 24 ของอนุสัญญาแม่แบบ OECD หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination)

ข้อ 24 (5) บัญญัติว่า*

“ภายใต้บังคับของข้อ 9(1) ข้อ 11(6) ข้อ 12(4) ดอกเบี้ย ค่าสิทธิและการ
จ่ายเงินอื่นๆ ที่จ่ายโดยกิจการที่อยู่ในรัฐคู่สัญญาหนึ่งให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่งนั้น
เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาว่าสิ่งที่ต้องเสียภาษีของกิจการนั้น ให้สามารถนำจำนวนที่จ่ายดังกล่าว
มาหักภาษีภายใต้เงื่อนไขเสมือนเป็นจำนวนที่จ่ายให้แก่ผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐคู่สัญญาที่เป็นผู้จ่าย”

ข้อ 11 (6) อนุญาตให้ลดจำนวนดอกเบี้ยจ่ายส่วนเกินในบางกรณีเพื่อ
ประโยชน์ของข้อนี้ให้เหลือเท่าจำนวนที่จะต้องจ่ายหากคู่สัญญาในธุรกรรมนั้นเป็นไปตามสภาวะ
ปกติท้องตลาด (Arm's Length Situation) ดอกเบี้ยจ่ายส่วนเกินยังคงต้องเสียภาษีตามกฎหมายของ
รัฐคู่สัญญาทั้งสอง โดยจะต้องพิจารณาบทบัญญัติของอนุสัญญาภาษีซ้อนด้วย มีการโต้เถียงว่า ดอก
เบี้ยจ่ายส่วนเกินบางส่วนที่ถือว่าเป็นเงินปันผลตามบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำ ยังอาจถูกปฏิบัติ
เช่นนั้นโดยไม่คำนึงถึง ข้อ 24 (5) ได้หรือไม่

ข้อ 24 (6) บัญญัติว่า**

“วิสาหกิจของรัฐคู่สัญญาอีกรัฐหนึ่ง ซึ่งผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐ
หนึ่งคนเดียวหรือหลายคนเป็นเจ้าของหรือควบคุมทุนอยู่ทั้งหมด หรือบางส่วน ไม่ว่าจะโดยทางตรง
หรือทางอ้อมจะไม่ถูกบังคับในรัฐที่กล่าวถึงรัฐแรกให้เสียภาษีอากรใด ๆ หรือปฏิบัติตามข้อกำหนด

* Article 24(5) “Except where the provisions of paragraph 1 of Article 9, paragraph 6 of Article 11, or paragraph 4 of Article 12, apply, interest, royalties and other disbursements paid by an enterprise of a Contracting State to a resident of the other Contracting State shall, for the purpose of determining the taxable profits of such enterprise, be deductible under the same conditions as if they had been paid to a resident of the first-mentioned State”

** Article 24(6) “Enterprises of a Contracting State, the capital of which is wholly or partly owned or controlled, directly or indirectly, by one or more residents of the other Contracting State, shall not be subjected in the first-mentioned State to any taxation or any requirement connected therewith which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which other similar enterprises of the first-mentioned State are or may be subjected”

ใด ๆ เกี่ยวกับการนั้นอันเป็นการนอกเหนือไปจาก หรือเป็นภาระหนักกว่าการเก็บภาษีอากรและข้อกำหนดที่เกี่ยวข้อง ซึ่งวิสาหกิจอื่นที่คล้ายคลึงกันของรัฐที่กล่าวถึงรัฐแรกนั้นถูกหรืออาจถูกบังคับให้เสียหรือให้ปฏิบัติตาม”

หากมองเผินๆ อาจเห็นว่าข้อนี้ป้องกันการบังคับใช้หลักเกณฑ์ซึ่งไม่อนุญาตให้มีการหักภาษีในดอกเบี้ยที่จ่ายให้แก่ผู้ถือหุ้นของบริษัทที่ไม่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศซึ่งควบคุมโดยผู้ที่ไม่ใช่ถิ่นที่อยู่ในประเทศ หากว่าในสถานการณ์เดียวกันนั้น ดอกเบี้ยอาจถูกนำมาหักภาษีสำหรับบริษัทที่ไม่ได้ควบคุมโดยผู้ที่ไม่ใช่ถิ่นที่อยู่ในประเทศ ข้อนี้ไม่ได้กล่าวถึงประเด็นนี้

