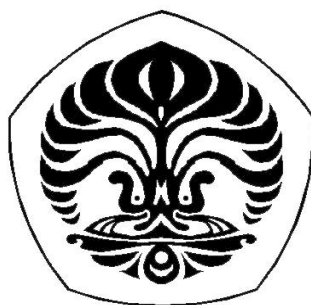


**KAJIAN NORMATIF YURIDIS MENGENAI PERATURAN ANTI
PENGHINDARAN PAJAK (*ANTI AVOIDANCE RULE*) MENURUT
PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN PERPAJAKAN DI
INDONESIA**

TESIS

Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Magister Hukum

**Luh Putu Adinda Martatilova
0706174695**



**UNIVERSITAS INDONESIA
FAKULTAS HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA
JAKARTA
JANUARI 2009**

HALAMAN PENGESAHAN

Tesis ini diajukan oleh

Nama : L. P. Adinda Martatilova
NPM : 0706174695
Program Studi : Ilmu Hukum
Judul Tesis : Kajian Normatif Yuridis Mengenai Peraturan Anti
Penghindaran Pajak (*Anti Avoidance Rule*) Menurut Peraturan
Perundang-undangan Perpajakan di Indonesia

Telah berhasil dipertahankan di hadapan Dewan Penguji dan diterima sebagai bagian persyaratan yang diperlukan untuk memperoleh gelar Magister Hukum pada Program Studi Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Indonesia.

DEWAN PENGUJI

Pembimbing : Prof. DR. Arifin P. Soeria Atmadja, S.H. ()
Penguji : DR. Tjip Ismail, S.H., M.M. ()
Penguji : Yuli Indrawati, S.H., LL.M. ()

Ditetapkan di :

Tanggal :

KATA PENGANTAR

Puji syukur saya panjatkan kepada Tuhan Yang Maha Esa, karena atas berkat dan rahmat-Nya, saya dapat menyelesaikan tesis ini. Penulisan tesis ini dilakukan dalam rangka memenuhi salah satu syarat untuk mencapai gelar Magister Hukum pada program pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Saya menyadari bahwa tanpa bantuan dan bimbingan dari berbagai pihak, dari masa perkuliahan sampai pada penyusunan tesis ini, sangatlah sulit bagi saya untuk menyelesaikan tesis ini. Oleh karena itu, saya mengucapkan terima kasih kepada:

1. Prof. DR. Arifin P. Soeria Atmadja, S.H., selaku dosen pembimbing yang telah menyediakan waktu, tenaga, dan pikiran untuk mengarahkan Penulis dalam penyusunan tesis ini;
2. DR. Tjip Ismail, S.H., M.M., yang telah memberikan bimbingan materi tesis ini dengan penuh kesabaran dan ketelitian;
3. Orang tua Penulis, Putu Junikayasa dan Maret Jusyanti Eka Putri, yang telah memberikan dukungan material, moral dan tentunya kasih sayang yang tak pernah habis;
4. Ahmad Siddiq, S.H., yang telah menemani Penulis dalam tahun-tahun kebersamaan yang penuh dengan suka, cinta, dan kasih sayang, juga atas pemikiran, komentar, kritik, dan sarannya yang selalu membangun;
5. Keluarga besar Penulis, Wayan Mudera, Djusmanizar, (Alm.) Wayan Teken Sara, para tante dan oom yang selalu menyayangi dan mendukung Penulis;
6. Sahabat-sahabat Penulis dari Fakultas Hukum Universitas Indonesia angkatan 2003, Linda, Tommy a.k.a. Bejo, Albert, Adri a.k.a. Botak, Mada, Anto, Aji a.k.a. Ijah, Khenny, Natalie, Deki yang selalu mendukung penulis baik dalam kehidupan dan dalam penulisan tesis ini;
7. Sahabat-sahabat Penulis dari Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia kelas ekonomi pagi angkatan 2007, mbak Inda, mbak Honnie, mbak Ella, mbak Dian, mbak Alim, mbak Lili, mbak Lala, mbak Umae, Dika, Amir, pak Agus, mas Doni, Yuri, Kresna, Damon, mas Ferdi, mas Arif, mas Luckman, yang telah mendukung dalam penulisan tesis ini dan menemani penulis selama 1,5 tahun kebersamaan yang indah dan ceria di kelas pagi;

8. Sahabat Penulis yang tak pernah lekang dimakan waktu, Irna Riris Pas Natalia Gultom dan Revita Ramadhiana, yang meskipun jarak tak lagi berdekatan, dukungan dan kasih sayangnya selalu terasa;
9. Keluarga Besar LKBH-PPS FHUI, Pak Yoni Agus Setiyono, Mbak Febby Mutiara Nelson, bang Toni, bang Ulung, Tammy, Amel, Tito, Aji, Titi, yang telah memberikan pengalaman berharga dan tak ternilai selama magang di LKBH dan selalu memberikan dukungan dan semangat kepada Penulis;
10. Staff Biro Pendidikan/Sekretariat Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia untuk segala kelancaran dalam proses kesekretariatan selama Penulis berkuliah, juga atas keramahan dan kehangatan bapak-bapak semua.

Akhir kata, saya berharap Tuhan Yang Maha Esa berkenan membalas segala kebaikan semua pihak yang telah membantu. Semoga tesis ini membawa manfaat bagi pengembangan ilmu.

Jakarta, Desember 2008
Penulis

**HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI TUGAS
AKHIR UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS**

Sebagai sivitas akademik Universitas Indonesia, saya yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : L. P. Adinda Martatilo
NPM : 0706174695
Program Studi : Ilmu Hukum
Fakultas : Hukum
Jenis Karya : Tesis

demi pengembangan ilmu pengetahuan, menyetujui untuk memberikan kepada Universitas Indonesia **Hak Bebas Royalti Noneksklusif (*Non-exclusive Royalty-Free Right*)** atas karya ilmiah saya yang berjudul:

“Kajian Normatif Yuridis Mengenai Peraturan Anti Penghindaran Pajak (*Anti Avoidance Rule*) Menurut Peraturan Perundang-undangan Perpajakan di Indonesia”

beserta perangkat yang ada (jika diperlukan). Dengan Hak Bebas Royalti Noneksklusif ini, Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalihmedia/formatkan, mengelola dalam bentuk pengkalan data (*database*), merawat, dan mempublikasikan tugas akhir saya tanpa meminta izin dari saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis/pencipta dan sebagai pemilik Hak Cipta.

Dibuat di : Jakarta

Tanggal :

Yang menyatakan

(L.P. Adinda Martatilo)

DAFTAR ISI

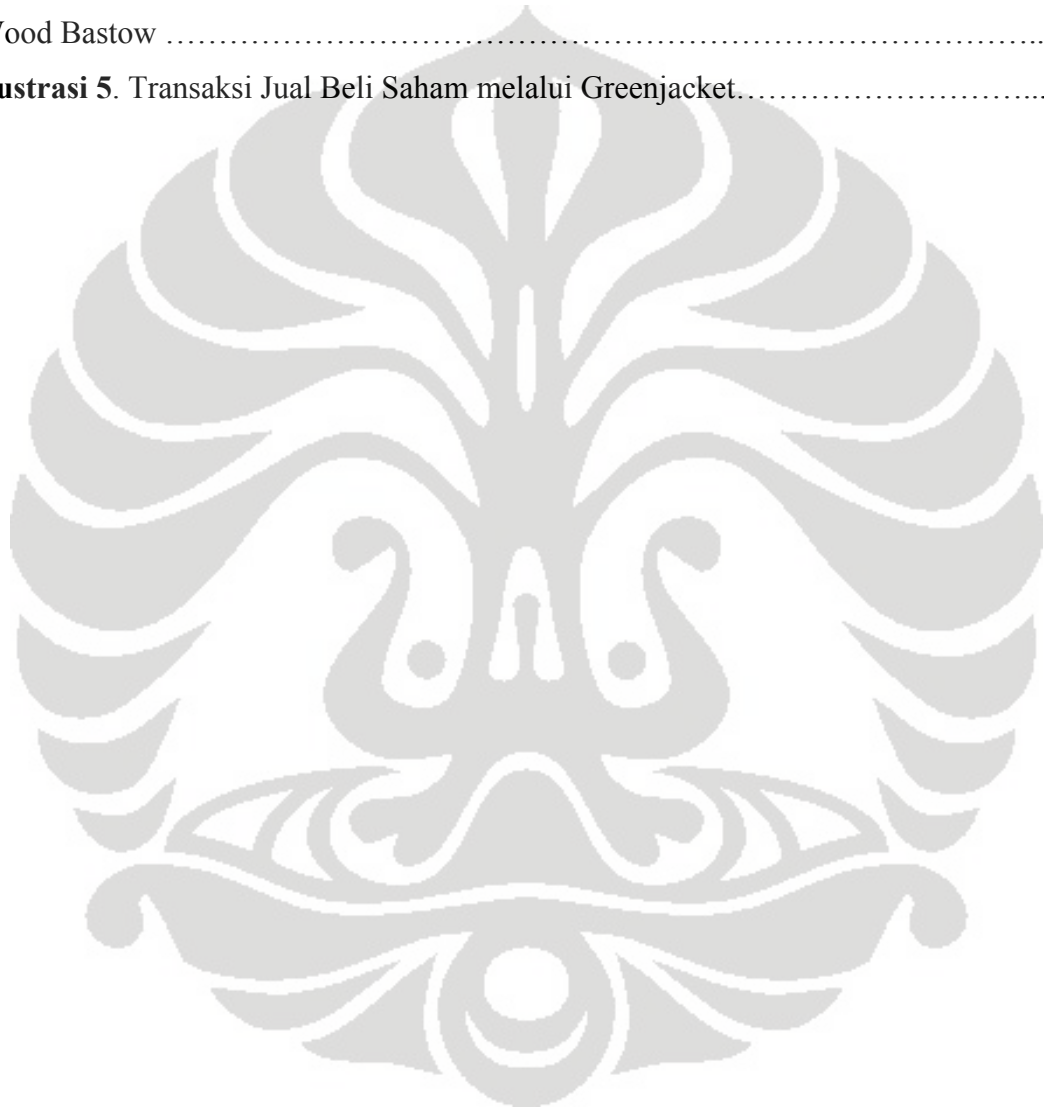
HALAMAN JUDUL.....	i
HALAMAN PENGESAHAN.....	ii
KATA PENGANTAR.....	iii
HALAMAN PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH.....	v
ABSTRAK.....	vi
ABSTRACT.....	vii
DAFTAR ISI.....	viii
DAFTAR ILUSTRASI.....	xi
DAFTAR TABEL.....	xii
DAFTAR LAMPIRAN.....	xiii
1. PENDAHULUAN	
1.1 Latar Belakang Masalah.....	1
1.2 Pokok Permasalahan.....	8
1.3 Tujuan Penelitian.....	8
1.4 Kegunaan Penelitian.....	8
1.5 Metode Penelitian.....	9
1.6 Kerangka Teoritis dan Kerangka Konseptual	
1.6.1 Kerangka Teoritis.....	11
1.6.2 Kerangka Konseptual.....	14
1.7 Sistematika Penulisan.....	18
2. TINJAUAN PUSTAKA MENGENAI PENGHINDARAN PAJAK (<i>TAX AVOIDANCE</i>)	
2.1 Pengertian Penghindaran Pajak (<i>Tax Avoidance</i>).....	20
2.2 Perbedaan antara Penghindaran Pajak (<i>Tax Avoidance</i>) dan Penyelundupan Pajak (<i>Tax Evasion</i>).....	31
2.3 Perbedaan antara Penghindaran Pajak yang Diperbolehkan (<i>Acceptable Tax Avoidance</i>) dan Penghindaran Pajak yang Tidak Diperbolehkan (<i>Unacceptable Tax Avoidance</i>).....	34

2.4 Pola-pola Pelaksanaan Penghindaran Pajak (<i>Tax Avoidance Schemes</i>).....	38
2.4.1 <i>Transfer Pricing</i>	40
2.4.2 <i>Thin Capitalization</i>	42
2.4.3 Instrumen Finansial Modern	44
2.4.4 Pembayaran ke <i>Tax Haven Country</i>	45
2.4.5 Duplikasi Pengurangan (<i>double dipping</i>).....	46
2.4.6 <i>Treaty Shopping</i>	47
2.4.7 <i>Controlled Foreign Corporation (CFC)</i>	50
2.4.8 Kombinasi Teknik Penghindaran	52
3. PERATURAN UMUM ANTI PENGHINDARAN PAJAK (<i>GENERAL ANTI-AVOIDANCE RULE/GAAR</i>) DAN APLIKASINYA DI INDONESIA	
3.1 Pengertian dan Alasan Diperlukannya Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak (<i>General Anti-Avoidance Rule/GAAR</i>).....	54
3.2 Prinsip-prinsip Dasar Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak (<i>General Anti-Avoidance Rule/GAAR</i>).....	59
3.3 Mekanisme Kerja Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak (<i>General Anti-Avoidance Rule/GAAR</i>)	
3.3.1 Mekanisme Kerja Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak di New Zealand.....	62
3.3.2 Mekanisme Kerja Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak di Kanada.....	64
3.4 Peraturan Khusus Anti Penghindaran Pajak (<i>Specific Anti-Avoidance Rule/SAAR</i>) di Indonesia.....	66
3.1.1 Pasal 18 ayat (1) UU PPh mengenai <i>Debt to Equity Ratio Rule</i>	68
3.1.2 Pasal 18 ayat (2) UU PPh mengenai <i>Controlled Foreign Corporation Rule</i>	70
3.1.3 Pasal 18 ayat (3) UU PPh mengenai <i>Arm's Length Rule</i> dan <i>Hybrid Loan Recharacterization Rule</i>	73
3.1.4 Pasal 18 ayat (3a) UU PPh mengenai <i>Advance Pricing Agreement (APA)</i>	76
3.1.5 Pasal 18 ayat (3b), (3c), dan (3d) UU PPh mengenai <i>Special Purpose Company</i>	77
3.1.6 Pasal 4 ayat (1) UU PPh mengenai Pengertian Penghasilan.....	79

3.1.7 Pasal 4 ayat (3) UU PPh mengenai Hal-hal yang Dikecualikan dari Objek Pajak.....	80
3.1.8 Pasal 6 ayat (1) UU PPh mengenai Biaya-biaya yang Dapat Dikurangkan.....	81
4. ANALISA KASUS PENGHINDARAN PAJAK	
4.1 Kasus W. T. Ramsay Ltd.	84
4.1.1 Analisa Kasus dengan Menggunakan Pasal 18 ayat (3) Undang-undang Nomor 36 tahun 2008 tentang Pajak Penghasilan dan Peraturan Pelaksanaannya.....	87
4.1.2 Analisa Kasus dengan Menggunakan Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak atau <i>General Anti-Avoidance Rule</i> (GAAR) New Zealand.....	91
4.1.3 Analisa Kasus dengan Menggunakan Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak atau <i>General Anti-Avoidance Rule</i> (GAAR) Kanada.....	96
4.2 Kasus Dawson.....	99
4.2.1 Analisa Kasus dengan Menggunakan Pasal 18 ayat (3c) Undang-undang Nomor 36 tahun 2008 tentang Pajak Penghasilan.....	101
4.2.2 Analisa Kasus dengan Menggunakan Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak atau <i>General Anti-Avoidance Rule</i> (GAAR) New Zealand.....	104
4.2.3 Analisa Kasus dengan Menggunakan Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak atau <i>General Anti-Avoidance Rule</i> (GAAR) Kanada.....	104
5. PENUTUP	
5.1 Kesimpulan.....	109
5.2 Saran.....	111
DAFTAR PUSTAKA.....	xiv

DAFTAR ILUSTRASI

Ilustrasi 1. Mekanisme Kerja <i>Section</i> BG 1	58
Ilustrasi 2. Mekanisme Kerja <i>Section</i> 245	60
Ilustrasi 3. Transaksi Penghindaran Pajak dalam Kasus Ramsay	82
Ilustrasi 4. Transaksi Jual Beli Saham secara Langsung antara keluarga Dawson dan Wood Bastow	95
Ilustrasi 5. Transaksi Jual Beli Saham melalui Greenjacket.....	96



DAFTAR TABEL

Tabel 1. Perbandingan Beban Pajak antara melalui Pinjaman dan Penyertaan Modal.....	43
Tabel 2. Daftar Negara-negara <i>Tax Haven</i> Menurut KMK Nomor 650/KMK.04/1994.....	67



BAB 1

PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang Masalah

Fenomena globalisasi dan perdagangan bebas telah membawa perubahan pada transaksi usaha konvensional. Globalisasi sendiri merupakan suatu proses kegiatan ekonomi dan perdagangan, dimana negara-negara di seluruh dunia menjadi satu kekuatan pasar yang semakin terintegrasi dengan tanpa rintangan batas teritorial negara¹. Dalam era globalisasi ini telah terjadi pertukaran uang, barang dan jasa melalui perdagangan bebas dan berbagai aktivitas bisnis secara luar biasa. Hal ini sangat didukung oleh adanya kemajuan teknologi informasi yang juga sangat pesat. Hampir tidak ada lagi negara yang dapat hidup sendirian tanpa melakukan transaksi ekonomi dengan negara lain sekarang ini. Kebijakan pasar bebas yang “dipraktekkan” terutama oleh negara-negara maju (“kaya”), telah menyebabkan kita menjadi suatu warga pasar dunia yang besar².

Istilah “globalisasi” sebenarnya mengacu kepada semakin menyatunya unit-unit ekonomi di dunia ke dalam satu unit ekonomi dunia³. Secara konkret dapat dilihat pada ilustrasi berikut. Untuk memproduksi suatu barang, misalnya komputer, suatu negara tidak lagi mengandalkan faktor-faktor produksi yang ada di negaranya sendiri. Perakitan layar monitor komputernya mungkin saja dilakukan di Singapura, sedangkan komponen-komponen lainnya dibuat di Jepang, Taiwan atau Korea Selatan. Setelah proses produksi komputer itu selesai, barangnya dapat saja dibawa dan dijual di negara lain seperti Indonesia atau Malaysia. Dengan kondisi yang demikian, lalu bagaimana suatu perusahaan mengatur produksi barang yang dibuat di tempat-tempat yang berjauhan? Di

¹ Martin Wolf, *Globalisasi Jalan Menuju Kesejahteraan*, (Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2007), hlm. 16.

² Sulistyowati Irianto, “Pluralisme Hukum dalam Perspektif Global,” *LSD Vol. 1 No. 3* (Agustus 2007): 3.

³ Hilmar Farid, “Globalisasi Ekonomi,” <<http://www.pmiu-uin-malang.host.sk/detail.php?id=79-26k>>, diakses 8 Desember 2007.

sinilah peran perusahaan raksasa yang disebut “Perusahaan Multinasional” (*Multinational Corporation (MNC)/Multinational Enterprise (MNE)*). Perusahaan semacam ini yang mengatur arus barang dan menjaga produksi agar selesai tepat pada waktunya. Perusahaan Multinasional memiliki kantor-kantor, pabrik atau kantor cabang di banyak negara, sehingga memungkinkannya untuk mendatangkan komponen dari segala penjuru dunia dan dirakit di tempat lain. Semakin rumit barangnya, maka akan semakin besar modal yang diperlukan untuk mengatur produksinya, dan semakin besar pula perusahaan yang mengelolanya⁴.

Perusahaan Multinasional yang sangat besar memiliki dana yang melewati dana banyak negara⁵. Pada tahun 1980, penjualan setiap 10 Perusahaan Multinasional terbesar di dunia mencapai \$ 28 milyar. Pendapatan tersebut lebih besar dari pendapatan nasional banyak negara di dunia⁶. Data dari *Institute for Policy Studies* menyatakan bahwa saat ini, dari 100 pelaku ekonomi terbesar di dunia, 52 di antaranya adalah perusahaan raksasa, 48 lainnya adalah negara. Mitsubishi berada pada posisi ke-22, General Motors pada posisi ke-26, dan Ford Motor pada posisi ke-31. Gabungan ketiga perusahaan raksasa tersebut dapat mengalahkan kekayaan Denmark, Thailand, Turki, Afrika Selatan, Arab Saudi, Norwegia, Finlandia, Malaysia, Chili dan Selandia Baru. Gabungan penjualan 200 perusahaan raksasa dunia masih lebih besar dari 18 kali lipat pendapatan tahunan 1,2 milyar orang miskin. Bahkan pada tahun 1999, hasil penjualan dari 5 perusahaan raksasa (General Motors, Wal-Mart, Exxon Mobil, Ford Motor dan DaimlerChrysler) dinyatakan lebih besar dari GDP (*Gross Domestic Product*) 182 negara⁷.

Namun kita dikejutkan dengan adanya berita pada salah harian yang menyatakan bahwa di Indonesia, pada tahun 2002, 70 % (tujuh puluh persen)

⁴ *Ibid.*

⁵ Wolf, *op. cit.*, hlm. 167.

⁶ Farid, *loc. cit.*

⁷ “Kejahatan Kapitalisme dalam Angka,” <<http://www.jurnal-ekonomi.org/2004/06/16/kejahatan-kapitalisme-dalam-angka/-49k->>, diakses 8 Desember 2007.

Perusahaan PMA (Penanaman Modal Asing) tidak membayar Pajak Penghasilan (PPH) karena laporan keuangannya merugi⁸. Kemudian pada tahun 2005, Menteri Keuangan saat itu, Jusuf Anwar menyatakan bahwa terdapat sekitar 750 perusahaan bermodal asing di Indonesia yang mengaku rugi selama lima tahun terakhir, padahal kondisi perusahaannya sehat⁹. Perusahaan bermodal asing yang mengaku rugi dan menghindari pajak di Indonesia tersebut setidaknya berasal dari enam negara. Anggota Panitia Khusus RUU Perpajakan, sekaligus anggota Komisi XI DPR, Dradjad H. Wibowo menyebutkan bahwa Perusahaan PMA yang diduga tidak membayar pajak selama lima tahun berturut-turut itu berasal dari Korea Selatan, Singapura, Amerika Serikat, Jepang, Taiwan, dan Australia. Selain itu terdapat juga beberapa negara dari Eropa¹⁰. Perusahaan PMA yang mengaku rugi tersebut berasal dari macam-macam sektor industri, yaitu:

- Sektor pertambangan, minyak dan gas, serta batu bara sebanyak 146 perusahaan;
- Industri kayu dan barang dari kayu, namun tidak termasuk furnitur, sebanyak 100 perusahaan;
- Industri mesin, peralatan kantor, dan akuntansi sebanyak 37 perusahaan;
- Listrik, gas, uap, dan air panas sebanyak 50 perusahaan;
- Penjualan, pemeliharaan, reparasi mobil dan sepeda motor sebanyak 74 perusahaan;
- Angkutan darat dan angkutan dengan saluran pipa sebanyak 171 perusahaan;
- Properti dan hotel sebanyak 147 perusahaan;
- Jasa kebersihan sebanyak 6 perusahaan;

⁸ “70 Persen PMA Tidak Bayar Pajak,” <<http://www.kompas.com/kompas-cetak/0208/27/utama/pers01.htm>>, 27 Agustus 2002.

⁹ “Komentor Menkeu soal PMA Mengecewakan,” <<http://www.kompas.com/kompas-cetak/0511/24/ekonomi/2237781.htm>>, 24 November 2005.

¹⁰ “PMA Nakal Harus Dikenai Sanksi Pidana,” <<http://www.kompas.com/kompas-cetak/0511/26/ekonomi/2242314.htm>>, 26 November 2005.

- Sektor lain-lain sebanyak 19 perusahaan¹¹.

Yang menjadi pertanyaan kemudian adalah mungkinkah perusahaan yang selalu merugi terus menerus tersebut dapat bertahan hidup? Semua Perusahaan Multinasional dijalankan dengan asumsi untuk mendapatkan laba. Secara akal sehat, mereka akan bertahan untuk menjalankan usaha sepanjang mereka mendapatkan laba yang wajar dari pasar yang tersedia. Oleh karena itu, kerugian hanya dapat diperkenankan untuk jangka pendek saja, dan dengan alasan yang dapat dipertanggungjawabkan. Jadi secara teori, kerugian dalam rangka menjalankan usaha hanya diperkenankan untuk jangka pendek, tidak untuk jangka panjang. Lagipula, kerugian dalam jangka pendek hanya diperkenankan jika terdapat bukti yang sangat jelas bahwa di masa yang akan datang terdapat potensi untuk mendapatkan laba yang tinggi¹². Suatu perusahaan yang independen tidak akan dapat bertahan untuk menderita kerugian yang terus menerus tanpa melikuidasi usaha tersebut¹³.

Sebagai perusahaan yang berorientasi laba, sudah tentu Perusahaan Multinasional berusaha meminimalkan beban pajak. Bagi perusahaan, pajak yang dikenakan terhadap penghasilan yang diterima atau diperoleh dapat dianggap sebagai biaya (*cost*) atau beban (*expense*) dalam menjalankan usaha¹⁴. Biaya pajak akan menurunkan laba setelah pajak (*after tax profits*), tingkat pengembalian (*rate of returns*), dan arus kas (*cash flows*)¹⁵. Minimalisasi beban pajak ini dilakukan perusahaan dengan melakukan suatu perencanaan pajak (*tax planning*). Perencanaan pajak dalam konotasi positif diartikan sebagai perencanaan pemenuhan kewajiban perpajakan secara lengkap, benar, dan tepat

¹¹ “Investasi Terpengaruh,” <<http://www.kompas.com/kompas-cetak/0511/25/ekonomi/2240174.htm>>, 25 November 2005.

¹² Martin, Przysusky, Charles Osoro, Hendrik Swaneveld, Pallavi Paul, dan Sринi Lalapet, “Operating Losses and The Application of The Arm’s Length Principle in Transfer Pricing,” *Tax Notes International* dikutip oleh Darussalam dan Danny Septriadi, “Abuse of Transfer Pricing di Indonesia: Real or Myth?,” *Inside Tax Edisi 1* (November 2007): 8.

¹³ “OECD Transfer Pricing Guidelines,” <<http://www.oecd.org>>, diakses 8 Desember 2007.

¹⁴ Erly Suandy, *Perencanaan Pajak*, (Jakarta: Salemba Empat, 2006), hlm. 5.

¹⁵ *Ibid.*, hlm. 6.

waktu sehingga dapat menghindari pemborosan sumber daya¹⁶. Namun umumnya perencanaan pajak merujuk pada proses merekayasa usaha dan transaksi Wajib Pajak supaya utang pajak berada dalam jumlah yang minimal, tetapi masih dalam bingkai peraturan perpajakan¹⁷. Upaya yang demikian kerap disebut sebagai ‘*tax avoidance*’ atau penghindaran pajak.

Menurut James Kessler, di banyak negara penghindaran pajak dibagi menjadi penghindaran pajak yang diperbolehkan (*acceptable tax avoidance*) dan yang tidak diperbolehkan (*unacceptable tax avoidance*)¹⁸. Perbedaan keduanya timbul dari motivasi si Wajib Pajak, atau dari ada tidaknya *moral hazard* dari Wajib Pajak. *Acceptable tax avoidance* dilakukan Wajib Pajak yang memiliki tujuan usaha yang baik, serta dilakukan sesuai dengan tujuan dari pembuat undang-undang. Sementara kebalikannya, *unacceptable tax avoidance* dilakukan dengan tidak sesuai dari tujuan pembuat undang-undang¹⁹. Dengan demikian, penghindaran pajak dapat saja dikategorikan sebagai kegiatan legal dan dapat juga dikategorikan sebagai kegiatan ilegal²⁰.

Sebenarnya pemerintah telah memberikan kebijakan mengenai *tax holiday* yang dapat dimanfaatkan perusahaan-perusahaan untuk meminimalkan beban pajak mereka. Misalnya kepada Wajib Pajak yang melakukan penanaman modal di kawasan Indonesia timur diberikan fasilitas perpajakan berupa percepatan revaluasi atau pengurangan penghasilan neto paling tinggi 30% (tiga puluh persen) dari jumlah penanaman yang dilakukan. Namun pihak perusahaan lebih memanfaatkan penghindaran pajak dalam mengurangi beban pajak mereka karena Indonesia tidak mengatur mengenai *unacceptable tax avoidance*. Dengan

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*, hlm. 2.

¹⁸ James Kessler, “Tax Avoidance Purpose and Section 741 of the Taxes Act 1988,” *British Tax* dikutip oleh John Hutagaol, Darussalam dan Danny Septriadi, *Kapita Selektia Perpajakan*, (Jakarta: Salemba Empat, 2006), hlm. 271.

¹⁹ Indrayagus Slamet, “Tax Planning, Tax Avoidance, dan Tax Evasion di Mata Perpajakan Indonesia,” *Inside Tax Edisi Perkenalan* (September 2007): 8.

²⁰ Darussalam dan Danny Septriadi (a), “Upaya Menangkal Praktik Penghindaran Pajak,” <<http://www.kanwilpajakwpbesar.go.id/berita.php?cmd=detail&id=2005-12-12%>>, 13 Desember 2005.

demikian, semua tindakan penghindaran pajak adalah legal. Hal tersebut menyebabkan kebijakan *tax holiday* tidak dapat digunakan sebagai alat untuk meningkatkan penanaman modal di Indonesia.

Minimalisasi beban pajak ini juga dapat dilakukan dengan cara yang memang melanggar peraturan perpajakan (*unlawful*). Jika *tax avoidance* dilakukan dengan cara-cara yang masih tetap berada dalam bingkai peraturan perpajakan²¹ sehingga hal tersebut dianggap sah-sah saja (*legal*) karena tidak melanggar peraturan perpajakan, maka *tax evasion* atau penyelundupan pajak dilakukan dengan cara melanggar peraturan perpajakan (*illegal*), seperti dengan cara tidak melaporkan seluruh penjualan atau memperbesar biaya dengan cara fiktif²².

Dalam konteks perpajakan internasional, ada berbagai cara yang biasa dilakukan oleh perusahaan PMA untuk menghindari pajak, yaitu dengan skema seperti *transfer pricing*, *thin capitalization*, *treaty shopping*, dan *controlled foreign corporation (CFC)*²³. Untuk menghindari hal tersebut, umumnya pemerintahan suatu negara menerbitkan peraturan pencegahan penghindaran pajak yang bersifat khusus (*Specific Anti Avoidance Rule/SAAR*) yang diatur dalam peraturan perundang-undangan domestiknya. Selain ketentuan yang bersifat khusus tersebut, di banyak negara telah diterbitkan peraturan penghindaran pajak yang sifatnya umum (*General Anti Avoidance Rule/GAAR*). Tujuannya adalah sebagai benteng pertahanan untuk mengantisipasi transaksi yang semata-mata bertujuan untuk penghindaran pajak²⁴. Suatu peraturan umum anti penghindaran pajak harus bisa memberikan penjelasan secara terperinci perbedaan antara penghindaran pajak yang diperkenankan (*acceptable tax*

²¹ Suandy, *op. cit.*, hlm. 8.

²² "Tax Planning, Aggressive Tax Planning, Tax Avoidance, Tax Evasion dan Anti Tax Avoidance," *Inside Tax Edisi Perkenalan* (September 2007): 6.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

avoidance) dan yang tidak diperkenankan (*unacceptable tax avoidance*)²⁵.

Undang-undang Nomor 36 Tahun 2008 Tentang Perubahan Keempat Atas Undang-undang Nomor 7 Tahun 1983 Tentang Pajak Penghasilan (untuk selanjutnya disebut sebagai “UU PPh”) yang berlaku saat ini belum memberikan definisi yang jelas mengenai *tax planning*, *tax avoidance*, baik yang diperbolehkan maupun yang tidak, serta *tax evasion*, sehingga menimbulkan penafsiran yang berbeda antara Wajib Pajak dan aparat pajak. Indonesia baru memiliki peraturan anti penghindaran pajak berupa *Specific Anti Avoidance Rule* (SAAR) yang terdapat dalam Pasal 18 UU PPh, dan tersebar pada pasal-pasal lainnya seperti Pasal 4 ayat (1), Pasal 4 ayat (3), dan Pasal 6 ayat (1). Berkaitan dengan penghindaran pajak, mengutip putusan pengadilan pajak di Inggris, Amerika Serikat, Australia, dan Belgia, Frans Vanistendael menyatakan apabila pemerintah tidak mengatur dengan tegas dalam Undang-undang Pajak mengenai apa yang dimaksud dengan penghindaran pajak dan penyelundupan pajak, maka penghindaran pajak adalah hal yang legal untuk dilakukan oleh Wajib Pajak²⁶.

Wajib Pajak memerlukan kepastian hukum dalam melaksanakan perencanaan pajaknya untuk meminimalkan beban pajaknya secara legal. Di lain pihak, untuk mengamankan penerimaan pajak, negara perlu mengatur adanya peraturan umum anti penghindaran pajak untuk menutup kemungkinan dilakukannya penghindaran pajak dengan melakukan *complex series of transactions* yang tidak mempunyai tujuan bisnis atau komersial²⁷.

²⁵ Darussalam dan Danny Septriadi (b), “UU PPh Perlu Mengatur Anti Penghindaran Pajak,” <[http:// www.pajak.go.id/berita/uu-pph-perlu-mengatur-antipenghindaran-pajak/](http://www.pajak.go.id/berita/uu-pph-perlu-mengatur-antipenghindaran-pajak/) - 24k ->, 21 Mei 2007.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

1.2 POKOK PERMASALAHAN

Berdasarkan uraian tersebut di atas maka yang menjadi pokok permasalahan dari tulisan ini adalah sebagai berikut.

1. Mengapa Peraturan Anti Penghindaran Pajak (*Anti Avoidance Rule*) yang dimiliki Indonesia saat ini belum menyelesaikan masalah penghindaran pajak?
2. Faktor apa saja yang tidak efektif dari Peraturan Anti Penghindaran Pajak (*Anti Avoidance Rule*) yang dimiliki Indonesia dalam menangani praktik penghindaran pajak?

1.3 Tujuan Penelitian

Penelitian ini bertujuan untuk mengetahui hal-hal sebagai berikut:

1. Menjelaskan mengapa Peraturan Anti Penghindaran Pajak (*Anti Avoidance Rule*) yang dimiliki Indonesia saat ini belum menyelesaikan masalah penghindaran pajak;
2. Menganalisis faktor apa saja yang tidak efektif dari Peraturan Anti Penghindaran Pajak (*Anti Avoidance Rule*) yang dimiliki Indonesia dalam menangani praktik penghindaran pajak.

1.4 Kegunaan Penelitian

Hasil penelitian terhadap aspek hukum *Anti Avoidance Rule* dalam peraturan perpajakan Indonesia diharapkan dapat memberikan manfaat yaitu:

1. Secara teoritis, hasil penelitian ini menambah pengetahuan mengenai pengertian akan *Tax Avoidance* dan perbedaannya dengan *Tax Evasion*, serta *Anti Avoidance Rule* apa saja yang dimiliki Indonesia untuk membentengi diri dari praktik penghindaran pajak.
2. Secara praktis, hasil penelitian ini dimaksudkan untuk mengetahui kelemahan-kelemahan apa yang masih dimiliki peraturan perpajakan Indonesia dalam memerangi praktik penghindaran pajak, yang faktanya masih sulit untuk dibuktikan. Dengan penelitian ini, diharapkan dapat diambil langkah-langkah apa saja yang masih diperlukan dalam

memerangi penghindaran pajak, yang kini mengakibatkan berkurangnya penerimaan negara dari sektor pajak.

1.5 Metode Penelitian

Setiap kegiatan yang bersifat ilmiah haruslah didasarkan pada metode penelitian tertentu, karena hasil penelitian yang biasanya dituangkan dalam tulisan berupa karya ilmiah, dalam arti bahwa pikiran maupun materi pembahasan seharusnya dapat diuji kebenarannya secara logis, sistematis dan sesuai dengan data ataupun fakta yang ada²⁸.

Penelitian hukum sebenarnya merupakan kegiatan penyelesaian masalah. Dalam hal ini peneliti dituntut untuk menjalankan kegiatan pemecahan masalah, dengan jalan menggali fakta-fakta dan menemukan norma hukum yang berlaku, untuk kemudian mengambil kesimpulan berdasarkan kedua hal tersebut²⁹. Sehubungan dengan pembahasan dalam penelitian ini, metode yang akan digunakan adalah metode penelitian yuridis normatif, yakni penelitian yang difokuskan untuk mengkaji penerapan kaidah-kaidah atau norma-norma dalam hukum positif³⁰.

Kajian hukum normatif mengambil sikap kritis-normatif, yang bertolak dari wawasan atas keberadaan manusia dalam masyarakat serta melancarkan kritik terhadap praktik hukum maupun dogmatik hukum³¹. Hasil dari kajian hukum normatif ini menghasilkan kajian preskriptif, yaitu merumuskan dan mengajukan pedoman-pedoman dan kaidah-kaidah yang harus dipatuhi oleh

²⁸ Agus Brotosusilo, *et al. Penulisan Hukum: Buku Pegangan Dosen*, (Jakarta: Konsorsium Ilmu Hukum Departemen PDK, 1994), hlm. 8.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, (Malang: Bayumedia Publishing, 2006), hlm. 295.

³¹ Lloyd, Dennis and M.D.A. Freeman, *Introduction to Jurisprudence*, London: Sweet&Maxwell Limited, Seventh Edition: Third Impression, 2004,p.14; Six edition, 1994, p.352. Lihat juga karya Jan Gijssels dan Mark van Hoecke, diterjemahkan oleh B. Arief Sidharta: *Apakah teori Hukum Itu?* Penerbitan Tidak Berkala No. 3, (Bandung: Laboratorium Hukum, Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan, 2000). Bandingkan dengan J.J.H. Bruggink, diterjemahkan oleh B. Arief Sidharta: *Recht Reflecties, Grondbegrippen uit de Rechtstheorie*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1996).

praktik hukum dan dogmatik hukum, dan bersifat kritis³². Kajian hukum normatif dalam melihat hubungan antara peneliti dengan obyek yang diteliti dilandasi pandangan relasi Subyek-Subyek, sehingga hasil kajiannya bersifat inter-subyektif. Kajian ini dilandasi perspektif internal, sehingga si peneliti bersikap sebagai partisipan/pengamat terlibat³³, dan hasilnya adalah pengetahuan yang inter-subyektif³⁴.

Ilmu hukum normatif dilandasi teori kebenaran pragmatik³⁵, penulis berpendapat pendekatan ilmu hukum normatif lebih tepat untuk kajian ilmu hukum, yang menurut pendapat Hans Kelsen memiliki ciri yang khusus dan khas, yang membedakannya dengan disiplin ilmu lain, yaitu: tidak tunduk pada prinsip hubungan “*Causality*” tetapi terikat pada prinsip hubungan “*Imputation*”³⁶. Hans Kelsen menjelaskan perbedaan antara prinsip hubungan *causality* dengan prinsip hubungan *imputation* sebagai berikut.

The difference between causality and imputation is that the relation between the condition, which the law of nature is presented as cause, and the consequence, which is here presented as effect, is independent of a human or superhuman act; whereas the relation between condition and consequence which a moral, religious, or legal law asserts is established by acts of human or superhuman beings ... by a law-creating act³⁷.

...Another difference between causality and imputation is that each concrete cause must be considered as the effect of another cause and each concrete effect as the cause of another effect; so that the chain of effects

³² Jan Gijssels dan Mark van Hoecke, *op. cit.*, butir 114 -115.

³³ Bruggink, *op. cit.*, skema 22.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Berdasarkan teori kebenaran pragmatik suatu teori adalah benar apabila teori itu dapat memenuhi fungsinya secara memuaskan. Berdasarkan teori ini yang benar adalah yang efektif. Apakah suatu teori itu dapat memenuhi fungsinya dan efektif bertumpu pada konsensus diantara ilmuwan yang mengemban disiplin ilmu ini. Lihat Bruggink, *op. cit.*, hlm.18;25;211.

³⁶ Hans Kelsen (a), *The Pure Theory of Law*, (Berkeley: University California Press, 1978), hlm. 88.

³⁷ Hans Kelsen (b), *What Is Justice?* 1957, p. 324-327, naskah orisinalnya terbit pada tahun 1950 sebagaimana dikutip oleh Agus Brotosusilo, “Pergulatan Ideologis dalam Metodologi Kajian Hukum,” (Disampaikan pada Mata Kuliah Filsafat Hukum dan Teori Hukum bidang Hukum Ekonomi, Program Pascasarjana Ilmu Hukum, Jakarta, Oktober 2005).

is, by definition, infinite. Further, each concrete event is the interaction of an infinite number of lines of causality.

.... The line of imputation has not, as the line of causality, an infinite number of links, but only two links³⁸.

Tipe penelitian ini adalah *problem finding*, yang bertujuan untuk menemukan permasalahan sebagai akibat dari suatu kegiatan atau program yang telah dilaksanakan, dengan pendekatan kualitatif dalam analisis datanya. Penelitian ini menggunakan studi dokumen sebagai alat pengumpulan data-data sekunder, dan bahan hukum yang digunakan untuk memperoleh data tersebut adalah:

- a. Bahan hukum primer, yaitu bahan-bahan yang merupakan peraturan perundang-undangan. Dalam penelitian ini hanya akan mempergunakan peraturan perundang-undangan yang berkaitan erat dengan topik penelitian;
- b. Bahan hukum sekunder, yaitu bahan-bahan yang berisi penjelasan terhadap bahan-bahan hukum primer, berupa buku majalah, artikel, makalah dalam seminar yang berkaitan dengan topik penelitian setara pendapat para ahli yang memberi petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder;
- c. Bahan hukum tertier, yaitu bahan hukum yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder, seperti kamus, ensiklopedi, dan sebagainya.

1.6 Kerangka Teoritis dan Kerangka Konseptual

1.6.1 Kerangka Teoritis

Penelitian ini menggunakan teori mengenai sistem hukum (*legal system*) dari Lawrence M. Friedman. Alasan menggunakan teori sistem hukum ini karena penulis berpendapat bahwa *Anti Avoidance Rule* dalam peraturan perundang-undangan perpajakan Indonesia merupakan elemen substansi dalam sistem hukum.

³⁸ *Ibid.*, pp. 331-333.

Dalam bukunya “*American Law: An Introduction*”, Lawrence M. Friedman menyatakan bahwa sistem hukum terdiri dari tiga elemen (*three elements of legal system*), yaitu:

1. Struktur (*structure*);
2. Substansi (*substance*);
3. Budaya hukum (*legal culture*)³⁹.

Struktur hukum adalah keseluruhan institusi penegakan hukum, beserta aparatnya, yang dirumuskan Friedman sebagai berikut.

*The structure of a legal system consists of elements of this kind: the number and size of courts; their jurisdiction (that is, what kind of cases they hear, and how and why), and modes of appeal from one court to another. Structure also means how the legislature is organized, how many members sit on the Federal Trade Commission, what a president can (legally) do or not do, what procedures the police department follows, and so on*⁴⁰.

Mengacu kepada rumusan di atas, maka pengadilan beserta organisasinya dan DPR merupakan elemen struktur dari sistem hukum. Demikian juga yang menyangkut Departemen Keuangan, Direktorat Jenderal Pajak (Ditjen Pajak), Pengadilan Pajak, dan Kantor-kantor Pelayanan Pajak yang ada di tiap daerah serta ketentuan tentang pelaksanaan tugas dari masing-masing institusi tersebut merupakan aspek struktur dari sistem hukum perpajakan.

Elemen kedua dari sistem hukum adalah substansi hukum. Penjelasan Friedman terhadap substansi hukum adalah sebagai berikut.

*By this is meant the actual rules, norms, and behaviour patterns of people inside the system. This is, first of all, “the law” in the popular sense of the term – the fact that the speed limit is fifty-five miles an hour, that burglars can be sent to prison, that ‘by law’ a pickle maker has to list his ingredients on the label of the jar*⁴¹.

³⁹ Lawrence M. Friedman, *American Law: An Introduction*, (New York: W. W. Norton & Company, 1984), hlm. 5.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*, hlm. 6.

Dengan demikian, Friedman mengatakan bahwa yang dimaksudkan dengan substansi hukum adalah peraturan-peraturan yang ada, norma-norma, dan aturan tentang perilaku manusia, atau yang biasanya dikenal orang sebagai “hukum”. Misalnya, ketentuan tentang penghindaran pajak yang diperbolehkan (*acceptable tax avoidance*) dan penghindaran pajak mana yang tidak diperbolehkan (*unacceptable tax avoidance*), juga *General Anti Avoidance Rule* (GAAR) atau Peraturan Umum tentang Anti Penghindaran Pajak dalam hukum perpajakan.

Sedangkan mengenai budaya hukum, Friedman mengartikannya sebagai sikap dari masyarakat terhadap hukum dan sistem hukum, tentang keyakinan, nilai, gagasan, serta harapan masyarakat tentang hukum. Dalam tulisannya, Friedman merumuskannya sebagai berikut.

By this we mean people's attitudes toward law and the legal system – their beliefs, values, ideas, and expectations. In other word, it is that part of the general culture which concerns the legal system⁴².

Selanjutnya untuk menjelaskan hubungan antara ketiga elemen sistem hukum tersebut, Friedman memberikan suatu ilustrasi menarik, yang menggambarkan sistem hukum sebagai suatu “proses produksi”, dengan struktur hukum sebagai “mesin-nya”, substansi hukum sebagai “produk yang dihasilkan atau dikerjakan oleh mesin itu”, dan budaya hukum merepresentasikan “apa saja atau siapa saja yang memutuskan untuk menghidupkan dan mematikan mesin itu, serta memutuskan bagaimana mesin itu digunakan. Dalam tulisannya, Friedman merumuskan ilustrasi tersebut sebagai berikut.

Another way to visualize the three elements of law is to imagine legal “structure” as a kind of machine. “Substance” is what the machine manufacturers or does. The “legal culture” is whatever or whoever decides to turn the machine on and off, and determines how it will be used⁴³.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*, hlm. 7.

Penelitian mengenai *Anti Avoidance Rule* dalam peraturan perundang-undangan perpajakan di Indonesia dibatasi pada aspek substansi hukum, yang dimaksudkan untuk mengetahui kelemahan-kelemahan apa yang masih dimiliki peraturan perpajakan Indonesia dalam memerangi praktik penghindaran pajak.

1.6.2 Kerangka Konseptual

Untuk menghindari perbedaan pengertian istilah-istilah yang dipergunakan dalam penelitian ini, berikut ini adalah definisi operasional dari istilah-istilah tersebut, yang sebagian besar dirumuskan oleh para ahli, karena belum diatur secara rinci dalam peraturan perpajakan di Indonesia.

1. Perencanaan Pajak (*tax planning*) adalah: “... *the systematic analysis of deferring tax options aimed at the minimization of tax liability in current and future tax periods*⁴⁴.”

Artinya adalah analisis yang sistematis untuk meminimalkan beban pajak untuk sekarang dan di masa yang akan datang.

2. Penghindaran Pajak (*tax avoidance*) adalah: “... *a term used to describe the legal arrangements of tax payer’s affairs so as to reduce his tax liability*⁴⁵.”

Artinya adalah rekayasa “*tax affairs*” yang legal (sah menurut hukum), untuk mengurangi beban pajak.

3. Penghindaran Pajak yang diperbolehkan (*acceptable tax avoidance*) adalah penghindaran pajak yang tujuan utamanya semata-mata bukan untuk menghindari pajak⁴⁶.

4. Penghindaran Pajak yang tidak diperbolehkan (*unacceptable tax avoidance*) adalah penghindaran pajak yang tujuan utamanya hanya untuk

⁴⁴ D. Larry Crumbley, Jack P. Friedman, dan Susan B. Anders, *Dictionary of Tax Terms*, (New York: Barron’s Business Guides, 1994), hlm. 271.

⁴⁵ Susan M. Lyons, *International Tax Glossary*, third edition, (Amsterdam: IBFD Publications BV, 1996), hlm. 303.

⁴⁶ Brian J. Arnold, “The Canadian General Anti Avoidance Rule,” *Tax Avoidance and The Rule of Law*, Ed. Graeme S. Cooper, (Amsterdam: IBFD Publications BV, 1997), hlm. 228.

penghindaran pajak, dan transaksi tersebut tidak akan dilakukan jika bukan untuk menghindari pajak⁴⁷.

5. Penyelundupan Pajak (*tax evasion*) adalah: “*the reduction of tax by illegal means*⁴⁸”.

Yang terjemahan bebasnya adalah upaya mengurangi (beban) pajak dengan cara yang ilegal.

6. Penentuan Harga Transfer (*Transfer Pricing*) dalam konteks untuk penghindaran pajak adalah:

Rekayasa manipulasi harga secara sistematis dengan maksud mengurangi laba artifisial, membuat seolah-olah perusahaan rugi, menghindari pajak atau bea di suatu negara⁴⁹.

7. *Thin Capitalization* adalah penghindaran pajak yang dilakukan dengan cara pemberian pinjaman oleh perusahaan induk kepada anak perusahaannya yang berkedudukan di negara lain. Di mana perusahaan induk lebih suka memberikan dana kepada anak perusahaannya dengan cara pemberian pinjaman daripada dalam bentuk setoran modal, karena biaya bunga (biaya yang timbul atas pinjaman) dapat dikurangkan dari penghasilan kena pajak dari anak perusahaan. Sedangkan deviden (biaya yang berkaitan dengan modal) tidak dapat dibebankan sebagai pengurang penghasilan kena pajak⁵⁰.
8. *Treaty Shopping* adalah penghindaran pajak dengan cara memanfaatkan fasilitas *tax treaty* suatu negara oleh perusahaan yang tidak berhak atas fasilitas *treaty* tersebut⁵¹.
9. *Controlled Foreign Corporation (CFC)* adalah entitas yang didirikan di luar negeri di mana Wajib Pajak Dalam Negeri (WPDN) memiliki

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Lyons, *op. cit.*, hlm. 305.

⁴⁹ Gunadi, *Transfer Pricing Suatu Tinjauan Akuntansi Manajemen dan Pajak*, (Jakarta: PT. Bina Rena Pariwara, 1994), hlm. 103.

⁵⁰ Darussalam dan Danny Septriadi (a), *loc. cit.*

⁵¹ *Ibid.*

pengendalian. Penghindaran pajaknya dilakukan dengan cara menunda pengakuan penghasilan modal yang bersumber di luar negeri (biasanya di negara *tax haven*) untuk dikenakan pajak di dalam negeri⁵².

10. *Tax Haven Country* adalah:

Negara-negara yang menyediakan berbagai fasilitas keuangan dan perpajakan kepada investor global untuk menjadikan negaranya sebagai tempat tujuan investasi (*destination for investment*) atau sebagai batu loncatan untuk investasi di negara-negara lain (*as stepping stone for investments in other countries*)⁵³.

11. *Special Purpose Vehicle* (SPV) adalah perusahaan yang didirikan (*incorporation*) untuk merealisasikan tujuan tertentu dari pemilik sesungguhnya (*the real ownership*), yang didirikan di negara-negara Tax Haven (*tax haven countries*)⁵⁴.

12. Hubungan Istimewa (*special relationship* atau *related parties*) adalah:

Hubungan yang terjadi antara induk perusahaan dengan anak perusahaannya atau dengan cabang-cabangnya atau perwakilannya yang berada di dalam negeri maupun yang berada di luar negeri⁵⁵.

13. *Spesific Anti Avoidance Rule* (SAAR) adalah ketentuan pencegahan penghindaran pajak yang bersifat khusus, seperti *Controlled Foreign Corporation* (CFC) Rule, *Debt to Equity Ratio* (DER) Rule, *Arm's Length Rule*, *Hybrid Loan Recharacterization Rule*, dan *Advance Pricing Agreement* (APA), yang diatur dalam Undang-undang domestiknya⁵⁶.

⁵² *Ibid.*

⁵³ John Hutagaol, "Sekilas tentang Financial Innovation dan Dampaknya terhadap Penerimaan Negara dari Sektor Pajak," *Majalah Berita Pajak Tahun XXXIV No. 1575* (November 2006): 17.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Suandy, *op. cit.*, hlm. 74- 75.

⁵⁶ John Hutagaol dan Wilson Tobing, "SAAR dan GAAR Dalam Menangkal Penghindaran Pajak," *Inside Tax Edisi Perkenalan* (September 2007): 18.

