

เรา “คาดหวังอะไร” จากกรรมการบริษัท ?

“กรรมการทำงาน...ที่ไหน ?
(ต่อจากคราวที่แล้ว)



คุณชินภัทร วิสุทริแพทย์
หุ้นส่วน, ONE Law Office

ผลจาก “มติคณะกรรมการ” บริษัทมหาชนแห่งหนึ่ง...ที่ “พลาด” ก่อน “กำหนดวาระ” การประชุม และ “พลาด” ก่อน “ลงมติ” คือไม่ได้ตรวจสอบอำนาจคณะกรรมการ และไม่ได้ตรวจสอบ “วัตถุประสงค์บริษัท” ว่าทำอะไรได้หรือไม่ได้

ผลคือ คณะกรรมการบริษัทอนุมัติให้บริษัทแม่ (บริษัทมหาชน) คำประกัน “บริษัทในเครือ” ต่อธนาคารพาณิชย์โดยไม่มีอำนาจตามกฎหมาย (Ultra Vires) และไม่สามารถนำเรื่องนี้เข้าที่ประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อให้สัตยาบันได้ (Ratification) เพราะเป็นเรื่องที่ไม่อยู่ใน “วัตถุประสงค์บริษัท” ที่จะกระทำได้

ใคร...มีหน้าที่สอดส่องดูแล...ป้องกันความผิดพลาด (Preventive Approach) ?

ประเด็นนี้ “เลขานุการบริษัท” หรือ Corporate Secretary ที่มีหน้าที่ตามกฎหมายหลักกรัฟยต้อง “ระมัดระวัง” ในเรื่องกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ให้ถูกต้องตามกฎหมาย (Compliance) อีกทั้ง ประธานคณะกรรมการ (Chairman of the Board) ควร “สอดส่องดูแล” วาระการประชุมเพื่อหาและเอกสารประกอบการประชุมก่อนการออกหนังสือเชิญประชุมคณะกรรมการบริษัทให้ถูกต้องตามกฎหมาย (Authorization Check)

ประเด็นต่อเนื่อง เรื่อง “เงินกู้ระหว่างกัน” (Intracompany Loan) ผม “ทิ้งประเด็นให้คิด” เรื่อง “อัตราดอกเบี้ย” และ “ภาษีธุรกิจเฉพาะ”

กรณี “บริษัทแม่” นำเงินกู้นาการมาให้กู้ต่อ (Relending) กับ “บริษัทในเครือ” คือ อัตราดอกเบี้ยคิดกันอย่างไร ? ไม่ให้กระทบเรื่อง “รายการเกี่ยวโยง” (Related Party Transaction) และประเด็นภาษีอากร (Transfer Pricing) ... คำตอบสำหรับกรณีนี้คือ “ราคาตลาด” (Market Price) แต่ในทางปฏิบัติประเด็นนี้กรมสรรพากรเคยมีข้อหารือ (Tax Ruling) เป็นจำนวนมากทำให้พิจารณาจาก “ต้นทุนทางการเงิน” (Cost of Fund) เป็นพื้นฐานแล้ว “บวกกำไร” (Cost Plus) ที่เหมาะสม ดังนั้น กรณีนี้ “บริษัทแม่” กู้เงินธนาคารแล้วมาให้กู้ต่อยังบริษัทในเครือ บริษัทแม่ต้องบวกกำไรดอกเบี้ยไม่ต่ำกว่าอัตราดอกเบี้ยธนาคาร เช่น กู้ธนาคารด้วยดอกเบี้ย MRR-xxx เมื่อมา “ปล่อยกู้ต่อ” ควรบวก xxx % สำหรับดอกเบี้ยที่คิดจากบริษัทในเครือ ส่วน “กำไร” นั้น

กรมสรรพากรไม่ได้กำหนดแนวทางไว้ชัดเจน ทางออกที่ดีคือ “บริษัทแม่” ควรมี “ตัวเปรียบเทียบที่เทียบเคียงได้” (Comparable Benchmark) ว่าบริษัทอื่นในอุตสาหกรรมคิด “ส่วนต่างดอกเบี๋ย” นี้อย่างไร จากนั้น รวบรวมเอกสารหลักฐานไว้อ้างอิงในอนาคตหากจะมีคำถามถึงหลักการคิดดอกเบี๋ยเงินกู้จากบริษัทในเครือ

นอกจากกรณี “อัตราดอกเบี๋ย” ดังกล่าวข้างต้นแล้ว การให้กู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือยังมี “ภาษีธุรกิจเฉพาะ” และ “อากรแสตมป์” ให้ต้องพิจารณาเพื่อปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายอีกด้วย