คณะกรรมการเห็นว่า หากดอกเบี้ยถูกถือว่าเป็นเงินปันผลภายใต้หลัก Thin Capitalization ซึ่งสอดคล้องกับข้อ 9(1) หรือข้อ 11(6) นั้น ข้อ 24(5) จะไม่ถูกนำมาใช้ในลักษณะที่เป็นการห้ามการปฏิบัติ กล่าวคือ ไม่ต้องถือเป็นรายจ่าย อย่างไรก็ตาม หากการปฏิบัติดังกล่าวไม่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์เหล่านี้ และในขณะเดียวกันบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำจะนำมาใช้เฉพาะกรณีที่เจ้าหนี้เป็นชาวต่างชาติ ข้อ 24(5) จะป้องกันไม่ให้ถือว่าเป็นเงินปันผลภายใต้กฎเกณฑ์

ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับข้อ 24(6) คณะกรรมการเห็นว่า ย่อหน้า นี้จะเกี่ยวกับกฎควบคุมการตั้งทุนต่ำ (Thin Capitalization Rule) แต่ใช้ถ้อยคำในลักษณะที่เป็นคำทั่วไปและมุ่งประสงค์ที่จะป้องกันการ ใช้กำแพงภาษี เช่น การขัดขวางการลงทุนจากต่างประเทศโดยมาตรการทางภาษี ข้อนี้ไม่ได้ถูกกำหนดให้จัดการกับมาตรการที่นำมาป้องกันการผ่อนถ่ายกำไรในรูปแบบของดอกเบี้ย เนื่องจากถ้อยคำเป็นในลักษณะทั่วไป และนำมาใช้ในลำดับรองจากบทบัญญัติอื่น ๆ ที่มีความเฉพาะกว่า ดังเช่น ข้อ 24(5) (ที่อ้างถึงในข้อ 9(1) และข้อ 11(6)) จึงเป็นหลักที่เกี่ยวข้องกว่าในเรื่องการอนุญาตให้หักดอกเบี้ย

2.2.5 ข้อ 25 ของอนุสัญญาแม่แบบ OECD วิธีการเพื่อความตกลงร่วมกัน (Mutual Agreement Procedure) มีใจความสำคัญ ดังนี้ *

* Article 25 “1. Where a person considers that the actions of one or both of the contracting States result or will result for him in taxation not in accordance with the provisions this Convention, he may, irrespective of the remedies provided by the domestic law of those State of which he is a resident or, if his case comes under paragraph 1 of Article 24, to that of the Contracting State of which he is a national. The case must be presented within three years from the first notification of the action resulting in taxation not in accordance with the provisions of the Convention. 2. The competent authority shall endeavor, if the objection appears to it to be justified and if it is not itself able to arrive at a satisfactory solution, to resolve the case by mutual agreement with the competent authority of the other Contracting State, with a view to the avoidance of taxation which is

(1) กำหนดเกี่ยวกับการกำจัดการจัดเก็บภาษีที่ไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาภาษีซ้อน ด้วยวิธีการตกลงสองฝ่ายระหว่างผู้มีอำนาจทางภาษีของประเทศสมาชิก ตัวอย่างเช่น การเก็บภาษีซ้อนที่อาจเกิดขึ้นจากวิธีการตีความอนุสัญญาที่แตกต่างกันของประเทศสมาชิก

(2) กำหนดแนวทางแก้ไขในกรณีที่เกิดข้อสงสัยหรือความยากลำบากอันเกิดจากการตีความการบังคับใช้อนุสัญญา โดยวิธีตกลงสองฝ่ายร่วมกันระหว่างหน่วยงานภาษีของรัฐคู่สัญญา โดยอนุญาติให้ผู้มีอำนาจทางภาษีทำการปรึกษาเพื่อกำจัดการเก็บภาษีซ้อนในกรณีอื่นๆ ที่ไม่ได้มีกำหนดไว้ในอนุสัญญา