14. *General Anti Avoidance Rule* (GAAR) adalah ketentuan pencegahan penghindaran pajak yang sifatnya umum, yang bertujuan untuk mengantisipasi praktik penghindaran pajak yang belum diatur dalam ketentuan yang bersifat khusus⁵⁷.
15. *Debt to Equity Ratio* (DER) *Rule* adalah kewenangan Menteri Keuangan untuk menetapkan besarnya perbandingan antara utang dan modal perusahaan untuk keperluan penghitungan pajak⁵⁸.
16. *Arm's Length Rule* adalah kewenangan Direktur Jenderal Pajak untuk menentukan kembali besarnya penghasilan dan pengurangan, untuk menghitung besarnya Penghasilan Kena Pajak bagi Wajib Pajak yang mempunyai hubungan istimewa dengan Wajib Pajak lainnya sesuai dengan kewajaran dan kelaziman usaha yang tidak dipengaruhi oleh hubungan istimewa dengan menggunakan metode perbandingan harga antara pihak yang independen, metode harga penjualan kembali, metode biaya-plus, atau metode lainnya⁵⁹.
17. *Hybrid Loan Recharacterization Rule* kewenangan Direktur Jenderal Pajak untuk menentukan utang sebagai modal, untuk menghitung besarnya Penghasilan Kena Pajak bagi Wajib Pajak yang mempunyai hubungan istimewa dengan Wajib Pajak lainnya sesuai dengan kewajaran dan kelaziman usaha yang tidak dipengaruhi oleh hubungan istimewa dengan menggunakan metode perbandingan harga antara pihak yang independen, metode harga penjualan kembali, metode biaya-plus, atau metode lainnya⁶⁰.
18. *Controlled Foreign Corporation* (CFC) *Rule* adalah kewenangan Menteri Keuangan untuk menetapkan saat diperolehnya dividen oleh Wajib Pajak

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Indonesia, *Undang–Undang Tentang Perubahan Keempat Atas Undang-undang Nomor 7 Tahun 1983 Tentang Pajak Penghasilan*, UU No. 36 Tahun 2008, LN No. 133 Tahun 2008, TLN No. 4893, ps. 18 ayat (1).

⁵⁹ *Ibid.*, ps. 18 ayat (3).

⁶⁰ *Ibid.*

dalam negeri atas penyertaan modal pada badan usaha di luar negeri selain badan usaha yang menjual sahamnya di bursa efek⁶¹.

19. *Advance Pricing Agreement (APA)* kewenangan Direktur Jenderal Pajak untuk melakukan perjanjian dengan Wajib Pajak dan bekerja sama dengan pihak otoritas pajak negara lain untuk menentukan harga transaksi antar pihak-pihak yang mempunyai hubungan istimewa, yang berlaku selama suatu periode tertentu dan mengawasi pelaksanaannya serta melakukan renegotiasi setelah periode tertentu tersebut berakhir⁶².

1.7 Sistematika Penulisan

Penelitian ini terbagi dalam lima bab, dengan urutan sebagai berikut.

BAB 1. Pendahuluan

Dalam bab ini penulis menguraikan latar belakang masalah, pokok permasalahan, tujuan penelitian, kegunaan penelitian, metode penelitian, kerangka teoritis dan kerangka konseptual, serta sistematika penulisan penelitian ini.

BAB 2. Tinjauan Pustaka Mengenai Penghindaran Pajak (*Tax Avoidance*)

Bab ini penulis bagi dalam empat sub bab. Sub bab pertama menjelaskan mengenai pengertian dari *Tax Avoidance*. Perbedaan *Tax Avoidance* dan *Tax Evasion* akan dijelaskan pada sub bab selanjutnya. Sub bab ketiga akan menjelaskan mengenai penghindaran pajak yang diperbolehkan (*acceptable tax avoidance*) dan penghindaran pajak yang tidak diperbolehkan (*unacceptable tax avoidance*). Sub bab keempat menguraikan mengenai pola-pola pelaksanaan *Tax Avoidance* yang biasanya dijalankan oleh banyak Perusahaan Multinasional dalam rangka mengurangi pajak penghasilan mereka.

⁶¹ *Ibid.*, ps. 18 ayat (2).

⁶² *Ibid.*, ps. 18 ayat (3a).

BAB 3. Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak (*General Anti-Avoidance Rule/GAAR*) dan Aplikasinya di Indonesia

Bab ini penulis bagi dalam empat sub bab. Sub bab pertama membahas mengenai pengertian dan alasan diperlukannya Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak (*General Anti-Avoidance Rule/GAAR*). Sub bab berikutnya menjelaskan mengenai prinsip-prinsip dasar dari Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak. Sub bab ketiga akan menjelaskan mengenai mekanisme kerja Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak, yang mengambil contoh Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak di New Zealand dan Kanada. Sub bab terakhir menjelaskan mengenai Peraturan Khusus Anti Penghindaran Pajak yang telah dimiliki Indonesia saat ini.

BAB 4. Analisis Kasus Penghindaran Pajak

Bab ini membahas kasus-kasus penghindaran pajak yang terjadi di Inggris, yang akan dianalisa dengan menggunakan *Anti Avoidance Rule* yang dimiliki Indonesia saat ini, serta menggunakan contoh Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak di New Zealand dan Kanada.

BAB 5. Penutup

Pada bab ini penulis menyimpulkan apa saja yang penulis uraikan di bab-bab sebelumnya dan penulis akan memberikan beberapa saran yang berkaitan dengan *Anti Avoidance Rule* dalam hukum perpajakan Indonesia.

BAB 2 TINJAUAN PUSTAKA MENGENAI PENGHINDARAN PAJAK (*TAX AVOIDANCE*)

2.1 Pengertian Penghindaran Pajak (*Tax Avoidance*)

Dalam praktik bisnis, umumnya pengusaha mengidentikkan pembayaran pajak sebagai beban, sehingga mereka akan berusaha untuk meminimalkan beban tersebut guna mengoptimalkan laba. Dalam rangka meningkatkan efisiensi dan daya saing, maka manajer wajib menekan biaya seoptimal mungkin. Demikian pula dengan kewajiban membayar pajak, karena biaya pajak akan menurunkan laba setelah pajak (*after tax profit*), tingkat pengembalian (*rate of return*), dan arus kas (*cash flows*)⁶³.

Minimalisasi beban pajak ini dilakukan perusahaan dengan melakukan suatu perencanaan pajak (*tax planning*). Perencanaan pajak dalam konotasi positif diartikan sebagai perencanaan pemenuhan kewajiban perpajakan secara lengkap, benar, dan tepat waktu sehingga dapat menghindari pemborosan sumber daya⁶⁴. Namun umumnya perencanaan pajak merujuk pada proses merekayasa usaha dan transaksi Wajib Pajak agar utang pajak berada dalam jumlah yang minimal tetapi masih dalam bingkai peraturan perpajakan⁶⁵. Upaya yang demikian kerap disebut sebagai “*tax avoidance*” atau penghindaran pajak. R.A. Mcleod dalam artikelnya “*Tax Avoidance Revisited*” menyatakan bahwa pada dasarnya *tax avoidance* merupakan “*any lawful behaviour designed to avoid tax*”⁶⁶, artinya suatu tindakan yang sah secara hukum yang bertujuan untuk menghindari pajak.

⁶³ Erly Suandy, *Perencanaan Pajak*, (Jakarta: Salemba Empat, 2006), hlm 6.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*, hlm. 2.

⁶⁶ Rebecca Prebble, “Does Croatia Need General Anti-Avoidance Rule?: Recommended Changes to Croatia’s Current Legislative Framework,” <<http://ideas.repec.org/a/ipf/finteo/v29y2005i3p211-227.html> - 11k ->, diakses 17 Oktober 2008.

Upaya mengurangi beban pajak ini juga dapat dilakukan dengan cara yang memang melanggar peraturan perpajakan (*unlawful*), yang disebut sebagai “*tax evasion*” atau penyelundupan pajak. Jika *tax avoidance* dilakukan dengan cara-cara yang masih tetap berada dalam bingkai peraturan perpajakan⁶⁷ sehingga skema tersebut dianggap sah-sah saja (*legal*) karena tidak melanggar peraturan perpajakan, maka *tax evasion* dilakukan dengan cara melanggar peraturan perpajakan (*illegal*), seperti dengan cara tidak melaporkan seluruh penjualan atau memperbesar biaya dengan cara fiktif⁶⁸.

Menurut beberapa penulis buku perpajakan internasional seperti James Kessler⁶⁹ dan Roy Rohatgi⁷⁰, di banyak negara penghindaran pajak dibedakan menjadi penghindaran pajak yang diperbolehkan (*acceptable tax avoidance/tax*) dan penghindaran pajak yang tidak diperbolehkan (*unacceptable tax avoidance*). Perbedaan keduanya timbul dari motivasi Wajib Pajak, atau ada tidaknya *moral hazard* yang dilakukan Wajib Pajak. *Acceptable tax avoidance* dilakukan Wajib Pajak yang memiliki tujuan usaha yang baik, transaksi tersebut bukan semata-mata untuk menghindari pajak, tidak melakukan transaksi yang direkayasa, serta melakukan transaksi tersebut sesuai dengan tujuan dari pembuat undang-undang. Sementara kebalikannya, *unacceptable tax avoidance* dilakukan dengan tidak adanya tujuan usaha yang baik, semata-mata hanya untuk menghindari pajak, merekayasa transaksi agar menimbulkan biaya-biaya atau kerugian, dan tidak sesuai dengan tujuan pembuat undang-undang⁷¹. Dengan demikian, penghindaran pajak dapat saja dikategorikan sebagai kegiatan legal dan dapat juga dikategorikan

⁶⁷ *Ibid.*, hlm. 8.

⁶⁸ “Tax Planning, Aggressive Tax Planning, Tax Avoidance, Tax Evasion dan Anti Tax Avoidance,” *Inside Tax Edisi Perkenalan* (September 2007): 6.

⁶⁹ James Kessler, “Tax Avoidance Purpose and Section 741 of the Taxes Act 1988,” *British Tax* dikutip oleh John Hutagaol, Darussalam dan Danny Septriadi, *Kapita Selekt Perpajakan*, (Jakarta: Salemba Empat, 2006), hlm. 271.

⁷⁰ Roy Rohatgi, *Basic International Taxation*, (Den Haag: Kluwer Law International, 2002), hlm. 342.

⁷¹ Indrayagus Slamet, “Tax Planning, Tax Avoidance, dan Tax Evasion di Mata Perpajakan Indonesia,” *Inside Tax Edisi Perkenalan* (September 2007): 8.

sebagai kegiatan ilegal⁷². Berikut adalah beberapa contoh penghindaran pajak, baik yang diperbolehkan maupun yang tidak diperbolehkan, yang dilakukan dengan memanfaatkan *loopholes* dari peraturan perundang-undangan perpajakan di Indonesia.

- 1) Mengambil keuntungan yang sebesar-besarnya dari berbagai pengecualian, potongan, atau pengurangan atas Penghasilan Kena Pajak yang diperbolehkan oleh undang-undang⁷³.

Sebagai contoh, jika diketahui bahwa Penghasilan Kena Pajak (laba) dari suatu perusahaan berjumlah cukup besar sehingga konsekuensinya akan dikenakan tarif pajak tinggi/tertinggi, maka sebaiknya perusahaan membelanjakan sebagian laba perusahaan untuk hal-hal yang bermanfaat secara langsung untuk perusahaan. Tentu saja biaya yang dikeluarkan haruslah merupakan biaya yang dapat dikurangkan (*deductible expenses*) dalam menghitung penghasilan kena pajak. Contohnya adalah biaya untuk penelitian dan pengembangan, biaya pendidikan dan latihan pegawai, biaya perbaikan kantor, pemberian beasiswa, dan masih banyak biaya lainnya sebagaimana diatur dalam Pasal 6 ayat (1) Undang-undang Nomor 36 Tahun 2008 Tentang Pajak Penghasilan (UU PPh).

Jika pengeluaran biaya tersebut masih dilakukan dalam batas kewajaran serta demi kepentingan dan kemajuan perusahaan, maka hal tersebut merupakan penghindaran pajak yang diperbolehkan (*acceptable tax avoidance*), karena pengeluaran biaya tersebut masih sesuai dengan tujuan pembuat undang-undang. Sebaliknya, bisa saja pengeluaran biaya tersebut menjadi penghindaran pajak yang tidak diperbolehkan (*unacceptable tax avoidance*), yang dapat terjadi ketika pengeluaran biaya tersebut diada-adakan atau terlalu berlebihan padahal perusahaan tidak begitu memerlukannya. Misalnya mengeluarkan biaya pelatihan pegawai

⁷² Darussalam dan Danny Septriadi (a), "Upaya Menangkal Praktik Penghindaran Pajak," <[<http://www.kanwilpajakwpbesar.go.id/berita.php?cmd=detail&id=2005-12-12%>](http://www.kanwilpajakwpbesar.go.id/berita.php?cmd=detail&id=2005-12-12%)>, 13 Desember 2005.

⁷³ Suandy, *op. cit.*, hlm. 125.

untuk waktu yang terlalu lama, mengeluarkan biaya perbaikan kantor yang terlalu mewah dan berlebihan, atau dalam kasus lain, suatu perusahaan memberikan bea siswa yang tidak berkaitan dengan pekerjaan karyawannya. Dalam hal ini, pengeluaran biayanya menjadi tidak sesuai dengan tujuan atau maksud pembuat undang-undang, yaitu menjadikan biaya-biaya tertentu sebagai *deductible expenses* karena biaya tersebut dikeluarkan untuk pengembangan atau kelangsungan berjalannya perusahaan.

- 2) Memanfaatkan biaya *entertainment* sebagai biaya yang dapat dikurangkan (*deductible expenses*) dalam menghitung penghasilan kena pajak.

Dalam Surat Edaran Direktur Jenderal Pajak Nomor SE-27/PJ.22/1986 tanggal 14 Juni 1986 tentang biaya *entertainment* dan sejenisnya, diberikan penegasan bahwa biaya *entertainment*, representasi, jamuan tamu, dan sejenisnya yang dikeluarkan untuk mendapatkan, menagih, dan memelihara penghasilan, pada dasarnya dapat dikurangkan dari penghasilan bruto sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 ayat (1) a UU PPh. Dalam hal ini, pengeluaran biaya *entertainment* merupakan penghindaran pajak yang diperbolehkan, asalkan biaya-biaya tersebut telah benar-benar dikeluarkan dan memang diperlukan untuk mendapatkan, menagih, dan memelihara penghasilan.

Di sisi lain, ada kalanya pengeluaran biaya ini begitu berlebihan sehingga tidak sesuai lagi dengan tujuan pembuat undang-undang, yaitu untuk “mendapatkan, menagih, dan memelihara penghasilan”, misalnya suatu perusahaan rokok kecil di daerah mengeluarkan biaya *entertainment* sebesar pengeluaran perusahaan rokok berskala nasional. Pengeluaran biaya ini tentunya tidak wajar, mengingat bahwa perusahaan yang cakupan produksinya hanya sebatas satu daerah saja tidak akan memerlukan biaya *entertainment* yang begitu besar untuk menjamu relasi-relasinya. Atau misalnya perusahaan rokok tersebut menjadi sponsor utama dalam perlombaan balap mobil, yang mana biaya untuk sponsor tersebut menjadi faktor pengurang penghasilan dengan dalih biaya tersebut merupakan biaya promosi. Pada kasus lain, biaya *entertainment* bisa saja

dimanfaatkan untuk menyuap pihak-pihak tertentu demi kepentingan perusahaan, dengan kata lain, biaya *entertainment* ini digunakan sebagai gratifikasi dalam praktek KKN. Dalam hal yang demikian, pengeluaran biaya *entertainment* tersebut merupakan penghindaran pajak yang tidak diperbolehkan, karena dilakukan tanpa adanya maksud tujuan usaha yang baik dan tidak lagi sesuai dengan tujuan pembuat undang-undang.

- 3) Melakukan merger antara perusahaan yang terus menerus rugi dengan perusahaan yang laba⁷⁴.

Dalam satu kelompok usaha, kadangkala terdapat perusahaan yang terus merugi selama beberapa tahun, sedangkan perusahaan lainnya mudah menghasilkan laba. Menurut Surat Edaran Dirjen Pajak Nomor SE-21/PJ.42/1999 tanggal 26 Mei 1999, apabila kedua perusahaan tersebut digabungkan, maka akumulasi kerugian perusahaan yang merugi tersebut dapat dialihkan ke perusahaan gabungan, sepanjang sebelumnya telah dilakukan revaluasi aktiva tetap.

Tindakan merger ini dapat menjadi penghindaran pajak yang diperbolehkan, jika dilakukan dengan tujuan usaha yang baik dan sesuai dengan tujuan pembuat undang-undang. Misalnya perusahaan yang akan dimerger sebenarnya masih memiliki prospek bisnis yang menjanjikan, selain itu merger juga dapat menyelamatkan perusahaan tersebut dari kerugian sehingga kegiatan usahanya dapat terus berjalan dan menyelamatkan karyawan-karyawannya dari pemutusan hubungan kerja.

Di lain pihak, bisa saja merger ini dilakukan tanpa adanya tujuan usaha yang baik (*good business purposes*) dan semata-mata hanya untuk mengambalikan kompensasi rugi fiskal untuk memperkecil jumlah pajak yang terutang. Misalnya suatu perusahaan melakukan merger dengan perusahaan yang tidak ada untungnya dari sisi sinergi bisnis. Hal tersebut merupakan penghindaran pajak yang tidak diperbolehkan, karena tidak sesuai dengan tujuan pembuat undang-undang.

⁷⁴ Tim Penyusun, *Modul Pelatihan Pajak Terapan Brevet C*, cet. ke-3, (Jakarta: Ikatan Akuntan Indonesia, 2006), hlm. 203.

4) Melakukan revaluasi aktiva tetap.

Dalam penjelasan Pasal 19 ayat (1) UU PPh, dijelaskan bahwa dalam masa di mana terdapat perkembangan harga yang mencolok (inflasi) atau perubahan kebijakan di bidang moneter (devaluasi mata uang dalam negeri), dapat terjadi kekurangserasian antara biaya dan penghasilan yang dapat mengakibatkan timbulnya beban pajak yang kurang wajar. Hal ini disebabkan karena pengukuran biaya didasarkan pada *historical cost*, sementara pendapatan diukur dengan harga berlaku yaitu *current cost*. Dalam keadaan demikian, Menteri Keuangan diberi wewenang menetapkan peraturan tentang penilaian kembali (revaluasi) aktiva tetap dan faktor penyesuaiannya (indeksasi nilai perolehan aktiva dan biaya penyusutannya)⁷⁵.

Tujuan diberikannya kesempatan untuk melaksanakan revaluasi aktiva tetap adalah agar perusahaan dapat menyetatkan posisi keuangannya, sehingga lebih mencerminkan kemampuan dan nilai perusahaan yang sebenarnya. Perusahaan juga diharapkan dapat melakukan perhitungan penghasilan dan biaya yang lebih serasi dan wajar demi kelangsungan usahanya. Dengan tujuan yang demikian, pelaksanaan revaluasi aktiva tetap ini merupakan salah satu strategi penghindaran pajak yang diperbolehkan. Kesempatan revaluasi aktiva tetap yang diberikan pemerintah ini memang memberikan beberapa peluang di bidang perpajakan, antara lain mengakibatkan bertambah besarnya beban penyusutan aktiva selama masa manfaat, yang pada akhirnya memperkecil laba kena pajak dan pajak terhutang pada tahun berikutnya.

Sebaliknya, jika suatu perusahaan melakukan revaluasi aktiva tetap semata-mata untuk memperkecil laba kena pajak padahal revaluasi tersebut tidak dibutuhkan perusahaan, maka tindakan tersebut merupakan penghindaran pajak yang tidak diperbolehkan, karena sudah tidak sesuai lagi dengan tujuan pembuat undang-undang.

⁷⁵ Hal tersebut diatur dalam Keputusan Menteri Keuangan No. 486/KMK.03/2003 Tentang Penilaian Kembali Aktiva Tetap Perusahaan Untuk Tujuan Perpajakan.

5) Pengampunan Pajak (*tax amnesty*).

Pengampunan pajak pernah dilaksanakan pada tahun 1964 dan pada tahun 1984 berdasarkan Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 26 Tahun 1984. Dengan adanya *tax amnesty* ini, maka atas pajak-pajak yang belum pernah atau belum sepenuhnya dikenakan/dipungut akan diberikan tarif pengampunan (atau sesuai dengan istilah pada Keppres No. 26/1984, yaitu “uang tebusan”) sebesar 1% atau 10%. Dasar penghitungan uang tebusan adalah selisih nilai kekayaan bersih berdasarkan Keppres No. 26/1984 dengan nilai kekayaan bersih menurut Surat Pemberitahuan yang dilaporkan Wajib Pajak. Dalam hal ini, Wajib Pajak akan diuntungkan karena tidak akan terkena tarif pajak penghasilan yang progresif (dengan tarif teratas sebesar 35%) sebagaimana diatur dalam UU PPh. Tambahan lagi, Wajib Pajak yang melapor untuk mendapatkan pengampunan pajak akan dibebaskan dari pengusutan fiskal, sehingga semua tergantung dari kejujuran Wajib Pajak dalam membuat laporan. Laporan mengenai kekayaan tersebut juga tidak akan dijadikan dasar penyidikan dan penuntutan pidana dalam bentuk apapun terhadap Wajib Pajak.

Dengan *tax amnesty*, pemerintah memang akan diuntungkan karena dapat menarik pajak atas sejumlah kekayaan yang selama ini belum dilaporkan. Di lain pihak, kebijakan *tax amnesty* memberi celah bagi Wajib Pajak untuk melakukan penghindaran pajak. Misalnya, ketika membuat laporan untuk mendapatkan *tax amnesty*, Wajib Pajak A menyatakan ia memiliki kekayaan yang lebih banyak dari yang seharusnya, semata-mata agar mendapatkan tarif pengampunan pajak yang lebih kecil. Pemerintah memang diuntungkan karena menerima pajak yang selama ini belum dibayarkan oleh Wajib Pajak A, namun penggelembungan data oleh Wajib Pajak A tersebut sebenarnya dilakukan agar jika nanti ia memperoleh tambahan kekayaan, maka kekayaan tersebut tidak akan dikenakan tarif pajak normal karena dahulu telah dilaporkan dan telah dikenakan tarif pengampunan. Dalam hal ini, terdapat “*moral hazard*” yang dilakukan oleh Wajib Pajak A, sehingga meskipun tindakannya dibenarkan dalam undang-undang, perbuatan tersebut

termasuk dalam kategori “penghindaran pajak yang tidak diperbolehkan” (*unacceptable tax avoidance*).

Atas dasar ini pula maka saat ini Pemerintah menerbitkan kebijakan mengenai *Sunset Policy* dan bukannya memberikan *tax amnesty*. *Sunset Policy* yang tercantum dalam Pasal 37A Undang-undang Nomor 28 Tahun 2007 sebagai perubahan Undang-undang Nomor 6 Tahun 1983 tentang Ketentuan Umum dan Tata Cara Perpajakan (UU KUP) hanya memberikan penghapusan atau pengurangan sanksi administrasi berupa bunga atas keterlambatan pelunasan kekurangan pembayaran pajak bagi Wajib Pajak yang menyampaikan pembetulan Surat Pemberitahuan Tahun Pajak (SPT) Pajak Penghasilan sebelum Tahun Pajak 2007, dan penghapusan sanksi administrasi atas pajak yang tidak atau kurang dibayar untuk Tahun Pajak sebelum diperoleh Nomor Pokok Wajib Pajak (NPWP) bagi Wajib Pajak orang pribadi yang secara sukarela mendaftarkan diri untuk memperoleh NPWP.

Dalam *Sunset Policy*, tarif pajak penghasilan yang dikenakan mengikuti ketentuan yang berlaku umum. Ini berbeda dengan *tax amnesty* yang menggunakan tarif khusus yang lebih rendah dibanding tarif menurut ketentuan umum. Adanya *Sunset Policy* juga menjamin kepastian hukum dalam pembayaran pajak karena Wajib Pajak tetap melunasi utang pokok pajaknya, baru kemudian diberikan penghapusan sanksi administrasi. Tidak seperti *tax amnesty*, yang mana atas kekayaan yang belum pernah atau belum sepenuhnya dikenakan atau dipungut pajak, Wajib Pajak langsung dapat meminta pengampunan dengan membayar uang tebusan yang menggunakan tarif khusus.

Antara suatu negara dengan negara lain bisa jadi memiliki pandangan yang berbeda mengenai perbuatan apa saja yang dapat dikategorikan sebagai *acceptable tax avoidance* dan *unacceptable tax avoidance*. Sebagai contoh di negara-negara *common law* seperti di Amerika Serikat, bagi perusahaan yang melakukan proyek untuk pengembangan dan penelitian (*research and development*) diberikan insentif pajak yang cukup besar, sehingga dapat

meminimalkan beban pajak perusahaan. Hal tersebut merupakan penghindaran pajak yang diperbolehkan, karena ketentuan ini memang dirancang untuk menghilangkan sebanyak mungkin penghalang bagi investasi di bidang *research and development*, serta untuk merangsang adanya penemuan-penemuan baru⁷⁶. Dengan adanya ketentuan ini, maka tidak heran jika di Amerika Serikat terdapat banyak *foundation* yang bergerak di bidang pengembangan dan penelitian ilmu pengetahuan dan teknologi (iptek).

Merujuk pada literatur perpajakan internasional, Graeme S. Cooper dalam bukunya "*Tax Avoidance and The Rule of Law*" memberikan beberapa definisi mengenai *tax avoidance* yang dipakai di beberapa negara. *The Radcliff Committee* Inggris mendefinisikan *tax avoidance* sebagai: "*some act by which a person so arranges his affairs that he is liable to pay less tax than he would have paid but for the arrangement*"⁷⁷, atau suatu tindakan seseorang yang mengatur urusannya, sehingga ia dikenakan pajak yang lebih sedikit dibanding yang seharusnya ia bayar, karena adanya pengaturan tadi. Menurut Cooper, definisi ini tampaknya bersandar pada "maksud" atau "tujuan" dari *tax avoidance* itu, dan tidak memberikan gambaran mengenai suatu rangkaian transaksi palsu yang bertujuan untuk mengurangi beban pajak seseorang⁷⁸.

The Carter Commission Kanada mendefinisikan *tax avoidance* sebagai:

*Every attempt by legal means to reduce tax liability which would otherwise be incurred, by taking advantage of some provision or lack of provision in the law*⁷⁹.

⁷⁶ "Research and Development Tax Credit," <<http://www.mass.gov>>, diakses 24 November 2008.

⁷⁷ United Kingdom, Royal Commission on the Taxation of Profits and Income, *Final Report*, Cmnd 9474, (London: HMSO, June 1955), par. 1024 dikutip oleh Graeme S. Cooper, "Conflicts, Challenges and Choices – The Rule of Law and Anti-Avoidance Rules," *Tax Avoidance and The Rule of Law*, Ed. Graeme S. Cooper, (Amsterdam: IBFD Publications BV, 1997), hlm. 30.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Canada, *Report of the Royal Commission on Taxation*, vol. 3, (Ottawa: Queen's Printer, 1966) dikutip oleh Graeme S. Cooper, "Conflicts, Challenges and Choices – The Rule of Law and Anti-Avoidance Rules," *Tax Avoidance and The Rule of Law*, Ed. Graeme S. Cooper, (Amsterdam: IBFD Publications BV, 1997), hlm. 30.

Yaitu, setiap usaha dengan cara yang legal untuk mengurangi tanggung jawab pajak dari yang seharusnya, dengan mengambil keuntungan dari beberapa ketentuan atau ketiadaan suatu ketentuan dalam hukum. Sama halnya dengan definisi dari *The Radcliff Committee* Inggris, Cooper menganggap definisi ini bertumpu pada “tujuan” dari *tax avoidance*⁸⁰.

The Asprey Committee Australia mendefinisikan *tax avoidance* sebagai:

*An act within the law whereby income, which would otherwise be taxed at a rate applicable to the taxpayer who but for that act would have derived it, is distributed to another person or between a number of other person who do not provide a bona fide and fully adequate consideration*⁸¹.

Maksudnya suatu tindakan dalam kerangka hukum yang berkenaan dengan penghasilan –yang mana penghasilan tersebut seharusnya dikenakan pajak pada tarif yang berlaku untuk si wajib pajak–dengan mendistribusikannya kepada orang lain atau ke antara sejumlah orang yang tidak memiliki kepatutan yang dapat dipercaya dan memuaskan. Dalam hal ini, Cooper menilai bahwa definisi ini bertumpu pada “bentuk” dari *tax avoidance*⁸².

Menurut Nabil Orow, transaksi yang bertujuan untuk menghindari pajak cenderung memiliki setidaknya satu dari sejumlah ciri khas yang membuatnya dapat diidentifikasi, yaitu sah menurut ketentuan hukum yang berlaku (*formal legality*), menyalahgunakan kekurangan atau kekosongan dalam undang-undang (*the abuse of statutory loopholes*), kepalsuan (*artificiality*), dan memiliki tujuan ekonomi yang minim selain untuk mengurangi pajaknya (*minimal economic purpose*)⁸³.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Taxation Review Committee, *Final Report*, (Canberra: AGPS, 1975) dikutip oleh Graeme S. Cooper, “Conflicts, Challenges and Choices – The Rule of Law and Anti-Avoidance Rules,” *Tax Avoidance and The Rule of Law*, Ed. Graeme S. Cooper, (Amsterdam: IBFD Publications BV, 1997), hlm. 30.

⁸² *Ibid.*

⁸³ Nabil Orow, *General Anti-Avoidance Rules: A Comparative International Analysis*, (Bristol: Jordan Publishing Ltd, 2000), hlm. 18.

Hal yang sama juga dikemukakan oleh komite urusan fiskal dari *Organization for Economic Cooperation and Development* (OECD), bahwa terdapat tiga karakter dari *tax avoidance*, yaitu:

1. adanya unsur artifisial dimana berbagai pengaturan seolah-olah terdapat didalamnya padahal tidak, dan hal ini dilakukan karena ketiadaan faktor pajak;
2. skema semacam ini sering memanfaatkan *loopholes* dari undang-undang atau menerapkan ketentuan-ketentuan legal untuk berbagai tujuan, padahal bukan itu yang sebetulnya dimaksudkan oleh pembuat undang-undang;
3. kerahasiaan juga sebagai bentuk dari skema ini. Pada umumnya para konsultan menunjukkan alat atau cara untuk melakukan penghindaran pajak dengan syarat Wajib Pajak menjaga serahasia mungkin⁸⁴.

Dalam Undang-undang Nomor 36 Tahun 2008 tentang Pajak Penghasilan (UU PPh) yang kini berlaku di Indonesia, belum terdapat definisi mengenai *tax avoidance*, *tax evasion*, *acceptable tax avoidance* dan *unacceptable tax avoidance*, sehingga menimbulkan penafsiran yang berbeda antara Wajib Pajak dan otoritas pajak. Wajib Pajak dan otoritas pajak akan memberikan penafsiran sendiri-sendiri, sehingga tidak terdapat kepastian hukum. Dari sudut pandang Wajib Pajak, mereka akan berpendapat bahwa sepanjang perbuatan *tax avoidance* yang mereka lakukan tidak dilarang, maka hal tersebut sah-sah saja (legal). Di lain pihak, pemerintah juga berkepentingan bahwa jangan sampai suatu ketentuan perpajakan disalahgunakan oleh Wajib Pajak, sehingga mengakibatkan berkurangnya penerimaan negara dari pajak.

Undang-undang Pajak Penghasilan yang saat ini berlaku di Indonesia memang telah memiliki pasal yang bertujuan sebagai *anti-tax avoidance*, namun ketentuan ini berlaku sebagai Peraturan Khusus Anti Penghindaran Pajak atau *Specific Anti Avoidance Rule* (SAAR), yang hanya dapat diterapkan pada transaksi tertentu yang spesifik. Ketentuan tersebut tidak mampu menangkalkan bentuk-bentuk *tax avoidance* lain yang tidak diatur di dalamnya, sementara banyak penghindar pajak melakukan lebih dari satu skema transaksi yang berputar-putar tanpa adanya substansi ekonomi yang jelas, yang hasil akhirnya adalah semata-mata untuk menghindari pajak.

⁸⁴ Suandy, *op. cit.*, hlm. 8.

Peraturan Khusus Anti Penghindaran Pajak Indonesia diatur dalam Pasal 18 UU PPh mengenai transaksi antar pihak yang memiliki hubungan istimewa, dan tersebar dalam pasal-pasal lain dalam UU PPh, yaitu Pasal 4 ayat (1) mengenai pengertian “penghasilan”, Pasal 4 ayat (3) mengenai apa saja yang bukan merupakan objek pajak penghasilan, serta Pasal 6 ayat (1) mengenai biaya-biaya yang dapat dikurangkan (*deductible expenses*) dalam penghitungan pajak penghasilan. Peraturan Khusus Anti Penghindaran Pajak di Indonesia ini akan dibahas lebih rinci dalam bab berikutnya.

2.2 Perbedaan antara Penghindaran Pajak (*Tax Avoidance*) dan Penyelundupan Pajak (*Tax Evasion*)

Pembahasan mengenai pengertian penghindaran pajak (*tax avoidance*) dan penyelundupan pajak (*tax evasion*) telah banyak dilakukan dalam beberapa literatur, namun hingga saat ini tidak ada satu pun yang memberikan indikasi dan rincian yang tegas tentang perbedaan dimaksud. Semua ahli berpendapat bahwa sesungguhnya antara penghindaran pajak dan penyelundupan pajak terdapat perbedaan yang fundamental, akan tetapi ternyata kemudian perbedaan tersebut menjadi kabur, baik secara teori maupun aplikasinya⁸⁵.

Berdasarkan konsep perundang-undangan, garis pemisahannya adalah antara melanggar undang-undang (*unlawful*) dan tidak melanggar undang-undang (*lawful*)⁸⁶. Di negara-negara yang telah memiliki Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak (GAAR), seperti New Zealand, *tax avoidance* dan *tax evasion* merupakan konsep yang sama sekali berbeda⁸⁷. Dalam kasus *Peterson v C of IR 18*, Lord *Bingham of Cornhill* dan Lord *Scott of Foscote* menyatakan bahwa:

The line to be drawn between 'tax evasion' and 'tax avoidance' is clear enough. The former is criminal. The latter is not. It may be socially

⁸⁵ Mohammad Zain, *Manajemen Perpajakan*, (Jakarta: Penerbit Salemba Empat, 2005), hlm. 48 – 49.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Ling (Becky) Zhang, “Tax Avoidance: Causes and Solutions,” <http://en.scientificcommons.org/ling_zhang - 100k>, diakses 17 Oktober 2008.

*undesirable but it is within the letter of the law*⁸⁸.

Garis yang ditarik antara *tax evasion* dan *tax avoidance* cukup jelas. Perbuatan yang disebutkan terdahulu merupakan tindakan kriminal. Perbuatan yang disebutkan terakhir adalah bukan tindakan kriminal. Perbuatan ini secara sosial mungkin tidaklah diinginkan, namun hal ini termasuk dalam ruang lingkup hukum.

Dalam bukunya yang berjudul “*International Tax Primer*”, Michael J. McIntyre mendefinisikan *tax evasion* sebagai upaya mengurangi beban pajak dengan cara yang *illegal*, yang biasanya dilakukan dengan tidak melaporkan penghasilan atau penipuan yang disengaja (*willful deceit*)⁸⁹. Penulis lain, yaitu Zeitlin sebagaimana dikutip oleh Stef Van Weeghel, menyatakan bahwa *tax evasion* adalah tindakan kriminal yang serius dan dapat dikenakan sanksi pidana, sedangkan *tax avoidance* bukan tindakan kriminal, tetapi tidak diperkenankan oleh otoritas pajak⁹⁰.

Sebagai tambahan, Frans Vanistendael memberikan definisi bahwa penyelundupan pajak (*tax evasion* atau *tax fraud*) merupakan pelanggaran terhadap hukum pajak, yang dapat dihukum (*punishable*) dengan sanksi kriminal⁹¹. *Tax evasion* terdiri dari pelanggaran yang jelas akan hukum pajak, seperti membuat rekening palsu atau dokumen palsu lainnya, membuat pembukuan ganda (*parallel accounts*), tidak melaporkan penghasilan, menyelundupkan atau menyembunyikan barang atau aset yang dimiliki⁹². Konsekuensi pajak dari perbuatan-perbuatan ini tentu saja berupa pengkoreksian

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Michael J. McIntyre dan Brian J. Arnold, *International Tax Primer*, (Den Haag: Kluwer Law International, 2000), hlm. 1167.

⁹⁰ Stef Van Weeghel, *The Improper Use of Tax Treaties: With Particular Reference to the Netherlands and the United States*, (Den Haag: Kluwer Law International, 2002), hlm. 35 dikutip oleh Indrayagus Slamet, “Tax Planning, Tax Avoidance, dan Tax Evasion di Mata Perpajakan Indonesia,” *Inside Tax Edisi Perkenalan* (September 2007): 9.

⁹¹ Frans Vanistendael, “Judicial Interpretation and The Role of Anti-abuse Provisions in Tax Law,” *Tax Avoidance and The Rule of Law*, Ed. Graeme S. Cooper, (Amsterdam: IBFD Publications BV, 1997), hlm. 131.

⁹² *Ibid.*

oleh pihak administrasi pajak, namun sebagai tambahan, pelaku juga dapat dikenakan sanksi kriminal⁹³. Peraturan perundang-undangan yang digunakan untuk memberantas pelanggaran terhadap hukum pajak ini secara umum tidak dianggap sebagai peraturan anti penghindaran pajak (*anti-avoidance rule*)⁹⁴.

Di lain pihak, penghindaran pajak (*tax avoidance*) terdiri dari tindakan-tindakan yang dilakukan Wajib Pajak untuk mengurangi beban pajak, yang mana tindakan tersebut bukan merupakan perbuatan kriminal. Perbedaan antara *legal tax avoidance* dan *illegal tax evasion* adalah penting, karena pihak *non-lawyers* (selain pengacara) terkadang cenderung untuk menempatkan kedua fenomena ini pada situasi yang sama⁹⁵. Perlakuan yang sama dapat dibenarkan dalam konteks ekonomi atau moral, namun pada dasarnya, hal tersebut adalah pemahaman yang salah dalam konteks hukum mengenai administrasi dan penerapan hukum pajak⁹⁶.

Biasanya, para pengacara juga membedakan antara penghindaran pajak (*tax avoidance*) dalam artian hukum dan pengurangan pajak (*tax reduction*). *Tax reduction* merupakan suatu perubahan tingkah laku, contohnya mengurangi konsumsi produk yang dikenakan tarif pajak tinggi (seperti rokok dan minuman beralkohol), atau tidak menerima beberapa tipe penghasilan. Fakta penghindaran beban pajak yang demikian dianggap sepenuhnya legal, dan tidak merupakan subyek dari peraturan anti penghindaran pajak (*anti-avoidance rule*)⁹⁷.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Di Jerman dan Belanda, terdapat istilah yang spesifik untuk mendefinisikan tingkah laku ini, yaitu "*steuervermeidung*" atau "*belastingbesparing*".
Ibid., hlm. 132.

2.3 Perbedaan antara Penghindaran Pajak yang Diperbolehkan (*Acceptable Tax Avoidance*) dan Penghindaran Pajak yang Tidak Diperbolehkan (*Unacceptable Tax Avoidance*)

Menurut James Kessler⁹⁸, terdapat dua jenis pengertian *tax avoidance* sebagaimana hal tersebut juga ditegaskan oleh Roy Rohatgi dalam bukunya “*Basic International Taxation*”, bahwa di banyak negara penghindaran pajak dibagi menjadi penghindaran pajak yang diperbolehkan (*acceptable tax avoidance/tax planning/tax mitigation*) dan penghindaran pajak yang tidak diperbolehkan (*unacceptable tax avoidance*). Merujuk pada kasus-kasus tahun 1970-an, dikatakan bahwa pada masa itu pengertian penghindaran pajak (*tax avoidance*) dan perencanaan pajak (*tax planning*) adalah sama, yaitu tindakan mengurangi atau menghindari pajak dengan cara-cara yang masih sesuai dengan tujuan dari pembuat Undang-undang (*spirit or intention of the parliament*). Menurut James Kessler, tindakan yang demikian merupakan *acceptable tax avoidance*. Contohnya antara lain:

- Penggunaan konsesi pajak yang disediakan oleh pemerintah sebagai insentif bagi investor yang akan berinvestasi pada bidang-bidang tertentu dan di daerah tertentu;
- Untuk menghindari pajak dan cukai atas rokok, maka para perokok dapat memilih untuk tidak merokok atau mengurangi konsumsi rokoknya.

Bentuk *tax avoidance* yang dilarang menurut James Kessler adalah jika tindakan Wajib Pajak benar menurut “*letter of the law*”, namun tidak benar atau tidak sesuai dengan maksud dari pembuat Undang-undang (*spirit or intention of the parliament*). Lebih lanjut A. A. Shenfield memberikan komentar mengenai maksud “*intension of parliament*”. Ia menyatakan “*intension of parliament (law)*” tidak dapat disimpulkan secara harfiah dari kata-kata yang ada di dalam Undang-undang, karena kata-kata tersebut dapat berbeda artinya dari yang dimaksud oleh

⁹⁸ James Kessler, “Tax Avoidance Purpose and Section 741 of the Taxes Act 1988,” *British Tax Review* (4 November 2004): 377 dikutip oleh Indrayagus Slamet, “Tax Planning, Tax Avoidance, dan Tax Evasion di Mata Perpajakan Indonesia,” *Inside Tax Edisi Perkenalan* (September 2007): 9.

parliament. Menurut A. A. Shenfield, memang sulit untuk memahami *spirit of a law*, sehingga kita disarankan untuk berhati-hati⁹⁹.

Untuk mengurangi kesulitan tersebut, James Kessler memberikan ‘tuntunan’ dalam memahami maksud dari pembuat undang-undang. Maksud dari “*spirit and intension of Parliament*” adalah bahwa *Parliament* sebagai pembuat undang-undang sudah memberikan beberapa “*special tax regime*”¹⁰⁰, yaitu suatu aturan yang khusus mengatur mengenai beberapa bentuk fasilitas yang disediakan untuk Wajib Pajak agar menentukan sendiri keinginannya, dan masing-masing *regime* tersebut memiliki insentif pajak sendiri-sendiri. Contohnya di Inggris adalah adanya insentif atas pembebasan biaya bunga pinjaman, jika pinjaman tersebut digunakan untuk membeli rumah di atas harga tertentu¹⁰¹. Indonesia juga memiliki aturan yang mengatur mengenai insentif pajak ini, misalnya Pasal 31 A ayat (1) Undang-undang Nomor 36 Tahun 2008 Tentang Pajak Penghasilan, yang menyatakan bahwa:

Kepada Wajib Pajak yang melakukan penanaman modal di bidang-bidang usaha tertentu dan/atau di daerah-daerah tertentu yang mendapat prioritas tinggi dalam skala nasional dapat diberikan fasilitas perpajakan dalam bentuk:

- a. pengurangan penghasilan neto paling tinggi 30% (tiga puluh persen) dari jumlah penanaman yang dilakukan;
- b. penyusutan dan amortisasi yang dipercepat;
- c. kompensasi kerugian yang lebih lama, tetapi tidak lebih dari 10 (sepuluh) tahun; dan
- d. pengenaan Pajak Penghasilan atas dividen sebagaimana dimaksud dalam Pasal 26 sebesar 10% (sepuluh persen), kecuali apabila tarif menurut perjanjian perpajakan yang berlaku menetapkan lebih rendah¹⁰².

⁹⁹ Kessler, *op. cit.*, hlm. 378.

¹⁰⁰ *Ibid.*, hlm. 380.

¹⁰¹ *Ibid.*, hlm. 379.

¹⁰² Indonesia, *Undang-Undang Tentang Perubahan Keempat Atas Undang-undang Nomor 7 Tahun 1983 Tentang Pajak Penghasilan*, UU No. 36 Tahun 2008, LN No. 133 Tahun 2008, TLN No. 4893, ps. 31 A ayat (1).

Ciri lain dari *unacceptable tax avoidance* dapat dilihat dari sisi dampak ekonominya (*economic consequences*). Dalam hal ini, Lord Noland menyatakan bahwa untuk mengetahui ada atau tidaknya praktik *tax avoidance* dari sisi *economic consequences*, dapat dilihat dari patokan utamanya yaitu berkurangnya aset perusahaan atau bertambahnya utang¹⁰³. Misalkan, Wajib Pajak A melakukan penghindaran pajak yang masih dalam koridor hukum dan secara otomatis menimbulkan konsekuensi ekonomis, yaitu bertambahnya biaya tertentu yang dibarengi dengan pengeluaran kas perusahaan. Sementara Wajib Pajak B melakukan penghindaran pajak dengan cara menimbulkan biaya tertentu (ada kas yang dikorbankan), akan tetapi kas yang dikeluarkan tersebut kembali lagi kepada Wajib Pajak yang bersangkutan. Hal ini dapat saja terjadi jika Wajib Pajak B melakukan serangkaian transaksi yang sebenarnya tidak memiliki substansi ekonomi dan “*bonafide bussines purpose*”. Skema yang dilakukan oleh Wajib Pajak B inilah yang disebut sebagai *unacceptable tax avoidance*¹⁰⁴.

Komentar yang sama juga datang dari Brian J. Arnold, yang menyatakan bahwa:

*If the primary purpose of a transaction, determined objectively, is something other than tax avoidance, the transaction represents acceptable tax planning. On the other hand, if the primary purpose is to obtain tax benefits and the transaction would not have been carried out in the absence of those benefit, transaction is unacceptable tax avoidance*¹⁰⁵.

Apabila tujuan utamanya adalah semata-mata bukan untuk menghindari pajak, maka hal tersebut dinamakan *tax planning*. Sebaliknya, jika tujuan utamanya hanya untuk menghindari pajak, dan transaksi tersebut tidak akan dilakukan jika bukan untuk menghindari pajak, maka hal itu disebut sebagai *unacceptable tax avoidance*.

Judith Freedman juga menyatakan bahwa terkadang *unacceptable tax avoidance* (atau sesuai dengan istilah yang digunakan Freedman, yaitu

¹⁰³ Kessler, *op. cit.*, hlm. 379.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Brian J. Arnold, “The Canadian General Anti Avoidance Rule,” *Tax Avoidance and The Rule of Law*, Ed. Graeme S. Cooper, (Amsterdam: IBFD Publications BV, 1997), hlm. 228.

“*aggressive tax avoidance*”) dilakukan dengan cara merekayasa transaksi-transaksi yang sedemikian kompleksnya, dan tidak memiliki tujuan usaha yang baik (*no commercial bussines purpose*)¹⁰⁶. Subtansi dari tujuan usaha yang baik adalah mencari laba dengan cara dan niat yang baik (*good faith*)¹⁰⁷.

Malcolm Gammie menambahkan satu kriteria lagi untuk mengidentifikasi *unacceptable tax avoidance* (atau sesuai dengan istilah yang digunakan Gammie, yaitu “*abusive tax avoidance*”), yaitu adanya kepalsuan (*artificiality*). Dalam kasus *Ensign Thankers*, Lord Goff menyatakan bahwa:

*Unacceptable tax avoidance typically involves the creation of complex artificial structures by which... the taxpayers conjures out of the air a loss, or a gain, or expenditure or whatever it may be, which other wise would never have existed*¹⁰⁸.

Unacceptable tax avoidance adalah tindakan yang dibuat sedemikian kompleksnya dan tanpa memiliki substansi ekonomi, yang dirancang untuk menciptakan biaya atau kerugian agar pajak menjadi rendah atau nihil, dan tindakan tersebut tidak akan dilakukan jika tujuannya bukan untuk mengurangi pajak.

Keberadaan “*artificiality*” yang membuat suatu tindakan seseorang merupakan suatu *unacceptable tax avoidance*, digambarkan Gammie dengan cukup jelas pada dua ilustrasi berikut. Pada ilustrasi yang pertama, Gammie menggambarkan bahwa untuk menyeberangi Sungai Thames, seseorang dapat menggunakan terowongan Blackwall yang tidak dikenakan biaya (*toll*), atau melalui *Dartford River Crossing* yang dikenakan *toll*. Seseorang dapat dikatakan melakukan suatu penghindaran pajak jika ia memilih terowongan Blackwall

¹⁰⁶ Judith Freedman, “Defining Tax Payer Responsibility,” *British Tax Review* (4 November 2004): 334 dikutip oleh Indrayagus Slamet, “Tax Planning, Tax Avoidance, dan Tax Evasion di Mata Perpajakan Indonesia,” *Inside Tax Edisi Perkenalan* (September 2007): 10.

¹⁰⁷ David Besanko, et. al., *Economic Strategy*, (New York: John Wiley & Son Inc., 2004), hlm. 3 dikutip oleh Indrayagus Slamet, “Tax Planning, Tax Avoidance, dan Tax Evasion di Mata Perpajakan Indonesia,” *Inside Tax Edisi Perkenalan* (September 2007): 10.

¹⁰⁸ Malcolm Gammie, “Tax Avoidance and the Rule of Law: The Experience of the UK,” *Tax Avoidance and The Rule of Law*, Ed. Graeme S. Cooper, (Amsterdam: IBFD Publications BV, 1997), hlm. 202.

daripada *Dartford River Crossing*, meskipun *Dartford River Crossing* adalah jalur yang terdekat¹⁰⁹. Tindakan yang demikian, menurut Gammie bukanlah *tax avoidance* dalam artian peyoratif¹¹⁰, atau dengan kata lain, merupakan *acceptable tax avoidance*.

Sedangkan pada ilustrasi yang kedua, Gammie mengandaikan jika biaya (*toll*) pada *Dartford River Crossing* hanya dikenakan untuk kendaraan pribadi yang dijalankan dengan mesin. Aturan ini kemudian menyebabkan beberapa pengemudi untuk mematikan mobilnya di sisi lain sungai dengan cara mencopot komponen vital dari mesin mobil, mendorong mobil tersebut menyeberangi sungai, dan memasang kembali komponen mesin tadi di sisi seberang sungai. Kebanyakan orang akan melihat bahwa tindakan ini di luar kebiasaan. Tindakan tersebut telah menjadi sangat dibuat-buat/palsu (*extremely artificial*)¹¹¹ dan hal ini merupakan suatu contoh ekstrim dari *unacceptable tax avoidance*.

2.4 Pola-pola Pelaksanaan Penghindaran Pajak (*Tax Avoidance Schemes*)

Perusahaan multinasional mempunyai lebih banyak kesempatan untuk melakukan *tax avoidance* dibanding dengan perusahaan domestik, karena perusahaan multinasional mempunyai fleksibilitas geografis dalam menempatkan sumber daya ekonomis sesuai dengan sistem produksi dan distribusi¹¹². Fleksibilitas geografis ini menawarkan berbagai kesempatan untuk memanfaatkan perbedaan yurisdiksi pajak antar negara untuk minimalisasi total beban pajak global perusahaan¹¹³. Penggeseran penghasilan (atau objek pajak) dan biaya melalui rekayasa internal antara anggota perusahaan multinasional juga berpotensi meminimalkan beban pajak global¹¹⁴. Demikian juga, transaksi internasional

¹⁰⁹ *Ibid.*, hlm. 199.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Gunadi, *Pajak Internasional*, Edisi Revisi, (Jakarta: Lembaga Penerbit Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia, 2007), hlm. 276.

¹¹³ *Ibid.*, hlm. 277.

¹¹⁴ *Ibid.*

memberikan banyak kemungkinan kesempatan untuk melakukan penghindaran pajak¹¹⁵.

Dalam bukunya "*International Tax Primer*", Michael J. McIntyre dan Brian J. Arnold menyatakan beberapa kemungkinan penghindaran pajak yang dapat dilakukan oleh perusahaan multinasional, yaitu:

1. transfer domisili;
2. mengalihkan sumber penghasilan;
3. pembentukan anak perusahaan di *tax haven country*;
4. pemanfaatan keringanan dalam Perjanjian Penghindaran Pajak Berganda (P3B)/*Tax Treaty* dengan "*treaty shopping*"¹¹⁶.

Sementara itu, Vann menyebut beberapa penghindaran dan penyelundupan pajak yang meliputi:

1. *transfer pricing*;
2. *thin capitalization*;
3. instrumen finansial modern;
4. pembayaran ke *tax haven country*;
5. duplikasi pengurangan (*double dipping*);
6. *treaty shopping*;
7. kombinasi teknik penghindaran¹¹⁷.

Berikut akan dibahas lebih rinci mengenai beberapa pola pelaksanaan *Tax Avoidance* yang biasanya dijalankan oleh banyak Perusahaan Multinasional dalam rangka mengurangi beban pajak mereka.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ Michael J. McIntyre dan Brian J. Arnold, *op. cit.*, hlm. 1170.

¹¹⁷ Gunadi, *op. cit.*, hlm. 277.

