

BAB III

GAMBARAN PERMASALAHAN *TREATY SHOPPING* di INDONESIA

A. Gambaran kasus *Treaty Shopping* di Indonesia

Berikut ini disinyalir merupakan kasus praktik *treaty shopping* yang terjadi di Indonesia. Pihak yang terlibat merupakan perusahaan yang didirikan di Indonesia (penduduk Indonesia) dan mengakibatkan Indonesia kehilangan potensi pemajakannya. Dikatakan kehilangan potensi pemajakan, karena Indonesia seharusnya dapat mengenakan pajak yang lebih besar sesuai dengan ketentuan yang seharusnya berlaku, namun dengan melakukan skema pendirian *conduit company*, pengenaan pajak Indonesia menjadi terbatas.

Skema yang dilakukan mengakibatkan tarif pajak yang dikenakan menjadi lebih rendah. Atas selisih tarif tersebut, Indonesia kehilangan potensi pemajakannya. Sebagai ilustrasi dapat dicontohkan melalui kasus berikut ini, di mana kasus tersebut terjadi ketika Indonesia masih memiliki P3B dengan Mauritius. Berikut adalah gambaran kasus yang disimpulkan Baker:

An Indonesian company wished to raise a loan for business purposes: if it had done directly, they would have been a 20% withholding tax on the interest it paid. Instead of raising the loan directly, it established a Mauritius subsidiary which then issued the loan, with JP. Morgan acting as trustee for bondholder. Interest paid from Indonesia to Mauritius benefited from Indonesia- Mauritius tax treaty, with a reduced withholding tax at 10%. Interest paid from Mauritius for the benefit of bondholders was not subject to any withholding tax.⁷²

Perusahaan Indonesia, katakanlah PT. BCD, membutuhkan dana untuk kegiatan bisnisnya. Untuk itu PT. BCD menerbitkan surat hutang sebagai sumber pendanaannya. Adapun penerbitan surat hutang tersebut akan menimbulkan penghasilan bunga bagi para pemegang surat hutang (*bondholder*) dan PT. BCD berkewajiban untuk melakukan pemotongan pajak (*withholding tax*).

Pajak yang harus dipotong oleh PT. BCD adalah sebesar 15% dari jumlah bruto, jika *bondholder* yang menerima penghasilan bunga merupakan Wajib Pajak

⁷² Philip Baker, "Beneficial Ownership: After Indofood", *GITC Review*, Vol. VI, No. 1, hal. 18, Februari 2007.

Dalam Negeri Indonesia. Tarif tersebut diatur dalam Pasal 23 UU PPh Indonesia.⁷³ Namun, jika dibayarkan kepada Wajib Pajak Luar Negeri, maka *withholding tax* yang berlaku adalah 20% yakni sesuai dengan yang diatur dalam Pasal 26 UU PPh.⁷⁴

Tarif *withholding tax* yang dipungut memiliki besaran yang berbeda dengan yang diatur dalam Pasal 26 jika terdapat pengaturan di dalam *tax treaty*. Artinya, tarif yang berlaku adalah tarif yang tertera dalam *tax treaty* Indonesia dengan negara mitra dan bukan menggunakan ketentuan Pasal 26. Biasanya tarif yang berlaku merupakan tarif yang lebih rendah dari yang diatur dalam undang-undang domestik. Hal ini terjadi karena *tax treaty* memiliki fasilitas pajak (*treaty benefits*) yakni berupa pengurangan tarif (*reduced rate*).

Penasihat keuangan PT. BCD menyarankan untuk membuat BCD.Ltd sebagai *Special Purpose Vehicle* (SPV) untuk menerbitkan surat hutang yang dijamin penuh oleh PT. BCD.⁷⁵ Pendirian BCD. Ltd dilakukan di Mauritius, dimana tarif *Withholding* yang berlaku saat itu berdasarkan P3B Indonesia-Mauritius adalah 10% untuk pembayaran bunga dari Indonesia kepada BCD.Ltd, dan bukan 20% sebagaimana yang diatur dalam Pasal 26 UU PPh. Alasan digunakannya Mauritius sebagai negara pendirian SPV, karena negara tersebut tidak mengenakan *withholding tax* atas pembayaran bunga kepada *bondholder*,⁷⁶ dan *bondholder* memilih Bank FGH sebagai wali amanat (*trustee*) yang bertugas sebagai agen pembayaran.

Keuntungan yang diperoleh *bondholder* adalah mendapatkan keringanan pajak, dimana penghasilan yang timbul, hanya dipotong pajak dengan tarif yang lebih rendah. Pertimbangan tersebut menarik minat *bondholders* untuk membeli surat hutang PT. BCD. Di sisi lain, PT. BCD menikmati penghindaran mekanisme *gross-up* yang besar atas bunga yang dibayarkan.

⁷³ Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 1983 Sebagaimana yang telah Diubah dengan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1991, Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1994, dan Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2000.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Michel N Kandev, Davies Ward Philips, dan Vinneberg, "Beneficial Ownership: Indofood Run Wild", *Tax Topics*, No.1812, hal. 1.

⁷⁶ Negara Mauritius merupakan negara yang menganut asas teritorial, dimana pajak hanya akan dikenakan atas penghasilan yang diperoleh dari dalam negerinya, sehingga penghasilan yang diperoleh dari luar negeri, dalam hal ini adalah penerimaan bunga dari PT. BCD kepada BCD.Ltd tidak akan dikenakan pajak, selain itu, bunga yang dibayarkan kepada investor juga tidak dikenakan pajak.

Sebagaimana yang diatur dalam perjanjian, bahwa *bondholder* hanya menanggung pajak sebesar 10%. Telah disepakati pula sebelumnya bahwa jika terdapat perubahan dalam tarif pajak, maksudnya saat tarif pajak meningkat, maka selisih tarif tersebut merupakan tanggungan dari PT. BCD. Tanggungan yang dibebankan kepada PT. BCD, sehingga mengharuskan PT. BCD melakukan *gross-up*.

Dalam rangka melakukan pinjaman, maka PT. BCD membuat kontrak dengan BCD.Ltd, dimana isi kontrak tersebut identik dengan kontrak yang dibuat BCD.Ltd dengan *bondholder*. Dalam kontrak tersebut diatur juga, yakni jumlah uang yang dipinjam dari dan ke Mauritius adalah sama, begitu juga dengan penghasilan bunga yang timbul. Adapun jumlah dana yang dipinjam adalah sebesar USD 280,000,000, dengan tingkat bunga tetap sebesar 10.375%, dan jangka waktu pinjaman adalah 5 tahun, dimulai dari 18 Juni 2002 sampai dengan 18 Juni 2007. BCD.Ltd terdiri atas 4 susunan direktur, 2 merupakan penduduk dari Indonesia, dan sisanya penduduk dari Mauritius, tanpa memiliki karyawan lain selain 4 susunan direktur tersebut.