คณะกรรมการเห็นชอบว่าข้อ 25 ได้กำหนดขอบเขตที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหาที่เกิดจากการใช้มาตรการที่เกี่ยวกับ Thin or Hidden Capitalization และก่อให้เกิดผลทางภาษีที่แตกต่างจากตัวอักษรหรือวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา รวมถึงการเก็บภาษีซ้อนไม่ว่าจะเป็นทางกฎหมายหรือทางเศรษฐกิจ หากประเทศหนึ่งถือว่าการจ่ายดอกเบี้ยเป็นการจ่ายเงินปันผลและประเทศคู่สัญญายังคงปฏิบัติเป็นการจ่ายดอกเบี้ย คณะกรรมการเห็นว่า

(ก) ข้อความในข้อ 25 อนุญาติให้ทำการปรับแก้ไขโดยวิธีการตกลงร่วมกันสองฝ่ายเพื่อกำจัดการเก็บภาษีซ้อนที่ไม่เป็นไปตามอนุสัญญา ได้แก่กรณีหลัก Thin Capitalization โดยที่การปรับแก้ไขที่เกี่ยวข้องจะต้องเป็นไปตามการบังคับใช้บทบัญญัติของอนุสัญญา ตัวอย่างเช่น การบังคับใช้ข้อ 9 ข้อ 11(6) ข้อ 23 หรือข้อ 24(5) ของแม่แบบ

(ข) ในส่วนที่สองที่เกี่ยวกับปัญหาทั่วไปในการตีความหรือการบังคับใช้อนุสัญญา ข้อ 25 อนุญาติให้หน่วยงานภาษีพยายามแก้ไขปัญหาโดยวิธีตกลงสองฝ่ายร่วมกัน ตัวอย่างเช่น ปัญหาทั่วไปที่ว่าดอกเบี้ยที่ถูกถือว่าเป็นเงินปันผลภายใต้หลัก Thin Capitalization ในประเทศหนึ่ง (เป็นประเทศผู้จ่ายเงิน) สามารถถือว่าเป็นเพียงพอที่จะได้รับการลดหย่อนภายใต้

not in accordance with the Convention. Any agreement reached shall be implemented notwithstanding any time limits in the domestic law of the Contracting State. 3. The competent authorities of the Contracting State shall endeavor to resolve by mutual agreement any difficulties or doubts arising as to the interpretation or application of the Convention . They may also consult together for the elimination of double taxation in case not provided for in the Convention. 4. The competent authorities of the Contracting State may communicate with each other directly for the purpose of reaching an agreement in the sense of the preceding paragraphs. When it seems advisable in order to reach agreement to have an oral exchange of opinion , such exchange may take place through a Commission consisting of representatives of the competent authorities of the Contracting State.”

หลักบริษัทแม่บริษัทลูกที่อนุญาตโดยประเทศอื่นๆ (ประเทศที่ผู้รับเงินมีถิ่นที่อยู่) เมื่อการลดหย่อนนั้นเกิดขึ้น โดยอนุสัญญาภาษีซ้อนที่เกี่ยวข้องหรือไม่

(ค) ในส่วนที่สามที่เกี่ยวกับการลดหย่อน (เช่น การลดหย่อนในเรื่องการเก็บภาษีซ้อนที่ไม่ได้กำหนดในอนุสัญญา) ข้อ 25 ได้เปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ภาษีแก้ไขปัญหาที่เกิดจากการบังคับใช้บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำ เฉพาะกรณีที่ถูกกฎหมายในของประเทศที่เกี่ยวข้อง (เช่น กฎหมายเฉพาะ หลักในรัฐธรรมนูญ หรือหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมาย) ให้อำนาจให้ทำได้ในกรณีที่ไม่กำหนดโดยชัดแจ้งในอนุสัญญาภาษีซ้อน