2.4.1 *Transfer Pricing*

Transfer Pricing merupakan bagian dari suatu kegiatan usaha dan perpajakan yang bertujuan untuk memastikan apakah harga yang diterapkan dalam transaksi antar perusahaan yang mempunyai hubungan istimewa¹¹⁸ telah didasarkan atas prinsip harga pasar wajar (*arm's length price principle*). Selain itu, *transfer pricing* dapat juga diterapkan dalam konteks:

- a. transaksi antara suatu unit organisasi dengan unit organisasi lainnya dalam satu perusahaan, atau;
- b. antara kantor pusat dengan kantor cabangnya (yang berbentuk “Bentuk Usaha Tetap”¹¹⁹ atau *Permanent Establishment*), atau;
- c. antara kantor cabang dengan kantor cabang lainnya yang masih dalam satu perusahaan yang sama¹²⁰.

Untuk tujuan ekonomi, *transfer pricing* diartikan sebagai penentuan harga barang atau jasa oleh suatu unit organisasi dari suatu perusahaan kepada unit organisasi lainnya dalam perusahaan yang sama¹²¹. Sedangkan Lyons mendefinisikan *transfer pricing* sebagai harga yang dibebankan oleh suatu perusahaan atas barang, jasa, harta tak berwujud (*intangible property*) kepada

¹¹⁸ Hubungan Istimewa terjadi antara induk perusahaan dengan anak perusahaannya atau dengan cabang-cabangnya atau perwakilannya yang berada di dalam negeri, dimana penentuan *income*, *revenue*, dan *profit* adalah berdasarkan kebutuhan dari masing-masing subjek pajak yang berhubungan itu. Masalah mengenai “hubungan istimewa” diatur dalam Pasal 18 ayat (3), ayat (3a), dan ayat (4) Undang-undang Nomor 36 Tahun 2008 Tentang Pajak Penghasilan.

¹¹⁹ Bentuk Usaha Tetap adalah bentuk usaha yang dipergunakan oleh orang pribadi yang tidak bertempat tinggal di Indonesia, orang pribadi yang berada di Indonesia tidak lebih dari 183 hari dalam jangka waktu 12 bulan, dan badan yang tidak didirikan dan tidak bertempat kedudukan di Indonesia untuk menjalankan usaha atau melakukan kegiatan di Indonesia. Kegiatan yang dijalankan oleh BUT ditentukan limitatif dalam Pasal 2 ayat (5) Undang-undang Nomor 36 Tahun 2008 Tentang Pajak Penghasilan.

¹²⁰ Barry Larking, ed., *International Tax Glossary*, (Amsterdam: IBFD Publications BV, 2005), hlm. 422.

¹²¹ C.T. Horngren, W.O. Stratton, dan G.L. Sundem, *Introduction to Management Accounting*, (Prentice Hall International Inc., 1996) dikutip oleh Darussalam dan Danny Septriadi (c), “Konsep Dasar Transfer Pricing,” *Konsep dan Aplikasi Cross-Border Transfer Pricing untuk Tujuan Perpajakan*, Ed. Darussalam dan Danny Septriadi, (Jakarta: Danny Darussalam Tax Center, 2008), hlm. 7.

perusahaan yang mempunyai hubungan istimewa¹²².

Pengertian *transfer pricing* yang demikian merupakan sebuah pengertian yang netral. Akan tetapi, istilah *transfer pricing* sering dikonotasikan sebagai sesuatu yang tidak baik (*abuse of transfer pricing*), yaitu pengalihan atas penghasilan kena pajak (*taxable income*) dari suatu perusahaan yang dimiliki oleh perusahaan multinasional ke negara-negara yang tarif pajaknya rendah, dalam rangka untuk mengurangi total beban pajak dari grup perusahaan multinasional tersebut¹²³. Terkait dengan *abuse of transfer pricing* ini, Lyons mendefinisikannya sebagai alokasi yang tidak tepat atas penghasilan dan biaya yang ditujukan untuk mengurangi penghasilan kena pajak¹²⁴. Sedangkan penulis lain, yaitu Lorraine Eden, menggunakan istilah “*transfer pricing manipulation*” untuk menjelaskan kegiatan *abuse of transfer pricing* ini. Adapun pengertian *transfer pricing manipulation* adalah suatu kegiatan untuk memperbesar biaya atau merendahkan tagihan yang bertujuan untuk memperkecil jumlah pajak yang terutang¹²⁵.

Dengan demikian, manipulasi *transfer pricing* dapat dilakukan dengan cara memperbesar biaya atau memperkecil penjualan melalui mekanisme harga transfer, dengan tujuan untuk mengurangi pembayaran pajak. Darussalam dan Danny Septriadi dalam bukunya “Konsep dan Aplikasi *Cross-Border Transfer Pricing* untuk Tujuan Perpajakan” memberikan suatu skema *transfer pricing* melalui contoh sederhana. Misalkan A Corporation merupakan sebuah perusahaan manufaktur yang didirikan dan berkedudukan di Negara A dan menjual barang kepada perusahaan afiliasinya yaitu B Corporation yang didirikan dan berkedudukan di Negara B. A Corporation dapat mengurangi beban pajak terutangnya dengan cara melakukan *transfer pricing* atas barang yang dijualnya

¹²² Susan M. Lyons, *International Tax Glossary*, third edition, (Amsterdam: IBFD Publications BV, 1996), hlm. 312.

¹²³ Hubert Haemakers, *Introduction to Transfer Pricing*, (Amsterdam: IBFD Publications BV, 2004), hlm. 3.

¹²⁴ Lyons, *op. cit.*, hlm. 313

¹²⁵ Lorraine Eden, “Transfer Pricing in International Business,” (November, 2001) dikutip oleh Darussalam dan Danny Septriadi (c), *op. cit.*, hlm. 8.

kepada B Corporation¹²⁶. Skema *transfer pricing* yang dilakukan tersebut dapat mengurangi total beban pajak dari grup perusahaan afiliasi tersebut apabila:

- a. Tarif pajak di Negara B lebih rendah dibandingkan dengan Negara A;
- b. Negara B adalah negara yang dikategorikan sebagai *tax haven country* (negara dengan tarif pajak rendah);
- c. Meskipun tarif pajak di Negara B lebih tinggi dibandingkan dengan tarif pajak di Negara A, transfer pricing tetap dapat dilakukan apabila B Corporation mengalami kerugian atau di Negara B terdapat banyak celah (*loophole*) yang dapat dimanfaatkan¹²⁷.

2.4.2 *Thin Capitalization*

Thin Capitalization adalah penghindaran pajak yang dilakukan dengan cara pemberian pinjaman oleh perusahaan induk kepada anak perusahaannya yang berkedudukan di negara lain¹²⁸. Di mana perusahaan induk lebih suka memberikan dana kepada anak perusahaannya dengan cara pemberian pinjaman daripada dalam bentuk setoran modal, karena dalam ketentuan perpajakan, pembayaran bunga dari Wajib Pajak Dalam Negeri (WPDN) dapat dibiayakan (*deductible expense*) sehingga dapat mengurangi penghasilan kena pajak-nya (dan kadangkala di beberapa negara biaya bunga ini bebas potongan pajak, contohnya di Belanda¹²⁹). Di lain pihak, pembayaran atas dividen tidak dapat dibiayakan (*non deductible expense*)¹³⁰ dan juga dikenakan pajak di tangan pemegang saham¹³¹. Dengan demikian, apabila WPDN selaku pemegang saham meminjamkan uang kepada perusahaan afiliasinya yang merupakan WPDN di negara tertentu, maka dapat terjadi dasar pengenaan pajak di negara tertentu

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Michael J. McIntyre dan Brian J. Arnold, *op. cit.*, hlm. 55 - 56.

¹²⁸ Darussalam dan Danny Septriadi (a), *loc. cit.*

¹²⁹ Gunadi, *op. cit.*, hlm. 279.

¹³⁰ Darussalam dan Danny Septriadi (c), *op. cit.*, hlm. 30.

¹³¹ Gunadi, *loc. cit.*

tersebut akan terkikis melalui pembebanan biaya bunga yang berlebihan kepada pemegang saham¹³².

Darussalam dan Danny Septriadi dalam bukunya “Konsep dan Aplikasi *Cross-Border Transfer Pricing* untuk Tujuan Perpajakan” memberikan suatu ilustrasi yang menunjukkan bagaimana skema *thin capitalization* dapat menyebabkan penerimaan pajak di suatu negara menjadi berkurang. Misalkan PT. A adalah sebuah perusahaan yang berdomisili di Negara A, dan PT. B merupakan perusahaan yang berdomisili di Negara B. PT. B adalah pemegang saham mayoritas (lebih dari 50 %) atas saham PT. A. Dalam suatu tahun tertentu PT. A membutuhkan tambahan dana untuk kegiatan usahanya sebesar US \$ 5000. Ada dua cara yang dapat dilakukan oleh PT. B selaku pemegang saham PT. A untuk memberikan dana kepada PT. A, yaitu dengan cara memberikan tambahan saham baru dengan memberikan pinjaman. Diasumsikan bahwa sebelum adanya pembayaran bunga ataupun dividen, PT. A mencatat laba sebelum pajak sebesar US \$ 500, dan membagikan dividen seluruhnya setelah dikenakan pajak. Tingkat bunga wajar atas pinjaman adalah sebesar 10 %. Tarif *withholding tax* atas dividen adalah sebesar 5 %, dan atas bunga sebesar 10 %¹³³. Tabel berikut akan menyajikan perbandingan beban pajak di Negara B atas dua skema tersebut.

¹³² Michael J. McIntyre dan Brian J. Arnold, *op. cit.*, hlm. 82.

¹³³ Darussalam dan Danny Septriadi (c), *op. cit.*, hlm. 31.

Tabel 1
Perbandingan Beban Pajak antara melalui Pinjaman dan Penyertaan Modal

No.	Keterangan	Pembiayaan melalui Pinjaman (US \$)	Pembiayaan melalui Modal (US \$)
1	Penghasilan sebelum pembayaran atas bunga atau dividen	500	500
2	Biaya Bunga (10 % x US \$ 5000)	500	-
3	Penghasilan Kena Pajak	-	500
4	PPH (30 % x US \$ 5000)	-	150
5	Dividen (US \$ 500 – US \$ 150)	-	350
6	<i>Withholding Tax:</i>		
	- 10 % x US \$ 500	50	-
	- 5 % x US \$ 350	-	17,5
7	Total Pajak:		
	- Untuk pembiayaan melalui pinjaman, pajak yang dikenakan hanya <i>withholding tax</i> .	50	-
	- Untuk pembiayaan melalui modal, pajak yang dikenakan adalah PPh dan <i>withholding tax</i> .	-	167,5

Tabel di atas menunjukkan bahwa pendanaan melalui pinjaman lebih efektif diterapkan untuk mengurangi beban pajak dibandingkan dengan pendanaan dari modal.

2.4.3 Instrumen Finansial Modern

Pendanaan perusahaan dengan pinjaman selain menimbulkan masalah perpajakan tentang keaslian pinjaman (pinjaman atau modal baik langsung maupun tidak langsung), juga memunculkan masalah lain seperti definisi dan karakterisasi imbalan bunga, letak sumber penghasilan, pengurangan pada Penghasilan Kena Pajak pembayarnya, serta pengenaan pajak pemotongan pada penerimanya¹³⁴.

Kompleksitas permasalahan perpajakan tersebut umumnya menjadi sasaran perencanaan pajak dengan memanfaatkan instrumen finansial modern dengan melibatkan negara *tax haven* atau negara yang tidak mengenakan (potongan) pajak atas bunga¹³⁵. Rekayasa demikian umumnya mengambil target ke negara berkembang karena permasalahan spesifik instrumen finansial belum

¹³⁴ Gunadi, *op. cit.*, hlm. 280.

¹³⁵ *Ibid.*

diatur secara gamblang. Untuk menghindari ketentuan pemajakan atas bunga, instrumen finansial dapat direkayasa misalnya dari pinjaman berbunga menjadi pinjaman tanpa bunga (*non-interest bearing loan*), pinjaman direkayasa menjadi swap bunga, swap nilai tukar atau lindung nilai valas, produk *derivative* dengan *underlying* transaksi berupa pinjaman atas utang piutang, *structured finance contract* atas transaksi impor-ekspor, *zero-coupon bond* yang jatuh tempo lima tahun atau lebih dengan premium, penerbitan surat utang melalui *Special Purpose Vehicle* di negara *tax haven*, dan sebagainya¹³⁶. Inovasi instrumen finansial modern dengan berbagai rekayasa demikian dimaksud untuk menggerus Penghasilan Kena Pajak Wajib Pajak Dalam Negeri anggota grup multinasional dan sekaligus menghindari pemajakan terhadap Wajib Pajak Luar Negeri lainnya sesama anggota grup¹³⁷.

2.4.4 Pembayaran ke *Tax Haven Country*

Apabila Wajib Pajak Dalam Negerinya menanam modal atau memperluas kegiatan ekonominya ke manca negara, termasuk negara berkembang, negara domisili dapat memberikan keringanan pajak ganda internasional, baik dengan metode eksemsi (pembebasan pajak atas penghasilan luar negeri) atau kredit pajak (pengkreditan pajak luar negeri dari penghasilan luar negeri atas pajak domestik yang dihitung dari penghasilan luar negeri dimaksud)¹³⁸.

Rekayasa *transfer pricing* dengan menggelembungkan harga dan menggerus laba di negara sumber ke negara domisili akan menyebabkan terkenanya pajak di negara domisili walaupun di negara sumber tidak kena pajak. Demikian juga rekayasa finansial untuk menggerus laba anak perusahaan di negara berkembang yang menyebabkan pengenaan pajak di negara domisili, karena eksemsi pajak atas penghasilan luar negeri umumnya hanya berlaku atas penghasilan bisnis dari cabang usaha luar negeri, sehingga penghasilan pasif tidak

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *Ibid.*

dibebaskan dari pengenaan pajak¹³⁹. Perusahaan induk di negara domisili yang mungkin juga bebas pajak karena saham *Special Purpose Vehicle* secara mayoritas (atau bahkan total) dimiliki oleh perusahaan induk. Apabila negara domisili memberlakukan kredit pajak, maka *Special Purpose Vehicle* tidak membagi dividen tetapi dimanfaatkan oleh perusahaan lain dalam grup tanpa menimbulkan beban pajak. Akibat dari rekayasa *Special Purpose Vehicle* di negara *tax haven* adalah baik negara domisili maupun negara sumber sama-sama tergerus obyek pajaknya¹⁴⁰.

2.4.5 Duplikasi Pengurangan (*double dipping*)

Teknik alternatif untuk mengurangi beban pajak di negara sumber dan sekaligus di negara domisili dapat dilakukan dengan cara penggandaan pemanfaatan ketentuan pajak yang menguntungkan di kedua negara (yang lazim disebut sebagai “*double dipping*”)¹⁴¹. Salah satu cara adalah dengan memanfaatkan perbedaan perlakuan pajak atas suatu transaksi yang sama antara negara domisili dengan negara sumber. Misalnya terhadap *leasing*, suatu negara dapat memperlakukan *leasing* sebagai pembelian dan utang, sedangkan negara lain menganggapnya sebagai persewaan (*operating lease*)¹⁴². Akibatnya, dua negara memperlakukan dua Wajib Pajak berbeda (satu negara terhadap *lessor* dan negara lain terhadap *lessee*) dalam satu transaksi antar mereka, yang mana keduanya dianggap sebagai pemilik aset yang berhak atas depresiasi dan pengurangan bunga. Terhadap investasi barang modal kadangkala diberikan insentif berupa penyusutan dipercepat, kredit investasi, dan lainnya. Apabila dua Wajib Pajak yang berbeda diperlakukan sebagai pemilik aset di negara yang berbeda dan masing-masing berhak atas insentif di salah satu negara, maka Wajib

¹³⁹ *Ibid.*, hlm. 281.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Ibid.*

Pajak secara efektif dapat menggandakan insentif yang sebetulnya tidak dikehendaki oleh negara manapun¹⁴³.

2.4.6 *Treaty Shopping*

Treaty Shopping adalah suatu skema untuk mendapatkan fasilitas penurunan tarif pemotongan pajak (*withholding tax*) yang disediakan oleh suatu Perjanjian Penghindaran Pajak Berganda (P3B)/*Tax Treaty* oleh Subjek Pajak yang tidak berhak untuk mendapatkan fasilitas penurunan tarif pemotongan pajak tersebut¹⁴⁴. Upaya penyalahgunaan P3B tersebut seringkali disebut sebagai *abusive*, karena menggunakan pasal-pasal dalam P3B yang tidak sesuai dengan tujuan P3B¹⁴⁵.

Sehubungan dengan masalah Wajib Pajak yang berhak untuk mendapatkan fasilitas yang ada dalam suatu P3B, biasanya negara sumber penghasilan (*source country*) akan meminta Surat Keterangan Domisili (SKD)/*Certificate of Domicile/Certificate of Residence*, sebagai bukti bahwa Wajib Pajak tersebut memang benar Wajib Pajak Dalam Negeri (WPDN) dari negara lainnya yang mengadakan P3B. Khusus untuk penghasilan atas dividen, royalti, dan bunga (*interest*), P3B menambahkan satu persyaratan lagi untuk mendapatkan fasilitas penurunan tarif, yaitu persyaratan mengenai “penerima penghasilan yang sebenarnya” (*beneficial owner*).

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Darussalam dan Danny Septriadi (d), “Treaty Shopping dan Anti Penghindaran Pajak,” *Inside Tax Edisi Perkenalan* (September 2007): 26.

¹⁴⁵ Angharad Miller dan Lynne Oats, *Principles of International Taxation*, (West Sussex: Tottel Publishing, 1996), hlm. 249.

Negara Belanda menginterpretasikan *beneficial owner* sebagai berikut.

1. *No “real benefit accrues” if the recipient of certain income is under the contractual obligation to pass the income entirely or almost entirely to the third party;*
2. *A person cannot be considered beneficial owner if he is, for example, contractually obligated to pay the largest part of the income to the third parties*¹⁴⁶.

Artinya,

1. Dikatakan tidak ada “pertambahan keuntungan yang nyata” jika si penerima dari penghasilan tersebut berada di bawah kewajiban kontraktual untuk menyalurkan penghasilan tersebut seluruhnya atau hampir seluruhnya kepada pihak ketiga
2. Suatu pihak tidak dapat dianggap sebagai *beneficial owner* jika ia, contohnya, secara kontraktual berkewajiban untuk membayar sejumlah bagian yang terbesar dari penghasilan kepada pihak ketiga.

Darussalam dan Danny Septriadi dalam artikelnya “*Treaty Shopping* dan Anti Penghindaran Pajak” memberikan suatu ilustrasi mengenai *treaty shopping* yang berkaitan dengan masalah *beneficial owner* ini. Misalkan PT. A yang berkedudukan di Indonesia mendirikan “X” BV di Belanda untuk menerbitkan obligasi dan dijamin penuh oleh PT. A. Hak pemajakan atas penghasilan bunga menurut Pasal 11 ayat (4) P3B Indonesia-Belanda untuk utang jangka panjang ada di negara *residence* (yaitu Belanda). “X” BV mendapatkan pinjaman jangka panjang dari *Trustee* yang berkedudukan di Mauritius, yang kemudian diteruskan ke PT. A di Indonesia. Tingkat bunga dan persyaratan lainnya dalam kontrak perjanjian utang antara PT. A dengan “X” BV dan antara “X” BV dengan *Trustee* adalah sama atau identik. Atas pinjaman utang jangka panjang tersebut, PT. A di Indonesia membayar bunga ke “X” BV sebesar Rp 100 juta tanpa pemotongan pajak, karena hak pemajakan ada di negara *residence* (Belanda). Kemudian “X” BV telah mempunyai kewajiban yang mengikat untuk membayar dalam waktu

¹⁴⁶ Darussalam dan Danny Septriadi (d), *loc. cit.*

dua hari setelah menerima penghasilan bunga dari PT. A (yaitu sebesar Rp 100 juta) kepada *Trustee* di Mauritius. Sebagai akibat dari transaksi tersebut, maka:

- Atas penghasilan bunga dari utang jangka panjang sebesar Rp 100 juta tidak akan dipajaki di Indonesia;
- Belanda dalam hal ini juga tidak memajaki atas penghasilan bunga, karena penghasilan tersebut harus segera diberikan “X” BV kepada *Trustee* di Mauritius;
- Kemudian, penghasilan bunga sebesar Rp 100 juta yang diterima oleh *Trustee* di Mauritius tersebut tidak dipajaki atau dipajaki dengan tarif yang rendah oleh Mauritius¹⁴⁷.

Atas contoh kasus seperti tersebut di atas, dapat dikatakan bahwa “X” BV bukanlah *beneficial owner* dari penghasilan bunga tersebut. Dengan kata lain, contoh kasus tersebut dapat dikatakan sebagai *treaty shopping*, seperti yang dinyatakan oleh Charles I Kingson sebagai berikut.

*When a source country (Indonesia) agrees by treaty to give up taxing an item of income, it generally does so because it expects the residence country (Netherland) to tax it. If the residence sountry (Netherland) does not (pass the income etirely or almost etirely to the third party, namely Mauritius), the treaty becomes a convention for the avoidance of any taxation*¹⁴⁸.

Bahwa ketika negara sumber penghasilan (Indonesia) atas dasar perjanjian setuju untuk menyerahkan hak pemajakan atas suatu penghasilan, pada umumnya diharapkan negara *residence* (Belanda) akan memajaki penghasilan tersebut. Jika negara *residence* (Belanda) tidak memajakinya (karena penghasilan tersebut disalurkan seluruhnya atau hampir seluruhnya kepada pihak ketiga, yaitu Mauritius), maka perjanjian tersebut menjadi konvensi untuk suatu penghindaran pajak.

Kasus tersebut juga bertentangan dengan tujuan dari diadakannya P3B, yaitu untuk menghindari terjadinya pemajakan berganda (*double taxation*), dan

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ *Ibid.*

menghindari agar jangan sampai transaksi tersebut juga tidak dikenakan pajak di negara manapun (*double non-taxation*)¹⁴⁹. Dalam hal ini Wajib Pajak harus dikenakan pajak atas *cross border income* paling tidak di salah satu negara¹⁵⁰.

2.4.7 *Controlled Foreign Corporation* (CFC)

Wajib Pajak Dalam Negeri (WPDN) dapat melakukan kegiatan usaha atau investasi ke luar negeri melalui berbagai cara, misalnya dengan ekspor barang dan jasa (*direct export*), perjanjian lisensi (*license arrangements*), kantor cabang (*branch of domestic entity*), kerjasama (*partnership*), dan pendirian anak perusahaan (*subsidiary*)¹⁵¹. Masing-masing memiliki konsekuensi berbeda-beda, khususnya menyangkut aspek perpajakannya. Salah satu hal yang membedakan *subsidiary* dengan yang lainnya adalah adanya prinsip *separate tax entities*. Hal ini berakibat pemegang saham dari suatu perusahaan di luar negeri (*non-resident corporation*) umumnya tidak akan dikenakan pajak atas bagian pendapatan perusahaan tersebut, walaupun memiliki seluruh sahamnya, kecuali mereka telah memperoleh dividen dari perusahaan¹⁵². Penundaan hak pemajakan domestik ini dikenal sebagai “*deferral*”¹⁵³.

¹⁴⁹ West, *Abusive Application of International Tax Agreement-Preceeding of a Seminar Held in Munich*, (Den Haag: Kluwer Law International, 2000), hlm. 5 dikutip oleh Darussalam dan Danny Septriadi (d), *loc. cit.*

¹⁵⁰ Pendapat dari Hakim Pengadilan Tinggi India atas sengketa *Union of India v. Azadi Bachao Andolan*. Darussalam dan Danny Septriadi (d), *loc. cit.*

¹⁵¹ Michael L. Moore dan Edmund Outslay, *U.S. Tax Aspects of Doing Business Abroad*, Edisi Kelima, (New York: AICPA, 2000), hlm. 12. dikutip oleh M. Asqolani, “Controlled Foreign Corporation (CFC) dan Transfer Pricing,” *Konsep dan Aplikasi Cross-Border Transfer Pricing untuk Tujuan Perpajakan*, Ed. Darussalam dan Danny Septriadi, (Jakarta: Danny Darussalam Tax Center, 2008), hlm. 73.

¹⁵² Brian J. Arnold, “Controlled Foreign Corporation Rules: Major Features, Recent Development, and Practical Problems,” dikutip oleh M. Asqolani, “Controlled Foreign Corporation (CFC) dan Transfer Pricing,” *Konsep dan Aplikasi Cross-Border Transfer Pricing untuk Tujuan Perpajakan*, Ed. Darussalam dan Danny Septriadi, (Jakarta: Danny Darussalam Tax Center, 2008), hlm. 74.

¹⁵³ Michael Lang, Hans-Jorgen Aigner, Ulrich Scheuerle, dan Markus Stefaner, *CFC Legislation, Tax Treaties, and EC Law*, (London: Kluwer Law International, 2004), hlm. 16 dikutip oleh M. Asqolani, “Controlled Foreign Corporation (CFC) dan Transfer Pricing,” *Konsep*

Upaya yang WPDN lakukan untuk meminimalkan jumlah pajak yang dibayarnya atas investasi yang dilakukan di luar negeri adalah dengan menahan laba yang seharusnya dibagikan kepada para pemegang sahamnya¹⁵⁴. Dengan memanfaatkan adanya hubungan istimewa dan kepemilikan mayoritas sahamnya, badan usaha di luar negeri tersebut akan dengan mudah dikendalikan, sehingga dividen tersebut tidak dibagikan atau ditangguhkan¹⁵⁵. Apalagi jika tempat dimana badan usaha tersebut didirikan berada di *tax haven country* yang menyediakan kemudahan berinvestasi dengan mengenakan tarif pajak yang sangat rendah atau bahkan tidak mengenakan pajak sama sekali. Suatu entitas dapat menurunkan tarif pajak efektifnya dengan cara beroperasi di negara dengan tingkat pajak rendah. Entitas yang didirikan di luar negeri di mana WPDN memiliki pengendalian biasanya dikenal sebagai “*Controlled Foreign Corporation*” atau “*Controlled Foreign Company*” (CFC)¹⁵⁶.

Tidak jarang CFC yang didirikan merupakan suatu perusahaan maya atau “*artificial share ownership structure*” (yang dikenal dengan istilah: *Letter Box Company*, *Conduit Company*, atau *Special Purpose Vehicle/SPV*) yang tidak memiliki aktivitas usaha aktif, namun digunakan sebagai mediasi untuk menutupi transaksi yang sebenarnya¹⁵⁷. Dalam hal ini, CFC hanya sebagai perantara (*intermediary*) antara pihak yang melakukan transaksi, yang mana harga transaksi tersebut telah diatur sedemikian rupa sehingga terjadi pergeseran penghasilan ke negara dimana CFC berada. Rekayasa penghindaran pajak biasanya dilakukan atas *passive income* (yaitu bunga, dividen, dan royalti), karena penghasilan tersebut paling mudah dialihkan atau diakumulasi pada CFC di negara *tax haven*. Rekayasa tersebut dapat mengurangi penerimaan pajak domestik, karena penghasilannya ditransfer ke negara dimana CFC berada¹⁵⁸.

dan Aplikasi Cross-Border Transfer Pricing untuk Tujuan Perpajakan, Ed. Darussalam dan Danny Septriadi, (Jakarta: Danny Darussalam Tax Center, 2008), hlm. 74.

¹⁵⁴ Asqolani, *op. cit.*, hlm. 75.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.*

Kriteria penentuan suatu negara sebagai *low-tax regime*, *low-tax country*, atau *tax haven* adalah berbeda-beda. Umumnya, istilah surga pajak tersebut digunakan untuk menggambarkan suatu negara yang secara nyata tidak mengenakan pajak (atau dengan tarif sangat rendah), pengecualian aktivitas tertentu dari pengenaan pajak (adanya fasilitas pajak), atau pengecualian penghasilan yang bersumber dari luar negeri (negara yang menganut asas teritorial)¹⁵⁹. OECD menyebutkan beberapa ciri negara *tax haven*, antara lain:

- a. Kurangnya pertukaran informasi yang efektif (*lack of effective exchange of information*);
- b. Tidak transparan (*lack of transparency*);
- c. Tidak adanya syarat akan aktivitas yang substansial (*no requirement for substantial activities*)¹⁶⁰.

Menurut Brian J. Arnold, ada beberapa cara untuk melakukan *tax avoidance* dengan menggunakan CFC ini, yaitu¹⁶¹:

- a. Wajib Pajak dapat mengalihkan pendapatan yang bersumber dari dalam negeri ke entitas di luar negeri yang dikuasainya, yang didirikan di negara *tax haven*;
- b. Wajib Pajak dapat mendirikan anak perusahaan di negara *tax haven* untuk memperoleh sumber pendapatan di luar negeri, atau untuk menerima dividen, atau distribusi lain dari anak perusahaan di luar negeri tersebut.

2.4.8 Kombinasi Teknik Penghindaran

Penghindaran pajak internasional kebanyakan memanfaatkan kombinasi dari berbagai teknik di atas. Misalnya, *treaty shopping* kadangkala dibarengi dengan pemajakan di negara *tax haven* dan interaksi antara ketentuan domestik dan *tax treaty*¹⁶². Sebagai contoh, beberapa negara tidak memberlakukan sistem pemotongan pajak atas royalti yang dibayarkan kepada Wajib Pajak Luar Negeri (WPLN). Apabila negara tersebut mempunyai *tax treaty* dengan negara

¹⁵⁹ Michael L. Moore dan Edmund Outslay, *op. cit.*, hlm. 32.

¹⁶⁰ Larking, *op. cit.*, hlm. 403.

¹⁶¹ Michael J. McIntyre dan Brian J. Arnold, *op. cit.*, hlm. 81.

¹⁶² Gunadi, *op. cit.*, hlm. 283.

berkembang dengan tarif 0% untuk royalti, WPLN dapat mendirikan *Special Purpose Vehicle* di sana untuk menerima royalti dari negara berkembang dimaksud dan mengatur bahwa royalti tersebut dibayarkan ke *tax haven company*. Jika jumlah royalti tersebut sama, akibatnya tidak ada pajak yang harus dibayar karena pengurangan mengeliminir laba dari royalti yang diterima dan tidak ada potongan pajak atas royalti yang dibayar ke luar negeri. Hasil keseluruhannya ialah bahwa sama sekali tidak ada pajak yang dibayar atas royalti dimaksud, kecuali negara pemilik sebenarnya dari badan yang berada di *tax haven* mempunyai sistem pemajakan atau “*controlled foreign company*”¹⁶³.

Begitu juga pembiayaan grup perusahaan dapat melibatkan variasi antara *double dipping*, *treaty shopping*, dan *tax haven country*¹⁶⁴. Misalnya, perusahaan induk dapat membiayai investasi dengan pembentukan perusahaan anak industri keuangan di *tax haven country*, mungkin dengan penerbitan saham atau obligasi yang kemudian meminjamkan dana tersebut ke perusahaan anak operasional di negara berkembang melalui transaksi *back-to-back loan* dengan bank di negara yang mempunyai *tax treaty* yang meminimalkan tari potongan pajak yang dibayar kepada Wajib Pajak Luar Negeri (WPLN). Apabila negara domisili induk perusahaan membebaskan pajak atas penghasilan luar negeri namun memperbolehkan pengurangan bunga pinjaman untuk membiayai investasi pada anak perusahaan di negara *tax haven*, yang mana mengakibatkan bahwa dividen dari anak perusahaan tersebut (mewakili bunga yang diterima oleh anak perusahaan tersebut) akan dibebaskan dari pemajakan di negara perusahaan induk, dan pengurangan bunga diperoleh di kedua negara (yaitu di negara perusahaan induk dan negara tempat anak perusahaan berdomisili) untuk mengurangi penghasilan dari kedua Wajib Pajak yang berbeda¹⁶⁵.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ *Ibid.*

BAB 3
PERATURAN UMUM ANTI PENGHINDARAN PAJAK
(GENERAL ANTI-AVOIDANCE RULE/GAAR) DAN
APLIKASINYA DI INDONESIA

2.5 Pengertian dan Alasan Diperlukannya Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak/*General Anti-Avoidance Rule* (GAAR)

Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak/*General Anti-Avoidance Rule* (GAAR), atau di beberapa negara disebut sebagai *General Anti-Avoidance Provision* (GAAP), merupakan suatu “alat” untuk memerangi penghindaran pajak. Hal tersebut dinyatakan oleh Graeme S. Cooper bahwa: “*GAAR is a tool for combating tax avoidance*”¹⁶⁶. Pengertian yang serupa dinyatakan oleh Barry Larking, bahwa:

*Anti avoidance measure, generally statute based, providing criteria of general application, i.e. not aimed at specific taxpayers or transactions, to combat situations of perceived tax avoidance*¹⁶⁷.

Peraturan yang secara umum mengatur mengenai anti penghindaran pajak menetapkan kriteria untuk penerapan secara umum. Artinya, peraturan ini tidak ditujukan untuk Wajib Pajak atau transaksi yang tertentu, namun peraturan ini digunakan untuk memerangi suatu situasi yang dirasa sebagai *tax avoidance*.

Richardson P. dalam kasus *CIR v BNZ Investments* dengan tegas menyatakan konsep dasar dari *General Anti-Avoidance Provision* (GAAP), yaitu:

(The GAAP) is perceived legislatively as an essential pillar of the tax system designed to protect the tax base and the general body of taxpayers from what are considered to be unacceptable tax avoidance devices. By contrast with specific anti-avoidance provisions which are directed to particular defined situations, the legislature through [the GAAR] has

¹⁶⁶ Graeme S. Cooper, “Conflicts, Challenges and Choices – The Rule of Law and Anti-Avoidance Rules,” *Tax Avoidance and The Rule of Law*, Ed. Graeme S. Cooper, (Amsterdam: IBFD Publications BV, 1997), hlm. 25.

¹⁶⁷ Barry Larking, *International Tax Glossary*, fifth edition, (Amsterdam: IBFD Publications BV, 2005), hlm. 193.

*raised a general anti-avoidance yardstick by which the line between legitimate tax planning and improper tax avoidance is to be drawn ... The function of (The GAAP) is to protect the liability for the income tax established under the other provisions of the legislation*¹⁶⁸.

Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak diartikan menurut peraturan perundang-undangan sebagai pilar utama dari suatu sistem pajak, yang dibuat untuk melindunginya dari apa yang dianggap sebagai penghindaran pajak yang tidak diperbolehkan (*unacceptable tax avoidance*). Dibandingkan dengan Peraturan Khusus Anti Penghindaran Pajak, yang ditujukan untuk situasi tertentu yang telah dirumuskan, para pembuat undang-undang melalui Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak telah menegakkan suatu standar pengukuran umum mengenai penghindaran pajak, yaitu dengan menggariskan perbedaan di antara perencanaan pajak yang sah (*legitimate tax planning*) dan penghindaran pajak yang tidak sah (*improper tax avoidance*) ... Fungsi dari suatu Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak adalah untuk melindungi kewajiban (khususnya) akan pajak penghasilan¹⁶⁹, yang diatur dalam peraturan perundang-undangan lainnya.

Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak tidak dibatasi untuk transaksi tertentu saja, dan peraturan ini mencakup setiap perencanaan yang memiliki tujuan untuk menghindari pajak. Jika suatu transaksi tertentu tidak masuk dalam ruang lingkup pengaturan Peraturan Khusus Anti Penghindaran Pajak, maka penggunaan Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak akan sangat diperlukan¹⁷⁰. Di lain pihak, Peraturan Khusus Anti Penghindaran Pajak diterapkan untuk transaksi tertentu yang spesifik, dan hasil dari penerapan ketentuan tersebut telah dirumuskan. Dalam banyak kasus, Peraturan Khusus Anti Penghindaran Pajak tidak berfokus pada penerapan dan penafsiran hukum pajak, namun langsung

¹⁶⁸ Ling (Becky) Zhang, "Tax Avoidance: Causes and Solutions," <http://en.scientificcommons.org/ling_zhang_100k>, diakses 17 Oktober 2008.

¹⁶⁹ Di banyak negara, Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak (GAAR) memang khususnya ditujukan untuk memerangi penghindaran pajak atas pajak penghasilan, meskipun penghindaran pajak juga dapat dilakukan atas pajak lainnya, misalnya pajak pertambahan nilai (*value added tax*).

¹⁷⁰ *Ibid.*

mengingkari sejumlah keuntungan pajak (*tax benefit*) dengan menggunakan syarat-syarat tertentu¹⁷¹.

Perbedaan peranan dari *General Anti-Avoidance Rule* dan *Specific Anti-Avoidance Rule* juga dinyatakan oleh Frans Vanistendael, bahwa:

*General anti-abuse provisions require courts to apply a broad or economic interpretation of the tax law and to disregard legal constructions and transactions that have an artificial flavour. Specific anti-avoidance provisions, on the other hand are aimed at closing particular gaps and loopholes*¹⁷².

Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak mewajibkan pengadilan untuk menerapkan penafsiran yang luas atau penafsiran ekonomi terhadap hukum pajak, dan mewajibkan untuk mengabaikan setiap konstruksi dan transaksi yang bersifat palsu (*artificial*). Sementara Peraturan Khusus Anti Penghindaran Pajak diarahkan untuk mengisi kerenggangan dan celah-celah tertentu.

Sebagai dasar pertimbangan mengenai perlunya suatu Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak, Victor Thuronyi menyatakan bahwa:

*A variety of techniques have been employed to deal with tax avoidance, (judicial interpretation, general and specific judge-made and statutory rules, procedural requirement, penalties, and substantive change of the tax law to make it less prone to abuse). No one approach is likely to solve the problems. Therefore, disputes over tax avoidance are likely to remain a permanent feature of tax system and those countries with less sophisticated approach will tend to increase their anti-avoidance arsenals*¹⁷³.

Berbagai macam teknik telah dikembangkan untuk mengatasi penghindaran pajak, seperti penafsiran oleh hakim (*judicial interpretation*),

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² Frans Vanistendael, "Judicial Interpretation and The Role of Anti-abuse Provisions in Tax Law," *Tax Avoidance and The Rule of Law*, Ed. Graeme S. Cooper, (Amsterdam: IBFD Publications BV, 1997), hlm. 144.

¹⁷³ Victor Thuronyi, *Comparative Tax Law*, (Amsterdam: Kluwer Law International, 2003), hlm. 153.

peraturan-peraturan umum dan khusus baik yang dikeluarkan oleh hakim maupun melalui peraturan perundang-undangan, persyaratan prosedural, sanksi, dan perubahan substantif terhadap hukum pajak agar tidak mudah disalahgunakan. Tidak satu pun dari pendekatan tersebut yang sesuai untuk mengatasi masalah penghindaran pajak. Oleh karenanya, sengketa mengenai penghindaran pajak sepertinya akan menjadi fenomena tetap dalam suatu sistem perpajakan, dan negara-negara yang tidak memiliki peraturan yang “canggih” cenderung akan meningkatkan “persenjataan” mereka.

Selain itu, Brian J. Arnold juga menyatakan bahwa: “... *specific legislation can never be an adequate response to controlling tax avoidance*”¹⁷⁴, yang artinya bahwa pengaturan secara khusus (dalam hal ini adalah Peraturan Khusus Anti Penghindaran Pajak) tidak dapat menjadi jawaban yang memuaskan untuk mengendalikan penghindaran pajak.

Negara manapun memang tidak mungkin menciptakan peraturan perundang-undangan yang sempurna dalam menangkal apapun, sebagaimana dinyatakan oleh G.S.A. Wheatcroft bahwa:

*No country has yet succeeded, or likely to succeed, in framing its tax laws in such a way that it is clear how the tax liability will be calculated on any conceivable set of facts. Even the most accurate draftsman of a law will not always be able to find precise language to convey his meaning and the wisest legislator cannot foresee every possible situation that may arise*¹⁷⁵.

Tidak ada satu negarapun yang telah berhasil, atau mungkin berhasil dalam menyusun hukum pajak yang dengan jelas menerangkan bagaimana kewajiban perpajakan akan dikalkulasi dalam setiap kenyataan/fakta yang mungkin terbayangkan. Bahkan pembuat *draft* undang-undang yang paling akurat sekalipun tidak akan selalu bisa menemukan kata-kata yang tepat untuk menyampaikan maksudnya, dan pembuat undang-undang yang paling bijaksana

¹⁷⁴ Cooper, *op. cit.*, hlm. 38.

¹⁷⁵ G.S.A. Wheatcroft, *The Interpretation of Taxation Laws with Special Reference to Form and Substance*, sebagaimana dikutip oleh Graeme S. Cooper dalam “Conflicts, Challenges and Choices – The Rule of Law and Anti-Avoidance Rules,” *Tax Avoidance and The Rule of Law*, Ed. Graeme S. Cooper, (Amsterdam: IBFD Publications BV, 1997), hlm. 18.

sekalipun juga tidak dapat melihat setiap kemungkinan situasi yang mungkin timbul.

Hal senada disampaikan oleh Malcolm Gammie, bahwa:

No judicial doctrine is a complete answer to tax avoidance. No government can assume that the judges will consistently share its view of what amount to tax avoidance. Why risk the outcome of litigation on the changing mood of the judiciary? Legislative measure accordingly remain pre-dominant¹⁷⁶.

Tidak ada satupun doktrin yudisial yang merupakan jawaban lengkap atas suatu penghindaran pajak. Tidak ada satupun pemerintah yang dapat menganggap bahwa para hakim akan secara konsisten mempunyai pandangan yang sama mengenai apa yang dimaksud sebagai penghindaran pajak. Mengapa mengambil risiko dari hasil proses pengadilan yang didasarkan pada perubahan suasana hati para hakim? Oleh sebab itu, ketentuan atau aturan hukum tertulis di dalam undang-undang masih lebih unggul.

Hal-hal tersebut yang kemudian mendorong diterapkannya Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak di banyak negara, karena ketentuan tersebut memberikan keleluasaan dan kewenangan bagi otoritas pajak untuk mengabaikan atau mengubah (dalam artian untuk mengadakan suatu penyesuaian) setiap transaksi yang memenuhi kriteria sebagai “transaksi penghindaran pajak”. Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak diperlukan untuk mengantisipasi praktik penghindaran pajak yang belum diatur dalam ketentuan yang bersifat khusus, karena dari tahun ke tahun, timbul kecenderungan adanya praktik penghindaran pajak yang semakin sulit dan canggih untuk dideteksi dan ditangkal oleh Peraturan Khusus Anti Penghindaran Pajak¹⁷⁷.

Banyak negara yang sudah memiliki Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak yang diwujudkan dalam pasal-pasal Undang-undang Pajak Penghasilan mereka masing-masing. Sebagai contoh, GAAR Kanada terdapat dalam *Section*

¹⁷⁶ *Ibid.*, hlm. 25.

¹⁷⁷ John Hutagaol dan Wilson Tobing, “SAAR dan GAAR Dalam Menangkal Penghindaran Pajak,” *Inside Tax Edisi Perkenalan* (September 2007): 18.

245 dari *Income Tax Act*-nya, GAAR di Australia terdapat dalam Part IV A dari *Income Tax Assesment Act 1936* (ss. 177A – 177G), sementara di New Zealand, GAAR tercantum dalam *Section BG 1* dari *Income Tax Act 2004*.

Kebanyakan negara memang menerapkan Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak dalam bentuk undang-undang, namun demikian ada juga beberapa negara yang enggan melakukannya. Hal tersebut dikarenakan lima hal, yaitu perkembangan sistem perpajakannya bertahap, pasal dalam Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak akan membutuhkan reformasi yang besar-besaran, aparat pajaknya belum siap, kurangnya pengalaman, dan negara yang bersangkutan baru berada pada tahap pengamatan, belum pada tahap kebutuhan akan ketentuan tersebut¹⁷⁸.

2.6 Prinsip-prinsip Dasar Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak/*General Anti-Avoidance Rule* (GAAR)

Dalam artikelnya yang berjudul “*The Canadian General Anti-Avoidance Rule*”, Brian J. Arnold mengemukakan dua prinsip yang seharusnya digunakan dalam merumuskan Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak di Kanada. Menurutnya, kedua prinsip tersebut sama-sama dapat diterapkan pada Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak di negara lainnya. Kedua prinsip tersebut adalah:

1. Setiap Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak harus membedakan antara “penghindaran pajak yang diperbolehkan” (*acceptable tax avoidance*) dan “penghindaran pajak yang tidak diperbolehkan” (*unacceptable tax avoidance*).

Pembedaan ini merupakan “inti” dari setiap Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak, karena tidak semua penghindaran pajak bersifat ofensif, namun tentunya tidak satupun sistem pajak yang dapat mentoleransi atau mengijinkan adanya penghindaran pajak yang tak terbatas (*unrestricted*)¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Gábor Földes, *General Anti-Avoidance Rules in Tax Legislation of Hungary*, sebagaimana dikutip oleh Indrayagus Slamet, “Tax Planning, Tax Avoidance, dan Tax Evasion di Mata Perpajakan Indonesia,” *Inside Tax Edisi Perkenalan* (September 2007): 8

¹⁷⁹ Brian J. Arnold, “The Canadian General Anti Avoidance Rule,” *Tax Avoidance and The Rule of Law*, Ed. Graeme S. Cooper, (Amsterdam: IBFD Publications BV, 1997), hlm. 227.

Kesulitan dalam membuat pembedaan antara “penghindaran pajak yang diperbolehkan” (*acceptable tax avoidance*) dan “penghindaran pajak yang tidak diperbolehkan” (*unacceptable tax avoidance*) adalah dalam mengidentifikasi dasar-dasar apa yang digunakan dalam membuat pembedaan tersebut. Tentu saja pembedaan ini seharusnya tidak hanya dibuat oleh putusan pengadilan yang secara khusus menangani kasus-kasus tertentu, namun harus ditentukan berdasarkan kriteria objektif yang dapat diterapkan baik oleh Wajib Pajak, otoritas pajak, maupun pengadilan¹⁸⁰. Di Kanada, dua pendekatan utama diperdebatkan dalam menentukan apakah suatu transaksi merupakan *acceptable tax avoidance* atau *unacceptable tax avoidance*, yaitu pendekatan “transaksi palsu (*artificial*)” atau dengan kata lain menerapkan “uji kepalsuan (*artificiality test*)”, dan pendekatan “transaksi yang bertujuan utama untuk menghindari pajak” atau “uji tujuan (*purpose test*)”¹⁸¹.

Penggunaan unsur “kepalsuan” (*artificiality*) dalam pengujian suatu transaksi memiliki satu kegunaan utama, yaitu dengan adanya pengujian ini maka penetapan “akibat perpajakan” (*tax consequences*) dari suatu transaksi menjadi tidak diperlukan lagi¹⁸². Walaupun demikian, *artificiality test* lebih banyak menimbulkan kerugian. Pengertian dari istilah “palsu” (*artificial*) terlalu ambigu, karena dapat berarti “tidak natural” (*unnatural*) dan “fiktif” (*fictitious*). Pengertian “fiktif” menyerupai “kepura-puraan” (*sham*), yang tidak berarti banyak dalam hukum yang berlaku, serta terlalu dangkal untuk suatu Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak. Lagipula, di Kanada dan kebanyakan negara lainnya, unsur “kepalsuan” pada dasarnya tidak bersifat ofensif, karena banyak transaksi palsu (atau tidak natural) yang secara khusus dibolehkan, baik oleh peraturan perundang-undangan atau oleh suatu konsesi administratif¹⁸³. Selain itu, *artificiality test* tidak menyediakan kriteria apapun apakah suatu transaksi bersifat normal atau palsu.

¹⁸⁰ *Ibid.*, hlm. 228.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ *Ibid.*

Di lain pihak, *purpose test* menyediakan dasar yang masuk akal untuk membedakan *acceptable* dan *unacceptable tax avoidance*. Jika tujuan utama dari suatu transaksi (yang mana “tujuan” tersebut ditentukan secara objektif) adalah bukan untuk menghindari pajak, maka transaksi tersebut merupakan “perencanaan pajak yang diperbolehkan” (*acceptable tax planning*). Sementara jika tujuan utama dari suatu transaksi adalah semata-mata untuk mendapatkan keuntungan pajak (*tax benefit*) dan transaksi tersebut tidak akan dilakukan jika bukan untuk mendapat keuntungan tersebut, maka transaksi yang demikian adalah “penghindaran pajak yang tidak diperbolehkan (*unacceptable tax avoidance*)”¹⁸⁴.

2. Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak seharusnya mengesampingkan (*override*) peraturan yang lebih khusus

Jika prinsip ini tidak diberlakukan, maka perencana pajak dapat menyalahgunakan ketentuan yang bersifat teknis untuk mendapatkan keuntungan pajak (*tax benefit*) yang tidak diinginkan¹⁸⁵. Bagaimanapun, suatu peraturan umum seharusnya tidak mendahulukan peraturan yang lebih khusus pada semua kasus¹⁸⁶. Misalnya, adalah suatu kesalahan jika menerapkan Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak pada kasus dimana si Wajib Pajak menerima suatu insentif pajak yang secara spesifik disediakan oleh peraturan perundang-undangan. Oleh karenanya, dalam tiap kasus pengadilan harus memutuskan apakah akan menggunakan Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak atau peraturan yang lebih khusus¹⁸⁷.

Di Kanada, pembuat undang-undang telah berusaha untuk membuat suatu panduan (yang tercantum dalam memori penjelasan) bagi pengadilan mengenai penggunaan Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak¹⁸⁸. Contoh-contoh yang spesifik juga diberikan dalam memori penjelasan tersebut, yang menggambarkan

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Ibid.*, hlm. 229.

¹⁸⁶ *Ibid.*, hlm. 230.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ *Ibid.*

situasi-situasi dimana peraturan yang khusus “mengalahkan” peraturan yang umum, dan sebaliknya.

2.7 Mekanisme Kerja Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak/*General Anti-Avoidance Rule (GAAR)*

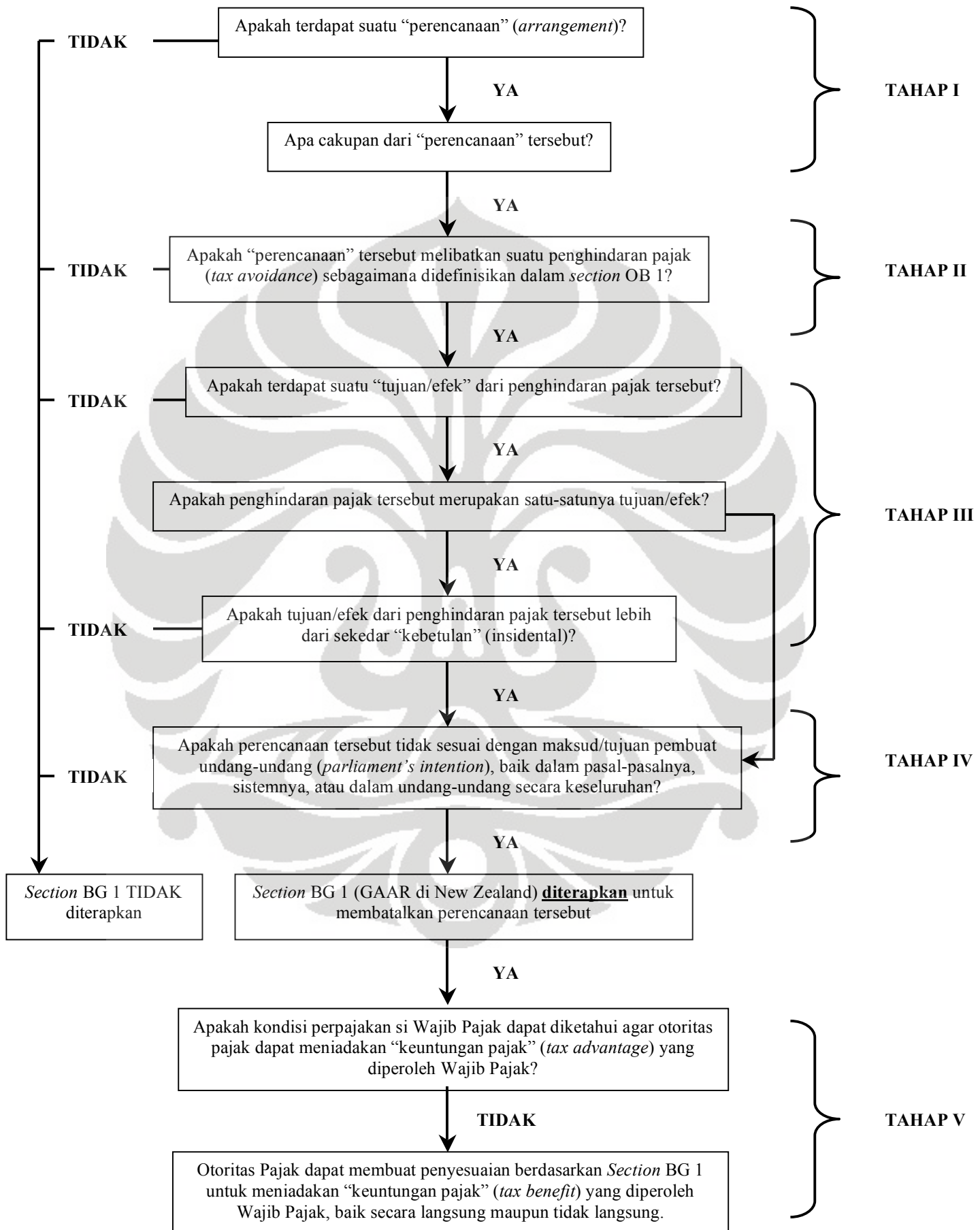
Keberadaan dari suatu Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak memberikan kewenangan pada otoritas pajak setiap negara untuk mengabaikan atau melakukan penyesuaian atas suatu transaksi yang dilakukan oleh Wajib Pajak, jika transaksi tersebut telah memenuhi kriteria sebagai suatu “penghindaran pajak” sebagaimana didefinisikan dalam Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak negara yang bersangkutan. Sebelum mengabaikan atau mengubah suatu transaksi yang diduga merupakan penghindaran pajak, terdapat beberapa tahap lain yang harus ditempuh, dan tahap-tahap tersebut berbeda-beda di masing-masing negara. Dalam tesis ini akan dijelaskan mengenai mekanisme kerja suatu Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak yang mengambil contoh dari Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak di negara New Zealand dan Kanada.