Telah disepakati bahwa pembayaran bunga dilakukan setiap 6 bulan sekali. Juga diatur bahwa hari pertama ketika PT. BCD membayarkan bunga kepada BCD.Ltd, maka pada hari kedua BCD.Ltd akan membayarkan langsung kepada *bondholder*. Lebih lanjut, kedua belah pihak mengikat kesepakatan bahwa PT. BCD berhak untuk mengembalikan pinjaman lebih awal dengan menyertakan alasan-alasan yang jelas (*reasonable measures*). Segala perselisihan yang mungkin terjadi, telah disepakati akan diselesaikan di muka Pengadilan Tinggi Inggris (*English High Court*) sebagai badan yang berhak untuk memutuskan.

Pada 1 Januari 2005 dilakukan penghapusan P3B Indonesia-Mauritius. Hal ini berdampak pada naiknya pajak yang harus dipotong oleh PT. BCD, dari sebelumnya 10% menjadi 20%. Sesuai dengan perjanjian yang telah dilakukan, PT. BCD, diharuskan melakukan *gross-up* pada pembayaran bunga sehingga pembayaran kepada *bondholder* akan berjumlah sama seperti sebelumnya. Kondisi tersebut tentunya menimbulkan beban yang lebih besar bagi PT. BCD dalam melakukan pembayaran bunganya karena ditambah pula dengan

adanya kenaikan suku bunga di pasar yang memihak kreditur,⁷⁷ sehingga PT. BCD memilih opsi dengan melakukan pembayaran sekaligus atas seluruh pinjaman yang telah dilakukan.

Bank FGH selaku *trustee* dari *bondholder* menyikapi hal tersebut dengan memberikan skema alternatif, yaitu dengan meminta PT. BCD untuk mendirikan SPV lainnya di Belanda. Misalnya SPV yang berada di Belanda tersebut adalah X.BV dan bertugas untuk mengambilalih peran SPV di Mauritius. Adapun yang menjadi alasan mengapa Bank FGH memberikan upaya alternatif tersebut adalah untuk menghindarkan *bondholder* kehilangan potensi pendapatan.

Atas pendirian SPV di Belanda, maka PT. BCD diharapkan membayarkan bunga pinjaman ke sana, kemudian dari sana akan dikirimkan kembali ke Mauritius untuk selanjutnya dibayarkan ke *bondholder*. Atas skema tersebut, tidak dimungkinkan bagi PT. BCD untuk membayarkan bunga pinjaman lebih awal sehingga berimplikasi pada tetap terjaganya pendapatan *bondholder*. Secara sederhana, gambaran kasus PT. BCD akan lebih jelas melalui skema di bawah ini:

Diagram III.1
Sebelum Terminasi P3B Indonesia – Mauritius

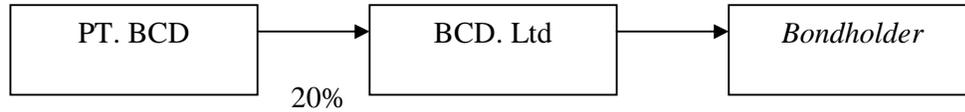


Sumber: Data Diolah Sendiri

BCD Ltd. menerima pinjaman dari *bondholder* yang kemudian dikirimkan langsung kepada *parent company* (PT.BCD). Atas pinjaman tersebut menimbulkan penghasilan bunga yang dibayarkan kepada BCD Ltd. dan terutang *withholding tax* sebesar 10%. Pembayaran yang diterima dari PT.BCD kepada BCD Ltd. seluruhnya diteruskan kepada *bondholder* tanpa terutang pajak, sebagaimana yang diatur pada ketentuan domestik Mauritius.

⁷⁷ Pada dasarnya, tidak ada hubungan (implikasi) langsung dengan kenaikan suku bunga di pasar, hal ini disebabkan perjanjian pinjaman yang dilakukan oleh pihak-pihak diatas, sepakat bahwa suku bunga sebesar 10,375% adalah *fixed rate*.

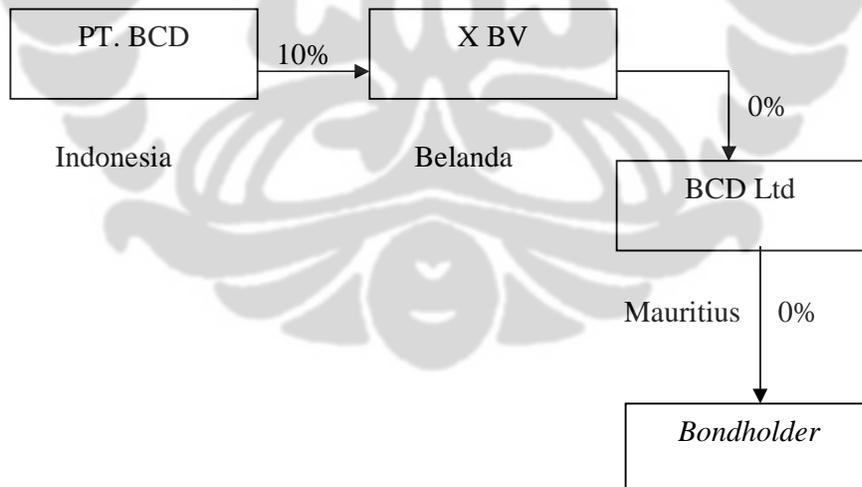
Diagram III. 2
Setelah Terminasi P3B Indonesia – Mauritius
(Sebelum *Interposition* Dilakukan)



Sumber: Data Diolah Sendiri

Saat terjadinya terminasi P3B Indonesia-Mauritius, maka terjadi pula perubahan tarif pajak yang berlaku. Tidak lagi menggunakan tarif 10%, tetapi kembali kepada tarif yang diatur dalam UU PPh Indonesia Pasal 26 sebesar 20%. Oleh karena itu, penghasilan bunga yang dibayarkan kepada BCD.Ltd dikenakan pajak sebesar 20%. Sebagaimana yang diatur dalam kontrak, maka PT.BCD diwajibkan untuk menanggung selisih pajak tersebut. Mekanisme yang dapat dilakukan PT.BCD adalah dengan menggunakan metode *gross-up*.