กรรมการทราบหรือไม่ ? รายการเกี่ยวข้องกัน (RPT: Related Party Transaction) สัมพันธ์กับเรื่องภาษีการโยกกำไร (Transfer Pricing)

ตามปกติ การให้กู้ยืมเงินระหว่างบริษัทในเครือ ไม่ว่าจะอยู่ในรูป Intracompany Loan หรือ Cash Pooling ถือเป็น “กิจการเกี่ยวเนื่องการพาณิชย์” ที่ต้องเสียภาษีธุรกิจเฉพาะ 3.3%

อย่างไรก็ตาม กฎหมาย “ยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ” ในเรื่องนี้ (พระราชกฤษฎีกา ฉบับที่ 571) กำหนดเงื่อนไขไว้ ดังนี้

บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในเครือเดียวกันให้กู้ยืมเงินกันเอง (ได้รับยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะ)

“บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลในเครือเดียวกัน” หมายความว่า บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลจำนวนตั้งแต่สองนิติบุคคลขึ้นไป ซึ่งมีความสัมพันธ์กันโดยบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลใดถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนอยู่ในบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลอีกแห่งหนึ่งไม่น้อยกว่าร้อยละสิบห้าของหุ้นทั้งหมดที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลนั้น เป็นเวลาไม่น้อยกว่าหกเดือนก่อนวันที่มีการกู้ยืม โดยให้นับระยะเวลาของบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลเดิมอันได้ควบเข้ากันหรือบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลเดิมผู้โอนกิจการทั้งหมดรวมด้วย

จากเงื่อนไขยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะข้างต้น เห็นได้ว่า “บริษัทในเครือเดียวกัน” ยึดถือจาก “การถือหุ้น” (Shareholding Test) เท่านั้นไม่ได้พิจารณาเรื่อง “อำนาจควบคุม” (Control Test) หรือ “อำนาจทางเศรษฐกิจ” (Economic Test) หรือ อีกนัยหนึ่งกฎหมายภาษีในเรื่องนี้ไม่ได้คำนึงถึง “เนื้อหาสำคัญกว่ารูปแบบ” (Substance Over Form) ดังเช่นมาตรฐานบัญชี หรือ กฎหมายหลักทรัพย์

อีกประการหนึ่งสำหรับ “การกู้ยืมเงินระหว่างกัน” ที่จะได้รับยกเว้นภาษี คือ กฎหมายกำหนด “เงื่อนไขเวลา” (Time Test) ไว้ด้วย ทำให้เข้าใจได้ว่าสถานะความเป็นบริษัทในเครือเดียวกันต้องผ่านระยะเวลาที่กฎหมายพิจารณาแล้วว่า มีนัยยะสำคัญเพียงพอที่จะมีการกู้ยืมเงินกันได้ไม่ใช่ถือหุ้นกันฉาบฉวยหาความแน่นอนไม่ได้แล้วจึงให้เงินกู้ยืมกัน นอกจากนี้ น่าสังเกตว่าการกำหนดระยะเวลาการถือหุ้นไว้นาน 6 เดือนนี้ไว้เพื่อป้องกันการ “หลีกเลี่ยงภาษี” กฎหมายจึงได้มี “เงื่อนไขเวลา” นี้เพิ่มจาก “เงื่อนไข” การถือหุ้นดังกล่าว มิฉะนั้น อาจมีการใช้ “ช่องทาง” นี้ในการ “ถือหุ้น” ช่วงสั้นเพื่อให้กู้ยืมเงินโดยมุ่งหวังการยกเว้นภาษีธุรกิจเฉพาะดังกล่าว (Abusive Tax Planning)

กรรมการบริษัท...ทราบเรื่องภาษีในกิจการหรือไม่ ? การให้กู้ยืมเงินมีภาระภาษีอะไรอีกนอกจากภาษีเงินได้ (Income Tax) และภาษีธุรกิจเฉพาะ (Specific Business Tax)

อาการเสตมปี คือ ภาวะภาษีอีกประเภทหนึ่งที่ “ผู้ให้กู้” มีหน้าที่ต้องเสียอากรให้แก่กรมสรรพากรสำหรับ “สัญญาเงินกู้” เทียบให้เข้าใจได้ง่ายคือ อาการเสตมปี 0.5% แต่ไม่เกิน 10,000 บาทสำหรับสัญญาเงินกู้ 1 ฉบับ