3.3.1 Mekanisme Kerja Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak di New Zealand

Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak di New Zealand tercantum dalam *Section BG 1* dari *Income Tax Act 2004*. *Section BG 1* telah menggariskan perbedaan antara perencanaan pajak yang sah (*legitimate tax planning*) dan penghindaran pajak yang tidak sah (*improper tax avoidance*)¹⁸⁹. Dalam *Section BG 1* dirumuskan definisi dan kriteria rinci dari penghindaran pajak yang tidak diperbolehkan menurut hukum pajak New Zealand. Berangkat dari definisi itu, kemudian ditempuh lima tahap terlebih dahulu sebelum otoritas pajak mengabaikan atau mengubah transaksi penghindaran pajak tersebut. Mekanisme kerja dari *Section BG 1* akan digambarkan melalui ilustrasi berikut.

¹⁸⁹ Zhang, *loc. cit.*

Ilustrasi 1. Mekanisme Kerja *Section* BG 1



Kelima tahap dalam mekanisme kerja *Section* BG 1 adalah:

1. Tahap pertama, yaitu pengidentifikasian suatu “perencanaan” (*arrangement*) dan cakupannya;
2. Tahap kedua, yaitu pengidentifikasian “penghindaran pajak”;
3. Tahap ketiga, yaitu menentukan tujuan atau efek dari penghindaran pajak dan menentukan apakah tujuan atau efek tersebut bukan semata-mata “kebetulan” (*insidental*);
4. Tahap keempat, yaitu pendekatan yudisial;
5. Tahap kelima, yaitu penyesuaian penghasilan sesuai dengan *Section* BG 1.

Tahap pertama sampai tahap ketiga merupakan tiga elemen dari *Section* BG 1¹⁹⁰. Tahap keempat merupakan tahap interpretasi tambahan yang mewajibkan adanya pertimbangan, apakah perencanaan yang dilakukan Wajib Pajak tersebut tidak sesuai dengan maksud/tujuan pembuat undang-undang, dengan tujuan untuk mendapat “keuntungan pajak” (*tax benefit*). Pendekatan yudisial yang paling menonjol dilakukan oleh Lord Hoffmann dalam kasus *O’Neil v. CIR 119*¹⁹¹. Tahap kelima merupakan tahap setelah transaksi penghindaran pajak ditemukan dan *Section* BG 1 diterapkan untuk membatalkan transaksi tersebut. Dalam hal ini, otoritas pajak diberikan wewenang untuk menyesuaikan penghasilan seseorang yang tidak wajar dikarenakan adanya penghindaran pajak. Otoritas pajak juga dapat membuat penyesuaian yang diperlukan untuk meniadakan “keuntungan pajak” (*tax benefit*) yang diperoleh secara langsung maupun tidak langsung oleh si Wajib Pajak¹⁹².

3.3.2 Mekanisme Kerja Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak di Kanada

Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak di Kanada pertama kali diperkenalkan dalam *Section* 245 dari *Income Tax Act* pada 1988. *Section* 245 diterapkan sebagai upaya terakhir, oleh karena itu, setiap transaksi harus terlebih dahulu memenuhi kriteria-kriteria yang dirumuskan dalam pasal-pasal lain di

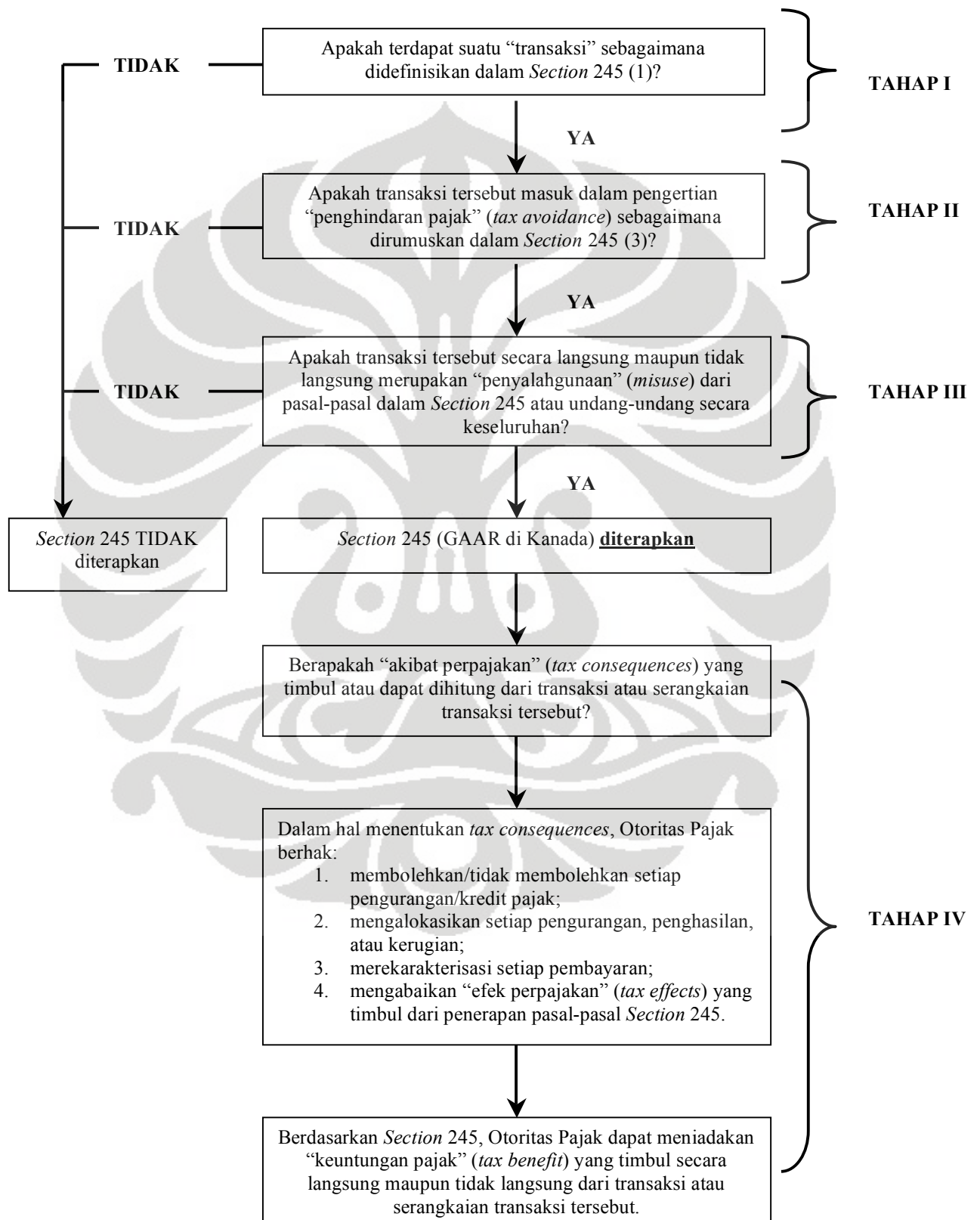
¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² *Ibid.*

Income Tax Act sebelum *Section 245* dipakai. Mekanisme kerja dari *Section 245* akan digambarkan melalui ilustrasi berikut.

Ilustrasi 2. Mekanisme Kerja *Section 245*



Berdasarkan *Section 245*, otoritas pajak dapat meniadakan “keuntungan pajak” (*tax benefit*) yang diperoleh Wajib Pajak dari kegiatan penghindaran pajaknya. Sebelum menerapkan ketentuan tersebut, terdapat beberapa tahap yang harus ditempuh, yaitu:

1. Tahap pertama, yaitu pengidentifikasian adanya “transaksi”. Dalam *Section 245 (1)*, “transaksi” meliputi setiap “perencanaan” (*arrangement*) atau “peristiwa” (*event*);
2. Tahap kedua, yaitu pengidentifikasian adanya “penghindaran pajak”. Dalam *Section 245 (3)*, penghindaran pajak berarti setiap transaksi yang:
 - a) secara langsung maupun tidak langsung menghasilkan “keuntungan pajak” (*tax benefit*), kecuali jika transaksi tersebut secara masuk akal dilakukan dengan tujuan utama yang *bona fide* selain untuk menghindari pajak;
 - b) merupakan bagian dari serangkaian transaksi, dimana serangkaian transaksi tersebut secara langsung maupun tidak langsung menghasilkan “keuntungan pajak” (*tax benefit*), kecuali jika transaksi tersebut secara masuk akal dilakukan dengan tujuan utama yang *bona fide* selain untuk menghindari pajak;
3. Tahap ketiga, yaitu pendekatan yudisial. Ketentuan ini diatur dalam *Section 245 (4)*;
4. Tahap keempat, yaitu peniadaan “keuntungan pajak” (*tax benefit*) oleh otoritas pajak, jika transaksi yang dilakukan oleh Wajib Pajak telah memenuhi kriteria-kriteria diatas. Sebelumnya, otoritas pajak harus menentukan berapa *tax consequences* si Wajib Pajak, yang diartikan sebagai: sejumlah penghasilan, penghasilan yang dapat dipajaki, atau penghasilan yang dapat dipajaki di Kanada.

3.4 Peraturan Khusus Anti Penghindaran Pajak/*Special Anti-Avoidance Rule* (SAAR) di Indonesia

Peraturan Khusus Anti Penghindaran Pajak merupakan peraturan perundang-undangan yang diterapkan pada transaksi tertentu yang spesifik, dan hasil dari penerapan ketentuan tersebut telah dirumuskan dengan seksama. Dalam banyak kasus, Peraturan Khusus Anti Penghindaran Pajak tidak berfokus pada

penerapan dan penafsiran hukum pajak, namun langsung mengingkari sejumlah keuntungan pajak (*tax benefit*) dengan menggunakan syarat-syarat tertentu. Peraturan ini merupakan solusi yang jelas dan sederhana untuk menghadapi transaksi atau aktivitas penghindaran pajak¹⁹³.

Ada beberapa alasan mengapa banyak negara telah memberlakukan Peraturan Khusus Anti Penghindaran Pajak untuk melawan penghindaran pajak¹⁹⁴. Alasan pertama adalah peraturan khusus ini lebih baik dalam menghadapi transaksi penghindaran pajak. Peraturan Khusus Anti Penghindaran Pajak membatasi fokusnya pada tipe-tipe tertentu suatu transaksi. Bagaimanapun, fokus yang dibatasi tersebut dapat membantu praktisi pajak dan administrasi pajak untuk menerapkan hukum. Kedua, peraturan khusus ini dapat digunakan untuk menutupi kekurangan yang mungkin timbul dari peraturan perundang-undangan sebelumnya atau keputusan yudisial. Lebih lanjut, peraturan khusus ini memiliki kegunaan untuk meningkatkan kepastian hukum (jika membandingkan dengan Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak), karena peraturan ini diarahkan pada situasi spesifik, yang mana diatur dengan spesifik pula¹⁹⁵.

Peraturan khusus ini juga memiliki kekurangan, karena ia berpotensi untuk dibuatnya peraturan perundang-undangan yang kompleks dan dalam jumlah besar, yang mana dapat meningkatkan biaya pelaksanaannya. Wajib Pajak dapat memanfaatkan kepresisian yang dimiliki peraturan ini dengan merancang transaksi yang berada di luar cakupannya. Untuk mengatasi tantangan ini, pemerintah berusaha untuk membuat lebih banyak lagi Peraturan Khusus Anti Penghindaran Pajak¹⁹⁶.

¹⁹³ E. Trombitas, "Tax Reform Issue," *New Zealand Journal of Taxation Law and Policy Volume 5, No. 3*, (1999), sebagaimana dikutip oleh Ling (Becky) Zhang, "Tax Avoidance: Causes and Solutions," <http://en.scientificcommons.org/ling_zhang - 100k>, diakses 17 Oktober 2008.

¹⁹⁴ Ernst & Young, "UK Budget 2005: Summary of Main Changes," *International Tax Alert*, (March 2005), Ling (Becky) Zhang, "Tax Avoidance: Causes and Solutions," <http://en.scientificcommons.org/ling_zhang - 100k>, diakses 17 Oktober 2008.

¹⁹⁵ Trombitas, *loc. cit.*

¹⁹⁶ Zhang, *loc. cit.*

Indonesia juga telah memiliki Peraturan Khusus Anti Penghindaran Pajak, khususnya yang menangani permasalahan berkaitan dengan transaksi antar pihak yang memiliki hubungan istimewa atau “*related party transactions*”¹⁹⁷. Ketentuan ini terdapat dalam Pasal 18 Undang-undang Nomor 36 Tahun 2008 tentang Pajak Penghasilan (UU PPh), akan tetapi tidak diatur secara ketat seperti yang diterapkan di banyak negara. Sebagai contoh, dalam ketentuan perpajakan Indonesia tidak ada pembatasan perbandingan antara modal dan utang (*Debt Equity Ratio*) untuk mencegah pembebanan biaya bunga yang tidak wajar, dan juga belum ada prosedur rinci mengenai *Advance Pricing Agreement* (APA) yang bisa diterima oleh pihak fiskus maupun Wajib Pajak sebagai jalan tengah untuk memecahkan kebuntuan pemeriksaan transaksi *transfer pricing* yang begitu rumit dan memerlukan waktu yang lama¹⁹⁸. Ketiadaan sebagian aturan mengenai anti penghindaran pajak dalam ketentuan perpajakan Indonesia ini tentu saja akan dimanfaatkan oleh perusahaan-perusahaan multinasional untuk memperkecil beban pajak mereka.

3.1.1 Pasal 18 ayat (1) UU PPh mengenai *Debt to Equity Ratio Rule*

Untuk menangkal transformasi dividen menjadi bunga melalui rekayasa *thin capitalization*, maka Pasal 18 ayat (1) UU PPh memberikan kewenangan pada Menteri Keuangan untuk menentukan kembali besarnya perbandingan antara utang dan modal (*Debt to Equity Ratio*) perusahaan yang dibenarkan untuk keperluan penghitungan pajak. Apabila perbandingan antara utang dan modal sangat besar dan melebihi batas-batas kewajaran, maka pada umumnya perusahaan tersebut dalam keadaan tidak sehat. Oleh karenanya, Menteri

¹⁹⁷ Barry J. Epstein dan Abbas Ali Mirza dalam bukunya “*International Accounting Standar (IAS)*” memberikan penjelasan mengenai apa yang dimaksud dengan “*related party transactions*”, yaitu: “*dealings between related parties involving transfer of resources or obligations between them, regardless of whether a price is charged for the transactions*”. Terjemahan bebasnya adalah, kesepakatan diantara para pihak yang memiliki hubungan istimewa, yang mencakup pengalihan sumber daya atau kewajiban diantara mereka, tanpa mempedulikan apakah ada harga yang dibebankan pada transaksi tersebut.

¹⁹⁸ Darussalam dan Danny Septriadi, “Upaya Menangkal Praktik Penghindaran Pajak,” <[http://www.kanwilpajakwpbesar.go.id/berita.php?cmd=detail&id=2005-12-12%](http://www.kanwilpajakwpbesar.go.id/berita.php?cmd=detail&id=2005-12-12%>)>, 13 Desember 2005.

Keuangan dapat menentukan adanya modal terselubung dalam hal penghitungan Penghasilan Kena Pajak (PKP).

Kutipan asli dari Pasal 18 ayat (1) UU PPh ini adalah sebagai berikut.

Menteri Keuangan berwenang mengeluarkan keputusan mengenai besarnya perbandingan antara utang dan modal perusahaan untuk keperluan penghitungan pajak berdasarkan Undang-undang¹⁹⁹.

Penjelasan dari Pasal 18 ayat (1) berbunyi sebagai berikut.

Undang-Undang ini memberi wewenang kepada Menteri Keuangan untuk memberi keputusan tentang besarnya perbandingan antara utang dan modal perusahaan yang dapat dibenarkan untuk keperluan penghitungan pajak. Dalam dunia usaha terdapat tingkat perbandingan tertentu yang wajar mengenai besarnya perbandingan antara utang dan modal (debt to equity ratio). Apabila perbandingan antara utang dan modal sangat besar melebihi batas-batas kewajaran, pada umumnya perusahaan tersebut dalam keadaan tidak sehat. Dalam hal demikian, untuk penghitungan Penghasilan Kena Pajak, Undang-Undang ini menentukan adanya modal terselubung. Istilah modal di sini menunjuk kepada istilah atau pengertian ekuitas menurut standar akuntansi, sedangkan yang dimaksud dengan “kewajaran atau kelaziman usaha” adalah adat kebiasaan atau praktik menjalankan usaha atau melakukan kegiatan yang sehat dalam dunia usaha²⁰⁰.

Berdasarkan ketentuan tersebut, pada 1984 telah dikeluarkan Keputusan Menteri Keuangan Nomor KMK-1002/KMK.04/1984 tentang Penentuan Perbandingan antara Hutang dan Modal Sendiri untuk Keperluan Pengenaan Pajak Penghasilan. *Ratio* yang ditetapkan adalah 3 : 1. Komponen utang dihitung dari saldo rata-rata pada tiap akhir bulan, yang dihitung dari semua utang baik utang jangka panjang maupun utang jangka pendek, selain utang dagang. Modal sendiri adalah jumlah modal yang disetor pada akhir tahun pajak, termasuk laba yang tidak dan/atau belum dibagikan.

¹⁹⁹ Indonesia, *Undang-Undang Tentang Perubahan Keempat Atas Undang-undang Nomr 7 Tahun 1983 Tentang Pajak Penghasilan*, UU No. 36 Tahun 2008, LN No. 133 Tahun 2008, TLN No. 4893, ps. 18 ayat (1).

²⁰⁰ *Ibid.*, penjelasan ps. 18 ayat (1).

Sayangnya, pada bulan Maret 1985 diterbitkan KMK-254/KMK.01/1985 yang berisi penundaan penerapan *ratio* 3 : 1 ini. Hal ini dikarenakan rasio dalam KMK-1002/KMK.04/1984 tersebut bersifat *overall basis* yang meliputi semua bidang dan berlaku umum tanpa melihat karakter tiap sektor ekonomi, sehingga dianggap kurang mendorong pembiayaan pengembangan bisnis, perdagangan, industri, dan investasi²⁰¹.

Hingga kini pun penundaan ini masih diberlakukan. Hal tersebut sangat disayangkan karena dampak penundaan ini sangat besar pengaruhnya terhadap penerimaan negara. Hampir seluruh Perusahaan Modal Asing (PMA) di Indonesia menggunakan utang dari *related party* sebagai alat pembiayaan perusahaan, dimana bunga pinjaman yang dibayarkan dapat menjadi faktor pengurang penghasilan (*tax deductible*). Dengan ketiadaan mengenai rasio ini, Indonesia dikhawatirkan menjadi “*the next tax haven country*” di mata dunia internasional²⁰².

3.1.2 Pasal 18 ayat (2) UU PPh mengenai *Controlled Foreign Corporation Rule*

Untuk menangkal diversifikasi penghasilan pasif dan penghasilan tertentu lainnya dari akumulasi penghasilan dimaksud pada perusahaan terkendali (*Controlled Foreign Corporation*) di negara-negara *tax haven*²⁰³, maka Menteri Keuangan berwenang untuk menentukan saat diperolehnya dividen terhadap penanaman modal di luar negeri selain pada badan usaha yang menjual sahamnya di bursa efek.

Dalam penjelasan Pasal 18 ayat (2) UU PPh diberikan ilustrasi mengenai hal ini. Misalkan PT. A dan PT. B masing-masing memiliki saham sebesar 40 % dan 20 % pada “X” Ltd. yang berdomisili di Negara Q. Saham “X” Ltd. tersebut tidak diperdagangkan di bursa efek. Dalam tahun 2000, “X” Ltd. memperoleh laba setelah pajak sebesar Rp 1 milyar. Dalam hal demikian, Menteri Keuangan

²⁰¹ Gunadi, *Pajak Internasional*, Edisi Revisi, (Jakarta: Lembaga Penerbit Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia, 2007), hlm. 299.

²⁰² Slamet, *loc. cit.*

²⁰³ Gunadi, *op. cit.*, hlm. 301.

berwenang untuk menetapkan saat diperolehnya dividen dan dasar penghitungannya.

Kutipan asli dari Pasal 18 ayat (2) UU PPh ini adalah sebagai berikut.

Menteri Keuangan berwenang menetapkan saat diperolehnya dividen oleh Wajib Pajak dalam negeri atas penyertaan modal pada badan usaha di luar negeri selain badan usaha yang menjual sahamnya di bursa efek, dengan ketentuan sebagai berikut:

- a. besarnya penyertaan modal Wajib Pajak dalam negeri tersebut paling rendah 50% (lima puluh persen) dari jumlah saham yang disetor; atau
- b. secara bersama-sama dengan Wajib Pajak dalam negeri lainnya memiliki penyertaan modal paling rendah 50% (lima puluh persen) dari jumlah saham yang disetor²⁰⁴.

Penjelasannya adalah sebagai berikut.

Dengan makin berkembangnya ekonomi dan perdagangan internasional sejalan dengan era globalisasi dapat terjadi bahwa Wajib Pajak dalam negeri menanamkan modalnya di luar negeri. Untuk mengurangi kemungkinan penghindaran pajak, terhadap penanaman modal di luar negeri selain pada badan usaha yang menjual sahamnya di bursa efek, Menteri Keuangan berwenang untuk menentukan saat diperolehnya dividen.

Contoh:

PT A dan PT B masing-masing memiliki saham sebesar 40% dan 20% pada X Ltd. yang bertempat kedudukan di negara Q. Saham X Ltd. tersebut tidak diperdagangkan di bursa efek. Dalam tahun 2009 X Ltd. memperoleh laba setelah pajak sejumlah Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah). Dalam hal demikian, Menteri Keuangan berwenang menetapkan saat diperolehnya dividen dan dasar penghitungannya²⁰⁵.

Sebelum UU PPh ini diubah dengan keluarnya Undang-undang Nomor 36 Tahun 2008, ketentuan Pasal 18 ayat (2) ini ditindaklanjuti dengan Keputusan Menteri Keuangan Nomor 650/KMK.04/1994 tentang Saat Penetapan Dividen atas Penyertaan Modal Saham di Luar Negeri yang Sahamnya Tidak Dijual di Bursa Efek. Ketentuan tersebut bersifat *designated jurisdiction approach*, dengan menyebut berbagai negara atau tempat yang dianggap *tax haven*, dan menganut

²⁰⁴ Indonesia, *op. cit.*, ps. 18 ayat (2).

²⁰⁵ *Ibid.*, penjelasan ps. 18 ayat (2).

deemed distribution approach atau penghasilan dari CFC dimaksud²⁰⁶. Kesulitan untuk memperoleh data dari CFC akan menjadi hambatan efektivitas aplikasi ketentuan ini²⁰⁷.

Negara-negara *tax haven* yang diatur dalam lampiran keputusan ini adalah sebagai berikut.

Tabel 2
Daftar Negara-negara *Tax Haven* Menurut KMK Nomor 650/KMK.04/1994

1. Argentina	17. Macau
2. Bahama	18. Mauritius
3. Bahrain	19. Mexico
4. Belize	20. Netherland Antiles
5. Bermuda	21. Nikaragua
6. British Isle	22. Panama
7. British Virgin Island	23. Paraguay
8. Cayman Island	24. Peru
9. Channel Island Greensey	25. Qatar
10. Channel Island Jersey	26. St. Lucia
11. Cook Island	27. Saudi Arabia
12. El Salvador	28. Uruguay
13. Estonia	29. Venezuela
14. Hongkong	30. Vanuatu
15. Liechtenstein	31. Yunani
16. Lithuania	31. Zambia

Untuk perusahaan milik Wajib Pajak Indonesia di negara-negara ini, Menteri Keuangan menetapkan saat diperolehnya dividen dengan ketentuan sebagai berikut.

1. Pada bulan keempat setelah berakhirnya batas waktu kewajiban penyampaian SPT-PPH di luar negeri;
2. Pada bulan ketujuh setelah tahun pajak berakhir, jika tidak ada batas penyampaian SPT-PPH atau tidak ada kewajiban menyampaikan SPT di luar negeri;
3. Apabila kemudian dibagi dividen lebih besar dari yang telah dihitung, kelebihanannya dilaporkan dalam SPT-PPH pada tahun dibagikan dividen tersebut;

²⁰⁶ Gunadi, *op. cit.*, hlm. 301.

²⁰⁷ *Ibid.*

4. Apabila kemudian terjadi pembagian dividen selain dividen yang telah dihitung, maka harus dilaporkan dalam SPT-PPH pada tahun pajak dibagikannya dividen tersebut;
5. Pajak atas dividen di luar negeri dapat dikreditkan pada PPh Badan, pada tahun dilakukan pembayaran/pemotongan di luar negeri;
6. Keputusan ini tidak berlaku jika sebelum saat yang ditentukan dalam keputusan ini sudah terdapat pembagian dividen dari luar negeri tersebut.

3.1.3 Pasal 18 ayat (3) UU PPh mengenai *Arm's Length Rule* dan *Hybrid Loan Recharacterization Rule*

Pasal ini mengatur mengenai hak Direktur Jenderal Pajak untuk melakukan koreksi atas penghasilan dan biaya-biaya sehubungan dengan transaksi antar hubungan istimewa yang diduga memiliki untuk ketidakwajaran, serta menentukan utang sebagai modal dengan mengacu pada transaksi yang tidak dipengaruhi oleh hubungan istimewa.

Kutipan asli dari Pasal 18 ayat (3) UU PPh ini adalah sebagai berikut.

Direktur Jenderal Pajak berwenang untuk menentukan kembali besarnya penghasilan dan pengurangan serta menentukan utang sebagai modal untuk menghitung besarnya Penghasilan Kena Pajak bagi Wajib Pajak yang mempunyai hubungan istimewa dengan Wajib Pajak lainnya sesuai dengan kewajaran dan kelaziman usaha yang tidak dipengaruhi oleh hubungan istimewa dengan menggunakan metode perbandingan harga antara pihak yang independen, metode harga penjualan kembali, metode biaya-plus, atau metode lainnya²⁰⁸.

Penjelasan Pasal 18 ayat (3) adalah sebagai berikut.

Maksud diadakannya ketentuan ini adalah untuk mencegah terjadinya penghindaran pajak yang dapat terjadi karena adanya hubungan istimewa. Apabila terdapat hubungan istimewa, kemungkinan dapat terjadi penghasilan dilaporkan kurang dari semestinya ataupun pembebanan biaya melebihi dari yang seharusnya. Dalam hal demikian, Direktur Jenderal

²⁰⁸ Indonesia, *op. cit.*, ps. 18 ayat (3).

Pajak berwenang untuk menentukan kembali besarnya penghasilan dan/atau biaya sesuai dengan keadaan seandainya di antara para Wajib Pajak tersebut tidak terdapat hubungan istimewa. Dalam menentukan kembali jumlah penghasilan dan/atau biaya tersebut digunakan metode perbandingan harga antara pihak yang independen (*comparable uncontrolled price method*), metode harga penjualan kembali (*resale price method*), metode biaya-plus (*cost-plus method*), atau metode lainnya seperti metode pembagian laba (*profit split method*) dan metode laba bersih transaksional (*transactional net margin method*).

Demikian pula kemungkinan terdapat penyertaan modal secara terselubung, dengan menyatakan penyertaan modal tersebut sebagai utang maka Direktur Jenderal Pajak berwenang untuk menentukan utang tersebut sebagai modal perusahaan. Penentuan tersebut dapat dilakukan, misalnya melalui indikasi mengenai perbandingan antara modal dan utang yang lazim terjadi di antara para pihak yang tidak dipengaruhi oleh hubungan istimewa atau berdasar data atau indikasi lainnya. Dengan demikian, bunga yang dibayarkan sehubungan dengan utang yang dianggap sebagai penyertaan modal itu tidak diperbolehkan untuk dikurangkan, sedangkan bagi pemegang saham yang menerima atau memperoleh bunga tersebut dianggap sebagai dividen yang dikenai pajak²⁰⁹.

Sebelum UU PPh ini diubah dengan keluarnya Undang-undang Nomor 36 Tahun 2008, ketentuan Pasal 18 ayat (3) ini ditindaklanjuti dengan Surat Edaran Nomor 04/PJ.7/1993 tentang Petunjuk Penanganan Kasus-kasus *Transfer Pricing*, sedangkan untuk praktik kepatuhannya, dilakukan praktik pemeriksaan berdasarkan keputusan nomor KEP-01/PJ.7/1993 tentang Pedoman Pemeriksaan terhadap Wajib Pajak yang Memiliki Hubungan Istimewa.

Keputusan ini bukanlah merupakan peraturan anti penghindaran pajak (*anti-avoidance rule*), namun merupakan pedoman pemeriksaan yang harus dilakukan terhadap transaksi antara *related party* dalam bentuk *Domestic* dan *International Transfer Pricing* yang mungkin dilakukan oleh Wajib Pajak, yang dapat berupa penjualan barang-barang, pemberian jasa-jasa, pemberian hak paten dan pengetahuan tertentu, pemberian pinjaman, dan lain-lain. Selain itu, keputusan tersebut juga memberikan petunjuk mengenai dokumen-dokumen yang diminta, dan teknik-teknik prosedur pemeriksaan yang harus dilakukan oleh pemeriksa pajak.

²⁰⁹ *Ibid.*, penjelasan ps. 18 ayat (3).

Sebagaimana dianjurkan oleh OECD dan yang berlaku di berbagai negara, UU PPh menganut harga atau laba wajar (*arm's length price/profit*)²¹⁰. Materi yang diatur dalam SE Nomor 04/PJ.7/1993 tersebut adalah:

- 1) kewajaran harga pembeli dan penjualan;
- 2) alokasi biaya administrasi, manajemen, dan *overhead*;
- 3) pembebanan bunga pinjaman dari pemegang saham;
- 4) pembayaran komisi, lisensi, *franchise*, sewa, royalti, imbalan jasa manajemen, jasa teknik, dan jasa lainnya;
- 5) pembelian harta perusahaan oleh pemegang saham;
- 6) penjualan kepada pihak luar negeri melalui pihak ketiga (*interpassing company*) yang tidak mempunyai substansi usaha, seperti *dummy company*, *letter box company*, atau *re invoicing center*.

Subtansi pengaturan dalam surat edaran tersebut mengacu pada OECD *Transfer Pricing Guidelines 1974*²¹¹.

Selain mengatur mengenai masalah *transfer pricing*, Pasal 18 ayat (3) UU PPh ini juga mengatur mengenai *debt recharacterization*. Dalam penjelasan pasal tersebut telah dijelaskan bahwa rekarakterisasi utang menjadi modal dimaksud didasarkan pada *Debt to Equity Ratio* (DER) yang lazim terjadi. Oleh karena belum adanya pengaturan mengenai DER yang berlaku di Indonesia, maka dalam Surat Edaran Nomor 04/PJ.7/1993 dinyatakan bahwa uang yang direkarakterisasi sebagai modal tersebut untuk sementara waktu terbatas pada adanya jumlah modal yang disetor. Ketentuan demikian tentunya hanya berlaku untuk utang yang diberikan langsung oleh perusahaan induk kepada perusahaan anak²¹². Ketentuan tersebut akan sulit dilaksanakan untuk utang piutang perusahaan yang berada dalam satu kepemilikan atau penguasaan yang sama (*brother-sister companies*)²¹³. Demikian halnya jika menghadapi kasus *back-to-back loan* maupun *parallel loan*, maka akan sulit mencari dasar hukum penangkalnya.

²¹⁰ Gunadi, *op. cit.*, hlm. 301.

²¹¹ *Ibid.*

²¹² *Ibid.*, hlm. 299.

²¹³ *Ibid.*

Putusan Pengadilan Pajak juga kurang membantu dalam melahirkan yurisprudensi untuk mengatasi kekosongan dasar hukum dimaksud. Dalam Putusan Nomor Put-00750/BPSP/M.VIII/15/2000 tanggal 27 Maret 2000 tentang sengketa pajak atas utang tanpa bunga, dimana terjadi hubungan istimewa dalam kasus ini²¹⁴, Wajib Pajak diputus menang oleh BPSP dengan alasan tidak adanya bukti formal dalam melakukan koreksi atas transaksi hubungan istimewa²¹⁵.

3.1.4 Pasal 18 ayat (3a) UU PPh mengenai *Advance Pricing Agreement* (APA)

Pasal ini mengatur mengenai perikatan antara Wajib Pajak dengan Direktur Jenderal Pajak (DJP) dalam hal penentuan metode *transfer pricing* yang disepakati dimuka. Surat permohonan dibuat oleh Wajib Pajak dan diajukan kepada DJP. DJP akan melakukan penelitian atas kebenaran, kewajaran, dan manfaat yang akan didapat untuk kepentingan penerimaan negara. Apabila hasil penelitian tersebut positif, maka DJP akan menyetujui permohonan Wajib Pajak tersebut, yang mengikat Wajib Pajak untuk jangka waktu tertentu sesuai perjanjian.

Dengan *Advance Pricing Agreement* (APA), baik administrasi pajak maupun Wajib Pajak telah bersepakat untuk menerima metode *transfer pricing* yang akan diterapkan dan sekaligus harga transfer antar perusahaan. Kesepakatan APA meminimalisasi risiko pemeriksaan *transfer pricing* sehingga menghemat biaya dan waktu untuk kedua belah pihak²¹⁶. Namun, ketentuan tersebut belum dapat dilaksanakan karena petunjuk operasionalnya belum dikeluarkan, walaupun mungkin sudah banyak perusahaan multinasional yang mengharapkan APA untuk mengurangi biaya kepatuhan perpajakan²¹⁷.

Berikut kutipan asli dari Pasal 18 ayat (3a) UU PPh.

²¹⁴ *Ibid.*, hlm. 301.

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ *Ibid.*, hlm. 303.

²¹⁷ *Ibid.*

Direktur Jenderal Pajak berwenang melakukan perjanjian dengan Wajib Pajak dan bekerja sama dengan pihak otoritas pajak negara lain untuk menentukan harga transaksi antar pihak-pihak yang mempunyai hubungan istimewa sebagaimana dimaksud dalam ayat (4), yang berlaku selama suatu periode tertentu dan mengawasi pelaksanaannya serta melakukan renegosiasi setelah periode tertentu tersebut berakhir²¹⁸.

Penjelasan dari Pasal 18 ayat (3a) UU PPh ini adalah sebagai berikut.

Kesepakatan harga transfer (*Advance Pricing Agreement/APA*) adalah kesepakatan antara Wajib Pajak dan Direktur Jenderal Pajak mengenai harga jual wajar produk yang dihasilkannya kepada pihak-pihak yang mempunyai hubungan istimewa (*related parties*) dengannya. Tujuan diadakannya APA adalah untuk mengurangi terjadinya praktik penyalahgunaan transfer pricing oleh perusahaan multi nasional. Persetujuan antara Wajib Pajak dan Direktur Jenderal Pajak tersebut dapat mencakup beberapa hal, antara lain harga jual produk yang dihasilkan, dan jumlah royalti dan lain-lain, tergantung pada kesepakatan. Keuntungan dari APA selain memberikan kepastian hukum dan kemudahan penghitungan pajak, Fiskus tidak perlu melakukan koreksi atas harga jual dan keuntungan produk yang dijual Wajib Pajak kepada perusahaan dalam grup yang sama. APA dapat bersifat unilateral, yaitu merupakan kesepakatan antara Direktur Jenderal Pajak dengan Wajib Pajak atau bilateral, yaitu kesepakatan Direktur Jenderal Pajak dengan otoritas perpajakan negara lain yang menyangkut Wajib Pajak yang berada di wilayah yurisdiksinya²¹⁹.

3.1.5 Pasal 18 ayat (3b), (3c), dan (3d) UU PPh mengenai *Special Purpose Company*

Ketentuan mengenai *Special Purpose Company* ini merupakan pasal baru yang merupakan tambahan pasca diundangkannya Undang-undang Nomor 36 Tahun 2008 tentang Pajak Penghasilan. Sebelum adanya ketentuan ini, untuk menangkal penggerusan potensi pajak melalui rekayasa *treaty shopping*, Indonesia sebagai negara sumber (*source country*) hanya mengandalkan ketentuan mengenai pemilik penghasilan sebenarnya dari dividen, bunga, dan royalti atau

²¹⁸ Indonesia, *op. cit.*, ps. 18 ayat (3a).

²¹⁹ *Ibid.*, penjelasan ps. 18 ayat (3a).

yang biasa disebut sebagai “*beneficial owner*” berdasarkan Surat Edaran Nomor 04/PJ.34/2005.

Dalam SE tersebut dinyatakan *beneficial owner* adalah pemilik yang sebenarnya (baik Wajib Pajak Perorangan maupun Wajib pajak Badan) dari penghasilan berupa dividen, bunga dan atau royalti, yang berhak sepenuhnya untuk menikmati secara langsung manfaat penghasilan-penghasilan tersebut. Lebih lanjut dinyatakan bahwa “*special purpose vehicles*” dalam bentuk “*conduit company*”, “*paper boxcompany*”, “*pass-through company*” serta yang sejenis lainnya, tidak termasuk dalam pengertian “*beneficial owner*” tersebut di atas. SE tersebut tidak memberikan penjelasan lebih rinci mengenai apa yang dimaksud dengan “*special purpose vehicles/company*” tersebut. Pasal 18 ayat (3b) UU PPh juga hanya memberikan pengertian sekilas mengenai “*special purpose company*” yaitu pihak lain atau badan yang dibentuk untuk maksud pembelian saham atau aktiva perusahaan, serta memberikan “petunjuk” pada Pasal 18 ayat (3c) UU PPh bahwa “*special purpose company*” didirikan atau bertempat kedudukan di negara yang memberikan perlindungan pajak (*tax haven country*).

Berikut kutipan asli dari Pasal 18 ayat (3b) UU PPh.

Wajib Pajak yang melakukan pembelian saham atau aktiva perusahaan melalui pihak lain atau badan yang dibentuk untuk maksud demikian (*special purpose company*), dapat ditetapkan sebagai pihak yang sebenarnya melakukan pembelian tersebut sepanjang Wajib Pajak yang bersangkutan mempunyai hubungan istimewa dengan pihak lain atau badan tersebut dan terdapat ketidakwajaran penetapan harga²²⁰.

Pasal 18 ayat (3c) UU PPh berbunyi sebagai berikut.

Penjualan atau pengalihan saham perusahaan antara (*conduit company* atau *special purpose company*) yang didirikan atau bertempat kedudukan di negara yang memberikan perlindungan pajak (*tax haven country*) yang mempunyai hubungan istimewa dengan badan yang didirikan atau bertempat kedudukan di Indonesia atau bentuk usaha tetap di Indonesia dapat ditetapkan sebagai penjualan atau pengalihan saham badan yang didirikan atau bertempat kedudukan di Indonesia atau bentuk usaha tetap

²²⁰ *Ibid.*, ps. 18 ayat (3b).

di Indonesia²²¹.

Pasal 18 ayat (3d) UU PPh berbunyi sebagai berikut.

Besarnya penghasilan yang diperoleh Wajib Pajak orang pribadi dalam negeri dari pemberi kerja yang memiliki hubungan istimewa dengan perusahaan lain yang tidak didirikan dan tidak bertempat kedudukan di Indonesia dapat ditentukan kembali, dalam hal pemberi kerja mengalihkan seluruh atau sebagian penghasilan Wajib Pajak orang pribadi dalam negeri tersebut ke dalam bentuk biaya atau pengeluaran lainnya yang dibayarkan kepada perusahaan yang tidak didirikan dan tidak bertempat kedudukan di Indonesia tersebut²²².

3.1.6 Pasal 4 ayat (1) UU PPh mengenai Pengertian Penghasilan

Ketentuan anti penghindaran pajak atas penghasilan diatur dalam Pasal 4 ayat (1) UU PPh. Menurut pasal tersebut, objek pajak adalah penghasilan, yaitu “setiap tambahan kemampuan ekonomis” yang diterima atau diperoleh Wajib Pajak, baik yang berasal dari Indonesia, maupun dari luar Indonesia, yang dapat dipakai untuk konsumsi atau untuk menambah kekayaan Wajib Pajak yang bersangkutan, “dengan nama dan dalam bentuk apapun”²²³. Pasal ini mencerminkan prinsip “*Substance Over Form*”²²⁴, yang mengatur bahwa suatu transaksi harus dilihat berdasarkan inti atau substansi dari transaksi dan fakta yang ada, dan tidak hanya dilihat dari “*label*” atau “*naming*” yang diberikan oleh Wajib Pajak atas transaksi tersebut²²⁵.

Ketentuan mengenai anti penghindaran pajak ini diperkuat dengan adanya pernyataan dari Mansury, bahwa Pasal 4 ayat (1) UU PPh ini mengatur mengenai “*substance over form principle*”, terutama pada kata-kata “penghasilan dengan

²²¹ *Ibid.*, ps. 18 ayat (3c).

²²² *Ibid.*, ps. 18 ayat (3d).

²²³ *Ibid.*, ps. 4 ayat (1).

²²⁴ Dalam SE-04/PJ.7/1993, prinsip *Substance Over Form* ini disebut sebagai “azas materiil”.

²²⁵ Kevin Holmes, *The Concept of Income: A Multidisciplinary Analyses*, (Amsterdam: IBFD Publications BV, 2001), hlm. 206.

nama dan dalam bentuk apapun”. Artinya, dalam penentuan ada tidaknya penghasilan yang dikenakan pajak, maka yang menentukan bukanlah nama yang diberikan oleh Wajib Pajak, dan juga bukan tergantung pada bentuk yuridis yang dipakai oleh Wajib Pajak, karena yang paling menentukan adalah hakekat ekonomis yang sebenarnya²²⁶.

3.1.7 Pasal 4 ayat (3) UU PPh mengenai Hal-hal yang Dikecualikan dari Objek Pajak

Pasal ini mengatur mengenai penghasilan apa saja yang tidak termasuk sebagai objek pajak, yaitu:

1. bantuan atau sumbangan, termasuk zakat yang diterima oleh badan amil zakat atau lembaga amil zakat, atau sumbangan keagamaan yang sifatnya wajib bagi pemeluk agama yang diakui di Indonesia;
2. harta hibahan (dengan syarat-syarat tertentu);
3. warisan;
4. harta termasuk setoran tunai sebagai pengganti saham atau sebagai pengganti penyertaan modal;
5. penggantian atau imbalan sehubungan dengan pekerjaan atau jasa yang diterima atau diperoleh dalam bentuk natura dan/atau kenikmatan dari Wajib Pajak atau Pemerintah (dengan pengecualian tertentu);
6. pembayaran dari perusahaan asuransi kepada orang pribadi;
7. dividen atau bagian laba yang diterima atau diperoleh perseroan terbatas sebagai Wajib Pajak dalam negeri, koperasi, BUMN, atau BUMD, dari penyertaan modal pada suatu badan usaha, dengan syarat dividen tersebut berasal dari cadangan laba yang ditahan, dan kepemilikan saham pada badan yang memberikan dividen tersebut minimal 25% dari jumlah modal disetor (bagi PT, BUMN, dan BUMD);
8. iuran yang diterima atau diperoleh dana pensiun;
9. penghasilan dari modal yang ditanamkan oleh dana pensiun;

²²⁶ Mansury, *Perpajakan atas Penghasilan dari Transaksi-transaksi Khusus*, (Jakarta: YP4, 2003), hlm. 29.

10. bagian laba yang diterima atau diperoleh anggota dari perseroan komanditer yang modalnya tidak terbagi atas saham-saham, persekutuan, perkumpulan, firma, kongsi, termasuk pemegang unit penyertaan kontrak investasi kolektif;
11. penghasilan yang diterima atau diperoleh perusahaan modal ventura, berupa bagian laba dari badan pasangan usaha (dengan syarat tertentu);
12. beasiswa (dengan syarat tertentu);
13. sisa lebih yang diterima atau diperoleh badan atau lembaga nirlaba yang bergerak di bidang pendidikan dan/atau penelitian/pengembangan (dengan syarat tertentu);
14. bantuan atau santunan yang dibayarkan oleh Badan Penyelenggara Jaminan Sosial kepada Wajib Pajak tertentu;

Keberadaan dari pasal ini merupakan suatu upaya dari pemerintah untuk membatasi penghasilan-penghasilan mana saja yang tidak dikenakan pajak penghasilan, yaitu penghasilan-penghasilan yang tidak memiliki hubungan dengan usaha atau pekerjaan.

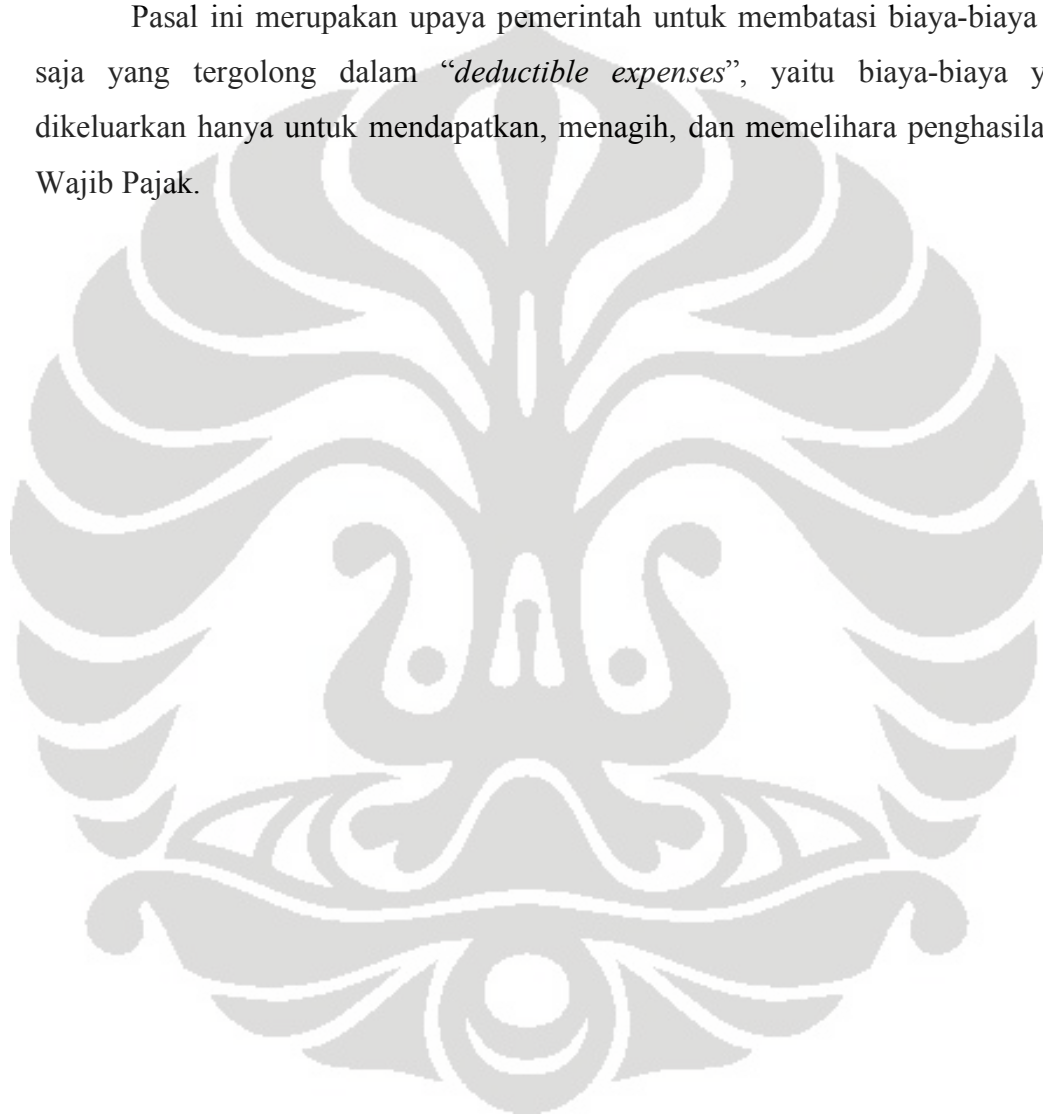
3.1.8 Pasal 6 ayat (1) UU PPh mengenai Biaya-biaya yang Dapat Dikurangkan

Pasal ini menentukan biaya-biaya apa saja yang dapat mengurangi penghasilan, dalam penghitungan pajak penghasilan, yaitu:

1. biaya yang secara langsung atau tidak langsung berkaitan dengan kegiatan usaha;
2. penyusutan atas pengeluaran untuk memperoleh harta berwujud dan amortisasi atas pengeluaran untuk memperoleh hak dan atas biaya lain yang mempunyai masa manfaat lebih dari satu tahun;
3. iuran kepada dana pensiun;
4. kerugian karena penjualan atau pengalihan harta yang dimiliki dan digunakan dalam perusahaan atau yang dimiliki untuk mendapatkan, menagih, dan memelihara penghasilan;
5. kerugian selisih kurs mata uang asing;
6. biaya penelitian dan pengembangan perusahaan yang dilakukan di Indonesia;
7. biaya beasiswa, magang, dan pelatihan;
8. piutang yang nyata-nyata tidak dapat ditagih (dengan syarat-syarat tertentu);

9. sumbangan dalam rangka penanggulangan bencana nasional (ditetapkan dengan Peraturan Pemerintah);
10. sumbangan dalam rangka penelitian dan pengembangan di Indonesia;
11. biaya pembangunan infrastruktur sosial;
12. sumbangan fasilitas pendidikan;
13. sumbangan dalam rangka pembinaan olahraga.

Pasal ini merupakan upaya pemerintah untuk membatasi biaya-biaya apa saja yang tergolong dalam “*deductible expenses*”, yaitu biaya-biaya yang dikeluarkan hanya untuk mendapatkan, menagih, dan memelihara penghasilan si Wajib Pajak.



BAB 4 ANALISA KASUS PENGHINDARAN PAJAK

Pada bab-bab sebelumnya telah dipaparkan bahwa tindakan penghindaran pajak bukanlah perbuatan yang selamanya legal atau sah secara hukum. Di banyak negara, penghindaran pajak dibedakan menjadi penghindaran pajak yang diperbolehkan (*acceptable tax avoidance*) dan penghindaran pajak yang tidak diperbolehkan (*unacceptable tax avoidance*). Seperti yang telah dijelaskan sebelumnya, perbedaan keduanya timbul dari motivasi si Wajib Pajak.

Undang-undang Pajak Penghasilan di Indonesia (baik sejak berlakunya Undang-undang Nomor 7 tahun 1983 hingga perubahan terakhirnya yaitu Undang-undang Nomor 36 tahun 2008) belum memuat definisi mengenai *tax avoidance*, *acceptable tax avoidance*, *unacceptable tax avoidance*, dan *tax evasion*. Hal tersebut membuat Wajib Pajak berpendapat bahwa sepanjang perbuatan *tax avoidance* yang mereka lakukan tidak dilarang, maka hal tersebut sah-sah saja (legal), padahal tidak selamanya demikian.