Diagram III. 3
Setelah Terminasi P3B Indonesia – Mauritius
(Apabila *Interposition* Dilakukan)



Sumber: Data Diolah Sendiri

Jika opsi yang ditawarkan oleh Bank FGH diterima, maka jumlah pembayaran yang dilakukan PT.BCD akan kembali ke kondisi semula. PT.BCD akan memungut pajak sebesar 10% terhadap pembayaran bunga kepada X.BV di Belanda dengan menggunakan ketentuan P3B Indonesia-Belanda. Pembayaran bunga dari PT.BCD yang diterima X.BV tidak dikenakan *global tax (world wide income)* oleh Belanda,⁷⁸ hal ini dikarenakan adanya bunga yang harus dibayarkan kepada BCD.Ltd, dimana menjadi biaya yang mengurangi penghasilan yang diterima X.BV. Adapun penghasilan yang diterima X.BV hanya berasal dari penerimaan bunga yang jumlahnya sama dengan pembayaran bunga, dihasilkan bahwa X.BV tidak memiliki keuntungan.

Belanda tidak memiliki keuntungan atas selisih dari biaya yang terjadi, oleh karena itu tidak dikenakannya pajak atas penghasilan bunga tersebut. Dalam pembayaran bunga dari X.BV kepada BCD.Ltd, oleh Belanda,⁷⁹ pajak yang dikenakan adalah sebesar 0%, disebabkan karena *treaty* pada Belanda dengan Mauritius membebaskan pajak atas pembayaran bunga yang memiliki usia diatas 2 tahun. Kemudian, atas bunga yang dibayarkan kepada *Bondholder* dari X.BV, oleh Mauritius tidak dikenakan pajak.

Skema yang diajukan oleh Bank FGH ditolak, PT. BCD melalui nota yang diberikan BCD. Ltd. Alasan mengapa skema tersebut ditolak adalah, PT. BCD menganggap bahwa X.BV yang bertugas menerima penghasilan bukanlah merupakan *beneficial owner*, sehingga berdasarkan ketentuan P3B Indonesia-Belanda, X.BV tidak dapat menerima *reduced rate* yang disediakan. Alasan yang diajukan PT. BCD tidak dapat diterima oleh Bank FGH, yang mana menganggap alasan yang diajukan PT. BCD tidak memenuhi *reasonable measures*. Atas perbedaan tersebut, akhirnya kasus ini dibawa kepada English High Court. Terhadap kasus ini, Surahmat memberikan pandangannya:

Adalah sesuatu yang tidak fair, ketika PT. BCD mengatakan bahwa perusahaan yang di belanda bukanlah *beneficial owner*, sedangkan perusahaan di Mauritius dianggap *beneficial owner*. Terlihat adanya persepsi yang mendua yang digunakan PT. BCD yang seolah-olah mengatakan bahwa dirinya tidak menyetujui

⁷⁸ Belanda merupakan Negara yang menganut asas sumber, dimana pajak dikenakan terhadap seluruh penghasilan yang dihasilkan baik dari dalam negeri maupun luar negeri. Asas pemajakan ini biasa disebut dengan *World Wide Income* atau *Global Tax*.

⁷⁹ Hak pemajakan berada di tangan Belanda.

suatu praktik *treaty shopping*, namun mereka melakukan *treaty shopping* melalui *conduit company* di Mauritius.⁸⁰

B. Ketentuan Domisili Pajak, Penghasilan Pasif, dan *Anti-Treaty Shopping* Menurut P3B Indonesia-Belanda.

Mayoritas penduduk Indonesia mendirikan SPV di Belanda,⁸¹ Selain itu juga, Belanda menerapkan sistem yang menguntungkan Wajib Pajak Luar Negeri.⁸² Tidak hanya itu, dalam P3B Indonesia-Belanda terdapat ketentuan tentang bunga yang menerapkan tarif pajak atas bunga hingga 0% dan ketentuan yang mengatur penangkalan praktik *treaty shopping* menggunakan acuan yang disediakan oleh OECD Model, dimana Belanda merupakan anggota dari OECD. Berikut pasal-pasal yang mengatur tentang domisili fiskal, penghasilan pasif, dan ketentuan *anti-treaty shopping* berdasarkan P3B Indonesia-Belanda:

Pasal 4

Domisili pajak

1. Dalam ayat ini, yang dimaksud dengan “penduduk dari suatu negara” (penduduk/*resident*) berarti setiap orang/badan yang menurut perundang-undangan negara tersebut, dapat dikenakan pajak di negara tersebut. Untuk orang pribadi ditentukan berdasarkan domisilinya atau tempat kediamannya. Sedangkan untuk badan, *resident*-nya ditentukan berdasarkan tempat kedudukan manajemennya (*effective management*) yang merupakan tempat perusahaan mengambil keputusan yang menentukan arah kebijakan perusahaan, tempat pendiriannya (*incorporated*) atau atas kriteria lainnya yang sifatnya serupa.
3. Apabila berdasarkan ketentuan-ketentuan dalam ayat 1 orang pribadi menjadi penduduk pada kedua negara, maka statusnya akan ditentukan sebagai berikut:
 - (a) Ia akan dianggap sebagai penduduk negara di mana ia mempunyai tempat tinggal tetap (*permanent home*). Akan tetapi, jika ia mempunyai

⁸⁰ Wawancara Rahmanto Surahmat, Praktisi Perpajakan, *Tax Partner* Ernst&Young, dan Prasetio, Sarwoko dan Sandjaja *Consult*, (Kantor Ernst&Young, Gedung BEI, Jakarta), tanggal 21 November 2008, pukul 15.30 sampai dengan 16.00.

⁸¹ Dian Safitri, *Analisis Praktek Treaty Shopping Wajib Pajak Dalam Negeri Indonesia dan Ketentuan Anti-Treaty Shopping Indonesia*, Tesis, MAKSI FE-UI, Jakarta, 2007, hal. 64, bahan tidak diterbitkan.

⁸² *Ibid.*

tempat tinggal tetap di kedua negara atau tidak memilikinya, maka ia akan dianggap sebagai penduduk negara di mana ia mempunyai hubungan pribadi dan ekonomi yang lebih erat yang menjadi tempat yang menjadi pusat perhatiannya (*center of vital interest*).

- (b) Jika negara yang menjadi pusat perhatiannya tidak dapat ditentukan, dimana ia tidak mempunyai tempat tinggal tetap di salah satu negara, atau memilikinya di kedua negara, maka ia akan dianggap sebagai penduduk salah satu negara di mana ia mempunyai tempat yang biasa ia gunakan untuk berdiam (*habitual abode*);
- (c) Jika ia mempunyai tempat kebiasaan berdiam di kedua negara atau sama sekali tidak memilikinya di salah satu negara tersebut, maka pejabat yang berwenang dari kedua negara akan memecahkan masalah tersebut melalui persetujuan bersama (*Mutual Agreement Procedure*).

