

ปัญหาเกี่ยวกับการโอนสิทธิในรายได้ในอนาคต ศึกษากรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน



นางสาวอัญรินทร์ จิระตระกูลวัชร

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

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

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชากฎหมายการเงินและภาษีอากร

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2560

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Problems on Assignment of the Right to Future Revenue :
Case Study on Infrastructure Fund

Miss Anyarin Jiratrakulwat



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

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2017

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์ ปัญหาเกี่ยวกับการโอนสิทธิในรายได้ในอนาคต ศึกษากรณี
กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน
โดย นางสาวอัญรินทร์ จิระตระกูลวัชร
สาขาวิชา กฎหมายการเงินและภาษีอากร
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พัฒนาพร โกวพัฒน์กิจ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้รับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญามหาบัณฑิต

.....คนบดีคณะนิติศาสตร์

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ

(รองศาสตราจารย์ ธิติพันธุ์ เชื้อบุญชัย)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พัฒนาพร โกวพัฒน์กิจ)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.พล ธีรคุปต์)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(ศาสตราจารย์พิเศษ พิภพ วีระพงษ์)

5786288734 : MAJOR FINANCE AND TAX LAWS

KEYWORDS: FUTURE REVENUE / INFRASTRUCTURE FUND

ANYARIN JIRATRAKULWAT: Problems on Assignment of the Right to Future Revenue :Case Study on Infrastructure Fund. ADVISOR: ASST. PROF. PATANAPORN KOWPATANAKIT, Ph.D., 291 pp.

Infrastructure fund is a financial instrument for fundraising for infrastructure operators, being public or private. The main purpose is to invest infrastructure in Thailand. Infrastructure funds can invest in many types of infrastructure assets, but it mostly focuses on investing in the right to benefit from future income or the right to future income by entering into the Agreement for Assignment of the Right to Benefit from Future Revenue with infrastructure operators. When considering the characteristics and terms and conditions of entering into the Agreement and relevant agreements, found that such assignment is quite complex transaction. The transaction may be considered as any form of agreements e.g. sale, loan or other transactions. This causes problems in taxation how infrastructure operators and infrastructure funds should have a tax burden on such transactions. Since there are currently no provisions in the Revenue Code or secondary legislation stipulating the criteria or guidelines for imposing taxes on such transaction. The provisions of general taxation law are applied with such transaction resulting in the different interpretation. It is unfair and inconsistent in taxation, which is against the principle of good tax administration.

The Author has studied to suggest providing the criteria or guidelines for taxation for assignment of right to benefit from future income in the form of financing.

Field of Study: Finance and Tax Laws Student's Signature

Academic Year: 2017 Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์พัฒนาพร โกวพัฒน์กิจ เป็นอย่างสูงที่กรุณาให้เกียรติรับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ พร้อมทั้งสละเวลาอันมีค่าให้คำแนะนำ ให้ความรู้ ให้ข้อมูล แนวทางในการศึกษาค้นคว้า รวมถึงขั้นตอนในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มาโดยตลอด

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ธิติพันธ์ เชื้อบุญชัย ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านอาจารย์พล ธีรคุปต์และท่านอาจารย์พิภพ วีระพงษ์ที่กรุณาให้เกียรติรับเป็นคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ทั้งยังสละเวลาอันมีค่าให้คำแนะนำ ให้ความรู้ แนวทางในการศึกษาค้นคว้าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณธนาคารไทยพาณิชย์ จำกัด (มหาชน) พี่หัวหน้านายชลิตติ เนื่องจำนงค์ นายสมบุรณ์ ชินประดิษฐ์สุข นางสาวสุพิชฌาย์ อารยสมบุรณ์ นายชินวิษณุ ภูธนะพิบูลย์ที่ให้ความช่วยเหลือและให้การสนับสนุนผู้เขียนมาโดยตลอด ทำให้ผู้เขียนสามารถทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไปพร้อมกับการทำงานประจำได้อย่างไม่มีข้อบกพร่อง และขอบคุณพี่ ๆ และเพื่อนร่วมงานที่ให้กำลังใจผู้เขียนตลอดมา

สุดท้ายนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดานายพุทธินันท์ จิระตระกูลวัชร มารดา นางสาวธนพร อุดมนิธิรัตน์ และครอบครัวผู้เขียน ที่ให้กำลังใจ พร้อมทั้งให้การสนับสนุนการศึกษา มาโดยตลอด และขอบคุณกำลังใจสำคัญนายธนวัฒน์ ว่องเศรษฐชัยที่คอยดูแล ให้กำลังใจและให้ความห่วงใยตลอดระยะเวลาที่ทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และสุดท้ายขอขอบคุณนายธีระวุฒิ เต็มสิริวัฒนกุลที่คอยให้ความช่วยเหลือ ให้ความรู้ ให้คำแนะนำในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มาโดยตลอด

ความดีหรือประโยชน์ใด ๆ ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขออุทิศให้บรรดาบุคคลทั้งหลายดังกล่าว แต่หากมีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว และกราบขออภัยมา ณ ที่นี้ด้วย

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฅ
สารบัญรูปภาพ.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	4
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	4
1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย	4
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย	5
บทที่ 2 ความรู้ทั่วไปและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน และธุรกรรมทางการเงินอื่นๆ.....	6
2.1 ความเป็นมาและวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน	6
2.1.1 ความเป็นมาและวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานในต่างประเทศ	6
2.1.2 ความเป็นมาและวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานในประเทศไทย	7
2.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน	10
2.2.1 ลักษณะทั่วไปของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน	10
2.2.2 กิจการโครงสร้างพื้นฐาน	12

2.2.3	ทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐาน	14
2.2.4	การจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน	16
2.2.5	บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน.....	20
2.2.6	กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน.....	22
2.2.7	ประโยชน์ของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน	22
2.2.8	สิทธิประโยชน์ทางภาษีอากรของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน	23
2.2.8.1	ภาษีในระดับผู้ลงทุน	23
2.2.8.2	ภาษีในระดับผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานและกองทุนรวม โครงสร้างพื้นฐาน	25
2.3	การลงทุนในสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน.....	28
2.3.1	ความหมายและลักษณะโดยทั่วไปของรายได้ในอนาคต	28
2.3.2	การประเมินมูลค่าของรายได้ในอนาคต	30
2.3.2.1	หลักเกณฑ์การประเมินมูลค่ารายได้ในอนาคต	31
2.3.2.2	วิธีการประเมินมูลค่ารายได้ในอนาคต	32
2.3.3	กรณีศึกษาของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่ลงทุนในสิทธิในการรับประโยชน์จาก รายได้ในอนาคตของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน	33
2.3.3.1	กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานระบบขนส่งมวลชนทางราง ปีที่ เอสโกรท (BTSGIF)	34
2.3.3.2	กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้า อมตะ บี.กริม เพาเวอร์ (ABPIF).....	38
2.3.3.3	กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโทรคมนาคม ดิจิทัล (DIF).....	42
2.3.3.4	กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้ากลุ่มน้ำตลบุรีรัมย์ (BRRGIF)	47
2.3.3.5	กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้าพระนครเหนือ ชุดที่ 1 การไฟฟ้า ฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (EGATIF).....	51

2.3.4 แนวคำวินิจฉัยของกรมสรรพากรเกี่ยวกับการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน.....	54
2.4 ชุรกรรมทางการเงินที่มีลักษณะเทียบเคียงกับการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน	59
2.4.1 การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (Securitization).....	59
2.4.1.1 การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ในต่างประเทศ	59
2.4.1.1.1 ความเป็นมาของการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์	59
2.4.1.1.2 ความหมายของการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์.....	61
2.4.1.1.3 รูปแบบของการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์	62
2.4.1.1.4 สินทรัพย์ที่นำมาแปลงเป็นหลักทรัพย์.....	65
2.4.1.1.5 หลักการกำหนดลักษณะนิติกรรมของศาลประเทศสหรัฐอเมริกา ภายใต้ชุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ .	66
2.4.1.2 การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ภายใต้พระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540	71
2.4.1.2.1 ความหมายของการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์.....	71
2.4.1.2.2 สินทรัพย์ที่จะนำมาแปลงเป็นหลักทรัพย์	72
2.4.1.2.3 ประเภทของหลักทรัพย์ที่ออกและเสนอขายได้	74
2.4.1.2.4 องค์กรและบุคคลที่เกี่ยวข้องในการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ 75	
2.4.1.2.5 วิธีการจำหน่ายสินทรัพย์ในชุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์	80
2.4.1.2.6 กรณีศึกษาโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ที่ได้จัดตั้งขึ้นในประเทศไทย ภายใต้พระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540	81

2.4.1.2.7 ภาวะภาษีที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็น หลักทรัพย์ 84	
2.4.1.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างธุรกรรมการโอนสิทธิ ในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวม โครงสร้างพื้นฐาน กับธุรกรรมแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ด้วย สิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคต	87
2.4.2 แฟ้กเตอร์ริง (Factoring)	90
2.4.2.1 ลักษณะทั่วไปของแฟ้กเตอร์ริง	90
2.4.2.2 ความหมายของลูกหนี้การค้าและบัญชีลูกหนี้การค้า	91
2.4.2.3 ความหมายของสัญญาแฟ้กเตอร์ริง	92
2.4.2.4 ลักษณะของการให้บริการในสัญญาแฟ้กเตอร์ริง	93
2.4.2.5 ประเภทของแฟ้กเตอร์ริง	95
2.4.2.6 ขั้นตอนของการทำแฟ้กเตอร์ริง	97
2.4.2.7 ภาวะภาษีที่เกี่ยวข้องกับการทำแฟ้กเตอร์ริง	98
2.4.2.8 วิเคราะห์เปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างธุรกรรมการโอนสิทธิในรายได้ ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานกับธุรกรรมการรับโอน บัญชีลูกหนี้การค้าตามสัญญาแฟ้กเตอร์ริง	99
บทที่ 3 หลักเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการพิจารณาเกี่ยวกับปัญหาการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จาก รายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน	102
3.1 หลักการในทางกฎหมายภาษีอากร	102
3.1.1 หลักการบริหารภาษีอากรที่ดี	102
3.1.1.1 หลักความเป็นธรรม (Equity)	102
3.1.1.2 หลักความแน่นอน (Certainty)	103
3.1.1.3 หลักความสะดวก (Convenience)	103
3.1.1.4 หลักความประหยัด (Economy)	103

3.1.2 หลักเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบ (Substance over form doctrine)	104
3.1.3 หลักการห้ามโอนรายได้ตามกฎหมายภาษีอากรของประเทศสหรัฐอเมริกา	105
3.1.4 หลักเกณฑ์ในการทดสอบความเป็นหนี้หรือทุนตามกฎหมายภาษีอากรของประเทศ ออสเตรเลีย	111
3.1.4.1 ความเป็นมา.....	112
3.1.4.2 วัตถุประสงค์.....	113
3.1.4.3 หลักเกณฑ์ในการทดสอบส่วนได้เสียในรูปของหนี้ (Debt test).....	114
3.1.4.4 หลักเกณฑ์ในการทดสอบส่วนได้เสียในรูปของทุน (Equity test).....	119
3.1.4.5 ผลของการทดสอบความเป็นหนี้หรือความเป็นทุน	121
3.2 หลักเกณฑ์ตามประมวลรัษฎากร	122
3.2.1 ภาษีเงินได้นิติบุคคล	122
3.2.1.1 รายได้และรายจ่ายที่ต้องนำมารวมคำนวณเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล	123
3.2.1.2 การรับรู้รายได้และรายจ่ายตามประมวลรัษฎากร.....	128
3.2.2 ภาษีมูลค่าเพิ่ม	129
3.2.2.1 กิจการที่ต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม.....	130
3.2.2.2 กรณีการขายสินค้า.....	131
3.2.3 ภาษีธุรกิจเฉพาะ	133
3.2.3.1 กิจการที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ	134
3.2.3.2 การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ กรณีการให้กู้ยืมเงิน	135
3.3 หลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	141
3.3.1 สัญญาซื้อขาย.....	141
3.3.1.1 ลักษณะของสัญญาซื้อขาย	141
3.3.1.2 ทรัพย์สินที่ซื้อขายกันได้	142

3.3.2 สัญญากู้ยืมเงิน	146
3.3.2.1 ลักษณะของสัญญากู้ยืมเงิน	146
3.3.2.2 หลักเกณฑ์การกู้ยืมเงิน	148
3.3.3 การโอนสิทธิเรียกร้อง	151
3.3.3.1 ลักษณะของการโอนสิทธิเรียกร้อง.....	151
3.3.3.2 การโอนสิทธิเรียกร้องอันพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้โดยเฉพาะเจาะจง	154
3.3.3.3 ผลของการโอนสิทธิเรียกร้อง.....	158
3.4 หลักเกณฑ์การรับรู้รายการในทางบัญชี	158
3.4.1 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรับรู้รายได้ตามมาตรฐานการบัญชี ฉบับที่ 18	158
3.4.1.1 ความหมายของรายได้.....	158
3.4.1.2 ความหมายของการรับรู้รายได้	159
3.4.1.3 การรับรู้รายได้จากการขายสินค้า	159
3.4.1.4 การวัดมูลค่าของรายได้	160
3.4.2 หลักเกณฑ์การรับรู้รายการขายและรายการเสมือนการขายรายได้ในอนาคต ตาม ร่างแนวปฏิบัติทางการบัญชีสำหรับการรับรู้รายได้ในอนาคต.....	161
3.4.2.1 วัตถุประสงค์	161
3.4.2.2 ขอบเขต 161	
3.4.2.3 เงื่อนไขของการใช้	161
3.4.2.4 รายการขายหรือเสมือนรายการขายรายได้ในอนาคต	162
3.4.2.5 แนวทางในการพิจารณารายการ	163
3.4.2.6 การวัดมูลค่า	163
บทที่ 4 ปัญหาเกี่ยวกับธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณี กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน	165
4.1 ปัญหาเกี่ยวกับลักษณะของธุรกรรมการโอนสิทธิการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต	165

4.1.1 โครงสร้างของธุรกรรม.....	166
4.1.2 ลักษณะของรายได้ในอนาคต.....	167
4.1.3 ข้อกำหนดในสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการเข้าลงทุนของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ..	169
4.1.4 การบอกกล่าวการโอนสิทธิแก่คู่สัญญาของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน.....	174
4.1.5 การโอนกรรมสิทธิ์และความเสี่ยงภัยของรายได้ในอนาคต	174
4.2 ปัญหาการนำบทบัญญัติทั่วไปของประมวลกฎหมายมาปรับใช้กับสัญญาโอนสิทธิในการรับ ประโยชน์จากรายได้ในอนาคต เพื่อจัดเก็บภาษีอากร	175
4.3 ปัญหาเกี่ยวกับการไม่มีมาตรฐานการบัญชีมารองรับธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับ ประโยชน์จากรายได้ในอนาคต	181
บทที่ 5 บทวิเคราะห์เกี่ยวกับธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณี กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน เพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีอากร.....	192
5.1 วิเคราะห์การนำหลักกฎหมายและหลักการต่าง ๆ มาปรับใช้กับสัญญาโอนสิทธิในการรับ ประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน	192
5.1.1 วิเคราะห์การนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับสัญญาโอนสิทธิใน การรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต	193
5.1.1.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการซื้อขาย	193
5.1.1.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการกู้ยืมเงิน	198
5.1.1.3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้อง	202
5.1.2 วิเคราะห์การนำหลักการกำหนดลักษณะนิติกรรมของศาลประเทศสหรัฐอเมริกา ภายใต้ธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์มาปรับใช้กับสัญญาโอนสิทธิใน การรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต	206
5.1.3 วิเคราะห์การนำหลักการทั่วไปทางกฎหมายภาษีอากรในต่างประเทศมาปรับใช้กับ สัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต.....	213
5.1.3.1 หลักเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบ (Substance over form doctrine).....	213
5.1.3.2 หลักการห้ามโอนรายได้ (Assignment of Income doctrine).....	215

5.1.3.3 หลักเกณฑ์ในการทดสอบความเป็นหนี้หรือทุนตามกฎหมายภาษีอากรของ ประเทศออสเตรเลีย.....	216
5.1.4 วิเคราะห์การนำร่างแนวปฏิบัติทางการบัญชีสำหรับการรับรู้รายได้ในอนาคตมา ปรับใช้กับสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต.....	223
5.2 วิเคราะห์การกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการจัดเก็บภาษีอากรสำหรับธุรกรรมการ โอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน	227
5.2.1 วิเคราะห์แนวทางการจัดเก็บภาษีอากรสำหรับธุรกรรมการโอนสิทธิการรับ ประโยชน์จากรายได้ในอนาคตในรูปแบบธุรกรรมทางการเงิน (Financing).....	228
5.2.2 วิเคราะห์แนวทางการจัดเก็บภาษีอากรสำหรับธุรกรรมการโอนสิทธิการรับ ประโยชน์จากรายได้ในอนาคตในรูปแบบธุรกรรมการขายทรัพย์สิน	241
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	248
6.1 บทสรุป.....	248
6.2 ข้อเสนอแนะ.....	254
รายการอ้างอิง	255
ภาคผนวก.....	261
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	291

สารบัญตาราง

ตารางที่ 1 แสดงตัวอย่างรายได้ในอนาคตที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเข้าลงทุน.....	30
ตารางที่ 2 แสดงรายการในงบแสดงฐานะการเงินของ BTSC.....	183
ตารางที่ 3 แสดงรายการในงบกำไรขาดทุนของ BTSC	184
ตารางที่ 4 แสดงรายการในงบดุลของ BTSGIF	184
ตารางที่ 5 แสดงรายการในงบกำไรขาดทุนของ BTSGIF	186
ตารางที่ 6 แสดงรายการในงบแสดงฐานะการเงินของ บี.กริม 1	187
ตารางที่ 7 แสดงรายการในงบแสดงฐานะการเงินของ บี.กริม 2	188
ตารางที่ 8 แสดงรายการในงบแสดงสินทรัพย์และหนี้สินของ ABPIF	189
ตารางที่ 9 แสดงรายการในงบกำไรขาดทุนของ ABPIF.....	189
ตารางที่ 10 แสดงตัวอย่างการคำนวณเงินส่วนต่างที่ถือเป็นต้นทุนทางการเงินตามวิธีเส้นตรง	234
ตารางที่ 11 แสดงตัวอย่างปริมาณการผลิตที่คาดว่าจะเกิดขึ้นและปริมาณการผลิตจริง.....	236
ตารางที่ 12 แสดงตัวอย่างการคำนวณเงินส่วนต่างที่ถือเป็นต้นทุนทางการเงินตามวิธีจำนวนผลผลิต ..	237

สารบัญรูปภาพ

รูปภาพที่ 1 แผนภาพขั้นตอนของการจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน	19
รูปภาพที่ 2 แผนภาพแสดงความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการจัดการ กองทุนรวม โครงสร้างพื้นฐาน	21
รูปภาพที่ 3 แผนภาพแสดงโครงสร้างของ BTSGIF	38
รูปภาพที่ 4 แผนภาพแสดงโครงสร้างของ ABPIF	41
รูปภาพที่ 5 แผนภาพแสดงโครงสร้างของ DIF	47
รูปภาพที่ 6 แผนภาพแสดงโครงสร้างของ BRRGIF	51
รูปภาพที่ 7 แผนภาพแสดงโครงสร้างของ EGATIF	54
รูปภาพที่ 8 แผนภาพแสดงโครงสร้างของการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์	79
รูปภาพที่ 9 แผนภาพแสดงโครงสร้างการทำแพ็คเกจจริง	98
รูปภาพที่ 10 แผนภาพแสดงโครงสร้างของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน	166

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในอดีตที่ผ่านมา แหล่งเงินทุนหลักที่ภาครัฐนำมาใช้ในการลงทุนและพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานของประเทศไทยมาจากงบประมาณแผ่นดินของภาครัฐและการกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินภายในประเทศหรือต่างประเทศ (debt financing) แต่เนื่องจากการดำเนินการดังกล่าวมีข้อจำกัดทางด้านการคลังในเรื่องของงบประมาณแผ่นดินที่มีจำกัดและการกู้ยืมเงินดังกล่าวก่อให้เกิดหนี้สาธารณะ ภาครัฐจึงเริ่มพิจารณาจัดหาแหล่งเงินทุนอื่นมาทดแทนเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว เช่น การระดมทุนจากผู้ลงทุนรายย่อยโดยการออกพันธบัตรของภาครัฐ และเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการลงทุนและพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ โดยการออกกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐที่เรียกว่า Public – Private Partnership : PPP แต่อย่างไรก็ดี การจัดหาแหล่งเงินทุนอื่นมาทดแทนและการเปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมดังกล่าวก็ยังไม่สามารถแก้ปัญหาในเรื่องของแหล่งเงินทุนได้ เนื่องจากการลงทุนและพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานมีลักษณะเป็นโครงการขนาดใหญ่ที่ต้องใช้เงินลงทุนค่อนข้างสูง ภาครัฐและภาคเอกชนจึงต้องจัดหาแหล่งเงินทุนจำนวนมาก ภาครัฐจึงพิจารณาหาทางเลือกใหม่เพื่อเป็นแหล่งเงินทุนในการลงทุนและพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานของภาครัฐและภาคเอกชน ซึ่งได้แก่ การระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure Fund Fundraising) ซึ่งเป็นการระดมทุนในตลาดทุนและมีข้อดีคือ ไม่ก่อให้เกิดหนี้สาธารณะ

กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure Fund) เป็นกองทุนรวมประเภทหนึ่งที่ตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 117 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 (“พระราชบัญญัติหลักทรัพย์ฯ”) ซึ่งบัญญัติว่า “ในการจัดการกองทุนรวม บริษัทหลักทรัพย์จะจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมได้ เมื่อคำขอจัดตั้งกองทุนรวมนั้นได้รับอนุมัติจากสำนักงาน ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการที่คณะกรรมการกำกับตลาดทุนประกาศกำหนด” และโดยผลของมาตรา 124 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ฯ ดังกล่าวกำหนดให้กองทุนรวมที่ได้จดทะเบียนแล้วมีฐานะเป็นนิติบุคคลซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุน (“บริษัทจัดการ”) นำทรัพย์สินของกองทุนรวมไปลงทุนตามโครงการจัดการกองทุนรวมตามที่ได้รับอนุมัติ โดยให้บริษัทจัดการเป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินการของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน นอกจากนี้ คณะกรรมการ

กำกับตลาดทุนยังได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 117 ออกประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทน. 1/2554 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ลงวันที่ 10 มกราคม 2554 กำหนดให้กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อลงทุนในกิจการโครงสร้างพื้นฐานที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะในวงกว้างของประเทศไทย เช่น กิจการขนส่งทางราง ไฟฟ้า ประปา ถนน ทางพิเศษ ท่าอากาศยาน โทรคมนาคม เป็นต้น และกำหนดให้กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานสามารถลงทุนในทรัพย์สินของกิจการโครงสร้างพื้นฐานได้หลายประเภท เช่น กรรมสิทธิ์ สิทธิการเช่า สิทธิสัมปทาน สิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของกิจการโครงสร้างพื้นฐานหรือจะเรียกว่า สิทธิในรายได้ในอนาคต เช่น สิทธิในรายได้ค่าโดยสาร สิทธิในรายได้ค่าผ่านทาง เป็นต้น และจากการศึกษาพบว่า ทรัพย์สินที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนิยมลงทุนในปัจจุบัน คือ สิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ดังจะเห็นได้จาก กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่จัดตั้งขึ้นในปัจจุบันจำนวนทั้งสิ้น 6 กองทุน¹ แต่จะมีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจำนวน 5 กองทุนที่ลงทุนในสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งได้แก่ กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานระบบขนส่งทางราง บีทีเอสโกรท (BTSGIF), กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้าอมตะ บี.กริม เพาเวอร์ (ABPIF), กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโทรคมนาคม ดิจิทัล (DIF), กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้ากลุ่มน้ำตาลบุรีรัมย์ (BRRGIF) และ กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้าพระนครเหนือ ชุดที่ 1 การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (EGATIF)

การเข้าลงทุนในทรัพย์สินประเภทสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต คือ การตกลงเข้าทำสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตหรือจะเรียกว่า สัญญาโอนสิทธิในรายได้ในอนาคต (“สัญญาโอนสิทธิ”) ซึ่งในวันเข้าทำสัญญาโอนสิทธิ ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจะโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของกิจการให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน และกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะนำเงินที่ได้จากการระดมทุนจากผู้ถือหุ้นมาจ่ายเป็นค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ ให้แก่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ต่อมาเมื่อผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานดำเนินกิจการแล้วมีรายได้จากการประกอบกิจการเกิดขึ้น ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานมีหน้าที่ต้องส่งมอบรายได้จากการประกอบกิจการดังกล่าว (ซึ่งหักด้วยรายจ่ายที่เกี่ยวข้อง) ให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาโอนสิทธิฯ นอกจากนี้ สัญญาโอนสิทธิฯ ยังมีการกำหนดหน้าที่ต่างๆ ของ

¹ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, **รายชื่อกองทุน** [ออนไลน์], 15 พฤษภาคม 2561. แหล่งที่มา <http://market.sec.or.th/public/mrap/MRAPDefault.aspx?FUND TYPE=I>

ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานเพียงฝ่ายเดียว มีข้อตกลงที่ห้ามผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานก่อนนี้เพิ่มเติม เพิ่มทุน ลดทุน หรือกระทำการอื่นๆ ที่มีผลกระทบต่อกิจการโครงสร้างพื้นฐานที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานลงทุน ตลอดจนมีการกำหนดเงื่อนไขว่า กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะต้องรับความเสี่ยงเกี่ยวกับรายได้ในอนาคตที่จะเกิดขึ้นเอง โดยไม่มีการประกันรายได้ที่เกี่ยวกับรายได้ในอนาคต นอกเหนือจากสัญญาโอนสิทธิ ดังกล่าว ส่วนใหญ่จะมีการเข้าทำสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานกับผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐาน (เช่น บริษัทแม่ บริษัทในเครือ เป็นต้น) เพิ่มเติม เช่น สัญญาค้ำประกันการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐาน สัญญาจ้างนองทรัพย์สิน หรือสัญญาจำหน่ายหุ้นของผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานเพื่อเป็นการประกันการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาโอนสิทธิ หรือข้อตกลงกระทำหรือไม่กระทำการ เป็นต้น

เมื่อพิจารณาจากลักษณะ รูปแบบและเงื่อนไขของการเข้าทำสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต ระหว่างผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานกับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน และสัญญาอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องแล้วพบว่า ธุรกรรมการโอนสิทธิ ดังกล่าวมีลักษณะที่ค่อนข้างซับซ้อน จึงเกิดปัญหาว่า ควรจะเป็นธุรกรรมประเภทใด เข้าลักษณะเป็นสัญญาซื้อขายหรือเป็นสัญญากู้ยืมเงินหรือไม่ หรือเป็นธุรกรรมอื่นใด ซึ่งลักษณะที่ไม่ชัดเจนของสัญญาโอนสิทธิ ดังกล่าวทำให้เกิดปัญหาในการจัดเก็บภาษีอากรว่า ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานและกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานควรมีภาระภาษีในธุรกรรมดังกล่าวอย่างไร และเนื่องจากในปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติในประมวลรัษฎากรหรือกฎหมายลำดับรองกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการจัดเก็บภาษีอากรสำหรับธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตไว้เป็นการเฉพาะ จึงมีการนำบทบัญญัติซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายภาษีอากรมาปรับใช้ ซึ่งการนำมาปรับใช้ดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาค่อนข้างมากในทางปฏิบัติ โดยมีการตีความธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตในลักษณะที่แตกต่างกันไป ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมและความไม่แน่นอนในการจัดเก็บภาษีซึ่งขัดต่อหลักการบริหารภาษีอากรที่ดี ผู้เขียนจึงเห็นว่า ปัญหานี้เป็นปัญหาข้อกฎหมายและเป็นปัญหาที่มีอาจส่งผลกระทบต่อพัฒนาการกิจการโครงสร้างพื้นฐานของประเทศไทย ซึ่งหากไม่ได้รับการศึกษาและวิเคราะห์เพื่อหาแนวทางในการพิจารณาที่มีความชัดเจนและแน่นอนแล้วจะส่งผลเสียต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐาน กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน และ/หรือ หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

- 1) เพื่อศึกษาความรู้ทั่วไปและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ธุรกิจการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (Securitization) และแฟกเตอร์ริง (Factoring)
- 2) เพื่อศึกษาหลักการบริหารภาษีอากรที่ดี หลักเกณฑ์ตามประมวลรัษฎากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้นิติบุคคล ภาษีมูลค่าเพิ่มกรณีการขายสินค้า และภาษีธุรกิจเฉพาะกรณีการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์
- 3) เพื่อศึกษาหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยสัญญาซื้อขาย สัญญากู้ยืมเงิน และการโอนสิทธิเรียกร้อง
- 4) เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์การรับรู้รายการตามหลักการบัญชี หลักเกณฑ์การรับรู้รายการขายและรายการเสมือนการขายรายได้ในอนาคต ตามร่างแนวปฏิบัติทางการบัญชีสำหรับการรับรู้รายได้ในอนาคต
- 5) เพื่อศึกษาหลักเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบ (Substance over form doctrine) หลักการห้ามโอนรายได้ (Assignment of income doctrine) ตามกฎหมายภาษีอากรของประเทศสหรัฐอเมริกา และหลักเกณฑ์ในการทดสอบความเป็นหนี้หรือทุน (Debt and equity test) ตามกฎหมายภาษีอากรของประเทศออสเตรเลีย
- 6) เพื่อวิเคราะห์ปัญหาและเสนอแนะหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการจัดเก็บภาษีอากรสำหรับธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

ประมวลรัษฎากรควรกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการจัดเก็บภาษีอากรสำหรับการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเป็นรูปแบบธุรกรรมทางการเงิน (Financing) ให้ชัดเจน

1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาเกี่ยวกับการกำหนดลักษณะของธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต และหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการจัดเก็บภาษีอากรสำหรับการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

การศึกษานี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ โดยการศึกษาหาข้อมูลของประเทศไทยและใช้วิธีการศึกษาแบบการวิจัยเอกสาร (Documentary research) โดยจะศึกษาค้นคว้า และรวบรวมข้อมูล วิเคราะห์บทบัญญัติของกฎหมาย หนังสือคำอธิบายกฎหมาย แนวคำพิพากษาของศาล หนังสือตอบข้อหารือของกรมสรรพากร บทความทางวิชาการ ข้อมูลจากเว็บไซต์ต่าง ๆ ทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ และหนังสือต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมถึงการสัมภาษณ์ ตลอดจนการขอคำปรึกษาและคำแนะนำจากอาจารย์

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

- 1) ทำให้ทราบถึงความรู้ทั่วไปและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ธุรกิจการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (Securitization) และแฟกเตอร์ริง (Factoring)
- 2) ทำให้ทราบถึงหลักการบริหารภาษีอากรที่ดี หลักเกณฑ์ตามประมวลรัษฎากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้นิติบุคคล ภาษีมูลค่าเพิ่มกรณีการขายสินค้า และภาษีธุรกิจเฉพาะกรณีการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์
- 3) ทำให้ทราบถึงหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยสัญญาซื้อขาย สัญญากู้ยืมเงิน และการโอนสิทธิเรียกร้อง
- 4) ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์การรับรู้รายการตามหลักการบัญชี หลักเกณฑ์การรับรู้รายการขายและรายการเสมือนการขายรายได้ในอนาคต ตามร่างแนวปฏิบัติทางการบัญชีสำหรับการรับรู้รายได้ในอนาคต
- 5) ทำให้ทราบถึงหลักเนื้อหาสำคัญว่ารูปแบบ (Substance over form doctrine) หลักการห้ามโอนรายได้ (Assignment of income doctrine) ตามกฎหมายภาษีอากรของประเทศสหรัฐอเมริกา และหลักเกณฑ์ในการทดสอบความเป็นหนี้หรือทุน (Debt and equity test) ตามกฎหมายภาษีอากรของประเทศออสเตรเลีย
- 6) ทำให้ทราบถึงปัญหาและเสนอแนะหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการจัดเก็บภาษีอากรสำหรับธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

บทที่ 2

ความรู้ทั่วไปและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน และธุรกรรมทางการเงินอื่นๆ

กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure Fund) เป็นกองทุนรวมประเภทหนึ่งที่ตั้งขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานของประเทศไทย โดยถือเป็นเครื่องมือทางการเงินในการระดมทุนในตลาดทุนรูปแบบหนึ่งของผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐาน ไม่ว่าจะเป็นของภาคเอกชนหรือภาครัฐ นอกจากนี้ยังเป็นทางเลือกในการลงทุน (Alternative Investment) ของนักลงทุนที่มีความต้องการจะลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานของประเทศไทย

ในบทนี้จะมุ่งศึกษาถึงความเป็นมาและวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน หลักเกณฑ์เกี่ยวกับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน การลงทุนในสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน และธุรกรรมทางการเงินที่มีลักษณะเทียบเคียงกับการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ทั้งนี้ ผู้เขียนมุ่งให้เข้าใจและเห็นภาพรวมของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน เพื่อเป็นพื้นฐานในการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ในบทต่อไป โดยขอกล่าวเป็นลำดับดังนี้

2.1 ความเป็นมาและวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

2.1.1 ความเป็นมาและวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานในต่างประเทศ

ในช่วงทศวรรษ 1990 ประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศแรกที่ได้นำแนวคิดที่จะให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการลงทุนโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ โดยใช้วิธีการระดมทุนในรูปแบบของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure Fund Model) เนื่องจากในขณะนั้นรัฐบาลออสเตรเลียมีภาระหนี้สาธารณะอยู่ในระดับสูง จึงคิดหาวิธีการระดมทุนรูปแบบใหม่เป็นการทดแทน

ซึ่งแนวคิดนี้ได้เริ่มแพร่หลายออกไปอย่างกว้างขวาง มีหลายประเทศที่นำวิธีการระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานไปปรับใช้กับประเทศของตน²

จากการศึกษาพบว่า ปัจจุบันกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานในประเทศออสเตรเลียก็ยังคงถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการลงทุนในกิจการโครงสร้างพื้นฐาน โดยอาจจัดตั้งในรูปแบบของกองทุนรวมหรือรูปแบบที่เป็นกองทรัสต์ผสมกับบริษัทที่เรียกว่า “Stapled Securities” กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานในประเทศออสเตรเลียจะลงทุนในทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐานประเภทหุ้นหรือตราสารหนี้ของบริษัทที่ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน โดยไม่ปรากฏว่า มีการลงทุนในสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของกิจการโครงสร้างพื้นฐานแต่อย่างใด

สำหรับประเทศอื่นๆ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะจัดตั้งขึ้นในรูปแบบของ Investment company และจะลงทุนในทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐานประเภทหุ้นของบริษัทที่ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน โดยไม่ปรากฏว่า มีการลงทุนในสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของกิจการโครงสร้างพื้นฐานเช่นกัน

ในขณะที่ประเทศไทย กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะจัดตั้งขึ้นในรูปแบบของกองทุนรวมและระดมทุนโดยการออกหน่วยลงทุนเสนอขายต่อผู้ลงทุนและสามารถลงทุนในทรัพย์สินของกิจการโครงสร้างพื้นฐานได้หลากหลายประเภท เช่น กรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง สิทธิในสัญญาสัมปทาน สิทธิเรียกร้องตามสัญญาต่างๆ หุ้นหรือตราสารหนี้ของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน รวมถึงสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน เป็นต้น ซึ่งผู้เขียนจะขออธิบายในหัวข้อต่อไป

2.1.2 ความเป็นมาและวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานในประเทศไทย

ในอดีตที่ผ่านมา แหล่งเงินทุนหลักที่นำมาใช้ในการลงทุนและพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานของประเทศไทยมาจากงบประมาณแผ่นดินประจำปีของรัฐบาล แต่เนื่องด้วยมีข้อจำกัดทางการคลังในการลงทุนของภาครัฐ จึงทำให้รัฐบาลต้องอาศัยการกู้ยืมเงินจากภาคเอกชน (debt

² สุชาวุฒิ ธรรมวรพล, “กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน : ทางเลือกใหม่ของการระดมทุนเพื่อพัฒนาประเทศ,” วารสารการเงินการคลัง 27, ฉบับที่ 83 (เมษายน-มิถุนายน 2558): 61-63.

financing)³ แต่ทั้งนี้ การกู้ยืมเงินของรัฐบาลก็ไม่อาจดำเนินการได้เต็มพิกัดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เนื่องจากต้องคำนึงถึงหลักความยั่งยืนทางการคลัง (fiscal sustainability rules) ประกอบด้วย จึงทำให้สัดส่วนการลงทุนของภาครัฐเพื่อพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานของประเทศมีจำนวนที่ค่อนข้างจำกัด ภาครัฐจึงเริ่มพิจารณาจัดหาแหล่งเงินทุนอื่นมาทดแทน ซึ่งที่ผ่านมา ภาครัฐได้ดำเนินการหาแนวทางเพิ่มรายได้ของภาครัฐ เพิ่มบทบาทการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและภาคเอกชน (Public – Private Partnership : PPP) โดยออกกฎหมายให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการลงทุนของภาครัฐ ซึ่งได้มีโครงการที่ถูกจัดตั้งขึ้นจำนวนมาก รวมถึงการจำหน่ายหลักทรัพย์ของภาครัฐ ไม่ว่าจะเป็นตั๋วเงินคลังหรือพันธบัตรรัฐบาล⁴ แต่ด้วยข้อจำกัดต่างๆ ทำให้ภาครัฐเริ่มพิจารณาถึงวิธีการระดมทุนรูปแบบใหม่ ซึ่งได้แก่ การระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure fund)

แนวคิดในการระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานของประเทศไทยเกิดขึ้นในปี พ.ศ.2551 โดยเริ่มแรกสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (“สำนักงาน ก.ล.ต.”) ได้ยกร่างหลักเกณฑ์ในการอนุญาตให้จัดตั้งและจัดการกองทุนรวมสาธารณูปโภค (Infrastructure fund) เพื่อขอรับฟังความคิดเห็นจากผู้ประกอบการจัดการลงทุนและประชาชนทั่วไปเกี่ยวกับการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมสาธารณูปโภคดังกล่าว ซึ่งสำนักงาน ก.ล.ต. ได้อธิบายถึงวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งกองทุนรวมสาธารณูปโภคดังกล่าวไว้ว่า⁵

“ด้วยสำนักงานได้เล็งเห็นถึงความจำเป็นของโครงการสาธารณูปโภคต่อการพัฒนาเศรษฐกิจ และสังคมของประเทศ ในขณะที่การพัฒนาโครงการสาธารณูปโภคของประเทศไทยในปัจจุบันเป็นไปอย่างจำกัด เนื่องจากยังมีข้อจำกัดด้านแหล่งเงินทุนอีกมาก ทั้งนี้ ในภูมิภาคเอเชียและทั่วโลก กองทุนรวมสาธารณูปโภค (Infrastructure fund) เป็นเครื่องมือในตลาดทุนเพื่อการพัฒนาโครงการสาธารณูปโภคที่ประสบความสำเร็จมาแล้ว เช่น ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ สิงคโปร์ เกาหลีใต้ และแคนาดา

³ สุชาวุฒิ ธรรมวรพล, “กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน : ทางเลือกใหม่ของการระดมทุนเพื่อพัฒนาประเทศ,” วารสารการเงินการคลัง 27: 61-63.

⁴ นิภัทร์ ชมบ้านแพ้ว, “กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure Fund) อีกหนึ่งทางเลือกในการลงทุนของภาครัฐ,” วารสารการเงินการคลัง 24, ฉบับที่ 73 (ตุลาคม-ธันวาคม 2555): 88.

⁵ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, “เอกสารรับฟังความคิดเห็น ที่ อ.น. 13/2551 เรื่อง การอนุญาตให้จัดตั้งและจัดการกองทุนรวมสาธารณูปโภค (Infrastructure Fund),” 2551.

สำนักงานจึงมีแนวคิดที่จะผลักดันให้ตลาดทุนมีบทบาทเพิ่มมากขึ้นในการเป็นแหล่งเงินทุนในการพัฒนาโครงการสาธารณูปโภคต่างๆ ของประเทศไทย โดยจะอนุญาตให้จัดตั้งและจัดการกองทุนรวมสาธารณูปโภค โดยมีวัตถุประสงค์คือ

- 1) เพื่อเพิ่มทางเลือกแก่ผู้ลงทุนให้สามารถรับประโยชน์จากรายได้ในทรัพย์สินโครงการสาธารณูปโภคที่มีลักษณะเป็นการลงทุนเพื่อสร้างผลตอบแทนในระยะยาว
- 2) เพื่อให้กองทุนรวมสาธารณูปโภคเป็นแหล่งเงินทุนในการพัฒนาโครงสร้างสาธารณูปโภคต่างๆ ของประเทศไทย อันเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ
- 3) พัฒนาตลาดทุนและตลาดหลักทรัพย์ของไทย โดยเป็นการเพิ่มผลิตภัณ์ใหม่ๆ ในตลาดทุนให้มีความหลากหลายมากขึ้น และนำเข้าจดทะเบียนเพื่อเพิ่มมูลค่าทางตลาด (Market Capitalization) ของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย”

ต่อมาสำนักงาน ก.ล.ต. ได้แก้ไขชื่อเรียกภาษาไทยจากเดิม “กองทุนรวมสาธารณูปโภค” เป็น “กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน” และได้ออกประกาศคณะกรรมการตลาดทุนที่ ทน. 1/2554 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานดังกล่าว โดยสำนักงาน ก.ล.ต. ได้อธิบายถึงวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานว่า⁶

“จากภาวะวิกฤตสินเชื่อที่อยู่อาศัยในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีผลกระทบต่อภาวะเศรษฐกิจของประเทศไทยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ แนวทางสำคัญประการหนึ่งที่จะช่วยกระตุ้นภาวะเศรษฐกิจฟื้นตัวได้คือ การกระตุ้นให้มีการลงทุนขนาดใหญ่เกิดขึ้น โดยโครงการลงทุนควรจะคำนึงถึงความจำเป็นของประเทศและเป็นโครงการที่ช่วยให้ประเทศมีความได้เปรียบในการแข่งขันมากขึ้นในระยะยาว ซึ่งการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานน่าจะก่อให้เกิดประโยชน์ดังกล่าว

อย่างไรก็ดี ภาคเอกชนมีข้อจำกัดในเรื่องการลงทุนเนื่องจากถูกกระทบจากวิกฤตเศรษฐกิจโลก ในขณะที่การลงทุนของภาครัฐก็มีข้อจำกัดด้านงบประมาณและการกู้ยืม ส่วนทางด้านผู้ออมหรือผู้ลงทุนมีทางเลือกในการออมและการลงทุนที่จำกัดภายใต้ภาวะดอกเบี้ยต่ำ ทำให้ต้องแสวงหาทางเลือกในการลงทุนเพิ่มเติม ดังนั้น คณะกรรมการ ก.ล.ต. และคณะกรรมการกำกับตลาด

⁶ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, “เอกสารรับฟังความคิดเห็น ที่ อ.น. 11/2554 เรื่อง ร่างประกาศที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure Fund),” 2554.

ทุนจึงได้อนุมัติให้มีการจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure fund) โดยจะเป็นการระดมทุนจากผู้ออมหรือผู้ลงทุนเพื่อนำมาพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศ ซึ่งจะเป็นทางเลือกหนึ่งในการระดมทุนที่จะช่วยแบ่งเบาภาระงบประมาณและการกู้ยืมของภาครัฐ ในขณะที่เดียวกันก็จะเป็นการเพิ่มทางเลือกในการลงทุนในตลาดทุนให้แก่ผู้ออมหรือผู้ลงทุนมากขึ้น”

จากที่กล่าวไว้ข้างต้น จึงสรุปได้ว่า วัตถุประสงค์หลักในการจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานของประเทศไทยมีขึ้นเพื่อแก้ไขข้อจำกัดในเรื่องการขาดแหล่งเงินทุนในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานของประเทศไทยเป็นสำคัญ

2.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

2.2.1 ลักษณะทั่วไปของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure fund) เป็นกองทุนรวม* ประเภทหนึ่งที่ตั้งขึ้นเพื่อระดมทุนจากผู้ลงทุนทั่วไป เพื่อนำไปใช้พัฒนากิจการโครงสร้างพื้นฐานของประเทศไทย เช่น กิจการไฟฟ้า ประปา ทางพิเศษ โทรคมนาคม เป็นต้น ไม่ว่าจะเป็โครงการของภาครัฐหรือภาคเอกชน โดยกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะต้องระบุเฉพาะเจาะจงว่า จะนำเงินไปลงทุนในกิจการโครงสร้างพื้นฐานประเภทใดบ้าง⁷

กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะมีรูปแบบของการลงทุนที่คล้ายคลึงกับกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ประเภทกอง 1 (Property Fund)** เนื่องจากเป็นตราสารทางการเงินประเภทกองทุนรวมเหมือนกัน และมีหลักการและกลไกในการทำงานในลักษณะเดียวกัน กล่าวคือ เริ่มจากการระดมทุนจากผู้ลงทุนทั่วไป หลังจากนั้นนำเงินที่ได้รับจากการเสนอขายหน่วยลงทุนไปจัดการ

*กองทุนรวม คือ โครงการลงทุนที่จัดตั้งและบริหารจัดการโดยบริษัทจัดการนำเงินของผู้ซื้อหน่วยลงทุนหลายๆ รายมารวมกันและลงทุนในตราสารทางการเงิน หลักทรัพย์ หรือทรัพย์สินตามที่ระบุไว้ในโครงการลงทุน เพื่อสร้างผลตอบแทนให้แก่กองทุนรวม จากนั้นจึงนำผลตอบแทนได้มาเฉลี่ยกลับคืนให้แก่ผู้ซื้อหน่วยลงทุนตามสัดส่วนการลงทุนในกองทุนรวมนั้น

⁷ ศูนย์ส่งเสริมการพัฒนาความรู้ตลาดทุน ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, ตลาดการเงินและการลงทุนในหลักทรัพย์, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพมหานคร: ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2557), หน้า 552.

**กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ประเภทกอง 1 เป็นกองทุนรวมประเภทหนึ่งที่บริษัทจัดการจัดตั้งขึ้นเพื่อระดมเงินทุนจากผู้ลงทุนทั่วไป ซึ่งเงินที่ได้จากการจำหน่ายหน่วยลงทุนจะนำไปลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ผ่านการถือครองกรรมสิทธิ์หรือสิทธิการเช่า โดยอสังหาริมทรัพย์ที่ลงทุนจะต้องเป็นสินทรัพย์ที่สามารถสร้างรายได้ค่าเช่าให้แก่กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์

ลงทุนในสินทรัพย์ที่สามารถสร้างรายได้สม่ำเสมอ รายได้ที่รับเข้ามาหลังจากหักค่าใช้จ่ายในการจัดการสินทรัพย์และค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการกองทุนจะนำมาจ่ายเป็นผลตอบแทนให้กับนักลงทุนในรูปแบบของส่วนแบ่งกำไรหรือเงินปันผล อย่างไรก็ตาม เนื่องจากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานถูกสร้างขึ้นมาเพื่อใช้เป็นช่องทางในการระดมทุนเพื่อพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานของประเทศไทย จึงมีข้อกำหนดที่แตกต่างจากกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์กอง 1 ดังนี้⁸

1) ขนาดของกองทุน กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะต้องมีขนาดของกองทุนไม่น้อยกว่า 2,000 ล้านบาท ในขณะที่กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์กอง 1 จะต้องมีขนาดของกองทุนไม่น้อยกว่า 500 ล้านบาท

2) กิจกรรมที่สามารถเข้าไปลงทุน กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะต้องลงทุนในกิจกรรมโครงสร้างพื้นฐานตามที่สำนักงาน ก.ล.ต. กำหนดไว้ 12 ประเภท เช่น กิจกรรมระบบขนส่งทางรางหรือทางท่อ ไฟฟ้า ประปา ถนน ทางพิเศษหรือทางสัมปทาน ท่าอากาศยานหรือสนามบิน ท่าเรือ น้ำลึก โทรคมนาคม พลังงานทางเลือก เป็นต้น ในขณะที่กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์กอง 1 จะลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่สำนักงาน ก.ล.ต. อนุญาตให้ลงทุนได้ 8 ประเภท (เป็นสินทรัพย์ที่สามารถสร้างรายได้จากค่าเช่าได้อย่างสม่ำเสมอ) เช่น อาคารสำนักงาน อาคารศูนย์การค้า อาคารโรงงานอุตสาหกรรมให้เช่า(ต้องตั้งอยู่ในนิคมอุตสาหกรรม เขตอุตสาหกรรมหรือสวนอุตสาหกรรม) อาคารโกดังสินค้า อาคารที่พักอาศัย (ทั้งอาคารสูงและแนวราบ) อาคารโรงแรม อาคารศูนย์ประชุม เป็นต้น

3) รูปแบบการครอบครองทำประโยชน์ในทรัพย์สิน กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีความยืดหยุ่นมากกว่า กล่าวคือ กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานสามารถถือครองกรรมสิทธิ์สิทธิครอบครอง สิทธิการเช่า สิทธิสัมปทาน สิทธิในการได้รับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต สิทธิเรียกร้องตามสัญญาซื้อขายติดตั้งเครื่องจักรอุปกรณ์ หุ่นหรือตราสารหนี้ เป็นต้น ในขณะที่กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์กอง 1 ทำได้เพียงการถือครองกรรมสิทธิ์ (Freehold) หรือสิทธิการเช่า (Leasehold) ในอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น

4) สิทธิประโยชน์ทางภาษีอากร กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีสิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีในแง่ของผู้ลงทุนเหนือกว่ากองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์กอง 1 กล่าวคือ เงินที่กองทุนรวมรวมโครงสร้างพื้นฐานจ่ายให้แก่ผู้ลงทุนจะได้รับยกเว้นภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา (กรณีผู้ลงทุนเป็นบุคคลธรรมดา) และภาษีเงินได้นิติบุคคล (กรณีผู้ลงทุนเป็นนิติบุคคล) ตามหลักเกณฑ์และระยะเวลาที่

⁸ เท็ดศักดิ์ ทวีธีระธรรม, กองทุน กองทรัสต์ ทางลัดมั่งคั่งอสังหา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2560), หน้า 185-191.

สำนักงาน ก.ล.ต. กำหนด ในขณะที่กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์กอง 1 ไม่ได้รับยกเว้นภาษีเงินได้ สำหรับเงินปันผลแก่ผู้ลงทุน

2.2.2 กิจการโครงสร้างพื้นฐาน

กิจการโครงสร้างพื้นฐานที่ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานสามารถนำมาระดมทุนได้จะต้องเป็นกิจการโครงสร้างพื้นฐานที่เป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในวงกว้างของประเทศไทย* ตามหลักเกณฑ์ที่สำนักงาน ก.ล.ต. กำหนด ซึ่งได้แก่ กิจการดังต่อไปนี้⁹

- 1) ระบบขนส่งทางราง หรือทางท่อ (เช่น กิจการรถไฟ รถไฟฟ้า เป็นต้น)
- 2) ไฟฟ้า (เช่น กิจการโรงไฟฟ้า เป็นต้น)
- 3) ประปา
- 4) ถนน ทางพิเศษ หรือทางสัมปทาน
- 5) ท่าอากาศยานหรือสนามบิน
- 6) ท่าเรือน้ำลึก
- 7) โทรคมนาคม หรือโครงสร้างพื้นฐานด้านเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร
- 8) พลังงานทางเลือก

*กิจการโครงสร้างพื้นฐานที่เป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในวงกว้างของประเทศไทยหมายความรวมถึงกิจการที่เข้าลักษณะดังนี้

- 1) กิจการที่จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการแก่ประชาชนในวงกว้าง ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมผ่านผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานอื่น
- 2) กิจการโครงสร้างพื้นฐานที่การดำเนินการเป็นผลทำให้ประชาชนในวงกว้างได้รับประโยชน์ทางอ้อมในด้านสุขอนามัย ด้านสิ่งแวดล้อมที่ดี และด้านความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน
- 3) กิจการที่จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการทั้งหมดแก่ภาครัฐ
- 4) กิจการที่จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนแก่ภาครัฐกิจการเอกชนในวงกว้าง ซึ่งการจำหน่ายหรือให้บริการนั้นไม่มีลักษณะเป็นการจำกัดเฉพาะแก่ภาครัฐกิจการเอกชนรายใดรายหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ทั้งนี้ ในขณะที่ยื่นคำขอ ต้องไม่ปรากฏว่าภาครัฐกิจการเอกชนรายใดรายหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งซื้อสินค้าหรือใช้บริการเกินกว่าหนึ่งในสามของกำลังการผลิตหรือการให้บริการสูงสุดของกิจการโครงสร้างพื้นฐานนั้น เว้นแต่จะแสดงได้ว่า การเกินอัตราส่วนดังกล่าวเป็นไปตามลักษณะของอุตสาหกรรมกิจการโครงสร้างพื้นฐานนั่นเอง ที่ผู้ซื้อสินค้าหรือใช้บริการมีจำนวนน้อยราย และไม่มีภารกิจติดกันบุคคลอื่นที่จะเข้าซื้อสินค้าหรือใช้บริการของกิจการโครงสร้างพื้นฐานนั้น

⁹ ตามข้อ 1 (4) ของประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทน.1/2554 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (ฉบับประมวล) ลงวันที่ 10 มกราคม 2554.

- 9) ระบบบริหารจัดการน้ำ หรือการชลประทาน
- 10) ระบบป้องกันภัยธรรมชาติ ซึ่งรวมถึงระบบเตือนภัยและระบบจัดการเพื่อลดความรุนแรงของภัยธรรมชาติที่เกิดขึ้นด้วย
- 11) ระบบจัดการของเสีย
- 12) กิจกรรมที่มีลักษณะเป็นกิจการโครงสร้างพื้นฐานตามที่กล่าวไว้ข้างต้นหลายกิจการ (multi-infrastructure) ประกอบกัน โดยกิจการเหล่านั้นเข้าลักษณะที่ครบถ้วนดังนี้
 - 12.1) มีความเชื่อมโยง ส่งเสริม หรือก่อให้เกิดประโยชน์ซึ่งกันและกัน หรือต่อชุมชนเดียวกันหรือใกล้เคียงกัน
 - 12.2) ก่อให้เกิดหรือจะก่อให้เกิดรายได้เป็นมูลค่าไม่น้อยกว่าร้อยละ 80 ของรายได้รวมของกิจการทั้งหมดที่ประกอบกันนั้น

ทั้งนี้ กิจการโครงสร้างพื้นฐานดังกล่าวอาจเป็นโครงการที่สร้างเสร็จและมีรายรับจากการดำเนินงานแล้ว ที่เรียกว่า “Brownfield project” หรือเป็นโครงการที่อยู่ระหว่างการก่อสร้างที่ยังไม่แล้วเสร็จ ที่เรียกว่า “Greenfield project” แต่ทั้งนี้ สำนักงาน ก.ล.ต. ได้กำหนดเงื่อนไขว่า กรณีที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานลงทุนในทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐานที่เป็นโครงการที่สร้างเสร็จแล้ว จะต้องเสนอขายหน่วยลงทุนทั้งหมดต่อผู้ลงทุนทั่วไป แต่หากเป็นกรณีที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานลงทุนในทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐานที่เป็นโครงการที่ยังไม่แล้วเสร็จนั้น การเสนอขายหน่วยลงทุนแก่ผู้ลงทุนทั่วไปจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่สำนักงาน ก.ล.ต. กำหนด (กล่าวคือ กรณีลงทุนในโครงการดังกล่าวไม่เกินร้อยละ 30 ของมูลค่าทรัพย์สินรวมของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน จะต้องเสนอขายหน่วยลงทุนต่อผู้ลงทุนทั่วไป โดยมีจำนวนผู้ถือหน่วยลงทุนไม่ต่ำกว่า 500 ราย แต่หากเป็นกรณีลงทุนในโครงการดังกล่าวเกินร้อยละ 30 ของมูลค่าทรัพย์สินรวมของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน จะต้องเสนอขายต่อผู้ลงทุนรายใหญ่เท่านั้น โดยมีจำนวนผู้ถือหน่วยลงทุนไม่ต่ำกว่า 35 รายและซื้อหน่วยลงทุนตั้งแต่ 10 ล้านบาทขึ้นไป) เนื่องจากการลงทุนในโครงการที่ยังไม่แล้วเสร็จจะมีความเสี่ยงมากกว่าโครงการที่สร้างเสร็จและมีรายรับจากการดำเนินงานแล้ว เช่น ความเสี่ยงจากการไม่มีผู้ใช้บริการกิจการโครงสร้างพื้นฐานในช่วงแรก ความเสี่ยงของค่าก่อสร้างที่เกินกว่าที่คาดไว้ และความเสี่ยงจากโครงการล่าช้า เป็นต้น¹⁰ ทั้งนี้ ลักษณะของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานดังกล่าวจะถูกกำหนดไว้ในโครงการจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

¹⁰ สุมาลี สถิตชัยเจริญและมยุร บุญยะรัตน์, “มาตรการภาษีและค่าธรรมเนียมของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure Fund),” วารสารการเงินการคลัง 74, มกราคม – มีนาคม 2556, หน้า 49.

2.2.3 ทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐาน

กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะต้องมีนโยบายการลงทุนในทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐานดังต่อไปนี้¹¹ เป็นหลัก โดยจะต้องคิดเป็นมูลค่าไม่น้อยกว่าร้อยละ 75 ของมูลค่าทรัพย์สินรวมของกองทุนรวม

1) กรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง สิทธิการเช่าในที่ดิน อาคาร สิ่งปลูกสร้าง เครื่องจักร อุปกรณ์ ตลอดจนทรัพย์สินอื่นใดที่เกี่ยวข้องเพื่อใช้ในการประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ทั้งนี้ เพื่อนำไปหาประโยชน์โดยการให้เช่าทรัพย์สิน และ/หรือ ให้ดำเนินการ ซึ่งปัจจุบันมีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่ลงทุนในทรัพย์สินประเภทกรรมสิทธิ์ 2 กองทุน ได้แก่ กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโทรคมนาคม ดิจิทัล (DIF) ซึ่งลงทุนในกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเสาโทรคมนาคมและระบบใยแก้วนำแสงหลัก และกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานบรอดแบนด์อินเทอร์เน็ต จัสมิน (JASIF) ซึ่งลงทุนในเส้นใยแก้วนำแสง

2) สิทธิสัมปทานในการประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะสามารถลงทุนในทรัพย์สินประเภทนี้ได้ในกรณีที่สิทธิสัมปทานนั้น ๆ ไม่มีข้อจำกัดในเรื่องการโอนสิทธิ

3) สิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน หรือที่เกิดขึ้นจากการบริหารจัดการกิจการโครงสร้างพื้นฐาน หรือการบริหารจัดการทรัพย์สินอื่นใดที่ได้จากการประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน หรือสิทธิตามสัญญาแบ่งรายได้ในอนาคตของกิจการโครงสร้างพื้นฐานหรือที่เกิดขึ้นจากการบริหารจัดการกิจการโครงสร้างพื้นฐาน หรือการบริหารจัดการทรัพย์สินอื่นใดที่ได้จากการประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งปัจจุบันมีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่ลงทุนในทรัพย์สินประเภทสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต ได้แก่ กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานระบบขนส่งมวลชนทางราง บีทีเอสโกรท (BTSGIF) ซึ่งลงทุนในสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้สุทธิที่จะเกิดขึ้นจากการดำเนินงานระบบรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนกรุงเทพฯสายหลัก, กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้าอมตะ บี.กริม เพาเวอร์ (ABPIF) ซึ่งลงทุนในสิทธิในการรับประโยชน์จากผลประโยชน์จากการประกอบกิจการโรงไฟฟ้า, กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโทรคมนาคม ดิจิทัล (DIF) ซึ่งลงทุนในสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้สุทธิจากทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐานประเภทโทรคมนาคม, กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้ากลุ่มน้ำตาลบุรีรัมย์ (BRRGIF) ซึ่งลงทุนในสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้สุทธิจากการประกอบกิจการโรงไฟฟ้าชีวมวล

¹¹ ตามข้อ 1 (3) ของประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทน.1/2554 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (ฉบับประมวล) ลงวันที่ 10 มกราคม 2554.

และกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน โรงไฟฟ้าพระนครเหนือ ชุดที่ 1 การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (EGATIF) ซึ่งลงทุนในสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ค่าความพร้อมจ่ายของโรงไฟฟ้าพระนครเหนือชุดที่ 1

4) สิทธิเรียกร้องตามสัญญาซื้อขายติดตั้งเครื่องจักรอุปกรณ์ หรือสัญญาก่อสร้าง หรือสัญญาซื้อขายผลิตภัณฑ์หรือบริการของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน

5) หุ้นที่ออกโดยบริษัทที่มีลักษณะที่ครบถ้วนนี้

5.1) บริษัทที่มีการลงทุนในทรัพย์สินดังกล่าวข้างต้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละ 75 ของมูลค่าทรัพย์สินรวมของบริษัทดังกล่าว หรือบริษัทที่มีรายได้จากการจัดหาผลประโยชน์จากทรัพย์สินดังกล่าวไม่น้อยกว่าร้อยละ 75 ของรายได้รวมในแต่ละบัญชี และ

5.2) บริษัทที่มีกองทุนรวมเป็นผู้ถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 75 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมดของบริษัทนั้นและเกินกว่าร้อยละ 75 ของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัทนั้น

6) ตราสารหนี้ที่ออกโดยบริษัทในข้อ 5) หรือสัญญาที่มีลักษณะเป็นการให้กู้ยืมเงินแก่บริษัทในข้อ 5) ทั้งนี้ เฉพาะในกรณีที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทดังกล่าวแล้ว

ทั้งนี้ กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะลงทุนในทรัพย์สินของกิจการโครงสร้างพื้นฐานดังกล่าวข้างต้นเพียงประเภทเดียวหรือลงทุนหลายประเภทประกอบกันก็ได้ (เช่น กรณีของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโทรคมนาคม ดิจิทัล (DIF) ซึ่งลงทุนในทรัพย์สิน 2 ประเภท ได้แก่ กรรมสิทธิ์และสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต) นอกเหนือจากการลงทุนในทรัพย์สินหลักดังกล่าวข้างต้นแล้ว กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานอาจลงทุนในหลักทรัพย์รองอื่น ๆ ด้วย (เช่น พันธบัตรรัฐบาล ตัวเงินคลัง เป็นต้น) ทั้งนี้ ตามประเภทและอัตราส่วนการลงทุนที่สำนักงาน ก.ล.ต. กำหนด

จากที่กล่าวไว้ข้างต้น จะเห็นได้ว่า ในปัจจุบัน กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่ได้จัดตั้งขึ้นในประเทศไทยส่วนใหญ่จะลงทุนในทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐานประเภทสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต

2.2.4 การจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

เนื่องจากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเป็นกองทุนรวมประเภทหนึ่งภายใต้พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของสำนักงาน ก.ล.ต. ดังนั้น ในการจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนั้น จึงต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่สำนักงาน ก.ล.ต. กำหนด กล่าวคือ ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทน. 1/2554 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ลงวันที่ 10 มกราคม 2554 ซึ่งกำหนดไว้ว่า บริษัทจัดการจะต้องร่วมกับที่ปรึกษาทางการเงินทำการวิเคราะห์และศึกษาความเป็นไปได้ของการจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน รวมทั้งตรวจสอบและสอบทาน (Due diligence) ทรัพย์สินของกิจการโครงสร้างพื้นฐานที่จะลงทุน เช่น ข้อมูลด้านการเงิน ประเด็นทางกฎหมาย เป็นต้น ตลอดจนร่วมกันจัดทำเอกสารหลักฐานดังต่อไปนี้เพื่อยื่นคำขออนุมัติจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานต่อสำนักงาน ก.ล.ต.

- รายละเอียดโครงการจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน และเอกสารประกอบต่าง ๆ ซึ่งได้แก่ สรุปสาระสำคัญของร่างสัญญาที่ทำให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน, รายงานการประเมินค่าทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐานที่จะลงทุน, เอกสารแสดงความเห็นของบริษัทจัดการและที่ปรึกษาทางการเงิน, ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญอิสระเกี่ยวกับเทคโนโลยีที่ใช้กับกิจการโครงสร้างพื้นฐาน และเอกสารแสดงข้อมูลว่า กิจการโครงสร้างพื้นฐานที่เข้าทำธุรกรรมกับกองทุนรวมฯ มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินกิจการของรัฐหรือไม่

- ร่างข้อผูกพันระหว่างผู้ถือหุ้นรายลงทุนกับบริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุน
- ร่างสัญญาแต่งตั้งผู้ดูแลผลประโยชน์ของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน
- ร่างหนังสือชี้ชวน
- เอกสารหลักฐานอื่นใดที่สำนักงาน ก.ล.ต. กำหนด

โดยสำนักงาน ก.ล.ต. จะแจ้งผลการพิจารณาคำขออนุมัติจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานภายใน 165 วันนับแต่วันที่ได้รับคำขอฯ พร้อมเอกสารหลักฐานครบถ้วน ทั้งนี้ ใน การพิจารณาคำขอฯ ดังกล่าว สำนักงาน ก.ล.ต. จะพิจารณาว่า กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่ยื่นขอจัดตั้งดังกล่าวมีลักษณะที่สำคัญเป็นไปตามที่ประกาศที่ ทน. 1/2554 กำหนดไว้หรือไม่

ลักษณะที่สำคัญของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่จะขออนุมัติจัดตั้ง มีดังนี้¹²

1) กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานต้องเป็นกองทุนรวมประเภทไม่รับซื้อคืนหน่วยลงทุนหรือกองทุนปิด (Closed-end Fund) เว้นแต่เป็นการรับซื้อคืนหน่วยลงทุนตามที่ระบุไว้อย่างชัดเจนในโครงการจัดการกองทุนรวม ซึ่งบริษัทจัดการสามารถแสดงได้ว่าการรับซื้อคืนหน่วยลงทุนดังกล่าวจะไม่กระทบต่อความอยู่รอดของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

2) ชื่อของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะต้องมีคำว่า “กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน” นำหน้า และคำแสดงประเภทกิจการโครงสร้างพื้นฐานที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะลงทุน

3) มีเงินทุนโครงการไม่ต่ำกว่า 2,000 ล้านบาท และมีนโยบายที่จะลงทุนในทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐานรวมกันไม่น้อยกว่า 1,500 ล้านบาท โดยในกรณีที่มีนโยบายจะลงทุนในทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐานของกิจการโครงสร้างพื้นฐานหลายโครงการ มูลค่าการลงทุนในแต่ละโครงการต้องไม่น้อยกว่า 1,000 ล้านบาท เว้นแต่เป็นกรณีดังนี้

3.1) การลงทุนในกิจการไฟฟ้า ต้องมีมูลค่าการลงทุนในแต่ละโครงการไม่น้อยกว่า 500 ล้านบาท

3.2) การลงทุนในกิจการโครงสร้างพื้นฐานที่มีหลายกิจการ (multi-infrastructure) ประกอบกัน ต้องมีมูลค่าการลงทุนในแต่ละกิจการที่ประกอบกันนั้น ไม่น้อยกว่า 500 ล้านบาท

4) หน่วยลงทุนของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานต้องมีมูลค่าที่ตราไว้เป็นมูลค่าเท่ากัน และในกรณีที่มีการแบ่งชนิดของหน่วยลงทุน ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่สำนักงาน ก.ล.ต. กำหนด

5) มีนโยบายลงทุนในทรัพย์สินของกิจการโครงสร้างพื้นฐานเป็นหลักและกิจการโครงสร้างพื้นฐานต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนในวงกว้างของประเทศไทย

6) ในขณะที่ยื่นขออนุมัติจัดตั้ง หากมีทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐานที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะลงทุนแน่นอนแล้ว บริษัทจัดการต้องดำเนินการตรวจสอบและสอบถามทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐาน จัดให้มีการประเมินค่าทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐาน และในกรณีที่ทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐานเป็นสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตหรือสิทธิตามสัญญาแบ่งรายได้ บริษัทจัดการต้องดำเนินการให้ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจัดให้มีกลไก

¹² ข้อ 9. ของประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทน. 1/2554 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ลงวันที่ 10 มกราคม 2554.

ให้บริษัทจัดการเข้าตรวจสอบความถูกต้องครบถ้วนของรายได้หรือส่วนแบ่งรายได้ และจัดส่งรายงานที่เกี่ยวข้องให้แก่บริษัทจัดการ

7) ในกรณีที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีการแบ่งชำระราคาทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐาน จะต้องมีการกำหนดให้กองทุนรมนำเงินส่วนที่กั้นไว้สำหรับการชำระราคาในคราวถัด ๆ ไป ไปลงทุนในทรัพย์สินตามที่สำนักงาน ก.ล.ต. กำหนด

8) ในกรณีที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีนโยบายที่จะกู้ยืมเงินจากบุคคลอื่นหรือก่อภาระผูกพันใด ๆ แก่ทรัพย์สินของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ต้องมีข้อกำหนดที่เป็นไปตามประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ว่าด้วยหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในการกู้ยืมเงินในนามของกองทุนรวมและการก่อภาระผูกพันแก่ทรัพย์สินของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

9) มีวัตถุประสงค์ในการนำหน่วยลงทุนของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานชนิดที่เสนอขายต่อผู้ลงทุนเป็นการทั่วไปเข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์

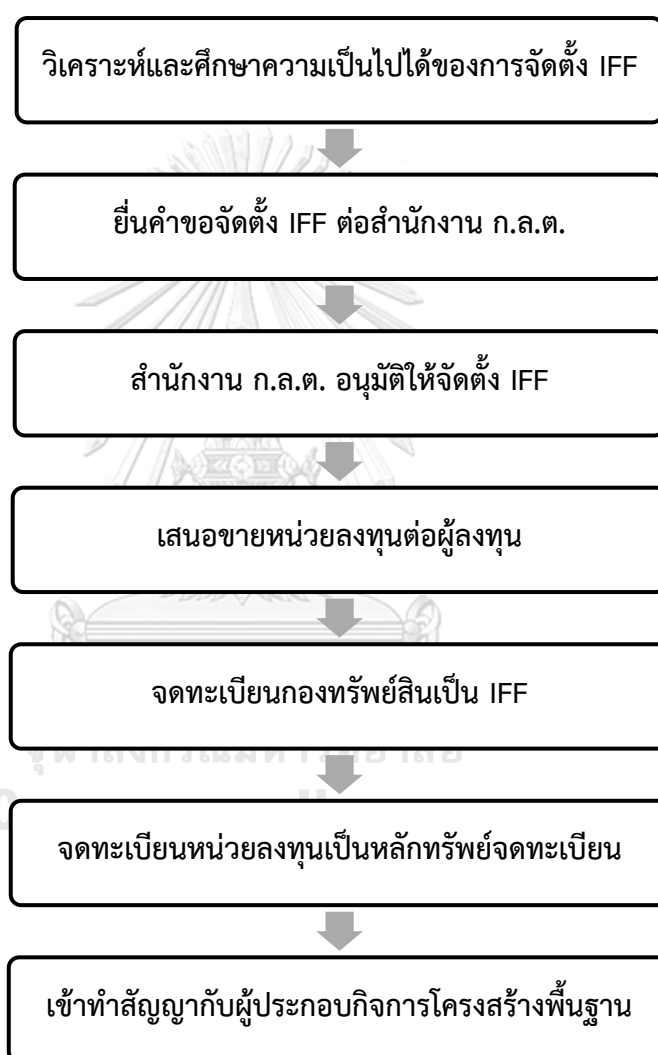
10) โครงการจัดการกองทุนรวมและข้อผูกพันระหว่างผู้ถือหน่วยลงทุนกับบริษัทจัดการมีข้อกำหนดที่รองรับการดำเนินการของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานภายหลังการจัดตั้ง

11) มีลักษณะอื่นตามที่สำนักงาน ก.ล.ต. กำหนด เช่น เมื่อกิจการโครงสร้างพื้นฐานประกอบกิจการแล้วมีกำไรสุทธิ จะต้องจ่ายเงินปันผลไม่น้อยกว่าร้อยละ 90 ของกำไรสุทธิในแต่ละรอบบัญชี

ภายหลังสำนักงาน ก.ล.ต. อนุมัติให้จัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานแล้ว บริษัทจัดการต้องดำเนินการจัดให้มีโครงการจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ข้อผูกพันระหว่างผู้ถือหน่วยลงทุนกับบริษัทจัดการ สัญญาแต่งตั้งผู้ดูแลผลประโยชน์และหนังสือชี้ชวน ซึ่งมีสาระไม่ต่างจากฉบับร่างที่ยื่นต่อสำนักงาน ก.ล.ต. และเมื่อบริษัทจัดการเสนอขายหน่วยลงทุนของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานต่อผู้ลงทุนแล้ว บริษัทจัดการจะต้องจดทะเบียนกองทรัสต์สิน (เงินที่ได้จากการเสนอขายหน่วยลงทุน) เป็นกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานต่อสำนักงาน ก.ล.ต. ภายใน 15 วันทำการนับแต่วันปิดการเสนอขายหน่วยลงทุนครั้งแรก โดยแสดงจำนวนเงินที่ได้จากการจำหน่ายหน่วยลงทุนเพื่อเป็นเงินทุนจดทะเบียนและเพื่อเป็นกองทุนรวม (ซึ่งการจดทะเบียนดังกล่าวจะทำให้กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีสถานะเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากบริษัทจัดการ) และบริษัทจัดการจะต้องยื่นคำขอจดทะเบียนหน่วยลงทุนของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่เสนอขายต่อผู้ลงทุนทั่วไปเป็นหลักทรัพย์จดทะเบียนต่อตลาดหลักทรัพย์ฯ ภายใน 30 วันนับแต่วันจดทะเบียนกองทรัสต์สินเป็นกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานหรือนับแต่วันปิดการเสนอขายหน่วยลงทุนเพิ่มเติม (แล้วแต่กรณี)

ต่อมาบริษัทจัดการจะต้องเข้าทำสัญญากับผู้ประกอบการโครงการก่อสร้างพื้นฐาน เพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินกิจการโครงการก่อสร้างพื้นฐานที่จะลงทุนภายใน 6 เดือนนับแต่วันจดทะเบียนกองทุนรวมโครงการก่อสร้างพื้นฐาน

รูปภาพที่ 1 แผนภาพขั้นตอนของการจัดตั้งกองทุนรวมโครงการก่อสร้างพื้นฐาน



2.2.5 บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน¹³

1) ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน เป็นผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานตามประเภทของกิจการที่สำนักงาน ก.ล.ต. กำหนด ซึ่งมีความประสงค์จะระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ทั้งนี้ สำนักงาน ก.ล.ต. ไม่ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานไว้ ดังนั้น ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจึงอาจเป็นได้ทั้งหน่วยงานภาครัฐและภาคเอกชน

2) บริษัทจัดการมีหน้าที่ในการจัดตั้งและบริหารจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานให้เป็นไปตามโครงการจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานและหนังสือชี้ชวน ทั้งนี้ บริษัทจัดการจะต้องเป็นบริษัทหลักทรัพย์ที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทการจัดการกองทุนรวมจากกระทรวงการคลังและอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของสำนักงาน ก.ล.ต.

3) ตัวแทนสนับสนุนทำหน้าที่เป็นตัวแทนของบริษัทจัดการในการแจกจ่ายหนังสือชี้ชวนและเสนอขายหน่วยลงทุนแก่ผู้ลงทุนทั่วไป ตัวแทนสนับสนุนอาจจะเป็นสถาบันการเงินบริษัทหลักทรัพย์ หรือนิติบุคคลที่จัดตั้งโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนการขายหน่วยลงทุนหรืออาจเป็นบุคคลธรรมดาก็ได้ ทั้งนี้ หากเป็นผู้สนับสนุนประเภทสถาบันจะต้องจัดให้มีเจ้าหน้าที่ที่ผ่านการสอบและขึ้นทะเบียนกับสำนักงาน ก.ล.ต. เท่านั้น

4) ผู้ดูแลผลประโยชน์ บริษัทจัดการจะต้องแต่งตั้งผู้ดูแลผลประโยชน์เพื่อทำหน้าที่เสมือนเป็นตัวแทนของผู้ถือหน่วยลงทุนในการรักษาผลประโยชน์ของผู้ถือหน่วยลงทุน เช่น ดูแลให้บริษัทจัดการปฏิบัติตามหน้าที่ให้เป็นไปตามโครงการจัดการลงทุนที่ได้รับอนุมัติจากสำนักงาน ก.ล.ต. สอบทานความถูกต้องของมูลค่าทรัพย์สินของกองทุนรวม เก็บรักษาทรัพย์สิน รวมทั้งรับมอบ ส่งมอบ ตรวจสอบความถูกต้อง ตรวจสอบทรัพย์สิน ทำทะเบียนทรัพย์สิน ติดตามสิทธิประโยชน์จากการลงทุน และดำเนินคดีฟ้องร้องแทนผู้ถือหน่วยลงทุนหากบริษัทจัดการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ โดยต้องเป็นสถาบันการเงินที่ได้รับความเห็นชอบและมีคุณสมบัติตามหลักเกณฑ์ที่สำนักงาน ก.ล.ต. กำหนด ทั้งนี้ ผู้ดูแลผลประโยชน์ต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งทางตรงและทางอ้อมกับบริษัทจัดการ และไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการจัดการกองทุนรวมในลักษณะที่อาจทำให้ขาดความเป็นอิสระในการทำหน้าที่เป็นผู้ดูแลผลประโยชน์

5) ผู้จัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเป็นผู้ทำหน้าที่ตัดสินใจลงทุนหรือจำหน่ายทรัพย์สินของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานภายใต้วัตถุประสงค์และนโยบายการลงทุนตามที่

¹³ ศูนย์ส่งเสริมการพัฒนาความรู้ตลาดทุน ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, ตลาดการเงินและการลงทุนในหลักทรัพย์, หน้า 532-533.

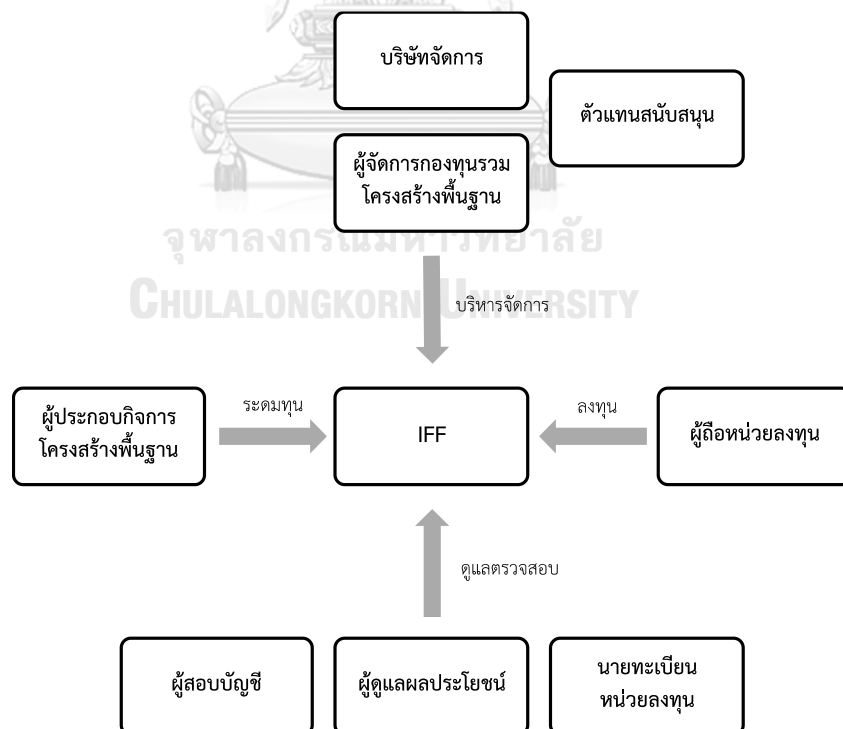
กำหนดไว้ในโครงการ ซึ่งต้องเป็นบุคคลที่ได้รับความเห็นชอบจากสำนักงาน ก.ล.ต. และมีความรู้ความสามารถและความเข้าใจในธุรกิจการจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

6) นายทะเบียนหน่วยลงทุนมีหน้าที่ดูแลและจัดทำทะเบียนรายชื่อผู้ถือหน่วยลงทุน ตลอดจนสิทธิประโยชน์ของผู้ถือหน่วยลงทุน เช่น การจ่ายเงินปันผล และสิทธิประโยชน์อื่น ๆ โดยต้องเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติตามที่สำนักงาน ก.ล.ต. กำหนด ทั้งนี้ บริษัทจัดการอาจทำหน้าที่เป็นนายทะเบียนหน่วยลงทุนสำหรับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานภายใต้การบริหารจัดการของตนได้

7) ผู้สอบบัญชีมีหน้าที่ตรวจสอบบัญชีทรัพย์สินของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน โดยผู้สอบบัญชีจะต้องตรวจสอบและรับรองงบการเงินของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานให้ถูกต้องตามมาตรฐานบัญชี ทั้งนี้ ผู้สอบบัญชีต้องเป็นบุคคลที่ได้รับอนุญาตให้เป็นผู้สอบบัญชี และมีชื่อขึ้นทะเบียนไว้กับสำนักงาน ก.ล.ต.

8) บุคคลอื่น ๆ ตามที่บริษัทจัดการแต่งตั้งหรือมอบหมาย

รูปภาพที่ 2 แผนภาพแสดงความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการจัดการ กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน



2.2.6 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

จากการศึกษาพบว่า ปัจจุบัน กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีดังนี้

- 1) พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ในหมวดที่ 4 ธุรกิจหลักทรัพย์ ส่วนที่ 7 การจัดการกองทุนรวม ตั้งแต่มาตรา 117 ถึงมาตรา 132
- 2) ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทน. 1/2554 เรื่อง หลักเกณฑ์เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ลงวันที่ 10 มกราคม 2554
- 3) ประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่ สน. 34/2554 เรื่อง รายละเอียดของโครงการจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ลงวันที่ 6 กันยายน 2554
- 4) ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทน. 27/2554 เรื่อง ข้อผูกพันระหว่างผู้ถือหุ้นหน่วยลงทุนของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานกับบริษัทจัดการกองทุนรวม ลงวันที่ 6 กันยายน 2554
- 5) ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทน. 10/2554 เรื่อง การจดทะเบียนกองทรัสต์สินเป็นกองทุนรวมและการแก้ไขเพิ่มเติมรายการทางทะเบียน ลงวันที่ 10 พฤษภาคม 2554
- 6) ประกาศคณะกรรมการ ก.ล.ต. ที่ กน. 1/2554 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในการกู้ยืมเงินในนามของกองทุนรวมและการก่อภาระผูกพันแก่ทรัสต์สินของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ลงวันที่ 6 มกราคม 2554

2.2.7 ประโยชน์ของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน¹⁴

- 1) ประโยชน์ต่อหน่วยงานภาครัฐ

กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเป็นช่องทางหนึ่งในการระดมทุนของหน่วยงานภาครัฐ โดยเฉพาะการระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเพื่อลงทุนในสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของกิจการโครงสร้างพื้นฐานซึ่งจะไม่ถือเป็นการก่อหนี้สาธารณะ และ

¹⁴ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, **ทางเลือกใหม่ของการลงทุน**, [ออนไลน์], สืบค้น 22 เมษายน 2561. แหล่งที่มา https://www.set.or.th/th/products/listing2/files/Brochure_Infra_Fund_200514_01.pdf.

หน่วยงานภาครัฐยังคงเป็นเจ้าของและผู้บริหารกิจการโครงสร้างพื้นฐานอยู่เช่นเดิม ดังนั้น จึงไม่ถือว่าเป็นการขายทรัพย์สินของหน่วยงานภาครัฐ แต่เป็นการใช้ศักยภาพในการหารายได้และการทำกำไรในอนาคตของกิจการโครงสร้างพื้นฐานมาระดมทุน นอกจากนี้ ยังเป็นการเพิ่มบทบาทของภาคตลาดทุนในประเทศไทย

2) ประโยชน์ต่อภาคเอกชน

กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานถือเป็นช่องทางอีกทางเลือกหนึ่งในการระดมทุนของภาคเอกชน นอกเหนือจากการนำบริษัทเข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ หรือการกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงิน โดยบริษัทเอกชนสามารถระดมทุนโดยการนำกิจการโครงสร้างพื้นฐานที่บริษัทลงทุนมาระดมทุนเพื่อนำไปพัฒนากิจการโครงสร้างพื้นฐานอื่นได้ด้วยต้นทุนที่เหมาะสม และใช้สินทรัพย์หรือความสามารถในการทำกำไรของโครงการมาเป็นเครื่องมือในการระดมทุน

2.2.8 สิทธิประโยชน์ทางภาษีอากรของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

การจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีอากรตามที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 544) พ.ศ. 2555 และประกาศอธิบดีกรมสรรพากร เรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการยกเว้นภาษีเงินได้ สำหรับเงินปันผลจากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานและการยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีธุรกิจเฉพาะ และอากรแสตมป์ สำหรับการโอนทรัพย์สินของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ลงวันที่ 7 มีนาคม 2556 ซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

2.2.8.1 ภาษีในระดับผู้ลงทุน

1) ภาษีเงินปันผล (Dividend)

1.1) กรณีผู้ถือหน่วยลงทุนเป็นบุคคลธรรมดา ให้ยกเว้นภาษีเงินได้ให้แก่บุคคลธรรมดา สำหรับเงินปันผลที่ได้รับจากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์เป็นเวลา 10 ปีภาษีต่อเนื่องกันนับแต่ปีภาษีที่มี

การจดทะเบียนจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่อธิบดีกรมสรรพากรประกาศกำหนด กล่าวคือ¹⁵

- กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานผู้จ่ายเงินปันผลต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในข้อ 2.2.8.2 หัวข้อ ภาษีสำหรับการทำธุรกรรมกับกองทุน

- กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานต้องแจ้งต่อกรมสรรพากรว่าจ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ใด เป็นจำนวนเท่าใด โดยระบุรายชื่อ เลขประจำตัวประชาชน (กรณีคนไทย) หรือใบสำคัญคนต่างด้าว จำนวนเงินปันผล และวันที่จ่ายเงินปันผล ด้วยสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ภายใน 30 วันนับแต่วันที่จ่ายเงินปันผล และ

- กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานต้องแจ้งต่อผู้ถือหุ้นว่าเงินปันผลดังกล่าวเป็นเงินปันผลที่ได้รับสิทธิยกเว้นภาษีเงินได้

1.2) กรณีผู้ถือหุ้นลงทุนเป็นนิติบุคคล ให้ยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลสำหรับเงินปันผลให้แก่นิติบุคคลที่เป็นบริษัทจดทะเบียน โดยกำหนดเงื่อนไขว่า นิติบุคคลดังกล่าวต้องถือหุ้นลงทุนเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 3 เดือนก่อนและ 3 เดือนหลังจ่ายเงินปันผล สำหรับนิติบุคคลที่มีได้เป็นบริษัทจดทะเบียนนั้น กฎหมายยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลสำหรับเงินปันผลกึ่งหนึ่งหรือ 10% หากนิติบุคคลดังกล่าวต้องถือหุ้นลงทุนเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 3 เดือนก่อนจ่ายและ 3 เดือนหลังจ่ายเงินปันผล

2) ภาษีกำไรส่วนต่างราคา (Capital gain)

2.1) กรณีผู้ถือหุ้นลงทุนเป็นบุคคลธรรมดา ให้ยกเว้นภาษีเงินได้ให้แก่บุคคลธรรมดาสำหรับกำไรส่วนต่างราคา

2.2) กรณีผู้ถือหุ้นลงทุนเป็นนิติบุคคล ให้นำกำไรจากส่วนต่างราคามารวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล

¹⁵ มาตรา 3 แห่งพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 544) พ.ศ. 2555 ประกอบกับข้อ 2 ของและประกาศอธิบดีกรมสรรพากร เรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการยกเว้นภาษีเงินได้ สำหรับเงินปันผลจากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานและการยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีธุรกิจเฉพาะ และอากรแสตมป์ สำหรับการโอนทรัพย์สินของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ลงวันที่ 7 มีนาคม 2556

2.2.8.2 ภาษีในระดับผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานและกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

1) ภาษีเงินได้นิติบุคคล

1.1) กรณีผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐาน

- มีหน้าที่เสียภาษีเงินได้นิติบุคคล หากมีฐานะเป็นบริษัท หรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลตามประมวลรัษฎากร (ซึ่งรวมถึงรัฐวิสาหกิจที่จดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัท หรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล)

- ไม่มีหน้าที่เสียภาษีเงินได้นิติบุคคล หากมีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจที่มีได้จดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล

1.2) กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

ไม่มีหน้าที่เสียภาษีเงินได้นิติบุคคล เนื่องจากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ฯ โดยไม่ได้เป็นหน่วยภาษีตามประมวลรัษฎากร

2) ภาษีสำหรับการทำธุรกรรมกับกองทุน

2.1) กรณีผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐาน

ให้ยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีธุรกิจเฉพาะ และอากรแสตมป์ ให้แก่เจ้าของหรือผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สิน (ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐาน) สำหรับมูลค่าของฐานภาษี รายรับ และการกระทำตราสารที่เกิดขึ้นหรือเนื่องมาจากการโอนทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ฯ ดังนี้

ก. กรณีการโอนทรัพย์สินที่มีรูปร่าง ซึ่งมีสัญญากำหนดให้กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานต้องโอนทรัพย์สินกลับคืนให้แก่เจ้าของหรือผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินเดิม

(ผู้ประกอบการโครงการโครงสร้างพื้นฐาน) ในภายหลังหรือกำหนดให้ต้องโอนต่อให้แก่ส่วนราชการหรือองค์การของรัฐบาล เช่น กรณีอาคารที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง เป็นต้น

ข. กรณีการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ซึ่งมีสัญญากำหนดห้ามมิให้กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโอนทรัพย์สินให้แก่บุคคลอื่น เว้นแต่เป็นการโอนให้แก่เจ้าของหรือผู้ทรงสิทธิเดิม เช่น สิทธิการเช่า สิทธิสัมปทาน เป็นต้น

2.2) กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

ให้ยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีธุรกิจเฉพาะ และอากรแสตมป์ ให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ฯ สำหรับมูลค่าของฐานภาษี รายรับ และการกระทำตราสารที่เกิดขึ้นหรือเนื่องมาจากการโอนทรัพย์สินกลับคืนให้เจ้าของหรือผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินเดิม หรือให้แก่ส่วนราชการหรือองค์การของรัฐบาล

ก. กรณีการโอนทรัพย์สินที่มีรูปร่าง ซึ่งมีสัญญากำหนดให้กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานต้องโอนทรัพย์สินกลับคืนให้แก่เจ้าของหรือผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินเดิม (ผู้ประกอบการโครงการโครงสร้างพื้นฐาน) ในภายหลังหรือกำหนดให้ต้องโอนต่อให้แก่ส่วนราชการหรือองค์การของรัฐบาล เช่น กรณีอาคารที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง

ข. กรณีการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง ซึ่งมีสัญญากำหนดห้ามมิให้กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโอนทรัพย์สินให้แก่บุคคลอื่น เว้นแต่เป็นการโอนให้แก่เจ้าของหรือผู้ทรงสิทธิเดิม เช่น สิทธิการเช่า สิทธิสัมปทาน เป็นต้น

ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่อธิบดีกรมสรรพากรประกาศกำหนด กล่าวคือ¹⁶

- ผู้ยื่นคำขอจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ต้องแจ้งต่อกรมสรรพากรภายใน 30 วัน นับแต่วันยื่นคำขอต่อสำนักงาน ก.ล.ต.

- การโอนทรัพย์สินของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของสำนักงาน ก.ล.ต.

- กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานต้องประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานซึ่งเป็นประโยชน์สาธารณะของประเทศไทยเท่านั้น

¹⁶ มาตรา 4 (2) แห่งพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 544) พ.ศ.

- กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานต้องมีการขายหน่วยลงทุนให้แก่ผู้ลงทุนรายย่อย
- กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานต้องแจ้งการได้มาซึ่งทรัพย์สินของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน และข้อมูลต่อกรมสรรพากรภายใน 30 วันนับแต่วันที่โอนทรัพย์สินนั้น ซึ่งได้แก่ รายชื่อผู้จำหน่าย จ่าย โอน ให้เช่า หรือให้ใช้สิทธิประโยชน์ในทรัพย์สินเพื่อการประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน, เลขทะเบียนนิติบุคคล, รายการทรัพย์สิน, ราคาทรัพย์สิน ณ วันที่ได้มา และวันที่ได้มาซึ่งทรัพย์สิน
- กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานต้องแจ้งรายชื่อผู้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน และข้อมูลต่อกรมสรรพากรภายใน 30 วันนับแต่วันที่ผู้ใช้ประโยชน์มีสิทธิในการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินนั้น ซึ่งได้แก่ รายชื่อผู้ใช้ประโยชน์, เลขประจำตัวประชาชน (กรณีคนไทย) หรือใบสำคัญคนต่างด้าว หรือเลขทะเบียนนิติบุคคลของผู้ใช้ประโยชน์, ค่าตอบแทนที่ผู้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินของกิจการโครงสร้างพื้นฐานจ่ายให้หรือได้รับจากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน, วิธีการจ่ายเงิน เช่น งวดของการชำระเงิน และวันที่เริ่มต้น และวันที่สิ้นสุด การใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินของโครงการ ทั้งนี้ ให้รวมถึงผู้ใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่ไม่ได้รับค่าตอบแทนด้วย และ
- กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานต้องยื่นงบการเงินประจำปีต่อกรมสรรพากรภายใน 30 วัน นับแต่วันยื่นงบการเงินประจำปีต่อสำนักงาน ก.ล.ต.

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นแล้ว เห็นว่า การโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตไม่เข้าลักษณะของการโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างซึ่งจะได้รับการยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีธุรกิจเฉพาะและอากรแสตมป์ตามพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 544) พ.ศ. 2555 เนื่องจากไม่เข้าเงื่อนไขว่ามีสัญญากำหนดห้ามมิให้กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโอนทรัพย์สินให้แก่บุคคลอื่น เว้นแต่เป็นการโอนให้แก่เจ้าของหรือผู้ทรงสิทธิเดิม ดังนั้น จึงต้องพิจารณาภาระภาษีอากรที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรม การโอนสิทธิในรายได้ในอนาคตตามบทบัญญัติทั่วไป

3) ค่าธรรมเนียมการโอน ให้ลดหย่อนค่าธรรมเนียมการโอนจากร้อยละ 2 เหลือร้อยละ 0.01 (ไม่เกิน 1 แสนบาทเฉพาะกรณีมีสัญญารับโอนทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐานกลับคืนจากกองทุนหรือมีสัญญาโอนต่อให้ส่วนราชการ)

4) ค่าธรรมเนียมการจดจำนอง ให้ลดหย่อนค่าจดทะเบียนการจำนองจากร้อยละ 1 เหลือร้อยละ 0.01 (ไม่เกิน 1 แสนบาท) ในกรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเป็นผู้ขอจดทะเบียน เพื่อเป็นหลักประกันเงินกู้ยืม

5) ค่าจดทะเบียนการเช่า ให้ลดหย่อนค่าจดทะเบียนการเช่าจากร้อยละ 1 เหลือร้อยละ 0.01 (ไม่เกิน 1 แสนบาท) กรณีกรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเป็นผู้เช่าหรือผู้เช่าช่วง และกรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเป็นผู้ให้เช่าหรือให้เช่าช่วง

2.3 การลงทุนในสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน

สิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตเป็นทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐานประเภทหนึ่งที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนิยมเข้าลงทุน ซึ่งในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะอธิบายถึง ความหมายและลักษณะโดยทั่วไปของรายได้ในอนาคต การประเมินมูลค่าของรายได้ในอนาคต และกรณีศึกษาของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่ลงทุนในสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน

2.3.1 ความหมายและลักษณะโดยทั่วไปของรายได้ในอนาคต

ปัจจุบันยังไม่มีการบัญญัติความหมายหรือให้คำจำกัดความของคำว่า “รายได้ในอนาคต” (Future revenue) ไว้เป็นการเฉพาะ แม้แต่ในประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทน. 1/2554 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ลงวันที่ 10 มกราคม 2554 ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดตั้งและการจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานของสำนักงาน ก.ล.ต. ก็มีได้ให้คำนิยามของคำดังกล่าวไว้ มีเพียงคำว่า “รายได้ในอนาคต” ปรากฏอยู่ในนิยามความหมายของทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐานในข้อ 1 (3) (ค) ของประกาศดังกล่าวในบริบทว่า “สิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต หรือสิทธิตามสัญญาแบ่งรายได้ในอนาคตของกิจการโครงสร้างพื้นฐานหรือที่เกิดขึ้นจากการบริหารจัดการกิจการโครงสร้างพื้นฐาน หรือการบริหารจัดการทรัพย์สินอื่นใดที่ได้จากการประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน” หรือในข้ออื่น ๆ ในบริบทเดียวกัน ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบริบทดังกล่าวแล้ว เห็นว่า อาจยังไม่สามารถเข้าใจความหมายของคำว่า “รายได้ในอนาคต” ได้ ดังนั้น ผู้เขียนจึงขออธิบายความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน และลักษณะโดยทั่วไปของคำดังกล่าวดังนี้

ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายไว้ว่า คำว่า “รายได้” หมายถึง เงินหรือผลประโยชน์ที่ได้รับ ส่วนคำว่า “อนาคต” หมายถึง เวลาภายหน้า จากความหมายของคำทั้งสองข้างต้น อาจสรุปความหมายของรายได้ในอนาคตว่า หมายถึง เงินหรือผลประโยชน์ที่จะได้รับในเวลาภายหน้า

จากการศึกษาพบว่า ในต่างประเทศ มีการใช้คำว่า “Future receivables” ในธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (Securitization) ซึ่งจะมีความหมายเป็นอย่างเดียวกันกับรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานหรือไม่นั้น ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงในหัวข้อ 2.4.1 การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์

สำหรับลักษณะโดยทั่วไปนั้น รายได้ในอนาคตเป็นสิ่งที่ยังไม่มีตัวตนอยู่ในปัจจุบัน อาจกล่าวได้ว่า เป็นเพียงสิ่งที่เกิดจากความคาดหวังหรือการคาดการณ์ล่วงหน้าเท่านั้น ซึ่งยังมีความไม่แน่นอนว่า รายได้ในอนาคตจะเกิดขึ้นหรือไม่ มีจำนวนเท่าใด หากเป็นรายได้ในอนาคตของกิจการ ก็คือ เงินหรือผลประโยชน์ที่กิจการจะได้รับในอนาคต (เช่น รายได้ค่าขายสินค้าหรือให้บริการในอนาคต เป็นต้น) ซึ่งในกรณีที่ลงทุนในรายได้ในอนาคตอาจมีความเสี่ยงค่อนข้างสูง เนื่องจากการเกิดขึ้นของรายได้ในอนาคตจะขึ้นอยู่กับการประกอบกิจการของผู้ประกอบกิจการเป็นสำคัญ เพราะในอนาคตหากเกิดเหตุการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดขึ้นเป็นเหตุให้ผู้ประกอบกิจการไม่สามารถประกอบกิจการต่อไปได้ รายได้ในอนาคตก็อาจจะไม่เกิดขึ้นเลย หรือดำเนินกิจการได้แต่ไม่มีกำไรหรือประสบภาวะขาดทุน รายได้ในอนาคตก็จะเป็นไปตามความคาดหวังหรือการคาดการณ์ล่วงหน้า

ทั้งนี้ รายได้ในอนาคตจะมีชื่อเรียก ลักษณะและรูปแบบแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับประเภทของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งตัวอย่างรายได้ในอนาคตของกิจการโครงสร้างพื้นฐานที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเข้าลงทุนในประเทศไทย ได้แก่

ตารางที่ 1 แสดงตัวอย่างรายได้ในอนาคตที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเข้าลงทุน

ชื่อกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน	รายได้ในอนาคต
กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานระบบขนส่งมวลชนทางราง บีทีเอสโกรท (BTSGIF)	รายได้สุทธิที่จะเกิดขึ้นจากการดำเนินงานระบบรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนกรุงเทพสายหลัก
กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้าอมตะ บี.กริม เพาเวอร์ (ABPIF)	ผลประโยชน์จากการประกอบกิจการโรงไฟฟ้า
กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโทรคมนาคม ดิจิทัล (DIF)	รายได้สุทธิจากทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐานประเภทโทรคมนาคม
กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้ากลุ่มน้ำตาล บูรีรัมย์ (BRRGIF)	รายได้สุทธิจากการประกอบกิจการโรงไฟฟ้าชีวมวล
กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน โรงไฟฟ้าพระนครเหนือ ชุดที่ 1 การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (EGATIF)	รายได้ค่าความพร้อมจ่ายของโรงไฟฟ้าพระนครเหนือ ชุดที่ 1

จากตารางดังกล่าวข้างต้นจะเห็นว่า รายได้ในอนาคตที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเข้าลงทุนส่วนใหญ่จะเป็นรายได้สุทธิ กล่าวคือ เป็นรายได้ที่หักด้วยรายจ่ายที่เกี่ยวข้องการประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน (เช่น ต้นทุน ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นค่าเช่า ค่าบริหารจัดการ ค่าซ่อมแซมบำรุงรักษา เงินเดือนพนักงาน ค่าเบี้ยประกันภัย ภาระภาษีที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น) ซึ่งรายจ่ายที่เกี่ยวข้องจะแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับประเภทของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน

2.3.2 การประเมินมูลค่าของรายได้ในอนาคต

จากนิยามความหมายหรือคำจำกัดความของคำว่า “รายได้ในอนาคต” (Future revenue) และลักษณะทั่วไปของรายได้ในอนาคตตามที่กล่าวไว้ข้างต้น จะเห็นว่า รายได้ในอนาคตหมายถึง เงินหรือประโยชน์อื่นใดที่กิจการคาดว่าจะได้รับในอนาคต ซึ่งมีความไม่แน่นอนว่า รายได้ในอนาคตจะมีเกิดขึ้นหรือไม่ ดังนั้น ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานและกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจึงไม่สามารถกำหนดมูลค่าที่แน่นอนของรายได้จากประกอบกิจการในอนาคตได้ และด้วยเหตุผลดังกล่าว การลงทุนในสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตจึงต้องอาศัยการประเมินมูลค่าตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่สำนักงาน ก.ล.ต. กำหนด

2.3.2.1 หลักเกณฑ์การประเมินมูลค่ารายได้ในอนาคต

สำหรับกรณีที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานลงทุนในทรัพย์สินกิจการ โครงสร้างพื้นฐานประเภทสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตนั้น สำนักงาน ก.ล.ต. ได้ กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประเมินมูลค่ารายได้ในอนาคตไว้ดังนี้¹⁷

- 1) ผู้ประเมินจะต้องเป็นนิติบุคคลที่มีประสบการณ์หรือความรู้ความเชี่ยวชาญในการประเมินมูลค่าของรายได้ในอนาคต
- 2) เป็นการประเมินมูลค่าอย่างเต็มรูปแบบที่มีการตรวจสอบเอกสารสิทธิและเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์สาธารณะในการเปิดเผยข้อมูลต่อผู้ลงทุน
- 3) การประเมินมูลค่ารายได้ในอนาคตต้องเป็นไปตามเงื่อนไขดังนี้
 - 3.1) ดำเนินการประเมินล่วงหน้าก่อนได้ทรัพย์สินมาเป็นเวลาไม่เกิน 1 ปี
 - 3.2) กรณีทรัพย์สินมีมูลค่าตั้งแต่ 50 ล้านบาทขึ้นไป ต้องผ่านการประเมินมูลค่าโดยผู้ประเมินอิสระอย่างน้อย 1 ราย
 - 3.3) ในกรณีที่การได้มาซึ่งทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐานเป็นการทำธุรกรรมกับบุคคลที่เกี่ยวข้อง ต้องผ่านการประเมินมูลค่าโดยผู้ประเมินอิสระอย่างน้อย 2 ราย
- 4) ต้องทบทวนการประเมินมูลค่าทุก 3 ปีนับแต่มีการประเมินครั้งล่าสุด
- 5) การประเมินมูลค่าจะกระทำโดยผู้ประเมินอิสระรายเดียวกันเกิน 2 ครั้งไม่ได้

นอกจากนี้ ผู้ประเมินจะต้องประเมินมูลค่าให้สอดคล้องกับมาตรฐานและจรรยาบรรณวิชาชีพการประเมินมูลค่าทรัพย์สินในประเทศไทยที่จัดทำขึ้นโดยสำนักงาน ก.ล.ต. ด้วย

¹⁷ ข้อ 12. ของประกาศที่ ทน. 1/2554 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ลงวันที่ 10 มกราคม 2554.

2.3.2.2 วิธีการประเมินมูลค่ารายได้ในอนาคต

การประเมินมูลค่ารายได้ในอนาคตนั้น ส่วนใหญ่ผู้ประเมินจะใช้วิธีพิจารณาจากรายได้ (Income approach) เป็นหลักในการประเมิน แต่มีบางกรณีอาจนำวิธีอื่น ๆ เช่น วิธีเปรียบเทียบราคาตลาด (Market approach) มาใช้เพื่อตรวจสอบความสมเหตุสมผลของข้อสรุปจากวิธีการพิจารณาจากรายได้

1) วิธีการพิจารณาจากรายได้ (Income approach)¹⁸

การประเมินมูลค่าสำหรับรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวม โครงสร้างพื้นฐาน จะใช้วิธีพิจารณาจากรายได้ด้วยวิธีคิดลดกระแสเงินสด (Discounted Cash Flow : DCF) ของสิทธิในรายได้สุทธิที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะเข้าลงทุน โดยใช้อัตราคิดลดสำหรับคำนวณมูลค่าปัจจุบันของกระแสเงินสดจากการดำเนินงานที่สะท้อนถึงอัตราผลตอบแทนที่นักลงทุนโดยทั่วไปพึงคาดหวังจากการลงทุนในทรัพย์สินประเภทนั้นๆ โดยไม่คำนึงถึงสถานภาพทางการเงินของนักลงทุนใดนักลงทุนหนึ่ง และความเสี่ยงในการลงทุนในสิทธิในรายได้สุทธินั้น

ผู้ประเมินจะพิจารณาข้อมูลการประมาณการกระแสเงินสดรับจากรายรับของกิจการตามระยะเวลาที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเข้าลงทุน รวมทั้งข้อมูลการประมาณการกระแสเงินสดจ่ายของกิจการ ได้แก่ ต้นทุน ค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการ ค่าใช้จ่ายอื่นๆ (เช่น ค่าเบี้ยประกันภัย เป็นต้น) อัตราคิดลด (Discount rate) และรายการอื่นที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ ในการประเมินรายได้ในอนาคต ผู้ประเมินต้องอ้างอิงข้อมูลจากข้อมูลตลาดที่มีลักษณะคล้ายคลึงกับทรัพย์สินที่ประเมินที่สามารถเปรียบเทียบกันได้ รวมทั้งต้องพิจารณาผลประกอบการที่ผ่านมาและแนวโน้มในอนาคตของทรัพย์สินที่ประเมิน ภาวะอุปสงค์อุปทานของตลาด และปัจจัยที่มีผลต่อมูลค่าทรัพย์สินที่ประเมิน โดยข้อมูลดังกล่าวต้องเพียงพอเหมาะสมและน่าเชื่อถือ รวมทั้งต้องแสดงที่มาและการวิเคราะห์เพื่อให้ได้มาซึ่งประมาณการต่างๆ มูลค่าสุดท้าย (Terminal value) และมูลค่าทรัพย์สินที่ประเมินอย่างชัดเจน สมเหตุสมผล และสามารถตรวจสอบได้ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า โดยทั่วไป

¹⁸ สรุปรจาก สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์และสถาบันคินันแห่งเอเชียด้วยการสนับสนุนเงินทุนจากองค์การเพื่อการพัฒนาระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกา, “มาตรฐานและจรรยาบรรณวิชาชีพการประเมินมูลค่าทรัพย์สินในประเทศไทย”, หน้า 22 ประกอบกับ รายงานการประเมินมูลค่าทรัพย์สินมูลค่าตลาดยุติธรรมของรายได้สุทธิของโรงไฟฟ้าชีวมวลของบริษัท บุรีรัมย์ พลังงาน จำกัดและบริษัท บุรีรัมย์เพาเวอร์ จำกัด จัดทำโดย บริษัท อเมริกัน แอ็พเพรซัล (ประเทศไทย) จำกัด (ฉบับย่อ) ลงวันที่ 26 ธันวาคม 2559.

ผู้ประเมินจะพิจารณาข้อมูลจากงบการเงินในอดีตของกิจการ และทำการศึกษาข้อมูลตลาดและวิเคราะห์สภาพเศรษฐกิจโดยทั่วไปเพื่อนำไปใช้ในการประเมินความสามารถของธุรกิจที่ก่อให้เกิดรายได้ในอนาคต เพื่อกำหนดราคาประเมินของรายได้ในอนาคต

2) วิธีเปรียบเทียบราคาตลาด (Market approach)¹⁹

การประเมินมูลค่าโดยวิธีเปรียบเทียบราคาตลาด เป็นวิธีที่ยึดถือการพิจารณาเปรียบเทียบทรัพย์สินที่ประเมินกับข้อมูลการซื้อขายของทรัพย์สินที่คล้ายคลึงกันหรือสามารถทดแทนกันได้เป็นปัจจัยหลักในการกำหนดมูลค่าตลาดของทรัพย์สิน ซึ่งข้อมูลตลาดที่นำมาใช้วิเคราะห์เปรียบเทียบต้องคล้ายคลึงกับทรัพย์สินที่ประเมิน โดยผู้ประเมินต้องแสดงข้อมูลที่เป็นสาระสำคัญของข้อมูลตลาดที่นำมาใช้วิเคราะห์เปรียบเทียบและแหล่งที่มาของข้อมูลดังกล่าว รวมถึงวันที่เกิดรายการซื้อขายหรือเสนอซื้อขาย โดยระยะเวลาของข้อมูลตลาดที่ใช้อ้างอิงควรอยู่ในช่วงระยะเวลาที่เหมาะสม ไม่ควรยาวจนเกินไป และตรวจสอบข้อมูลตลาดที่ใช้ประกอบการวิเคราะห์และประเมินว่ามีความเพียงพอ เหมาะสมและน่าเชื่อถือที่จะนำมาใช้เปรียบเทียบกับทรัพย์สินที่ประเมิน เพื่อให้ได้มาซึ่งความเห็นต่อมูลค่าของทรัพย์สินที่ประเมิน กรณีที่ข้อมูลตลาดที่นำมาใช้ประกอบการวิเคราะห์เป็นข้อมูลเสนอซื้อขาย (asking price) ผู้ประเมินต้องวิเคราะห์หาราคาที่คาดว่าจะขายได้หรือราคาค่าเช่าที่เหมาะสม ก่อนที่จะนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบทรัพย์สินที่ประเมิน ตลอดจนแสดงการวิเคราะห์เปรียบเทียบปัจจัยที่มีผลกระทบต่อมูลค่าทรัพย์สินระหว่างข้อมูลตลาดที่นำมาใช้วิเคราะห์เปรียบเทียบกับทรัพย์สินที่ประเมิน และแสดงการวิเคราะห์กำหนดมูลค่าตลาดอย่างมีระบบ ชัดเจนและถูกต้องตามหลักการวิธีการวิเคราะห์ในเรื่องนั้น

2.3.3 กรณีศึกษาของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่ลงทุนในสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน

ในปัจจุบันประเทศไทยมีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่ลงทุนในทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐานประเภทสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของกิจการโครงสร้างพื้นฐานจำนวนทั้งสิ้น 5 กองทุน ซึ่งได้แก่ กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานระบบขนส่งมวลชนทางราง บีทีเอส

¹⁹ สรุปรจาก สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์และสถาบันคีนันแห่งเอเชียด้วยการสนับสนุนเงินทุนจากองค์การเพื่อการพัฒนาระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกา, “มาตรฐานและจรรยาบรรณวิชาชีพการประเมินมูลค่าทรัพย์สินในประเทศไทย”, หน้า 22 และ 57.