Pemerintah sebenarnya sudah berupaya mengeluarkan peraturan-peraturan (selain yang tercantum dalam Undang-undang Pajak Penghasilan) untuk mencegah terjadinya penghindaran pajak ini, misalnya Keputusan Menteri Keuangan Nomor 433/KMK.04/1994 mengenai “*deemed salaries*” sebagai dasar perhitungan pajak penghasilan Pasal 21 (PPh 21) atas karyawan asing (ekspatriat) yang bekerja di bidang pengeboran *oil and gas* di Indonesia. KMK ini mengatur mengenai batas maksimal besarnya gaji yang dapat diterima oleh karyawan asing tersebut, yang dikategorikan berdasarkan posisi karyawan di perusahaan²²⁷. Ditetapkan pula bahwa jika karyawan tersebut tidak memiliki kontrak kerja, maka besarnya gaji akan ditetapkan sesuai aturan dalam KMK tersebut. Peraturan ini

²²⁷ Untuk kelompok *General Manager*, *deemed salary* per bulannya adalah US\$11.275, untuk kelompok *Manager* sebesar US\$9350, untuk kelompok *Rig Supervisors/Rig Superintendent/Tool Pushers* sebesar US\$ 5830, untuk kelompok *Assistant Rig Supervisors/Assistant Rig Superintendents/ Assistant Tool Pushers* sebesar US\$ 4510, dan untuk kru lainnya sebesar US\$ 3245.

Departemen Keuangan Republik Indonesia, *Keputusan Menteri Keuangan Tentang Norma Penghitungan Khusus Penghasilan Kena Pajak atas Penghasilan dari Pekerjaan yang Diterima Tenaga Asing yang Bekerja pada Wajib Pajak Badan di Bidang Pengeboran Minyak dan Gas Bumi di Indonesia*, KMK Nomor 433/KMK.04/1994, ps. 1.

merupakan upaya pemerintah untuk mengenakan PPh 21 atas penghasilan yang dilaporkan secara tidak wajar. Di sisi lain juga dimaksudkan agar perusahaan asing tidak menetapkan besarnya gaji yang terlalu besar, yang bertujuan untuk mengurangi pajaknya karena pemberian gaji karyawan merupakan biaya yang dapat dikurangkan (*deductible expenses*) sebagaimana diatur dalam Pasal 6 ayat (1) UU PPh.

Hingga saat ini, belum terdapat putusan di Pengadilan Pajak Indonesia mengenai *tax avoidance*, oleh karena itu dalam bab ini akan diulas kasus-kasus yang terjadi di Inggris, dimana putusan mengenai penghindaran pajak sudah ada sejak tahun 1970-an. Setiap kasus akan dianalisa dengan menggunakan peraturan-peraturan anti penghindaran pajak yang telah dimiliki Indonesia, dan dengan menggunakan contoh model Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak atau *General Anti-Avoidance Rule* (GAAR) New Zealand dan Kanada yang telah dijelaskan pada bab sebelumnya. Analisa dengan menggunakan kedua peraturan tersebut semata-mata untuk menunjukkan bahwa *General Anti-Avoidance Rule* merupakan peraturan yang dapat diandalkan oleh aparat pajak dalam menghadapi kasus-kasus penghindaran pajak yang paling rumit dan mutakhir sekalipun.

2.8 Kasus W. T. Ramsay Ltd.

Kasus yang terjadi di Inggris ini dilakukan oleh W.T. Ramsay Ltd. (untuk selanjutnya disebut sebagai “Ramsay”), yaitu sebuah perusahaan yang bergerak di bidang pertanian. Kasus ini bermula saat Ramsay menjual kepemilikan pertaniannya yang terletak di Lincolnshire ketika masa akuntingnya berakhir, yaitu pada tanggal 31 Mei 1973. Penjualan tersebut menghasilkan keuntungan sebesar £187.977, yang mana keuntungan tersebut dapat dikenakan pajak perusahaan (*corporation tax*). Prinsip pengenaan *corporation tax* ini sama halnya dengan pengenaan “*capital gain tax*” pada Wajib Pajak perorangan.

Untuk menghindari pajak atas keuntungan tersebut, Ramsay merencanakan serangkaian transaksi atas saran seorang konsultan spesialis (pada beberapa literatur disebut sebagai “*tax advisor*” atau “*promotor*”). Inti dari transaksi penghindaran pajak tersebut adalah menciptakan “*capital loss*” yang

besarnya sebanding dengan keuntungan yang sebelumnya diperoleh Ramsay, yang mana *capital loss* tersebut merupakan faktor pengurang pajak penghasilan²²⁸.

Transaksi penghindaran pajak ini dimulai dari pembuatan dua aset dalam bentuk “pinjaman” (*loan*), yang dinamakan sebagai “*Loan 1*” dan “*Loan 2*”, yang masing-masing nilainya sebesar £218.750. Transaksi pemberian pinjaman ini dibuat oleh Ramsay, dengan penawaran secara tertulis (*written offer*) dan penerimaan secara lisan (*oral acceptance*), pada tanggal 23 Februari 1973 kepada suatu perusahaan bentukan atau “*intra-scheme company*” bernama Caithmead Ltd. (untuk selanjutnya disebut sebagai “Caithmead”).

Persyaratan dalam pemberian pinjaman ini sangat penting untuk diuraikan karena menentukan terjadinya penghindaran pajak yang diinginkan Ramsay. Syarat-syaratnya adalah sebagai berikut.

1. *Loan 1* dapat dilunasi dalam jangka waktu 30 tahun, sedangkan *Loan 2* dapat dilunasi dalam jangka waktu 31 tahun, masing-masing harus dilunasi dengan harga wajar dan dengan syarat bahwa jika dikehendaki, Caithmead dapat melunasi lebih awal (melakukan *earlier repayment*). *Earlier repayment* akan menjadi suatu kewajiban jika terjadi likuidasi pada Caithmead;
2. Jika pinjaman akan dilunasi sebelum tanggal jatuh tempo, maka pinjaman tersebut harus dilunasi dengan harga wajar atau menggunakan harga pasarnya pada saat tanggal jatuh tempo (akan dipilih mana yang bernilai lebih tinggi);
3. Kedua pinjaman tersebut memiliki bunga sebesar 11% per tahun, yang dapat dibayar empat kali dalam setahun, yaitu pada tanggal 1 Maret, 1 Juni, 1 September dan 1 Desember. Pembayaran pertama jatuh pada tanggal 1 Maret 1973;
4. Ramsay memiliki hak (yang dapat dilaksanakan hanya sekali, dan itupun jika Ramsay masih merupakan “*beneficial owner*”²²⁹ dari kedua pinjaman) untuk menurunkan tarif bunga dari salah satu pinjaman, dan secara berhubungan

²²⁸ Hal ini seperti “*deductible expenses*” yang diatur dalam Pasal 6 ayat (1) Undang-undang Nomor 26 tahun 2008 tentang Pajak Penghasilan di Indonesia.

²²⁹ Berdasarkan Surat Edaran Nomor 04/PJ.34/2005, *beneficial owner* adalah pemilik yang sebenarnya (baik Wajib Pajak Perorangan maupun Wajib pajak Badan) dari penghasilan berupa dividen, bunga dan atau royalti, yang berhak sepenuhnya untuk menikmati secara langsung manfaat penghasilan-penghasilan tersebut.

meningkatkan tarif bunga pada pinjaman yang lain.

Beberapa hari kemudian, yaitu pada tanggal 2 Maret 1973, Ramsay meningkatkan tarif bunga pada *Loan 2* menjadi 22%, dan menurunkan tarif bunga pada *Loan 1* menjadi 0%. Pada hari yang sama pula, Ramsay kemudian menjual piutang atas *Loan 2* (yang secara alamiah telah naik nilainya) sebesar £391.481. Atas penjualan ini dihasilkan “keuntungan” sebesar £172.731, yang mana Ramsay berkeras bahwa keuntungan tersebut tidak dapat dikenakan pajak perusahaan²³⁰.

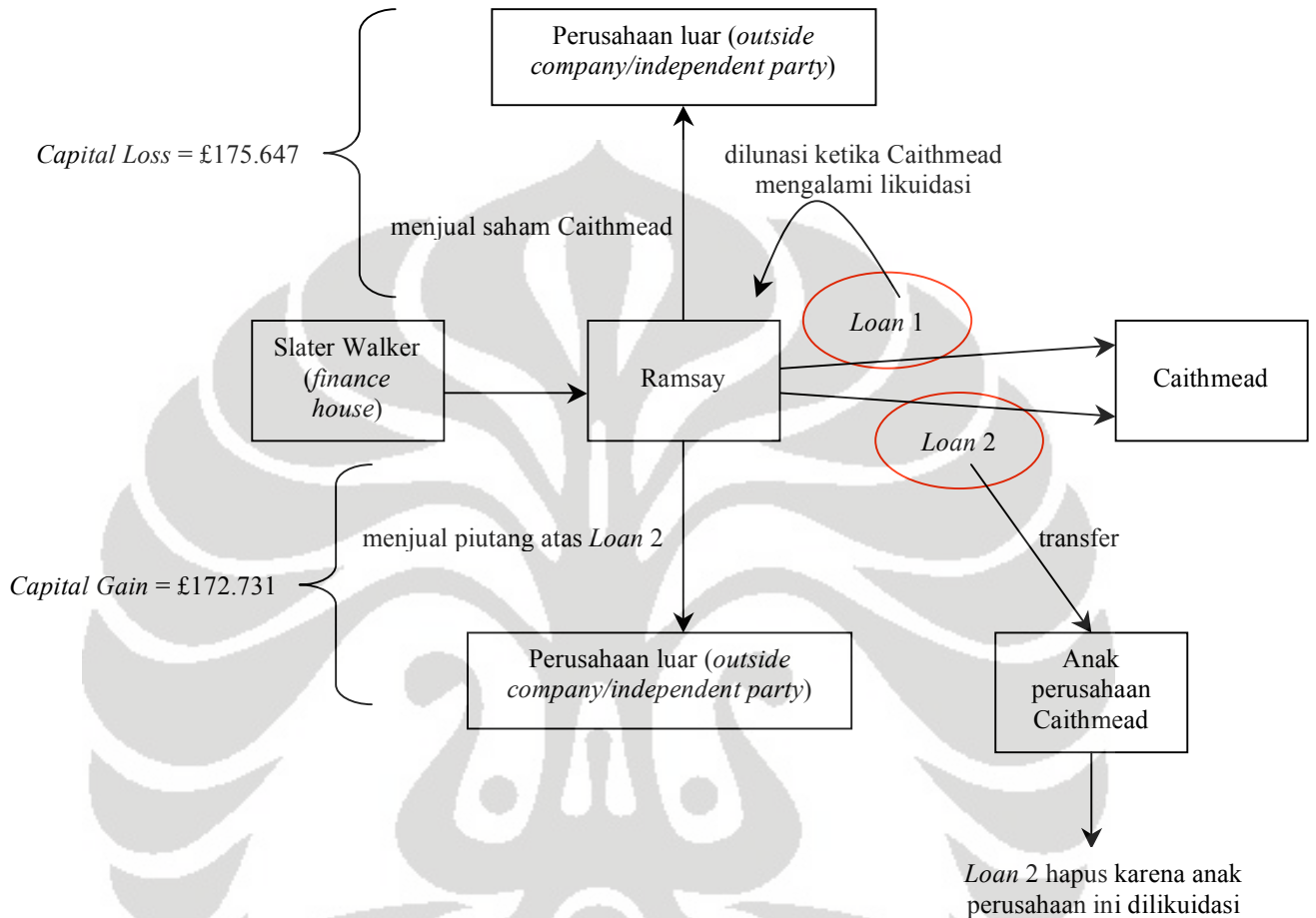
Loan 2 kemudian ditransfer kepada anak perusahaan (*subsidiary*) yang sepenuhnya dimiliki oleh Caithmead. Pinjaman tersebut lalu dihapuskan dengan adanya likuidasi dari anak perusahaan tersebut. Pada tanggal 9 Maret 1973, Caithmead sendiri juga dilikuidasi, dan karenanya *Loan 1* harus dilunasi kepada Ramsay. Atas likuidasi terhadap Caithmead, maka saham Ramsay pada Caithmead sebesar £185.034 menjadi berkurang nilainya, yang mana hanya dijual Ramsay sebesar £9387 kepada suatu perusahaan luar (*outside company*). Atas penjualan saham tersebut, Ramsay menderita “kerugian” sebesar £175.647. Kerugian inilah yang dijadikan Ramsay sebagai pengurang pajak perusahaannya.

Perlu ditambahkan disini bahwa uang yang dipakai Ramsay untuk memberikan pinjaman diberikan oleh suatu lembaga keuangan (*finance house*) bernama Slater Walker, dengan ketentuan bahwa uang tersebut akan dibayarkan kembali oleh Ramsay ketika pinjaman yang diberikan kepada Caithmead dihapuskan atau dilunasi. Dengan demikian, Ramsay tidak mengeluarkan uang sepeser pun dalam melakukan transaksi penghindaran pajak ini.

Ilustrasi dari kasus ini adalah sebagai berikut.

²³⁰ Dalam putusan disebutkan bahwa Ramsay berpendapat bahwa aset yang dijualnya tersebut merupakan “*debt*” sebagaimana diatur dalam *Finance Act 1965*, sch. 7, para. 11, sehingga keuntungan atas penjualannya tidak dapat dikenakan pajak penghasilan.

Ilustrasi 3 Transaksi Penghindaran Pajak dalam Kasus Ramsay



4.1.1 Analisa Kasus dengan Menggunakan Pasal 18 ayat (3) Undang-undang Nomor 36 tahun 2008 tentang Pajak Penghasilan dan Peraturan Pelaksanaannya

Dalam penerapan Pasal 18 ayat (3) UU PPh beserta peraturan-peraturan pelaksanaannya, maka diandaikan kasus Ramsay ini terjadi di Indonesia. Segala peraturan yang berkaitan dengannya juga diandaikan berlaku di Indonesia (misalnya peraturan mengenai *capital gain tax* dan peraturan pemberian pinjaman).

Pasal 18 ayat (3) UU PPh merupakan Peraturan Khusus Anti Penghindaran Pajak atau *Specific Anti-Avoidance Rule* (SAAR) yang ditujukan untuk mencegah terjadinya penghindaran pajak melalui *transfer pricing* dan *thin capitalization*, yang dapat terjadi pada pihak-pihak dengan hubungan istimewa (*related parties*). Menurut KEP-01/PJ.7/1993 tentang Pedoman Pemeriksaan terhadap Wajib Pajak yang Memiliki Hubungan Istimewa, hubungan istimewa pada Wajib Pajak badan dianggap ada jika:

1. Terdapat hubungan antara dua atau lebih Wajib Pajak yang berada di bawah pemilikan atau penguasaan yang sama, baik langsung maupun tidak langsung; *atau*
2. Terdapat hubungan antara Wajib Pajak yang mempunyai penyertaan 25% atau lebih pada pihak yang lain, atau terdapat hubungan antara Wajib Pajak yang mempunyai penyertaan 25% atau lebih pada dua pihak atau lebih, demikian pula hubungan antara dua pihak atau lebih yang disebut terakhir.

Penjelasan Pasal 18 ayat (3) UU PPh menerangkan bahwa apabila terdapat hubungan istimewa, kemungkinan dapat terjadi penghasilan dilaporkan kurang dari semestinya ataupun pembebanan biaya melebihi dari yang seharusnya. Selain dua hal tersebut, dapat juga terjadi penyertaan modal secara terselubung dengan menyatakan penyertaan modal tersebut sebagai utang. Lebih lanjut dalam Surat Edaran Nomor 04/PJ.7/1993 tentang Petunjuk Penanganan Kasus-kasus *Transfer Pricing* ditentukan bahwa kekurangwajaran sebagaimana tersebut di atas dapat terjadi pada:

1. Harga penjualan;
2. Harga pembelian;
3. Alokasi biaya administrasi dan umum (*overhead cost*);
4. Pembayaran komisi, lisensi, *franchise*, sewa, royalti, imbalan atas jasa manajemen, imbalan atas jasa teknik dan imbalan atas jasa lainnya;
5. Pembelian harta perusahaan oleh pemegang saham (pemilik) atau pihak yang mempunyai hubungan istimewa yang lebih rendah dari harga pasar;
6. Penjualan kepada pihak luar negeri melalui pihak ketiga yang kurang/tidak mempunyai substansi usaha (misalnya *dummy company*, *letter box company* atau *re invoicing center*);

7. Pembebanan bunga atas pemberian pinjaman oleh pemegang saham (*shareholder loan*)²³¹.

Dalam kasus Ramsay, hubungan istimewa yang terjadi adalah di antara Ramsay dengan Caithmead, karena telah memenuhi kriteria sebagaimana disebutkan dalam KEP-01/PJ.7/1993, yaitu adanya hubungan antara dua atau lebih Wajib Pajak yang berada di bawah pemilikan atau penguasaan yang sama, baik langsung maupun tidak langsung. Dalam putusan *the House of Lords* disebutkan dengan jelas bahwa Caithmead merupakan “*intra-scheme company*”, yang dapat diartikan sebagai perusahaan yang dibentuk semata-mata untuk menjalankan transaksi penghindaran pajak (*tax avoidance scheme*²³²) tersebut.

Di lain pihak, perbuatan *transfer pricing* mensyaratkan bahwa transaksi yang tidak wajar harus terjadi di antara para pihak yang memiliki hubungan istimewa. Pada kasus Ramsay, transaksi yang terjadi antara Ramsay dengan Caithmead hanyalah berupa pemberian pinjaman (*Loan 1* dan *Loan 2*), yang walaupun pinjaman tersebut merupakan “akar” dari perbuatan penghindaran pajak Ramsay secara keseluruhan, tidak dapat dikatakan sebagai perbuatan *transfer pricing*. SE Nomor 04/PJ.7/1993 secara tidak langsung telah menentukan ruang lingkup perbuatan *transfer pricing*, yaitu terjadinya kekurangwajaran transaksi pada enam poin yang telah disebutkan sebelumnya di atas, dari poin kesatu hingga poin keenam (sementara poin ketujuh merupakan faktor penentu terjadinya *thin capitalization*), dan pemberian *Loan 1* dan *Loan 2* kepada Caithmead tidak termasuk di dalamnya.

Pemberian pinjaman tersebut juga tidak dapat dikatakan sebagai penyertaan modal terselubung dengan menyatakan penyertaan modal tersebut sebagai utang, karena dalam putusan dinyatakan bahwa besarnya bunga pinjaman dalam Kasus Ramsay ini sesuai dengan harga pasar saat itu (sudah *arm's length*). Jadi, pemberian *Loan 1* dan *Loan 2* kepada Caithmead bukan merupakan tindakan

²³¹ Perbuatan *transfer pricing* terjadi jika terdapat kekurangwajaran transaksi sebagaimana disebut dalam poin 1 hingga poin 6, sedangkan *thin capitalization* terjadi jika terdapat kekurangwajaran transaksi sebagaimana disebut dalam poin 7.

²³² Istilah “*scheme*”, yang dalam bahasa Indonesia berarti “persekongkolan”, sering digunakan dalam literatur internasional untuk menunjukkan bahwa tindakan penghindaran pajak memang dilakukan dengan tidak adanya *good faith* dari si Wajib Pajak. Istilah ini “sejiwa” dengan istilah “persekongkolan” yang sering disebut sebagai suatu “permufakatan jahat”.

thin capitalization.

Hal ini diperkuat dengan kenyataan bahwa pada akhirnya Caithmead dilikuidasi. Penulis berpendapat bahwa likuidasi terhadap Caithmead ini memang termasuk dalam perencanaan penghindaran pajak, agar saham Ramsay pada Caithmead anjlok dan terciptalah *capital loss* yang cukup besar. Maksud dari dilakukannya *thin capitalization* adalah untuk menyuntikkan modal kepada anak perusahaan tanpa dikenakan pajak yang besar. Pemberian tambahan modal ini pastinya bertujuan untuk kelangsungan hidup si anak perusahaan. Jika memang pemberian *Loan 1* dan *Loan 2* dimaksudkan sebagai tindakan *thin capitalization*, tentunya Caithmead tidak akan dibuat bangkrut sehingga perlu dilikuidasi (hal ini berlawanan dengan maksud dilakukannya *thin capitalization*).

Jika kita meneliti transaksi-transaksi yang terjadi selanjutnya, yaitu penjualan piutang atas *Loan 2* (yang menimbulkan "keuntungan") dan penjualan saham Caithmead (yang menimbulkan "kerugian"), maka dapat dilihat bahwa keuntungan dan kerugian yang timbul dari kedua transaksi tersebut merupakan hal yang wajar terjadi dalam pasar bebas. Apalagi ditambah kenyataan bahwa transaksi tersebut dilakukan dengan *outside company* atau *independent party*, yang tidak memiliki hubungan istimewa apapun dengan Ramsay.

"Keuntungan" yang diperoleh Ramsay dari penjualan piutang atas *Loan 2* ini terjadi karena Ramsay menggandakan besarnya bunga pinjaman dari 11% menjadi 22%. Atas adanya peningkatan bunga pinjaman ini, putusan menyatakan bahwa dengan demikian "secara alamiah *Loan 2* menjadi naik nilainya" (*which had naturally increased in value*). Pernyataan dalam putusan ini menggambarkan bahwa hal tersebut merupakan sesuatu yang wajar, tidak ada rekayasa apapun yang dilakukan Ramsay disini. Penggandaan besarnya bunga pinjaman pada *Loan 2* juga tidak dapat dikatakan sebagai hal yang tidak wajar, karena para pihak diberikan kebebasan dalam menentukan isi perjanjian yang berlaku di antara mereka²³³.

Timbulnya "kerugian" atas penjualan saham Caithmead yang dimiliki Ramsay terjadi karena Caithmead mengalami likuidasi. Hal-hal yang

²³³ Dalam Hukum Perdata Indonesia disebut sebagai "asas konsensualisme" dalam pembuatan perjanjian.

menyebabkan dilikuidasinya Caithmead tidak disebutkan dalam putusan. Namun kita dapat mengetahui bahwa hal ini juga dianggap sebagai sesuatu yang wajar karena *The House of Lords* mengakui *capital loss* yang terjadi sebagai pengurang pajak penghasilan. Jika likuidasi ini dianggap rekayasa, tentunya *capital loss* ini tidak akan dianggap ada.

Berdasarkan hal-hal yang telah diuraikan diatas, maka dapat ditarik kesimpulan bahwa Pasal 18 ayat (3) UU PPh beserta peraturan-peraturan pelaksanaannya tidak dapat diterapkan untuk mengatasi kasus Ramsay, karena transaksi-transaksi yang terjadi dalam kasus ini tidak memenuhi unsur-unsur dalam ketentuan tersebut. Apalagi, dalam putusan dinyatakan bahwa transaksi ini benar-benar melibatkan “*real documents*” dan “*real payment*”, sehingga dari bukti-bukti formalnya pun tidak dapat dibuktikan bahwa Ramsay telah melakukan perbuatan penghindaran pajak.

4.1.2 Analisa Kasus dengan Menggunakan Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak atau *General Anti-Avoidance Rule* (GAAR) New Zealand

Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak di New Zealand tercantum dalam *Section* BG 1 dari *Income Tax Act* 2004. Pada bab sebelumnya telah dipaparkan mengenai mekanisme kerja GAAR New Zealand dalam mengatasi penghindaran pajak.

Terdapat empat tahapan²³⁴ dalam menentukan apakah GAAR New Zealand dapat diterapkan atau tidak terhadap suatu transaksi, yaitu:

6. Pengidentifikasi suatu “perencanaan” (*arrangement*) dan cakupannya.

Pengertian dari “perencanaan” (*arrangement*) ini ditentukan dalam *Section* OB 1, yaitu: “*an agreement, contract, plan or understanding (whether enforceable or unenforceable) including all steps and transactions by which it is carried into effect*”. Artinya adalah perjanjian, kontrak, rencana, atau kesepakatan (baik yang dapat dilaksanakan atau tidak), termasuk segala tahapan dan transaksi yang

²³⁴ Tahap kelima (terakhir) merupakan tahap setelah transaksi penghindaran pajak ditemukan dan *Section* BG 1 diterapkan untuk membatalkan transaksi tersebut.

dilakukan untuk membuatnya berpengaruh. Perbedaan antara *agreement*, *contract*, *plan* dan *understanding* adalah sebagai berikut.

- *Contract*

Kontrak adalah suatu transaksi yang melibatkan penawaran (*offer*), penerimaan (*acceptance*), pembayaran ganti rugi (*consideration*)²³⁵, dan bertujuan untuk menciptakan kewajiban hukum²³⁶.

- *Agreement*

Menurut Richardson P. dalam kasus *CIR v BNZ Investments Limited*²³⁷, *agreement* adalah berbeda dengan *contract*, karena menurutnya *contract* lebih formal daripada *agreement*. Namun dalam kasus *FCT v Newton*²³⁸ disebutkan bahwa *contract* dan *agreement* adalah suatu konsep yang sama.

- *Plan* atau *understanding*

Konsep mengenai *plan* atau *understanding* dikemukakan oleh Lord Denning dalam kasus *FCT v Newton*²³⁹, yaitu sesuatu yang kekuatan mengikatnya dibawah *contract* atau *agreement*. Maksud dari pernyataan Lord Denning ini adalah, suatu perencanaan atau *arrangement* tidak harus selalu berupa kontrak yang formal.

Dalam kasus Ramsay, terdapat suatu perencanaan (*arrangement*) sebagaimana dimaksud dalam *Section OB 1*²⁴⁰. Perjanjian yang dimaksud dalam perencanaan tersebut adalah perjanjian pemberian pinjaman (*Loan 1* dan *Loan 2*) yang dibuat oleh Ramsay dan Caithmead. Perjanjian pemberian pinjaman ini

²³⁵ Pada sistem *common law* Inggris, persyaratan mengenai pembayaran ganti rugi (*consideration*) merupakan salah satu elemen yang melahirkan kewajiban kontraktual dari suatu perjanjian. Tanpanya, suatu perjanjian menjadi tidak mengikat. Pada sistem *civil law*, secara umum tidak ada persyaratan yang demikian.

²³⁶ Ling (Becky) Zhang, "Tax Avoidance: Causes and Solutions," <http://en.scientificcommons.org/ling_zhang - 100k>, diakses 17 Oktober 2008.

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ Yang mana perencanaan tersebut dilakukan Ramsay atas saran dari *tax advisor*. Atas pemberian saran tersebut, *tax advisor* menerima *fee* dari Ramsay.

masuk dalam definisi *contract* atau *agreement* karena dilakukan dengan membuat penawaran secara tertulis (*written offer*) dan terdapat penerimaan secara lisan (*oral acceptance*), sehingga sah dan mengikat kedua belah pihak.

Perencanaan ini mencakup juga segala transaksi yang terjadi kemudian, yaitu penjualan piutang atas *Loan 2* kepada *outside company* dan penjualan saham Caithmead yang dimiliki Ramsay, juga kepada *outside company*. Kedua transaksi ini sangat menentukan terjadinya penghindaran pajak sebagaimana diinginkan Ramsay, karena dengan adanya transaksi-transaksi ini, terciptalah suatu *capital loss* yang merupakan faktor pengurang pajak penghasilan. Dengan demikian, tahap ini telah dilalui.

7. Pengidentifikasian “penghindaran pajak”.

Dalam *Section OB 1* disebutkan bahwa penghindaran pajak meliputi:

- perbuatan yang secara langsung atau tidak langsung mengubah timbulnya pajak penghasilan;
- perbuatan yang secara langsung atau tidak langsung membebaskan seseorang dari kewajiban membayar pajak penghasilan atau dari kewajiban potensial atau bakal kewajiban akan pajak penghasilan di masa mendatang;
- perbuatan yang secara langsung atau tidak langsung menghindari, menunda, atau mengurangi kewajiban akan pajak penghasilan atau kewajiban potensial atau bakal kewajiban akan pajak penghasilan di masa mendatang.

Dalam kasus Ramsay, perencanaan yang telah dibuat oleh Ramsay memang melibatkan suatu perbuatan penghindaran pajak sebagaimana didefinisikan dalam *Section OB 1*. Transaksi penjualan saham Caithmead yang dimiliki Ramsay kepada *outside company* telah menciptakan *capital loss*, yang secara langsung atau tidak langsung telah mengurangi kewajiban pajak penghasilan Ramsay.

Sebelum dilakukannya perencanaan, Ramsay memiliki kewajiban untuk membayar *corporation tax* atas keuntungan sebesar £187.977, yang diperolehnya dari penjualan lahan pertanian di Lincolnshire. Setelah melakukan serangkaian transaksi ini, terciptalah *capital loss* sebesar £175.647. Karena *capital loss* merupakan faktor pengurang pajak penghasilan (termasuk dalam *deductible expenses*), maka pada akhirnya pajak penghasilan akan dikenakan terhadap selisih

keuntungan tersebut dengan *capital loss* yang terjadi. Dengan demikian, tahapan ini juga terlampaui.

8. Penentuan tujuan atau efek dari penghindaran pajak dan penentuan apakah tujuan atau efek tersebut bukan semata-mata “kebetulan” (*incidental*).

Tahapan ini disebut sebagai “*the purpose test*” atau uji tujuan. *The House of Lords* dalam kasus *FCT v Newton*²⁴¹ menyatakan bahwa tujuan atau “*purpose*” tidak diartikan sebagai motif atau niat, namun merupakan hasil akhir atau efek yang ingin dicapai dari perencanaan (*arrangement*) tersebut. Jika terdapat lebih dari satu tujuan, maka tujuan penghindaran pajaknya bukanlah kebetulan semata (*more than merely incidental*).

Dalam kasus *Ramsay*, sudah terbukti bahwa terdapat suatu perencanaan, dan perencanaan tersebut melibatkan suatu perbuatan penghindaran pajak. Tujuan atau hasil akhir yang ingin dicapai untuk mewujudkan penghindaran pajak tersebut ada dua, yaitu menciptakan *capital loss* (yang dicapai dengan menjual saham *Caithmead* yang sudah anjlok karena *Caithmead* dilikuidasi) dan *capital gain* (yang dicapai dengan menjual piutang atas *Loan 2*). *Capital loss* ini tergantung dari keberadaan *capital gain*, begitu juga sebaliknya. Meminjam pernyataan Lord Wilberforce dalam putusan kasus *Ramsay*, bahwa “*the one could not occur without the other*”. Lebih lanjut Lord Wilberforce menyatakan bahwa “*this loss was the mirror image of the gain*”. Hal ini dapat dimengerti karena besarnya *loss* dan *gain* dalam kasus ini adalah sebanding atau tidak berbeda jauh (*capital loss*-nya sebesar £175.647, sementara *capital gain*-nya sebesar £172.731).

Capital loss diciptakan untuk menjadi faktor pengurang pajak penghasilan, karena dalam hal ini *Ramsay* memang memperoleh keuntungan yang sebenarnya, sebesar £187.977. *Capital gain* sebesar £172.731 diciptakan untuk melindungi *Ramsay* dari kerugian sebesar £175.647 tadi, dan atas *capital gain* ini *Ramsay* berkeras tidak dapat dikenakan pajak perusahaan. Kemunculan *capital gain* ini memang diperlukan, karena seperti telah dikemukakan pada awal kasus, segala transaksi dan jual beli dalam kasus *Ramsay* memang benar-benar terjadi,

²⁴¹ Ling (Becky) Zhang, *loc. cit.*

dan didukung oleh bukti-bukti dokumen. Jika tidak ada *capital gain*, maka Ramsay akan menderita kerugian yang sebenar-benarnya. Dengan adanya dua tujuan ini, posisi keuangan Ramsay sebelum dan sesudah terjadinya perencanaan adalah sama.

Dengan terdapatnya dua tujuan tersebut, dapat dibuktikan bahwa tujuan penghindaran pajaknya bukanlah kebetulan semata (*more than merely incidental*), sehingga tahapan ini juga terlampaui.

9. Pendekatan yudisial.

Tahapan ini disebut sebagai “*the choice doctrine*”, yang mewajibkan adanya pertimbangan, apakah perencanaan yang dilakukan Wajib Pajak tersebut tidak sesuai dengan maksud/tujuan pembuat undang-undang, baik dalam pasal-pasal, sistemnya, atau dalam undang-undang secara keseluruhan. Sehubungan dengan hal tersebut, Penulis tidak mengetahui apa yang menjadi maksud pembuat undang-undang Inggris dalam menetapkan *capital loss* sebagai faktor pengurang pajak penghasilan, namun menurut Penulis konsep tersebut dapat dibandingkan dengan ketentuan Pasal 6 ayat (1) UU PPh mengenai biaya-biaya yang dapat dikurangkan (*deductible expenses*) dalam penghitungan pajak penghasilan.

Pasal 6 ayat (1) UU PPh tersebut merupakan upaya pemerintah untuk membatasi biaya-biaya apa saja yang tergolong dalam “*deductible expenses*”, yaitu biaya-biaya yang dikeluarkan hanya untuk mendapatkan, menagih, dan memelihara penghasilan si Wajib Pajak. Dalam kasus Ramsay, *capital loss* diciptakan semata-mata untuk mendapat “keuntungan pajak” (*tax benefit*), karena besarnya *corporation tax* menjadi berkurang dengan adanya *capital loss*. Menurut Penulis hal tersebut tidak sesuai dengan maksud/tujuan pembuat undang-undang, sehingga tahap ini terlampaui.

Dengan dilaluinya keempat tahap diatas, maka terbukti bahwa GAAR New Zealand dapat diterapkan terhadap transaksi penghindaran pajak yang dilakukan dalam kasus Ramsay. Hal yang paling menentukan dalam GAAR New Zealand ini adalah terdapatnya definisi dan cakupan yang jelas mengenai

penghindaran pajak, yang mana hal tersebut belum ada dalam Undang-undang Pajak Penghasilan Indonesia.

4.1.3 Analisa Kasus dengan Menggunakan Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak atau *General Anti-Avoidance Rule* (GAAR) Kanada

Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak di Kanada tercantum dalam *Section 245* dari *Income Tax Act*. Pada bab sebelumnya telah dipaparkan mengenai mekanisme kerja GAAR Kanada dalam mengatasi penghindaran pajak.

Terdapat tiga tahapan²⁴² dalam menentukan apakah GAAR Kanada dapat diterapkan atau tidak terhadap suatu transaksi, yaitu:

5. Pengidentifikasian adanya “transaksi”.

Dalam *Section 245 (1)* disebutkan bahwa “transaksi” meliputi setiap “perencanaan” (*arrangement*) atau “peristiwa” (*event*). Dalam kasus Ramsay, terdapat suatu perencanaan (*arrangement*) sebagaimana dimaksud dalam *Section 245 (1)* ini. Perencanaan ini dapat dijabarkan dengan tahapan-tahapan sebagai berikut.

- Pertama, dibentuk suatu “*intra-scheme company*”, yaitu Caithmead untuk menjalankan transaksi penghindaran pajak ini;
- Dibuat perjanjian pemberian pinjaman (*Loan 1* dan *Loan 2*) dari Ramsay kepada Caithmead, dengan syarat-syarat sebagaimana telah disebutkan dalam kasus posisi di atas;
- Ramsay menggandakan bunga pinjaman pada *Loan 2* menjadi 22%, dan menurunkan tarif bunga pada *Loan 1* menjadi 0%;
- Ramsay menjual piutang atas *Loan 2* (yang secara alamiah telah naik nilainya) sebesar £391.481, sehingga dihasilkan “keuntungan” sebesar £172.731, yang mana Ramsay berkeras bahwa keuntungan tersebut tidak dapat dikenakan pajak perusahaan;
- *Loan 2* ditransfer kepada anak perusahaan (*subsidiary*) yang sepenuhnya dimiliki oleh Caithmead;
- *Loan 2* dihapuskan karena anak perusahaan tersebut dilikuidasi;

²⁴² Tahap keempat (terakhir) merupakan tahap setelah transaksi penghindaran pajak ditemukan dan *Section 245* diterapkan untuk membatalkan transaksi tersebut.

- Ramsay menciptakan keadaan sehingga Caithmead bangkrut dan dilikuidasi, dan karenanya *Loan 1* harus dilunasi kepada Ramsay;
- Ramsay menjual saham Caithmead yang telah berkurang nilainya (karena adanya likuidasi terhadap Caithmead) sebesar £9387, sehingga Ramsay menderita “kerugian” sebesar £175.647;
- Kerugian sebesar £175.647 ini dijadikan Ramsay sebagai pengurang pajak perusahaannya.

Dengan adanya peristiwa-peristiwa tersebut maka tahap pertama telah dilampaui.

6. Pengidentifikasiian adanya “penghindaran pajak”.

Section 245 (3) memberikan pengertian mengenai penghindaran pajak, yaitu setiap transaksi yang:

- a) secara langsung maupun tidak langsung menghasilkan “keuntungan pajak” (*tax benefit*), kecuali jika transaksi tersebut secara masuk akal dilakukan dengan tujuan utama yang *bona fide* selain untuk menghindari pajak;
- b) merupakan bagian dari serangkaian transaksi, dimana serangkaian transaksi tersebut secara langsung maupun tidak langsung menghasilkan “keuntungan pajak” (*tax benefit*), kecuali jika transaksi tersebut secara masuk akal dilakukan dengan tujuan utama yang *bona fide* selain untuk menghindari pajak.

Pengertian *tax benefit* dijabarkan dalam *Section 245 (3)*, yaitu setiap pengurangan, penghindaran, atau penundaan pajak. *Tax benefit* juga dapat berupa peningkatan pengembalian pajak (*refund of tax*). Pengertian “serangkaian transaksi” (*series of transaction*) dijelaskan dalam *Subsection 248 (10)*, yaitu meliputi setiap peristiwa yang berkaitan untuk menyelesaikan transaksi tersebut.

Dalam kasus Ramsay terbukti adanya penghindaran pajak sebagaimana dimaksud dalam *Section 245 (3)*, karena terdapat suatu transaksi yang secara langsung maupun tidak langsung menghasilkan “keuntungan pajak” (*tax benefit*). Transaksi tersebut adalah penjualan saham Caithmead yang dimiliki Ramsay kepada *outside company*, yang kemudian menciptakan *capital loss*. *Capital loss* ini merupakan faktor pengurang pajak penghasilan (termasuk dalam *deductible*

expenses). *Tax benefit* yang timbul dalam hal ini adalah adanya pengurangan pada pajak penghasilan Ramsay karena pajak tersebut dikenakan terhadap selisih keuntungan yang sebelumnya diterima Ramsay dengan *capital loss* yang terjadi. Dengan demikian, tahapan ini juga terlampaui.

7. Pendekatan yudisial.

Ketentuan ini diatur dalam *Section 245 (4)*, bahwa GAAR Kanada tidak akan diterapkan jika transaksi tersebut secara langsung maupun tidak langsung bukan merupakan “penyalahgunaan” (*misuse*) dari pasal-pasal dalam *Section 245* atau undang-undang secara keseluruhan. Sehubungan dengan hal tersebut, Penulis tidak mengetahui apakah ketentuan mengenai *capital loss* sebagai faktor pengurang pajak penghasilan diatur dalam *Income Tax Act* Kanada. Jika diandaikan bahwa hal tersebut memang benar diatur dalam *Income Tax Act* Kanada, sebagaimana halnya mengenai biaya-biaya yang dapat dikurangkan dalam penghitungan pajak penghasilan diatur dalam Undang-undang Pajak Penghasilan Indonesia, maka dapat dikatakan bahwa Ramsay telah melakukan penyalahgunaan terhadap ketentuan tersebut karena ia menciptakan *capital loss* semata-mata untuk mendapatkan *tax benefit*. Jika memang Ramsay tidak bermaksud untuk menghindari pajak, maka ia tidak perlu repot-repot mengatur transaksi-transaksi yang demikian rumit. Dengan demikian, tahapan ini terlampaui.

Dengan dilaluinya ketiga tahap diatas, terbukti bahwa GAAR Kanada juga dapat diterapkan terhadap transaksi penghindaran pajak yang dilakukan dalam kasus Ramsay. Sama halnya dengan GAAR New Zealand, dalam GAAR Kanada juga terdapat definisi dan cakupan yang jelas mengenai penghindaran pajak, yang mana hal tersebut membantu aparat pajak untuk menangkal setiap transaksi penghindaran pajak yang rumit dan belum diatur dalam Peraturan Khusus Anti Penghindaran Pajak atau *Specific Anti-Avoidance Rule* (SAAR).

2.9 Kasus Dawson

Kasus yang lebih terkenal dengan sebutan “*Furniss v Dawson*”²⁴³ ini terjadi di Inggris pada tahun 1984. Transaksi penghindaran pajak dalam kasus ini dilakukan oleh *the Dawson Family*, yang terdiri dari George Dawson, sang ayah, dan dua anak lelakinya yaitu Douglas Dawson dan Rexford Dawson. Mereka merupakan pemegang saham pada dua perusahaan pakaian yang sukses, bernama Fordham and Burton Ltd. dan Kirkby Garments Ltd. (untuk selanjutnya disebut sebagai “*the operating companies*”)²⁴⁴.

Sebuah perusahaan bernama Wood Bastow Holdings Ltd. (untuk selanjutnya disebut sebagai “Wood Bastow”) berminat untuk membeli saham *the operating companies* dari keluarga Dawson. Pada September 1971, keluarga Dawson dan Wood Bastow telah bersepakat bahwa Wood Bastow akan membeli keseluruhan saham *the operating companies*. Jika keluarga Dawson melakukan penjualan langsung kepada Wood Bastow, maka keuntungan atas penjualan tersebut akan dikenakan “*capital gains tax*” (CGT).

Terdapat suatu aturan di Inggris bahwa jika seseorang menjual sahamnya di Perusahaan A (misalnya) kepada Perusahaan B (misalnya), dan alih-alih menerima uang tunai atas penjualan tersebut, orang itu malah menerima saham dari Perusahaan B, maka *capital gains tax* tidak akan timbul²⁴⁵. Namun, *capital gains tax* akan dikenakan jika misalnya orang tersebut kemudian menjual sahamnya di Perusahaan B.

Keluarga Dawson memanfaatkan aturan tersebut untuk menghindari pembayaran *capital gains tax*. Pada 16 Desember 1971, mereka membentuk suatu perusahaan yang berkedudukan di Isle of Man, yang bernama Greenjacket Investments Ltd. (untuk selanjutnya disebut sebagai “Greenjacket”). Dalam kaitannya dengan aturan mengenai *capital gains tax* di atas, Greenjacket

²⁴³ Nama lengkap kasus ini adalah: “*Furniss (Inspector of Taxes) v. Dawson D.E.R., Furniss (Inspector of Taxes) v. Dawson G.E., and Murdoch (Inspector of Taxes) v. Dawson R.S.*”, karena penghindaran pajak ini dilakukan oleh tiga orang, yaitu keluarga Dawson yang terdiri dari sang ayah dan kedua anak lelakinya.

²⁴⁴ Keluarga Dawson memiliki seluruh saham pada satu perusahaan, dan memiliki hampir semua saham pada perusahaan lainnya.

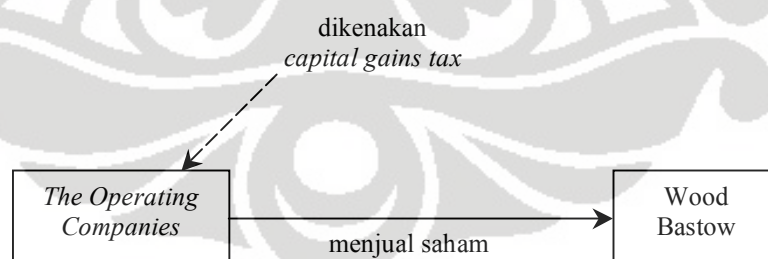
²⁴⁵ Atau dengan lain, *capital gains tax* tidak dikenakan terhadap perbuatan “tukar menukar” saham pada dua perusahaan (atau lebih).

dimaksudkan sebagai “Perusahaan B”.

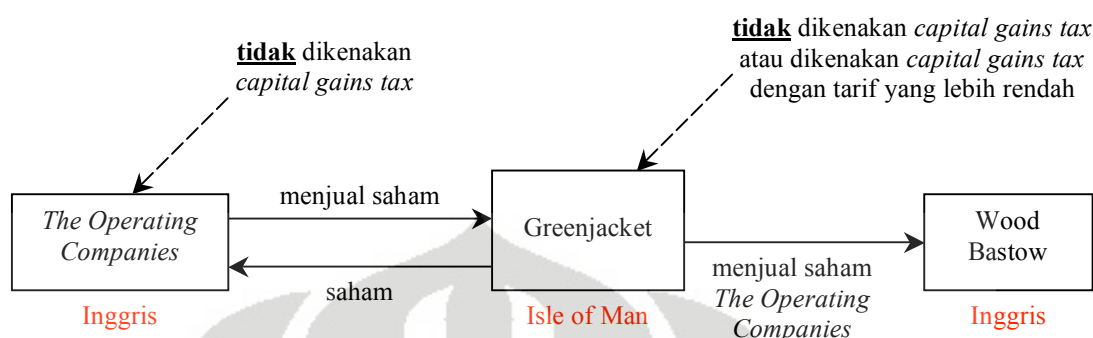
Pada tanggal 20 Desember 1971, keluarga Dawson lalu “menjual” saham *the operating companies* kepada Greenjacket senilai £152.000 (dalam putusan, transaksi ini disebut sebagai “*First Sale Agreement*”), yang ditukar dengan saham di Greenjacket. Selanjutnya, Greenjacket kemudian menjual saham *the operating companies* tersebut kepada Wood Bastow senilai £152.000 juga (dalam putusan, transaksi ini disebut sebagai “*Second Sale Agreement*”). Atas transaksi tersebut, keluarga Dawson berkeras untuk tidak dikenakan *capital gains tax* karena mereka menjual *the operating companies* kepada Greenjacket, bukan kepada Wood Bastow. Dan atas penjualan kepada Greenjacket tersebut, keluarga Dawson tidak menerima uang tunai, karena yang terjadi adalah “pertukaran” saham diantara mereka.

Ilustrasi berikut akan menggambarkan dua keadaan, yaitu jika keluarga Dawson langsung menjual *the operating companies* kepada Wood Bastow dan jika melalui Greenjacket terlebih dahulu.

Ilustrasi 4
Transaksi Jual Beli Saham secara Langsung antara keluarga Dawson dan Wood Bastow



Ilustrasi 5 Transaksi Jual Beli Saham melalui Greenjacket



2.9.1 Analisa Kasus dengan Menggunakan Pasal 18 ayat (3c) Undang-undang Nomor 36 tahun 2008 tentang Pajak Penghasilan

Dalam analisa kasus dengan Pasal 18 ayat (3c) UU PPh beserta peraturan-peraturan pelaksanaannya, maka diandaikan kasus Dawson ini terjadi di Indonesia, yang mana *the operating companies* dan Wood Bastow diandaikan sebagai perusahaan yang berkedudukan di Indonesia, sementara Greenjacket tetap merupakan perusahaan yang berkedudukan di Isle of Man. Segala peraturan yang berkaitan dengannya juga diandaikan berlaku di Indonesia (misalnya peraturan mengenai *capital gain tax* yang tidak dikenakan terhadap “pertukaran” saham).

Pasal 18 ayat (3c) UU PPh merupakan Peraturan Khusus Anti Penghindaran Pajak atau *Specific Anti-Avoidance Rule (SAAR)* yang ditujukan untuk mencegah terjadinya penghindaran pajak melalui pemanfaatan “*special purpose company*”. Ketentuan ini merupakan pasal baru yang merupakan tambahan pasca diundangkannya Undang-undang Nomor 36 Tahun 2008 tentang Pajak Penghasilan. Ketentuan mengenai *special purpose company* ini dimasukkan dalam UU PPh baru melalui Pasal 18 ayat (3b), (3c), dan (3d), namun tidak satupun dari ketiga ayat tersebut yang memberikan pengertian secara gamblang ataupun kriteria mengenai “*special purpose company*” tersebut.

Sebelum ketentuan ini diberlakukan, Indonesia juga telah memiliki Surat Edaran Nomor 04/PJ.34/2005 mengenai Petunjuk Penetapan Kriteria “*beneficial owner*” untuk menangkal penghindaran pajak melalui *special purpose company*

ini, yang mana dinyatakan dalam SE tersebut bahwa *special purpose company* bukan merupakan pemilik yang sebenarnya dari penghasilan berupa dividen, bunga dan atau royalti. Sayangnya, SE tersebut juga tidak memberikan pengertian dari *special purpose company*.

Menurut Penulis, Pasal 18 ayat (3c) UU PPh hanya memberikan “petunjuk” bahwa *special purpose company* adalah perusahaan antara yang berkedudukan di negara yang memberikan perlindungan pajak (*tax haven country*), serta memiliki hubungan istimewa dengan badan atau BUT di Indonesia. Dengan demikian, agar ketentuan Pasal 18 ayat (3c) ini dapat diberlakukan terhadap kasus Dawson maka perlu ditentukan terlebih dahulu apakah kasus tersebut melibatkan *special purpose company* sebagaimana dimaksud dalam pasal.

Dalam penentuan mengenai adanya hubungan istimewa, dapat dilihat ketentuan KEP-01/PJ.7/1993 tentang Pedoman Pemeriksaan terhadap Wajib Pajak yang Memiliki Hubungan Istimewa yang menyatakan bahwa hubungan istimewa pada Wajib Pajak badan dianggap ada jika terdapat hubungan antara dua atau lebih Wajib Pajak yang berada di bawah pemilikan atau penguasaan yang sama, baik langsung maupun tidak langsung. Dalam hal ini, Greenjacket jelas mempunyai hubungan istimewa dengan *the operating companies*, karena didirikan oleh keluarga Dawson semata-mata untuk kepentingan penghindaran pajak atas *capital gain*, sehingga syarat ini terpenuhi.

Persoalan selanjutnya adalah apakah Indonesia menganggap Isle of Man (tempat kedudukan Greenjacket) sebagai *tax haven country*. Jika ya, maka Greenjacket terbukti merupakan *special purpose company*, dan perbuatan penjualan saham olehnya dapat dianggap dilakukan oleh *the operating companies*. Sekali lagi, sayangnya tidak diatur definisi dan kriteria yang tegas mengenai *tax haven country* dalam Undang-undang Pajak Penghasilan Indonesia, ataupun dalam peraturan pelaksanaannya. Seperti misalnya di Jepang yang menentukan bahwa *tax haven country* adalah negara-negara yang mempunyai beban pajak yang sesungguhnya dibayar kurang dari 25% dari penghasilan kena pajak, atau di Belgia yang menentukan bahwa *tax haven country* adalah negara-negara yang

memiliki *substantially tax regime* yang jauh lebih menguntungkan dibandingkan dengan negara Belgia sendiri²⁴⁶.

Satu-satunya pegangan di Indonesia yang menyatakan apakah suatu negara termasuk *tax haven country* atau bukan adalah Keputusan Menteri Keuangan Nomor 650/KMK.04/1994 tentang Saat Penetapan Dividen atas Penyertaan Modal Saham di Luar Negeri yang Sahamnya Tidak Dijual di Bursa Efek. Lampiran KMK ini menyebutkan 32 negara yang dianggap sebagai *tax haven country*. Menurut Penulis, Isle of Man termasuk sebagai *tax haven country* versi KMK tersebut, yang mana Isle of Man tercakup dalam “British Isle”. British Isle sendiri meliputi Irlandia, Inggris, Skotlandia, Wales, Channel Island, Isle of Man, dan pulau-pulau kecil di sekitarnya, seperti Shetland dan Orkney²⁴⁷. Dengan demikian, Greenjacket yang berkedudukan di Isle of Man merupakan *special purpose company* karena berkedudukan di *tax haven country* dan memiliki hubungan istimewa dengan *the operating companies*. Atas terpenuhinya hal tersebut, maka penjualan saham yang dilakukan Greenjacket kepada Wood Bastow dapat dianggap sebagai penjualan saham langsung dari *the operating companies* kepada Wood Bastow, sehingga *the operating companies* akan dikenakan pajak atas *capital gain* yang diperolehnya.

Dalam hal ini, kasus Dawson memang tampaknya dapat diatasi dengan mudah oleh Pasal 18 ayat (3c) UU PPh. Persoalan selanjutnya yang mungkin timbul adalah bagaimana jika seandainya Greenjacket tidak berkedudukan di Isle of Man, namun berkedudukan di negara yang tidak tercakup dalam 32 negara yang diatur dalam KMK Nomor 650/KMK.04/1994, padahal negara tersebut sebenarnya telah dikenal luas sebagai *tax haven country*. Misalnya Marshall Islands atau Liberia, yang baru pada 2007 lalu dikeluarkan OECD dari daftar negara-negara *tax haven* yang tidak kooperatif. Penentuan yang limitatif terhadap 32 negara *tax haven country* menyebabkan kurang luasnya cakupan Pasal 18 ayat (3c) UU PPh ini. Sebagai perbandingan, OECD dan IMF saja menentukan

²⁴⁶ Darussalam, Danny Septriadi, dan Indrayagus Slamet, “Abuse of Transfer Pricing melalui Tax Haven Countries,” *Inside Tax Edisi 1* (November 2007): 25.