Pada ayat ini, orang pribadi yang dianggap memiliki dua kependudukan (*double resident*) dari kedua negara yang melakukan perjanjian, akan diputuskan berdasarkan tempat tinggal yang dimilikinya. Akan tetapi, jika tempat tinggalnya tidak dapat ditentukan, maka ia akan dinilai berdasarkan tempat ia memiliki pusat kepentingan yang dapat dilihat dari hubungan ekonomis, maksudnya adalah saat dirinya mendapat penghasilan atau dari hubungan personal. Begitu seterusnya, hingga dicapai suatu keputusan bersama oleh otoritas yang berwenang (*Competent Authority*) untuk menentukan *recidence*-nya.

4. Pada ayat ini, jika suatu badan menjadi penduduk pada kedua negara, maka badan tersebut akan dianggap sebagai penduduk negara di mana tempat *management effective*-nya berada, yaitu tempat kedudukan perusahaan dalam mengambil keputusan, yang merupakan arah kebijakan perusahaan. Namun, jika tidak dapat ditentukan, maka kembali kedua pejabat negara dari negara yang melakukan perjanjian akan duduk bersama untuk menentukannya (*Mutual Agreement Procedure*).

Pasal 10**Dividen**

1. Dividen yang dibayarkan dari penduduk suatu negara kepada penduduk negara lainnya dapat dipajaki di negara lainnya. Pada ayat ini, hak pemajakan diletakan pada negara domisili sebagai negara yang menerima pembayaran dividen.
2. Namun, negara sumber sebagai negara pembayar dividen juga dapat memajaki. Besaran pemajakan yang dapat dilakukan oleh negara sumber hanya dibatasi sebesar 10% dari jumlah bruto. Akan tetapi, besaran pemajakan tersebut hanya diberikan kepada pihak yang menjadi penduduk dari negara domisili serta menjadi pemilik sebenarnya dari penghasilan tersebut (*beneficially owned*).

Pasal 11**Bunga**

1. Sama halnya dengan dividen, bunga yang timbul dari suatu negara kepada negara lainnya dapat dipajaki di negara lainnya
2. Namun, negara tempat bunga tersebut dibayarkan dapat memajaki, akan tetapi besarnya tidak melebihi 10% dari jumlah bruto. Besaran tarif 10% tersebut hanya diberikan kepada pihak yang menjadi penduduk di negara domisili dan penerima penghasilan yang sebenarnya (*beneficial owner*).
4. Menyimpang dari ketentuan di atas, terhadap bunga yang timbul atas suatu pinjaman yang memiliki durasi 2 tahun, maka hak pemajakan berada di tangan negara domisili. Artinya, jika negara Indonesia merupakan negara sumber dan Belanda merupakan negara domisili, serta pinjaman yang diberikan berjangka waktu 2 tahun, maka hak pemajakan berada di tangan Belanda. Adapun pemajakan atas bunga pinjaman, Belanda menerapkan pajak sebesar 0%.

Pasal 12**Royalti**

1. Royalti yang dibayarkan dari penduduk suatu negara kepada penduduk negara lainnya hanya dapat dipajaki di negara lainnya. Sehingga negara lainnya yang merupakan negara domisili pada dasarnya berhak untuk memajaki penghasilan royalti

2. Namun, negara sumber juga dapat memajaki, yang mana besarnya tidak melebihi tarif sebesar 10%. Dimana, sama seperti pengaturan yang terdapat dalam bunga dan dividen, tarif tersebut hanya dapat dipajaki kepada penduduk dari negara yang melakukan perjanjian dan merupakan pemilik yang sebenarnya (*beneficial owner*) dari penghasilan royalti.

Ketentuan *Anti-Treaty shopping*

Dalam laporan *Committee on Fiscal Affairs* yang berjudul “*Double Taxation and The Use of Conduit Company*” *OECD Commentaries* mengeluarkan serangkaian ketentuan yang dapat diadopsi oleh negara yang mengikat perjanjian untuk menangkal praktik *treaty shopping*. Adapun ketentuan tersebut antara lain:

1. *Look trough approach*

*A company that is a resident of a contracting state shall not be entitled to relief from taxation under this convention with respect any item of income, gains or profits if it is owned or controlled directly or through one or more companies, wherever resident, by persons who are not resident of a contracting state.*⁸³

Sebuah perusahaan yang mana adalah penduduk dari negara yang melakukan perjanjian tidak berhak mendapatkan fasilitas pajak atas penghasilan, keuntungan atau laba jika perusahaan tersebut dimiliki atau dikuasai langsung, melalui satu atau beberapa perusahaan yang bukan merupakan penduduk dari negara yang melakukan perjanjian. Pendekatan ini membatasi *reduced rate* kepada perusahaan yang dimiliki oleh orang yang bukan merupakan penduduk dari negara yang melakukan perjanjian (penduduk negara ketiga). Besaran kepemilikan oleh orang yang bukan merupakan penduduk dari negara yang melakukan perjanjian diserahkan kepada negara yang melakukan perjanjian.

2. *Exclusion Approach*

*No provision of the convention conferring an exemption from, or reduction of, tax shall apply to income received or paid by a company as defined under section ... of the ... Act, or under any similar provision enacted by ... after the signature of the convention.*⁸⁴

Pendekatan ini membatasi perusahaan yang mendapatkan perlakuan khusus dari negara tempat dia menjadi penduduk untuk dapat mengeksekusi

⁸³ Ster Van Weeghel, *Op.Cit*, hal. 213.

⁸⁴ *Ibid*, hal. 214.

reduced rate. Perlakuan khusus tersebut datang dari negara yang tidak mengenakan (mengecualikan) atau mengenakan tarif pajak yang rendah (*special previlage*) atas sebuah penghasilan berdasarkan ketentuan domestik negara tersebut kepada suatu perusahaan yang diklasifikasikan sebagai perusahaan dengan karakteristik tertentu. Perlakuan khusus ini dapat juga dibatasi atas suatu penghasilan, misalnya: bunga, royalti, *capital gain* (keuntungan selisih aktiva) atau komisi yang diterima direktur. Akan tetapi penekanan dalam pendekatan ini tertuju kepada perusahaan dengan karakteristik tertentu.

3. *Subject to tax approach*

Where income arising in a contracting state is received by a company resident of the other contracting state and one or more persons not resident in that other contracting state

- a. *Have directly or indirectly or through one or more companies, wherever resident, a substantial interest in such company, in the form of a participation or otherwise,*
- b. *Exercise directly or indirectly, alone or together, the management or control of such company.*

*Any provision of this convention conferring an exemption from, or a reduction of, tax shall apply only to income that is subject to tax in the last-mentioned state under the ordinary rules of its tax law.*⁸⁵

Pendekatan ini membatasi sebuah perusahaan yang merupakan milik dari penduduk negara ketiga yang menerima penghasilan, dimana penghasilan tersebut tidak dikenakan pajak (bukan merupakan objek pajak) di negara domisili. Sehingga perusahaan tersebut tidak memiliki kewajiban untuk membayar pajak atas penghasilan yang diterimanya. Oleh sebab itu, perusahaan tidak dapat memperoleh *reduced rate*.