โกรท (BTSGIF) กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้า อมตะ บี.กริม เพาเวอร์ (ABPIF) กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโทรคมนาคม ดิจิทัล (DIF) กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้ากลุ่มน้ำตาลบุรีรัมย์ (BRRGIF) และ กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้าพระนครเหนือ ชุดที่ 1 การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (EGATIF) ซึ่งผู้เขียนจะขอสรุปรายละเอียดของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานทั้ง 5 กองทุน เพื่อให้เห็นถึงโครงสร้างของธุรกรรม ลักษณะของรายได้ในอนาคตและข้อสัญญาต่างๆ ที่เกี่ยวข้องดังนี้

2.3.3.1 กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานระบบขนส่งมวลชนทางราง บีทีเอสโกรท (BTSGIF)²⁰

1) คู่สัญญาที่เกี่ยวข้องกับกองทุน

- ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน คือ บริษัท ระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) (“BTSC”)
- ผู้สนับสนุนหรือค้ำประกันการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน คือ บริษัท บีทีเอสกรุ๊ป โฮลดิ้งส์ จำกัด (มหาชน) (“BTSG”) ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของ BTSC

2) ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการลงทุนของกองทุน

- กิจการที่ลงทุน คือ กิจการขนส่งทางราง
- ทรัพย์สินที่ลงทุน คือ สิทธิในรายได้สุทธิที่จะเกิดขึ้นจากการดำเนินงานระบบรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานครสายหลัก (ซึ่งได้แก่ ระบบรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานครสายแรกเริ่ม ซึ่งครอบคลุมระยะทาง 23.5 กิโลเมตร ได้แก่ สายสุขุมวิท (จากสถานีหมอชิตถึงสถานีอ่อนนุช) ระยะทาง 17 กิโลเมตร และสายสีลม (จากสถานีสนามกีฬาแห่งชาติถึงสถานีสะพานตากสิน) ระยะทาง 6.5 กิโลเมตร) ของ BTSC ตามสัญญาซื้อและโอนสิทธิรายได้สุทธิ ซึ่งมีระยะเวลาตามอายุของสัญญาสัมปทานระหว่าง BTSC กับ กรุงเทพมหานคร

ทั้งนี้ สิทธิในรายได้สุทธิที่จะเกิดขึ้นจากการดำเนินงานระบบรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานครสายหลัก คือ รายได้ค่าโดยสารทั้งหมดที่เกิดขึ้นจากการดำเนินงานหักด้วยค่าใช้จ่าย O&M (ซึ่งได้แก่ ต้นทุน ค่าใช้จ่าย ภาษีสรรพสามิต ภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีโรงเรือนและที่ดิน ภาษีศุลกากร อากรแสดมภ์ ภาษีอื่นใด ค่าใช้จ่ายสินทรัพย์ทุน และค่าธรรมเนียม รวมทั้ง

²⁰ หนังสือชี้ชวนเสนอขายหน่วยลงทุนของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานระบบขนส่งมวลชนทางราง บีทีเอสโกรท

ค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการดำเนินคดีที่ BTSC ก่อขึ้นอย่างเหมาะสมและความเสียหายเกี่ยวกับการฟ้องคดี ความเกี่ยวกับการดำเนินงานและบำรุงรักษาระบบรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานคร สายหลัก ภายหลังจากวันที่ทำการซื้อขายเสร็จสิ้น โดยไม่รวม (ก) ค่าใช้จ่ายในการจัดหาเงินทุนหมุนเวียน หรือสินเชื่ออื่นใดที่ BTSC ต้องใช้ (ข) ภาษีเงินได้นิติบุคคลของ BTSC และความรับผิดในทางภาษีอื่นใดอันเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของ BTSC (ค) ค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับการดำเนินงานและบำรุงรักษาทรัพย์สินที่ไม่ได้ซื้อ และ (ง) ค่าใช้จ่ายที่ BTSC จะต้องรับผิดชอบตามที่กำหนดไว้)

- วิธีประเมินมูลค่าทรัพย์สิน คือ วิธีการพิจารณาจากรายได้ (Income Approach) และวิธีเปรียบเทียบราคาตลาด (Market approach)

- ไม่มีการประกันรายได้ที่เกี่ยวกับรายได้สุทธิให้แก่ BTSGIF

- ดำเนินการให้ BTSGIF เป็นผู้เอาประกันร่วมและผู้รับ

ประโยชน์ร่วมภายใต้กรรมธรรม์ประกันภัยที่เกี่ยวข้อง

3) สิทธิและหน้าที่ตามสัญญาที่เกี่ยวข้อง

3.1) สัญญาซื้อและโอนสิทธิรายได้สุทธิ

ก. BTSGIF

- จ่ายค่าตอบแทนการโอนสิทธิในรายได้สุทธิให้แก่

BTSC

- จ่ายค่าตอบแทนพิเศษเป็นรายปี (incentive fee)

ให้แก่ BTSC เพื่อจูงใจในการบริหารจัดการโครงการพื้นฐาน ตลอดระยะเวลาที่ไม่มีเหตุผิดสัญญา โดยมีการกำหนดข้อสัญญาในลักษณะว่า ในกรณีที่รายได้ค่าโดยสารสุทธิสำหรับปีใดสูงกว่าร้อยละ 125 ขึ้นไปของเป้าหมายรายได้ค่าโดยสารสุทธิประจำปีสำหรับปีนั้น BTSC จะได้รับค่าตอบแทนพิเศษในอัตราร้อยละ 15 ของจำนวนรายได้ค่าโดยสารสุทธิในส่วนที่เกินกว่าร้อยละ 125 แต่ในกรณีที่รายได้ค่าโดยสารสุทธิสำหรับปีใดสูงกว่าร้อยละ 100 แต่ไม่เกินร้อยละ 125 ของเป้าหมายรายได้ค่าโดยสารสุทธิประจำปีสำหรับปีนั้น BTSC จะได้รับค่าตอบแทนพิเศษในอัตราร้อยละ 10 ของจำนวนรายได้ค่าโดยสารสุทธิในส่วนที่เกินกว่าร้อยละ 100 แต่ไม่เกินร้อยละ 125

- สามารถโอนสิทธิในการได้รับรายได้สุทธิ ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือบางส่วน และ/หรือ โอนสิทธิอื่นใดและหน้าที่ของตนทั้งหมด (เว้นแต่สิทธิในการซื้อ (Right to purchase) และสิทธิในการปฏิเสธเป็นรายแรกที่จะซื้อ (Right of first refusal) ให้แก่บุคคลใด ๆ ได้) ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในสัญญาฯ ยกเว้นเป็นการโอนก่อนที่ BTSC ผิดนัด BTSGIF ไม่สามารถโอนสิทธิเรียกร้องและหน้าที่ให้แก่ผู้ประกอบการขนส่งมวลชนรายอื่น

ข. BTSC

- สัญญาหลัก
- โอนสิทธิในรายได้สุทธิให้แก่ BTSGIF ณ วันเข้าทำ
 - ส่งมอบรายได้สุทธิให้แก่ BTSGIF ภายในวันทำการถัดจากวันที่มีรายได้ค่าโดยสารเกิดขึ้น
 - จัดส่งรายงานประจำวันเกี่ยวกับจำนวนผู้โดยสารและรายได้ที่ได้รับทั้งหมดให้แก่ BTSGIF ตามข้อกำหนดและเงื่อนไขในสัญญาฯ
 - จัดทำงบประมาณค่าใช้จ่าย O&M แสดงค่าใช้จ่าย O&M ที่คาดว่าจะเกิดขึ้นสำหรับแต่ละรอบปีบัญชี และจัดทำเป้าหมาย รายได้ค่าโดยสารสุทธิประจำปี โดยแสดงรายได้ค่าโดยสารสุทธิที่คาดว่าจะได้รับสำหรับแต่ละรอบปีบัญชี และนำเสนอแก่ BTSGIF ภายในระยะเวลาที่กำหนดก่อนวันเริ่มต้นรอบปีบัญชีแต่ละปี
 - ตกลงให้สิทธิแก่ BTSGIF ในการร่วมบริหารจัดการกิจการโครงสร้างพื้นฐาน กล่าวคือ ให้สิทธิเสนอชื่อแต่งตั้งกรรมการจำนวนหนึ่งในสามของกรรมการทั้งหมดของ BTSC และให้สิทธิเสนอชื่อบุคคลหนึ่งคนเข้าสังเกตการณ์ในการประชุมของคณะกรรมการที่ปรึกษาภายใต้สัญญาสัมปทาน
 - จัดส่งหรือจัดให้ BTSGIF สามารถเข้าถึงข้อมูลของ BTSC อันได้แก่ งบการเงิน บัญชี บันทึกข้อมูล หรือข้อมูลอื่นใดที่จำเป็นหรือเป็นประโยชน์สำหรับการควบคุมและการจัดเก็บรายได้สุทธิ และติดตามการดำเนินงานของระบบรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานคร
 - รับผิดชอบภาษีธุรกิจเฉพาะที่ BTSGIF อาจต้องเสียเนื่องจากการได้รับรายได้สุทธิภายใต้สัญญาหลัก โดยหน้าที่ของ BTSC ดังกล่าวจะสิ้นสุดลงเมื่อ BTSGIF ไม่มีหน้าที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะดังกล่าวแล้ว
 - ตกลงจะไม่กระทำการลงทุนในธุรกิจใหม่ ลดทุนเพิ่มทุน แก้ไขข้อกำหนดหรือยกเลิกสัญญาสัมปทาน ก่อหนี้ในจำนวนที่มากกว่าจำนวนที่อนุญาตไว้ ลดอัตราค่าโดยสาร และก่อหลักประกันหรือภาระติดพันเหนือทรัพย์สิน เว้นแต่ได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการของ BTSC หรือได้รับความยินยอมจาก BTSGIF
- ค. กรณีผิดสัญญา เมื่อเกิดเหตุผิดสัญญาตามที่ระบุไว้ในสัญญาฯ BTSGIF อาจเรียกให้ BTSC ชำระหนี้ตามจำนวนและเงื่อนไขที่กำหนดไว้ และ/หรือ เรียกให้ผู้สนับสนุนปฏิบัติตามสัญญาสนับสนุนและค้ำประกันของผู้สนับสนุน และ/หรือ ใช้สิทธิอื่นใดตามที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือข้อตกลงที่ทำกันไว้ โดย BTSGIF จะมีหนังสือแจ้งไปยัง BTSC และผู้สนับสนุนเมื่อ BTSGIF มีหนังสือแจ้งแล้ว BTSGIF มีสิทธิบังคับตามสิทธิของตนไม่ว่าบางส่วนหรือทั้งหมดได้

ทั้งนี้ ในกรณีผิดสัญญาบางประการตามที่กำหนดไว้ในสัญญาฯ BTSGIF อาจให้เวลา BTSC ในการแก้ไขเยียวยาได้ โดย BTSC จะต้องจัดทำแผนในการแก้ไขเยียวยาเหตุผิดนัดผิดสัญญาที่กำหนดดังกล่าวและนำเสนอให้ BTSGIF เพื่อพิจารณา

3.2) สัญญาสนับสนุนและค้ำประกัน

BTSG (ก) ตกลงรักษาสัดส่วนการถือหุ้นของตนใน BTSC ไว้ตลอดเวลา トラบเท่าที่ภาระหน้าที่ตามสัญญาสนับสนุนและค้ำประกันของผู้สนับสนุนยังคงมีอยู่ และจะไม่โอนหรือก่อภาระติดพันในหุ้น BTSC ดังกล่าว (ข) ตกลงให้ BTSGIF มีส่วนร่วมในคณะกรรมการของ BTSC (ค) ตกลงค้ำประกันแบบจำกัดความรับผิดชอบต่อการปฏิบัติหน้าที่ของ BTSC ภายใต้สัญญาซื้อและโอนสิทธิรายได้สุทธิ และ (ง) ตกลงที่จะไม่ขาย โอน หรือจำหน่ายด้วยประการอื่นใดซึ่งหน่วยลงทุนที่ BTSG จะจองซื้อในจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของหน่วยลงทุนทั้งหมด เป็นระยะเวลา 10 ปี นับจากวันที่ทำการซื้อขายเสร็จสิ้น เว้นแต่จะได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรล่วงหน้าจาก BTSGIF

3.3) สัญญาจำหน่ายหุ้น

เพื่อเป็นประกันการปฏิบัติหน้าที่ของ BTSG ตามสัญญาสนับสนุนและค้ำประกัน BTSG ตกลงจำหน่ายหุ้นของตนทั้งหมดใน BTSC ให้แก่ BTSGIF

3.4) สัญญาจะซื้อจะขายหุ้น

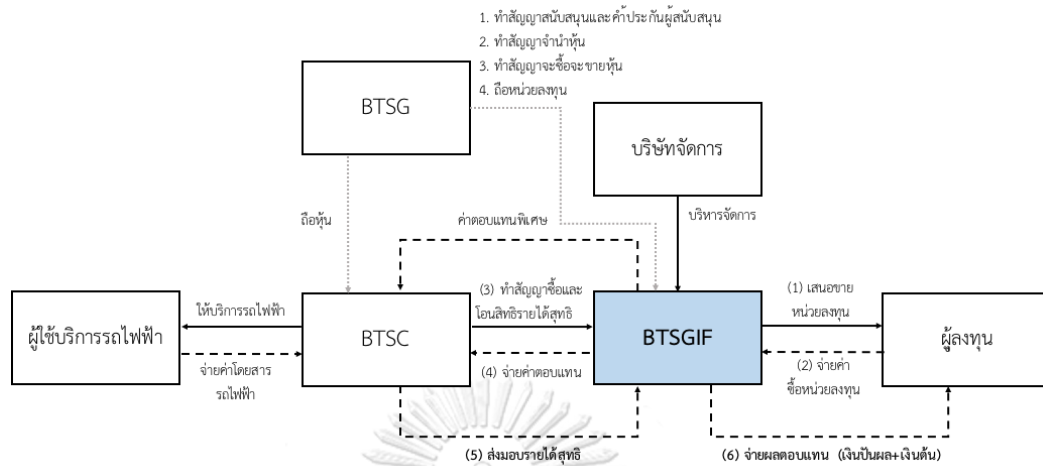
BTSG ตกลงเข้าทำสัญญาจะซื้อจะขายหุ้นกับ BTSGIF เพื่อให้สิทธิ BTSGIF ซื้อหุ้นใน BTSC ที่ BTSG เป็นเจ้าของ ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันภาระผูกพันที่ BTSG มีต่อ BTSGIF ภายใต้สัญญาสนับสนุนและค้ำประกัน

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

4) สรุปได้ว่า BTSGIF เข้าลงทุนในทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐานประเภทสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต (ซึ่งได้แก่ สิทธิในรายได้สุทธิที่จะเกิดขึ้นจากการดำเนินงานระบบรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานคร) และเข้าลักษณะเป็นกองทุนที่ลงทุนในโครงการที่ได้รับผลตอบแทนตามปริมาณการใช้งานจริง (Demand payment) กล่าวคือ รายได้ของ BTSGIF ขึ้นอยู่กับปริมาณการใช้บริการรถไฟฟ้าของผู้ใช้บริการ

รูปภาพที่ 3 แผนภาพแสดงโครงสร้างของ BTSGIF



2.3.3.2 กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้า อมตะ บี.กริม เพาเวอร์ (ABPIF)²¹

1) บุคคลที่เกี่ยวข้องกับกองทุน

- ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน คือ บริษัท อมตะ บี.กริม เพาเวอร์ 1 จำกัด (“บี.กริม 1”) และบริษัท อมตะ บี.กริม เพาเวอร์ 2 จำกัด (“บี.กริม 2”)
- ผู้สนับสนุนหรือค้ำประกันการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน คือ บริษัท อมตะ บี.กริม เพาเวอร์ จำกัด (“บี.กริม เพาเวอร์”)

2) ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการลงทุนของกองทุน

- กิจการที่ลงทุน คือ กิจการไฟฟ้า
 - ทรัพย์สินที่ลงทุน คือ ผลประโยชน์จากการประกอบกิจการโรงไฟฟ้าในนิคมอุตสาหกรรมอมตะนคร จังหวัดชลบุรี ซึ่งเกิดขึ้นจากการทำสัญญาซื้อขายไฟฟ้าระหว่างบี.กริม 1 และบี.กริม 2 กับ กฟผ., สัญญาซื้อขายไฟฟ้าระหว่างบี.กริม 1 และบี.กริม 2 กับ ลูกค้าภาคอุตสาหกรรม (โดยทั่วไปสัญญาจะมีอายุ 5 ปี และ 15 ปี) และสัญญาซื้อขายไอน้ำ รวมถึงสัญญาที่จัดทำขึ้นใหม่ภายในระยะเวลาของสัญญาโอนผลประโยชน์จากการประกอบกิจการไฟฟ้า
- ทั้งนี้ ผลประโยชน์จากการประกอบกิจการโรงไฟฟ้าในนิคมอุตสาหกรรมอมตะนคร จังหวัดชลบุรี คือ การแสวงหารับที่ได้จากรายได้ของโรงไฟฟ้าหักด้วยกระแส

²¹ หนังสือชี้ชวนเสนอขายหน่วยลงทุนของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้าอมตะ บี.กริม เพาเวอร์

เงินสดที่จ่ายสำหรับรายจ่ายของโรงไฟฟ้า (ซึ่งได้แก่ ค่าใช้จ่ายในการดำเนินงาน ค่าซ่อมบำรุงโรงไฟฟ้า (แต่ไม่รวมถึงค่าซ่อมบำรุงโรงไฟฟ้าครั้งใหญ่สำหรับระยะเวลา 3 ปีสุดท้ายก่อนสิ้นสุดสัญญา) รวมถึง ต้นทุนและค่าใช้จ่ายของโรงไฟฟ้าภายใต้สัญญาต่าง ๆ, ค่าใช้จ่ายในการผลิตไฟฟ้า ค่าใช้จ่าย สาธารณูปโภคของโรงไฟฟ้า เงินเดือน โบนัส กองทุนสำรองเลี้ยงชีพ, ค่าจ้างและค่าใช้จ่ายค้างจ่าย สำหรับที่ปรึกษาและผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานโรงไฟฟ้า รวมถึงค่าใช้จ่ายทาง ภาษีจากการประกอบธุรกิจโดยปกติของโรงไฟฟ้า ค่าใช้จ่ายสำหรับเบี้ยประกันภัย ค่าเช่าต่าง ๆ) บวก ด้วยการเปลี่ยนแปลงรายการตั้งสำรองและเงินสดคงเหลือต้นงวด สุดท้ายหักด้วยเงินสดคงเหลือขั้นต่ำ

- วิธีประเมินมูลค่าทรัพย์สิน คือ วิธีการพิจารณาจากรายได้

(Income Approach)

- ไม่มีการประกันรายได้ที่เกี่ยวกับผลประโยชน์จากการ ประกอบกิจการไฟฟ้าให้แก่ ABPIF

- ดำเนินการให้ ABPIF เป็นผู้รับประโยชน์ร่วมภายใต้กรรมธรรม์ ประกันภัยที่เกี่ยวข้อง

3) สิทธิและหน้าที่ตามสัญญาที่เกี่ยวข้อง

3.1) สัญญาโอนผลประโยชน์จากการประกอบกิจการไฟฟ้า

ระหว่างปี.กริม 1 และปี.กริม 2 กับ ABPIF

ก. ABPIF

- จ่ายค่าตอบแทนการโอนผลประโยชน์จากการ ประกอบกิจการไฟฟ้าให้แก่ ปี.กริม 1 และ ปี.กริม 2

ข. ปี.กริม 1 และปี.กริม 2

- โอนสิทธิในผลประโยชน์จากการประกอบกิจการ โรงไฟฟ้าให้แก่ ABPIF ณ วันที่เข้าทำสัญญาหลัก

- ส่งมอบผลประโยชน์จากการประกอบกิจการ โรงไฟฟ้าให้แก่ ABPIF ตามข้อกำหนดและเงื่อนไขในสัญญาฯ

- รักษาลูกค้ำที่เป็นลูกค้ำภาคอุตสาหกรรมของปี. กริม 1 และปี.กริม 2 ตามรายชื่อลูกค้ำที่ปรากฏในสัญญาซื้อขายไฟฟ้า

- ส่งมอบงบการเงินและประมาณการรายรับและ รายจ่ายของโครงการให้แก่ ABPIF

- จัดให้มีหลักประกันเพื่อประกันการชำระหนี้ทั้งปวง ในปัจจุบันและอนาคต โดยจำนองโรงไฟฟ้า ที่ดิน และเครื่องจักรที่เกี่ยวข้อง, จำนำและโอนสิทธิ

เรียกร่องแบบมีเงื่อนไขในบัญชีสำรองฯ, จำนำและโอนสิทธิเรียกร่องแบบมีเงื่อนไขในบัญชีลูกหนี้ สำหรับเงินผลประโยชน์ของ ABPIF

- ในกรณีที่สัญญาซื้อขายไฟฟ้ากับลูกค้าภาคอุตสาหกรรมฉบับใดฉบับหนึ่งครบระยะเวลาการปฏิบัติตามสัญญาหรือมีการบอกเลิกสัญญาก่อนครบกำหนด ปี.กริม 1 และ ปี.กริม 2 จะแจ้งให้ ABPIF ทราบเป็นลายลักษณ์อักษร รวมถึงจะดำเนินการจัดหาผู้ซื้อไฟฟ้ารายใหม่เพื่อทดแทนผู้ซื้อเดิมโดยไม่ชักช้า (โดยสัญญาซื้อขายไฟฟ้ารายใหม่ต้องมีเงื่อนไขโดยรวมไม่ด้อยกว่าสัญญาซื้อขายไฟฟ้าเดิม)

- ในกรณีที่ กฟผ. ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาซื้อขายไฟฟ้ากับ ปี.กริม 1 และปี.กริม 2 ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาฯ ABPIF มีสิทธิบอกเลิกสัญญาโอนผลประโยชน์จากการประกอบกิจการไฟฟ้าได้ โดยปี.กริม 1 และปี.กริม 2 จะคืนเงินคงเหลือตามอัตราที่กำหนดไว้ในสัญญาโอนผลประโยชน์จากการประกอบกิจการไฟฟ้าให้แก่ ABPIF

- ในกรณีที่มิเหตุอันสมควรหรือมีข้อเท็จจริงตามสภาพธุรกิจเปลี่ยนแปลงไป ปี.กริม 1 และปี.กริม 2 อาจทำคำเสนอขอเลิกสัญญาโอนผลประโยชน์จากการประกอบกิจการไฟฟ้า ซึ่งหาก ABPIF โดยมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นฯเห็นชอบ ปี.กริม 1 และปี.กริม 2 จะคืนเงินคงเหลือตามอัตราที่กำหนดไว้ในสัญญาโอนผลประโยชน์จากการประกอบกิจการไฟฟ้าให้แก่ ABPIF

- รับผิดชอบภาษีธุรกิจเฉพาะที่ ABPIF อาจต้องเสียในส่วนของแต่ละรายงวดระหว่างผลประโยชน์ที่ ABPIF จะได้รับกับราคาซื้อที่ ABPIF ชำระเป็นค่าตอบแทนให้แก่ ปี.กริม 1 และ ปี.กริม 2 เนื่องจากการเข้าทำสัญญาโอนผลประโยชน์จากการประกอบกิจการไฟฟ้า

- ตกลงจะไม่ก่อกวนใด ๆ เพิ่มเติม เว้นแต่ได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจาก ABPIF

ค. กรณีผิดสัญญา กรณีที่ ปี.กริม 1 และ ปี.กริม 2 ไม่โอนผลประโยชน์จากการประกอบกิจการไฟฟ้าให้แก่ ABPIF ในวันที่ครบกำหนดตามสัญญาหลัก โดยไม่มีเหตุอันควร หรือหยุดประกอบกิจการโดยไม่มีเหตุอันควร (เว้นแต่กรณีที่มีความจำเป็นเนื่องจากทรัพย์สินเสียหาย ทรัพย์สินถูกเวนคืน หยุดประกอบกิจการชั่วคราวเพื่อบำรุงรักษาหรือเนื่องจากคำสั่งของหน่วยงานรัฐ) หรือถูกศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์ ล้มละลายหรือฟื้นฟูกิจการ ABPIF เมื่อ ABPIF บอกเลิกสัญญา ปี.กริม 1 และ ปี.กริม 2 จะต้องคืนเงินค่าชดเชยความเสียหายให้แก่ ABPIF ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาหลัก

3.2) สัญญาตกลงกระทำการ

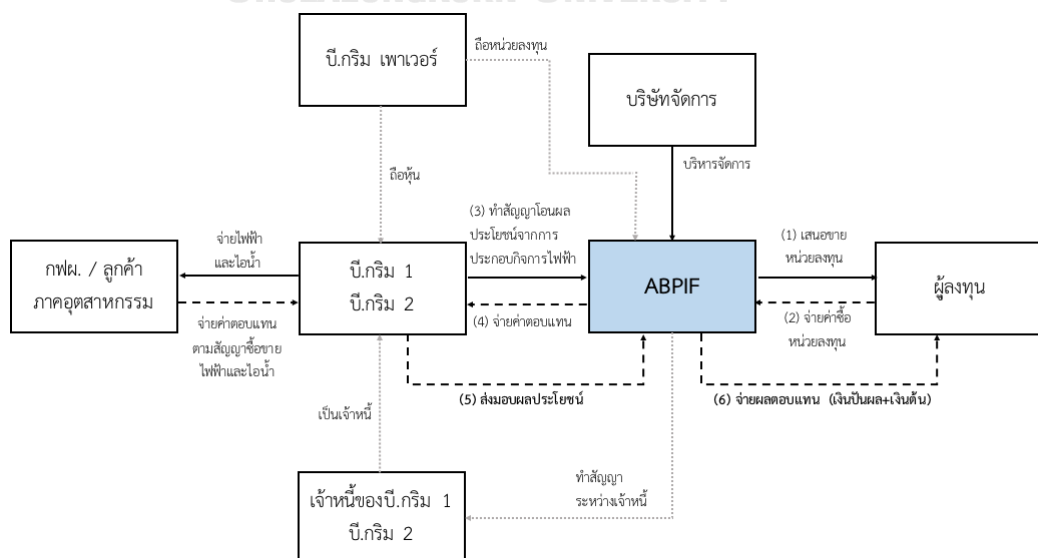
ปี.กริม เพาเวอร์ (ก) ตกลงจะดำเนินการให้บริษัทในเครือของ ปี.กริม เพาเวอร์ เสนอขายไฟฟ้า และ/หรือ ใอน้ำ ให้แก่บุคคลอื่นที่มีใช้นิติบุคคลตามรายชื่อสัญญา ของ ปี.กริม 1 และปี.กริม 2 (ข) ตกลงถือครองหุ้นของปี.กริม 1 และปี.กริม 2 ตามระยะเวลาที่สัญญา หลักมีผลใช้บังคับ (ค) ตกลงถือครองหน่วยลงทุนของ ABPIF ตามสัดส่วนการถือครองไม่น้อยกว่าร้อยละ 27.5 ของจำนวนหน่วยที่ออกและเสนอขายทั้งหมด และ (ง) ตกลงจะดำเนินการให้ปี.กริม 1 และ ปี.กริม 2 ปฏิบัติหน้าที่ภายใต้สัญญาซื้อขายไฟฟ้าและสัญญาอื่น ๆ

3.3) สัญญาระหว่างเจ้าหนี้

ABPIF ตกลงเข้าทำสัญญาระหว่างเจ้าหนี้ โดยสาระสำคัญของ สัญญาเป็นการกำหนดสิทธิของเจ้าหนี้แต่ละรายในการได้รับชำระหนี้จาก ปี.กริม 1 และปี.กริม 2 ภายใต้สัญญาดังกล่าว ABPIF ถูกจัดอยู่ในฐานะของเจ้าหนี้ลำดับรองทำให้สิทธิในการได้รับโอน ผลประโยชน์จากการประกอบกิจการไฟฟ้าของ ABPIF จาก ปี.กริม 1 และปี.กริม 2 อยู่ภายใต้เงื่อนไข บางประการตามที่กำหนดไว้ในสัญญาระหว่างเจ้าหนี้

4) สรุปได้ว่า ABPIF เข้าลงทุนในทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ประเภทสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต (ซึ่งได้แก่ ผลประโยชน์จากการประกอบกิจการ โรงไฟฟ้าในนิคมอุตสาหกรรมอมตะนคร จังหวัดชลบุรี) และเข้าลักษณะเป็นกองทุนที่ลงทุนใน โครงการที่ได้รับผลตอบแทนตามปริมาณการใช้งานจริง (Demand payment) กล่าวคือ รายได้ของ ABPIF ขึ้นอยู่กับปริมาณการซื้อไฟฟ้าของ กฟผ. และลูกค้าภาคอุตสาหกรรม

รูปภาพที่ 4 แผนภาพแสดงโครงสร้างของ ABPIF



2.3.3.3 กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโทรคมนาคม ดิจิทัล (DIF)²²

ชื่อเดิมของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานดังกล่าว คือ กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโทรคมนาคม โทรุโกรท (TRUEGIF)

1) คู่สัญญาที่เกี่ยวข้องกับกองทุน

- ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน คือ บริษัท บีเอฟเคที (ประเทศไทย) จำกัด (“BFKT”) บริษัท เอเชีย ไวร์เลส คอมมิวนิเคชั่น จำกัด (“AWC”) บริษัท โทรูนิเวอร์แซล คอนเวอร์เจ้นซ์ จำกัด (“TUC”) บริษัท โทรู คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) (“TRUE”) และบริษัท เรียล ฟิวเจอร์ จำกัด (“Real Future”)

- ผู้สนับสนุนหรือค่าประกันการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน (เฉพาะกรณี BFKT) คือ Real Future

- ผู้จัดการทรัพย์สินโทรคมนาคม คือ บริษัท เทเลคอม แอสเซท แมนเนจเม้นท์ จำกัด เพื่อให้บริการด้านธุรการ การตลาดสำหรับทรัพย์สินที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานโทรคมนาคมที่เกี่ยวข้องของกองทุนรวม และรับผิดชอบในการจัดหาผู้เช่าและบริหารจัดการพื้นที่ร่วมอื่นๆ ตามสัญญาบริการหลัก

2) ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการลงทุนของกองทุน

- กิจการที่ลงทุน คือ กิจการโทรคมนาคม
- ทรัพย์สินที่ลงทุน คือ (ก) กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเสาโทรคมนาคมส่วนเพิ่มและโครงสร้างพื้นฐานโทรคมนาคมประเภท Passive อื่นที่เกี่ยวข้องที่ใช้สำหรับการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ของ TRUE ตามสัญญาโอนขายทรัพย์สินระหว่าง DIF กับ TRUE (ข) กรรมสิทธิ์ในระบบใยแก้วนำแสงหลัก (ระบบ FOC) รวมทั้งอุปกรณ์ระบบสื่อสารที่เกี่ยวข้องในเขตพื้นที่ต่างจังหวัด และระบบบรอดแบนด์ในเขตพื้นที่ต่างจังหวัดของ TUC ตามสัญญาโอนขายทรัพย์สินระหว่าง DIF กับ TUC (ค) สิทธิในการได้รับประโยชน์จากรายได้สุทธิที่เกิดจากการให้เช่าทรัพย์สินของ BFKT ได้แก่ เสาโทรคมนาคม และระบบใยแก้วนำแสงหลัก รวมทั้งอุปกรณ์ระบบสื่อสารของ BFKT และเสาโทรคมนาคมของ BFKT ตามสัญญาโอนขายทรัพย์สินและสิทธิรายได้ระหว่าง DIF กับ BFKT และ (ง) สิทธิในการได้รับประโยชน์จากรายได้สุทธิที่เกิดจากการให้เช่าทรัพย์สินของ AWC ได้แก่ เสาโทรคมนาคม ตามสัญญาโอนขายทรัพย์สินและสิทธิรายได้ระหว่าง DIF กับ AWC

²² หนังสือชี้ชวนเสนอขายหน่วยลงทุนของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโทรคมนาคมโทรุโกรท

- วิธีประเมินมูลค่าทรัพย์สิน คือ วิธีการพิจารณาจากรายได้

(Income Approach)

- ไม่มีการประกันรายได้ที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่ลงทุน

3) สิทธิและหน้าที่ตามสัญญาที่เกี่ยวข้อง (เฉพาะสัญญาในส่วนที่ลงทุน สิทธิในการได้รับประโยชน์จากรายได้สุทธิที่เกิดจากการให้เช่าทรัพย์สินของ BFKT และ AWC เท่านั้น)

3.1) สัญญาโอนขายทรัพย์สินและสิทธิรายได้ระหว่าง DIF กับ

BFKT

ก. DIF

- จ่ายค่าตอบแทนการโอนสิทธิรายได้สุทธิที่เกิดจากการให้เช่าทรัพย์สินให้แก่ BFKT ในวันที่ทำการซื้อขายเสร็จสิ้น
- จะได้รับกรรมสิทธิ์และผลประโยชน์ในรายได้สุทธิของ BFKT โดยครบถ้วนสมบูรณ์นับจากวันที่ทำการซื้อขายรายได้ BFKT เสร็จสิ้น และมีสิทธิจำหน่ายจ่ายโอนรายได้สุทธิของ BFKT ต่อไปและมีสิทธิโดยสมบูรณ์ที่จะได้รับและเก็บไว้ซึ่งรายได้สุทธิของ BFKT เพื่อประโยชน์ของ DIF

ข. BFKT

- ส่งมอบรายได้สุทธิที่เกิดจากการให้เช่าทรัพย์สินดังต่อไปนี้ ให้แก่ DIF ภายในวันทำการสุดท้ายของแต่ละเดือนปฏิทิน (ก) ค่าเช่าทรัพย์สินโทรคมนาคมของ BFKT ซึ่งประกอบด้วยเสาโทรคมนาคม (จำนวน 1,485 เสา) และระบบ FOC รวมทั้งอุปกรณ์ระบบสื่อสารของ BFKT (จำนวน 9,169 links) (“ทรัพย์สิน BFKT หลัก”) ตามสัญญาเช่าเครื่องและอุปกรณ์ HSPA ระหว่าง BFKT กับ กสท. (“สัญญา HSPA”) (ซึ่งรวมถึงสิทธิเรียกร้องและสิทธิอื่นทั้งหมดที่เกิดจากรายได้ดังกล่าว) นับแต่วันเริ่มคำนวณรายได้จนถึงวันครบกำหนดสัญญา ทั้งนี้ ตามอัตราค่าเช่าที่กำหนดไว้ และ (ข) ค่าเช่าเสาโทรคมนาคมของ BFKT จำนวนไม่เกิน 50 เสา (“ทรัพย์สิน BFKT ส่วนที่เหลือ”) นับแต่วันถัดจากวันครบกำหนดสัญญาหรือวันที่สัญญา HSPA ถูกยกเลิกก่อนครบกำหนดหรือครบกำหนดระยะเวลาที่ได้มีการขยาย (“วันยกเลิกสัญญา HSPA”) แล้วแต่กรณีใดจะเกิดขึ้นก่อน จนถึงวันครบรอบ 10 ปี นับแต่วันถัดจากวันครบกำหนดสัญญาหรือวันยกเลิกสัญญา HSPA ดังกล่าว ซึ่ง BFKT จะนำออกให้นิติบุคคลในกลุ่ม TRUE เช่าพื้นที่บนเสาโทรคมนาคมดังกล่าว ทั้งนี้ ตามอัตราค่าเช่าที่กำหนดไว้

ทั้งนี้ รายได้สุทธิที่เกิดจากการให้เช่าทรัพย์สิน คือ รายได้ที่เกิดจากการให้เช่าทรัพย์สินหักด้วยต้นทุนและค่าใช้จ่ายบางส่วนสำหรับการดำเนินงานและ

ซ่อมบำรุง เงินค่าเช่าตามสัญญาเช่าที่ดิน (รวมถึงภาษีโรงเรือน) และเบี้ยประกันภัย และค่าใช้จ่ายในการให้ได้มาซึ่งสิทธิแห่งทาง

- ตกลงให้สิทธิโดยเพิกถอนมิได้แก่ DIF ในการซื้อทรัพย์สิน BFKT หลักในราคา 10 ล้านบาท ซึ่ง DIF สามารถใช้สิทธิได้ในวันครบกำหนดสัญญาหรือวันยกเลิกสัญญา HSPA แล้วแต่กรณี

- ตกลงโอนและขายทรัพย์สิน BFKT ส่วนที่เหลือให้แก่ DIF ตามราคาที่ตกลงกัน หาก BFKT ได้รับหลักฐานเกี่ยวกับสิทธิในที่ดิน และ/หรือสิทธิการเช่าโดยชอบด้วยกฎหมายของสถานที่ตั้ง และ/หรือ สิทธิแห่งทางที่เป็นที่ตั้งหรือใช้ดำเนินงานของทรัพย์สินส่วนที่เหลือ

- รับผิดชอบค่าภาษีธุรกิจเฉพาะที่เกี่ยวข้องทั้งหมดจากธุรกรรมขายและรับโอนรายได้ให้แก่ DIF เต็มจำนวน

- ดำเนินการให้ DIF มีชื่อเป็นผู้เอาประกันภัยร่วมและผู้รับผลประโยชน์ร่วมภายใต้กรมธรรม์ประกันภัยของกลุ่ม TRUE ที่เกี่ยวกับทรัพย์สินโทรคมนาคมของ BFKT และจัดให้มีการประกันภัยที่เกี่ยวกับทรัพย์สินโทรคมนาคมของ BFKT ตามข้อกำหนดที่ระบุไว้ในสัญญาโอนขายทรัพย์สินและสิทธิรายได้ BFKT

ค. กรณีผิดสัญญา ก่อนวันโอนทรัพย์สิน BFKT หลัก เมื่อเกิดเหตุผิดตามสัญญาฯ (เช่น BFKT ไม่ส่งมอบรายได้ค่าเช่ารายเดือนเป็นเวลา 3 เดือนติดต่อกัน เป็นต้น) DIF อาจเรียกให้ BFKT ชำระเงินเป็นมูลค่าปัจจุบันสุทธิของรายได้สุทธิของ BFKT ตามสัญญาฯ ที่เหลือทั้งหมดรวมกับมูลค่าสุดท้ายของ BFKT ของทรัพย์สิน BFKT หลัก รวมทั้งอาจบังคับใช้สิทธิของ DIF ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนตามสัญญาฯ

3.2) สัญญาโอนขายทรัพย์สินและสิทธิรายได้ระหว่าง DIF กับ AWC

ก. DIF

- จ่ายค่าตอบแทนการโอนสิทธิรายได้สุทธิที่เกิดจากการให้เช่าทรัพย์สินและเสาโทรคมนาคมของ AWC ให้แก่ AWC ในวันที่ทำการซื้อขายเสร็จสิ้น

- จะได้รับกรรมสิทธิ์และผลประโยชน์ในรายได้สุทธิของ AWC โดยครบถ้วนสมบูรณ์นับจากวันที่ทำการซื้อขายรายได้ AWC เสร็จสิ้น และมีสิทธิที่จะจำหน่ายจ่ายโอนรายได้สุทธิของ AWC ต่อไปและมีสิทธิโดยสมบูรณ์ที่จะได้รับและเก็บไว้ซึ่งรายได้สุทธิของ AWC เพื่อประโยชน์ของ DIF

ข. AWC

- ส่งมอบรายได้สุทธิที่เกิดจากการให้เช่าทรัพย์สิน ดังต่อไปนี้ ให้แก่ DIF ภายในวันทำการสุดท้ายของแต่ละเดือนปฏิทิน (ก) ค่าเช่าเสาโทรคมนาคมของ AWC (จำนวน 4,360 เสา) ตามสัญญาเช่าเสาโทรคมนาคมของ AWC (ซึ่งรวมถึงเงินที่ได้รับจากการใช้ สิทธิเรียกร้อง และสิทธิอื่นทั้งหมดที่เกิดจากรายได้ดังกล่าว) นับแต่วันเริ่มคำนวณรายได้จนถึงวันที่ ครบกำหนดสัญญาเช่าเสาโทรคมนาคมของ AWC (“วันครบกำหนดสัญญา AWC”) ทั้งนี้ ตามอัตราค่า เช่าที่กำหนดไว้ และ (ข) ค่าเช่าเสาโทรคมนาคมของ AWC จำนวนไม่เกิน 392 เสา นับแต่วันถัดจาก วันครบกำหนดสัญญา AWC หรือวันที่สัญญาเช่าเสาโทรคมนาคมของ AWC ถูกยกเลิกก่อนครบ กำหนดระยะเวลาหรือครบกำหนดระยะเวลาที่ได้มีการขยาย (“วันยกเลิกสัญญา AWC”) แล้วแต่กรณี ใดจะเกิดขึ้นก่อน จนถึงวันครบรอบ 10 ปี นับแต่วันถัดจากวันครบกำหนดสัญญา AWC หรือวัน ยกเลิกสัญญา AWC ดังกล่าว ทั้งนี้ ตามอัตราค่าเช่าที่กำหนดไว้

ทั้งนี้ รายได้สุทธิที่เกิดจากการให้เช่าทรัพย์สิน คือ รายได้ที่เกิดจากการให้เช่าทรัพย์สินหักด้วยต้นทุนและค่าใช้จ่ายบางส่วนสำหรับการดำเนินงานและ ซ่อมบำรุง เงินค่าเช่าตามสัญญาเช่าที่ดิน (รวมถึงภาษีโรงเรือน) และเบี้ยประกันภัย

- ภายหลังจากวันครบกำหนดสัญญา AWC หรือวัน ยกเลิกสัญญา AWC (แล้วแต่กรณี) AWC จะต้องโอนเสาโทรคมนาคมของ AWC บางส่วนให้แก่ DIF เป็นจำนวน 3,968 เสา (“ทรัพย์สิน AWC หลัก”) ในวันที่กำหนดไว้ให้เป็นวันที่ทำการโอนและส่งมอบ ทรัพย์สิน AWC หลัก

- รับผิดชอบค่าภาษีธุรกิจเฉพาะที่เกี่ยวข้องทั้งหมด จากธุรกรรมขายและรับโอนรายได้ให้แก่ DIF เต็มจำนวน

- ดำเนินการให้ DIF มีชื่อเป็นผู้เอาประกันภัยร่วม และผู้รับผลประโยชน์ร่วมภายใต้กรมธรรม์ประกันภัยของกลุ่ม TRUE ที่เกี่ยวกับทรัพย์สินโทรคมนาคม ของ AWC และจัดให้มีการประกันภัยที่เกี่ยวกับเสาโทรคมนาคมของ AWC ตามข้อกำหนดที่ระบุไว้ใน สัญญาโอนขายทรัพย์สินและสิทธิ รายได้ AWC

ค. กรณีผิดสัญญา ก่อนวันโอนทรัพย์สิน AWC หลัก เมื่อ เกิดเหตุผิดตามสัญญาฯ (เช่น AWC ไม่ส่งมอบรายได้ค่าเช่ารายเดือนเป็นเวลา 3 เดือนติดต่อกัน เป็น ต้น) DIF อาจเรียกให้ AWC ชำระเงินเป็นมูลค่าปัจจุบันสุทธิของรายได้สุทธิของ AWC ตามสัญญาฯ ที่ เหลือทั้งหมดรวมกับมูลค่าสุดท้ายของ AWC ของทรัพย์สิน AWC หลัก รวมทั้งอาจบังคับใช้สิทธิของ DIF ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนตามสัญญาฯ

3.3) หนังสือข้อตกลงกระทำการ (Letter of Understanding)

ระหว่าง DIF, BFKT กับ Real Future

- Real Future จะชำระหรือดำเนินการให้มีการชำระรายได้สุทธิรายเดือนให้แก่ DIF ตามสัญญาโอนขายทรัพย์สินและรายได้ระหว่าง DIF กับ BFKT ในช่วงระยะเวลาตั้งแต่วันที่ DIF ลงทุนจนถึงวันที่ กสท. เริ่มชำระเงินตามสัญญาเช่าเครื่องและอุปกรณ์ HSPA

3.4) สัญญารักษาสัดส่วนการถือหน่วยลงทุน

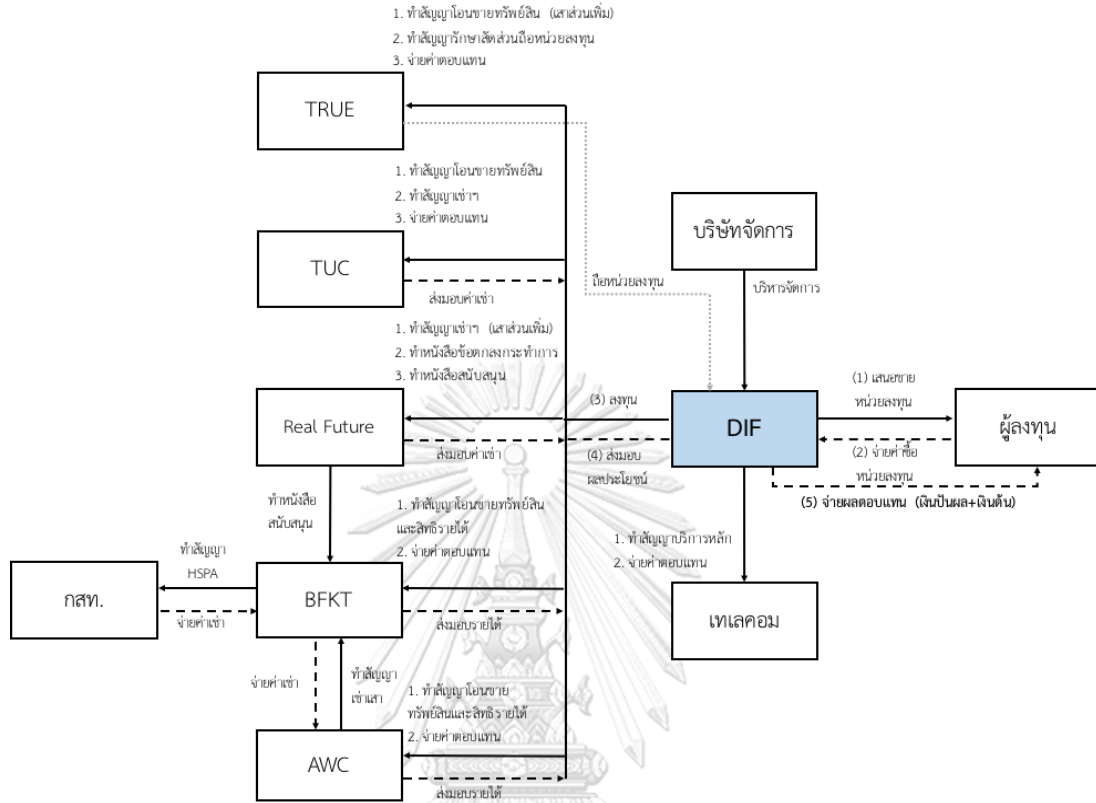
- TRUE ตกลงจะจองซื้อหน่วยลงทุนของ DIF และถือหน่วยลงทุนตลอดเวลานับแต่วันจดทะเบียนกองทุนจนถึงวันที่ครบกำหนด 5 ปี นับจากวันจดทะเบียนกองทุน

3.5) หนังสือสนับสนุน (Letter of Support) ของ Real Future

- Real Future ตกลงจะให้ความสนับสนุนแก่ BFKT เพื่อให้ BFKT สามารถปฏิบัติตามสัญญาโอนขายทรัพย์สินและสิทธิในรายได้ระหว่าง DIF กับ BFKT

4) สรุปได้ว่า DIF เข้าลงทุนในทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐานประเภทกรรมสิทธิ์ (ซึ่งได้แก่ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเสาโทรคมนาคมและระบบใยแก้วนำแสงหลัก) และสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต (ซึ่งได้แก่ สิทธิในการรับรายได้สุทธิจากทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐานประเภทโทรคมนาคม) ซึ่งการลงทุนในสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นกองทุนที่ลงทุนในโครงการที่ได้รับผลตอบแทนตามปริมาณการใช้งานจริง (Demand Payment) กล่าวคือ รายได้ของ DIF ขึ้นอยู่กับการเอาทรัพย์สินโทรคมนาคมออกหาประโยชน์ โดยการให้เช่า และรายได้ค่าเช่าในอนาคต

รูปภาพที่ 5 แผนภาพแสดงโครงสร้างของ DIF



2.3.3.4 กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้ากลุ่มน้ำตาลบุรีรัมย์ (BRRGIF)²³

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

- 1) คู่สัญญาที่เกี่ยวข้องกับกองทุน
 - ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน คือ บริษัท บุรีรัมย์พลังงาน จำกัด (“BEC”) และบริษัท บุรีรัมย์เพาเวอร์ จำกัด (“BPC”)
 - ผู้สนับสนุนหรือค้ำประกันการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน คือ บริษัท น้ำตาลบุรีรัมย์ จำกัด (มหาชน) (“BRR”)

- 2) ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการลงทุนของกองทุน
 - กิจการที่ลงทุน คือ กิจการไฟฟ้า

²³ หนังสือชี้ชวนส่วนเสนอขายหน่วยลงทุน กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้ากลุ่มน้ำตาลบุรีรัมย์

- ทรัพย์สินที่ลงทุน คือ สิทธิในรายได้สุทธิจากการประกอบกิจการโรงไฟฟ้าชีวมวล รายได้สุทธิดังกล่าวเกิดขึ้นจากการทำสัญญาซื้อขายไฟฟ้าระหว่าง BEC และ BPC กับ กฟภ., สัญญาซื้อขายไฟฟ้าระหว่าง BEC และ BPC กับ BSF และคู่สัญญาอื่น ๆ (ถ้ามี), สัญญาซื้อขายไอน้ำระหว่าง BEC และ BPC กับ BSF และคู่สัญญาอื่น ๆ (ถ้ามี)

ทั้งนี้ สิทธิในรายได้สุทธิจากการประกอบกิจการโรงไฟฟ้าชีวมวล คือ รายได้จากการประกอบกิจการโรงไฟฟ้า หักด้วยค่าใช้จ่ายของโรงไฟฟ้า (ซึ่งได้แก่ รายจ่ายที่เกิดขึ้นจริงในการประกอบกิจการโรงไฟฟ้า (เช่น ค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับวัตถุดิบชีวมวลที่ใช้ในการผลิตไฟฟ้าและไอน้ำ, ค่าใช้จ่ายในการซื้อขายน้ำ Condensate, ค่าใช้จ่ายในการซื้อน้ำ RO, ค่าใช้จ่ายในการซื้อไอดี และ/หรือ ไอเสีย และ/หรือ น้ำ Condensate และ/หรือ น้ำ RO ระหว่างกันของ BEC, BPC และ/หรือ บุคคลภายนอก (ถ้ามี) ค่าเบี้ยประกันตามที่คู่สัญญาตกลงกัน ค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมธนาคารสำหรับการโอนผลประโยชน์จากการประกอบกิจการโรงไฟฟ้า) รายจ่ายในการบริหารจัดการโรงไฟฟ้าแบบเหมารวม ประกอบด้วยค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการซ่อมบำรุงโรงไฟฟ้า และค่าบริหารจัดการโรงไฟฟ้า (เช่น ค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับการบริหารจัดการโรงไฟฟ้าที่จำเป็นเพื่อให้โรงไฟฟ้าสามารถดำเนินงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ ค่าจ้าง และค่าใช้จ่ายสำหรับที่ปรึกษาและผู้เชี่ยวชาญ เฉพาะด้านเกี่ยวกับการดำเนินงานของโรงไฟฟ้า เงินเดือน โบนัส กองทุนสำรองเลี้ยงชีพ และผลประโยชน์อื่น ๆ ของพนักงาน รวมถึงค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการและค่าเสียหาย) ของ BEC และ BPC

- วิธีประเมินมูลค่าทรัพย์สิน คือ วิธีการพิจารณาจากรายได้ (Income Approach)

- ไม่มีการประกันรายได้ที่เกี่ยวกับรายได้สุทธิให้แก่ BRRGIF BEC, BPC และ BRRGIF ตกลงร่วมกันทำประกันภัยความเสี่ยงทุกชนิด ประกันภัยคุ้มครองความเสียหายแก่บุคคลภายนอก และประกันภัยธุรกิจหยุดชะงัก โดยให้ BRRGIF เป็นผู้รับผลประโยชน์ในกรมธรรม์แต่ผู้เดียว (ยกเว้นประกันความเสียหายแก่บุคคลภายนอก) ทั้งนี้ เบี้ยประกันของกรมธรรม์

3) สิทธิและหน้าที่ตามสัญญาที่เกี่ยวข้อง

3.1) สัญญาโอนสิทธิรายได้สุทธิระหว่าง BRRGIF กับ BEC และ

BPC

ก. BRRGIF

- จ่ายค่าตอบแทนการโอนสิทธิในรายได้สุทธิจากการประกอบกิจการโรงไฟฟ้าชีวมวลให้แก่ BEC และ BPC

ข. BEC และ BPC

- โอนสิทธิในรายได้สุทธิจากการประกอบกิจการโรงไฟฟ้าชีวมวลให้แก่ BRRGIF ณ วันที่เข้าทำสัญญาหลัก

- ส่งมอบรายได้สุทธิจากการประกอบกิจการโรงไฟฟ้าชีวมวลให้แก่ BRRGIF โดยคิดจากผลประกอบการรายเดือน

- ตกลงจะชำระเงินกู้ที่มีกับสถาบันการเงินต่าง ๆ BRR และบริษัทย่อยของ BRR ทั้งหมด รวมถึงหนังสือค้ำประกันการใช้ไฟฟ้าที่มีกับธนาคารกรุงเทพ จำกัด (มหาชน)

- ตกลงแจ้งให้ BRRGIF ทราบเมื่อสัญญาซื้อขายไฟฟ้าฉบับใดฉบับหนึ่งถูกบอกเลิกสัญญาก่อนครบกำหนดระยะเวลา โดยไม่ใช่ความผิดของ BEC และ/หรือ BPC

- จัดเตรียมและจัดส่งรายงานและเอกสารต่าง ๆ (เช่น หลักฐานการรับเช็คค่าซื้อขายไฟฟ้า งบการเงินและประมาณการรายรับและรายจ่ายของโครงการ เป็นต้น) ให้แก่ BRRGIF

- เพื่อเป็นประกันการปฏิบัติหน้าที่ภายใต้สัญญาหลัก และสัญญาตกลงดำเนินการ BEC และ BPC ต้องดำเนินการให้มีการวางหลักประกัน ดังนี้ (ก) การจดจำนองที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้าง รวมทั้งเครื่องจักรและอุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการโรงไฟฟ้า (ข) การจำนำหุ้นทั้งหมดของ BEC ที่ถือโดย BRR และการจำนำหุ้นทั้งหมดของ BPC ที่ถือโดย BEC (ค) การโอนสิทธิอย่างมีเงื่อนไขในสัญญาเช่าของที่ดินอันเป็นที่ตั้งของโรงไฟฟ้า (ง) การโอนสิทธิอย่างมีเงื่อนไขในบัญชีรายได้ที่ได้รับจากการประกอบกิจการโรงไฟฟ้าของ BEC และ BPC ให้แก่ BRRGIF และ (จ) การดำเนินการให้ BRRGIF เป็นผู้รับผลประโยชน์ในกรรมธรรม์ประกันภัย ทั้งนี้ BEC, BPC และ BRRGIF ตกลงร่วมกันทำประกันภัยความเสี่ยงทุกชนิด ประกันภัยคุ้มครองความเสียหายแก่บุคคลภายนอก และประกันภัยธุรกิจหยุดชะงัก

- ดำเนินการประกอบกิจการโรงไฟฟ้าตามข้อกำหนดและมาตรฐานที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

- ดำเนินการจัดหาวัสดุและอุปกรณ์ที่จำเป็นในการดำเนินการโรงไฟฟ้า
- เดินเครื่อง ดูแลรักษา ซ่อมแซมวัสดุและอุปกรณ์ที่จำเป็นในการดำเนินการโรงไฟฟ้า และเครื่องจักรที่ใช้ประกอบกิจการโรงไฟฟ้าให้อยู่ในสภาพใช้งานได้ตามปกติอยู่ตลอดเวลา

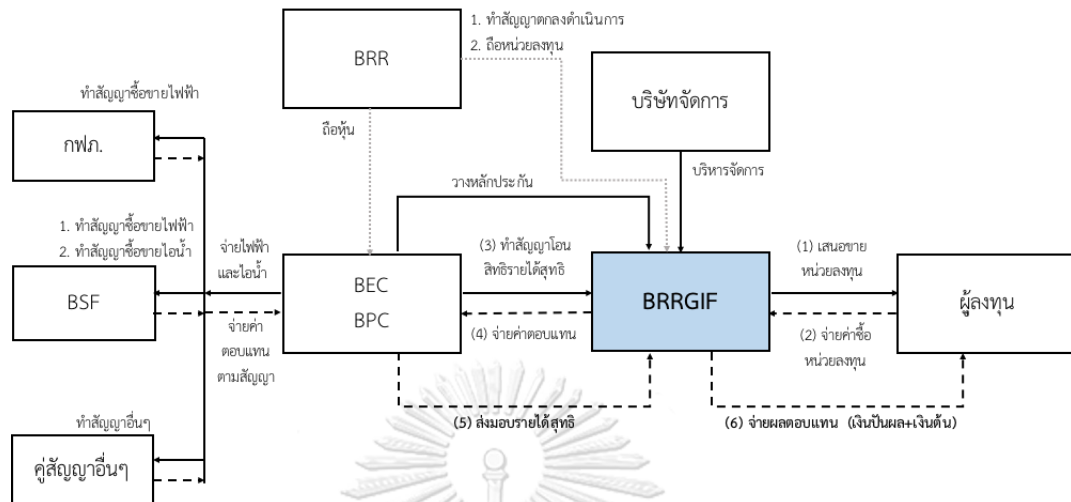
ค. กรณีผิดสัญญา กรณีที่ BEC และ/หรือ BPC จงใจไม่ส่งมอบรายได้สุทธิให้แก่ BRRGIF หรือส่งมอบไม่ครบถ้วน หาก BEC และ/หรือ BPC มิได้ทำการแก้ไขภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งจาก BRRGIF BRRGIF สามารถเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจริง หรือบอกเลิกสัญญาและเรียกร้องให้ BEC และ/หรือ BPC ชำระหนี้คงค้าง มูลค่าการเข้าลงทุนที่คงเหลือและค่าปรับได้

3.2) สัญญาตกลงดำเนินการ

BRR เข้าทำสัญญาตกลงดำเนินการ เพื่อให้ BRRGIF มั่นใจว่าการดำเนินการของโรงไฟฟ้าเป็นไปอย่างเรียบร้อย โดยตกลงจะ (ก) รักษาสัดส่วนการเป็นผู้ถือหุ้นทั้งทางตรง และ/หรือ ทางอ้อม ใน BEC, BPC และ BSF (ข) รักษาสัดส่วนการถือหุ้นหน่วยลงทุนใน BRRGIF ไม่น้อยกว่าร้อยละ 20 ของจำนวนหน่วยลงทุน ณ เวลาใด ๆ เป็นเวลา 10 ปีนับจากวันที่ BRRGIF เข้าลงทุนครั้งแรกสำเร็จ (ค) ดำเนินการต่าง ๆ เพื่อให้ BEC, BPC และ BSF ปฏิบัติหน้าที่ภายใต้สัญญาที่จำเป็นต่อการประกอบกิจการโรงไฟฟ้า (ง) ดำเนินการใด ๆ เพื่อเข้าเป็นผู้ค้าประกันหรือดำเนินการเพื่อให้มีการวางหลักประกันแทน BEC และ/หรือ BPC สำหรับการก่อหนี้ที่เป็นไปในทางการค้าปกติของการประกอบธุรกิจโรงไฟฟ้าของ BEC และ/หรือ BPC และ (จ) ให้สิทธิในการปฏิเสธก่อนแก่ BRRGIF สำหรับการลงทุนในโรงไฟฟ้าอื่น ๆ ของ BRR

4) สรุปได้ว่า BRRGIF เข้าลงทุนในทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐานประเภทสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตหรือสิทธิในรายได้ในอนาคต (ซึ่งได้แก่ สิทธิในรายได้สุทธิจากการประกอบกิจการโรงไฟฟ้าชีวมวลของ BEC และ BPC) และเข้าลักษณะเป็นกองทุนที่ลงทุนในโครงการที่ได้รับผลตอบแทนตามปริมาณการใช้งานจริง (Demand payment) กล่าวคือรายได้ของ BRRGIF ขึ้นอยู่กับปริมาณการซื้อไฟฟ้าและไอน้ำของ กฟผ., BSF และคู่สัญญาอื่น ๆ

รูปภาพที่ 6 แผนภาพแสดงโครงสร้างของ BRRGIF



2.3.3.5 กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้าพระนครเหนือ ชุดที่ 1 การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (EGATIF)²⁴

- 1) คู่สัญญาที่เกี่ยวข้องกับกองทุน
 - ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน คือ การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (“กฟผ.”) เป็นรัฐวิสาหกิจ
 - ไม่มีผู้สนับสนุนหรือค้ำประกันการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

- 2) ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการลงทุนของกองทุน
 - กิจการที่ลงทุน คือ กิจการไฟฟ้า
 - ทรัพย์สินที่ลงทุน คือ สิทธิการรับรายได้ค่าความพร้อมจ่ายของโรงไฟฟ้าพระนครเหนือชุดที่ 1 กล่าวคือ รายได้ค่าความพร้อมจ่าย (ซึ่งค่าความพร้อมจ่ายจะถูกกำหนดตามอัตราค่าความพร้อมจ่าย กำลังผลิตไฟฟ้าตามข้อตกลง และจำนวนชั่วโมงของค่าความพร้อมจ่ายตามที่ระบุไว้ในสัญญาฯ โดยค่าความพร้อมจ่ายจะเกิดขึ้นเมื่อโรงไฟฟ้าพระนครเหนือชุดที่ 1 มีความพร้อมจ่ายจริงในการผลิตไฟฟ้าและสามารถผลิตไฟฟ้าได้ตามที่ศูนย์ควบคุมสั่งการ โดย

²⁴ หนังสือชี้ชวนเสนอขายหน่วยลงทุนของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้าพระนครเหนือ ชุดที่ 1 การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย

โรงไฟฟ้าพระนครเหนือชุดที่ 1 จะได้รับรายได้ค่าความพร้อมจ่ายถึงแม้ว่าศูนย์ควบคุมจะสั่งเดินเครื่องผลิตไฟฟ้า และ/หรือ จ่ายไฟฟ้าเข้าระบบส่งหรือไม่ก็ตาม) หักด้วยส่วนลดและค่าปรับต่าง ๆ จากความไม่พร้อม (ซึ่งได้แก่ ส่วนลดจากการที่โรงไฟฟ้าไม่สามารถรักษาความพร้อมจ่าย (เช่น การซ่อมบำรุงตามแผน การซ่อมบำรุงนอกแผน) การลดลงของการผลิตไฟฟ้าที่เกิดจากความเสื่อมสภาพของเครื่องจักร บทปรับจากการที่โรงไฟฟ้ามีความพร้อมลดลงและไม่ได้แจ้งล่วงหน้าภายในเวลาที่กำหนด (ได้แก่ ค่าปรับจากการลดความสามารถในการผลิตพลังงานไฟฟ้าโดยแจ้งล่วงหน้าน้อยกว่าเวลาที่กำหนด และค่าปรับจากกรณีที่โรงไฟฟ้าพระนครเหนือชุดที่ 1 ไม่สามารถจ่ายกระแสไฟฟ้าได้ตามที่ศูนย์ควบคุมสั่งการ) และค่าเบี้ยประกันภัย

ทั้งนี้ รายได้ค่าความพร้อมจ่าย จะคำนวณจากความพร้อมในการผลิตไฟฟ้าของโรงไฟฟ้าพระนครเหนือชุดที่ 1 โดยไม่ขึ้นกับการจ่ายไฟฟ้าเข้าสู่ระบบ กล่าวคือ ไม่ได้ขึ้นอยู่กับและไม่มี ความเกี่ยวข้องกับความ ต้องการพลังงานไฟฟ้าและการจ่ายไฟฟ้าเข้าระบบ

- วิธีประเมินมูลค่าทรัพย์สิน คือ วิธีการพิจารณาจากรายได้ (Income Approach)
- ไม่มีการประกันผลการดำเนินงานและรายได้ค่าความพร้อมจ่ายของโรงไฟฟ้าพระนครเหนือ ชุดที่ 1 ให้แก่ EGATIF

3) สิทธิและหน้าที่ตามสัญญาที่เกี่ยวข้อง

3.1) สัญญาการเข้าลงทุนในรายได้ค่าความพร้อมจ่าย

ก. EGATIF

- จ่ายค่าตอบแทนการโอนสิทธิการรับรายได้ค่าความพร้อมจ่ายของโรงไฟฟ้าพระนครเหนือชุดที่ 1 ให้แก่ กฟผ.

ข. กฟผ.

- โอนสิทธิในรายได้สุทธิให้แก่ EGATIF ณ วันเข้าทำสัญญาการเข้าลงทุนในรายได้ค่าความพร้อมจ่าย
- ส่งมอบรายได้ค่าความพร้อมจ่ายให้แก่ EGATIF ตามจำนวนที่คำนวณได้ตามสูตรการคำนวณซึ่งกำหนดไว้ในสัญญาฯ เป็นรายไตรมาส
- รายงานมูลค่าของรายได้ค่าความพร้อมจ่าย สัดส่วนของรายได้ค่าความพร้อมจ่าย ผลการดำเนินงานของโรงไฟฟ้าพระนครเหนือชุดที่ 1 และรายงานอื่น ๆ ให้แก่ EGATIF
- ตกลงที่จะกระทำการเกี่ยวกับโรงไฟฟ้าพระนครเหนือชุดที่ 1 เช่น (ก) ในกรณีที่โรงไฟฟ้าพระนครเหนือ ชุดที่ 1 ได้รับผลกระทบต่อการดำเนินงาน

ในช่วงระยะเวลาที่ กฟผ. ได้ปฏิบัติตามมาตรฐาน Grid Code ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาฯ กฟผ. จะชำระรายได้ค่าความพร้อมจ่ายให้แก่ EGATIF ดังกล่าว เท่ากับค่าเฉลี่ยของรายได้ค่าความพร้อมจ่าย ในช่วง 6 เดือนก่อนที่จะเกิดเหตุการณ์ข้างต้น โดยช่วง 6 เดือนดังกล่าวไม่นับรวมระยะเวลาซึ่งมีการซ่อมแซมหรือบำรุงรักษาโรงไฟฟ้าพระนครเหนือ ชุดที่ 1 ตามแผนการบำรุงรักษา (“แผนฯ”) (ข) ในกรณีที่ กฟผ. ไม่สามารถจัดหาก๊าซธรรมชาติเพื่อใช้เป็นเชื้อเพลิง กฟผ. ตกลงที่จะชำระรายได้ค่าความพร้อมจ่ายให้แก่ EGATIF ในช่วงระยะเวลาดังกล่าวเท่ากับค่าเฉลี่ยของรายได้ค่าความพร้อมจ่าย ในช่วง 6 เดือนก่อนที่จะเกิดเหตุการณ์ข้างต้น โดยช่วง 6 เดือนดังกล่าวไม่นับรวมระยะเวลาซึ่งมีการซ่อมแซมหรือบำรุงรักษาโรงไฟฟ้าพระนครเหนือ ชุดที่ 1 ตามแผนฯ (ค) ในช่วงที่มีการบำรุงรักษาตามแผนฯ กฟผ. ตกลงที่จะชำระรายได้ค่าความพร้อมจ่ายให้แก่ EGATIF เป็นจำนวนร้อยละ 10 ของรายได้ค่าความพร้อมจ่าย ซึ่งคำนวณโดยอ้างอิงกำลังผลิตไฟฟ้าในชั่วโมงสุดท้ายก่อนที่จะมีการซ่อมแซมหรือบำรุงรักษาโรงไฟฟ้าพระนครเหนือ ชุดที่ 1 ตามแผนฯ (ง) กฟผ. จะดำเนินการโรงไฟฟ้าพระนครเหนือ ชุดที่ 1 ตามข้อกำหนดและมาตรฐานที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องและข้อตกลงการบริหารโรงไฟฟ้าฯ โดยเคร่งครัด ด้วยค่าใช้จ่ายของ กฟผ. เอง (จ) กฟผ. จะดำเนินการจัดหาวัสดุและอุปกรณ์ที่จำเป็นในการดำเนินการโรงไฟฟ้าพระนครเหนือ ชุดที่ 1 ด้วยค่าใช้จ่ายของ กฟผ. เอง (ฉ) กฟผ. จะเดินเครื่อง ดูแลรักษา ซ่อมแซม วัสดุและอุปกรณ์ที่จำเป็นในการดำเนินการโรงไฟฟ้าพระนครเหนือ ชุดที่ 1 และเครื่องจักร ให้อยู่ในสภาพใช้งานได้ตามปกติอยู่ตลอดเวลาตามมาตรฐานวิชาชีพ มาตรฐานวิศวกรรม มาตรฐานอุตสาหกรรม ด้วยค่าใช้จ่ายของ กฟผ. เอง (ช) ภายในระยะเวลา 5 ปี นับตั้งแต่มีการเข้าทำสัญญาหลัก กฟผ. ตกลงรักษาสัดส่วนการถือครองหน่วยลงทุนของ EGATIF ไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 ของจำนวนหน่วยลงทุนที่ออกและเสนอขายทั้งหมดในครั้งแรก

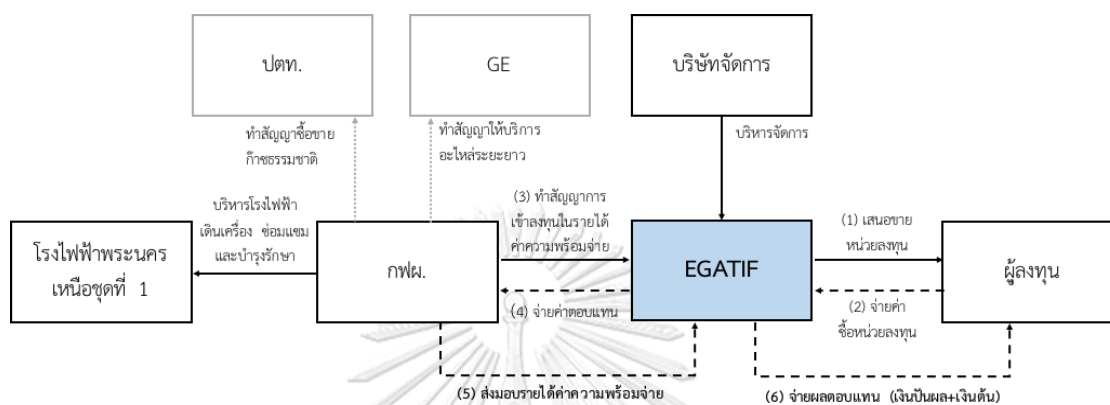
ค. กรณีผิดสัญญา กฟผ. ไม่ส่งมอบรายได้ค่าความพร้อมจ่าย/ส่งมอบไม่ครบถ้วนตามสัญญาหลัก เป็นระยะเวลา 2 ไตรมาสติดต่อกัน EGATIF จะทำหนังสือบอกกล่าวไปยัง กฟผ. เพื่อให้ กฟผ. แก้ไขเหตุผิดสัญญา และหากปรากฏว่า กฟผ. ไม่ดำเนินการส่งมอบรายได้ค่าความพร้อมจ่าย EGATIF สามารถใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา และเรียกร้องให้ กฟผ. ชำระมูลค่าการเข้าลงทุนคงเหลือ รวมทั้งเรียกค่าปรับกรณีผิดสัญญา

3.2) ไม่มีสัญญาอื่น ๆ

4) สรุปได้ว่า EGATIF เข้าลงทุนในทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐานประเภทสิทธิตามสัญญาแบ่งรายได้ในอนาคต (ซึ่งได้แก่ สิทธิการรับรายได้ค่าความพร้อมจ่ายของโรงไฟฟ้าพระนครเหนือชุดที่ 1) และเข้าลักษณะเป็นกองทุนที่ใช้โครงการที่มีผลตอบแทนตามความพร้อมในการให้บริการโดยไม่ขึ้นกับปริมาณการใช้บริการจริง (Availability payment) กล่าวคือ

รายได้ของ EGATIF ขึ้นอยู่กับความสามารถในการผลิตกระแสไฟฟ้าของโรงไฟฟ้าพระนครเหนือ ชุดที่ 1

รูปภาพที่ 7 แผนภาพแสดงโครงสร้างของ EGATIF



2.3.4 แนวคำวินิจฉัยของกรมสรรพากรเกี่ยวกับการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

1) หนังสือตอบข้อหารือของสำนักบริหารภาษีธุรกิจขนาดใหญ่ที่ กค 0722/ภญ/5259 เรื่อง ภาษีเงินได้นิติบุคคล และภาษีธุรกิจเฉพาะ กรณีการรับรู้รายได้รายจ่ายจากการขายรายได้สุทธิในอนาคตแก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ลงวันที่ 9 มีนาคม 2558 สรุปได้ว่า

1.1) กรณีภาษีเงินได้นิติบุคคล

- เมื่อบริษัทได้รับเงินจากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานตามสัญญาซื้อและโอนสิทธิรายได้สุทธิ ซึ่งมีลักษณะเป็นข้อตกลงที่กองทุนฯ ตกลงนำเงินไปลงทุนในกิจการของบริษัท โดยบริษัทมีหน้าที่ต้องนำส่งรายได้สุทธิในอนาคตให้แก่กองทุนฯ ตามสัญญา ดังนั้น เงินที่บริษัทได้จากกองทุนฯ ไม่ถือเป็นรายได้จากการประกอบกิจการหรือเนื่องจากการประกอบกิจการของบริษัทตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร บริษัทจึงไม่มีหน้าที่ต้องนำเงินที่ได้รับจากกองทุนฯ ถือเป็นรายได้ในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล

- เนื่องจากบริษัทมิได้โอนสัมปทานรถไฟฟ้าให้แก่กองทุนฯ บริษัทจึงยังคงมีสถานะเป็นผู้รับสัมปทานรถไฟฟ้า และมีหน้าที่ให้บริการขนส่งรถไฟฟ้าแก่ประชาชนตามปกติ ดังนั้น บริษัทจะต้องนำรายได้จากการประกอบกิจการ รวมถึงค่าบริการรถไฟฟ้าที่เรียกเก็บจาก

ผู้โดยสารไปถือเป็นรายได้ของบริษัทในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีที่เกี่ยวข้องจนหมดอายุสัมปทาน และบริษัทมีสิทธินำรายจ่ายจากการประกอบกิจการต่างๆ รวมถึงกิจการรถไฟที่ไม่เข้าลักษณะเป็นรายจ่ายต้องห้ามตามมาตรา 65 ตรีแห่งประมวลรัษฎากรไปรวมคำนวณเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร

- สำหรับเงินที่บริษัทต้องจ่ายคืนให้แก่กองทุนฯ ตามสัญญา ซึ่งอาจจะมากหรือน้อยกว่าจำนวนเงินที่กองทุนฯ จ่ายให้บริษัทตามสัญญานั้น หากเงินที่บริษัทต้องชำระคืนกองทุนฯ มีจำนวนมากกว่าเงินที่ได้รับมา ส่วนต่างย่อมถือเป็นต้นทุนทางการเงิน (financing cost) ซึ่งถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิหรือขาดทุนสุทธิ หากเงินที่บริษัทต้องชำระคืนกองทุนฯ มีจำนวนน้อยกว่าเงินที่ได้รับมา ส่วนต่างต้องนำมาถือเป็นรายได้ในการคำนวณกำไรสุทธิหรือขาดทุนสุทธิด้วย สำหรับต้นทุนทางการเงินให้บริษัทถือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการและการปฏิบัติทางบัญชีที่รับรองทั่วไปและปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอ

1.2) กรณีภาษีมูลค่าเพิ่ม

- เมื่อบริษัทได้รับเงินจากกองทุนฯ ตามสัญญาซื้อและโอนสิทธิรายได้สุทธิ ไม่เข้าลักษณะเป็นการขายสินค้าหรือให้บริการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่มตามมาตรา 77/2 แห่งประมวลรัษฎากร บริษัทจึงไม่มีหน้าที่ต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่มแต่อย่างใด

1.3) กรณีภาษีธุรกิจเฉพาะ

- กรณีกองทุนฯ เข้าทำสัญญากับบริษัทและผู้ที่เกี่ยวข้อง เป็นการประกอบกิจการลงทุนในทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ไม่เข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2 แห่งประมวลรัษฎากร กองทุนฯ จึงไม่มีหน้าที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะแต่อย่างใด

2) หนังสือตอบข้อหารือของสำนักบริหารภาษีธุรกิจขนาดใหญ่ที่ กค 0722/ภญ/6822 เรื่อง ภาษีเงินได้นิติบุคคล ภาษีมูลค่าเพิ่มและภาษีธุรกิจเฉพาะ กรณีการรับรู้รายได้รายจ่ายจากการขายรายได้สุทธิในอนาคตแก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ลงวันที่ 26 มีนาคม 2558 ซึ่งได้ออกมายกเลิกหนังสือตอบข้อหารือของสำนักบริหารภาษีธุรกิจขนาดใหญ่ที่ กค 0722/ภญ/5259 เรื่อง ภาษีเงินได้นิติบุคคล และภาษีธุรกิจเฉพาะ กรณีการรับรู้รายได้รายจ่ายจากการขายรายได้สุทธิในอนาคตแก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ลงวันที่ 9 มีนาคม 2558 สรุปได้ว่า

2.1) กรณีภาษีเงินได้นิติบุคคล

- เมื่อบริษัทได้รับเงินจากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานตามสัญญาซื้อและโอนสิทธิรายได้สุทธิ ซึ่งมีลักษณะเป็นข้อตกลงที่กองทุนฯ ตกลงนำเงินไปให้บริษัทใช้ในการดำเนินกิจการของบริษัท โดยบริษัทมีหน้าที่ต้องนำส่งรายได้สุทธิในอนาคตให้แก่กองทุนฯ ตามสัญญา ดังนั้น เงินที่บริษัทได้จากกองทุนฯ ไม่ถือเป็นรายได้จากการประกอบกิจการหรือเนื่องจากการประกอบกิจการของบริษัทตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร บริษัทจึงไม่มีหน้าที่ต้องนำเงินที่ได้รับจากกองทุนฯ ถือเป็นรายได้ในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล

- เนื่องจากบริษัทมิได้โอนสัมปทานรถไฟฟ้าให้แก่กองทุนฯ บริษัทจึงยังคงมีสถานะเป็นผู้รับสัมปทานรถไฟฟ้า และมีหน้าที่ให้บริการขนส่งรถไฟฟ้าแก่ประชาชนตามปกติ ดังนั้น บริษัทจะต้องนำรายได้จากการประกอบกิจการ รวมถึงค่าบริการรถไฟฟ้าที่เรียกเก็บจากผู้โดยสารไปถือเป็นรายได้ของบริษัทในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีที่เกี่ยวข้องจนหมดอายุสัมปทาน และบริษัทมีสิทธินำรายจ่ายจากการประกอบกิจการต่างๆ รวมถึงกิจการรถไฟฟ้าที่ไม่เข้าลักษณะเป็นรายจ่ายต้องห้ามตามมาตรา 65 ตรีแห่งประมวลรัษฎากรไปรวมคำนวณเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร

- สำหรับเงินที่บริษัทต้องจ่ายคืนให้แก่กองทุนฯ ตามสัญญา ซึ่งอาจจะมากหรือน้อยกว่าจำนวนเงินที่กองทุนฯ จ่ายให้บริษัทตามสัญญานั้น หากเงินที่บริษัทต้องชำระคืนกองทุนฯ มีจำนวนมากกว่าเงินที่ได้รับมา ส่วนต่างย่อมถือเป็นต้นทุนทางการเงิน (financing cost) ซึ่งถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิหรือขาดทุนสุทธิ หากเงินที่บริษัทต้องชำระคืนกองทุนฯ มีจำนวนน้อยกว่าเงินที่ได้รับมา ส่วนต่างต้องนำมาถือเป็นรายได้ในการคำนวณกำไรสุทธิหรือขาดทุนสุทธิด้วย สำหรับต้นทุนทางการเงินให้บริษัทถือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการและการปฏิบัติทางบัญชีที่รับรองทั่วไปและปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอ

2.2) กรณีภาษีมูลค่าเพิ่ม

- เมื่อบริษัทได้รับเงินจากกองทุนฯ ตามสัญญาซื้อและโอนสิทธิรายได้สุทธิ ไม่เข้าลักษณะเป็นการขายสินค้าหรือให้บริการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่มตามมาตรา 77/2 แห่งประมวลรัษฎากร บริษัทจึงไม่มีหน้าที่ต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่มแต่อย่างใด

2.3) กรณีภาษีธุรกิจเฉพาะ

- ผลตอบแทนซึ่งเป็นส่วนต่างระหว่างเงินที่บริษัทต้องชำระคืนกองทุนฯ กับเงินที่ได้รับมา กองทุนฯ มีหน้าที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร

3) หนังสือตอบข้อหารือที่ กค 0702/7105 เรื่อง ภาษีเงินได้นิติบุคคลและภาษีธุรกิจเฉพาะ กรณีการจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ลงวันที่ 16 สิงหาคม 2555 สรุปได้ว่า

3.1) กรณีภาษีเงินได้นิติบุคคล

- เนื่องจากธุรกรรมการโอนสิทธิการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของบริษัทลูกให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน เข้าลักษณะเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 303 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และเป็นธุรกรรมทางการเงินทำนองเดียวกับการกู้ยืมเงิน ดังนั้น ค่าตอบแทนการโอนสิทธิเรียกร้องที่บริษัทลูกได้รับจากกองทุนฯ ในวันที่โอนสิทธิจึงไม่เข้าลักษณะเป็นเงินได้ที่บริษัทลูกจะต้องนำมารวมคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลแต่อย่างใด

- บริษัทลูกยังคงต้องรับรู้รายได้ค่าไฟฟ้าที่ได้รับจากการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคในแต่ละเดือนต่อไปตามหลักเกณฑ์สิทธิตามมาตรา 65 วรรคสองแห่งประมวลรัษฎากร เมื่อบริษัทลูกนำส่งเงินรายได้ให้แก่กองทุนฯ ในแต่ละเดือน บริษัทลูกจะจัดสรรเงินรายได้ดังกล่าวออกเป็นส่วนของเงินต้นและดอกเบี้ย โดยการคำนวณส่วนต่างที่จะถือเป็นดอกเบี้ยจ่ายในแต่ละเดือนนั้น จะคำนวณโดยนำค่าตอบแทนที่ได้รับจากการโอนสิทธิทั้งหมดมาจัดสรรตามประมาณการผลตอบแทนของกองทุนฯ (Internal Rate Return) ตามประมาณการของกระแสเงินสดที่กองทุนฯ จะได้รับในอนาคต บริษัทลูกจึงมีสิทธินำดอกเบี้ยจ่ายที่จัดสรรได้นั้นมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล โดยไม่ต้องห้ามตามมาตรา 65 ตรีแห่งประมวลรัษฎากร แม้ว่าจำนวนเงินที่บริษัทลูกจ่ายให้กองทุนฯ ในแต่ละปีอาจมีปริมาณไม่เท่ากัน โดยอาจขึ้นหรือลงตามรายได้ค่าไฟฟ้าที่เกิดขึ้นจริงก็ตาม กรณีที่บริษัทลูกผลิตกระแสไฟฟ้าได้ในปริมาณที่ต่ำกว่าที่ประมาณการไว้ ทำให้จำนวนเงินที่บริษัทลูกได้รับจากการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคและนำส่งให้กองทุนฯ ตามสัญญาต่ำกว่าจำนวนเงินที่จัดสรรได้ในแต่ละงวด หากตามสัญญา จำนวนเงินต้นที่บริษัทลูกยังไม่สามารถชำระได้จะถูกลดไปรวมคำนวณเป็นส่วนหนึ่งของเงินต้นที่จัดสรรให้แต่ละงวดในรอบระยะเวลาที่เหลือโดยใช้วิธีดังกล่าวข้างต้นต่อไปจนกว่าจะสิ้นสุดระยะเวลาตามโครงการ กรณีดังกล่าวยังไม่ถือว่ามี การปลดหนี้แต่อย่างใด อย่างไรก็ดี หากเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาของโครงการแล้ว บริษัทลูกยังมีส่วนของเงินต้นที่ยังไม่ได้

ชำระ บริษัทลูกจะต้องรับรู้จำนวนเงินต้นที่ไม่ได้ชำระเป็นเงินได้จากการปลดหนี้ในรอบระยะเวลาบัญชีสุดท้ายของโครงการ

3.2) กรณีภาษีธุรกิจเฉพาะ

- กรณีที่กองทุนฯ รับโอนสิทธิการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตจากบริษัทลูกและได้รับส่วนต่างตามข้อเท็จจริงดังกล่าว เข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ และโดยที่ในปัจจุบันไม่มีกฎหมายยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะให้กับกองทุนฯ แต่อย่างใด กองทุนฯ จึงอยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร

4) หนังสือของกระทรวงการคลัง ที่ กค 0805.2/4210 เรื่อง การระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้าพระนครเหนือ ชุดที่ 1 การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2558 สรุปได้ว่า

กรณีภาษีธุรกิจเฉพาะ

การที่กองทุนฯ เข้าทำสัญญาการเข้าลงทุนในค่าความพร้อมจ่ายกับ กฟผ. ถือเป็นการประกอบกิจการลงทุนในทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ตามประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทน. 1/2554 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไขและวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน โดยเป็นลักษณะของการลงทุน (Cash Flow Sharing) มิใช่ธุรกรรมการกู้ยืมเงิน และสัญญาการเข้าลงทุนในค่าความพร้อมจ่าย มีลักษณะเป็นธุรกรรมการเข้าลงทุน ไม่เข้าลักษณะเป็นสัญญากู้ยืมเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น กรณีการระดมทุนผ่านกองทุนฯ ของ กฟผ. จึงไม่เข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2 แห่งประมวลรัษฎากร

2.4 รุขรกรรมทงการเงินที่มีลักษณะเทียบเคียงกับการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

2.4.1 การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (Securitization)

การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ในหัวข้อนี้จะอธิบายถึงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ในต่างประเทศและการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ในประเทศไทยซึ่งอยู่ภายใต้พระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540 โดยจะเน้นศึกษา รุขรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ด้วยสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคต หรือที่เรียกว่า สินทรัพย์ในอนาคต (Future Flows Securitization)

2.4.1.1 การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ในต่างประเทศ

2.4.1.1.1 ความเป็นมาของการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์

การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (Securitization) เป็นรุขรกรรมทงการเงินสมัยใหม่ที่เกิดทำโดยอาศัยแนวคิดพื้นฐานจากกระบวนการแฟกเตอร์ริง (Factoring) ที่เป็นการโอนขายบัญชีลูกหนี้การค้า²⁵ ซึ่งเป็นเครื่องมือทงการเงิน (financial instrument) ประเภทหนึ่งสำหรับใช้ในการระดมทุนของผู้ประกอบกิจการ การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์มีขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาการระดมทุนแบบดั้งเดิมของผู้ประกอบกิจการ กล่าวคือ การระดมทุนภายในกิจการของผู้ประกอบกิจการโดยการออกหลักทรัพย์ประเภทหุ้นหรือหุ้นกู้ของบริษัท ซึ่งให้สิทธิผู้ถือหลักทรัพย์ในการได้รับผลตอบแทนในรูปของเงินปันผล (กรณีของหุ้นในฐานะที่เป็นเจ้าของบริษัท) หรือดอกเบี้ย (กรณีของหุ้นกู้ในฐานะที่เป็นเจ้าหนี้ของบริษัท) การระดมทุนในรูปแบบนี้ผลตอบแทนจะขึ้นอยู่กับตัวบริษัทเป็นสำคัญ หากบริษัทมีปัญหาด้านฐานะทงการเงินหรือเกิดล้มละลายจะส่งผลกระทบต่อตัวผู้ถือหลักทรัพย์ซึ่งจะไม่ได้รับผลตอบแทนหรือได้รับผลตอบแทนช้า การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์สามารถการจ่ายผลตอบแทนโดยไม่ขึ้นอยู่กับตัวบริษัท ซึ่งเป็นการแยกต้นกำเนิดของผลตอบแทนออกจากบริษัท กล่าวคือ บริษัทจะระดมทุนโดยการขายสินทรัพย์ที่มีสภาพคล่องต่ำของบริษัทให้แก่ตัวกลางเฉพาะกิจ (Special Purpose Vehicle: SPV) ซึ่งเป็นองค์กรที่

²⁵ Clair A. Hill, "Securitization: A Low-Cost Sweetener for Lemons," *Washington University Law Quarterly* 74 (1996): 1067.

ห่างไกลจากการล้มละลาย (bankruptcy remote) การขายจะมีลักษณะเป็นการจัดสินทรัพย์ดังกล่าวออกจากกองสินทรัพย์ของบริษัทในกรณีที่บริษัทล้มละลาย ทำให้สินทรัพย์ดังกล่าวไม่เป็นของบริษัทอีกต่อไปแต่จะเป็นของตัวกลางเฉพาะกิจ ตัวของสินทรัพย์เองจะเป็นภาระผูกพันที่บุคคลภายนอกที่น่าเชื่อถือจะต้องจ่ายเงินให้แก่บริษัท เช่น สินทรัพย์ประเภทลูกหนี้การค้า (Account receivables) หรือลูกหนี้ที่เป็นตัวเงินอื่น ๆ โดยตัวกลางเฉพาะกิจจะออกหลักทรัพย์เพื่อระดมทุนจากผู้ลงทุน ซึ่งการจ่ายผลตอบแทนของหลักทรัพย์นั้นจะเกิดจากการเรียกเก็บสินทรัพย์ที่ตัวกลางเฉพาะกิจซื้อเข้ามา ดังนั้น ผู้ลงทุนในหลักทรัพย์จะพิจารณาที่กระแสเงินสด (cash flow) ของตัวสินทรัพย์เป็นสำคัญ โดยไม่ต้องคำนึงถึงความน่าเชื่อถือของบริษัท การแยกตัวบริษัทที่ขายสินทรัพย์หรือที่เรียกว่าผู้จำหน่ายสินทรัพย์ (Originator) ออกจากตัวสินทรัพย์โดยการออกหลักทรัพย์ผ่านตัวกลางเฉพาะกิจทำให้ผู้จำหน่ายสินทรัพย์สามารถระดมทุนด้วยต้นทุนที่ถูกกว่าการออกหลักทรัพย์โดยตรงของผู้จำหน่ายสินทรัพย์ ทั้งนี้ หลักการที่สำคัญของการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ คือ ทำให้ตัวกลางเฉพาะกิจห่างไกลจากการล้มละลาย (making the SPV bankruptcy remote) และทำให้เกิดการขายสินทรัพย์ที่แท้จริง (creating a true sale of the receivables)²⁶

การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์เกิดขึ้นครั้งแรกที่ประเทศสหรัฐอเมริกาในช่วงต้นทศวรรษ 1970 โดยในปี ค.ศ. 1970 Government National Mortgage Association: GNMA ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐได้มีการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ครั้งแรกในรูปของ pass-through โดยใช้เงินกู้ที่อยู่อาศัยเป็นหลักประกัน ซึ่งมี Federal Housing Administration: FHA เป็นผู้รับประกันอีกต่อหนึ่งด้วย และในปี ค.ศ. 1981 มีการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ในโดยการออก Mortgage-backed Security: MBS) หลังจากนั้นในปี ค.ศ. 1985 ได้เริ่มมีการนำสินทรัพย์อย่างอื่น ๆ มาแปลงเป็นหลักทรัพย์ เช่น เงินกู้เช่าซื้อรถยนต์ เงินกู้เพื่อการบริโภค และบัตรเครดิต เงินกู้เพื่อปรับปรุงหรือต่อเติมที่อยู่อาศัย เงินกู้เพื่อการศึกษา เป็นต้น²⁷

การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ด้วยสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคต (Future Flows Securitization: FFS) เริ่มเกิดขึ้นในช่วงต้นทศวรรษ 1990 และจากการศึกษาพบว่า ในช่วงปลายทศวรรษ 1990 (ช่วงเกิดวิกฤตทางการเงิน) ประเทศกำลังพัฒนาได้มี

²⁶ Steven L. Schwarcz, "Structured Finance: The New Way to Securitiz Assets," *Cardozo Law Review* (1990): 607-608.

²⁷ โปรดศึกษาเพิ่มเติมจาก สมาคมตลาดตราสารหนี้ไทย, *การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (Securitization)* (กรุงเทพฯ : บริษัท อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด (มหาชน), 2552), หน้า 6-8.

การนำสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคตที่เกิดจากการส่งออกสินค้า (export future flows receivables) มาใช้เพื่อการระดมทุนที่เป็นเงินตราต่างประเทศ เนื่องจากในขณะนั้นประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่จะประสบปัญหาการระดมทุนจากตลาดเงินและตลาดทุนระหว่างประเทศ ซึ่งมีสาเหตุมาจากอันดับความน่าเชื่อถือของประเทศลดลงมีผลทำให้อันดับความน่าเชื่อถือของภาคเอกชนที่จะระดมทุนลดลงไปด้วย จึงทำให้เอกชนที่มีศักยภาพในประเทศกำลังพัฒนาไม่สามารถระดมทุนระหว่างประเทศได้²⁸ โดยธุรกรรมนี้นิยมทำกันมากในประเทศแถบลาตินอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกที่น่าธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ด้วยสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคต (Future Flows Securitization) มาใช้ภายในประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยลดภาระของรัฐบาลกลาง กล่าวคือ องค์การส่วนท้องถิ่นได้นำรายได้จากโครงการสาธารณูปโภคต่าง ๆ มาประกันการออกพันธบัตรประเภท revenue bond โดยองค์การส่วนท้องถิ่นเหล่านี้ไม่ต้องนำเงินจากการขายพันธบัตรส่งรัฐบาลกลาง แต่สามารถนำมาพัฒนาท้องถิ่นในโครงการต่าง ๆ ได้เลย อันทำให้รัฐบาลกลางไม่ต้องจัดสรรงบประมาณส่วนกลางมาให้องค์การส่วนท้องถิ่นสำหรับโครงการสาธารณูปโภคต่าง ๆ เช่น พันธบัตรโรงงานไฟฟ้า (Public power revenue bond) พันธบัตรทางด่วน (Toll road revenue bond) พันธบัตรท่าเรือ (Seaport bond) เป็นต้น²⁹ โดยจะนำเอารายได้จากโครงการนั้นมาจ่ายคืนเงินต้นและดอกเบี้ยแก่ผู้ลงทุนในภายหลัง

2.4.1.1.2 ความหมายของการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (Securitization) หมายถึงกระบวนการที่นำสินทรัพย์ที่สามารถก่อให้เกิดกระแสรายรับของบริษัทหรือสถาบันการเงิน ซึ่งเป็นสินทรัพย์ที่มีสภาพคล่องต่ำและสามารถแยกออกจากตัวผู้เป็นเจ้าของสินทรัพย์ได้โดยเด็ดขาด

²⁸ Neil Campbell, Michael Durrer, R. J. Ruble and Michelle Taylor, "Cross Broader Future Flow Securitization," *Securitizations: Legal and Regulatory Issues* (2006): 10-2.

²⁹ ศิริลักษณ์ อรุณประดิษฐ์กุล, "ปัญหาทางกฎหมายตามพระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 48.

ตามกฎหมาย³⁰ โดยนำมารวมกันเข้าเป็นกองสินทรัพย์และขายให้แก่ตัวกลางเฉพาะกิจ ตัวกลางเฉพาะกิจจะนำกองสินทรัพย์ดังกล่าวมาเป็นหลักประกันการออกหลักทรัพย์หรือตราสารทางการเงินที่มีสภาพคล่องสูง เพื่อขายให้แก่ผู้ลงทุนในตลาดทุนต่อไป

2.4.1.1.3 รูปแบบของการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์

กระบวนการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์มีวิธีการจัดทำได้หลายรูปแบบขึ้นอยู่กับความเหมาะสมของสินทรัพย์แต่ละประเภทที่นำมาใช้ และความพร้อมของเจ้าของสินทรัพย์ซึ่งแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ โดยแต่ละรูปแบบได้รับการพัฒนาขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการของธุรกิจหรือสถาบันการเงินที่ต้องการระดมทุน และผู้ลงทุนในการตัดสินใจลงทุนในหลักทรัพย์ ซึ่งรูปแบบที่แตกต่างกันย่อมส่งผลต่อรูปแบบของหลักทรัพย์หรือตราสารทางการเงินที่นำออกจำหน่ายให้เกิดความแตกต่างกันด้วย ซึ่งมีรูปแบบพอสรุปได้ดังนี้

1) รูปแบบการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์แบบดั้งเดิม (Traditional securitization) เป็นการนำสินทรัพย์ประเภทสิทธิเรียกร้องที่มีอยู่แล้ว (Existing receivables) มาหมุนหลังการออกหลักทรัพย์ โดยผลตอบแทนของหลักทรัพย์ที่ผู้ลงทุนจะได้รับขึ้นอยู่กับคุณภาพของตัวสินทรัพย์ที่นำมาเป็นหลักประกัน โดยไม่คำนึงถึงความน่าเชื่อถือทางการเงินของเจ้าของสินทรัพย์ ซึ่งสามารถทำได้ 3 รูปแบบ ได้แก่

1.1) แบบส่งผ่าน (Pass-through structure)³¹

การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์แบบส่งผ่านมีวิธีการและขั้นตอน คือ ผู้จำหน่ายสินทรัพย์จะทำการรวบรวมกองสินทรัพย์ซึ่งเป็นสิทธิเรียกร้องที่มีอยู่แล้ว ได้แก่ สิทธิเรียกร้องหรือบัญชีลูกหนี้ต่าง ๆ และโอนขายให้แก่ตัวกลางเฉพาะกิจที่จัดตั้งขึ้นในรูปแบบของทรัสต์ โดยมีทรัสต์ทำหน้าที่ดูแลผลประโยชน์ในสินทรัพย์ จากนั้น ทรัสต์จะออกตราสารทางการเงินเป็นใบแสดงสิทธิในการเป็นเจ้าของผลประโยชน์ที่แบ่งแยกไม่ได้ (Participation

³⁰ Milissa C. Wesley, "Securitizing Project Debt," *Practising Law Institute PLL. No. A4-4489*, 1995, p.1. อ้างถึงในมานิดา ซิมเมอร์แมน, "Securitization," *ศุลกากร* 44, 2 (เม.ย. - มิ.ย. 40): 73.

³¹ Vinod Kothari, *Securitization: The Financial Instrument of the Future* (Singapore: John Wiley & Sons (Asia) Pte Ltd, 2006), p.79.

certificates) ซึ่งก็คือ เงินต้นและดอกเบี้ยที่ลูกหนี้ต้องชำระ แล้วนำออกเสนอขายแก่ผู้ลงทุน ดังนี้ ผู้ถือใบแสดงสิทธิจึงมีสิทธิในการเป็นเจ้าของเงินต้นและดอกเบี้ยแทนผู้จำหน่ายสินทรัพย์ โดยกระแสรายรับจากสินทรัพย์จะถูกส่งผ่านจากลูกหนี้ไปยังผู้ลงทุนที่ถือหลักทรัพย์ โดยหากตัวกลางเฉพาะกิจตกลงให้ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ทำหน้าที่เรียกเก็บเงินตามบัญชีลูกหนี้แทน ต้องชำระค่าบริการเรียกเก็บเงินโดยหักออกจากกระแสเงินรายรับที่ได้จากบัญชีลูกหนี้ก่อนจึงนำส่งให้แก่ผู้ลงทุนต่อไป ทั้งนี้ การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์แบบส่งผ่านให้ประโยชน์แก่ธุรกิจและสถาบันการเงินในการระดมทุน เพื่อเพิ่มสภาพคล่องแก่กิจการ และทำให้สินทรัพย์ออกไปจากงบดุล

1.2) แบบจ่ายผ่าน (Pay-through structure)³²

การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์แบบจ่ายผ่านได้รับการพัฒนาขึ้นเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องของกระบวนการแบบส่งผ่าน กล่าวคือ กระบวนการส่งผ่านมุ่งการส่งกระแสเงินรายรับจากสินทรัพย์ผ่านทรัสต์ไปยังผู้ลงทุน โดยไม่มีการจัดการรูปแบบของกระแสเงินรายรับก่อน ทำให้กระแสเงินที่ได้รับจากสินทรัพย์ไม่สอดคล้องกับที่ต้องจ่ายให้ผู้ลงทุน (mismatch) และกระแสเงินสดรับหรือจ่ายไม่มีกำหนดเวลาที่แน่นอน ในขณะที่วิธีการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์แบบจ่ายผ่านมุ่งจัดการกระแสรายรับจากสินทรัพย์ให้สอดคล้องกับผลตอบแทนจากหลักทรัพย์ที่ต้องชำระแก่ผู้ลงทุน กล่าวคือ เพื่อให้สามารถจ่ายผลตอบแทนการลงทุนแก่ผู้ถือหลักทรัพย์ได้ในกำหนดเวลาแน่นอน สม่ำเสมอและคาดการณ์ได้ โดยจัดทำขึ้นในลักษณะของตราสารหนี้แทนการให้สิทธิความเป็นเจ้าของ ซึ่งได้แก่ หุ้นกู้ที่มีกำหนดเวลาที่แน่นอน โดยนำกองสินทรัพย์ที่โอนให้แก่ตัวกลางเฉพาะกิจมาเป็นหลักประกันการชำระหนี้ตามหุ้นกู้ดังกล่าว และในกรณีที่ยังไม่ถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ตามหุ้นกู้ ตัวกลางเฉพาะกิจจะมีหน้าที่ในการจัดการกระแสเงินรายรับเพื่อให้สอดคล้องกับระยะเวลาตามหุ้นกุก่อนนำไปจ่ายแก่ผู้ลงทุน ซึ่งหุ้นกุกี้ออกด้วยรูปแบบนี้มีหลายชนิด เช่น หุ้นกู้ที่มีประกัน (mortgage-backed bond) หรือหากเป็นสินทรัพย์ประเภทอื่นที่ไม่ใช่สินเชื่อที่อยู่อาศัยอาจออกเป็นหุ้นกู้ที่มีประกันเรียกว่า asset-backed bond

³² Vinod Kothari, *Securitization: The Financial Instrument of the Future*, p.84.

1.3) แบบหมุนเวียน (Revolving structure)³³

การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์แบบหมุนเวียนจะนำมาใช้สำหรับสินทรัพย์ที่มีกำหนดระยะเวลาการชำระหนี้ระยะสั้น เช่น บัญชีลูกหนี้บัตรเครดิต บัญชีลูกหนี้การค้า เป็นต้น ซึ่งไม่เหมาะสมกับการใช้กระบวนการแบบส่งผ่านหรือจ่ายผ่าน เพราะจะทำให้กำหนดระยะเวลาการชำระหนี้ตามสินทรัพย์และหลักทรัพย์ที่ออกจำหน่ายไม่สอดคล้องกัน โดยกระบวนการแบบหมุนเวียน ผู้จำหน่ายสินทรัพย์จะส่งผ่านผลประโยชน์ในกองสินทรัพย์หมุนเวียนให้แก่ผู้ลงทุนตามสัดส่วนของหลักทรัพย์ที่ผู้ลงทุนถืออยู่ และเมื่อสินทรัพย์ได้รับชำระหนี้ครบถ้วนและไถ่ถอนไปแล้วจะมีการซื้อสินทรัพย์ใหม่เข้ามาแทนที่สินทรัพย์ที่ครบกำหนดไปเรื่อยๆ จนกว่าจะครบกำหนดอายุของหลักทรัพย์

2) รูปแบบการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์แบบใหม่ที่เรียกว่า กระแสรายรับในอนาคต (Future Flows Securitization) เป็นการนำสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคต (Future receivables) ที่ค่อนข้างแน่นอนมาหมุนหลังการออกเป็นหลักทรัพย์ โดยผลตอบแทนของหลักทรัพย์ที่ผู้ลงทุนจะได้รับขึ้นอยู่กับความสามารถของผู้จำหน่ายสินทรัพย์ที่จะก่อให้เกิดรายได้อย่างต่อเนื่องในอนาคต³⁴

การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์แบบ Future flows เป็นกระบวนการรูปแบบใหม่ที่แตกต่างกับการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์แบบดั้งเดิมที่กล่าวไว้ข้างต้น เนื่องจากผู้จำหน่ายสินทรัพย์ที่ต้องการระดมทุนด้วยการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ยังไม่มีบัญชีลูกหนี้ที่แน่นอน แต่สิ่งที่น่าสนใจนำมาแปลงเป็นหลักทรัพย์ คือ กระแสเงินสดที่คาดว่าจะกิจการจะได้รับในอนาคต โดยการนำกระแสเงินสดที่ได้รับในอดีตมาคำนวณ แต่ในขณะที่เข้าสู่กระบวนการยังไม่เกิดสิทธิเรียกร้องใด ๆ ทั้งสิ้น³⁵

³³ Vinod Kothari, *Securitization: The Financial Instrument of the Future*, p.91.

³⁴ ศิริลักษณ์ อรุณประดิษฐ์กุล, “ปัญหาทางกฎหมายตามพระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540,” หน้า 45.

³⁵ Vinod Kothari, *Securitization: The Financial Instrument of the Future*, p.93.

2.4.1.1.4 สินทรัพย์ที่นำมาแปลงเป็นหลักทรัพย์

สินทรัพย์ที่นำมาแปลงเป็นหลักทรัพย์จะเป็นสินทรัพย์ประเภทสิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้เป็นเงิน ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ประเภทดังนี้

1) สิทธิเรียกร้องที่มีอยู่แล้ว (Existing receivables)

ได้แก่

1.1) สิทธิเรียกร้องที่มีจำนวนเป็นประกัน ซึ่งเป็นสินทรัพย์ประเภทแรกที่นำมาแปลงเป็นหลักทรัพย์ เช่น สิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้เงินตามสัญญาให้กู้ยืมเพื่อที่อยู่อาศัย เป็นต้น ทั้งนี้ หากนำสิทธิเรียกร้องประเภทนี้ไปออกเป็นหลักทรัพย์จะเรียกว่า Mortgage-Backed Securities: MBS³⁶

1.2) สิทธิเรียกร้องที่ไม่มีจำนวนเป็นประกัน แต่ใช้สิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้เงินตามสัญญาที่เกิดขึ้นแล้ว ซึ่งเรียกว่า Existing receivables or contract receivables มาเป็นเสมือนหลักประกัน โดยได้รับการพัฒนาภายหลังจากที่มีการนำสิทธิเรียกร้องที่มีจำนวนเป็นประกันมาแปลงเป็นหลักทรัพย์ เช่น สิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้การค้า สิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้เช่าซื้อ สิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้บัตรเครดิต เป็นต้น ทั้งนี้ หากนำสิทธิเรียกร้องประเภทนี้ไปออกเป็นหลักทรัพย์จะเรียกว่า Asset-Backed Securities: ABS³⁷

2) สิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคต (Future receivables) เป็นสิ่งที่ยังไม่ใช่สินทรัพย์ในปัจจุบัน แต่เป็นเพียงกระแสเงินสดที่จะเกิดขึ้นหรือไม่ขึ้นอยู่กับเหตุการณ์บางอย่างในอนาคต³⁸ หากนำสิทธิเรียกร้องประเภทนี้ไปออกเป็นหลักทรัพย์จะเรียกว่า Future Flow-Backed Securities: FBS ซึ่งการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์จากสิทธิเรียกร้องในลักษณะนี้เป็นรูปแบบที่เรียกว่า Future Flows Securitization แบ่งออกเป็น 3 ประเภทได้แก่³⁹

³⁶ จันทิมา เพียรเวช, “พระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540 และพัฒนาการในประเทศไทย,” วารสารนักบัญชี 44, ฉบับที่ 3 (เมษายน-กรกฎาคม 2541): 27.

³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 27.

³⁸ Thomas J. Gordon, “Securitization of Executory Future Flows as Bankruptcy-Remote True Sales,” *The University of Chicago Law Review* (2000): 1318.

³⁹ Duff & Phelps Credit Rating Co.,Ltd., *Securitization in Emerging Markets Handbook* (Hongkong: Workable Company Limited, 1998), p. 30.

2.1) สิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคตที่เกิดจากการส่งออกสินค้าต่าง ๆ (Export future flows receivables) ไม่ว่าจะสินค้าอุปโภคบริโภค (Commodities goods) เช่น น้ำมัน แก๊ส เหล็ก กาแฟ ทองแดงหรือสินค้าผลิตขึ้น (Manufactured goods) เช่น รองเท้าแตะ สิ่งทอ เป็นต้น

2.2) สิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคตที่เกิดจากธุรกรรมการเงิน (Financial future flows receivables) เช่น ค่าธรรมเนียมการใช้บัตรเครดิต หรือรายได้จากการทำงานในต่างประเทศ เป็นต้น

2.3) สิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคตที่เกิดจากธุรกรรมการให้บริการต่าง ๆ (Other services future flows receivables) เช่น ค่าผ่านทาง ค่าใช้สนามบิน ค่าใช้โทรศัพท์หรือโครงการสาธารณูปโภค เป็นต้น

ทั้งนี้ ลักษณะของสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคตมี 2 กรณี⁴⁰

กรณีที่ 1 สิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคตแบบผสม หมายถึง เป็นกรณีลูกหนี้เกิดขึ้นแล้วขณะทำสัญญาโอนขายลูกหนี้ (Existing receivables) แต่ยังมีหนี้ที่ยังไม่เกิดขึ้นอีกส่วนหนึ่งแต่จะเกิดขึ้นในอนาคต (Future flows receivables) ซึ่งเรียกว่า Contracted future payment

กรณีที่ 2 สิทธิเรียกร้องที่จะเกิดขึ้นในอนาคตแบบแท้ หมายถึง เป็นกรณีที่ยังไม่มีการทำสัญญากันเลยแต่อย่างใด (Future flows receivables) แต่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ก็ขายสิทธิที่จะได้รับเงินในอนาคตโดยรับเงินล่วงหน้ามาก่อนแล้ว ซึ่งเรียกว่า Uncontracted future payment

2.4.1.1.5 หลักการกำหนดลักษณะนิติกรรมของศาลประเทศสหรัฐอเมริกา ภายใต้ธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์

ภายใต้ธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์จะมีหลักการจัดโครงสร้างธุรกรรมแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญในการตัด

⁴⁰ Clive Rough, "Future Flow Securitizations," *The Asian Securitization and Structured Finance Guide* (2000): 25.

ความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นจากการล้มละลายของผู้จำหน่ายสินทรัพย์ที่เรียกว่า หลักการขายที่แท้จริงหรือ การขายขาด (True sale) โดยกำหนดให้การโอนสินทรัพย์ระหว่างผู้จำหน่ายสินทรัพย์กับตัวกลาง เฉพาะกิจจะต้องเป็นแบบขายขาด (True sale) ซึ่งหมายถึง การโอนความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในสินทรัพย์นั้นให้แก่ตัวกลางเฉพาะกิจ โดยผู้จำหน่ายสินทรัพย์ไม่เหลือความเสี่ยงหรือประโยชน์ใดอีก และหากต่อมาผู้จำหน่ายสินทรัพย์ล้มละลายย่อมทำให้ไม่สามารถเรียกสินทรัพย์นั้นกลับไปได้ โดยตัวกลางเฉพาะกิจมีสิทธิเหนือสินทรัพย์อย่างสมบูรณ์และนำไปชำระแก่ผู้ลงทุนในหลักทรัพย์ตามกำหนดเวลาได้ กล่าวคือ เป็นการแยกความเสี่ยงที่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ล้มละลายออกจากตัวสินทรัพย์⁴¹

แต่อย่างไรก็ดี พบว่า มีการทำธุรกรรมที่ดูเหมือนเป็นการขายสินทรัพย์ขาด แต่เมื่อพิจารณาเนื้อหาสาระของธุรกรรมแล้วปรากฏว่า ไม่ใช่การขายขาด แต่เป็นการกู้เงินโดยมีหลักประกัน (Secured loan) ซึ่งเหตุการณ์เช่นนี้เรียกว่า Recharacterization ซึ่งการจัดโครงสร้างของกระบวนการที่ผิดพลาดในการโอนสินทรัพย์ดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อผู้ลงทุนในหลักทรัพย์ได้⁴² เนื่องจากผู้จำหน่ายสินทรัพย์ยังคงมีกรรมสิทธิ์เหนือสินทรัพย์นั้นอยู่ และหากผู้จำหน่ายสินทรัพย์ล้มละลาย สินทรัพย์นั้นจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายล้มละลายด้วย

ดังนั้น การพิจารณาว่า การโอนสินทรัพย์ใดเป็นการขายขาด หรือกู้เงินโดยมีหลักประกันจึงมีความจำเป็นตามที่กล่าวข้างต้น ทั้งนี้ เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับเรื่องนี้ จึงต้องพิจารณากฎหมายแพ่ง กฎหมายล้มละลาย และคำพิพากษาของศาลเป็นสำคัญ โดยศาลมีอำนาจกำหนดถึงลักษณะนิติกรรม (Recharacterized) ว่า กรณีใดเป็นขายขาดหรือการกู้เงินโดยมีหลักประกัน จากหลักการต่าง ๆ ดังต่อไปนี้⁴³ (ซึ่งเป็นหลักการที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลในกรณีที่เป็นกรณีสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ในรูปแบบดั้งเดิม กล่าวคือ การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ด้วยสิทธิเรียกร้องที่มีอยู่แล้ว ดังนั้น หลักการดังกล่าวจึงอาจต้องนำมาปรับใช้กับกรณีการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ด้วยสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคต)

⁴¹ ศิริลักษณ์ อรุณประดิษฐ์กุล, “ปัญหาทางกฎหมายตามพระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540,” หน้า 51-52.

⁴² สุเกียรติ เวชจาร์วัฒน์, “การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (Securitization): ศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการนำบัญชีลูกหนี้ในโครงการอสังหาริมทรัพย์มาแปลงเป็นหลักทรัพย์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขากฎหมายการคุ้มครองระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 150.

⁴³ ศิริลักษณ์ อรุณประดิษฐ์กุล, “ปัญหาทางกฎหมายตามพระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540,” หน้า 52-53.

หลักการแรก การไล่เบี่ย (Recourse) หากเป็นการขายขาด ความเสี่ยงที่จะไม่ได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ย่อมตกแก่ตัวกลางเฉพาะกิจผู้รับโอน มิใช่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ผู้โอน กล่าวคือ ตัวกลางเฉพาะกิจต้องไม่มีสิทธิไล่เบี่ยเอาจากผู้จำหน่ายสินทรัพย์ ในความเสียหายอันเกิดจากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ อีก ซึ่งสิทธิไล่เบี่ยอาจจะอยู่ในรูปของการรับประกันด้วยเงินของผู้จำหน่ายสินทรัพย์ว่าสินทรัพย์จะสามารถเรียกเก็บเงินได้ แต่หากเป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน ตัวกลางเฉพาะกิจย่อมมีสิทธิไล่เบี่ยเอาจากผู้จำหน่ายสินทรัพย์เพื่อความเสียหายดังกล่าวได้

ทั้งนี้ หลักการไล่เบี่ยนี้เป็นหลักที่ศาลนิยมนำมาใช้ในการกำหนดลักษณะของธุรกรรมว่าเป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน ซึ่งศาลให้เหตุผลว่า ตัวกลางเฉพาะกิจ (ผู้ซื้อ) ที่ยังคงมีสิทธิไล่เบี่ยอย่างมีนัยสำคัญนั้นจะไม่มีความเสี่ยงในฐานะที่เป็นเจ้าของสินทรัพย์⁴⁴ เช่น ในคดี Major's Furniture Mart v. Castle Credit Corp. 602 F.2d 538 (3d Cir. 1979) ศาลวินิจฉัยว่า ธุรกรรมที่บัญชีลูกหนี้การค้า (ก) ถูกขายโดยมีเงินสำรองจากราคาซื้อซึ่งผู้ซื้อสามารถเรียกคืนได้ในกรณีที่บัญชีที่ซื้อขายไม่สามารถเรียกเก็บเงินได้ หรือ (ข) ถูกขายโดยมีข้อกำหนดบังคับให้ผู้ขายซื้อคืนบัญชีที่ซื้อขายซึ่งยังไม่ได้รับชำระหนี้ภายใน 60 วันนั้น มีลักษณะเป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกันมากกว่าการขายขาด เนื่องจากผู้ซื้อไม่ต้องรับความเสี่ยงในฐานะที่เป็นเจ้าของสินทรัพย์ ด้วยเหตุผลดังกล่าว ศาลจึงพิจารณาลักษณะของธุรกรรมดังกล่าวไม่ใช่การขายขาด

สำหรับกรณีการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ด้วยสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคตนั้น มีนักวิชาการให้ความเห็นเพิ่มเติมว่า เนื่องจากธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ด้วยสิทธิเรียกร้องที่จะเกิดขึ้นในอนาคตมีความเสี่ยงที่มากกว่าธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ด้วยสิทธิเรียกร้องที่มีอยู่แล้วในเรื่องของความไม่แน่นอนของสิทธิเรียกร้องที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ดังนั้น หากเป็นการขายขาด จะเป็นการรับประกันการปฏิบัติหน้าที่อย่างต่อเนื่องของผู้จำหน่ายสินทรัพย์โดยไม่กำหนดให้สิทธิไล่เบี่ยแก่ตัวกลางเฉพาะกิจในกรณีที่สิทธิเรียกร้องที่มีจะเกิดขึ้นในอนาคตไม่เกิดขึ้นและโดยไม่ปฏิเสธผลประโยชน์และความเสี่ยงในความเป็นเจ้าของของผู้ลงทุน หากเป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน จะเป็นการรับประกันความเสี่ยงในลักษณะว่าหากสิทธิเรียกร้องที่มีจะเกิดขึ้นในอนาคตต่ำกว่าที่กำหนดไว้ ผู้จำหน่ายสินทรัพย์จะรับผิดชอบต่อผู้ลงทุนโดยผู้ลงทุนไม่มีความเสี่ยงในฐานะที่เป็นเจ้าของเลย⁴⁵

⁴⁴ Thomas J. Gordon, "Securitization of Executory Future Flows as Bankruptcy Remote True Sales," p.1333.

⁴⁵ Ibid, pp. 1338 – 1339.

หลักการที่ 2 การยึดหน่วงสิทธิและผลประโยชน์ใน

สินทรัพย์ (Retained rights) หากเป็นการขายขาด สิทธิและผลประโยชน์ในสินทรัพย์ ย่อมตกแก่ตัวกลางเฉพาะกิจผู้รับโอนแต่เพียงผู้เดียว ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ต้องไม่มีสิทธิและผลประโยชน์ในสินทรัพย์อีกต่อไป แต่หากเป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน สิทธิและผลประโยชน์ในสินทรัพย์ย่อมตกแก่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ตามเดิม โดยอาจปรากฏได้หลายลักษณะ เช่น ผู้จำหน่ายสินทรัพย์มีสิทธิซื้อทรัพย์สินคืน (Repurchase) ไถ่ถอนสินทรัพย์กลับคืน (Redeem) หรือเอาทรัพย์สินอื่นทดแทนสินทรัพย์ที่โอน (Substitute other property for the assets) เป็นต้น ซึ่งศาลจะพิจารณาว่าผู้จำหน่ายสินทรัพย์ยังคงมีสิทธิและผลประโยชน์ในสินทรัพย์ของตนตามเดิม

นอกจากนี้ กรณีสิทธิในส่วนเกินของสินทรัพย์ (Right to surplus) นั้น เนื่องจากราคาซื้อสินทรัพย์ซึ่งตัวกลางเฉพาะกิจจ่ายให้แก่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ถูกกำหนดโดยมีการหักส่วนลดจากการผิมนัดของสินทรัพย์ที่ซื้อขายไว้แล้ว ดังนั้น หากตัวกลางเฉพาะกิจซื้อสินทรัพย์ในลักษณะที่เป็นการขายขาด ตัวกลางเฉพาะกิจควรมีสิทธิได้รับส่วนที่เกินของสินทรัพย์ในฐานะที่เป็นผลประโยชน์ของเจ้าของ แต่หากตัวกลางเฉพาะกิจส่งมอบส่วนที่เกินให้แก่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ ศาลย่อมถือว่า เป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน

หลักการที่ 3 การกำหนดราคาซื้อขายสินทรัพย์

(Pricing mechanism) หากเป็นการขายขาด ราคาซื้อขายสินทรัพย์ต้องกำหนดไว้แน่นอน เช่น มีการคำนวณหักลด (Discount) ต้นทุน ค่าใช้จ่ายและความเสี่ยงต่าง ๆ ไว้แล้ว แต่ถ้าเป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน ราคาซื้อขายสินทรัพย์อาจมีการปรับเปลี่ยนตลอดเวลา

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

หลักการที่ 4 ขอบเขตการปฏิบัติหน้าที่อย่างต่อเนื่อง

ของผู้จำหน่ายสินทรัพย์ (the extent of the originator's continuing obligation) หากเป็นการขายขาด ภายหลังการโอนสินทรัพย์ ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ควรมีส่วนเกี่ยวข้องกับเพียงเล็กน้อยหรือไม่ควรมีส่วนเกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ที่โอนไปยังตัวกลางเฉพาะกิจ แต่ไม่รวมถึงกรณีที่ตัวกลางเฉพาะกิจมอบหมายให้ผู้จำหน่ายสินทรัพย์เป็นตัวแทนเรียกเก็บและรับชำระหนี้ ซึ่งหากผู้จำหน่ายสินทรัพย์ (ผู้ขาย) ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของตัวกลางเฉพาะกิจ (ผู้ซื้อ) ตามข้อตกลงระหว่างสองฝ่าย โดยผู้จำหน่ายสินทรัพย์ได้รับค่าธรรมเนียมการให้บริการเป็นการตอบแทน รวมทั้งตัวกลางเฉพาะกิจมีสิทธิตั้งตนเองหรือบุคคลอื่นเป็นตัวแทนเรียกเก็บและรับชำระหนี้แทนผู้จำหน่ายสินทรัพย์ไม่ว่าเวลาใด ๆ⁴⁶

⁴⁶ สุเกียรติ์ เวชจาร์วัฒน์, “การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (Securitization): ศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการนำบัญชีลูกหนี้ในโครงการอสังหาริมทรัพย์มาแปลงเป็นหลักทรัพย์,” หน้า 152.