²⁴⁷ Disarikan dari beberapa situs, yaitu wikipedia.org, bigenealogy.com, britishislegenweb.org dan britishisle.net.

terdapat 81 *tax haven country* di dunia, baik yang kooperatif maupun tidak kooperatif. Jika tindakan penghindaran pajak dilakukan di negara-negara yang tidak termasuk dalam 32 negara tersebut, maka Pasal 18 ayat (3c) tidak mampu menjangkaunya.

2.9.2 Analisa Kasus dengan Menggunakan Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak atau *General Anti-Avoidance Rule* (GAAR) New Zealand

Dalam penentuan apakah GAAR New Zealand dapat diterapkan untuk menangkal penghindaran pajak dalam Kasus Dawson, maka terlebih dahulu harus dilalui empat tahap, yaitu:

1. Pengidentifikasian suatu “perencanaan” (*arrangement*) dan cakupannya.
Pengertian dari “perencanaan” (*arrangement*) ini telah dijelaskan sebelumnya dalam analisa kasus Ramsay. Dalam kasus Dawson, terdapat suatu perencanaan (*arrangement*) sebagaimana dimaksud dalam *Section OB 1*. Perjanjian yang dimaksud dalam perencanaan tersebut adalah *First Sale Agreement*, yaitu pertukaran saham diantara *the operating companies* dan Greenjacket, serta *Second Sale Agreement*, yaitu penjualan saham dari Greenjacket kepada Wood Bastow. Dengan demikian, tahap ini telah dilalui.
2. Pengidentifikasian “penghindaran pajak”
Pengertian dari “penghindaran pajak” ini telah dijelaskan sebelumnya pada analisa kasus Ramsay. Dalam kasus Dawson, perencanaan yang telah dibuat oleh keluarga Dawson memang melibatkan suatu perbuatan penghindaran pajak sebagaimana didefinisikan dalam *Section OB 1*. Transaksi pertukaran saham antara *the operating companies* dan Greenjacket secara langsung atau tidak langsung membebaskan keluarga Dawson dari kewajiban membayar pajak penghasilan atas *capital gain*.

Jika keluarga Dawson langsung menjual saham kepada Wood Bastow, maka mereka akan dikenakan *capital gain tax*, namun karena penjualan sahamnya dilakukan oleh Greenjacket yang berkedudukan di Isle of Man, *capital gain tax* dapat tidak dikenakan atau dikenakan dengan tarif yang lebih rendah, tergantung

ketentuan pajak di Isle of Man. Isle of Man merupakan salah satu *tax haven country*, dan biasanya diterapkan tarif yang lebih rendah di negara-negara tersebut. Dengan demikian, tahap ini telah dilalui.

3. Penentuan tujuan atau efek dari penghindaran pajak dan penentuan apakah tujuan atau efek tersebut bukan semata-mata “kebetulan” (*insidental*).

Dalam kasus Dawson, sudah terbukti bahwa terdapat suatu perencanaan, dan perencanaan tersebut melibatkan suatu perbuatan penghindaran pajak. Tujuan yang ingin dicapai untuk mewujudkan penghindaran pajak tersebut adalah pertukaran saham antara *the operating companies* dan Greenjacket, yang mana tidak dikenakan *capital gain tax* atas hal ini, serta penjualan saham kepada Wood Bastow melalui Greenjacket yang berkedudukan di Isle of Man. Penempatan Greenjacket di Isle of Man bertujuan agar terhadap transaksi penjualan saham tersebut tidak dikenakan *capital gain tax* atau dikenakan *capital gain tax* dengan tarif yang lebih rendah, mengingat reputasi *tax haven country* yang disandang Isle of Man.

Dengan terdapatnya dua tujuan tersebut, dapat dibuktikan bahwa tujuan penghindaran pajaknya bukanlah kebetulan semata (*more than merely incidental*), sehingga tahapan ini juga terlampaui.

4. Pendekatan yudisial.

Penjelasan mengenai pendekatan yudisial ini telah dijelaskan sebelumnya dalam analisa kasus Ramsay. Sehubungan dengan hal tersebut, Penulis tidak mengetahui apa yang menjadi maksud pembuat undang-undang Inggris yang mengecualikan pengenaan *capital gain tax* atas pertukaran saham antara dua perusahaan atau lebih, namun menurut Penulis, pemanfaatan aturan tersebut oleh keluarga Dawson, yang semata-mata bertujuan untuk menghindari pajak, tidaklah sesuai dengan maksud/tujuan dari pembuat undang-undang. Karena atas dilakukannya perbuatan tersebut, penerimaan negara dari pajak atas *capital gain* menjadi berkurang, dan hal tersebut tentunya bukan merupakan maksud/tujuan pembuat undang-undang ketika mengeluarkan aturan tadi. Dengan demikian, tahapan ini terlampaui.

Dengan dilaluinya keempat tahap diatas, maka terbukti bahwa GAAR New Zealand dapat diterapkan terhadap transaksi penghindaran pajak yang dilakukan dalam kasus Dawson, tanpa perlu menentukan lebih dahulu apakah Isle of Man sebagai tempat kedudukan Greenjacket merupakan *tax haven country* atau bukan.

2.9.3 Analisa Kasus dengan Menggunakan Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak atau *General Anti-Avoidance Rule* (GAAR) Kanada

Dalam penentuan apakah GAAR Kanada dapat diterapkan untuk menangkal penghindaran pajak dalam Kasus Dawson, maka terlebih dahulu harus dilalui tiga tahap, yaitu:

1. Pengidentifikasian adanya “transaksi”.

Pengertian dari “transaksi” ini telah dijelaskan sebelumnya pada analisa kasus Ramsay, yaitu meliputi setiap “perencanaan” atau “peristiwa”. Dalam kasus Dawson, telah terbukti terdapat suatu perencanaan (*arrangement*) sebagaimana dimaksud dalam *Section 245 (1)* ini. Perencanaan ini dapat dijabarkan dengan tahapan-tahapan sebagai berikut.

- Pada 15 November 1971, dilakukan sebuah rapat yang dihadiri pengacara dari pihak keluarga Dawson dan Wood Bastow, yang menyepakati bahwa penjualan saham tidak akan dilakukan langsung kepada Wood Bastow, namun melalui sebuah perusahaan yang berkedudukan di Isle of Man;
- Pada 16 Desember 1971, Greenjacket didirikan di Isle of Man untuk kepentingan penghindaran pajak atas *capital gain*. Pada hari itu juga disepakati bahwa keluarga Dawson akan “menjual” saham *the operating companies* kepada Greenjacket senilai £152.000 (“*First Sale Agreement*”), yang ditukar dengan saham di Greenjacket. Selanjutnya, Greenjacket akan menjual saham *the operating companies* tersebut kepada Wood Bastow senilai £152.000 juga (“*Second Sale Agreement*”);
- Pada 20 Desember 1971 diadakan rapat untuk mengeksekusi hal diatas, yang mana ketika rapat dimulai kepemilikan *the operating companies* masih di

tangan keluarga Dawson, dan ketika rapat berakhir, kepemilikannya telah beralih pada Wood Bastow.

Dengan adanya peristiwa-peristiwa tersebut maka tahap pertama telah dilampaui.

2. Pengidentifikasian adanya “penghindaran pajak”.

Pengertian dari “penghindaran pajak” ini telah dijelaskan sebelumnya pada analisa kasus Ramsay. Dalam kasus Dawson terbukti adanya penghindaran pajak sebagaimana dimaksud dalam *Section 245 (3)*, karena terdapat serangkaian transaksi yang secara langsung maupun tidak langsung menghasilkan “keuntungan pajak” (*tax benefit*). Transaksi tersebut adalah pertukaran saham antara *the operating companies* dan Greenjacket dan penjualan saham kepada Wood Bastow melalui Greenjacket.

Tax benefit yang timbul dalam hal ini adalah adanya pengenaan *capital gain tax* dengan tarif yang lebih rendah atau mungkin tidak dikenakan sama sekali. Hal ini tergantung ketentuan pajak di Isle of Man, yang karena ia merupakan *tax haven country*, biasanya diterapkan tarif yang lebih rendah. Dengan demikian, tahap ini telah dilalui.

3. Pendekatan yudisial.

Penjelasan mengenai pendekatan yudisial ini telah dijelaskan sebelumnya dalam analisa kasus Ramsay. Sehubungan dengan hal tersebut, Penulis tidak mengetahui apakah ketentuan mengenai pengecualian pengenaan *capital gain tax* atas pertukaran saham antara dua perusahaan atau lebih diatur dalam *Income Tax Act* Kanada. Jika diandaikan bahwa hal tersebut memang benar diatur dalam *Income Tax Act* Kanada, sebagaimana halnya ketentuan mengenai hal-hal yang dikecualikan dari objek pajak penghasilan diatur dalam Undang-undang Pajak Penghasilan Indonesia, maka dapat dikatakan bahwa Dawson telah melakukan penyalahgunaan terhadap ketentuan tersebut. Atas perbuatannya yang memanfaatkan aturan pengecualian itu, negara telah dirugikan karena tidak dibayarkannya pajak atas *capital gain* yang sebenarnya diterima Dawson. Dengan demikian, tahapan ini terlampaui.

Dengan dilaluinya ketiga tahap diatas, terbukti bahwa GAAR Kanada juga dapat diterapkan terhadap transaksi penghindaran pajak yang dilakukan dalam kasus Dawson. Sama halnya dengan GAAR New Zealand, penerapan GAAR Kanada juga tidak tergantung pada penentuan apakah Isle of Man sebagai tempat kedudukan Greenjacket merupakan *tax haven country* atau bukan.



BAB 5 PENUTUP

1.2 Kesimpulan

Berdasarkan uraian pada bab-bab sebelumnya, dapat ditarik kesimpulan sebagai berikut.

3. Peraturan Anti Penghindaran Pajak (*Anti Avoidance Rule*) yang dimiliki Indonesia saat ini belum mampu menyelesaikan masalah penghindaran pajak karena ketiadaan pasal mengenai Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak atau *General Anti Avoidance Rule* (GAAR) dalam Undang-undang Pajak Penghasilan. Undang-undang Pajak Penghasilan yang saat ini berlaku di Indonesia memang telah memiliki pasal yang bertujuan sebagai *anti-tax avoidance*, namun ketentuan ini berlaku sebagai Peraturan Khusus Anti Penghindaran Pajak atau *Specific Anti Avoidance Rule* (SAAR), yang hanya dapat diterapkan pada transaksi tertentu yang spesifik. Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak tidak dibatasi untuk transaksi tertentu saja, dan ketentuan ini mencakup setiap perencanaan yang memiliki tujuan untuk menghindari pajak. Jika suatu transaksi tertentu tidak masuk dalam ruang lingkup Peraturan Khusus Anti Penghindaran Pajak, maka penggunaan Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak akan sangat diperlukan. Ketentuan tersebut memberikan keleluasaan dan kewenangan bagi otoritas pajak untuk mengabaikan atau menyesuaikan setiap transaksi yang memenuhi kriteria sebagai “transaksi penghindaran pajak”. Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak dapat mengantisipasi praktik penghindaran pajak yang belum diatur dalam ketentuan yang bersifat khusus, karena dari tahun ke tahun timbul kecenderungan adanya praktik penghindaran pajak yang semakin sulit dan canggih untuk dideteksi dan ditangkal oleh Peraturan Khusus Anti Penghindaran Pajak.

4. Faktor yang tidak efektif dari *Anti Avoidance Rule* yang dimiliki Indonesia dalam menangani praktik penghindaran pajak adalah:
- Tidak adanya definisi mengenai *tax avoidance*, *acceptable tax avoidance*, *unacceptable tax avoidance*, dan *tax evasion* dalam Undang-undang tentang Pajak Penghasilan (UU PPh), baik sejak berlakunya Undang-undang Nomor 7 Tahun 1983, maupun pada undang-undang perubahannya, yaitu Undang-undang Nomor 7 tahun 1991, yang kemudian diubah dengan Undang-undang Nomor 10 tahun 1994, Undang-undang Nomor 17 tahun 2000, dan perubahan terakhir yaitu Undang-undang Nomor 36 Tahun 2008. Hal ini menimbulkan penafsiran yang berbeda antara Wajib Pajak dan otoritas pajak, sehingga tidak terdapat kepastian hukum. Dari sudut pandang Wajib Pajak, mereka akan berpendapat bahwa sepanjang perbuatan *tax avoidance* yang mereka lakukan tidak dilarang, maka hal tersebut sah saja (legal). Di lain pihak, pemerintah juga berkepentingan agar jangan sampai suatu ketentuan perpajakan disalahgunakan oleh Wajib Pajak sehingga mengakibatkan berkurangnya penerimaan negara dari pajak.
 - Tidak adanya peraturan pelaksanaan dari Pasal 18 ayat (1) UU mengenai penetapan besarnya perbandingan antara utang dan modal (*Debt to Equity Ratio*) perusahaan yang dibenarkan untuk keperluan penghitungan pajak. Pada 1984 memang telah dikeluarkan Keputusan Menteri Keuangan Nomor KMK-1002/KMK.04/1984 tentang Penentuan Perbandingan antara Hutang dan Modal Sendiri untuk Keperluan Pengenaan Pajak Penghasilan, dengan besar *ratio* yang ditetapkan adalah 3 : 1. Namun pada bulan Maret 1985 diterbitkan KMK-254/KMK.01/1985 yang berisi penundaan penerapan *ratio* ini, karena dianggap kurang mendorong pembiayaan pengembangan bisnis, perdagangan, industri, dan investasi.
 - Tidak adanya peraturan pelaksanaan dari Pasal 18 ayat (3a) UU mengenai *Advance Pricing Agreement* (APA). Peraturan pelaksanaan ini diperlukan untuk memberikan rincian prosedur mengenai

pengadaan *Advance Pricing Agreement* (APA) yang dapat diterima oleh pihak fiskus maupun Wajib Pajak. *Advance Pricing Agreement* (APA) sangat penting karena merupakan jalan tengah untuk memecahkan kebuntuan pemeriksaan transaksi *transfer pricing* yang begitu rumit dan memerlukan waktu yang lama.

- Tidak adanya peraturan pelaksanaan dari Pasal 18 ayat (3b), (3c), dan (3d) UU mengenai *special purpose company*. Peraturan pelaksanaan ini diperlukan karena belum adanya definisi dan kriteria yang jelas mengenai apa yang dimaksud dengan *special purpose company* dan *tax haven country*. Satu-satunya pegangan di Indonesia yang menyatakan apakah suatu negara termasuk *tax haven country* atau bukan adalah Keputusan Menteri Keuangan Nomor 650/KMK.04/1994, yang dalam lampirannya disebutkan 32 negara yang dianggap sebagai *tax haven country*. Penentuan yang limitatif terhadap 32 negara *tax haven country* menyebabkan kurang luasnya cakupan Pasal 18 ayat (3c) UU PPh.
- Secara keseluruhan, Peraturan Khusus Anti Penghindaran Pajak memiliki kekurangan karena ia berpotensi untuk dibuatnya peraturan perundang-undangan yang kompleks dan dalam jumlah besar, yang mana dapat meningkatkan biaya pelaksanaannya. Wajib Pajak dapat memanfaatkan kepresisian yang dimiliki peraturan ini dengan merancang transaksi yang berada di luar cakupannya. Sebagai akibatnya, pemerintah harus mengantisipasinya dengan membuat lebih banyak lagi Peraturan Khusus Anti Penghindaran Pajak.

1.3 Saran

Berdasarkan uraian dan kesimpulan bab yang diberikan, terdapat beberapa saran antara lain:

1. Membuat Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak atau *General Anti Avoidance Rule* (GAAR) yang terintegrasi dalam Undang-undang Pajak Penghasilan. Peraturan Umum Anti Penghindaran Pajak ini harus memberikan definisi yang jelas mengenai *tax avoidance*, *acceptable tax*

avoidance, *unacceptable tax avoidance*, dan *tax evasion* untuk mencapai kepastian hukum bagi fiskus dan Wajib Pajak, karena *tax avoidance* sering disalahgunakan untuk hal-hal yang merugikan penerimaan negara. Perbedaan antara *acceptable tax avoidance* dan *unacceptable tax avoidance* timbul dari motivasi Wajib Pajak, atau ada tidaknya *moral hazard* yang dilakukan Wajib Pajak. *Acceptable tax avoidance* dilakukan Wajib Pajak yang memiliki tujuan usaha yang baik, transaksi tersebut bukan semata-mata untuk menghindari pajak, tidak melakukan transaksi yang direkayasa, serta melakukan transaksi tersebut sesuai dengan tujuan dari pembuat undang-undang. Sementara kebalikannya, *unacceptable tax avoidance* dilakukan dengan tidak adanya tujuan usaha yang baik, semata-mata hanya untuk menghindari pajak, merekayasa transaksi agar menimbulkan biaya-biaya atau kerugian, dan tidak sesuai dengan tujuan pembuat undang-undang. Dengan demikian, penghindaran pajak dapat saja dikategorikan sebagai kegiatan legal dan dapat juga dikategorikan sebagai kegiatan ilegal.

2. Bagaimanapun, Penulis menyadari bahwa pembuatan definisi yang jelas dan sempurna mengenai apa yang dimaksud sebagai *acceptable tax avoidance* dan *unacceptable tax avoidance* sangat sulit untuk dilakukan. Batasan di antara keduanya sangat sulit dideteksi karena menyangkut masalah mengenai ada tidaknya *moral hazard* yang dilakukan Wajib Pajak. Disinilah menurut Penulis peranan hakim Pengadilan Pajak menjadi sangat penting karena hakim berhak melakukan penafsiran mengenai apa yang dimaksud sebagai penghindaran pajak mana yang diperbolehkan dan penghindaran pajak mana yang tidak diperbolehkan. Hal ini didasarkan pada Pasal 22 AB (*algemene bepalingen*) yang menyatakan bahwa hakim tidak dapat menolak memeriksa suatu perkara dengan alasan tidak ada hukum yang mengaturnya, dengan demikian hakim akan melakukan suatu penafsiran hukum dalam pemeriksaan perkara tersebut. Atas dasar pentingnya peranan hakim di Pengadilan Pajak ini maka Penulis memberi saran untuk meningkatkan mutu hakim di Pengadilan Pajak, yang mana para hakim ini seharusnya memiliki latar belakang pendidikan hukum

selain menguasai permasalahan perpajakan. Dengan demikian, para hakim dapat melakukan penafsiran hukum pajak dalam pemeriksaan perkara mengenai penghindaran pajak.

3. Segera mengeluarkan peraturan pelaksanaan mengenai *Debt to Equity Ratio* dan *Advance Pricing Agreement (APA)*, agar ketiadaan aturan ini tidak dimanfaatkan oleh perusahaan-perusahaan multinasional untuk memperkecil beban pajak mereka.
4. Membuat penyempurnaan akan peraturan pelaksanaan mengenai *Transfer Pricing*, dengan menambahkan ketentuan akan standar “harga pasar” (*arm’s length price*) dalam penentuan harga pada transaksi antar perusahaan yang mempunyai hubungan istimewa.
5. Membuat peraturan pelaksanaan dari Pasal 18 ayat (3b), (3c), dan (3d) UU PPh, yang memuat pengertian dan kriteria yang jelas mengenai *special purpose company* dan *tax haven country*;
6. Mengadakan penyempurnaan terhadap Perjanjian Penghindaran Pajak Berganda (P3B) atau *Tax Treaty* yang dimiliki Indonesia dengan beberapa negara, terutama dengan negara-negara *tax haven*. Model *Tax Treaty* yang digunakan Indonesia mengikuti model yang dirancang oleh OECD, dimana banyak terdapat klausula yang lebih menguntungkan negara-negara *residence* yang notebene merupakan negara maju. *Tax Treaty* juga sering disalahgunakan dengan cara memanfaatkan penurunan tarif pemotongan pajak (*withholding tax*) yang disediakan oleh *Tax Treaty*, oleh Subjek Pajak yang tidak berhak untuk mendapatkan fasilitas penurunan tarif pemotongan pajak tersebut.

DAFTAR PUSTAKA

BUKU

- Arnold, Brian J. "The Canadian General Anti Avoidance Rule." *Tax Avoidance and The Rule of Law*. Ed. Graeme S. Cooper. Amsterdam: IBFD Publications BV, 1997.
- Asqolani, M. "Controlled Foreign Corporation (CFC) dan Transfer Pricing." *Konsep dan Aplikasi Cross-Border Transfer Pricing untuk Tujuan Perpajakan*. Ed. Darussalam dan Danny Septriadi. Jakarta: Danny Darussalam Tax Center, 2008.
- Brotosusilo, Agus *et al.* *Penulisan Hukum: Buku Pegangan Dosen*. Jakarta: Konsorsium Ilmu Hukum Departemen PDK, 1994.
- Cooper, Graeme S. "Conflicts, Challenges and Choices – The Rule of Law and Anti-Avoidance Rules." *Tax Avoidance and The Rule of Law*. Ed. Graeme S. Cooper. Amsterdam: IBFD Publications BV, 1997.
- Crumbley, D. Larry, Jack P. Friedman, dan Susan B. Anders. *Dictionary of Tax Terms*. New York: Barron's Business Guides, 1994.
- Darussalam dan Danny Septriadi. "Konsep Dasar Transfer Pricing." *Konsep dan Aplikasi Cross-Border Transfer Pricing untuk Tujuan Perpajakan*. Ed. Darussalam dan Danny Septriadi. Jakarta: Danny Darussalam Tax Center, 2008.
- Friedman, Lawrence M. *American Law: An Introduction*. New York: W. W. Norton & Company, 1984.
- Gammie, Malcolm. "Tax Avoidance and the Rule of Law: The Experience of the UK." *Tax Avoidance and The Rule of Law*. Ed. Graeme S. Cooper. Amsterdam: IBFD Publications BV, 1997.
- Gijssels, Jan dan Mark van Hoecke. *Apakah teori Hukum Itu?* Diterjemahkan oleh B. Arief Sidharta. Bandung: Laboratorium Hukum, Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan, 2000.
- Gunadi. *Transfer Pricing Suatu Tinjauan Akuntansi Manajemen dan Pajak*. Jakarta: PT. Bina Rena Pariwisata, 1994.
- _____. *Pajak Internasional*. Edisi Revisi. Jakarta: Lembaga Penerbit Fakultas Ekonomi Universitas Indonesia, 2007.
- Haemakers, Hubert. *Introduction to Transfer Pricing*. Amsterdam: IBFD Publications BV, 2004.

- Holmes, Kevin. *The Concept of Income: A Multidisciplinary Analyses*. Amsterdam: IBFD Publications BV, 2001.
- Hutagaol, John, Darussalam dan Danny Septriadi. *Kapita Selektta Perpajakan*. Jakarta: Salemba Empat, 2006.
- Ibrahim, Johnny. *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*. Malang: Bayumedia Publishing, 2006.
- Kelsen, Hans. *The Pure Theory of Law*. Berkely: University California Press, 1978.
- Larking, Barry ed. *International Tax Glossary*. Amsterdam: IBFD Publications BV, 2005.
- Lyons, Susan M. *International Tax Glossary*. Third edition. Amsterdam: IBFD Publications BV, 1996.
- Mansury. *Perpajakan atas Penghasilan dari Transaksi-transaksi Khusus*. Jakarta: YP4, 2003.
- McIntyre, Michael J. dan Brian J. Arnold. *International Tax Primer*. Den Haag: Kluwer Law International, 2000.
- Miller, Angharad dan Lynne Oats. *Principles of International Taxation*. West Sussex: Tottel Publishing, 1996.
- Orow, Nabil. *General Anti-Avoidance Rules: A Comparative International Analysis*. Bristol: Jordan Publishing Ltd, 2000.
- Rohatgi, Roy. *Basic International Taxation*. Den Haag: Kluwer Law International, 2002.
- Suandy, Erly. *Perencanaan Pajak*. Jakarta: Salemba Empat, 2006.
- Thuronyi, Victor. *Comparative Tax Law*. Amsterdam: Kluwer Law International, 2003.
- Tim Penyusun. *Modul Pelatihan Pajak Terapan Brevet C*. Cet. ke-3. Jakarta: Ikatan Akuntan Indonesia, 2006.
- Vanistendael, Frans. "Judicial Interpretation and The Role of Anti-abuse Provisions in Tax Law." *Tax Avoidance and The Rule of Law*. Ed. Graeme S. Cooper. Amsterdam: IBFD Publications BV, 1997.
- Wolf, Martin. *Globalisasi Jalan Menuju Kesejahteraan*. Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2007.
- Zain, Mohammad. *Manajemen Perpajakan*. Jakarta: Penerbit Salemba Empat, 2005.

ARTIKEL

Brotosusilo, Agus. "Pergulatan Ideologis dalam Methodologi Kajian Hukum." (Disampaikan pada Mata Kuliah Filsafat Hukum dan Teori Hukum bidang Hukum Ekonomi, Program Pascasarjana Ilmu Hukum, Jakarta, Oktober 2005).

Darussalam dan Danny Septriadi. "Upaya Menangkal Praktik Penghindaran Pajak." <[<http:// www.kanwilpajakwpbesar. go.id/berita.php?cmd=detail&id=2005-12-12%>](http://www.kanwilpajakwpbesar.go.id/berita.php?cmd=detail&id=2005-12-12%)>, 13 Desember 2005.

_____. "UU PPh Perlu Mengatur Anti Penghindaran Pajak." <<http://www.pajak.go.id/berita/uu-pph-perlu-mengatur-antipenghindaran-pajak/> - 24k ->, 21 Mei 2007.

_____. "Treaty Shopping dan Anti Penghindaran Pajak." *Inside Tax Edisi Perkenalan* (September 2007): 26.

_____. "Abuse of Transfer Pricing di Indonesia: Real or Myth?," *Inside Tax Edisi 1* (November 2007): 8.

_____, dan Indrayagus Slamet. "Abuse of Transfer Pricing melalui Tax Haven Countries." *Inside Tax Edisi 1* (November 2007): 25.

Farid, Hilmar. "Globalisasi Ekonomi." <[http:// www.pmiu-ain-malang.host.sk/detail.php?id=79 - 26k](http://www.pmiu-ain-malang.host.sk/detail.php?id=79-26k)>, diakses 8 Desember 2007.

Hutagaol, John. "Sekilas tentang Financial Innovation dan Dampaknya terhadap Penerimaan Negara dari Sektor Pajak." *Majalah Berita Pajak Tahun XXXIV No. 1575* (November 2006): 17.

_____, dan Wilson Tobing. "SAAR dan GAAR Dalam Menangkal Penghindaran Pajak." *Inside Tax Edisi Perkenalan* (September 2007): 18.

Irianto, Sulistyowati. "Pluralisme Hukum dalam Perspektif Global." *LSD Vol. 1 No. 3* (Agustus 2007): 3.

Ling (Becky) Zhang. "Tax Avoidance: Causes and Solutions." <[http:// en.scientificcommons.org/ling_zhang - 100k](http://en.scientificcommons.org/ling_zhang-100k)>, diakses 17 Oktober 2008.

Prebble, Rebecca. "Does Croatia Need General Anti-Avoidance Rule?: Recommended Changes to Croatia's Current Legislative Framework." <[http:// ideas.repec.org/a/ipf/finteo/v29y2005i3p211-227.html - 11k ->](http://ideas.repec.org/a/ipf/finteo/v29y2005i3p211-227.html-11k-)>, diakses 17 Oktober 2008.

Slamet, Indrayagus. "Tax Planning, Tax Avoidance, dan Tax Evasion di Mata Perpajakan Indonesia." *Inside Tax Edisi Perkenalan* (September 2007): 8.

"70 Persen PMA Tidak Bayar Pajak." <[http://www.kompas.com/kompas-cetak/0208/27/utama/ pers01.htm](http://www.kompas.com/kompas-cetak/0208/27/utama/pers01.htm)>, 27 Agustus 2002.

- “Komentar Menkeu soal PMA Mengecewakan.” <<http://www.kompas.com/kompas-cetak/0511/24/ekonomi/2237781.htm>>, 24 November 2005.
- “Investasi Terpengaruh.” <<http://www.kompas.com/kompas-cetak/0511/25/ekonomi/2240174.htm>>, 25 November 2005.
- “PMA Nakal Harus Dikenai Sanksi Pidana.” <<http://www.kompas.com/kompas-cetak/0511/26/ekonomi/2242314.htm>>, 26 November 2005.
- “Tax Planning, Aggressive Tax Planning, Tax Avoidance, Tax Evasion dan Anti Tax Avoidance.” *Inside Tax Edisi Perkenalan* (September 2007): 6.
- “Kejahatan Kapitalisme dalam Angka.” <<http://www.jurnal-ekonomi.org/2004/06/16/kejahatan-kapitalisme-dalam-angka/> - 49k ->, diakses 8 Desember 2007.
- “OECD Transfer Pricing Guidelines.” <<http://www.oecd.org>>, diakses 8 Desember 2007.
- “Research and Development Tax Credit.” <<http://www.mass.gov>>, diakses 24 November 2008.

PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

Departemen Keuangan Republik Indonesia. *Keputusan Menteri Keuangan Tentang Norma Penghitungan Khusus Penghasilan Kena Pajak atas Penghasilan dari Pekerjaan yang Diterima Tenaga Asing yang Bekerja pada Wajib Pajak Badan di Bidang Pengeboran Minyak dan Gas Bumi di Indonesia*, KMK Nomor 433/KMK.04/1994.

Indonesia. *Undang-Undang Tentang Perubahan Keempat Atas Undang-undang Nomor 7 Tahun 1983 Tentang Pajak Penghasilan*, UU No. 36 Tahun 2008, LN No. 133 Tahun 2008, TLN No. 4893.

DAFTAR LAMPIRAN

1. Putusan *The House of Lords*: W.T. RAMSAY LTD v INLAND REVENUE COMMISSIONERS
2. Putusan *The House of Lords*: FURNISS (INSPECTOR OF TAXES) v DAWSON
3. Keputusan Menteri Keuangan Nomor KMK-1002/KMK.04/1984 tentang Penentuan Perbandingan antara Hutang dan Modal Sendiri untuk Keperluan Pengenaan Pajak Penghasilan
4. Keputusan Menteri Keuangan Nomor KMK-254/KMK.01/1985 tentang Penundaan Pelaksanaan Keputusan Menteri Keuangan Nomor KMK-1002/KMK.04/1984
5. Keputusan Menteri Keuangan Nomor 650/KMK.04/1994 tentang Saat Penetapan Dividen atas Penyertaan Modal Saham di Luar Negeri yang Sahamnya Tidak Dijual di Bursa Efek
6. Surat Edaran Nomor 04/PJ.7/1993 tentang Petunjuk Penanganan Kasus-kasus *Transfer Pricing*
7. Surat Edaran Nomor 04/PJ.34/2005 tentang Petunjuk Penetapan Kriteria “Beneficial Owner” Sebagaimana Tercantum dalam Persetujuan Penghindaran Pajak Berganda Antara Indonesia dengan Negara Lainnya
8. KEP-01/PJ.7/1993 tentang Pedoman Pemeriksaan terhadap Wajib Pajak yang Memiliki Hubungan Istimewa

HOUSE OF LORDS

**W T RAMSAY LTD v INLAND REVENUE
COMMISSIONERS;**

EILBECK (INSPECTOR OF TAXES) v RAWLING

LORD Wilberforce, Lord Fraser of TULLYBELTON, Lord Russell of Killowen, LORD Roskill and Lord Bridge of HARWICH

26, 27, 29 January, 2, 3, 4 February, 12 March 1981 -

Lord Wilberforce The first of these appeals is an appeal by W T Ramsay Ltd, a farming company. In its accounting period ending 31 May 1973 it made a "chargeable gain" for purposes of corporation tax by a sale-leaseback transaction. This gain it desired to counteract, so as to avoid the tax, by establishing an allowable loss. The method chosen was to purchase from a company specializing in such matters a ready-made scheme. The general nature of this was to create out of a neutral situation two assets one of which would decrease in value for the benefit of the other. The decreasing asset would be sold, so as to create the desired loss; the increasing asset would be sold, yielding a gain which it was hoped would be exempt from tax.

In the courts below, attention was concentrated on the question whether the gain just referred to was in truth exempt from tax or not. The Court of Appeal ([1979] 3 All ER 213; [1979] STC 582), reversing the decision of Goulding J ([1978] 2 All ER 321; [1978] STC 253), decided that it was not. In this House, the Crown, while supporting this decision of the Court of Appeal, mounted a fundamental attack on the whole of the scheme acquired and used by the taxpayer. It contended that it should simply be disregarded as artificial and fiscally ineffective.

Immediately after this appeal there was heard another taxpayer's appeal, *Eilbeck (Insp of Taxes) v Rawling*. This involved a scheme of a different character altogether, but one also designed to create a loss allowable for purposes of capital gains tax, together with a non-taxable gain, by a scheme acquired for this purpose. Similarly, this case was decided, against the taxpayer, in the Court of Appeal ([1980] 2 All ER 12; [1980] STC 192) on consideration of a particular aspect of the scheme: and similarly, the Crown in this House advanced a fundamental argument against the scheme as a whole.

I propose to consider first the fundamental issue, which raises arguments common to both cases. This is obviously of great importance

both in principle and in scope. I shall then consider the particular, and quite separate arguments, relevant to each of the two appeals.

I will first state the general features of the schemes which are relevant to the wider argument.

In each case we have a taxpayer who has realised an ascertained and quantified gain: In Ramsay £187,977, in Rawling £355,094. He is then advised to consult specialists willing to provide, for a fee, a preconceived and ready made plan designed to produce an equivalent allowable loss. The taxpayer merely has to state the figure involved, ie the amount of the gain he desires to counteract, and the necessary particulars are inserted into the scheme.

The scheme consists, as do others which have come to the notice of the courts, of a number of steps to be carried out, documents to be executed, payments to be made, according to a timetable, in each case rapid (see the attractive description by Buckley LJ in Rawling [1980] 2 All ER 12 at 16; [1980] STC 192 at 197). In each case two assets appear, like particles in a gas chamber with opposite charges, one of which is used to create the loss, the other of which gives rise to an equivalent gain which prevents the taxpayer from supporting any real loss, and which gain is intended not to be taxable. Like the particles, these assets have a very short life. Having served their purpose they cancel each other out and disappear. At the end of the series of operations the taxpayer's financial position is precisely as it was at the beginning, except that he has paid a fee, and certain expenses, to the promoter of the scheme.

There are other significant features which are normally found in schemes of this character. First, it is the clear and stated intention that once started each scheme shall proceed through the various steps to the end; they are not intended to be arrested halfway (cf Chinn v Collins (Insp of Taxes) p 189, [1981] 2 WLR 14; [1981] STC 1; HL). This intention may be expressed either as a firm contractual obligation (it was so in Rawling) or as in Ramsay as an expectation without contractual force.

Second, although sums of money, sometimes considerable, are supposed to be involved in individual transactions, the taxpayer does not have to put his hand in his pocket (cf IR Comrs v Plummer [1979] 3 All ER 775; [1980] AC 896; [1979] STC 793 and Chinn v Collins (Insp of Taxes)). The money is provided by means of a loan from a finance house which is firmly secured by a charge on any asset the taxpayer may appear to have, and which is automatically repaid at the end of the operation. In some cases one may doubt whether, in any real sense, any money existed at all. It seems very doubtful whether any real

money was involved in Rawling; but facts as to this matter are for the commissioners to find. I will assume that in some sense money did pass as expressed in respect of each transaction in each of the instant cases. Finally, in each of the present cases it is candidly, if inevitably, admitted that the whole and only purpose of each scheme was the avoidance of tax.

In these circumstances, your Lordships are invited to take, with regard to schemes of the character I have described, what may appear to be a new approach. We are asked, in fact, to treat them as fiscally a nullity, not producing either a gain or a loss. Counsel for Ramsay described this as revolutionary, so I think it opportune to restate some familiar principles and some of the leading decisions so as to show the position we are now in.

1 A subject is only to be taxed on clear words, not on "intendment" or on the "equity" of an Act. Any taxing Act of Parliament is to be construed in accordance with this principle. What are "clear words" is to be ascertained on normal principles; these do not confine the courts to literal interpretation. There may, indeed should, be considered the context and scheme of the relevant Act as a whole, and its purpose may, indeed should, be regarded: see *IR Comrs v Wesleyan and General Assurance Society* [1946] 2 All ER 749 at 751; 30 Tax Cas 11 at 16 per Lord Greene MR and *Mangin v IR Comrs* [1971] 1 All ER 179 at 182; [1971] AC 739 at 746 per Lord Donovan. The relevant Act in these cases is the Finance Act 1965, the purpose of which is to impose a tax on gains, less allowable losses, arising from disposals.

2 A subject is entitled to arrange his affairs so as to reduce his liability to tax. The fact that the motive for a transaction may be to avoid tax does not invalidate it unless a particular enactment so provides. It must be considered according to its legal effect.

3 It is for the fact-finding commissioners to find whether a document, or a transaction, is genuine or a sham. In this context, to say that a document or transaction is a "sham" means that, while professing to be one thing, it is in fact something different. To say that a document or transaction is genuine, means that, in law, it is what it professes to be, and it does not mean anything more than that. I shall return to this point.

Each of these three principles would be fully respected by the decision we are invited to make. Something more must be said as to the next principle.

4 Given that a document or transaction is genuine, the court cannot go behind it to some supposed underlying substance. This is the well-known principle of *IR Comrs v Duke of Westminster* [1936] AC 1; [1935]

All ER Rep 259; 19 Tax Cas 490. This is a cardinal principle but it must not be overstated or over-extended. While obliging the court to accept documents or transactions, found to be genuine, as such, it does not compel the court to look at a document or a transaction in blinkers, isolated from any context to which it properly belongs. If it can be seen that a document or transaction was intended to have effect as part of a nexus or series of transactions, or as an ingredient of a wider transaction intended as a whole, there is nothing in the doctrine to prevent it being so regarded; to do so is not to prefer form to substance, or substance to form. It is the task of the court to ascertain the legal nature of any transactions to which it is sought to attach a tax or a tax consequence and if that emerges from a series or combination of transactions, intended to operate as such, it is that series or combination which may be regarded. For this there is authority in the law relating to income tax and capital gains tax: see *Chinn v Collins* (Insp of Taxes) and *IR Comrs v Plummer*, *supra*.

For the commissioners considering a particular case it is wrong, and an unnecessary self-limitation, to regard themselves as precluded by their own finding that documents or transactions are not "shams" from considering what, as evidenced by the documents themselves or by the manifested intentions of the parties, the relevant transaction is. They are not, under the Duke of Westminster doctrine or any other authority, bound to consider individually each separate step in a composite transaction intended to be carried through as a whole. This is particularly the case where (as in *Rawling*) it is proved that there was an accepted obligation, once a scheme is set in motion, to carry it through its successive steps. It may be so where (as in *Ramsay* or in *Black Nominees Ltd v Nicol* (Insp of Taxes) [1975] STC 372) there is an expectation that it will be so carried through and no likelihood in practice that it will not. In such cases (which may vary in emphasis) the commissioners should find the facts and then decide as a matter (reviewable) of law whether what is in issue is a composite transaction or a number of independent transactions.

I will now refer to some recent cases which show the limitations of the Duke of Westminster doctrine and illustrate the present situation in the law.

1 Floor v Davis (Insp of Taxes) [1978] 2 All ER 1079; [1978] Ch 295; [1978] STC 436; CA; *affd* [1979] 2 All ER 677; [1980] AC 695; [1979] STC 379, HL. The key transaction in this scheme was a sale of shares in a company called IDM to one company (FNW) and a resale by that company to a further company (KDI). The majority of the Court of Appeal thought it right to look at each of the sales separately and rejected an argument by the Crown that they could be considered as an integrated transaction. But *Eveleigh LJ* upheld that argument. He held

that the fact that each sale was genuine did not prevent him from regarding each as part of a whole, or oblige him to consider each step in isolation. Nor was he so prevented by the Duke of Westminster case. Looking at the scheme as a whole, and finding that the taxpayer and his sons-in-law had complete control of the IDM shares until they reached KDI, he was entitled to find that there was a disposal to KDI. When the case reached this House it was decided on a limited argument, and the wider point was not considered. This same approach has commended itself to Templeman LJ and has been expressed by him in impressive reasoning in the Court of Appeal's judgment in Rawling. It will be seen from what follows that these judgments, and their emerging principle, commend themselves to me.

2 *IR Comrs v Plummer*. This was a prearranged scheme, claimed by the Revenue to be "circular", in the sense that its aim and effect was to pass a capital sum round through various hands back to its starting point. There was a finding by the Special Commissioners that the transaction was a *bona fide* commercial transaction, but in this House their Lordships agreed that it was legitimate to have regard to all the arrangements as a whole. The majority upheld the taxpayer's case on the ground that there was a commercial reality in them: as I described them they amounted to "a covenant, for a capital sum, to make annual payments, coupled with security arrangements for the payments" (see [1979] 3 All ER 775 at 781; [1980] AC 896 at 909; [1979] STC 793 at 798), and I attempted to analyse the nature of the bargain with its advantages and risks to either side.

The case is no authority that the court may not in other cases and with different findings of fact reach a conclusion that, viewed as a whole, a composite transaction may produce an effect which brings it within a fiscal provision.

3 *Chinn v Collins (Insp of Taxes)*. This again was a prearranged scheme, described by the Special Commissioners as a single scheme. There was no express finding that the parties concerned were obliged to carry through each successive step; but the commissioners found that there was never any possibility that the appellant taxpayers and another party would not proceed from one critical stage to another. I reached the conclusion, on this finding and on the documents, that the machinery, once started, would follow out its instructions without further initiative and the same point was made graphically by Lord Russell (see p 196, *supra*). This case shows, in my opinion, that although the separate steps were "genuine" and had to be accepted under the Duke of Westminster doctrine, the court could, on the basis of the findings made and of its own analysis in law, consider the scheme as a whole and was not confined to a step by step examination.

To hold, in relation to such schemes as those with which we are concerned, that the court is not confined to a single step approach, is thus a logical development from existing authorities, and a generalization of particular decisions.

Before I come to examination of the particular schemes in these cases, there is one argument of a general character which needs serious consideration. For the appellants it was said that to accept the Crown's wide contention involved a rejection of accepted and established canons, and that, if so general an attack on schemes for tax avoidance as the Crown suggest is to be validated, that is a matter for Parliament. The function of the courts is to apply strictly and correctly the legislation which Parliament has enacted; if the taxpayer escapes the charge, it is for Parliament, if it disapproves of the result, to close the gap. General principles against tax avoidance are, it was claimed, for Parliament to lay down. We were referred, at our request, in this connection to the various enactments by which Parliament has from time to time tried to counter tax avoidance by some general prescription. The most extensive of these is the Income and Corporation Taxes Act 1970, s 46ff. We were referred also to well-known sections in Australia and New Zealand (Australia, the Income Tax Assessment Act 1936, s 260; New Zealand, the Income Tax Act 1976, s 99, replacing earlier legislation). Further, it was pointed out that the capital gains tax legislation (starting with the Finance Act 1965) does not contain any provision corresponding to s 460. The intention should be deduced therefore, it was said, to leave capital gains tax to be dealt with by "hole and plug" methods; that such schemes as the present could be so dealt with has been confirmed by later legislation as to "value shifting" (see the Capital Gains Tax Act 1979, s 25ff). These arguments merit serious consideration. In substance they appealed to Barwick CJ in the recent Australian case of *FC of T v Westrad Pty Ltd* (1980) 30 ALR 353 at 354-5; 11 ATR 24 at 26.

I have a full respect for the principles which have been stated but I do not consider that they should exclude the approach for which the Crown contends. That does not introduce a new principle: it would be to apply to new and sophisticated legal devices the undoubted power and duty of the courts to determine their nature in law and to relate them to existing legislation. While the techniques of tax avoidance progress and are technically improved, the courts are not obliged to stand still. Such immobility must result either in loss of tax, to the prejudice of other taxpayers, or to Parliamentary congestion or (most likely) to both. To force the courts to adopt, in relation to closely integrated situations, a step by step, dissecting, approach which the parties themselves may have negated would be a denial rather than an affirmation of the true judicial process. In each case the facts must be established; and a legal

analysis made; legislation cannot be required or even be desirable to enable the court to arrive at a conclusion which corresponds with the parties' own intentions.

The capital gains tax was created to operate in the real world, not that of make-believe. As I said in *Aberdeen Construction Group Ltd v IR Comrs* [1978] 1 All ER 952 at 996; [1978] AC 885 at 893; [1978] STC 127 at 131, it is a tax on gains (or, I might have added, gains less losses), it is not a tax on arithmetical differences. To say that a loss (or gain) which appears to arise at one stage in an indivisible process, and which is intended to be and is cancelled out by a later stage, so that at the end of what was bought as, and planned as, a single continuous operation, is not such a loss (or gain) as the legislation is dealing with is in my opinion well, and indeed essentially, within the judicial function.

We were referred, on this point, to a number of cases in the United States of America in which the courts have denied efficacy to schemes or transactions designed only to avoid tax and lacking otherwise in economic or commercial reality. I venture to quote two key passages, not as authority, but as examples, expressed in vigorous and apt language, of a process of thought which seems to me not inappropriate for the courts in this country to follow. In *Knetsch v United States* (1960) 364 US 361 the Supreme Court found that a transaction was a sham because it "did not appreciably affect the [taxpayer's] beneficial interest ... there was nothing of substance to be realised by [him] from his transaction beyond a tax deduction ... the difference between the two sums was in reality the fee for providing the facade of 'loans'."

In *Gilbert v IR Comr* (1957) 248 F 2d 399 Learned Hand J (dissenting on the facts) said: "The Income Tax Act imposes liabilities upon taxpayers based upon their financial transactions ... If, however, the taxpayer enters into a transaction that does not appreciably affect his beneficial interest except to reduce his tax, the law will disregard it ..."

It is probable that the United States courts do not draw the line precisely where we with our different system, allowing less legislative power to the courts than they claim to exercise, would draw it, but the decisions do at least confirm me in the belief that it would be an excess of judicial abstinence to withdraw from the field now before us.

I will now try to apply these principles to the cases before us. *W T Ramsay Ltd v IR Comrs*

This scheme, though intricate in detail, is simple in essentials. Stripped of the complications of company formation and acquisition, it consisted of the creation of two assets in the form of loans, called loan 1 and loan 2, each of £218,750. These were made by the taxpayer, by

written offer and oral acceptance, on 23 February 1973 to one of the intra-scheme companies, Caithmead Ltd. The terms are important and must be set out. They were: (a) loan 1 was repayable after 30 years at par and loan 2 was repayable after 31 years at par, in each case with the proviso that Caithmead could (but on terms) make earlier repayment if it so desired and would be obliged to do so if it went into liquidation; (b) if either loan were repaid before its maturity date, then it had to be repaid at par or at its market value on the assumption that it would remain outstanding until its maturity date, whichever was the higher; (c) both loans were to carry interest at 11% pa payable quarterly on 1 March, 1 June, 1 September and 1 December in each year, the first such payment to be on 1 March 1973; (d) the taxpayer was to have the right, exercisable once and once only, and then only if it was still the beneficial owner of both loan 1 and loan 2, to decrease the interest rate on one of the loans and to increase correspondingly the interest rate on the other. A few days later, on 2 March 1973, the taxpayer under (d) above, increased the rate of interest on loan 2 to 22% and decreased that on loan 1 to zero. The same day the taxpayer then sold loan 2 (which had naturally increased in value) for £391,481. This produced a "gain" of £172,731 which the taxpayer contends is not a chargeable gain for corporation tax purposes (as to this, see below). Loan 2 was later transferred to a wholly-owned subsidiary of Caithmead and extinguished by the liquidation of that subsidiary. On 9 March 1973 Caithmead itself went into liquidation, on which loan 1 was repayable, and was repaid to the taxpayer. The shares in Caithmead, however, for which the taxpayer had paid £185,034, became of little value and the taxpayer sold them to an outside company for £9387. So the taxpayer made a "loss" of £175,647. It may be added, as regards finance, that the necessary money to enable Ramsay to make the loans was provided by a finance house on terms which ensured that it would be repaid out of the loans when discharged. The taxpayer provided no finance.

Of this scheme, relevantly to the preceding discussion, the following can be said.

1 As the tax consultants' letter explicitly states "the scheme is a pure tax avoidance scheme and has no commercial justification in so far as there is no prospect of T [the prospective taxpayer] making a profit; indeed he is certain to make a loss representing the cost of undertaking the scheme".

2 As stated by the tax consultants' letter, and accepted by the Special Commissioners, every transaction would be genuinely carried through and in fact be exactly what it purported to be.

3 It was reasonable to assume that all steps would, in practice, be

carried out, but there was no binding arrangement that they should. The nature of the scheme was such that once set in motion it would proceed through all its stages to completion.

4 The transactions regarded together, and as intended, were from the outset designed to produce neither gain nor loss: in a phrase which has become current, they were self-cancelling. The "loss" sustained by the taxpayer, through the reduction in value of its shares in Caithmead, was dependent on the "gain" it had procured by selling loan 2. The one could not occur without the other. To borrow from *Rubin v United States* (1962) 304 F 2d 766 approving the Tax Court in *MacRae v IR Comr* (1961) 34 TC 20 at 26, this loss was the mirror image of the gain. The taxpayer would not have entered on the scheme if this had not been so.

5 The scheme was not designed, as a whole, to produce any result for the taxpayer or anyone else, except the payment of certain fees for the scheme. Within a period of a few days, it was designed to and did return the taxpayer except as above to the position from which it started.

6 The money needed for the various transactions was advanced by a finance house on terms which ensured that it was used for the purposes of the scheme and would be returned on completion, having moved in a circle.

On these facts it would be quite wrong, and a faulty analysis, to pick out, and stop at, the one step in the combination which produced the loss, that being entirely dependent on, and merely a reflection of, the gain. The true view, regarding the scheme as a whole, is to find that there was neither gain nor loss, and I so conclude.

Although this disposes of the appeal, I think it right to express an opinion on the particular point which formed the basis of the decisions below. This is whether the gain made on 9 March 1973 by the sale of loan 2 was a chargeable gain. The assumption here, of course, is that it is permissible to separate this particular step from the whole.

The taxpayer claims that the gain is not chargeable on the ground that the asset sold was a debt within the meaning of the Finance Act 1965, Sch 7 para 11. In that case, since the taxpayer was the original creditor, the disposal would not give rise to a chargeable gain. The Crown on the other hand contends that it was a debt on a security, within the meaning of the same paragraph, and of para 5(3)(b) of the same schedule. In that case the exemption in favour of debts would not apply.

The distinction between a debt and a debt on a security, and the criteria of the difference, have already been the subject of consideration in the Court of Session in *Cleveleys Investment Trust Co v IR Comrs*

1971 SC 233; 47 Tax Cas 300 and Aberdeen Construction Group Ltd v IR Comrs 1977 SC 302; [1977] STC 302, and in this House in the latter case ([1978] 1 All ER 962; [1978] AC 885; [1978] STC 127). I think it no overstatement to say that many learned judges have found it baffling, both on the statutory wording and as to the underlying policy. I suggested some of the difficulties of para 11 and of the definition in para 5(3)(b) of the same schedule in the Aberdeen Construction Group Ltd case and I need not recapitulate them. Such positive indications as have been detected are vague and uncertain. It can be seen, however, in my opinion, that the legislature is endeavouring to distinguish between mere debts, which normally (though there are exceptions) do not increase but may decrease in value, and debts with added characteristics such as may enable them to be realized or dealt with at a profit. But this distinction must still be given effect to through the words used.

Of these, some help is gained from a contrast to be drawn between debts simpliciter, which may arise from trading and a multitude of other situations, commercial or private, and loans, certainly a narrower class, and one which presupposes some kind of contractual structure. In the Aberdeen Construction Group Ltd case [1978] 1 All ER 962 at 968; [1978] AC 885 at 895; [1978] STC 127 at 133 I drew the distinction between "a pure unsecured debt as between the original borrower and lender on the one hand and a debt (which may be unsecured) which has, if not a marketable character, at least such characteristics as enable it to be dealt in and if necessary converted into shares or other securities".