4. *Channel Approach*

Where income arising in a contracting state is received by a company that is a resident of the other contracting state and one or more persons who are not resident of that other contracting state

- a. *have directly or indirectly or through one or more companies, wherever resident, a substantial interest in such company, in the form of a participation or otherwise, and*
- b. *exercise directly or indirectly, alone or together, the management or control of such management*

Any provisions of this convention conferring an exemption from, or a reduction of, tax shall not apply if more than

⁸⁵ *Ibid.*

*50 percent of such income is used to satisfy claims by such persons (including interest, royalties, development, advertising, initial and travel expenses, and depreciation of any kind of business assets including those on immaterial goods and processes).*⁸⁶

Peraturan dalam perjanjian ini tidak dapat memberikan pengurangan atas tarif pajak kepada perusahaan yang dimiliki atau dikuasai oleh penduduk dari negara ketiga, jika lebih dari 50% dari penghasilan digunakan untuk diberikan kepada penduduk negara ketiga (termasuk bunga, royalti, pengembangan, pengiklanan, beban perjalanan, dan penyusutan atas aset-aset termasuk barang tidak berwujud dan produksi). *Treaty benefits* tidak dapat dinikmati oleh penduduk yang menerima penghasilan yang dimiliki secara substansial dan dikendalikan oleh orang yang bukan merupakan penduduk dari negara mitra (penduduk negara ketiga). Dimana penghasilan yang diterima lebih dari 50% dibayarkan kepada orang tersebut. Dengan kata lain, penghasilan yang diterima sebagian besar (lebih dari 50%) tidak dinikmati di negara mitra perjanjian, sehingga tidak dapat dipajaki atau dipajaki dengan jumlah yang paling minimum.

Pendekatan-pendekatan yang disebutkan di atas merupakan pendekatan yang mengatur secara umum, diperlukan peraturan lain untuk melengkapi ketentuan tersebut. Adapun pendekatan-pendekatan khusus yang dipersiapkan oleh OECD *Commentary* adalah *Bone Fide Cases*. *Bone Fide Cases* itu sendiri diartikan sama dengan pendekatan di atas, yaitu sebagai pendekatan untuk mendeterminasikan apakah perusahaan merupakan suatu *conduit company* atau tidak. Adapun pendekatan-pendekatan tersebut antara lain:

a. *General bonafide suggestion*

Menghendaki bahwa pendirian perusahaan harus dilandasi oleh motivasi bisnis (*sound business reasons*) dan bukan semata-mata dibuat untuk menikmati *reduced rate*.⁸⁷

⁸⁶ *Ibid*, hal. 215

⁸⁷ Gunadi, *Op.Cit*, hal. 206

b. *Activity Provision*

Penghasilan yang diperoleh harus dari kegiatan usaha aktif (*substantive business operations*), maka sudah seharusnya *treaty benefits* diberikan kepada WPDN negara mitra perjanjian.⁸⁸

c. *Amount of tax provisions*

Ketentuan ini menekankan bahwa *treaty benefits* yang diklaim dari negara sumber adalah sama atau kurang dari pajak yang sebenarnya dikenakan di negara domisili. Dengan kata lain, apabila tidak ada jumlah pajak yang tidak dibayar sampai pada jumlah tertentu oleh negara domisili, dimana tarif pajak yang dikenakan di negara domisili adalah sama atau bahkan lebih kecil, maka Wajib Pajak tersebut tidak berhak atas *reduced rate*.⁸⁹

d. *Stock Exchange Provisions*

Memberikan secara otomatis *reduced rate* kepada suatu perusahaan yang tercatat di lantai bursa di salah satu atau kedua negara perjanjian.⁹⁰

e. *Alternative relief provisions*

Menjelaskan bahwa apabila suatu *conduit company* ditolak untuk pemberian *reduced rate*, namun *conduit company* tersebut berada di bawah kendali negara ketiga yang memiliki *tax treaty* dengan negara sumber, maka *conduit company* tersebut dapat diperlakukan sebagai *beneficial owner* dan berhak untuk diberikan *reduced rate*.⁹¹

C. Ketentuan Mengenai Domisili Fiskal, Penghasilan Pasif, dan *Anti-Treaty Shopping* Dalam P3B Indonesia-Amerika Serikat

Amerika memiliki pedoman tersendiri dalam melakukan perjanjian perpajakan dengan negara mitranya, yaitu *US Model Tax Convention*. Hal ini mengartikan bahwasannya Amerika tidak menggunakan UN Model ataupun OECD model dalam pembuatan P3B-nya. Lebih lanjut, dari seluruh P3B yang telah diikat Indonesia dengan negara mitra, klausul *Limitation on Benefits* sebagai *anti-treaty shopping provisios* hanya dimiliki dalam P3B Indonesia dengan

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*

Amerika Serikat semata. Fungsi dari *Limitation on Benefits* itu sendiri adalah untuk menentukan, apakah perusahaan yang mengeksekusi *reduced rate* memang ditujukan untuk mendapatkannya.

Berikut pasal-pasal yang mengatur tentang domisili fiskal, penghasilan pasif dan ketentuan *anti-treaty shopping* berdasarkan P3B Indonesia-Amerika Serikat:

Pasal 4

Domisili Fiskal

1. Dalam Perjanjian ini, istilah "penduduk suatu Negara Pihak pada Perjanjian" berarti setiap orang atau badan, yang menurut perundang-undangan Negara tersebut, dapat dikenakan pajak di Negara tersebut berdasarkan domisili, tempat kediaman, tempat pendirian, tempat kedudukan manajemen, atau dasar lainnya yang sifatnya serupa. Berbeda dengan Belanda, dalam *treaty* ini, dalam hal *partnership, estate, atau trust*, istilah "penduduk suatu Negara Pihak pada Perjanjian" ini hanya berlaku sepanjang penghasilan yang diperoleh *partnership, estate, atau trust* tersebut dapat dikenakan pajak di Amerika Serikat sebagaimana penghasilan yang diperoleh penduduk, baik penghasilan tersebut ada di tangannya maupun penghasilan tersebut ada di tangan pihak lain (*partners atau beneficiaries*). Namun dalam ketentuan Indonesia, *trust, estate, dan partnership* tidaklah dikenal. Dapat dikatakan, bahwa pada pasal ini telah terdapat pengaturan tentang *Limitation on Benefit* yang merupakan *exclusion test*, dimana kepada badan dengan karakteristik tertentu yang memperoleh perlakuan istimewa dibatasi untuk mendapatkan *treaty benefit*.
2. Jika berdasarkan ketentuan-ketentuan dalam ayat (1) orang pribadi menjadi penduduk di kedua Negara Pihak pada Perjanjian, maka:
 - a) Ia akan dianggap sebagai penduduk Negara Pihak pada Perjanjian di mana ia mempunyai tempat tinggal tetap (*permanent home*). Apabila ia mempunyai tempat tinggal tetap di kedua Negara Pihak pada Perjanjian atau sama sekali tidak mempunyai tempat tinggal tetap di salah satu Negara tersebut, ia akan dianggap sebagai penduduk Negara Pihak pada

Perjanjian di mana ia mempunyai hubungan-hubungan pribadi dan ekonomi yang lebih erat (*center of vital interest*).