แต่หากเป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน ผู้จำหน่ายสินทรัพย์จะยังคงมีส่วนเกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ที่โอนไปยังตัวกลางเฉพาะกิจ เช่น ผู้จำหน่ายสินทรัพย์มีสิทธิขอให้ปรับราคากับลูกหนี้ หรือเตรียมใบแจ้งหนี้ (invoice) สำหรับการชำระหนี้ตามสัญญาของลูกหนี้ เป็นต้น

สำหรับกรณีการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ด้วยสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคตนั้น มีนักวิชาการให้ความเห็นเพิ่มเติมว่า เนื่องจากสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคตจะเกิดขึ้นได้จากการปฏิบัติหน้าที่อย่างต่อเนื่องของผู้จำหน่ายสินทรัพย์ ดังนั้น หากเป็นการขายขาด ผู้จำหน่ายสินทรัพย์จะปฏิบัติหน้าที่ในฐานะที่เป็นตัวแทนของตัวกลางเฉพาะกิจในงานจำพวกที่ไม่มีอำนาจในการตัดสินใจอย่างเจ้าของ เช่น งานธุรการ (Administrative tasks) เป็นต้น และไม่ได้รับผลประโยชน์ใด ๆ ในสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคต แต่หากเป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน ในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้จำหน่ายสินทรัพย์ ผู้จำหน่ายสินทรัพย์จะมีอำนาจในควบคุมคุณภาพและปริมาณของ สิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคต

หลักการที่ 5 การมีหนังสือบอกกล่าวการโอนแก่ลูกหนี้ หากเป็นการขายขาด ย่อมต้องมีหนังสือบอกกล่าวแจ้งให้ลูกหนี้ทราบว่ามีการโอนสินทรัพย์ไปยังตัวกลางเฉพาะกิจแล้ว เช่น ในคดี In Petron Trading Co v Hydrocarbon Trading & Transport Co. ศาลวินิจฉัยว่า ไม่เป็นการขายขาด เนื่องจากไม่มีการแจ้งลูกหนี้ให้ทราบว่า มีการโอนบัญชีลูกหนี้ไปยังตัวกลางเฉพาะกิจ แต่ถ้าเป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกันย่อมไม่มีหนังสือบอกกล่าวแจ้งการโอนให้ลูกหนี้ทราบ

หลักการที่ 6 การปฏิบัติทางภาษีและบัญชี หากเป็นการขายขาดจะต้องเกิดภาระภาษีจากการขายสินทรัพย์และมีการตัดสินทรัพย์ออกจากงบดุลของผู้จำหน่ายสินทรัพย์ตามมาตรฐานบัญชี แต่หากเป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกันย่อมไม่เกิดภาระภาษีจากการขายสินทรัพย์ข้างต้นและยังคงสินทรัพย์นั้นในบัญชีงบดุลของผู้จำหน่ายสินทรัพย์ต่อไป

หลักการที่ 7 เจตนาของคู่สัญญา (Intent of parties) หากเป็นการขายขาด เอกสารต่าง ๆ ที่เข้าทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาต้องแสดงว่าเป็นการขายขาด แต่หากเป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน เอกสารต่าง ๆ ที่เข้าทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาต้องแสดงว่าเป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ซึ่งในการกำหนดเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญานั้น ศาลอาจจะพิจารณาวิธีปฏิบัติของคู่สัญญา วัตถุประสงค์ และความสัมพันธ์ทางธุรกิจ

ประกอบด้วย ซึ่งภายหลังจากการตรวจสอบแล้ว ก็จะขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลในการกำหนดเจตนาของคู่สัญญา

2.4.1.2 การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ภายใต้พระราชกำหนดนิติบุคคล เฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540

การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ภายใต้พระราชกำหนดนิติบุคคล เฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540 นั้น จะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของสำนักงาน ก.ล.ต. ดังนั้น ในการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์จึงต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540 ซึ่งปัจจุบันได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540 พ.ศ. 2558 (“พ.ร.ก. นิติบุคคลเฉพาะกิจฯ”) และหลักเกณฑ์ตามประกาศที่สำนักงาน ก.ล.ต. กำหนด ซึ่งผู้เขียนจะขออธิบายเป็นลำดับดังต่อไปนี้

2.4.1.2.1 ความหมายของการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์

ตามมาตรา 3 แห่งพ.ร.ก. นิติบุคคลเฉพาะกิจฯ ได้ให้นิยามความหมายของคำว่า “การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์” ว่า หมายถึง การที่นิติบุคคลเฉพาะกิจรับโอนสินทรัพย์หรือรับสินทรัพย์ไว้เป็นหลักประกันจากผู้จำหน่ายสินทรัพย์ เพื่อทำการออกและจำหน่ายหลักทรัพย์แก่ผู้ลงทุนโดยนำเงินที่ได้จากการจำหน่ายหลักทรัพย์มาชำระหรือมอบให้แก่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ตามความตกลงที่ทำกันไว้และจะมีการชำระหนี้แก่ผู้ถือหลักทรัพย์โดยขึ้นอยู่กับกระแสรายรับที่เกิดจากสินทรัพย์ที่รับโอนมาหรือที่รับไว้เป็นหลักประกัน

จากความหมายดังกล่าวข้างต้นผู้เขียนขออธิบายโดยสรุปได้ว่า การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์เป็นกระบวนการระดมทุนผ่านตลาดทุน โดยผู้ประกอบการ ซึ่งเป็นผู้รับชำระหนี้เดิม (ผู้จำหน่ายสินทรัพย์) นำสินทรัพย์ซึ่งเป็นสิทธิเรียกร้องหรือกระแสรายรับที่มีตนมีอยู่เหนือลูกหนี้ตามสัญญาประเภทต่าง ๆ ซึ่งมีสภาพคล่องต่ำและเปลี่ยนมือได้ยากมารวบรวมเป็นกองสินทรัพย์ (Pool of Assets) เพื่อโอนหรือให้ไว้เป็นหลักประกันแก่นิติบุคคลเฉพาะกิจ โดยนิติบุคคลเฉพาะกิจจะทำหน้าที่ออกหลักทรัพย์เพื่อระดมเงินจากผู้ลงทุนมาชำระค่าสินทรัพย์ ทั้งนี้ ผลตอบแทนที่ผู้ลงทุนได้รับจะขึ้นอยู่กับกระแสรายรับที่เกิดจากสินทรัพย์ที่นิติบุคคลเฉพาะกิจได้รับโอนมาหรือที่รับไว้เป็นหลักประกัน ซึ่งคำว่า “การรับโอนมา” นั้น หมายถึง การโอนสินทรัพย์ขาดในลักษณะที่เป็นการขายที่แท้จริง (True Sale) และคำว่า “รับไว้เป็นหลักประกัน” นั้น หมายถึง

การใช้สินทรัพย์เป็นหลักประกันการกู้ยืมเงิน (Secured Loan) แก่นิติบุคคลเฉพาะกิจ⁴⁷ ซึ่งในส่วนของการใช้สินทรัพย์เป็นหลักประกันการกู้ยืมเงินนั้นเป็นวิธีการจำหน่ายสินทรัพย์รูปแบบใหม่ซึ่งได้เพิ่มเติมโดย พ.ร.ก. นิติบุคคลเฉพาะกิจฯ ในปี 2558

2.4.1.2.2 สินทรัพย์ที่จะนำมาแปลงเป็นหลักทรัพย์

1) ความหมายของสินทรัพย์

ตามมาตรา 3 แห่ง พ.ร.ก. นิติบุคคลเฉพาะกิจฯ ได้ให้นิยามความหมายของคำว่า “สินทรัพย์” ว่า หมายถึง สิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้เป็นเงินที่ก่อให้เกิดกระแสรายรับ หรือสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคต โดยให้ชำระหนี้เป็นเงินที่ก่อให้เกิดกระแสรายรับตามหลักเกณฑ์ที่สำนักงาน ก.ล.ต. กำหนด ดังนั้น สินทรัพย์ จึงหมายถึง สิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้เป็นเงินโดยอาจเป็นสิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นแล้ว (เช่น บัญชีลูกหนี้เงินกู้ยืมเพื่อซื้อที่อยู่อาศัย บัญชีลูกหนี้บัตรเครดิต บัญชีลูกหนี้ตามสัญญาเช่าซื้อ บัญชีลูกหนี้การค้า เป็นต้น) หรือสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคต (เช่น รายได้จากค่าผ่านทางด่วน รายได้จากการขายกระแสไฟฟ้า เป็นต้น)

ผู้เขียนเห็นว่า การให้นิยามความหมายของคำว่า “สินทรัพย์” ในปัจจุบันนี้มีลักษณะที่ชัดเจนขึ้นกว่าที่กำหนดไว้เดิม* โดยกำหนดให้รวมถึงสิทธิเรียกร้องที่จะเกิดขึ้นในอนาคตหรือที่เรียกว่า สินทรัพย์ในอนาคต (Future receivables) ด้วย ซึ่งในขณะที่โอนสินทรัพย์ดังกล่าวให้แก่นิติบุคคลเฉพาะกิจยังไม่มีสิทธิเรียกร้องหรือหนี้เกิดขึ้น⁴⁸ ทั้งนี้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้มีการนำสินทรัพย์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตมาแปลงเป็นหลักทรัพย์ ทั้งนี้เพื่อเป็นเครื่องมือหนึ่งในการรองรับการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานของประเทศไทย⁴⁹

⁴⁷ คณะกรรมาธิการวิสามัญ (สภานิติบัญญัติแห่งชาติ), “บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540 พ.ศ., ครั้งที่ 1,” 12 พฤศจิกายน 2557.

*โดยตามมาตรา 3 แห่งพระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540 ซึ่งเป็นกฎหมายเดิม บัญญัติว่า “สินทรัพย์ หมายความว่า สิทธิเรียกร้องหรือสิทธิอื่นใดที่ก่อให้เกิดกระแสรายรับขึ้นในอนาคต ไม่ว่าจะรายรับนั้นจะมีความแน่นอนหรือไม่ก็ตาม เช่น สัญญาให้กู้ยืมเพื่อที่อยู่อาศัย หรือสิทธิตามสัมปทานสร้างถนนเก็บค่าผ่านทาง”

⁴⁸ สุเกียรติ์ เวชจาร์วัฒน์, “การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (Securitization): ศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการนำบัญชีลูกหนี้ในโครงการอสังหาริมทรัพย์มาแปลงเป็นหลักทรัพย์,” หน้า 39.

⁴⁹ คณะกรรมาธิการวิสามัญ (สภานิติบัญญัติแห่งชาติ), “บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540 พ.ศ., ครั้งที่ 1,” 12 พฤศจิกายน 2557.

2) ลักษณะของสินทรัพย์

สินทรัพย์ที่จะนำมาแปลงเป็นหลักทรัพย์เพื่อจำหน่ายแก่ผู้ลงทุนนั้น เนื่องจากผลตอบแทนที่ผู้ลงทุนจะได้รับย่อมขึ้นอยู่กับกระแสรายรับที่เกิดจากสินทรัพย์ที่นิติบุคคลเฉพาะกิจรับโอนมาหรือรับไว้เป็นหลักประกัน ดังนั้น สินทรัพย์จึงต้องสามารถก่อให้เกิดรายรับอย่างสม่ำเสมอ เพื่อที่นิติบุคคลเฉพาะกิจสามารถนำกระแสรายรับนั้นไปจ่ายเป็นผลตอบแทนแก่ผู้ลงทุน โดยสินทรัพย์ที่จะนำมาแปลงเป็นหลักทรัพย์ได้ต้องมีลักษณะอย่างน้อยดังนี้⁵⁰

ก. ทำให้เกิดกระแสเงินสดที่สามารถคาดการณ์หรือประมาณการได้จากกำหนดการชำระหนี้ที่แน่นอน และสม่ำเสมอ⁵¹ เช่น สินเชื่อเงินกู้ที่มีกำหนดชำระเงินต้นและดอกเบี้ยเป็นรายเดือน หรือสิทธิเรียกร้องค่าเช่าตามโครงการอสังหาริมทรัพย์ให้เช่าที่กำหนดชำระเป็นรายเดือน เป็นต้น

ข. มีความเสี่ยงในการผิดนัดชำระหนี้ (default) หรือไม่ปฏิบัติตามสัญญาในระดับต่ำ มีสภาพคล่องตัวสูงหรือสามารถเปลี่ยนเป็นเงินสดได้ง่าย รวมทั้งให้ผลตอบแทนที่ดีและคุ้มค่า

ค. มีกำหนดเวลาการชำระหนี้แน่นอนเป็นระยะเวลายาวนานพอควรอย่างน้อย 1 ปีขึ้นไป

ง. มีลักษณะพื้นฐานคล้ายคลึงกัน (homogeneous) เพียงพอที่จะสามารถรวบรวมเข้าเป็นกองสินทรัพย์ได้

จ. มีปริมาณมากเพียงพอที่จะนำมาแปลงเป็นหลักทรัพย์ ซึ่งจะทำให้กองทรัพย์สินมีขนาดใหญ่เพียงพอ

ฉ. มีลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้องหรือตามบัญชีลูกหนี้ที่หลากหลายมากพอ สามารถกระจายความเสี่ยงอันเกิดจากการผิดนัดชำระหนี้ได้

ช. มีข้อมูลสถิติในอดีตที่พอต่อการคาดคะเนความเสี่ยงเรื่องต่าง ๆ เช่น หนี้สูญ การชำระหนี้ก่อนกำหนด เป็นต้น⁵²

⁵⁰ สุเกียรติ์ เวชจารุวัฒน์, “การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (Securitization): ศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการนำบัญชีลูกหนี้ในโครงการอสังหาริมทรัพย์มาแปลงเป็นหลักทรัพย์,” หน้า 40.

⁵¹ ภัทธกิตต์ เนตินิยม, “การแปลงสินทรัพย์เป็นตราสารในประเทศไทย,” *บริหารธุรกิจ* 16, 64 (ตุลาคม – ธันวาคม 2536): 38.

⁵² บัญชา พันธจารุณิธิ, “การแปลงสินทรัพย์ให้เป็นหลักทรัพย์ : ศึกษาเฉพาะกรณีลูกหนี้เช่าซื้อรถยนต์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 10-11.

ซ. สามารถประมาณการเงินสดได้และประเมินมูลค่าทางตลาดได้ กล่าวคือ มูลค่าต้องไปไม่เปลี่ยนแปลงขึ้นลงอย่างรวดเร็วเพื่อสามารถกำหนดราคาหลักทรัพย์ได้⁵³

นอกจากต้องมีลักษณะตามที่กล่าวข้างต้นแล้วสินทรัพย์จะต้องเป็นสิทธิเรียกร้องหรือบัญชีลูกหนี้ที่ไม่ต้องห้ามการโอน ไม่ว่าจะ เป็นข้อห้ามโอนตามสัญญาหรือตามกฎหมาย* ก็ตาม

2.4.1.2.3 ประเภทของหลักทรัพย์ที่ออกและเสนอขายได้

เนื่องจากประเภทของหลักทรัพย์ที่จะออกและเสนอขายภายใต้รัฐธรรมนูญการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์นั้น จะต้องออกตามรูปแบบของการจัดตั้งนิติบุคคลเฉพาะกิจ ซึ่ง (ก) ตามมาตรา 9 แห่งพ.ร.ก. นิติบุคคลเฉพาะกิจฯ กำหนดให้นิติบุคคลเฉพาะกิจสามารถจัดตั้งได้ในรูปของบริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด นิติบุคคลอื่นตามที่สำนักงาน ก.ล.ต. กำหนดหรือโดยการก่อตั้งทรัสต์ (Trust) (ข) เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในพ.ร.ก. นิติบุคคลเฉพาะกิจฯ แล้วเห็นว่า ไม่มีการให้นิยามความหมายของคำว่า “หลักทรัพย์” ไว้ แต่ตามมาตรา 10 วรรคสองแห่งในพ.ร.ก. นิติบุคคลเฉพาะกิจฯ ได้กำหนดไว้ว่า การเสนอโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ต่อสำนักงาน ก.ล.ต. ให้ยื่นคำขออนุญาตเสนอขายหลักทรัพย์ที่ออกใหม่ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ซึ่งสำนักงาน ก.ล.ต. ได้มีการออกประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทจ. 13/2552 เรื่อง การขออนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขายหุ้นกู้ที่ออกใหม่เพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ ลงวันที่ 13 มีนาคม 2552 ซึ่งตามข้อ 2 (10) ของประกาศดังกล่าวได้กำหนดไว้ว่า หุ้นกู้ที่ออกใหม่ตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ หมายถึง หุ้นกู้ที่ออกใหม่ไม่ว่าชนิดใด ๆ เช่น หุ้นกู้มีประกัน หุ้นกู้ไม่มีประกัน หุ้นกู้ด้อยสิทธิ แต่ไม่รวมถึงหุ้นกู้ที่มีอนุพันธ์แฝงซึ่งมีลักษณะเป็นหุ้นกู้ที่อาจแปลงสภาพแห่งสิทธิเป็นหุ้นได้ และ (ค) สำนักงาน ก.ล.ต. ยังไม่มีการออกประกาศที่เกี่ยวข้องเพื่อรองรับบทบัญญัติในส่วนของ การออกหลักทรัพย์ในรูปแบบอื่น ๆ เช่น หน่วยของกองทรัสต์ เป็นต้น ดังนั้น ปัจจุบันประเภทหลักทรัพย์ที่ออกและเสนอขายภายใต้โครงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์มีเพียงหลักทรัพย์ประเภทหุ้นกู้ตามประกาศที่กล่าวข้างต้นเท่านั้น

⁵³ บัญชา พันธจารุณี, “การแปลงสินทรัพย์ให้เป็นหลักทรัพย์ : ศึกษาเฉพาะกรณีลูกหนี้เช่าซื้อรถยนต์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 10-11.

*ข้อห้ามโอนสิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย เช่น มาตรา 304 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “สิทธิเรียกร้องเช่นใด ตามกฎหมายศาลจะสั่งยึดไม่ได้ สิทธิเรียกร้องเช่นนั้น ท่านว่าจะโอนกันหาได้ไม่”

หุ้นกู้ที่เกิดจากกระบวนการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์จะมีอันดับความน่าเชื่อถือที่สูง เนื่องจากมีการจัดอันดับความน่าเชื่อถือโดยพิจารณาความเสี่ยงของหลักทรัพย์ที่ออกโดยนิติบุคคลเฉพาะกิจ (Risks of SPV's Securities) และคุณภาพของกองสินทรัพย์ที่นำมาหมุนหลังการออกหลักทรัพย์ (Quality of the Securitized Assets)⁵⁴ และมีกระบวนการเพิ่มความน่าเชื่อถือของธุรกรรม (Credit Enhancement) จึงแตกต่างจากกรณีการออกหุ้นกู้มีประกันของบริษัท (Secured Bond) ซึ่งอันดับความน่าเชื่อถือของตราสารขึ้นอยู่กับความน่าเชื่อถือของบริษัทผู้ออกตราสารเป็นสำคัญ โดยพิจารณาจากฐานะและผลการดำเนินการของกิจการของผู้ออกตราสาร⁵⁵ กล่าวคือ หากบริษัทผู้ออกหุ้นกู้ไม่มีความน่าเชื่อถือทางเครดิตที่ดี อาจจะต้องออกหุ้นกู้ประเภทที่มีประกัน ซึ่งหลักประกันอาจเป็นจำนอง จำน่า การจัดให้มีบุคคลค้ำประกันการผิดนัดชำระหนี้ตามหุ้นกู้ หรือหลักประกันอย่างอื่น เพื่อให้ผู้ลงทุนมีความมั่นใจต่อการลงทุนในหุ้น กู้ของบริษัทมากขึ้น⁵⁶

2.4.1.2.4 องค์กรและบุคคลที่เกี่ยวข้องในการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์

การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ภายใต้ พ.ร.ก. นิติบุคคลเฉพาะกิจฯ จำต้องมีองค์กรและบุคคลต่าง ๆ เข้ามาเกี่ยวข้องเพื่อก่อให้เกิดธุรกรรมดังกล่าว โดยองค์กรหรือบุคคลเหล่านั้นต่างก็มีหน้าที่ต่างกันไป ดังต่อไปนี้

1) ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ (Originator) ตามมาตรา 3 แห่ง พ.ร.ก. นิติบุคคลเฉพาะกิจฯ ให้นิยามความหมายไว้ว่า ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ หมายถึง ผู้โอนหรือผู้จะโอนสินทรัพย์ หรือให้หรือจะให้สินทรัพย์ไว้เป็นหลักประกันแก่นิติบุคคลเฉพาะกิจในการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ กล่าวคือ เป็นบุคคลซึ่งเป็นเจ้าของสินทรัพย์และประสงค์จะนำสินทรัพย์ของตนมาหมุนหลังการออกหลักทรัพย์ โดยโอนสินทรัพย์หรือให้ไว้เป็นหลักประกันแก่นิติบุคคลเฉพาะกิจ

⁵⁴ Thomas J. Gordon, "Securitization of Executory Future Flows as Bankruptcy-Remote True Sales," p. 1322.

⁵⁵ จันทิมา เพียรเวช, "การขายที่แท้จริง (True Sale) ในการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์," *วารสารนิติศาสตร์* 29, ฉบับที่ 3 (กันยายน 2542): 416.

⁵⁶ พรเทพ ปิยวัฒน์เมธากุลและวิโรจน์ ปิยวัฒน์เมธากุล, *พระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540: พร้อมด้วย Securitization ในมุมมองของไทย* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541), หน้า 63-64.

เพื่อที่จะได้รับเงินมาใช้ในกิจการ โดยยื่นเสนอโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ต่อสำนักงาน ก.ล.ต. ซึ่งใน พ.ร.ก. นิติบุคคลเฉพาะกิจ อาจเรียกผู้จำหน่ายสินทรัพย์ว่า “เจ้าหน้าที่รับชำระหนี้เดิม” “ผู้ให้สินเชื่อ” หรือ “ผู้มีสิทธิเสนอโครงการ” ทั้งนี้ ผู้จำหน่ายสินทรัพย์จะต้องเป็นนิติบุคคล โดย อาจจะเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย (เช่น บริษัทที่ให้เช่าซื้อ หรือลีสซิ่ง, บริษัทที่ให้บริการบัตรเครดิต หรือผู้ประกอบการกิจการสาธารณูปโภค เป็นต้น) สถาบัน การเงิน บริษัทหลักทรัพย์ นิติบุคคลที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้ง หน่วยงานหรือองค์การของรัฐบาล ต่างประเทศ หรือนิติบุคคลตามกฎหมายต่างประเทศ⁵⁷

2) นิติบุคคลเฉพาะกิจ (Special Purpose Vehicle) ตามมาตรา 3 แห่ง พ.ร.ก. นิติบุคคลเฉพาะกิจฯ ให้นิยามความหมายไว้ว่า นิติบุคคลเฉพาะกิจ หมายถึง ตัวกลางที่จัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์และได้จดทะเบียนเป็นนิติ บุคคลตาม พ.ร.ก. นิติบุคคลเฉพาะกิจฯ กล่าวคือ นิติบุคคลเฉพาะกิจเป็นตัวกลางที่จัดตั้งขึ้นโดยมี วัตถุประสงค์เพื่อดำเนินการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์เพียงอย่างเดียว โดยมีหน้าที่ในการรับโอน สินทรัพย์หรือรับสินทรัพย์ไว้เป็นหลักประกันจากผู้จำหน่ายสินทรัพย์ ออกหลักทรัพย์เพื่อจำหน่ายแก่ ผู้ลงทุน ทำสัญญากับบุคคลต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ในการดำเนินการให้เป็นไปตามโครงการที่ได้รับ อนุมัติ ก่อหนี้สินหรือภาระผูกพัน ลงทุนหรือหาผลประโยชน์จากสินทรัพย์ที่รับโอนมา และ/หรือ ดำเนินการอื่นใดที่เกี่ยวข้อง โดยนิติบุคคลเฉพาะกิจจะได้รับผลตอบแทนเป็นค่าธรรมเนียมสำหรับการ ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ทั้งนี้ นิติบุคคลเฉพาะกิจจะต้องถูกจัดตั้งขึ้นในรูปแบบบริษัทจำกัด บริษัท มหาชนจำกัด นิติบุคคลอื่นใดตามที่สำนักงาน ก.ล.ต. กำหนด หรือโดยการก่อตั้งทรัสต์⁵⁸

นิติบุคคลเฉพาะกิจที่จัดตั้งขึ้นนั้นจะมีลักษณะเป็น องค์กรอิสระที่แยกต่างหากจากตัวผู้จำหน่ายสินทรัพย์ (Separate legal entity from originator) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ (ก) เป็นตัวกลางระหว่างผู้จำหน่ายสินทรัพย์กับผู้ลงทุนที่เรียกว่า “Pass-through entity” เพื่อรับโอนสินทรัพย์ที่ไม่มีสภาพคล่อง (Illiquid assets) ของผู้จำหน่ายสินทรัพย์ ไปแปลงเป็นหลักทรัพย์ที่มีสภาพคล่องเสนอขายแก่ผู้ลงทุน (ข) ปกป้องผู้ลงทุนจากการล้มละลายของ นิติบุคคลเฉพาะกิจ โดยกำหนดวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลเฉพาะกิจให้ดำเนินการแปลงสินทรัพย์เป็น หลักทรัพย์เพียงอย่างเดียวเท่านั้น และ (ค) ปกป้องสินทรัพย์ที่นำมาหมุนหลังการออกหลักทรัพย์จาก เจ้าหน้าที่ของผู้จำหน่ายสินทรัพย์ โดยการนำสินทรัพย์ออกจากกองทรัพย์สินของผู้จำหน่ายสินทรัพย์

⁵⁷ ตามข้อ 2. ของประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ. 7/2552 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในการอนุมัติโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ ลงวันที่ 13 มีนาคม 2552.

⁵⁸ มาตรา 3 และมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540.

ทั้งนี้ เพื่อให้แน่ใจว่า หลักทรัพย์ที่ออกมานั้นห่างไกลจากการล้มละลาย (Bankruptcy remoteness)⁵⁹ กล่าวคือ แม้ผู้จำหน่ายสินทรัพย์จะตกเป็นบุคคลล้มละลายไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม จะไม่ส่งผลกระทบต่อหลักทรัพย์ที่ออกมาขายแก่ผู้ลงทุนซึ่งช่วยสร้างความมั่นใจให้แก่ผู้ลงทุนว่าจะได้รับชำระคืนเต็มจำนวนเมื่อถึงกำหนดอันถือเป็นการแยกความเสียหายที่เกิดขึ้นจากปัญหาภายในตัวผู้จำหน่ายสินทรัพย์ออกจากหลักทรัพย์ที่ออกเสนอขายแก่ผู้ลงทุน⁶⁰ อย่างไรก็ตาม การจะเข้าหลักการห่างไกลจากการล้มละลาย (Bankruptcy remoteness) ดังกล่าวข้างต้นนั้น มีเงื่อนไขว่า การโอนสินทรัพย์จากผู้จำหน่ายสินทรัพย์ให้แก่นิติบุคคลเฉพาะกิจจะต้องเป็นการโอนสินทรัพย์ขาดในลักษณะที่เป็นการขายที่แท้จริง (True sale) เท่านั้น หากเป็นการโอนสินทรัพย์ในลักษณะใช้สินทรัพย์เป็นหลักประกันการกู้ยืมเงิน (Secured loan) จะถือว่า นิติบุคคลเฉพาะกิจให้กู้ยืมเงินแก่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์โดยมีสินทรัพย์ที่หนุนหลังการออกหลักทรัพย์เป็นหลักประกัน ส่งผลให้นิติบุคคลเฉพาะกิจมีฐานะเป็นเจ้าของหนี้ในคดีล้มละลาย ซึ่งจะต้องรื้อรับชำระหนี้ตามลำดับอย่างเจ้าหนี้รายอื่น ๆ ของผู้จำหน่ายสินทรัพย์⁶¹

3) ผู้ให้บริการเรียกเก็บหนี้ (Servicer) ตามข้อ 1 (7) ของประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ที่ กจ. 7/2552 เรื่อง หลักเกณฑ์เงื่อนไข และวิธีการในการอนุมัติโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ ลงวันที่ 13 มีนาคม 2552 ให้นิยามความหมายไว้ว่า ผู้ให้บริการเรียกเก็บหนี้ หมายถึง ผู้ที่ให้บริการเรียกเก็บและรับชำระหนี้ที่เกิดจากการรับโอนสินทรัพย์ที่เป็นสิทธิเรียกร้องและดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์ตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ กล่าวคือ เป็นผู้ทำหน้าที่ให้บริการเรียกเก็บเงินต้นและดอกเบี้ยจากลูกหนี้เมื่อถึงกำหนดเวลาชำระหนี้ จัดทำบัญชีรายงาน เก็บรักษาบัญชีและรายชื่อลูกหนี้ ตลอดจนดำเนินการอื่นใดที่เกี่ยวกับการเรียกเก็บหนี้ โดยพ.ร.ก. นิติบุคคลเฉพาะกิจฯ มิได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ให้บริการเรียกเก็บหนี้ไว้ ดังนั้น ผู้จำหน่ายสินทรัพย์หรือนิติบุคคลเฉพาะกิจจะเป็นผู้ทำหน้าที่นี้ก็ได้ หรือในกรณีที่ผู้ให้บริการเรียกเก็บหนี้ที่ได้รับการแต่งตั้งไม่สามารถทำหน้าที่ได้ คู่สัญญาฝ่ายต่าง ๆ ที่

⁵⁹ Thomas J. Gordon, "Securitization of Executory Future Flows as Bankruptcy-Remote True Sales," pp. 1322-1327.

⁶⁰ ศิริลักษณ์ อรุณประดิษฐ์กุล, "ปัญหาทางกฎหมายตามพระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540," หน้า 24.

⁶¹ Thomas J. Gordon, "Securitization of Executory Future Flows as Bankruptcy-Remote True Sales," p. 1327.

เกี่ยวข้องกับตกลงกันจัดให้มีผู้ให้บริการเรียกเก็บหนี้สำรอง (Back-up Servicer) ก็ได้⁶² โดยส่วนใหญ่ผู้ให้บริการเรียกเก็บหนี้จะเป็นผู้จำหน่ายสินทรัพย์ เพื่อให้เกิดความต่อเนื่องในการเรียกเก็บและรับชำระหนี้

4) สถาบันจัดอันดับความน่าเชื่อถือ (Credit Rating Agency: CRA) หมายถึง สถาบันที่มีหน้าที่จัดอันดับความน่าเชื่อถือแก่หลักทรัพย์ที่ออกโดยนิติบุคคลเฉพาะกิจซึ่งจะประเมินความสามารถในการชำระหนี้คืนเพื่อให้ผู้ลงทุนได้ทราบความเสี่ยงของหลักทรัพย์ที่จะลงทุน โดยจะพิจารณาจากความเสี่ยงของสินเชื่อ (credit risk) เช่น คุณภาพของสินทรัพย์ ประวัติผู้จำหน่ายสินทรัพย์ และพิจารณาระดับการรับประกันความเสี่ยง และพิจารณาความเสี่ยงด้านกฎหมาย (legal risk) เช่น การโอนสินทรัพย์มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมายหรือไม่ นิติบุคคลเฉพาะกิจเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในกองสินทรัพย์ที่นำมาออกหลักทรัพย์หรือไม่ กล่าวคือ เป็นการโอนสินทรัพย์ขาดในลักษณะที่เป็นการขายที่แท้จริง (True Sale) หรือไม่ และผู้จำหน่ายสินทรัพย์หรือนิติบุคคลเฉพาะกิจมีความเสี่ยงที่จะล้มละลายหรืออยู่ในภาวะฟื้นฟูกิจการหรือไม่ เป็นต้น โดยสำนักงาน ก.ล.ต. กำหนดให้นิติบุคคลเฉพาะกิจต้องจัดให้มีการจัดอันดับความน่าเชื่อถือของหุ้นกู้ (Credit ratings) อย่างต่อเนื่องจนกว่าสิทธิเรียกร้องตามหุ้นกูดังกล่าวจะระงับลง เว้นแต่เข้าเงื่อนไขที่สำนักงาน ก.ล.ต. กำหนด ทั้งนี้ เป็นไปตามข้อ 15 ของประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทจ. 13/2552 เรื่อง การขออนุญาตและการอนุญาตให้เสนอขายหุ้นกู้ที่ออกใหม่เพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ ลงวันที่ 13 มีนาคม 2552

5) การส่งเสริมความน่าเชื่อถือของหลักทรัพย์ (Credit enhancement) หมายถึง วิธีการช่วยลดความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ (default) หรือลูกหนี้ชำระหนี้ก่อนกำหนด หรือเกิดการเสื่อมค่าของกองสินทรัพย์ โดยรับประกันว่าจะมีรายได้เกิดขึ้นจากกองสินทรัพย์เพื่อมาชำระหนี้แก่ผู้ลงทุนแน่นอนอันเป็นการส่งเสริมความน่าเชื่อถือแก่หลักทรัพย์และสร้างความมั่นใจแก่ผู้ลงทุน ซึ่งส่งผลให้หลักทรัพย์ได้รับอันดับความน่าเชื่อถือสูงขึ้น โดยการรับประกันความเสี่ยง สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

5.1) นิติบุคคลเฉพาะกิจรับประกันความเสี่ยงเอง (Internal credit enhancement) ได้แก่ การมีบัญชีสำรองเพื่อชดใช้หนี้สูญ (Reserve account) การให้สินทรัพย์เป็นหลักประกันเกินกว่ามูลค่าหลักทรัพย์ (Over-collateralization) การออก

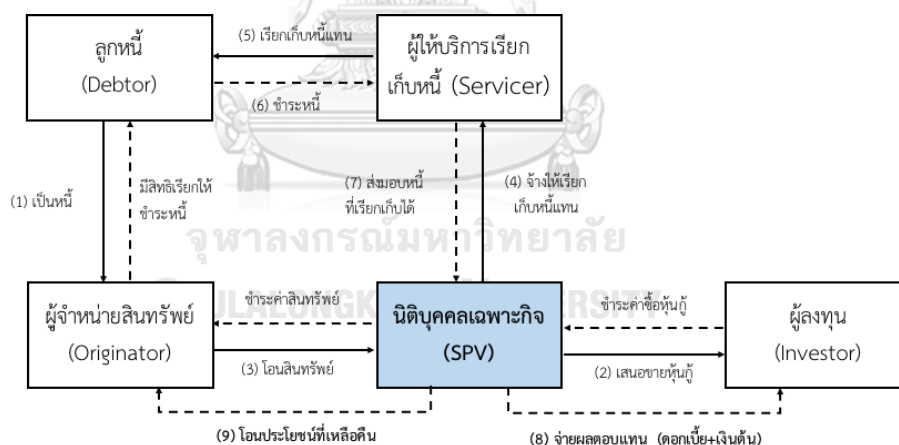
⁶² พรเทพ ปิยวัฒน์เมธากุลและวิโรจน์ ปิยวัฒน์เมธากุล, พระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540: พร้อมด้วย Securitization ในมุมมองของไทย, หน้า 70.

หลักทรัพย์ที่มีสิทธิได้รับชำระก่อนหลัง (Senior-subordinated structure) และการรับซื้อคืนหนี้เสีย (Repurchase)⁶³

5.2) บุคคลที่สามารถรับประกันความเสี่ยงให้ (External credit enhancement) ได้แก่ สถาบันการเงินรับประกันความเสี่ยงให้ (Bank guarantee or letter of credit) เพื่อรับประกันความเสี่ยงทั้งเงินต้นและดอกเบี้ยของลูกหนี้ รวมถึงความเสียหายที่เกิดแก่สินทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน และการรับประกันความเสี่ยงของบริษัทประกันภัย (Insurance Bond) เพื่อรับประกันความเสียหายที่เกิดแก่สินทรัพย์ที่เป็นหลักประกัน⁶⁴

ทั้งนี้ พ.ร.ก.นิติบุคคลเฉพาะกิจฯ มิได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการส่งเสริมความน่าเชื่อถือของหลักทรัพย์ไว้ ดังนั้นในการส่งเสริมความน่าเชื่อถือของหลักทรัพย์นั้น นิติบุคคลเฉพาะกิจจึงสามารถเลือกวิธีที่เห็นว่ามีเหมาะสมกับสินทรัพย์ที่นำมาหมุนหลังการออกหลักทรัพย์ได้เอง

รูปภาพที่ 8 แผนภาพแสดงโครงสร้างของการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์



⁶³ โปรดศึกษาเพิ่มเติม จันทิมา เพียรเวช, เอกสารการบรรยายวิชากฎหมายธุรกิจการเงิน(น.513) (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), หน้า 19-26.

⁶⁴ โปรดศึกษาเพิ่มเติม กอบชัย ฉิมกุลและณัฐพล ขวลิขิตวิน, Securitization (กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยตลาดทุน บริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย), หน้า 197-200.

2.4.1.2.5 วิธีการจำหน่ายสินทรัพย์ในธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์

จากที่กล่าวไว้ข้างต้น จะเห็นได้ว่า พ.ร.ก. นิติบุคคลเฉพาะกิจฯ ได้กำหนดเพิ่มวิธีการจำหน่ายสินทรัพย์จากผู้จำหน่ายสินทรัพย์ให้แก่นิติบุคคลเฉพาะกิจ จึงทำให้วิธีการจำหน่ายสินทรัพย์ในธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ในปัจจุบัน แบ่งออกเป็น 2 วิธี ดังนี้

1) วิธีการโอนสินทรัพย์ขาดในลักษณะที่เป็นการขายที่แท้จริง (True sale) นั้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติใน พ.ร.ก. นิติบุคคลเฉพาะกิจฯ จะเห็นได้ว่า มิได้ให้นิยามความหมายของคำว่า “การขายที่แท้จริง” ว่ามีลักษณะอย่างไร แต่มาตรา 20 ได้กำหนดเกี่ยวกับการโอนสินทรัพย์จากผู้จำหน่ายสินทรัพย์ให้แก่นิติบุคคลเฉพาะกิจไว้ว่า การโอนสินทรัพย์จากผู้จำหน่ายสินทรัพย์ไปยังนิติบุคคลเฉพาะกิจด้วยมูลค่าทางบัญชีตามมาตรฐานการบัญชีและมูลค่าที่ที่ปรึกษาทางการเงินซึ่งมิใช่ที่ปรึกษาทางการเงินของโครงการนั้นได้ให้ความเห็นว่าเป็นราคาอันสมควรและพิจารณาถึงการเพิ่มความน่าเชื่อถือของธุรกรรมในการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ด้วยแล้วให้ถือว่าเป็นราคาอันสมควร และไม่เป็นการโอนโดยมีค่าตอบแทนน้อยเกินสมควร หรือทำให้เจ้าหน้าที่ของผู้จำหน่ายสินทรัพย์เสียเปรียบ จะเห็นได้ว่า เป็นการกำหนดให้ยกเว้นบทบัญญัติในมาตรา 114 ของพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช 2483 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เป็นบทสันนิษฐานเกี่ยวกับนิติกรรมที่เจ้าหน้าที่ศาลเพิกถอนการฉ้อฉลของลูกหนี้ตามมาตรา 237 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ หากผู้จำหน่ายสินทรัพย์โอนสินทรัพย์ (กล่าวคือ สิทธิเรียกร้องต่าง ๆ) ให้แก่นิติบุคคลเฉพาะกิจด้วยมูลค่าทางบัญชีตามมาตรฐานการบัญชี (มูลค่ายุติธรรม) และที่ปรึกษาทางการเงินเห็นว่าเป็นราคาอันสมควรโดยพิจารณาการเพิ่มความน่าเชื่อถือของธุรกรรมประกอบด้วยแล้ว จะไม่ทำให้เจ้าหน้าที่ล้มละลายของผู้จำหน่ายสินทรัพย์เสียเปรียบและเจ้าหน้าที่ดังกล่าวไม่สามารถขอเพิกถอนการโอนสินทรัพย์ที่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์โอนให้แก่นิติบุคคลเฉพาะกิจได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัตินี้สะท้อนให้เห็นถึงหลักการขายขาด (True sale) ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์

2) วิธีการใช้สินทรัพย์เป็นหลักประกันการกู้ยืมเงิน (Secured loan) เป็นวิธีการจำหน่ายสินทรัพย์แบบใหม่ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดย พ.ร.ก. นิติบุคคลเฉพาะกิจฯ ปี 2558 โดยหมายเหตุของการแก้ไขเพิ่มเติมระบุว่า “โดยที่พระราชกฤษฎีกานิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์อย่างจำกัดและไม่เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบัน ทำให้การประกอบกิจการ

ของนิติบุคคลเฉพาะกิจขาดความคล่องตัวและไม่สอดคล้องกับการทำธุรกรรมดังกล่าวในระบบสากล สมควรกำหนดให้นิติบุคคลเฉพาะกิจมีอำนาจรับสินทรัพย์ไว้เป็นหลักประกันเพื่อประโยชน์ในการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์...” แต่อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาบทบัญญัติใน พ.ร.ก. นิติบุคคลเฉพาะกิจฯ แล้วเห็นว่า มิได้ให้นิยามความหมายของการใช้สินทรัพย์เป็นหลักประกันการกู้ยืมเงิน (Secured loan) ว่ามีลักษณะอย่างไร และไม่มีการกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้สินทรัพย์เป็นหลักประกันการกู้ยืมเงิน (Secured loan) รวมทั้งสำนักงาน ก.ล.ต. ก็ยังไม่มีการออกประกาศที่เกี่ยวข้องเพื่อรองรับบทบัญญัติดังกล่าว ดังนั้น แนวทางการใช้สินทรัพย์เป็นหลักประกันการกู้ยืมเงิน (Secured loan) ในธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ในประเทศไทยจึงยังไม่มี ความชัดเจน

2.4.1.2.6 กรณีศึกษาโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ที่ได้จัดตั้งขึ้นในประเทศไทย ภายใต้พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540

ภายหลังที่มีการออกพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540 ได้มีการจัดทำโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์หลายโครงการ ได้แก่ โครงการแปลงบัญชีลูกหนี้สินเชื่อเพื่อที่อยู่อาศัย (Mortgage loan) เป็นหลักทรัพย์ของการเคหะแห่งชาติ โครงการแปลงสินเชื่อผู้บริโภค (Customer loan) เป็นหลักทรัพย์ของบริษัท อีออน ธนาสินทรัพย์ (ประเทศไทย) จำกัด (มหาชน) และโครงการแปลงบัญชีลูกหนี้สินเชื่อบัตรเครดิตเป็นหลักทรัพย์ของธนาคารซีทีแบงก์ นอกจากนี้ยังมีโครงการนำบัญชีลูกหนี้ในโครงการอสังหาริมทรัพย์มาแปลงเป็นหลักทรัพย์ของบริษัท ธนารักษ์พัฒนาสินทรัพย์ จำกัด ภายใต้โครงการศูนย์ราชการกรุงเทพมหานคร

ผู้เขียนขอยกกรณีศึกษาโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ของบริษัท ธนารักษ์พัฒนาสินทรัพย์ จำกัด ภายใต้โครงการศูนย์ราชการกรุงเทพมหานคร (“โครงการศูนย์ราชการฯ”) ซึ่งเป็นโครงการที่มีลักษณะเป็นการนำสิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้เงินที่มีกระแสรายรับในอนาคตเป็นหลักทรัพย์ (Future Flows Securitization) เพียงโครงการเดียว ทั้งนี้ เพื่อนำมาใช้ในการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับธุรกรรมการโอนสิทธิในรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

1) ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับโครงการ

โครงการศูนย์ราชการฯ เริ่มต้นจากคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม 2547 อนุมัติให้กระทรวงการคลังจัดทำโครงการศูนย์ราชการฯ ในที่ดินของราชพัสดุ ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร เพื่อจัดสร้างสถานที่ทำการถาวรให้กับหน่วยงานราชการทั้งที่มีอยู่ในปัจจุบันและจะมีขึ้นในอนาคตที่ยังไม่มีสถานที่ทำการหรือมีไม่เพียงพอ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีการใช้ทรัพยากรและทรัพย์สินของทางราชการได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น และเพื่อลดค่าใช้จ่ายของรัฐบาลในการเช่าสำนักงานจากภาคเอกชนในอนาคต รวมทั้งเพื่อให้ประชาชนได้รับบริการที่ดีขึ้นจากการที่หน่วยงานตั้งอยู่ในเขตพื้นที่เดียวกันอันทำให้ประชาชนได้รับบริการที่ดีขึ้น และอนุมัติให้กรมธนารักษ์เป็นผู้ทำนิติกรรมใด ๆ เกี่ยวกับการเช่าพื้นที่อาคารและการจัดหาเฟอร์นิเจอร์ในโครงการศูนย์ราชการฯ โดยการสนับสนุนงบประมาณของรัฐบาล⁶⁵

2) บุคคลที่เกี่ยวข้องกับโครงการ

ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ คือ บริษัท ธนารักษ์พัฒนาสินทรัพย์ จำกัด (“ธพส.”) ซึ่งเป็นบริษัทที่กระทรวงการคลังจัดตั้งขึ้นตามมติคณะรัฐมนตรีและมีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 ซึ่ง ธพส. ได้จดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัดเมื่อวันที่ 18 สิงหาคม 2547 โดยกระทรวงการคลังถือหุ้นร้อยละ 99 ของทุนจดทะเบียน และให้กรมธนารักษ์เป็นหน่วยงานกำกับดูแล โดย ธพส. มีหน้าที่ลงทุนและดำเนินการก่อสร้างอาคารและบริหารโครงการศูนย์ราชการฯ

นิติบุคคลเฉพาะกิจ คือ บริษัท ดีเอดี เอสพีวี จำกัด (“DAD SPV”) ได้ดำเนินการจดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัดเมื่อวันที่ 31 มีนาคม 2548 เพื่อเป็นนิติบุคคลเฉพาะกิจภายใต้ พ.ร.ก. นิติบุคคลเฉพาะกิจฯ โดย ธพส. ถือหุ้นของ DAD SPV อยู่ร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียน DAD SPV จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพียงอย่างเดียวคือ เพื่อรับโอนสิทธิเรียกร้องจาก ธพส. ตามสัญญาเช่าพื้นที่อาคาร สัญญาบริการจัดหาเฟอร์นิเจอร์ และสัญญาบริการภายใต้โครงการศูนย์ราชการฯ ซึ่ง ธพส. มีฐานะเป็นผู้ให้เช่าและผู้ให้บริการ และกรมธนารักษ์เป็นผู้เช่าและผู้รับบริการ

3) หลักทรัพย์ที่ออกภายใต้โครงการ

DAD SPV ได้ออกหุ้นกู้ประเภทระบุชื่อผู้ถือแบบไม่มีประกัน อายุไม่เกิน 33 ปี อัตราดอกเบี้ยคงที่เพื่อเสนอขายให้แก่ผู้ลงทุนทั่วไปและผู้ลงทุนสถาบัน ซึ่งมี

⁶⁵ หนังสือชี้ชวน บริษัท ดีเอดี เอสพีวี จำกัด เสนอขายหุ้นกู้ที่ออกภายใต้โครงการที่ได้รับอนุญาตตามพระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์, 2548. [ออนไลน์], อ้างถึงใน <http://www.thaibma.or.th>, หน้า 3.

หุ้นกู้ดังกล่าวจะออกเป็นคราวๆ ไปภายในระยะเวลา 3 ปีนับแต่วันที่สำนักงาน ก.ล.ต. ได้อนุมัติโครงการดังกล่าว ซึ่งหุ้นกู้ดังกล่าวมีมูลค่ารวมทั้งสิ้นไม่เกิน 24,000 ล้านบาท เพื่อนำเงินส่วนหนึ่งมาชำระให้แก่ ธพส. และ DAD SPV

4) กระบวนการที่เกิดขึ้น⁶⁶

4.1) ธพส. ดำเนินการเช่าที่ดินราชพัสดุจากกระทรวง การคลังเพื่อก่อสร้างอาคารและบริหารโครงการศูนย์ราชการฯ ตามสัญญาเช่าที่ดินราชพัสดุเพื่อก่อสร้างอาคารและสิ่งปลูกสร้างโครงการศูนย์ราชการฯ และสัญญาเช่าที่ดินราชพัสดุเพื่อบริหารอาคารและสิ่งปลูกสร้างในโครงการดังกล่าวและธพส. จะเข้าทำสัญญากับกรมธนารักษ์ 3 ฉบับ คือ

- สัญญาเช่าพื้นที่อาคาร ซึ่ง ธพส. ตกลงจะนำพื้นที่อาคารในโครงการออกให้กรมธนารักษ์เช่า เพื่อจัดให้หน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐใช้เป็นสถานที่ปฏิบัติงาน

- สัญญาบริการจัดหาเฟอร์นิเจอร์ ซึ่ง ธพส. ตกลงที่จะบริการจัดหาเฟอร์นิเจอร์ภายในอาคารในโครงการ เพื่อให้กรมธนารักษ์สามารถใช้ประโยชน์จากอาคารได้ทันที

- สัญญาบริการ ซึ่ง ธพส. ตกลงที่จะให้บริการต่าง ๆ แก่กรมธนารักษ์ เพื่อประโยชน์และความสะดวกในการใช้สอยและครอบครองพื้นที่อาคารในโครงการ

4.2) ธพส. จะดำเนินการโอนสิทธิเรียกร้องในการรับเงินค่าเช่า ค่าบริการจัดหาเฟอร์นิเจอร์ และค่าบริการที่จะได้รับจากกรมธนารักษ์ตามสัญญาเช่าพื้นที่อาคาร สัญญาบริการจัดหาเฟอร์นิเจอร์ และสัญญาบริการดังกล่าวให้แก่ DAD SPV เพื่อระดมทุนจากประชาชนด้วยการทยอยออกและเสนอขายหุ้นกู้แก่ผู้ลงทุนโดยทั่วไปและผู้ลงทุนสถาบันตามโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ โดย DAD SPV ต้องชำระค่าตอบแทนการโอนสิทธิเรียกร้องให้แก่ ธพส. จำนวน 40,000 ล้านบาท โดยแบ่งชำระออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนแรกเป็นเงินสด และส่วนที่สองจะชำระเป็นตั๋วสัญญาใช้เงินที่ด้อยสิทธิ ไม่มีดอกเบี้ย และครบกำหนดชำระเงินต้นภายหลังจากหนี้หุ้นกู้ตามโครงการได้รับชำระครบถ้วนแล้ว เมื่อ ธพส. ได้รับค่าตอบแทนแล้วจะนำไปใช้จ่ายในการก่อสร้างอาคารและบริหารโครงการตามมติคณะรัฐมนตรีต่อไป

⁶⁶ หนังสือชี้ชวน บริษัท ทีเอที เอสพี จำกัด เสนอขายหุ้นกู้ที่ออกภายใต้โครงการที่ได้รับอนุญาตตามพระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์, 2548. [ออนไลน์], อ้างถึงใน <http://www.thaibma.or.th>, หน้า 3-4 และ 17-18.

4.3) DAD SPV แต่งตั้งบุคคลที่เกี่ยวข้องในโครงการ ได้แก่ ผู้บริหารจัดการโครงการ ผู้แทนผู้ถือหุ้นกู้ นายทะเบียนหุ้นกู้และตัวแทนชำระเงิน ผู้จัดการและรับประกันการจำหน่าย ผู้จัดอันดับความน่าเชื่อถือ และผู้สอบบัญชี

4.4) DAD SPV ออกหุ้นกู้ตามโครงการเพื่อเสนอขายให้แก่ผู้ลงทุนสถาบันและผู้ลงทุนทั่วไป หุ้นกู้ที่ออกในปี 2548 ได้รับการจัดอันดับความน่าเชื่อถือเบื้องต้นระดับ AAA (tha) จากบริษัท พิทช์ เรทติ้งส์ (ประเทศไทย) จำกัด เมื่อวันที่ 2 พฤศจิกายน 2548 และระดับ AAA จากบริษัท ทริสเรทติ้งส์ จำกัด เมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน 2548

สรุปได้ว่า สิทธิประโยชน์ที่โอนให้แก่กันภายใต้โครงการศูนย์ราชการฯ เป็นสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคตและสิทธิประโยชน์ดังกล่าวมีผลตอบแทนที่อ้างอิงกับสัญญาเช่าพื้นที่อาคาร สัญญาบริการจัดหาเฟอร์นิเจอร์ และสัญญาบริการที่ ธพส. ทำไว้กับบุคคลภายนอก

2.4.1.2.7 ภาระภาษีที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมการแปลงสิทธิ เป็นหลักทรัพย์

1) ภาษีเงินได้นิติบุคคลและภาษีมูลค่าเพิ่ม กรณีขายสิทธิของผู้อำนวยสิทธิให้แก่นิติบุคคลเฉพาะกิจ

ในกระบวนการขายสิทธิของผู้อำนวยสิทธิให้แก่นิติบุคคลเฉพาะกิจ โดยนิติบุคคลเฉพาะกิจจ่ายค่าสิทธิให้แก่ผู้อำนวยสิทธิทำให้เกิดรายได้แก่ผู้อำนวยสิทธิ ทั้งนี้ ผู้อำนวยสิทธิจะต้องรับรู้รายได้จากการขายสิทธิดังกล่าว โดยต้องนำมารวมคำนวณเป็นรายได้เพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา 65 วรรคสองแห่งประมวลรัษฎากร สำหรับส่วนลดที่เกิดจากการขายสิทธิดังกล่าว ผู้อำนวยสิทธิสามารถถือเป็นค่าใช้จ่าย โดยนำมารวมคำนวณเป็นรายจ่ายเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา 65 วรรคสองแห่งประมวลรัษฎากร

อย่างไรก็ดี ผู้อำนวยสิทธิจะได้รับสิทธิประโยชน์ในทางภาษีจากการทำธุรกรรมแปลงสิทธิเป็นหลักทรัพย์ในขั้นตอนการขายสิทธิให้แก่นิติบุคคลเฉพาะกิจ โดยได้รับยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่มสำหรับการขายสิทธิระหว่างนิติบุคคลเฉพาะกิจกับผู้อำนวยสิทธิที่เกิดขึ้นเนื่องจากการแปลงสิทธิเป็นหลักทรัพย์ ในกรณีที่เข้าเงื่อนไขว่า (ก) เป็นการโอนทรัพย์สินของผู้อำนวยสิทธิให้แก่นิติบุคคลเฉพาะกิจ ตาม พ.ร.ก. นิติ

บุคคลเฉพาะกิจฯ และเป็นการโอนทรัพย์สินภายใต้โครงการการแปลงทรัพย์สินเป็นหลักทรัพย์ที่ได้รับอนุมัติจากสำนักงาน ก.ล.ต. และ (ข) มีการบันทึกบัญชีตามมาตรฐานการบัญชี⁶⁷

และในกรณีที่กระบวนการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์สิ้นสุดลง และนิติบุคคลเฉพาะกิจต้องขายสินทรัพย์กลับคืนให้แก่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ นิติบุคคลเฉพาะกิจจะได้รับยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่มสำหรับการขายสินทรัพย์ระหว่างนิติบุคคลเฉพาะกิจกับผู้จำหน่ายสินทรัพย์ที่เกิดขึ้นเนื่องจากการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ตามเงื่อนไขดังกล่าวข้างต้นเช่นกัน

2) ภาษีเงินได้นิติบุคคล กรณีที่นิติบุคคลเฉพาะกิจได้รับเงินได้จากการดำเนินโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์

นิติบุคคลเฉพาะกิจจะได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคล สำหรับเงินได้จากการดำเนินการตามที่กำหนดไว้ในโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (กล่าวคือ เงินได้ทั้งหมดของนิติบุคคลเฉพาะกิจ ซึ่งรวมถึงเงินได้ที่นิติบุคคลเฉพาะกิจได้รับจากการนำเงินได้ที่ได้รับจากโครงการดังกล่าวไปลงทุนตามที่ได้กำหนดไว้ในหนังสือชี้ชวน⁶⁸) ในกรณีที่เข้าเงื่อนไขว่า (ก) เป็นเงินได้จากการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ภายใต้โครงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ที่ได้รับอนุมัติจากสำนักงาน ก.ล.ต. (ข) ดำเนินการตามข้อกำหนดเกี่ยวกับนโยบายในการจัดสรรกระแสรายรับที่เกิดจากการรับโอนสินทรัพย์ที่เป็นสิทธิเรียกร้องในการชำระคืนเงินต้นและดอกเบี้ย รวมถึงค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับโครงการตลอดอายุโครงการที่ได้รับอนุมัติจากสำนักงาน ก.ล.ต. และ (ค) ต้องไม่มีการจ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลเฉพาะกิจจนกว่านิติบุคคลเฉพาะกิจได้โอนสินทรัพย์และผลประโยชน์คงเหลือทั้งหมดกลับคืนให้ผู้จำหน่ายสินทรัพย์และสถานะนิติบุคคลเฉพาะกิจสิ้นสุดลง⁶⁹

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁶⁷ ตามพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม (ฉบับที่ 239) พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม (ฉบับที่ 333) พ.ศ. 2541 และประกาศอธิบดีกรมสรรพากร เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่มสำหรับการโอนทรัพย์สินตามโครงการการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์

⁶⁸ ตามหนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0706/1551 ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2549.

⁶⁹ ตามพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 441) พ.ศ. 2548 และประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีเงินได้ (ฉบับที่ 152) เรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการยกเว้นภาษีเงินได้ให้แก่นิติบุคคลเฉพาะกิจตามกฎหมายว่าด้วยนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์สำหรับเงินได้จากการดำเนินการตามที่กำหนดไว้ในโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ที่ได้รับอนุมัติจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

3) อากรแสดมปี สำหรับการทำธุรกรรมการแปลง

สินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์

ผู้ที่ต้องเสียอากรแสดมปีได้รับยกเว้นอากรแสดมปีสำหรับตราสารที่สร้างขึ้นระหว่างนิติบุคคลเฉพาะกิจกับผู้จำหน่ายสินทรัพย์ซึ่งเป็นบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลหรือนิติบุคคลอื่นที่เกิดขึ้นเนื่องจากการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ที่ได้รับอนุมัติจากสำนักงาน ก.ล.ต. โดยต้องมีการบันทึกบัญชีตามมาตรฐานการบัญชี⁷⁰

4) ภาษีธุรกิจเฉพาะ สำหรับกิจการของผู้จำหน่าย

สินทรัพย์และนิติบุคคลเฉพาะกิจ

ผู้จำหน่ายสินทรัพย์จะได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ตาม พ.ร.ก. นิติบุคคลเฉพาะกิจฯ สำหรับกิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2 แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งเกิดขึ้นเนื่องจากการโอนทรัพย์สินให้แก่นิติบุคคลเฉพาะกิจหรือการรับโอนทรัพย์สินดังกล่าวกลับคืนจากนิติบุคคลเฉพาะกิจ ในกรณีที่เข้าเงื่อนไขว่า เป็นการโอนทรัพย์สินของผู้จำหน่ายสินทรัพย์ให้แก่นิติบุคคลเฉพาะกิจตาม พ.ร.ก. นิติบุคคลเฉพาะกิจฯ และการโอนทรัพย์สินของนิติบุคคลเฉพาะกิจกลับคืนให้ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ต้องเป็นการโอนทรัพย์สินภายใต้โครงการการแปลงทรัพย์สินเป็นหลักทรัพย์ที่ได้รับอนุมัติจากสำนักงาน ก.ล.ต. และมีการบันทึกบัญชีตามมาตรฐานการบัญชี⁷¹

นิติบุคคลเฉพาะกิจจะได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับ (ก) กิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2 แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งเกิดขึ้นเนื่องจากการรับโอนทรัพย์สินจากผู้จำหน่ายสินทรัพย์ หรือการโอนทรัพย์สินดังกล่าวกลับคืนให้แก่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ และ (ข) กิจการที่ได้รับโอนมาจากผู้โอนซึ่งเป็นกิจการที่ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/3 แห่งประมวลรัษฎากร⁷²

⁷⁰ ตามพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 335) พ.ศ. 2541 และประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับอากรแสดมปี (ฉบับที่ 40) เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข การยกเว้นอากรแสดมปีเกี่ยวกับธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์

⁷¹ ตามพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ 334) พ.ศ. 2541 และประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ 3) เรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ สำหรับรายรับจากการโอนทรัพย์สินในโครงการแปลงทรัพย์สินเป็นหลักทรัพย์

⁷² ตามพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ (ฉบับที่ 334) พ.ศ. 2541

2.4.1.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน กับธุรกรรมแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ด้วยสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคต

เมื่อพิจารณาลักษณะของธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานและธุรกรรมแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ด้วยสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคตตามที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า ธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีลักษณะคล้ายกันกับธุรกรรมแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ด้วยสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคต⁷³ ในประการต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากหลักเกณฑ์เกี่ยวกับธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ในประเทศไทยมีลักษณะเป็นการกำหนดกรอบกว้างๆ เท่านั้น ผู้เขียนจึงขอแนะนำหลักเกณฑ์บางประการของธุรกรรมแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ด้วยสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคตของประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบการพิจารณาด้วย

ประการแรก การเป็นเครื่องมือทางการเงินเพื่อการระดมทุน

กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเป็นเครื่องมือทางการเงินเพื่อการระดมทุนประเภทหนึ่ง ซึ่งผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานนำมาใช้เพื่อการจัดหาเงินทุน โดยมีกลไกการระดมทุนจากผู้ลงทุนโดยการออกหลักทรัพย์ประเภทหน่วยลงทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่จัดตั้งขึ้น

ส่วนธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์เป็นเครื่องมือทางการเงินในการระดมทุนประเภทหนึ่ง ซึ่งผู้ประกอบการต่าง ๆ (ผู้จำหน่ายสินทรัพย์) นำมาใช้เพื่อการจัดหาเงินทุน โดยมีกลไกการระดมทุนจากผู้ลงทุนโดยการออกหลักทรัพย์ประเภทหุ้นกู้ผ่าน SPV ที่จัดตั้งขึ้น

ประการที่สอง วัตถุประสงค์ในการเข้าทำธุรกรรม

วัตถุประสงค์ในการเข้าทำธุรกรรม คือ เพื่อนำเงินไปใช้ในกิจการโครงสร้างพื้นฐานของผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐาน รวมถึงการขยายการลงทุนในกิจการโครงสร้างพื้นฐาน หรือนำไปใช้เพื่อประโยชน์อย่างอื่น

⁷³ สันติ กิระนันท์, สันติ ขวนคย ตลาดทุนยุคใหม่ บริบทของตลาดทุนประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2559), หน้า 104.

ส่วนวัตถุประสงค์ในการเข้าทำธุรกรรม คือ เพื่อนำเงินไปใช้ในกิจการของผู้ประกอบกิจการต่างๆ รวมถึงการขยายการลงทุนในกิจการ หรือนำไปใช้เพื่อประโยชน์อย่างอื่น

ประการที่สาม สินทรัพย์ที่นำมาโอนให้แก่กัน

กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานสามารถนำทรัพย์สินประเภทสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของกิจการของตนมาระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

ส่วนธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ ผู้ประกอบกิจการต่างๆสามารถนำสินทรัพย์ที่เป็นสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคต (Future receivables) มาระดมทุนผ่าน SPV

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า สิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตและสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคตดังกล่าวข้างต้นมีลักษณะเหมือนกัน คือ เป็นสิ่งที่ยังไม่ใช่สินทรัพย์ในปัจจุบัน แต่เป็นเพียงกระแสเงินสดที่จะเกิดขึ้นหรือไม่ขึ้นอยู่กับเหตุการณ์บางอย่างในอนาคต เช่น ขึ้นอยู่กับการประกอบกิจการของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานหรือผู้จำหน่ายสินทรัพย์ (แล้วแต่กรณี) ดังนั้น จึงเห็นว่า สิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต ก็คือ สิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคตนั่นเอง เพียงแต่มีชื่อเรียกที่แตกต่างกันไปตามตัวกลางในการระดมทุนเท่านั้น

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาลักษณะของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่จัดตั้งขึ้นในประเทศไทยในปัจจุบัน เห็นว่า สิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนำมาระดมทุนนั้นสามารถเทียบเคียงได้กับสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคตภายใต้ธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ กล่าวคือ

1) สิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตเทียบเคียงได้กับสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคตที่เกิดจากธุรกรรมการให้บริการต่าง ๆ (Other services future flows receivables) ภายใต้ธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์

2) สิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต แบ่งออกได้เป็น 3 ลักษณะใหญ่ๆ ได้แก่

- สิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตที่ผูกกับสัญญาที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานได้ทำไว้กับลูกหนี้รายได้ในอนาคตเป็นกรณีที่มีลูกหนี้เกิดขึ้นแล้วขณะทำสัญญาโอนสิทธิฯ ให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน แต่ยังมีหนี้ที่ยังไม่เกิดขึ้นอีกส่วนหนึ่งแต่จะเกิดขึ้นในอนาคต จึงเข้าลักษณะเป็นสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคตแบบผสม ซึ่งเรียกว่า Contracted future payment

- สิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตที่ยังไม่มีคู่สัญญาที่เป็นลูกหนี้รายได้ในอนาคต เป็นกรณีที่ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานยังไม่มีการทำสัญญากับบุคคลใดเลย แต่ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานก็ขายสิทธิที่จะได้รับเงินในอนาคตให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโดยรับเงินล่วงหน้ามาก่อนแล้ว จึงเข้าลักษณะเป็นสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคตแบบแท้ ซึ่งเรียกว่า uncontracted future payment

- สิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตที่รายได้ในอนาคตมิได้ขึ้นอยู่กับลูกหนี้รายได้ในอนาคตโดยตรง แต่ขึ้นอยู่กับความสามารถของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน นั้นไม่อาจเทียบเคียงกับสิทธิเรียกร้อง ภายใต้ธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์

ประการที่สี่ โครงสร้างของธุรกรรม

กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน มีการจัดโครงสร้างหลักออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐาน กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (ตัวกลางในการระดมทุน) และผู้ลงทุน โดยผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานโอนสิทธิในรายได้ในอนาคตให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนำเงินที่ได้จากการเสนอขายหน่วยลงทุนมาจ่ายเป็นค่าตอบแทนการโอนสิทธิในรายได้ในอนาคตให้แก่ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐาน เมื่อผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานดำเนินกิจการโครงการสร้างพื้นฐานแล้วได้รับรายได้จากการดำเนินกิจการแล้วจะส่งมอบรายได้ดังกล่าวให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเพื่อที่จะจ่ายเป็นผลประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้ลงทุน

ส่วนธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์มีการจัดโครงสร้างหลักออกเป็น 3 ส่วนเช่นกัน ได้แก่ ผู้ประกอบการ SPV (ตัวกลางในการระดมทุน) และผู้ลงทุน โดยผู้ประกอบการต่าง ๆ โอนสินทรัพย์ประเภทสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคตให้แก่ SPV และ SPV จะนำเงินที่ได้จากการเสนอขายหุ้นกู้มาจ่ายเป็นค่าตอบแทนการโอนสินทรัพย์ดังกล่าวให้แก่ผู้ประกอบการ

อย่างไรก็ดี ธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ด้วยสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคตและธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานก็มีลักษณะที่แตกต่างกันในส่วนของรายละเอียดบางประการ เช่น

- ข้อจำกัดของกิจการที่จะนำมาระดมทุน กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน กิจการที่สามารถระดมทุนได้ถูกจำกัดเฉพาะกิจการโครงสร้างพื้นฐานที่เป็นประโยชน์ต่อ

การพัฒนาประเทศเท่านั้น ส่วนธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ด้วยสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคตนั้น ไม่มีการจำกัดกิจการที่สามารถนำมาระดมทุน

- หลักทรัพย์ที่ออกภายใต้ธุรกรรม กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนั้นจะเป็นหลักทรัพย์ในรูปของหน่วยลงทุน ส่วนธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ด้วยสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคตนั้น หลักทรัพย์ที่ออกภายใต้ธุรกรรมนี้จะขึ้นอยู่กับ SPV ซึ่งปัจจุบันสามารถจัดตั้งได้เฉพาะในรูปของบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดเท่านั้น ดังนั้น หลักทรัพย์จึงอยู่ในรูปของหุ้นกู้

2.4.2 แฝกเตอร์ริง (Factoring)

2.4.2.1 ลักษณะทั่วไปของแฟกเตอร์ริง

แฟกเตอร์ริง (Factoring) หรือการรับโอนบัญชีลูกหนี้การค้า เป็นทางเลือกรูปแบบหนึ่งที่ใช้ในการจัดหาเงินทุนให้แก่กิจการ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเสริมสภาพคล่องให้แก่ผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมที่มีความจำเป็นต้องใช้เงินทุนหมุนเวียนในกิจการ⁷⁴ ในการทำแฟกเตอร์ริงในรูปแบบปัจจุบันนั้น ผู้ประกอบการหรือผู้ขายบัญชีจะนำบัญชีลูกหนี้การค้า (Account receivables) เช่น ใบส่งของ ใบแจ้งหนี้ที่เกิดจากการขายสินค้าหรือบริการและยังไม่ถึงกำหนดเวลาชำระหนี้มาขายโดยโอนสิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้เงินตามบัญชีลูกหนี้การค้าแก่ผู้ขายบัญชีที่เรียกว่า “Factor” ซึ่งจะชำระเงินให้แก่ผู้ขายบัญชีตามสัดส่วนที่มีการตกลงกัน จากนั้นผู้ขายบัญชีจะติดตามเรียกเก็บเงินจากลูกหนี้การค้าเมื่อถึงกำหนดระยะเวลาชำระหนี้ และจะคืนเงินส่วนเกินหลังจากเก็บเงินจากลูกหนี้การค้าเรียบร้อยแล้วให้แก่ผู้ขายบัญชี โดยผู้ซื้อบัญชีจะได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากดอกเบี้ย ค่าบริการและค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บจากผู้ขายบัญชี ซึ่งสิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้เงินตามบัญชีลูกหนี้การค้านี้เป็นเสมือนหลักประกันในการทำแฟกเตอร์ริง⁷⁵ โดยผู้ซื้อบัญชีในรูปแบบนี้ส่วนใหญ่จะเป็นธนาคารพาณิชย์

⁷⁴ วราภรณ์ จงโชติชัชวาล, “ปัญหาการปรับการบังคับใช้กฎหมายและแนวทางในการจัดให้มีบทกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการรับโอนบัญชีลูกหนี้ทางการค้า”, (วิทยานิพนธ์ ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), หน้า 1.

⁷⁵ สุตา หวังสุวัฒนา, “ข้อห้ามโอนสิทธิเรียกร้อง : ผลทางกฎหมายและผลกระทบที่มีต่อธุรกรรมทางการเงินสมัยใหม่ วิทยานิพนธ์,” (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 30.

จากการศึกษาพบว่า ปัจจุบัน ผู้ให้บริการแฟกเตอร์หรือผู้ซื้อบัญชีในประเทศไทย ได้แก่ ธนาคารพาณิชย์ ธนาคารพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมแห่งประเทศไทย (SME Bank) และบริษัทที่ได้รับอนุญาตให้ดำเนินธุรกิจแฟกเตอร์จากกระทรวงพาณิชย์⁷⁶ ซึ่งกรณีผู้ซื้อบัญชีเป็นธนาคารพาณิชย์จะถูกกำกับดูแลโดยธนาคารแห่งประเทศไทยและจะต้องปฏิบัติตามประกาศธนาคารแห่งประเทศไทยที่ สนส. 20/2555 เรื่อง การอนุญาตให้ธนาคารพาณิชย์ประกอบธุรกิจแฟกเตอร์ (Factoring) ลงวันที่ 17 ธันวาคม 2555 ซึ่งประกาศดังกล่าวได้กำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ ให้ความหมายของธุรกิจแฟกเตอร์ว่า หมายถึง ธุรกิจที่ลูกค้าตกลงจะโอนหนี้ทางการค้าภายในประเทศหรือระหว่างประเทศให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจแฟกเตอร์นั้นตกลงจะให้สินเชื่อซึ่งรวมถึงการรับที่จะดำเนินธุรกรรมอย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่างรวมกัน ได้แก่ การบริหารบัญชีลูกหนี้ การให้บริการเรียกเก็บหนี้ทางการค้า และการรับความเสี่ยงในหนี้ที่ลูกหนี้ของลูกค้า (ผู้ขายบัญชี) ผิดนัด

2.4.2.2 ความหมายของลูกหนี้การค้าและบัญชีลูกหนี้การค้า

คำว่า ลูกหนี้การค้า หมายถึง จำนวนเงินที่ลูกค้าค้างชำระค่าสินค้าหรือค่าบริการที่เกิดจากการดำเนินการค้าตามปกติของกิจการ และอาจมีชื่อเรียกบัญชีแตกต่างกันตามประเภทของธุรกิจ โดยปกติลูกหนี้การค้าหรือลูกหนี้การค้าที่เป็นผู้ซื้อจะไม่ได้ทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรที่จะจ่ายเงินค่าสินค้าหรือค่าบริการ และมักจะเรียกเก็บเงินภายในเงื่อนไขสินเชื่อระยะเวลาประมาณ 30 – 180 วัน และจำนวนเงินค้างชำระอาจเกิดจากการค้า การกู้ยืมเงิน หรือเหตุการณ์อื่น โดยกิจการจะบันทึกจำนวนเงินค้างชำระดังกล่าวในบัญชีลูกหนี้การค้า⁷⁷ โดยมีเอกสารหลักฐานทางการค้า คือ ใบแจ้งหนี้ (Invoice) หรือใบรับสินค้าที่มีลายเซ็นรับสินค้าหรือบริการของลูกค้า เป็นต้น และส่วนคำว่า บัญชีลูกหนี้ทางการค้า หมายถึง สิทธิเรียกร้องอย่างหนึ่งของเจ้าหนี้ในการที่จะให้ชำระหนี้ที่เกิดจากการดำเนินการค้าตามปกติของกิจการด้วยเงินสดหรือทรัพย์สินอื่น โดยคาดว่าจะได้รับ

⁷⁶ สินเชื่อแฟกเตอร์ (Factoring), ศูนย์คุ้มครองผู้ใช้บริการทางการเงิน [ออนไลน์], 28 เมษายน 2561. แหล่งที่มา <https://www.1213.or.th/th/serviceunderbot/loans/businessloan/Pages/factoring.aspx>.

⁷⁷ วราภรณ์ จงโชติชัชวาล, “ปัญหาการปรับการบังคับใช้กฎหมายและแนวทางในการจัดให้มีบทกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการรับโอนบัญชีลูกหนี้ทางการค้า”, หน้า 7.

ชำระเต็มจำนวนเมื่อถึงกำหนดชำระ ซึ่งในการจัดทำทางการเงิน บัญชีลูกหนี้การค้าจะจัดเป็นสินทรัพย์อย่างหนึ่งของกิจการ⁷⁸

2.4.2.3 ความหมายของสัญญาแฟกเตอร์ริง

ตามข้อ 5.1 ของประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ สนส. 20/2555 เรื่อง การอนุญาตให้ธนาคารพาณิชย์ประกอบธุรกิจแฟกเตอร์ริง (Factoring) ลงวันที่ 17 ธันวาคม 2555 ได้ให้นิยามความหมายของสัญญาแฟกเตอร์ริงว่า หมายถึง สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างธนาคารพาณิชย์ฝ่ายหนึ่งกับลูกค้าอีกฝ่ายหนึ่ง โดยลูกค้าตกลงโอนและธนาคารพาณิชย์ตกลงรับโอนหนี้ทางการค้าที่ลูกค้ามีสิทธิเรียกร้องเหนือลูกหนี้ เพื่อดำเนินธุรกรรมภายใต้ธุรกิจแฟกเตอร์ริง และให้หมายความรวมถึงกรณีที่ธนาคารพาณิชย์รับโอนหรือตกลงที่จะรับโอนหนี้ทางการค้าจากผู้ประกอบธุรกิจแฟกเตอร์ริงมาอีกทอดหนึ่งด้วย

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า การให้คำนิยามดังกล่าวข้างต้นอาจจะยังไม่สามารถทำให้เข้าใจถึงความหมายของสัญญาแฟกเตอร์ริงได้ ผู้เขียนจึงขออธิบายความหมายอย่างกว้างของสัญญาแฟกเตอร์ริงเพื่อให้ผู้ศึกษามีความเข้าใจมากยิ่งขึ้น โดยอ้างอิงตามมาตรา 1 ของอนุสัญญาแฟกเตอร์ริงระหว่างประเทศ (Unidroit Convention on International Factoring) ซึ่งบัญญัติถึงความหมายของสัญญาแฟกเตอร์ริงว่า

สัญญาแฟกเตอร์ริง หมายถึง สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้ขาย (Supplier) เป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งกับผู้ซื้อ (Factor) อีกฝ่ายหนึ่งซึ่งตามสัญญานี้

(ก) ผู้ขายจะทำการโอนสิทธิของตนไปให้แก่ผู้ซื้อ ซึ่งเป็นสิทธิเรียกร้องที่เกิดจากสัญญาซื้อขายสินค้าที่ทำขึ้นระหว่างผู้ขาย (Supplier) กับลูกค้าของเขา (Debtor) อันไม่ใช่การซื้อขายสินค้าที่มีไว้ใช้ในชีวิตประจำวัน ใช้ในครอบครัวหรือใช้ในครัวเรือน

(ข) ผู้ซื้อจะให้บริการอย่างน้อยสองอย่างในบริการดังต่อไปนี้

- การให้บริการทางการเงินให้แก่ผู้ขาย รวมถึงการให้กู้และการจ่ายเงินล่วงหน้า
- การบริหารบัญชีเกี่ยวกับบัญชีลูกหนี้หรือใบเรียกเก็บเงิน
- การเรียกเก็บเงินตามบัญชีลูกหนี้หรือใบเรียกเก็บเงิน

⁷⁸ กอบแก้ว รัตนอุบล, การบัญชีชั้นกลาง 1, พิมพ์ครั้งที่ 6 ปรับปรุงใหม่ (กรุงเทพฯ : ศูนย์หนังสือมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 3-7.

- การให้ความคุ้มครองการผลิตชำระหนี้ของลูกค้าหนี้
- (ค) มีการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้ไปยังลูกหนี้

นอกจากนี้ สัญญาแฟ็กเตอร์จึง หมายความว่ารวมถึง สัญญาหรือข้อตกลง อันเป็นนิติกรรมสองฝ่ายที่เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันของผู้ขายบัญชี (Supplier) และผู้ซื้อบัญชี (Factor) ตกลงซื้อขายบัญชีลูกหนี้การค้าหรือบัญชีเรียกเก็บเงิน (Account receivables) อันมีวัตถุประสงค์หลักในการให้บริการทางการเงินของผู้ซื้อบัญชีแก่ผู้ขายบัญชี โดยที่ผู้ขายบัญชีอาจโอนหรือจะโอนสิทธิเรียกร้องในบัญชีลูกหนี้ดังกล่าวชำระหนี้ให้แก่ตนโดยตรงเมื่อหนี้ นั้นถึงกำหนด⁷⁹

สรุปได้ว่า การทำสัญญาแฟ็กเตอร์เป็นการให้บริการทางการเงินรูปแบบหนึ่งประกอบไปด้วยคู่สัญญาสองฝ่าย ได้แก่ ลูกค้ำที่มีสถานภาพเป็นผู้ประกอบการ (traders) หรือผู้ผลิต (manufacturers) ผู้ประกอบธุรกิจบริการ (servicers) ต่าง ๆ นำบัญชีลูกหนี้ที่เกิดจากการค้าหรือการให้บริการขายให้แก่ผู้ซื้อบัญชี เพื่อรับบริการทางการเงินพร้อมกับบริการอื่น ๆ⁸⁰

2.4.2.4 ลักษณะของการให้บริการในสัญญาแฟ็กเตอร์

ผู้ซื้อบัญชีเสนอบริการให้แก่ลูกค้ำจำแนกได้เป็น 4 ลักษณะดังนี้

- 1) การให้บริการทางการเงินต่อผู้ขายบัญชี เป็นการให้บริการหลักในการทำแฟ็กเตอร์เกือบจะทุกประเภท โดยผู้ซื้อบัญชีจะให้บริการทางการเงินทั้งหมด เช่น การจ่ายเงินสดเป็นค่าซื้อบัญชีลูกหนี้การค้า การให้กู้ยืมเงิน หรือการจ่ายเงินล่วงหน้า เป็นต้น ขึ้นอยู่กับข้อตกลงระหว่างผู้ขายบัญชีกับผู้ซื้อบัญชี⁸¹
- 2) การบริหารบัญชีลูกหนี้การค้า ผู้ซื้อบัญชีมีหน้าที่จัดทำและดูแลบัญชีลูกหนี้การค้า โดยผู้ซื้อบัญชีจัดทำบัญชีแสดงการชำระเงินของลูกค้าการค้าเกี่ยวกับบัญชีลูกหนี้

⁷⁹ สลิตย์ เสนสุภา, “ปัญหากฎหมายในสัญญาแฟ็กเตอร์ (สัญญารับซื้อและให้บริการเกี่ยวกับบัญชีลูกหนี้การค้า),” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), หน้า 11.; ทวีพูล ศรีหงส์, “ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาแฟ็กเตอร์ระหว่างประเทศ,” (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 8.

⁸⁰ พิณทิพย์ ปิยวัฒน์เมธา, “ปัญหาการปรับใช้กฎหมายในสัญญาแฟ็กเตอร์ : กรณีลูกค้ำเลือกบริการทางการเงินและไม่ต้องการบริหารจัดการหนี้,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 9.

⁸¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 23-24.

การค้ำนั้นๆ ซึ่งส่วนใหญ่ผู้ซื้อบัญชีมักจะจัดการบัญชีหรือรายการเป็นรายเดือนส่งให้กับผู้ขายบัญชีเพื่อใช้เป็นฐานข้อมูลในส่วนของประวัติการชำระเงินของลูกค้าในการใช้พิจารณาการทำธุรกิจต่อกันในอนาคต และในบางกรณี ผู้ซื้อบัญชีจะจัดส่งบัญชีรายเดือนให้แก่ลูกหนี้การค้ารายนั้น ๆ ด้วย ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับข้อตกลงในสัญญาแฟกเตอร์ริง⁸²

3) การให้บริการเรียกเก็บเงินตามบัญชีลูกหนี้การค้า ผู้ซื้อบัญชีมีหน้าที่ตามสัญญาแฟกเตอร์ริงในการติดตามเรียกเก็บเงินตามบัญชีลูกหนี้การค้าเมื่อครบกำหนดเวลาชำระเงิน ในการนี้ผู้ซื้อบัญชีอาจเรียกเก็บเงินในนามของผู้ซื้อบัญชี หรืออาจเรียกเก็บเงินในนามของผู้ขายบัญชี ขึ้นอยู่กับลักษณะข้อตกลงที่ได้ทำกันไว้ และผู้ซื้อบัญชีก็มีหน้าที่ในการตรวจพิจารณาเพื่ออนุมัติเกี่ยวกับบัญชีลูกหนี้การค้า ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วมักจะแจ้งผลของการพิจารณาดังกล่าวให้ผู้ขายบัญชีได้ทราบด้วย⁸³

4) การรับประกันหนี้สูญหรือการให้ความคุ้มครองความสามารถในการชำระเงินของลูกค้า ในธุรกิจแฟกเตอร์ริง ผู้ซื้อบัญชีจะรับความเสี่ยงในกรณีที่ไม่สามารถเรียกให้ลูกหนี้การค้าชำระเงินได้อย่างครบถ้วน (ความเสี่ยงในหนี้สูญ) ไม่ว่าลูกหนี้การค้าจะไม่ชำระเงินบางส่วนหรือทั้งหมด สัญญาประเภทนี้เรียกว่า สัญญาแฟกเตอร์ริงแบบไม่มีสิทธิไล่เบี่ย (Without Recourse Factoring Contract) หากมีการทำสัญญาแฟกเตอร์ริงประเภทนี้แล้ว ผู้ซื้อบัญชีต้องรับความเสียหายจากการที่ลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้หรือชำระหนี้ได้ไม่ครบถ้วนโดยไม่มีสิทธิไล่เบี่ยจากผู้ขายบัญชี⁸⁴

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

⁸² วราภรณ์ จงโชติชัชวาล, “ปัญหาการปรับการบังคับใช้กฎหมายและแนวทางในการจัดให้มีบทกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการรับโอนบัญชีลูกหนี้ทางการค้า,” หน้า 10.

⁸³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

⁸⁴ พิณทิพย์ ปิยวัฒน์เมธา, “ปัญหาการปรับใช้กฎหมายในสัญญาแฟกเตอร์ริง : กรณีลูกค้าเลือกบริการทางการเงินและไม่ต้องการบริหารจัดการหนี้,” หน้า 24.

2.4.2.5 ประเภทของแฟ็กเตอร์ริง

เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่ควบคุมเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจแฟ็กเตอร์ริงเป็นการเฉพาะ แต่จะมีเพียงกฎหมายกำกับดูแลเฉพาะในกรณีที่ธนาคารพาณิชย์เป็นผู้ให้บริการแฟ็กเตอร์ริงหรือผู้ซื้อบัญชีเท่านั้น ดังนั้น ผู้เขียนจึงขออธิบายการแบ่งประเภทแฟ็กเตอร์ริงในต่างประเทศที่มีอยู่หลายรูปแบบแล้วแต่ลักษณะเงื่อนไขของข้อตกลง ซึ่งแบ่งได้ตามลักษณะดังนี้⁸⁵

1) แบ่งตามลักษณะของการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้

ทราบ

1.1) แบบบอกกล่าวให้ลูกหนี้ทราบ (Notification factoring) เป็นการทำให้แฟ็กเตอร์ริงระหว่างผู้ซื้อบัญชีกับผู้ขายบัญชีที่มีการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ทราบ

1.2) แบบไม่บอกกล่าวให้ลูกหนี้ทราบ (Non-notification factoring) เป็นการทำให้แฟ็กเตอร์ริงระหว่างผู้ซื้อบัญชีกับผู้ขายบัญชีโดยไม่มีการบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ทราบ โดยลูกหนี้ยังคงชำระหนี้การค้าให้แก่ผู้ขายบัญชี เนื่องจากไม่ทราบถึงการโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้ซื้อบัญชีกับผู้ขายบัญชี

2) แบ่งตามลักษณะของการไล่เบี่ยจากผู้ขายบัญชี

2.1) แบบมีสิทธิไล่เบี่ย (Recourse factoring) เป็นการทำให้แฟ็กเตอร์ริงที่ผู้ซื้อบัญชีมีสิทธิที่จะไล่เบี่ยจากผู้ขายบัญชีได้ในกรณีที่ลูกหนี้ชำระหนี้ล่าช้าหรือไม่ชำระหนี้ ผู้ซื้อบัญชีสามารถไล่เบี่ยกับผู้ขายบัญชีให้รับภาระหนี้สูญได้ โดยมีข้อตกลงให้ผู้ซื้อบัญชีสามารถขายบัญชีลูกหนี้ดังกล่าวคืนให้แก่ผู้ขายบัญชีหรือตกลงให้ผู้ขายบัญชีรับผิดชอบในฐานะผู้ค้าประกันตามแต่ที่ได้ตกลงกันในสัญญา สำหรับการทำให้แฟ็กเตอร์ริงแบบมีสิทธิไล่เบี่ย ผู้ซื้อบัญชีจะพิจารณาความสามารถในการชำระหนี้ของผู้ขายบัญชีเป็นสำคัญ เพราะหากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ก็จะต้องมีการไล่เบี่ยเอาจากผู้ขายบัญชี กล่าวคือ ผู้ซื้อบัญชีจะพิจารณาถึงฐานะการเงินและคุณภาพของผู้ขายบัญชี เพื่อให้อยู่ในฐานะที่จะรับภาระหนี้สูญได้

⁸⁵ Freddy Salinger, *Factoring Law and Practice*, 2nd ed. (London: Sweet & Maxwell, 1995), pp. 15-20; เรืองกิตต์ แก้วฟานภาค, “แฟคเตอร์ริง,” *สรรพากรศาสตร์*, ฉบับที่ 9, ปีที่ 38 (กันยายน 2534), หน้า 170-172; ฐิติวุฒิ สุขพรชัยกุล, “บริการทางการเงินที่เกี่ยวกับบัญชีลูกหนี้,” *เอกสารภาษีอากร*, ปีที่ 11 (กุมภาพันธ์ 2535), หน้า 53-54.; สติธย เสนสุภา, “ปัญหากฎหมายในสัญญาแฟคเตอร์ริง (สัญญาซื้อและให้บริการเกี่ยวกับบัญชีลูกหนี้การค้า),” หน้า 18.

2.2) แบบไม่มีสิทธิไล่เบี่ย (Without recourse factoring) เป็นการทำแฟกเตอร์ริงที่ผู้ซื้อบัญชีไม่สามารถไล่เบี่ยจากผู้ขายบัญชีได้ในกรณีที่ลูกหนี้ชำระหนี้ล่าช้าหรือไม่ชำระหนี้ ผู้ซื้อบัญชีจะเป็นฝ่ายรับภาระในหนี้สูญ โดยไม่นำมาขายคืนแก่ผู้ขายบัญชี หรือไม่ให้ผู้ขายบัญชีต้องผูกพันชำระหนี้แก่ผู้ซื้อบัญชีเมื่อลูกหนี้ชำระหนี้ล่าช้าหรือไม่ชำระหนี้ สำหรับการทำแฟกเตอร์ริงประเภทนี้ ผู้ซื้อบัญชีพิจารณาความสามารถในการชำระหนี้ของลูกหนี้การค้าเป็นสำคัญ เพราะหากลูกหนี้มีฐานะการเงินไม่มั่นคง ความเสี่ยงที่ผู้ซื้อบัญชีจะต้องรับภาระหนี้สูญโดยลำพังจะมากขึ้น กล่าวคือ ผู้ซื้อบัญชีจะพิจารณาถึงฐานะการเงินของลูกหนี้อย่างละเอียดรอบคอบ เพราะหากเกิดปัญหาหนี้สูญแล้วไม่อาจไล่เบี่ยกับผู้ขายบัญชีได้

ทั้งนี้ โดยส่วนใหญ่แฟกเตอร์ริงในประเทศไทยจะเป็นแบบมีสิทธิไล่เบี่ย และบอกกล่าวให้ลูกหนี้ทราบ (Recourse factoring with notification) ซึ่งมีสาระสำคัญคือ การบอกกล่าวให้ลูกหนี้ทราบถึงการโอนสิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้เป็นเงินตามสัญญาแฟกเตอร์ริง และมีข้อสัญญาสงวนสิทธิในการไล่เบี่ยผู้ขายบัญชีไว้ในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ โดยอาจเขียนข้อสัญญาให้ผู้ซื้อบัญชีมีสิทธิขายบัญชีลูกหนี้การค้าคืนให้แก่ผู้ขายบัญชี หรือให้ผู้ขายบัญชีรับผิดชอบในการชำระหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจแฟกเตอร์ริงจึงทำให้ต้องบังคับตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้อง มาตรา 303 ถึงมาตรา 313 โดยมาตรา 306 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วางหลักไว้ว่า การโอนสิทธิเรียกร้องนั้นจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้ต่อเมื่อมีหนังสือบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องไปยังลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้อง หรือลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้องทำหนังสือยินยอมในการโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าว ทำให้การทำแฟกเตอร์ริงในประเทศไทยถูกบังคับโดยกฎหมายให้ต้องทำเป็นหนังสือแจ้งให้ลูกหนี้ทราบถึงการโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าว และการที่ผู้ซื้อบัญชีในประเทศไทยนิยมสงวนสิทธิในการไล่เบี่ยผู้ขายบัญชีไว้ เนื่องจากส่วนใหญ่การทำแฟกเตอร์ริงมักมีค่าใช้จ่ายด้านต้นทุนสูง ประกอบกับยังไม่มีกฎหมายที่ชัดเจนมารองรับ ทำให้ผู้ซื้อบัญชีไม่กล้ารับความเสี่ยงจากภาระหนี้สูญ จึงไม่นิยมให้บริการแบบ Full factoring service ซึ่งผู้ซื้อบัญชีต้องรับภาระหนี้สูญถ้าลูกหนี้ไม่ชำระหนี้

2.4.2.6 ขั้นตอนของการทำแฟ้มเตอริง⁸⁶

การทำแฟ้มเตอริงในประเทศไทยที่นิยมทำกันจะมีขั้นตอนพอสรุปได้ว่า เริ่มต้นจากผู้ประกอบกิจการที่ประสงค์จะทำแฟ้มเตอริงจะต้องยื่นเรื่องขอทำแฟ้มเตอริงกับผู้ขายบัญชี เพื่อให้ผู้ซื้อบัญชีพิจารณาวงเงินสินเชื่อและจัดทำข้อตกลงและเงื่อนไขในการทำแฟ้มเตอริงเสียก่อน โดยอย่างช้าที่สุดอาจยื่นเรื่องขอทำแฟ้มเตอริงก่อนที่จะส่งมอบสินค้าหรือให้บริการแก่ลูกหนี้

(1) เมื่อผู้ประกอบกิจการ ซึ่งต่อไปจะอยู่ในฐานะผู้ขายบัญชีได้รับคำสั่งซื้อหรือบริการจากลูกค้า ซึ่งต่อไปจะอยู่ในฐานะลูกหนี้ (Debtor) โดยมีข้อตกลงให้ลูกหนี้ชำระค่าสินค้าหรือบริการแบบสินเชื่อระยะสั้น กล่าวคือ มีกำหนดชำระภายในระยะเวลาประมาณ 30 – 180 วันนับแต่ได้รับสินค้า/บริการ ผู้ประกอบกิจการจะแจ้งให้ผู้ซื้อบัญชีทราบถึงหนี้การค้าที่จะทำแฟ้มเตอริง

(2) ผู้ขายบัญชีดำเนินการส่งมอบสินค้าหรือให้บริการแก่ลูกหนี้

(3) ผู้ขายบัญชีจะจัดส่งเอกสารการค้าอันเป็นหลักฐานในการเรียกเก็บเงินจากลูกหนี้ เช่น ใบสั่งซื้อ ใบแจ้งหนี้ ใบส่งของ ใบวางบิล เป็นต้น ซึ่งลูกหนี้ได้ลงลายมือชื่อไว้ให้แก่ผู้ซื้อบัญชีเพื่อตรวจสอบความถูกต้อง

(4) ผู้ขายบัญชีจะโอนสิทธิเรียกร้องในบัญชีลูกหนี้การค้าให้แก่ผู้ซื้อบัญชี และผู้ซื้อบัญชีจะจ่ายเงินล่วงหน้าให้แก่ผู้ขายบัญชีตามสัดส่วนที่ตกลงกันไว้ ประมาณ 70-90 % ของมูลค่าลูกหนี้ที่นำมาขาย (ภายหลังจากหักดอกเบี้ยและค่าใช้จ่าย)

(5) ผู้ซื้อบัญชีแจ้งการโอนสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ทราบ เพื่อให้ลูกหนี้นำเงินมาชำระหนี้ให้แก่ผู้ซื้อบัญชี

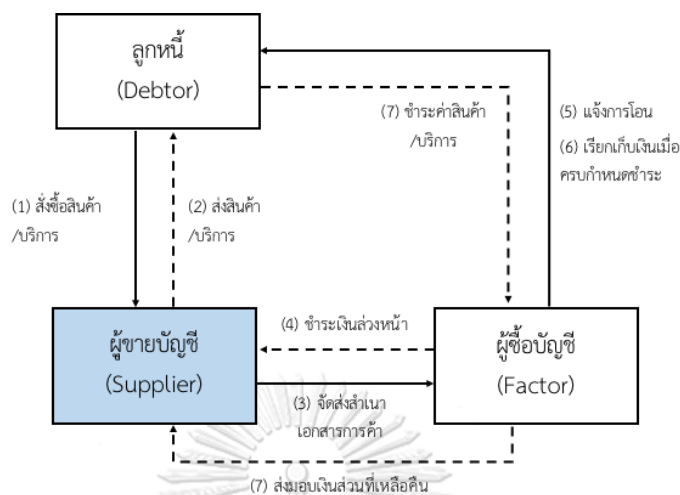
(6) เมื่อครบกำหนดชำระเงินแล้ว ผู้ซื้อบัญชีจะเรียกเก็บเงินค่าสินค้า/บริการจากลูกหนี้

(7) ลูกหนี้ชำระค่าสินค้าหรือบริการให้แก่ผู้ซื้อบัญชีโดยตรง

(8) ผู้ซื้อบัญชีจะจ่ายเงินส่วนที่เหลือคืนให้แก่ผู้ขายบัญชีภายหลังจากหักดอกเบี้ยและค่าใช้จ่าย (ถ้ามี)

⁸⁶ สติธย์ เสนสุภา, “ปัญหากฎหมายในสัญญาแฟ้มเตอริง (สัญญารับซื้อและให้บริการเกี่ยวกับบัญชีลูกหนี้การค้า),” หน้า

รูปภาพที่ 9 แผนภาพแสดงโครงสร้างการทำแฟกเตอร์



2.4.2.7 ภาวะภาษีที่เกี่ยวข้องกับการทำแฟกเตอร์

การทำแฟกเตอร์ระหว่างผู้ขายบัญชีกับผู้ซื้อบัญชีมีภาวะภาษีอากรที่เกี่ยวข้องดังนี้

1) ภาษีเงินได้นิติบุคคล

บริษัทซึ่งเป็นผู้รับโอน (ผู้ซื้อบัญชี) ต้องนำส่วนลดที่ได้รับ (ส่วนต่างระหว่างยอดลูกหนี้คงค้างกับราคาซื้อสุทธิ) มารวมคำนวณเป็นรายได้เพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล ตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร ตามส่วนของหนี้ที่ถึงกำหนดชำระในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชี

2) ภาษีหัก ณ ที่จ่าย

ผู้ขายบัญชีไม่มีหน้าที่ต้องหักภาษี ณ ที่จ่ายสำหรับค่าซื้อบัญชีลูกหนี้การค้า เนื่องจากค่าซื้อบัญชีลูกหนี้การค้าไม่ใช่เงินได้จากการให้บริการ ส่วนลดที่ผู้ซื้อบัญชีได้รับจึงไม่ต้องหักภาษี ณ ที่จ่ายตามมาตรา 3 เตรสแห่งประมวลรัษฎากรประกอบกับคำสั่งกรมสรรพากรที่ ท.ป. 4/2528 ทั้งนี้ ไม่ว่าผู้ซื้อบัญชีจะเป็นธนาคารหรือบริษัทที่มีใช้ธนาคารก็ตาม⁸⁷

⁸⁷ ไพจิตร โรจนวานิช, ชุมพร เสนไทยและสาโรช ทองประคำ, ภาษีสรรพากร: คำอธิบายประมวลรัษฎากร: เล่ม 1 (กรุงเทพฯ: สามเจริญพาณิชย์, 2553), หน้า 3-015.

3) ภาษีมูลค่าเพิ่ม

- ผู้ขายบัญชีไม่มีหน้าที่ต้องเรียกเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มจากผู้ซื้อบัญชี เนื่องจากถือเป็นการขายบัญชีลูกหนี้การค้า ซึ่งไม่เข้าลักษณะเป็นการขายตามมาตรา 77/1 (8) แห่งประมวลรัษฎากรและไม่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม ตามมาตรา 77/2 แห่งประมวลรัษฎากร

- ผู้ซื้อบัญชีไม่ต้องเรียกเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มจากลูกหนี้ เนื่องจากเป็นการขายบัญชีลูกหนี้การค้าจากการขายสินค้า/บริการที่มีความรับผิดชอบในการขายสินค้าเกิดขึ้นเมื่อมีการส่งมอบสินค้าให้แก่ลูกค้าหรือมีการใช้บริการของลูกค้า ทั้งนี้ ตามมาตรา 78 และมาตรา 78/1 แห่งประมวลรัษฎากร (แล้วแต่กรณี)

4) ภาษีธุรกิจเฉพาะ

ส่วนลดที่ผู้ซื้อบัญชีได้รับจากการรับซื้อหนี้ซึ่งเป็นส่วนต่างระหว่างยอดลูกหนี้คงค้างกับราคาซื้อสุทธิ จึงเป็นฐานภาษีสำหรับการประกอบธุรกิจแพ็คเกจเดอริง ที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการกำหนดกิจการที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะและกำหนดฐานภาษีสำหรับกิจการที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะบางกรณี (ฉบับที่ 358) พ.ศ. 2542

2.4.2.8 วิเคราะห์เปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างธุรกรรมการโอนสิทธิในรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานกับธุรกรรมการรับโอนบัญชีลูกหนี้การค้าตามสัญญาแพ็คเกจเดอริง

เมื่อพิจารณาลักษณะของธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานและธุรกรรมการรับโอนบัญชีลูกหนี้การค้าตามสัญญาแพ็คเกจเดอริงตามที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้วเห็นว่า ธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีลักษณะที่แตกต่างกับธุรกรรมการรับโอนบัญชีลูกหนี้การค้าตามสัญญาแพ็คเกจเดอริงในประการดังต่อไปนี้

ประการแรก การเป็นเครื่องมือทางการเงินเพื่อการระดมทุน

กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเป็นเครื่องมือทางการเงินเพื่อการระดมทุนประเภทหนึ่ง ซึ่งผู้ประกอบการโครงการโครงสร้างพื้นฐานนำมาใช้ในการจัดหาเงินทุน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำเงินทุนไปใช้ในกิจการโครงสร้างพื้นฐาน หรือขยายการลงทุนในกิจการโครงสร้างพื้นฐาน หรือนำไปใช้เพื่อประโยชน์อย่างอื่น

ส่วนธุรกรรมการโอนบัญชีลูกหนี้การค้าตามสัญญาแพ็คเกจเดอริงนั้น เป็นทางเลือกหนึ่งในการจัดหาเงินทุนของผู้ประกอบกิจการที่ขายสินค้าหรือให้บริการ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเสริมสภาพคล่องให้แก่ผู้ประกอบกิจการขนาดกลางและขนาดย่อมที่มีความจำเป็นต้องใช้เงินทุนหมุนเวียนในกิจการในระหว่างที่ยังไม่ถึงกำหนดชำระค่าสินค้า และ/หรือ ค่าบริการของลูกค้า โดยมีได้มีลักษณะเป็นเครื่องมือทางการเงินเพื่อการระดมทุน

ประการที่สอง ประเภทของสินทรัพย์ที่โอนให้แก่กัน

ธุรกรรมการโอนสิทธิรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนั้น เนื่องจากสินทรัพย์ที่โอนให้แก่กันนั้น เป็นเพียงสิทธิในรายได้ในอนาคตซึ่งยังไม่แน่นอนว่าจะมีรายได้ในอนาคตเกิดขึ้นหรือไม่ เป็นเพียงการประมาณการรายได้ที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับจากการดำเนินกิจการโครงสร้างพื้นฐานในอนาคตเท่านั้น กล่าวคือ ยังไม่มีตัวลูกหนี้ที่จะเรียกร้องให้ชำระหนี้อยู่ในขณะนั้น หรือที่เรียกว่า สิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคต (Future receivables) ซึ่งต้องอาศัยการประเมินมูลค่ารายได้ในอนาคต

ส่วนสินทรัพย์ที่โอนให้แก่กันตามสัญญาแพ็คเกจเดอริงนั้น เป็นบัญชีลูกหนี้การค้าหรือบัญชีเรียกเก็บเงิน (Accounts receivables) ซึ่งเกิดจากการขายสินค้า หรือการให้บริการของผู้ประกอบกิจการแก่ลูกค้า (หรือลูกหนี้การค้า) และอยู่ในระยะเวลาการให้สินเชื่อทางการค้าแก่ลูกค้า โดยมีเอกสารหลักฐานเกี่ยวกับหนี้ดังกล่าว ได้แก่ ใบแจ้งหนี้ (Invoice) ใบรับสินค้า เป็นต้น ซึ่งจะเห็นได้ว่า ตามสัญญาแพ็คเกจเดอริงนั้นเป็นการโอนบัญชีลูกหนี้การค้าที่มีสิทธิเรียกร้องอยู่แล้ว กล่าวคือ ได้เกิดมีหนี้ตามสัญญาซื้อขาย/ให้บริการระหว่างผู้ประกอบกิจการซึ่งเป็นผู้ขายบัญชีกับลูกค้าอยู่แล้ว และมีมูลค่าของสินทรัพย์ที่แน่นอนตามราคาปรากฏในเอกสารหลักฐานเกี่ยวกับหนี้

ประการที่สาม โครงสร้างของธุรกรรม

ธุรกรรมการโอนสิทธิรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนั้น มีโครงสร้างหลักแบ่งออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน และผู้ลงทุน โดยมีการเข้าทำสัญญาโอนสิทธิในรายได้ในอนาคตระหว่างผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานกับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเพื่อโอนสิทธิในรายได้ในอนาคตให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโดยบริษัทจัดการจะออกหน่วยลงทุนเพื่อเสนอขายต่อผู้ลงทุนเพื่อนำเงินมาจ่ายเป็นค่าตอบแทนการโอนสิทธิในรายได้ในอนาคตให้แก่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน กล่าวคือ เป็นการระดมทุนจากผู้ลงทุนเพื่อมาลงทุนในสิทธิในรายได้ในอนาคตของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน

ส่วนธุรกรรมการโอนบัญชีลูกหนี้การค้าตามสัญญาแพ็คเกจอริงนั้น มีโครงสร้างของธุรกรรมแบ่งออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ผู้ประกอบกิจการซึ่งเป็นผู้ขายบัญชี และ ผู้ให้บริการแพ็คเกจอริงซึ่งเป็นผู้ซื้อบัญชี โดยมีการเข้าทำสัญญาแพ็คเกจอริงระหว่างผู้ขายบัญชีกับผู้ซื้อบัญชีเพื่อโอนสิทธิตามบัญชีลูกหนี้การค้า ซึ่งเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องที่มีอยู่แล้วให้แก่ผู้ซื้อบัญชี ผู้ซื้อบัญชีจะให้บริการทางการเงินและบริการอื่น ๆ แก่ผู้ขายบัญชี กล่าวคือ จ่ายเงินค่าซื้อบัญชีให้แก่ผู้ขายบัญชีและอาจให้บริการบริหารบัญชีลูกหนี้การค้า เรียกเก็บเงินตามบัญชีลูกหนี้การค้าหรือการรับภาระหนี้สูญ เป็นต้น ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับข้อตกลงในสัญญาแพ็คเกจอริง

ประการที่สี่ การปฏิบัติหน้าที่อย่างต่อเนื่องของผู้โอน

ธุรกรรมการโอนสิทธิรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนั้น ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานยังคงต้องปฏิบัติหน้าที่ในการบริหารจัดการกิจการโครงสร้างพื้นฐานต่อไป เพื่อให้ได้มาซึ่งรายได้ในอนาคตเพื่อส่งมอบให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานตามสัญญาโอนสิทธิในรายได้ในอนาคต

ส่วนกรณีธุรกรรมการโอนบัญชีลูกหนี้การค้าตามสัญญาแพ็คเกจอริงนั้น ผู้ประกอบกิจการหรือผู้ขายบัญชีจะไม่มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาซื้อขายหรือให้บริการอีกต่อไป เนื่องจากผู้ประกอบกิจการหรือผู้ขายบัญชีได้ปฏิบัติหน้าที่ครบถ้วนแล้ว กล่าวคือ ได้มีการส่งมอบสินค้าหรือให้บริการแก่ลูกค้าแล้ว เหลือเพียงสิทธิที่จะได้รับเงินจากลูกค้าเมื่อครบกำหนดระยะเวลาให้สินเชื่อเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ผู้ขายบัญชีอาจยังมีหน้าที่ในการเรียกเก็บเงินตามบัญชีลูกหนี้การค้าที่โอนให้แก่ผู้ซื้อบัญชี ในกรณีที่ข้อตกลงในสัญญาแพ็คเกจอริงกำหนดให้ผู้ขายบัญชียังคงมีหน้าที่เรียกเก็บเงินต่อไป

บทที่ 3

หลักเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการพิจารณาเกี่ยวกับปัญหาการโอนสิทธิในการรับประโยชน์ จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

3.1 หลักการในทางกฎหมายภาษีอากร

3.1.1 หลักการบริหารภาษีอากรที่ดี

หลักการบริหารภาษีอากรที่ดีเป็นหลักการของ Adam Smith ซึ่งได้กล่าวไว้ในหนังสือ The Wealth of Nations ซึ่งแบ่งออกเป็น 4 หลักการดังนี้

3.1.1.1 หลักความเป็นธรรม (Equity)

ภาษีอากรที่ดีต้องมีความเป็นธรรม เพราะหากไม่เป็นธรรม อาจก่อให้เกิดการเลี่ยงภาษีหรือหนีภาษีได้และก่อให้เกิดความขัดแย้งทางสังคมได้⁸⁸ ทั้งนี้ มีนักเศรษฐศาสตร์แบ่งหลักความเป็นธรรมในการจัดเก็บภาษี ออกเป็น 2 ลักษณะดังนี้

1) หลักความเป็นธรรมโดยสมบูรณ์ (Principle of absolute equity) ได้แก่ การวัดความเป็นธรรมในการเสียภาษีของประชาชนในรูปตัวเงิน กล่าวคือ ผู้เสียภาษีควรต้องเสียภาษีในจำนวนที่เท่ากัน เพราะภาระค่าใช้จ่ายของรัฐควรจะต้องกระจายให้แก่ผู้เสียภาษีทุกคนเป็นจำนวนเท่าเทียมกัน

2) หลักความเป็นธรรมสัมพัทธ์ (Modified equity principle) ได้แก่ การแบ่งความยุติธรรมในการจัดเก็บภาษีออกเป็น 2 หลัก คือ

2.1) หลักผลประโยชน์ที่ได้รับ (The benefit principle) คือ ผู้ได้รับประโยชน์จากการบริการใดของรัฐมาก ก็ต้องเสียภาษีมาก ผู้ได้รับประโยชน์น้อย ก็ควรเสียภาษีน้อย และหากไม่ได้รับประโยชน์จากการบริการนั้นเลย ก็ไม่ควรเสียภาษีเพื่อการนั้น

⁸⁸ ดุลยลักษณ์ ตราชูธรรม, หลักกฎหมายภาษีอากร (The Principle of Tax Law) (กรุงเทพฯ: สถาบัน T-Training Center, 2550), หน้า 3.

2.2) หลักความสามารถในการเสียภาษี (The ability to pay principle) คือ การวัดความเสมอภาคในการเสียภาษีโดยการใช้การเสียสละความพึงพอใจ (sacrifice of unity) ของผู้เสียภาษีเป็นเครื่องวัด

3.1.1.2 หลักความแน่นอน (Certainty)

ภาษีที่รัฐจัดเก็บต้องมีความชัดเจนและแน่นอน ไม่ว่าจะเป็นฐานภาษี เทคนิคการประเมินภาษี และวิธีการจัดเก็บภาษี ความแน่นอนต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของเหตุและผล มิใช่มาจากการกระทำตามอำเภอใจของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง กล่าวคือ รัฐต้องบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับฐานภาษี เทคนิคการประเมินภาษี และวิธีการจัดเก็บภาษี อย่างชัดเจนไม่คลุมเครือ ผู้เสียภาษีสามารถคำนวณภาษีที่ตนต้องชำระได้ และควรกำหนดวัน เวลา สถานที่ที่แน่นอน มิฉะนั้น ย่อมก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ผู้เสียภาษี

3.1.1.3 หลักความสะดวก (Convenience)

ภาษีอากรที่ดีต้องก่อให้เกิดความสะดวกแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการจัดเก็บและผู้เสียภาษีในการชำระภาษี ทั้งกฎหมายและระเบียบข้อบังคับตลอดจนแบบพิมพ์รายการต่าง ๆ ต้องง่ายต่อการทำความเข้าใจและการกรอกรายการ

3.1.1.4 หลักความประหยัด (Economy)

ภาษีอากรที่ดีต้องเสียค่าใช้จ่ายในการจัดเก็บต่ำที่สุดและเป็นภาระแก่ผู้เสียภาษีน้อยที่สุด เหตุที่ภาษีอากรที่ดีต้องเสียค่าใช้จ่ายในการจัดเก็บต่ำที่สุด เพราะถ้าเสียค่าใช้จ่ายมาก รายได้ที่รัฐบาลจะนำไปใช้ในการบริหารประเทศก็จะลดน้อยลง ส่วนเหตุที่ต้องเป็นภาระแก่ผู้เสียภาษีน้อยที่สุด เพราะในการเสียภาษีนอกจากค่าภาษีที่ผู้เสียภาษีต้องชำระแล้ว ผู้เสียภาษีอาจต้องเสียค่าใช้จ่ายอื่น ๆ อีก เช่น ค่าเก็บเอกสาร ค่าทำบัญชี ค่าที่ปรึกษากฎหมายภาษีอากร เป็นต้น และหากภาษีใดทำให้ผู้เสียภาษีต้องเสียค่าใช้จ่ายมาก ก็อาจทำให้ผู้เสียภาษีไม่ยอมเสียภาษี อดอยากหลบเลี่ยงภาษีหรือหนีภาษีมากกว่า

3.1.2 หลักเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบ (Substance over form doctrine)

หลักเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบเป็นหลักที่ใช้กันอยู่ในประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีและคำพิพากษาของศาล (Common Law) เช่น ประเทศอังกฤษ ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ ซึ่งหลักการนี้ถูกนำมาใช้เพื่อลดข้อจำกัดทางด้านตัวอักษรของกฎหมายภาษีอากร⁸⁹ กล่าวคือ เป็นหลักที่ว่านิติกรรมหรือสัญญาใดแม้จะทำขึ้นตามรูปแบบของกฎหมาย แต่ถ้านิติกรรมหรือสัญญานั้นทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหลบเลี่ยงภาษีอากร และมีผลทำให้ไม่ต้องเสียภาษีหรือเสียภาษีน้อยลง เจ้าพนักงานประเมินย่อมมีอำนาจปฏิเสธไม่ยอมรับนิติกรรมหรือสัญญานั้นและประเมินเรียกเก็บภาษีตามเนื้อหาทางเศรษฐกิจ (Economic Substance) ได้ แต่หากขั้นตอนที่ประกอบขึ้นเป็นนิติกรรมหรือสัญญาแม้เพียงขั้นตอนหนึ่งขั้นตอนใดเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว เจ้าพนักงานประเมินก็ไม่มีอำนาจปฏิเสธนิติกรรมหรือสัญญานั้น⁹⁰ โดยหลักเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบนี้เป็นพื้นฐานของหลักในการจัดเก็บภาษีซึ่งได้รับการยอมรับเป็นสากลว่า การพิจารณาจัดเก็บภาษีต้องพิจารณาถึงเนื้อหาอันแท้จริงยิ่งกว่ารูปแบบที่ปรากฏ⁹¹

อย่างไรก็ดี เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีการบัญญัติหลักเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบเป็นกฎหมาย ดังนั้น ในกรณีที่ศาลจะนำหลักการดังกล่าวมาใช้ ศาลจะนำบทบัญญัติเกี่ยวกับการแสดงเจตนาหลงและนิติกรรมอำพรางตามมาตรา 155 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ว่า "การแสดงเจตนาหลงโดยสมรู้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นโมฆะ แต่จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการโดยสุจริตและต้องเสียหายจากการแสดงเจตนาหลงนั้นมิได้ ถ้าการแสดงเจตนาหลงตามวรรคหนึ่งทำขึ้นเพื่ออำพรางนิติกรรมอื่น ให้นำบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับนิติกรรมอำพรางมาใช้บังคับ" โดยเจ้าพนักงานประเมินย่อมยกความโมฆะนั้นขึ้นกล่าวอ้างและบังคับตามเจตนาที่แท้จริงหรือนิติกรรมที่ถูกอำพรางเพื่อประเมินเรียกเก็บภาษีให้ถูกต้องครบถ้วนได้ เพราะตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้มีส่วนได้เสียคนหนึ่งคนใดจะยกความเสียหายเปล่าแห่งโมฆะกรรมขึ้นกล่าวอ้างก็ได้ คำว่า "ผู้มีส่วนได้เสีย" นี้หมายถึงผู้ที่ได้ประโยชน์หรือเสียประโยชน์

⁸⁹ OECD, *International Tax Avoidance and Evasion*, (France: Head of Publications Service, 1987), p. 30.

* who the proper taxpayer is under section 61 of the Internal Revenue Code

⁹⁰ Barry Larking, *International Tax Glossary* 4th edition (Amsterdam: International Bureau of Fiscal Documentation, 2001), pp. 1-2.

⁹¹ วุฒวรรษ ดิปรีชา, "ข้อพิจารณาบางประการจากคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับสถานประกอบการถาวร (2)," *สรรพากรสาส์น* ปีที่ 51, ฉบับที่ 9 กันยายน 2547, หน้า 109.