2.3 สรุปการใช้และการตีความอนุสัญญาภาษี

คณะกรรมการแนะนำให้ใช้หลักความยืดหยุ่นในการพิจารณาว่ารายการที่มีลักษณะเบื้องต้นเป็นดอกเบี้ยจ่าย (Prima Facie of Interest) ควรจะถือเป็นดอกเบี้ยหรือเป็นการจำหน่ายกำไรในทางภาษีอากร แต่จะต่อต้านการใช้วิธีกำหนดอัตราส่วนหนี้ต่อทุนที่เข้มงวดหรือกฎที่อยู่บนพื้นฐานข้อเท็จจริงว่าผู้ถือหุ้นที่ได้รับดอกเบี้ยจ่ายเป็นชาวต่างชาติ คณะกรรมการได้เน้นว่าการบังคับใช้บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำนั้น ไม่ควรเป็นการเพิ่มกำไรที่ต้องเสียภาษีของวิสาหกิจในประเทศให้มีจำนวนมากกว่ากำไรที่เกิดขึ้น จากสถานการณ์ปกติท้องตลาด (Arm 's Length Situation) หลักการนี้ควรได้รับการดำเนินการในอนุสัญญาภาษีซ้อนที่มีอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง วิธีการตกลงร่วมกัน ตามข้อ 25 ควรได้รับการนำไปเจรจาเพื่อจัดทำอนุสัญญาภาษีซ้อนในอนาคต และควรนำไปพิจารณาเพื่อทบทวนสนธิสัญญาแม่แบบในอนาคต และกรรมการยังเรียกร้องว่า บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำควรมีความยืดหยุ่นมากเพียงพอที่จะให้มีการบรรเทาผลจากภาษีซ้อนที่เหมาะสม ซึ่งเกิดจากความขัดแย้งทางความคิดระหว่างหน่วยภาษีอากรเกี่ยวกับลักษณะเบื้องต้นของดอกเบี้ยจ่าย (Prima Facie Payment of Interest) หรือผลกระทบของบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำ โดยเจ้าหน้าที่ควรพยายามแก้ปัญหาความขัดแย้งโดยการตกลงสองฝ่าย

นอกจากนี้คณะกรรมการแนะนำว่า ประเด็นพิจารณาดังกล่าวข้างต้นรัฐสมาชิก OECD ควรนำไปใช้ในอนุสัญญาภาษีซ้อนและการเจรจาอนุสัญญาภาษีซ้อนครั้งต่อไปในอนาคต และจำเป็นต้องให้ประเทศสมาชิกคิดหาวิธีแก้ไขและใช้มาตรการที่เหมาะสมกับแต่ละประเทศ แต่ยังคงขาคมติเอกฉันท์ขององค์กรระหว่างประเทศในการจัดการกับปัญหาการตั้งทุนต่ำ

คณะกรรมการได้กำหนดข้อสรุปเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างอนุสัญญาภาษีซ้อนและบทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำตามกฎหมายภายใน ดังนี้

2.3.1 กรณี ข้อ 9 ของอนุสัญญาแม่แบบ คณะกรรมการมีความเห็นว่า⁷⁶

- (1) ข้อนี้จะเข้ามีความเกี่ยวข้อง เมื่อรัฐภาคีบังคับใช้บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำตามกฎหมายภายใน
- (2) ข้อนี้ปรับปรุงอัตราดอกเบี้ยให้เป็นอัตราตลาดและกำหนดว่ารายการเงินกู้ที่ปรากฏควรได้รับการพิจารณาว่าเป็นทุนหรือไม่ ทั้งนี้ภายใต้สถานการณ์ที่เหมาะสม
- (3) ข้อนี้มีได้ห้ามบังคับใช้บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำหากทำการเปลี่ยนแปลงกำไรของผู้กู้ให้เป็นกำไรที่รับรู้ในสถานะการณ์ตลาดหรือไม่เกินกว่ากำไรตลาด (Arm's length)