- b) Jika Negara Pihak pada Perjanjian yang menjadi pusat perhatiannya tidak dapat ditentukan, ia akan dianggap sebagai penduduk Negara Pihak pada Perjanjian di mana ia mempunyai tempat yang biasa ia gunakan untuk berdiam (*habitual abode*)
- c) Jika ia mempunyai tempat kebiasaan berdiam di kedua Negara Pihak pada Perjanjian atau sama sekali tidak mempunyainya di salah satu Negara tersebut, ia akan dianggap sebagai penduduk Negara Pihak pada Perjanjian di mana ia menjadi warga negara (*citizenship*) dan
- d) Jika ia menjadi warga negara dari kedua Negara Pihak pada Perjanjian atau sama sekali tidak menjadi warga negara salah satu Negara tersebut, maka pejabat-pejabat yang berwenang dari Negara Pihak pada Perjanjian akan menyelesaikan masalahnya berdasarkan persetujuan bersama (*Mutual Agreement Procedure*).

Berbeda dengan persetujuan yang ditutup Indonesia dengan Belanda, dalam ayat ini, pengaturan mengenai permasalahan *resident* lebih lengkap. Dalam hal terjadi *dual resident* maka cara penentuannya dimulai secara berurutan dalam ayat ini, yaitu orang pribadi harus dilihat apakah ia memiliki tempat tinggal tetap, jika tidak bisa ditentukan maka pengaturan selanjutnya jatuh kepada tempat ia biasa berdiam, begitu seterusnya, sampai dapat ditentukan negara mana yang merupakan *residence* bagi orang pribadi tersebut. Hal ini penting untuk dilakukan karena berhubungan dengan hak pemajakan oleh suatu yurisdiksi pajak. Dalam ayat ini dikedepankan *citizenship*, hal ini ditengarai, bahwa ketentuan pajak Amerika mengakui bahwa warga negara yang menerima *greencard* diperlakukan sebagai Wajib Pajak.

3. Untuk kepentingan ayat ini, tempat tinggal tetap adalah tempat di mana orang pribadi menetap bersama keluarganya. Orang pribadi yang dianggap sebagai penduduk salah satu Negara Pihak pada Perjanjian dan bukan sebagai penduduk Negara Pihak lainnya pada Perjanjian berdasarkan ketentuan-ketentuan ayat (2) hanya akan dianggap sebagai penduduk Negara yang disebutkan pertama untuk keperluan Perjanjian ini, termasuk Pasal 28

(Ketentuan-Ketentuan Umum Perpajakan). Ditekankan di sini, Amerika menerapkan *center of vital interest* kepada hubungan personal orang pribadi.

4. Apabila berdasarkan ketentuan-ketentuan ayat (1) suatu perusahaan menjadi penduduk pada kedua Negara Pihak pada Perjanjian, maka perusahaan tersebut akan dianggap sebagai penduduk Negara di mana perusahaan tersebut dikelola atau didirikan. Berbeda dengan Belanda, dalam ketentuan ini, badan dapat dianggap *resident* ketika badan tersebut didirikan (*incorporated*).

Pasal 11

Dividen

1. Dividen yang dibayarkan oleh suatu perusahaan yang merupakan penduduk salah satu Negara kepada penduduk Negara lainnya dapat dikenakan pajak di Negara lainnya tersebut. Pengenaan pajak atas dividen pada dasarnya hanya diberikan kepada negara domisili.
2. Namun demikian, dividen tersebut dapat juga dikenakan pajak di Negara di mana perusahaan pembayar dividen menjadi penduduknya dan dengan tarif pajak sesuai dengan perundang-undangan Negara tersebut; tetapi, jika pemilik manfaat (*beneficial owner*) dari dividen tersebut adalah penduduk Negara lainnya, maka pajak yang dikenakan tidak akan melebihi 15% dari jumlah bruto yang benar-benar didistribusikan. Pajak yang dikenakan oleh negara sumber tidak boleh melebihi sesuai dengan yang diatur dalam *tax treaty*. Pada ayat ini diungkapkan jelas bahwa negara sumber dapat memajaki namun besarnya tidak boleh melebihi kesepakatan dari negara yang melakukan perjanjian.

Pasal 12

Bunga

1. Bunga yang bersumber dari salah satu negara pada pihak perjanjian yang diperoleh penduduk negara di pihak lainnya pada perjanjian pajak dapat dikenakan pajak oleh kedua negara pihak pada perjanjian. Sama halnya dengan dividen, pengenaan pajak atas bunga pada dasarnya hanya diberikan kepada negara domisili. Namun;
2. Tarif pajak yang dapat dikenakan oleh salah satu negara pada pihak perjanjian tersebut dan dimiliki oleh pemberi pinjaman yang menikmati bunga

(*beneficially owned*) yang merupakan penduduk negara pada pihak lainnya pada perjanjian tidak akan dikenakan lebih dari 15% dari jumlah bruto bunga tersebut.