หากนิติกรรมที่กล่าวอ้างว่าเป็นโมฆะเป็นผลหรือไม่เป็นผลหรือกลับกัน เจ้าพนักงานประเมินย่อมเป็นผู้เสียประโยชน์หากนิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนาหลงหรือนิติกรรมอำพรางนั้นไม่เป็นผล เจ้าพนักงานประเมินย่อมได้ประโยชน์ ดังนั้น เจ้าพนักงานประเมินจึงถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่ยกความเป็นโมฆะของการแสดงเจตนาหลงหรือนิติกรรมอำพรางนั้นขึ้นกล่าวอ้างได้ การใช้บทบัญญัติเกี่ยวกับการแสดงเจตนาหลงและนิติกรรมอำพรางเป็นมาตรการในการต่อต้านการเลี่ยงภาษีนี้ จึงคล้ายกับการใช้หลักไม่บังคับตามเจตนาหลงของคู่กรณีดังกล่าวมาแล้ว ทั้งนี้ มีคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ใช้บทบัญญัติเกี่ยวกับการแสดงเจตนาหลงและนิติกรรมอำพรางดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2975/2547 วินิจฉัยว่า การที่โจทก์แยกขายชิ้นส่วนและอุปกรณ์เครื่องปรับอากาศให้แก่บริษัท ศ. และบริษัท ท. ซึ่งเป็นบริษัทในเครือเดียวกับโจทก์เพื่อที่จะไม่ต้องเสียภาษีสรรพสามิต เพราะตามพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ.2527 มาตรา 3 ประกอบพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิตท้ายพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน ตอนที่ 3 ประเภทที่ 03.01 เครื่องไฟฟ้าที่จะต้องเสียภาษีสรรพสามิตประเภทเครื่องปรับอากาศต้องเป็นเครื่องปรับอากาศครบชุด หากไม่มีมาตรการต่อต้านการเลี่ยงภาษีโดยการแยกขายชิ้นส่วนและอุปกรณ์แทนการขายครบชุด รัฐก็ได้รับความเสียหายไม่อาจเก็บภาษีสรรพสามิตได้ การที่อธิบดีกรมสรรพสามิตตีความว่าการแยกขายชิ้นส่วน และอุปกรณ์ตามฟ้องถือเป็นการขายเครื่องปรับอากาศครบชุด อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีสรรพสามิตจึงเป็นการใช้มาตรการเพื่อต่อต้านการเลี่ยงภาษี ซึ่งอธิบดีกรมสรรพสามิตมีอำนาจตีความดังกล่าวได้ตามพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ.2527 มาตรา 5 และการตีความนั้นก็เป็นไปตามหลักเกณฑ์การตีความที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังประกาศกำหนดไว้ในประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์การตีความในพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต ลงวันที่ 22 เมษายน 2548 ข้อ 3 จึงเป็นการตีความที่ชอบด้วยกฎหมาย

3.1.3 หลักการห้ามโอนรายได้ตามกฎหมายภาษีอากรของประเทศสหรัฐอเมริกา

หลักการห้ามโอนรายได้ (Assignment of Income Doctrine) เป็นหลักของกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งที่มาจากจากการพิจารณาคดีของศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกา เพื่อแก้ไขปัญหาว่า บุคคลใดเป็นผู้เสียภาษีที่ต้องตาม Section 61 ของ Internal Revenue Code เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติใดใน Internal Revenue Code กำหนดว่า บุคคลใดควรมีความรับผิดชอบทางภาษีเมื่อจำนวนเงินที่ได้รับถือเป็นเงินได้ ปัญหาดังกล่าวได้เกิดขึ้นเมื่อมีบุคคลธรรมดาโอนรายได้ของตนโดยไม่เปิดเผยรายได้ดังกล่าว เพื่อวัตถุประสงค์ในทางภาษีอากร

ดังนั้น ศาลจึงถูกเลือกให้เป็นผู้กำหนดหลักที่ว่า บุคคลใดควรเป็นผู้เสียภาษีที่ถูกต้อง⁹² หลักการห้ามโอนรายได้ดังกล่าวกำหนดว่า บุคคลที่ก่อให้เกิดรายได้ไม่สามารถที่จะหลบหนีภาษีที่เกิดจากรายได้ดังกล่าวโดยการโอนให้บุคคลอื่นได้*

หลักการห้ามโอนรายได้นี้มีที่มาจากกรณีพิพาทคดี Lucas v. Earl, 281 U.S. 111 (1930) ซึ่งเป็นกรณีโอนรายได้จากการให้บริการของบุคคล เพื่อประโยชน์ในการเสียภาษีในอัตราที่ต่ำลง⁹³ ต่อมาได้มีคดีการโอนรายได้ในลักษณะอื่น ๆ เกิดขึ้นจำนวนมาก ซึ่งเกิดจากคำตัดสินในคดีต่าง ๆ ของศาล ทั้งนี้ หลักการห้ามโอนรายได้สามารถจัดกลุ่มตามลักษณะของธุรกรรมออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ ได้แก่ การโอนรายได้แบบไม่มีค่าตอบแทน (Gratuitous assignment of income) และการโอนรายได้แบบมีค่าตอบแทน (Assignment of income for consideration)

1) การโอนรายได้โดยไม่มีค่าตอบแทน (Gratuitous assignment of income) ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่ การโอนรายได้ที่เกิดจากการให้บริการ (Assignment of income from services) การโอนสิทธิในรายได้ที่เกิดจากทรัพย์สิน (Assignment of income from property) และการโอนทรัพย์สินที่ก่อให้เกิดรายได้และรายได้ที่เกิดจากทรัพย์สิน (Assignment of both income-producing property and the income it generates)

1.1) การโอนรายได้ที่เกิดจากการให้บริการ (Assignment of income from services) ซึ่งเกิดจากน้ำพักน้ำแรงของบุคคลนั้น⁹⁴ ประเด็นที่ต้องพิจารณา คือ บุคคลใดจะต้องถูกเรียกเก็บภาษี** ผลของการโอนรายได้กรณีนี้ คือ จะถือว่าไม่มีการโอนรายได้ โดยรายได้ที่ถูกโอนไปจะย้อนกลับไปเป็นรายได้ของบุคคลที่เป็นผู้ก่อให้เกิดรายได้นั้น ทั้งนี้ มีคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องกับการโอนรายได้ในกรณีนี้ดังนี้

⁹² Traci A. Sammeth, "Beyond the Fruit Tree : A Proposal for the Revision of the Assignment of Income Doctrine," *Washington Law Review* 65, 248 (1990): 229.

* one who earns income cannot escape tax upon that income by assigning it to another

⁹³ Ibid., p. 230.

⁹⁴ Steven J. Willis, "Introduction to Tax School, Fundamental Topics Assignment of Income Doctrine," (2006), p. 5.

** who is the proper person on whom to impose a tax

- Lucas v. Earl, 281 U.S. 111 (1930) คดีนี้เป็นคดีการโอนรายได้ คดีแรกและเป็นที่มาของคำอุปมาอุปมัย “ผลไม้และต้นไม้” (Fruit and Tree Metaphor) และ ก่อให้เกิดหลักการที่ว่า รายได้ที่เกิดจากการให้บริการจะต้องถูกเรียกเก็บภาษีไปยังบุคคลที่เป็น ผู้ให้บริการ* ทั้งนี้ ช่วงเวลาของการโอนนั้น อาจเป็นการโอนก่อนหรือหลังการให้บริการก็ได้⁹⁵

ข้อเท็จจริงในคดี คือ ผู้เสียภาษี ชื่อ Earl ประกอบอาชีพเป็น ทนายความ กับภรรยาได้ตกลงเข้าทำสัญญาในปี ค.ศ 1901 โดยระบุว่า ทรัพย์สินทั้งหมด รวมถึงเงิน ได้ที่บุคคลทั้งสองเป็นเจ้าของหรือที่จะได้มาในภายหน้าจะถือว่าเป็นของบุคคลทั้งสองในฐานะ ผู้ครอบครองร่วมกันอย่างมีกรรมสิทธิ์ร่วมกันของผู้ที่มีชีวิตอยู่ ซึ่งข้อพิพาทในคดีนี้เกิดขึ้นเนื่องจาก Earl ยื่นเงินเดือนเพื่อเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาเพียงครั้งหนึ่งในปี ค.ศ. 1920 และ 1921 ส่วน เงินเดือนอีกครั้งหนึ่งของ Earl ให้ภรรยาเป็นผู้ยื่น การโอนรายได้ของ Earl เกิดขึ้นก่อนการให้บริการ ดังนั้น กรณีนี้จึงเป็นการโอนรายได้ในอนาคต ซึ่งคดีนี้ ผู้พิพากษา Holmes ตัดสินว่า ไม่สามารถจะ หลีกเลี่ยงภาษีเงินได้จาก การเตรียมการและการทำสัญญาล่วงหน้าได้ แม้ว่าจะเป็นวางแผนอย่างมี ทักษะก็ตาม ... โดยที่ผลไม้น่าจะเกิดขึ้นจากต้นไม้ต้นอื่นที่ไม่ใช่ต้นไม้ที่ทำให้ผลไม้นั้นเติบโต** ซึ่ง คำพูดนี้ ปัจจุบันเป็นที่รู้จักโดยทั่วไปในรูปแบบของคำอุปมาอุปมัย “ผลไม้และต้นไม้” (Fruit and Tree Metaphor) เป็นหลักที่ก่อให้เกิดหลักการห้ามโอนรายได้ (Assignment of Income Doctrine) ซึ่งในคดีนี้ ต้นไม้ หมายถึง ตัวผู้เสียภาษี และผลไม้ หมายถึง รายได้ที่ เป็นค่าตอบแทนของผู้เสีย ภาษี ดังนั้น Earl จึงต้องเสียภาษีเงินได้จากเงินได้ที่ตนเป็นผู้ก่อให้เกิดขึ้นดังกล่าว

ภายหลังจากคดีนี้เกิดขึ้น ศาลในคดีอื่นได้นำคำอุปมาอุปมัย “ผลไม้และต้นไม้” (Fruit and Tree Metaphor) ดังกล่าวไปปรับใช้กับการโอนรายได้ในกรณีอื่น ๆ เป็นจำนวนมาก ซึ่งคำอุปมาอุปมัยดังกล่าวบอกเป็นนัยว่า หากศาลสามารถที่จะระบุต้นไม้ที่ก่อให้เกิด ผลไม้ ศาลก็จะสามารถระบุตัวผู้เสียภาษีที่ถูกต้องได้ แต่อย่างไรก็ดี ในคดีที่มีลักษณะที่แตกต่างจาก คดี Earl การนำคำอุปมาอุปมัย “ผลไม้และต้นไม้” (Fruit and Tree Metaphor) ดังกล่าวไปปรับใช้ อาจไม่ถูกต้อง เพราะคำอุปมาอุปมัยดังกล่าวไม่ได้บอกว่าจะระบุว่าเป็นต้นไม้ได้อย่างไร และในกรณีที่

* income from services is taxed to the person who performed the services

⁹⁵ Nick Marsico, “Chopping down the fruit tree: Caruth Corp. v. United States applies assignment of income doctrine to gift of stock between declaration and record dates,” *DePaul Law Review* 845, 902 (1991): 850.

** Tax cannot be escaped by anticipatory arrangements and contracts however skillfully devised to prevent the salary when paid from vesting even for a second in the man who earned it by which the fruits are attributed to a different tree from that on which they grew.

ต้นไม้ที่ก่อให้เกิดรายได้เป็นทรัพย์สิน ไม่ใช่ผู้ทำงานรับค่าจ้าง การระบุลักษณะว่าเป็นต้นไม้เพียงอย่างเดียวอาจไม่เพียงพอ จะต้องระบุว่า บุคคลใดเป็นเจ้าของต้นไม้ด้วย คำอุปมาอุปมัยดังกล่าวไม่ได้ช่วยระบุว่า สิ่งที่เกิดก่อให้เกิดรายได้แท้จริงแล้วเป็นทรัพย์สิน (property) หรือการให้บริการ (services) และด้วยเหตุผลดังกล่าว การศึกษาคดี Earl จึงไม่ควรเน้นที่คำอุปมาอุปมัย “ผลไม้และต้นไม้” (Fruit and Tree Metaphor) ว่า อะไรเป็นต้นไม้ แต่ควรพิจารณาถ้อยคำที่ว่า ผลไม้เกิดขึ้นจากต้นไม้ต้นอื่นที่ไม่ใช่ต้นไม้ที่ทำให้ผลไม้นั้นเติบโต

- Poe v. Seaborn, 282 U.S. 101 (1930) มีกฎเกณฑ์ที่ว่า คู่สมรสที่อาศัยอยู่ในวอร์ชิงตันซึ่งเป็นรัฐสินสมรส (community property state) สามารถแบ่งแยกเงินได้ที่เกิดจากการทำงาน (earned income) ของคู่สมรสได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่า บุคคลใดก่อให้เกิดรายได้ ผลในคดีนี้ คือ เงินได้จากการทำงานของสามีจะถูกเรียกเก็บภาษียังภรรยาที่ไม่ได้ก่อให้เกิดรายได้ดังกล่าว ทั้ง ๆ ที่สามีเป็นผู้มีอำนาจในการควบคุมเหนือสินสมรสทั้งหมด ซึ่งผลของการตัดสินคดีนี้ขัดแย้งกับคดี Earl⁹⁶ หลักของการโอนรายได้กรณีนี้ คือ รายได้ที่เกิดจากการให้บริการของบุคคลต้องถูกเรียกเก็บภาษีไปยังบุคคลที่มีอำนาจควบคุมการก่อให้เกิดรายได้นั้น*

- Burnet v. Leininger 285 U.S. 136 (1931) คดีนี้ผู้เสียภาษีกับภรรยาได้ตกลงเข้าทำสัญญากันว่า ผู้เสียภาษีกับภรรยาจะเป็นหุ้นส่วนกันคนละครึ่งในหุ้นของห้างหุ้นส่วนของสามี ซึ่งกรณีนี้ไม่มีการแก้ไขสมุดทะเบียนหุ้นส่วน การจัดการหรือการแบ่งสัดส่วนของเงินสด สามีและภรรยาได้ยื่นรายได้ตอบแทนจากการเป็นหุ้นส่วนของสามีเพื่อเสียภาษีคนละครึ่งหนึ่ง คดีนี้ศาลตัดสินว่า ตามหลักของคดี Earl ภรรยาไม่ได้เป็นหุ้นส่วนและไม่มีสิทธิที่จะยื่นรายได้ตอบแทนดังกล่าวเพื่อเสียภาษี แม้ว่าภรรยาจะมีสิทธิในรายได้ตอบแทนดังกล่าวครึ่งหนึ่งตามสัญญาก็ตาม ทั้งนี้ การโอนรายได้ล่วงหน้า (anticipatory assignment of income) จะไม่มีผลใช้บังคับหากมีวัตถุประสงค์เพื่อโอนภาระภาษีตามกฎหมายภาษีเงินได้ แม้ว่าจะมีการทำสัญญาโอนเงินหรือทรัพย์สินซึ่งมีผลผูกพันตามกฎหมายทั่วไปก็ตาม⁹⁷

* income from personal services is taxed to the person who controls the earning of it

⁹⁶ Paul L. Caron, “Tax Stories: an In-depth look at Ten Leading Federal Income Tax Cases,” Thomson West, p.278.

⁹⁷ DePaul College of Law, “Anticipatory Assignment of Income and the Person Taxable Under the Internal Revenue Code,” *DePaul Law Review* 290 (1956), p.291-292.

1.2) การโอนสิทธิในรายได้ที่เกิดจากทรัพย์สิน (assignment of income from property) เป็นการโอนเฉพาะสิทธิในรายได้ ซึ่งประเด็นที่จะต้องพิจารณา คือ ผู้โอนยังคงรักษาไว้ซึ่งการควบคุมเหนือการใช้สิทธิอย่างเต็มที่ในรายได้ที่ถูกโอนไปเพื่อกำหนดความรับผิดชอบในการเสียภาษีให้กับผู้โอนหรือไม่ ทั้งนี้ มีคดีต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการโอนรายได้ในกรณีนี้ดังนี้

- *Corliss v. Bowers*, 281 U.S. 376 (1930) คดีนี้ ผู้เสียภาษีก่อตั้งกองทรัสต์ซึ่งสามารถเปลี่ยนแปลงได้โดยกำหนดให้ภรรยาของเขาเป็นผู้รับประโยชน์จากรายได้ตลอดชีวิต (life income) และให้ส่วนที่เหลือแก่ลูก ผู้เสียภาษียังคงมีอำนาจอย่างเด็ดขาดในยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงกองทรัสต์ ศาลตัดสินว่า หลักการทางภาษีอากรจะยึดว่า บุคคลใดมีอำนาจอย่างแท้จริงในการควบคุมเหนือทรัพย์สินที่จะถูกจัดเก็บภาษี รายได้ที่อยู่ภายใต้การควบคุมอย่างไม่จำกัดของบุคคลหนึ่งจะเป็นของบุคคลนั้นเพื่อวัตถุประสงค์ในทางภาษีอากรไม่ว่าบุคคลนั้นจะใช้สิทธิในรายได้นั้นอย่างไร กล่าวคือ Corliss ยังคงมีอำนาจควบคุมเหนือกองทรัสต์ซึ่งทำให้เหมาะสมที่จะจัดเก็บภาษีเขาจากรายได้ที่เกิดจากกองทรัสต์

- *Blair v. Commissioner*, 300 U.S. 5 (1937) เป็นคดีที่ผู้รับประโยชน์จากรายได้ตลอดชีวิต (life income) โอนส่วนของทรัพย์สินในชีวิตของเขาให้แก่ลูกสาวของเขา ข้อเท็จจริงก็คือ ส่วนที่โอนไปเป็นผลประโยชน์ในกองทรัสต์ของผู้โอน ศาลตัดสินว่า รายได้ที่โอนให้จะไม่ถูกจัดเก็บภาษีไปยังผู้โอนเพราะผู้โอนไม่มีสิทธิในการเรียกร้องใด ๆ ในส่วนที่โอนไปแล้ว และผลประโยชน์ในกองทรัสต์ถูกพิจารณาว่าอยู่ในรูปของทรัพย์สินซึ่งผู้โอนได้โอนไปให้แก่ลูกสาวโดยสมบูรณ์แล้ว ดังนั้น ความรับผิดชอบในการเสียภาษีสำหรับรายได้ที่รับโอนดังกล่าวจึงตกอยู่แก่ลูกสาว

- *Estate of Stranahan v. Commissioner*, 472 F.2d 867 (6th Cir.1973) เป็นคดีที่ผู้ตายชื่อ Frank Stranahan เข้าทำสัญญากับกรมสรรพากรว่า ตกลงจะจ่ายดอกเบี้ยวจำนวน 754,815 ดอลลาร์สหรัฐให้แก่กรมสรรพากร เนื่องจากไม่ได้จ่ายภาษีการให้ ภาษีอสังหาริมทรัพย์ และภาษีเงินได้ให้แก่กรมสรรพากร เพื่อที่จะได้รับประโยชน์จากการหักดอกเบี้ยวดังกล่าวเป็นค่าใช้จ่าย Stranahan จึงเร่งให้เกิดรายได้ในปีนั้น โดย Stranahan โอนสิทธิการรับเงินปันผลของหุ้น Champion Spark Plug Company จำนวน 122,820 ดอลลาร์สหรัฐให้แก่บุตรชาย โดยบุตรชายได้ออกเช็คจำนวน 115,000 ดอลลาร์สหรัฐเพื่อตอบแทนการโอนสิทธิดังกล่าวให้แก่ Stranahan ในวันที่ 22 ธันวาคม ค.ศ. 1964 Stranahan ยื่นรายงานจำนวนเงินตามเช็คดังกล่าวเป็นรายได้ของตนในปี ค.ศ. 1964 และนำจำนวนเงินที่จ่ายเป็นดอกเบี้ยวหักค่าใช้จ่าย ซึ่งคดีนี้ ศาลภาษีอากรตัดสินว่า เงินปันผลที่จ่ายให้แก่บุตรชายภายใต้ข้อตกลงในปี ค.ศ. 1965 จะเรียกเก็บภาษีไปยัง

กองทรัพย์สินของ Stranahan ในปี ค.ศ. 1964 และข้อตกลงระหว่าง Stranahan กับบุตรชายนั้น เป็นกรณีที่บุตรชายให้บิดากู้ยืมเงิน ดังนั้น Stranahan จึงไม่มีรายได้ในปี ค.ศ. 1964 แต่อย่างไรก็ดี ศาลอุทธรณ์สหรัฐกลับคำตัดสินของศาลภาษีอากร และตัดสินว่า ธุรกรรมดังกล่าวมีผลบังคับได้ตามกฎหมายและไม่ได้หลอกลวง แม้ว่า จะการเข้าทำธุรกรรมจะมีวัตถุประสงค์เพื่อทำให้เสียภาษีเงินได้น้อยลงก็ตาม

1.3) การโอนทรัพย์สินที่ก่อให้เกิดรายได้ (assignment of income-producing property) เป็นการโอนทั้งทรัพย์สินที่ก่อให้เกิดรายได้และรายได้ที่เป็นผลมาจากทรัพย์สินนั้น ซึ่งกรณีนี้ศาลจะต้องพิจารณานอกเหนือจากคำอุปมาอุปมัย “ผลไม้และต้นไม้” (Fruit and Tree Metaphor)

- Helvering v. Horst, 311 U.S. 112 (1940) คดีนี้บิดาโอนคูปองจากพันธบัตรให้แก่บุตรชายก่อนที่จะถึงกำหนดจ่ายเงินตามคูปอง โดยบิดายังคงเป็นเจ้าของพันธบัตร ศาลตัดสินว่า บิดา (ผู้ให้) ยังคงเป็นเจ้าของพันธบัตร ดังนั้น บิดาจึงยังคงต้องเสียภาษีในรายได้ที่บุตรชายได้รับ แต่โอนรายได้ที่เกิดจากทรัพย์สินดังกล่าว ผู้เสียภาษีในรายได้ดังกล่าวคือผู้ให้

2) การโอนรายได้แบบมีค่าตอบแทน (Assignment of income for consideration)

- Burnet v. Harmel, 287 U.S. 103 (1932) เป็นคดีที่มีการจ่ายเงินหรือโบนัสล่วงหน้าให้แก่เจ้าของทรัพย์สินเพื่อตอบแทนการโอนสิทธิในการใช้น้ำมันสำรองนั้น ถือเป็นรายได้จากการประกอบกิจการ (ordinary income) ในลักษณะของค่าเช่ามากกว่าเป็นเงินที่ได้รับจากการขายสิทธิในทรัพย์สินที่ก่อให้เกิดกำไรส่วนเกินทุน (capital gain)

- Commissioner v. P.G. Lake, 356 U.S. 260 (1958) เป็นคดีที่ Lake ซึ่งเป็นบริษัทที่ผลิตน้ำมันและก๊าซและเป็นเจ้าของผลประโยชน์ในน้ำมันและก๊าซที่เช่า (ค่าสิทธิ) ซึ่ง Lake มีสิทธิที่จะพัฒนาและขายน้ำมันและก๊าซจากทรัพย์สินที่เช่า (บ่อน้ำมัน) ตลอดระยะเวลาที่เช่า เนื่องจากน้ำมันและก๊าซเป็นสินค้าคงคลังของ Lake การขายน้ำมันและก๊าซในระหว่างระยะเวลาที่เช่าจะเข้าลักษณะเป็นรายได้จากการประกอบกิจการ (ordinary income) แต่อย่างไรก็ดี Lake ได้โอนสัดส่วนของรายได้จากการขายน้ำมันและก๊าซในอนาคตที่มีมูลค่าสูงกว่า 600,000 ดอลลาร์สหรัฐให้แก่บุคคลภายนอกเพื่อที่จะได้รับเงินก้อนจำนวน 600,000 ดอลลาร์สหรัฐ ศาลฎีกาตัดสินว่า การโอนรายได้ในคดีนี้ทำให้เกิดรายได้จากการประกอบกิจการ (ordinary income) ไม่ใช่กำไรส่วนเกิน

ทุน (capital gain) หากปรับใช้กับหลักผลไม้และต้นไม้ (Fruit and Tree Metaphor) จะถือว่า Lake ขายผลไม้ (รายได้จากการขายน้ำมันและก๊าซในอนาคต) แต่ไม่ได้ขายต้นไม้ให้แก่บุคคลภายนอก ซึ่งเรียกว่า การตัดแนวนอน (horizontal cut) จึงเข้าลักษณะเป็นรายได้จากการประกอบกิจการ (ordinary income) มากกว่ากำไรส่วนเกินทุน (capital gain) ในทางตรงกันข้าม หาก Lake ขายสัดส่วนของรายได้จากการขายน้ำมันและก๊าซในอนาคตพร้อมกับการเป็นเจ้าของผลประโยชน์ของ Lake ผลคือ จะเข้าลักษณะเป็นกำไรส่วนเกินทุน (capital gain)

สรุปได้ว่า หลักการห้ามโอนรายได้ (Assignment of Income doctrine) เป็นหลักการทั่วไปตามกฎหมายภาษีอากรที่ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาจะนำมาปรับใช้ในกรณีที่มีการโอนรายได้จากบุคคลหนึ่งให้แก่บุคคลอีกบุคคลหนึ่ง ไม่ว่าจะจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล เพื่อกำหนดตัวบุคคลที่มีภาระภาษีอากร ซึ่งหลักการนี้ศาลจะนำมาใช้ในกรณีที่มีการโอนรายได้ของบุคคลหนึ่งให้แก่บุคคลอื่น เพื่อประโยชน์ในทางภาษี เช่น ทำให้บุคคลนั้นเสียภาษีน้อยลง

3.1.4 หลักเกณฑ์ในการทดสอบความเป็นหนี้หรือทุนตามกฎหมายภาษีอากรของประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการทดสอบความเป็นหนี้หรือทุนเพื่อวัตถุประสงค์ในทางภาษีอากรไว้ใน Division 974 Debt and equity interests ของ Income Tax Assessment Act 1997 ซึ่งหลักเกณฑ์ในการทดสอบความเป็นหนี้หรือทุนในบทบัญญัติดังกล่าวจะเน้นพิจารณาที่ตัวเนื้อหาทางเศรษฐกิจของข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดหาเงินทุน (economic substance of the arrangement) มากกว่ารูปแบบตามกฎหมาย (legal form) โดยกำหนดขึ้นเพื่อประเมินเนื้อหาทางเศรษฐกิจของส่วนได้เสียในแง่ของผลกระทบในด้านผู้ออก (Issuer) เป็นสำคัญ⁹⁸ ทั้งนี้ เนื้อหาของบทบัญญัติดังกล่าวจะกำหนดเฉพาะหลักเกณฑ์ในการทดสอบความเป็นหนี้หรือทุนเท่านั้น โดยไม่ได้กำหนดผลของการจัดเก็บภาษีโดยตรง⁹⁹

ความแตกต่างระหว่างความเป็นหนี้กับความเป็นทุนนั้นมีความสำคัญ เนื่องจากข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดหาเงินทุนที่มีลักษณะแตกต่างกันจะได้รับการปฏิบัติในทางภาษีอากรที่

⁹⁸ Sub-section 974-5 (1) Income Tax Assessment Act 1997.

⁹⁹ Teresa Dyson, "Review of the Debt/Equity Tax Rules," Paper presented at 2014 Financial Services Conference, 19-21 February 2014, p. 8.

แตกต่างกัน กรณีความแตกต่างระหว่างความเป็นหนี้กับความเป็นทุนภายใต้หลักภาษีเงินได้โดยทั่วไป นั้นอาจกล่าวได้ว่า ส่วนใหญ่มีความแตกต่างระหว่างต้นทุนการดำเนินการที่ก่อให้เกิดรายได้ (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ต้นทุนของหนี้) กับผลตอบแทนที่จ่ายให้แก่เจ้าของกิจการภายหลังคำนวณกำไรสุทธิ (เช่น เงินปันผล) ซึ่งผลตอบแทนจากการจัดหาทุนในรูปของหนี้ (เช่น ดอกเบี้ย) จะมีความเสี่ยงน้อยกว่าและสามารถนำผลตอบแทนมาหักเป็นรายจ่าย (deductible) ได้ แต่เป็นการจ่ายผลตอบแทนที่ไม่ตรงไปตรงมา (non-frankable returns) ในขณะที่ผลตอบแทนจากการจัดหาทุนในรูปของทุน (เช่น เงินปันผล) นั้นจะมีความแน่นอนที่น้อยกว่าและขึ้นอยู่กับผลการดำเนินงานทางเศรษฐกิจของกิจการและไม่สามารถนำผลตอบแทนหักเป็นรายจ่าย (non-deductible) ได้ แต่เป็นการจ่ายผลตอบแทนที่ตรงไปตรงมา (frankable returns)¹⁰⁰

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของ Division 974 Debt and equity interests ของ Income Tax Assessment Act 1997 แล้วเห็นว่า เป็นบทบัญญัติที่นำมาใช้พิจารณาตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุน (Hybrid instrument) ซึ่งมีลักษณะที่ไม่ชัดเจนว่าเป็นหนี้หรือทุน ดังนั้น บทบัญญัตินี้จึงนำมาปรับใช้เพื่อพิจารณาสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวม โครงสร้างพื้นฐานเท่าที่สามารถนำมาใช้ได้เท่านั้น

3.1.4.1 ความเป็นมา

ในอดีตการพิจารณาความแตกต่างระหว่างหนี้กับทุนในประเทศออสเตรเลียส่วนใหญ่จะพิจารณาจากรูปแบบพื้นฐานตามกฎหมาย เช่น หุ้นเป็นส่วนได้เสียในรูปของทุนแบบดั้งเดิมและโดยทั่วไปหุ้นก็เป็นการให้สินเชื่อในรูปของหนี้ ซึ่งส่วนแบ่งของผลกำไรหรือการจ่ายดอกเบี้ยจะต้องถูกปฏิบัติในลักษณะที่เป็นทุนหรือหนี้ (ตามลำดับ) ซึ่งศาลในอดีตจะพิจารณาความแตกต่างระหว่างส่วนได้เสียในรูปของหนี้กับทุนโดยการเปรียบเทียบข้อกำหนดของเครื่องมือทางการเงินด้วยนิยามทั่วไป ต่อมาได้มีการพัฒนาเครื่องมือทางการเงินสมัยใหม่อย่างต่อเนื่อง ทำให้ศาลพิจารณาความแตกต่างระหว่างส่วนได้เสียในรูปของหนี้กับทุนได้ยากมากขึ้น¹⁰¹ ดังนั้น จึงมีแนวคิดที่จะกำหนดกรอบทางกฎหมายสำหรับการจำแนกประเภทของเครื่องมือทางการเงินว่ามี

¹⁰⁰ Teresa Dyson, "Review of the Debt/Equity Tax Rules," Paper presented at 2014 Financial Services Conference, 19-21 February 2014, p.5.

¹⁰¹ Thomas Trotman and Keith Kendall, "The Certainty of Uncertainty: An Examination of the Pitfalls of Australia's Unique Debt-Equity Regime," (LL.B., La Trobe University, 2014), p.3.

ลักษณะเป็นหนี้หรือหุ้น โดยกำหนดหลักเกณฑ์ในการทดสอบความเป็นหนี้หรือหุ้นไว้ใน Division 974 Debt and equity interests ของ Income Tax Assessment Act 1997 ในปี ค.ศ.2001 ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวกำหนดอยู่บนพื้นฐานของเนื้อหาทางเศรษฐกิจมากกว่ารูปแบบทางกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อลดผลในทางภาษีอากรที่ไม่เหมาะสมซึ่งเกิดจากการจัดประเภทตามรูปแบบตามกฎหมาย¹⁰²

3.1.4.2 วัตถุประสงค์

วัตถุประสงค์ของบทบัญญัติใน Division 974 Debt and equity interests ของ Income Tax Assessment Act 1997 คือ¹⁰³

- 1) เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการทดสอบว่า โครงการหนึ่งหรือการดำเนินการร่วมกันของโครงการหลายโครงการทำให้เกิดส่วนได้เสียในรูปของหนี้หรือส่วนได้เสียในรูปของหุ้น ทั้งนี้ เพื่อวัตถุประสงค์ในทางภาษีอากรโดยเฉพาะ
- 2) การทดสอบได้ดำเนินการบนพื้นฐานของเนื้อหาเชิงเศรษฐกิจของสิทธิหน้าที่ของข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดหาเงินทุนมากกว่ารูปแบบทางกฎหมาย (โดยอ้างอิงที่ผลกระทบในด้านของผู้ออก (Issuer))
- 3) ผลของการรวมเข้ากันของโครงการที่เกี่ยวข้องกัน (related scheme) ได้รับการพิจารณาอย่างเหมาะสม (เพื่อให้แน่ใจว่า การทดสอบได้ดำเนินการอย่างมีประสิทธิภาพบนพื้นฐานของเนื้อหาทางเศรษฐกิจและเพื่อป้องกันมิให้หลีกเลี่ยงการทดสอบโดยการเข้าทำโครงการแยกต่างหากจากกัน)
- 4) เพื่อที่จะระบุนการแจกจ่ายและการให้สินเชื่อที่เกี่ยวข้องกับส่วนได้เสียในรูปของหุ้นซึ่งไม่ใช่หุ้น (non-share equity interests) ในบริษัทให้ถูกปฏิบัติในลักษณะที่เป็นเงินปันผลและในลักษณะที่เป็นผลตอบแทนของหุ้น

¹⁰² Thomas Trotman and Keith Kendall, "The Certainty of Uncertainty: An Examination of the Pitfalls of Australia's Unique Debt-Equity Regime," (LL.B., La Trobe University, 2014), p.5.

¹⁰³ Martin Fry and Brad Schwarz, "Debt/Equity: Recent Developments," Allen Arthur Robinson (2005), p. 5-6.

3.1.4.3 หลักเกณฑ์ในการทดสอบส่วนได้เสียในรูปของหนี้ (Debt test)

หลักเกณฑ์ในการทดสอบส่วนได้เสียในรูปของหนี้ได้กำหนดไว้ใน Subdivision 974-B Sub-section 974-20 (1) ของ Income Tax Assessment Act 1997 ซึ่งสรุปความได้ว่า โครงการหนึ่งจะก่อให้เกิดส่วนได้เสียในรูปของหนี้ในกิจการหนึ่งได้จะต้องเข้าองค์ประกอบสำคัญทั้งหมด 5 องค์ประกอบดังต่อไปนี้¹⁰⁴ และจะต้องทำการทดสอบเมื่อโครงการนั้นเกิดขึ้นหรือเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงโครงการนั้น¹⁰⁵

องค์ประกอบที่ 1 ต้องมีโครงการ (scheme) อย่างน้อย 1 โครงการหรือโครงการที่เกี่ยวข้องกันตั้งแต่ 2 โครงการขึ้นไป

โครงการ¹⁰⁶ หมายถึง (ก) ข้อตกลงใด ๆ ไม่ว่าจะแสดงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย หรือไม่ว่าจะมีผลบังคับตามกฎหมายหรือไม่ หรือ (ข) โครงการ แผนการดำเนินการ ข้อเสนอ การกระทำ การแนวทางปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นการตกลงฝ่ายเดียวหรืออย่างอื่น เช่น การออกตราสารกึ่งหนี้กึ่งทุนของบริษัทหนึ่ง เป็นต้น

องค์ประกอบที่ 2 โครงการต้องเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดหาเงินทุน (Financial arrangement)¹⁰⁷

ข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดหาเงินทุน หมายถึง โครงการที่กิจการหนึ่งเข้าทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อระดมทุน (to raise finance) ให้แก่กิจการหรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับกิจการ หรือเพื่อหาเงินทุนให้แก่โครงการที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดหาเงินทุนอื่น ๆ หรือเพื่อหาทุนเพื่อคืน

¹⁰⁴ Australian Taxation Office, Debt and equity tests: guide to the debt and equity tests [ออนไลน์], 20 มีนาคม 2561. แหล่งที่มา <https://www.ato.gov.au/Business/Debt-and-equity-tests/In-detail/Guides/Debt-and-equity-tests--guide-to-the-debt-and-equity-tests/>, pp.2-6. ; Board of Taxation, Review of the Debt and Equity Tax Rules (March 2014), p.9.

¹⁰⁵ Euan Campbell, “2010 Financial Services Taxation Conference Division 974 and Limited Recourse Debt,” (11-12 February 2010), p.3.

¹⁰⁶ Section 995-1 Income Tax Assessment Act 1997

¹⁰⁷ Sub-section 975-20 (1)(a) Income Tax Assessment Act 1997

ผลตอบแทนให้แก่โครงการที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดหาเงินทุนอื่น ๆ¹⁰⁸ ซึ่งการระดมทุน (raising finance) โดยทั่วไปจะเกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนให้แก่กิจการหนึ่งไม่ว่าจะอยู่ในรูปของเงิน ทรัพย์สินหรือการให้บริการ และเกี่ยวข้องกับการที่กิจการดังกล่าวจะต้องจ่ายผลตอบแทนการสนับสนุนเงินทุนนั้น อย่างไรก็ตามก็ดี จึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องและลักษณะเฉพาะของข้อตกลงเพื่อที่จะกำหนดว่า เนื้อหาของข้อตกลงเข้าลักษณะเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดหาเงินทุนหรือไม่ ดังนั้น จึงต้องพิจารณาเจตนาในการเข้าทำข้อตกลงของคู่สัญญาประกอบด้วย¹⁰⁹

โดยทั่วไปข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดหาเงินทุนจะเกี่ยวข้องกับการสนับสนุนเงินทุนของกิจการหนึ่งในรูปแบบต่าง ๆ เช่น ข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดหาเงินทุนที่เป็นพื้นฐาน (คือ การให้เงินทุนกู้ยืมแก่กิจการเพื่อให้ได้รับการตอบแทนเป็นส่วนได้เสียในรูปของหนี้) ตัวแลกเงินส่วนได้เสียที่สามารถแปลงสภาพเป็นทุนได้ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี มีข้อตกลงบางประเภทที่โดยทั่วไปไม่ถือว่าเป็นการจัดหาเงินทุน เช่น สัญญาจ้างแรงงานทั่วไป และข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดหาเงินทุนตามบทบัญญัติในส่วนนี้ จะไม่รวมถึงตราสารอนุพันธ์ สัญญาอัยมหลักทรัพย์ สัญญาประกันชีวิต และสัญญาเกี่ยวกับการจ่ายค่าสิทธิ เป็นต้น

องค์ประกอบที่ 3 กิจการหรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับกิจการ* ต้องได้รับหรือจะได้รับผลประโยชน์ทางการเงิน (Financial benefit received) ภายใต้โครงการ¹¹⁰

ผลประโยชน์ทางการเงิน หมายถึง สิ่งที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ รวมถึงทรัพย์สินและบริการต่าง ๆ¹¹¹ ซึ่งโดยทั่วไป ผลประโยชน์ทางการเงินที่กิจการได้รับมาจะเป็นราคาที่

¹⁰⁸ Sub-section 974-130 (1) Income Tax Assessment Act 1997

¹⁰⁹ Explanatory Memorandum of Income Tax Assessment Act 1997

* ผู้ที่เกี่ยวข้องกับกิจการ (connected entity of an entity) หมายถึง กิจการที่มีความสัมพันธ์กัน หรือสมาชิกของกลุ่มที่เป็นเจ้าของเดียวกัน ซึ่งหากกิจการเป็นบริษัทและเป็นหนึ่งในสมาชิกของกลุ่มที่เป็นเจ้าของเดียวกัน

¹¹⁰ Sub-section 975-20 (1)(b) Income Tax Assessment Act 1997

¹¹¹ Section 974-160 Income Tax Assessment Act 1997

ระบุไว้ในข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดหาเงินทุน¹¹² และอาจจะได้รับในปัจจุบันหรือในอนาคตก็ได้ เช่น กรณีที่บริษัทออกตราสารเป็นหุ้นกู้ซึ่งเรียกจ่ายค่าหุ้นกู้เป็นงวดโดยมีราคาเสนอขายหุ้นกู้ 100 ดอลลาร์ (จ่ายเป็น 2 งวด) งวดแรก 50 ดอลลาร์จ่ายเมื่อวันออกหุ้นกู้ งวดที่สอง 50 ดอลลาร์จ่าย 1 ปีต่อมา การออกหุ้นกู้จะก่อให้เกิดโครงการหนึ่งซึ่งบริษัทจะได้รับผลประโยชน์ทางการเงินเท่ากับ 100 ดอลลาร์ เป็นต้น

องค์ประกอบที่ 4 กิจการ หรือกิจการและผู้เกี่ยวข้องกับกิจการมีภาระผูกพันที่เกิดขึ้นแน่นอนอย่างมีประสิทธิภาพ (Effectively Non-Contingent Obligation: ENCO) เพื่อดำเนินการภายใต้โครงการ (กล่าวคือ จ่ายคืนผลประโยชน์ทางการเงินภายใต้โครงการ หรือยกเลิกโครงการ)¹¹³

ภาระผูกพันที่เกิดขึ้นแน่นอนอย่างมีประสิทธิภาพเพื่อดำเนินการภายใต้โครงการดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงการกำหนดราคา (pricing) และข้อกำหนดและเงื่อนไขของโครงการ (terms and conditions of the scheme) ว่า มีสาระสำคัญหรือมีผลต่อภาระผูกพันที่จะเกิดขึ้นแน่นอน (non-contingent obligation) เพื่อดำเนินการภายใต้โครงการ¹¹⁴ หรือไม่ เช่น การให้ ไม่เข้าเงื่อนไขการทดสอบความเป็นหนี้ เนื่องจากผู้รับการให้ไม่มีภาระผูกพันที่เกิดขึ้นแน่นอนเพื่อจ่ายผลประโยชน์ทางการเงิน เป็นต้น¹¹⁵ ทั้งนี้ ให้พิจารณาที่ตัวเนื้อหาของข้อตกลง (สิทธิและหน้าที่) ไม่ใช่รูปแบบของข้อตกลงนั้น

ภาระผูกพันจะเกิดขึ้นแน่นอน (non-contingent) ต้องไม่ขึ้นอยู่กับเหตุการณ์ เงื่อนไข หรือสถานการณ์ใด ๆ รวมถึงผลการดำเนินงานทางเศรษฐกิจ (economic performance) ของกิจการหรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับกิจการซึ่งมีภาระผูกพัน ทั้งนี้ ไม่รวมถึงกรณีที่ขึ้นอยู่กับความสามารถ (ability) หรือความสมัครใจ (willingness) ของกิจการหรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับกิจการที่

¹¹² Australian Taxation Office, **Debt and equity tests: guide to the debt and equity tests** [ออนไลน์], 20 มีนาคม 2561. แหล่งที่มา <https://www.ato.gov.au/Business/Debt-and-equity-tests/In-detail/Guides/Debt-and-equity-tests--guide-to-the-debt-and-equity-tests/>, p.4.

¹¹³ Sub-section 975-20 (1)(c) Income Tax Assessment Act 1997

¹¹⁴ Sub-section 975-135 (1) Income Tax Assessment Act 1997

¹¹⁵ Euan Campbell, “2010 Financial Services Taxation Conference Division 974 and Limited Recourse Debt,”, p.4.

จะทำให้ภาระผูกพันนั้นสำเร็จ¹¹⁶ ตัวอย่างกรณีผลการดำเนินงานทางเศรษฐกิจ (economic performance) ของกิจการหรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับกิจการซึ่งมีภาระผูกพัน เช่น กรณีที่ผลตอบแทนขึ้นอยู่กับผลกำไรของกิจการจะไม่เข้าเงื่อนไขของหลักเกณฑ์ในการทดสอบส่วนได้เสียที่เป็นหนี้ แม้ว่าความเป็นไปได้ที่จะไม่เกิดผลกำไรจะมีเพียงเล็กน้อยก็ตาม

นอกจากนี้ ยังมีหลักเกณฑ์ที่กำหนดเกี่ยวกับภาระผูกพันบางประการ เช่น

1) สิทธิของผู้ถือส่วนได้เสียเพื่อที่จะแปลงส่วนได้เสียเป็นส่วนได้เสียในรูปของทุนในบริษัทหนึ่งจะไม่ทำให้ภาระผูกพันของผู้ออกตราสาร (Issuer) ที่จะต้องจ่ายคืนการลงทุนในตราสารนั้นเกิดความไม่แน่นอน ดังนั้น ตราสารประเภทแปลงสภาพ (convertible instrument) ยังสามารถเข้าเงื่อนไขของหลักเกณฑ์ในการทดสอบส่วนได้เสียที่เป็นหนี้ได้

2) ภาระผูกพันที่จะขายคืนหุ้นบุริมสิทธิจะไม่ก่อให้เกิดความไม่แน่นอน เพียงเพราะมีข้อกำหนดที่จะขายคืนโดยไม่ต้องมีกำไรหรือรายได้ของหุ้นที่ออกใหม่

3) ในการพิจารณาว่า มีสาระสำคัญหรือมีผลต่อภาระผูกพันที่จะเกิดขึ้นแน่นอน (non-contingent obligation) เพื่อดำเนินการภายใต้โครงการนั้นหรือไม่ ต้องคำนึงถึงลักษณะความไม่แน่นอนที่ถูกวางแผนหรือปลอมแปลง ซึ่งภาระผูกพันที่จะดำเนินการนั้นขึ้นอยู่กับความไม่แน่นอนดังกล่าวด้วย กล่าวคือ ลักษณะความไม่แน่นอนที่ถูกวางแผนหรือปลอมแปลงนั้นมีแนวโน้มว่าจะเข้าลักษณะมีสาระสำคัญหรือมีผลต่อภาระผูกพันที่จะเกิดขึ้นแน่นอน (non-contingent obligation) เพื่อดำเนินการภายใต้โครงการได้

ทั้งนี้ ผลประโยชน์ทางการเงินที่กิจการจ่ายคืนนั้นอาจจะจ่ายเพียงครั้งเดียวหรือจ่ายเป็นงวดๆ ตามระยะเวลาที่กำหนดก็ได้¹¹⁷

องค์ประกอบที่ 5 ต้องมีความเป็นไปได้ว่ามูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินที่กิจการจ่ายคืนนั้นอย่างน้อยจะต้องเท่ากับมูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินที่กิจการได้รับ

¹¹⁶ Sub-section 975-135 (3) Income Tax Assessment Act 1997

¹¹⁷ Australian Taxation Office, **Debt and equity tests: guide to the debt and equity tests** [ออนไลน์], 20 มีนาคม 2561. แหล่งที่มา <https://www.ato.gov.au/Business/Debt-and-equity-tests/In-detail/Guides/Debt-and-equity-tests--guide-to-the-debt-and-equity-tests/>, p.4.

มา¹¹⁸ และมูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินที่จะจ่ายคืนและมูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินที่กิจการได้รับมานั้นจะต้องไม่เป็นศูนย์¹¹⁹

ผลประโยชน์ทางการเงินที่กิจการจ่ายคืนนั้น คือ สิ่งที่ผู้ออก (Issuer) มีภาระผูกพันที่เกิดขึ้นแน่นอนอย่างมีประสิทธิภาพที่จะต้องจ่ายให้แก่ผู้ถือส่วนได้เสีย ซึ่งหมายความรวมถึงจำนวนเงินลงทุนครั้งแรกด้วย วิธีการคำนวณมูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินที่กิจการจะจ่ายคืนดังกล่าวขึ้นอยู่กับระยะเวลาปฏิบัติตามข้อตกลง (performance period) ที่เกี่ยวข้องกับส่วนได้เสีย ซึ่งระยะเวลาปฏิบัติตามข้อตกลง หมายถึง ระยะเวลาที่ผู้ออกจะต้องปฏิบัติตามภาระผูกพันที่เกิดขึ้นแน่นอนอย่างมีประสิทธิภาพเกี่ยวกับส่วนได้เสีย ภายใต้ข้อกำหนดของข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับส่วนได้เสีย

กรณีที่ระยะเวลาปฏิบัติตามข้อตกลงสิ้นสุดลงภายใน 10 ปีหรือน้อยกว่า นับจากวันออกส่วนได้เสีย ผลประโยชน์ทางการเงินดังกล่าวจะถูกคำนวณตามมูลค่าที่กำหนดไว้ (nominal terms) ไว้ ดังนั้น ภาระผูกพันที่เกิดขึ้นแน่นอนอย่างมีประสิทธิภาพที่กิจการจะคืนเงินต้นของเครื่องมือทางการเงินภายใน 10 ปีนั้น จะพิจารณาว่า เข้าเงื่อนไขของหลักเกณฑ์ในการทดสอบส่วนได้เสียในรูปของหนี้ ส่วนกรณีที่ระยะเวลาการดำเนินการตามข้อตกลงสิ้นสุดลงมากกว่า 10 ปี นับจากวันออกส่วนได้เสีย ผลประโยชน์ทางการเงินจะถูกคำนวณมูลค่าตามมูลค่าปัจจุบัน (present value terms) และจะพิจารณาว่า เข้าเงื่อนไขของหลักเกณฑ์ในการทดสอบส่วนได้เสียในรูปของทุน

มูลค่าปัจจุบันของผลประโยชน์ทางการเงิน คือ มูลค่าที่กำหนดไว้ (nominal terms) ของผลประโยชน์ทางการเงิน ซึ่งคิดลดด้วยอัตราผลตอบแทนที่ใช้เป็นตัวอ้างอิงเปรียบเทียบ (Adjusted benchmark rate of return) ซึ่งอัตราผลตอบแทนที่ใช้เป็นตัวอ้างอิงเปรียบเทียบ คือ อัตราร้อยละ 75 ของอัตราผลตอบแทนที่ใช้เป็นตัวอ้างอิงของส่วนได้เสียที่ทดสอบ (benchmark rate of return on the test interest)¹²⁰ และอัตราผลตอบแทนที่ใช้เป็นตัวอ้างอิงของส่วนได้เสียที่ทดสอบ ดังกล่าว คือ อัตราผลตอบแทนภายในของเครื่องมือทางการเงินอื่นๆ ของ

¹¹⁸ Sub-section 975-20 (1)(d) Income Tax Assessment Act 1997

¹¹⁹ Sub-section 975-20 (1)(e) Income Tax Assessment Act 1997

¹²⁰ Australian Taxation Office, **Debt and equity tests: guide to the debt and equity tests** [ออนไลน์], 20 มีนาคม 2561. แหล่งที่มา <https://www.ato.gov.au/Business/Debt-and-equity-tests/In-detail/Guides/Debt-and-equity-tests--guide-to-the-debt-and-equity-tests/>, p.6.

กิจการนั้นหรือกิจการที่สามารถเทียบเคียงได้ซึ่งออกให้แก่บุคคลภายนอก ซึ่งเครื่องมือทางการเงินอื่นนั้นสามารถเปรียบเทียบได้กับเครื่องมือทางการเงินที่เกี่ยวข้องกับส่วนได้เสียที่ทดสอบนั้น¹²¹

Amount or value of financial benefit in nominal terms

[1 + Adjusted benchmark rate of return]ⁿ

ⁿ หมายถึง จำนวนปีในรอบระยะเวลาเริ่มต้นตั้งแต่วันที่มีการออกส่วนได้เสียที่ทดสอบและสิ้นสุดในวันที่มีการจ่ายคืนผลประโยชน์ทางการเงิน หากกรอบระยะเวลาดังกล่าวรวมแล้วมีส่วนที่ไม่เต็มปี ส่วนนั้นจะถูกคำนวณเป็นเศษส่วน

3.1.4.4 หลักเกณฑ์ในการทดสอบส่วนได้เสียในรูปของทุน (Equity test)

หลักเกณฑ์ในการทดสอบส่วนได้เสียในรูปของทุนได้กำหนดไว้ใน Subdivision 974-C Sub-section 974-75 (1) ของ Income Tax Assessment Act 1997 ส่วนได้เสียในรูปของทุนก็คือส่วนได้เสียในบริษัท ซึ่งจะต้องอยู่ในรูปของหุ้นในบริษัท หรือในรูปของส่วนได้เสียที่ออกภายใต้โครงการซึ่งเป็นข้อตกลงทางการเงินเพื่อประโยชน์ของบริษัท โดยเข้าเงื่อนไขการทดสอบความเป็นทุนที่กำหนดไว้ใน Sub-section 974-75 (1)

ทั้งนี้ ส่วนได้เสียภายใต้โครงการจะเป็นส่วนได้เสียในรูปของทุนในบริษัทหนึ่งได้หากเข้าประเภทของส่วนได้เสียประเภทใดประเภทหนึ่งดังต่อไปนี้ ซึ่งสรุปความได้ว่า¹²²

¹²¹ Paul Abbey, “Aspects of the Debt and Equity Tests,” *Journal of Australian Taxation*, p.88.

¹²² Australian Taxation Office, **Debt and equity tests: guide to the debt and equity tests** [ออนไลน์], 20 มีนาคม 2561. แหล่งที่มา <https://www.ato.gov.au/Business/Debt-and-equity-tests/In-detail/Guides/Debt-and-equity-tests--guide-to-the-debt-and-equity-tests/>, p. 7-8.; Board of Taxation, *Review of the Debt and Equity Tax Rules* (2014), p.9-10.

ประเภทที่ 1 เป็นส่วนได้เสียในบริษัทในฐานะสมาชิกหรือผู้ถือหุ้นของบริษัท¹²³

กล่าวคือ ส่วนได้เสียในฐานะสมาชิกของบริษัทหนึ่ง คือ ส่วนได้เสียในรูปของทุนในบริษัทนั้น ไม่ว่าจะเป็นส่วนสามัญหรือหุ้นบุริมสิทธิ และไม่ว่าในบริษัทจำกัดโดยหุ้นหรือบริษัทจำกัดโดยการรับประกัน¹²⁴

ประเภทที่ 2 เป็นส่วนได้เสียที่ให้สิทธิที่จะได้รับผลตอบแทนในอัตราคงที่ (fixed) หรือแปรผัน (variable) จากบริษัท ซึ่งสิทธิหรือจำนวนผลตอบแทนนั้นมีสาระสำคัญหรือมีผลขึ้นอยู่กับผลการดำเนินงานทางเศรษฐกิจ (ไม่ว่าจะเป็นอดีต ปัจจุบันหรืออนาคต) ของบริษัท หรือกิจกรรมบางส่วนของบริษัทหรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับบริษัท¹²⁵ ทั้งนี้ ส่วนได้เสียประเภทนี้จะต้องอยู่ภายใต้ข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดหาเงินทุน (Financial arrangement) ด้วย

กล่าวคือ ส่วนได้เสียในรูปของทุนซึ่งผู้ถือส่วนได้เสียจะมีสิทธิที่จะได้รับผลตอบแทนโดยขึ้นอยู่กับผลการดำเนินงานทางเศรษฐกิจหรือกิจกรรมบางอย่างของบริษัท เช่น ส่วนได้เสียซึ่งผลตอบแทนขึ้นอยู่กับผลกำไรของบริษัท¹²⁶

ประเภทที่ 3 เป็นส่วนได้เสียที่ให้สิทธิที่จะได้รับผลตอบแทนในอัตราคงที่ (fixed) หรือแปรผัน (variable) จากบริษัท ซึ่งสิทธิหรือจำนวนผลตอบแทนนั้นขึ้นอยู่กับดุลพินิจของบริษัทหรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับบริษัท¹²⁷ ทั้งนี้ ส่วนได้เสียประเภทนี้จะต้องอยู่ภายใต้ข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดหาเงินทุน (Financial arrangement) ด้วย

¹²³ Sub-section 975-75 Income Tax Assessment Act 1997

¹²⁴ Australian Taxation Office, **Debt and equity tests: guide to the debt and equity tests** [ออนไลน์], 20 มีนาคม 2561. แหล่งที่มา <https://www.ato.gov.au/Business/Debt-and-equity-tests/In-detail/Guides/Debt-and-equity-tests--guide-to-the-debt-and-equity-tests/>, p.7.

¹²⁵ Sub-section 975-75 Income Tax Assessment Act 1997

¹²⁶ Australian Taxation Office, **Debt and equity tests: guide to the debt and equity tests** [ออนไลน์], 20 มีนาคม 2561. แหล่งที่มา <https://www.ato.gov.au/Business/Debt-and-equity-tests/In-detail/Guides/Debt-and-equity-tests--guide-to-the-debt-and-equity-tests/>, p.7.

¹²⁷ Sub-section 975-75 Income Tax Assessment Act 1997

กล่าวคือ การให้ผลตอบแทนจะขึ้นอยู่กับดุลพินิจของคณะกรรมการของบริษัท

ประเภทที่ 4 เป็นส่วนได้เสียที่ออกโดยบริษัทหนึ่งซึ่งให้สิทธิแก่ผู้ถือ (หรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ถือ) ในการออกส่วนได้เสียในรูปของทุนในบริษัทหรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับบริษัท หรือเป็นส่วนได้เสียซึ่งจะหรืออาจจะแปลงสภาพเป็นส่วนได้เสียในรูปของทุนในบริษัทหรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับบริษัท¹²⁸ ทั้งนี้ ส่วนได้เสียประเภทนี้จะต้องอยู่ภายใต้ข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดหาเงินทุน (Financial arrangement) ด้วย

กล่าวคือ ผู้ถือส่วนได้เสียที่ออกโดยบริษัทหนึ่งซึ่งให้สิทธิที่จะแปลงเป็นส่วนได้เสียในทางทุนของบริษัทนั้น จะเป็นผู้ถือส่วนได้เสียในทางทุนของบริษัทนั้น

3.1.4.5 ผลของการทดสอบความเป็นหนี้หรือความเป็นทุน

หากส่วนได้เสียที่ทดสอบเข้าเงื่อนไขของหลักเกณฑ์ในการทดสอบส่วนได้เสียทั้งในรูปของหนี้ทั้ง 5 องค์ประกอบดังกล่าวข้างต้น ส่วนได้เสียดังกล่าวจะถือว่าเป็นส่วนได้เสียในรูปของหนี้ แต่หากส่วนได้เสียที่ทดสอบเข้าเงื่อนไขของหลักเกณฑ์ในการทดสอบส่วนได้เสียทั้งในรูปของทุนในเงื่อนไขใดเงื่อนไขหนึ่ง ส่วนได้เสียดังกล่าวจะถือว่าเป็นส่วนได้เสียในรูปของทุน

อย่างไรก็ดี หากส่วนได้เสียที่ทดสอบเข้าเงื่อนไขของหลักเกณฑ์ในการทดสอบส่วนได้เสียทั้งในรูปของหนี้และทุน ส่วนได้เสียดังกล่าวจะถือว่าเป็นส่วนได้เสียในรูปของหนี้¹²⁹

¹²⁸ Sub-section 974-75 Income Tax Assessment Act 1997

¹²⁹ Sub-section 974-5 (4) Income Tax Assessment Act 1997

3.2 หลักเกณฑ์ตามประมวลรัษฎากร

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคล ภาษีมูลค่าเพิ่มและภาษีธุรกิจเฉพาะที่จะนำมาใช้สำหรับการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการโอนสิทธิในการได้รับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตระหว่างผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานกับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีดังนี้

3.2.1 ภาษีเงินได้นิติบุคคล

เนื่องจากการทำธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตระหว่างผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานกับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะมีการจ่ายค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ ให้แก่ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐาน ซึ่งค่าตอบแทนฯ ดังกล่าวอาจจะเข้าลักษณะเป็นรายได้ของผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานซึ่งจะต้องนำมารวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล หรือกรณีที่ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานประกอบการแล้วมีรายได้เกิดขึ้น จะต้องนำรายได้และรายจ่ายที่เกี่ยวข้องมารวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล ดังนั้น ผู้เขียนจึงขออธิบายหลักเกณฑ์การจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลตามประมวลรัษฎากร เพื่อนำมาใช้ในการวิเคราะห์ปัญหาในบทที่ 5 ดังนี้

ภาษีเงินได้นิติบุคคล (Corporate Income Tax) ตามประมวลรัษฎากรเป็นภาษีทางตรงประเภทหนึ่ง ซึ่งเป็นภาษีที่จัดเก็บจากการมีเงินได้ของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล¹³⁰ ตามมาตรา 66 วรรคแรกแห่งประมวลรัษฎากรบัญญัติว่า “บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยหรือที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศและกระทำการกิจการในประเทศไทยต้องเสียภาษีตามบทบัญญัติในส่วนนี้” ซึ่งบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลดังกล่าวมีความหมายเฉพาะตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 39 แห่งประมวลรัษฎากร เช่น บริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัดที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย นิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศ และองค์การของรัฐบาลที่ได้จดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด (เช่น บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน)) เป็นต้น กล่าวคือ หากเป็นนิติบุคคลอื่นที่ไม่ได้อยู่ในนิยามความหมายของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลดังกล่าว ก็ไม่มีหน้าที่ต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามประมวลรัษฎากร¹³¹ เช่น ภาครัฐหรือองค์การของรัฐบาล (เช่น

¹³⁰ สุเมธ ศิริคุณโชติ, กําธกร สิริชูติวงศ์, อติศักดิ์ สืบประดิษฐ์ และกัรัตน์ เจียรนัย, ภาษีอากรตามประมวลรัษฎากร 2558 (กรุงเทพฯ : เรือนแก้วการพิมพ์, 2558), หน้า 166.

¹³¹ ทศนีย์ เหลืองเรืองรอง, ความรู้ทั่วไปกฎหมายภาษีตามประมวลรัษฎากร (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2560), หน้า 132.

การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย) และกองทุนรวมต่าง ๆ ที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 เป็นต้น

ด้วยเหตุนี้ ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานซึ่งมีฐานะเป็นนิติบุคคลประเภท บริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด หรือองค์การของรัฐบาลที่ได้จดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดจึงมีหน้าที่ต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามประมวลรัษฎากร แต่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานซึ่งมีฐานะเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ฯ จึงไม่เป็นหน่วยภาษีที่จะต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามประมวลรัษฎากร สำหรับกรณีธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์นั้น ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ซึ่งมีฐานะเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย สถาบันการเงิน บริษัทหลักทรัพย์ หน่วยงานหรือองค์การของรัฐบาลต่างประเทศ และนิติบุคคลตามกฎหมายต่างประเทศจึงมีหน้าที่ต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามประมวลรัษฎากร และนิติบุคคลเฉพาะกิจซึ่งจัดตั้งขึ้นในรูปแบบบริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัดก็มีหน้าที่ต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามประมวลรัษฎากรด้วย

ฐานในการคำนวณภาษีเงินได้นิติบุคคล คือ กำไรสุทธิของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลซึ่งได้จากกิจการหรือเนื่องจากกิจการที่กระทำในรอบระยะเวลาบัญชี ซึ่งกำไรสุทธिकำนวณได้จากรายได้จากกิจการหรือเนื่องจากกิจการหักด้วยรายจ่ายของกิจการ ทั้งนี้ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 65 วรรคแรกแห่งประมวลรัษฎากร

3.2.1.1 รายได้และรายจ่ายที่ต้องนำมารวมคำนวณเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล

ตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร บัญญัติว่า “เงินได้ที่ต้องเสียภาษีตามความในส่วนนี้คือกำไรสุทธิซึ่งคำนวณได้จากรายได้จากกิจการ หรือเนื่องจากกิจการที่กระทำในรอบระยะเวลาบัญชีหักด้วยรายจ่ายตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในมาตรา 65 ทวิ และมาตรา 65 ตริ และรอบระยะเวลาบัญชีดังกล่าวให้มีกำหนดสิบสองเดือน เว้นแต่ในกรณีดังต่อไปนี้จะน้อยกว่าสิบสองเดือนก็ได้ คือ ...” กล่าวคือ รายได้ที่ต้องนำมารวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลจะต้องเป็นรายได้จากกิจการหรือรายได้เนื่องจากกิจการ และรายจ่ายที่ต้องนำมารวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลจะต้องรายจ่ายตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในมาตรา 65 ทวิ และมาตรา 65 ตริ แห่งประมวลรัษฎากร

1) รายได้ที่ต้องนำมารวมคำนวณเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล

1.1) ความหมายของรายได้

ประมวลรัษฎากรไม่ได้กำหนดความหมายของคำว่า “รายได้” ไว้ แต่มีคำพิพากษาของศาลฎีกาและนักวิชาการภาษีอากรบางท่านเห็นว่า คำว่า “รายได้” ในแง่ภาษีเงินได้นิติบุคคลมีความหมายอย่างเดียวกับคำว่า “เงินได้พึงประเมิน” ที่ใช้กับภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา¹³² ซึ่งมาตรา 39 แห่งประมวลรัษฎากร บัญญัติว่า “เงินได้พึงประเมิน หมายความว่า เงินได้อันเข้าลักษณะพึงเสียภาษีในหมวดนี้ เงินได้ที่กล่าวนี้ให้หมายความรวมถึงทรัพย์สิน หรือประโยชน์อย่างอื่นที่ได้รับ ซึ่งอาจคิดคำนวณได้เป็นเงิน เงินค่าภาษีอากรที่ผู้จ่ายเงินหรือผู้อื่นออกแทนให้สำหรับเงินได้ประเภทต่าง ๆ ตามมาตรา 40 และเครดิตภาษีตามมาตรา 47 ทวิ ด้วย”

กล่าวคือ เงินได้พึงประเมิน หมายถึง¹³³

- ก. เงินสด หรือตราสารที่มีค่าเสมือนเงินสด เช่น ตั๋วเงิน เช็ค ดราฟท์ เป็นต้น
- ข. ทรัพย์สินที่ได้รับซึ่งอาจคำนวณเป็นเงินได้ เช่น ค่าจ้างที่ได้รับเป็นข่าวสาร หรือการที่บริษัทให้หุ้นปันผลแก่ผู้ถือหุ้น เป็นต้น โดยต้องมีการตีราคาทรัพย์สินเป็นเงินตามมาตรา 9 ทวิแห่งประมวลรัษฎากร คือ ให้ถือราคาหรือค่าของทรัพย์สินในวันที่ได้มา
- ค. ประโยชน์อย่างอื่นซึ่งอาจคำนวณเป็นเงินได้ เงินได้พึงประเมินลักษณะนี้ไม่ได้เป็นเงินหรือทรัพย์สิน เช่น ลูกจ้างได้อยู่บ้านนายจ้างโดยไม่ต้องเสียค่าเช่า เป็นต้น โดยต้องมีการตีราคาประโยชน์ที่ได้รับเป็นเงินตามมาตรา 9 ทวิแห่งประมวลรัษฎากร คือ ให้ถือราคาหรือค่าของประโยชน์ในวันที่ได้มา
- ง. เงินค่าภาษีอากรที่ผู้จ่ายเงินหรือผู้อื่นออกแทนให้ไม่ว่าทอดใด ๆ
- จ. เครดิตภาษีเงินปันผล หรือเงินส่วนแบ่งกำไรที่ได้รับจากบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมาย

¹³² ชัยสิทธิ์ ตรีชูธรรม, คำสอนวิชากฎหมายภาษีอากร, (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2552), หน้า 351-353.

¹³³ ไพจิตร โรจนวานิช, ชุมพร เสนไทยและสาโรช ทองประคำ, ภาษีสรรพากร: คำอธิบายประมวลรัษฎากร: เล่ม 1 (กรุงเทพฯ: สามเจริญพาณิชย์, 2553), หน้า 1-018.

อย่างไรก็ดี เนื่องจากความหมายของเงินได้มีจุดเริ่มต้นที่แท้จริงมาจากเศรษฐศาสตร์¹³⁴ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรนำความหมายของเงินได้ในเชิงเศรษฐศาสตร์มาประกอบการให้ความหมายของเงินได้ในทางภาษียด้วย

ในแง่เศรษฐศาสตร์นั้น Robert Murray Haig ได้ให้นิยามความหมายว่า “เงินได้” คือ การเพิ่มหรือเพิ่มพูนขึ้นของอำนาจของบุคคลที่จะสนองต่อความต้องการของเขาในช่วงระยะเวลาหนึ่ง ตราบเท่าที่อำนาจดังกล่าวประกอบด้วย (ก) เงินหรือ (ข) สิ่งอื่น ๆ ที่พอจะวัดมูลค่าได้ในรูปของเงิน*¹³⁵ และ Henry C. Simon ได้ให้นิยามความหมายว่า “เงินได้” หมายถึง ผลบวกของการบริโภคและการเปลี่ยนแปลงของระดับทรัพย์สิน (The algebraic sum of consumption and change in net worth)¹³⁶

จากคำนิยามดังกล่าวของนักเศรษฐศาสตร์ทั้งสองท่าน (Haig-Simons Formula) ที่ได้นำเอาหลัก Accretion Concept มาเป็นตัวกำหนดความหมายของเงินได้ กล่าวคือ นิยามดังกล่าวได้ใช้ทฤษฎีความเพิ่มพูนทางเศรษฐกิจ (Economic Accretion Theory) ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่า เงินได้ คือการเพิ่มหรือเพิ่มพูนขึ้นของอำนาจของบุคคลไม่ว่าจะอยู่ในรูปของเงินหรือสิ่งอื่นที่สามารถวัดมูลค่าเป็นเงินได้ ที่มีผลต่อความสามารถในการบริโภคได้เพิ่มขึ้นและการเพิ่มขึ้นของมูลค่าทรัพย์สินในช่วงระยะเวลาหนึ่ง จะเห็นได้ว่า นิยามความหมายของเงินได้ในแง่เศรษฐศาสตร์ทำให้เงินได้มีความหมายกว้างมาก โดยรวมเงินได้ทุกประเภทในรอบระยะเวลาเสียภาษีไม่ว่าเงินได้นั้นจะปรากฏในรูปของเงินได้ที่มาจากน้ำพักน้ำแรง (earned income) เงินได้ที่ไม่ได้มาจากน้ำพักน้ำแรง (unearned income) เงินได้ที่ไม่ใช่ตัวเงิน (non-money income) ซึ่งรวมถึง

¹³⁴ กันตพิชญ์ อินชมภู, “ปัญหาภาษีเงินได้เกี่ยวกับค่าเสียหาย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายการเงินและภาษีอากร คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555), หน้า 41.

* the increase or accretion to one's power to satisfy his wants in a given period insofar as that power consist of (a) money itself or (b) anything susceptible of evaluation in term of money

¹³⁵ Robert M. Haig, *The Concept of Income-Economic and Legal Aspects*, (New York: Columbia University Press, 1921), p.7.

¹³⁶ Henry C. Simons, *Personal Income Taxation*, (Chicago: University of Chicago Press, 1938), p.50.

เงินได้ในรูปเสมือนเงินได้ (income in kind หรือ imputed income)¹³⁷ ซึ่งสามารถสรุปได้ว่า สิ่งใดก็ตามที่มีผลทำให้จำนวนเงินหรือความมั่งคั่งของบุคคลเพิ่มขึ้น สิ่งนั้นอาจถือได้ว่าเป็นเงินได้

นอกจากนี้ มีข้อสังเกตจากนักวิชาการภาษีอากรบางท่าน¹³⁸ ว่า เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 39 และมาตรา 40 แห่งประมวลรัษฎากรแล้ว นิยามของเงินได้พึงประเมินมีลักษณะความหมายไม่ต่างจากนิยาม เงินได้ในทางเศรษฐศาสตร์ของ Haig-Simons โดยจะเห็นได้จากวิธีเขียนมาตรา 40 เป็นการเขียนแบบรวมยอดไว้ในอนุมาตราที่เป็นเงินได้ประเภทเดียว แต่มีชื่อเรียกต่างกัน หรือมีวิธีกำหนดเงินได้เป็นอย่างอื่น เช่น ในตรา 40 (1) เงินได้เนื่องจากการจ้างแรงงาน ตอนท้ายของมาตราเขียนว่า “...และเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ใด ๆ บรรดาที่ได้เนื่องจากการจ้างแรงงาน” นอกจากนี้ยังมีกรณีเงินได้หลายอย่างแต่จัดอยู่ประเภทเดียวกัน เช่น ในมาตรา 40 (8) ตอนท้ายของมาตราเขียนว่า “...หรือการอื่นนอกจากที่ระบุไว้ใน (1) ถึง (7) แล้ว” ผลคือทำให้เงินได้มีความหมายกว้าง รวมเงินได้ทุกประเภท ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบใดก็ตามที่แสดงถึงอำนาจการเพิ่มขึ้นของอำนาจที่จะได้สรรพลิงสำหรับอุปโภคบริโภค

จากที่กล่าวไว้ข้างต้น ผู้เขียนขอสรุปความหมายของ รายได้ว่า หมายถึง เงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดที่บุคคลได้รับเพิ่มขึ้นจากที่มีอยู่เดิม ซึ่งรวมถึงการเพิ่มขึ้นของความสามารถในการบริโภคและการเพิ่มขึ้นของมูลค่าทรัพย์สิน ภายในช่วงระยะเวลาหนึ่ง โดยบุคคลผู้มีเงินได้ต้องไม่มีภาระในการชดใช้คืน เนื่องจากภาระในการชดใช้คืนไม่เข้าลักษณะที่ทำให้ทรัพย์สินของผู้นั้นเพิ่มขึ้น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

1.2) ประเภทของรายได้

ตามมาตรา 65 วรรคแรกแห่งประมวลรัษฎากรได้กำหนด รายได้ที่ต้องนำมารวมคำนวณเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลไว้ 2 ประเภท กล่าวคือ รายได้จากกิจการและ

¹³⁷ กัณฑ์พิชญ์ อินชมภู, “ปัญหาภาษีเงินได้เกี่ยวกับค่าเสียหาย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายการเงินและภาษีอากร คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555), หน้า 43.

¹³⁸ กาญจนา นิมมานเหมินทร์, วิชาภาษีอากร, (กรุงเทพฯ: ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), หน้า 5-7.

รายได้เนื่องจากกิจการ ซึ่งประมวลรัษฎากรมิได้ให้นิยามความหมายไว้ แต่มีนักวิชาการภาษีอากรบางท่าน¹³⁹ เห็นว่า

ก. รายได้จากกิจการ (operating revenue) หมายถึง รายได้จากการทำงานตามวัตถุประสงค์ที่จดทะเบียนไว้ต่อกระทรวงพาณิชย์ เช่น หากเป็นกรณีบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด วัตถุประสงค์จะอยู่ในหนังสือบริคณห์สนธิ หากเป็นกรณีห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล วัตถุประสงค์จะอยู่ในสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วน เป็นต้น

ข. รายได้เนื่องจากกิจการ (non-operating revenue) หมายถึง รายได้ที่มีได้เกิดจากการประกอบธุรกิจตามปกติของกิจการ แต่เป็นรายได้ที่เกิดขึ้นเนื่องจากการมีการดำเนินงานของกิจการ รายได้เนื่องจากกิจการนี้อาจจะไม่เกิดขึ้นเลยก็ได้ แต่ถ้าเกิดขึ้นแล้วต้องนำมาถือเป็นรายได้ในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลด้วย เช่น รายได้จากการขายทรัพย์สิน รายได้จากดอกเบี้ย เงินปันผล กำไรจากอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ ค่าเวนคืนที่ดิน เงินชดเชยการส่งออกสินค้าในรูปบัตรภาษี เงินที่ได้รับจากการช่วยเหลือจากบริษัทแม่ เบี้ยปรับจากการผิดสัญญา เป็นต้น

2) รายจ่ายที่ต้องนำมารวมคำนวณเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล

ประมวลรัษฎากรไม่ได้กำหนดความหมายของคำว่า “รายจ่าย” ไว้ แต่มีนักวิชาการภาษีอากรบางท่าน¹⁴⁰ ให้ความหมายว่า รายจ่าย คือ ต้นทุนที่หมดสิ้นไปและค่าใช้จ่ายที่เสียไปเพื่อให้ได้มาซึ่งรายได้ กล่าวคือ จำนวนเงินที่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลได้จ่ายไปสำหรับกิจการไม่ว่าจะจ่ายไปเพื่อการประกอบกิจการเพื่อก่อให้เกิดรายได้โดยตรง เช่น ซื้อสินค้ามาขายต่อหรือซื้อวัตถุดิบมาใช้ในการผลิตสินค้า หรือเกี่ยวกับด้านอื่น ๆ ของกิจการ เช่น รายจ่ายทางด้านบริหารจัดการ¹⁴¹ ซึ่งรายจ่ายที่จะนำมาหักออกจากรายได้ในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีนั้นจะต้องไม่ใช่รายจ่ายต้องห้ามตามมาตรา 65 ตรี (1) ถึง (20) แห่งประมวลรัษฎากร เช่น เงินสำรองต่าง ๆ รายจ่ายอันมีลักษณะเป็นการลงทุน รายจ่ายที่มีใช้รายจ่ายเพื่อหากำไร เป็นต้น

¹³⁹ ไพจิตร โรจนวานิช, ชุมพร เสนไสลและสาโรช ทองประคำ, ภาษีสรรพากร: คำอธิบายประมวลรัษฎากร: เล่ม 1, หน้า 2-019.

¹⁴⁰ ดุลยลักษณ์ ตราชูธรรม, หลักกฎหมายภาษีอากร The Principles of Tax Law, หน้า 211 – 212.

¹⁴¹ ไพจิตร โรจนวานิช, ชุมพร เสนไสลและสาโรช ทองประคำ, ภาษีสรรพากร: คำอธิบายประมวลรัษฎากร: เล่ม 1, หน้า 2-034.

3.2.1.2 การรับรู้รายได้และรายจ่ายตามประมวลรัษฎากร

ในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล ประมวลรัษฎากร ได้กำหนดหลักเกณฑ์การรับรู้รายได้รายจ่ายไว้โดยเฉพาะตามมาตรา 65 วรรคสองและวรรคสาม ซึ่งบัญญัติว่า

“การคำนวณรายได้และรายจ่ายตามวรรคหนึ่งให้ใช้เกณฑ์สิทธิ โดยให้นำรายได้ที่เกิดขึ้นในรอบระยะเวลาบัญชีใด แม้ว่าจะยังไม่ได้รับชำระในรอบระยะเวลาบัญชีนั้น มารวมคำนวณเป็นรายได้ในรอบระยะเวลาบัญชีนั้น และให้นำรายจ่ายทั้งสิ้นที่เกี่ยวกับรายได้นั้น แม้จะยังมีได้จ่ายในรอบระยะเวลาบัญชีนั้นมารวมคำนวณเป็นรายจ่ายของรอบระยะเวลาบัญชีนั้น

ในกรณีจำเป็น ผู้มีเงินได้จะขออนุมัติต่ออธิบดีเพื่อเปลี่ยนแปลงเกณฑ์สิทธิและวิธีการทางบัญชี เพื่อคำนวณรายได้และรายจ่ายตามวรรคสองก็ได้ และเมื่อได้รับอนุมัติจากอธิบดีแล้ว ให้ถือปฏิบัติตั้งแต่นั้นเป็นต้นไป”

กล่าวคือ การรับรู้รายได้รายจ่ายเพื่อประโยชน์ในการคำนวณกำไรสุทธิเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล บริษัทจะต้องรับรู้รายได้รายจ่ายตามเกณฑ์สิทธิหรือเกณฑ์อื่นตามที่อธิบดีกรมสรรพากรอนุมัติ

การคำนวณรายได้รายจ่ายโดยใช้เกณฑ์สิทธิตามมาตรา 65 วรรคสอง แห่งประมวลรัษฎากร กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่าให้นำรายได้ที่เกิดขึ้นในรอบระยะเวลาบัญชีใด แม้ว่าจะยังไม่ได้รับชำระในรอบระยะเวลาบัญชีนั้นมารวมคำนวณเป็นรายได้ในรอบระยะเวลาบัญชีนั้น และให้นำรายจ่ายทั้งสิ้นที่เกี่ยวกับรายได้นั้น แม้จะยังมีได้จ่ายในรอบระยะเวลาบัญชีนั้นมารวมคำนวณเป็นรายจ่ายของรอบระยะเวลาบัญชีนั้น แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากประมวลรัษฎากรมิได้บัญญัติความหมายของคำว่า “เกณฑ์สิทธิ” ไว้ เพียงแต่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดังกล่าวข้างต้น ซึ่งการกำหนดในลักษณะดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติว่า บริษัทควรจะรับรู้รายได้รายจ่ายที่เกิดขึ้นอย่างไร ซึ่งกรณีนี้เคยมีคำพิพากษาของศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “...การรับรู้รายได้หรือรายจ่ายตามหลักเกณฑ์สิทธินั้นมีหลักสำคัญอยู่ว่า รายได้หรือรายจ่ายนั้นจะต้องมีความแน่นอนที่ผู้ประกอบการมีสิทธิที่จะได้รับชำระหรือมีหน้าที่จะต้องจ่าย อีกทั้งยังต้องเป็นจำนวนที่แน่นอนสามารถลงบัญชีรับรู้ได้...”¹⁴² จากคำพิพากษาดังกล่าว เห็นว่า ศาลฎีกานำกรอบแนวคิดสำหรับการรายงานทางการเงินซึ่งเป็นหลักการทางบัญชีมาใช้ในการพิจารณาการเกิดขึ้นของรายได้หรือรายจ่าย กล่าวคือ (1) รายได้หรือรายจ่ายต้องมีความ

¹⁴² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3543/2542

แน่นอนที่ผู้ประกอบการจะได้รับชำระหรือมีหน้าที่ต้องชำระ และ (2) ต้องเป็นจำนวนเงินที่แน่นอน สามารถนำมาลงบัญชีได้

นอกจากนี้ ประมวลรัษฎากรได้กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการคำนวณกำไรสุทธิและขาดทุนสุทธิไว้ในมาตรา 65 ทวิ (เช่น รายจ่ายที่ถือเป็นค่าใช้จ่ายไม่ได้ การหักค่าสึกหรอและค่าเสื่อมราคาของทรัพย์สิน การโอนทรัพย์สิน ให้บริการหรือให้กู้ยืมเงินโดยไม่มีค่าตอบแทน การจำหน่ายหนี้สูญ เป็นต้น) และกำหนดรายจ่ายต้องห้ามในการคำนวณกำไรสุทธิไว้ในมาตรา 65 ตรี

3.2.2 ภาษีมูลค่าเพิ่ม

เนื่องจากธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตระหว่างผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานกับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานอาจเข้าลักษณะเป็นการขายสินค้า ซึ่งอยู่ในบังคับจะต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม หรือในกรณีที่ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานขายสินค้าหรือให้บริการเกี่ยวกับกิจการโครงการสร้างพื้นฐาน ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานจะมีหน้าที่ต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่มตามประมวลรัษฎากร ดังนั้น ผู้เขียนจึงขออธิบายถึงหลักเกณฑ์การจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการขายสินค้า เพื่อนำมาใช้ในการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาในบทที่ 4

ภาษีมูลค่าเพิ่ม (Value Added Tax) เป็นภาษีทางอ้อมประเภทหนึ่งที่เกิดขึ้นจากฐานการบริโภค กล่าวคือ เป็นภาษีที่เก็บเมื่อมีการขายสินค้าหรือการให้บริการ และสามารถผลักภาระภาษีให้แก่ผู้อื่นได้ ผู้ที่ต้องรับภาระภาษีมูลค่าเพิ่มที่แท้จริง คือ ผู้บริโภคสินค้าหรือผู้รับบริการ¹⁴³ ภาษีมูลค่าเพิ่มถูกนำมาใช้แทนภาษีการค้า ซึ่งถูกยกเลิกไปเพราะการจัดเก็บภาษีการค้าไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ในปัจจุบัน¹⁴⁴

¹⁴³ ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, คำสอนวิชากฎหมายภาษีอากร, หน้า 526.

¹⁴⁴ สุเมธ ศิริคุณโชติ, กำธร สิริชูติวงศ์, อติศักดิ์ สืบประดิษฐ์และภริรัตน์ เจียรนัย, ภาษีอากรตามประมวลรัษฎากร 2558, หน้า 274.

ภาษีมูลค่าเพิ่มคำนวณจากยอดมูลค่าสินค้าหรือบริการก่อนหักรายจ่ายใด ๆ ตามอัตราภาษีที่กำหนด ซึ่งมีอัตราเดียว โดยต้องคำนวณภาษีสำหรับราชการบริหารส่วนท้องถิ่นเพิ่มในอัตราส่วน 1 ใน 9 ส่วนของภาษีมูลค่าเพิ่มตามประมวลรัษฎากร

ผู้ประกอบการที่สามารถนำภาษีขายมาหักด้วยภาษีซื้อดังกล่าวข้างต้น คือผู้ประกอบการจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่มเท่านั้น ซึ่งกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบการมีหน้าที่ต้องจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่ม คือ กรณีที่กิจการมีรายรับ (มูลค่าของฐานภาษี) เกินกว่า 1,800,000 บาทต่อปี อย่างไรก็ตามหากผู้ประกอบการรายใดประสงค์จะยื่นจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่มโดยมีรายรับไม่ถึง 1,800,000 บาทต่อปี ก็สามารถทำได้ ทั้งนี้ เพื่อมิให้มีการจัดเก็บภาษีซ้ำซ้อนจากสินค้าและบริการที่ต้องผ่านขบวนการหลายชั้นตอนก่อนถึงมือผู้บริโภค ในการคำนวณภาษี ผู้ประกอบการจดทะเบียนสามารถนำภาษีที่เรียกเก็บจากผู้ซื้อหรือผู้รับบริการซึ่งกฎหมายเรียกว่า “ภาษีขาย” ตั้ง แล้วลบหรือเครดิตด้วยภาษีที่ตนถูกผู้ประกอบการจดทะเบียนรายอื่นเรียกเก็บซึ่งกฎหมายเรียกว่า “ภาษีซื้อ” ได้ โดยอาศัยหลักฐานสำคัญที่เรียกว่า ใบกำกับภาษี¹⁴⁵

3.2.2.1 กิจการที่ต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม

ตามมาตรา 77/2 วรรคแรก แห่งประมวลรัษฎากร บัญญัติว่า “การกระทำการดังต่อไปนี้ในราชอาณาจักรให้อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม ตามบทบัญญัติในหมวดนี้

- (1) การขายสินค้าหรือการให้บริการโดยผู้ประกอบการ
- (2) การนำเข้าสินค้าโดยผู้นำเข้า”

กล่าวคือ กิจการที่ต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม ได้แก่ การขายสินค้าหรือการให้บริการโดยผู้ประกอบการ หรือการนำเข้าสินค้าโดยผู้นำเข้า ซึ่งได้กระทำขึ้นในประเทศไทย ซึ่งการขายสินค้าหรือการให้บริการโดยผู้ประกอบการดังกล่าวจะต้องเป็นการขายสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้องโดยตรงหรือเกี่ยวเนื่องกับการประกอบธุรกิจ และมีได้เป็นกิจการที่ได้รับยกเว้นมูลค่าเพิ่ม (ได้แก่ กรณียกเว้นตามมาตรา 81 และ 81/1 แห่งประมวลรัษฎากร กรณียกเว้นตามพระราชกฤษฎีกาซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 81(1)(ข) แห่งประมวลรัษฎากร และกรณียกเว้นตามกฎหมายอื่น)

¹⁴⁵ สุเมธ ศิริคุณโชติ, กำธร สิริชูติวงศ์, อติศักดิ์ สีบประดิษฐ์และภิรรัตน์ เจียรนัย, ภาษีอากรตามประมวลรัษฎากร 2558, หน้า 274.

3.2.2.2 กรณีการขายสินค้า

ในการพิจารณาว่า กรณีใดจะเข้าลักษณะเป็นการขายสินค้าหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณานิยามความหมายของคำว่า “ขาย” และคำว่า “สินค้า” ที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ในบทบัญญัติในหมวด 4 ภาษีมูลค่าเพิ่มแห่งประมวลรัษฎากร

1) ความหมายของคำว่า “ขาย”

ตามมาตรา 77/1 (8) แห่งประมวลรัษฎากร บัญญัติว่า “ขาย หมายความว่า จำหน่าย จ่าย โอนสินค้า ไม่ว่าจะมิใช่ประโยชน์หรือค่าตอบแทนหรือไม่ และให้หมายความรวมถึง

(ก) สัญญาให้เช่าซื้อสินค้า สัญญาซื้อขายผ่อนชำระที่กรรมสิทธิ์ในสินค้ายังไม่โอนไปยังผู้ซื้อเมื่อได้ส่งมอบสินค้าให้ผู้ซื้อแล้ว หรือสัญญาจะขายสินค้าที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขที่อธิบดีกำหนดโดยอนุมัติรัฐมนตรี

(ข) ส่งมอบสินค้าให้ตัวแทนเพื่อขาย

(ค) ส่งสินค้าออกนอกราชอาณาจักร

(ง) นำสินค้าไปใช้ไม่ว่าประการใด ๆ เว้นแต่การนำสินค้าไปใช้เพื่อการประกอบกิจการของตนเอง โดยตรงตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่อธิบดีกำหนด

(จ) มีสินค้าขาดจากรายงานสินค้าและวัตถุดิบตามมาตรา 87 (3) หรือมาตรา 87 วรรคสอง

(ฉ) มีสินค้าคงเหลือและหรือทรัพย์สินที่ผู้ประกอบการ มีไว้ใน การประกอบกิจการ ณ วันเลิกประกอบกิจการ แต่ไม่รวมถึงสินค้าคงเหลือ และหรือทรัพย์สินดังกล่าวของ ผู้ประกอบการซึ่งได้ควบเข้ากัน หรือได้โอนกิจการทั้งหมดให้แก่กัน ทั้งนี้ ผู้ประกอบการใหม่อันได้ควบเข้ากัน หรือผู้รับโอนกิจการต้องอยู่ในบังคับที่ต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่มตามมาตรา 82/3

(ช) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

กรณีอื่นที่ถือเป็นการขายตามมาตรา 77/1 (8) (ช) และตามข้อ 1 ของกฎกระทรวงฉบับที่ 88 (พ.ศ.2534) นั้น ได้แก่ กรณีผู้ประกอบการจดทะเบียนได้รับแจ้งคำสั่งถอนทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่มตามมาตรา 85/10 แห่งประมวลรัษฎากร มีสินค้าคงเหลือและหรือทรัพย์สินที่ผู้ประกอบการมีไว้ใน การประกอบกิจการ ณ วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งถอนทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่ม และกรณีผู้ประกอบการจดทะเบียนได้รับแจ้งการเพิกถอนทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่มตามมาตรา 85/17 แห่ง

ประมวลรัษฎากร มีสินค้าคงเหลือและทรัพย์สินที่ผู้ประกอบการมีไว้ในประกอบการ ณ วันที่ได้รับแจ้งการเพิกถอนทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่ม

จะเห็นได้ว่า คำว่า “ขาย” ตามประมวลรัษฎากร หมายถึง การเปลี่ยนมือของสินค้าจากบุคคลหนึ่งไปยังอีกบุคคลหนึ่ง ไม่ว่าจะการเปลี่ยนมือของสินค้าจะเป็นไปในลักษณะใด และมีค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม¹⁴⁶

2) ความหมายของคำว่า “สินค้า”

ตามมาตรา 77/1 (9) แห่งประมวลรัษฎากร บัญญัติว่า “สินค้า หมายความว่า ทรัพย์สินที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่าง ที่อาจมีราคาและถือเอาได้ไม่ว่าจะมีไว้เพื่อขาย เพื่อใช้ หรือเพื่อการใด ๆ และให้หมายความรวมถึงสิ่งของทุกชนิดที่นำเข้า”

จะเห็นได้ว่า คำว่า “สินค้า” ตามประมวลรัษฎากรมีความหมายค่อนข้างกว้างมาก และมีความหมายกว้างกว่าสินค้าในทางบัญชี กล่าวคือ สินค้าตามประมวลรัษฎากร นอกจากหมายถึงสินค้าที่ผู้ประกอบการมีไว้เพื่อขาย หรือผลิตขึ้นไว้เพื่อขายแล้ว ยังหมายความรวมถึงทรัพย์สินที่มีไว้เพื่อใช้ในกิจการ เช่น รถยนต์ที่ใช้ในกิจการ เครื่องคอมพิวเตอร์ เป็นต้นด้วย ในขณะที่สินค้าในทางบัญชีมีความหมายเฉพาะแต่ทรัพย์สินที่กิจการมีไว้เพื่อขายตามปกติของกิจการ อันได้แก่ สินค้าสำเร็จรูป (finished goods) สินค้าระหว่างทำ (goods in process) หรืองานระหว่างทำ (work in process: WIP) หรือวัตถุดิบ (raw material) และวัสดุ (supply) ซึ่งเกิดขึ้นจากกระบวนการผลิตสินค้าเพื่อขายของกิจการเท่านั้น¹⁴⁷

กรณีทรัพย์สินไม่มีรูปร่างนั้น น่าจะมีความหมายเช่นเดียวกับทรัพย์สินตามมาตรา 138 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งหมายความรวมถึงสิทธิเรียกร้องด้วย นอกจากนี้ตามกฎหมายกระทรวงฉบับที่ 189 (พ.ศ. 2534) ได้ยกตัวอย่างการขายสินค้าที่ไม่มีรูปร่างไว้ ได้แก่ สิทธิในสิทธิบัตร กู้ดวิลล์ เครื่องหมายการค้า ลิขสิทธิ์ สัมปทาน ค่าสิทธิหรือสินค้าที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน เป็นต้น

¹⁴⁶ ไพจิตร โรจนวานิช ชุมพร เสนโสม และสาโรช ทองประคำ, *ภาษีสรรพากร*, หน้า 4-005.

¹⁴⁷ สมาคมนักบัญชีและผู้สอบบัญชีรับอนุญาตแห่งประเทศไทย, *ศัพท์บัญชี* (กรุงเทพฯ : สมาคมนักบัญชีและผู้สอบบัญชีรับอนุญาตแห่งประเทศไทย), หน้า 59.

3.2.3 ภาษีธุรกิจเฉพาะ

ภาษีธุรกิจเฉพาะ (Specific Business Tax) เป็นภาษีทางอ้อมประเภทหนึ่งที่เกิดขึ้นจากการจัดเก็บจากการบริโภคหรือการบริการเฉพาะอย่าง การจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะมีรูปแบบเดียวกับการจัดเก็บภาษีการค้าที่ยกเลิกไปแล้ว¹⁴⁸ เหตุผลที่ยังคงกำหนดให้กิจการบางอย่างต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ เนื่องจากกิจการบางประเภทไม่อาจจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มได้อย่างมีประสิทธิภาพ และแม้จะจัดเก็บได้ก็ก่อให้เกิดความยุ่งยากซับซ้อนในการคำนวณมูลค่าเพิ่มที่เกิดขึ้นในแต่ละขั้นตอนของการบริการ อีกทั้งกิจการดังกล่าวยังเป็นกิจการที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองของประเทศ¹⁴⁹

ในการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะนั้น จะจัดเก็บจากรายรับที่ผู้มีหน้าที่เสียภาษีได้รับหรือพึงได้รับจากการประกอบกิจการ ซึ่งรายรับ หมายความว่า เงิน ทรัพย์สิน ค่าตอบแทน หรือประโยชน์ใด ๆ อันมีมูลค่าที่ได้รับหรือพึงได้รับไม่ว่าในหรือนอกราชอาณาจักรเนื่องจากการประกอบกิจการตามมาตรา 91/1 (1) แห่งประมวลรัษฎากร ทั้งนี้ ฐานภาษีธุรกิจเฉพาะ กรณีการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ คือ ดอกเบี้ย* ส่วนลด ค่าธรรมเนียม ค่าบริการ หรือกำไรก่อนหักรายจ่ายใด ๆ จากการซื้อหรือขายหรือที่ได้จากตัวเงิน หรือตราสารแสดงสิทธิในหนี้ใด ๆ และกำไรก่อนหักรายจ่ายใด ๆ จากการแลกเปลี่ยนหรือซื้อขายเงินตรา การออกตัวเงินหรือตราสารแสดงสิทธิ

¹⁴⁸ ไพจิตร โรจนวานิช ชุมพร เสนไสย และสาโรช ทองประคำ, ภาษีสรรพากร, หน้า 5-001.

¹⁴⁹ ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม, คำสอนวิชากฎหมายภาษีอากร, หน้า 604.

* กรณีดอกเบี้ยนั้น กรมสรรพากรได้วางแนวทางปฏิบัติตามคำสั่งกรมสรรพากรที่ ป. 26/2534 เรื่อง ดอกเบี้ยสำหรับกิจการเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ตามมาตรา 91/5 (5) แห่งประมวลรัษฎากร กำหนดให้รายรับกรณีดอกเบี้ยสำหรับกิจการเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ไม่ต้องนำมาคำนวณเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ ได้แก่ รายรับกรณีดังนี้

- กรณีบริษัทในเครือเดียวกัน ให้กู้ยืมเงินกันเอง ไม่ว่าจะนำเงินของตนหรือนำเงินที่กู้ยืมจากบุคคลอื่นมาให้กู้ยืมในระหว่างกันเอง และไม่ว่าจะคิดดอกเบี้ยในอัตราเท่าใดก็ตาม ดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นจากการกู้ยืมเงินในกรณีเช่นนี้ ไม่ต้องนำมารวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ ทั้งนี้ ไม่รวมถึงกรณีเป็นการประกอบกิจการธนาคารตามมาตรา 91/2 (1), ธุรกิจเงินทุนหลักทรัพย์ตามมาตรา 91/2 (2) และธุรกิจการรับประกันภัยตามมาตรา 91/2 (3)

- กรณีที่บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลนำเงินทุน เงินกู้ยืม เงินเพิ่มทุน หรือเงินอื่นที่เหลืออยู่ไปฝากธนาคารหรือซื้อตัวเงินของสถาบันการเงินอื่น โดยได้รับดอกเบี้ยตามอัตราปกติ กรณีเช่นนี้ไม่ถือว่าดอกเบี้ยนั้นเป็นรายรับที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ แม้ว่าบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลนั้นจะประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ก็ตาม

- กรณีบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลมีระเบียบเกี่ยวกับเงินกองทุนสะสมพนักงาน หรือทุนอื่นใดเพื่อพนักงาน และบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลได้นำเงินกองทุนนี้ออกให้พนักงานที่เป็นสมาชิกกู้ยืมเป็นสวัสดิการ โดยคิดดอกเบี้ยสำหรับเงินที่กู้ยืมนั้นตามสมควร ไม่ต้องนำดอกเบี้ยนั้นมารวมคำนวณเป็นรายรับเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ

ในหนี้ใด ๆ หรือการส่งเงินไปต่างประเทศ นอกจากนี้ยังจะต้องจัดเก็บภาษีท้องถิ่นในอัตราร้อยละ 10 ของอัตราภาษีธุรกิจเฉพาะด้วย

ผู้มีหน้าที่เสียภาษีธุรกิจเฉพาะ คือ บุคคลซึ่งประกอบกิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ ได้แก่ บุคคลธรรมดา คณะบุคคลที่มีใช้นิติบุคคล (หมายความรวมถึง ห้างหุ้นส่วนสามัญ กองทุน มูลนิธิที่มีใช้นิติบุคคล และหน่วยงานหรือกิจการที่กระทำโดยบุคคลธรรมดาตั้งแต่สองคนขึ้นไป) หรือนิติบุคคล (หมายความรวมถึงบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล องค์การของรัฐบาล สหกรณ์ และองค์กรอื่นที่กฎหมายกำหนดให้เป็นนิติบุคคล) ทั้งนี้ ตามมาตรา 91/1 วรรคสอง ประกอบกับมาตรา 77/1 แห่งประมวลรัษฎากร กล่าวคือ ในกรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ที่นั้น กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะต้องมีหน้าที่เสียภาษีธุรกิจเฉพาะด้วย

3.2.3.1 กิจการที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ

กิจการเฉพาะอย่างตามกฎหมายกำหนดให้ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะนั้น จะต้องมึลักษณะเป็นการประกอบกิจการในราชอาณาจักร และเป็นกิจการตามมาตรา 91/2 แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งได้แก่¹⁵⁰

- (1) การธนาคาร ตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์หรือกฎหมายเฉพาะ
- (2) การประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ ธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์
- (3) การรับประกันชีวิต ตามกฎหมายว่าด้วยการประกันชีวิต
- (4) การรับจํานำ ตามกฎหมายว่าด้วยโรงรับจํานำ
- (5) การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ เช่น การให้กู้ยืมเงิน ค้ำประกัน แลกเปลี่ยนเงินตรา ออก ซื่อ หรือขายตัวเงิน หรือรับส่งเงินไปต่างประเทศด้วยวิธีต่าง ๆ
- (6) การขายอสังหาริมทรัพย์เป็นทางการค้าหรือหากำไร ไม่ว่าอสังหาริมทรัพย์นั้นจะได้มาโดยวิธีใดก็ตาม ทั้งนี้ เฉพาะที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขตามที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา

¹⁵⁰ มาตรา 91/2 แห่งประมวลรัษฎากร

(7) การขายหลักทรัพย์ ตามกฎหมายว่าด้วยตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยในตลาดหลักทรัพย์

(8) การประกอบกิจการอื่นตามที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา เช่น การประกอบกิจการซื้อหรือขายคืนหลักทรัพย์โดยมีสัญญาขายหรือซื้อคืน (Repurchase Agreement หรือ REPO) ตามพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการกำหนดกิจการที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะและกำหนดฐานภาษี สำหรับกิจการที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะบางกรณี (ฉบับที่ 350) พ.ศ. 2542 หรือการประกอบธุรกิจแฟกเตอร์ริง (Factoring) ตามพระราชกฤษฎีกา ออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการกำหนดกิจการที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ และกำหนดฐานภาษี สำหรับกิจการที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะบางกรณี (ฉบับที่ 358) พ.ศ. 2542

อย่างไรก็ดี ประมวลรัษฎากรได้กำหนดให้กิจการบางประเภทได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ ได้แก่ กิจการที่ได้รับยกเว้นตามมาตรา 91/3 แห่งประมวลรัษฎากร และกิจการที่ได้รับยกเว้นตามพระราชกฤษฎีกา เป็นต้น

3.2.3.2 การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ กรณีการให้กู้ยืมเงิน

การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์เป็นกิจการประเภทหนึ่งที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับการให้กู้ยืมเงิน ค่าประกัน แลกเปลี่ยนเงินตรา ออก ซื้อหรือขายตัวเงิน หรือรับส่งเงินไปต่างประเทศด้วยวิธีต่าง ๆ

ทั้งนี้ เนื่องจากวิถยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งหากพิจารณาว่าเข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ กรณีของการให้กู้ยืมเงิน กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานก็จะมีหน้าที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามประมวลรัษฎากร ดังนั้น ในหัวข้อนี้ ผู้วิจัยจึงขออธิบายเฉพาะหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ กรณีของการให้กู้ยืมเงินเท่านั้น

1) ความหมายของการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์

การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ หมายถึง ผู้ประกอบการที่มีใช้ธนาคารพาณิชย์ แต่ประกอบกิจการในลักษณะเดียวกับธนาคารพาณิชย์ตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2502 (ซึ่งปัจจุบันได้ยกเลิกไปแล้ว) เช่น การให้กู้ยืมเงิน ค้ำประกัน แลกเปลี่ยนเงินตรา ออก ซื้อหรือขายตัวเงิน หรือรับส่งเงินไปต่างประเทศด้วยวิธีต่าง ๆ ระหว่างประชาชนด้วยกันเอง ซึ่งในความหมายดังกล่าวนี้เป็นเพียงตัวอย่างกิจการที่ถือเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์เท่านั้น การประกอบกิจการนอกเหนือจากนี้อาจถือเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ได้¹⁵¹

1.1) ความหมายของการให้กู้ยืมเงิน¹⁵²

การให้กู้ยืมเงิน หมายถึง การให้เงินหรือเครดิตทางการเงินตามที่ได้ตกลงกันไว้ โดยผู้รับเงินหรือเครดิตทางการเงินที่ใช้กู้ยืมไป และมีการกำหนดให้ผู้กู้ชำระเงินกู้คืนทั้งจำนวนเมื่อครบกำหนดระยะเวลา หรือให้ผ่อนชำระเป็นรายเดือนหรือรายงวดก็ได้ โดยผู้กู้ยอมเสียดอกเบี้ยให้แก่ผู้ให้กู้เพื่อเป็นการตอบแทนการกู้ยืมเงิน

1.2) ความหมายของการประกอบกิจการโดยปกติ

การประกอบกิจการโดยปกติ หมายถึง ประกอบกิจการดังกล่าวเช่นที่เคยปฏิบัติมา¹⁵³ กล่าวคือ จะต้องทำเป็นประจำ ทำเป็นธุรกิจไม่ว่าจะกระทำเป็นประจำหรือเป็นส่วนประกอบของธุรกิจอื่น ทำเป็นธุรกิจโดยมีเจตนาที่จะหากำไรจากการประกอบกิจการนั้น หากประกอบกิจการดังกล่าวเพียงครั้งเดียวแล้วเลิก ไม่ถือเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์¹⁵⁴

¹⁵¹ กัมปนาท บุณรอด, “การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์,” สรรพากรสาส์น 57, ฉบับที่ 12 (ธันวาคม 2553), หน้า 16-17.

¹⁵² เรื่องเดียวกัน, หน้า 19-20.

¹⁵³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 702/2552

¹⁵⁴ กัมปนาท บุณรอด, “การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์,” สรรพากรสาส์น 57, หน้า 17.

2) แนวทางการวินิจฉัยเกี่ยวกับการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยง
ธนาคารพาณิชย์ กรณีการให้กู้ยืมเงิน

2.1) แนวคำวินิจฉัยของกรมสรรพากร เห็นว่า การประกอบกิจการ
โดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ กรณีการให้กู้ยืมเงินนั้น (ก) กรณีที่ผู้ให้กู้เป็นผู้เป็นบุคคลธรรมดา หากมิได้
ประกอบอาชีพให้กู้ยืมเงินมาก่อนและเป็นการให้กู้ยืมครั้งแรกและครั้งเดียว ไม่ถือเป็นการประกอบ
กิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ แต่หากการให้กู้ยืมเงินดังกล่าวเป็นการประกอบอาชีพเพื่อให้
ได้รับดอกเบี้ย แม้กระทำเพียงครั้งเดียว ก็เข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคาร
พาณิชย์ และ (ข) กรณีที่ผู้ให้กู้เป็นนิติบุคคล แม้ให้กู้ยืมเงินเพียงครั้งคราว เพียง 1-2 ครั้งต่อปี ก็เข้า
ลักษณะเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์แล้ว เช่น

- บริษัทประกอบกิจการนำเข้าและจำหน่ายเครื่องดื่ม
นอกจากนี้ยังนำเงินทุนของตนเองออกให้ผู้อื่นกู้ยืมเป็นครั้งคราว เพียง 1-2 ครั้งต่อปี การให้กู้ยืมเงิน
ดังกล่าวเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ แต่ได้รับ
ยกเว้นไม่ต้องจดทะเบียนภาษีธุรกิจเฉพาะตามข้อ 1(2) แห่งประกาศอธิบดีฯ เกี่ยวกับภาษีธุรกิจเฉพาะ
ลงวันที่ 30 ธันวาคม 2535¹⁵⁵

- รายรับจากดอกเบี้ยและค่าธรรมเนียมในการจัดหาเงินกู้
ซึ่งถือเป็นดอกเบี้ยนั้น บริษัทจะต้องนำรายรับดังกล่าวมาเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ ในประเภทการ
ประกอบกิจการเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ตามมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร ในอัตราร้อยละ 3.3
โดยที่การให้กู้ยืมดังกล่าวไม่ได้ทำเป็นปกติธุระหากแต่เป็นการประกอบกิจการเป็นครั้งคราว จึงไม่ต้องจด
ทะเบียนภาษีธุรกิจเฉพาะแต่อย่างใด ทั้งนี้ ตามประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับภาษีธุรกิจเฉพาะ
เรื่อง การกำหนดกิจการที่ไม่ต้องจดทะเบียนภาษีธุรกิจเฉพาะ ลงวันที่ 30 ธันวาคม พ.ศ. 2535¹⁵⁶

- นาย ก ได้นำเงินของตนเองไปให้บริษัทฯ กู้ยืม หากท่าน
มิได้มีการประกอบอาชีพให้กู้ยืมเงินมาก่อนและเป็นการให้กู้ยืมครั้งแรกและครั้งเดียวการให้กู้ยืมเงิน

¹⁵⁵ หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0802/7682 ลงวันที่ 6 กันยายน 2539

¹⁵⁶ หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0811/16976 ลงวันที่ 16 ธันวาคม 2541

ดังกล่าว ไม่เข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ตามมาตรา 91/2(5) แห่งประมวลรัษฎากร¹⁵⁷

- กรณีบุคคลธรรมดาโอนเงินของตนให้บุคคลอื่นกู้ยืม หากเป็นการให้กู้ยืมเงินโดยประกอบการเป็นอาชีพเพื่อให้ได้รับดอกเบี้ย (แม้เป็นการให้กู้ยืมเงินครั้งแรก และครั้งเดียวเพื่อใช้ในการบริหารงาน) การให้กู้ยืมดังกล่าวก็เข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2(5) แห่งประมวลรัษฎากร ดังนั้น นาย ส. ซึ่งเป็นผู้ประกอบการดังกล่าวจึงมีหน้าที่ต้องจดทะเบียนภาษีธุรกิจเฉพาะและเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ¹⁵⁸

- คณะบุคคลทำสัญญาให้บริษัทฯ กู้ยืมเงินเพื่อมุ่งหวังที่จะได้รับดอกเบี้ยเป็นการตอบแทน แม้จะไม่ได้กู้ยืมเงินจากบุคคลอื่นเพื่อนำมาให้กู้ต่อก็ตาม การกู้ยืมเงินตามสัญญาดังกล่าวเป็นการให้กู้ยืมเงินโดยมิได้กำหนดระยะเวลาสิ้นสุดของสัญญาไว้แน่นอนและเป็น การให้กู้ยืมเงินจึงเป็นการประกอบอาชีพเพื่อให้ได้รับดอกเบี้ย เข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2(5) แห่งประมวลรัษฎากร คณะบุคคลฯ ต้องนำรายรับจากดอกเบี้ยมาเป็นฐานในการคำนวณเพื่อเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/5(5) แห่งประมวลรัษฎากร และมีหน้าที่ต้องจดทะเบียนภาษีธุรกิจเฉพาะ¹⁵⁹

2.2) ส่วนแนวคำพิพากษาศาลฎีกา เห็นว่า การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ กรณีการให้กู้ยืมเงินนั้น (ก) ต้องเข้าลักษณะเป็นการให้กู้ยืมเงิน โดยพิจารณาเจตนาการเข้าทำสัญญาของผู้สัญญาว่า เป็นการให้กู้ยืมเงินหรือไม่ (โดยไม่ได้พิจารณาเฉพาะแต่ข้อความในสัญญา) และมีการจ่ายดอกเบี้ยให้แก่กันหรือไม่ และ (ข) เป็นการประกอบการโดยปกติ กล่าวคือ มีการให้กู้ยืมเงินกันเป็นประจำ ไม่ใช่เพียงครั้งเดียว และในกรณีที่ผู้ให้กู้เป็นนิติบุคคล ศาลจะพิจารณาวัตถุประสงค์ในหนังสือบริคณห์สนธิหรือข้อบังคับของผู้ให้กู้ด้วยว่า มีวัตถุประสงค์ในการให้สินเชื่อหรือให้กู้ยืมเงินหรือไม่ เช่น

¹⁵⁷ หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0811/11481 ลงวันที่ 8 พฤศจิกายน 2542

¹⁵⁸ หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0706/3184 ลงวันที่ 18 เมษายน 2549

¹⁵⁹ หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค 0706/8573 ลงวันที่ 23 สิงหาคม 2550

- การให้กู้ยืมเงินของโจทก์เป็นการประกอบกิจการโดยปกติในทางการค้าของโจทก์อย่างหนึ่งนอกเหนือจากการจำหน่ายรถยนต์ แม้โจทก์ซึ่งเป็นผู้ผลิตและจำหน่ายรถยนต์จะให้ลูกค้ากู้ยืมเงินโดยจำกัดตัวบุคคลผู้กู้ และมีเงื่อนไขในการกู้ว่า ต้องนำเงินกู้ขึ้นไปปฏิบัติตามโครงการส่งเสริมการค้าของโจทก์ก็ตาม ก็ย่อมไม่พ้นจากการประกอบธุรกิจในการให้กู้ยืมเงิน เพราะถึงอย่างไรโจทก์ก็ยังคงต้องการดอกเบี้ยจากผู้กู้ผู้นั้นเอง เมื่อการให้กู้ยืมเงินของโจทก์เป็นการประกอบกิจการโดยปกติในทางการค้าของโจทก์ จึงถือเป็นกิจการของผู้ที่ประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ (ทั้งนี้ มีข้อเท็จจริงในคดีนี้ว่า ระหว่างเดือนธันวาคม 2517 ถึงเดือนกันยายน 2520 โจทก์ให้กู้จำนวน 23 ราย และได้รับดอกเบี้ยเป็นเงิน 6,095,140.77บาท และหนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับของโจทก์ระบุว่าโจทก์ประกอบกิจการค้าโดยมีวัตถุประสงค์ให้กู้เงินหรือให้สินเชื่ออย่างอื่นด้วย)¹⁶⁰

- การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ที่จะเข้าข่ายบัญชีอัตราภาษีการค้าประเภทการค้า 12. ธนาคารชนิด 1 อันจะต้องเสียภาษีการค้านั้นจะต้องมีลักษณะทำนองเดียวกับธนาคารและจะต้องเป็นการประกอบกิจการโดยปกติด้วย คำว่า “โดยปกติ” ย่อมมีความหมายอยู่ในตัวว่าได้มีการประกอบกิจการดังเช่นที่เคยปฏิบัติมา การที่โจทก์ขายกิจการด้านการตลาดให้แก่บริษัทอื่นแล้วแปลงหนี้เป็นหนี้เงินกู้ หรือการที่โจทก์ให้บริษัทอื่นกู้ยืมเงินไปสร้างโรงงานผลิตแก๊สคาร์บอนไดออกไซด์หรือซื้อเรือบรรทุกน้ำมันซึ่งแต่ละรายล้วนแต่ได้กระทำเพียงครั้งเดียวทั้งสิ้นไม่อาจแปลไปได้ว่าเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ทั้งนี้แม้จะได้รับดอกเบี้ยเป็นประจำโดยตลอดและได้ดอกเบี้ยต่ำโดยโจทก์ได้ประโยชน์ในการขยายกิจการและการผลิตการจำหน่ายเพิ่มขึ้นก็ตาม¹⁶¹

- จำเลยที่ 1 ให้ อ. และ ป. ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นและเคยเป็นกรรมการผู้มีอำนาจกระทำการแทนจำเลยที่ 1 กู้ยืมเพียงครั้งเดียว มิได้ให้บุคคลอื่นกู้ยืมอีก กรณียังถือไม่ได้ว่าเป็นการประกอบกิจการเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ตาม ป.รัชฎากร มาตรา 91/2 (5) จำเลยที่ 1 จึงไม่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ¹⁶²

¹⁶⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 520/2525

¹⁶¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 3417/2529

¹⁶² คำพิพากษาฎีกาที่ 9754/2544

- แม้วัตถุประสงค์ของบริษัทโจทก์ตามหนังสือบริคณห์สนธิ จะมีวัตถุประสงค์ให้กู้ยืมเงินด้วย แต่ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า โจทก์ดำเนินการให้กู้ยืมเงินอย่างธนาคาร แม้ค่าของกู้เงินบำรุงไร่อ้อยจะมีข้อความว่า ขอกู้เงิน แต่ข้อความดังกล่าวชี้ให้เห็นเจตนาระหว่างโจทก์กับชาวไร่อ้อยอยู่ว่า การที่โจทก์ส่งจ่ายเช็คล่วงหน้าให้ชาวไร่อ้อยนั้นก็เพื่อช่วยเหลือชาวไร่อ้อย โดยให้นำเช็คไปแลกเอาเงินจากธนาคารพาณิชย์โดยวิธีการขายเช็ค ชาวไร่อ้อยต้องเสียดอกเบี้ยให้แก่ธนาคารพาณิชย์ผู้รับซื้อเช็คโดยตรง ชาวไร่อ้อยไม่ได้รับเงินจากโจทก์และไม่ต้องจ่ายดอกเบี้ยให้แก่โจทก์ ข้อตกลงมีผลบังคับเพียงให้ชาวไร่อ้อยนำอ้อยที่ปลูกได้มาขายให้แก่โจทก์ โดยคิดหักราคาค่าอ้อยชำระหนี้ตามเช็ค ทั้งนี้ เพื่อที่โจทก์จะได้มีวัตถุประสงค์อ้อยป้อนเข้าโรงงานน้ำตาลของโจทก์ ข้อตกลงดังกล่าวแม้จะมีข้อความว่า ค่าของกู้เงินบำรุงไร่อ้อย ซึ่งมีคำว่า กู้เงิน แต่ลักษณะธุรกรรมในเรื่องนี้หาได้มีวัตถุประสงค์เป็นการให้กู้ยืมไม่ แต่เป็นสัญญาต่างตอบแทนที่บังคับกันได้ระหว่างโจทก์กับชาวไร่อ้อย กรณีมิใช่เป็นเรื่องที่โจทก์ประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์โดยการให้ชาวไร่อ้อยกู้ยืมเงินตามประมวลรัษฎากร มาตรา 91/2(5) ดังนั้น การที่เจ้าพนักงานประเมินทำการประเมินให้โจทก์เสียภาษีธุรกิจเฉพาะในส่วนที่ถือว่าเป็นดอกเบี้ยของเงินตามเช็คนั้น จึงไม่ชอบ¹⁶³

- การที่โจทก์ให้บริษัท ส. จำกัด ยึดถือเงินค่างวดล่วงหน้า ที่ลูกค้าชำระให้โจทก์จำนวนนับร้อยล้านบาท โดยไม่มีดอกเบี้ย เป็นกรณีไม่มีเหตุอันสมควรตามประมวลรัษฎากรมาตรา 65 ทวิ (4) เจ้าพนักงานมีอำนาจประเมินดอกเบี้ยตามราคาตลาดในวันที่ให้กู้ยืมเงินได้ และโจทก์ให้กู้ยืมเงินจำนวนมาก อีกทั้งทำเป็นปกติธุระทุกเดือนในช่วงปี 2534 ถึง 2536 เป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ตามมาตรา 91/2 วรรคท้าย¹⁶⁴

- การที่โจทก์ให้กรรมการและพนักงานของโจทก์กู้ยืมเงิน โดยโจทก์มียอดเงินเบิกเกินบัญชีเมื่อปี 2535 และ 2536 เป็นเงินปีละ 18 ล้านบาทเศษ แต่โจทก์ให้กรรมการและพนักงานของโจทก์กู้ยืมเงินเป็นเงินรวม 7,500,000 บาท และ 8,000,000 บาท ตามลำดับ จากบัญชีเบิกเงินเกินบัญชีในปี 2535 โจทก์ให้กรรมการกู้ยืม 6 ครั้ง และในปี 2536 โจทก์ให้กรรมการกู้ยืม 2 ครั้ง กรณีดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการประกอบกิจการเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ โจทก์จึงต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามประมวลรัษฎากร มาตรา 91/2 (5)¹⁶⁵

¹⁶³ คำพิพากษาฎีกาที่ 4587/2546

¹⁶⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 2278/2548

¹⁶⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 5568/2548

- การที่งบการเงินปี 2535 และ 2536 ของโจทก์ ปรากฏว่า โจทก์ได้ให้กรรมการและบุคคลอื่นกู้ยืมเงินทุกปี แต่ก็เป็นการให้กู้ยืมเงินอันเนื่องมาจากการเพิ่มทุน โดยออกหุ้นใหม่เมื่อวันที่ 5 ตุลาคม 2533 เพียงคราวเดียวเท่านั้น ข้อเท็จจริงฟังไม่ได้ว่า โจทก์ประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ จึงไม่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามประมวลรัษฎากร มาตรา 91/2 (5)¹⁶⁶

- การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ที่จะเข้าข่ายต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะจะต้องมีลักษณะทำนองเดียวกับธนาคารและจะต้องประกอบกิจการโดยปกติด้วย คำว่า “โดยปกติ” ย่อมมีความหมายอยู่ในตัวว่า ได้ประกอบกิจการดังกล่าวเช่นที่เคยปฏิบัติมา ตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในสำนวนการตรวจสอบภาษีอากรสำหรับรอบระยะเวลาบัญชี พินิจไม่ปรากฏว่า โจทก์ให้กู้ยืมเงินโดยเรียกเอาดอกเบี้ยเป็นการหาประโยชน์จากการให้กู้ยืมเงินแต่อย่างใด และไม่ปรากฏว่า โจทก์ประกอบกิจการดังกล่าวโดยปกติในรอบระยะเวลาบัญชีก่อนๆ ดังนั้น กรณีโจทก์รับเงินจากการขายที่ดินเป็นจำนวนมาก แต่ไม่นำไปแสวงหาประโยชน์หรือไม่นำไปใช้หนี้เงินกู้ยืมก็ไม่ได้ว่าโจทก์ประกอบกิจการดังกล่าวโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ เจ้าพนักงานประเมินของจำเลยจะกำหนดดอกเบี้ยจากเงินดังกล่าวถือเป็นรายรับต้องนำมาคำนวณภาษีธุรกิจเฉพาะหาได้ไม่ จึงต้องเพิกถอนการประเมินของเจ้าพนักงานประเมินในส่วนนี้¹⁶⁷

3.3 หลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

3.3.1 สัญญาซื้อขาย

3.3.1.1 ลักษณะของสัญญาซื้อขาย

สัญญาซื้อขายเป็นเอกเทศสัญญาประเภทหนึ่งตามบรรพ 3 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยนิยามของสัญญาซื้อขายบัญญัติไว้ในมาตรา 453 ว่า “อันว่าซื้อขายนั้นคือสัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่ง เรียกว่าผู้ขาย โอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า ผู้ซื้อ และผู้ซื้อตกลงว่าจะใช้ราคา ทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขาย” ซึ่งจากนิยามดังกล่าวจะสรุปสาระสำคัญของสัญญาซื้อขายได้ว่า

¹⁶⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 687/2550

¹⁶⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 702/2552

ก. เป็นสัญญาชนิดหนึ่งซึ่งเป็นนิติกรรมสองฝ่าย แต่ละฝ่ายจะมีคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ ฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้ซื้อ อีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้ขาย

ข. มีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทน

ค. เมื่อมีการตกลงทำสัญญาหรือยินยอมเข้าทำสัญญากันระหว่างผู้ซื้อกับผู้ขายแล้ว สัญญาซื้อขายก็สมบูรณ์ทันที

ง. สัญญาซื้อขายเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดผลในทางทรัพย์สิน หมายความว่าก่อให้เกิดผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน กรณีที่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโอนทันทีที่ทำสัญญาจะเป็นไปตามมาตรา 458 หรือกรรมสิทธิ์จะยังไม่โอนไปจนกว่าจะได้ทำตามเงื่อนไขหรือเงื่อนไขจะเป็นไปตามมาตรา 459

จ. ต้องมีวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์และมีการตกลงว่าจะชำระราคา

3.3.1.2 ทรัพย์สินที่ซื้อขายกันได้

ตามมาตรา 453 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องซื้อขายได้วางหลักของวัตถุประสงค์แห่งสัญญาที่ซื้อขายกัน คือ ทรัพย์สิน ดังนั้น จึงต้องพิจารณาถึงความหมายของทรัพย์สิน

คำว่า “ทรัพย์สิน” นั้น บทบัญญัติในมาตรา 138 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวถึง ลักษณะของทรัพย์สินไว้ว่า “ทรัพย์สิน หมายความรวมถึงทั้งทรัพย์สินและวัตถุประสงค์ที่ไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้” ส่วนบทบัญญัติในมาตรา 137 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวถึง ลักษณะของทรัพย์สินไว้ว่า “ทรัพย์สิน หมายความว่า วัตถุประสงค์ที่มีรูปร่าง”

ดังนั้น ทรัพย์สินตามสัญญาซื้อขายจึงหมายถึง

1.1) ทรัพย์สิน ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ที่มีรูปร่าง ได้แก่ อสังหาริมทรัพย์ ไม่ว่าจะเป็นที่ดิน ทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินที่มีลักษณะถาวร ทรัพย์สินที่ประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น (เช่น ที่ดินบ้าน เป็นต้น) และสังหาริมทรัพย์ ไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์ธรรมดาหรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษ (เช่น จักรยาน แพที่ใช้เป็นที่อยู่อาศัย เป็นต้น)

1.2) วัตถุประสงค์ที่ไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ ได้แก่ แก๊ส พลังน้ำตก และสิทธิที่ไม่มีรูปร่างที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์ รวมทั้งสิทธิต่างๆ

อย่างไรก็ดี มีประเด็นว่า วัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ จำพวกสิทธิต่าง ๆ นั้น สามารถซื้อขายกันได้หรือไม่อย่างไร สิทธิต่าง ๆ แบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ สิทธิประเภททรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property Rights) และสิทธิอื่น ๆ นอกจากสิทธิประเภททรัพย์สินทางปัญญา กล่าวคือ

ก. กรณีสิทธิประเภททรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property Rights) เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร หรือสิทธิในเครื่องหมายการค้า เป็นต้นนั้น มีความเห็นของนักวิชาการดังนี้

ความเห็นแนวทางแรก¹⁶⁸ เห็นว่า ทรัพย์สินทางปัญญาไม่ว่าจะเป็น ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตรหรือเครื่องหมายการค้า ก็เป็นสิทธิชนิดหนึ่งอยู่ภายใต้ความหมายของคำว่า ทรัพย์สิน ดังที่มาตรา 453 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ ดังนั้น ทรัพย์สินทางปัญญาจึงเป็น วัตถุแห่งการซื้อขายได้

ความเห็นแนวทางที่สอง¹⁶⁹ เห็นว่า ทรัพย์สินทางปัญญาไม่ว่าจะเป็น ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร หรือเครื่องหมายการค้า นั้น ไม่สามารถเป็นวัตถุแห่งการซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ เพราะลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร หรือเครื่องหมายการค้าไม่มีเรื่องกรรมสิทธิ์เป็นเพียงสิทธิที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ ซึ่งไม่ตรงกับที่มาตรา 453 ได้บัญญัติไว้ เพราะตามมาตรา 453 นั้น ผู้ขายโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ซื้อ เมื่อไม่มีกรรมสิทธิ์ที่จะโอนก็ไม่ใช่เรื่องซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การโอนสิทธิประเภทนี้จึงต้องเป็นไปตามกฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่องนั้น ๆ ซึ่งได้แก่ กฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ กฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตรและกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้า

ข. กรณีสิทธิอื่น ๆ นอกจากสิทธิประเภททรัพย์สินทางปัญญา เช่น สิทธิการเช่า สิทธิการเช่าซื้อ สิทธิในการเป็นลูกวงแชร์ เป็นต้นนั้น มีความเห็นของนักวิชาการดังนี้

¹⁶⁸ ตูลญา โรจน์ทั้งคำ แก้วศุภาสวัสดิ์, หลักกฎหมายซื้อขาย ขายฝาก แลกเปลี่ยน ให้ เช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2557), หน้า 22.