To this I would now make one addition and one qualification. Although I think that, in this case, the manner in which loan 2 was constituted, viz by written offer, orally accepted together with evidence of the acceptance by statutory declaration, was enough to satisfy a strict interpretation of "security", I am not convinced that a debt, to qualify as a debt on a security, must necessarily be constituted or evidenced by a document. The existence of a document may be an indicative factor, but absence of one is not fatal. I would agree with the observations of my noble and learned friend Lord Fraser, in relation, in particular, to the Cleveleys Investment Trust Co case. Secondly, on reflection, I doubt the usefulness of a test enabling the debt to be converted into shares or other securities. The definition of para 5(3)(b) is, it is true, expressed to be given for the purposes of para 3 which is dealing with conversion; but I suspect that it was false logic to suppose that, because of this, "securities" are to be so limited, and in any event I doubt whether the test supposed, if a necessary one, is useful, for even a simple debt can, by a suitable contract, be converted into shares or other securities.

With all this lack of certainty as to the statutory words, I do not feel

any doubt that in this case the debt was a debt on a security. I have already stated its terms. It was created by a contract the terms of which were recorded in writing; it was designed, from the beginning, to be capable of being sold, and, indeed, to be sold at a profit. It was repayable after 31 years, or on the liquidation of Caithmead. If repaid before the maturity date, it had to be repaid at par or market value, whichever was the higher. It carried a fixed, though (once) variable, rate of interest.

There was much argument whether with these qualities it could be described as "loan stock" within the meaning of para 5(3)(b) of Sch 7. I do not find it necessary to decide this. The paragraph includes within "security" any "similar security" to loan stock; in my opinion these words cover the facts. This was a contracted loan, with a structure of permanence such as fitted it to be dealt in and to have a market value. That it had a market value, in fact, was stated on 1 March 1973 by Messrs Hoare & Co Govett Ltd, stockbrokers. They then confirmed that an 80% premium would be a fair commercial price having regard to the prevailing levels of long term interest rates. I have no doubt that, in these facts, loan 2 was a debt on a security and therefore an asset which, if disposed of, could give rise to a chargeable gain.

I would dismiss this appeal. *Eilbeck (Insp of Taxes) v Rawling*

The scheme here was quite different from any of the others which I have discussed. It sought to take advantage of para 13(1) of Sch 7 to the Finance Act 1965; this exempts from capital gains tax any gain made on the disposal of, *inter alia*, a reversionary interest under a settlement by the person for whose benefit the interest was created or by any other person except one who acquired the interest for consideration in money. The scheme was, briefly, to split a reversion into two parts so that one would be disposed of at a profit but would fall under the exemption and the other would be disposed of at a loss but could be covered by the exception. Thus, there would be an allowable loss but a non-chargeable gain.

The scheme involved the use of a settlement set up in Gibraltar, another settlement set up in Jersey, and six Jersey companies, namely, to use their short titles, Thun, Goldiwill, Pendle, Tortola, Allamanda and Solandra, which were part of the same organization, under the same management and operating from the same address. The Gibraltar settlement was made in 1973 by one Isola of a sum of £100. When the taxpayer came into the scheme in 1975 the fund consisted of £600,000 all of which was said to be deposited in Jersey with Thun. The trusts were to pay the income to one Josephine Isola until 19 March 1976. Subject thereto the fund was to be held in trust for the settlor Isola, his heirs and assignees. There was a power in cl 5 of the settlement to

advance any part of the capital of the trust fund to the reversioner or to the trustees of any other settlement. But it was a necessary condition, in the latter case, that the reversionary should be indefeasibly entitled to a corresponding interest under such other settlement falling into possession not later than the vesting day, (19 March 1976) under the Gibraltar settlement. On the exercise of any such power a compensation advance had to be made to the income beneficiary.

On 20 March 1975 the settlor's reversionary interest was assigned to Pendle. On 24 March Thun agreed to lend the taxpayer £543,600 to enable him to buy the Gibraltar settlement reversion and agreed with the taxpayer that Tortola would, if required within six months, introduce to the taxpayer a purchaser for the reversion. Pendle then agreed to sell and the taxpayer to buy the reversion for £543,600 and this sale was completed. So the taxpayer (conformably with para 13(1)) had acquired the reversion for consideration in money. The taxpayer directed Thun to pay the £543,600 to Pendle: he also charged his reversionary interests under the Gibraltar settlement and under the Jersey settlement, next mentioned, to Thun to secure the loan of £543,600.

The Jersey settlement was executed, as found by the General Commissioners, as part of the scheme. It was dated 21 March 1975 and made by the taxpayer's brother for £100 with power to accept additions. The trustee was Allamanda. The trustee was to apply the income for charitable or other purposes until the "Closing Date" and subject thereto for the taxpayer absolutely. The closing date was fixed on 24 March 1975 as the date not later than 19 March 1976, the vesting date under the Gibraltar settlement (the exact date seems not to be proved).

On 25 March 1975 the taxpayer requested the Gibraltar trustee to advance £345,000 to the Jersey settlement, to be held as capital of that settlement. On 27 March the Gibraltar trustee appointed £315,000 accordingly, and also appointed £29,610 to compensate the income beneficiary, which had become Goldiwill. These appointments were given effect to by Thun transferring money in Jersey to Allamanda, the Jersey trustee, and Goldiwill. So the taxpayer was now a person for whose benefit a reversion had been created under the Jersey settlement (see again para 13(1)). There was left £255,390 unappointed in the Gibraltar settlement.

On 1 April the taxpayer requested Thun to cause Tortola to nominate a purchaser of his interest under the Gibraltar settlement and on 3 April Tortola nominated Goldiwill. Also on 3 April the taxpayer agreed to sell his reversion under the Gibraltar settlement to Goldiwill for £231,130; the agreement recited that the trust fund then consisted of £255,390. The taxpayer assigned his reversion accordingly. This is the transaction supposed to create the loss. Also on 3 April the taxpayer agreed to sell

his reversion under the Jersey settlement to Thun for £312,100. The agreement recited that the trust fund then consisted of £315,100. Payment for these various transactions was effected by appropriations by Thun. The price for the two reversions (£231,130 and £312,100) making £543,230 due to the taxpayer was set off against the loan of £543,600 made by Thun, leaving a balance due to Thun of £370. The taxpayer paid this and Thun released its charges. The only money which passed from the taxpayer was the £370, £3500 procurement fee and £6115 interest.

Of this scheme the following can be said.

1 The scheme was a pure tax avoidance scheme, designed by Thun and entered into by the taxpayer for the sole purpose of manufacturing a loss matched by a corresponding but exempt capital gain. It was marketed by Thun as a scheme available to any taxpayer who might purchase it, the sums involved being adapted to the purchaser's requirements.

2 Every individual transaction was, as found by the General Commissioners, carried through and was exactly what it purported to be.

3 It was held by the judge and not disputed by the Court of Appeal that, by its agreement with the taxpayer, Thun agreed to procure the implementation of all the steps comprised in the scheme and was in a position to obtain the co-operation of the associated companies Pendle and Goldiwill.

4 The scheme was designed to return all parties within a few days to the position from which they started, and to produce for the taxpayer neither gain nor loss, apart from the expenses of the scheme, the gain and the loss being "self-cancelling". The loss could not be incurred without the gain, because it depended on the reversion under the Gibraltar settlement being diminished by the appointed sum of £315,000 which produced the gain. The taxpayer would not have entered into the scheme unless this had been the case.

5 The scheme required nothing to be done by the taxpayer except the signing of the scheme documents, and the payment of fees. The necessary money was not provided by the taxpayer but was "provided" by Thun on terms which ensured that it would not pass out of its control and would be returned on completion having moved if at all in a circle.

On these facts, it would be quite wrong, and a faulty analysis, to segregate, from what was an integrated and interdependent series of operations, one step, *viz* the sale of the Gibraltar reversion on 3 April

1975, and to attach fiscal consequences to that step regardless of the other steps and operations with which it was integrated. The only conclusion, one which is alone consistent with the intentions of the parties, and with the documents regarded as interdependent, is to find that, apart from a sum not exceeding £370, there was neither gain nor loss and I so conclude.

Although this disposes of the appeal I think it right to deal with the particular point which, apart from the judgment of Templeman LJ, formed the basis of the decisions below. This is whether the sale of the reversion under the Gibraltar settlement on 3 April 1975 gave rise to an allowable loss if regarded in isolation. I regard this, with all deference, as a simple matter. What was sold on 3 April 1975 was the taxpayer's reversionary interest in £255,390; for this the taxpayer received £231,130 certified by Solandra to be the market price. Not only was this the fact (the trust fund at that time was of that amount) but the agreement for sale specifically so stated. It recited that the vendor, the taxpayer, was beneficially entitled to the sole interest in reversion under the Gibraltar settlement, "being a Settlement whereof the trust fund presently consist [*sic*] of £255,390". What he had bought, on the other hand, for £543,600 was a reversionary interest in £600,000, subject to the trustee's power to advance any part to him or to a settlement in which he had an equivalent reversionary interest. After the advance of £315,000 was made (effectively to the taxpayer, so that to this extent he had got back part of his money), all he had to sell was the reversionary interest in the remainder; this he sold for its market price. Alternatively, if the £315,000 is to be considered as in some sense still held under the Gibraltar settlement, the sale on 3 April 1975 to Goldiwill for £231,130 did not include it. On no view can he say that he sold what he had bought; on no view can he demonstrate any loss. I think that substantially this view of the matter was taken by Buckley and Donaldson LJJ, and I agree with their judgments.

I would dismiss this appeal.

Lord Fraser of Tullybelton My Lords, each of these appeals raises one separate question of its own and one wider question common to both. I shall consider the separate questions first. *W T Ramsay Ltd v IR Comrs*

The taxpayer is a farming company. During its accounting period ended 31 May 1973 it sold the freehold of its farm, and made a gain of £187,977 which was chargeable for corporation tax purposes, on the same principles as it would have been charged to capital gains tax in the case of an individual.

Having taken expert advice, the taxpayer entered into a scheme to

create a capital loss which could be set off against that chargeable gain. The essence of the scheme was that the taxpayer acquired two assets, one of which increased in value at the expense of the other, and both of which were then disposed of. The asset which decreased in value consisted of shares in a company called Caithmead Ltd, and the loss on that asset was intended to be allowable for corporation tax purposes, and therefore available to be set off against the gain on the farm. If that part of the scheme is considered by itself, it worked as intended and produced an allowable loss. The asset which increased in value was a loan to Caithmead Ltd. It was one of two loans, and was referred to as "loan 2", and it was intended to be exempt from corporation tax on chargeable gains. The question in this appeal is whether that intention has been successfully realized.

The answer depends entirely on whether loan 2 was "the debt on a security" in the sense of the Finance Act 1965, Sch 7 para 11(1). If it was, the gain on its disposal was chargeable. If it was not, the gain is not chargeable. The very unusual terms on which loan 2 was made by the taxpayer to Caithmead Ltd have been described by my noble and learned friend Lord Wilberforce and I need not repeat them.

The expression "the debt on a security" is not one which is familiar to either lawyers or, I think, business men. Its meaning has been considered in two cases to which we were referred. In *Cleveleys Investment Trust Co v IR Comrs* 1971 SC 233 at 244; 47 Tax Cas 300 at 318 Lord Cameron pointed out that whatever else it may mean it "is not a synonym for a secured debt", and that is generally agreed. Lord Migdale thought that it meant "an obligation to pay or repay embodied in a share or stock certificate ..." (see 1971 SC 233 at 243; 47 Tax Cas 300 at 315). Lord Migdale's view was accepted by all the learned judges of the First Division in *Aberdeen Construction Group Ltd v IR Comrs* 1977 SC 265; [1977] STC 302, but when the Aberdeen case reached this House the existence of a certificate was not treated as the distinguishing feature of the debt on a security. Lord Wilberforce expressed the view that the distinction was "between a pure unsecured debt as between the original borrower and lender on the one hand and a debt (which may be unsecured) which has, if not a marketable character, at least such characteristics as enable it to be dealt in and if necessary converted into shares or other securities": see [1978] 1 All ER 962 at 968; [1978] AC 885 at 895; [1978] STC 127 at 133.

Lord Russell said that loan stock "suggests to my mind an obligation created by a company of an amount for issue to subscribers for the stock, having ordinarily terms for repayment with or without premium and for interest": see [1978] 1 All ER 962 at 975; [1978] AC 885 at 903; [1978] STC 127 at 140. No disapproval of the observations in the Court of Session was expressed, and I expressed general agreement with

them. The authors of the scheme in this appeal may have had these observations in mind when they devised the scheme, as they went to some trouble to avoid having any certificate or voucher of the debt, and relied instead on a statutory declaration setting out the terms and conditions of the loan.

Further consideration has satisfied me that the existence of a document or certificate cannot be the distinguishing feature between the two classes of debt. If Parliament had intended it to be so, that could easily have been stated in plain terms and there would have been no purpose in using the strange phrase "the debts on a security" in para 11(1) of Sch 7, or in referring to the "definition" of security in para 5. The distinction in para 11(1) is, I think, between a simple unsecured debt and a debt of the nature of an investment, which can be dealt in and purchased with a view to being held as an investment. The reason for the provision that no chargeable gain should accrue on disposal of a simple debt by the original creditor must have been to restrict allowable losses (computed in the same way as gains: see the Finance Act 1965, s 23, which was the relevant statute in 1973) because the disposal of a simple debt by the original creditor or his legatee will very seldom result in a gain. No doubt it is possible to think of cases where a gain may result, but they are exceptional. On the other hand it is all too common for debts to be disposed of by the original creditor at a loss, and if such losses were allowed for capital gains tax it would be easy to avoid tax by writing off bad debts, for example those owed by impecunious relatives. But debts on a security, being of the nature of investments, are just as likely to be disposed of by the original creditor at a gain as they are at a loss, and they are subject to the ordinary rule.

The features of the debt loan 2 in the present case which in my opinion take it out of the class of simple debts into the class of debts on a security are these. First and foremost, the debtor was not bound to repay it for 31 years. Such a long fixed term is unusual for a debt, but it is typical of loan stock (a term which I use hereafter to include similar securities). Second, the debtor was entitled to repay it sooner, and bound to repay it on liquidation, but in either of these cases only at the higher of face value or market value, market value being calculated on the assumption that it would remain outstanding for the full period of 31 years. Conditions of that sort are very unusual when attached to a debt, but are characteristic of loan stock. Third, it bore interest and thus produced income to the creditor, as an investment such as loan stock normally does but as debts normally do not. For example, the debt owed by a subsidiary company to its parent company in the Aberdeen case did not carry interest. It is to be observed that para 11(1) refers not to loan but to "debt" and thus includes ordinary trade debts which rarely

carry interest. Fourth, being a long term interest-bearing debt, it possessed the characteristics of marketability. Indeed, loan 2 was created only in order to be sold at a profit and it was so sold. It could have been sold and assigned in part like loan stock, although an action to enforce payment might have required the concurrence of the original creditor.

If loan 2 had been surrendered and its proceeds used to pay for shares, it could in a loose sense be said to have been "converted" into shares or a new loan. But it was no more, and no less, convertible than a simple debt, and I do not consider that convertibility is a distinguishing factor of a loan on a security.

Counsel for Ramsay said that loan stock had to be capable of being "issued" and "subscribed for" and the loan 2 did not satisfy these requirements. But I agree with Templeman LJ that loan 2 was in fact issued and subscribed for although the processes were simple because only one lender was involved.

For these reasons I agree with the Court of Appeal that loan 2 fell within the description of a debt on a security and that the taxpayer's gain on disposal of it was chargeable. I would dismiss this appeal on that ground. *Eilbeck (Insp of Taxes) v Rawling*

This is another scheme designed to eliminate or reduce a capital gain. In this case the gain arose from sales of shares and amounted to about £355,000. Again, the details of the scheme have been explained by my noble and learned friend Lord Wilberforce, and I refer only to its essential elements. On 24 March 1975 the taxpayer acquired for £543,600 an asset, consisting of the reversionary interest under a settlement made in Gibraltar and administered by a trustee in Gibraltar. The taxpayer claims that on 3 April 1975 he sold the same asset for £231,130 thereby making a loss of £312,470. The reason why the sale price was so much lower than the cost price of what is said to be the same asset only ten days earlier was that the trustee, in the exercise of a power under cl 5(2) of the settlement, had appointed £315,000 out of the capital trust fund to the trustees of another settlement. The other settlement had been made in Jersey and was administered by a trustee in Jersey. (The geographical location of these trusts is entirely irrelevant to the question raised in this appeal, which would be the same if both trusts had been in England). The taxpayer maintains that the reduction in the amount of the Gibraltar trust fund, and hence the value of his reversionary interest in it, did not affect the continuing identity of the fund or of his interest. He says that his interest was in the assets of the fund, as they existed from time to time, and that it remains the same interest notwithstanding a change in the individual assets or in their value.

My Lords, I do not accept that contention. No doubt it would have been correct if the fall in value of the Gibraltar trust fund had been brought about merely by a fall in the value of its component assets, for instance, if the total value of the trust investments had fallen, or even if some of the investments had been altogether lost. But the position is entirely different in this case where the trust fund was divided into two parts, of which one was handed over to the Jersey trustee and the other was retained by the Gibraltar trustee. The retained fund was not the whole fund in which the taxpayer had bought an interest. It was only part of the fund and the reversionary interest in the retained part was only part of the reversionary interest which the taxpayer had bought. If the fund had been invested in stocks and shares, or other assets, it would have been necessary to apportion the assets to one or other part of the fund. This would have been more obvious if the retained fund had been sold before the appointment in favour of the Jersey settlement had been made; in that case the sale would expressly have been of part only of the total fund. It follows therefore that the taxpayer's claim to have sustained a loss measured by the difference between the cost of the whole reversionary interest and the price realized for part of it must fail.

That is enough to negative the taxpayer's claim as put forward, but I would go further and would adopt the analysis of Buckley LJ of the true position. In the circumstances of this case, where the appointment by the Gibraltar trustee was made under a special power, I agree with Buckley and Donaldson LJJ that the taxpayer's reversionary interest in the appointed fund is properly to be regarded as part of his interest in the Gibraltar fund. Buckley LJ (but not Donaldson LJ) assumed that the "closing date" appointed by the trustee of the Jersey settlement was the same as the "vesting day" under the Gibraltar settlement, that is 19 March 1976. There is no finding to that effect and we were told that the "closing date" probably was 6 May 1975. But the identity of dates was not essential to the reasoning on which Buckley LJ proceeded. The position was that, after the appointment, the appointed fund was held by the Jersey trustee for purposes which, although in some respects different from those of the Gibraltar settlement (the tenant for life being different and the closing date probably being different), were within the limits laid down in the Gibraltar settlement. In particular the reversioner was the same and the closing date was not later than the vesting date in the Gibraltar settlement. If the difference had not been within the permitted limits, the appointment would of course not have been *intra vires* the Gibraltar trustee. Accordingly, the true price realized on disposal of the taxpayer's interest was in my opinion the sum of the price of the retained fund in Gibraltar (£231,130) and of the appointed fund in Jersey (£312,100), amounting to £543,230. His loss was therefore about £370.

For these reasons I would dismiss this appeal.

The wider question: was there a disposal in either of these cases?

The Crown maintains that it is entitled to succeed in both these appeals on the wider ground that in neither case should the disposal of the loss-making asset be considered separately from the scheme of which it formed part. On behalf of the taxpayer in each case reliance was placed on the finding by the Special Commissioners that the various steps in the scheme were not shams. The meaning of the word "sham" was considered by Diplock LJ in *Snook v London and West Riding Investments Ltd* [1967] 1 All ER 518 at 528; [1967] 2 QB 786 at 802, where he said that "it means acts done or documents executed by the parties to the 'sham' which are intended by them to give to third parties or to the court the appearance of creating between the parties legal rights and obligations different from the actual legal rights and obligations (if any) which the parties intend to create".

Thus an agreement which is really a hire-purchase agreement but which masquerades as a lease would be a sham. Although none of the steps in these cases was a sham in that sense, there still remains the question whether it is right to have regard to each step separately when it was so closely associated with other steps with which it formed part of a single scheme. The argument for the Crown in both appeals was that that question should be answered in the negative and that attention should be directed to the scheme as a whole. This question must, of course, be considered on the assumption that the taxpayer would have been entitled to succeed on the separate point in each case.

In my opinion the argument of the Crown is well founded and should be accepted. Each of the taxpayers purchased a complete prearranged scheme, designed to produce a loss which would match the gain previously made and which would be allowable as a deduction for corporation tax (capital gains tax) purposes. In these circumstances the court is entitled and bound to consider the scheme as a whole: see *IR Comrs v Plummer* [1979] 3 All ER 775 at 779; [1980] AC 896 at 907; [1979] STC 793 at 797 and *Chinn v Collins (Insp of Taxes)* p 189, *supra*. The essential feature of both schemes was that, when they were completely carried out, they did not result in any actual loss to the taxpayer. The apparently magic result of creating a tax loss that would not be a real loss was to be brought about by arranging that the scheme included a loss which was allowable for tax purposes and a matching gain which was not chargeable. In *Ramsay* the loss arose on the disposal of the taxpayer's shares in *Caithmead Ltd*. In *Rawling* it arose

on the disposal of the taxpayer's reversionary interest in the retained part of the Gibraltar settlement. But it is perfectly clear that neither of these disposals would have taken place except as part of the scheme, and, when they did take place, the taxpayer and all others concerned in the scheme knew and intended that they would be followed by other prearranged steps which cancelled out their effect. In *Rawling* the intention was made explicit as the supplier of the scheme, a company called Thun Holdings Ltd, bound itself contractually, if the scheme was once embarked on, to carry through all the steps. There is, therefore, no reason why the court should stop short at one particular step. In *Ramsay* the supplying company, *Dovercliffe Ltd*, did not undertake any contractual obligation to carry the scheme through, but there was a clear understanding between the taxpayer and *Dovercliffe* that the whole scheme would be carried through; that was why the taxpayer had purchased the scheme. The absence of contractual obligation does not in my opinion make any material difference.

The taxpayer in both cases bought a complete scheme for which he paid a fee. Thereafter he was not required to produce any more money, although large sums of money were credited and debited to him in the course of the complicated transactions required to carry out the scheme. The money was lent to the taxpayer at the beginning of the scheme, by Thun in the *Rawling* case and by a finance company, *Slater Walker*, in the *Ramsay* case, and was repaid to the lender at the end. The taxpayer never at any stage had the money in his hands, nor was he ever free to dispose of it otherwise than in accordance with the scheme. His interest in the assets, the shares and loans in the *Ramsay* case and the trust funds in the *Rawling* case, were charged in favour of the lenders by way of security, so that he was never in a position to require the price of any asset that was sold to be paid to him. Throughout the whole series of transactions the money was kept within a closed circuit from which it could not escape.

In *Rawling* there was not even any need for real money to be involved at all. On 24 March 1975 Thun agreed to lend the taxpayer £543,600 to enable him to purchase the reversionary interest in the Gibraltar settlement. On the same day the taxpayer agreed to purchase and *Pendle* (a subsidiary company of Thun) agreed to sell the reversionary interest to him and assign it to him, and the taxpayer directed Thun to pay the £543,600 to *Pendle*. The taxpayer never handled the money, and presumably the payment to *Pendle* was effected by an entry in the books of Thun, though it was not proved that such an entry was made. When the taxpayer sold his reversionary interest in the Gibraltar settlement to another subsidiary of Thun, it was already charged to Thun in security and the purchase price was paid by the subsidiary to Thun, again presumably by an entry in Thun's books. His reversionary

interest in the Jersey settlement was sold direct to Thun and the balance of Thun's original loan to the taxpayer was extinguished. There was apparently no evidence before the special commissioners that Thun actually possessed the sum of £543,600 which they lent to the taxpayer to set the scheme in motion, not to mention any further sums that they may have lent to other taxpayers for other similar schemes which may have been operating at the same time, and it might well have been open to the Special Commissioners to find that the loan, and all that followed on it, was a sham. But they have not done so. In Ramsay "real" money in the form of a loan from Slater Walker was used so that a finding of sham in that respect would not have been possible.

Counsel for the taxpayer naturally pressed on us the view that if we were to refuse to have regard to the disposals which took place in the course of these schemes, we would be departing from a long line of authorities which required the courts to regard the legal form and nature of transactions that have been carried out. My Lords, I do not believe that we would be doing any such thing. I am not suggesting that the legal form of any transaction should be disregarded in favour of its supposed substance. Nothing that I have said is in any way inconsistent with the decision in the Duke of Westminster case [1936] AC 1; [1935] All ER Rep 259; 19 Tax Cas 490 where there was only one transaction, the grant of an annuity, and there was no question of its having formed part of any larger scheme. The view that I take of this appeal is entirely consistent with the decision in Chinn v Collins (Insp of Taxes); and it could in my opinion have been the ground of decision in Floor v Davis in accordance with the dissenting opinion of Eveleigh LJ in the Court of Appeal with which I respectfully agree. In that case the taxpayer wished to dispose of shares in a company to an American company called KDI at a price which would have produced a large chargeable gain. In order to avoid the liability to capital gains tax he adopted a scheme which involved the incorporation of another company, FNW, to which he transferred his shares in order that they could subsequently be transferred by FNW to KDI. Eveleigh LJ said [1978] 2 All ER 1079 at 1089; [1978] Ch 295 at 313; [1978] STC 436 at 446:

"I see this case as one in which the court is not required to consider each step taken in isolation. It is a question of whether or not the shares were disposed of to KDI by the taxpayer. I believe that they were. Furthermore, they were in reality at the disposal of the original shareholders until the moment they reached the hand of KDI, although the legal ownership was in FNW. I do not think that this conclusion is any way vitiated by IR Comrs v Duke of Westminster. In that case it was sought to say that the payments under covenant were not such but were payments of wages. I do not seek to say that the transfer to FNW was not a transfer. The important feature of the present case is that the

destiny of the shares was at all times under the control of the taxpayer who was arranging for them to be transferred to the American company. The transfer to FNW was but a step in that process."

In my opinion the reasoning contained in that passage is equally applicable to the present appeals.

Accordingly I would refuse both appeals on the additional ground that the relevant asset in each case was not disposed of in the sense required by the statutes.

Lord Russell of Killowen My Lords, I find myself in full agreement with what has fallen from my noble and learned friends Lord Wilberforce and Lord Fraser, both on the features peculiar to these cases and on the general principles enunciated by them. I cannot hope for and will not attempt any improvements.

I am however unable to resist the temptation to add a brief comment on the Rawling case. That comment is that I wholly fail to comprehend the contention that the taxpayer sustained a loss (unless it be £370). The moneys advanced into the Jersey settlement, out of the Gibraltar settlement funds in which the taxpayer had acquired an absolute reversionary interest, conferred on him an absolute reversionary interest in the advanced funds which could not fall into possession later than it would have done under the Gibraltar settlement. The power of advancement was so framed that no other outcome was possible. Thus the taxpayer remained absolutely entitled in reversion to the funds. When the taxpayer sold his interest in the remaining unadvanced fund he sold only part of his reversionary interest. If the sequence of events had been the sale of his reversionary interest in £255,390 to Goldiwill, followed by advancement of the remaining £315,000 into the Jersey settlement, nobody could begin to suggest that there was a loss made on the sale to Goldiwill. This to my mind demonstrates the absurdity of the suggestion that a loss was incurred by the taxpayer by a reverse of that sequence. There was a further power under the Gibraltar settlement to advance directly into the taxpayer's pocket, and it was found necessary to the taxpayer's claim of a loss that, if that had happened, there would nevertheless have been the loss asserted on the disposal of his reversionary interest in the remainder to Goldiwill. That cannot possibly be right.

Lord Roskill My Lords, I have had the advantage of reading in draft the speeches of my noble and learned friends Lord Wilberforce and Lord Fraser in these two appeals. I agree entirely with what my noble and learned friends have said and for the reasons they give

I would dismiss both appeals.

Lord Bridge of Harwich My Lord, I have had the advantage of reading in draft the speech of my noble and learned friend Lord Wilberforce. I am in complete and respectful agreement with it and cannot usefully and anything to it; accordingly I, too, would dismiss both these appeals.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellants: *Slowes; J Memey and Co.*

Solicitor for the respondent: *Inland Revenue Solicitor.*



HOUSE OF LORDS

FURNISS (INSPECTOR OF TAXES) v DAWSON

LORD Fraser of Tullybelton, Lord SCARMAN, Lord Roskill, Lord Bridge of HARWICH and Lord Brightman

9 February 1984 -

Lord Fraser of Tullybelton My Lords, I have had the advantage of reading in draft the speech prepared by my noble and learned friend, Lord Brightman, in these consolidated appeals and I entirely agree with

his conclusion and his reasoning. The facts are fully stated in his speech and I do not repeat them. I wish to add only a few comments.

The importance of this case is, in my opinion, in enabling your Lordships' House to explain the effect of the decision in *W T Ramsay v IRC; Eilbeck (Insp of Taxes) v Rawling* (1981) 11 ATR 752; [1982] AC 300 and to dispose of what are, I think, the misunderstandings about the scope of that decision which have prevailed in the Court of Appeal. In *Ramsay* the House had to consider an elaborate and entirely artificial scheme for avoiding liability to tax. Viewed as a whole, it was self-cancelling. In the present case the scheme was much simpler, and it was not self-cancelling; on the contrary, it had what Vinelott J described as "enduring legal consequences". But while the cases differ in that respect, it is not a sufficient ground for distinguishing the present case from *Ramsay*. The true principle of the decision in *Ramsay* was that the fiscal consequences of a preordained series of transactions, intended to operate as such, are generally to be ascertained by considering the result of the series as a whole, and not by dissecting the scheme and considering each individual transaction separately. The principle was stated in the speech of Lord Wilberforce in *Ramsay* at (ATR) 756; (AC) 324, especially between where his Lordships said this:

"For the commissioners considering a particular case it is wrong, and an unnecessary self limitation, to regard themselves as precluded by their own finding that documents or transactions are not 'shams', from considering what, as evidenced by the documents themselves or by the manifested intentions of the parties, *the relevant transaction* is. They are not, under the Westminster doctrine or any other authority, bound to consider individually each separate step in a composite transaction intended to be carried through as a whole."

(emphasis added)

It was by applying that principle that Lord Wilberforce in the next paragraph of his speech in *Ramsay* approved of the approach by Eveleigh LJ to the first stage of the transaction in *Floor v Davis* [1978] 1 Ch 295. I also attempted to apply the same principle when I expressed the opinion (*Ramsay* at (ATR) 769; (AC) 339) that "it could, in my opinion, have been the ground of decision in *Floor v Davis* (Insp of Taxes) [1978] 1 Ch 295(CA); [1980] AC 695(HL) ... in accordance with the dissenting opinion of Eveleigh LJ in the Court of Appeal ... with which I respectfully agree". Eveleigh LJ and Lord Wilberforce and I all referred only to the first stage of the transaction in *Floor v Davis*, and we did not rely to any extent upon the existence of the second stage, as the Court of Appeal in the present case appear to have thought. The first stage, viewed by itself, was clearly more favourable to the argument for the taxpayer than the two stages taken together; if the argument for the

taxpayer failed even at the first stage, that would simply be an additional reason for reaching the decision against him. As it happens, the whole transaction in the present case is very similar to the first stage in *Floor v Davis* (the only material difference being that Greenjacket has more enduring functions than FMW had).

The series of two transactions in the present case was planned as a single scheme, and I am clearly of opinion that it should be viewed as a whole. The relevant transaction, if I may borrow the expression used by Lord Wilberforce, consists of the two transactions or stages taken together. It was a disposal by the respondents of the shares in the operating company for cash to Wood Bastow.

I would allow the appeal.

Lord Scarman My Lords, I would allow the appeals for the reasons given by my noble and learned friend, Lord Brightman. I add a few observations only because I am aware, and the legal profession (and others), must understand, that the law in this area is in an early stage of development. Speeches in your Lordships' House and judgments in the appellate courts of the United Kingdom are concerned more to chart a way forward between principles accepted and not to be rejected than to attempt anything so ambitious as to determine finally the limit beyond which the safe channel of acceptable tax avoidance shelves into the dangerous shallows of unacceptable tax evasion.

The law will develop from case to case. Lord Wilberforce in *Ramsay's* case referred to "the emerging principle" of the law. What has been established with certainty by the House in *Ramsay's* case is that the determination of what does, and what does not, constitute unacceptable tax evasion is a subject suited to development by judicial process. The best chart that we have for the way forward appears to me, with great respect to all engaged on the map-making process, to be the words of my noble and learned friend, Lord Diplock, in *IRC v Burmah Oil Co Ltd* (1982) 54 TC 200 which my noble and learned friend, Lord Brightman, quotes in his speech. These words leave space in the law for the principle enunciated by Lord Tomlin in *IRC v Duke of Westminster* [1936] AC 1 that every man is entitled if he can to order his affairs so as to diminish the burden of tax. The limits within which this principle is to operate remain to be probed and determined judicially. Difficult though the task may be for judges, it is one which is beyond the power of the blunt instrument of legislation. Whatever a statute may provide, it has to be interpreted and applied by the courts: and ultimately it will prove to be in this area of judge-made law that our elusive journey's end will be found.

Lord Roskill My Lords, I have had the opportunity of reading in draft the speeches delivered or to be delivered and in common with all your Lordships I have reached the clear conclusion that these appeals by the Revenue must be allowed and that the reasoning in the courts below cannot be supported. I respectfully and entirely agree with the speeches of my noble and learned friends, Lord Fraser of Tullybelton and Lord Brightman. I only add to your Lordships' speeches out of respect for all the learned judges from whom the House is differing. Repeated perusal of their long and careful judgments has left me with the impression, which I am comforted to see is shared by my noble and learned friend, Lord Brightman, that they were seeking a route by which they might confine the decisions in *Ramsay* and *Burmah* to cases which were similar on their facts, that is to say where the transactions under attack were what have been described in argument as "self-cancelling". Those cases apart, what the learned judges all regarded as the principles long established by the Duke of Westminster's case might continue to reign supreme and unchallenged. They sought to find support for their conclusions in the majority judgments in the Court of Appeal in *Floor v Davis* and were not prepared to accept that in *Ramsay* this House had, at least in principle if not explicitly, approved of the much discussed dissenting judgment of Eveleigh LJ in the former case. As my noble and learned friends have pointed out, on any view the relevant statements in those majority judgments of Sir John Pennycuik and Buckley LJ were obiter since this House subsequently decided in favour of the Revenue on another point and therefore had no cause to pronounce upon the rival merits of the views expressed upon what became known as "the first issue".

The error, if I may venture to use that word, into which the courts below have fallen is that they have looked back to 1936 and not forward from 1982. They do not appear to have appreciated the true significance of the passages in the speeches in *Ramsay* of my noble and learned friends, Lord Wilberforce at (ATR) 758; (AC) 325-6 and Lord Fraser of Tullybelton at (ATR) 767; (AC) 337, and, even more important, of the warnings in *Burmah* given by my noble and learned friends, Lord Diplock and Lord Scarman in the passages to which Lord Brightman refers and which I will not repeat. It is perhaps worth recalling the warning given, albeit in another context by Lord Atkin, who himself dissented in the Duke of Westminster's case, in *United Australia Ltd v Barclays Bank Ltd* [1941] AC 1 at 29, "when these ghosts of the past stand in the path of justice clanking their mediaeval chains, the proper course for the judge is to pass through them undeterred". 1936, a bare half century ago, cannot be described as part of the Middle Ages but the ghost of the Duke of Westminster and of his transaction, be it noted a single and not a composite transaction, with his gardener and with other members of his staff, has haunted the administration of this branch of

the law for too long. I confess that I had hoped that that ghost might have found quietude with the decisions in Ramsay and in *Burmah*. Unhappily it has not. Perhaps the decision of this House in these appeals will now suffice as exorcism.

I would only add, ignoring for the moment that the effect of the Duke of Westminster's case was subsequently nullified by statute, that I express no view whether were that case to arise for decision since 1982, the Duke or the Revenue would emerge as the ultimate victor.

My Lords, learned counsel for the taxpayers ultimately found himself constrained to admit that the majority judgments in *Floor v Davis* could not stand alongside the decisions in Ramsay and *Burmah*. *I think he was entirely right to make this concession. But he sought to distinguish the present cases from Floor v Davis on their facts contending that in these cases Greenjacket's existence had enduring consequences whereas in Floor v Davis Donmarco, the recipient of the ultimate proceeds of sale, did not. He also submitted that the dissenting judgment of Eveleigh LJ was founded upon consideration of stage 2 of the transactions there in question and not only upon stage 1. My Lords, with respect, I regard both submissions as untenable. The learned Lord Justice was quite clearly treating the stage 1 transaction as involving a disposal to the ultimate purchaser which itself attracted capital gains tax. There is no relevant reference to stage 2 from beginning to end of his judgment. It was his view which found support in Ramsay and rejection of it at the present time would involve rehabilitation of the majority judgments in Floor v Davis, which as already pointed out were not and indeed are not now capable of being supported.*

My Lords, I think Oliver LJ was also influenced by fears of double taxation were the Revenue's submissions to be accepted. In my view the answer to the learned Lord Justice's fears is provided by my noble and learned friend, Lord Brightman, in his speech in accordance with the submissions of Mr Millet QC for the Revenue and I have nothing further to add on this part of the case.

In conclusion, therefore, I am convinced that there was a disposal by the Dawsons to Wood Bastow in consideration of the payment to be made by Wood Bastow to Greenjacket at the behest of the Dawsons. This disposal is not exempt. Capital gains tax is payable. It is for these reasons as well as for those expressed by my noble and learned friends to whose speeches I have already referred I would allow these appeals. I would however make no order as to costs either in this House or in the courts below.

Lord Bridge of Harwich My Lords, I have had the advantage of reading in draft the speech of my noble and learned friend, Lord

Brightman, and I agree with it.

In one sense these appeals can be disposed of on a very short and simple ground. The facts of the present case are, for relevant purposes, indistinguishable from the facts of *Floor v Davis (Insp of Taxes)* [1978] 1 Ch 295(CA); [1980] AC 695(HL) limited to the transactions which in that case were referred to throughout as constituting stage 1. *Floor v Davis* was in fact decided in favour of the Crown both in the Court of Appeal and the House of Lords on a ground wholly irrelevant to the present appeal arising from the transactions involved in stage 2, and the stage 1 point was never considered when the case came before this House. Hence the conflicting opinions expressed in the Court of Appeal as to the legal effect of the stage 1 transactions were entirely obiter. The judgment of Eveleigh LJ relating to stage 1 contains no word of reference to stage 2 and the theory that he was influenced in his conclusion as to stage 1 by any of the factors arising at stage 2 is quite untenable. Eveleigh LJ concluded that the transactions involved in stage 1, by themselves, effected a disposal by the taxpayers of their shares to the ultimate purchasers which attracted capital gains tax. That conclusion was unanimously approved, albeit again obiter, by your Lordships' House in *W T Ramsay Ltd v IRC; Eilbeck (Insp of Taxes) v Rawling* (1981) 11 ATR 752; [1982] AC 300. It inevitably follows that, unless your Lordships are willing to reject that unanimous opinion of the House and reinstate the views on this point of the majority of the Court of Appeal in *Floor v Davis* (Buckley LJ and Sir John Pennycuick) whose reasoning counsel for the taxpayers in the instant case did not feel able to support, the appeal must succeed.

But in another sense the present appeal marks a further important step, as a matter of decision rather than mere dictum, in the development of the courts' increasingly critical approach to the manipulation of financial transactions to the advantage of the taxpayer. Of course, the judiciary must never lose sight of the basic premise expressed in the celebrated dictum of Lord Tomlin in *IRC v Duke of Westminster* [1936] AC 1 at 19, that: "Every man is entitled if he can to order his affairs so that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it otherwise would be." Just a year earlier Judge Learned Hand, giving the judgment of the United States 2nd Circuit Court of Appeals in *Helvering v Gregory* 69 Fed Rep 2nd Series 809, had said the same thing in different words: "Anyone may so arrange his affairs that his taxes shall be as low as possible; he is not bound to choose that pattern which will best pay the Treasury." Yet, while starting from this common principle, the Federal Courts of the United States and the English courts have developed, quite independently of any statutory differences, very different techniques for the scrutiny of tax avoidance schemes to test their validity.

The extent to which the speeches of the majority in the Westminster case still tend to dominate the thinking in this field of the English judiciary is well shown by the judgments in the courts below in the instant case. In particular, the Westminster case seems still to be accepted as establishing that the only ground on which it can be legitimate to draw a distinction between the substance and the form of transactions in considering their tax consequences is that the transactions are shams, in the sense that they are not what, on their face, they purport to be. The strong dislike expressed by the majority in the Westminster case for what Lord Tomlin described as "the doctrine that the court may ignore the legal position and regard what is called 'the substance of the matter' " is not in the least surprising when one remembers that the only transaction in question was the Duke's covenant in favour of his gardener and the bona fides of that transaction was never for a moment impugned.

When one moves, however, from a single transaction to a series of inter-dependent transactions designed to produce a given result, it is, in my opinion, perfectly legitimate to draw a distinction between the substance and the form of the composite transaction without in any way suggesting that any of the single transactions which make up the whole are other than genuine. This has been the approach of the United States Federal Courts enabling them to develop a doctrine whereby the tax consequences of the composite transaction are dependent on its substance not its form. I shall not attempt to review the American authorities, nor do I propose a wholesale importation of the American doctrine in all its ramifications into English law. But I do suggest that the distinction between form and substance is one which can usefully be drawn in determining the tax consequences of composite transactions and one which will help to free the courts from the shackles which have for so long been thought to be imposed upon them by the Westminster case.

I shall attempt no exhaustive exposition of all the criteria by which, for the purpose I suggest, form and substance are to be distinguished. Once a basic doctrine of form and substance is accepted, the drawing of precise boundaries will need to be worked out on a case by case basis. But I venture to point out what a simple and readily applicable test a distinction between form and substance would have provided to arrive at the conclusions already reached in some of the cases of composite transactions decided by your Lordships' House. It would need no more than a cursory exposition of the avoidance schemes in Ramsay and Rawling to lead any intelligent layman to the conclusion that neither scheme was designed to achieve any substantial effect in the real world and that the elaborate steps designed to manufacture a tax deductible loss in each case were purely formal in character. If

Special or General Commissioners had been directed to approach either case on the basis that the tax consequences of the interlocking, inter-dependent and predetermined transactions were to be judged by reference to the substance not the form of the composite transaction, I cannot think they would have had any difficulty in arriving at the right answer.

The facts in *IRC v Burmah Oil Co Ltd* (1982) 54 TC 200 were more complicated but the effect of the decision of this House could fairly be summarised by saying that the scheme adopted by Burmah to convert a bad debt owing to it by a subsidiary company (a non-deductible loss) into a loss realised on the liquidation of that subsidiary which would be tax deductible was formal rather than substantial. In the words of Lord Fraser of Tullybelton: "The question in this part of the appeal is whether the present scheme, when completely carried out, did or did not result in a loss such as the legislation is dealing with, which I may call for short, a real loss. In my opinion it did not.

Lord Diplock referred to: "a pre-ordained series of transactions (whether or not they include the achievement of a legitimate commercial end) into which there are inserted steps that have no commercial purpose apart from the avoidance of a liability to tax which in the absence of those particular steps would have been payable". This seems to me to be language expressing with perfect precision the concept of steps which are formal rather than substantial.

The distinction between form and substance in the instant case is still easier to draw. As my noble and learned friend, Lord Brightman, has pointed out, if there had been here at the outset a tripartite contract between the taxpayers, Greenjacket and Wood Bastow, the beneficial interest in the taxpayers' shares would have passed directly to Wood Bastow. The twin purpose of achieving the identical result by the elaborate and carefully timed scheme fully described in the speech of my noble and learned friend, Lord Brightman, was (i) to avoid a direct disposal of the shares to Wood Bastow, and (ii) to ensure that for a *scintilla temporis* the beneficial interest in the shares was held by Greenjacket in order to found Greenjacket's claim to have been in control of the operating companies for the purposes of para 6(2) of Sch 7 to the Finance Act 1965. Nothing could be clearer than that these two features of the pre-ordained scheme were purely formal and had no effect on the substance of the composite transaction.

I would allow the appeals.

Lord Brightman My Lords, the transaction which we are called upon to consider is not a tax avoidance scheme, but a tax deferment scheme. The scheme has none of the extravagances of certain tax avoidance

schemes which have recently engaged the attention of the courts, where the taxpayer who has been fortunate enough to realise a capital profit has gone out into the street and, with the aid of astute advisers, manufactured out of a string of artificial transactions a supposed loss in order to counteract the profit which he has already made. The scheme before your Lordships is a simple and honest scheme which merely seeks to defer payment of tax until the taxpayer has received into his hands the gain which he has made.

There are three consolidated appeals. The taxpayers are Mr George Dawson, who has died since the start of the proceedings and whose estate is represented by his widow; and his sons Mr Douglas Dawson and Mr Rexford Dawson.

The facts are simple, and were admirably found by the Special Commissioners for the purpose of dealing with the only point which was then in issue. They are as follows:

1 Mr George Dawson, together with his wife and two sons, held shares in two companies (the Operating Companies) which manufactured clothing. They held all the shares in one company and most of the shares in the other company. I propose to ignore this small outside shareholding. Mr Wood was the Chairman and Managing Director of Wood Bastow Holdings Ltd (Wood Bastow). In September 1971 Mr Dawson and Mr Wood agreed in principle that Wood Bastow should buy the entire shareholding in the Operating Companies.

2 Solicitors were instructed on each side. Further negotiations took place. In particular, the solicitors acting for Wood Bastow asked for the capital of the Operating Companies to be reorganised so as to include the issue of renounceable letters of allotment, in order to minimise the stamp duty payable by them on the purchase.

3 Acting on advice, the Dawsons decided not to sell directly to Wood Bastow. They "arranged first to exchange their shares for shares in an investment company to be incorporated in the Isle of Man. Any sale to the ultimate purchaser would, it was contemplated, be a sale by the Isle of Man company".

4 On 15 November 1971 a meeting took place between the solicitors. At this meeting the solicitors for Wood Bastow first became aware of the proposal to introduce an Isle of Man company. They accepted the proposal, subject to certain amendments being made to the draft documents then in course of preparation. 20 December was fixed as the date for completion.

5 On 16 December the following events occurred-

(a) A company called Greenjacket Investments Ltd (Greenjacket) was incorporated in the Isle of Man by Manx solicitors acting upon the instructions of the Dawson solicitors. The subscribers to the memorandum of association were Mr J E Crellin, a member of the Manx firm of solicitors, and Mr Moroney, who was articulated to them.

(b) A meeting of the subscribers took place at which they and Mr P G Crellin were nominated as the first directors.

(c) A first meeting of the Board took place at which there were produced to the meeting (i) the agreement, which was then presumably in the form of an unexecuted engrossment or a draft, whereby Greenjacket would purchase the shares in the Operating Companies for the sum of £152,000 which was to be satisfied by the issue of shares in Greenjacket; I will call this "the First Sale Agreement"; and (ii) a draft agreement for Greenjacket to sell the shares in the Operating Companies to Wood Bastow for £152,000; I will call this "the Second Sale Agreement".

(d) At the same Board meeting it was resolved (i) that the two Sale Agreements be proceeded with; (ii) that the First Sale Agreement be executed; it was ultimately dated 20 December and exchanged on that date; (iii) that the shares in the Operating Companies (with an immaterial exception) be taken in the name of Greenjacket; (iv) that Mr Moroney be authorised to execute the Second Sale Agreement on behalf of Greenjacket; and (v) that in anticipation thereof the transfers of the shares in the Operating Companies to Wood Bastow (as they would exist after later reorganisation) be executed and held in escrow, which was then done.

6 On 20 December a meeting for the completion of the sale to Wood Bastow took place as planned. It was held at the offices of Messrs Browne, Jacobson and Roose, the Dawson solicitors. The following activities took place-

(a) Meetings of the Boards of the Operating Companies and extraordinary general meetings of such companies were held at which resolutions were passed to reorganise the share capitals of the Operating Companies in the manner desired by Wood Bastow.

(b) Mr Moroney, who attended completion, produced the First Sale Agreement and telephoned the Isle of Man in order to ascertain that the Board of Greenjacket were allotting the consideration shares in that company to the Dawsons.

(c) The Boards of the Operating Companies approved transfers of the shares therein to Greenjacket.

(d) The Second Sale Agreement was exchanged and the sale completed in consideration of the payment of the purchase money by Wood Bastow to Greenjacket.

(e) The Boards of the Operating Companies approved the transfers of the shares therein to Wood Bastow.

The Board meetings of the Operating Companies were interrupted on three occasions; first, to enable extraordinary general meetings to be held to reorganise the share capitals; secondly, to enable the First Sale Agreement to be exchanged between the Dawsons and Greenjacket; and thirdly, to enable the Second Sale Agreement to be exchanged. There are very full minutes of the Board meeting of one of the Operating Companies and similar minutes exist in the case of the other company. These show that the whole process was planned and executed with faultless precision. The meetings began at 12.45 pm on 20 December, at which time the shareholdings of the Operating Companies were still owned by the Dawsons unaffected by any contract for sale. They ended with the shareholdings in the ownership of Wood Bastow. The minutes do not disclose when the meeting ended, but perhaps it was all over in time for lunch.

Section 19 of the Finance Act 1965 charges tax in respect of capital gains accruing to a person on the disposal of assets. There is no definition of disposal and it scarcely needs definition. Paragraph 6 of Sch 7 provides certain exceptions in the case of company amalgamations. One exception applies to shares in a company transferred to another company which thereby acquires control, in exchange for shares in the transferee company. In such a case there is deemed to be no disposal of the former shareholding. The new shareholding and the old shareholding are to be treated as the same asset.

In the instant case Mr George Dawson and his sons were assessed to capital gains tax in respect of the years 1970/72 in the sums of £57,000, £28,000 and £28,000. The then argument on the part of the Revenue was that Greenjacket did not acquire control of the Operating Companies within the meaning of para 6 of Sch 7, because Greenjacket was a nominee or bare trustee for the Dawsons. If on the other hand, as the taxpayers contended, Greenjacket did acquire control of the Operating Companies, any charge to capital gains tax would, it was contended, be deferred until such time as the taxpayers disposed of their shareholdings in Greenjacket and thereby realised a chargeable gain. At this point the one and only question at issue was whether Greenjacket acquired control of the Operating Companies within the meaning of the Act. Indeed, that is in a sense the only question at issue now, but it falls to be answered in a very different legal context from that in which it originally fell to be considered.

After a two-day hearing, including the oral evidence of four witnesses, the Special Commissioners held that Greenjacket had acquired control of the Operating Companies within the meaning of the Act. They therefore held that the First Sale Agreement was not a disposal by the Dawsons to Greenjacket for the purposes of capital gains tax, and the

assessments were discharged. The decision was given on 21 January 1976. The stated case was signed a year later, but for some reason it was over two years before it reached the High Court. During this long wait there occurred what has been described as "a significant change in the approach adopted by this House" towards artificial tax saving schemes. The story of this change begins with the case of *Floor v Davis* [1978] 1 Ch 295; [1980] AC 695. In that case the taxpayer and others were shareholders in a company which I shall call IDM. They agreed in principle to sell their shares to another company which I shall call KDI. The vendors then decided to put into effect the following scheme. On 24 February 1974 they caused to be incorporated a company which I shall call FNW. On 27 February the vendors agreed to sell their IDM shares to FNW in consideration of an allotment of shares in FNW. On 28 February FNW agreed to sell the IDM shares to KDI for a cash consideration. This can conveniently be called stage 1. On 5 April a special resolution was passed to wind up FNW voluntarily. As a result of a complicated reorganisation of the capital of FNW the liquidation of FNW had the effect of passing most of its assets, which included the cash received from KDI, to Donmarco Ltd, a company registered in the Cayman Islands. This can conveniently be called stage 2. I will first summarise the decision in that case, before turning in more detail to the judgments. The Court of Appeal held (1) that the taxpayer could not be regarded as having disposed of his shareholding in IDM to KDI, Eveleigh LJ dissenting; (2) that FNW acquired control of IDM, so that there was no disposal for capital gains tax purposes on the sale of the shares by the taxpayer to FNW; but (3) that the taxpayer had exercised control over the shares in FNW by reason whereof value had passed out of those shares into the shares in Donmarco, and in consequence the taxpayer was deemed by virtue of para 15(2) of Sch 7 to have disposed of his shares in FNW and was taxable accordingly; this paragraph taxes transactions which involve gratuitous transfers of value derived from assets and is not in point in the instant case.

The leading judgment was delivered by Sir John Pennycuik. The first issue was whether the taxpayer made a disposal of his IDM shares to KDI. Before answering this question he identified the critical transactions as the agreement of 27 February 1969 to sell the IDM shares to FNW in consideration of the issue of FNW shares, and the sale of the IDM shares a day later by FNW to KDI. It was, he said, impossible upon the plain effect of the two sale agreements to maintain that the taxpayer had sold his shares to anyone other than FNW, or that KDI had purchased the shares from anyone other than FNW. Lord Justice Buckley similarly held that "the transactions which together make up stage 1 of the series cannot for the present purpose properly be regarded as a disposal by the taxpayer and his sons-in-law of their shares in IDM to KDI". It will be seen from the full report of the

judgments that this conclusion was reached by both Lords Justices without any reference whatever to the existence of stage 2.