3. Menyimpang dari ayat (1) dan (2), bunga yang bersumber di salah satu Negara Pihak pada Perjanjian yang diperoleh Negara Pihak lainnya pada Perjanjian atau perantara atau perwakilan dari Negara Pihak lainnya tersebut yang bukan merupakan subjek dari pengenaan pajak penghasilan di Negara Pihak lainnya tersebut akan dikecualikan dari pajak di Negara yang disebutkan pertama.
4. Ayat (2) tidak berlaku jika penerima bunga, yang merupakan penduduk salah satu Negara Pihak pada perjanjian, mempunyai suatu bentuk usaha tetap atau tempat tetap di Negara Pihak lainnya pada Perjanjian dan piutang yang menghasilkan bunga tersebut mempunyai hubungan efektif dengan Bentuk Usaha Tetap atau tempat tetap tersebut. Dalam hal demikian, ketentuan-ketentuan dalam Pasal 8 (Laba Usaha) atau Pasal 15 (Pekerjaan Bebas) akan berlaku.
5. Jika jumlah bunga yang dibayarkan kepada orang/badan yang mempunyai hubungan istimewa melebihi jumlah bunga seandainya dibayarkan kepada orang/badan yang tidak mempunyai hubungan istimewa, ketentuan-ketentuan dalam Pasal ini akan berlaku hanya atas jumlah bunga seandainya tidak dipengaruhi oleh hubungan istimewa. Dalam hal demikian, jumlah kelebihan pembayaran tersebut dapat dikenakan pajak oleh masing-masing Negara Pihak pada Perjanjian sesuai dengan perundang-undangannya, termasuk ketentuan-ketentuan dalam Perjanjian ini.
6. Istilah "bunga" yang digunakan dalam Perjanjian ini berarti penghasilan dari obligasi, surat utang, surat berharga pemerintah, atau bukti-bukti utang lainnya, baik yang dijamin dengan hipotik atau surat berharga lainnya maupun tidak dan baik yang mempunyai hak atas pembagian laba maupun tidak, dan segala bentuk tagihan utang, serta semua bentuk penghasilan yang menurut perundang-undangan pajak Negara Pihak pada Perjanjian di mana penghasilan tersebut bersumber dapat dipersamakan dengan penghasilan yang diperoleh dari uang yang dipinjamkan.

Pasal 13

Royalti

5. Royalti yang bersumber di salah satu negara pihak perjanjian yang diperoleh penduduk negara pihak lainnya dapat dikenakan pajak di kedua negara tersebut. Berbeda dengan ketentuan bunga dan dividen, pada ayat ini, penghasilan atas royalti, pembagian hak pemajakan berlaku bagi kedua negara. Negara sumber dapat memajaki begitu juga dengan negara domisili, namun besarnya tetap terbatas atas kesepakatan kedua negara
6. Tarif pajak yang dikenakan oleh suatu Negara Pihak pada Perjanjian atas royalti yang bersumber di Negara Pihak pada Perjanjian tersebut dan dimiliki oleh pihak yang menikmati royalti (*beneficially owned*) tersebut yang merupakan penduduk Negara Pihak lainnya pada Perjanjian tidak akan melebihi 15% (lima belas persen) dari jumlah bruto royalti yang dijelaskan dalam ayat 3 (a) dan 10% (sepuluh persen) dari jumlah bruto royalti yang dijelaskan dalam ayat 3 (b). Sama halnya dengan penghasilan dividen dan bunga, bahwa *reduced rate* hanya berlaku kepada penduduk yang merupakan penerima manfaat yang sesungguhnya (*beneficial owner*).

Pasal 28

Ketentuan-ketentuan Umum Perpajakan

6. Pengaturan terhadap badan (bukan orang pribadi), berhak untuk mendapatkan *treaty benefit* yang berupa *reduced rate* atas penghasilan dividen, royalti atau bunga, kepada badan, dimana dalam hal perusahaan, lebih dari 50% dari jumlah lembar tiap-tiap kelompok saham perusahaan dimiliki secara langsung atau tidak langsung oleh suatu kombinasi dari satu atau lebih dari:
 - (i) Orang pribadi penduduk Amerika Serikat;
 - (ii) Warga negara Amerika Serikat;
 - (iii) Orang pribadi penduduk Indonesia;
 - (iv) Perusahaan-perusahaan yang sebagian besar sahamnya diperdagangkan secara reguler di bursa saham yang diakui kedua negara (NASDAQ atau BEI);
 - (v) Negara-negara pihak pada perjanjian.

Pengaturan ini biasa disebut dengan (*ownership test*) dan penghasilan yang diperoleh tersebut, dalam jumlah yang berarti baik secara langsung maupun tidak langsung, dimana sebagian besarnya dijadikan biaya (merupakan pengurang dasar pengenaan pajak penghasilan) termasuk bunga atau utang royalti kepada orang atau badan yang bukan penduduk dari negara yang melakukan perjanjian atau penduduk negara ketiga. Sehingga atas penghasilan yang diperoleh tersebut tidak dapat dinikmati di negara yang mendapatkan penghasilan pengaturan ini biasa disebut dengan (*base erosion test*).

7. Tarif *reduced rate* akan langsung diberikan jika,
 - a. orang/badan tersebut adalah satu perusahaan dimana kelompok utama sahamnya diperdagangkan secara regular dalam jumlah yang berarti (biasanya lebih dari 50%) di suatu bursa efek yang diakui (*recognized stock exchange test*), atau
 - b. Jika pendirian, perolehan, dan pengelolaan dari orang/badan tersebut tidak dimaksudkan untuk memperoleh manfaat-manfaat dari perjanjian ini (*sound business reason* atau *business purpose test*).
8. Untuk kepentingan ayat (7) (a), istilah “bursa efek yang diakui” berarti :
 - a. Sistem NASDAQ yang dimiliki oleh *The National Association of Securities Dealers, Inc.*, dan setiap bursa efek yang terdaftar pada *The Security and Exchange act of 1934*;
 - b. Bursa Efek Jakarta (berganti nama menjadi Bursa Efek Indonesia setelah Bursa Efek Jakarta melakukan *merger* dengan Bursa Efek Surabaya).
 - c. Bursa efek lainnya yang disepakati bersama oleh para pejabat yang berwenang dari kedua negara pihak pada perjanjian.

Berdasarkan perjanjian Amerika Serikat-Indonesia, terdapat ketentuan yang berfungsi mencegah terjadinya praktik *treaty shopping*. Dimana dalam ketentuan tersebut diatur serangkaian tes-tes untuk menentukan apakah penduduk dari negara perjanjian berhak untuk mendapatkan *treaty benefit* yang berupa *reduced rate*. Adapun serangkaian tes tersebut adalah *ownership test* yang dijalankan bersamaan dengan *base erosion test*, *recognized stock exchange test*, *business purpose test* atau *sound business reason*, dan *exclusion test*.

BAB IV

ANALISIS PERMASALAHAN *TREATY SHOPPING* DI INDONESIA DAN KETENTUAN MENANGKAL PRAKTIK *TREATY SHOPPING*

A. Peranan *Limitation On Benefit* Sebagai Penangkal Praktik *Treaty Shopping*

A.1. Implikasi Perpajakan Atas Skema *Treaty Shopping* di Indonesia

Skema *treaty Shopping* pada dasarnya merupakan skema yang mengkondisikan pihak ketiga untuk memperoleh keuntungan P3B (*treaty benefits*), dimana keuntungan tersebut tidak ditujukan kepada dirinya. Mekanisme yang dilakukan adalah dengan menggunakan *conduit company* sebagai entitas yang bertugas menyalurkan keuntungan *treaty* kepada penduduk negara ketiga. Tentunya hal ini berdampak pada hilangnya potensi pemajakan bagi kedua negara.