2.3.2 กรณี ข้อ 10 และข้อ 11 ของอนุสัญญาแม่แบบ คณะกรรมการมีความเห็นว่า⁷⁷

- (1) ข้อ 10 มิได้หมายถึงเฉพาะกับเงินปันผลเท่านั้น หากแต่รวมถึงดอกเบี้ยเงินกู้ซึ่งผู้ให้กู้มีส่วนในความเสี่ยงในการดำเนินการบริหารจัดการในบริษัทเป็นอย่างมาก เมื่อดอกเบี้ยในประเภทนี้อยู่ภายใต้ नियามเงินปันผล เช่นนี้ ข้อ 10 และ 11 จะไม่ห้ามถือว่าดอกเบี้ยเป็นเงินปันผลภายใต้บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำตามกฎหมายภายในของประเทศผู้จ่ายเงิน
- (2) จากความหมายของ ดอกเบี้ย ในข้อ 11(3) โดยปกติแล้วดอกเบี้ยในพันธบัตรประเภทที่มีส่วนร่วม (Participating Bond) พิจารณาว่าเป็นเงินปันผล ส่วนดอกเบี้ยในพันธบัตรที่เปลี่ยนแปลงได้ (Converting Bond) โดยปกติจะไม่พิจารณาว่าเป็นเงินปันผล จนกว่าพันธบัตรดังกล่าวได้มีการเปลี่ยนเป็นหุ้น
- (3) ข้อ 11(6) สามารถแก้ไขจำนวนดอกเบี้ยจ่ายให้ถูกต้องได้ แต่จะไม่เป็นการเปลี่ยนแปลงลักษณะของเงินกู้ให้เป็นทุน

2.3.3 กรณีข้อ 23 ของอนุสัญญาแม่แบบ คณะกรรมการมีความเห็นว่า⁷⁸

- (1) เมื่อมีการบังคับใช้บทบัญญัติควบคุมการตั้งทุนต่ำตามกฎหมายภายในประเทศผู้กู้ โดยถือว่าดอกเบี้ยจ่ายเป็นการจัดสรรกำไร ในกรณีที่บทบัญญัติในอนุสัญญาภาษีซ้อนอ้างอิงข้อ 10 ของแม่แบบประเทศผู้ให้กู้มีพันธภายใต้สนธิสัญญาทวิภาคีที่จะต้องให้การบรรเทา

⁷⁶ OECD, Issues In International Taxation No 2 : Thin Capitalization : Taxation of Entertainers, Artistes and Sportsmen (Paris:OECD,1987) Paragraph 48

⁷⁷ OECD, Issues In International Taxation No 2 : Thin Capitalization : Taxation of Entertainers, Artistes and Sportsmen Paragraph 60

⁷⁸ OECD, Issues In International Taxation No 2 : Thin Capitalization : Taxation of Entertainers, Artistes and Sportsmen Paragraph 65

สำหรับภาษีซ้อนในเชิงอำนาจรัฐหรือภาษีซ้อนในเชิงเศรษฐกิจในดอกเบี้ยดังกล่าวเหมือนกับว่าดอกเบี้ยดังกล่าวเป็นเงินปันผล เช่น การให้เครดิตภาษีที่หักไว้ในประเทศแหล่งเงินได้ในอัตราที่เหมาะสมต่อเงินปันผลและการใช้ระบบบริษัทในเครือ

(2) ในกรณีอื่นๆ ประเทศของผู้ให้กู้ควรจะต้องให้การบรรเทาภาษีซ้อนเชิงอำนาจรัฐหรือภาษีซ้อนเชิงเศรษฐกิจให้แก่ดอกเบี้ยเหมือนกับว่าดอกเบี้ยดังกล่าวเป็นเงินปันผล โดยการตกลงร่วมกัน ในสามกรณีคือ

(ก) เมื่อประเทศแหล่งเงินได้ถือว่าดอกเบี้ยเป็นเงินปันผลหรือการจำหน่ายกำไรภายใต้ภายใต้กฎเกณฑ์ซึ่งสอดคล้องกับข้อ 9(1) และ ข้อ 11(6) และประเทศของเจ้าหนี้ตกลงว่าการดำเนินการดังกล่าวเหมาะสม ตามที่ระบุในข้อ 9(2)