In his dissenting judgment Lord Justice Eveleigh took the view that the IDM shares were disposed of by the taxpayer to KDI. The ratio of his decision was as follows:

"It is clear that right from the beginning KDI indicated that it would purchase the shares. The only reason for avoiding a direct sale to them was the prospect of capital gains tax. In an attempt to avoid paying this, as is frankly accepted, the initial transfer to FNW took place. There was however no real possibility at any time that the shares would not reach KDI. By virtue of their control of FNW the shareholders guaranteed from the moment they parted with the legal ownership that the shares would become the property of KDI. No one could prevent this against their wishes. By virtue of the arrangement initially made between them each was under an obligation to the other to do nothing to stop the shares arriving in the hands of KDI. They controlled the destiny of the shares from beginning to end in pursuance of a continuing intention on their part that the shares should be transferred to KDI."

In reaching this conclusion, it will be observed that he also did not refer to or place any reliance whatever upon the existence of stage 2.

The taxpayer appealed to this House, and naturally opened the appeal by arguing the only point upon which he had failed in the Court of Appeal, namely, the applicability of para 15 of Sch 7. This House decided that point against him, which was sufficient to determine the appeal. Counsel for the Revenue was not therefore required to address this House on the issue whether there was a disposal by the taxpayer of the IDM shares to KDI, and this House had no occasion to express a view.

The decision of this House in *Floor* was followed two years later by the decision in *Ramsay*, *supra*. In that case a farming company had realised a chargeable gain of some £188,000 on the sale of farm land in Lincolnshire upon which capital gains tax was assessed. In order to mitigate, as it was hoped, the tax that would otherwise be payable, the taxpayer embarked upon a scheme which was designed to manufacture a paper loss of £175,647 by means of a series of loan and share transactions. Features of the scheme were as follows:

1 There was no commercial justification for the scheme. There was no prospect of a profit. In fact there was bound to be a small loss in the form of the fees and similar expenses which would be payable.

2 No step in the scheme was a sham. Every step was genuinely

carried through, and was exactly what it purported to be.

3 There was no finding arrangement that each planned step would be followed by the next planned step, but it was reasonable to assume that all the steps would in practice be carried out.

4 The scheme was designed to, and did, return the taxpayer to the position which he occupied before it began, except for the payment of the expenses of the scheme.

5 The money needed for the various steps was lent by a finance house on terms which ensured that the loan came back to the finance house on completion; the taxpayer's personal outlay was confined to his expenses of the scheme.

The leading speech was that of Lord Wilberforce. He reviewed recent cases, starting with *Floor*. His comment was as follows-

"The key transaction in this scheme was a sale of shares in a company called IDM to one company (FNW) and a resale by that company to a further company (KDI). The majority of the Court of Appeal thought it right to look at each of the sales separately and rejected an argument by the Crown that they could be considered as an integrated transaction. But Eveleigh LJ upheld that argument. He held that the fact that each sale was genuine did not prevent him from regarding each as part of a whole, or oblige him to consider each step in isolation. Nor was he so prevented by *IRC v Duke of Westminster* [1936] AC 1. Looking at the scheme as a whole, and finding that the taxpayer and his sons-in-law had complete control of the IDM shares until they reached KDI, he was entitled to find that there was a disposal to KDI. When the case reached this House it was decided on a limited argument, and the wider point was not considered. This same approach has commended itself to Templeman LJ and has been expressed by him in impressive reasoning in the Court of Appeal's judgment in *Eilbeck v Rawling* [1979] STC 16. It will be seen from what follows that these judgments, and their emerging principle, commend themselves to me."

The fact that the court accepted that each step in a transaction was a genuine step producing its intended legal result, did not confine the court to considering each step in isolation for the purpose of assessing the fiscal results. "Viewed as a whole, a composite transaction may produce an effect which brings it within a fiscal provision." Lord Wilberforce added later, "To force the courts to adopt, in relation to closely integrated situations, a step by step, dissecting, approach which the parties themselves may have negated, would be a denial rather than an affirmation of the true judicial process. In each case the facts

must be established, and a legal analysis made: legislation cannot be required or even be desirable to enable the courts to arrive at a conclusion which corresponds with the parties' own intentions." Lord Fraser of Tullybelton delivered a concurring speech, in which he expressed his agreement with the dissenting opinion of Lord Justice Eveleigh in *Floor* and with the reasoning that led to it. Lord Russell of Killowen expressed his full agreement with the speeches of Lord Wilberforce and Lord Fraser of Tullybelton as did Lord Roskill and Lord Bridge of Harwich.

Counsel for the respondents in this appeal laid emphasis on the fact, which is correct, that in *Ramsay* the transactions under attack were, as it was called, "self-cancelling", which were designed to return and did return the taxpayer to the starting position except for the payment of expenses. Both Lord Wilberforce and Lord Fraser of Tullybelton referred expressly to this characteristic. The transactions in the present appeal were not self-cancelling, because *Greenjacket* was brought into being for an indefinite period, and the consideration money paid by *Wood Bastow*, which was the foundation of the capital gain, would never reach the hands of the *Dawsons*, save by way of loan, unless and until *Greenjacket* was wound up or its capital was reduced.

Following the decision of this House in *Ramsay*, the Revenue early in July 1981 gave notice to the respondents under RSC Order 91 rule 4 that it would if necessary contend that the *Dawsons* had disposed of their shares in the *Operating Companies* to *Wood Bastow* and were liable to capital gains tax accordingly. The appeal came before *Vinelott J* in mid-July and judgment was reserved. However, before judgment was delivered the case of *IRC v Burmah Oil Co Ltd* was argued and decided in this House. *Vinelott J* therefore deferred giving judgment until the parties had had an opportunity to consider that case.

Burmah involved another artificial tax avoidance scheme, the details of which are irrelevant for present purposes. The importance of the case lies in its reaffirmation of the *Ramsay* principle. I read this passage from the speech of Lord Diplock:

"It would be disingenuous to suggest, and dangerous on the part of those who advise on elaborate tax avoidance schemes to assume, that *Ramsay's* case did not mark a significant change in the approach adopted by this House in its judicial role to a pre-ordained series of transactions (whether or not they include the achievement of a legitimate commercial end) into which there are inserted steps that have no commercial purpose apart from the avoidance of a liability to tax which in the absence of those particular steps would have been payable. The difference is in approach. It does not necessitate the overruling of any earlier decisions of this House; but it does involve

recognising that Lord Tomlin's oft quoted dictum in *IRC v Duke of Westminster* 'Every man is entitled if he can to order his affairs so that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it otherwise would be', tells us little or nothing as to what methods of ordering one's affairs will be recognised by the courts as effective to lessen the tax that would attach to them if business transactions were conducted in a straightforward way."

The warning was repeated in the speech of Lord Scarman: "First, it is of the utmost importance that the business community (and others, including their advisers) should appreciate, as my noble and learned friend Lord Diplock has emphasised, that Ramsay's case marks 'a significant change in the approach adopted by this House in its judicial role' towards tax avoidance schemes. Secondly, it is now crucial when considering any such scheme to take the analysis far enough to determine where the profit, gain or loss is really to be found."

That then was the state of judicial precedent when Vinelott J came to give judgment in the instant case. He said that the question which he had to decide was how far the new approach justified or required the proposition for which the Crown contended, that is to say, the proposition set out in the O 91 notice. The gist of his long and careful judgment is that the principle does not apply, and a transaction cannot be disregarded and treated as fiscally a nullity, if it has "enduring legal consequences", a phrase which he repeated several times in his judgment. He identified "the enduring legal consequences" in the instant case as (i) the fact that Greenjacket owned beneficially the proceeds of sale of the shares in the Operating Companies, which were brought into Greenjacket's accounts and upon the income of which Greenjacket was liable to tax, and (ii) the fact that Wood Bastow's rights under the Second Sale Agreement were rights against Greenjacket, whereas it would have had no such rights if the sale had been by the Dawsons to Wood Bastow. The effect of his judgment was to change Lord Diplock's formulation from "a pre-ordained series of transactions ... into which there are inserted steps that have no commercial purpose apart from the avoidance of a liability to tax" to "a pre-ordained series of transactions ... into which there are inserted steps that have no enduring legal consequences". That would confine the Ramsay principle to so-called self-cancelling transactions.

The learned judge's re-statement of Lord Diplock's formulation enabled him, as he thought, to escape from the difficulty imposed by this House's approval of the dissenting judgment in *Floor*. *FNW* was placed in liquidation and its assets distributed; consequently its existence had no enduring effect on the rights and obligations of the parties after the completion of the scheme.

On appeal the leading judgment was delivered by Lord Justice Oliver. He was, I think, greatly influenced by what he conceived to be oppressive double taxation which would follow if the Crown were right in its submission. His fears were in my view misconceived. If the Crown's case were correct, there would be a disposal by the Dawsons to Wood Bastow on which capital gains tax would be payable. There could be no *additional* capital gains tax on the steps by which that disposal was achieved, namely the sale first to Greenjacket and then by Greenjacket to Wood Bastow, because it is the Crown's case that the fiscal consequences of the introduction of Greenjacket are to be disregarded. The Revenue cannot, and does not claim to, have it both ways. There would of course be a charge to capital gains tax when the Dawsons realised their shares in Greenjacket shares allotted to the Dawsons would be the price which they paid for them, namely the value of the shares in the Operating Companies at the date of the transactions. That element of double taxation exists whenever a shareholder sells at a profit his shares in a company which has itself realised a capital asset at a profit. So I do not see any undesirable element of double taxation involved in the Revenue's submission.

Lord Justice Oliver was satisfied that, applying the Ramsay principle, he was entitled to reject the Revenue's contention provided that the matter was not concluded by this House's approval of the judgment of Lord Justice Eveleigh in the Floor case. The question on the appeal, he said, was whether Vinelott J was right to distinguish the Floor case. His conclusion was that the judgment of Lord Justice Eveleigh, and therefore this House's endorsement of it, could not properly be read divorced from the background that stage 1 was, and was all along intended to be, followed by stage 2, as a result of which the proceeds of sale became the absolute property of the taxpayers. (I observe in parenthesis that there seems to be no finding in the Floor case that the assets of FNW on its liquidation became the absolute property of the taxpayers). The learned Lord Justice's approach to the judgment of Lord Justice Eveleigh and to this House's endorsement of it is in my opinion totally untenable. There is no indication whatever that Lord Justice Eveleigh paid the remotest attention to stage 2 at that stage of his judgment, or that the approval of this House proceeded upon the basis that the existence of stage 2 was significant or decisive.

Lord Justice Kerr adopted the reasoning and thus the errors of Lord Justice Oliver.

Lord Justice Slade accepted that there was no relevant distinction between the instant case and Floor, but nevertheless concluded that this House's approval of the dissent of Lord Justice Eveleigh was not intended to bind the court in future cases to the conclusion that, on facts such as were found in stage 1, there had been a disposal by the original

vendor to the ultimate purchaser. The references to Floor, he said, were "clearly a convenient mode of illustrating the broader approach to tax avoidance schemes which [their Lordships] were concerned to establish." Having freed himself from the uncomfortable shackles of judicial precedent, he said that, on the facts, he could not see how there could have failed to be a disposal by the Dawsons to Greenjacket and by Greenjacket to Wood Bastow. He relied particularly on the undisputed fact that the First Sale Agreement passed the full legal and beneficial title to Greenjacket, and that the Second Sale Agreement passed the full legal and beneficial title to Wood Bastow.

It is difficult to escape the impression that the High Court and the Court of Appeal were determined at all costs to confine the Ramsay principle to the sort of self-cancelling arrangement which existed in that case, and to resist what they conceived to be a deplorable inroad into the sacred principles of the Westminster case.

My Lords, in my opinion the rationale of the new approach is this. In a pre-planned tax saving scheme, no distinction is to be drawn for fiscal purposes, because none exists in reality, between (i) a series of steps which are followed through by virtue of an arrangement which falls short of a binding contract, and (ii) a like series of steps which are followed through because the participants are contractually bound to take each step seriatim. In a contractual case the fiscal consequences will naturally fall to be assessed in the light of the contractually agreed results. For example, equitable interests may pass when the contract for sale is signed. In many cases equity will regard that as done which is contracted to be done. Ramsay says that the fiscal result is to be no different if the several steps are pre-ordained rather than pre-contracted. For example, in the instant case tax will, on the Ramsay principle, fall to be assessed on the basis that there was a tripartite contract between the Dawsons, Greenjacket and Wood Bastow under which the Dawsons contracted to transfer their shares in the Operating Companies to Greenjacket in return for an allotment of shares in Greenjacket, and under which Greenjacket simultaneously contracted to transfer the same shares to Wood Bastow for a sum in cash. Under such a tripartite contract the Dawsons would clearly have disposed of the shares in the Operating Companies in favour of Wood Bastow in consideration of a sum of money paid by Wood Bastow with the concurrence of the Dawsons to Greenjacket. Tax would be assessed, and the base value of the Greenjacket shares calculated, accordingly. Ramsay says that this fiscal result cannot be avoided because the pre-ordained series of steps are to be found in an informal arrangement instead of in a binding contract. The day is not saved for the taxpayer because the arrangement is unsigned or contains the magic words "this is not a binding contract".

The formulation by Lord Diplock in *Burmah* expresses the limitations of the Ramsay principle. First, there must be a pre-ordained series of transactions; or, if one likes, one single composite transaction. This composite transaction may or may not include the achievement of a legitimate commercial (ie business) end. The composite transaction does, in the instant case; it achieved a sale of the shares in the Operating Companies by the Dawsons to Wood Bastow. It did not in Ramsay. Secondly, there must be steps inserted which have no commercial (business) *purpose* apart from the avoidance of a liability to tax - not "no business *effect*". If those two ingredients exist, the inserted steps are to be disregarded for fiscal purposes. The court must then look at the end result. Precisely how the end result will be taxed will depend on the terms of the taxing statute sought to be applied.

In the instant case the inserted step was the introduction of Greenjacket as a buyer from the Dawsons and as a seller to Wood Bastow. That inserted step had no business purpose apart from the deferment of tax, although it had a business effect. If the sale had taken place in 1964 before capital gains tax was introduced, there would have been no Greenjacket.

The formulation, therefore, involves two findings of fact, first whether there was a pre-ordained series of transactions, ie a single composite transaction. Secondly, whether that transaction contained steps which were inserted without any commercial or business purpose apart from a tax advantage. Those are facts to be found by the Commissioners. They may be primary facts or, more probably, inferences to be drawn from the primary facts. If they are inferences, they are nevertheless facts to be found by the Commissioners. Such inferences of fact cannot be disturbed by the court save on *Edwards v Bairstow* [1955] 3 All ER 48; [1956] AC 14 principles.

In *Marriott v Oxford & District Co-op Soc Ltd (No 2)* [1970] 1 QB 186, Lord Denning MR, at 192, said: "... the primary facts were not in dispute. The only question was what was the proper inference from them. That is a question of law with which this court can and should interfere." Similar observations occur in other reported cases. I agree with the proposition only if it means that an appellate court, whose jurisdiction is limited to questions of law, can and should interfere with an inference of fact drawn by the fact-finding tribunal which cannot be justified by the primary facts. I do not agree with it if it is intended to mean that, if the primary facts justify alternative inferences of fact, an appellate court can substitute its own preferred inference for the inference drawn by the fact-finding tribunal. I think this is clear from the tenor of the speeches in this House in *Edwards v Bairstow*. The point does not seem to have been the subject matter of explicit pronouncement in any of the reported cases, at least your Lordships

have been referred to none, and both propositions have from time to time emerged in judgments as a matter of assumption rather than decision. But for my part I have no doubt that the correct approach in this type of case, where inferences have to be drawn, is for the Commissioners to determine (infer) from their findings of primary fact, the further fact whether there was a single composite transaction in the sense in which I have used that expression, and whether that transaction contains steps which were inserted without any commercial or business purpose apart from a tax advantage; and for the appellate court to interfere with that inference of fact only in a case where it is insupportable on the basis of the primary facts so found. Accordingly I respectfully disagree with the learned judge in the instant case where he expressed the opposite view at 287.

The result of correctly applying the Ramsay principle to the facts of this case is that there was a disposal by the Dawsons in favour of Wood Bastow in consideration of a sum of money paid with the concurrence of the Dawsons to Greenjacket. Capital gains tax is payable accordingly.

I would therefore allow the appeals. I agree that there should be no order for costs in your Lordships' House or in the courts below.

Solicitor: *Solicitor for Inland Revenue* for the appellant.

Solicitors: *Turner Kenneth Browne* agents for *Jacobson & Roose* (Nottingham) for the respondent.

KEPUTUSAN MENTERI KEUANGAN REPUBLIK INDONESIA
NOMOR 1002/KMK.04/1984

TENTANG

PENENTUAN PERBANDINGAN ANTARA HUTANG DAN MODAL
SENDIRI

UNTUK KEPERLUAN PENGENAAN PAJAK PENGHASILAN

MENTERI KEUANGAN REPUBLIK INDONESIA,

Menimbang :

- a. bahwa besarnya perbandingan antara hutang dan modal sendiri yang diperbolehkan untuk keperluan pengenaan pajak merupakan petunjuk mengenai keadaan perusahaan dan harus diperhatikan dalam penghitungan Pajak Penghasilan;
- b. bahwa oleh karena itu dipandang perlu mengeluarkan keputusan tentang besarnya perbandingan antara hutang dan modal sendiri;

Mengingat :

Pasal 18 ayat (1) Undang-undang Pajak Penghasilan 1984;

MEMUTUSKAN :

Menetapkan :

KEPUTUSAN MENTERI KEUANGAN REPUBLIK INDONESIA TENTANG
PENENTUAN PERBANDINGAN ANTARA
HUTANG DAN MODAL SENDIRI UNTUK KEPERLUAN PENGENAAN
PAJAK PENGHASILAN.

Pasal 1

Untuk keperluan penghitungan Pajak Penghasilan besarnya perbandingan antara hutang dan modal sendiri (debt equity ratio) ditetapkan setinggi-tingginya tiga dibanding satu (3 : 1).

Pasal 2

(1) Hutang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 adalah saldo rata-rata pada tiap akhir bulan yang dihitung dari semua hutang baik hutang jangka panjang maupun hutang jangka pendek, selain hutang dagang.

(2) Modal sendiri sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 adalah jumlah modal yang disetor pada akhir tahun pajak termasuk laba yang tidak dan/atau belum dibagikan.

Pasal 3

Dalam hal besarnya perbandingan hutang dan modal sendiri melebihi besarnya perbandingan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1, bunga yang dapat dikurangkan sebagai biaya adalah sebesar bunga atas hutang yang perbandingannya terhadap modal sendiri sesuai dengan perbandingan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1.

Pasal 4

Keputusan ini mulai berlaku sejak tanggal ditetapkan.

Agar setiap orang mengetahuinya, Keputusan ini dimuat dalam Berita Negara Republik Indonesia.

Ditetapkan di Jakarta
pada tanggal 8 Oktober 1984
MENTERI KEUANGAN,

ttd

RADIUS PRAWIRO

KEPUTUSAN MENTERI KEUANGAN REPUBLIK INDONESIA
NOMOR 254/KMK.01/1985

TENTANG

PENUNDAAN PELAKSANAAN KEPUTUSAN MENTERI KEUANGAN
REPUBLIK INDONESIA
NOMOR 1002/KMK.04/1984 TANGGAL 8 OKTOBER 1984
TENTANG PENENTUAN PERBANDINGAN ANTARA HUTANG DAN
MODAL SENDIRI
UNTUK KEPERLUAN PENGENAAN PAJAK PENGHASILAN

MENTERI KEUANGAN REPUBLIK INDONESIA,

Menimbang :

- a. bahwa dengan Keputusan Menteri Keuangan Republik Indonesia Nomor : 1002/KMK.04/1984 tanggal 8 Oktober 1984 telah ditetapkan Keputusan Menteri Keuangan Tentang Penentuan Perbandingan Antara Hutang dan Modal Sendiri Untuk Keperluan

Pengenaan Pajak Penghasilan;
b. bahwa penentuan besarnya perbandingan antara hutang dan modal sendiri untuk keperluan pengenaan Pajak Penghasilan yang bersifat dan berlaku umum dikuatirkan akan menghambat perkembangan dunia usaha, sehingga dipandang perlu untuk menanggihkan pelaksanaan Keputusan Menteri Keuangan Republik Indonesia Nomor : 1002/KMK.04/1984 tanggal 8 Oktober 1984;

Mengingat :

Pasal 18 ayat (1) Undang-undang Pajak Penghasilan 1984;

MEMUTUSKAN :

Menetapkan :

KEPUTUSAN MENTERI KEUANGAN REPUBLIK INDONESIA TENTANG PENANGGIHAN PELAKSANAAN KEPUTUSAN MENTERI KEUANGAN REPUBLIK INDONESIA NOMOR : 1002/KMK.04/1984 TANGGAL 8 OKTOBER 1984 TENTANG PENENTUAN PERBANDINGAN ANTARA HUTANG DAN MODAL SENDIRI UNTUK KEPERLUAN PENGENAAN PAJAK PENGHASILAN.

Pasal 1

Pelaksanaan Keputusan Menteri Keuangan Republik Indonesia Nomor : 1002/KMK.04/1984 tanggal 8 Oktober 1984 Tentang Penentuan Perbandingan Antara Hutang dan Modal Sendiri Untuk Keperluan Pengenaan Pajak Penghasilan ditanggihkan sampai saat yang ditentukan kemudian oleh Menteri Keuangan.

Pasal 2

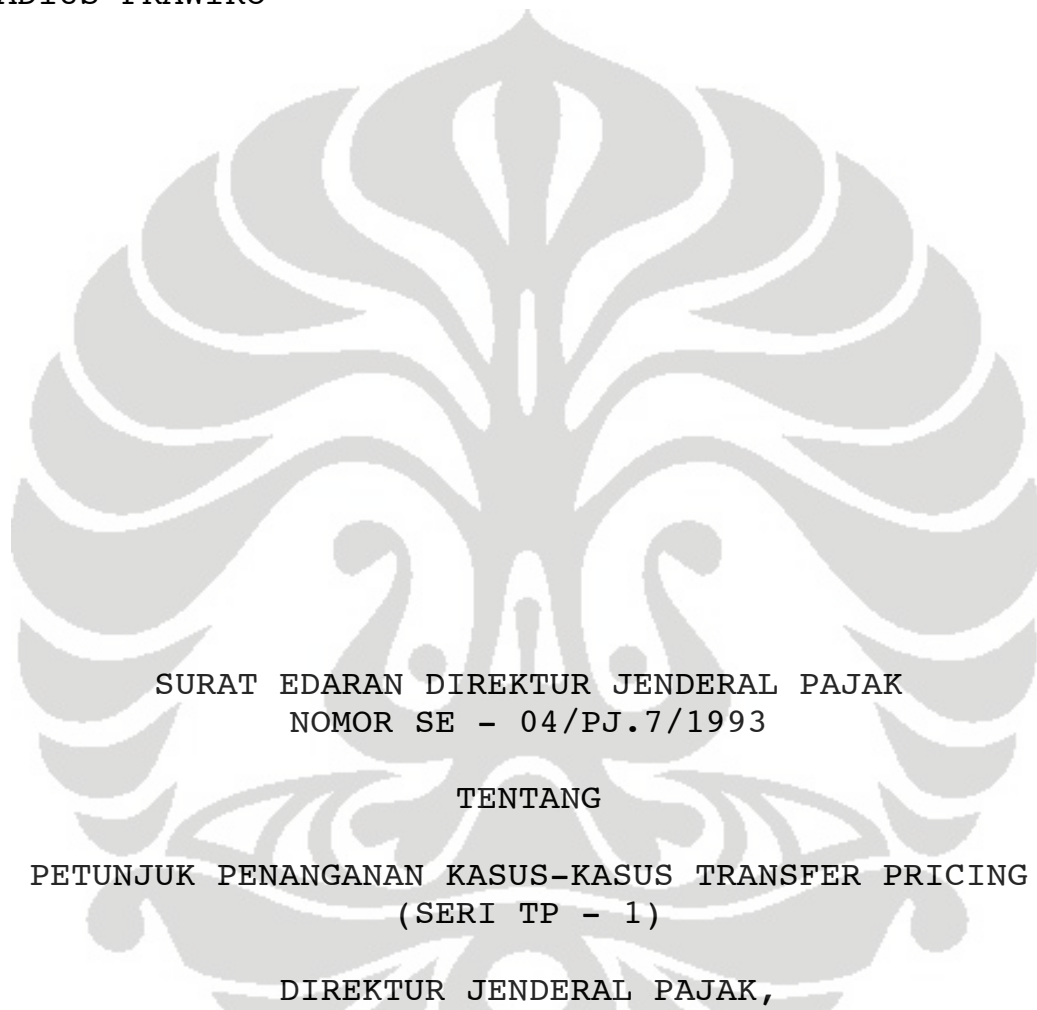
Keputusan ini mulai berlaku pada tanggal ditetapkan dan mempunyai daya laku surut sejak tanggal 8 Oktober 1984.

Agar setiap orang mengetahuinya, memerintahkan pengumuman Keputusan ini dengan penempatannya dalam Berita Negara Republik Indonesia.

Ditetapkan di JAKARTA.
Pada tanggal 8 Maret 1985.
MENTERI KEUANGAN,

ttd

RADIUS PRAWIRO



SURAT EDARAN DIREKTUR JENDERAL PAJAK
NOMOR SE - 04/PJ.7/1993

TENTANG

PETUNJUK PENANGANAN KASUS-KASUS TRANSFER PRICING
(SERI TP - 1)

DIREKTUR JENDERAL PAJAK,

Sebagaimana dimaklumi bahwa dalam Pasal 18 ayat (2) dan (3) UU PPh 1984 beserta penjelasannya dan Pasal 2 ayat (1) dan (2) UU PPN 1984 beserta penjelasannya diatur wewenang Direktur Jenderal Pajak untuk mengatur lebih lanjut mengenai perlakuan perpajakan atas transaksi antar Wajib Pajak yang mempunyai hubungan istimewa. Ketentuan tersebut berkaitan pula dengan Pasal 5 ayat (1) dan (2) serta Pasal 9 ayat (1) huruf e UU PPh 1984.

Hubungan istimewa antara Wajib Pajak Badan dapat terjadi karena pemilikan atau penguasaan modal saham suatu badan oleh badan lainnya sebanyak 25% atau lebih, atau antara beberapa badan yang 25% atau lebih sahamnya dimiliki oleh suatu badan. Sedangkan untuk Wajib Pajak Perseorangan hubungan istimewa dapat terjadi karena hubungan keluarga sedarah atau semenda dalam garis lurus atau kesamping satu derajat. Hubungan istimewa antara Wajib Pajak Perseorangan dianggap terjadi misalnya antara ayah, ibu, anak, saudara (kandung), mertua, anak tiri dan ipar. Hubungan istimewa dimaksud dapat mengakibatkan kekurangan-
wajaran harga, biaya atau imbalan lain yang direalisasikan dalam suatu transaksi usaha.

Secara universal transaksi antar Wajib Pajak yang mempunyai hubungan istimewa tersebut dikenal dengan istilah transfer pricing. Hal ini dapat mengakibatkan terjadinya pengalihan penghasilan atau dasar pengenaan pajak dan/atau biaya dari satu Wajib Pajak ke Wajib Pajak lainnya, yang dapat direkayasa untuk menekan keseluruhan jumlah pajak terhutang atas Wajib Pajak-Wajib Pajak yang mempunyai hubungan istimewa tersebut.

Kekurang wajaran sebagaimana tersebut di atas dapat terjadi pada :

- (1) Harga penjualan;
- (2) Harga pembelian;
- (3) Alokasi biaya administrasi dan umum (overhead cost);
- (4) Pembebanan bunga atas pemberian pinjaman oleh pemegang saham (shareholder loan)
- (5) Pembayaran komisi, lisensi, franchise, sewa, royalti, imbalan atas jasa manajemen, imbalan atas jasa teknik dan imbalan atas jasa lainnya;
- (6) Pembelian harta perusahaan oleh pemegang saham (pemilik) atau pihak yang mempunyai hubungan istimewa yang lebih rendah dari harga pasar;
- (7) Penjualan kepada pihak luar negeri melalui pihak ketiga yang kurang/tidak mempunyai substansi usaha (misalnya dummy company, letter box company atau re-invoicing center).

Perlu disadari bahwa dengan perkembangan dunia usaha yang demikian cepat, yang sering kali bersifat transnasional dan diperkenalkannya produk dan metode usaha baru yang semula belum dikenal dalam bidang usaha (misalnya dalam bidang keuangan dan perbankan), maka bentuk dan variasi transfer pricing dapat tidak terbatas. Namun demikian dengan pengaturan lebih lanjut ketentuan tentang transaksi antar Wajib Pajak yang mempunyai hubungan istimewa diharap dapat meminimalkan atau mengurangi praktek penghindaran/penyelundupan pajak dengan rekayasa transfer pricing tersebut.

Perlu ditegaskan pula bahwa Transfer Pricing dapat terjadi antar Wajib Pajak Dalam Negeri atau antara Wajib Pajak Dalam Negeri dengan pihak Luar Negeri, terutama yang berkedudukan di Tax Haven Countries (Negara yang tidak memungut/memungut pajak lebih rendah dari Indonesia). Terhadap transaksi antar Wajib Pajak yang mempunyai hubungan istimewa tersebut, undang-undang perpajakan kita menganut azas *substance over form rule*.

Untuk memudahkan bagi Saudara dalam menangani kasus-kasus Transfer Pricing atau yang mengandung indikasi adanya Transfer Pricing, di bawah ini disampaikan beberapa contoh dari kasus dimaksud beserta perlakuan perpajakannya.

(1) Kekurang-wajaran harga penjualan

Contoh 1 :

PT. A memiliki 25% saham PT. B. Atas penyerahan barang PT. A ke PT. B, PT. A membebankan harga jual Rp. 160,- per unit, berbeda dengan harga yang diperhitungkan atas penyerahan barang yang sama kepada PT. X (tidak ada hubungan istimewa) yaitu Rp. 200,- per unit.

Perlakuan Perpajakan :

Dalam contoh tersebut, harga pasar sebanding (*comparable uncontrolled price*) atas barang yang sama adalah yang dijual kepada PT. X yang tidak ada hubungan istimewa. Dengan demikian harga yang wajar adalah Rp. 200,- per unit. Harga ini

dipakai sebagai dasar perhitungan penghasilan dan/ atau pengenaan pajak.

Kalau PT. A adalah Pengusaha Kena Pajak (PKP), ia harus menyetor kekurangan PPN-nya (dan PPN BM kalau terutang).

Atas kekurangan tersebut dapat diterbitkan SKP dan PT. A tidak boleh menerbitkan faktur pajak atas kekurangan tersebut, sehingga tidak merupakan kredit pajak bagi PT. B.

Contoh 2 :

PT. A memiliki 25% saham PT. B. Atas penyerahan barang ke PT. B, PT. A membebankan harga jual Rp. 160,- per unit. PT. A tidak melakukan penjualan kepada pihak ketiga yang tidak ada hubungan istimewa.

Perlakuan Perpajakan :

Dalam contoh di atas, maka harga yang wajar adalah harga pasar atas barang yang sama (dengan barang yang diserahkan PT. A) yang terjadi antar pihak-pihak yang tidak ada hubungan istimewa.

Apabila ditemui kesulitan untuk mendapatkan harga pasar sebanding untuk barang yang sama (terutama karena PT. A tidak menjual kepada pihak yang tidak ada hubungan istimewa), maka dapat ditanggulangi dengan menerapkan harga pasar wajar dari barang yang sejenis atau serupa, yang terjadi antar pihak-pihak yang tidak ada hubungan istimewa.

Dalam hal terdapat kesulitan untuk mendapatkan harga pasar sebanding untuk barang yang sejenis atau serupa, karena barang tersebut mempunyai spesifikasi khusus, misalnya semi finished products, maka pendekatan harga pokok plus (cost plus method) dapat digunakan untuk menentukan kewajaran harga penjualan PT. A.

Misalnya diketahui bahwa PT. A memperoleh bahan baku dan bahan pembantu produksinya dari para pemasok yang tidak mempunyai hubungan istimewa. Harga pokok barang yang diproduksi per unit adalah Rp. 150,- dan laba kotor yang pada umumnya diperoleh dari penjualan barang yang sama antar pihak yang tidak mempunyai hubungan istimewa (comparable mark up) adalah 40% dari harga

pokok.

Dengan menerapkan metode harga pokok plus maka harga jual yang wajar atas barang tersebut dari PT. A kepada PT. B untuk tujuan penghitungan penghasilan kena pajak/dasar pengenaan pajak adalah Rp. 210 {Rp. 150 + (40% x Rp. 150)}.

Contoh 3 :

PT. B menjual kembali barang yang dibeli dari PT. A pada contoh 2 di atas ke pihak yang tidak ada hubungan istimewa dengan harga Rp. 250,- per unit. Laba kotor sebanding untuk penjualan barang tersebut adalah 20% dari harga jualnya.

Perlakuan Perpajakan :

(1) Dalam menguji kewajaran harga penjualan dari PT. A ke PT. B, selain pendekatan harga pokok plus, dapat pula diterapkan pendekatan harga jual minus (sales minus/ resale price method). Dengan menerapkan metode tersebut maka harga penjualan barang PT. A ke PT. B yang wajar untuk perhitungan pajak penghasilan/dasar pengenaan pajak adalah Rp. 200,- {Rp. 250,- - (20% x Rp. 250,-)}.

(2) Apabila ternyata terdapat kesulitan dalam memperoleh harga pasar sebanding dan juga sulit menerapkan metode harga jual minus maupun harga pokok plus maka dapat digunakan metode lainnya, misalnya dengan pendekatan tingkat laba perusahaan sebanding (comparable profits) atau tingkat hasil investasi (return on investment) dari usaha yang sama, serupa atau sejenis. Misalkan diketahui bahwa persentase laba kotor jenis usaha yang sama dengan usaha PT. A dari data dunia bisnis adalah 30%. Selanjutnya ternyata bahwa laba kotor yang dilaporkan PT. A adalah 15%. Karena terdapat deviasi tingkat laba PT. A dari tingkat laba rata-rata tersebut di atas, maka dapat diduga bahwa ada penggeseran laba melalui penjualan dengan harga yang kurang wajar dari PT. A ke PT. B. Kalau misalnya PT. B merupakan pembeli tunggal (monopsoni) barang yang dijual PT. A tersebut, laba kotor PT. A

atas barang tersebut untuk tujuan penghitungan pajak terutang harus dihitung kembali menjadi sebesar 30%.

(2) Kekurang-wajaran harga pembelian

Contoh :

H Ltd Hongkong memiliki 25 % saham PT. B. PT. B mengimpor barang produksi H Ltd dengan harga Rp. 3.000 per unit. Produk tersebut dijual kembali kepada PT. Y (tidak ada hubungan istimewa) dengan harga Rp. 3500 per unit.

Perlakuan perpajakan :

Pada contoh tersebut di atas, pertama-tama dicari harga pasar sebanding untuk barang yang sama, sejenis atau serupa atas pembelian/impur dari pihak yang tidak ada hubungan istimewa atau antar pihak-pihak yang tidak ada hubungan istimewa (sama halnya dengan kasus harga penjualan). Apabila ditemui kesulitan, maka pendekatan harga jual minus dapat diterapkan, yaitu dengan mengurangi laba kotor (mark up) yang wajar ditambah biaya lainnya yang dikeluarkan Wajib Pajak dari harga jual barang kepada pihak yang tidak ada hubungan istimewa. Apabila laba yang wajar diperoleh adalah Rp. 750,- maka harga yang wajar untuk perpajakan atas pembelian barang dari H Ltd di Hongkong adalah Rp. 2.750 (Rp. 3.500 - Rp.750). Harga ini merupakan dasar perhitungan harga pokok PT. B dan selisih Rp. 250 antara pembayaran utang ke H Ltd di Hongkong dengan harga pokok yang seharusnya diperhitungkan dianggap sebagai pembayaran dividen terselubung.

(3) Kekurang-wajaran alokasi biaya administrasi dan umum (overhead cost)

Contoh :

Pusat perusahaan (Head Office) di luar negeri dari BUT di Indonesia sering mengalokasikan biaya administrasi dan umum (overhead cost) kepada BUT tersebut. Biaya yang dialokasikan tersebut antara lain adalah :

- a. Biaya training karyawan BUT di Indonesia yang diselenggarakan kantor pusat di luar negeri;
- b. Biaya perjalanan dinas direksi kantor pusat tersebut ke masing-masing BUT;

- c. Biaya administrasi/manajemen lainnya dari kantor pusat yang merupakan biaya penyelenggaraan perusahaan;
- d. Biaya riset dan pengembangan yang dikeluarkan kantor pusat.

Perlakuan perpajakan :

Alokasi biaya-biaya tersebut diatas diperbolehkan sepanjang sebanding dengan manfaat yang diperoleh masing-masing BUT dan bukan merupakan duplikasi biaya. Biaya kantor pusat yang boleh dialokasikan kepada BUT tidak termasuk bunga atas penggunaan dana kantor pusat, kecuali untuk jenis usaha perbankan, dan royalti/sewa atas harta kantor pusat. Dalam hal berlaku perjanjian penghindaran pajak berganda maka pengalokasian biaya kantor pusat, kepada BUT adalah seperti yang diatur dalam perjanjian tersebut. Kewajaran biaya training di atas dapat diuji dengan membandingkan jumlah biaya training yang sama atau sejenis, yang diselenggarakan oleh pihak-pihak yang tidak mempunyai hubungan istimewa. Untuk biaya lainnya, maka besarnya biaya yang dapat dialokasikan dihitung berdasar faktor-faktor tertentu yang dapat mencerminkan dengan baik proporsi manfaat yang diterimanya, misalnya perbandingan jumlah peredaran.

(4) Kekurang-wajaran pembebanan bunga atas pemberian pinjaman oleh pemegang saham

Contoh :

H Ltd di Hongkong memiliki 80% saham PT. C dengan modal yang belum disetor sebesar Rp. 200 juta. H Ltd juga memberikan pinjaman sebesar Rp. 500 juta dengan bunga 25% atau Rp. 125 juta setahun. Tingkat bunga setempat yang berlaku adalah 20%.

Perlakuan perpajakan :

- (a) Penentuan kembali jumlah utang PT. C. Pinjaman sebesar Rp. 200 juta dianggap sebagai penyeteroran modal terselubung, sehingga besarnya hutang PT. C yang dapat diakui adalah sebesar Rp. 300 juta (Rp. 500 juta - Rp. 200 juta).
- (b) Perhitungan Pajak Penghasilan. Bagi PT. C pengurangan biaya bunga yang dapat dibebankan adalah Rp. 60 juta (20% x Rp. 300 juta)

yang berarti koreksi positif penghasilan kena pajak. Selisih Rp. 65 juta (Rp. 125 juta - Rp. 60 juta) dianggap sebagai pembayaran dividen ke luar negeri yang dikenakan Pajak Penghasilan Pasal 26 sebesar 20% atau dengan tarif sesuai dengan Perjanjian Penghindaran Pajak Berganda yang berlaku.

(5) Kekurang-wajaran pembayaran komisi, lisensi, franchise, sewa, royalti, imbalan atas jasa manajemen,

 imbalan atas jasa teknik dan imbalan jasa lainnya

 Contoh kasus Pembayaran lisensi, franchise dan royalti :

 Contoh 1 :

 PT. A, perusahaan komputer, memberikan lisensi kepada PT. X (tidak ada hubungan istimewa) sebagai distributor tunggal di negara X untuk memasarkan program komputernya dengan membayar royalti 20% dari penjualan bersih. Selain itu PT. A juga memasarkan program komputernya melalui PT. B di negara B (ada hubungan istimewa) sebagai distributor tunggal dan membayar royalti 15% dari penjualan bersih.

 Perlakuan perpajakan :

 Oleh karena program komputer yang dipasarkan PT. B sama dengan yang dipasarkan PT. X, atas dasar matching transaction method untuk tujuan perpajakan maka royalti di PT. B juga harus 20%.

 Kalau kondisi yang sama tidak diperoleh maka perlu diadakan penyesuaian. Pendekatan demikian disebut comparable adjustable method (metode sebanding yang disesuaikan).

 Contoh tersebut dapat juga digunakan untuk menguji kewajaran franchise atau imbalan lain yang serupa dengan itu.

 Contoh 2 :

 G GmbH Jerman, perusahaan farmasi, memiliki 50% saham PT. B (Indonesia) yang beroperasi di bidang usaha yang sama. G GmbH mensuplai bahan baku dan pembantu kepada PT. B dengan harga DM 120 per unit. Selanjutnya didapat informasi, misalnya dari SGS di Jerman, bahwa harga internasional untuk bahan tersebut adalah DM 100

per unit.

Perlakuan perpajakan :

Harga sebanding untuk bahan tersebut adalah DM 100 per unit. Untuk bahan farmasi umumnya terdapat paten atas penemuan ramuannya. Kemungkinan tidak terdapat kontrak lisensi yang ditutup

antara G GmbH dengan PT. B. Kalau dalam praktek perdagangan ternyata pada umumnya terdapat imbalan royalti (tanpa diketahui berapa jumlahnya), maka jumlah sebesar DM 20 dianggap sebagai pembayaran royalti.

Di lain pihak kalau diperoleh data bahwa royalti umumnya adalah 10% dari harga, maka dapat disimpulkan bahwa royaltinya sebesar DM 10, sedang selisihnya dianggap pembagian dividen.

Contoh kasus imbalan atau jasa manajemen, imbalan atas jasa teknik dan imbalan jasa sejenis lainnya :

PT. A memiliki 25% saham PT. B. PT. A memberikan bantuan teknik kepada PT. B dengan imbalan sebesar Rp. 500. Imbalan jasa yang sama dengan keadaan yang sama atau serupa adalah Rp. 250.

Perlakuan Perpajakan :

Dalam kasus di atas, maka imbalan jasa yang wajar adalah Rp 250.

Contoh kasus komisi :

PT. A memiliki 25% saham PT. B. PT. B juga merupakan distributor PT. A dengan komisi 5% dari harga jual. Disamping itu PT. B juga sebagai distributor produk perusahaan lain yang tidak mempunyai hubungan istimewa dengan komisi 9%. untuk memasarkan produk PT. A, diperlukan biaya-biaya promosi dan sebagainya yang menjadi beban PT. B.

Perlakuan perpajakan :

Berdasarkan analisis fungsi, maka besarnya komisi dari PT. A sebesar 5% adalah kurang wajar karena sebagai distributor PT. B masih menanggung biaya promosi, dsb yang dapat melebihi jumlah

komisinya.

Di lain pihak diketahui bahwa komisi dari pihak ketiga yang tidak dibebani biaya promosi adalah 9%.

Oleh karena itu maka komisi dari PT. B yang wajar adalah minimal sebesar 9% ditambah dengan suatu jumlah untuk menutup biaya yang harus dikeluarkan.

(6) Pembelian harta perusahaan oleh pemegang saham atau oleh pihak yang mempunyai hubungan istimewa dengan harga yang lebih rendah dari harga pasar.

Contoh :

A adalah pemegang 50% saham PT. B. Harta perusahaan PT. B berupa kendaraan, dibeli A dengan harga Rp. 10 juta. Nilai buku kendaraan tersebut adalah Rp. 10 juta. Harga pasaran kendaraan sejenis dalam keadaan yang sama adalah Rp. 30 juta.

Perlakuan perpajakan :

Oleh karena harga pasar sebanding untuk kendaraan tersebut adalah Rp. 30 juta, maka penghasilan kena pajak PT. B dikoreksi positif Rp. 20 juta (Rp. 30 juta - Rp. 10 juta). Sedangkan bagi A selisih harga Rp. 20 juta merupakan penghasilan berupa dividen yang oleh PT. B harus dipotong PPh Pasal 23 sebesar 15%.

(7) Penjualan kepada pihak luar negeri melalui pihak ketiga yang tidak mempunyai substansi usaha (letter box company).

Contoh :

PT. I Indonesia, yang mempunyai hubungan istimewa dengan H Ltd Hongkong, dua-duanya adalah anak perusahaan K di Korea. Dalam usahanya PT. I mengekspor barang yang langsung dikirim ke X di Amerika Serikat atas permintaan H Ltd Hongkong. Harga pokok barang tersebut adalah Rp. 100.

PT. I Indonesia selalu menagih H Ltd dengan jumlah Rp. 110. Sedang H Ltd Hongkong menagih X Amerika Serikat. Informasi yang diperoleh dari Amerika Serikat menunjukkan bahwa X membeli barang

dengan harga Rp. 175. Keterangan lebih lanjut menunjukkan bahwa H Ltd Hongkong hanya berupa Letter Box Company (re-invoicing center), tanpa substansi bisnis.

Perlakuan perpajakan :

Oleh karena tarif pajak perseroan di Hongkong lebih rendah dari Indonesia, maka terdapat petunjuk adanya usaha Wajib Pajak untuk mengalihkan laba kena pajak dari Indonesia ke Hongkong agar di peroleh penghematan pajak. Dengan memperhatikan fungsi (substansi bisnis) dari H Ltd, maka perantaraan transaksi demikian (untuk penghitungan pajak) dianggap tidak ada, sehingga harga jual

oleh PT. I dikoreksi sebesar Rp. 65 (Rp. 175 - Rp. 110).

Kalau fungsi H Ltd adalah sebagai agen yang pada umumnya mendapat laba kotor (komisi) 10%,

maka untuk penghitungan Pajak Penghasilan laba sebesar Rp. 75 dialokasikan sebagai berikut :

- untuk H Ltd = Rp.17,50 (10% x Rp. 175),
- untuk PT. I = Rp. 57,50 (Rp. 75 - Rp. 17,50).

Harga jual oleh PT. I yang wajar adalah Rp. 157,50 (Rp. 175 - Rp. 17,50).


Agar supaya para pemeriksa dapat melakukan pemeriksaan dengan efektif terhadap kasus Transfer Pricing, akan segera diterbitkan Petunjuk Pemeriksaan Pajak Pada Kasus Transfer Pricing. Jika dalam pelaksanaan sehari-hari Saudara menghadapi kasus-kasus yang tidak dapat diselesaikan pada instansi pertama, hendaknya Saudara konsultasikan dengan Kanwil setempat. Kalau dibutuhkan data pembanding dari luar negeri maka permintaan hendaknya ditujukan ke Direktorat Peraturan Perpajakan. Selanjutnya Direktorat tersebut akan melaksanakan permintaan data dimaksud ke Negara yang bersangkutan. Prosedur permintaan data dilakukan sesuai dengan ketentuan pada Perjanjian Penghindaran Pajak Berganda yang berlaku.

Demikian untuk dilaksanakan dengan sebaik-baiknya.

DIREKTUR JENDERAL PAJAK,

ttd

Drs. MAR'IE MUHAMMAD



SURAT EDARAN DIREKTUR JENDERAL PAJAK
NOMOR SE - 04/PJ.34/2005

TENTANG

PETUNJUK PENETAPAN KRITERIA "BENEFICIAL OWNER"
SEBAGAIMANA TERCANTUM DALAM PERSETUJUAN PENGHINDARAN
PAJAK BERGANDA
ANTARA INDONESIA DENGAN NEGARA LAINNYA

DIREKTUR JENDERAL PAJAK,

Sehubungan dengan masih adanya persepsi yang berbeda, yaitu seolah-olah Wajib Pajak luar negeri yang menunjukkan Surat Keterangan Domisili dari suatu negara yang mempunyai Persetujuan Penghindaran Pajak Berganda (P3B) yang paripurna dengan Indonesia, maka Wajib Pajak tersebut secara langsung dapat menikmati fasilitas penurunan tarif. Padahal menurut P3B yang bersangkutan, Wajib Pajak dalam negeri dari negara mitra perjanjian, dapat menikmati pengurangan

tarif apabila Wajib Pajak tersebut adalah "beneficial owner" dari penghasilan berupa Dividen, Bunga dan Royalti, yang berkenaan. Oleh karena itu, Direktorat Jenderal Pajak memandang perlu untuk memberikan penjelasan guna menciptakan kepastian hukum mengenai pengertian dan kriteria tentang "beneficial owner" sebagai berikut :

- a. Yang dimaksud dengan "beneficial owner" adalah pemilik yang sebenarnya dari penghasilan berupa Dividen, Bunga dan atau Royalti baik Wajib Pajak Perorangan maupun Wajib pajak Badan, yang berhak sepenuhnya untuk menikmati secara langsung manfaat penghasilan-penghasilan tersebut.
- b. Dengan demikian, maka "special purpose vehicles" dalam bentuk "conduit company", "paper box company", "pass-through company" serta yang sejenis lainnya, tidak termasuk dalam pengertian "beneficial owner" tersebut di atas.
- c. Apabila terdapat pihak-pihak lain yang bukan merupakan "beneficial owner" sebagaimana dimaksud dalam huruf a dan b tersebut, yang menerima pembayaran Dividen, Bunga dan atau Royalti yang bersumber dari Indonesia, maka pihak yang membayarkan Dividen, Bunga dan atau Royalti tersebut diwajibkan melakukan pemotongan PPh Pasal 26 sesuai Undang-Undang Pajak Penghasilan Indonesia dengan tarif 20% (dua puluh perseratus) dari jumlah bruto yang dibayarkan.

Demikian untuk dilaksanakan sebagaimana mestinya.

Ditetapkan di Jakarta
pada tanggal 7 Juli 2005

ttd.

HADI POERNOMO
NIP 060027375



KEPUTUSAN DIREKTUR JENDERAL PAJAK
NOMOR KEP - 01/PJ.7/1993

TENTANG

PEDOMAN PEMERIKSAAN PAJAK TERHADAP WAJIB PAJAK YANG
MEMPUNYAI HUBUNGAN ISTIMEWA

DIREKTUR JENDERAL PAJAK,

Menimbang :

- a. bahwa dalam rangka melaksanakan tugas pemungutan pajak, Direktur Jenderal Pajak diberi wewenang untuk melaksanakan pemeriksaan pajak guna keperluan penetapan pajak yang terhutang dan/atau keperluan lain dalam rangka melaksanakan ketentuan peraturan perundang-undangan perpajakan;

- b. bahwa tata cara pemeriksaan di bidang perpajakan sebagaimana diatur dalam Keputusan Direktur Jenderal Pajak Nomor : Kep-01/PJ.7/1990 tanggal 15 Nopember 1990 belum mencakup tata cara pemeriksaan terhadap Wajib Pajak yang mempunyai hubungan istimewa dengan Wajib Pajak Lainnya;
- c. bahwa oleh karena itu di pandang perlu untuk mengatur tata cara pemeriksaan terhadap Wajib Pajak yang mempunyai hubungan istimewa dengan Wajib Pajak Lainnya, dengan Keputusan Direktur Jenderal Pajak;

Mengingat :

1. Pasal 29 Undang-undang Nomor 6 Tahun 1983 tentang Ketentuan Umum dan Tata Cara Perpajakan (Lembaran Negara R.I. Tahun 1983 Nomor 49, Tambahan Lembaran Negara R.I. Nomor 3262);
2. Pasal 11 Peraturan Pemerintah Nomor 31 Tahun 1986 tentang Tata Cara Pemeriksaan di Bidang Perpajakan (Lembaran Negara R.I. Tahun 1986 Nomor 46 Tambahan Lembaran Negara R.I. Nomor 3339);

MEMUTUSKAN :

Menetapkan :

KEPUTUSAN DIREKTUR JENDERAL PAJAK TENTANG PEDOMAN PEMERIKSAAN PAJAK TERHADAP WAJIB PAJAK YANG MEMPUNYAI HUBUNGAN ISTIMEWA

Pasal 1

Menetapkan Pedoman Pemeriksaan Pajak sebagaimana tercantum dalam Lampiran Keputusan ini sebagai pedoman pelaksanaan dan tata cara pemeriksaan dibidang perpajakan terhadap Wajib Pajak yang mempunyai hubungan istimewa, sebagai tambahan atas Pedoman Pemeriksaan Pajak sebagaimana diatur dalam Keputusan Direktur Jenderal Pajak Nomor : Kep-01/PJ.7/1990 tanggal 15 Nopember 1990.

Pasal 2

Keputusan ini mulai berlaku pada tanggal ditetapkan.

Ditetapkan di JAKARTA
Pada Tanggal 9 Maret 1993
DIREKTUR JENDERAL PAJAK,

ttd

Drs. MAR'IE MUHAMMAD