อย่างไรก็ตาม “สัญญาเงินกู้” ตามกฎหมายคู่สัญญาต้องลงนามในสัญญาทั้งสองฝ่ายต่างจาก “หลักฐานการกู้ยืมเงิน” ที่ “ผู้กู้” ลงนามในหลักฐานเพียงฝ่ายเดียวและ “ผู้ให้กู้” สามารถใช้ฟ้องร้องดำเนินคดีได้ถูกต้องตามกฎหมาย ประเด็นนี้ ศาลฎีกาได้เคยมีคดีเรื่องนี้ (Precedent Case) ตัดสินไว้เป็นบรรทัดฐานมาก่อนแล้วหลายคดีตัวอย่างสอดคล้องกับกฎหมายการกู้ยืมเงิน และข้อน่าสังเกตคือ “หลักฐานการกู้ยืมเงิน” นี้ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าไม่ต้องเสียอากรเสตมปีเพราะไม่ใช่สัญญาที่ต้องเสียอากรเสตมปี

ทางเลือกอื่นเงินกู้บริษัทในเครือ...กรรมการบริษัทอนุมัติเรื่องอื่นได้หรือไม่ ?

จากประสบการณ์พบว่าบริษัทจำนวนมาก “เลือกใช้” ตัวเงิน เช่น ตัวแลกเงิน หรือ ตัวสัญญาใช้เงิน เป็น “เครื่องมือ” (Debt Instrument) แทนสัญญากู้ยืมเงินกันระหว่างบริษัทในเครือ และตัวเงินนี้ติดอากรเสตมปี 3 บาทต่อฉบับตัวเงิน (Fixed Amount) เท่านั้น โดยไม่คำนึงถึงจำนวนเงินในตราสารนั้น

ตัวเงินตามกฎหมายเป็น “หลักฐานแสดงสิทธิในหนี้” ในขณะที่ตามบัญชีและงบการเงินของบริษัทผู้ออกตัวเงิน (ลูกหนี้) นั้น ตัวเงินจะอยู่ใน “รายการหนี้สิน” ทั้งนี้ สอดคล้องกับงบการเงินของบริษัทผู้ถือตัวเงิน (เจ้าหนี้) ที่แสดง “รายการลูกหนี้” ในส่วนสินทรัพย์ของงบการเงิน

“หลักฐานการกู้ยืมเงิน” หรือ “ตัวเงิน” ถือเป็น “เลี่ยงภาษี” (อากรเสตมปี) หรือไม่ ?

ประเด็นนี้ขึ้นอยู่กับ “นโยบายบริษัท” และ “แนวทางปฏิบัติ” ของแต่ละบริษัทที่จะกำหนดทิศทางการบริหารทางการเงินภายใน “กลุ่มบริษัท” (Treasury Policy & Practice) ซึ่งเป็นจุดประสงค์ทางธุรกิจและการวางแผนองค์กร (Business Purpose) ของบริษัท ทั้งนี้ ทางเลือกการบริหารจัดการการเงินภายในเป็นสิ่งที่จะสะท้อนธุรกรรมที่ปฏิบัติจริง (Economic Substance) มิใช่ “นิติกรรมอำพราง” (Sham Transaction) และไม่ได้นำประเด็นภาษีเป็นปัจจัยหลักและปัจจัยแรกในการเลือกตัดสินใจกำหนดนโยบายดังกล่าว

นอกจากนี้ การใช้ตัวเงินเป็น “เครื่องมือ” ทดแทนสัญญาเงินกู้ระหว่างบริษัทในเครือได้รับการยอมรับจาก “ผู้สอบบัญชี” (External Auditor) และกรมสรรพากรให้สามารถกระทำได้ถูกต้องตามกฎหมาย ทั้งนี้ บริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ของไทย รวมถึงบริษัทข้ามชาติจำนวนมากเลือกใช้แนวทางนี้จนเป็นที่ยอมรับกันอย่างแพร่หลาย ดังนั้น ประเด็นการหลีกเลี่ยงภาษีนี้นี้จึงมีความเสี่ยงน้อยมาก

“กรรมการทำงาน...ที่ไหน” มาถึงข้อสรุปได้ว่า “กรรมการบริษัท” สามารถทำงานได้ทุกที่ และการทำงานอย่างเป็นทางการที่อยู่ในรูปแบบ “องค์กร” (Committee) ต้องทำงานร่วมกันเป็นกลุ่ม (Collective Contribution) ในที่ประชุมคณะกรรมการบริษัท (Board Meeting) สะท้อนอยู่ในรูปของ “รายงานการประชุมคณะกรรมการบริษัท” ที่สามารถใช้หลักฐานอ้างอิงได้ถึงการดำเนินงานของกรรมการบริษัท (Director Performance)

บทความฉบับต่อไป ผมจะเขียนต่อเนื่องเรื่อง “Fiduciary Duty...หน้าที่ของกรรมการบริษัท...คืออะไร ?”