¹⁶⁹ ไพทิจิต เอกจริยกร, คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2558), หน้า 55. ;วิชณู เครื่องงาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2549), หน้า 44.

ความเห็นแนวทางแรก¹⁷⁰ เห็นว่า สามารถซื้อขายสิทธิต่าง ๆ ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ด้วย โดยมีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิที่สามารถซื้อขายได้ ดังนี้

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 536/2498 วินิจฉัยว่า ทำสัญญาโอนสิทธิการเช่าตึกร้านค้าพร้อมด้วยสิทธิการเช่าเครื่องโทรศัพท์ น้ำประปา ฯลฯ เมื่อได้ชำระเงินและมอบหมายสิทธิการใช้โทรศัพท์ น้ำประปา ให้กันเป็นการเสร็จเด็ดขาดแล้วคงเหลือแต่พิธีการที่จะไปทำกับกรมไปรษณีย์โทรเลขเท่านั้น ดังนี้ สิทธิยอมตกแก่ผู้รับโอนแล้ว มิใช่เป็นการจะซื้อจะขายไม่

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2095/2524 วินิจฉัยว่า สิทธิในการเป็นลูกวงในการเล่นแชร์เป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง เพราะมีราคาและอาจถือเอาได้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 138 เป็นสิทธิที่จำหน่ายและซื้อขายกันได้ จำเลยได้ขายสิทธิในการเป็นผู้ถือหุ้นในการเล่นแชร์ให้แก่โจทก์ โจทก์จึงมีฐานะเป็นเจ้าของนี้จำเลยที่จะบังคับให้จำเลยปฏิบัติตามสัญญาซื้อขายได้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 194 อนึ่ง การซื้อขายแชร์ กฎหมายมิได้บังคับให้มีหลักฐานเป็นหนังสือ การซื้อขายจึงสมบูรณ์ตามกฎหมาย ไม่อยู่ในบังคับว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องหรือโอนหนี้

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1562/2530 วินิจฉัยว่า ระเบียบขององค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยไม่มีข้อห้ามการโอนสิทธิการเช่าโทรศัพท์ เพียงแต่จะนำไปทำการเปลี่ยนชื่อผู้เช่าต่อองค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยเท่านั้น เมื่อผู้เช่าสิทธิการเช่าโทรศัพท์ขายสิทธิให้แก่ผู้ร้อง การโอนสิทธิการเช่าโทรศัพท์จึงสมบูรณ์ตั้งแต่ทั้งสองฝ่ายได้ตกลงซื้อขายสิทธิการเช่าและส่งมอบเครื่องโทรศัพท์ให้ฝ่ายผู้รับโอนครอบครอง โจทก์จึงไม่มีสิทธินำยึดสิทธิการเช่าดังกล่าว

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5466/2539 วินิจฉัยว่า สิทธิการเช่าซื้อที่ดินพร้อมอาคารที่จำเลยทำสัญญาเช่าซื้อจากการเคหะแห่งชาติแก่โจทก์เป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่งที่สามารถซื้อขายกันได้ ข้อตกลงดังกล่าวจึงเป็นการซื้อขายสิทธิ แม้ไม่ทำเป็นหนังสือแต่ก็ได้มีการชำระหนี้เนื่องในการซื้อขายนี้กันบ้างแล้วอันมีผลผูกพันระหว่างจำเลยผู้ขายกับโจทก์ผู้ซื้อตาม ป.พ.พ. มาตรา 456 วรรคสอง โจทก์มีอำนาจฟ้องให้จำเลยไปทำการโอนสิทธิดังกล่าวแก่โจทก์ได้

¹⁷⁰ ปรีชา สุมาวงศ์, คำอธิบายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ (กรุงเทพฯ : กรุงเทพมหานครการพิมพ์, 2532), หน้า 36. ; ประพนธ์ ศาตะมานและไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551), หน้า 11. ; วิชญ์ เครืองาม, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 39.; ตฤณญา โรจน์ทั้งคำ แก้วศุภาสวัสดิ์, หลักกฎหมายซื้อขาย ขายฝาก แลกเปลี่ยน ให้ เช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ, หน้า 22.

ความเห็นแนวทางที่สอง¹⁷¹ เห็นว่า เนื่องจากมาตรา 453 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ตอนหนึ่งว่า “...ผู้ขายโอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สิน...” จึงน่าจะทำให้เข้าใจได้ว่า ทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายควรเป็นทรัพย์สินที่ผู้ขายเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่จะโอนได้ผู้ขายจึงจะสามารถโอนกรรมสิทธิ์* ให้ได้ ดังนั้น สิทธิทั้งหลายอันเป็นวัตถุไม่มีรูปร่างนั้น น่าจะเป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขายไม่ได้ เพราะแม้ “สิทธิ” จะเป็นทรัพย์สินในความหมายของมาตรา 453 แต่มาตรา 453 บัญญัติถึงลักษณะสำคัญของสัญญาซื้อขายว่าเป็นการโอนกรรมสิทธิ์เมื่อสิทธิเหล่านั้นมิใช่กรรมสิทธิ์ จึงโอนตามนัยแห่งมาตรา 453 ไม่ได้ แต่ทั้งนี้ มิได้หมายความว่า จะตกลงซื้อขายกันในลักษณะของสัญญาไม่มีชื่อไม่ได้ ซึ่งเมื่อเป็นสัญญาไม่มีชื่อย่อมตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของสัญญาทั่วไป และย่อมอาศัยนำหลักเกณฑ์ในเรื่องซื้อขายมาปรับใช้ในฐานะเป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และมีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ดังนี้

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 203/2539 วินิจฉัยว่า สัญญาซื้อขายเวลาออกอากาศสถานีวิทยุกระจายเสียงว่ามีใช้สัญญาซื้อขายทรัพย์สินเพราะไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน แต่เป็นสัญญาที่ตกลงให้บริการออกกระจายเสียงในสถานีวิทยุกระจายเสียงตามกำหนดเวลาที่ตกลงกันเท่านั้น

จากที่กล่าวไว้ข้างต้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ทั้งสิทธิประเภททรัพย์สินทางปัญญาและสิทธิอื่น ๆ นอกจากสิทธิประเภททรัพย์สินทางปัญญานั้น ไม่ใช่วัตถุแห่งสัญญาซื้อขายซึ่งผู้เขียนมีความเห็นแยกออกเป็น 2 กรณีดังนี้

กรณีสิทธิประเภททรัพย์สินทางปัญญา เช่น ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร หรือสิทธิในเครื่องหมายการค้า เป็นต้นนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นไปในแนวทางเดียวกับความเห็นที่สองเนื่องจากมาตรา 453 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า “อันว่าสัญญาซื้อขายนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่ง เรียกว่าผู้ขาย โอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง ...” กล่าวคือ ลักษณะของสัญญาซื้อขายจะต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่กัน แต่เมื่อพิจารณาลักษณะของทรัพย์สินทางปัญญาแล้วเห็นว่า ทรัพย์สินทางปัญญาไม่มีเรื่องกรรมสิทธิ์ แต่ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นสิทธิที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ ซึ่งมีกฎหมายพิเศษกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ รวมถึง

¹⁷¹ ศนันทกรณ์ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2560), หน้า 125-126.

* กรรมสิทธิ์เป็นสิทธิเด็ดขาดที่ถาวรไม่สิ้นสุดไปด้วยกาลเวลา และเป็นสิทธิที่เจ้าของสามารถยกขึ้นต่อสู้บุคคลอื่นทุกคนได้

หลักเกณฑ์ในเรื่องของการโอนสิทธิประเภทนี้ไว้เป็นการเฉพาะอยู่แล้ว เช่น การโอนลิขสิทธิ์จะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 การโอนสิทธิบัตรจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 หรือการโอนสิทธิในเครื่องหมายการค้าจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ดังนั้น จึงเห็นว่า สิทธิประเภททรัพย์สินทางปัญญาไม่เป็นวัตถุแห่งการซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ส่วนกรณีสิทธิอื่น ๆ นอกจากสิทธิประเภททรัพย์สินทางปัญญา เช่น สิทธิการเช่า สิทธิการเช่าซื้อ สิทธิในการเป็นลูกวางเช่า เป็นต้นนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นไปในแนวทางเดียวกับความเห็นที่สอง เนื่องจากมาตรา 453 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า “อันว่าสัญญาซื้อขายนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลฝ่ายหนึ่ง เรียกว่าผู้ขาย โอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สินให้แก่บุคคลอีกฝ่ายหนึ่ง ...” กล่าวคือ ลักษณะของสัญญาซื้อขายจะต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่กัน แต่เมื่อพิจารณาลักษณะของสิทธิ ซึ่งเป็นทรัพย์สินประเภทวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและถือเอาได้ตามมาตรา 138 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วนั้น เห็นว่า แม้ “สิทธิ” จะเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งซึ่งตรงตามนิยามความหมายของสัญญาซื้อขายในมาตรา 453 ก็ตาม แต่มาตรา 453 ได้บัญญัติถึงลักษณะสำคัญของสัญญาซื้อขายว่าจะต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่กัน แต่เมื่อสิทธิดังกล่าวมิใช่กรรมสิทธิ์ จึงไม่สามารถโอนให้แก่กันตามนัยแห่งมาตรา 453 ได้ ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่า สิทธิอื่น ๆ นอกจากสิทธิประเภททรัพย์สินทางปัญญา อันเป็นวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ตามมาตรา 138 นั้น ไม่เป็นวัตถุแห่งสัญญาซื้อขาย แต่หากคู่สัญญาประสงค์จะตกลงซื้อขายสิทธิกัน คู่สัญญาอาจตกลงกันโดยทำเป็นสัญญาไม่มีชื่อ ซึ่งอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของสัญญาทั่วไปและหลักเกณฑ์ในเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในกรณีที่เข้าลักษณะเป็นการโอนสิทธิเรียกร้อง

3.3.2 สัญญากู้ยืมเงิน

3.3.2.1 ลักษณะของสัญญากู้ยืมเงิน

มาตรา 650 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “อันว่า ยืมใช้สลับเปลื้องนั้น คือสัญญาซึ่งผู้ให้ยืมโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินชนิดใช้ไปสลับไปนั้น เป็นปริมาณมีกำหนดให้ไปแก่ผู้ยืม และผู้ยืมตกลงว่าจะคืนทรัพย์สินเป็นประเภท ชนิด และปริมาณเช่นเดียวกันให้แทนทรัพย์สินซึ่งให้ยืมนั้น สัญญานี้ย่อมบริบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ยืม”

เนื่องจากสัญญากู้ยืมเงินเป็นสัญญาใช้สິงเปลืองประเภทหนึ่ง การเกิดขึ้นและความสมบูรณ์ของสัญญากู้ยืมเงินจึงเป็นไปตามหลักกฎหมายเดียวกับสัญญาใช้สິงเปลือง ดังนั้น กรณีนี้จึงต้องนำนิยามความหมายของสัญญาใช้สິงเปลืองมาปรับใช้กับสัญญากู้ยืมเงินด้วย กล่าวโดยสรุปคือ ผู้ให้กู้ตกลงที่จะให้ผู้กู้ใช้สอยเงินตราชั่วคราวอันมีจำกัด และผู้กู้ตกลงที่จะคืนเงินตราให้แก่ผู้ให้กู้ด้วยเงินตราอื่นเป็นประเภท ชนิด และปริมาณเดียวกันแทนเงินตราที่กู้ยืม โดยสัญญากู้ยืมเงินจะบริบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบเงินตราที่ยืม หากสัญญาที่คู่สัญญาตกลงทำกันมีลักษณะเป็นสัญญากู้ยืมเงิน ก็ต้องนำมาตรา 653 ถึงมาตรา 656 มาใช้บังคับ แต่หากข้อสัญญาที่ตกลงกันไว้ไม่ใช่เรื่องยืม ก็ไม่สามารถนำบทบัญญัติในเรื่องยืมมาใช้บังคับได้¹⁷²

ทั้งนี้ มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่วินิจฉัยเกี่ยวกับสัญญากู้ยืมเงินไว้ดังนี้

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11107/2555 วินิจฉัยว่า การพิจารณาว่านิติกรรมระหว่างคู่สัญญาเป็นนิติกรรมประเภทใดนั้น ศาลต้องพิจารณาจากเจตนา แบบ เนื้อหาของสัญญาและความผูกพันของคู่สัญญาเป็นสำคัญหาใช่พิจารณาจากถ้อยคำหรือชื่อของสัญญาที่กำหนดไว้ไม่ สาเหตุที่ผู้เสียหายทั้งห้าสืบสามร่วมลงทุน หรือผู้เสียหายทั้งห้าสืบสามได้ประโยชน์ใดจากการเข้าทำสัญญาร่วมลงทุนกับบริษัท ท. คงมีแต่การชำระเงินคืนเป็นรายวันตามอัตราที่กำหนด พฤติการณ์การทำสัญญาระหว่างผู้เสียหายทั้งห้าสืบสามกับบริษัท ท. จึงเห็นได้ชัดแจ้งว่าเป็นการกู้เงินกัน เมื่อได้รับเงินแล้ว ผู้เสียหายทั้งห้าสืบสามต้องผ่อนชำระเงินกู้คืนเป็นรายวัน โดยคิดรวมส่วนที่เป็นดอกเบียอันเป็นผลประโยชน์ที่บริษัท ท. เรียกจากผู้เสียหายทั้งห้าสืบสามรวมอยู่ด้วย ซึ่งเป็นดอกเบียที่เกินอัตราที่กฎหมายกำหนด

¹⁷² ปัญหา ถนอมรอด, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยยืม คำประกัน จำนอง จำนำ (กรุงเทพฯ : บริษัทกรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2559), หน้า 28-29.

3.3.2.2 หลักเกณฑ์การกู้ยืมเงิน

1) การส่งมอบเงินที่ยืม

การกู้ยืมเงินจะบริบูรณ์ต่อเมื่อมีการส่งมอบเงินให้กู้ยืม ซึ่งการส่งมอบเงินมีลักษณะเช่นเดียวกับการส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขาย คือ ส่งมอบโดยตรงและส่งมอบโดยปริยาย (เช่น เอาหนี้ค้ำชำระมาเปลี่ยนทำเป็นสัญญากู้ยืมเงิน เป็นต้น) แต่ในเรื่องการส่งมอบเงินมีลักษณะพิเศษ คือ ทรัพย์ที่จะส่งมอบนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นตัวเงินเสมอไป อาจจะเป็นเอกสารอย่างใดอย่างหนึ่งที่แสดงให้เห็นปรากฏว่า ผู้รับมอบจะได้ประโยชน์จากเอกสารนั้น ๆ โดยคิดเป็นเงินได้ เช่น เชื้อตัวสัญญาใช้เงิน เป็นต้น¹⁷³

2) หลักฐานแห่งการกู้ยืมเงิน

มาตรา 653 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การกู้ยืมเงินกว่าสองพันบาทขึ้นไปนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ยืมเป็นสำคัญ จะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่”

กล่าวคือ การกู้ยืมเงินกว่า 2,000 บาทขึ้นไป ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ยืมเป็นสำคัญ มิฉะนั้น จะฟ้องร้องบังคับคดีไม่ได้ ซึ่งหลักฐานเป็นหนังสือนั้น (ก) จะทำขึ้นในรูปแบบใดก็ได้แต่ต้องเป็นลายลักษณ์อักษร (ข) อย่างน้อยจะต้องอ่านแล้วให้พอได้ความว่ามีการกู้ยืมเงินกัน โดยไม่ต้องระบุชัดว่าเป็นหนี้เงินกู้ เพียงมีข้อความว่าหนี้สินต้องชำระให้แก่อัน และข้อความดังกล่าวไม่จำเป็นต้องอยู่ในเอกสารฉบับเดียวกันอาจรวบรวมจากเอกสารหลายฉบับที่เกี่ยวข้องเป็นเรื่องเดียวกันก็ได้ (ค) ต้องระบุจำนวนเงินที่กู้ยืมในหลักฐานที่ทำขึ้นเป็นหนังสือ¹⁷⁴

¹⁷³ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยยืม ผูกทรัพย์ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545), หน้า 50-51.

¹⁷⁴ มหาชัย ศรีทองกลาง, คำอธิบายกฎหมายกู้ยืมเงิน (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 44-46.

3) ดอกเบี้ย

3.1) ความหมายของดอกเบี้ย

การกู้ยืมเงินเป็นการยืมใช้สิ่งเปลี่ยนแปลงชนิดหนึ่งที่มีค่าตอบแทนที่ผู้กู้จะต้องเสียในรูปของ “ดอกเบี้ย”¹⁷⁵ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้ให้ความหมายของคำว่า “ดอกเบี้ย” ไว้ แต่มีนักวิชาการท่านหนึ่งได้อธิบายไว้ว่า ดอกเบี้ยเป็นค่าตอบแทนที่ผู้กู้ตกลงจะจ่ายให้แก่ผู้ให้กู้ เพื่อตอบแทนการให้กู้ยืมเงิน โดยดอกเบี้ยถือเป็นดอกผลดินนัยอย่างหนึ่ง¹⁷⁶

ทั้งนี้ การกู้ยืมเงินไม่จำเป็นต้องมีการคิดดอกเบี้ยกันเสมอไป¹⁷⁷ ซึ่งหากคู่สัญญาเพียงแต่ตกลงกันให้กู้ยืมเงิน ไม่ได้กล่าวถึงดอกเบี้ย ผู้ให้ยืมก็ไม่มีสิทธิเรียกดอกเบี้ย¹⁷⁸

3.2) การตกลงคิดอัตราดอกเบี้ย

กฎหมายไม่ได้กำหนดว่า การตกลงคิดอัตราดอกเบี้ยจะต้องกระทำโดยชัดแจ้งและต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้น จึงมีความเห็นของนักวิชาการออกเป็น 2 แนวทางดังนี้

ความเห็นแนวทางแรก¹⁷⁹ เห็นว่า การตกลงเรียกดอกเบี้ยจะตกลงโดยชัดแจ้งหรือปริยายก็ได้ และยิ่งไปกว่านั้น แม้เป็นกรณีกู้ยืมเงินซึ่งจะต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือตามมาตรา 653 วรรคแรก การตกลงเรียกดอกเบี้ยก็หาจำเป็นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรแต่ประการใดไม่

ความเห็นแนวทางที่สอง¹⁸⁰ เห็นว่า การตกลงเรียกดอกเบี้ยนั้น จัดว่าเป็นหนี้อุปกรณ์ที่ต้องอาศัยหนี้ประธาน คือ สัญญากู้ ดังนั้น ถ้าหนี้ประธานไม่อาจจะมีการบังคับกันได้ โดยที่ขาดหลักฐานแห่งการกู้ยืมเงินแล้ว ก็ย่อมจะไม่มีผลบังคับถึงส่วนของดอกเบี้ยได้ ดังนั้น การตกลงเรื่องดอกเบี้ยน่าจะได้ปรากฏชัดในหนังสืออันเป็นหลักฐานแห่งการกู้ยืมเงินด้วย จึงจะมีผลบังคับกันได้

¹⁷⁵ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยยืม ผาภททรัพย์, หน้า 115.

¹⁷⁶ ไผทชิต เอกจรรย์กร, คำอธิบายยืม ผาภททรัพย์ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 112.

¹⁷⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 112.

¹⁷⁸ จิต เศรษฐบุตร, ยืม ผาภททรัพย์ แก้ไขเพิ่มเติมโดยจิตติ ดิงศภัทัย และสุธีร์ ศุภนิตย์, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : มิตรนราการพิมพ์, 2531), หน้า 73.

¹⁷⁹ ประวดี ปัตตะพงษ์, คำสอนชั้นปริญญาตรีกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยยืม ฯลฯ, หน้า 30.

¹⁸⁰ สุธีร์ ศุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วิชาเอกเทศสัญญา 2 ยืมและฝากทรัพย์ (กรุงเทพฯ : บริษัทพิมพ์ดี จำกัด, 2558), หน้า 116.

3.3) อัตราดอกเบี้ย

ผู้ให้กู้จะกำหนดอัตราดอกเบี้ยโดยคำนึงถึงจำนวนเงินที่ยืม และระยะเวลาการใช้คืนประกอบกัน¹⁸¹ โดยอาจคิดดอกเบี้ยในอัตราแบบคงที่ (Fixed Rate) หรืออัตราแบบลอยตัว (Floating Rate) ก็ได้ ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว หากเป็นกรณีที่บุคคลทั่วไปเป็นผู้ให้กู้ จะคิดอัตราดอกเบี้ยแบบคงที่ เช่น กำหนดอัตราดอกเบี้ยในสัญญากู้ในอัตราร้อยละ 12.5 ต่อปี เป็นต้น โดยสามารถคิดดอกเบี้ยได้ไม่เกินอัตราร้อยละ 15 ต่อปี แต่หากเป็นกรณีที่สถาบันการเงินเป็นผู้ให้กู้ ส่วนใหญ่จะกำหนดอัตราดอกเบี้ยแบบลอยตัว เช่น กรณีสถาบันการเงินประกาศอัตราดอกเบี้ยที่จะเรียกเก็บจากลูกค้าแต่ละประเภท ได้แก่ อัตราดอกเบี้ยสำหรับลูกค้ารายใหญ่ชั้นดีประเภทเงินกู้แบบมีระยะเวลา (Minimum Loan Rate หรือ MLR), อัตราดอกเบี้ยสำหรับลูกค้ารายย่อยชั้นดี (Minimum Retail Rate หรือ MRR) หรือ อัตราดอกเบี้ยสำหรับลูกค้ารายใหญ่ชั้นดีประเภทเงินเบิกเกินบัญชี (Minimum Overdraft Rate หรือ MOR) เป็นต้น¹⁸² โดยสามารถเรียกดอกเบี้ยได้เกินร้อยละ 15 ต่อปี แต่ไม่เกินอัตราที่กฎหมายกำหนด

ทั้งนี้ ในกรณีที่มีการตกลงให้คิดดอกเบี้ยระหว่างกัน แต่ไม่ได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้¹⁸³ เช่น ระบุว่า คิดดอกเบี้ยกันตามกฎหมาย หรือคิดดอกเบี้ยในอัตราสูงสุด เป็นต้น ต้องถือว่ามิอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปีตามมาตรา 7 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

4) การชำระหนี้เงินกู้

การกู้ยืมที่เป็นการยืมใช้สิ่งเคลื่อนที่นั้น เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ ผู้กู้ต้องชำระหนี้เงินกู้คืนทั้งหมดพร้อมดอกเบี้ยตามจำนวนที่ได้ตกลงไว้กับผู้ให้กู้ สำหรับการชำระหนี้เงินกู้เพียงบางส่วนนั้น ผู้กู้จะทำได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับข้อตกลงกันระหว่างผู้กู้และผู้ให้กู้ แต่ถ้าไม่มีข้อตกลงเช่นนั้น ผู้กู้จะบังคับให้ผู้ให้กู้ยอมรับชำระหนี้เงินกู้แต่เพียงบางส่วนไม่ได้¹⁸⁴ ตามมาตรา 320 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “อันจะบังคับให้เจ้าหนี้รับชำระหนี้แต่เพียงบางส่วน หรือให้รับชำระหนี้เป็นอย่างอื่นผิดไปจากที่จะต้องชำระแก่เจ้าหนี้ นั้น ท่านว่าหาอาจจะบังคับ

¹⁸¹ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยยืม ฝากทรัพย์, หน้า 116.

¹⁸² มาตรา 38 และมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 และประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ สนส.80/2551 เรื่อง หลักเกณฑ์การปฏิบัติในเรื่องดอกเบี้ย ส่วนลด ค่าบริการต่างๆ และเบี้ยปรับสำหรับธนาคารพาณิชย์

¹⁸³ มาตรา 7 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ถ้าจะต้องเสียดอกเบี้ยแก่กันและมีได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้โดยนิติกรรมหรือโดยบทกฎหมายอันชัดแจ้ง ให้ใช้อัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี”

¹⁸⁴ ไผทชิต เอกจริยกร, คำอธิบายยืม ฝากทรัพย์, หน้า 167.

ได้ไม่” ซึ่งในกรณีที่มีข้อตกลงให้ผู้กู้สามารถชำระหนี้เพียงบางส่วนหรือผู้ให้กู้สมัครใจจะรับชำระหนี้เพียงบางส่วน เงินที่ผู้ให้กู้ได้รับมานั้นจะได้จัดสรรใช้ชำระดอกเบี้ยเสียก่อน เหลือเท่าใดจึงจะจัดไปใช้เงินต้น¹⁸⁵

ทั้งนี้ การกู้ยืมเงินไม่ว่าจำนวนเท่าใด และไม่ว่าจะเป็นการชำระหนี้เงินกู้ทั้งหมดหรือบางส่วนก็ตาม หากขณะกู้ยืมเงินได้มีหลักฐานเป็นหนังสือ การนำสืบการใช้เงินจะต้อง (ก) มีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ให้ยืม โดยหลักฐานเป็นหนังสือจะเป็นเอกสารใดก็ได้ ขอให้มีความใจความว่าได้มีการชำระหนี้เงินกู้คืน (ข) มีการเวนคืนเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งการกู้ยืมเงิน กล่าวคือ ในขณะที่ทำการกู้ยืมได้มีการทำหลักฐานการกู้ยืมให้แก่ผู้ให้กู้ยึดถือไว้ เมื่อนำเงินมาชำระหนี้เงินกู้ ผู้ให้กู้ก็ต้องคืนเอกสารนั้นให้ผู้กู้ หรือ (ค) แหวงเพิกถอนลงในเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งการกู้ยืมเงิน กล่าวคือ การขีดฆ่าสัญญากู้หรือการบันทึกลงไปในเอกสารการกู้ยืมเงินว่าได้มีการชำระหนี้เงินกู้กันแล้ว

3.3.3 การโอนสิทธิเรียกร้อง

3.3.3.1 ลักษณะของการโอนสิทธิเรียกร้อง

ตามมาตรา 303 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “สิทธิเรียกร้องนั้นท่านว่าจะพึงโอนกันได้เว้นไว้แต่สภาพแห่งสิทธินั้นเองจะไม่เปิดช่องให้โอนกันได้”

การโอนสิทธิเรียกร้อง คือ การที่เจ้าหนี้ยกตกลงยินยอมโอนสิทธิที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่บุคคลอีกบุคคลหนึ่ง มีผลให้บุคคลผู้รับโอนเข้ามาเป็นเจ้าหนี้คนใหม่แทนเจ้าหนี้เดิม โดยมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้เช่นเจ้าหนี้เดิม¹⁸⁶ กล่าวคือ การโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 303 เป็นการที่เจ้าหนี้โอนสิทธิในเรื่องหนี้ของตนให้แก่เจ้าหนี้คนใหม่ เจ้าหนี้คนใหม่จะเข้ามาใช้สิทธิแทนเจ้าหนี้เดิม มีใช้กรณีที่ลูกหนี้โอนภาระหรือหนี้ของตนให้คนอื่นเข้ามาชำระหนี้แทน และไม่ได้เพิ่มภาระหรือกระทบกระเทือนสิทธิของลูกหนี้ ลูกหนี้ยังคงมีหน้าที่ในการชำระหนี้อยู่เหมือนเดิม เพียงแต่เปลี่ยนตัวผู้ที่ลูกหนี้จะชำระหนี้ให้เท่านั้น

¹⁸⁵ ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะยืม (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 118.

¹⁸⁶ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หนี้ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2556), หน้า 436.

โดยทั่วไป สิทธิเรียกร้องทุกชนิดย่อมโอนแก่กันได้ ไม่ว่าจะเป็สิทธิเรียกร้องที่มีเงื่อนไข เงื่อนไข สิทธิเรียกร้องซึ่งเกิดจากสัญญา สิทธิเรียกร้องที่เกิดจากละเมิดหรือเหตุอื่นใด¹⁸⁷ หรือสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคต

สำหรับกรณีสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคตนั้น มีความเห็นของนักกฎหมายบางท่าน¹⁸⁸ เห็นว่า สิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคตสามารถโอนให้แก่กันได้ โดยให้เหตุผลว่า โดยทั่วไปการโอนสิ่งใดให้แก่ใคร ผู้โอนจะต้องมีสิ่งนั้นอยู่ก่อนแล้ว การโอนสิ่งที่ไม่ได้มีจึงทำไม่ได้ เพราะไม่มีอะไรจะให้โอน แต่หลักการดังกล่าวจะนำมาตัดปัญหาข้อนี้ทันทีไม่ได้ เพราะปัญหามีได้อยู่ที่ว่า จะโอนสิทธิที่ผู้โอนมิได้มีอยู่ได้หรือไม่ แต่อยู่ที่ว่า ผู้ที่คาดหวังว่าจะได้สิทธิเรียกร้องใดมาในอนาคต จะทำนิติกรรมสัญญาโอนสิทธินั้นไว้ล่วงหน้าได้หรือไม่ ซึ่งไม่น่าจะมีข้อขัดข้องประการใด ทั้งนี้ มีคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวข้องดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 7683/2552 วินิจฉัยว่า “จำเลยที่ 1 มีหนังสือถึงจำเลยที่ 5 แจ้งการโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้ค่าขายสินค้าไม่ว่าหนี้ในปัจจุบันหรือที่จะเกิดขึ้นในอนาคตที่จำเลยที่ 5 ต้องชำระต่อจำเลยที่ 1 ไปให้แก่โจทก์ หนังสือดังกล่าวยังแจ้งด้วยว่าแม้ใบเรียกเก็บเงินบางฉบับอาจจะมีข้อความที่ระบุข้างต้น ก็ให้ชำระเงินแก่โจทก์ตามรายการใบเรียกเก็บเงินทุกใบต่อไปจนกว่าจำเลยที่ 1 จะแจ้งเปลี่ยนแปลงเป็นลายลักษณ์อักษร แสดงให้เห็นว่าเป็นการแจ้งการโอนสิทธิเรียกร้องหนี้ค่าขายสินค้าที่จำเลยที่ 5 มีต่อจำเลยที่ 1 ที่จะเกิดขึ้นต่อไปทั้งหมด มิได้เป็นการแจ้งการโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้ค่าขายสินค้าเฉพาะราย หลังจากโจทก์และจำเลยที่ 1 ทำสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องและมีหนังสือแจ้งการโอนสิทธิเรียกร้องให้แก่จำเลยที่ 5 ดังกล่าวแล้ว จำเลยที่ 5 สั่งซื้อสินค้าจากจำเลยที่ 1 หลายครั้งและชำระหนี้ค่าสินค้าให้แก่โจทก์ครบถ้วนแล้ว ดังนั้นการซื้อขายสินค้าระหว่างจำเลยที่ 1 กับจำเลยที่ 5 จึงเป็นการซื้อขายแบบต่อเนื่อง ไม่ใช่เป็นการซื้อขายสินค้าเจาะจงเฉพาะสิ่ง การโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้ค่าขายสินค้าจึงรวมถึงหนี้ค่าสินคารายการที่ 1 ถึง 14 ด้วย ซึ่งเป็นเรื่องที่โจทก์มีสิทธิเรียกร้องให้จำเลยที่ 5 ชำระหนี้ได้อยู่แล้ว เพียงแต่ยังไม่ถึงกำหนดชำระเท่านั้น ถือได้ว่าโจทก์ได้บอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้ค่าขายสินค้าให้แก่จำเลยที่ 5 แล้ว ตาม ป.พ.พ. มาตรา 306 วรรคแรก การโอนสิทธิเรียกร้องจึงมีผลผูกพันจำเลยที่ 5 โจทก์จึงมีสิทธิเรียกร้องให้จำเลยที่ 5 ชำระหนี้ค่าขายสินค้าได้”

¹⁸⁷ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ (กรุงเทพฯ : บริษัท กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง จำกัด, 2559), หน้า 425.

¹⁸⁸ จรัญ ภักดีธนากุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยผลและความระงับแห่งหนี้ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์พลสยาม พรินติ้ง (ประเทศไทย), 2555), หน้า 106-107.

คำพิพากษาฎีกาที่ 7790/2554 วินิจฉัยว่า “แม้ขณะจำเลยทำหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องในการรับเงินค่าจ้างที่จะได้รับจากองค์การบริหารส่วนตำบลเวียงชัยให้แก่ผู้ร้องจำเลยเพียงแต่เป็นผู้ชนะการประมูลงานรับเหมาก่อสร้างได้ โดยยังมีได้ทำสัญญาจ้างและเริ่มทำงาน ย่อมถือได้ว่าจำเลยได้สิทธิในการดำเนินงานก่อสร้างและรับเงินค่าก่อสร้างเมื่อทำงานเสร็จแล้ว สิทธิดังกล่าวอยู่ในสภาพเปิดช่องให้โอนกันได้แล้วตาม ป.พ.พ. มาตรา 303 และเมื่อ ป. นายองค์การบริหารส่วนตำบลเวียงชัยเขียนข้อความในหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องว่า "ได้รับทราบและยินยอมในการโอนสิทธิดังกล่าวแล้ว" พร้อมกับลงลายมือชื่อและประทับตรา ถือว่าองค์การบริหารส่วนตำบลเวียงชัย ลูกหนี้ได้ยินยอมด้วยในการโอนนั้นแล้วตาม ป.พ.พ. มาตรา 306 วรรคหนึ่ง สิทธิที่จะได้รับเงินค่าจ้างก่อสร้างจึงตกเป็นของผู้ร้องแล้ว เมื่อไม่ปรากฏว่าขณะโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าว ผู้ร้องได้รู้ข้อเท็จจริงอันเป็นทางให้โจทก์ต้องเสียเปรียบ โจทก์จึงไม่มีสิทธิขออายัดเงินดังกล่าวได้”

สิทธิเรียกร้องที่โอนกันไม่ได้มีอยู่ 3 กรณี ได้แก่¹⁸⁹

ก. สิทธิเรียกร้องที่โดยสภาพแห่งสิทธินั้นเองไม่สามารถโอนได้ ได้แก่¹⁹⁰

- หนี้เฉพาะตัวหรือสิทธิเฉพาะตัว คือ สิทธิซึ่งโดยสภาพเป็นสิทธิเฉพาะตัว คือ มุ่งเฉพาะคุณสมบัติส่วนตัวของเจ้าหนี้เป็นสำคัญ จึงไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ เช่น สิทธิตามสัญญาเช่าที่เน้นคุณสมบัติของผู้เช่าเป็นสำคัญ ผู้เช่าจะโอนสิทธิตามสัญญาเช่าไม่ได้ เว้นแต่จะตกลงกันเป็นอย่างอื่น เนื่องจากสัญญาเช่า ตัวผู้เช่าเป็นสาระสำคัญ

- หนี้ซึ่งกฎหมายห้ามโอน สิทธิบางอย่างเป็นการส่วนตัวลูกหนี้ แม้ลูกหนี้ไม่ใช่สิทธิเรียกร้องนี้ กฎหมายก็ไม่ยอมให้เจ้าหนี้เข้าใช้สิทธิแทน ฉะนั้น ผู้ทรงสิทธิชนิดนี้จะโอนให้แก่ใครก็ได้เช่นกัน เช่น สิทธิเรียกค่าเสียหายอันมิใช่ตัวเงินตามมาตรา 446 เป็นต้น

ข. คู่กรณีมีข้อตกลงห้ามโอนกันไว้ กล่าวคือ เป็นสิทธิเรียกร้องที่โดยสภาพโอนได้ แต่เจ้าหนี้และลูกหนี้มีข้อตกลงห้ามโอนสิทธิเรียกร้องไว้ว่า เจ้าหนี้จะไม่โอนสิทธิที่ตนมีต่อลูกหนี้ไปให้บุคคลภายนอก อาจเพราะลูกหนี้ไม่ประสงค์จะชำระหนี้ให้กับบุคคลอื่นนอกจากตัวเจ้าหนี้เท่านั้นหรือเพราะเหตุผลพิเศษประการอื่น

ค. สิทธิเรียกร้องที่ศาลยึดไม่ได้ หมายถึง สิทธิเรียกร้องที่มีกฎหมายบัญญัติห้ามมิให้ศาลยึด เช่น สิทธิของลูกหนี้ที่จะถอนทรัพย์ที่วางไว้ ณ สำนักงานวางทรัพย์ เป็นต้น

¹⁸⁹ ศันสน์ภรณ์ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้) (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 147-150.

¹⁹⁰ อรพรรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558), หน้า 169.

และสิทธิเรียกร้องที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี เช่น เบี้ยเลี้ยงชีพ เงินเดือน บำนาญ บำเหน็จ สิทธิที่จะได้รับเงินเดือนของข้าราชการ เป็นต้น

ทั้งนี้ ผลแห่งการโอนสิทธิเรียกร้องที่ต้องห้ามมิให้โอน คือ สิทธิเรียกร้องที่ต้องห้ามมิให้โอน หากมีการโอนฝ่าฝืนกฎหมายแล้ว ผลก็จะเท่ากับไม่มีการโอนเลย¹⁹¹

นอกจากนี้ กรณีสิทธิเรียกร้องตามสัญญาต่างตอบแทนก็สามารถโอนแก่กันได้ แต่จะต้องทำเป็นรูปแบบของการแปลงหนี้ใหม่โดยการเปลี่ยนตัวลูกหนี้ตามมาตรา 350 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากลูกหนี้และเจ้าหนี้ต่างเป็นลูกหนี้และเจ้าหนี้ซึ่งกันและกัน และการโอนดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นการเปลี่ยนสาระสำคัญแห่งหนี้¹⁹²

3.3.3.2 การโอนสิทธิเรียกร้องอันพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้โดยเฉพาะเจาะจง

การโอนสิทธิเรียกร้องอันพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้โดยเฉพาะเจาะจงเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ไปยังบุคคลภายนอก โดยสิทธิเรียกร้องกรณีนี้เป็นสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีตัวตนเจาะจงแน่นอนว่าเป็นใคร

1) ลักษณะของการโอนสิทธิเรียกร้องอันพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้โดยเฉพาะเจาะจง¹⁹³

1.1) มีสายสัมพันธ์ทางหนี้ระหว่างบุคคลสองฝ่าย ลูกหนี้มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้คนนั้น เพราะหนี้เป็นบุคคลสิทธิ หน้าที่ในการชำระหนี้ของลูกหนี้จึงต้องชำระให้กับเจ้าหนี้เท่านั้น เพราะเจ้าหนี้เท่านั้นที่มีสิทธิจะได้รับชำระหนี้

1.2) หนี้ยังไม่ถึงกำหนดโดยปกติของการโอนสิทธิเรียกร้อง เจ้าหนี้มักจะโอนเฉพาะหนี้ที่ยังไม่ถึงกำหนดไปยังบุคคลภายนอก เพราะหากหนี้ถึงกำหนดแล้ว เจ้าหนี้ย่อมสามารถใช้สิทธิเรียกร้องของตนให้ลูกหนี้ชำระได้อยู่แล้ว เหตุผลที่จะต้องโอนสิทธิเรียกร้องให้บุคคลอื่นก็ไม่มี

¹⁹¹ สุนทร มณีสวัสดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หนี้ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), หน้า 275.

¹⁹² โสภณ รัตนการ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หนี้, หน้า 446-448.

¹⁹³ ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), หน้า 141-142.

1.3) เจ้าหนี้โอนหนี้ที่จะต้องชำระให้ตนไปยังบุคคลภายนอกหรืออาจเรียกว่าโอนสิทธิที่ตนจะเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้ตนไปยังบุคคลภายนอกตามวิธีการที่กฎหมายกำหนด

1.4) สิทธิเรียกร้องที่โอนนั้นต้องเป็นสิทธิเรียกร้องที่สามารถโอนได้

1.5) ผู้รับโอนสิทธิไปสวมสิทธิของเจ้าหนี้เดิมผู้โอนหรือเรียกอีกอย่างว่าเข้าไปแทนที่เจ้าหนี้เดิมในความสัมพันธ์อันเดิมทำนองเดียวกับเจ้าหนี้เดิมถอดรองเท้าไว้ แล้วผู้รับโอนเข้าไปสวมรองเท้านั้น แต่สวมเฉพาะสิทธิในการได้รับชำระจากลูกหนี้

1.6) เมื่อผู้รับโอนเข้าแทนที่สิทธิของเจ้าหนี้ในความสัมพันธ์เดิมประกันหนี้เดิมจึงยังอยู่

1.7) ผู้รับโอนสิทธิมิได้เข้าสวมฐานะที่เป็นคู่สัญญาจึงไม่อาจใช้สิทธิอื่นที่เป็นสิทธิตามสัญญา และไม่มีหน้าที่ใด ๆ อันสืบเนื่องจากสัญญาอันเดิมระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้แต่อย่างใด

2) วิธีการโอนสิทธิเรียกร้อง

วิธีการโอนสิทธิเรียกร้องอันพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้โดยเฉพาะเจาะจงแบ่งออกเป็น 2 ขั้นตอน ได้แก่ วิธีการโอนระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอน และวิธีการโอนระหว่างผู้รับโอนกับลูกหนี้

2.1) วิธีการโอนระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอน

ตามมาตรา 306 วรรคแรก ตอนต้น แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การโอนหนี้อันจะพึงต้องชำระแก่เจ้าหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนั้น ถ้าไม่ทำเป็นหนังสือ ท่านว่าไม่สมบูรณ์...” คำว่า “ทำเป็นหนังสือ” นั้น ตามมาตรา 9 วรรคแรกแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดว่า การทำเป็นหนังสือต้องลงลายมือชื่อของผู้ที่ต้องทำเป็นหนังสือ กล่าวคือ ต้องทำเป็นหนังสือระหว่างผู้โอนและผู้รับโอน และลงลายมือชื่อด้วยกันทั้งสองฝ่าย

กรณีมีปัญหาต้องพิจารณาว่า การโอนสิทธิเรียกร้องที่ไม่ทำเป็นหนังสือตามมาตรา 306 ที่กำหนดว่า ไม่สมบูรณ์นั้น จะมีผลอย่างไร

ความเห็นฝ่ายแรกเห็นว่า ความไม่สมบูรณ์นั้นถือว่าไม่มีผลโดยสิ้นเชิง คือ ตกเป็นโมฆะ โดยถือว่า การทำเป็นหนังสือตามมาตรา 306 เป็นแบบที่กฎหมายกำหนดบังคับไว้ตามมาตรา 152 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งหากไม่ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดจะต้องเป็นโมฆะ ดังนั้น จึงเห็นว่า การโอนสิทธิเรียกร้องซึ่งไม่ทำตามแบบที่กฎหมาย

กำหนดไว้จะตกเป็นโมฆะ ผลคือ ไม่มีการโอนและสิทธิในการได้รับชำระหนี้ยังคงอยู่ที่เจ้าหนี้คนเดิม และหน้าที่ในการชำระหนี้ของลูกหนี้ก็มีต่อเจ้าหนี้คนเดิมทุกประการ¹⁹⁴

ความเห็นอีกฝ่ายเห็นว่า ความไม่สมบูรณ์นั้น เป็นเพียงไม่มีผลระหว่างผู้รับโอนกับลูกหนี้เท่านั้น แต่ยังคงมีความผูกพันระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนอยู่¹⁹⁵

ผู้เขียนมีความเห็นไปในแนวทางเดียวกับความเห็นแรก เนื่องจากเห็นว่า การทำเป็นหนังสือตามมาตรา 306 เป็นแบบของนิติกรรมอย่างหนึ่ง ซึ่งหากไม่ทำตามแบบของนิติกรรม การโอนสิทธิเรียกร้องควรตกเป็นโมฆะตามมาตรา 152 ซึ่งคำว่า “ไม่สมบูรณ์” จึงมีความหมายว่า นิติกรรมตกเป็นโมฆะ

2.2) วิธีการโอนระหว่างผู้รับโอนกับลูกหนี้นั้น เห็นว่า ตามมาตรา 306 วรรคแรก ตอนท้ายแห่ง ป.พ.พ. บัญญัติว่า “อนึ่งการโอนหนี้นั้นท่านว่าจะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกได้แต่เมื่อได้บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้หรือลูกหนี้จะไดยินยอมด้วยการโอนนั้น คำบอกกล่าวหรือความยินยอมเช่นว่านี้ท่านว่าต้องทำเป็นหนังสือ” ซึ่งการกำหนดให้ทำเป็นหนังสือกรณีนี้เพื่อให้มีหลักฐานที่แน่นอน มิให้มีการแอบอ้างเพื่อโกงลูกหนี้หรือบุคคลภายนอกเท่านั้น¹⁹⁶ หรือเพื่อบอกกล่าวให้ลูกหนี้ทราบถึงการโอนเพื่อยกการโอนสิทธิเรียกร้องขึ้นต่อสู้ลูกหนี้ได้เท่านั้น จึงไม่ใช่แบบแห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรม จึงไม่ต้องทำเต็มรูปแบบเหมือนกรณีการโอนระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอน เพียงผู้ให้ความยินยอมหรือผู้มีหน้าที่บอกกล่าวทำเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อของตนเพียงฝ่ายเดียวก็เพียงพอแล้ว¹⁹⁷

การโอนระหว่างผู้รับโอนกับลูกหนี้จะมีผลต่อเมื่อ¹⁹⁸

ก. ลูกหนี้ได้ให้ความยินยอมเป็นหนังสือ หากลูกหนี้ให้ความยินยอมโดยไม่มีข้อโต้แย้ง ลูกหนี้จะไม่สามารถยกข้อต่อสู้ที่มีต่อผู้โอนขึ้นมาต่อสู้กับผู้รับโอนได้ ได้แก่ ข้อต่อสู้ที่เกิดจากผู้โอนเองหรือเกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้โอนกับลูกหนี้ เช่น ได้มีการปลดหนี้กัน

¹⁹⁴ ศนันทกรณ โสคติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), หน้า 155-157 : เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 พุทธศักราช 2478 (กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ, 2520), หน้า 1248 – 1249. : กัธธ พันธุลาภ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2518), หน้า 72.

¹⁹⁵ โสภณ รัตนการ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หนี้, หน้า 452. ; อรรถพรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, หน้า 172.

¹⁹⁶ โสภณ รัตนการ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หนี้, หน้า 455.

¹⁹⁷ ศนันทกรณ โสคติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), หน้า 159-160.

¹⁹⁸ อรรถพรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, หน้า 173-175.

แล้ว เป็นต้น แต่ไม่รวมถึงข้อต่อสู้ในตัวหนังสือที่โอนให้แก่กัน เช่น ข้อต่อสู้เกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องที่ยังไม่ถึงกำหนดเวลา หรือความไม่สมบูรณ์ของสิทธิเรียกร้อง ซึ่งลูกหนี้สามารถยกข้อต่อสู้ได้เสมอ

ข. ลูกหนี้ได้รับคำบอกกล่าวการโอนเป็นหนังสือ หากลูกหนี้เพียงแต่ได้รับการบอกกล่าวการโอน แม้ลูกหนี้ไม่ยินยอมด้วย การโอนก็ผูกพันลูกหนี้ให้ต้องชำระหนี้ให้แก่ผู้รับโอน แต่ลูกหนี้สามารถยกข้อต่อสู้ที่มีต่อผู้โอนขึ้นต่อสู้ผู้รับโอนได้ ไม่ว่าจะ เป็นข้อต่อสู้เกี่ยวกับตัวผู้โอนโดยเฉพาะ หรือเกี่ยวกับหนี้ก็ตาม

ทั้งนี้ การที่ไม่มีการได้รับความยินยอมหรือการที่ไม่บอกกล่าวการโอนที่ทำเป็นหนังสือ ไม่ได้มีผลถึงกับทำให้การโอนสิทธิเรียกร้องที่สมบูรณ์แล้วระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนนั้นเสียไป เพราะวิธีการทั้งสองนี้ไม่ได้เป็นสาระสำคัญของความสมบูรณ์ในการโอนสิทธิเรียกร้อง แต่มีผลทำให้ผู้รับโอนไม่สามารถจะยกข้อต่อสู้กับลูกหนี้และบุคคลภายนอก หากลูกหนี้ได้ไปชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้คนเดิม¹⁹⁹ ซึ่งกรณีนี้มีคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 290/2518 วินิจฉัยว่า “โอนสิทธิเรียกร้องโดยไม่บอกกล่าวลูกหนี้หรือลูกหนี้มิได้ยินยอมด้วย มิใช่ว่าการโอนนั้นไม่สมบูรณ์ เป็นแต่ยกข้อต่อสู้ลูกหนี้มิได้เท่านั้น จำเลยให้การว่าโจทก์รับโอนสิทธิเรียกร้องมาหรือไม่จำเลยไม่รับรอง ดังนี้ จำเลยจะฎีกาว่าหนังสือโอนหนี้ไม่ถูกต้องเพราะกรรมการลงชื่อไม่ครบตามข้อบังคับไม่ได้”

คำพิพากษาฎีกาที่ 4247/2549 วินิจฉัยว่า “สัญญาแพ็กเตอร์ริง บริษัทจำกัด ที่จำเลยที่ 1 นำหนี้ซึ่งจำเลยที่ 1 มีสิทธิเรียกร้องจากบุคคลภายนอกและเป็นหนี้ที่ยังไม่ถึงกำหนดชำระมาขายแก่โจทก์ โดยมีข้อสัญญาสรุปได้ว่าจำเลยที่ 1 จะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับการเรียกเก็บเงินและออกไปเสิร์ฟรับเงินแก่ลูกหนี้ในหนี้ที่จำเลยที่ 1 ขายแก่โจทก์แล้ว หากลูกหนี้นำมาชำระแก่จำเลยที่ 1 จำเลยที่ 1 ต้องนำมามอบแก่โจทก์ เป็นการแสดงว่าเมื่อจำเลยที่ 1 นำหนี้รายใดมาขายแก่โจทก์แล้ว โจทก์ผู้เดียวมีอำนาจในการดำเนินการเพื่อให้ได้รับชำระหนี้ และรับชำระหนี้ จำเลยที่ 1 ไม่มีสิทธิเรียกร้องหรือรับชำระหนี้ในหนี้รายนั้นต่อไป สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องตาม ป.พ.พ. มาตรา 303 ส่วนข้อตกลงที่ว่า หากจำเป็นโจทก์มีสิทธิใช้ชื่อจำเลยที่ 1 ในการฟ้องคดี ก็เป็นเพียงวิธีการและรายละเอียดเพื่อให้โจทก์ได้รับชำระหนี้ในหนี้ที่รับซื้อไว้เท่านั้น ทำให้สัญญาดังกล่าวไม่เป็นการโอนสิทธิเรียกร้องไม่”

¹⁹⁹ ดารารพร ธิระวัฒน์, กฎหมายหนี้ : หลักทั่วไป (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2560), หน้า 172-173.

3.3.3.3 ผลของการโอนสิทธิเรียกร้อง²⁰⁰

1) ผู้รับโอนเป็นเจ้าของคนใหม่แทนเจ้าหนี้เดิมผู้โอน คือ ผู้รับโอนจะกลายเป็นเจ้าหนี้คนใหม่ ใช้สิทธิต่างๆ อย่างเจ้าหนี้ผู้โอนได้ เรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ และเมื่อโอนแล้ว เจ้าหนี้ผู้โอนก็หมดสิทธิในหนี้ ไม่อาจเรียกร้องให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้อีก ลูกหนี้ก็ต้องชำระหนี้ให้แก่ผู้รับโอนซึ่งเป็นเจ้าหนี้คนใหม่ จะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้คนเดิมไม่ได้ เช่น มีคำพิพากษาฎีกาที่ 652/2508 วินิจฉัยว่า จำเลยทำหนังสือโอนสิทธิในการรับเงินค่าจ้างเหมาให้ผู้ร้องซึ่งเป็นเจ้าหนี้สิทธิเรียกร้องดังกล่าวตกเป็นของผู้ร้องแล้ว โจทก์ซึ่งเป็นเจ้าหนี้อีกคนของจำเลยก็ไม่มีสิทธิขออายัดได้ เป็นต้น

2) ผู้รับโอนได้รับโอนสิทธิเรียกร้องทั้งสิทธิประธานและสิทธิอุปกรณ์ มาด้วย เช่น จำนอง จำนำ และบุริมสิทธิ เป็นต้น

3.4 หลักเกณฑ์การรับรู้รายการในทางบัญชี

3.4.1 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรับรู้รายได้ตามมาตรฐานการบัญชี ฉบับที่ 18

เมื่อกิจการมีรายได้เกิดขึ้นจะต้องนำรายได้ดังกล่าวไปรับรู้การบันทึกบัญชีและคำนวณกำไรสุทธิในงบกำไรขาดทุน ซึ่งตามมาตรฐานการบัญชี ฉบับที่ 18 (ปรับปรุง 2560) กำหนดหลักการบัญชีสำหรับการรับรู้รายได้ที่เกิดขึ้นจากการขายสินค้า การให้บริการ และการให้ผู้อื่นใช้สินทรัพย์ของกิจการ ซึ่งก่อให้เกิดรายได้ในรูปแบบของดอกเบี้ย ค่าสิทธิ และเงินปันผล

3.4.1.1 ความหมายของรายได้

กรอบแนวคิดสำหรับการรายงานทางการเงิน (ปรับปรุง 2558) ให้นิยามความหมายของคำว่า รายได้ หมายถึง การเพิ่มขึ้นของประโยชน์เชิงเศรษฐกิจในรอบระยะเวลาบัญชี ในรูปกระแสเข้าหรือการเพิ่มขึ้นของสินทรัพย์ หรือการลดลงของหนี้สิน อันส่งผลให้ส่วนของเจ้าของเพิ่มขึ้น ทั้งนี้ ไม่รวมถึงเงินทุนที่ได้รับจากผู้มีส่วนร่วมในส่วนของเจ้าของ ซึ่งรายได้รวมถึงผลกำไรและรายได้จากการดำเนินกิจกรรมตามปกติของกิจการ เช่น รายได้จากการขาย รายได้จากการให้บริการ รายได้ดอกเบี้ย รายได้เงินปันผล รายได้ค่าสิทธิ รายได้ค่าเช่า เป็นต้น ซึ่งสินทรัพย์

²⁰⁰ อรรถพรณ พนัสพัฒนา, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, หน้า 170-171.

หมายถึง ทรัพยากรที่อยู่ในความควบคุมของกิจการ ทรัพยากรดังกล่าวเป็นผลของเหตุการณ์ในอดีต ซึ่งกิจการคาดว่าจะได้รับประโยชน์เชิงเศรษฐกิจจากทรัพยากรนั้นในอนาคต และหนี้สิน หมายถึง ภาระผูกพันในปัจจุบันของกิจการ ซึ่งเป็นผลของเหตุการณ์ในอดีตโดยการชำระภาระผูกพันนั้นคาดว่าจะส่งผลให้กิจการสูญเสียทรัพยากรที่มีประโยชน์เชิงเศรษฐกิจ

นอกจากนี้ มาตรฐานการบัญชี ฉบับที่ 18 (ปรับปรุง 2560) เรื่อง รายได้ ได้ให้นิยามความหมายของคำว่า รายได้ หมายถึง กระแสรับของประโยชน์เชิงเศรษฐกิจ (ก่อนหักค่าใช้จ่าย) ในรอบระยะเวลาบัญชีซึ่งเกิดขึ้นจากกิจกรรมตามปกติของกิจการ เมื่อกระแสรับนั้นส่งผลให้ส่วนของเจ้าของเพิ่มขึ้น ทั้งนี้ ไม่รวมถึงเงินทุนที่ได้รับจากผู้มีส่วนร่วมในส่วนของเจ้าของ

3.4.1.2 ความหมายของการรับรู้รายได้

การรับรู้รายได้ (Revenue Recognition) หมายถึง การรวบรวมรายการหรือเหตุการณ์ทางบัญชีเข้าเป็นส่วนหนึ่งของงบกำไรขาดทุนตามคำนิยามขององค์ประกอบและเข้าเกณฑ์การรับรู้รายได้ ดังนั้น เมื่อกิจการมีการรับรู้รายได้จะต้องปฏิบัติ คือ จะต้องนำรายการหรือเหตุการณ์ทางบัญชีนั้นไปบันทึกบัญชีเป็นรายได้ และนำรายได้ดังกล่าวไปคำนวณกำไรสุทธิในงบกำไรขาดทุน²⁰¹

3.4.1.3 การรับรู้รายได้จากการขายสินค้า

ตามมาตรฐานการบัญชี ฉบับที่ 18 (ปรับปรุง 2560) กำหนดไว้ว่า กิจการจะต้องรับรู้รายได้จากการขายสินค้าเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขทุกข้อดังนี้

1) กิจการได้โอนความเสี่ยงและผลตอบแทน (risk & rewards) ที่มีนัยสำคัญของความเป็นเจ้าของสินค้าให้กับผู้ซื้อแล้ว

กล่าวคือ ความเสี่ยง (risk) ได้แก่ ความล้มเหลวของสินค้า หรือ ลักษณะการใช้งานที่ไม่น่าพึงพอใจ ความสูญเสียของสินค้า ส่วนผลตอบแทน (rewards) ได้แก่ กำไรจากการที่สินค้านั้นมีมูลค่าเพิ่มขึ้นหรือจากการใช้สินค้านั้นเพื่อหารายได้

²⁰¹ สมเดช โรจน์ศรีเสถียร, ฝ่าความแตกต่าง...มาตรฐานการบัญชี IFRS กับภาษีอากร: ที่ต้องปรับปรุงกำไรสุทธิ (บวกกลับ) (กรุงเทพฯ: ธรรมนิติ เพลส, 2554), หน้า 241-242.

ทั้งนี้ กิจการต้องคำนึงถึงสถานการณ์แวดล้อมของรายการเพื่อพิจารณาว่า กิจการได้โอนความเสี่ยงและผลตอบแทนของความเป็นเจ้าของสินค้าให้กับผู้ซื้อเมื่อใด โดยทั่วไป การโอนความเสี่ยงและผลตอบแทนของความเป็นเจ้าของเกิดขึ้นเมื่อกิจการโอนกรรมสิทธิ์หรือโอนการครอบครองสินค้าให้กับผู้ซื้อ กรณีนี้มักเกิดขึ้นกับธุรกิจค้าปลีก แต่ในบางกรณี การโอนความเสี่ยงภัยและผลตอบแทนของความเป็นเจ้าของอาจเกิดขึ้น ณ เวลาที่แตกต่างจากเวลาในการโอนกรรมสิทธิ์หรือโอนการครอบครองสินค้าให้กับผู้ซื้อ เช่น การขายโดยยังไม่ส่งมอบสินค้า

กิจการจะไม่รับรู้รายได้หากกิจการยังคงมีความเสี่ยงที่มีนัยสำคัญของความเป็นเจ้าของสินค้า ดังนั้น รายการที่เกิดขึ้นไม่ถือว่าเป็นการขาย

- 2) กิจการไม่เกี่ยวข้องในการบริหารสินค้าอย่างต่อเนื่องในระดับที่เจ้าของพึงกระทำ หรือไม่ได้ควบคุมสินค้าที่ขายไปแล้วทั้งทางตรงและทางอ้อม
- 3) กิจการสามารถวัดมูลค่าของจำนวนรายได้ได้อย่างน่าเชื่อถือ กล่าวคือ หากกิจการยังไม่สามารถคำนวณรายได้ออกมาได้ กิจการจะยังไม่รับรู้เป็นรายได้
- 4) มีความเป็นไปได้ค่อนข้างแน่ที่กิจการจะได้รับประโยชน์เชิงเศรษฐกิจของรายการบัญชีนั้นและ
- 5) กิจการสามารถวัดมูลค่าของต้นทุนที่เกิดขึ้นหรือที่จะเกิดขึ้นมาจากรายการนั้นได้อย่างน่าเชื่อถือ

3.4.1.4 การวัดมูลค่าของรายได้

กิจการต้องวัดมูลค่าของรายได้โดยใช้มูลค่ายุติธรรม (fair value) ของสิ่งตอบแทนที่ได้รับหรือค้ำรับสุทธิจากส่วนลดการค้า (Trade discounts) และส่วนลดตามปริมาณซื้อ (Volume rebates) ที่กิจการกำหนดไว้กับลูกค้า

โดยส่วนใหญ่ สิ่งตอบแทนที่กิจการได้รับจะอยู่ในรูปของเงินสดหรือรายการเทียบเท่าเงินสดและจำนวนรายได้ คือ จำนวนเงินสดหรือรายการเทียบเท่าเงินสดที่กิจการได้รับหรือค้ำรับ ทั้งนี้ หากมีการยืดระยะเวลาการรับเงินสดหรือรายการเทียบเท่าเงินสดออกไป มูลค่ายุติธรรมของสิ่งตอบแทนอาจมีมูลค่าน้อยกว่าจำนวนเงินสดรับหรือค้ำรับที่ระบุไว้

3.4.2 หลักเกณฑ์การรับรู้รายการขายและรายการเสมือนการขายรายได้ในอนาคต ตามร่างแนวปฏิบัติทางการบัญชีสำหรับการรับรู้รายได้ในอนาคต

3.4.2.1 วัตถุประสงค์

ร่างแนวปฏิบัติทางการบัญชีฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การปฏิบัติทางการบัญชีสำหรับสัญญาหรือข้อตกลงที่มีเนื้อหาสาระเข้าข่ายในลักษณะรายการขายรายได้ในอนาคตเป็นไปอย่างสอดคล้องกับเนื้อหาเชิงเศรษฐกิจของรายการที่เกิดขึ้น และเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในร่างแนวปฏิบัติทางการบัญชีฉบับนี้

3.4.2.2 ขอบเขต

ร่างแนวปฏิบัติทางการบัญชีสำหรับการรับรู้รายได้ในอนาคต (Sale of Future Revenue)²⁰² จะนำมาใช้กับรายการที่มีเนื้อหาเชิงเศรษฐกิจเป็นการขายรายได้ในอนาคตทุกรายการ ยกเว้นรายการขายรายได้ในอนาคตที่มีเนื้อหาสาระเชิงเศรษฐกิจคล้ายกับการขายสินทรัพย์ไม่มีตัวตน หรือเป็นการขายรายการที่ดิน อาคารและอุปกรณ์ หรือเป็นการขายอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุน ซึ่งมาตรฐานรายงานทางการเงินฉบับอื่นกำหนดวิธีปฏิบัติทางการบัญชีไว้แล้ว

นอกจากนี้ ร่างแนวปฏิบัติทางการบัญชีฉบับนี้จะไม่ถือปฏิบัติกับการขายสินทรัพย์ หรือการขายแล้วเช่ากลับ หรือการให้เช่าสินทรัพย์ที่กิจการถือครองแก่กองทุน ซึ่งมาตรฐานรายงานทางการเงินฉบับอื่นกำหนดวิธีปฏิบัติทางการบัญชีไว้แล้ว

3.4.2.3 เงื่อนไขของการใช้

กิจการต้องวิเคราะห์และทำความเข้าใจถึงผลกระทบเชิงเศรษฐกิจของรายการที่เกี่ยวข้อง โดยวิเคราะห์ข้อตกลงและสัญญาที่เกี่ยวข้องทั้งหมด และหากมีสัญญา ข้อตกลง หรือรายการใดที่มีความสัมพันธ์กัน หรือเป็นรายการที่มีการต่อรองเสมือนเป็นรายการเดียว จนทำให้ไม่สามารถเข้าใจถึงผลกระทบทางธุรกิจของรายการใดรายการหนึ่งได้โดยไม่อ้างอิงถึงรายการอื่นที่

²⁰² ร่างแนวปฏิบัติทางการบัญชีสำหรับการรับรู้รายการขายรายได้ในอนาคต (Sale of Future Revenue) ของสภาวิชาชีพบัญชี ลงวันที่ 20 เมษายน 2558.

เกี่ยวข้อง กิจการจะต้องวิเคราะห์โดยเชื่อมโยงกัน เพื่อสรุปให้ได้ว่า รายการดังกล่าวมีเนื้อหาสาระเชิงเศรษฐกิจเป็นการขายหรือเสมือนเป็นการขายรายได้ในอนาคต โดยกิจการจะต้องพิจารณาเนื้อหาสาระเชิงเศรษฐกิจของรายการมากกว่ารูปแบบตามกฎหมาย

3.4.2.4 รายการขายหรือเสมือนรายการขายรายได้ในอนาคต

1) ความหมายของรายการขายหรือเสมือนรายการขายรายได้ในอนาคต

หมายถึง ข้อตกลงหรือสัญญาที่ทำให้กิจการได้รับสิ่งตอบแทนจากผู้ลงทุนหรือกองทุนเพื่อแลกเปลี่ยนกับรายได้หรือสิทธิที่จะได้รับรายได้ในอนาคตจากกรดำเนินงานของกิจการ

2) ข้อพิจารณาหลักของรายการขายหรือเสมือนรายการขายรายได้ในอนาคต

การรับรู้รายการดังกล่าวเป็นรายการขายทั้งจำนวนทันทีอาจไม่เหมาะสม เนื่องจากกิจการยังคงมีความเกี่ยวข้องอย่างต่อเนื่องในการดำเนินการที่จะทำให้อกิจการได้รับรายได้ในอนาคตในบทบาทหน้าที่เช่นเดียวกับผู้เป็นเจ้าของพึงกระทำ ซึ่งตัวอย่างที่แสดงให้เห็นว่า กิจการยังคงมีความเกี่ยวข้องอย่างต่อเนื่องอย่างมีนัยสำคัญในการก่อให้เกิดรายได้ในอนาคตในบทบาทหน้าที่เช่นเดียวกับผู้เป็นเจ้าของพึงกระทำ เช่น

- กิจการมีสิทธิในการกำหนดกำลังการผลิต วิธีการผลิต ราคา รวมถึงกำหนดประเภทสินค้าหรือบริการ เพื่อก่อให้เกิดรายได้ในอนาคต เช่น กรณีการขายรายได้ในอนาคตที่เกี่ยวข้องกับสิทธิตามสัญญาสัมปทาน บทบาทหน้าที่เช่นเดียวกับผู้เป็นเจ้าของพึงกระทำ หมายความว่า เนื้อหาของบทบาท หน้าที่ และสิทธิของเจ้าของสิทธิในการเก็บเกี่ยวผลประโยชน์ตามสิทธิในสัญญาสัมปทาน และอำนาจหน้าที่หรือขอบเขตในการตัดสินใจที่เกี่ยวกับการดำเนินการตามสัมปทาน

- กิจการมีสิทธิในการจำกัดสิทธิผู้ลงทุนในการทำธุรกรรมการขาย โอนหรือนำรายได้ในอนาคตไปค้าประกัน

- กิจการมีข้อตกลงที่ผูกพันตามสัญญาในการค้าประกันจำนวนรายได้ในอนาคตตลอดระยะเวลาหรือเกือบทั้งหมดของระยะเวลา (substantially all) ตามสัญญาขายรายได้ในอนาคตที่ผู้ลงทุนจะได้รับ

3.4.2.5 แนวทางในการพิจารณารายการ

กิจการจะรับรู้สิ่งตอบแทนที่ได้รับจากผู้ลงทุนเป็นหนี้สินทางการเงินหรือรายได้รอตัดบัญชีขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเฉพาะและสถานการณ์แวดล้อมของรายการ ซึ่งหากรายการดังกล่าวเป็นไปตามสถานการณ์ข้อใดข้อหนึ่งต่อไปนี้ ให้เป็นข้อสันนิษฐานว่า กิจการต้องรับรู้สิ่งตอบแทนที่ได้รับดังกล่าวเป็นหนี้สินทางการเงิน

- 1) กิจการมีความเกี่ยวข้องอย่างต่อเนื่องอย่างมีนัยสำคัญในการก่อให้เกิดรายได้ในอนาคตที่ต้องชำระคืนให้แก่ผู้ลงทุนในบทบาทหน้าที่เช่นเดียวกับผู้เป็นเจ้าของพึงกระทำ เช่น กิจการยังคงมีความเกี่ยวข้องต่อไปอีกในการก่อให้เกิดรายได้จากการดำเนินงานของสายผลิตภัณฑ์ หรือของบริษัทย่อย หรือของส่วนงานธุรกิจ ในบทบาทหน้าที่เช่นเดียวกับผู้เป็นเจ้าของพึงกระทำ
- 2) กิจการหรือผู้ลงทุนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถยกเลิกรายการดังกล่าวได้โดยการชำระเงินทั้งจำนวน หรือการโอนสินทรัพย์อื่นโดยกิจการ
- 3) อัตราผลตอบแทนของผู้ลงทุนถูกจำกัดโดยเงื่อนไขของรายการโดยนัยหรืออย่างชัดเจน
- 4) ความผันแปรของรายได้หลักจากการดำเนินงานของกิจการที่เกี่ยวข้องเนื่องกับรายการดังกล่าวมีผลกระทบเพียงเล็กน้อยต่ออัตราผลตอบแทนของผู้ลงทุน
- 5) ผู้ลงทุนมีสิทธิเรียกคืนจำนวนที่ค้างชำระจากกิจการ

ถ้าเป็นที่แน่ชัดว่า รายการขายรายได้ในอนาคตที่เกิดขึ้นไม่มีลักษณะที่เข้าข่ายสถานการณ์และตัวอย่างทุกข้อดังกล่าวข้างต้น กิจการต้องรับรู้สิ่งตอบแทนที่ได้รับจากผู้ลงทุนเป็นรายได้รอตัดบัญชี

3.4.2.6 การวัดมูลค่า

- 1) การวัดมูลค่าหนี้สินทางการเงิน

ในกรณีที่สิ่งตอบแทนที่ได้รับจากการขายรายได้ในอนาคตเป็นหนี้สินทางการเงิน กิจการต้องวัดมูลค่าของหนี้สินทางการเงินด้วยวิธีราคาทุนตัดจำหน่ายโดยใช้วิธีอัตราผลตอบแทนที่แท้จริง

ในสถานการณ์ภายหลังมีการเปลี่ยนแปลงและมีผลกระทบอย่าง เป็นสาระสำคัญต่อประมาณการผลตอบแทนที่กิจการต้องจ่ายให้ผู้ลงทุนหรือกองทุน กิจการต้อง ปรับปรุงมูลค่าตามบัญชีของหนี้สินทางการเงิน เพื่อให้สะท้อนกระแสเงินสดที่แท้จริงหรือกระแสเงิน สดที่มีการปรับปรุง กิจการต้องคำนวณมูลค่าที่แสดงในบัญชีใหม่โดยการคำนวณมูลค่าปัจจุบันของ ประมาณการกระแสเงินสดในอนาคตที่อัตราดอกเบี้ยที่แท้จริงเดิมของหนี้สินทางการเงิน กิจการต้อง รับรู้จำนวนปรับปรุงที่เกิดขึ้นเป็นรายได้หรือค่าใช้จ่ายในกำไรหรือขาดทุน

2) การวัดมูลค่ารายได้รอตัดบัญชี

ในกรณีที่สิ่งตอบแทนที่ได้รับจากการขายรายได้ในอนาคตเป็น รายได้รอตัดบัญชี กิจการต้องตัดจำหน่ายรายได้รอตัดบัญชีดังกล่าวโดยใช้วิธีจำนวนหน่วยของรายได้ ซึ่งเป็นผลคูณของอัตราส่วนของสิ่งตอบแทนที่ได้รับจากผู้ลงทุนและสิ่งตอบแทนที่คาดว่าจะจ่ายให้แก่ ผู้ลงทุนทั้งหมดตามระยะเวลาของข้อตกลง กับการจ่ายชำระเงินสดดังกล่าวสำหรับแต่ละงวด ระยะเวลา ซึ่งรายได้รอตัดบัญชีหรือรายได้รอรับรู้ คือ เงินที่กิจการได้รับมาล่วงหน้าสำหรับรายได้ที่ยัง ไม่เกิดขึ้น (บริษัทยังไม่ได้ให้บริการ) เงินจำนวนนี้จึงถือเป็นหนี้สินในงบดุล แทนที่จะถือเป็นรายได้ใน งบกำไรขาดทุน แต่ในงวดถัดไปทันทีที่บริษัทให้บริการกับลูกค้า บริษัทจะตัดบัญชีหนี้สินรายการนี้เป็น รายได้ เช่น ค่าเบี้ยประกันรับล่วงหน้า ค่าโฆษณารับล่วงหน้า เป็นต้น

ในกรณีที่สถานการณ์ภายหลังมีการเปลี่ยนแปลงและมีผลกระทบ อย่างเป็นสาระสำคัญต่อสิ่งตอบแทนที่คาดว่าจะจ่ายให้แก่ผู้ลงทุนทั้งหมดตามระยะเวลาของข้อตกลง กิจการต้องปรับปรุงประมาณการสิ่งตอบแทนที่คาดว่าจะจ่ายให้แก่ผู้ลงทุนโดยถือเป็นการแก้ไข ประมาณการทางบัญชี และบันทึกผลกระทบในงวดปัจจุบันและอนาคต

บทที่ 4

ปัญหาเกี่ยวกับธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับลักษณะของธุรกรรมการโอนสิทธิการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต

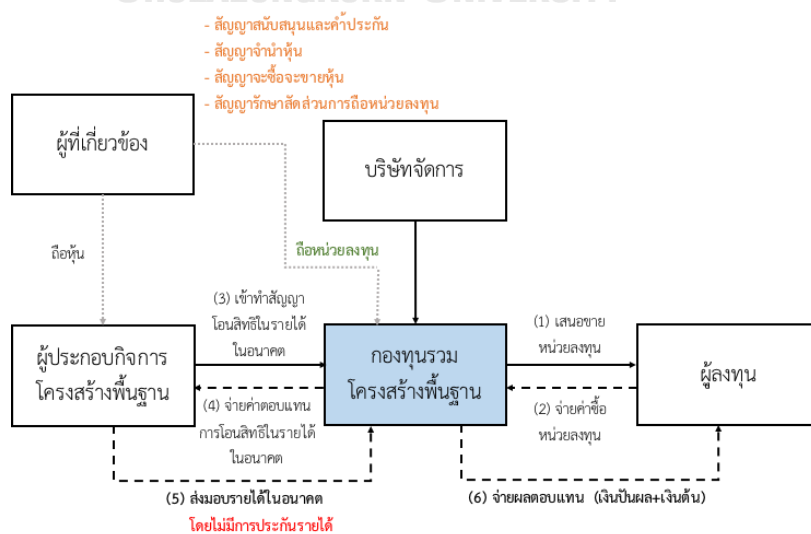
ธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต เริ่มต้นจากการเข้าทำสัญญาโอนสิทธิฯ ระหว่างกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานกับผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน โดยผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจะโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานในวันเข้าทำสัญญาโอนสิทธิฯ และกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งหากพิจารณาว่า ธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นการขายทรัพย์สิน จะทำให้ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานมีรายได้เกิดขึ้นซึ่งต้องนำมารวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล และอาจต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่มจากการขายทรัพย์สินนั้น ในทางกลับกันหากพิจารณาว่า ธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นธุรกรรมทางการเงิน (Financing) ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจะไม่มีรายได้เกิดขึ้น เนื่องจากผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานมีภาระผูกพันที่ต้องชดเชยเงินคืนให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน จึงไม่ต้องนำค่าตอบแทนมารวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลสำหรับธุรกรรมดังกล่าว แต่อาจจะต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะหากมีลักษณะเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ หรือเข้าลักษณะเป็นธุรกรรมในลักษณะอื่น ๆ ซึ่งจะเห็นได้ว่า การพิจารณาลักษณะของนิติกรรมที่เกิดขึ้นดังกล่าวจึงเป็นประเด็นที่สำคัญที่จะนำไปสู่การระงับภาษีอากรที่เกี่ยวข้อง

การพิจารณาว่า ธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตดังกล่าวว่า เข้าลักษณะเป็นธุรกรรมประเภทใดนั้น ควรจะพิจารณาโครงสร้างของธุรกรรม ลักษณะของรายได้ในอนาคต ข้อกำหนดของสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการเข้าลงทุนของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน และความเสี่ยงในการเข้าลงทุนในรายได้ในอนาคตเป็นสำคัญ ซึ่งผู้เขียนขออธิบายเป็นลำดับดังนี้

4.1.1 โครงสร้างของธุรกรรม

ธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตมีโครงสร้างหลัก 3 ส่วน ได้แก่ ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานที่โอนสิทธิให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเพื่อแลกกับการได้รับค่าตอบแทนในวันเข้าทำสัญญาโอนสิทธิฯ กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะระดมทุนจากผู้ลงทุนเพื่อนำเงินที่ได้จากการขายหน่วยลงทุนมาจ่ายเป็นค่าตอบแทนให้แก่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน นอกจากนี้ จะมีผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นบริษัทแม่หรือบริษัทในเครือของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งจะเข้ามาถือหน่วยลงทุนในกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานในช่วงระยะเวลาหนึ่งและ/หรือ เข้ามาสนับสนุนค่าประกันการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งผู้เขียนพิจารณาแล้วเห็นว่า ลักษณะของโครงสร้างของธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตไม่มีลักษณะเป็นธุรกรรมการขายทรัพย์สินของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน เพราะหากเป็นการขายทรัพย์สินโดยทั่วไปแล้ว น่าจะมีบุคคลที่เข้าทำธุรกรรมเพียงแค่ผู้ซื้อ (กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน) กับผู้ขาย (ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน) เท่านั้น จะไม่มีตัวผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานเข้ามาทำธุรกรรมต่าง ๆ กับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน แต่น่าจะมีลักษณะเป็นธุรกรรมทางการเงิน (Financing) ในทำนองเดียวกับการกู้ยืมเงิน ซึ่งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีลักษณะเป็นผู้ให้กู้ ส่วนตัวผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานเป็นผู้กู้ โดยมีผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานเข้ามาประกันการกู้ยืมเงินของผู้กู้

รูปภาพที่ 10 แผนภาพแสดงโครงสร้างของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน



4.1.2 ลักษณะของรายได้ในอนาคต

รายได้ในอนาคต (Future Revenue) เป็นสิ่งที่ยังไม่มีตัวตนอยู่ในปัจจุบัน อาจจะถูกกล่าวได้ว่า เป็นเพียงสิ่งที่เกิดจากความคาดหวังหรือการคาดการณ์ล่วงหน้าเท่านั้น ในกรณีของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน รายได้ในอนาคต คือ รายได้จากการประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานในอนาคตซึ่งเกิดขึ้นจากการบริหารกิจการโดยผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน รายได้ที่จะเกิดจากการประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานในอนาคต เช่น รายได้ค่าโดยสารในอนาคต รายได้ค่าเช่าในอนาคต เป็นต้น ซึ่งมีความไม่แน่นอนว่า รายได้ในอนาคตเหล่านี้จะเกิดขึ้นหรือไม่

จากการศึกษาลักษณะรายได้ในอนาคตของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่จัดตั้งขึ้นในประเทศไทยแล้ว สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ลักษณะดังนี้

1) รายได้ในอนาคตที่ผูกไว้กับสัญญาที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานได้ทำไว้กับลูกหนี้รายได้ในอนาคตไว้ก่อนแล้ว เป็นกรณีที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานได้มีการเข้าทำสัญญาที่จะก่อให้เกิดรายได้ในอนาคตกับคู่สัญญาซึ่งเป็นบุคคลภายนอกก่อนที่จะเข้าทำสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตกับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน โดยมีข้อสัญญาว่าคู่สัญญาจะจ่ายค่าตอบแทนตามอัตราที่กำหนดไว้สัญญาให้แก่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานหากผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานได้ปฏิบัติตามที่ครบถ้วนตามสัญญาและผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานได้นำสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนตามสัญญาดังกล่าวมาระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นสัญญาที่มีค่าตอบแทนแน่นอนและเป็นสัญญาระยะยาว ซึ่งการลงทุนในรายได้ในอนาคตลักษณะนี้จะมีความเสี่ยงค่อนข้างต่ำ กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่ลงทุนในรายได้ในอนาคตลักษณะนี้ ได้แก่ (ก) กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโทรคมนาคม ดิจิทัล (DIF) ซึ่งลงทุนในสิทธิในการได้รับประโยชน์จากรายได้สุทธิที่เกิดจากการให้เช่าทรัพย์สินของ BFKT ตามสัญญาเช่าเครื่องและอุปกรณ์วิทยุโทรคมนาคมเพื่อให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในระบบ HSPA ระหว่าง BFKT กับ กสท. โทรคมนาคม และสิทธิในการได้รับประโยชน์จากรายได้สุทธิที่เกิดจากการให้เช่าทรัพย์สินของ AWC ตามสัญญาเช่าเสาโทรคมนาคมของ AWC ระหว่าง BFKT กับ AWC, (ข) กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้าอมตะ บี.กริม เพาเวอร์ (ABPIF) ซึ่งลงทุนในผลประโยชน์จากการประกอบกิจการโรงไฟฟ้าของบริษัท อมตะ บี.กริม เพาเวอร์ 1 จำกัด (“บี.กริม 1”) และบริษัท อมตะ บี.กริม เพาเวอร์ 2 จำกัด (“บี.กริม 2”) ตามสัญญาซื้อขายไฟฟ้าที่ทำขึ้นระหว่าง บี.กริม 1 และ บี.กริม 2 กับการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย และ (ค) กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้ากลุ่มน้ำตาลบุรีรัมย์ (BRRGIF) ซึ่งลงทุนในสิทธิในรายได้สุทธิ

จากการประกอบกิจการโรงไฟฟ้าชีวมวลตามสัญญาซื้อขายไฟฟ้าระหว่าง BEC และ BPC กับ กฟผ. และสัญญาซื้อขายไฟฟ้าระหว่าง BEC และ BPC กับ BSF

2) รายได้ในอนาคตที่ยังไม่มีคู่สัญญาที่เป็นลูกหนี้รายได้ในอนาคต เป็นกรณีที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานโอสติธิที่จะได้รับรายได้จากการประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานในอนาคตให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งในขณะที่โอสติธิยังไม่มีตัวลูกหนี้รายได้ในอนาคต อย่างเช่นกรณีรายได้ในอนาคตที่ผูกไว้กับสัญญาที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานได้ทำไว้กับลูกหนี้รายได้ในอนาคตไว้ก่อนแล้ว แต่รายได้ในอนาคตมักขึ้นอยู่กับการใช้บริการกิจการโครงสร้างพื้นฐานที่เป็นผู้บริโภครายย่อย ซึ่งรายได้ที่จะได้รับจะยังไม่มีคามแน่นอนว่าจะได้รับในแต่ละวันเป็นเงินจำนวนเท่าใด และมีผู้บริโภคจำนวนเท่าใด ทั้งนี้ การลงทุนในรายได้ในอนาคตลักษณะนี้ จะมีความเสี่ยงสูง กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่ลงทุนในรายได้ลักษณะนี้ ได้แก่ กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานระบบขนส่งมวลชนทางราง บีทีเอสโกรท (BTSGIF) ซึ่งลงทุนในรายได้สุทธิที่จะเกิดขึ้นจากการดำเนินงานระบบรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนกรุงเทพมหานคร โดย BTSGIF มีสิทธิในการให้บริการรถไฟฟ้าได้ตามอายุของสัญญาสัมปทานระหว่าง BTSC กับ กทม.

3) รายได้ในอนาคตที่มีได้ขึ้นอยู่กับลูกหนี้รายได้ในอนาคตโดยตรง แต่ขึ้นอยู่กับความสามารถในการผลิตของกิจการโครงสร้างพื้นฐานเป็นสำคัญ เป็นกรณีที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานโอสติธิที่จะได้รับรายได้จากการประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานในอนาคตซึ่งเกิดจากการกำลังการผลิตไฟฟ้าของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน การลงทุนในรายได้ในอนาคตลักษณะนี้ จะมีความเสี่ยงขึ้นอยู่กับตัวผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งหากผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานเป็นภาคเอกชน จะมีความเสี่ยงค่อนข้างสูง แต่หากผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานเป็นภาครัฐ (ซึ่งรวมถึงรัฐวิสาหกิจ) จะมีความเสี่ยงค่อนข้างต่ำ กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่ลงทุนในรายได้ลักษณะนี้ ได้แก่ กองทุนโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้าพระนครเหนือ ชุดที่ 1 การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) (EGATIF) ซึ่งลงทุนในสิทธิการรับรายได้ค่าพร้อมจ่ายของโรงไฟฟ้าพระนครเหนือ ชุดที่ 1 ซึ่งบริหารจัดการโดย กฟผ.

ทั้งนี้ ลักษณะที่แตกต่างกันของรายได้ในอนาคตดังกล่าวข้างต้นทำให้สามารถจำแนกสัญญาโอสติธิฯ ออกได้เป็น 3 รูปแบบ ซึ่งผู้เขียนจะอธิบายในหัวข้อถัดไป

4.1.3 ข้อกำหนดในสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการเข้าลงทุนของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

จากการศึกษาสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการเข้าลงทุนของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่จัดตั้งขึ้นในประเทศไทยแล้วสรุปได้ว่า สามารถแบ่งสัญญาออกเป็น 3 รูปแบบใหญ่ๆ ตามลักษณะของรายได้ในอนาคตดังนี้

1) สัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตที่ผูกไว้กับสัญญาที่ผู้ประกอบการโครงการโครงสร้างพื้นฐานได้ทำไว้กับลูกหนี้รายได้ในอนาคตไว้ก่อนแล้ว (สัญญารูปแบบที่ 1) ซึ่งประกอบด้วย

1.1) สัญญาโอนสิทธิฯ ระหว่างผู้ประกอบการโครงการโครงสร้างพื้นฐานกับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน จะมีข้อกำหนดซึ่งสรุปได้ดังนี้

ก. สิทธิและหน้าที่

- กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีสิทธิได้รับรายได้ในอนาคตซึ่งอ้างอิงตามสัญญาที่ผู้ประกอบการโครงการโครงสร้างพื้นฐานได้ทำไว้กับลูกหนี้รายได้ในอนาคต ในลักษณะที่เป็นรายได้สุทธิ (กล่าวคือ เป็นรายได้ที่เกิดขึ้นหักด้วยรายจ่ายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานแล้ว) และมีหน้าที่จ่ายค่าตอบแทนให้แก่ผู้ประกอบการโครงการโครงสร้างพื้นฐานในวันเข้าทำสัญญาโอนสิทธิฯ

- ผู้ประกอบการโครงการโครงสร้างพื้นฐานมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนจากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานในวันเข้าทำสัญญาโอนสิทธิฯ และมีหน้าที่ส่งมอบรายได้ในอนาคตตามสัญญาโอนสิทธิฯ ให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานตามระยะเวลาที่ตกลงกันไว้ นอกจากนี้ ในบางกรณีผู้ประกอบการโครงการโครงสร้างพื้นฐาน (ก) มีหน้าที่จัดส่งรายงานและเอกสารต่าง ๆ ให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน เพื่อให้กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานสามารถติดตามและตรวจสอบการประกอบกิจการได้ เช่น รายงานผลการดำเนินงาน งบการเงิน ประมาณการรายรับและรายจ่ายของโครงการ และรายงานเหตุการณ์สำคัญที่เกิดขึ้น เป็นต้น (ข) จัดให้มีหลักประกันเพื่อประกันการปฏิบัติหน้าที่ภายใต้สัญญาโอนสิทธิฯ เช่น จำนองหรือจำนำทรัพย์สิน หรือการโอนสิทธิตามสัญญาเช่า เป็นต้น (ค) จัดหาและดูแลรักษา ซ่อมแซมวัสดุและอุปกรณ์ที่จำเป็นในการประกอบกิจการ (ง) ทำข้อตกลงเกี่ยวกับลูกค้าที่เป็นคู่สัญญากับผู้ประกอบการโครงการโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งหากสัญญาที่ทำกับลูกหนี้รายได้ในอนาคตสิ้นสุดลงก่อนครบระยะเวลา ผู้ประกอบการโครงการโครงสร้างพื้นฐานจะมีหน้าที่ต้องจัดหาลูกหนี้รายได้ในอนาคตรายใหม่มาแทน หรือคืนมูลค่าเงินลงทุนคงเหลือเป็นไปตามตารางการคืนที่กำหนดไว้ (จ) ตกลงไม่ก่อหนี้เพิ่ม และ (ฉ) ระบุชื่อของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเป็น

ผู้เอาประกันร่วม และ/หรือ ผู้รับประโยชน์ร่วม ภายใต้กรมธรรม์ประกันภัยที่ผู้ประกอบกิจการ
 โครงสร้างพื้นฐานได้ทำไว้ (ช) ต้องรับผิดชอบภาระภาษีธุรกิจเฉพาะที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน
 จะต้องเสียอันเนื่องมาจากการได้รับรายได้ในขนาดตามสัญญาโอนสิทธิฯ

ข. ข้อกำหนดหรือข้อตกลงเพิ่มเติม เช่น

- หากผลการดำเนินงานไม่ถึงเกณฑ์ที่กำหนด ผู้ประกอบกิจการ
 โครงสร้างพื้นฐานจะจ่ายค่าปรับให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

- หากไม่นำส่งรายได้สุทธิหรือผิดหน้าที่ตามสัญญาซึ่งกระทบต่อ
 รายได้ในอนาคต กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายและมูลค่าการเข้าลงทุน
คงเหลือตามที่กำหนดในสัญญาโอนสิทธิฯ

- กรณีผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานขอเลิกสัญญาก่อน
 กำหนด ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจะคืนมูลค่าการเข้าลงทุนคงเหลือตามที่กำหนดในสัญญา
 โอนสิทธิฯ

- ข้อตกลงไม่กระทำการ (Negative Undertakings) เช่น การ
 ควบรวมกิจการ การลดทุน การเพิ่มทุน การก่อหลักประกันหรือภาระผูกพันเหนือทรัพย์สิน

- ข้อตกลงให้สิทธิในการปฏิเสธเป็นรายแรก (Right of First
 Refusal) ที่จะลงทุนในทรัพย์สินอื่น

1.2) สัญญาหรือข้อตกลงอื่น ระหว่างผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบกิจการ
 โครงสร้างพื้นฐานกับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน จะมีข้อกำหนดซึ่งสามารถสรุปได้ เช่น

- ข้อตกลงรักษาสัดส่วนการถือหุ้นในบริษัทผู้ประกอบกิจการ
 โครงสร้างพื้นฐานตลอดระยะเวลาที่สัญญาโอนสิทธิฯ ยังมีผลใช้บังคับ

- ข้อตกลงรักษาสัดส่วนการถือหน่วยลงทุนในกองทุนรวมโครงสร้าง
 พื้นฐานตลอดระยะเวลาที่สัญญาโอนสิทธิฯ ยังมีผลใช้บังคับ หรือตามระยะเวลาที่ตกลงกัน

- ข้อตกลงเกี่ยวกับการบริหารและปฏิบัติตามสัญญาต่าง ๆ เช่น ใน
 ฐานะที่เป็นบริษัทแม่ (ผู้ถือหุ้น) จะดำเนินการให้ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานปฏิบัติตามหน้าที่
 ภายใต้สัญญาโอนสิทธิฯ หรือเข้าเป็นผู้ค้าประกัน หรือไม่ดำเนินการให้บริษัทในเครืออื่นประกอบธุรกิจ
 แข่งขันกับผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน

2) สัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตที่ยังไม่มีคู่สัญญาที่เป็นลูกหนี้รายได้ในอนาคต (สัญญารูปแบบที่ 2) ซึ่งประกอบด้วย

2.1) สัญญาโอนสิทธิ ระหว่างผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานกับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน จะมีข้อกำหนดซึ่งสรุปได้ดังนี้

ก. สิทธิและหน้าที่

- กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีสิทธิได้รับรายได้ในอนาคตที่จะเกิดขึ้นโดยตรงจากการดำเนินกิจการของผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานในลักษณะที่เป็น รายได้สุทธิ (กล่าวคือ เป็นรายได้ที่เกิดขึ้นหักด้วยรายจ่ายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจการแล้ว) และมีหน้าที่จ่ายค่าตอบแทนให้แก่ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานในวันเข้าทำสัญญาโอนสิทธิฯ

- ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนจากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานในวันเข้าทำสัญญาโอนสิทธิฯ และมีหน้าที่ส่งมอบรายได้ในอนาคตตามสัญญาโอนสิทธิฯ ให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานตามระยะเวลาที่ตกลงกันไว้ นอกจากนี้ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐาน (ก) ยังมีหน้าที่จัดส่งรายงานและเอกสารต่างๆ ให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน เพื่อให้กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานสามารถติดตามและตรวจสอบการประกอบกิจการได้ เช่น รายงานผลการดำเนินงาน งบการเงิน ประมาณการรายรับและรายจ่ายของโครงการ และรายงานเหตุการณ์สำคัญที่เกิดขึ้น เป็นต้น (ข) จัดหาและดูแลรักษา ซ่อมแซมวัสดุและอุปกรณ์ที่จำเป็นในการประกอบกิจการ (ค) ข้อตกลงไม่ก่อนนี้เพิ่ม (ง) ระบุชื่อของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเป็นผู้เอาประกันร่วม และ/หรือ ผู้รับประโยชน์ร่วม ภายใต้กรรมธรรม์ประกันภัยที่ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานได้ทำไว้ และ (จ) ต้องรับผิดชอบภาระภาษีธุรกิจเฉพาะที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะต้องเสียอันเนื่องมาจากการได้รับรายได้ในอนาคตตามสัญญาโอนสิทธิฯ

ข. ข้อกำหนดหรือข้อตกลงเพิ่มเติม เช่น

- กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานตกลงจะจ่ายค่าตอบแทนพิเศษให้แก่ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐาน เพื่อจูงใจในการดำเนินกิจการโครงการสร้างพื้นฐาน

- กรณีมีเหตุผิดนัดตามสัญญาการโอนสิทธิฯ กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานอาจเรียกให้ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานชำระหนี้ตามจำนวนและเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาโอนสิทธิฯ หรือเรียกให้ผู้เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานปฏิบัติตามสัญญาสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่

- ข้อตกลงให้สิทธิเข้าร่วมในการบริหารจัดการกิจการโครงสร้างพื้นฐาน เช่น สิทธิในการเสนอซื้อกรรมการจำนวน 1 ใน 3 กรรมการทั้งหมดของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน สิทธิในการเสนอซื้อบุคคลเข้าสังเกตการณ์ในการประชุมคณะกรรมการ เป็นต้น
 - ข้อตกลงให้สิทธิในการซื้อ (Right to purchase) รายได้หรือการลงทุนเกี่ยวกับกิจการโครงสร้างพื้นฐานและให้สิทธิในการปฏิเสธเป็นรายแรกที่จะซื้อ (Right of First Refusal) ทรัพย์สินของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน
 - ข้อตกลงจะไม่กระทำการ (Negative Undertakings) เช่น การลงทุนในธุรกิจใหม่ การลดทุน การเพิ่มทุน การก่อให้เกิดรายจ่ายฝ่ายทุนหรือหนี้สินใหม่เกินกว่าจำนวนที่กำหนดไว้ การประกอบธุรกิจประเภทอื่น การก่อหลักประกันหรือภาระติดพันเหนือทรัพย์สินเว้นแต่ได้รับความยินยอมจากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

2.2) สัญญาหรือข้อตกลงอื่น ระหว่างผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานกับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน จะมีข้อกำหนดซึ่งสามารถสรุปได้ เช่น

- สัญญาสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานภายใต้สัญญาโอนสิทธิในรายได้ในอนาคต
- สัญญาจำหน่ายหุ้นของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน
- สัญญาจะซื้อขายหุ้นของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน
- ข้อตกลงรักษาสัดส่วนการถือหุ้นในบริษัทผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานตลอดระยะเวลาที่สัญญาโอนสิทธิฯ ยังมีผลใช้บังคับ
- ข้อตกลงรักษาสัดส่วนการถือหุ้นหน่วยลงทุนในกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานตลอดระยะเวลาที่สัญญาโอนสิทธิฯ ยังมีผลใช้บังคับ หรือตามระยะเวลาที่ตกลงกัน

3) สัญญาโอนสิทธิการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตที่มีได้ขึ้นอยู่กับลูกหนี้รายได้ในอนาคตโดยตรง แต่ขึ้นอยู่กับความสามารถในการผลิตของกิจการโครงสร้างพื้นฐานเป็นสำคัญ (สัญญารูปแบบที่ 3) ซึ่งประกอบด้วย

3.1) สัญญาโอนสิทธิฯ ระหว่างผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานกับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน จะมีข้อกำหนดซึ่งสรุปได้ดังนี้

- ก. สิทธิและหน้าที่
 - กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีสิทธิได้รับรายได้ในอนาคตที่จะเกิดขึ้นจากความสามารถในการผลิตของกิจการโครงสร้างพื้นฐานในลักษณะที่เป็นรายได้ที่หักด้วย

ส่วนลด ค่าปรับจากความไม่สามารถผลิตและเบี้ยประกันภัย และมีหน้าที่จ่ายค่าตอบแทนให้แก่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานในวันเข้าทำสัญญาโอนสิทธิฯ

- ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนจากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานในวันเข้าทำสัญญาโอนสิทธิฯ และมีหน้าที่ส่งมอบรายได้ในอนาคตตามสัญญาโอนสิทธิฯ ให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานตามระยะเวลาที่ตกลงกันไว้ นอกจากนี้ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน (ก) ยังเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายและการลงทุนทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน และดำเนินการบริหารจัดการกิจการโครงสร้างพื้นฐานตลอดจนเดินเครื่อง บริหาร ซ่อมแซมและบำรุงรักษาวัสดุ อุปกรณ์ และเครื่องจักรที่ใช้ในการประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน และ (ข) มีหน้าที่แจ้งให้กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานทราบถึงเหตุการณ์สำคัญที่ส่งผลกระทบต่อการประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน (ค) ให้ความร่วมมือในการเข้าตรวจสอบการดำเนินกิจการโครงสร้างพื้นฐาน (ง) ไม่ต้องรับผิดชอบต่อภาวะภาษีธุรกิจเฉพาะ เพราะไม่เข้าลักษณะการประกอบธุรกิจที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ

ข. ข้อกำหนดหรือข้อตกลงเพิ่มเติม เช่น

- ในกรณีที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานไม่นำส่งรายได้ในอนาคต หรือระงับการดำเนินกิจการ หรือปฏิบัติผิดหน้าที่ตามสัญญาโอนสิทธิฯ กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานสามารถใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาและเรียกร้องให้คืนมูลค่าการเข้าลงทุนคงเหลือให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน และเรียกค่าปรับกรณีผิดสัญญา

3.2) ไม่มีสัญญาหรือข้อตกลงอื่น ระหว่างผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานกับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

จะเห็นได้ว่า รูปแบบของสัญญาแต่ละประเภทจะมีข้อกำหนดของสัญญาที่แตกต่างกันไป กล่าวคือ สัญญารูปแบบที่ 1 จะมีกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานรักษาลูกค้า (ลูกหนี้รายได้ในอนาคต) ซึ่งเป็นคู่สัญญาของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน มีการกำหนดห้ามกระทำการอันจะมีผลกระทบต่อการลงทุนของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน และมีผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานเข้ามาค้าประกันการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน โดยการทำสัญญาในรูปแบบต่าง ๆ ส่วนกรณีสัญญารูปแบบที่ 2 นั้น จะมีการกำหนดห้ามกระทำการอันจะมีผลกระทบต่อการลงทุนของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน และมีผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานเข้ามาค้าประกันการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน และสุดท้ายกรณีสัญญารูปแบบที่ 3 นั้น จะมีลักษณะที่ขึ้นอยู่กับความเชื่อถือของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานเป็นหลัก โดยไม่มีการค้าประกันการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ประกอบกิจการ

โครงสร้างพื้นฐาน และไม่มีข้อตกลงอื่น ๆ ประกอบกับสัญญาโอนสิทธิฯ แต่อย่างใด อนึ่ง เห็นว่า สัญญารูปแบบนี้จะสามารถทำได้เฉพาะในกรณีที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานเป็นหน่วยงานภาครัฐเท่านั้น

4.1.4 การบอกกล่าวการโอนสิทธิแก่คู่สัญญาของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน

กรณีเป็นการลงทุนในสิทธิการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตที่ผูกไว้กับสัญญาที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานได้ทำไว้กับลูกหนี้รายได้ในอนาคตไว้ก่อนแล้ว (สัญญารูปแบบที่ 1) ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจะไม่ได้บอกกล่าวการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตให้คู่สัญญาของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานซึ่งเป็นลูกหนี้แห่งสิทธิ (ลูกหนี้รายได้ในอนาคต) ทราบว่า ได้มีโอนสิทธิฯ ให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานแล้ว อาจเป็นเพราะว่า รายได้จากการประกอบกิจการ (รายได้ในอนาคต) ที่เกิดขึ้นซึ่งจะต้องส่งมอบให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนั้นจะต้องหักด้วยรายจ่ายที่เกี่ยวข้องซึ่งก่อให้เกิดรายได้ในอนาคตก่อน ดังนั้น ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานเท่านั้นที่จะเป็นผู้มีสิทธิเรียกร้องรายได้ในอนาคตจากลูกหนี้รายได้ในอนาคต โดยกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องรายได้ในอนาคตจากลูกหนี้รายได้ในอนาคตโดยตรง

4.1.5 การโอนกรรมสิทธิ์และความเสี่ยงภัยของรายได้ในอนาคต

ในการเข้าลงทุนในสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนั้น กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (หมายความรวมถึง ผู้ลงทุน) จะต้องรับความเสี่ยงเกี่ยวกับรายได้ในอนาคตที่เข้าลงทุนเอง โดยไม่มีการรับประกันรายได้ในอนาคตให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (กล่าวคือ หากรายได้ในอนาคตที่เกิดขึ้นมีจำนวนน้อยกว่าจำนวนที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานได้ประมาณการไว้ในขณะเข้าทำสัญญาโอนสิทธิฯ ผู้ลงทุนก็อาจต้องรับผลขาดทุนจากการลงทุนเอง) กรณีนี้จึงเป็นประเด็นว่า จะถือว่ามี การโอนกรรมสิทธิ์และความเสี่ยงภัยไปยังกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานแล้วหรือไม่อย่างไร เพราะในขณะที่ทำสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต ตัวผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานยังไม่มีกรรมสิทธิ์ในตัวรายได้ในอนาคต

จากที่กล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า ธุรกรรมการโอนสิทธิการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตกรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะมีลักษณะที่ค่อนข้างซับซ้อน ไม่ว่าจะเป็นในส่วนของโครงสร้าง

ของธุรกรรมที่มีบุคคลหลายบุคคลเข้ามาเกี่ยวข้อง ลักษณะของรายได้ในอนาคตที่ยังไม่เกิดขึ้นในปัจจุบัน แต่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต ข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่มีการเข้าทำสัญญาหลายลักษณะประกอบกัน การไม่บอกกล่าวการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตให้ลูกหนี้แห่งสิทธิ (ลูกหนี้รายได้ในอนาคต) ทราบในกรณีที่เป็นสัญญาในรูปแบบที่ 1 และการโอนกรรมสิทธิ์และความเสี่ยงภัยของรายได้ในอนาคต ดังนั้น จึงก่อให้เกิดปัญหาว่า ธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตควรจะเข้าลักษณะเป็นธุรกรรมประเภทใด เป็นธุรกรรมการขายทรัพย์สิน หรือเป็นธุรกรรมทางการเงินทำนองเดียวกับการให้กู้ยืมเงิน หรือเป็นธุรกรรมในลักษณะอื่น ๆ

4.2 ปัญหาการนำบทบัญญัติทั่วไปของประมวลรัษฎากรมาปรับใช้กับสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต เพื่อจัดเก็บภาษีอากร

เนื่องจากสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตระหว่างกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานกับผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานนั้นมีลักษณะที่ค่อนข้างซับซ้อนตามที่กล่าวไว้ในหัวข้อ 4.1 ข้างต้น จึงทำให้เกิดประเด็นปัญหาว่า ธุรกรรมดังกล่าวควรจะเข้าลักษณะเป็นธุรกรรมประเภทใด ประกอบกับในปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติในประมวลรัษฎากรหรือกฎหมายลำดับรองกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการจัดเก็บภาษีอากรสำหรับธุรกรรมดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ จึงมีการนำบทบัญญัติซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายภาษีอากรมาปรับใช้เพื่อจัดเก็บภาษีอากรจากธุรกรรมดังกล่าวเป็นรายธุรกรรมๆ ไป

อย่างไรก็ดี ในการนำหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายภาษีอากรมาปรับใช้นั้น ก่อให้เกิดปัญหาในค่อนข้างมากในทางปฏิบัติ โดยมีการตีความธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตในลักษณะที่แตกต่างกันไป ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมและความไม่แน่นอนในการจัดเก็บภาษีดังจะเห็นได้จากแนววินิจฉัยของกรมสรรพากรที่มีหลายแนวทาง จากการศึกษาพบว่า ในปัจจุบันมีการตีความลักษณะของธุรกรรมออกเป็น 4 แนวทางดังนี้

แนวทางที่ 1 วินิจฉัยว่า เข้าลักษณะเป็นธุรกรรมที่ตกลงนำเงินไปให้ใช้ในการดำเนินกิจการ ซึ่งสรุปได้ว่า²⁰³

1) ภาระภาษีของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน

กรณีภาษีเงินได้นิติบุคคล

- ค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ ซึ่งผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานได้รับ ไม่ถือเป็นรายได้จากการประกอบกิจการหรือเนื่องจากการประกอบกิจการของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร เนื่องจากสัญญาโอนสิทธิฯ มีลักษณะเป็นข้อตกลงที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานตกลงนำเงินไปให้ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานใช้ในการดำเนินกิจการ โดยผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานมีหน้าที่ต้องนำส่งรายได้สุทธิในอนาคตให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ดังนั้น ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจึงไม่มีหน้าที่ต้องนำค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ ไปถือเป็นรายได้ในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล

- เมื่อประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานแล้วมีรายได้จากการประกอบกิจการเกิดขึ้นนั้น ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานต้องนำรายได้ดังกล่าวไปถือเป็นรายได้ในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีที่เกี่ยวข้อง และมีสิทธินำรายจ่ายที่เกี่ยวข้อง (ที่ไม่มีลักษณะเป็นรายจ่ายต้องห้ามตามมาตรา 65 ตรีแห่งประมวลรัษฎากร) ไปรวมคำนวณเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร

นอกจากนี้ หากเงินที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานต้องส่งมอบให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (รายได้ในอนาคต) ตามสัญญาโอนสิทธิฯ มีจำนวนเงินมากกว่าเงินที่ได้รับมา (ค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ) เงินส่วนต่างจะถือเป็นต้นทุนทางการเงิน (Financing Cost) ของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งจะถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิหรือขาดทุนสุทธิของกิจการ แต่หากเงินที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานต้องส่งมอบให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (รายได้ในอนาคต) ตามสัญญาโอนสิทธิฯ มีจำนวนเงินน้อยกว่าเงินที่ได้รับมา (ค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ) เงินส่วนต่างต้องนำมาถือเป็นรายได้ในการคำนวณกำไรสุทธิหรือขาดทุนสุทธิของกิจการด้วย

²⁰³ หนังสือตอบข้อหารือของสำนักบริหารภาษีธุรกิจขนาดใหญ่ ที่ กค 0722/ภญ/6822 ลงวันที่ 26 มีนาคม 2558

กรณีภาษีมูลค่าเพิ่ม

- การโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตไม่เข้าลักษณะของการขายสินค้าหรือให้บริการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่มตามมาตรา 77/2 แห่งประมวลรัษฎากร ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจึงไม่มีหน้าที่ต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่มสำหรับค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ ซึ่งผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานได้รับจากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

2) ภาระภาษีของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

ภาษีธุรกิจเฉพาะ

- ผลตอบแทนซึ่งเป็นส่วนต่างระหว่างเงินที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานต้องส่งมอบให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (รายได้ในอนาคต) ตามสัญญาโอนสิทธิฯ กับเงินที่ได้รับมา (ค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ) นั้น กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีหน้าที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะสำหรับเงินส่วนต่างดังกล่าวตามมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร

แนวทางที่ 2 พิจารณาว่า เข้าลักษณะเป็นธุรกรรมโอนสิทธิเรียกร้องและเป็นธุรกรรมทำนองเดียวกับการกู้ยืมเงิน ซึ่งสรุปได้ว่า²⁰⁴

1) ภาระภาษีของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน

กรณีภาษีเงินได้นิติบุคคล

- ค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ ซึ่งผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานได้รับจากการเข้าทำสัญญาโอนสิทธิฯ ไม่เข้าลักษณะเป็นเงินได้ที่บริษัทลูกจะต้องนำมารวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล เนื่องจากธุรกรรมการโอนสิทธิการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตเข้าลักษณะเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 303 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเป็นธุรกรรมทางการเงินทำนองเดียวกันกับการกู้ยืมเงิน

- เมื่อประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานแล้วมีรายได้จากการประกอบกิจการเกิดขึ้นนั้น ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานต้องนำรายได้ดังกล่าวไปถือเป็นรายได้ในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามหลักเกณฑ์สิทธิตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร

²⁰⁴ หนังสือตอบข้อหารือของกรมสรรพากรที่ กค 0702/7105 วันที่ 16 สิงหาคม 2555

นอกจากนี้ เมื่อผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานนำส่งรายได้ในอนาคตให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานในแต่ละเดือน ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานจะต้องจัดสรรเงินรายได้ดังกล่าวออกเป็นส่วนเงินต้นและดอกเบี้ย โดยการคำนวณส่วนต่างที่จะถือเป็นดอกเบี้ยจ่ายในแต่ละเดือนจะคำนวณโดยนำค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ มาจัดสรรตามประมาณการผลตอบแทนของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (Internal Rate of Return) ตามประมาณการกระแสเงินสดที่จะได้รับในอนาคต ซึ่งหากวิธีการจัดสรรดังกล่าวเป็นวิธีการทางบัญชีตามมาตรฐานทางบัญชีที่รับรองทั่วไป และเป็นที่ยอมรับแก่สำนักงาน ก.ล.ต. และตลาดหลักทรัพย์ในขั้นตอนการจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานและเสนอขายหน่วยลงทุน กรณีถือว่าดอกเบี้ยที่จัดสรรได้ในแต่ละเดือนเป็นไปตามราคายุติธรรม ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานมีสิทธินำดอกเบี้ยจ่ายที่จัดสรรได้นั้นมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล โดยไม่ต้องห้ามตามมาตรา 65 ตรีแห่งประมวลรัษฎากร แม้ว่าจำนวนเงินที่ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานจ่ายให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานในแต่ละปีอาจมีปริมาณไม่เท่ากันโดยอาจขึ้นหรือลงตามรายได้ในอนาคตที่เกิดขึ้นจริงก็ตาม

และหากรายได้ในอนาคตที่ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานต่ำกว่าจำนวนเงินต้นที่จัดสรรได้ในแต่ละงวด จำนวนเงินต้นที่ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานไม่สามารถชำระได้ จะถูกยกยอดไปรวมคำนวณเป็นส่วนของเงินต้นที่จัดสรรให้แต่ละงวดในรอบระยะเวลาที่เหลือโดยใช้วิธีประมาณการผลตอบแทน (Internal Rate of Return) ต่อไปจนกว่าจะสิ้นสุดระยะเวลาตามโครงการ กรณีดังกล่าวยังไม่ถือว่ามีผลหนี้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม หากเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาของโครงการแล้ว ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานยังมีส่วนของเงินต้นที่ยังไม่ได้ชำระ ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานจะต้องรับรู้จำนวนเงินต้นที่ไม่ได้ชำระ เป็นเงินได้จากการปลดหนี้ในรอบระยะเวลาบัญชีสุดท้ายของโครงการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

2) ภาระภาษีของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

กรณีภาษีธุรกิจเฉพาะ

- กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานรับโอนสิทธิการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตจากผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานและได้รับส่วนต่างระหว่างเงินที่ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานต้องส่งมอบให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (รายได้ในอนาคต) ตามสัญญาโอนสิทธิฯ กับเงินที่ได้รับมา (ค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ) นั้น เข้าลักษณะเป็นการประกอบธุรกิจโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจึงอยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร

แนวทางที่ 3 วินิจฉัยว่า เป็นธุรกรรมการเข้าลงทุน ไม่เข้าลักษณะเป็นสัญญากู้ยืมเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งสรุปได้ว่า²⁰⁵

ภาระภาษีของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

กรณีภาษีธุรกิจเฉพาะ

การที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเข้าทำสัญญาการเข้าลงทุนในค่าความพร้อมจ่าย ถือเป็นประกอบกิจการลงทุนในทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐาน สัญญาการเข้าลงทุนฯ ดังกล่าวมีลักษณะเป็นธุรกรรมการเข้าลงทุน ไม่เข้าลักษณะเป็นสัญญากู้ยืมเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น การระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจึงไม่เข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2 แห่งประมวลรัษฎากร

แนวทางที่ 4 วินิจฉัยว่า เข้าลักษณะเป็นการขายทรัพย์สิน (ซึ่งไม่ใช่กรณีของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน แต่เป็นกรณีของการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ด้วยสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคต โดยผู้เขียนยกแนวทางนี้มาวิเคราะห์เนื่องจากการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีลักษณะคล้ายกับธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ด้วยสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคต (Future Flow Securitization) ดังที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 2.4.1.3) ซึ่งสรุปได้ว่า

- 1) ภาระภาษีของผู้จำหน่ายสินทรัพย์ (เทียบเคียงได้กับผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน)

กรณีภาษีเงินได้นิติบุคคล

- ค่าขายสิทธิและส่วนลดจากการขายสิทธิที่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ได้รับจาก SPV จะต้องนำมารวมคำนวณเป็นรายได้และรายจ่ายเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล ทั้งนี้ การคำนวณรายได้และรายจ่ายให้ใช้เกณฑ์สิทธิตามมาตรา 65 วรรคสองแห่งประมวลรัษฎากร โดยผู้จำหน่ายสินทรัพย์จะนำรายได้ค่าเช่ารวมค่าบริการรวมคำนวณเป็นรายได้ในรอบระยะเวลาบัญชีที่เริ่มให้เช่าทรัพย์สินหรือให้บริการ หรือจะนำรายได้นั้นมาเฉลี่ยตามส่วนแห่งจำนวนปีตามสัญญา และนำมารวมคำนวณเป็นรายได้ในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีนับแต่รอบระยะเวลาบัญชีที่เริ่มให้เช่าทรัพย์สินหรือให้บริการ

²⁰⁵ หนังสือของกระทรวงการคลังที่ กค 0805.2/4210 เรื่อง การระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้าพระนครเหนือ ชุดที่ 1 การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ฉบับลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2558

ก็ได้ โดยให้บริษัทฯ นำส่วนลดจากการขายสิทธิการรับชำระค่าเช่ารวมค่าบริการมารวมคำนวณเป็นรายจ่ายในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีนับแต่รอบระยะเวลาบัญชีที่เริ่มให้เช่าทรัพย์สินหรือให้บริการ

กรณีภาษีมูลค่าเพิ่ม

- สัญญาขายสิทธิการรับชำระค่าเช่ารวมค่าบริการระหว่างผู้จำหน่ายสินทรัพย์กับ SPV เข้าลักษณะเป็นการขายทรัพย์สินระหว่างผู้จำหน่ายสินทรัพย์กับ SPV ที่เกิดขึ้นเนื่องจากการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ จะได้รับยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่มตามมาตรา 3 (8) แห่งพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วยการยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม (ฉบับที่ 239) พ.ศ. 2534

นอกจากนี้ เนื่องจากผู้จำหน่ายสินทรัพย์ดำเนินการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ โดยการขายสิทธิการรับชำระค่าเช่ารวมค่าบริการในอนาคต แต่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ไม่ได้โอนสิทธิการให้เช่ารวมการให้บริการในอาคารให้แก่ SPV ผู้จำหน่ายสินทรัพย์จึงเป็นผู้ให้เช่าอาคารและให้บริการต่อผู้เช่าตลอดระยะเวลา 30 ปี ดังนั้น เมื่อผู้เช่าชำระค่าเช่าอาคารในแต่ละงวดให้แก่ SPV ผู้จำหน่ายสินทรัพย์มีหน้าที่ต้องออกใบเสร็จรับเงินให้แก่ผู้เช่า และเมื่อผู้เช่าชำระค่าบริการในแต่ละงวดให้แก่ SPV นั้น ผู้จำหน่ายสินทรัพย์มีหน้าที่ต้องออกใบเสร็จรับเงินให้แก่ผู้เช่าและมีสิทธิเรียกเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มในอัตราร้อยละ 7.0 พร้อมทั้งออกใบกำกับภาษีให้แก่ผู้เช่าตามมาตรา 80 และ 86 วรรคหนึ่งแห่งประมวลรัษฎากร

- 2) ภาระภาษีของ SPV (เทียบเคียงได้กับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน)

ไม่ได้วินิจฉัย

จากที่กล่าวไว้ข้างต้นจะเห็นว่า ธุรกิจที่มีลักษณะหรือเทียบเคียงได้กับการโอนสิทธิในการรับประโยชน์รายได้ในอนาคตถูกวินิจฉัยออกเป็นหลายแนวทาง ไม่ว่าจะเป็นธุรกิจที่ตกลงนำเงินไปใช้ในการดำเนินกิจการ (ตามแนวทางที่ 1) ธุรกิจที่มีลักษณะเป็นโอนสิทธิเรียกร้องและเป็นธุรกรรมทำนองเดียวกับการกู้ยืมเงิน (ตามแนวทางที่ 2) ธุรกรรมการลงทุน ไม่เข้าลักษณะเป็นสัญญากู้ยืมเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ตามแนวทางที่ 3) และธุรกิจที่มีลักษณะเป็นการขายทรัพย์สิน (ตามแนวทางที่ 4) ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาดังกล่าวข้างต้นนั้นเกิดขึ้นเนื่องจาก

ประมวลรัษฎากรมิได้มีบทบัญญัติเฉพาะหรือบัญญัติการจดทะเบียนภาษีอากรเกี่ยวกับธุรกรรมการโอนสิทธิในรายได้ในอนาคตไว้อย่างชัดเจน

4.3 ปัญหาเกี่ยวกับการไม่มีมาตรฐานการบัญชีมารองรับธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต

เนื่องจากในปัจจุบันไม่มีมาตรฐานการบัญชีที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะสำหรับธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน แนวทางการรับรู้รายการเกี่ยวกับการโอนสิทธิฯ ดังกล่าวจึงอาศัยหลักการตามมาตรฐานการบัญชีโดยทั่วไปมาปรับใช้ ซึ่งได้แก่ มาตรฐานการบัญชี ฉบับที่ 18 เรื่อง รายได้ โดยนำหลักเรื่องความเสี่ยงและค่าตอบแทน (Risk & Rewards) มาพิจารณากำหนดรายการว่าเข้าลักษณะเป็นการขายสินค้าหรือไม่ โดยขึ้นอยู่กับความดีความของผู้สอบบัญชีว่า รายการมีเนื้อหาทางเศรษฐกิจเป็นอย่างไร ซึ่งหากไม่เข้าหลักการตามมาตรฐานการบัญชีดังกล่าวจะพิจารณาว่าเป็นหนี้สินทางการเงิน ซึ่งทำให้การลงรายการในทางบัญชีมีลักษณะที่แตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับความดีความของผู้ทำบัญชีเป็นสำคัญ

อย่างไรก็ดี จากการศึกษางบการเงินของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานในประเทศไทยพบว่า ปัจจุบัน แนวทางการรับรู้รายการของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานแบ่งออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ กรณีลงรายการเป็นการขาย (เช่น กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานขนส่งมวลชนทางราง บีทีเอสโกรท (BTSGIF) และกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโทรคมนาคม ดิจิทัล (DIF)) และกรณีลงรายการเป็นหนี้สิน (เช่น กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้า อมตะ บี.กริม เพาเวอร์ (ABPIF) และกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้ากลุ่มน้ำตาลบุรีรัมย์ (BRRGIF))

ทั้งนี้ ผู้เขียนขอยกตัวอย่างการรับรู้รายการของธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่มีการลงรายการแตกต่างกันดังนี้

1) กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานขนส่งมวลชนทางราง บีทีเอสโกรท (BTSGIF)

จากการพิจารณางบการเงินในปีที่ทำธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กล่าวคือ การเข้าทำสัญญาซื้อและโอนสิทธิรายได้สุทธิระหว่างบริษัท ระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) กับ BTSGIF แล้ว สรุปได้ความว่า

1.1) กรณีงบการเงินของบริษัท ระบบขนส่งมวลชนกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) (BTSC) รอบบัญชีสิ้นสุดวันที่ 31 มีนาคม 2557

การขายสิทธิในการรับรายได้ค่าโดยสารสุทธิในอนาคตเป็นการจำหน่ายสินทรัพย์ไม่มีตัวตนได้เกิดขึ้นแล้ว (True sale transaction) จึงบันทึกตัดรายการต้นทุนโครงการและบัญชีที่เกี่ยวข้องเนื่องออกจากงบแสดงฐานะการเงิน พร้อมทั้งบันทึกประมาณการหนี้สินที่เกี่ยวข้อง (ภาษีธุรกิจเฉพาะของ BTSGIF) ในงบแสดงฐานะการเงินจากเงินสดรับสุทธิจากการขายรายได้ค่าโดยสารสุทธิจำนวน 61,399 ล้านบาทและบันทึกกำไรจากการขายสิทธิในการรับรายได้ค่าโดยสารสุทธิในอนาคตจำนวน 19,882 ล้านบาท โดยแยกแสดงเป็นรายการต่างหากไว้ในงบกำไรขาดทุน

BTSC ได้ให้เหตุผลไว้ว่า

- BTSC ได้ขายสิทธิในการรับรายได้ค่าโดยสารสุทธิในอนาคตจากการดำเนินงานระบบรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนกรุงเทพสายหลัก ตลอดระยะเวลาอายุสัมปทานที่เหลืออยู่ (ประมาณ 17 ปี) ให้แก่ BTSGIF
- BTSC ไม่ได้ให้การรับประกันรายได้ค่าโดยสารสุทธิในอนาคตที่ BTSGIF จะได้รับ
- BTSC เป็นผู้รับความเสี่ยงจากการที่รายได้ค่าโดยสารเพิ่มขึ้น/ลดลง หรือต้นทุนและค่าใช้จ่ายสินทรัพย์ที่ลดลง/เพิ่มขึ้น
- ถึงแม้ว่า การขายรายได้ค่าโดยสารสุทธิในอนาคตดังกล่าวจะไม่มีกรรมสิทธิ์ในสัญญาสัมปทานในทางกฎหมายให้แก่ BTSGIF แต่เนื้อหาสาระเป็นการโอนผลตอบแทนทั้งหมดในค่าโดยสารที่ BTSC จะได้รับให้แก่ BTSGIF เรียบร้อยแล้ว
- BTSC ยังคงดำเนินงานในการบริการเดินรถในฐานะผู้ดำเนินงาน โดยควบคุมของ BTSGIF และอำนาจในการตัดสินใจในฐานะเจ้าของเป็นของ BTSGIF (โดย BTSC ไม่เกี่ยวข้องในการบริหารสินทรัพย์ดังกล่าวอย่างต่อเนื่องในระดับที่เจ้าของพึงกระทำ หรือไม่ได้ควบคุมสินทรัพย์ที่ขายไปแล้วทั้งทางตรงและทางอ้อม)
- BTSC ต้องนำส่งเงินสดรับรายได้ค่าโดยสารสุทธิให้แก่ BTSGIF ในฐานะตัวกลางทำหน้าที่เก็บค่าโดยสารและนำส่งให้ BTSGIF ในแต่ละวันเท่านั้น เนื่องจากเงินสดดังกล่าวเป็นเงินสดของ BTSGIF และ BTSC ไม่ได้มีภาระผูกพันกับ BTSGIF ในฐานะลูกหนี้/เจ้าหนี้แต่อย่างใด ซึ่งในกรณีนี้ BTSC ประเมินแล้วว่ารายการดังกล่าวไม่ใช่หนี้สินทางการเงิน ทั้งนี้ BTSC ได้กล่าวถึงกรณีที่ BTSC ทำหนังสือขอหารือต่อหน่วยงานทางบัญชีที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการบันทึกรายการการโอนขายรายได้สุทธิในอนาคต โดยการตัดรายการต้นทุนโครงการ (De-recognize) ออกจากบัญชีของ

BTSC และรับรู้กำไรทันที ซึ่งหน่วยงานดังกล่าวไม่ได้ให้ข้อสรุป แต่เห็นว่า BTSC ต้องพิจารณาถึงผลกระทบของภาระผูกพันตามกฎหมายภายใต้สัญญา รวมทั้งข้อเท็จจริงอื่น ๆ โดยคำนึงถึงภาพรวมทั้งหมดของธุรกรรม โดยที่ BTSC ควรใช้ดุลพินิจของผู้ทำบัญชีในการพิจารณารายการดังกล่าวอย่างระมัดระวังรอบคอบ

ตารางที่ 2 แสดงรายการในงบแสดงฐานะการเงินของ BTSC

ณ วันที่ 31 มีนาคม 2557 (หน่วย: ล้านบาท)

สินทรัพย์		หนี้สินและส่วนของผู้ถือหุ้น	
สินทรัพย์หมุนเวียน		หนี้สินหมุนเวียน	
สินทรัพย์ไม่หมุนเวียนที่จัดประเภทเป็นสินทรัพย์ที่ถือไว้เพื่อขาย	XX,XXX	ประมาณการหนี้สินระยะสั้น – กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกัน	XXX
สินทรัพย์ไม่หมุนเวียน		หนี้สินไม่หมุนเวียน	
		สำรองผลประโยชน์ระยะยาวของพนักงาน	XXX
		ประมาณการหนี้สินระยะยาว – กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกัน	X,XXX
		ส่วนของผู้ถือหุ้น	

ส่วนที่ 1 สินทรัพย์

ส่วนงานระบบขนส่งมวลชนของรถไฟฟ้าสายหลัก (ได้แก่ พวกอะไหล่สลับเปลี่ยน ต้นทุนโครงการ อะไหล่เปลี่ยนแทนของระบบรถไฟฟ้า และอะไหล่สัญญาซ่อมบำรุง รวมถึงที่ดิน อาคารและอุปกรณ์) ถูกตัดรายการออกจากบัญชี (โดยบันทึกเป็นสินทรัพย์ไม่หมุนเวียนที่จัดเป็นสินทรัพย์ที่ถือไว้เพื่อขาย)

ส่วนที่ 2 หนี้สิน

- มีการประมาณการหนี้สินสำหรับภาษีธุรกิจเฉพาะในอนาคตของ BTSGIF ตามอายุคงเหลือของระบบรถไฟฟ้าขนส่งมวลชนกรุงเทพสายหลัก เนื่องจากตามที่ระบุไว้ในสัญญาซื้อและโอนสิทธิรายได้สุทธิ BTSC จะเป็นผู้รับผิดชอบภาษีดังกล่าวแทน BTSGIF โดย BTSC ใช้สมมติฐานในการคำนวณประมาณการหนี้สินสำหรับภาษีธุรกิจเฉพาะโดยอ้างอิงจากประมาณการรายได้ในอนาคตของผู้ประเมินอิสระกับการตัดจำหน่ายมูลค่าเงินลงทุนในสิทธิในการรับค่าโดยสารของระบบรถไฟฟ้าฯ และคิดลดเป็นมูลค่าปัจจุบัน (โดยบันทึกเป็นประมาณการหนี้สินระยะสั้น - กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกันและประมาณการหนี้สินระยะยาว - กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกัน)

- มีการสำรองผลประโยชน์ระยะยาวของพนักงาน BTSC (คือ เงินชดเชยพนักงานเมื่อออกจากงาน) ซึ่งตามสัญญาซื้อและโอนสิทธิรายได้สุทธิ BTSC สามารถเรียกเก็บค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับผลประโยชน์ระยะยาวของพนักงานในอนาคตจาก BTSGIF (โดยบันทึกเป็นรายได้ค้างรับจาก BTSGIF ตามหลักเกณฑ์และข้อสมมติฐานที่ผู้บริหารของ BTSC กำหนด)

ตารางที่ 3 แสดงรายการในงบกำไรขาดทุนของ BTSC

ณ วันที่ 31 มีนาคม 2557 (หน่วย: ล้านบาท)

งบกำไรขาดทุน	
รายได้	
รายได้อื่น	
กำไรจากการขายรายได้ค่าโดยสารสุทธิในอนาคต	XX,XXX
ค่าใช้จ่าย	

ทั้งนี้ มีการรับรู้กำไรจากการขายรายได้ค่าโดยสารสุทธิในอนาคตเป็นรายได้อื่น

1.2) กรณีรายงานและงบการเงินของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานระบบขนส่งมวลชนทางราง บีทีเอสโกรท (BTSGIF) สำหรับงวดตั้งแต่วันที่ 17 เมษายน 2556 (วันจดทะเบียนตั้งกองทุน) ถึงวันที่ 31 มีนาคม 2557

ตารางที่ 4 แสดงรายการในงบดุลของ BTSGIF

ณ วันที่ 31 มีนาคม 2557 (หน่วย: ล้านบาท)

สินทรัพย์		หนี้สินและส่วนของผู้ถือหุ้น	
สินทรัพย์		หนี้สิน	
เงินลงทุนในสัญญาซื้อและโอนสิทธิรายได้สุทธิ	63,100	เจ้าหนี้จากสัญญาซื้อและโอนสิทธิรายได้สุทธิ	XX
ตามมูลค่ายุติธรรม (ราคาทุน 61,399 ล้านบาท)		เจ้าหนี้อื่นและค่าใช้จ่ายค้างจ่าย	XX
		ภาษีธุรกิจเฉพาะค้างจ่าย	X
		ทุนจดทะเบียน	62,510
		หน่วยลงทุน 5,788,000,000 หน่วย (มูลค่าหน่วยละ 10.80 บาท)	
		ทุนที่ได้รับจากผู้ถือหุ้นหน่วยลงทุน	62,510

ส่วนที่ 1 สิ้นทรัพย์

- มีเงินลงทุนในสัญญาซื้อและโอนสิทธิรายได้สุทธิตามมูลค่ายุติธรรม จำนวน 63,100 ล้านบาท

ส่วนที่ 2 หนี้สินและทุน

- มีเจ้าหนี้จากสัญญาซื้อและโอนสิทธิรายได้สุทธิ
- มีเจ้าหนี้อื่นและค่าใช้จ่ายค้างจ่าย
- มีภาษีธุรกิจเฉพาะค้างจ่าย โดยรอเรียกเก็บเงินชดเชยภาษีธุรกิจเฉพาะจาก BTSC
- มีทุนที่ได้รับจากผู้ถือหุ้นหน่วยลงทุน จำนวนหน่วยลงทุน 5,788,000,000 หน่วย มูลค่าหน่วยละ 10.80 บาท

ส่วนที่เป็นภาระผูกพัน

- มีภาระผูกพันที่จะต้องจ่ายค่าธรรมเนียมต่าง ๆ
- มีภาระผูกพันที่จะต้องจ่ายค่าธรรมเนียมพิเศษเพื่อสร้างแรงจูงใจในการบริหารให้แก่ BTSC
- มีภาระผูกพันที่เกี่ยวข้องกับค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดขึ้นตามสัญญาซื้อและโอนสิทธิรายได้สุทธิ เช่น ภาระผูกพันเกี่ยวกับรายจ่ายฝ่ายทุน (คือ ได้แก่ การเปลี่ยนแปลงและปรับปรุงระบบอัตโนมัติสัญญาณการเดินรถ การซื้อตู้รถไฟฟ้า การจัดซื้ออุปกรณ์สำหรับระบบจัดเก็บค่าโดยสารอัตโนมัติ) สัญญาเช่าและสัญญาบริการที่จะต้องชำระในอนาคต สัญญาซ่อมบำรุงโครงการระบบขนส่งมวลชน หนังสือค้ำประกันการใช้ไฟฟ้าให้การไฟฟ้านครหลวง เป็นต้น

ตารางที่ 5 แสดงรายการในงบกำไรขาดทุนของ BTSGIF

ณ วันที่ 31 มีนาคม 2557 (หน่วย: ล้านบาท)

งบกำไรขาดทุน	
รายได้จากการลงทุน	
รายได้จากเงินลงทุนในสัญญาซื้อและโอนสิทธิรายได้สุทธิ	X,XXX
ค่าใช้จ่าย	
ค่าธรรมเนียมการจัดการ	XX
ค่าธรรมเนียมผู้ดูแลผลประโยชน์	XX
ค่าธรรมเนียมนายทะเบียน	X
ค่าธรรมเนียมวิชาชีพ	X
ค่าใช้จ่ายในการออกและเสนอขายหน่วยลงทุนตัดจำหน่าย	XXX
ค่าใช้จ่ายอื่น	XX

- มีเงินลงทุนในสัญญาซื้อและโอนสิทธิรายได้สุทธิเป็นรายได้จากการลงทุน ส่งผลให้มีการเพิ่มขึ้นของสินทรัพย์สุทธิจากการดำเนินงานของ BTSGIF (ประกอบด้วยรายได้จากการลงทุนสุทธิและรายการกำไรสุทธิที่ยังไม่เกิดขึ้นจากการลงทุน)

- มีค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ค่าธรรมเนียมการจัดการ ค่าธรรมเนียมผู้ดูแลผลประโยชน์ ค่าธรรมเนียมนายทะเบียน ค่าธรรมเนียมวิชาชีพ ค่าใช้จ่ายในการออกและเสนอขายหน่วยลงทุนตัดจำหน่าย ค่าใช้จ่ายอื่น

2) กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้า อมตะ บี.กริม เพาเวอร์ (ABPIF)

จากการพิจารณางบการเงินในปีที่ทำธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กล่าวคือ การเข้าทำสัญญาโอนผลประโยชน์จากการประกอบกิจการไฟฟ้าระหว่างบริษัท อมตะ บี.กริม เพาเวอร์ 1 จำกัด (“บี.กริม 1”) และบริษัท อมตะ บี.กริม เพาเวอร์ 2 จำกัด (“บี.กริม 2”) กับ ABPIF แล้วสรุปได้ความว่า

2.1) กรณีกองการเงินของ ปี.กริม 1 รอบปีบัญชีสิ้นสุดวันที่ 31 ธันวาคม 2556 และ
งบการเงินของปี.กริม 2 รอบปีบัญชีสิ้นสุดวันที่ 31 ธันวาคม 2556

ตารางที่ 6 แสดงรายการในงบแสดงฐานะการเงินของ ปี.กริม 1

ณ วันที่ 31 ธันวาคม 2556 (หน่วย: ล้านบาท)

สินทรัพย์		หนี้สินและส่วนของผู้ถือหุ้น	
สินทรัพย์หมุนเวียน		หนี้สินหมุนเวียน	
		ส่วนของผู้ถือหุ้นระยะยาวจากกองทุนรวม	XXX
		โครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้า อมตะ ปี.กริม	
		เพาเวอร์ ที่ถึงกำหนดชำระภายในหนึ่งปี	
สินทรัพย์ไม่หมุนเวียน		หนี้สินไม่หมุนเวียน	
		เงินกู้ยืมระยะยาวจากกองทุนรวมโครงสร้าง	X,XXX
		พื้นฐานโรงไฟฟ้า อมตะ ปี.กริม เพาเวอร์	
		ส่วนของผู้ถือหุ้น	

ส่วนที่เป็นหนี้สิน

- มีส่วนของผู้ถือหุ้นระยะยาวจากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้า
อมตะ ปี.กริม เพาเวอร์ ที่ถึงกำหนดชำระภายในหนึ่งปี
- มีส่วนของผู้ถือหุ้นระยะยาวจากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้า
อมตะ ปี.กริม เพาเวอร์

ทั้งนี้ ปี.กริม 1 มีภาระผูกพันในการชำระคืนเงินต้นและดอกเบี้ยทุก ๆ
รอบระยะเวลา 6 เดือนต่อปี

ส่วนที่เป็นภาระผูกพัน

- มีภาระผูกพันที่จะต้องขายไฟฟ้าให้กับ กฟผ. ตามสัญญาซื้อขายไฟฟ้า
- มีภาระผูกพันที่จะต้องซื้อก๊าซกับบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ตาม
สัญญาซื้อขายก๊าซ
- มีภาระผูกพันที่จะต้องโอนผลประโยชน์จากการประกอบกิจการไฟฟ้า
ให้แก่ ABPIF

ตารางที่ 7 แสดงรายการในงบแสดงฐานะการเงินของ ปี.กริม 2

ณ วันที่ 31 ธันวาคม 2556 (หน่วย: ล้านบาท)

สินทรัพย์		หนี้สินและส่วนของผู้ถือหุ้น	
สินทรัพย์หมุนเวียน		หนี้สินหมุนเวียน	
		ส่วนของเงินกู้ยืมระยะยาวจากกองทุนรวม	XXX
		โครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้า อมตะ ปี.กริม	
		เพาเวอร์ ที่ถึงกำหนดชำระภายในหนึ่งปี	
สินทรัพย์ไม่หมุนเวียน		หนี้สินไม่หมุนเวียน	
		เงินกู้ยืมระยะยาวจากกองทุนรวมโครงสร้าง	X,XXX
		พื้นฐานโรงไฟฟ้า อมตะ ปี.กริม เพาเวอร์	
		ส่วนของผู้ถือหุ้น	

ส่วนที่เป็นหนี้สิน

- มีส่วนของเงินกู้ยืมระยะยาวจากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้า อมตะ ปี.กริม เพาเวอร์ ที่ถึงกำหนดชำระภายในหนึ่งปี
 - มีส่วนของเงินกู้ยืมระยะยาวจากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้า อมตะ ปี.กริม เพาเวอร์
- ทั้งนี้ ปี.กริม 2 มีภาระผูกพันในการชำระคืนเงินต้นและดอกเบี้ยทุก ๆ รอบระยะเวลา 6 เดือนต่อปี

ส่วนที่เป็นภาระผูกพัน

- มีภาระผูกพันที่จะต้องขายไฟฟ้าให้กับ กฟผ. ตามสัญญาซื้อขายไฟฟ้า
- มีภาระผูกพันที่จะต้องซื้อก๊าซกับบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ตามสัญญาซื้อขายก๊าซ
 - มีภาระผูกพันที่จะต้องโอนผลประโยชน์จากการประกอบกิจการไฟฟ้าให้แก่ ABPIF

2.2) กรณีงบการเงินของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้า อมตะ บี.กริม เพาเวอร์ ABPIF) สำหรับงวดตั้งแต่วันที่ 19 กันยายน 2556 (วันจดทะเบียนจัดตั้งกองทุน) ถึงวันที่ 31 ธันวาคม 2556

ตารางที่ 8 แสดงรายการในงบแสดงสินทรัพย์และหนี้สินของ ABPIF

ณ วันที่ 31 ธันวาคม 2560 (หน่วย: พันบาท)

สินทรัพย์		หนี้สินและส่วนของผู้ถือหุ้น	
สินทรัพย์		หนี้สิน	
เงินลงทุนตามมูลค่ายุติธรรม (ราคาทุน 5,776 ล้านบาท)	5,892,XXX		
ลูกหนี้จากสัญญาโอนผลประโยชน์จากการประกอบกิจการโรงไฟฟ้า	XXX,XXX	ทุนที่ได้รับจากผู้ถือหุ้นหน่วยลงทุน	6,300,XXX

ส่วนที่ 1 สินทรัพย์

- มีเงินลงทุนในสัญญาโอนผลประโยชน์จากการประกอบกิจการโรงไฟฟ้าของ บี.กริม 1 และ บี.กริม 2
- มีลูกหนี้จากสัญญาโอนสิทธิรายได้สุทธิจากการประกอบกิจการโรงไฟฟ้า

ส่วนที่ 2 ทุน

- มีทุนที่ได้รับจากผู้ถือหุ้นหน่วยลงทุน จำนวนหน่วยลงทุน 600,000,000 หน่วย มูลค่าหน่วยละ 10.50 บาท

ตารางที่ 9 แสดงรายการในงบกำไรขาดทุนของ ABPIF

ณ วันที่ 31 ธันวาคม 2556 (หน่วย: พันบาท)

งบกำไรขาดทุน	
รายได้จากการลงทุน	
รายได้จากดอกเบี้ยรับ	XXX,XXX
ค่าใช้จ่าย	
ค่าธรรมเนียมการจัดการ	X,XXX
ค่าธรรมเนียมผู้ดูแลผลประโยชน์	XXX
ค่าใช้จ่ายในการออกและเสนอขายหน่วยลงทุน	X,XXX
ค่าธรรมเนียมวิชาชีพ	XXX
ค่าธรรมเนียมนายทะเบียน	XXX
ค่าใช้จ่ายในการประเมินมูลค่าเงินลงทุน	XXX
ค่าใช้จ่ายอื่น	XXX

- มีรายได้ดอกเบี้ยรับ คือ รายได้ดอกเบี้ยรับจาก ปี.กริม 1 และ ปี.กริม 2 ตามสัญญาโอนผลประโยชน์จากการประกอบกิจการโรงไฟฟ้า
- มีค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ค่าธรรมเนียมการจัดการ ค่าธรรมเนียมผู้ดูแลผลประโยชน์ ค่าใช้จ่ายในการออกและเสนอขายหน่วยลงทุน ค่าธรรมเนียมวิชาชีพ ค่าธรรมเนียมนายทะเบียน ค่าประเมินมูลค่าเงินลงทุน และค่าใช้จ่ายอื่น

จากที่กล่าวไว้ข้างต้น จะเห็นได้ว่า กรณี BTSGIF ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจะลงรายการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตเป็นการขาย ซึ่งจะมีการรับรู้กำไรจากการขายเป็นรายได้ของกิจการทันที ส่วนกรณี ABPIF ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจะลงรายการเป็นเงินกู้ยืมระยะยาว ซึ่งกิจการมีภาระผูกพันที่จะต้องชำระเงินกู้ยืมและดอกเบี้ยคืนให้แก่ ABPIF ซึ่งจะเห็นได้ว่า มีการลงรายการที่แตกต่างกันออกเป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ แนวทางที่ลงรายการเป็นการขายขาดโดยนำมาตรฐานการบัญชี ฉบับที่ 18 มาปรับใช้ และแนวทางที่ลงรายการเป็นหนี้สิน (เงินกู้ยืม) กรณีจึงเกิดปัญหาในเรื่องความไม่ชัดเจนในทางบัญชีว่า กรณีใดจะถือเป็นการขาย กรณีใดจะถือเป็นหนี้สิน อนึ่ง การสรุปลักษณะการลงรายการของธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตดังกล่าวข้างต้น มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ศึกษาได้ทราบถึงการลงบัญชีของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่จัดตั้งขึ้นในประเทศไทยซึ่งมีความแตกต่างกัน แต่อย่างไรก็ดี วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะกล่าวถึงเฉพาะปัญหาทางด้านบัญชีที่เกิดจากธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเท่านั้น โดยไม่ได้ศึกษาเพื่อทำการวิเคราะห์และหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาประเด็นในทางการบัญชีแต่อย่างใด

จากที่กล่าวไว้ในบทที่ 4 นี้ ผู้เขียนขอสรุปว่า เนื่องจากสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีลักษณะที่ค่อนข้างซับซ้อนดังที่กล่าวไว้ในหัวข้อ 4.1 จึงส่งผลให้เกิดปัญหาในการตีความว่า สัญญาโอนสิทธิฯ ดังกล่าวควรจะเข้าลักษณะเป็นธุรกรรมประเภทใด และเนื่องจากในปัจจุบันยังไม่มีทบัญญัติในประมวลรัษฎากรหรือกฎหมายลำดับรองกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการจัดเก็บภาษีอากรสำหรับธุรกรรมดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ จึงมีการนำบทบัญญัติซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายภาษีอากรมาปรับใช้เพื่อจัดเก็บภาษีอากรจากธุรกรรมดังกล่าวเป็นรายธุรกรรมๆ ไป ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในค่อนข้างมากในทางปฏิบัติ โดยมีการตีความธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตในลักษณะที่แตกต่างกันไป ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมและความไม่แน่นอนในการจัดเก็บภาษีตามหลักการภาษีอากรที่ดี ดังจะเห็นได้จากแนววินิจฉัยของกรมสรรพากรที่มีหลายแนวทางตามที่กล่าวไว้ในหัวข้อ 4.2 นอกจากนี้ เนื่องจากในปัจจุบันไม่มีมาตรฐานการบัญชีที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะสำหรับธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน จึงเกิดปัญหาในการลงรายการในทางบัญชีเช่นเดียวกัน

บทที่ 5

บทวิเคราะห์เกี่ยวกับธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน เพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีอากร

เนื่องจากสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน มีลักษณะที่ค่อนข้างซับซ้อน จึงส่งผลให้เกิดปัญหาในการตีความว่า สัญญาโอนสิทธิฯ ดังกล่าวควรจะเข้าลักษณะเป็นธุรกรรมประเภทใด ในบทนี้ ผู้เขียนจึงจะนำหลักกฎหมายและหลักการต่าง ๆ ทั้งในประเทศไทยและในต่างประเทศมาวิเคราะห์เพื่อปรับใช้กับสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน เพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีอากร และกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการจัดเก็บภาษีอากรสำหรับธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

5.1 วิเคราะห์การนำหลักกฎหมายและหลักการต่าง ๆ มาปรับใช้กับสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

ผู้เขียนได้ตรวจสอบสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตระหว่างกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานกับผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานแล้วเท่าที่ปรากฏในระบบเอกสารที่สามารถเข้าถึงและตรวจสอบได้ พบว่าสัญญาโอนสิทธิฯ ดังกล่าวสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 รูปแบบที่สำคัญโดยสรุปได้ดังนี้

รูปแบบที่ 1 สัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตที่ผูกไว้กับสัญญาที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานได้ทำไว้กับลูกหนี้รายได้ในอนาคตไว้ก่อนแล้ว เช่น ผู้ประกอบกิจการผลิตไฟฟ้าได้ทำสัญญาซื้อขายไฟฟ้าไว้กับผู้ใช้ไฟฟ้า/ผู้นำไฟฟ้าไปขายต่อยังผู้บริโภคแล้ว โดยกำหนดมูลค่าของสัญญาไว้ค่อนข้างแน่นอนสามารถเรียกร้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้ได้ ซึ่งการประเมินมูลค่ารายได้ในอนาคตเพื่อเข้าทำสัญญากับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานในกรณีนี้จะพิจารณาโดยอ้างอิงจากราคาที่กำหนดไว้ในสัญญาที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานทำไว้กับลูกหนี้รายได้ในอนาคต

รูปแบบที่ 2 สัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตที่ยังไม่มีคู่สัญญาที่เป็นลูกหนี้รายได้ในอนาคต โดยสัญญารูปแบบนี้ ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานมักมีรายได้

โดยตรงจากผู้บริโภคที่จะใช้บริการโครงสร้างพื้นฐาน เช่น รถไฟฟ้า ทางด่วน เป็นต้น ซึ่งรายได้ที่ได้รับมักจะยังมีความไม่แน่นอนว่าจะได้รับในแต่ละวันเป็นจำนวนเงินเท่าใด และจะมีลูกหนี้ที่เป็นผู้บริโภคจำนวนเท่าใด เป็นใครบ้าง เพียงแต่สามารถคำนวณประเมินมูลค่ารายได้ในอนาคตได้โดยใช้วิธีพิจารณารายได้หรือวิธีเปรียบเทียบราคาตลาดตามที่กล่าวไว้ในบทที่ 2 ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจึงนำมูลค่ารายได้ในอนาคตดังกล่าวมาเข้าทำสัญญากับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

รูปแบบที่ 3 สัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตนั้นมิได้ขึ้นอยู่กับลูกหนี้รายได้ในอนาคตโดยตรง แต่ขึ้นอยู่กับความสามารถในการผลิตของกิจการโครงสร้างพื้นฐานเป็นสำคัญ โดยสัญญารูปแบบนี้ ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานได้นำกำลังผลิตที่สามารถผลิตได้มาคำนวณมูลค่ารายได้ในอนาคตเพื่อเข้าทำสัญญากับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโดยมิได้นำอัตราการให้บริการโครงสร้างพื้นฐานของผู้บริโภคมาอ้างอิง ดังนั้น รายได้ในอนาคตจะมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับความสามารถของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานเป็นสำคัญ

สัญญาทั้ง 3 รูปแบบนี้มีสาระสำคัญของสัญญาเกี่ยวกับการคำนวณรายได้ในอนาคตที่มีความแตกต่างกันพอสมควร ซึ่งผู้เขียนจะนำไปใช้ในการวิเคราะห์กับหลักกฎหมายและหลักการต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

5.1.1 วิเคราะห์การนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต

5.1.1.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการซื้อขาย

สัญญาซื้อขายตามมาตรา 453 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นเป็นสัญญาต่างตอบแทน เมื่อผู้ขายตกลงโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขาย และผู้ซื้อตกลงชำระราคาตอบแทนก็ทำให้สัญญาซื้อขายมีผลสมบูรณ์ เว้นแต่การซื้อขายทรัพย์สินบางประการที่กฎหมายกำหนดให้คู่สัญญาต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด

เมื่อพิจารณาสัญญาโอนสิทธิฯ แล้วเห็นว่า เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาสองฝ่าย ได้แก่ ผู้โอน (ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน) และผู้รับโอน (กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน) และมีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทน กล่าวคือ ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานมีหน้าที่โอนสิทธิ

ในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานในขณะเข้าทำสัญญาโอนสิทธิฯ และมีหน้าที่ส่งมอบรายได้ในอนาคตเมื่อประกอบกิจการในอนาคตแล้วมีรายได้เกิดขึ้น ณ เวลาใด ๆ ให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ส่วนกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีหน้าที่ชำระราคาให้แก่ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานเป็นการตอบแทนการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตดังกล่าว ซึ่งเมื่อพิจารณาจากลักษณะโดยทั่วไปของสัญญาดังกล่าวแล้วอาจเห็นได้ว่า สัญญาโอนสิทธิฯ อาจเข้านิยามความหมายของสัญญาซื้อขายตามมาตรา 453 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่เมื่อได้พิจารณาอย่างละเอียดถี่ถ้วนถึงทรัพย์สินที่ซื้อขาย คือ สิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตแล้ว จะเกิดปัญหาสำคัญที่ว่าสิทธิดังกล่าวเป็นทรัพย์สินที่ซื้อขายได้หรือไม่ และมีกรรมสิทธิ์ที่จะโอนให้แก่กันหรือไม่

จากการศึกษาพบว่าปัญหาดังกล่าวมีความเห็นทางกฎหมายที่ต่างกัน 2 แนวทางซึ่งต่างฝ่ายต่างมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกามาสนับสนุนความเห็น ฝ่ายแรกเห็นว่าการตีความว่าเข้าลักษณะของสัญญาซื้อขายหรือไม่ต้องตีความโดยเคร่งครัด โดยเฉพาะคำว่า “กรรมสิทธิ์” โดยทรัพย์สินที่จะซื้อขายได้ต้องเป็นทรัพย์สินที่บุคคลสามารถมี “กรรมสิทธิ์” ได้ หากเป็นทรัพย์สินที่ไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่กันได้ก็ไม่สามารถซื้อขายได้ ทั้งนี้ เนื่องจากตามมาตรา 453 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใช้คำว่า “...ผู้ขายโอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สิน...” ดังนี้ “สิทธิ” แม้จะเป็นทรัพย์สินตามนิยามมาตรา 138 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ก็ไม่มีกรรมสิทธิ์ เพราะกรรมสิทธิ์เป็นทรัพย์สินที่ตกติดไปกับตัวทรัพย์สิน หากตัวทรัพย์สินไม่มีอยู่ ณ เวลาโอนแล้วกรรมสิทธิ์ย่อมไม่มีอยู่ให้โอน ณ เวลานั้นเช่นกัน เมื่อไม่มีกรรมสิทธิ์ที่จะให้โอนสัญญาซื้อขายย่อมไม่เกิดขึ้น โดยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9/2505 กรณีการซื้อขายผลลำไยขณะลำไยกำลังออกดอก ศาลฎีกาเห็นว่ามีใช้สัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 203/2539 กรณีการซื้อขายเวลาออกอากาศสถานีวิทยุกระจายเสียง เป็นสัญญาให้บริการมิใช่สัญญาซื้อขาย

ขณะที่ฝ่ายที่สองเห็นว่า สัญญาซื้อขายมิได้เคร่งครัดกับคำว่า “กรรมสิทธิ์” ในทรัพย์สิน แต่วัตถุประสงค์ของสัญญาซื้อขายคือผู้ขายมุ่งโอนทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อและผู้ซื้อตกลงชำระราคาเป็นค่าตอบแทนทรัพย์สินนั้นมากกว่าการที่ผู้ซื้อประสงค์จะได้รับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ณ เวลาซื้อขาย ดังนั้น “สิทธิ” ซึ่งเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างแต่มีราคาและถือเอาได้ สามารถโอนให้แก่กันได้ แม้จะไม่มีลักษณะของกรรมสิทธิ์โดยแท้ ก็ย่อมเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาซื้อขายได้เช่นกัน แนวความคิดนี้ได้รับการสนับสนุนจากคำพิพากษาศาลฎีกาจำนวนมาก เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 536/2498, ฎีกาที่ 2095/2524, ฎีกาที่ 1562/2530, ฎีกาที่ 195/2531 เป็นต้น

ผู้เขียนเห็นว่า สิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต ถือเป็นสิทธิในทรัพย์สินประการหนึ่งซึ่งกิจการมีความคาดหวังว่าจะได้รับเงินในอนาคต โดยในขณะที่เข้าทำสัญญาโอนสิทธิฯ รายได้ในอนาคตยังไม่เกิดขึ้น ยังไม่มีตัวตน และมีความไม่แน่นอนว่าในอนาคตจะเกิดขึ้นหรือไม่ ทำให้ตัวทรัพย์สินที่จะใช้สิทธินั้นยังไม่มีตัวตน (รายได้ในอนาคต) สิทธิจึงยังไม่เกิดขึ้นขณะทำสัญญาเพียงแต่สามารถคาดหมายหรือคาดคะเนได้ว่าทรัพย์สินจะเกิดขึ้นในอนาคตภายหลังจากได้ทำสัญญาไปแล้ว ดังนั้น สิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตจึงมีลักษณะที่สามารถตีราคาได้และสามารถถือเอาได้ เข้าลักษณะนิยามความหมายของทรัพย์สินประเภทวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ตามมาตรา 138 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

แม้สิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตจะเป็นทรัพย์สินประเภทวัตถุไม่มีรูปร่าง ซึ่งอาจมีราคาและอาจถือเอาได้ก็ตาม แต่การจะสรุปความว่าสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตเป็นทรัพย์สินที่ซื้อขายกันได้แบบเดียวกับสัญญาซื้อขายตามมาตรา 453 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นยังมีข้อโต้แย้งอยู่มากทั้งโดยทฤษฎี ความเห็นของนักกฎหมาย ตลอดจนคำพิพากษาศาลฎีกาก็แบ่งออกเป็น 2 ฝ่ายดังข้างต้น ทั้งนี้ แม้แต่สิทธิประเภททรัพย์สินทางปัญญาซึ่งเป็นทรัพย์สินประเภทวัตถุไม่มีรูปร่างที่มีกฎหมายให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษก็หาได้มี “กรรมสิทธิ์” ไม่ ดังจะเห็นได้จากการซื้อขายซีดีเพลงหรือซีดีภาพยนตร์ซึ่งมีลิขสิทธิ์อยู่ในซีดีผู้ขายได้ตกลงขายแผ่นซีดีให้แก่ผู้ซื้อ ผู้ขายสามารถโอนกรรมสิทธิ์เฉพาะแต่แผ่นซีดีให้แก่ผู้ซื้อได้เท่านั้น แต่ไม่สามารถโอนลิขสิทธิ์ในเพลงหรือภาพยนตร์ที่บันทึกอยู่ในแผ่นซีดีให้แก่ผู้ซื้อได้ ผู้ซื้อซีดีจึงมิได้มีกรรมสิทธิ์ในลิขสิทธิ์เพลงหรือภาพยนตร์ดังกล่าว ดังนั้น กรณีทรัพย์สินทางปัญญาจึงต้องมีกฎหมายพิเศษบัญญัติเกี่ยวกับลักษณะของสิทธิและการโอนสิทธิประเภทนี้ไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์ และสิทธิบัตรต่างก็กำหนดอายุของทรัพย์สินทั้งสองประเภทให้มีความคุ้มครองไว้ในเวลาจำกัด อันแตกต่างจากกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่มีรูปร่างที่จะตกติดไปกับตัวทรัพย์สินที่มีรูปร่างไปจนกว่าทรัพย์สินนั้นจะบอบสลายหรือสูญหายไป มิได้มีกำหนดอายุดังเช่นสิทธิในทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง แสดงให้เห็นว่า สิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตก็มิได้มี “กรรมสิทธิ์” ที่สามารถโอนให้แก่กันได้ สิ่งที่จะโอนให้แก่กันมีเพียงสิทธิที่มีใช้กรรมสิทธิ์เท่านั้น

อย่างไรก็ดี แม้จะไม่สามารถสรุปได้อย่างชัดเจนว่า แนวคิดของนักกฎหมายและศาลไทยจะตีความสัญญาโอนสิทธิฯ ว่าเข้าลักษณะของสัญญาซื้อขายหรือไม่ เนื่องจากยังมีประเด็นเรื่องความที่แตกต่างกันของทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างซึ่งขาด “กรรมสิทธิ์” ที่พร้อมโอนเมื่อทำสัญญาซื้อขาย แม้แนวคำพิพากษาศาลฎีกาส่วนใหญ่จะตีความว่า “สิทธิหรือทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง” สามารถโอนกันโดยสัญญาซื้อขายได้ แต่คำพิพากษาศาลฎีกาเหล่านั้นต่างก็

มิได้ให้เหตุผลในประเด็นเรื่องกรรมสิทธิ์ไว้ ในขณะที่คำพิพากษาศาลฎีกาส่วนน้อยกลับระบุเหตุผลไว้ชัดเจนว่าสัญญาโอนทรัพย์สินไม่มีรูปร่างไม่ใช่สัญญาซื้อขายเนื่องจากไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ผู้เขียนเห็นด้วยกับคำพิพากษาและความเห็นของนักกฎหมายส่วนน้อย เนื่องจากเป็นความเห็นที่มีเหตุผลในเชิงข้อกฎหมายมากกว่าและไม่ทำให้ลายลักษณ์อักษรในตัวบทบัญญัติในมาตรา 453 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ระบุว่า “...ผู้ขายโอนกรรมสิทธิ์แห่งทรัพย์สิน...” ต้องเสียไป และเห็นต่อไปว่า สัญญาโอนสิทธิ ควรจะถูกตีความว่าเป็นสัญญาอื่นที่มีใช้สัญญาซื้อขาย โดยอาจเป็นสัญญานอกประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งจะต้องพิจารณาเนื้อหาสาระของสัญญาเป็นหลัก

ในการนี้ หากนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยซื้อขายมาวิเคราะห์ปรับเข้าลักษณะของรูปแบบสัญญาต่าง ๆ ระหว่างกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานกับผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานอาจวิเคราะห์ได้ดังนี้

1) รูปแบบสัญญาโอนสิทธิในการได้รับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตที่ผูกกับสัญญาที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานได้ทำไว้กับลูกหนี้รายได้ในอนาคตไว้ก่อนแล้ว

รูปแบบของสัญญานี้ สิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตค่อนข้างมีความแน่นอนชัดเจน เนื่องจากผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานได้ทำสัญญาให้บริการโครงสร้างพื้นฐานไว้กับบุคคลภายนอก (ลูกหนี้รายได้ในอนาคต) แล้วนำสิทธิที่จะรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตจากบุคคลภายนอกตามสัญญาดังกล่าวมาโอนขายให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ดังนั้น ทรัพย์สินที่จะเป็นวัตถุแห่งหนี้ในสัญญาซื้อขายกรณีนี้ จึงมีราคาและสามารถถือเอาได้มีลักษณะที่เป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง เพียงแต่ ณ เวลาที่ทำสัญญาโอนสิทธิในการได้รับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต ผู้โอน (ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน) ไม่มี “กรรมสิทธิ์” ในทรัพย์สินที่โอน แต่มี “สิทธิ” ที่จะเรียกร้องเอารายได้ในอนาคตจากบุคคลภายนอกโดยอาศัยสัญญาให้บริการโครงสร้างพื้นฐานแล้ว ดังนั้น รูปแบบของสัญญาลักษณะนี้จึงเป็นประเด็นตีความที่สามารถตีความได้ทั้งเข้าลักษณะของสัญญาซื้อขาย และไม่เข้าลักษณะของสัญญาซื้อขาย เนื่องจากการโอนสิทธิดังกล่าวเป็นการโอน “ทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่าง” แต่ทรัพย์สินดังกล่าวไม่มี “กรรมสิทธิ์” ซึ่งหากตีความโดยเคร่งครัด สัญญารูปแบบนี้จะไม่เข้าลักษณะของสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย

2) รูปแบบสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตที่ยังไม่มีคู่สัญญาที่เป็นลูกหนี้รายได้ในอนาคต

รูปแบบของสัญญานี้ มักเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการกิจการโครงสร้างพื้นฐานให้บริการโดยตรงกับผู้รับบริการโครงสร้างพื้นฐานหรือผู้บริโภคนั้น ๆ รายได้ที่เกิดขึ้นจะขึ้นอยู่กับจำนวนผู้รับบริการ ซึ่งยังไม่สามารถระบุได้ว่าจะมีบุคคลใดมาใช้บริการบ้าง และใช้บริการจำนวนเท่าใด ส่งผลให้ ณ เวลาทำสัญญาโอนสิทธิฯ จึงยังไม่ปรากฏตัวลูกหนี้ที่จะก่อให้เกิดรายได้ในอนาคต กรณีจึงมีปัญหาวาทรรศนอันเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาซื้อขายจึงยังไม่มีอยู่ ณ เวลาทำสัญญาฯ ซึ่งจะต่างจากกรณีตามสัญญาแบบแรกในข้อ 1) ข้างต้นที่ลูกหนี้รายได้ในอนาคตมีอยู่แล้ว สามารถเฉพาะเจาะจงทรัพย์สินที่จะส่งมอบได้ในระดับหนึ่ง ดังนั้น กรณีนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่า สัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตที่ยังไม่มีคู่สัญญาที่เป็นลูกหนี้รายได้ในอนาคตไม่สามารถตีความให้เข้าลักษณะของสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้เลย เนื่องจากยังไม่มีทรัพย์สินที่จะซื้อขาย ณ ขณะทำสัญญา

3) รูปแบบสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตที่รายได้ในอนาคตนั้นมีได้ขึ้นอยู่กับลูกหนี้รายได้ในอนาคตโดยตรง แต่ขึ้นอยู่กับความสามารถในการผลิตของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน

รูปแบบของสัญญานี้ ตัวลูกหนี้ที่จะก่อให้เกิดรายได้ในอนาคต คือผู้ประกอบการกิจการโครงสร้างพื้นฐานเองโดยตรง ส่วนผู้รับบริการโครงสร้างพื้นฐานเป็นเพียงปัจจัยรองมิได้นำมาใช้เป็นปัจจัยหลักในการคำนวณมูลค่ารายได้ในอนาคต โดยสัญญาจะกำหนดรายได้ในอนาคตจากผลการผลิตสินค้าหรือบริการโครงสร้างพื้นฐานเป็นหลัก ดังนั้น สัญญาโอนสิทธิฯ จึงมีลักษณะคล้ายคลึงกับสัญญาว่าจ้างผู้ประกอบการกิจการโครงสร้างพื้นฐานมากกว่าที่จะเป็นสัญญาซื้อขายสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กล่าวคือ ผู้ประกอบการกิจการโครงสร้างพื้นฐานสามารถผลิตสินค้าได้มากเท่าใด ตัวกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานก็จะได้รับรายได้ในอนาคตมากขึ้นเท่านั้น กรณีจะเห็นได้ว่าไม่มีทรัพย์สินที่จะเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาซื้อขาย ผู้เขียนจึงเห็นว่าสัญญาแบบนี้ไม่เข้าลักษณะของสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

จากที่กล่าวไว้ข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า สัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตไม่ว่าจะเป็นรูปแบบใด ก็ไม่สามารถเข้าลักษณะเป็นสัญญาซื้อขายตามมาตรา 453 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้เลย

5.1.1.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการกู้ยืมเงิน

ลักษณะของสัญญากู้ยืมเงิน เป็นไปตามมาตรา 650 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการยืมใช้สิ่งเคลื่อน เมื่อผู้ให้กู้ได้ให้กู้ยืมเงินเป็นจำนวนเงินเท่าใด ผู้กู้ก็มีหน้าที่ต้องคืนเงินตราจำนวนเท่าอนั้นแก่ผู้ให้กู้ โดยเงินตราที่คืนไม่จำเป็นต้องเป็นเงินตราชนิดหรือประเภทเดียวกับที่ผู้ให้กู้ได้ให้ไป เพียงแต่ต้องคืนในจำนวนเท่ากันกับที่ผู้ให้กู้ยืมก็เป็นการเพียงพอเพราะเป็นการยืมใช้สิ่งเคลื่อนมิใช่ยืมใช้คงรูป

เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า อาจเข้าลักษณะเป็นกรณีของผู้ให้กู้ (กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน) ตกกลงให้ผู้กู้ (ผู้ประกอบการโครงการโครงสร้างพื้นฐาน) ยืมเงินจำนวนหนึ่ง (กล่าวคือค่าตอบแทนการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต) และผู้กู้ (ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐาน) ตกกลงจะคืนเงิน (รายได้ในอนาคต) ให้แก่ผู้ให้กู้ (กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน) โดยมีเงื่อนไขและระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในสัญญาโอนสิทธิฯ ซึ่งจะเห็นว่า กรณีดังกล่าวเข้าหลักเกณฑ์ที่สำคัญของสัญญากู้ยืมเงิน กล่าวคือ มีการส่งมอบเงินที่กู้ยืม ซึ่งทำให้สัญญาผู้ดังกล่าวบริบูรณ์

นอกจากนี้ สัญญาโอนสิทธิฯ ซึ่งมีลักษณะเป็นเอกสารสัญญาที่มีการลงลายมือชื่อของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย กล่าวคือ ผู้ประกอบการโครงการโครงสร้างพื้นฐานและกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน จึงทำให้สัญญาฯ ดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นหลักฐานแห่งการกู้ยืมเงินตามมาตรา 654 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ว่า “การกู้ยืมเงินกว่าสองพันบาทขึ้นไปนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานแห่งการกู้ยืมเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ยืมเป็นสำคัญ จะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่” อย่างไรก็ตาม กรณีนี้มีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยเป็นแนวทางว่า หลักฐานเป็นหนังสือดังกล่าวอย่างน้อยจะต้องอ่านแล้วมีข้อความทำให้เข้าใจว่าได้มีการกู้ยืมเงินกัน โดยไม่ต้องระบุชัดว่าเป็นหนี้เงินกู้ เพียงมีข้อความว่ามีหนี้สินต้องชำระให้แก่กัน ซึ่งเมื่อพิจารณาลักษณะเนื้อหาของสัญญาโอนสิทธิฯ เห็นว่า ไม่ปรากฏข้อความที่ระบุในลักษณะว่า ผู้ประกอบการโครงการโครงสร้างพื้นฐานมีหนี้สินที่จะต้องชำระคืนให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน มีแต่เพียงการระบุหน้าที่ให้ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานส่งมอบรายได้ในอนาคตที่เกิดขึ้นให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานตามสัญญาฯ เท่านั้น กรณีจึงยังมีข้อโต้แย้งว่า สัญญาโอนสิทธิฯ ดังกล่าวไม่มีลักษณะของหลักฐานแห่งการกู้ยืมเงินตามมาตรา 654 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในกรณีที่รายได้ในอนาคตที่ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานส่งมอบให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีมูลค่ารวมทั้งหมดต่ำกว่าค่าตอบแทนการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต (กล่าวคือ หากมีการประกอบกิจการแล้วขาดทุน รายได้ในอนาคตที่เกิดขึ้นทั้งหมดตลอดระยะเวลาของสัญญาฯ ต่ำกว่าค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ ที่ผู้ประกอบการโครงการพื้นฐานได้รับไป) จะขัดต่อลักษณะของสัญญากู้ยืมเงินตามมาตรา 650 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่อย่างไร เห็นว่า เนื่องจากสัญญากู้ยืมเงินเป็นสัญญาใช้สิ่งเปลือง จึงนำบทบัญญัติในมาตรา 650 มาใช้บังคับโดยอนุโลม กล่าวคือ “ผู้ให้กู้ยืมตกลงที่จะให้ผู้กู้ยืมใช้สอยเงินตราชั่วคราวระยะเวลาอันมีจำกัด และผู้กู้ยืมก็ตกลงที่คืนเงินตราให้แก่ผู้ให้กู้ยืมด้วยเงินตราอื่นเป็นประเภท ชนิด และปริมาณเดียวกันแทนเงินตราที่กู้ยืม โดยสัญญากู้ยืมเงินจะบริบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบเงินตราที่ยืม” ซึ่งหากจะถือว่าค่าตอบแทนการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตเป็นเงินต้นที่กู้ยืมแล้วนั้น กรณีที่ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานจะส่งมอบเงินที่กู้ยืม (รายได้ในอนาคต) คืนให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะต้องมีมูลค่าทั้งหมดเท่ากับมูลค่าของค่าตอบแทนการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต (ซึ่งเป็นเงินต้น) แต่เมื่อพิจารณาเนื้อหาของสัญญาฯ แล้วไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า มีการประกันรายได้ของกิจการโครงการสร้างพื้นฐานที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานลงทุนแต่อย่างใด ดังนั้น จึงทำให้เงินที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะได้คืนจากผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานมีความไม่แน่นอน และด้วยเหตุผลดังกล่าว สัญญาโอนสิทธิฯ อาจติดปัญหาที่จะทำให้ขาดองค์ประกอบที่สำคัญของสัญญาให้กู้ยืมเงินตามมาตรา 650 ตรงที่เมื่อสิ้นสุดสัญญา ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานไม่มีหน้าที่ต้องคืนเงินให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานตามจำนวนที่ได้รับมาในวันเข้าทำสัญญาฯ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ศูนย์วิจัยกฎหมายธุรกิจ

นอกจากนี้ ยังมีข้อโต้แย้งว่า มีการคิดดอกเบี้ยระหว่างผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานกับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานหรือไม่ คิดอัตราเท่าใด และส่วนต่างที่เป็นผลบวกระหว่างรายได้ในอนาคตกับค่าตอบแทนการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต ถือเป็นดอกเบี้ยของเงินต้นที่กู้ยืมได้หรือไม่อย่างไร แล้วกรณีส่วนต่างที่เป็นผลบวกระหว่างรายได้ในอนาคตกับค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ จะเข้าลักษณะเป็นอะไร กรณีนี้มีแนวคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยว่า ดอกเบี้ยเป็นค่าตอบแทนที่ผู้กู้ตกลงจะจ่ายให้แก่ผู้ให้กู้ เพื่อตอบแทนการให้กู้ยืมเงิน หากในสัญญาหรือหลักฐานการกู้ยืมเงินไม่ได้มีข้อตกลงให้เรียกดอกเบี้ยไว้ ก็ถือว่าระหว่างอายุสัญญาไม่มีการคิดดอกเบี้ย แต่หากมีการตกลงให้คิดดอกเบี้ยระหว่างกัน แต่ไม่ได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้ ต้องถือว่ามิอัตราดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี ซึ่งเมื่อพิจารณาลักษณะของสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตแล้ว เห็นว่า ไม่ปรากฏข้อความที่แสดงให้เห็นว่า มีการกำหนดให้คิดดอกเบี้ยและอัตราดอกเบี้ยระหว่างผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานกับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน มีเพียงข้อความ

ที่กำหนดให้ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานส่งมอบรายได้ในอนาคตให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานตามระยะเวลาที่กำหนดในสัญญาฯ เท่านั้น และตามประเพณีแห่งการกู้ยืมเงินโดยทั่วไป หากเป็นการกู้ยืมเงินระหว่างนิติบุคคลซึ่งจัดตั้งขึ้นมาเพื่อแสวงหาผลกำไร และเป็นเงินจำนวนมากแล้ว สัญญากู้ยืมเงินดังกล่าวนอกจากผู้กู้จะต้องส่งคืนเงินต้นจนครบจำนวนแล้ว ยังจะต้องเสียดอกเบี้ย โดยสัญญาจะกำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้อย่างชัดเจนตามอัตราที่ตกลงกัน โดยอาจตกลงให้ผู้กู้ผ่อนชำระเงินต้นพร้อมดอกเบี้ยภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ และหากผิดนัดไม่ส่งมอบเงินต้นและดอกเบี้ย จะถูกฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อเรียกเงินต้นและดอกเบี้ย อย่างไรก็ตาม หากถือว่าส่วนต่างที่เป็นผลบวกระหว่างรายได้ในอนาคตกับค่าตอบแทนการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตเป็นดอกเบี้ยของเงินต้นที่กู้ยืมแล้ว ในกรณีที่กิจการโครงการสร้างพื้นฐานมีรายได้ไม่เป็นไปตามที่คาดการณ์ไว้ เป็นเหตุให้ส่วนต่างระหว่างจำนวนเงินที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานได้ส่งมอบให้ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐาน กับรายได้ในอนาคตที่เกิดขึ้นจริงเมื่อครบกำหนดสัญญามีผลติดลบเกิดขึ้น (ขาดทุน) ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานก็จะไม่สามารถส่งมอบเงินต้นพร้อมดอกเบี้ยให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานได้ครบถ้วน กรณีดังกล่าวจะถือว่า ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานผิดนัดหรือไม่ ทั้ง ๆ ที่ตามสัญญาโอนสิทธิ นั้น ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานไม่ต้องรับผิดชอบในผลขาดทุนของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานแต่ประการใด

หากนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการกู้ยืมเงินมาวิเคราะห์ปรับเข้าลักษณะของรูปแบบสัญญาต่าง ๆ ระหว่างกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานกับผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานแล้ว อาจวิเคราะห์ได้ดังนี้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย CHULALONGKORN UNIVERSITY

1) รูปแบบสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตที่ผูกกับสัญญาที่ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานได้ทำไว้กับลูกหนี้รายได้ในอนาคตไว้ก่อนแล้ว และภาระภาษีอากรที่เกี่ยวข้อง

รูปแบบของสัญญานี้ กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานได้ส่งมอบเงินให้แก่ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานเป็นจำนวนเงินแน่นอนเสมือนหนึ่งเป็นต้นเงินที่ให้ผู้กู้ยืมแก่ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐาน โดยในส่วนของดอกเบี้ยหรือค่าตอบแทนการใช้เงินต้น ได้แก่ เงินส่วนต่างที่เกิดขึ้นระหว่างรายได้ในอนาคตที่มาจากบุคคลภายนอก (ลูกหนี้รายได้ในอนาคต) ซึ่งได้ทำสัญญาไว้กับผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานกับต้นเงินที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานส่งมอบให้ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐาน เงินที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับคืนจากผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานตามสัญญาโอนสิทธิฯ จึงค่อนข้างมีความแน่นอน สามารถคาดการณ์ได้อย่าง

ชัดเจนโดยอ้างอิงรายได้ในอนาคตจากมูลค่าผลตอบแทนตามสัญญาที่ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานทำไว้กับบุคคลภายนอก ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากเจตนาการเข้าทำสัญญาของคู่กรณีแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า เฉพาะสัญญาที่สามารถคาดหมายได้ค่อนข้างแน่นอนว่ากองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับเงินคืนเมื่อสิ้นสุดสัญญาซึ่งมีจำนวนที่มากกว่าเงินที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานส่งมอบให้แก่ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานเท่านั้นที่สามารถตีความได้ว่า สัญญาโอนสิทธิในการได้รับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตเข้าลักษณะเป็นสัญญากู้ยืมเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากการจะเข้าลักษณะของการยืมใช้สลับสิ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้นั้น ผู้ให้ยืมจะต้องได้รับทรัพย์สินที่ให้ยืมคืนทั้งหมด ซึ่งแสดงให้เห็นได้ชัดเจนว่าคู่สัญญามีเจตนาให้กู้ยืมแก่กัน โดยผู้ให้กู้ยืมจะได้รับทั้งต้นเงินและดอกเบี้ยตามจำนวนที่สามารถคาดหมายได้จากสัญญาฯ

อย่างไรก็ดี หากข้อสัญญาระบุไว้ค่อนข้างชัดเจนและคาดหมายได้ว่า เงินที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับคืนจากผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานทั้งหมดมีจำนวนต่ำกว่าที่ได้ส่งมอบให้แก่ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐาน โดยที่ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานไม่ต้องรับผิดชอบเงินส่วนต่างดังกล่าว กรณีนี้อาจไม่เข้าองค์ประกอบของสัญญากู้ยืมเงินที่ผู้ยืมมีหน้าที่ต้องส่งต้นเงินทั้งหมดคืนแก่ผู้ให้ยืม แต่ปัญหานี้ไม่ควรจะเกิดขึ้นเนื่องจากโดยปกติประเพณีทางการค้าในกิจการที่แสวงหากำไรทั่วไป กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานควรจะต้องได้รับผลประโยชน์ตอบแทนมากกว่าต้นเงินที่ได้ส่งมอบให้แก่ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานเสมอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญารูปแบบนี้กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานสามารถคำนวณผลประโยชน์ตอบแทนได้ค่อนข้างแน่นอนตั้งแต่วันทำสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

2) รูปแบบสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตที่ยังไม่มีคู่สัญญาที่เป็นลูกหนี้รายได้ในอนาคต

รูปแบบของสัญญานี้ แม้กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีการส่งมอบเงินให้แก่ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานเป็นจำนวนเงินแน่นอนเสมือนหนึ่งเป็นต้นเงินที่ผู้ให้ยืมแก่ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานก็ตาม แต่ค่าตอบแทนการใช้เงินต้นหรือดอกเบี้ยมีความไม่แน่นอนขึ้นอยู่กับผู้ใช้บริการโครงการสร้างพื้นฐาน ซึ่งยังไม่สามารถกำหนดตัวลูกหนี้รายได้ในอนาคตได้ แม้จะมีการคาดการณ์จากการประเมินมูลค่ารายได้ในอนาคตได้ก็ตาม แต่ก็ยังไม่มีความไม่แน่นอนค่อนข้างสูงและอาจมีผลขาดทุนเกิดขึ้น จนในที่สุดกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานอาจจะไม่ได้รับต้นเงินคืนจากผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐาน ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากเจตนาการเข้าทำสัญญาของคู่สัญญาแล้ว

เห็นว่า สัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตรูปแบบนี้ไม่เป็นสัญญากู้ยืมเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

3) รูปแบบสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตที่รายได้ในอนาคตนั้นมีได้ขึ้นอยู่กับลูกหนี้รายได้ในอนาคตโดยตรง แต่ขึ้นอยู่กับความสามารถในการผลิตของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน

รูปแบบของสัญญานี้ แม้กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีการส่งมอบเงินให้แก่ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานเป็นจำนวนเงินแน่นอนเสมือนหนึ่งเป็นต้นเงินที่ให้ผู้กู้ยืมแก่ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานก็ตาม แต่ค่าตอบแทนการใช้เงินต้นหรือดอกเบี้ยมีความไม่แน่นอนขึ้นอยู่กับความสามารถในการผลิตของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งอาจจะมีผลขาดทุนในอนาคตก็ได้ กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานอาจจะไม่ได้รับเงินต้นคืน ซึ่งต่างจากกรณีสัญญากู้ยืมเงินที่ตัวผู้ให้กู้จะต้องได้หรือมีสิทธิได้รับต้นเงิน (พร้อมดอกเบี้ย) คืนเสมอ กรณีนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่า สัญญารูปแบบนี้มิใช่สัญญาให้ผู้กู้ยืมเงินโดยมีเหตุผลเช่นเดียวกับข้อ 2) ข้างต้น

จากที่กล่าวไว้ข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า สัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตไม่ว่าจะเป็นรูปแบบใด ก็ไม่สามารถเข้าลักษณะเป็นสัญญากู้ยืมเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยไม่มีข้อโต้แย้ง

5.1.1.3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้อง

การโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 303 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ การที่เจ้าหนี้ตกลงยินยอมโอนสิทธิที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้แก่บุคคลอีกบุคคลหนึ่ง มีผลให้บุคคลผู้รับโอนเข้ามาเป็นเจ้าหนี้คนใหม่แทนเจ้าหนี้เดิม โดยมีสิทธิเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ เช่นเจ้าหนี้เดิม กล่าวคือ เป็นการที่เจ้าหนี้โอนสิทธิในเรื่องหนี้ของตนให้แก่เจ้าหนี้คนใหม่ เจ้าหนี้คนใหม่จะเข้ามาใช้สิทธิแทนเจ้าหนี้เดิม มิใช่กรณีที่ลูกหนี้โอนภาระหรือหนี้ของตนให้คนอื่นเข้ามาชำระหนี้แทน และไม่ได้เพิ่มภาระหรือกระทบกระเทือนสิทธิของลูกหนี้ ลูกหนี้ยังคงมีหน้าที่ในการชำระหนี้ อยู่เหมือนเดิม เพียงแต่เปลี่ยนตัวผู้ที่ลูกหนี้จะชำระหนี้ให้เท่านั้น

สัญญาโอนสิทธิฯ เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาสองฝ่าย ได้แก่ ผู้โอน (ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐาน) และผู้รับโอน (กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน) โดยผู้ประกอบ

กิจการโครงสร้างพื้นฐานมีหน้าที่โอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตให้แก่กองทุนรวม โครงสร้างพื้นฐาน และกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะชำระราคาให้แก่ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานเป็นการตอบแทน เมื่อพิจารณาบทบัญญัติว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องแล้วเห็นว่า สิทธิเรียกร้องทุกชนิดสามารถโอนให้แก่กันได้ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิเรียกร้องที่มีเงื่อนไข เงื่อนไขเวลา รวมถึงสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคต (ตามคำพิพากษาฎีกาที่ 7683/2552 และคำพิพากษาฎีกาที่ 7790/2554) ด้วย เว้นแต่จะเข้าลักษณะเป็นสิทธิเรียกร้องที่โอนให้แก่กันไม่ได้ (ได้แก่ สิทธิเรียกร้องที่โดยสภาพแห่งสิทธินั้นไม่สามารถโอนได้ คู่กรณีมีข้อตกลงห้ามโอน และสิทธิเรียกร้องที่ศาลยึดไม่ได้) จากข้อเท็จจริง เนื่องจากสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตเป็นสิทธิที่จะได้รับรายได้จากกิจการในอนาคตจึงเข้าลักษณะเป็นสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคต ซึ่งสามารถโอนให้แก่กันได้อย่าง การโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 303 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

นอกจากนี้ วิธีการโอนสิทธิเรียกร้องที่มีเจ้าหนี้โดยเฉพาะเจาะจงนั้น สามารถแบ่งออกเป็น 2 วิธีการ ได้แก่ วิธีการโอนระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอน และวิธีการโอนระหว่างผู้รับโอนกับลูกหนี้ ซึ่งวิธีการโอนระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอน จะต้องทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจึงจะมีผลสมบูรณ์ตามแบบแห่งนิติกรรม ซึ่งจากข้อเท็จจริง การโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตมีการทำในรูปแบบของสัญญาและลงลายมือชื่อโดยผู้ประกอบการ โครงสร้างพื้นฐานและกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน การโอนสิทธิฯ ดังกล่าวจึงมีผลสมบูรณ์ตามแบบแห่งนิติกรรมแล้ว แต่สำหรับวิธีการโอนระหว่างผู้รับโอนกับลูกหนี้ นั้น จะมีผลต่อเมื่อลูกหนี้ได้ให้ความยินยอมเป็นหนังสือ หรือลูกหนี้ได้รับคำบอกกล่าวการโอนเป็นหนังสือ จากข้อเท็จจริง การโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตไม่มีกรณีที่ลูกหนี้ให้ความยินยอมหรือบอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้จึงไม่ได้ดำเนินการตามวิธีการระหว่างผู้รับโอนกับลูกหนี้ กรณีจะถือว่ามีผลเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องหรือไม่ นั้น มีคำพิพากษาฎีกาที่ 290/2518 และคำพิพากษาฎีกาที่ 4247/2549 วินิจฉัยในลักษณะว่า หากลูกหนี้ไม่ได้ให้ความยินยอมหรือไม่ได้บอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้ นั้นก็ไม่มีผลให้การโอนสิทธิเรียกร้องที่สมบูรณ์ระหว่างผู้โอนกับผู้รับโอนเสียไป ดังนั้น จึงอาจตีความได้ว่า การโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตซึ่งไม่มีการให้ความยินยอมของลูกหนี้หรือการบอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้รายได้ในอนาคต ไม่ทำให้ผลของการโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างผู้โอน (ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐาน) กับผู้รับโอน (กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน) เสียไป

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า การที่คำพิพากษาฎีกาทั้งสองวินิจฉัยในลักษณะดังกล่าวน่าจะหมายถึงกรณีที่สามที่สามสามารถขอให้ลูกหนี้ให้ความยินยอมหรือสามารถบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องไปยังลูกหนี้ได้ แต่ผู้โอนไม่ได้ดำเนินการ โดยไม่น่าจะหมายความรวมถึงกรณีที่

สามารถขอให้ลูกหนี้ให้ความยินยอมหรือไม่สามารถบอกกล่าวการโอนสิทธิเรียกร้องไปยังลูกหนี้ได้ อย่างเช่นกรณีของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่ข้อสัญญาหรือเจตนาของผู้ประกอบกิจการ โครงสร้างพื้นฐานและกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานไม่ได้กำหนดให้ต้องขอความยินยอมหรือบอก กล่าวการโอนไปยังลูกหนี้ เพราะในทางปฏิบัติไม่สามารถทำได้ อันเป็นผลมาจากลักษณะของ ผลตอบแทนที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับจากผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานกำหนดให้ ต้องหักรายจ่ายที่เกี่ยวข้องกับรายได้ในอนาคตก่อน ดังนั้น ในทางปฏิบัติด้วยลักษณะของสัญญาโอน สิทธิฯ กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจึงไม่สามารถที่จะขอให้ลูกหนี้ให้ความยินยอมหรือบอกกล่าวการ โอนไปยังลูกหนี้ได้เพื่อที่จะเรียกร้องรายได้ในอนาคตจากลูกหนี้ได้เลย ดังนั้น จึงไม่สามารถกล่าวได้ว่า การโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตเข้าลักษณะเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องได้โดยไม่มี ข้อโต้แย้ง

หากนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการโอนสิทธิเรียกร้อง มาวิเคราะห์ปรับเข้าลักษณะของรูปแบบสัญญาต่างๆ ระหว่างกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานกับ ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานอาจวิเคราะห์ได้ดังนี้

1) รูปแบบสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต ที่ผูกกับสัญญาที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานได้ทำไว้กับลูกหนี้รายได้ในอนาคตไว้ก่อนแล้ว

รูปแบบของสัญญานี้ นำเข้าลักษณะเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องที่จะ มีขึ้นในอนาคต ซึ่งมีตัวลูกหนี้รายได้ในอนาคตที่ค่อนข้างแน่นอน กล่าวคือ มีการทำสัญญาระหว่างตัว ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานกับลูกหนี้รายได้ในอนาคต และในการโอนสิทธิในการรับประโยชน์ จากรายได้ในอนาคตนั้น มีการทำสัญญาเพื่อโอนสิทธิฯ ที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานมีต่อตัว ลูกหนี้รายได้ในอนาคตให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งถือว่ามิหลักฐานแห่งการโอนสิทธิ เรียกร้องเป็นหนังสือตามแบบแห่งนิติกรรมแล้ว แต่แม้กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะรับโอนสิทธิใน การรับผลประโยชน์จากรายได้ในอนาคตจากการประกอบกิจการของผู้ประกอบกิจการโครงสร้าง พื้นฐาน แต่ก็ไม่ได้มีการบอกกล่าวการโอนไปยังลูกหนี้รายได้ในอนาคต ทำให้ลูกหนี้รายได้ในอนาคตมี หน้าที่ชำระหนี้ตามสัญญาต่อผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานซึ่งเป็นคู่สัญญาเหมือนเดิม โดยไม่ได้ มีนิติสัมพันธ์ใด ๆ กับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน และในกรณีที่ลูกหนี้รายได้ในอนาคตผิดสัญญาไม่ ชำระหนี้ให้แก่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานก็ไม่มีสิทธิที่จะ เรียกร้องเอาค่าเสียหายหรือรายได้ตามสัญญาจากลูกหนี้รายได้ในอนาคตโดยตรงได้ กองทุนรวม โครงสร้างพื้นฐานเพียงแต่สามารถเรียกให้ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานชำระรายได้ที่ได้รับหรือ

ควรจะได้รับมาจากลูกหนี้รายได้ในอนาคตเท่านั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า สัญญาฯ ดังกล่าวน่าจะเข้าลักษณะเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ แต่ยังมีข้อโต้แย้งในส่วนของ การบอกกล่าวการโอนดังที่กล่าวไว้ข้างต้น

2) รูปแบบสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตที่ยังไม่มีคู่สัญญาที่เป็นลูกหนี้รายได้ในอนาคต

รูปแบบของสัญญานี้ ยังไม่มีตัวลูกหนี้ที่จะก่อให้เกิดรายได้ในอนาคต ดังนั้น ณ เวลาที่มีการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต จึงยังไม่ทราบว่า ผู้ใดจะเป็นลูกหนี้ จึงขาดองค์ประกอบของการโอนสิทธิเรียกร้องที่จำต้องมีบุคคลที่สามที่เป็นลูกหนี้ตามสัญญาโอนสิทธิเรียกร้อง ซึ่งผู้รับโอนสิทธิจะใช้สิทธิเรียกร้องให้บุคคลที่สามชำระหนี้หรือกระทำการใด ๆ ตามสิทธิที่ได้รับโอนไป ผู้เขียนจึงเห็นว่า สัญญาลักษณะนี้ไม่เข้าลักษณะเป็นการโอนสิทธิเรียกร้อง

3) รูปแบบสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตที่รายได้ในอนาคตนั้นมีได้ขึ้นอยู่กับลูกหนี้รายได้ในอนาคตโดยตรง แต่ขึ้นอยู่กับความสามารถในการผลิตของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน

รูปแบบของสัญญานี้ ไม่มีตัวลูกหนี้ที่จะก่อให้เกิดรายได้ในอนาคตโดยตรง แต่มีลักษณะคล้ายคลึงกับสัญญาว่าจ้างให้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานแต่ก็มีใช้สัญญาว่าจ้าง เนื่องจากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานไม่ได้มีสัญญาว่าจ้างให้ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานให้บริการโครงสร้างพื้นฐานแก่บุคคลอื่น ซึ่งสัญญารูปแบบนี้ไม่มีลักษณะของการโอนสิทธิเรียกร้อง เนื่องจากไม่มีตัวบุคคลภายนอกหรือลูกหนี้รายได้ในอนาคตเข้ามาเกี่ยวข้อง ทั้งนี้ รายได้ในอนาคตขึ้นอยู่กับความสามารถของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ดังนั้น ในการวิเคราะห์ภาวะภาษีอากรจึงไม่สามารถนำรูปแบบสัญญาโอนสิทธิเรียกร้องมาใช้แก่กรณีนี้ได้

จากที่กล่าวไว้ข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า สัญญาโอนสิทธิฯ ไม่ว่าในรูปแบบใด ก็ไม่สามารถตีความเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องได้ เนื่องจากไม่มีกรณีที่ลูกหนี้รายได้ในอนาคตให้ความยินยอมหรือได้มีการบอกกล่าวการโอนสิทธิฯ ไปยังลูกหนี้รายได้ในอนาคต ซึ่งทำให้ตัวกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานไม่สามารถใช้สิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้รายได้ในอนาคตชำระหนี้ได้อย่างเจ้าหนี้เดิม

สรุปการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับสัญญาโอนสิทธิฯ ทั้งสามรูปแบบดังกล่าวข้างต้น เห็นว่า สัญญาโอนสิทธิฯ (ก) ไม่สามารถตีความให้เป็นสัญญาซื้อขายทรัพย์สินตามมาตรา 453 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้เลย เนื่องจากสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตไม่เข้าลักษณะเป็นทรัพย์สินที่ซื้อขายได้ เพราะไม่มีกรรมสิทธิ์ที่จะโอนให้แก่กันได้ (ข) ไม่สามารถตีความให้เป็นสัญญากู้ยืมเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากไม่มีสัญญาประเภทใดที่มีความชัดเจนว่า กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับเงินคืนมากกว่าค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ ที่ให้ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานกู้ยืมไป และ (ค) ไม่สามารถตีความให้เป็นสัญญาโอนสิทธิฯ เป็นการโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 303 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากไม่มีกรณีที่ลูกหนี้รายได้ในอนาคตให้ความยินยอมหรือได้มีการบอกกล่าวการโอนสิทธิฯ ไปยังลูกหนี้รายได้ในอนาคต ซึ่งทำให้ตัวกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานไม่สามารถใช้สิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้รายได้ในอนาคตชำระหนี้ได้อย่างเจ้าหนี้เดิมแต่อย่างใด ผู้เขียนเห็นว่า สัญญาโอนสิทธิฯ น่าจะเข้าลักษณะเป็นสัญญาไม่มีชื่อ ซึ่งเป็นสัญญานอกบรรพ 3 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยใช้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาในการเข้าทำสัญญาโอนสิทธิฯ

5.1.2 วิเคราะห์การนำหลักการกำหนดลักษณะนิติกรรมของศาลประเทศสหรัฐอเมริกา ภายใต้ธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์มาปรับใช้กับสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต

จากการศึกษาแนวคิดในการจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่กำหนดให้กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานสามารถลงทุนในสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตเพื่อนำรายได้ในอนาคตมาชำระคืนให้แก่ผู้ลงทุนในตลาดทุนพบว่า กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานได้นำต้นแบบแนวคิดรูปแบบ และโครงสร้างมาจากธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (Securitization) ประเภทสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคต (Future Receivables) ซึ่งหลักการพื้นฐานที่สำคัญของธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ คือ หลักการขายขาด (True sale) ซึ่งเป็นหลักการหนึ่งที่จะป้องกันไม่ให้ผู้ลงทุนได้รับผลกระทบจากการล้มละลายของผู้จำหน่ายสินทรัพย์ กล่าวคือ หากการโอนสินทรัพย์จากผู้จำหน่ายสินทรัพย์ให้แก่ตัวกลางเฉพาะกิจ (SPV) มีลักษณะขายขาดแล้ว SPV จะมีสิทธิเหนือสินทรัพย์อย่างสมบูรณ์เพื่อนำประโยชน์ที่ได้รับไปชำระให้แก่ผู้ลงทุนในหลักทรัพย์ตามกำหนดเวลา เป็นการแยกความเสี่ยงกรณีที่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ล้มละลายออกจากสินทรัพย์ แต่หากการโอนสินทรัพย์นั้นไม่ใช่การขายขาด แต่เป็นการกู้เงินโดยมีหลักประกัน (Secured loan) ซึ่ง SPV ให้ผู้จำหน่ายสินทรัพย์กู้เงินโดยมีสินทรัพย์

เป็นหลักประกันย่อมทำให้ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ยังคงมีกรรมสิทธิ์เหนือสินทรัพย์นั้นอยู่ และหากผู้จำหน่ายสินทรัพย์ล้มละลาย สินทรัพย์ต้องอยู่ภายใต้กองสินทรัพย์ในคดีล้มละลายด้วย

ในอดีต ธุรกิจการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ในประเทศไทยมีกฎหมายกำหนดให้การโอนสินทรัพย์ระหว่างผู้จำหน่ายสินทรัพย์กับ SPV จะต้องทำในรูปของการขายขาดเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ในปัจจุบันได้มีการแก้ไขกฎหมายโดยกำหนดให้การโอนสินทรัพย์ในลักษณะดังกล่าวสามารถโอนได้ในรูปแบบของการขายขาดและการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน ในขณะที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนั้น ไม่มีกฎหมายกำหนดให้การโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตระหว่างกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานกับผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจะต้องทำในรูปแบบของการขายขาดหรือการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกันอย่างเช่นกรณีของ SPV โดยกฎหมายได้เปิดโอกาสให้กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานและคู่สัญญาามีเสรีภาพในการตกลงกันได้อย่างอิสระ จึงทำให้ก่อให้เกิดปัญหาในการตีความว่าสัญญาดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นสัญญาประเภทใด

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกๆ ที่มีการจัดตั้ง SPV เพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ และประสบปัญหาว่า การโอนสินทรัพย์ระหว่างผู้จำหน่ายสินทรัพย์กับ SPV เป็นนิติกรรมประเภทใด จากการศึกษาพบว่า ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดหลักการต่างๆ ที่จะนำมาใช้พิจารณาเพื่อกำหนดลักษณะของนิติกรรม ภายใต้ธุรกิจการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ว่าจะเข้าลักษณะเป็นการขายขาดหรือการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกันไว้หลายประการ ซึ่งการตัดสินในแต่ละคดีมีหลักการแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในคดีเป็นหลัก

ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรนำหลักการที่ศาลสหรัฐอเมริกานำมาปรับใช้ในการพิจารณาลักษณะนิติกรรมของธุรกิจการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ของประเทศสหรัฐอเมริกาดังกล่าวมาปรับใช้ในการกำหนดลักษณะนิติกรรมของธุรกิจการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานด้วย ทั้งนี้ ในการพิจารณาหลักการต่างๆ เหล่านี้ ศาลจะเลือกนำมาปรับใช้ตามสภาพที่เห็นว่ามีเหมาะสม โดยไม่จำเป็นต้องเข้าลักษณะตามหลักการทุกๆ กรณี ซึ่งจากการศึกษาพบว่ามีหลักการดังต่อไปนี้

หลักการแรก การไล่เบียด (Recourse) หากเป็นการขายขาด ความเสี่ยงที่จะไม่ได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ย่อมตกแก่ SPV ผู้รับโอน มิใช่ผู้จำหน่ายสิทธิ/สินทรัพย์ผู้โอน กล่าวคือ SPV ต้องไม่มีสิทธิไล่เบียดเอาจากผู้จำหน่ายสินทรัพย์ในความเสียหายอันเกิดจากลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ อีก ซึ่ง

สิทธิไต่เบี่ยอาจอยู่ในรูปของการรับประกันด้วยเงินของผู้จำหน่ายสินทรัพย์ว่าสินทรัพย์จะสามารถเรียกเก็บเงินได้ แต่หากเป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน SPV ย่อมมีสิทธิไต่เบี่ยเอาจากผู้จำหน่ายสินทรัพย์เพื่อความเสียหายดังกล่าวได้

ทั้งนี้ หลักการไต่เบี่ยนี้เป็นหลักสำคัญที่ศาลนำมาใช้ในการกำหนดลักษณะของธุรกรรมว่าเป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน ซึ่งศาลให้เหตุผลว่า SPV (ผู้ซื้อ) ที่ยังคงมีสิทธิไต่เบี่ยอย่างมีนัยสำคัญนั้นจะไม่มีความเสี่ยงในฐานะที่เป็นเจ้าของสินทรัพย์ เช่น ในคดี Major's Furniture Mart v. Castle Credit Corp. 602 F.2d 538 (3d Cir. 1979) ศาลวินิจฉัยว่า ธุรกรรมที่บัญชีลูกหนี้การค้า (ก) ถูกขายโดยมีเงินสำรองจากราคาซื้อซึ่งผู้ซื้อสามารถเรียกคืนได้ในกรณีที่บัญชีที่ซื้อขายไม่สามารถเรียกเก็บเงินได้ หรือ (ข) ถูกขายโดยมีข้อกำหนดบังคับให้ผู้ขายซื้อคืนบัญชีที่ซื้อขายซึ่งยังไม่ได้ชำระหนี้ภายใน 60 วันนั้น มีลักษณะเป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกันมากกว่าการขายขาด เนื่องจากผู้ซื้อไม่ต้องรับความเสี่ยงในฐานะที่เป็นเจ้าของสินทรัพย์ ด้วยเหตุผลดังกล่าว ศาลจึงพิจารณาลักษณะของธุรกรรมดังกล่าวไม่ใช่การขายขาด

สำหรับกรณีการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ด้วยสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคต (Future receivables) นั้น มีนักวิชาการให้ความเห็นเพิ่มเติมว่า เนื่องจากธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ด้วยสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคตมีความเสี่ยงที่มากกว่าธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ด้วยสิทธิเรียกร้องที่มีอยู่แล้วในเรื่องของความไม่แน่นอนของสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคต ดังนั้น หากเป็นการขายขาด จะเป็นการรับประกันการปฏิบัติหน้าที่อย่างต่อเนื่องของผู้จำหน่ายสินทรัพย์โดยไม่กำหนดให้สิทธิไต่เบี่ยแก่ SPV ในกรณีที่สิทธิเรียกร้องที่มีจะเกิดขึ้นในอนาคตไม่เกิดขึ้นและไม่ปฏิเสธผลประโยชน์และความเสี่ยงในความเป็นเจ้าของของผู้ลงทุน หากเป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน จะเป็นการรับประกันความเสี่ยงในลักษณะว่าหากสิทธิเรียกร้องที่มีจะเกิดขึ้นในอนาคตต่ำกว่าที่กำหนดไว้ ผู้จำหน่ายสินทรัพย์จะรับผิดชอบต่อผู้ลงทุนโดยผู้ลงทุนไม่มีความเสี่ยงในฐานะที่เป็นเจ้าของเลย

จากข้อเท็จจริงหากนำหลักการไต่เบี่ยมาปรับใช้กับธุรกรรมการโอนสิทธิฯ จะเห็นว่า การลงทุนในสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะไม่มี การประกันรายได้ที่จะเกิดขึ้นให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน แต่จะมีเพียงการรับประกันการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานซึ่งรับประกันโดยผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานเท่านั้น ดังนั้น กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจึงเป็นผู้รับความเสี่ยง

ทั้งหมดเกี่ยวกับรายได้ในอนาคตแต่เพียงผู้เดียว โดยไม่มีสิทธิไต่เบี่ยให้ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน กรณีจึงเข้าลักษณะเป็นการขายขาด

หลักการที่ 2 การยึดหน่วงสิทธิและผลประโยชน์ในสินทรัพย์ (Retained rights) และสิทธิในส่วนเกินของสินทรัพย์ (Right to surplus) หากเป็นการขายขาด สิทธิและผลประโยชน์ในสินทรัพย์ย่อมตกแก่ SPV ผู้รับโอนแต่เพียงผู้เดียว ผู้จำหน่ายสิทธิ/สินทรัพย์ต้องไม่มีสิทธิและผลประโยชน์ในสินทรัพย์อีกต่อไป แต่หากเป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน สิทธิและผลประโยชน์ในสินทรัพย์ย่อมตกแก่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ตามเดิม โดยอาจปรากฏได้หลายลักษณะ เช่น ผู้จำหน่ายสินทรัพย์มีสิทธิซื้อทรัพย์สินคืน (Repurchase) ไถ่ถอนสินทรัพย์กลับคืน (Redeem) หรือเอาทรัพย์สินอื่นทดแทนสินทรัพย์ที่โอน (Substitute other property for the assets) เป็นต้น ซึ่งศาลจะพิจารณาว่า ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ยังคงมีสิทธิและประโยชน์ในสินทรัพย์ของตนตามเดิม

ส่วนกรณีสิทธิในส่วนเกินของสินทรัพย์ (Right to surplus) นั้น เนื่องจากราคาซื้อสินทรัพย์ซึ่ง SPV จ่ายให้แก่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ถูกกำหนดโดยมีการหักส่วนลดจากการผิณฑ์ของสินทรัพย์ที่ซื้อขายไว้แล้ว ดังนั้น หาก SPV ซื้อสินทรัพย์ในลักษณะที่เป็นการขายขาด SPV ควรจะมีสิทธิได้รับส่วนที่เกินของสินทรัพย์ในฐานะที่เป็นผลประโยชน์ของเจ้าของ แต่หาก SPV ส่งมอบส่วนที่เกินให้แก่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ ศาลย่อมถือว่า เป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน

จากข้อเท็จจริง เมื่อปรับเข้ากับธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต เมื่อมีการโอนสิทธิฯ (สิทธิและผลประโยชน์ในสินทรัพย์) ให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานแล้ว ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจะยังคงเป็นผู้ดำเนินกิจการโครงสร้างพื้นฐานต่อไป เมื่อมีรายได้ในอนาคตเกิดขึ้น ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจะนำรายได้ดังกล่าวหักออกด้วยรายจ่ายที่เกี่ยวข้องและส่งมอบรายได้สุทธิให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานตามสัญญาโอนสิทธิฯ กรณีนี้จึงน่าจะพิจารณาว่า ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานมีอำนาจในการควบคุมในส่วนของรายจ่ายของกิจการ เนื่องจากสิทธิและผลประโยชน์ในสินทรัพย์ และสิทธิในส่วนเกินของสินทรัพย์ในรายได้ที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับนั้น ยังขึ้นอยู่กับข้อกำหนดรายจ่ายของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน กรณีจึงพิจารณาได้ว่าเข้าลักษณะเป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน

หลักการที่ 3 การกำหนดราคาซื้อขายสินทรัพย์ (Pricing mechanism) หากเป็นการขายขาด ราคาซื้อขายสินทรัพย์ต้องกำหนดไว้แน่นอน เช่น มีการคำนวณหักลด (Discount) ต้นทุน ค่าใช้จ่ายและความเสี่ยงต่างๆ ไว้แล้ว แต่ถ้าเป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน ราคาซื้อขายสินทรัพย์อาจมีการปรับเปลี่ยนตลอดเวลา

จากข้อเท็จจริงหากปรับแก้กรณีของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน การกำหนดราคาซื้อสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตได้ถูกกำหนดไว้อย่างแน่นอน ในสัญญาโอนสิทธิ ซึ่งมาจากการประเมินมูลค่ารายได้ในอนาคตโดยใช้ข้อมูลจากผลการดำเนินงานในอดีตของกิจการโครงสร้างพื้นฐานประกอบกับปัจจัยอื่น ๆ เช่น ภาวะทางเศรษฐกิจ ความเสี่ยงต่าง ๆ เป็นต้น กรณีจึงเข้าลักษณะเป็นการขายขาด

หลักการที่ 4 ขอบเขตการปฏิบัติหน้าที่อย่างต่อเนื่องของผู้จำหน่ายสินทรัพย์ (the extent of the originator's continuing obligation) หากเป็นการขายขาด ภายหลังจากโอนสินทรัพย์ ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ควรมีส่วนเกี่ยวข้องเพียงเล็กน้อยหรือไม่ควรมีส่วนเกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ที่โอนไปยัง SPV เลย แต่ไม่รวมถึงกรณีที่ SPV มอบหมายให้ผู้จำหน่ายสินทรัพย์เป็นตัวแทนเรียกเก็บและรับชำระหนี้ ซึ่งหากผู้จำหน่ายสินทรัพย์ (ผู้ขาย) ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของ SPV (ผู้ซื้อ) ตามข้อตกลงระหว่างสองฝ่าย โดยผู้จำหน่ายสินทรัพย์ได้รับค่าธรรมเนียมการให้บริการเป็นการตอบแทน รวมทั้ง SPV มีสิทธิตั้งตนเองหรือบุคคลอื่นเป็นตัวแทนเรียกเก็บและรับชำระหนี้แทนผู้จำหน่ายสินทรัพย์ไม่ว่าเวลาใด ๆ แต่หากเป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน ผู้จำหน่ายสินทรัพย์จะยังคงมีส่วนเกี่ยวข้องกับสินทรัพย์ที่โอนไปยัง SPV เช่น ผู้จำหน่ายสินทรัพย์มีสิทธิขอให้ปรับราคากับลูกหนี้ หรือจัดเตรียมใบแจ้งหนี้ (invoice) สำหรับการชำระหนี้ตามสัญญาของลูกหนี้ เป็นต้น

สำหรับกรณีการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ด้วยสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคตนั้น มีนักวิชาการให้ความเห็นเพิ่มเติมว่า เนื่องจากสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคตจะเกิดขึ้นได้จากการปฏิบัติหน้าที่อย่างต่อเนื่องของผู้จำหน่ายสินทรัพย์เท่านั้น ดังนั้น หากเป็นการขายขาด ผู้จำหน่ายสินทรัพย์จะปฏิบัติหน้าที่ในฐานะที่เป็นตัวแทนของ SPV ในงานจำพวกที่ไม่มีอำนาจในการตัดสินใจอย่างเจ้าของ เช่น งานธุรการ (Administrative tasks) เป็นต้น และไม่ได้รับผลประโยชน์ใดๆ ในสิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคต แต่หากเป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน ในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้จำหน่ายสินทรัพย์ ผู้จำหน่ายสินทรัพย์จะมีอำนาจในควบคุมคุณภาพและปริมาณของ สิทธิเรียกร้องที่จะมีขึ้นในอนาคต

จากข้อเท็จจริง สัญญาโอนสิทธิฯ มีลักษณะเป็นข้อตกลงโอนสิทธิในการได้รับเงินจากการประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานในอนาคตเท่านั้น โดยผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานยังคงมีหน้าที่บริหารจัดการกิจการโครงสร้างพื้นฐานตามเดิม และไม่ได้มีการโอนตัวลูกหนี้ให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน รวมทั้งไม่ปรากฏว่ามีข้อตกลงหรือค่าธรรมเนียมเกี่ยวกับการทำหน้าที่เป็นตัวแทนของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน กรณีจึงไม่เข้าข้อยกเว้นที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานทำหน้าที่เป็นตัวแทนของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน นอกจากนี้ เนื่องจากผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานยังคงมีส่วนเกี่ยวข้องกับรายได้ในอนาคตที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีสิทธิจะได้รับ เช่น ยังคงทำหน้าที่บริหารกิจการโครงสร้างพื้นฐาน โดยมีอำนาจในการตัดสินใจใดๆ เกี่ยวกับการบริหารกิจการ เช่น มีอำนาจในการปรับราคาสินค้าหรือบริการที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น กรณีจึงน่าจะถือว่าเข้าลักษณะเป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน

หลักการที่ 5 มีหนังสือบอกกล่าวการโอนแก่ลูกหนี้ หากเป็นการขายขาด ย่อมต้องมีหนังสือบอกกล่าวแจ้งให้ลูกหนี้ทราบว่ามีการโอนสินทรัพย์ไปยัง SPV แล้ว เช่น ในคดี In Petron Trading Co v Hydrocarbon Trading & Transport Co. ศาลวินิจฉัยว่า ไม่เป็นการขายขาด เนื่องจากไม่มีการแจ้งลูกหนี้ให้ทราบว่า มีการโอนบัญชีลูกหนี้ไปยัง SPV แต่หากเป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกันย่อมไม่มีหนังสือบอกกล่าวแจ้งการโอนให้ลูกหนี้ทราบ

จากข้อเท็จจริง การเข้าทำสัญญาโอนสิทธิฯ ระหว่างผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานกับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 รูปแบบ ได้แก่ กรณีสัญญาโอนสิทธิฯ ที่ผูกไว้กับสัญญาที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานได้ทำไว้กับลูกหนี้รายได้ในอนาคตไว้ก่อนแล้วนั้น ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ไม่มีการส่งหนังสือบอกกล่าวแจ้งการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตให้คู่สัญญาที่เป็นบุคคลภายนอกทราบ ส่วนกรณีสัญญาโอนสิทธิฯ ที่ยังไม่มีคู่สัญญาที่เป็นลูกหนี้รายได้ในอนาคต และสุดท้ายกรณีสัญญาโอนสิทธิฯ ที่รายได้ในอนาคตนั้นมิได้ขึ้นอยู่กับลูกหนี้รายได้ในอนาคตโดยตรง แต่ขึ้นอยู่กับความสามารถในการผลิตของกิจการโครงสร้างพื้นฐานเป็นสำคัญนั้น เมื่อยังไม่มีตัวคู่สัญญาที่จะก่อให้เกิดรายได้ในอนาคต จึงไม่มีกรณีส่งหนังสือบอกกล่าวแจ้งการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีจึงน่าจะถือว่าเข้าลักษณะเป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน

หลักการที่ 6 หลักการปฏิบัติทางภาษีและบัญชี หากเป็นการขายขาดจะต้องเกิดภาระภาษีจากการขายสินทรัพย์และมีการตัดสินทรัพย์ออกจากงบดุลของผู้จำหน่ายสินทรัพย์ตาม

มาตรฐานบัญชี แต่หากเป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกันย่อมไม่เกิดภาวะภาษีจากการขายสินทรัพย์ ข้างต้นและยังคงสินทรัพย์นั้นในบัญชีงบดุลของผู้จำหน่ายสินทรัพย์ต่อไป

ประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า กรณีหลักปฏิบัติทางบัญชีสำหรับธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนั้นยังมีความไม่ชัดเจน เนื่องจากยังไม่มีหลักปฏิบัติทางบัญชีที่จะนำมาใช้กับกรณีนี้เป็นการเฉพาะ จึงต้องนำมาตรฐานการบัญชีทั่ว ๆ ไปมาปรับใช้ ซึ่งอาศัยการตีความของนักบัญชีเป็นกรณีๆ ไป ส่วนหลักปฏิบัติทางภาษีก็ยังมีปัญหาในเรื่องของความไม่ชัดเจนในการจัดเก็บภาษีเช่นเดียวกับกรณีของหลักการปฏิบัติทางบัญชี ดังนั้น จึงไม่อาจพบแนวปฏิบัติทางบัญชีและภาษีที่สามารถนำไปใช้อ้างอิงได้

หลักการที่ 7 หลักเจตนาของคู่สัญญา (Intent of parties) หากเป็นการขายขาด เอกสารต่าง ๆ ที่เข้าทำสัญญาระหว่างคู่สัญญาต้องแสดงว่าเป็นการขายขาด แต่หากเป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน เอกสารต่าง ๆ ที่เข้าทำสัญญาระหว่างคู่สัญญา ต้องแสดงว่าเป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน อนุกรมวิธาน ในการกำหนดเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญานั้น ศาลอาจจะพิจารณาวิธีปฏิบัติของคู่สัญญา วัตถุประสงค์ และความสัมพันธ์ทางธุรกิจประกอบด้วย ซึ่งภายหลังจากการตรวจสอบแล้ว ก็จะขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลในการกำหนดเจตนาของคู่สัญญา

หลักการนี้มีความคล้ายคลึงกับหลักเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบ (Substance over form doctrine) กล่าวคือ เป็นหลักการที่พิจารณาเจตนาของคู่สัญญามากกว่าลายลักษณ์อักษร ซึ่งจากข้อเท็จจริง (ก) ธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตระหว่างผู้ประกอบการโครงการโครงสร้างพื้นฐานกับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนั้น จะเป็นการโอนไปเฉพาะสิทธิเท่านั้น ไม่ได้มีการโอนหน้าที่ในการบริหารจัดการกิจการโครงสร้างพื้นฐานให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน และ (ข) ผู้ประกอบการโครงการโครงสร้างพื้นฐานเข้าทำสัญญาโอนสิทธิ โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะนำเงินไปลงทุนในกิจการอื่น ๆ ซึ่งถือว่ามีเจตนาที่จะจัดหาเงินทุน ส่วนกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีเจตนาให้นำเงินไปลงทุนเพื่อให้ได้รับผลตอบแทน จึงไม่น่าจะเข้าลักษณะเป็นการขายขาด แต่น่าจะถือว่าเป็นการที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานให้ผู้ประกอบการโครงการโครงสร้างพื้นฐานกู้ยืมเงินเสียมากกว่า โดยโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตเป็นหลักประกัน กรณีที่น่าจะถือว่าเข้าลักษณะเป็นการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน

สรุปได้ว่า หากนำหลักการกำหนดลักษณะนิติกรรมของศาลประเทศสหรัฐอเมริกา ภายใต้รัฐธรรมนูญการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์มาใช้กับสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตแล้วพบว่า เข้าลักษณะเป็นการขายขาดจำนวน 2 หลักการ (1, 3) และเข้าลักษณะการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกันจำนวน 4 หลักการ (2, 4, 5, 7) และมีหลักการที่ไม่สามารถนำมาพิจารณาได้จำนวน 1 หลักการ (6) กล่าวคือ หลักปฏิบัติทางบัญชีและภาษี ซึ่งแสดงให้เห็นว่า หากนำหลักการของศาลสหรัฐอเมริกามาปรับใช้ค่อนข้างมีแนวโน้มไปในลักษณะของการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกัน แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า หลักการเหล่านี้ยังไม่สามารถนำมากำหนดลักษณะนิติกรรมของรัฐธรรมนูญการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตได้อย่างแน่นอน เนื่องจากหลักการหลายหลักการต้องอาศัยการตีความและการให้เหตุผลประกอบการพิจารณา

5.1.3 วิเคราะห์การนำหลักการทั่วไปทางกฎหมายภาษีอากรในต่างประเทศมาปรับใช้กับสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต

5.1.3.1 หลักเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบ (Substance over form doctrine)

หลักเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ศาลและองค์กรผู้จัดเก็บภาษีทั่วโลกโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่ใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ มักจะนำมาปรับใช้ในการตีความเพื่อการจัดเก็บภาษีอากร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่คุณสัญญาามีเจตนาในการเข้าทำสัญญาไม่สอดคล้องกับเนื้อหาของสัญญาที่ตกลงกัน ไม่ว่าจะมีความประสงค์เพื่อประโยชน์ทางภาษีอากรหรือเพื่อการอื่นที่ไม่สุจริต กรณีนี้ศาลจะพิจารณาเจตนาของคุณสัญญามากกว่าลายลักษณ์อักษรที่ปรากฏ อย่างไรก็ตาม หลักการนี้มีข้อจำกัด โดยหากชั้นตอนที่ประกอบขึ้นเป็นนิติกรรมหรือสัญญาแม้เพียงชั้นตอนหนึ่งชั้นตอนใด เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว เจ้าพนักงานประเมินก็ไม่มีอำนาจปฏิเสธนิติกรรมหรือสัญญานั้น

ประเทศไทยไม่มีหลักเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน แต่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการแสดงเจตนาलगงและนิติกรรมอำพรางตามมาตรา 155 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งศาลไทยนำมาปรับใช้เพื่อบังคับตามนิติกรรมที่จัดทำขึ้นมาเพื่อเลี่ยงภาษีได้ หากศาลพบว่า การแสดงเจตนาलगงของคุณกรณีโดยเจตนาที่แท้จริงเพื่อมิให้ต้องเสียภาษีหรือหลีกเลี่ยงภาษี หรือมีการทำนิติกรรมอำพรางนิติกรรมที่แท้จริง เพื่อมิให้ต้องเสียภาษีหรือเสียภาษีน้อยลง เจตนาलगงหรือนิติกรรมอำพรางนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ เจ้าพนักงานประเมินย่อมยกความ

เป็นโมฆะนั้นขึ้นกล่าวอ้างและบังคับตามเจตนาที่แท้จริงหรือนิติกรรมที่ถูกอำพรางเพื่อประเมินเรียกเก็บภาษีให้ถูกต้องครบถ้วนได้ เพราะตามมาตรา 172 วรรคหนึ่งแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้มีส่วนได้เสียคนหนึ่งคนใดจะยกความเสียหายเปล่าแห่งโมฆะกรรมขึ้นกล่าวอ้างก็ได้ คำว่า "ผู้มีส่วนได้เสีย" นี้หมายถึงผู้ที่ได้ประโยชน์หรือเสียประโยชน์หากนิติกรรมที่กล่าวอ้างว่าเป็นโมฆะเป็นผลหรือไม่เป็นผลหรือกลับกัน (ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12127/2558 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2975/2547) เจ้าพนักงานประเมินจึงอาจเป็นผู้เสียประโยชน์หากนิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนาหลงหรือนิติกรรมอำพรางนั้นไม่เป็นผล เจ้าพนักงานประเมินย่อมได้ประโยชน์ ดังนั้น เจ้าพนักงานประเมินจึงถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่ยกความเป็นโมฆะของการแสดงเจตนาหลงหรือนิติกรรมอำพรางนั้นขึ้นกล่าวอ้างได้ แต่การนำบทบัญญัติเกี่ยวกับการแสดงเจตนาหลงและนิติกรรมอำพรางมาใช้ในกรณีนี้ข้อจำกัด เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นกฎหมายทั่วไป หากศาลนำมาปรับใช้กับการจัดเก็บภาษีซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนที่ต้องตีความโดยเคร่งครัดอาจทำให้การใช้กฎหมายมีปัญหาโต้แย้งในอนาคตได้

ปัญหาที่ยากในการนำหลักเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบมาปรับใช้ประการสำคัญก็คือ การพิสูจน์เจตนาของคู่กรณีว่า คู่กรณีมีเจตนาเป็นประการใดเป็นไปตามข้อสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ โดยพิจารณาจากพฤติการณ์ต่าง ๆ ของคู่สัญญา ในกรณีของสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตนั้น หากจะพิจารณาเจตนาของคู่กรณีที่ทำสัญญากันย่อมต้องนำรูปแบบของสัญญามาพิจารณาไปพร้อมกับเจตนาของคู่กรณี ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานได้รับค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ ไปลงทุนในกิจการอื่น ๆ โดยที่ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานไม่ปรารถนาที่จะโอนทรัพย์สินที่มีรูปร่างที่จะนำไปให้บริการโครงสร้างพื้นฐานให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานแต่ประการใด กรณีจึงคล้ายกับการจัดหาเงินลงทุนเพื่อนำไปใช้ในกิจการอื่น ๆ ส่วนกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีเจตนาในการให้เงินลงทุนเพื่อได้มาซึ่งผลกำไรหรือผลได้มากกว่าเงินที่ได้ลงทุนไป เพื่อนำผลกำไรไปคืนแก่ผู้ถือหุ้นหน่วยลงทุน โดยที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมิได้ประสงค์จะเข้ามาดำเนินกิจการใด ๆ เนื่องจากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานไม่มีความชำนาญหรือเชี่ยวชาญในการให้บริการโครงสร้างพื้นฐาน โดยเจตนาของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานใกล้เคียงกับการให้กู้ยืมเงิน และ/หรือ เพื่อการลงทุนทางอ้อม และเจตนาของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานประสงค์ที่จะได้รับเงินลงทุนเป็นหลัก ดังนั้น ในการพิจารณาภาระภาษีของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจึงไม่สมควรพิจารณาว่าสัญญาโอนสิทธิในการรับผลประโยชน์จากรายได้ในอนาคตเป็นสัญญาซื้อขายทรัพย์สิน แต่ควรพิจารณาว่าเป็นสัญญานอกบรรพ 3 ของ ป.พ.พ. ที่มีลักษณะทำนองเดียวกับสัญญากู้ยืมเงินเสียมากกว่า

อย่างไรก็ดี เนื่องจากหลักเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบถูกกำหนดขึ้นเพื่อปรับใช้กับกรณีที่คู่สัญญาไม่เจตนาในการเข้าทำสัญญาไม่สอดคล้องกันเนื้อหาของสัญญาที่ตกลงกัน แต่กรณีสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนั้น คู่สัญญาได้มีเจตนาเข้าทำสัญญาในรูปแบบนี้จริง โดยไม่ได้มีเจตนาที่จะอำพรางสัญญาในรูปแบบอื่นใด ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า การนำหลักเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบมาปรับใช้กับสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตจึงไม่เหมาะสม

5.1.3.2 หลักการห้ามโอนรายได้ (Assignment of Income doctrine)

หลักการห้ามโอนรายได้ (Assignment of Income doctrine) เป็นหลักของกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) ซึ่งมีที่มาจากกรณีพิพาทคดีของศาลฎีกาของประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อแก้ไขปัญหาว่า บุคคลใดเป็นผู้เสียภาษีที่ถูกต้องตามมาตรา 61 แห่งประมวลรัษฎากร (who the proper taxpayer is under section 61 of the Internal Revenue Code) เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติใดในประมวลรัษฎากรกำหนดว่า บุคคลใดควรมีความรับผิดชอบทางภาษีเมื่อจำนวนเงินที่ได้รับถือเป็นเงินได้ ปัญหาดังกล่าวได้เกิดขึ้นเมื่อมีบุคคลธรรมดาโอนรายได้ของตนโดยไม่เปิดเผยรายได้ดังกล่าว เพื่อวัตถุประสงค์ทางภาษี ดังนั้น ศาลจึงกำหนดหลักที่ว่า บุคคลใดควรเป็นผู้เสียภาษีที่ถูกต้อง หลักการห้ามโอนรายได้ดังกล่าวกำหนดว่า บุคคลที่ก่อให้เกิดรายได้ไม่สามารถที่จะหลบหนีภาษีที่เกิดจากรายได้ดังกล่าวโดยการโอนให้บุคคลอื่นได้ (one who earns income cannot escape tax upon that income by assigning it to another.) ซึ่งหลักการนี้จะนำมาใช้ในกรณีที่มีการโอนรายได้ของบุคคลหนึ่งให้แก่บุคคลอื่น เพื่อประโยชน์ในทางภาษี เช่น ทำให้บุคคลนั้นเสียภาษีน้อยลง