(ข) ประเทศถิ่นที่อยู่ของผู้ให้กู้ ซึ่งมีบทบัญญัติควบคุมการลงทุนต่ำ เช่นเดียวกัน โดยถือว่าดอกเบี้ยเป็นเงินปันผล ในสถานการณ์ที่กลับกันเช่น เมื่อการจ่ายเงินได้ทำขึ้นในสถานะการณ์เดียวกัน โดยบริษัทต่างชาติที่ตั้งอยู่ในประเทศถิ่นที่อยู่ของผู้ให้กู้

(ค) ในกรณีอื่น ๆ เมื่อประเทศถิ่นที่อยู่ของผู้ให้กู้ตกลงกับประเทศถิ่นที่อยู่ของบริษัทผู้กู้เกี่ยวกับการปรับปรุงที่เพิ่มขึ้น

2.3.4 กรณีข้อ 24 (5) ของอนุสัญญาแม่แบบ คณะกรรมการได้ข้อสรุปว่า⁷⁹ ประเทศผู้กัมีสิทธิถือว่าดอกเบี้ยเป็นเงินปันผลภายใต้บทบัญญัติควบคุมการลงทุนต่ำซึ่งสอดคล้องกับข้อ 9(1) หรือ ข้อ 11 (6) อย่างไรก็ดี ถ้าดอกเบี้ยที่ถูกเปลี่ยนเป็นเงินปันผลภายใต้บทบัญญัติที่ไม่ได้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ในข้อ 9(1) และข้อ 11(6) และถ้ากฎเกณฑ์ใช้เฉพาะกับผู้ให้กู้ชาวต่างชาติโดยไม่ใช้กับผู้ให้กู้ที่เป็นคนท้องถิ่น ถ้าเป็นเช่นนั้นข้อ 24(5) จะห้ามการปรับเปลี่ยนดอกเบี้ยเป็นเงินปันผล กล่าวคือต้องถือเป็นรายจ่ายค่าดอกเบี้ย

2.3.5 กรณีข้อ 25 ของอนุสัญญาแม่แบบ คณะกรรมการได้สรุปว่า⁸⁰

(1) ข้อ 25 (1) (2) อนุญาตให้มีการตกลงร่วมกันสองฝ่ายในแต่ละกรณี เพื่อกำจัดภาษีซ้อนที่ไม่เป็นไปตามอนุสัญญาภาษีซ้อน เช่น เมื่อบทบัญญัติควบคุมการลงทุนต่ำบังคับ

⁷⁹ OECD, Issues In International Taxation No 2 : Thin Capitalization : Taxation of Entertainers, Artistes and Sportsmen Paragraph 87

⁸⁰ OECD, Issues In International Taxation No 2 : Thin Capitalization : Taxation of Entertainers, Artistes and Sportsmen Paragraph 88

ใช้ในกรณีอื่น ๆ อย่างไรก็ดี การปรับปรุงที่เกี่ยวข้องนั้นได้รับการสนับสนุนจากบทบัญญัติของอนุสัญญาที่เกี่ยวข้อง เช่น ข้อ 9 ข้อ 11(6) ข้อ 23 ข้อ 24(5) ของสนธิสัญญาแม่แบบ

(2) ตามข้อ 25 (3) ในการแก้ไขปัญหาในการตีความหรือการบังคับใช้ของอนุสัญญา ให้รัฐภาคีใช้ความพยายามแก้ไขโดยใช้ความตกลงร่วมกันในปัญหาเกี่ยวกับบังคับใช้บทบัญญัติควบคุมการลงทุนต่ำ ว่าภายใต้เงื่อนไขใด ดอกเบี้ยอาจถูกปฏิบัติในฐานะที่เป็นเงินปันผลในประเทศของผู้กู้และให้มีการบรรเทาสำหรับภาษีซ้อนในประเทศถิ่นที่อยู่ของผู้ให้กู้เช่นเดียวกับเงินปันผล เช่น การบรรเทาภาษีซ้อนภายใต้บริบทบริษัทในเครือเมื่อการบรรเทาได้ให้โดยสนธิสัญญาทวิภาคี

(3) ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ภาษี มีอำนาจแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติควบคุมการลงทุนต่ำที่ก่อให้เกิดปัญหาภาษีซ้อนที่ไม่อาจคาดเห็นได้จากอนุสัญญา