หลักการห้ามโอนรายได้นี้มีที่มาจากกรณีพิพาทคดี Lucas v. Earl, 281 U.S. 111 (1930) ซึ่งเป็นกรณีโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้จากการให้บริการของบุคคลธรรมดาให้แก่อีกบุคคลหนึ่ง เพื่อประโยชน์ในการเสียภาษีในอัตราที่ต่ำลง ในคดีนี้ ผู้โอนมีหน้าที่ต้องนำรายได้ที่โอนไปเสียภาษี เสมือนว่าไม่ได้มีการโอนรายได้ไปยังบุคคลอื่น ต่อมาได้มีคดีการโอนรายได้ในลักษณะอื่น ๆ เกิดขึ้นจำนวนมากตามที่ได้อธิบายไว้ในบทที่ 3

โดยหลักการดังกล่าวแล้ว รายได้ของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานมักจะเป็นรายได้ที่ได้มาจากการให้บริการโครงสร้างพื้นฐานแก่ประชาชน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า น่าจะเข้าประเภทของการโอนรายได้ที่เกิดจากการให้บริการ เมื่อผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานได้ทำ

สัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ตามหลักการห้ามโอนรายได้ดังกล่าวย่อมทำให้ถือได้ว่า รายได้จากการให้บริการโครงสร้างพื้นฐานยังเป็นของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน (ผู้โอน) ไม่ได้โอนไปที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (ผู้รับโอน) โดยเมื่อผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานได้รับรายได้จากการให้บริการ (รายได้ในอนาคต) ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจะต้องนำรายได้ดังกล่าวไปรวมคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล

อย่างไรก็ดี หลักการห้ามโอนรายได้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อปรับใช้กับกรณีที่มีการโอนรายได้ของบุคคลหนึ่งให้แก่บุคคลอื่น เพื่อประโยชน์ในทางภาษี เช่น ทำให้บุคคลนั้นเสียภาษีน้อยลง แต่กรณีสัญญาโอนสิทธิฯ กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนั้น (ก) ไม่ปรากฏว่าผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานเจตนาโอนรายได้ในอนาคตให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเพื่อวัตถุประสงค์ในทางภาษี และ (ข) การลงทุนในรูปแบบของการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนั้น เป็นการลงทุนที่มีกฎหมายอนุญาตให้สามารถทำได้ ประกอบกับผลของการนำหลักการห้ามโอนรายได้มาปรับใช้นั้น ให้ผลแต่เพียงว่า รายได้ของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานที่เกิดจากการให้บริการไม่ได้ถูกโอนไปกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเท่านั้น ไม่ได้บอกว่า ลักษณะของสัญญาโอนสิทธิฯ ดังกล่าวควรจะเป็นธุรกรรมในลักษณะใด ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า การนำหลักการห้ามโอนรายได้มาปรับใช้กับสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตจึงไม่เหมาะสม

5.1.3.3 หลักเกณฑ์ในการทดสอบความเป็นหนี้หรือทุนตามกฎหมายภาษีอากรของประเทศออสเตรเลีย

เนื่องจากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเป็นเครื่องมือทางการเงินประเภทหนึ่งที่ใช้ในการระดมทุนของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานที่มีลักษณะค่อนข้างซับซ้อน โดยเฉพาะการระดมทุนโดยใช้ทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐานประเภทสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต ซึ่งทำให้เกิดปัญหาการตีความว่า ธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตที่เกิดขึ้นนั้นเป็นธุรกรรมประเภทใด ปัญหาดังกล่าวจึงส่งผลกระทบต่อการจัดเก็บภาษีอากรจากธุรกรรมดังกล่าว

ประเทศออสเตรเลียมีปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดลักษณะของเครื่องมือทางการเงินว่า มีลักษณะเป็นทุน (Equity) หรือเป็นหนี้ (Debt) เนื่องจากข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดหา

เงินทุน (เครื่องมือทางการเงิน) ที่มีลักษณะแตกต่างกันจะได้รับการปฏิบัติในทางภาษีอากรที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ส่วนได้เสียในรูปของทุนจะถูกจัดเก็บภาษีในลักษณะของเงินปันผล แต่ส่วนได้เสียในรูปของหนี้จะถูกจัดเก็บภาษีในลักษณะของดอกเบี้ย จึงได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการทดสอบความเป็นหนี้หรือทุนเพื่อวัตถุประสงค์ในทางภาษีอากรไว้ใน Division 974 Debt and equity interests ของ Income Tax Assessment Act 1997 ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าสมควรนำหลักเกณฑ์ในการทดสอบความเป็นหนี้หรือทุนมาทดสอบกับผลตอบแทนที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับตามสัญญาโอนสิทธิฯ ว่า เข้าลักษณะเป็นหนี้หรือทุน ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีอากรจากธุรกรรมดังกล่าว

หลักเกณฑ์ในการทดสอบความเป็นหนี้หรือทุนตาม Division 974 ของ Income Tax Assessment Act 1997 มีลำดับขั้นตอนการพิจารณาดังนี้

1) เจื่อนไขของหลักเกณฑ์ในการทดสอบส่วนได้เสียในรูปของหนี้

ส่วนได้เสียภายใต้โครงการจะเป็นส่วนได้เสียในรูปของหนี้ตาม Sub-section 974-20 ของ Income Tax Assessment Act 1997 ได้นั้น จะต้องเข้าองค์ประกอบทั้ง 5 องค์ประกอบดังต่อไปนี้

องค์ประกอบที่ 1 ต้องมีโครงการ (scheme) อย่างน้อย 1 โครงการ หรือโครงการที่เกี่ยวข้องกันตั้งแต่ 2 โครงการขึ้นไป

คำว่า โครงการ หมายถึง (ก) ข้อตกลงใด ๆ ไม่ว่าจะแสดงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย และไม่ว่าจะมีผลบังคับตามกฎหมายหรือไม่ หรือ (ข) โครงการ แผนการ ดำเนินการ ข้อเสนอ การกระทำการ แนวทางปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นการตกลงฝ่ายเดียวหรือตกลงอย่างอื่น จากข้อเท็จจริง สัญญาโอนสิทธิฯ มีลักษณะเป็นข้อตกลงที่กำหนดสิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตระหว่างผู้ประกอบการโครงการโครงสร้างพื้นฐานกับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งกำหนดไว้ชัดแจ้งอย่างเป็นลายลักษณ์อักษร สัญญาโอนสิทธิฯ ดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นโครงการ และด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงเข้าองค์ประกอบในข้อนี้

องค์ประกอบที่ 2 โครงการต้องเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดหาเงินทุน (financial arrangement)

คำว่า ข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดหาเงินทุน หมายถึง ข้อตกลงที่กิจการหนึ่งเข้าทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อระดมทุน หรือเพื่อจัดหาเงินทุนให้แก่โครงการอื่นที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดหาเงินทุน หรือเพื่อจัดหาทุนเพื่อคืนผลตอบแทนให้แก่โครงการอื่นที่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดหาเงินทุน จากข้อเท็จจริง สัญญาโอนสิทธิฯ เป็นสัญญาที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานเข้าทำกับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเพื่อระดมทุนมาใช้ในกิจการโครงสร้างพื้นฐาน สัญญาโอนสิทธิฯ ดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดหาเงินทุน และด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงเข้าองค์ประกอบในข้อนี้

องค์ประกอบที่ 3 กิจการต้องได้รับหรือจะได้รับผลประโยชน์ทางการเงิน (financial benefit) ภายใต้อโครงการ

เนื่องจากผลประโยชน์ทางการเงิน หมายถึง สิ่งที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ รวมถึงทรัพย์สินและบริการต่าง ๆ จากข้อเท็จจริง การเข้าทำสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตทำให้ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานได้รับค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ โดยมีการกำหนดจำนวนค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ ดังกล่าวไว้ในสัญญาโอนสิทธิฯ (ตามมูลค่าของรายได้ในอนาคตที่ประเมินได้) จึงเข้าลักษณะที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน (กิจการ) ได้รับผลประโยชน์ทางการเงินภายใต้อสัญญาโอนสิทธิฯ แล้ว และด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงเข้าองค์ประกอบในข้อนี้

องค์ประกอบที่ 4 กิจการมีภาระผูกพันที่เกิดขึ้นแน่นอนอย่างมีประสิทธิภาพ (Effectively Non-Contingent Obligation: ENCO) ที่จะต้องจ่ายผลประโยชน์ทางการเงินภายใต้อโครงการ

ภาระผูกพันที่เกิดขึ้นแน่นอนอย่างมีประสิทธิภาพ (Effectively Non-Contingent Obligation: ENCO) เช่น มีการกำหนดราคา (pricing) และมีข้อกำหนดและเงื่อนไขในสัญญาต่างๆ ไว้ และภาระผูกพันที่เกิดขึ้นแน่นอนดังกล่าวต้องไม่ขึ้นอยู่กับผลการดำเนินการของกิจการ (เช่น ผลกำไรของกิจการ เป็นต้น) ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า กรณีนี้หมายถึง กิจการจะต้องมีภาระ

ผูกพันที่แน่นอนที่จะต้องจ่ายผลตอบแทนคืนให้แก่ผู้ลงทุน โดยผลตอบแทนต้องไม่ขึ้นอยู่กับผลการดำเนินงานของกิจการ

จากข้อเท็จจริง สัญญาโอนสิทธิฯ สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 รูปแบบ ได้แก่

สัญญารูปแบบที่ 1 มีข้อสัญญากำหนดในลักษณะว่า ผลตอบแทนที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับจะถูกกำหนดเป็นอัตราผลตอบแทนที่อ้างอิงกับอัตราผลตอบแทนที่ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานมีสิทธิจะได้รับจากสัญญาที่ทำไว้กับบุคคลภายนอก กล่าวคือ มีการกำหนดราคาที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีสิทธิได้รับไว้ในสัญญาโอนสิทธิฯ และมีข้อกำหนดและเงื่อนไขเกี่ยวกับหน้าที่ในการส่งมอบรายได้ในอนาคตของผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานไว้ชัดเจนแล้ว แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากผลตอบแทนที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับตามสัญญาโอนสิทธิฯ นั้นขึ้นอยู่กับผลการดำเนินการของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน (ผลกำไรของกิจการ) เป็นหลัก กล่าวคือ เมื่อได้รับผลตอบแทนจากการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาจากลูกหนี้รายได้ในอนาคตแล้ว ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานจะต้องนำผลตอบแทนดังกล่าวมาหักด้วยรายจ่ายที่เกี่ยวข้องตามที่กำหนดไว้ในสัญญาโอนสิทธิฯ ก่อนที่จะส่งมอบให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

สัญญารูปแบบที่ 2 มีข้อสัญญากำหนดในลักษณะว่า ผลตอบแทนที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับจะขึ้นอยู่กับตัวผู้ใช้บริการของกิจการโครงสร้างพื้นฐานซึ่งยังไม่มีตัวตนแน่นอน ดังนั้น สัญญารูปแบบนี้จึงไม่มีการกำหนดอัตราผลตอบแทนที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับไว้อย่างแน่นอนอย่างเช่นสัญญาฉบับแรก แต่จะมีเพียงข้อสัญญากำหนดให้ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานมีหน้าที่จะต้องส่งมอบผลตอบแทน (รายได้ในอนาคต) ให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเท่านั้น หากผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานไม่ปฏิบัติก็จะต้องรับผิดชอบตามสัญญาโอนสิทธิฯ อย่างไรก็ตาม สัญญารูปแบบนี้ ผลตอบแทนที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับนั้นก็ขึ้นอยู่กับผลการดำเนินการของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน (ผลกำไรของกิจการ) เช่นเดียวกัน

สัญญารูปแบบที่ 3 มีข้อสัญญากำหนดในลักษณะว่า ผลตอบแทนที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับขึ้นอยู่กับความสามารถในการผลิตของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งความสามารถในการผลิตก็คือผลการดำเนินงาน ดังนั้น สัญญารูปแบบนี้ ผลตอบแทนที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับนั้นขึ้นอยู่กับผลการดำเนินการของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน

จะเห็นว่า สัญญาโอนสิทธิฯ ทั้งสามประเภทดังกล่าว ผลตอบแทนที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานได้รับนั้นขึ้นอยู่กับผลการดำเนินงานของผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานเป็นหลัก จึงไม่เข้าลักษณะที่ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานมีภาระผูกพันที่เกิดขึ้นแน่นอน

อย่างมีประสิทธิภาพ (Effectively Non-Contingent Obligation: ENCO) ภายใต้สัญญาโอนสิทธิฯ จึงไม่เข้าองค์ประกอบในข้อนี้

องค์ประกอบที่ 5 ต้องมีความเป็นไปได้ว่ามูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินที่กิจการจ่ายคืนนั้นอย่างน้อยจะต้องเท่ากับมูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินที่กิจการได้รับมา และมูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินที่จะจ่ายคืนและมูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินที่กิจการได้รับนั้นจะต้องไม่เป็นศูนย์

มูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินที่กิจการจ่ายคืน หมายถึง มูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินที่กิจการจ่ายคืน (ผลตอบแทนที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับ) นั้นอาจไม่เท่ากับผลประโยชน์ทางการเงินที่กิจการได้รับมา (ค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ ที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานได้รับมา) เนื่องจาก (ก) ผลตอบแทนที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับนั้นขึ้นอยู่กับผลการดำเนินการของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน (ผลกำไรของกิจการ) ซึ่งมีความไม่แน่นอน และ (ข) ไม่มีการประกันผลตอบแทนที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับจากผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน จึงไม่อาจสรุปได้อย่างแน่นอนว่ามูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินที่กิจการจ่ายคืน (ผลตอบแทนที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับ) อย่างน้อยจะเท่ากับมูลค่าของผลประโยชน์ทางการเงินที่กิจการได้รับมา ค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ ที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานได้รับมา) ตามองค์ประกอบในข้อนี้ได้ และด้วยเหตุผลดังกล่าว จึงไม่เข้าองค์ประกอบในข้อนี้

สรุปได้ว่า เมื่อพิจารณาสัญญาโอนสิทธิฯ กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานแล้วเห็นว่า เข้าองค์ประกอบที่ 1-3 แต่ไม่เข้าองค์ประกอบที่ 4-5 กล่าวคือผลตอบแทนที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับไม่ใช่ส่วนได้เสียในรูปของหนี้ (คือ ไม่มีลักษณะเป็นดอกเบี้ย) อย่างไรก็ตามก็ดี จำเป็นต้องทดสอบต่อไปว่า ผลตอบแทนที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับเป็นส่วนได้เสียในรูปของหนี้หรือไม่

2) เงื่อนไขของหลักเกณฑ์ในการทดสอบส่วนได้เสียในรูปของทุน

ส่วนได้เสียภายใต้โครงการจะเป็นส่วนได้เสียในรูปของทุนในบริษัทหนึ่งตาม Sub-section 974-75 ของ Income Tax Assessment Act 1997 ได้นั้นหากเข้าประเภทของส่วนได้เสียประเภทใดประเภทหนึ่งดังต่อไปนี้

ประเภทที่ 1 เป็นส่วนได้เสียในฐานะสมาชิกหรือผู้ถือหุ้นของบริษัท

เนื่องจากไม่มีข้อเท็จจริงปรากฏว่า สัญญาโอนสิทธิฯ ให้สิทธิในฐานะที่เป็นสมาชิกหรือผู้ถือหุ้นในกิจการแก่งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน กล่าวคือ ไม่ได้มีข้อกำหนดให้สิทธิการมีชื่อในสมุดทะเบียนผู้ถือหุ้นของบริษัท สิทธิในการเข้าประชุม สิทธิในการออกเสียงลงคะแนน หรือสิทธิอื่น ๆ ที่สมาชิกหรือผู้ถือหุ้นพึงมี แก่งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน และด้วยเหตุผลดังกล่าว สิทธิตามสัญญาโอนสิทธิฯ จึงไม่เข้าเงื่อนไขของส่วนได้เสียในรูปของทุนประเภทนี้

ประเภทที่ 2 เป็นส่วนได้เสียที่ให้สิทธิที่จะได้รับผลตอบแทนในอัตราคงที่ (fixed) หรือไม่คงที่ (variable) จากบริษัท ซึ่งสิทธิหรือจำนวนผลตอบแทนนั้นมีสาระสำคัญหรือมีผลขึ้นอยู่กับผลการดำเนินงานทางเศรษฐกิจของบริษัท หรือกิจกรรมบางส่วนของบริษัท ทั้งนี้ ส่วนได้เสียประเภทนี้จะต้องอยู่ภายใต้ข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดหาเงินทุนด้วย

เนื่องจากผลตอบแทนที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับจากผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานนั้น คือ กำไรสุทธิจากการประกอบกิจการของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน กล่าวคือ รายได้ที่เกิดจากการประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานซึ่งหักด้วยรายจ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งมีทั้งกรณีที่ผลตอบแทนเป็นอัตราคงที่ (fixed) (กรณีที่รายได้ในอนาคตมีที่มาจากสิทธิตามสัญญา) หรือไม่คงที่ (variable) (กรณีที่รายได้ในอนาคตไม่ได้มีที่มาจากสิทธิตามสัญญา) ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า ส่วนได้เสียตามสัญญาโอนสิทธิฯ เข้าลักษณะเป็นส่วนได้เสียที่ขึ้นอยู่กับผลการดำเนินงานทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน และด้วยเหตุผลดังกล่าว สิทธิตามสัญญาโอนสิทธิฯ จึงเข้าเงื่อนไขของส่วนได้เสียในรูปของทุนประเภทนี้

ประเภทที่ 3 เป็นส่วนได้เสียที่ให้สิทธิที่จะได้รับผลตอบแทนในอัตราคงที่ (fixed) หรือไม่คงที่ (variable) จากบริษัท ซึ่งสิทธิหรือจำนวนผลตอบแทนนั้นขึ้นอยู่กับดุลพินิจของบริษัท ทั้งนี้ ส่วนได้เสียประเภทนี้จะต้องอยู่ภายใต้ข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดหาเงินทุนด้วย

เนื่องจากผลตอบแทนที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับจากผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานนั้น คือ กำไรสุทธิจากการประกอบกิจการของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน กล่าวคือ รายได้ที่เกิดจากการประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานซึ่งหักด้วยรายจ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งขึ้นอยู่กับผลการดำเนินงานทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน และไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า รายได้จากการประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานในอนาคตดังกล่าวขึ้นอยู่กับดุลพินิจของคณะกรรมการของบริษัท และด้วยเหตุผลดังกล่าว สิทธิตามสัญญาโอนสิทธิฯ จึงไม่เข้าเงื่อนไขของส่วนได้เสียในรูปของทุนประเภทนี้

ประเภทที่ 4 เป็นส่วนได้เสียที่ออกโดยบริษัทหนึ่งซึ่งให้สิทธิแก่ผู้ถือ (หรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ถือ) ในการออกส่วนได้เสียในรูปของทุนในบริษัท หรือเป็นส่วนได้เสียซึ่งจะหรืออาจจะแปลงสภาพเป็นส่วนได้เสียในรูปของทุนในบริษัท ทั้งนี้ ส่วนได้เสียประเภทนี้จะต้องอยู่ภายใต้ข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดหาเงินทุนด้วย

เนื่องจากไม่มีข้อเท็จจริงปรากฏว่า สัญญาโอนสิทธิฯ มีข้อกำหนดให้สิทธิแก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานในการออกส่วนได้เสียในรูปของทุนหรือแปลงสภาพจากสิทธิตามสัญญาเป็นส่วนได้เสียในรูปของทุนในกิจการโครงสร้างพื้นฐาน และด้วยเหตุผลดังกล่าว สิทธิตามสัญญาโอนสิทธิฯ จึงไม่เข้าเงื่อนไขของส่วนได้เสียในรูปของทุนประเภทนี้

สรุปผลจากการทดสอบสัญญาโอนสิทธิฯ ระหว่างกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานกับผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานแล้ว พบว่า สัญญาโอนสิทธิฯ ดังกล่าวเข้าลักษณะของส่วนได้เสียในรูปของทุน 1 ข้อ (ประเภทที่ 2) จาก 4 ข้อ ซึ่งการทดสอบหากเข้าข้อหนึ่งข้อใดก็ถือว่าเป็นธุรกรรมในฝ่ายทุน ส่วนผลการทดสอบธุรกรรมฝ่ายหนี้สินนั้นจะต้องเข้าองค์ประกอบทั้ง 5 ข้อจึงจะถือว่าเป็นธุรกรรมฝ่ายหนี้ แต่ผลการทดสอบปรากฏว่าสัญญาโอนสิทธิฯ ดังกล่าวเข้าลักษณะธุรกรรมฝ่ายหนี้เพียง 3 องค์ประกอบ (องค์ประกอบที่ 1, 2, 3) จาก 5 องค์ประกอบ ธุรกรรมโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตจึงไม่เข้าลักษณะของธุรกรรมฝ่ายหนี้ แต่เป็นธุรกรรมฝ่ายทุน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ผลการทดสอบสามารถตีความได้ว่า สัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมิใช่สัญญาที่มีส่วนได้เสียในรูปของหนี้ (ดอกเบี้ย) แต่เป็นสัญญาที่มีส่วนได้เสียในรูปของทุน (เงินปันผลหรือผลตอบแทนจากการลงทุน) กล่าวคือ ไม่ใช่สัญญากู้ยืมเงิน แต่เป็นสัญญาเกี่ยวกับการลงทุน

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า การนำหลักเกณฑ์การทดสอบความเป็นหนี้หรือทุนตามกฎหมายภาษีอากรของประเทศออสเตรเลียมาปรับใช้กับธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนั้น จะสามารถพิสูจน์ได้เพียงว่า เป็นธุรกรรมฝ่ายหนี้หรือฝ่ายทุนเท่านั้น ไม่สามารถใช้ในการกำหนดลักษณะของธุรกรรมการโอนสิทธิ ดังกล่าวว่าเป็นธุรกรรมใดได้

5.1.4 วิเคราะห์การนำร่างแนวปฏิบัติทางการบัญชีสำหรับการรับรู้รายได้ในอนาคตมาปรับใช้กับสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต

ปัจจุบันสภาวิชาชีพได้ออกร่างแนวปฏิบัติทางการบัญชีสำหรับการรับรู้รายได้ในอนาคตเพื่อใช้สำหรับสัญญาหรือข้อตกลงที่มีเนื้อหาสาระเข้าข่ายการขายรายได้ออนาคต เพื่อให้สอดคล้องกับเนื้อหาเชิงเศรษฐกิจของรายการที่เกิดขึ้น โดยมีเงื่อนไขว่า กิจการต้องวิเคราะห์และทำความเข้าใจถึงผลกระทบเชิงเศรษฐกิจของรายการที่เกี่ยวข้องมากกว่ารูปแบบตามกฎหมาย โดยวิเคราะห์ข้อตกลงและสัญญาที่เกี่ยวข้องทั้งหมด และมีแนวทางในการพิจารณารายการว่า หากรายการเป็นไปตามสถานการณ์ข้อใดข้อหนึ่งตามที่กำหนดไว้ให้เป็นข้อสันนิษฐานว่า กิจการจะต้องรับรู้สิ่งตอบแทนที่ได้รับเป็นหนี้สินทางการเงิน แต่หากรายการไม่เข้าข่ายสถานการณ์ที่กำหนดไว้ กิจการต้องรับรู้สิ่งตอบแทนที่ได้รับเป็นรายได้รอตัดบัญชี

แนวทางในการพิจารณารายการขายรายได้ออนาคต คือ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กิจการจะรับรู้สิ่งตอบแทนที่ได้รับจากผู้ลงทุนเป็นหนี้สินทางการเงินหรือรายได้รอตัดบัญชีขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเฉพาะและสถานการณ์แวดล้อมของรายการ ซึ่งหากรายการดังกล่าวเป็นไปตามสถานการณ์ข้อใดข้อหนึ่งต่อไปนี้ ให้เป็นข้อสันนิษฐานว่า กิจการต้องรับรู้สิ่งตอบแทนที่ได้รับดังกล่าวเป็นหนี้สินทางการเงิน

1) กิจการมีความเกี่ยวข้องอย่างต่อเนื่องอย่างมีนัยสำคัญในการก่อให้เกิดรายได้ในอนาคตที่ต้องชำระคืนให้แก่ผู้ลงทุนในบทบาทหน้าที่เช่นเดียวกับผู้เป็นเจ้าของพึงกระทำ เช่น กิจการยังคงมีความเกี่ยวข้องต่อไปอีกในการก่อให้เกิดรายได้จากการดำเนินงานของสายผลิตภัณฑ์หรือของบริษัทย่อย หรือของส่วนงานธุรกิจ ในบทบาทหน้าที่เช่นเดียวกับผู้เป็นเจ้าของพึงกระทำ

2) กิจการหรือผู้ลงทุนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถยกเลิกรายการดังกล่าวได้โดยผ่านการชำระเงินทั้งจำนวน หรือการโอนสินทรัพย์อื่นโดยกิจการ

- 3) อัตราผลตอบแทนของผู้ลงทุนถูกจำกัดโดยเงื่อนไขของรายการโดยนัยหรืออย่างชัดเจน
- 4) ความผันแปรของรายได้หลักจากการดำเนินงานของกิจการที่เกี่ยวข้องกับรายการดังกล่าวมีผลกระทบเพียงเล็กน้อยต่ออัตราผลตอบแทนของผู้ลงทุน
- 5) ผู้ลงทุนมีสิทธิเรียกคืนจำนวนที่ค้างชำระจากกิจการ

ถ้าเป็นที่แน่ชัดว่า รายการขายรายได้ในอนาคตที่เกิดขึ้นไม่มีลักษณะที่เข้าข่ายสถานการณ์และตัวอย่างทุกข้อดังกล่าวข้างต้น กิจการต้องรับรู้สิ่งตอบแทนที่ได้รับจากผู้ลงทุนเป็นรายได้รอตัดบัญชี

เมื่อนำแนวทางในการพิจารณาดังกล่าวข้างต้นมาปรับใช้กับกรณีสัญญาโอนสิทธิฯ กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนั้น เห็นว่า

1) กิจการมีความเกี่ยวข้องอย่างต่อเนื่องอย่างมีนัยสำคัญในการก่อให้เกิดรายได้ในอนาคตที่ต้องชำระคืนให้แก่ผู้ลงทุนในบทบาทหน้าที่เช่นเดียวกับผู้เป็นเจ้าของพึงกระทำ

ภายหลังจากการเข้าทำสัญญาโอนสิทธิฯ ให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานแล้ว ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานยังคงมีหน้าที่ในการบริหารจัดการกิจการโครงสร้างพื้นฐานต่อไปเพื่อให้ได้มาซึ่งรายได้จากการประกอบกิจการ (รายได้ในอนาคต) เพื่อส่งมอบให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานตามสัญญา โดยผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานอำนาจหน้าที่หรือขอบเขตในการตัดสินใจที่เกี่ยวกับการดำเนินการต่าง ๆ ของกิจการ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เข้าลักษณะที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน (กิจการ) มีความเกี่ยวข้องอย่างต่อเนื่องอย่างมีนัยสำคัญในการก่อให้เกิดรายได้ในอนาคตที่จะต้องชำระคืนให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (ผู้ลงทุน) ในบทบาทหน้าที่เช่นเดียวกับผู้เป็นเจ้าของพึงกระทำ จึงเข้าสถานการณ์ในข้อนี้

2) กิจการหรือผู้ลงทุนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถยกเลิกรายการดังกล่าวได้ โดยผ่านการชำระเงินทั้งจำนวน หรือการโอนสินทรัพย์อื่นโดยกิจการ

เนื่องจากไม่ปรากฏว่า มีข้อกำหนดในสัญญาโอนสิทธิฯ ที่กำหนดให้ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน (กิจการ) หรือกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (ผู้ลงทุน) สามารถยกเลิกรายการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตได้โดยผ่านการชำระเงินทั้งจำนวนหรือโอน

สินทรัพย์อื่น มีแต่เพียงข้อกำหนดในกรณีที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานผิดสัญญาโอนสิทธิฯ ซึ่งจะให้สิทธิกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานในการเรียกค่าเสียหายหรือบอกเลิกสัญญาโอนสิทธิฯ เท่านั้น ดังนั้น จึงไม่เข้าสถานการณ์ในข้อนี้

3) อัตราผลตอบแทนของผู้ลงทุนถูกจำกัดโดยเงื่อนไขของรายการโดยนัยหรืออย่างชัดเจน

ข้อกำหนดในสัญญาโอนสิทธิฯ จะกำหนดเพียงว่า หากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเข้าลงทุนในสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตแล้ว กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับผลตอบแทนตามที่ได้มีการประเมินมูลค่ารายได้ในอนาคตไว้ และกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะต้องรับความเสี่ยงในรายได้ในอนาคตเอง ผู้เขียนจึงเห็นว่า ไม่น่าจะเข้าสถานการณ์ในข้อนี้ เนื่องจากอัตราผลตอบแทนของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (ผู้ลงทุน) ไม่ได้ถูกจำกัดโดยเงื่อนไขของสัญญาโอนสิทธิฯ โดยนัยหรืออย่างชัดเจนแต่อย่างใด

4) ความผันแปรของรายได้หลักจากการดำเนินงานของกิจการที่เกี่ยวข้องกับรายการดังกล่าวมีผลกระทบเพียงเล็กน้อยต่ออัตราผลตอบแทนของผู้ลงทุน

การเข้าลงทุนในสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนั้น กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับรายได้ในอนาคตที่หักด้วยรายจ่ายจากการประกอบกิจการจากผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งหากผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานดำเนินกิจการแล้วมีกำไรสุทธิมาก กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานก็จะได้รับผลตอบแทนในอัตราที่สูงขึ้นด้วย ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ไม่เข้าสถานการณ์ในข้อนี้

5) ผู้ลงทุนมีสิทธิเรียกคืนจำนวนที่ค้างชำระจากกิจการ

ข้อกำหนดในสัญญาโอนสิทธิฯ กำหนดว่า หากผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานผิดสัญญาไม่ส่งมอบรายได้จากการประกอบกิจการ (รายได้ในอนาคต) ตามสัญญาโอนสิทธิฯ ให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน จะถือว่า ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานผิดสัญญา ซึ่งจะต้องชดเชยเยียวยาต่อกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (ผู้ลงทุน) มีสิทธิเรียกคืนจำนวนรายได้ในอนาคตที่ค้างชำระจากผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน (กิจการ) จึงเข้าสถานการณ์ในข้อนี้

จะเห็นได้ว่า หากนำแนวทางในการพิจารณาดังกล่าวมาปรับกับสัญญาโอนสิทธิกรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานแล้วพบว่า น่าจะเข้า 2 สถานการณ์ (1, 5) และไม่เข้า 3 สถานการณ์ (2, 3, 4) ซึ่งแนวทางในการพิจารณานี้ หากเข้าสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่ง ก็ให้สันนิษฐานว่า กิจการต้องรับรู้รายการเป็นหนี้สินทางการเงิน ทั้งนี้ ผู้เขียนขอชี้แจงว่า เนื่องจากแนวทางในการพิจารณาดังกล่าวเป็นเพียงร่าง ซึ่งยังไม่มีในส่วนของคำอธิบายหรือคำขยายสำหรับสถานการณ์ในแต่ละสถานการณ์ ซึ่งการวิเคราะห์ดังกล่าวข้างต้นเป็นเพียงความเห็นส่วนตัวของผู้เขียนเท่านั้น ดังนั้น จึงไม่อาจนำมายึดเป็นแนวทางในการพิจารณาสัญญาโอนสิทธิ ได้

ผู้เขียนเห็นว่า การนำแนวทางในการพิจารณาตามร่างแนวปฏิบัติทางการบัญชีฉบับนี้มาใช้กับสัญญาโอนสิทธิกรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนั้น (ก) จะต้องตีความก่อนว่า รายการดังกล่าวเป็นรายการขายที่มีมาตรฐานรายงานทางการเงินฉบับอื่นกำหนดวิธีปฏิบัติไว้แล้วหรือไม่ (เช่น เป็นการขายสินทรัพย์ไม่มีตัวตน หรือไม่ เป็นต้น) เพราะหากเข้ารายการขายที่มีมาตรฐานรายงานทางการเงินฉบับอื่นแล้ว จะไม่นำแนวทางในการพิจารณาตามร่างแนวปฏิบัติทางการบัญชีฉบับนี้มาใช้ และ (ข) หากเป็นรายการตามแนวทางในการพิจารณาตามร่างแนวปฏิบัติทางการบัญชีฉบับนี้แล้ว จะต้องวิเคราะห์และทำความเข้าใจในรายการ (กล่าวคือ ต้องวิเคราะห์ข้อตกลงและสัญญาทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับรายการนั้น) และจะต้องอาศัยการตีความของผู้ทำบัญชีเป็นสำคัญว่าจะพิจารณาว่า เข้าสถานการณ์ใด ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการนำแนวทางในการพิจารณาตามร่างแนวปฏิบัติทางการบัญชีฉบับนี้มาปรับใช้นั้นอาจก่อให้เกิดความไม่แน่นอนซึ่งขัดต่อหลักความแน่นอนในทางภาษีอากรตามหลักการภาษีอากรที่ดี

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

จากการนำหลักกฎหมายและหลักการต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นมาใช้ในการตีความสัญญาโอนสิทธิ ระหว่างกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานกับผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานแล้วพบว่า ยังไม่มีหลักกฎหมายและหลักการใดที่สามารถกำหนดหรือตีความได้อย่างชัดเจนว่า สัญญาโอนสิทธิ ควรจะเข้าลักษณะเป็นธุรกรรมประเภทใด เพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีอากร

5.2 วิเคราะห์การกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการจัดเก็บภาษีอากรสำหรับธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

เนื่องจากในปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติในประมวลรัษฎากรหรือกฎหมายลำดับรองกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการจัดเก็บภาษีอากรสำหรับธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตไว้เป็นการเฉพาะ จึงมีการนำบทบัญญัติซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายภาษีอากรมาปรับใช้เพื่อจัดเก็บภาษีอากรจากธุรกรรมดังกล่าวเป็นรายธุรกรรมๆ ไป ซึ่งการนำหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายภาษีอากรมาปรับใช้นั้น ก่อให้เกิดปัญหาในค่อนข้างมากในทางปฏิบัติ โดยมีการตีความธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตในลักษณะที่แตกต่างกันไป ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมและความไม่แน่นอนในการจัดเก็บภาษีอากรตามหลักการภาษีอากรที่ดี ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการจัดเก็บภาษีอากรสำหรับธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานให้ชัดเจน

แม้ว่าหลักกฎหมายและหลักการต่าง ๆ ที่วิเคราะห์ในหัวข้อ 5.1 ข้างต้น จะไม่สามารถนำมากำหนดหรือตีความได้อย่างชัดเจนว่า สัญญาโอนสิทธิฯ ควรจะเข้าลักษณะเป็นธุรกรรมประเภทใดก็ตาม แต่ก็มีแนวโน้มว่า ธุรกรรมการโอนสิทธิฯ ดังกล่าวน่าจะเข้าลักษณะเป็นธุรกรรมทางการเงินในทำนองเดียวกับการกู้ยืมเงินมากกว่าเป็นธุรกรรมซื้อขายทรัพย์สิน เช่น (ก) การนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้นั้น สัญญาโอนสิทธิฯ ไม่สามารถตีความให้เป็นสัญญาซื้อขายได้เลย เพราะขาดองค์ประกอบสำคัญในเรื่องของกรรมสิทธิ์ แต่สามารถตีความเป็นสัญญากู้ยืมเงินได้ เพียงแต่มีข้อโต้แย้งในส่วนของหลักฐานการกู้ยืมเงิน การใช้เงินต้นคืนและเรื่องดอกเบี้ยเท่านั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า สัญญาโอนสิทธิฯ ดังกล่าวน่าจะเป็นสัญญาฉบับบรรพ 3 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และ (ข) การนำหลักการกำหนดลักษณะของนิติกรรมของศาลประเทศสหรัฐอเมริกา ภายใต้ธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์มาปรับใช้นั้น สัญญาโอนสิทธิฯ เข้าลักษณะของการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกันมากกว่าเป็นการขายขาด

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาลักษณะของธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานในบทที่ 4 แล้วเห็นว่า (ก) โครงสร้างของธุรกรรมการโอนสิทธิฯ โดยส่วนใหญ่จะมีผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานเข้ามาทำสัญญาสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งการมีผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานเข้ามาในธุรกรรมนั้นทำให้ธุรกรรมมีลักษณะคล้ายกับธุรกรรมการกู้ยืมเงิน โดยกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (ผู้ให้กู้) ตกลงนำเงินไปให้ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน (ผู้กู้) ใช้

ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง และมีข้อตกลงให้ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานตอบแทนการใช้เงินให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเมื่อประกอบกิจการแล้วมีรายได้จากการประกอบกิจการเกิดขึ้น (ข) สัญญาโอนสิทธิฯ มีข้อกำหนดห้ามผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานกระทำการใด ๆ ที่จะมีผลกระทบต่อการลงทุนของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน และ (ค) ข้อกำหนดในสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการเข้าลงทุนของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ในส่วนของผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานนั้น จะมีข้อตกลงให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานรักษาสัดส่วนการถือหุ้นในบริษัทผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน รวมทั้งมีการเข้าทำสัญญาสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน หรือสัญญาจำนำหุ้น เป็นต้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานใช้สิทธิต่าง ๆ ดังกล่าวในลักษณะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน

และด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า สัญญาโอนสิทธิฯ ดังกล่าว น่าจะเข้าลักษณะเป็นธุรกรรมทางการเงินในทำนองเดียวกับการกู้ยืมเงินมากกว่าเป็นธุรกรรมการขายทรัพย์สิน

5.2.1 วิเคราะห์แนวทางการจัดเก็บภาษีอากรสำหรับธุรกรรมการโอนสิทธิการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตในรูปแบบธุรกรรมทางการเงิน (Financing)

หากพิจารณาว่า สัญญาโอนสิทธิฯ เป็นธุรกรรมทางการเงินในทำนองเดียวกับการกู้ยืมเงิน โดยเป็นสัญญานอกบรรพ 3 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วนั้น จะมีภาระภาษีที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ภาษีเงินได้นิติบุคคลและภาษีธุรกิจเฉพาะ ซึ่งผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ภาระภาษีดังกล่าวตามลำดับดังนี้

1) กรณีภาษีเงินได้นิติบุคคล

การจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลตามประมวลรัษฎากรจะจัดเก็บจากกำไรสุทธิที่ได้จากการประกอบกิจการหรือเนื่องจากการประกอบกิจการของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชี ซึ่งการคำนวณกำไรสุทธิจะต้องนำรายได้มาหักออกด้วยรายจ่ายที่เกี่ยวข้องอย่างไรก็ดี ประมวลรัษฎากรมิได้กำหนดความหมายของคำว่า “รายได้” และ “รายจ่าย” ไว้ ผู้เขียนจึงสรุปความหมายของรายได้จากนิยามความหมายของเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 39 แห่งประมวลรัษฎากรและความหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์ (ในหัวข้อ 3.2.1.1) ว่า หมายถึง เงิน ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดที่บุคคลได้รับเพิ่มขึ้นจากที่มีอยู่เดิม ซึ่งรวมถึงการเพิ่มขึ้นของความสามารถในการ

บริโศคและการเพิ่มขึ้นของมูลค่าทรัพย์สิน ภายในช่วงระยะเวลาหนึ่ง โดยบุคคลผู้มีเงินได้ต้องไม่มีภาระในการชดใช้คืน เนื่องจากภาระในการชดใช้คืนไม่เข้าลักษณะที่ทำให้ทรัพย์สินของผู้นมีเงินได้เพิ่มขึ้น และนักวิชาการภาษีอากรบางท่านให้ความหมายของรายจ่ายว่า หมายถึง ต้นทุนที่หมดไปและค่าใช้จ่ายที่เสียไปเพื่อให้ได้มาซึ่งรายได้

เมื่อพิจารณาธุรกรรมกรโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานแล้ว เห็นว่า ในวันเข้าทำสัญญาโอนสิทธิฯ ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานโอนสิทธิการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน และกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจ่ายค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ ให้แก่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ ดังกล่าว ไม่ใช่รายได้ของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน เนื่องจากผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานมีภาระผูกพันตามสัญญาโอนสิทธิฯ ที่จะต้องส่งมอบรายได้จากการประกอบกิจการ (รายได้ในอนาคต) คืนให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งไม่เข้าลักษณะที่ทำให้ทรัพย์สินของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานเพิ่มขึ้น ดังนั้น ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจึงไม่มีหน้าที่ต้องนำค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ ดังกล่าวมาถือเป็นรายได้ในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร

ต่อมาเมื่อมีรายได้จากการประกอบกิจการเกิดขึ้น ผู้เขียนพิจารณาแล้วเห็นว่า รายได้ฯ ดังกล่าวเป็นรายได้จากกิจการของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน กรณีนี้ ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจึงต้องนำรายได้ฯ ดังกล่าวและรายจ่ายที่เกี่ยวข้อง (เช่น ต้นทุน ค่าบริหารจัดการ เงินเดือนของพนักงานและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ เป็นต้น) มาถือเป็นรายได้และรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร

กรณีที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานส่งมอบรายได้ในอนาคต (กล่าวคือ รายได้จากการประกอบกิจการซึ่งหักด้วยรายจ่ายที่เกี่ยวข้องแล้ว) ตามสัญญาโอนสิทธิฯ ให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนั้น

- หากรายได้ในอนาคตที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานส่งมอบให้กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีจำนวนมากกว่าค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ กรณีนี้เงินส่วนต่างจะถือเป็นต้นทุนทางการเงิน (Financing cost) กล่าวคือ เป็นรายจ่ายของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานที่เกิดจากการเข้าทำสัญญาโอนสิทธิฯ

ทั้งนี้ แม้ว่าเงินส่วนต่างที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานได้รับดังกล่าวข้างต้นจะต้องถือเป็นรายได้ของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานก็ตาม แต่เนื่องจากกองทุนรวม

โครงสร้างพื้นฐานมีฐานะเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์ฯ จึงไม่เป็นหน่วยภาษีที่จะต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามประมวลรัษฎากร ดังนั้น กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจึงไม่มีหน้าที่ต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลของเงินส่วนต่างดังกล่าว และผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานไม่มีหน้าที่ต้องหัก ณ ที่จ่ายสำหรับเงินส่วนต่างดังกล่าวที่ได้จ่ายให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

- หากรายได้ในอนาคตที่ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานส่งมอบให้กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีจำนวนน้อยกว่าค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ กรณีนี้เงินส่วนต่างจะถือเป็นรายได้ของผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานจะต้องนำเงินส่วนต่างมาถือเป็นรายได้ในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร

จากการศึกษาพบว่า มีแนววินิจฉัยของกรมสรรพากรเกี่ยวกับธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่วินิจฉัยไปในแนวทางการจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลดังกล่าวข้างต้น จำนวน 2 ฉบับ ได้แก่ แนววินิจฉัยตามหนังสือตอบข้อหารือ ที่ กค 0722/ภญ/6822 ลงวันที่ 26 มีนาคม 2558 (แนวทางที่ 1 ในหัวข้อ 4.2) และแนววินิจฉัยตามหนังสือตอบข้อหารือ ที่ กค 0702/7105 ลงวันที่ 16 สิงหาคม 2555 (แนวทางที่ 2 ในหัวข้อ 4.2) ซึ่งกรณีแนวทางที่ 2 ดังกล่าว มีรายละเอียดของแนววินิจฉัยแตกต่างจากแนวทางการจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลดังกล่าวข้างต้นเล็กน้อย กล่าวคือ ในส่วนของกรณีที่ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานส่งมอบรายได้ในอนาคต (กล่าวคือ รายได้จากผู้ประกอบการซึ่งหักด้วยรายจ่ายที่เกี่ยวข้องแล้ว) ตามสัญญาโอนสิทธิฯ ให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน แนวทางดังกล่าวจะกำหนดให้ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานจัดสรรรายได้ฯ ดังกล่าวออกเป็นส่วนของเงินต้นและดอกเบี่ยด้วย

2) กรณีภาษีธุรกิจเฉพาะ

หากพิจารณาว่า สัญญาโอนสิทธิฯ เป็นธุรกรรมทางการเงินในทำนองเดียวกับการกู้ยืมเงิน มีประเด็นต้องพิจารณาว่า จะถือว่า กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานประกอบการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ตามมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งจะต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะหรือไม่อย่างไร

การจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะกรณีการประกอบการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ เช่น การให้กู้ยืมเงิน ค้ำประกัน แลกเปลี่ยนเงินตรา ออก ซื้อหรือขายตั๋วเงิน หรือรับส่งเงินไป

ต่างประเทศด้วยวิธีการต่าง ๆ นั้น จะจัดเก็บจากรายรับ ซึ่งกรณีนี้ ได้แก่ ดอกเบี้ย ส่วนลด ค่าธรรมเนียม ค่าบริการ หรือกำไรก่อนหักรายจ่ายใด ๆ เป็นต้น

ผู้เขียนได้ศึกษาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาและหนังสือตอบข้อหารือของ กรมสรรพากรแล้วพบว่า (ก) หนังสือตอบข้อหารือของกรมสรรพากรมีแนวโน้มตีความโดยส่วนใหญ่ว่า การให้กู้ยืมเงินโดยนิติบุคคลถือเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ที่จะต้องเสีย ภาษีธุรกิจเฉพาะ เว้นแต่เป็นการให้กู้ยืมกันระหว่างบริษัทในเครือเดียวกันตามเงื่อนไขในคำสั่ง กรมสรรพากรที่ ป. 26/2534 ซึ่งได้รับการตีความว่าไม่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ และ (ข) แนว คำพิพากษาศาลฎีกาจะพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นกรณีๆ โดยจะพิจารณาว่า มีการให้กู้ยืมเงินกันเป็นประจำ ไม่ใช่แค่เพียงครั้งเดียว มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 702/2552 วางหลักไว้ว่า การประกอบกิจการโดย ปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ที่จะเข้าข่ายต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะจะต้องมีลักษณะทำนองเดียวกับ ธนาคารและจะต้องประกอบกิจการดังกล่าวโดยปกติด้วย ซึ่งคำว่า “โดยปกติ” ย่อมมีความหมายอยู่ ในตัวว่าได้ประกอบกิจการดังกล่าวเช่นที่เคยปฏิบัติมา

เมื่อพิจารณาสัญญาโอนสิทธิฯ แล้ว เห็นว่า หากพิจารณาตามแนวคำพิพากษา ศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้น การที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเข้าทำสัญญาโอนสิทธิฯ กับผู้ประกอบ กิจการโครงสร้างพื้นฐานเพียงครั้งเดียว อาจถูกตีความว่า กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานไม่ได้ประกอบ กิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ได้ แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า แม้ว่ากองทุนรวมโครงสร้าง พื้นฐานจะเข้าลงทุนโดยเข้าทำสัญญาโอนสิทธิฯ กับผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานเพียงครั้งเดียว ก็น่าจะถือว่าเป็นกรณีที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ตามมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากรได้ เนื่องจากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจัดตั้งขึ้นมาโดย มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อลงทุนในกิจการโครงสร้างพื้นฐานเท่านั้น ไม่ได้มีการประกอบกิจการอื่นใดเป็น ปกติ จึงต้องถือว่า การเข้าลงทุนฯ ดังกล่าวเป็นการประกอบกิจการโดยปกติของกองทุนรวมโครงสร้าง พื้นฐาน ดังนั้น ในกรณีที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานได้รับเงินส่วนต่างที่เป็นผลบวกระหว่างรายได้ อนาคตที่ได้รับจากผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานกับค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ (เงินต้น) นั้น กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะต้องนำเงินส่วนต่างดังกล่าว (ซึ่งถือว่าเป็นดอกเบี้ย) มาเสียภาษีธุรกิจ เฉพาะ

จากการศึกษาพบว่า มีแนววินิจฉัยของกรมสรรพากรเกี่ยวกับธุรกรรมการโอน สิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่วินิจฉัยไปในแนว ทางการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะดังกล่าวข้างต้น จำนวน 2 ฉบับ ได้แก่ แนววินิจฉัยตามหนังสือตอบข้อ

หารือ ที่ กค 0722/ภญ/6822 ลงวันที่ 26 มีนาคม 2558 (แนวทางที่ 1 ในหัวข้อ 4.2) และแนววินิจฉัยตามหนังสือตอบข้อหารือ ที่ กค 0702/7105 ลงวันที่ 16 สิงหาคม 2555 (แนวทางที่ 2 ในหัวข้อ 4.2) แต่อย่างไรก็ดี มีแนววินิจฉัยของกรมสรรพากรเกี่ยวกับธุรกรรมดังกล่าวที่วินิจฉัยในทางตรงกันข้าม ได้แก่ หนังสือของกระทรวงการคลังที่ กค 0805.2/4210 ลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2558 (แนวทางที่ 3 ในหัวข้อ 4.2) วินิจฉัยว่า การที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเข้าทำสัญญาโอนสิทธิ ถือเป็นประกอบกิจการลงทุนในทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐาน สัญญาโอนสิทธิ ดังกล่าวมีลักษณะเป็นธุรกรรมการเข้าลงทุน ไม่เข้าลักษณะเป็นสัญญากู้ยืมเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น การระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจึงไม่เข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2 แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งจะเห็นได้ว่า กรมสรรพากรมีแนวทางการวินิจฉัยที่แตกต่างกันในประเด็นว่า กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะจากการเข้าทำสัญญาโอนสิทธิ กับผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานหรือไม่อย่างไร

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาการตีความเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะกรณีการประกอบกิจการโดยปกติเชิงธนาคารพาณิชย์ของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ในประเด็นว่า เป็นการให้กู้ยืมเงินหรือไม่ เข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการโดยปกติของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานหรือไม่นั้น กรมสรรพากรอาจพิจารณาออกกฎหมายลำดับรองกำหนดให้การประกอบกิจการลงทุนในรูปแบบของธุรกรรมทางการเงิน (Financing) เป็นกิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ

3) ประเด็นเกี่ยวกับการตัดรายจ่ายเงินส่วนต่างที่ถือเป็นต้นทุนทางการเงิน

3.1) การคำนวณเงินส่วนต่างที่ถือเป็นต้นทุนทางการเงิน

ในกรณีที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานส่งมอบรายได้ในอนาคตให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเป็นจำนวนที่มากกว่าค่าตอบแทนการโอนสิทธิ นั้น เงินส่วนต่างจะถือเป็นต้นทุนทางการเงิน (Financing cost) กล่าวคือ เป็นรายจ่ายของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานที่เกิดจากการเข้าทำสัญญาโอนสิทธิ กรณีจึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่า เงินส่วนต่างที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจะถือเป็นต้นทุนทางการเงิน (Financing cost) นั้น จะมีวิธีคำนวณเงินส่วนต่างดังกล่าวอย่างไร ควรจะจัดสรรรายได้ในอนาคตออกเป็นส่วนเงินต้นและดอกเบี้ย

เมื่อมีการส่งมอบให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน หรือควรจะจัดสรรรายได้ในอนาคตเป็นเงินต้นจนครบตามจำนวนเงินที่กู้ยืม (ค่าตอบแทนการโอนสิทธิ) ก่อนแล้วส่วนที่เกินจึงถือเป็นดอกเบี้ย

ผู้เขียนเห็นว่า (ก) เนื่องจากสัญญาโอนสิทธิฯ เข้าลักษณะเป็นธุรกรรมทางการเงินในทำนองเดียวกับการกู้ยืมเงิน ดังนั้น ในการคิดดอกเบี้ย (เงินส่วนต่างที่ถือเป็นต้นทุนทางการเงิน) ควรจะคิดในลักษณะเดียวกันกับสัญญากู้ยืมเงิน กล่าวคือ เวลาส่งมอบเงินที่กู้ยืมให้แก่ผู้ให้กู้ จะต้องจัดสรรเงินที่กู้ยืมดังกล่าวออกเป็นเงินต้นและดอกเบี้ย และ (ข) โดยที่หลักการทางบัญชีและภาษีนั้น เมื่อมีการกู้ยืมเงินระหว่างกัน จะต้องมีการคิดดอกเบี้ยนับแต่วันที่ผู้กู้ได้เงินที่กู้ยืม ดังนั้น จึงไม่ควรให้ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจัดสรรรายได้ในอนาคตเป็นเงินต้นจนครบตามจำนวนเงินที่กู้ยืม (ค่าตอบแทนการโอนสิทธิ) ก่อนแล้วส่วนที่เกินจึงถือเป็นส่วนของดอกเบี้ย แต่ควรกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจัดสรรรายได้ในอนาคตเป็นส่วนหนึ่งของเงินต้นและดอกเบี้ยเมื่อมีการส่งมอบให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งการจัดสรรรายได้ในอนาคตเป็นเงินต้นและดอกเบี้ยนั้นควรนำวิธีการทางบัญชีที่รับรองทั่วไปเกี่ยวกับการคิดค่าเสื่อมราคาสินทรัพย์มาปรับใช้ ซึ่งได้แก่วิธีเส้นตรง (Straight-Line Method) หรือวิธีจำนวนผลผลิต (Unit of Production Method)

ก. วิธีการคิดค่าเสื่อมราคาตามวิธีเส้นตรง (Straight-Line Method) ซึ่งข้อสมมุติฐานคือ ประโยชน์ของสินทรัพย์จะลดลงในอัตราที่คงที่ กล่าวคือ ค่าเสื่อมราคาที่เกิดขึ้นมีจำนวนคงที่เท่ากันทุกปี ซึ่งเมื่อนำมาปรับใช้กับการคำนวณเงินส่วนต่างที่ถือเป็นต้นทุนทางการเงินของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานนั้น จะทำให้จำนวนเงินต้นเท่ากันทุกปี โดยมีหลักการคำนวณดังนี้

$$\text{เงินต้นแต่ละปี} = \frac{\text{ค่าตอบแทนการโอนสิทธิ} - 0}{\text{จำนวนปีตามสัญญาโอนสิทธิ}}$$

ตัวอย่าง ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจ่ายค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ จำนวน 60,000 บาท ณ วันเข้าทำสัญญา โดยมีระยะเวลาตามสัญญาโอนสิทธิฯ ทั้งหมด 5 ปี และมีรายได้ในอนาคตเกิดขึ้นปีที่ 1 จำนวน 10,000 บาท, ปีที่ 2 จำนวน 20,000 บาท, ปีที่ 3 จำนวน 12,000 บาท, ปีที่ 4 จำนวน 30,000 บาทและปีที่ 5 จำนวน 35,000 บาท

$$\text{เงินต้นแต่ละปี} = \frac{\text{ค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ} - 0}{\text{จำนวนปีตามสัญญาโอนสิทธิฯ}}$$

$$\begin{aligned} \text{เงินต้นแต่ละปี} &= \frac{60,000 - 0}{5} \\ &= 12,000 \end{aligned}$$

ตารางที่ 10 แสดงตัวอย่างการคำนวณเงินส่วนต่างที่ถือเป็นต้นทุนทางการเงินตามวิธีเส้นตรง

ปีที่	รายได้ในอนาคตที่เกิดขึ้น	เงินต้น	เงินส่วนต่าง (ดอกเบี้ย)	ถือเป็นต้นทุนทางการเงิน
1	10,000	12,000	-2,000	X
2	20,000	12,000	8,000	/
3	12,000	12,000	-	X
4	30,000	12,000	18,000	/
5	35,000	12,000	23,000	/
	107,000	60,000	49,000	

จากตัวอย่างการคำนวณดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า เมื่อคำนวณโดยใช้วิธีเส้นตรงแล้ว ค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ (เงินต้น) จะถูกนำมาเฉลี่ยเป็นจำนวนที่เท่ากันทุกปี กล่าวคือ ปีละ 12,000 บาท และเมื่อนำรายได้ในอนาคตที่เกิดขึ้นในแต่ละปี (สมมุติขึ้น) มาหักออกจากรายได้ในแต่ละปีแล้ว จะได้เงินส่วนต่างที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานต้องนำมาถือเป็นต้นทุนทางการเงิน โดยในปีที่ 1 และ 3 ไม่มีเงินส่วนต่าง (ดอกเบี้ย) ที่จะต้องนำมาถือเป็นต้นทุนทาง

การเงิน เนื่องจากรายได้ในอนาคตที่เกิดขึ้นในปีดังกล่าวมีจำนวนเท่ากับหรือน้อยกว่าเงินต้น ส่วนในปีที่ 2, 4 และ 5 นั้น มีเงินส่วนต่าง (ดอกเบี้ย) เกิดขึ้น ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจึงต้องนำเงินส่วนต่างมาถือเป็นต้นทุนทางการเงินในปีที่เกิดขึ้น

อย่างไรก็ดี มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับการคำนวณเงินส่วนต่างในปีที่ 1 เนื่องจากรายได้ในอนาคตที่เกิดขึ้นมีจำนวนน้อยกว่าจำนวนเงินต้น ($10,000 - 12,000 = -2,000$) จึงทำให้เกิดผลติดลบ 2,000 บาท กรณีจึงต้องพิจารณาว่า ควรจะหาอย่างไรกับผลติดลบดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า มี 2 วิธีการ ได้แก่ วิธีการที่ 1 ให้ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานนำผลติดลบจำนวน 2,000 บาทมารวมคำนวณเป็นรายได้เพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลในปีที่ 1 โดยถือว่า ผลติดลบดังกล่าวเป็นเงินได้จากการลดหนี้ (hair cut) จากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า วิธีการนี้จะก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานเกินสมควร เนื่องจากผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจะต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลในปีที่ 1 จำนวนมาก และโดยปกติแล้วในการทำสัญญากู้ยืมเงินในช่วงแรกๆ นั้น จะไม่ค่อยมีการลดหนี้ (hair cut) ให้แก่ลูกหนี้ ส่วนวิธีการที่ 2 ให้ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานนำผลติดลบจำนวนเงิน 2,000 บาทไปรวมกับจำนวนเงินต้นของปีที่ 2, 3, 4 และ 5 ($2,000 + (12,000 + 12,000 + 12,000 + 12,000) = 50,000$) และนำจำนวนเงินต้นรวมดังกล่าวมาปรับปรุงโดยเฉลี่ยเป็นจำนวนเงินต้นสำหรับแต่ละปีที่เหลือตามวิธีเส้นตรง ($50,000/4 = 12,500$) ซึ่งทำให้จำนวนเงินต้นของปีที่ 2, 3, 4 และ 5 เท่ากับ 12,500 บาท และหากในปีต่อๆ ไป รายได้ในอนาคตที่เกิดขึ้นมีจำนวนน้อยกว่าจำนวนเงินต้นอีก ก็ให้นำผลติดลบไปรวมกับจำนวนเงินต้นของปีที่เหลือและปรับปรุงตามวิธีการดังกล่าวไปเรื่อยๆ จนกว่าจะสิ้นสุดระยะเวลาของสัญญาโอนสิทธิฯ ทั้งนี้ หากสิ้นสุดระยะเวลาของสัญญาโอนสิทธิฯ แล้วยังมีผลติดลบ (กล่าวคือ เป็นส่วนของเงินต้นที่ยังไม่ได้ชำระหนี้) ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจะต้องนำผลติดลบมารวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลในปีนั้น โดยถือว่าผลติดลบดังกล่าวเป็นเงินได้จากการลดหนี้ (hair cut) จากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า วิธีการที่ 2 น่าจะเป็นวิธีการที่เหมาะสมกว่าวิธีการที่ 1 เนื่องจากไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานเกินสมควร แต่อย่างไรก็ดี กรณีนี้กรมสรรพากรยังไม่มีข้อสรุปที่แน่ชัดว่า หากเกิดกรณีผลติดลบดังกล่าวแล้ว จะดำเนินการตามวิธีการใด

ข. วิธีการคิดค่าเสื่อมราคาตามวิธีจำนวนผลผลิต (Unit of Production Method) นั้น ถือว่า ค่าเสื่อมราคาเป็นผลมาจากการใช้งานสินทรัพย์นั้น ซึ่งค่าเสื่อมราคาที่ยังคำนวณได้ตามวิธีนี้จะมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับว่า กิจการใช้สินทรัพย์นั้นมากหรือน้อยในปีนั้นๆ หรือในบางปี

ค่าเสื่อมราคาอาจเป็นศูนย์ก็ได้ หากไม่ได้ใช้สินทรัพย์ในปีนั้น ซึ่งเมื่อนำมาปรับใช้กับการคำนวณเงินส่วนต่างที่ถือเป็นต้นทุนทางการเงินของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานนั้น จะทำให้จำนวนเงินต้นในแต่ละปีไม่เท่ากัน โดยขึ้นอยู่กับปริมาณการผลิตของกิจการในแต่ละปี โดยมีหลักการคำนวณดังนี้

$$\text{เงินต้นสำหรับปี} = \text{ค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ สุทธิ} \times \text{อัตราส่วนปริมาณการผลิตสำหรับปี}$$

หมายเหตุ

- ค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ สุทธิ หมายถึง ค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ – เงินต้นสำหรับปีที่ถูกหักก่อนหน้าทั้งหมด
- อัตราส่วนปริมาณการผลิตสำหรับปี หมายถึง

ปริมาณการผลิตจริงสำหรับปี

ปริมาณการผลิตจริงสำหรับปี + ปริมาณการผลิตที่คาดว่าจะเกิดขึ้นหลังจากปีที่คำนวณจนครบสัญญา

ตัวอย่าง ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจ่ายค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ จำนวน 60,000 บาท ณ วันเข้าทำสัญญา โดยมีระยะเวลาตามสัญญาโอนสิทธิฯ ทั้งหมด 5 ปี และมีรายได้ในอนาคตเกิดขึ้นปีที่ 1 จำนวน 10,000 บาท, ปีที่ 2 จำนวน 20,000 บาท, ปีที่ 3 จำนวน 12,000 บาท, ปีที่ 4 จำนวน 30,000 บาท และปีที่ 5 จำนวน 35,000 บาท (ซึ่งเป็นสมมุติฐานเดียวกันกับการคำนวณโดยใช้วิธีเส้นตรง) นอกจากนี้ มีปริมาณการผลิตที่คาดว่าจะเกิดขึ้นและปริมาณการผลิตจริงของกิจการซึ่งจะต้องนำมาใช้ในการคำนวณตามวิธีจำนวนผลผลิตดังนี้

ตารางที่ 11 แสดงตัวอย่างปริมาณการผลิตที่คาดว่าจะเกิดขึ้นและปริมาณการผลิตจริง

ปีที่	ปริมาณการผลิตที่คาดว่าจะเกิดขึ้น	ปริมาณการผลิตจริง
1	10,000	15,000
2	20,000	17,000
3	30,000	27,000
4	40,000	40,000
5	50,000	55,000

หลักการคำนวณ	ค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ สุทธิ	×	อัตราส่วนปริมาณการผลิตสำหรับปี	=	เงินต้นสำหรับปี
ปีที่ 1	60,000		$(15,000 / (15,000 + 140,000))$	=	5,806
ปีที่ 2	$(60,000 - 5,806)$		$(17,000 / (17,000 + 120,000))$	=	6,725
ปีที่ 3	$(60,000 - 5,806 - 6,725)$		$(27,000 / (27,000 + 90,000))$	=	10,954
ปีที่ 4	$(60,000 - 5,806 - 6,725 - 10,954)$		$(40,000 / (40,000 + 50,000))$	=	16,229
ปีที่ 5	$(60,000 - 5,806 - 6,725 - 10,954 - 16,229)$		$(55,000 / (55,000))$	=	20,286

ตารางที่ 12 แสดงตัวอย่างการคำนวณเงินส่วนต่างที่ถือเป็นต้นทุนทางการเงินตามวิธีคำนวณผลผลิต

ปีที่	รายได้ในอนาคตที่เกิดขึ้น	เงินต้น	เงินส่วนต่าง (ดอกเบี้ย)	ถือเป็นต้นทุนทางการเงิน
1	10,000	5,806	4,194	/
2	20,000	6,725	13,275	/
3	12,000	10,954	1,046	/
4	30,000	16,229	13,771	/
5	35,000	20,286	14,714	/
	107,000	60,000	47,000	

จากตัวอย่างการคำนวณดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า เมื่อคำนวณโดยใช้วิธีคำนวณผลผลิตแล้ว ค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ (เงินต้น) ในแต่ละปีจะไม่เท่ากัน ขึ้นอยู่กับปริมาณการผลิตของกิจการ กล่าวคือ กิจการมีปริมาณการผลิตมากในปีใด จำนวนเงินต้นก็จะมากด้วย และเมื่อนำรายได้ในอนาคตที่เกิดขึ้นในแต่ละปี (สมมุติขึ้น) มาหักออกจากเงินต้นในแต่ละปีแล้ว จะได้เงินส่วนต่างที่ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานต้องนำมาถือเป็นต้นทุนทางการเงิน ซึ่งจะเห็นได้ว่า กรณีในตัวอย่างข้างต้น เงินส่วนต่างจะเกิดขึ้นทุกปี เนื่องจากกิจการมีปริมาณการผลิตทุกปี ดังนั้น ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานจึงต้องนำเงินส่วนต่างดังกล่าวมาเป็นต้นทุนทางการเงินในปีที่เกิดขึ้น

สรุปได้ว่า การคำนวณหาเงินส่วนต่างที่ถือเป็นต้นทุนทางการเงินโดยใช้วิธีเส้นตรงและวิธีคำนวณผลผลิตนั้น เงินต้นที่ได้จากการคำนวณตามแต่ละวิธีการจะแตกต่างกัน กล่าวคือ การคำนวณโดยวิธีเส้นตรง เงินต้นจะเท่ากับทุกปี ส่วนการคำนวณโดยใช้วิธีคำนวณผลผลิต

นั้น เงินต้นในแต่ละปีจะไม่เท่ากัน ขึ้นอยู่กับปริมาณการผลิตของกิจการ สำหรับเงินส่วนต่าง (ดอกเบี้ย) จะเกิดขึ้นจากการนำรายได้ในอนาคตที่เกิดขึ้นในแต่ละปีมาหักออกจากเงินต้นในแต่ละปี ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การจะเลือกใช้วิธีใดในการคำนวณเงินส่วนต่างที่ถือเป็นต้นทุนทางการเงินนั้น ขึ้นอยู่กับลักษณะของการประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานและการพิจารณาของผู้ทำบัญชีว่าควรจะใช้วิธีการใดในการคำนวณ

แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากการคำนวณตามตัวอย่างที่กล่าวไว้ข้างต้น เป็นการคำนวณเงินส่วนต่างที่ถือเป็นต้นทุนทางการเงินแบบรายปี ดังนั้น ในการนำเงินส่วนต่างดังกล่าวมาเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ จะต้องคำนวณเงินส่วนต่างต่อไปโดยทอนจากรายปีเป็นรายเดือน

จากการศึกษาพบว่า มีแนววินิจฉัยของกรมสรรพากรเกี่ยวกับธุรกรรม การโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่วินิจฉัยถึงวิธีการคำนวณเงินส่วนต่างที่ถือเป็นต้นทุนทางการเงินในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชี กล่าวคือ แนววินิจฉัยตามหนังสือตอบข้อหารือ ที่ กค 0722/ภญ/5259 ลงวันที่ 9 มีนาคม 2558 (ซึ่งปัจจุบันได้ถูกยกเลิกไปแล้ว) วินิจฉัยว่า สำหรับเงินส่วนต่างที่จะถือเป็นต้นทุนทางการเงินนั้น ให้ผู้ประกอบการกิจการโครงสร้างพื้นฐานถือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และการปฏิบัติทางบัญชีที่รับรองทั่วไปและปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอ ซึ่งกรณีนี้ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานไม่เลือกใช้หลักเกณฑ์เฉลี่ยหรือวิธีเส้นตรง (Straight-Line Method) มาคำนวณเงินส่วนต่างที่ถือเป็นต้นทุนทางการเงินในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชี โดยให้เหตุผลว่า วิธีการดังกล่าวไม่สอดคล้องกับปริมาณรายได้และปริมาณการผลิตที่มีแนวโน้มสูงขึ้นในแต่ละปี และมีผลให้การคำนวณรายจ่ายต้นทุนทางการเงินไม่สัมพันธ์กับยอดรายได้สุทธิที่เกิดขึ้นจริงในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีตามหลักการของมาตรา 65 วรรคสอง แห่งประมวลรัษฎากร โดยผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานจะนำวิธีคำนวณผลผลิต (Unit of Production Method) มาใช้ในการตัดค่าเสื่อมราคาเงินลงทุนในระบบสัมปทาน เพื่อคำนวณกำไรสุทธิตามประมวลรัษฎากรในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีที่เกี่ยวข้องและตามมาตรฐานการบัญชีฉบับที่ 16 เรื่อง ที่ดิน อาคาร อุปกรณ์ กล่าวคือ ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานจะนำอัตราส่วนของปริมาณการผลิตจริงในแต่ละปีเทียบกับปริมาณการผลิตทั้งสิ้นที่เกิดจากการประมาณการมาคูณด้วยยอดเจ้าหนี้กองทุนรวมฯ ดังนี้

ค่าตัดจำหน่ายเจ้าหนี้กองทุนรวมสำหรับปี = เจ้าหนี้กองทุนรวมฯ สุทธิ \times อัตราส่วนปริมาณการผลิตสำหรับปี

หมายเหตุ

- เจ้าหนี้กองทุนรวมฯ สุทธิ หมายถึง เจ้าหนี้กองทุนรวมฯ - หักค่าตัดจำหน่ายสะสม
- อัตราส่วนปริมาณการผลิตสำหรับปี หมายถึง

ปริมาณการผลิตจริงสำหรับปี

ปริมาณการผลิตจริงสำหรับปี + ปริมาณการผลิตตลอดอายุที่เหลือของสัมปทาน

จะเห็นได้ว่า หลักการคำนวณเงินส่วนต่างที่ถือเป็นต้นทุนทางการเงินตามแนววินิจฉัยฉบับนี้เป็นไปตามแนวทางเดียวกันกับการคำนวณเงินส่วนต่างโดยใช้วิธีจำนวนผลผลิตตามทีผู้เขียนได้กล่าวไว้ข้างต้น และการพิจารณาเลือกใช้วิธีจำนวนผลผลิตนั้น ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานก็เลือกใช้เพื่อให้สอดคล้องกับปริมาณรายได้และปริมาณการผลิตที่มีแนวโน้มสูงขึ้นในแต่ละปีของกิจการ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การคำนวณเงินส่วนต่างตามแนววินิจฉัยนี้มีความเหมาะสมแล้ว

3.2) แนวคำวินิจฉัยของกรมสรรพากรเกี่ยวกับการตัดรายจ่ายที่ถือเป็นต้นทุนทางการเงินที่มีลักษณะขัดแย้งกัน

การจัดเก็บภาษีธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตในรูปแบบของธุรกรรมทางการเงิน (Financing) นั้น **กรณีภาษีเงินได้นิติบุคคล** หากรายได้ในอนาคตที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานส่งมอบให้กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีจำนวน**มากกว่า**ค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ เงินส่วนต่างจะถือเป็นต้นทุนทางการเงิน (Financing cost) กล่าวคือ เป็นรายจ่ายของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานที่เกิดจากการเข้าทำสัญญาโอนสิทธิฯ และถือเป็นรายได้ของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน แต่เนื่องจากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานไม่เป็นหน่วยภาษี จึงไม่มีหน้าที่ต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล ส่วน**กรณีภาษีธุรกิจเฉพาะ** กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะต้องนำเงินส่วนต่างดังกล่าว (ซึ่งถือว่าเป็นดอกเบี่ย) มาเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ เนื่องจากเข้าลักษณะเป็นกรณีที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ตามมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งเป็นไปตามแนววินิจฉัยตามหนังสือตอบข้อหารือ ที่ กค 0722/ถญ/6822 ลงวันที่ 26 มีนาคม 2558 (แนวทางที่ 1 ในหัวข้อ 4.2) และแนววินิจฉัยตามหนังสือตอบข้อหารือ ที่ กค 0702/7105 ลงวันที่ 16 สิงหาคม 2555 (แนวทางที่ 2 ในหัวข้อ 4.2)

แต่อย่างไรก็ดี จากการศึกษาพบว่า มีแนววินิจฉัยของกรมสรรพากรเกี่ยวกับ ธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน จำนวน 2 ฉบับ ซึ่งตีความว่า สัญญาโอนสิทธิฯ เป็นการประกอบกิจการลงทุนในทรัพย์สินกิจการ โครงสร้างพื้นฐาน ได้แก่ แนววินิจฉัยตามหนังสือตอบข้อหารือ ที่ กค 0722/ภญ/5259 ลงวันที่ 9 มีนาคม 2558 (ซึ่งปัจจุบันได้ถูกยกเลิกไปแล้ว) และแนววินิจฉัยตามหนังสือของกระทรวงการคลังที่ กค 0805.2/4210 ลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2558 (แนวทางที่ 3 ในหัวข้อ 4.2) ซึ่งแนววินิจฉัย 2 ฉบับนี้ ตีความในลักษณะที่ขัดแย้งกับแนวทางการจัดเก็บภาษีในรูปแบบของธุรกรรมทางการเงินดังกล่าว ข้างต้น กล่าวคือ

กรณีแนววินิจฉัยตามหนังสือตอบข้อหารือ ที่ กค 0722/ภญ/5259 ลงวันที่ 9 มีนาคม 2558 (ซึ่งปัจจุบันได้ถูกยกเลิกไปแล้ว) นั้น วินิจฉัยว่า สัญญาโอนสิทธิฯ มีลักษณะเป็น ข้อตกลงที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนำเงินไปลงทุนในกิจการโครงสร้างพื้นฐาน

- **กรณีภาษีเงินได้นิติบุคคล** หากรายได้ในอนาคตที่ผู้ประกอบกิจการ โครงสร้างพื้นฐานส่งมอบให้กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีจำนวน**มากกว่า**ค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ กรณีนี้เงินส่วนต่างจะถือเป็นต้นทุนทางการเงิน (Financing cost) กล่าวคือ เป็นรายจ่ายของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน

- **กรณีภาษีธุรกิจเฉพาะ** กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเข้าทำสัญญากับผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานเป็นการประกอบกิจการลงทุนในทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ไม่เข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ ตามมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจึงไม่มีหน้าที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ แต่อย่างใด

จะเห็นได้ว่า กรมสรรพากรตีความว่า สัญญาโอนสิทธิฯ เป็นการนำเงินไป ลงทุนในกิจการโครงสร้างพื้นฐานซึ่งถือเป็นทุน แต่กลับวินิจฉัยว่า เงินส่วนต่างดังกล่าวถือเป็นต้นทุน ทางการเงินของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน แต่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานไม่ต้องนำเงิน ส่วนต่างมาเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ ซึ่งกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า การที่กรมสรรพากรวินิจฉัยว่า เงินส่วนต่างถือเป็น ต้นทุนทางการเงินของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานนั้น มีลักษณะเป็นการตัดรายจ่ายต้นทุน ทางการเงินในรูปของดอกเบี้ย ซึ่งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะต้องนำเงินส่วนต่างมาเสียภาษีธุรกิจ เฉพาะตามแนวทางการจัดเก็บภาษีในรูปแบบของธุรกรรมทางการเงิน จึงเห็นว่า แนววินิจฉัยนี้ มีลักษณะที่ขัดแย้งกันในตัวเอง ทั้งนี้ จึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่า ในกรณีที่ตีความว่าเป็นการลงทุนใน

กิจการก่อสร้างพื้นฐานแล้ว ผู้ประกอบกิจการก่อสร้างพื้นฐานจะอย่างไรกับเงินส่วนต่างที่เกิดขึ้นดังกล่าว

ส่วนแนววินิจฉัยตามหนังสือของกระทรวงการคลังที่ กค 0805.2/4210 ลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2558 (แนวทางที่ 3 ในหัวข้อ 4.2) นั้น วินิจฉัยว่า การที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเข้าทำสัญญาโอนสิทธิ ถือเป็นประกอบกิจการลงทุนในทรัพย์สินกิจการก่อสร้างพื้นฐาน สัญญาโอนสิทธิ ดังกล่าวมีลักษณะเป็นธุรกรรมการเข้าลงทุน ไม่เข้าลักษณะเป็นสัญญากู้ยืมเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น การระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจึงไม่เข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2 แห่งประมวลรัษฎากร

จะเห็นได้ว่า แนววินิจฉัยฉบับนี้วินิจฉัยเพียงว่า สัญญาโอนสิทธิ ถือเป็นประกอบกิจการลงทุนในทรัพย์สินกิจการก่อสร้างพื้นฐาน ซึ่งมีลักษณะเป็นธุรกรรมการเข้าลงทุน ไม่เข้าลักษณะเป็นสัญญากู้ยืมเงิน กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจึงไม่เสียภาษีธุรกิจเฉพาะเท่านั้น ไม่ได้วินิจฉัยถึงภาษีเงินได้นิติบุคคลในประเด็นเงินส่วนต่างที่เกิดขึ้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากกรณีนี้ ผู้ประกอบกิจการก่อสร้างพื้นฐานเป็นองค์การของรัฐบาลซึ่งไม่เป็นหน่วยภาษีที่จะต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามประมวลรัษฎากร จึงไม่ได้มีการวินิจฉัยถึงเงินส่วนต่างดังกล่าว อย่างไรก็ตาม มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า หากถือว่าเป็นการประกอบกิจการลงทุนในทรัพย์สินกิจการก่อสร้างพื้นฐานและผู้ประกอบกิจการก่อสร้างพื้นฐานในกรณีนี้เป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดแล้ว ผู้ประกอบกิจการก่อสร้างพื้นฐานจะอย่างไรกับเงินส่วนต่างที่เกิดขึ้นดังกล่าว

CHULALONGKORN UNIVERSITY

ผู้เขียนสรุปได้ว่า การวินิจฉัยไปในแนวทางว่า สัญญาโอนสิทธิ เป็นการลงทุนในกิจการก่อสร้างพื้นฐานตามแนววินิจฉัยทั้ง 2 ฉบับข้างต้น จะก่อให้เกิดปัญหาว่า ผู้ประกอบกิจการก่อสร้างพื้นฐานจะอย่างไรกับเงินส่วนต่างที่เกิดขึ้นดังกล่าว

5.2.2 วิเคราะห์แนวทางการจัดเก็บภาษีอากรสำหรับธุรกรรมการโอนสิทธิการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตในรูปแบบธุรกรรมการขายทรัพย์สิน

หากพิจารณาว่า สัญญาโอนสิทธิ เป็นธุรกรรมการขายทรัพย์สินนั้น จะมีภาระภาษีที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ภาษีเงินได้นิติบุคคลและภาษีมูลค่าเพิ่ม ซึ่งผู้เขียนจะทำการวิเคราะห์ภาระภาษีดังกล่าวตามลำดับดังนี้

1) กรณีภาษีเงินได้นิติบุคคล

หากพิจารณาว่า สัญญาโอนสิทธิฯ เป็นธุรกรรมการขายทรัพย์สินนั้น ในวันเข้าทำสัญญาโอนสิทธิฯ ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานโอนขายสิทธิการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน และกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจ่ายค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ ให้แก่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ ดังกล่าว จะต้องถือเป็นรายได้จากการขายทรัพย์สินของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจะต้องนำค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ ดังกล่าวและรายจ่ายที่เกี่ยวข้องมารวมคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร แต่อย่างไรก็ดี มีปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่า ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจะต้องนำค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ และรายจ่ายที่เกี่ยวข้องดังกล่าวมารวมคำนวณเป็นรายได้และรายจ่ายในรอบระยะเวลาบัญชีที่มีการขายสิทธิฯ หรือนำรายได้นั้นมาเฉลี่ยตามส่วนแห่งจำนวนปีตามสัญญาและนำมารวมคำนวณเป็นรายได้ในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีนับแต่รอบระยะเวลาบัญชีที่มีการขายสิทธิฯ เหมือนกับกรณีสัญญาให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ระยะยาว (กล่าวคือ ผู้ให้เช่ามีสิทธินำเงินค่าเช่าที่เรียกเก็บมารวมคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล ตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร โดยนำมารวมคำนวณเป็นรายได้ในรอบระยะเวลาบัญชีที่เริ่มให้เช่าทรัพย์สินหรือบริษัทฯ จะนำมาเฉลี่ยตามส่วนแห่งจำนวนปีตามสัญญาเช่าและนำมารวมคำนวณเป็นรายได้ในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีนับแต่รอบระยะเวลาบัญชีที่เริ่มให้เช่าทรัพย์สินก็ได้ (ตามหนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากรที่ กค. 0706/6502 ลงวันที่ 3 กรกฎาคม 2550)) ทั้งนี้ เพื่อเป็นการบรรเทาภาระภาษีเงินได้นิติบุคคลให้แก่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานหรือไม่ อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า กรณีสัญญาโอนสิทธิฯ จะแตกต่างจากสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ระยะยาว เนื่องจากสัญญานี้เป็นสัญญาซื้อขายทรัพย์สินมิใช่สัญญาเช่าทรัพย์สิน หากกรมสรรพากรยอมให้ผู้ขายสามารถเฉลี่ยรายได้ได้เช่นเดียวกับสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ระยะยาวแล้ว น่าจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมสำหรับสัญญาซื้อขายทรัพย์สินอื่น ๆ ที่ไม่ได้สิทธิในการเฉลี่ยรายได้ ดังนั้น กรณีนี้จึงควรกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจะต้องนำค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ และรายจ่ายที่เกี่ยวข้องมารวมคำนวณเป็นรายได้และรายจ่ายในรอบระยะเวลาบัญชีที่มีการขายสิทธิฯ โดยไม่มีสิทธิเฉลี่ยรายได้เป็นรอบระยะเวลาบัญชีตามระยะเวลาสัญญา เนื่องจากเมื่อตีความว่าเป็นธุรกรรมการขายทรัพย์สิน ก็ควรจะต้องปฏิบัติเช่นเดียวกับการซื้อขายทรัพย์สินทั่ว ๆ ไป

ต่อมาเมื่อมีรายได้จากการประกอบกิจการเกิดขึ้นแล้ว มีปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่า ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานหรือกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานควรจะเป็นผู้รับรู้รายได้ฯ ดังกล่าวและรายจ่ายที่เกี่ยวข้อง (เช่น ต้นทุน ค่าบริหารจัดการ เงินเดือนของพนักงานและ

ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ เป็นต้น) หากพิจารณาว่า เป็นธุรกรรมการขายทรัพย์สินแล้ว จึงเกิดคำถามว่า ทรัพย์สินได้ถูกโอนไปเป็นของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานแล้วหรือไม่ ซึ่งหากทรัพย์สินถูกโอนไปแล้ว กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานควรจะต้องเป็นผู้รับรู้รายได้ฯ และรายจ่ายที่เกี่ยวข้องดังกล่าวหรือไม่ ในทางปฏิบัติจะรับรู้ได้อย่างไร ผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากข้อเท็จจริงปรากฏว่า (ก) ผู้ประกอบกิจการ โครงสร้างพื้นฐานเป็นผู้บริหารจัดการกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ไม่ใช่ตัวกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (ข) กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจัดตั้งขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์เฉพาะเพื่อลงทุนในทรัพย์สินกิจการ โครงสร้างพื้นฐานและมีข้อกำหนดว่า กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะไม่บริหารจัดการกิจการ โครงสร้างพื้นฐานเอง และ (ค) ในสัญญาโอนสิทธิฯ กำหนดว่า รายได้ในอนาคตที่จะต้องส่งมอบให้แก่ กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนั้น คือ รายได้จากการประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานที่หักด้วย รายจ่ายที่เกี่ยวข้องแล้ว ดังนั้น การกำหนดให้กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเป็นผู้รับรู้รายได้ฯ และ รายจ่ายที่เกี่ยวข้องแทบจะไม่มีทางเป็นไปได้ และด้วยเหตุผลดังกล่าว ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรกำหนดให้ ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานเป็นผู้รับรู้รายได้ฯ และรายจ่ายที่เกี่ยวข้อง โดยนำรายได้และ รายจ่ายมารวมคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร น่าจะเป็นวิธีการจัดเก็บที่เหมาะสมที่สุด

จากการศึกษาพบว่า มีแนววินิจฉัยของกรมสรรพากรเกี่ยวกับการโอนสิทธิ เรียกร้องที่จะเกิดขึ้นในอนาคต กรณีธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (Securitization) (ตามหนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากร ที่ กค 0706/1551 ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2549) ที่วินิจฉัย ว่า สัญญาโอนขายสิทธิฯ เป็นธุรกรรมการขายทรัพย์สิน ซึ่งมีประเด็นเกี่ยวกับภาษีเงินได้นิติบุคคลดังนี้

(ก) ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ขายสิทธิการรับชำระค่าเช่ารวมค่าบริการในอนาคต จำนวน 78,855 ล้านบาท ให้แก่ SPV ในราคา 40,000 ล้านบาท โดยผู้จำหน่ายสินทรัพย์จะมี ค่าใช้จ่ายซึ่งเกิดจากส่วนลดในการขายสิทธิการรับชำระค่าเช่ารวมค่าบริการเป็นจำนวนเงิน 38,855 (78,855 - 40,000) บาท ผู้จำหน่ายสินทรัพย์จะต้องนำค่าเช่ารวมค่าบริการและส่วนลดจากการขาย สิทธิดังกล่าวมารวมคำนวณเป็นรายได้และรายจ่ายเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล ทั้งนี้ การคำนวณ รายได้และรายจ่ายให้ใช้เกณฑ์สิทธิตามมาตรา 65 วรรคสอง แห่งประมวลรัษฎากร โดยผู้จำหน่าย สินทรัพย์จะนำรายได้ค่าเช่ารวมค่าบริการมารวมคำนวณเป็นรายได้ในรอบระยะเวลาบัญชีที่เริ่มให้เช่า ทรัพย์สินหรือให้บริการ หรือนำรายได้นั้นมาเฉลี่ยตามส่วนแห่งจำนวนปีตามสัญญา และนำมารวม คำนวณเป็นรายได้ในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีนับแต่รอบระยะเวลาบัญชีที่เริ่มให้เช่าทรัพย์สินหรือ ให้บริการก็ได้ โดยให้ผู้จำหน่ายสินทรัพย์นำส่วนลดจากการขายสิทธิการรับชำระค่าเช่ารวมค่าบริการ มารวมคำนวณเป็นรายจ่ายในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีนับแต่รอบระยะเวลาบัญชีที่เริ่มให้เช่า ทรัพย์สินหรือให้บริการนั้น

เห็นว่า กรณีนี้กรมสรรพากรยินยอมให้ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ (ผู้ขาย) สามารถนำรายได้ค่าเช่ารวมค่าบริการและส่วนลดมาเฉลี่ยตามส่วนแบ่งจำนวนปีตามสัญญาเช่าและนำมารวมคำนวณเป็นรายได้และรายจ่ายในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีนับแต่รอบระยะเวลาบัญชีที่เริ่มให้เช่าทรัพย์สินหรือบริการเหมือนกับกรณีของการให้เช่าทรัพย์สินระยะยาว ซึ่งกรณีนี้ผู้เขียนไม่เห็นด้วยเนื่องจากเมื่อพิจารณาว่า เช่าเป็นธุรกรรมการขายทรัพย์สินแล้ว ควรกำหนดให้ผู้จำหน่ายสินทรัพย์จะต้องนำรายได้ค่าเช่ารวมค่าบริการและส่วนลดมารวมคำนวณเป็นรายได้และรายจ่ายในรอบระยะเวลาบัญชีที่มีการขายสิทธิฯ เช่นเดียวกับการซื้อขายทรัพย์สินทั่วไป

(ข) เนื่องจากผู้จำหน่ายสินทรัพย์ดำเนินการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ โดยการขายสิทธิการรับชำระค่าเช่ารวมค่าบริการในอนาคต แต่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ไม่ได้โอนสิทธิการให้เช่ารวมการให้บริการในอาคารให้แก่ SPV ผู้จำหน่ายสินทรัพย์จึงเป็นผู้ให้เช่าอาคารและให้บริการต่อผู้เช่าตลอดระยะเวลา 30 ปี ดังนั้น ผู้เช่าซึ่งเป็นผู้จ่ายเงินได้ค่าเช่าและค่าบริการในแต่ละงวดมีหน้าที่ต้องหักภาษี ณ ที่จ่าย ในอัตราร้อยละ 1.0 ของเงินได้พึงประเมินที่จ่ายและออกหนังสือรับรองการหักภาษี ณ ที่จ่าย ให้แก่ผู้จำหน่ายสินทรัพย์ตามมาตรา 69 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร

เห็นว่า กรณีนี้กรมสรรพากรตีความว่า แม้ว่าจะมีการโอนขายสิทธิฯ ให้ SPV ไปแล้ว แต่ยังคงถือว่า ผู้จำหน่ายสินทรัพย์เป็นผู้ให้เช่าอยู่ ซึ่งผู้จำหน่ายสินทรัพย์จะต้องรับรู้รายได้ค่าเช่ารวมค่าบริการที่ได้รับจากผู้เช่า ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวทางของกรมสรรพากรที่กำหนดให้ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานเป็นผู้รับรู้รายได้ค่าเช่าและค่าบริการที่เกิดขึ้นดังกล่าว เพราะน่าจะเป็นวิธีการจัดเก็บภาษีที่เหมาะสมที่สุด

2) กรณีภาษีมูลค่าเพิ่ม

หากพิจารณาว่า สัญญาโอนสิทธิฯ เป็นธุรกรรมการขายทรัพย์สินนั้น มีประเด็นว่า กรณีจะถือว่าเป็นขายสินค้าที่จะต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่มหรือไม่ และในกรณีที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานขายสินค้าหรือให้บริการกิจการโครงสร้างพื้นฐานแก่ผู้ซื้อสินค้าหรือผู้รับบริการ จะเรียกเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มจากผู้ซื้อสินค้าหรือผู้รับบริการอย่างไร

การจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มเป็นภาษีที่เรียกเก็บจากการขายสินค้าหรือการให้บริการ โดยเรียกเก็บจากมูลค่าสินค้าหรือบริการก่อนหักรายจ่ายใด ๆ กรณีจะเข้าลักษณะเป็นการขายสินค้าหรือไม่จะต้องพิจารณานิยามความหมายของคำว่า “ขาย” หมายถึง จำหน่าย จ่าย โอน

สินค้า ไม่ว่าจะมิใช่ประโยชน์หรือค่าตอบแทนหรือไม่... (ตามมาตรา 77/1 (8) แห่งประมวลรัษฎากร) และนิยามความหมายของคำว่า “สินค้า” หมายถึง ทรัพย์สินที่มีรูปร่างและไม่มีรูปร่างที่อาจมีราคาและถือเอาได้ ไม่ว่าจะมิใช่เพื่อการขาย เพื่อใช้ หรือเพื่อการใด ๆ และให้หมายความรวมถึงสิ่งของทุกชนิดที่นำเข้า

กรณีที่ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนั้น เห็นว่า สิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต น่าจะเข้าลักษณะเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างที่อาจมีราคาและถือเอาได้ ดังนั้น การโอนสิทธิดังกล่าวจึงเป็นการขายสินค้าที่จะต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม และด้วยเหตุผลดังกล่าว ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐาน (ผู้ขาย) มีหน้าที่เรียกเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มจากการขายสิทธิ ดังกล่าวจากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (ผู้ซื้อ) และออกใบกำกับภาษี รวมทั้งออกใบเสร็จรับเงินให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (ผู้ซื้อ)

นอกจากนี้ มีปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่า เมื่อผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานดำเนินกิจการโครงการสร้างพื้นฐานที่มีลักษณะเป็นการขายสินค้าหรือให้บริการแก่ผู้ซื้อสินค้าหรือผู้รับบริการแล้ว ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานหรือกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานควรจะเป็นผู้เรียกเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มและออกใบกำกับภาษีมูลค่าเพิ่ม รวมทั้งออกใบเสร็จรับเงินให้แก่ผู้ซื้อสินค้าหรือผู้รับบริการ หากพิจารณาว่า เป็นธุรกรรมการขายทรัพย์สินแล้ว จึงเกิดคำถามว่า ทรัพย์สินได้ถูกโอนไปเป็นของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานแล้วหรือไม่ ซึ่งหากทรัพย์สินถูกโอนไปแล้ว กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานควรจะต้องเป็นผู้เรียกเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มและออกใบกำกับภาษี รวมทั้งออกใบเสร็จรับเงินให้แก่ผู้ซื้อสินค้าหรือผู้รับบริการหรือไม่อย่างไร ผู้เขียนเห็นว่า หากถือว่าทรัพย์สินถูกโอนไปแล้วและกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะต้องมีหน้าที่ดังกล่าวข้างต้นนั้นจะก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติอย่างมาก แต่เนื่องจากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานเป็นผู้บริหารจัดการกิจการโครงการสร้างพื้นฐาน กล่าวคือ เป็นผู้ขายสินค้าหรือผู้ให้บริการ และโดยที่กฎหมายภาษีมูลค่าเพิ่มกำหนดให้จัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มจากการขายสินค้าหรือให้บริการ ดังนั้น กรณีนี้ควรจะกำหนดให้ผู้ประกอบการโครงการสร้างพื้นฐานเป็นผู้เรียกเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มและออกใบกำกับภาษีมูลค่าเพิ่ม รวมทั้งออกใบเสร็จรับเงินให้แก่ผู้ซื้อสินค้าหรือผู้รับบริการ

จากการศึกษาพบว่า มีแนววินิจฉัยของกรมสรรพากรเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้องที่จะเกิดขึ้นในอนาคต กรณีธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (Securitization) ที่วินิจฉัยว่า สัญญาโอนขายสิทธิ เป็นการขายทรัพย์สิน ได้แก่ หนังสือตอบข้อหารือกรมสรรพากร

ที่ กค 0706/1551 ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2549 (แนวทางที่ 4 หัวข้อ 4.2) มีประเด็นเกี่ยวกับ ภาษีมูลค่าเพิ่มดังนี้

(ก) สัญญาขายสิทธิการรับชำระค่าเช่ารวมค่าบริการระหว่างผู้จำหน่าย สิ้นทรัพย์กับ SPV เข้าลักษณะเป็นการขายทรัพย์สินระหว่างผู้จำหน่ายสิ้นทรัพย์กับนิติบุคคลเฉพาะกิจ ที่เกิดขึ้นเนื่องจากการแปลงสิทธิเป็นหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการ แปลงสิทธิเป็นหลักทรัพย์ SPV จึงได้รับยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่มตามมาตรา 3(8) แห่งพระราช กฤษฎีกา (ฉบับที่ 239) พ.ศ. 2534 ผู้เขียนเห็นว่า แนววินิจฉัยนี้เป็นไปในแนวทางเดียวกับการจัดเก็บ ภาษีมูลค่าเพิ่มดังกล่าวข้างต้น กล่าวคือ การขายสิทธิฯ ดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นการขายสินค้าที่ จะต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม แต่เนื่องจากกรณีนี้ SPV ได้รับยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม ตัวผู้จำหน่ายสิ้นทรัพย์ (ผู้ขาย) จึงไม่ต้องเรียกเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มจากการขายสิทธิฯ ดังกล่าวให้แก่ SPV (ผู้ซื้อ)

(ข) เนื่องจากผู้จำหน่ายสิ้นทรัพย์ดำเนินการแปลงสิทธิเป็นหลักทรัพย์ โดยการขายสิทธิการรับชำระค่าเช่ารวมค่าบริการในอนาคต แต่ผู้จำหน่ายสิ้นทรัพย์ไม่ได้โอนสิทธิการ ให้เช่ารวมการให้บริการในอาคารให้แก่ SPV ผู้จำหน่ายสิ้นทรัพย์จึงเป็นผู้ให้เช่าอาคารและให้บริการ ต่อผู้เช่าตลอดระยะเวลา 30 ปี ดังนั้น เมื่อผู้เช่าชำระค่าเช่าอาคารในแต่ละงวดให้แก่ SPV ผู้จำหน่าย สิ้นทรัพย์มีหน้าที่ต้องออกใบเสร็จรับเงินให้แก่ผู้เช่า และเมื่อผู้เช่าชำระค่าบริการในแต่ละงวดให้แก่ SPV นั้น ผู้จำหน่ายสิ้นทรัพย์มีหน้าที่ต้องออกใบเสร็จรับเงินให้แก่ผู้เช่าและมีสิทธิเรียกเก็บ ภาษีมูลค่าเพิ่มในอัตราร้อยละ 7.0 พร้อมทั้งออกใบกำกับภาษีให้แก่ผู้เช่าตามมาตรา 80 และ 86 วรรคหนึ่งแห่งประมวลรัษฎากร ผู้เขียนเห็นว่า แนววินิจฉัยนี้เป็นไปในแนวทางเดียวกับการจัดเก็บ ภาษีมูลค่าเพิ่มดังกล่าวข้างต้น กล่าวคือ กำหนดให้ผู้จำหน่ายสิ้นทรัพย์ (ผู้ให้บริการ) เป็นผู้ที่มีหน้าที่ เรียกเก็บภาษีมูลค่าเพิ่ม ออกใบกำกับภาษี และใบเสร็จรับเงินให้แก่ผู้เช่า (ผู้รับบริการ)

จะเห็นได้ว่า การจัดเก็บภาษีอากรในรูปแบบธุรกรรมการขายทรัพย์สินนั้น ก่อให้เกิดปัญหาในการจัดเก็บภาษีอากรหลายประการ เช่น ปัญหาเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีเงินได้นิติ บุคคลในกรณีที่มีรายได้จากการประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานเกิดขึ้นว่าควรจะรับรู้รายได้ฯ และ รายจ่ายที่เกี่ยวข้องอย่างไร และควรจะรับรู้ในรอบระยะเวลาบัญชีใด และปัญหาเกี่ยวกับการจัดเก็บ ภาษีมูลค่าเพิ่มในกรณีที่ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานดำเนินกิจการโครงสร้างพื้นฐานที่มี ลักษณะเป็นการขายสินค้าหรือให้บริการแก่ผู้ซื้อสินค้าหรือผู้รับบริการแล้ว บุคคลใดควรจะเป็นผู้เรียก เก็บภาษีมูลค่าเพิ่มและออกใบกำกับภาษีมูลค่าเพิ่ม รวมทั้งออกใบเสร็จรับเงินให้แก่ผู้ซื้อสินค้าหรือ ผู้รับบริการ

โดยสรุป สัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตควรจะเข้าลักษณะเป็นธุรกรรมทางการเงินในทำนองเดียวกับการกู้ยืมเงิน โดยเป็นสัญญานอกบรรพ 3 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มากกว่าสัญญาซื้อขายทรัพย์สิน และควรจะจัดเก็บภาษีอากรสำหรับธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานในรูปแบบธุรกรรมทางการเงิน (Financing) เนื่องจากการจัดเก็บภาษีอากรในรูปแบบธุรกรรมทางการเงินเป็นการจัดเก็บภาษีอากรที่เหมาะสมและง่ายที่สุดในปัจจุบัน



บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเป็นเครื่องมือทางการเงินในการระดมทุนรูปแบบหนึ่งของผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐาน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานของประเทศไทย กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานในประเทศไทยส่วนใหญ่จะลงทุนในทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ประเภทสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของกิจการโครงสร้างพื้นฐาน การเข้าลงทุนในสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต คือ การเข้าทำสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต ซึ่งในวันเข้าทำสัญญาโอนสิทธิ ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานโอนสิทธิ ให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน และกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนำเงินที่ได้จากการระดมทุนจากผู้ถือหุ้นหน่วยลงทุนมาจ่ายเป็นค่าตอบแทนการโอนสิทธิ ให้แก่ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐาน ต่อมาเมื่อผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานดำเนินกิจการแล้วมีรายได้จากการประกอบกิจการเกิดขึ้น ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานมีหน้าที่ต้องส่งมอบรายได้จากการประกอบกิจการดังกล่าว (ซึ่งหักด้วยรายจ่ายที่เกี่ยวข้อง) ให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาโอนสิทธิ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า ธุรกิจการโอนสิทธิ ดังกล่าวมีลักษณะที่ค่อนข้างซับซ้อน จึงเกิดปัญหาว่า ควรจะเป็นธุรกรรมประเภทใด เข้าลักษณะเป็นสัญญาซื้อขายหรือไม่ เป็นสัญญากู้ยืมเงินหรือไม่ หรือเป็นธุรกรรมอื่นใด ซึ่งลักษณะที่ไม่ชัดเจนของสัญญาโอนสิทธิ ดังกล่าวทำให้เกิดปัญหาในการจัดเก็บภาษีอากรว่า ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานและกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานควรมีภาระภาษีในธุรกรรมดังกล่าวอย่างไร

ผู้เขียนจึงวิเคราะห์การนำหลักกฎหมายและหลักการต่าง ๆ ทั้งในประเทศไทยและในต่างประเทศมาปรับใช้กับสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน เพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีอากร และวิเคราะห์การกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการจัดเก็บภาษีอากรสำหรับธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานดังกล่าว

1) วิเคราะห์การนำหลักกฎหมายและหลักการต่าง ๆ มาปรับใช้กับสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน เพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีอากรนั้น สรุปได้ว่า

จากการตรวจสอบสัญญาโอนสิทธิฯ ของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่จัดตั้งขึ้นในประเทศไทย พบว่า สัญญาโอนสิทธิฯ สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 รูปแบบที่สำคัญโดยสรุปได้ดังนี้

- สัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตที่ผูกไว้กับสัญญาที่ผู้ประกอบการโครงการโครงสร้างพื้นฐานได้ทำไว้กับลูกหนี้รายได้ในอนาคตไว้ก่อนแล้ว
- สัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตที่ยังไม่มีคู่สัญญาที่เป็นลูกหนี้รายได้ในอนาคต
- สัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตนั้นมิได้ขึ้นอยู่กับลูกหนี้รายได้ในอนาคตโดยตรง แต่ขึ้นอยู่กับความสามารถในการผลิตของกิจการโครงสร้างพื้นฐานเป็นสำคัญ

การนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับสัญญาโอนสิทธิฯ ทั้งสามรูปแบบดังกล่าวข้างต้น เห็นว่า สัญญาโอนสิทธิฯ (ก) ไม่สามารถตีความให้เป็นสัญญาซื้อขายทรัพย์สินตามมาตรา 453 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้เลย เนื่องจากสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตไม่เข้าลักษณะเป็นทรัพย์สินที่ซื้อขายได้ เพราะไม่มีกรรมสิทธิ์ที่จะโอนให้แก่กันได้ (ข) ไม่สามารถตีความให้เป็นสัญญากู้ยืมเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากไม่มีสัญญาประเภทใดที่มีความชัดเจนว่า กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะได้รับเงินคืนมากกว่าค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ ที่ให้ผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานกู้ยืมไป และ (ค) ไม่สามารถตีความให้สัญญาโอนสิทธิฯ เป็นการโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 303 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากไม่มีกรณีที่ลูกหนี้รายได้ในอนาคตให้ความยินยอมหรือได้มีการบอกกล่าวการโอนสิทธิฯ ไปยังลูกหนี้รายได้ในอนาคต ซึ่งทำให้ตัวกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานไม่สามารถใช้สิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้รายได้ในอนาคตชำระหนี้ได้อย่างเจ้าหนี้เดิม แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า สัญญาโอนสิทธิฯ น่าจะเข้าลักษณะเป็นสัญญาไม่มีชื่อ ซึ่งเป็นสัญญานอกบรรพ 3 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยใช้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาในการเข้าทำสัญญาโอนสิทธิฯ

การนำหลักการกำหนดลักษณะนิติกรรมของศาลประเทศสหรัฐอเมริกา ภายใต้รัฐธรรมนูญการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์มาใช้กับสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตแล้วพบว่า เข้าลักษณะเป็นการขายขาดจำนวน 2 หลักการ (ได้แก่ การไล่เบียดและการกำหนดราคาซื้อขายสินทรัพย์) และเข้าลักษณะการกู้ยืมเงินโดยมีหลักประกันจำนวน 4 หลักการ (ได้แก่ การ

ยึดห่วงสิทธิและผลประโยชน์ในสินทรัพย์และสิทธิในส่วนเกิน, ขอบเขตการปฏิบัติหน้าที่อย่าง ต่อเนื่องของผู้จำหน่ายสินทรัพย์, มีหนังสือบอกกล่าวการโอนแก่ลูกหนี้และเจตนาของคู่สัญญา) และมี หลักการที่ไม่สามารถนำมาพิจารณาได้จำนวน 1 หลักการ (ได้แก่ หลักการปฏิบัติทางภาษีและบัญชี) ซึ่งแสดงให้เห็นว่า หากนำหลักการของศาลสหรัฐอเมริกาไปปรับใช้ค่อนข้างมีแนวโน้มไปในลักษณะ ของการกั๊กเงินโดยมีหลักประกัน แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า หลักการเหล่านี้ยังไม่สามารถนำมา กำหนดลักษณะนิติกรรมของธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตได้อย่าง แน่นนอน เนื่องจากหลักการหลายหลักการต้องอาศัยการตีความและการให้เหตุผลประกอบการ พิจารณา

การนำหลักเนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบ (Substance over form doctrine) มาปรับใช้ กับสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตไม่เหมาะสม เนื่องจากหลักเนื้อหาสำคัญ กว่ารูปแบบถูกกำหนดขึ้นเพื่อปรับใช้กับกรณีที่คู่สัญญาไม่เจตนาในการเข้าทำสัญญาไม่สอดคล้องกัน เนื้อหาของสัญญาที่ตกลงกัน แต่กรณีสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณี กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนั้น คู่สัญญาได้มีเจตนาเข้าทำสัญญาในรูปแบบนี้จริง โดยไม่ได้มีเจตนาที่ จะอำพรางสัญญาในรูปแบบอื่นใด

การนำหลักการห้ามโอนรายได้ (Assignment of Income doctrine) มาปรับใช้กับ สัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตไม่เหมาะสม เนื่องจากหลักการห้ามโอนรายได้ ถูกกำหนดขึ้นเพื่อปรับใช้กับกรณีที่มีการโอนรายได้ของบุคคลหนึ่งให้แก่บุคคลอื่น เพื่อประโยชน์ ในทางภาษี เช่น ทำให้บุคคลนั้นเสียภาษีน้อยลง แต่สัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ใน อนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนั้น (ก) ไม่ปรากฏว่า ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน เจตนาโอนรายได้ในอนาคตให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเพื่อวัตถุประสงค์ในทางภาษี และ (ข) การลงทุนในรูปแบบของการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของกองทุนรวม โครงสร้างพื้นฐานนั้น เป็นการลงทุนที่มีกฎหมายอนุญาตให้สามารถทำได้ ประกอบกับผลของการนำ หลักการห้ามโอนรายได้มาปรับใช้นั้น ให้ผลแต่เพียงว่า รายได้ของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ที่เกิดจากการให้บริการไม่ได้ถูกโอนไปกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเท่านั้น ไม่ได้บอกว่า ลักษณะของ สัญญาโอนสิทธิฯ ดังกล่าวควรจะเป็นธุรกรรมในลักษณะใด

การนำหลักเกณฑ์การทดสอบความเป็นหนี้หรือทุนตามกฎหมายภาษีอากรของประเทศ ออสเตรเลีย (Debt and Equity test) มาปรับใช้กับสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ใน อนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนั้น จะสามารถพิสูจน์ได้เพียงว่า เป็นธุรกรรมฝ่ายหนี้หรือ

ฝ่ายทุนเท่านั้น ไม่สามารถใช้ในการกำหนดลักษณะของธุรกรรมการโอนสิทธิ ดังกล่าวว่าเป็นธุรกรรมใดได้

การนำแนวทางในการพิจารณาตามร่างแนวปฏิบัติทางการบัญชีสำหรับการรับรู้รายได้ในอนาคตมาใช้กับสัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนั้น (ก) จะต้องตีความก่อนว่า รายการดังกล่าวเป็นรายการขายที่มีมาตรฐานรายงานทางการเงินฉบับอื่นกำหนดวิธีปฏิบัติไว้แล้วหรือไม่ (เช่น เป็นการขายสินทรัพย์ไม่มีตัวตน เป็นต้น) หรือไม่ เพราะหากเข้ารายการขายที่มีมาตรฐานรายงานทางการเงินฉบับอื่นกำหนดวิธีปฏิบัติไว้แล้ว จะไม่นำแนวทางในการพิจารณาตามร่างแนวปฏิบัติทางการบัญชีฉบับนี้มาใช้ และ (ข) หากเป็นรายการตามแนวทางในการพิจารณาตามร่างแนวปฏิบัติทางการบัญชีฉบับนี้แล้ว จะต้องวิเคราะห์และทำความเข้าใจในรายการ (กล่าวคือ ต้องวิเคราะห์ข้อตกลงและสัญญาทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับรายการนั้น) และจะต้องอาศัยการตีความของผู้ทำบัญชีเป็นสำคัญว่าจะพิจารณาว่า เข้าสถานการณ์ใด ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า การนำแนวทางในการพิจารณาตามร่างแนวปฏิบัติทางการบัญชีฉบับนี้มาใช้ นั้น อาจก่อให้เกิดความไม่แน่นอนซึ่งขัดต่อหลักความแน่นอนในทางภาษีอากรตามหลักการภาษีอากรที่ดี

สรุปได้ว่า การนำหลักกฎหมายและหลักการต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้นมาใช้ในการตีความสัญญาโอนสิทธิฯ ระหว่างกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานกับผู้ประกอบการโครงสร้างพื้นฐานแล้วพบว่า ยังไม่มีหลักกฎหมายและหลักการใดที่สามารถกำหนดหรือตีความได้อย่างชัดเจนว่า สัญญาโอนสิทธิฯ ควรจะเข้าลักษณะเป็นธุรกรรมประเภทใด เพื่อประโยชน์ในการจัดเก็บภาษีอากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

2) วิเคราะห์การกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการจัดเก็บภาษีอากรสำหรับธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนั้น สรุปได้ว่า

เนื่องจากในปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติในประมวลรัษฎากรหรือกฎหมายลำดับรองกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการจัดเก็บภาษีอากรสำหรับธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตไว้เป็นการเฉพาะ จึงมีการนำบทบัญญัติซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายภาษีอากรมาปรับใช้เพื่อจัดเก็บภาษีอากรจากธุรกรรมดังกล่าวเป็นรายธุรกรรมๆ ไป ซึ่งการนำหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายภาษีอากรมาปรับใช้นั้น ก่อให้เกิดปัญหาในค่อนข้างมากในทางปฏิบัติ

โดยมีการตีความธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตในลักษณะที่แตกต่างกันไป ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมและความไม่แน่นอนในการจัดเก็บภาษีตามหลักการภาษีอากรที่ดี

จากการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และหลักการกำหนดลักษณะของนิติกรรมของศาลประเทศสหรัฐอเมริกา ภายใต้ธุรกรรมการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์มาใช้ประกอบกับการพิจารณาลักษณะของธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานแล้วมีแนวโน้มว่า ธุรกรรมการโอนสิทธิฯ ดังกล่าวว่าจะเข้าลักษณะเป็นธุรกรรมทางการเงินในทำนองเดียวกับการกู้ยืมเงินมากกว่าเป็นธุรกรรมซื้อขายทรัพย์สิน

ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการจัดเก็บภาษีอากรสำหรับธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเป็นรูปแบบของธุรกรรมทางการเงิน (Financing) เนื่องจากการจัดเก็บภาษีอากรในรูปแบบธุรกรรมทางการเงินเป็นการจัดเก็บภาษีอากรที่มีความเหมาะสมและง่ายที่สุดในปัจจุบัน ในขณะที่การจัดเก็บภาษีอากรในรูปแบบธุรกรรมการขายทรัพย์สินนั้น ก่อให้เกิดปัญหาในการจัดเก็บภาษีอากรหลายประการ เช่น ปัญหาเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลในกรณีที่มีรายได้จากการประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานเกิดขึ้นว่าควรจะรับรู้รายได้ฯ และรายจ่ายที่เกี่ยวข้องอย่างไร และควรจะรับรู้ในรอบระยะเวลาบัญชีใด และปัญหาเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มในกรณีที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานดำเนินกิจการโครงสร้างพื้นฐานที่มีลักษณะเป็นการขายสินค้าหรือให้บริการแก่ผู้ซื้อสินค้าหรือผู้รับบริการแล้ว บุคคลใดควรจะเป็นผู้เรียกเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มและออกใบกำกับภาษีมูลค่าเพิ่ม รวมทั้งออกใบเสร็จรับเงินให้แก่ผู้ซื้อสินค้าหรือผู้รับบริการ

ทั้งนี้ หลักเกณฑ์หรือแนวทางในการจัดเก็บภาษีอากรสำหรับธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเป็นรูปแบบของธุรกรรมทางการเงิน (Financing) คือ

กรณีภาษีเงินได้นิติบุคคล

ในวันเข้าทำสัญญาโอนสิทธิฯ ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานโอนสิทธิการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน และกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจ่ายค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ ให้แก่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ ดังกล่าว ไม่ใช่รายได้ของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ดังนั้น ผู้ประกอบกิจการโครงสร้าง

พื้นฐานจึงไม่มีหน้าที่ต้องนำค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ ดังกล่าวมาถือเป็นรายได้ในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร

ต่อมาเมื่อมีรายได้จากการประกอบกิจการเกิดขึ้น ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจะต้องนำรายได้จากกิจการของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานดังกล่าวและรายจ่ายที่เกี่ยวข้อง (เช่น ต้นทุน ค่าบริหารจัดการ เงินเดือนของพนักงานและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ เป็นต้น) มาถือเป็นรายได้และรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร

กรณีที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานส่งมอบรายได้ในอนาคต (กล่าวคือ รายได้จากการประกอบกิจการซึ่งหักด้วยรายจ่ายที่เกี่ยวข้องแล้ว) ตามสัญญาโอนสิทธิฯ ให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานนั้น

- หากรายได้ในอนาคตที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานส่งมอบให้กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีจำนวนมากกว่าค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ กรณีนี้เงินส่วนต่างจะถือเป็นต้นทุนทางการเงิน (Financing cost) กล่าวคือ เป็นรายจ่ายของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานที่เกิดจากการเข้าทำสัญญาโอนสิทธิฯ

เงินส่วนต่างที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานได้รับดังกล่าวข้างต้นจะต้องถือเป็นรายได้ของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน แต่เนื่องจากกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีฐานะเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 จึงไม่เป็นหน่วยภาษีที่จะต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร ดังนั้น กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจึงไม่มีหน้าที่ต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลของเงินส่วนต่างดังกล่าว และผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานไม่มีหน้าที่ต้องหัก ณ ที่จ่ายสำหรับเงินส่วนต่างดังกล่าวที่ได้จ่ายให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

ทั้งนี้ ในการคำนวณเงินส่วนต่างที่ถือเป็นต้นทุนทางการเงินนั้นอาจคำนวณโดยใช้วิธีเส้นตรง (Straight-Line Method) หรือวิธีจำนวนผลผลิต (Unit of Production Method)

- หากรายได้ในอนาคตที่ผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานส่งมอบให้กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานมีจำนวนน้อยกว่าค่าตอบแทนการโอนสิทธิฯ กรณีนี้เงินส่วนต่างจะถือเป็นรายได้ของผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานจะต้องนำเงินส่วนต่างมาถือเป็นรายได้ในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร

กรณีภาษีธุรกิจเฉพาะ

กรณีที่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานได้รับเงินส่วนต่างที่เป็นผลบวกระหว่างรายได้ อนาคตที่ได้รับจากผู้ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานกับค่าตอบแทนการโอนสิทธิ (เงินสด) นั้น กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานจะต้องนำเงินส่วนต่างดังกล่าว (ซึ่งถือว่าเป็นดอกเบี้ย) มาเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ เนื่องจากเข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ตามมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร หรือกรมสรรพากรอาจพิจารณาออกกฎหมายลำดับรองกำหนดให้การประกอบกิจการลงทุนในรูปแบบของธุรกรรมทางการเงิน (Financing) เป็นกิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาการตีความเกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีธุรกิจเฉพาะกรณีการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานในประเด็นว่า เป็นการให้กู้ยืมเงินหรือไม่ เข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการโดยปกติของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานหรือไม่

โดยสรุป สัญญาโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตควรที่จะเข้าลักษณะเป็นธุรกรรมทางการเงินในทำนองเดียวกับการกู้ยืมเงิน โดยเป็นสัญญานอกบรรพ 3 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มากกว่าสัญญาซื้อขายทรัพย์สิน และควรที่จะจัดเก็บภาษีอากรสำหรับธุรกรรมการโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานในรูปแบบธุรกรรมทางการเงิน (Financing) เนื่องจากการจัดเก็บภาษีอากรในรูปแบบธุรกรรมทางการเงินเป็นการจัดเก็บภาษีอากรที่เหมาะสมและง่ายที่สุดในปัจจุบัน

6.2 ข้อเสนอแนะ **CHULALONGKORN UNIVERSITY**

กรมสรรพากรควรกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการจัดเก็บภาษีอากรสำหรับธุรกรรม การโอนสิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต กรณีกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเป็นรูปแบบ ธุรกรรมทางการเงิน (Financing) ให้ชัดเจน ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและแน่นอนใน การจัดเก็บภาษีอากรสำหรับธุรกรรมดังกล่าว

รายการอ้างอิง

- A.Hill, Clair. "Securitization: A Low-Cost Sweetener for Lemons." *Washington University Law Quarterly* 74 (1996).
- Abbey, Paul. "Aspects of the Debt and Equity Tests." *Journal of Australian Taxation*.
- Campbell, Euan. "2010 Financial Services Taxation Conference Division 974 and Limited Recourse Debt." (11-12 February 2010).
- Campbell, Neil, Michael Durrer, R.J.Ruble, and Michelle Taylor. "Cross Broader Future Flow Securitization." *Securitized: Legal and Regulatory Issues* (2006).
- Caron, Paul L. "Tax Stories: An in-Depth Look at Ten Leading Federal Income Tax Cases." *Thomson West*.
- Duff & Phelps Credit Rating Co., Ltd. *Risk Ratings and the Future of Securitization*. Hongkong: Workable Company Limited, 1998.
- Dyson, Teresa. "Review of the Debt/Equity Tax Rules."
- Gordon, Thomas J. "Securitization of Executory Future Flows as Bankruptcy-Remote True Sales." *The University of Chicago Law Review* (2000).
- Haig, Robert M. *The Concept of Income-Economic and Legal Aspects*. New York: Columbia University Press, 1921.
- Kendall, Thomas Trotman and Keith. "The Certainty of Uncertainty: An Examination of the Pitfalls of Australia's Unique Debt-Equity Regime." La Trobe University, 2014.
- Kothari, Vinod. *Securitization: The Financial Instrument of the Future* Singapore: John Wiley & Sons (Asia) Pte Ltd, 2006.
- OECD. *International Tax Avoidance and Evasion*. France: Head of Publications Service, 1987.
- Office, Australian Taxation. "Debt and Equity Tests: Guide to the Debt and Equity Tests".
- Rough, Clive. "Future Flow Securitizations." *The Asian Securitization and Structured Finance Guide* (2000).
- Salinger, Freddy. *Factoring Law and Practice*. 2 ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.

- Sammeth, Traci A. "Beyond the Fruit Tree : A Proposal for the Revision of the Assignment of Income Doctrine." *Washington Law Review* 65, no. 248 (1990).
- Schwarcz, Steven L. "Structured Finance: The New Way to Securitize Assets." *Cardozo Law Review* (1990).
- Schwarz, Martin Fry and Brad. "Debt/Equity: Recent Developments." *Allen Arthur Robinson* (2005).
- Simons, Henry C. *Personal Income Taxation*. Chicago: University of Chicago Press, 1938.
- Taxation, Board of. "Review of the Debt and Equity Tax Rules ". (March 2014).
- Wesley, Milissa C. "Securitizing Project Debt." *Practising Law Institute PLI. No. A4-4489* (1995).
- Willis, Steven J. "Introduction to Tax School, Fundamental Topics Assignment of Income Doctrine." (2006).
- เทิดศักดิ์ ทวีธีระธรรม. กองทุน กองทรัสต์ ทางลัดมั่งคั่งอสังหา. 1 ed. กรุงเทพมหานคร: ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2560.
- เรืองกิตต์ แก้วฟานภาคล. "แพคตอริง." *สรรพยากรสาสน์* 9, no. 38 (กันยายน 2534).
- เสนีย์ ปราโมช. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 พุทธศักราช 2478 กรุงเทพฯ: : นิติบรรณการ, 2520.
- โสภณ รัตนการ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หนี้ กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2556.
- ไพฑูริศ เอกจริยกร. คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558.
- . คำอธิบายยืม ผากทรัพย์ กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.
- ไพโรจน์ วายุภาพ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ กรุงเทพฯ: บริษัท กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง จำกัด, 2559.
- ไพจิตร โรจนวานิช, ชุมพร เสนไทยและสาโรช ทองประคำ. ภาษีสรรพยากร: คำอธิบายประมวลรัษฎากร: เล่ม 1 กรุงเทพฯ: สามเจริญพาณิชย์, 2553.
- กอบแก้ว รัตนอุบล. การบัญชีชั้นกลาง 1. 6 ปรับปรุงใหม่ ed. กรุงเทพฯ: ศูนย์หนังสือมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.
- กอบชัย นิมกุลและณัฐพล ชวลิตชีวิน. *Securitization*. กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยตลาดทุน บริษัทเงินทุนอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย.
- กันตพิชญ์ อินชมภู. "ปัญหาภาษีเงินได้เกี่ยวกับค่าเสียหาย." จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555.

กัมปนาท บุญรอด. "การประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์." สรรพากรสาส์น 57, no. 12 (ธันวาคม 2553).

กาญจนา นิมนานเหมินทร์. วิชาภาษีอากร. กรุงเทพฯ: ห้องสมุดคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

กำธร พันธูลภ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2518.

คณะกรรมการวิสามัญ (สภานิติบัญญัติแห่งชาติ). "บันทึกการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540 พ.ศ., ครั้งที่ 1." 2557.

จรัญ ภัคดิธนากุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยผลและความระงับแห่งหนี้ กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย), 2555.

จันทิมา เพียรเวช. เอกสารการบรรยายวิชากฎหมายธุรกิจการเงิน(น.513). กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541.

———. "การขายที่แท้จริง (True Sale) ในการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์." วารสารนิติศาสตร์ 29, no. 3 (กันยายน 2542).

———. "พระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540 และพัฒนาการในประเทศไทย." วารสารนักบัญชี 44, no. 3 (เมษายน-กรกฎาคม 2541).

จิต เศรษฐบุตร. ยืม ผากทรัพย์ แก้ไขเพิ่มเติมโดยจิตติ ดิงศภัทย์ และสุธีร์ ศุภนิตย์. กรุงเทพฯ: มิตรนราการพิมพ์, 2531.

ชัยสิทธิ์ ตราชูธรรม. คำสอนวิชากฎหมายภาษีอากร. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2552.

จิตติวุฒิ สุขพรชัยกุล. "บริการทางการเงินที่เกี่ยวกับบัญชีลูกหนี้." เอกสารภาษีอากร 11 (กุมภาพันธ์ 2535).

ดาราดพร ธีระวัฒน์. กฎหมายหนี้ : หลักทั่วไป กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2560.

ดุยลักษณ์ ตราชูธรรม. หลักกฎหมายภาษีอากร (*the Principle of Tax Law*) กรุงเทพฯ: สถาบัน T-Training Center, 2550.

ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. "ทางเลือกใหม่ของการลงทุน."

https://www.set.or.th/th/products/listing2/files/Brochure_Infra_Fund_200514_01.pdf.

ตุลญา โรจน์ทั้งคำ แก้วสุภาสวัสดิ์. หลักกฎหมายซื้อขาย ขายฝาก แลกเปลี่ยน ให้เช่าทรัพย์ เช่าซื้อ กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2557.

- ทวีพูล ศรีหงส์. "ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาแพคตอริงระหว่างประเทศ." สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.
- ทัศนีย์ เหลืองเรืองรอง. ความรู้ทั่วไปกฎหมายภาษีตามประมวลรัษฎากร กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560.
- นิภัทร์ ชมบ้านแพ้ว. "กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure Fund) อีกหนึ่งทางเลือกในการลงทุนของภาครัฐ." วารสารการเงินการคลัง 24, no. 73 (ตุลาคม-ธันวาคม 2555).
- บัญชา พันธจารุณี. "การแปลงสินทรัพย์ให้เป็นหลักทรัพย์ : ศึกษาเฉพาะกรณีลูกหนี้เข้าซื้อรถยนต์." วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538.
- "ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทน. 1/2554 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน." (2554).
- "ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ. 7/2552 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในการอนุมัติโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์." ประพนธ์ ศาตะมาน, and ไพจิตร ปุญญพันธ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2551.
- ประวดี ปัตตะพงษ์. คำสอนชั้นปริญญาตรีกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยยืม ฯลฯ.
- ปรีชา สุมาวงศ์. คำอธิบายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานครพิมพ์, 2532.
- ปัญญา ฅนอมรอด. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยยืม คำประกัน จำนอง จำนำ กรุงเทพฯ: บริษัท กรุงเทพมหานคร จำกัด, 2559.
- ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะยืม ฝากทรัพย์ กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.
- พรเทพ ปิยวัฒน์เมธากุลและวิโรจน์ ปิยวัฒน์เมธากุล. พระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540: พร้อมด้วย: *Securitization* ในมุมมองของไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2541.
- พิณทิพย์ ปิยวัฒน์เมธา. "ปัญหาการปรับใช้กฎหมายในสัญญาแฟ็กเตอร์ริง : กรณีลูกค้าเลือกบริการทางการเงินและไม่ต้องการบริหารจัดการหนี้." 2550.
- ภัทรกิติดี เนตินิยม. "การแปลงสินทรัพย์เป็นตราสารในประเทศไทย." บริหารธุรกิจ 16, no. 64 (ตุลาคม - ธันวาคม 2536).
- มหาชัย ศรีทองกลาง. คำอธิบายกฎหมายกู้ยืมเงิน. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543.
- มานิตย์ จุมปา. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยยืม ฝากทรัพย์. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2545.

- วราภรรษา ดิปรี่ชา. "ข้อพิจารณาบางประการจากคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับสถานประกอบการถาวร (2)." สรรพากรสาส์น 51, no. 9 (กันยายน 2547).
- วราภรณ์ จงโชติชัชวาล. "ปัญหาการปรับการบังคับใช้กฎหมายและแนวทางในการจัดให้มีบทกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการรับโอนบัญชีลูกหนี้ทางการค้า." วิทยานิพนธ์ ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556.
- วิชญ์ เครื่องงาม. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2549.
- ศันนัฏกรณ์ โสทธิพันธ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. กรุงเทพฯ: วิทยุชุมชน, 2560.
- . คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิทยุชุมชน, 2560.
- ศิริลักษณ์ อรุณประดิษฐ์กุล. "ปัญหาทางกฎหมายตามพระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ พ.ศ. 2540." วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.
- สถิตย์ เสนสุภา. "ปัญหากฎหมายในสัญญาแพ็คเกจอริง (สัญญาซื้อขายและให้บริการเกี่ยวกับบัญชีลูกหนี้การค้า)." วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536.
- สมเดช วิจารณ์เสถียร. ฝ่าความแตกต่าง...มาตรฐานการบัญชี *Ifrs* กับภาษีอากร: ที่ต้องปรับปรุงกำไรสุทธิ (บวกกลับ) กรุงเทพฯ: ธรรมนิติ เพลส, 2554.
- สมาคมตลาดตราสารหนี้ไทย. การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (*Securitization*) กรุงเทพฯ: บริษัทอมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด (มหาชน), 2552.
- สมาคมนักบัญชีและผู้สอบบัญชีรับอนุญาตแห่งประเทศไทย. ศัพท์บัญชี. กรุงเทพฯ: สมาคมนักบัญชีและผู้สอบบัญชีรับอนุญาตแห่งประเทศไทย.
- สันติ กิระนันท์. สันติ ชวนคุย ตลาดทุนยุคใหม่ บริบทของตลาดทุนประเทศไทย. 1 ed. กรุงเทพมหานคร: ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, 2559.
- สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. "เอกสารรับฟังความคิดเห็น ที่ อ.น. 11/2554 เรื่อง ร่างประกาศที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure Fund)." (2554).
- . "เอกสารรับฟังความคิดเห็น ที่ อ.น. 13/2551 เรื่อง การอนุญาตให้จัดตั้งและจัดการกองทุนรวมสาธารณูปโภค (Infrastructure Fund)." 2551.
- . "รายชื่อกองทุน " .

สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์และสถาบันคีนันแห่งเอเชียด้วยการสนับสนุนเงินทุนจากองค์การเพื่อการพัฒนาระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกา. "มาตรฐานและจรรยาบรรณวิชาชีพการประเมินมูลค่าทรัพย์สินในประเทศไทย."

สุเกียรติ์ เวชจาร์วัฒน์. "การแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (Securitization): ศึกษาปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการนำบัญชีลูกหนี้ในโครงการอสังหาริมทรัพย์มาแปลงเป็นหลักทรัพย์." วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

สุเมธ ศิริคุณโชติ, กำธร สิริชูตวิงศ์, อติศักดิ์ สืบประดิษฐ์, and ภิรัตน์ เจียรนัย. ภาษีอากรตามประมวลรัษฎากร 2558 กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์, 2558.

สุชาวุฒิ ธรรมวรพล. "กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน : ทางเลือกใหม่ของการระดมทุนเพื่อพัฒนาประเทศ." วารสารการเงินการคลัง 27, no. 83.

สุดา หวังสู่วัฒนา. "ข้อห้ามโอนสิทธิเรียกร้อง : ผลทางกฎหมายและผลกระทบต่อธุรกรรมทางการเงินสมัยใหม่", วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

สุธีร์ ศุภนิตย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วิชาเอกเทศสัญญา 2 ยืมและฝากทรัพย์. กรุงเทพฯ: บริษัท พิมพ์ดี จำกัด, 2558.

สุนทร มณีสวัสดิ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หนี้. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551.

สุมาลี สติตชัยเจริญและมยุร บุญยรัตน์. "มาตรการภาษีและค่าธรรมเนียมของกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure Fund)." วารสารการเงินการคลัง 74 (มกราคม – มีนาคม 2556).

"หนังสือชี้ชวน บริษัท ดีเอที เอสพีวี จำกัด เสนอขายหุ้นกู้ที่ออกภายใต้โครงการที่ได้รับอนุญาตตามพระราชกำหนดนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์."

<http://www.thaibma.or.th>.

อรพรรณ พันธ์พัฒนา. คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2558.



ภาคผนวก

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ที่ กค ๐๗๒๒/ ฎญ/ ๕๒๕๙

สำนักบริหารภาษีธุรกิจขนาดใหญ่
กรมสรรพากร ๙๐ ซอยพหลโยธิน ๗
ถนนพหลโยธิน แขวงสามเสนใน
เขตพญาไท กรุงเทพมหานคร ๑๐๔๐๐

๙ มี.ค. ๒๕๕๘

เรื่อง ภาษีเงินได้นิติบุคคลและภาษีธุรกิจเฉพาะ กรณีการรับรู้รายได้รายจ่ายจากการขายรายได้
สุทธิในอนาคตให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

เรียน ประธานกรรมการบริหาร บริษัท ร. จำกัด (มหาชน)

อ้างอิง หนังสือของบริษัทฯ ที่ ๔๒๖๕๘.BO๑๗๐.๐๘.๐๑.๒๐๑๓ ลงวันที่ ๘ มกราคม ๒๕๕๖

ตามหนังสือที่อ้างถึง บริษัท ร. จำกัด (มหาชน) (บริษัทฯ) หรือเกี่ยวกับภาษีเงินได้นิติบุคคล
และภาษีธุรกิจเฉพาะ กรณีการรับรู้รายได้รายจ่ายจากการขายรายได้สุทธิในอนาคตให้แก่กองทุนรวม
โครงสร้างพื้นฐาน มีข้อเท็จจริงสรุปได้ดังนี้

๑. ตามที่รัฐบาลมีนโยบายจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (กองทุนรวมฯ) ในการ
ระดมทุนจากประชาชนเพื่อใช้ในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ ซึ่งคณะกรรมการกำกับ
ตลาดทุนได้ออกประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทน. ๑/๒๕๕๔ เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข
และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ลงวันที่ ๑๐ มกราคม ๒๕๕๔ (ประกาศฯ)
อนุญาตให้บริษัทที่ได้รับสัมปทานในการประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐาน สามารถนำสิทธิในการรับ
ประโยชน์จากรายได้ในอนาคตออกขายให้แก่กองทุนรวมฯ โดยกองทุนรวมฯ จะจัดสรรและเสนอขาย
หน่วยลงทุนให้แก่ประชาชนเป็นการทั่วไป และเข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย

๒. บริษัทฯ ประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานโดยได้รับสัมปทานจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง
ในการให้บริการรถไฟฟ้าแก่ประชาชน บริษัทฯ อยู่ระหว่างการจัดตั้งกองทุนรวมฯ เพื่อที่จะขายรายได้
จากค่าโดยสารสุทธิในอนาคตตามระยะเวลาสัมปทานที่เหลืออยู่ หลังหักค่าใช้จ่ายจากการดำเนินงาน
การบริหารจัดการ และเงินลงทุนที่เกี่ยวข้อง (รายได้สุทธิในอนาคตฯ) ซึ่งกองทุนรวมฯ จะใช้เงิน
ที่ได้มาจากการขายหน่วยลงทุนให้แก่ประชาชนเข้าซื้อรายได้สุทธิในอนาคตฯ จากบริษัทฯ
ดังปรากฏตามร่างสัญญาซื้อและโอนสิทธิรายได้สุทธิ (Net Revenue Transfer Agreement) ลงวันที่
๑๗ เมษายน ๒๕๕๖ (สัญญา NRTA) โดยมีบริษัทแม่ซึ่งได้แก่ บริษัท กรู๊ป โฮลดิ้งส์ จำกัด (มหาชน)
เป็นผู้ให้การค้ำประกันหน้าที่ของบริษัทฯ ตามสัญญา NRTA เช่น หน้าที่ในการนำส่งรายได้สุทธิใน

อนาคตฯ ให้แก่กองทุนรวมฯ เป็นต้น ดังปรากฏตามสัญญาประกันต่างๆ ระหว่างบริษัทแม่และกองทุนรวมฯ

๓. กองทุนรวมฯ จะเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในรายได้สุทธิในอนาคตฯ ทั้งหมดและรับความเสี่ยงจากกิจการโครงสร้างพื้นฐาน โดยหากมีกำไรจากการลงทุนก็จะทำการจ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นลงทุนบริษัทฯ จะไม่มีส่วนรับรู้ผลประโยชน์ของธุรกิจภายใต้สัมปทานดังกล่าวอีกต่อไป ในทางบัญชี ดังนั้น ตามมาตรฐานการบัญชี ฉบับที่ ๑๘ (ปรับปรุง พ.ศ. ๒๕๕๒) เรื่อง รายได้ ประกอบกับกฎหมายว่าด้วยการบัญชีบริษัทฯ จะต้องรับรู้รายได้จากการขายรายได้สุทธิในอนาคตเป็นการขายขาดทันทีในปีบัญชีที่เกี่ยวข้อง โดยนำต้นทุนอุปกรณคงเหลือ และสิทธิตามสัญญาสัมปทาน มาคำนวณหักเป็นรายจ่าย และเมื่อเรียกเก็บค่าโดยสารจากประชาชน บริษัทฯ จะไม่สามารถรับรู้รายได้จากการดำเนินการได้อีกต่อไป

๔. บริษัทฯ ทหรือว่า ความเข้าใจของบริษัทฯ ดังต่อไปนี้ ถูกต้องหรือไม่

๔.๑ เนื่องจากรายได้สุทธิในอนาคตฯ ดังกล่าวมีสถานะเป็นเพียงกำไรเบื้องต้นที่บริษัทฯ คาดหวังว่าจะได้รับจากรายได้ค่าโดยสารตามอายุสัมปทานที่เหลือ การขายกระแสเงินสดในอนาคต เฉพาะส่วนที่เป็นกำไรเบื้องต้นจากกิจการจึงไม่ใช่การโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา ๓๐๓ แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ ไม่ใช่การโอนบัญชีลูกหนี้ และไม่ใช่การโอนสินค้าที่ไม่มีรูปร่าง ด้วยเหตุที่ไม่อาจถือเป็นทรัพย์สินหรือทรัพย์สินได้ ตามนิยามของมาตรา ๑๓๗ - ๑๓๘ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่อย่างใด การขายรายได้สุทธิในอนาคตจึงไม่ใช่ในนิติกรรมการจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินหรือทรัพย์สิน แต่เป็นนิติกรรมทางการเงินนอกบรรพ ๓ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่มีผลผูกพันคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ดังนั้น

(๑) บริษัทฯ ไม่มีหน้าที่จะต้องนำเงินที่ได้รับจากการขายรายได้สุทธิในอนาคตฯ มาถือเป็นรายได้ที่ต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล แต่จะต้องนำเงินจำนวนดังกล่าวตั้งพักเป็นบัญชีเจ้าหนี้กองทุนรวมฯ โดยถือเป็นธุรกรรมทางการเงินรูปแบบหนึ่ง

(๒) เนื่องจากบริษัทฯ มิได้โอนสัมปทานรถไฟฟ้าดังกล่าวให้แก่กองทุนรวมฯ แต่อย่างใด บริษัทฯ จึงยังคงมีสถานะเป็นผู้รับสัมปทานรถไฟฟ้า และมีหน้าที่ให้บริการขนส่งรถไฟฟ้าแก่ประชาชนตามปกติ ดังนั้น บริษัทฯ จะต้องนำรายได้ค่าบริการรถไฟฟ้าที่เรียกเก็บจากผู้โดยสารมาถือเป็นรายได้ของบริษัทฯ ในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีที่เกี่ยวข้องจนหมดอายุสัมปทาน และมีสิทธินำส่วนต่างระหว่างเงินได้จากการขายรายได้สุทธิในอนาคตฯ ที่จัดสรรให้ในรอบระยะเวลาบัญชีแต่ละรอบ และรายได้สุทธิเรียกเก็บได้จริงในรอบระยะเวลาบัญชีนั้นๆ มาถือเป็นต้นทุนทางการเงินในการคำนวณกำไรสุทธิ เพื่อเสียภาษีตามประมวลรัษฎากร

(๓) เนื่องจากรายได้สุทธิในอนาคตฯ เป็นเพียงสิทธิในการรับประโยชน์จากกำไรเบื้องต้นตามอายุสัมปทานที่เหลือ ซึ่งไม่สามารถกำหนดจำนวนที่แน่นอนได้ ทำให้บริษัทฯ ไม่สามารถ

คำนวณส่วนต่างมาถือเป็นต้นทุนทางการเงินในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีโดยใช้หลักเกณฑ์เฉลี่ย หรือใช้วิธีการเส้นตรง (Straight Line) เนื่องจากวิธีการดังกล่าวไม่สอดคล้องกับปริมาณรายได้และปริมาณการผลิตที่มีแนวโน้มสูงขึ้นในแต่ละปี และมีผลให้การคำนวณรายจ่ายต้นทุนทางการเงินไม่สัมพันธ์กับยอดรายได้สุทธิที่เกิดขึ้นจริงในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีตามหลักการของมาตรา ๖๕ วรรคสอง แห่งประมวลรัษฎากร บริษัทฯ เข้าใจว่าบริษัทฯ สามารถจัดสรรเจ้าหนี้กองทุนรวมฯ ให้แก่รอบระยะเวลาบัญชีที่เกี่ยวข้องแต่ละรอบตามวิธีคำนวณผลผลิต (Unit of Production) กล่าวคือ บริษัทฯ จะนำอัตราส่วนของปริมาณการผลิตจริงในแต่ละปีเทียบกับปริมาณการผลิตทั้งสิ้นที่เกิดจากการประมาณการมาคูณด้วยยอดเจ้าหนี้กองทุนรวมฯ ดังนี้

ค่าตัดจำหน่ายเจ้าหนี้กองทุนรวมฯ สำหรับปี = เจ้าหนี้กองทุนรวมฯ สุทธิ X อัตราส่วนปริมาณการผลิตสำหรับปี
เจ้าหนี้กองทุนสุทธิฯ หมายถึง เจ้าหนี้กองทุนรวมฯ หักค่าตัดจำหน่ายสะสม

อัตราส่วนปริมาณการผลิตสำหรับปี = ปริมาณการผลิตจริงสำหรับปี

(ปริมาณการผลิตจริงสำหรับปี + ปริมาณการผลิตตลอดอายุที่เหลือของสัมปทาน)

บริษัทฯ ได้นำวิธีคำนวณผลผลิตหรือ Unit of Production นำมาใช้ในการตัดค่าเสื่อมราคาเงินลงทุนในระบบสัมปทาน เพื่อคำนวณกำไรสุทธิตามประมวลรัษฎากรในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีที่เกี่ยวข้อง และเป็นไปตามแนวทางของมาตรฐานการบัญชี ฉบับที่ ๑๖ (ปรับปรุง พ.ศ. ๒๕๕๒) เรื่อง ที่ดิน อาคาร อุปกรณ์ อนึ่ง เมื่อสิ้นรอบระยะเวลาบัญชีแต่ละปี บริษัทฯ จะต้องทำการปรับปรุงประมาณการปริมาณการผลิตให้เหมาะสมเพื่อนำมาใช้ในการคำนวณส่วนต่างของรอบระยะเวลาบัญชีถัดไป

๔.๒ บริษัทฯ มีหน้าที่จะต้องส่งมอบรายได้ที่ได้รับจากการประกอบกิจการสัมปทานในจำนวนที่เท่ากับรายได้สุทธิในอนาคตฯ เข้าฝากในบัญชีเงินฝากที่ได้เปิดไว้ในนามของกองทุนรวมฯ และบริษัทฯ จะต้องนำเงินรายได้ส่วนที่เหลือซึ่งเป็นของบริษัทฯ ในจำนวนที่เทียบเท่ากับค่าใช้จ่ายจากการดำเนินงานการบริหารจัดการ และเงินลงทุนที่เกี่ยวข้องที่ไม่ได้ขายให้แก่กองทุนรวมฯ ฝากเข้าบัญชีของบริษัทฯ ในทุกวันทำการถัดจากวันที่มีรายได้ค่าโดยสารเกิดขึ้นก่อน โดยจะมีสิทธิถอนเงินสดดังกล่าวออกจากบัญชีของบริษัทฯ ได้หลังจากวันสิ้นเดือนในแต่ละเดือนเท่านั้น ดังนั้น เงินของบริษัทฯ ที่ฝากไว้เพื่อเป็นประกันและจะเบิกถอนได้ในภายหลังนั้น จึงไม่ใช่เงินค่าบริการที่จะต้องถูกหักภาษี ณ ที่จ่าย หรือที่จะต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่มแต่อย่างใด แต่เป็นส่วนหนึ่งของรายได้ของบริษัทฯ จากการประกอบกิจการสัมปทานในส่วนที่ไม่ได้นำไปขายให้แก่กองทุนรวมฯ หรือที่มีได้นำไปใช้ชำระหนี้คืนให้แก่กองทุนรวมฯ ตามสัญญา NRTA เท่านั้น

๔.๓ เมื่อบริษัทฯ นำเงินที่ได้รับจากการขายรายได้สุทธิในอนาคตฯ ให้บริษัท กรู๊ป โฮลดิ้งส์ จำกัด (มหาชน) กู้ยืมเพื่อนำไปใช้ลงทุนในโครงการใหม่ๆ หรือเพื่อวัตถุประสงค์อื่นๆ ทางธุรกิจ บริษัทฯ จะต้องคิดดอกเบี้ยตามอัตราตลาดตามนัยของมาตรา ๖๕ ทวิ (๔) แห่งประมวล

ราชการ โดยไม่คำนึงว่าบริษัทฯ จะมีส่วนต่างที่เป็นค่าใช้จ่ายทางการเงินที่บริษัทฯ ต้องชำระให้แก่ กองทุนรวมฯ ที่อัตราสูงกว่าหรือต่ำกว่าการให้กู้ยืมเงินกับบริษัท กู๊ป โฮลดิ้งส์ จำกัด (มหาชน) แต่อย่างใด

๔.๔ เมื่อกองทุนรวมฯ ได้รับส่วนต่างระหว่างเงินได้จากการซื้อขายได้สุทธิในอนาคตที่จัดสรรให้แก่รอบระยะเวลาบัญชีแต่ละรอบ และรายได้สุทธิเรียกเก็บได้จริง กองทุนรวมฯ มีหน้าที่ จะต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ โดยถือว่าส่วนต่างดังกล่าวเป็นดอกเบี้ยหรือส่วนลดจากธุรกรรมทางการเงินสำหรับกิจการเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ ตามมาตรา ๙๑/๕ (๕) (ก) แห่งประมวลรัษฎากร หรือไม่ ดังความละเอียดแจ้งอยู่แล้ว นั้น

สำนักบริหารภาษีธุรกิจขนาดใหญ่ขอเรียนว่า

๑. ภาษีเงินได้นิติบุคคล

๑.๑ บริษัทฯ มิได้โอนสัมปทานรถไฟฟ้าดังกล่าวให้แก่กองทุนรวมฯ แต่อย่างใด บริษัทฯ จึงยังคงมีสถานะเป็นผู้รับสัมปทานรถไฟฟ้า และมีหน้าที่ให้บริการขนส่งรถไฟฟ้าแก่ประชาชน ตามปกติ ดังนั้นบริษัทฯ จะต้องนำรายได้จากการประกอบกิจการ รวมถึงค่าบริการรถไฟฟ้าที่เรียกเก็บจากผู้โดยสารไปถือเป็นรายได้ของบริษัทฯ ในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีที่เกี่ยวข้องจนหมดอายุสัมปทาน และบริษัทฯ มีสิทธินำรายจ่ายจากการประกอบกิจการต่างๆ รวมถึงกิจการรถไฟฟ้าที่ไม่เข้าลักษณะเป็นรายจ่ายต้องห้ามตามมาตรา ๖๕ ตรี แห่งประมวลรัษฎากร ไปรวมคำนวณเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล ตามมาตรา ๖๕ แห่งประมวลรัษฎากร

๑.๒ เมื่อบริษัทฯ ได้รับเงินจากกองทุนรวมฯ ตามสัญญา NRTA ซึ่งมีลักษณะเป็นข้อตกลงที่กองทุนรวมฯ ตกลงนำเงินไปลงทุนในกิจการของบริษัทฯ ดังกล่าวข้างต้น โดยบริษัทฯ มีหน้าที่ต้องนำส่งรายได้สุทธิในอนาคตให้กองทุนรวมฯ ตามสัญญา ดังนั้น เงินที่บริษัทฯ ได้รับจากกองทุนรวมฯ ไม่ถือเป็นรายได้จากการประกอบกิจการหรือเนื่องจากการประกอบกิจการของบริษัทฯ ตามมาตรา ๖๕ แห่งประมวลรัษฎากร บริษัทฯ จึงไม่มีหน้าที่ต้องนำเงินที่ได้รับโอนจากกองทุนรวมฯ ไปถือเป็นรายได้ในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล

บริษัทฯ มีหน้าที่ต้องนำรายได้ รายจ่ายตาม ๑.๑ ไปรวมคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล และสำหรับเงินที่บริษัทฯ ต้องจ่ายคืนให้แก่กองทุนรวมฯ ตามสัญญา NRTA ซึ่งอาจจะมากหรือน้อยกว่าจำนวนเงินที่กองทุนรวมฯ โอนให้บริษัทฯ ตามสัญญา NRTA นั้น หากเงินที่บริษัทฯ ต้องชำระคืนกองทุนรวมฯ มีจำนวนมากกว่าเงินที่ได้รับมา ส่วนต่างย่อมถือเป็นต้นทุนทางการเงิน (Financing Cost) ซึ่งถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิหรือขาดทุนสุทธิ หากเงินที่บริษัทฯ ต้องชำระคืนกองทุนรวมฯ มีจำนวนน้อยกว่าเงินที่ได้รับมา ส่วนต่างต้องนำมาถือเป็นรายได้

ในการคำนวณกำไรสุทธิหรือขาดทุนสุทธิด้วย สำหรับต้นทุนทางการเงินให้บริษัทฯ ถือปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และการปฏิบัติทางบัญชีที่รับรองทั่วไปและปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอ

๑.๓ กรณีเงินของบริษัทฯ ที่ฝากไว้เพื่อเป็นประกันและจะเบิกถอนได้ในภายหลังนั้น ไม่เข้าลักษณะเงินค่าบริการที่จะต้องถูกหักภาษี ณ ที่จ่าย หรือที่จะต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่มแต่อย่างใด แต่เป็นส่วนหนึ่งของรายได้ของบริษัทฯ จากการประกอบกิจการสัมปทาน ซึ่งต้องนำไปรวมคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา ๖๕ แห่งประมวลรัษฎากร

๑.๔ กรณีบริษัทฯ ให้บริษัท กรู๊ป โฮลดิ้งส์ จำกัด (มหาชน) กู้ยืมเงิน หากบริษัทฯ ไม่คิดดอกเบี้ยหรือคิดดอกเบี้ยต่ำกว่าราคาตลาดโดยไม่มีเหตุอันสมควรแล้ว เจ้าพนักงานประเมินมีอำนาจประเมินดอกเบี้ยนั้นตามราคาตลาดในวันที่ให้กู้ยืมเงิน ตามมาตรา ๖๕ ทวิ (๔) แห่งประมวลรัษฎากร

๒. ภาษีมูลค่าเพิ่ม

เมื่อบริษัทฯ ได้รับเงินจากกองทุนรวมฯ ตามสัญญา NRTA ไม่เข้าลักษณะเป็นการขายสินค้าหรือให้บริการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม ตามมาตรา ๗๗/๒ แห่งประมวลรัษฎากร บริษัทฯ จึงไม่มีหน้าที่ต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่มแต่อย่างใด

๓. ภาษีธุรกิจเฉพาะ

กรณีกองทุนรวมฯ เข้าทำสัญญากับบริษัทฯ และบริษัท กรู๊ป โฮลดิ้งส์ จำกัด (มหาชน) และผู้ที่เกี่ยวข้อง เป็นการประกอบกิจการลงทุนในทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ตามประกาศฯ ไม่เข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา ๙๑/๒ แห่งประมวลรัษฎากร กองทุนรวมฯ จึงไม่มีหน้าที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะแต่อย่างใด

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ขอแสดงความนับถือ
CHULALONGKORN UNIVERSITY

(นางทิพวรรณ ชยุติมันต์)

ผู้อำนวยการสำนักบริหารภาษีธุรกิจขนาดใหญ่

ส่วนกฎหมาย

โทร. ๐-๒๒๗๒-๙๑๔๐

ที่ กค ๐๗๒๒/ ฎญ/ ๖๘๒๒

สำนักบริหารภาษีธุรกิจขนาดใหญ่
กรมสรรพากร ๙๐ ซอยพหลโยธิน ๗
ถนนพหลโยธิน แขวงสามเสนใน
เขตพญาไท กรุงเทพมหานคร ๑๐๔๐๐

๒๖ มี.ค. ๒๕๕๘

เรื่อง ภาษีเงินได้นิติบุคคล ภาษีมูลค่าเพิ่มและภาษีธุรกิจเฉพาะ กรณีการรับรู้รายได้รายจ่ายจากการขายรายได้สุทธิในอนาคตให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

เรียน ประธานกรรมการบริหาร บริษัท จำกัด (มหาชน)

อ้างถึง ๑. หนังสือที่ กค ๐๗๒๒/ฎญ/๕๒๕๙ ลงวันที่ ๙ มีนาคม ๒๕๕๘

๒. หนังสือของบริษัทฯ ที่ ๔๒๖๕๘.BO๑๗๐.๐๘.๐๑.๒๐๑๓ ลงวันที่ ๘ มกราคม ๒๕๕๖

ตามหนังสือที่อ้างถึง ๑. ได้ตอบข้อหารือของ บริษัท ร. จำกัด (มหาชน) (บริษัทฯ) เกี่ยวกับ ภาษีเงินได้นิติบุคคล และภาษีธุรกิจเฉพาะ กรณีการรับรู้รายได้รายจ่ายจากการขายรายได้สุทธิในอนาคตให้แก่กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานที่ บริษัทฯ หรือ ตามหนังสือที่อ้างถึง ๒. ดังความละเอียดแจ้งอยู่แล้วนั้น

สำนักบริหารภาษีธุรกิจขนาดใหญ่ขอเรียนว่า ขอยกเลิกหนังสือตอบข้อหารือตามที่อ้างถึง ๑. และให้ใช้การตอบข้อหารือฉบับนี้แทน ดังนี้

๑. ภาษีเงินได้นิติบุคคล

๑.๑ บริษัทฯ มิได้โอนสัมปทานรถไฟฟ้าดังกล่าวให้แก่กองทุนรวมฯ แต่อย่างไรก็ดี บริษัทฯ จึงยังคงมีสถานะเป็นผู้รับสัมปทานรถไฟฟ้า และมีหน้าที่ให้บริการขนส่งรถไฟฟ้าแก่ประชาชน ตามปกติ ดังนั้นบริษัทฯ จะต้องนำรายได้จากการประกอบกิจการ รวมถึงค่าบริการรถไฟฟ้าที่เรียกเก็บจากผู้โดยสารไปถือเป็นรายได้ของบริษัทฯ ในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีที่เกี่ยวข้องจนหมดอายุสัมปทาน และบริษัทฯ มีสิทธินำรายจ่ายจากการประกอบกิจการต่างๆ รวมถึงกิจการรถไฟฟ้าที่ไม่เข้าลักษณะเป็นรายจ่ายต้องห้ามตามมาตรา ๖๕ ตรี แห่งประมวลรัษฎากร ไปรวมคำนวณเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล ตามมาตรา ๖๕ แห่งประมวลรัษฎากร

๑.๒ เมื่อบริษัทฯ ได้รับเงินจากกองทุนรวมฯ ตามสัญญา NRTA ซึ่งมีลักษณะเป็น ข้อตกลงที่กองทุนรวมฯ ตกลงนำเงินไปให้บริษัทฯ ใช้ในการดำเนินกิจการของบริษัทฯ ดังกล่าวข้างต้น โดยบริษัทฯ มีหน้าที่ต้องนำส่งรายได้สุทธิในอนาคตให้กองทุนรวมฯ ตามสัญญา ดังนั้น เงินที่บริษัทฯ ได้รับจากกองทุนรวมฯ ไม่ถือเป็นรายได้จากการประกอบกิจการหรือเนื่องจากการประกอบกิจการของบริษัทฯ ตามมาตรา ๖๕ แห่งประมวลรัษฎากร บริษัทฯ จึงไม่มีหน้าที่ต้องนำเงินที่ได้รับจากกองทุนรวมฯ ไปถือเป็นรายได้ในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล

บริษัทฯ มีหน้าที่ต้องนำรายได้ รายจ่ายตาม ๑.๑ ไปรวมคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสีย ภาษีเงินได้นิติบุคคล และสำหรับเงินที่บริษัทฯ ต้องจ่ายคืนให้แก่กองทุนรวมฯ ตามสัญญา NRTA ซึ่ง อาจจะมากหรือน้อยกว่าจำนวนเงินที่กองทุนรวมฯ จ่ายให้บริษัทฯ ตามสัญญา NRTA นั้น หากเงินที่ บริษัทฯ ต้องชำระคืนกองทุนรวมฯ มีจำนวนมากกว่าเงินที่ได้รับมาส่วนต่างย่อมถือเป็นต้นทุนทาง การเงิน (Financing Cost) ซึ่งถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณกำไรสุทธิหรือขาดทุนสุทธิ หากเงินที่ บริษัทฯ ต้องชำระคืนกองทุนรวมฯ มีจำนวนน้อยกว่าเงินที่ได้รับมา ส่วนต่างต้องนำมาถือเป็นรายได้ ในการคำนวณกำไรสุทธิหรือขาดทุนสุทธิด้วย สำหรับต้นทุนทางการเงินให้บริษัทฯ ถือปฏิบัติตาม หลักเกณฑ์ วิธีการ และการปฏิบัติทางบัญชีที่รับรองทั่วไป และปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอ

๑.๓ กรณีเงินของบริษัทฯ ที่ฝากไว้เพื่อเป็นประกันและจะเบิกถอนได้ในภายหลังนั้น ไม่ เข้าลักษณะเงินค่าบริการที่จะต้องถูกหักภาษี ณ ที่จ่าย หรือที่จะต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่มแต่อย่างใด แต่เป็นส่วนหนึ่งของรายได้ของบริษัทฯ จากการประกอบกิจการสัมปทาน ซึ่งต้องนำไปรวมคำนวณ กำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลตามมาตรา ๖๕ แห่งประมวลรัษฎากร

๑.๔ กรณีบริษัทฯ ให้บริษัท กรู๊ป โฮลดิ้งส์ จำกัด (มหาชน) กู้ยืมเงิน หากบริษัทฯ ไม่คิด ดอกเบี้ยหรือคิดดอกเบี้ยต่ำกว่าราคาตลาดโดยไม่มีเหตุอันสมควรแล้ว เจ้าพนักงานประเมินมีอำนาจ ประเมินดอกเบี้ยนั้นตามราคาตลาดในวันที่ให้กู้ยืมเงิน ตามมาตรา ๖๕ ทวิ (๔) แห่งประมวลรัษฎากร

๒. ภาษีมูลค่าเพิ่ม

เมื่อบริษัทฯ ได้รับเงินจากกองทุนรวมฯ ตามสัญญา NRTA ไม่เข้าลักษณะเป็นการขาย สินค้าหรือให้บริการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่ม ตามมาตรา ๗๗/๒ แห่งประมวลรัษฎากร บริษัทฯ จึงไม่มีหน้าที่ต้องเสียภาษีมูลค่าเพิ่มแต่อย่างใด

๓. ภาษีธุรกิจเฉพาะ

ผลตอบแทนซึ่งเป็นส่วนต่างตามข้อ ๑.๒ วรรค ๒ ที่กองทุนรวมฯ ได้รับ กองทุนรวมฯ มีหน้าที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ ตามมาตรา ๙๑/๒ (๕) แห่งประมวลรัษฎากร

ขอแสดงความนับถือ

(นางทิพวรรณ ชยุติมันต์)

ผู้อำนวยการสำนักบริหารภาษีธุรกิจขนาดใหญ่

ส่วนกฎหมาย

โทร. ๐-๒๒๗๒-๙๑๔๐



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

เลขที่หนังสือ: กค 0702/7105

วันที่: 16/08/2555

มาตรา: มาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร

เรื่อง: ภาษีเงินได้นิติบุคคลและภาษีธุรกิจเฉพาะ กรณีการจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

ข้อหารือ : บริษัท ช. จำกัด (บริษัทฯ) ท้าหรือเกี่ยวกับภาระภาษีเงินได้นิติบุคคลและภาษีธุรกิจเฉพาะ กรณีการจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน สรุปข้อเท็จจริงได้ดังนี้

1. บริษัทฯ ซึ่งประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการพัฒนาโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ ได้จัดตั้งบริษัทลูกจำนวนหลายบริษัทเพื่อดำเนินกิจการโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์แต่ละโครงการ โดยบริษัทลูกแต่ละบริษัทได้เข้าทำสัญญาซื้อขายไฟฟ้ากับการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (สัญญาซื้อขายไฟฟ้า) และได้รับส่งเสริมการลงทุนสำหรับกิจการผลิตไฟฟ้าจากพลังงานแสงอาทิตย์ โดยยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลสำหรับกำไรสุทธิที่ได้รับจากการประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมเป็นระยะเวลา 8 ปี และได้รับลดหย่อนภาษีเงินได้นิติบุคคลสำหรับกำไรสุทธิในอัตราร้อยละ 50 ของอัตรากปกติ คือไปอีกเป็นระยะเวลา 5 ปี

2. เนื่องจากคณะกรรมการกำกับการตลาดทุนได้ออก ประกาศคณะกรรมการกำกับการตลาดทุนที่ ทน. 1/2554 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน (กองทุนรวมฯ) ลงวันที่ 10 มกราคม 2554 (ประกาศฯ) อนุญาตให้บริษัทที่ได้รับสัมปทานในการประกอบกิจการโครงสร้างพื้นฐานซึ่งรวมถึงกิจการพลังงานทางเลือกสามารถนำทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐาน เช่น สิทธิในการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคต ออกขายให้แก่กองทุนรวมฯ บริษัทฯ จึงมีความประสงค์จะระดมทุนโดยร่วมมือกับบริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนรวม (บริษัทจัดการ) จัดตั้งกองทุนรวมฯ ตามประกาศฯ โดยกองทุนฯ ซึ่งมีฐานะเป็นกองทุนรวมตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 จะเข้าลงทุนในสิทธิการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของบริษัทลูกจำนวน 7 บริษัท ตามระยะเวลาที่กำหนดในโครงการ

3. ในการดำเนินการตาม 2. มีขั้นตอนดังนี้

3.1 บริษัทจัดการดำเนินการจัดตั้งกองทุนรวมฯ ตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในประกาศฯ และระดมทุนโดยการเสนอขายหน่วยลงทุนของกองทุนรวมฯ ให้แก่นักลงทุนทั่วไป

3.2 กองทุนรวมฯ นำเงินที่ได้รับจากการเสนอขายหน่วยลงทุน เข้าลงทุนในทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งได้แก่สิทธิการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของบริษัทลูก โดยบริษัทลูกจะทำสัญญากับกองทุนรวมฯ เพื่อโอนสิทธิการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตสุทธิ (Future Net Revenue) ที่บริษัทลูกจะได้รับจากการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคตามสัญญาซื้อขายไฟฟ้า ให้แก่กองทุนฯ (สัญญาโอนสิทธิฯ) โดยตามสัญญาโอนสิทธิฯ กองทุนรวมฯ จะชำระค่าตอบแทนให้แก่บริษัทลูกใน

วันที่รับโอนสิทธิ และตลอดระยะเวลาของสัญญาโอนสิทธิฯ เมื่อบริษัทลูกได้รับเงินค่าไฟฟ้าจากการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค บริษัทลูกมีหน้าที่ที่จะต้องนำส่งเงินรายได้ทั้งหมดให้แก่กองทุนรวมฯ ต่อจากนั้นกองทุนรวมฯ จะนำส่งเงินจำนวนหนึ่งคืนให้แก่บริษัทลูกสำหรับใช้เป็นค่าใช้จ่ายในการบริหารกิจการไฟฟ้า ซึ่งเป็นจำนวนที่บริษัทลูกใช้จ่ายจริงและกองทุนรวมฯ จะนำเงินที่รับจากบริษัทลูกดังกล่าว (ภายหลังหักค่าใช้จ่ายที่นำส่งให้แก่บริษัทลูกแล้ว) มาจ่ายให้แก่ผู้ถือหุ้นของกองทุนรวมฯ ในรูปของเงินปันผลและเงินคืนทุน

ทั้งนี้ ตามสัญญาโอนสิทธิฯ กองทุนรวมฯ จะได้รับแต่เพียงสิทธิการได้รับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของบริษัทลูกเท่านั้น โดยบริษัทลูกยังคงเป็นเจ้าของทรัพย์สินทั้งหมดที่ใช้ในการประกอบกิจการโรงไฟฟ้าตลอดจนเป็นผู้มีหน้าที่ในการบริหารจัดการโรงงานไฟฟ้าและจำหน่ายไฟฟ้าให้แก่การไฟฟ้าส่วนภูมิภาคตลอดระยะเวลาของสัญญา

3.3 เมื่อบริษัทลูกได้รับคำตอบแทนจากกองทุนรวมฯ ตามสัญญาโอนสิทธิฯ บริษัทลูกจะนำเงินดังกล่าวบางส่วนไปชำระหนี้ที่มีอยู่เดิมให้แก่ธนาคารตามหนี้เงินกู้ยืมที่บริษัทลูกนำมาใช้ในการก่อสร้างทรัพย์สินต่างๆ ตามธุรกิจโรงไฟฟ้าพลังงานแสงอาทิตย์ที่บริษัทลูกได้รับการส่งเสริมการลงทุนและนำเงินส่วนที่เหลือไปให้บริษัทฯ กู้ยืม

3.4 เมื่อบริษัทลูกได้รับค่าไฟฟ้าจากการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค ในแต่ละเดือนตามสัญญาซื้อขายไฟฟ้า บริษัทลูกจะต้องนำส่งเงินทั้งหมดดังกล่าวให้แก่กองทุนรวมฯ ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาโอนสิทธิฯ ต่อจากนั้นกองทุนรวมฯ จะนำส่งเงินจำนวนหนึ่งคืนให้แก่บริษัทลูกสำหรับใช้เป็นค่าใช้จ่ายในการบริหารกิจการโรงไฟฟ้า โดยบริษัทลูกจะเป็นผู้เรียกเก็บตามจำนวนค่าใช้จ่ายจริงของบริษัทลูก

4. บริษัทฯ ได้หารือดังนี้

4.1 เนื่องจากธุรกรรมการโอนสิทธิการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของบริษัทลูกให้แก่กองทุนรวมฯ นั้นเป็นธุรกรรมทางการเงินรูปแบบหนึ่ง ดังนั้น บริษัทลูกจึงไม่มีภาระภาษีสำหรับเงินค่าตอบแทนที่บริษัทลูกได้รับจากกองทุนรวมฯ ในวันที่โอนสิทธิ โดยบริษัทลูกยังคงรับรู้รายได้จากค่าไฟฟ้าที่บริษัทลูกได้รับจากการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคในแต่ละเดือนเช่นเดียวกับกรณีการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (Securitization) ถูกต้องหรือไม่

4.2 เมื่อบริษัทลูกนำส่งเงินรายได้ให้กับกองทุนรวมฯ ในแต่ละเดือน บริษัทลูกจะต้องจัดสรรเงินรายได้ดังกล่าว ออกเป็นส่วนหนึ่งของเงินต้นและส่วนของดอกเบี้ย โดยการคำนวณส่วนต่างๆ จะเป็นดอกเบี้ยจ่ายในแต่ละเดือนนั้น จะคำนวณโดยนำค่าตอบแทนที่ได้รับจากการโอนสิทธิตามข้อ 4.1 มาจัดสรรตามประมาณการผลตอบแทนของกองทุนรวม (Internal Rate of Return) ตามประมาณการของกระแสเงินสดที่กองทุนรวมฯ จะได้รับในอนาคต ซึ่งเงินจำนวนส่วนต่างระหว่างค่าตอบแทนจากการโอนสิทธิที่จัดสรรในแต่ละงวดตามวิธีการดังกล่าว กับยอดเงินที่บริษัทลูกนำส่งให้แก่กองทุนรวมฯ บริษัทลูกจะนำมาถือเป็นรายจ่ายเป็นงวดๆ ไป

ดังนั้น บริษัทฯ มีความเข้าใจว่า บริษัทลูกสามารถถือเอาส่วนต่างที่ทยอยตัดจำหน่ายในแต่ละงวดเป็นรายจ่ายทางภาษีได้ตามกฎหมาย ถึงแม้เงินที่บริษัทลูกจะจ่ายให้แก่ กองทุนรวมฯ ในแต่ละปี อาจมีปริมาณไม่เท่ากันโดยขึ้นลงตามรายได้ค่าไฟฟ้าที่เกิดขึ้นจริง และอาจมีผลทำให้ปริมาณส่วนต่างมีอัตราสูงหรือต่ำกว่าอัตราดอกเบี้ยในท้องตลาดในบางปีก็ตาม เนื่องจากเป็นรายจ่ายที่เกิดขึ้นจากการทำรายการ ตามสัญญาโอนสิทธิฯ ซึ่งได้โอนตามราคายุติธรรมและถือว่ามีเหตุอันสมควรตามประมวลรัษฎากร

4.3 หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า บริษัทลูกสามารถผลิตกระแสไฟฟ้าได้ในปริมาณที่ต่ำกว่าที่ประมาณการไว้ ทำให้เงินที่บริษัทลูกได้รับจากการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค และต้องนำส่งให้แก่ กองทุนรวมฯ เป็นจำนวนต่ำกว่าจำนวนเงินต้นที่จัดสรรตามวิธี การคำนวณใน 4.2 ในแต่ละงวด บริษัทฯ เข้าใจว่า กรณีดังกล่าว ยังไม่เป็นการปลดหนี้ที่บริษัทลูกจะต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล เนื่องจากจำนวนเงินต้นที่บริษัทลูกยังไม่สามารถชำระได้ จะถูกยกยอดไปรวมคำนวณเป็นส่วนหนึ่งของเงินต้นที่จัดสรรให้แต่ละงวดในรอบระยะเวลาที่เหลือ โดยใช้วิธีการคำนวณตาม 4.2 ต่อไปจนกว่าจะสิ้นสุดระยะเวลาตามโครงการ และหากเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาในโครงการแล้ว บริษัทลูกยังมีส่วนของเงินต้นที่ยังไม่ได้ชำระ บริษัทลูกจะต้องรับรู้เป็นรายได้จากการปลดหนี้ในรอบระยะเวลาบัญชีสุดท้ายของโครงการ

4.4 บริษัทฯ เข้าใจว่า ส่วนต่างที่กองทุนรวมฯ ได้รับไม่อยู่ในฐานรายรับที่จะต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/5 แห่งประมวลรัษฎากร อีกทั้งกรมสรรพากรก็มีนโยบายที่จะยกเว้นภาษีให้แก่กองทุนรวมฯ ทั้งนี้ เพื่อพัฒนาระบบสาธารณูปโภคของประเทศ

4.5 ในกรณีที่บริษัทลูกนำเงินที่ได้รับจากการระดมทุนผ่านกองทุนรวมฯ บางส่วนมาให้บริษัทฯ กู้ต่อนั้น บริษัทฯ ใคร่ขอหารือว่า อัตราดอกเบี้ยที่บริษัทฯ จะต้องชำระให้แก่บริษัทลูกควรอยู่ในอัตราใด ทั้งนี้ บริษัทฯ เข้าใจว่า ดอกเบี้ยที่บริษัทลูกควรเรียกเก็บจากบริษัทฯ ไม่ควรต่ำกว่าต้นทุนทางการเงิน (Cost of Fund) ที่บริษัทลูกมีภาระที่จะต้องชำระให้กับกองทุนรวมฯ กล่าวคือ บริษัทลูกจะกำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้ในอัตราที่สูงกว่าประมาณการ Internal Rate of Return (IRR) ของกองทุนรวมฯ เล็กน้อย ดังนั้น กรณีดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการกำหนดอัตราดอกเบี้ยที่เหมาะสม และบริษัทฯ สามารถตัดรายจ่ายดอกเบี้ยดังกล่าวได้

นอกจากนี้หากปรากฏว่า ในปีใดบริษัทลูกนำส่งเงินให้แก่ กองทุนรวมฯ เกินกว่าที่ประมาณการไว้ซึ่งมีผลให้อัตราดอกเบี้ยจ่ายของบริษัทลูกที่จ่ายให้แก่กองทุนรวมฯ สูงกว่าดอกเบี้ยรับที่ได้รับจากบริษัทฯ กรณีจะถือว่าอัตราดอกเบี้ยที่บริษัทลูกได้รับชำระจากบริษัทฯ (ซึ่งไม่ต่ำกว่าราคาตลาดแต่ต่ำกว่า Cost of Fund) มีเหตุอันสมควรแล้วตามมาตรา 65 ทวิ (4) แห่งประมวลรัษฎากร

4.6 บริษัทฯ เข้าใจว่า ส่วนต่างที่บริษัทลูกชำระให้แก่ กองทุนรวมฯ ในแต่ละเดือนไม่ถือเป็นรายจ่ายที่เกิดขึ้นจากการประกอบกิจการที่บริษัทลูกได้รับการส่งเสริมการลงทุน เนื่องจากบริษัทลูกมิได้นำเงินค่าตอบแทนที่ได้รับจากการโอนสิทธิที่ได้รับจากกองทุนรวมฯ มาใช้ในการประกอบกิจการผลิตไฟฟ้าตามที่ระบุไว้ในบัตรส่งเสริมการลงทุน แต่นำไปชำระหนี้ที่มีอยู่เดิมกับธนาคาร และให้บริษัทแม่กู้ยืม

4.7 บริษัทฯ เข้าใจว่า รายได้ดอกเบี้ยของบริษัทลูกที่ได้รับจากบริษัทแม่ตามข้อ 4.5 ไม่ถือเป็นรายได้ที่ได้รับจากการประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน จึงไม่ได้รับ ยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลสำหรับรายได้ดอกเบี้ยดังกล่าว ถูกต้องหรือไม่

4.8 เนื่องจากตามสัญญาซื้อขายไฟฟ้าและประกาศของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค บริษัทลูกมีสิทธิที่จะรับเงินส่วนเพิ่มราคาซื้อไฟฟ้า (Adder) จากการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคเป็นระยะเวลา สิบ (10) ปี เพิ่มเติมจากเงินค่าซื้อไฟฟ้าตามปกติ โดยคิดจากประมาณหน่วยไฟฟ้าที่ขายให้แก่การไฟฟ้าส่วนภูมิภาคได้จริงในแต่ละปี ในอัตราแปด (8) บาท/กิโลวัตต์ - ชั่วโมง แม้ว่าโครงการโรงไฟฟ้าจะมีอายุรวมทั้งสิ้นประมาณยี่สิบห้า (25) ปี บริษัทฯ เข้าใจว่า บริษัทลูกมีหน้าที่ที่จะต้องรับรู้รายได้เงินส่วนเพิ่มราคาซื้อไฟฟ้า (Adder) ตามเกณฑ์สิทธิตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร ในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีที่บริษัทลูกได้มีการผลิตและส่งมอบหน่วยไฟฟ้าได้จริงตามสัญญาซื้อขายไฟฟ้า ถูกต้องหรือไม่

แนววินิจฉัย :

1. เนื่องจากธุรกรรมการโอนสิทธิการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตของบริษัทลูกให้แก่กองทุนรวมฯ นั้น เข้าลักษณะเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 303 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเป็นธุรกรรมทางการเงินทำนองเดียวกันกับการกู้ยืมเงิน ดังนั้น ค่าตอบแทนการโอนสิทธิเรียกร้องที่บริษัทลูกได้รับจากกองทุนรวมฯ ในวันที่โอนสิทธิ จึงไม่เข้าลักษณะเป็นเงินได้ที่บริษัทลูกจะต้องนำมารวมคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี บริษัทลูกยังคงต้องรับรู้รายได้ค่าไฟฟ้าที่ได้รับจากการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคในแต่ละเดือนต่อไปตามหลักเกณฑ์สิทธิตามมาตรา 65 วรรคสอง แห่งประมวลรัษฎากร

2. กรณีที่บริษัทลูกจัดสรรดอกเบี้ยจ่ายในแต่ละเดือน โดยวิธีนำค่าตอบแทนที่ได้รับจากการโอนสิทธิทั้งหมดมาจัดสรรตามประมาณการผลตอบแทนของกองทุนฯ (Internal Rate Return) ตามประมาณการของกระแสเงินสดที่กองทุนรวมฯ จะได้รับในอนาคตนั้น หากวิธีการจัดสรรดังกล่าวเป็นวิธีการทางบัญชีตามมาตรฐานทางบัญชีที่รับรองทั่วไป และเป็นที่ยอมรับแก่สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์ในขั้นตอนการจัดตั้งกองทุนรวมฯ และเสนอขายหน่วยลงทุนกรณีดังกล่าวถือได้ว่าจำนวนดอกเบี้ยที่จัดสรรได้ในแต่ละเดือนเป็นไปตามราคายุติธรรม บริษัทลูกมี

สิทธินำดอกเบี้ยจ่ายที่จัดสรรได้นั้นมาถือเป็นรายจ่ายในการคำนวณ กำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล โดยไม่ต้องห้ามตามมาตรา 65 ตรี แห่งประมวลรัษฎากร แม้ว่าจำนวนเงินที่บริษัทลูกจ่ายให้กองทุนรวมฯ ในแต่ละปี อาจมีปริมาณไม่เท่ากันโดยอาจขึ้นหรือลงตามรายได้ค่าไฟฟ้าที่เกิดขึ้นจริงก็ตาม

3. กรณีที่บริษัทลูกผลิตกระแสไฟฟ้าได้ในปริมาณที่ต่ำกว่าที่ประมาณการไว้ ทำให้จำนวนเงินที่บริษัทลูกได้รับจากการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคและต้องนำส่งให้กองทุนรวมฯ ตามสัญญาโอนสิทธิฯ ขต่ำกว่าจำนวนเงินต้นที่จัดสรรได้ตามวิธีการตาม 2. ในแต่ละงวด หากตามสัญญาโอนสิทธิฯ จำนวนเงินต้นที่บริษัทลูกยังไม่สามารถชำระได้ จะถูกยกยอดไปรวมคำนวณเป็นส่วนของเงินต้นที่จัดสรรให้แต่ละงวดในรอบระยะเวลาที่เหลือโดยใช้วิธีการตาม 2. ต่อไปจนกว่าจะสิ้นสุดระยะเวลาตามโครงการ กรณีดังกล่าวยังไม่ถือว่ามี การปลดหนี้แต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี หากเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาของโครงการแล้ว บริษัทลูกยังมีส่วนของเงินต้นที่ยังไม่ได้ชำระ บริษัทลูกจะต้องรับรู้จำนวนเงินต้นที่ไม่ได้ชำระ เป็นเงินได้จากการปลดหนี้ในรอบระยะเวลาบัญชีสุดท้ายของโครงการ

4. กรณีที่กองทุนรวมฯ รับโอนสิทธิการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตจากบริษัทลูกและได้รับส่วนต่างตามข้อเท็จจริง ดังกล่าว เข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการโดยปกติเยี่ยงธนาคารพาณิชย์และโดยที่ในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะให้กับกองทุนรวมฯ แต่อย่างใด กองทุนรวมฯ จึงอยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา 91/2 (5) แห่งประมวลรัษฎากร

5. กรณีที่บริษัทลูกนำเงินที่ได้รับจากการโอนสิทธิการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตให้กับกองทุนรวมฯ บางส่วนมาให้บริษัทฯ กู้ต่อนั้น หากอัตราดอกเบี้ยที่บริษัทลูกเรียกจากบริษัทฯ ต่ำกว่าราคาตลาดหรือต่ำกว่าต้นทุนทางการเงินที่บริษัทลูกมีภาระที่ต้องชำระให้กองทุนรวมฯ เจ้าพนักงานประเมินมีอำนาจประเมินอัตราดอกเบี้ยดังกล่าวตามราคาตลาดได้ตามมาตรา 65 ทวิ (4) แห่งประมวลรัษฎากร

6. ในกรณีที่บริษัทลูกนำเงินที่ได้จากการโอนสิทธิการรับประโยชน์จากรายได้ในอนาคตส่วนหนึ่ง ไปชำระหนี้เงินกู้ ธนาคารที่นำมาใช้ในกิจการโรงงานไฟฟ้าซึ่งได้รับส่งเสริมการลงทุน และอีกส่วนหนึ่งไปให้บริษัทแม่กู้ยืมนั้น ส่วนต่างที่บริษัทลูกต้องชำระให้กับกองทุนรวมฯ ในส่วนที่เกี่ยวกับการนำเงินที่ได้จากการโอนสิทธิให้กองทุนรวมฯ ไปชำระหนี้ธนาคาร ถือเป็นรายจ่ายของกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน และส่วนต่างที่บริษัทลูกต้องชำระให้กับกองทุนรวมฯ ในส่วนของการนำเงินไปให้บริษัทแม่กู้ยืม ถือเป็นรายจ่ายของกิจการที่ไม่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน เพราะการนำเงินไปให้บริษัทแม่กู้ยืม มีใช้กิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนที่จะได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลแต่อย่างใด

7. ดอกเบี้ยเงินกู้ยืมที่บริษัทลูกได้รับจากบริษัทฯ ไม่ถือเป็นรายได้ที่ได้รับจากการประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน และไม่ได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลตามประมวลรัษฎากร

8. กรณีที่บริษัทลูกมีสิทธิที่จะได้รับเงินส่วนเพิ่มราคาซื้อขายไฟฟ้าจากการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค เป็นระยะเวลาสิบ (10) ปี เพิ่มเติมจากเงินค่าซื้อไฟฟ้าตามปกติ นั้น บริษัทลูกมีหน้าที่จะต้องรับรู้รายได้เงินส่วนเพิ่มราคาซื้อขายไฟฟ้า (Adder) ตามเกณฑ์สิทธิตามมาตรา 65 แห่งประมวลรัษฎากร ในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีที่บริษัทลูกได้มีการผลิตและส่งมอบหน่วยไฟฟ้าได้จริงตามสัญญาซื้อขายไฟฟ้า



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

ที่ กค ๐๘๐๕.๒/๔๒๑๐

กระทรวงการคลัง

ถนนพระราม ๖ กรุงเทพฯ ๑๐๕๐๐

๒๔ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๘

เรื่อง การระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโรงไฟฟ้าพระนครเหนือ ชุดที่ ๑ การไฟฟ้า
ฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย

เรียน เลขาธิการคณะกรรมการรัฐมนตรี

- อ้างถึง ๑. หนังสือสำนักเลขาธิการคณะกรรมการรัฐมนตรี ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๕๐๖/๒๔๖๓๔ ลงวันที่ ๔
ธันวาคม ๒๕๕๔
๒. หนังสือสำนักเลขาธิการคณะกรรมการรัฐมนตรี ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๕๐๓/๒๕๐๑๔ ลงวันที่ ๑๗
พฤศจิกายน ๒๕๕๔

- สิ่งที่ส่งมาด้วย ๑. หนังสือรองนายกรัฐมนตรีเห็นชอบให้เสนอคณะกรรมการรัฐมนตรี
๒. สำเนาหนังสือกระทรวงพลังงาน ด่วนที่สุดที่ พน ๐๒๐๒/๔๔๓๓ ลงวันที่ ๓๐
ตุลาคม ๒๕๕๗

ด้วยกระทรวงการคลังขอเสนอเรื่อง การระดมทุนผ่านกองทุนรวมโครงสร้าง
พื้นฐานโรงไฟฟ้าพระนครเหนือ ชุดที่ ๑ การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กองทุนรวมฯ) มาเพื่อ
คณะกรรมการรัฐมนตรี (ครม.) พิจารณา โดยเรื่องนี้เข้าข่ายที่จะต้องนำเสนอ ครม. ตามพระราชกฤษฎีกาว่า
ด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะกรรมการรัฐมนตรี พ.ศ. ๒๕๔๘ มาตรา ๔ (๑๓) เรื่องที่คณะกรรมการรัฐมนตรีมี
มติให้เสนอคณะกรรมการรัฐมนตรี ซึ่งเรื่องนี้แม้ว่า ครม. ในคราวประชุมเมื่อวันที่ ๒ ธันวาคม ๒๕๕๗ จะได้มีมติ
เห็นชอบในหลักการให้มีการจัดตั้งกองทุนรวมฯ ตามที่คณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ (คนร.)
เสนอเรียบร้อยแล้ว แต่เพื่อให้เป็นไปตามมติ ครม. ในคราวประชุมเมื่อวันที่ ๑๕ พฤศจิกายน ๒๕๕๔ ที่
กำหนดให้การระดมทุนจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานของรัฐวิสาหกิจ ต้องเสนอเรื่องผ่าน
กระทรวงเจ้าสังกัดก่อนเสนอให้กระทรวงการคลังเป็นผู้นำเสนอ ครม. พิจารณา จึงมีการนำเสนอ ครม.
พิจารณาในครั้งนี้ ทั้งนี้ รองนายกรัฐมนตรี (หม่อมราชวงศ์ปรีดิยาธร เทวกุล) กำกับบริหารราชการ
กระทรวงการคลังได้เห็นชอบให้นำเรื่องดังกล่าวเสนอ ครม. ด้วยแล้ว

ทั้งนี้ เรื่องดังกล่าวมีรายละเอียด ดังนี้

๑. เรื่องเดิม

๑.๑ การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) เป็นรัฐวิสาหกิจที่มีแผนการ
ลงทุนด้านพลังงานเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง รวมทั้งมีทรัพย์สินโครงสร้างพื้นฐานที่มีผลตอบแทนดีและ
มั่นคง คณะกรรมการ กฟผ. จึงได้พิจารณาแนวทางระดมทุนผ่านกองทุนรวมฯ โดยใช้กระแสรายได้ที่

คาดว่าจะได้รับของโครงการโรงไฟฟ้าพระนครเหนือชุดที่ ๑ (โรงไฟฟ้าฯ) ซึ่งดำเนินการผลิตไฟฟ้าอยู่ในปัจจุบัน ทั้งนี้ กฟผ. ได้ว่าจ้างที่ปรึกษาทางการเงินเพื่อศึกษารูปแบบและแนวทางในการจัดตั้งกองทุนรวมฯ ของ กฟผ. ดังกล่าว รวมทั้งได้แจ้งยอดวงเงินความต้องการเงินกู้ออกจากแผนการบริหารหนี้สาธารณะ ประจำปี ๒๕๕๗ และไม่เสนอแผนการจัดหาเงินกู้เพื่อการลงทุน ในแผนการบริหารหนี้สาธารณะ ประจำปี ๒๕๕๘ เนื่องจาก กฟผ. มีความประสงค์จะระดมทุนผ่านกองทุนรวมฯ เพื่อการลงทุนแทนการออกพันธบัตร หรือการกู้เงินจากธนาคารพาณิชย์

๑.๒ วันที่ ๒๗ สิงหาคม ๒๕๕๗ คณะกรรมการ กฟผ. ในคราวประชุมครั้งที่ ๘/๒๕๕๗ มีมติเห็นชอบรูปแบบโครงสร้างกองทุนรวมฯ และเงื่อนไขหลักของสัญญาการเข้าลงทุนในค่าความพร้อมจ่าย และเห็นชอบให้ กฟผ. ดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งกองทุนรวมฯ ของ กฟผ. ต่อไป ในการนี้ กฟผ. จึงได้มีหนังสือถึงกระทรวงพลังงานเพื่อพิจารณาให้ความเห็นต่อกระทรวงการคลัง นำเสนอ ครม. ต่อไป

๑.๓ วันที่ ๓๐ ตุลาคม ๒๕๕๗ กระทรวงพลังงานได้เสนอเรื่อง การระดมทุนผ่านกองทุนรวมฯ ซึ่ง กฟผ. เสนอมาเพื่อกระทรวงการคลังพิจารณาก่อนนำเสนอ ครม. ต่อไป (สิ่งที่ส่งมาด้วย ๒)

๑.๔ คนร. ในการประชุมครั้งที่ ๑/๒๕๕๘ เมื่อวันที่ ๕ พฤศจิกายน ๒๕๕๗ ได้มีมติเห็นชอบในหลักการจัดตั้งกองทุนรวมฯ ของ กฟผ. พร้อมนี้ ครม. ได้มีมติเห็นชอบความเห็นของคนร. ในเรื่องดังกล่าวข้างต้นแล้วเมื่อวันที่ ๒ ธันวาคม ๒๕๕๗

๒. เหตุผลความจำเป็นที่ต้องเสนอคณะรัฐมนตรี

มติ ครม. เมื่อวันที่ ๑๕ พฤศจิกายน ๒๕๕๔ เห็นชอบขั้นตอนการระดมทุนผ่านกองทุนรวมฯ โดยให้รัฐวิสาหกิจนำเรื่องผ่านกระทรวงเจ้าสังกัดให้กระทรวงการคลังเป็นผู้นำเสนอ ครม. พิจารณา

๓. สำคัญของกองทุนรวมฯ ตามข้อเสนอของ กฟผ.

๓.๑ โครงสร้างธุรกรรมระหว่าง กฟผ. และกองทุนรวมฯ

กฟผ. จะระดมทุนผ่านกองทุนรวมฯ โดยการเข้าทำสัญญาการเข้าลงทุนในรายได้ค่าความพร้อมจ่ายของโรงไฟฟ้าฯ ระหว่างกองทุนรวมฯ และ กฟผ. (สัญญาการเข้าลงทุนในค่าความพร้อมจ่าย) ที่จะกำหนดข้อตกลงและเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับการโอนรายได้ค่าความพร้อมจ่ายของโรงไฟฟ้าฯ ในอนาคตให้แก่กองทุนรวมฯ โดยอ้างอิงหลักการและเงื่อนไขหลักจากข้อตกลงและเงื่อนไขการซื้อไฟฟ้า (Internal PPA) และสัญญาเดินเครื่องและบำรุงรักษาของ กฟผ. (รายได้ค่าความพร้อมจ่ายจะมีสูตรการคำนวณอัตราส่วนแบ่งรายได้ตามที่ได้ตกลงกัน) ซึ่ง กฟผ. จะโอนส่วนแบ่งรายได้ดังกล่าวให้แก่กองทุนรวมฯ เป็นรายไตรมาส โดยที่กองทุนรวมฯ จะนำเงินรายได้หลังหักค่าใช้จ่าย

ต่างๆ มาจ่ายเป็นผลตอบแทนให้แก่ผู้ถือหุ้นรายต่อไป ทั้งนี้ กองทุนรวมฯ จะถูกบริหารจัดการโดยผู้จัดการกองทุนรวมฯ และมีการตรวจสอบโดยผู้ดูแลผลประโยชน์

๓.๒ รายละเอียดรูปแบบโครงสร้างกองทุนรวมฯ ของ กฟผ.

จากการศึกษาแนวทางการจัดตั้งกองทุนรวมฯ ของ กฟผ. สามารถสรุปรายละเอียดรูปแบบโครงสร้างกองทุนรวมฯ ของ กฟผ. ดังนี้

โครงสร้างของกองทุนรวมฯ	รายละเอียด
ลักษณะของกองทุนรวมฯ	กองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งจัดตั้งภายใต้ประกาศและหลักเกณฑ์ของสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.)
ขนาดของกองทุนรวมฯ	ไม่ต่ำกว่า ๑๙,๐๐๐ ล้านบาท
อายุของสัญญาการเข้าลงทุน	ประมาณ ๒๐ ปี (สอดคล้องกับอายุคงเหลือของโรงไฟฟ้าพระนครเหนือ ชุดที่ ๑)
โครงสร้างผู้ถือหุ้นรายย่อย	เสนอขายหน่วยลงทุนของกองทุนรวมฯ ให้แก่นักลงทุนในประเทศ ดังนี้ ๑) นักลงทุนสถาบันและรายย่อยในประเทศ (สัดส่วนร้อยละ ๗๕ ของหน่วยลงทุนที่จำหน่ายแล้วทั้งหมด) ๒) กฟผ. (สัดส่วนร้อยละ ๒๕ ของหน่วยลงทุนที่จำหน่ายแล้วทั้งหมด)
รายได้ที่จะโอนให้กับกองทุนรวมฯ	- โอนให้เฉพาะรายได้ค่าความพร้อมจ่าย AP๑ (Availability Payment ๑) (ค่าความพร้อมที่โรงไฟฟ้าจะได้รับเมื่อมีความพร้อมจ่ายไฟ) - รายได้ค่าความพร้อมจ่าย จะอยู่ในรูปแบบและโครงสร้างเดียวกับที่ กฟผ. ทำกับผู้ผลิตไฟฟ้าเอกชนแห่งอื่นๆ
ต้นทุนทางการเงินในการระดมทุนผ่านกองทุนรวมฯ	ประมาณร้อยละ ๕.๙๑ - ๖.๙๔ ต่อปี*
การลงทุนของ กฟผ. ในหน่วยลงทุนของกองทุนรวมฯ	กฟผ. เข้าถือหุ้นรายย่อยในกองทุนรวมฯ ในจำนวนร้อยละ ๒๕ ของหน่วยลงทุนที่จำหน่ายแล้วทั้งหมด และมีกำหนดระยะเวลาห้ามขายหน่วยลงทุน (Lock-up Period) ทั้งนี้ จำนวนเงินสุทธิที่จะได้รับจาก

	การระดมทุนครั้งนี้ จะมีความเพียงพอและบรรลุเป้าหมายที่ตั้งไว้ของ กฟผ.
การขายคืนหน่วยลงทุนของ กฟผ.	กฟผ.สามารถขายคืนหน่วยลงทุนบางส่วนหรือทั้งหมดหลังจากหมดระยะเวลาห้ามขายหน่วยลงทุน (Lock-up Period) ได้ตามความจำเป็น
การใช้ประโยชน์จากเงินระดมทุนของ กฟผ.	กฟผ.มีแผนการในการบริหารจัดการเงินทุนที่ได้รับจากการระดมทุนผ่านกองทุนรวมฯ ที่ชัดเจน โดยในปี ๒๕๕๘ - ๒๕๕๙ กฟผ.มีแผนลงทุนพัฒนาโรงไฟฟ้าและระบบส่งไฟฟ้า จำนวนรวม ๙ โครงการ มูลค่าการลงทุนรวมทั้งสิ้น ๒๐,๐๐๐ ล้านบาท

หมายเหตุ*: ดันทุนทางการเงินจากการประมาณการของคณะที่ปรึกษาทางการเงิน

๓.๓ ประโยชน์และผลกระทบของการระดมทุนผ่านกองทุนรวมฯ

ประโยชน์ที่ได้รับ	ผลกระทบที่เกิดขึ้น
<p>๑. เพิ่มช่องทางการระดมทุนของ กฟผ. ในระยะยาว เพื่อรองรับการใช้พลังงานไฟฟ้าที่เพิ่มขึ้น</p> <p>๒. เพิ่มความยืดหยุ่นและคล่องตัวในการบริหารกระแสเงินสดของ กฟผ.</p> <p>๓. เป็นการเพิ่มความโปร่งใสในการดำเนินงานของรัฐวิสาหกิจ</p> <p>๔. เป็นการพัฒนาตลาดทุนไทยผ่านตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยให้มีเครื่องมือทางการเงินใหม่</p> <p>๕. เป็นการเพิ่มทางเลือกในการลงทุนให้แก่นักลงทุนรายย่อย</p> <p>๖. เป็นการลดและแบ่งเบาภาระหนี้สาธารณะของประเทศ</p>	<p>๑. ดันทุนทางการเงินที่สูงขึ้นเมื่อเทียบกับการออกพันธบัตรของ กฟผ. แต่ดันทุนทางการเงินที่สูงขึ้นนี้จะถูกชดเชยโดยความเสี่ยงที่ลดลงของ กฟผ. เนื่องจาก กฟผ. ไม่มีการรับประกันผลการดำเนินงานของโรงไฟฟ้าฯ และผลตอบแทนของกองทุนรวมฯ นอกจากนี้ดันทุนทางการเงินที่สูงขึ้นนี้จะสะท้อนถึงผลตอบแทนของนักลงทุนที่ปรับสูงขึ้นด้วย (เสนอขายให้เฉพาะนักลงทุนไทยเท่านั้น)</p> <p>๒. ขั้นตอนในการจัดตั้งกองทุนรวมฯ ที่ซับซ้อนและใช้ระยะเวลาในการดำเนินการนานกว่าการระดมทุนผ่านพันธบัตร ทำให้ไม่สามารถกำหนดขนาดและดันทุนในการระดมทุนผ่านกองทุนรวมฯ ได้อย่างชัดเจน</p>

๔. ข้อเสนอของกระทรวงพลังงาน

กฟผ. โดยความเห็นชอบของกระทรวงพลังงาน เสนอให้ ครม. พิจารณาให้ความเห็นชอบ ดังนี้

๔.๑ เห็นชอบให้ กฟผ. จัดตั้งกองทุนรวมฯ ตามรูปแบบโครงสร้างภายใต้เงื่อนไขหลักตามรายงานการศึกษาแนวทางการจัดตั้งกองทุนรวมฯ ของ กฟผ.

๔.๒ เห็นชอบให้ กฟผ. เข้าถือหน่วยลงทุนในกองทุนรวมฯ ในจำนวนร้อยละ ๒๕ ของหน่วยลงทุนทั้งหมด พร้อมทั้ง อนุมัติงบประมาณลงทุนเพื่อใช้ในการเข้าถือหน่วยลงทุนดังกล่าว

๔.๓ เห็นชอบให้ กฟผ. สามารถขายคืนหน่วยลงทุนบางส่วนหรือทั้งหมดภายหลังจากหมดระยะเวลาห้ามขายหน่วยลงทุน (Lock-up Period) โดยต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของ กฟผ. ด้วยการกำหนดให้ผู้ว่าการ กฟผ. มีอำนาจในการพิจารณาและนำเสนอเรื่องการขายหน่วยลงทุนต่อกระทรวงการคลัง เพื่อพิจารณาอนุมัติต่อไป

๔.๔ เห็นชอบในหลักการให้มีการยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะให้กับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานเพื่อเป็นการสนับสนุนการจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานของรัฐวิสาหกิจ

๕. ข้อกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้อง

๕.๑ พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๑๑

มาตรา ๔๓ กฟผ. จะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อนจึงจะดำเนินการดังต่อไปนี้ได้

(๑) ลงทุนเพื่อขยายโครงการเดิมหรือริเริ่มโครงการใหม่

มาตรา ๔๔ กำหนดให้ กฟผ. จัดทำงบประมาณประจำปีโดยแยกเป็นงบลงทุนและงบทำการ สำหรับงบลงทุนให้นำเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาและให้ความเห็นชอบ ส่วนงบทำการให้นำเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อทราบ

๕.๒ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๕

มาตรา ๔ ในพระราชบัญญัติ

“หลักทรัพย์” หมายความว่า

(๔) หุ้น

(๖) หน่วยลงทุนอันได้แก่ ตราสารหรือหลักฐานแสดงสิทธิในทรัพย์สินของกองทุนรวม

๕.๓ ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทน. ๑/๒๕๕๔ เรื่องหลักเกณฑ์เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน

ข้อ ๒๖ ให้บริษัทจัดการจัดสรรหน่วยลงทุนของกองทุนรวมให้แก่บุคคลใดหรือกลุ่มบุคคลเดียวกันใดได้ ไม่เกินอัตราดังต่อไปนี้

(๑) หนึ่งในสามของจำนวนหน่วยลงทุนที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมดของกองทุนรวม

ข้อ ๒๗ บริษัทจัดการอาจจัดสรรหน่วยลงทุนของกองทุนรวมให้แก่บุคคลที่ได้รับยกเว้นเกินกว่าอัตราที่กำหนดไว้ในข้อ ๒๖ (๑) ได้ แต่ต้องไม่เกินร้อยละห้าสิบของจำนวนหน่วยลงทุนที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมดของกองทุนรวม

บุคคลได้รับการยกเว้นตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า

...

(๕) นิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย ซึ่งไม่อยู่ภายใต้บังคับต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล

๕.๔ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยงบลงทุนของรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.๒๕๕๐

ข้อ ๔ ในระเบียบนี้

“งบลงทุน” หมายความว่า รายการที่ประมาณว่าจะจ่ายเพื่อให้เกิดสินทรัพย์ถาวรรวมทั้งเพื่อขยายงานหรือการทดแทนสินทรัพย์เดิม ซึ่งมีลักษณะเป็นสาระสำคัญหรือเป็นการปรับปรุงงานให้ดีขึ้น หรือจ่ายเพื่อซื้อกิจการหรือหุ้นของหน่วยงานอื่น

ข้อ ๕ ให้รัฐวิสาหกิจจัดทำงบลงทุนเต็มตามโครงการและงบลงทุนประจำปีตามแบบและวิธีการที่สำนักงานกำหนด โดยให้แสดงข้อมูลด้านแผนการวิจัยและพัฒนา (Research and Development) และแผนพัฒนาบุคลากรขององค์กร ประกอบด้วยโดยความเห็นชอบของกระทรวงเจ้าสังกัด แล้วเสนอคณะกรรมการพิจารณาให้ความเห็นก่อนดำเนินการต่อไป เว้นแต่กรณีรัฐวิสาหกิจประเภทที่มีกฎหมายบัญญัติให้เสนอขออนุมัติงบลงทุนต่อคณะรัฐมนตรี ให้รัฐวิสาหกิจนั้นเสนอคณะกรรมการพิจารณาให้ความเห็นประกอบพิจารณาของคณะรัฐมนตรี

๕.๕ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจำหน่ายกิจการหรือหุ้นที่ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจเป็นเจ้าของ พ.ศ. ๒๕๐๔ และที่แก้ไขเพิ่มเติม

ข้อ ๓ ในระเบียบนี้

“จำหน่าย” หมายความว่า ขาย แลกเปลี่ยน ให้ ให้เช่า ให้เช่าซื้อ หรือโอนกรรมสิทธิ์โดยวิธีอื่น ทั้งนี้ไม่รวมถึงการโอนหุ้นในบริษัทจำกัดให้บุคคลใดถือเป็นการชั่วคราวเพื่อประโยชน์ในการเข้าเป็นกรรมการในบริษัทจำกัดนั้น

“กิจการ” หมายความว่า สินทรัพย์หรือธุรกิจที่ประกอบขึ้นเป็นหน่วยงาน ซึ่งเมื่อจำหน่ายไปแล้ว จะมีผลให้ผู้จำหน่ายต้องหยุดดำเนินงานหน่วยงาน หรือยุบเลิกหน่วยงานนั้น

“หุ้น” หมายความว่า หุ้นในบริษัทจำกัดหรือหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนหรือหุ้นที่ร่วมอยู่ในกิจการอื่น

ข้อ ๔ การจำหน่ายกิจการหรือหุ้นของส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจในกรณีต่อไปนี้อาจต้องได้รับอนุมัติในหลักการจากคณะรัฐมนตรีก่อน จึงจะดำเนินการต่อไปได้

(๑) กิจการหรือหุ้นที่จะจำหน่าย มีมูลค่าตามงบดุลเกิน ๕ ล้านบาท

๖. ความเห็นของกระทรวงการคลัง

กระทรวงการคลังได้พิจารณาข้อเสนอของกระทรวงพลังงานตามข้อ ๔ แล้ว มีความเห็นดังนี้

๖.๑ กรณีข้อเสนอการขอความเห็นชอบการจัดตั้งกองทุนรวมฯ ของ กฟผ. ตามรูปแบบโครงสร้างภายใต้เงื่อนไขหลัก ตามรายงานการศึกษาแนวทางการจัดตั้งกองทุนรวมฯ ของ กฟผ.

๑) การจัดตั้งกองทุนรวมฯ ของ กฟผ. ถือเป็นการเพิ่มแหล่งทางเลือกในการระดมทุนของ กฟผ. ในระยะยาว เพื่อรองรับแผนการลงทุนด้านพลังงานของ กฟผ. ที่เพิ่มขึ้นโดยไม่เป็นภาระหนี้สาธารณะ ช่วยเพิ่มความยืดหยุ่นและคล่องตัวในการบริหารกระแสเงินสดของ กฟผ. รวมทั้งเป็นเครื่องมือในการระดมเงินออมจากภาคประชาชน ที่จะช่วยกระตุ้นให้สามารถลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศได้มากขึ้น ซึ่งเป็นไปตามมติ ครม. เมื่อวันที่ ๑๐ พฤศจิกายน ๒๕๕๒ และการจัดตั้งกองทุนรวมฯ ดังกล่าวอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของ ก.ล.ต.

๒) เมื่อพิจารณาถึงต้นทุนทางการเงินที่เกิดขึ้นจากการระดมทุนผ่านกองทุนรวมฯ ซึ่งอยู่ที่ประมาณร้อยละ ๕.๙๑ – ๖.๙๔ ต่อปี ซึ่งแม้ว่าจะอยู่ในระดับสูงกว่าต้นทุนจากการออกพันธบัตรของ กฟผ. อย่างไรก็ตาม ต้นทุนทางการเงินที่สูงขึ้นนี้ จะถูกชดเชยโดยความเสี่ยงที่ลดลงของ กฟผ. เนื่องจาก กฟผ. ไม่มีการรับประกันผลการดำเนินงานของโรงไฟฟ้าฯ และผลตอบแทนของกองทุนรวมฯ นอกจากนี้ ต้นทุนทางการเงินของการระดมทุนผ่านกองทุนรวมฯ ก็เพิ่มขึ้นกับความน่าสนใจของหน่วยลงทุน ณ ช่วงเวลาที่เสนอขายหน่วยลงทุนดังกล่าวด้วย อีกทั้ง ต้นทุนการเงินที่เพิ่มขึ้นนี้จะไม่กระทบต่อโครงสร้างค่าไฟฟ้าที่กำหนดโดยคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานแต่อย่างใด เนื่องจาก กฟผ. มีการบริหารค่าใช้จ่ายต่างๆ ในภาพรวมอยู่แล้ว จึงสามารถรับภาระต้นทุนส่วนนี้ได้

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากเหตุผลข้างต้นและประโยชน์ที่จะได้รับจากการจัดตั้งกองทุนรวมฯ กฟผ. แล้ว จึงเห็นควรให้ความเห็นชอบการจัดตั้งกองทุนรวมฯ ของ กฟผ. ตามรูปแบบและเงื่อนไขหลักที่ กฟผ. เสนอได้

๖.๒ กรณีข้อเสนอขอความเห็นชอบให้ กฟผ. เข้าถือหน่วยลงทุนในกองทุนรวมฯ ในจำนวนร้อยละ ๒๕ ของหน่วยลงทุนทั้งหมด พร้อมทั้ง อนุมัติงบประมาณลงทุนเพื่อใช้ในการเข้าถือหน่วยลงทุนดังกล่าว

๑) การที่ กฟผ. มีความประสงค์จะเข้าถือหน่วยลงทุนในจำนวนร้อยละ ๒๕ ของหน่วยของลงทั้งหมดนั้น อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ตามประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทน. ๑/๒๕๕๔ เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งอนุญาตให้เจ้าของทรัพย์สินและไม่อยู่ภายใต้บังคับต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล สามารถเข้าถือหน่วยลงทุนไม่เกินร้อยละ ๕๐ ของหน่วยลงทุนทั้งหมดที่เสนอขายได้ของกองทุนรวมฯ จึงเห็นควรให้ความเห็นชอบการเข้าถือหน่วยลงทุนในกองทุนรวมฯ ของ กฟผ. จำนวนร้อยละ ๒๕ ของหน่วยลงทุนทั้งหมดได้

๒) เมื่อพิจารณาจากระเบียบในเรื่องของการลงทุนของรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวข้อง พบว่าพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๑๑ (พรบ. กฟผ.) มาตรา ๔๓ (๑) กำหนดว่าการลงทุนเพื่อขยายโครงการเดิมหรือริเริ่มโครงการใหม่ของ กฟผ. จะต้องได้รับความเห็นชอบจาก ครม. ก่อน จึงจะดำเนินการได้ และมาตรา ๔๔ กำหนดให้ กฟผ. จะต้องเสนองบลงทุนประจำปีต่อ ครม. เพื่อพิจารณาและให้ความเห็นชอบ ดังนั้น เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในทางปฏิบัติ และการเข้าถือหน่วยลงทุนในกองทุนรวมฯ ของ กฟผ. ก็เป็นประโยชน์ต่อ กฟผ. ในการที่ กฟผ. จะมีสิทธิได้รับผลตอบแทนจากการลงทุนในฐานะที่เป็นผู้บริหารจัดการโรงไฟฟ้าฯ ดังกล่าว ในชั้นนี้ จึงเห็นควรเห็นชอบให้ กฟผ. สามารถลงทุนโดยการเข้าถือหน่วยลงทุนในกองทุนรวมฯ ในจำนวนร้อยละ ๒๕ ของหน่วยลงทุนทั้งหมดได้ พร้อมทั้ง อนุมัติงบประมาณลงทุนเพื่อใช้ในการเข้าถือหน่วยลงทุนของ กฟผ. ดังกล่าวตามมาตรา ๔๔ ของ พรบ. กฟผ. ได้ อย่างไรก็ตามก็ตีการเสนองบลงทุนดังกล่าวจะต้องมีความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เพื่อประกอบการพิจารณาของ ครม. ตามข้อ ๕ ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยงบลงทุนของรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ๒๕๕๐

๖.๓ กรณีข้อเสนอให้ ครม. พิจารณาและให้ความเห็นชอบให้ กฟผ. สามารถขายคืนหน่วยลงทุนบางส่วนหรือทั้งหมดภายหลังจากหมดระยะเวลาห้ามขายหน่วยลงทุน (Lock-up Period) โดยต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของ กฟผ. ด้วยการกำหนดให้ผู้ว่า กฟผ. มีอำนาจในการพิจารณาและนำเสนอเรื่องการขายหน่วยลงทุนต่อกระทรวงการคลัง เพื่อพิจารณาอนุมัติต่อไป

การขายคืนหน่วยลงทุนบางส่วนหรือทั้งหมดภายหลังจากหมดระยะเวลาห้ามขายหน่วยลงทุน (Lock-up Period) ของ กฟผ. เข้าขายต้องปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจำหน่ายกิจการหรือหุ้นที่ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจเป็นเจ้าของ พ.ศ. ๒๕๐๔ และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ระเบียบจำหน่ายหุ้นฯ) ซึ่งระเบียบดังกล่าวมีเจตนารมณ์ที่จะทำให้การ

ขายหุ้นที่ภาครัฐเป็นเจ้าของเกิดความโปร่งใสและเป็นประโยชน์ต่อรัฐ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาในกรณีการขายหน่วยลงทุนของ กฟผ. ภายหลัง Lock-up Period จะเป็นการขายผ่าน ตลท. ซึ่งจะมีวิธีการจำหน่ายตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่เป็นมาตรฐานที่กำหนดของ ตลท. และ ก.ล.ต. ประกอบกับราคาขายหน่วยลงทุนดังกล่าว จะเป็นราคาตลาดที่กำหนดโดยสภาวะตลาดขณะนั้นๆ อยู่แล้ว จึงเห็นสมควรเสนอ กรม. เพื่อยกเว้นให้การขายหน่วยลงทุนของ กฟผ. ภายหลัง Lock-up Period ไม่ต้องปฏิบัติตามระเบียบจำหน่ายหุ้นดังกล่าวฯ ได้ และเพื่อให้เกิดความคล่องตัวในทางปฏิบัติและเกิดประโยชน์ต่อ กฟผ. ในฐานะที่เป็นผู้บริหารจัดการทรัพย์สินดังกล่าวฯ จึงเห็นควรมอบหมายให้คณะกรรมการ กฟผ. เป็นผู้พิจารณาการดำเนินการในเรื่องดังกล่าวที่มีความเหมาะสมต่อไป

๖.๔ กรณีข้อเสนอขอความเห็นชอบในหลักการให้มีการยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะให้กับกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐาน เพื่อเป็นการสนับสนุนการจัดตั้งกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานของรัฐวิสาหกิจ

การพิจารณาข้อเสนอเรื่องการยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะให้กองทุนรวมฯ ของ กฟผ. กระทรวงการคลังพิจารณาแล้วเห็นว่า การที่กองทุนรวมฯ เข้าทำสัญญาการเข้าลงทุนในค่าความพร้อมจ่ายกับ กฟผ. ถือเป็นประกอบกิจการลงทุนในทรัพย์สินกิจการโครงสร้างพื้นฐาน ตามประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทน. ๑/๒๕๕๔ เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมโครงสร้างพื้นฐานโดยเป็นลักษณะของการลงทุน (Cash Flow Sharing) มิใช่ธุรกรรมการกู้ยืมเงิน และสัญญาการเข้าลงทุนในค่าความพร้อมจ่าย มีลักษณะเป็นธุรกรรมการเข้าลงทุน ไม่เข้าลักษณะเป็นสัญญากู้ยืมเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น กรณีการระดมทุนผ่านกองทุนรวมฯ ของ กฟผ. จึงไม่เข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา ๙๑/๒ แห่งประมวลรัษฎากร จึงไม่มีประเด็นในการพิจารณายกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะให้แก่กองทุนรวมฯ ของ กฟผ. แต่อย่างไร

๗. ข้อเสนอของกระทรวงการคลัง

จากข้อเท็จจริงข้างต้น กระทรวงการคลังพิจารณาแล้วเห็นว่า การจัดตั้งกองทุนรวมฯ ของ กฟผ. ดังกล่าวจะเป็นแหล่งทางเลือกหนึ่งในการระดมทุนของภาครัฐในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ และช่วยแบ่งเบาภาระการคลังของประเทศในระยะยาว อีกทั้ง ยังเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนทั่วไปสามารถลงทุนในกิจการโครงสร้างพื้นฐานของประเทศรูปแบบหนึ่ง จึงเห็นสมควรเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณา ดังนี้

๗.๑ เห็นชอบให้ กฟผ. จัดตั้งกองทุนรวมฯ ตามรูปแบบโครงสร้างภายใต้เงื่อนไขหลักตามรายงานการศึกษาแนวทางการจัดตั้งกองทุนรวมฯ ของ กฟผ. ที่เสนอได้

๗.๒ เห็นชอบให้ กฟผ. เข้าถือหน่วยลงทุนในกองทุนรวมฯ ของ กฟผ. ในจำนวนร้อยละ ๒๕ ของหน่วยลงทุนทั้งหมดได้ พร้อมทั้งอนุมัติงบประมาณลงทุนเพื่อใช้ในการเข้าถือหน่วยลงทุนดังกล่าวของ กฟผ. ได้

๗.๓ เห็นชอบการอนุมัติยกเว้นให้การขายคืนหน่วยลงทุนบางส่วนหรือทั้งหมดภายหลังจากหมดระยะเวลาห้ามขายหน่วยลงทุน (Lock-up Period) ของ กฟผ. โดยไม่ต้องปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจำหน่ายกิจการหรือหุ้นที่ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจเป็นเจ้าของ พ.ศ. ๒๕๐๔ และที่แก้ไขเพิ่มเติม และมอบหมายให้คณะกรรมการ กฟผ. เป็นผู้พิจารณาการดำเนินการในเรื่องดังกล่าวตามความเหมาะสมต่อไป

๗.๔ กรณีการระดมทุนผ่านกองทุนรวมฯ ของ กฟผ. ไม่ได้เข้าลักษณะเป็นการประกอบกิจการที่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะตามมาตรา ๙๑/๒ แห่งประมวลรัษฎากร จึงไม่ต้องเสนอ ครม. เพื่อพิจารณาอนุมัติการยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะให้กับกองทุนรวมฯ ของ กฟผ.

จึงเรียนมาเพื่อโปรดนำกราบเรียนนายกรัฐมนตรีเพื่อเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาต่อไป

ขอแสดงความนับถือ

(นายสมหมาย ภาษี)

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
CHULALONGKORN UNIVERSITY

สำนักงานคณะกรรมการนโยบายรัฐวิสาหกิจ

โทร. ๐๒-๒๙๘-๕๘๘๐-๗ ต่อ ๓๑๖๘ โทรสาร ๐๒-๒๗๙-๘๕๔๗

E-mail : suphachoke_w@sepo.go.th

เลขที่หนังสือ: กค 0706/1551

วันที่: 23 กุมภาพันธ์ 2549

เรื่อง: ภาษีเงินได้นิติบุคคล ภาษีมูลค่าเพิ่ม ภาษีธุรกิจเฉพาะ และอากรแสตมป์ กรณีการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (Securitization) ของโครงการศูนย์ราชการกรุงเทพมหานคร

ข้อกฎหมาย: มาตรา 65 มาตรา 65 ทวิ (4) มาตรา 69 ทวิ มาตรา 80 มาตรา 86 และมาตรา 91/2(6) แห่งประมวลรัษฎากร

ข้อหารือ : บริษัท ธ. ขอหารือปัญหาภาษีอากรที่เกี่ยวกับโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ระหว่าง บริษัท ธ. กับ SPV ดำเนินการโดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อจัดหาเงินทุนเพื่อใช้ในการก่อสร้างโครงการศูนย์ราชการกรุงเทพมหานคร ถนนแจ้งวัฒนะ (โครงการฯ) ในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

1. การที่ ธ. ขายสิทธิการได้รับชำระค่าเช่ารวมค่าบริการในอนาคตจำนวน 78,855 ล้านบาท ในราคา 40,000 ล้านบาท ให้แก่ SPV บริษัท ธ. จะต้องรับรู้รายได้จากการขายสิทธิดังกล่าวเป็นรายได้ เพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลของ บริษัท ธ. หรือไม่ และกรณีที่จะต้องรับรู้เป็นรายได้ บริษัท ธ. จะต้องรับรู้เป็นรายได้ในรอบบัญชีที่มีการขายสิทธิ หรือ บริษัท ธ. สามารถที่จะทยอยรับรู้รายได้ดังกล่าวตามอายุของสัญญาเช่าและสัญญาบริการ

2. การที่ บริษัท ธ. ขายสิทธิการรับชำระค่าเช่ารวมค่าบริการในอนาคตซึ่งมีจำนวนประมาณ 78,855 ล้านบาท ให้แก่ SPV ในราคา 40,000 ล้านบาทนั้น เป็นการขายสิทธิในราคาตลาดตามบทบัญญัติ แห่งประมวลรัษฎากรใช่หรือไม่

3. จากรายการตามบัญชีและสืบเนื่องจาก บริษัท ธ. ยังคงต้องเป็นผู้มีหน้าที่ออกใบเสร็จรับเงินสำหรับมูลค่าค่าเช่าและค่าบริการทั้งจำนวน 78,855 ล้านบาท ตลอดระยะเวลาอายุสัญญา ซึ่งการออกใบเสร็จดังกล่าวจะส่งผลให้ บริษัท ธ. จะมีค่าใช้จ่ายซึ่งเกิดจากส่วนลดในการขายสิทธิการรับชำระค่าเช่ารวมค่าบริการดังกล่าวเป็นเงินจำนวน 38,855 ล้านบาท บริษัท ธ. สามารถนำส่วนลดดังกล่าวมาถือเป็นค่าใช้จ่ายในการคำนวณกำไรขาดทุนสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลได้หรือไม่ และจะต้องรับรู้ส่วนลดในกรณีนี้เป็นค่าใช้จ่ายเมื่อใด

4. เนื่องจาก บริษัท ธ. ไม่ได้โอนสิทธิการให้เข้าร่วมการให้บริการในอาคารให้แก่ SPV บริษัท ธ. จึงยังเป็นผู้ให้เช่าอาคารและให้บริการต่อกรรมธนากรักษ์ตลอดระยะเวลา 30 ปี ดังนั้น บริษัท ธ. จึงเข้าใจว่าเมื่อกรรมธนากรักษ์ได้ชำระค่าเช่ารวมค่าบริการในแต่ละงวด บริษัท ธ. ยังคงมีหน้าที่ออกใบเสร็จรับเงิน และใบกำกับภาษีให้แก่กรรมธนากรักษ์ อีกทั้งกรรมธนากรักษ์จะต้องหักภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่าย และออกหนังสือรับรองการหักภาษีเงินได้หัก ณ ที่จ่ายให้กับ บริษัท ธ. นอกจากนั้น บริษัท ธ.

ยังคงมีหน้าที่นำส่งภาษีมูลค่าเพิ่มบนค่าบริการที่ได้รับต่อกรมสรรพากร โดย SPV ต้องคืนภาษีมูลค่าเพิ่มที่ได้รับ (ซึ่งรวมอยู่ในค่าบริการที่ได้รับจากกรมธนารักษ์) ซึ่งถือว่าเป็นการรับไว้แทนบริษัท ธ. เพื่อ บริษัท ธ. จะได้นำไปคำนวณภาษีมูลค่าเพิ่มและชำระภาษีต่อกรมสรรพากรต่อไป

5. บริษัท ธ. เข้าใจว่า การที่กรรมสิทธิ์ในอาคารและสิ่งปลูกสร้างทั้งหมดในโครงการฯ ต้องตกเป็นกรรมสิทธิ์ของกระทรวงการคลังเมื่อสิ้นสุดสัญญาเช่านั้นเป็นการโอนไปซึ่งกรรมสิทธิ์ของสินทรัพย์ตามผลของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และเป็นไปตามข้อกำหนดในสัญญาเช่า จึงไม่ถือว่าเป็นการจำหน่ายหรือโอนสินทรัพย์ของ บริษัท ธ. ดังนั้น จึงไม่มีเงินได้ใด ๆ เกิดจากการโอนอาคารและสิ่งปลูกสร้างดังกล่าว กล่าวคือ บริษัท ธ. ไม่ต้องตีราคาอาคารดังกล่าวเพื่อนำมาถือเป็นรายได้เพื่อคำนวณกำไรขาดทุนสุทธิ เพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลของ บริษัท ธ. แต่อย่างใด

นอกจากนั้นอาคารและสิ่งปลูกสร้างในโครงการฯ ซึ่งจะเป็นกรรมสิทธิ์ของกระทรวงการคลังนั้น เป็นการตกไปซึ่งกรรมสิทธิ์ตามผลของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และโดยข้อกำหนดในสัญญาจึงไม่มีการจดทะเบียนสิทธิ นิติกรรมต่อกรมที่ดินแต่อย่างใด ดังนั้น การโอนกรรมสิทธิ์ในอาคารและสิ่งปลูกสร้างให้แก่ กระทรวงการคลังดังกล่าวจึงไม่อยู่ในข่ายที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะแต่อย่างใด

6. บริษัท ธ. เข้าใจว่า การที่ SPV และ บริษัท ธ. ได้คำนวณค่าตอบแทนการโอนสิทธิการได้รับชำระค่าเช่ารวมค่าบริการ โดยได้คำนึงถึงวิธีการชำระ และระยะเวลาของการชำระค่าตอบแทนของตัวสัญญาใช้เงินด้อยสิทธิ ซึ่งได้กำหนดให้ชำระเป็นงวด ๆ ตามกระแสเงินสดของ SPV ที่มีอยู่ไว้ด้วยแล้ว ดังนั้น บริษัท ธ. จึงไม่ต้องคิดรายได้ดอกเบี้ยจากค่าตอบแทนที่ค้างชำระที่เป็นตัวสัญญาใช้เงินด้อยสิทธิเพื่อนำมาเป็นรายได้ในการคำนวณกำไรขาดทุนสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลของ บริษัท ธ. อีกแต่อย่างใด

7. บริษัท ธ. เข้าใจว่า ตามพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการยกเว้น รัษฎากร (ฉบับที่ 441) พ.ศ. 2548 ให้ยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลให้กับนิติบุคคลเฉพาะกิจที่ได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ซึ่ง SPV ตามโครงการนี้ก็จะจัดตั้งให้เป็นนิติบุคคล เฉพาะกิจที่ได้รับอนุมัติ จากคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ดังนั้น SPV ซึ่งจะได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ จึงจะได้รับการยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคล ตามพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว โดยการยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลในกรณีนี้จะเป็นการยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลสำหรับเงินได้ทั้งหมดของ SPV ซึ่งรวมถึงเงินได้ของ SPV ที่จะได้รับจากการนำเงินได้ที่ได้รับจาก โครงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ที่มีอยู่ในบัญชีเงินฝากไปลงทุน หรือหาผลประโยชน์ตามที่ระบุในหนังสือชี้ชวนของโครงการด้วย

8. กรณีภาษีมูลค่าเพิ่มและอากรแสตมป์ สำหรับธุรกรรมของ บริษัท ธ. และ SPV กับคู่สัญญาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นเนื่องจากการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (Securitization) ที่ได้รับอนุมัติ

จากคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ บริษัท ธ. มีความเห็นว่า ภาวะภาษีมูลค่าเพิ่มและอากรแสตมป์สำหรับสัญญาต่าง ๆ เป็นดังนี้

ก. สัญญาโอนสิทธิการรับชำระค่าเช่ารวมค่าบริการระหว่าง บริษัท ธ. กับ SPV จะได้รับยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่มและอากรแสตมป์ ตามพระราชกฤษฎีกาฯ (ฉบับที่ 333) พ.ศ. 2541 และพระราชกฤษฎีกาฯ (ฉบับที่ 335) พ.ศ. 2541 ตามลำดับ

ข. สัญญาบริการระหว่าง SPV และผู้ให้บริการรายต่าง ๆ เช่น สัญญาแต่งตั้งที่ปรึกษาทางการเงิน สัญญาแต่งตั้งผู้บริหารจัดการโครงการ สัญญาแต่งตั้งผู้แทนผู้ถือหุ้นกู้ สัญญาแต่งตั้งนายทะเบียนหุ้นกู้ สัญญาแต่งตั้งตัวแทนชำระเงิน สัญญาแต่งตั้งผู้จัดการการจัดจำหน่ายและรับประกอบการจำหน่าย และสัญญาแต่งตั้งผู้จัดอันดับความน่าเชื่อถือ เป็นต้น โดยรายละเอียดของสัญญาเหล่านี้ได้ระบุในหนังสือชี้ชวนโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้อนุมัติแล้ว บริษัท ธ. จึงเข้าใจว่า สัญญาเหล่านี้ จะได้รับยกเว้นอากรแสตมป์ เนื่องจากเป็นตราสารที่ทำในโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ที่ได้อนุมัติจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ตามประกาศอธิบดีกรมสรรพากรเกี่ยวกับอากรแสตมป์ (ฉบับที่ 40) เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการยกเว้นอากรแสตมป์เกี่ยวกับธุรกรรมแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ ลงวันที่ 14 มิถุนายน พ.ศ.2542

แนววินิจฉัย:

1. กรณีข้อเท็จจริงตาม 1 และ 3 บริษัท ธ. ขายสิทธิการรับชำระค่าเช่ารวมค่าบริการในอนาคตจำนวน 78,855 ล้านบาท ให้แก่ SPV ในราคา 40,000 ล้านบาท โดย บริษัท ธ. จะมีค่าใช้จ่ายซึ่งเกิดจากส่วนลดในการขายสิทธิการรับชำระค่าเช่ารวมค่าบริการเป็นจำนวนเงิน 38,855 (78,855 - 40,000) บาท บริษัท ธ. จะต้องนำค่าเช่ารวมค่าบริการและส่วนลดจากการขายสิทธิดังกล่าวมารวมคำนวณเป็นรายได้และรายจ่ายเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคล ทั้งนี้ การคำนวณรายได้และรายจ่ายให้ใช้เกณฑ์สิทธิตามมาตรา 65 วรรคสอง แห่งประมวลรัษฎากร โดย บริษัท ธ. จะนำรายได้ค่าเช่ารวมค่าบริการมารวมคำนวณเป็นรายได้ในรอบระยะเวลาบัญชีที่เริ่มให้เช่าทรัพย์สินหรือให้บริการ หรือนำรายได้นั้นมาเฉลี่ยตามส่วนแห่งจำนวนปีตามสัญญา และนำมารวมคำนวณเป็นรายได้ในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีนับแต่รอบระยะเวลาบัญชีที่เริ่มให้เช่าทรัพย์สินหรือให้บริการก็ได้ โดยให้ บริษัท ธ. นำส่วนลดจากการขายสิทธิการรับชำระค่าเช่ารวมค่าบริการมารวมคำนวณเป็นรายจ่ายในแต่ละรอบระยะเวลาบัญชีนับแต่รอบระยะเวลาบัญชีที่เริ่มให้เช่าทรัพย์สินหรือให้บริการ

2. กรณีตาม 2 บริษัท ธ. ขายสิทธิการรับชำระค่าเช่ารวมค่าบริการในอนาคตจำนวน 78,855 ล้านบาท ให้แก่ SPV ในราคา 40,000 ล้านบาทนั้น เป็นการโอนทรัพย์สินให้แก่ SPV ภายใต้โครงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ ที่ได้รับอนุมัติจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์

และตลาดหลักทรัพย์ ถือเป็นการโอนทรัพย์สินโดยมีเหตุอันสมควรตามมาตรา 65 ทวิ (4) แห่งประมวลรัษฎากร

3. กรณีข้อเท็จจริงตาม 4 เนื่องจาก บริษัท ธ. ดำเนินการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ โดยการขายสิทธิการรับชำระค่าเช่ารวมค่าบริการในอนาคต แต่ บริษัท ธ. ไม่ได้โอนสิทธิการให้เช่ารวมการให้บริการในอาคารให้แก่ SPV บริษัท ธ. จึงเป็นผู้ให้เช่าอาคารและให้บริการต่อกรมธนารักษ์ตลอดระยะเวลา 30 ปี ดังนั้น เมื่อกรมธนารักษ์ชำระค่าเช่าอาคารในแต่ละงวดให้แก่ SPV บริษัท ธ. มีหน้าที่ต้องออกใบเสร็จรับเงินให้แก่กรมธนารักษ์ และเมื่อกรมธนารักษ์ชำระค่าบริการในแต่ละงวดให้แก่ SPV นั้น บริษัท ธ. มีหน้าที่ต้องออกใบเสร็จรับเงินให้แก่กรมธนารักษ์และมีสิทธิเรียกเก็บภาษีมูลค่าเพิ่มในอัตราร้อยละ 7.0 พร้อมทั้งออกใบกำกับภาษีให้แก่กรมธนารักษ์ตามมาตรา 80 และ 86 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลรัษฎากร ทั้งนี้ กรมธนารักษ์ซึ่งเป็นผู้จ่ายเงินได้ค่าเช่าและค่าบริการในแต่ละงวดมีหน้าที่ต้องหักภาษี ณ ที่จ่าย ในอัตราร้อยละ 1.0 ของเงินได้พึงประเมินที่จ่ายและออกหนังสือรับรองการหักภาษี ณ ที่จ่าย ให้แก่ บริษัท ธ. ตามมาตรา 69 ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร

4. กรณีตาม 5 การที่กรมสิทธิในอาคารและสิ่งปลูกสร้างทั้งหมดในโครงการฯ ต้องตกเป็นกรรมสิทธิ์ของกระทรวงการคลังเมื่อสิ้นสุดสัญญาเช่านั้น การโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ด้วยวิธีดังกล่าวไม่เข้าลักษณะเป็นการขายตามมาตรา 39 แห่งประมวลรัษฎากร ประกอบกับมาตรา 3 แห่งพระราชกฤษฎีกา ออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไขและราคาหรือมูลค่าสำหรับการโอนกรรมสิทธิ์ หรือสิทธิครอบครองในอสังหาริมทรัพย์ ให้แก่ส่วนราชการ หรือรัฐวิสาหกิจที่มีใช้บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล (ฉบับที่ 121) พ.ศ. 2525 ดังนั้น บริษัท ธ. จึงไม่ต้องนำมูลค่าของอาคารและสิ่งปลูกสร้างมาถือเป็นรายได้ในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลแต่อย่างใด และหากการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ตามข้อเท็จจริงไม่ต้องจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้รับจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมไม่เข้าลักษณะเป็นการขายอสังหาริมทรัพย์เป็นทางค้าหรือหากำไร ดังนั้น บริษัท ธ. ไม่อยู่ในบังคับต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ ตามมาตรา 91/2(6) ประกอบกับมาตรา 4 แห่งพระราชกฤษฎีกา ออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการขายอสังหาริมทรัพย์เป็นทางค้าหรือหากำไร (ฉบับที่ 342) พ.ศ. 2541

5. กรณีข้อเท็จจริงตาม 6 การที่ SPV และ บริษัท ธ. ได้คำนวณค่าตอบแทนการขายสิทธิการได้รับชำระค่าเช่ารวมค่าบริการ โดยได้คำนึงถึงวิธีการชำระ และระยะเวลาของการชำระค่าตอบแทนของตัวสัญญาใช้เงินด้อยสิทธิ ซึ่งได้กำหนดให้ชำระเป็นงวด ๆ ตามกระแสเงินสดของ SPV ที่มีอยู่ไว้ด้วยแล้ว บริษัท ธ. จึงไม่ต้องคิดรายได้ดอกเบี้ยจากค่าตอบแทนที่ค้างชำระที่เป็นตัวสัญญาใช้เงินด้อยสิทธิและนำมาเป็นรายได้ในการคำนวณกำไรสุทธิเพื่อเสียภาษีเงินได้ นิติบุคคลแต่อย่างใด

6. กรณีตาม 7 การที่ SPV ตามกฎหมายว่าด้วยนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ นำเงินได้ที่ได้รับจากโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ที่มีอยู่ในบัญชีเงินฝากไป

ลงทุนหรือหาผลประโยชน์ตามที่ระบุในหนังสือชี้ชวนของโครงการฯ ด้วย หากเงินได้ที่เกิดจากการลงทุนหรือหาผลประโยชน์เป็นเงินได้ จากการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ภายใต้โครงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ที่ได้รับอนุมัติจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ SPV จะได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลสำหรับเงินได้ที่เกิดจากการลงทุนหรือหาผลประโยชน์ดังกล่าวตามมาตรา 3 แห่งพระราชกฤษฎีกา ออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 441) พ.ศ. 2548

7. กรณีข้อเท็จจริงตาม 8 สัญญาขายสิทธิการรับชำระค่าเช่ารวมค่าบริการระหว่าง บริษัท ๘. กับ SPV เข้าลักษณะเป็นการขายทรัพย์สินระหว่างบริษัทกับนิติบุคคลเฉพาะกิจที่เกิดขึ้นเนื่องจากการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยนิติบุคคลเฉพาะกิจเพื่อการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ จะได้รับยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่มตามมาตรา 3(8) แห่งพระราชกฤษฎีกา ออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการยกเว้นภาษีมูลค่าเพิ่ม (ฉบับที่ 239) พ.ศ. 2534 และจะได้รับยกเว้นอากรแสตมป์ตามมาตรา 6(27) แห่งพระราชกฤษฎีกา ออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2500 สำหรับสัญญาบริการระหว่าง SPV กับผู้ให้บริการรายต่าง ๆ จะได้รับยกเว้นอากรแสตมป์ตามมาตรา 6(27) แห่งพระราชกฤษฎีกา ออกตามความในประมวลรัษฎากร ว่าด้วยการยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2500

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวอัญรินทร์ จิระตระกูลวัชร สำเร็จการศึกษาชั้นมัธยมศึกษาตอนต้นจากโรงเรียนสตรีวิทยาในปี พ.ศ. 2546, มัธยมศึกษาตอนปลายจากโรงเรียนเตรียมอุดมศึกษาในปี พ.ศ. 2549, ปริญญานิติศาสตรบัณฑิต จากจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยในปี พ.ศ. 2554, ได้รับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพทนายความในปี พ.ศ. 2555, สำเร็จประกาศนียบัตรเนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 66 และได้รับการขึ้นทะเบียนเป็นทนายความผู้ทำคำรับรองลายมือชื่อและเอกสารในปี พ.ศ. 2556

ประวัติการทำงาน ที่ปรึกษากฎหมาย บริษัท ซีเอสบีซี ลอว์ออฟฟิส จำกัด ในปี 2554 ถึงปี 2556 และปัจจุบันเป็นนิติกร ธนาคารไทยพาณิชย์ จำกัด (มหาชน)