Hutagaol menyatakan bahwa:

“Semua negara jelas dirugikan dengan adanya *treaty shopping*, tidak hanya negara sumber melainkan juga negara domisili.”⁹³

Pendapatnya tersebut juga disetujui oleh Gunadi:

“*Treaty shopping* memang pada dasarnya menghilangkan potensi pemajakan...”⁹⁴

Hilangnya potensi penerimaan negara sumber terletak pada selisih dari jumlah yang seharusnya dikenakan dengan jumlah yang nyata dikenakan. Kerugian inipun dialami oleh negara domisili. Kerugian yang dialami oleh negara sumber dan negara domisili dapat diterapkan dengan contoh berikut: Sebuah perusahaan, katakanlah PT.KLM adalah WPDN dari negara A yang memiliki P3B dengan negara B, namun tidak memiliki P3B dengan negara C. Lebih lanjut, negara B mengikat perjanjian dengan negara C.

⁹³ Wawancara John Hutagaol, Guru Besar Ekonomi Perbanas, Kepala KPP Tebet, (KPP Tebet, Jakarta), tanggal 18 November 2008, pukul 12.45 sampai dengan 13.20.

⁹⁴ Wawancara Gunadi, Mantan Dirut Pemeriksaan dan Penyidikan Pajak Dirjen Pajak Depkeu, Guru Besar Program Ilmu Administrasi FISIP-UI, (Gedung PPATK lantai 4, Juanda, Jakarta Pusat), tanggal 6 November 2008, pukul 15.00 sampai dengan 15.30.

PT.KLM membutuhkan dana untuk pengembangan usahanya di negara A, untuk itu PT.KLM melakukan pinjaman kepada RST.Co yang berkedudukan di negara C. Namun karena negara A dengan negara C tidak memiliki P3B, maka pengenaan pajak yang dipungut oleh negara A adalah sebesar 20%, sebagaimana yang diatur dalam ketentuan domestik negara A. Mengingat bahwa negara A mengikat perjanjian dengan negara B, yang mengatur pengenaan pajak atas bunga sebesar 10%, maka PT.KLM membuat *conduit company* di negara B. Adapun dalam P3B negara B dengan negara C telah disepakati bahwa tarif yang berlaku adalah sebesar 0% terhadap penghasilan bunga.

Pada kondisi normatif, dimana PT.KLM meminjam dana dari NOP.Ltd yang merupakan penduduk dari negara B, juga sebagai *beneficial owner* atas bunga yang diperoleh, maka atas bunga pinjaman tersebut NOP.Ltd berhak mendapatkan *treaty benefit* berupa *reduced rate* sebesar 10%. Tarif *global tax* yang berlaku di negara B adalah sebesar 30%. Jika penghasilan atas bunga sebesar Rp.100 juta dan merupakan satu-satunya penghasilan yang diterima NOP.Ltd, tanpa ada biaya yang keluar, maka negara B akan mengenakan pajak sebesar Rp.30 juta, kemudian dikurangi dengan Kredit Pajak Luar Negeri yang dipungut oleh negara A sebesar Rp.10 juta. Jadi, negara B akan memungut pajak sebesar Rp.20 juta atas penghasilan yang diterima oleh NOP.Ltd.

Tentunya hal ini tidak akan terjadi, jika skema *treaty shopping* diterapkan. RST.Co sebagai *beneficial owner* yang berkedudukan di negara C dan mengikat negara B dan negara C mengikat perjanjian sepakat untuk menerapkan tarif 0% atas penghasilan bunga yang timbul. Oleh karena itu, RST.Co membuat skema untuk mengurangi pajak atas penghasilan bunga yang didapatnya.

Untuk itu RST.Co membuat perusahaan di negara B, misalnya adalah NOP.Ltd, yang hanya bertujuan untuk mem-*pass through* penghasilan yang didapat dari PT.KLM, sehingga kedudukan NOP.Ltd di sini adalah sebagai *conduit company*. Seiring dengan pembuatan NOP.Ltd di negara B dan segala sesuatunya telah memenuhi persyaratan yang ada dalam ketentuan negara B serta *treaty* yang berlaku, maka *reduced rate* berlaku atas pinjaman yang diperoleh PT.KLM dari NOP.Ltd,

yaitu sebesar 10%. Apabila penghasilan bunga merupakan penghasilan yang diterima satu-satunya oleh NOP.Ltd, maka akan diakui oleh negara B bahwa penghasilan yang diperoleh NOP.Ltd adalah sebesar Rp.100 juta.

Status yang disandang NOP.Ltd adalah *conduit company*, dikarenakan NOP.Ltd bertugas untuk menerima pinjaman yang diperoleh dari RST.Co dan mengirimkannya kepada PT.KLM. NOP.Ltd juga bertugas untuk menerima pembayaran bunga dari PT.KLM untuk kemudian diteruskan kembali kepada RST.Co. Sehingga bagi NOP.Ltd timbul suatu kewajiban untuk membayarkan kembali kepada RST.Co, dimana kewajiban tersebut merupakan biaya yang mengurangi penghasilan. Pajak akan dikenakan atas bunga sebesar 0%, sebagaimana yang diatur dalam P3B antara negara B dan C. Adapun besaran penghasilan bunga yang didapat dan kewajiban membayarkan kembali, memiliki jumlah yang sama. Hasilnya, nilai yang didapat untuk menghitung pengenaan *global tax* adalah 0 (nol).

Dasar pengenaan pajak yang bernilai 0 tersebut diartikan bahwa NOP.Ltd tidak dikenakan *global tax* di negara B. Dibandingkan antara kondisi normatif dengan kondisi *treaty shopping*, maka terjadi selisih pengenaan pajak. Sementara dalam kondisi normatif, negara B dapat mengenakan pajak sebesar Rp20 juta, namun dengan skema *treaty shopping* negara B tidak mengenakan pajak. Jelas hal ini menimbulkan kehilangan potensi pemajakan di negara B, dimana negara B adalah negara domisili.

Kaitannya dengan Indonesia, dimana Indonesia diposisikan sebagai negara A yaitu negara sumber, potensi pengenaan pajak yang hilang adalah sebesar 10%. Dalam hal ini Indonesia diposisikan sebagai negara domisili yang sama kedudukannya dengan negara B, pengenaan pajak yang hilang akan lebih besar lagi, mengingat Indonesia mengenakan *global tax* dengan tarif PPh Badan hingga 30%. Sejalan dengan hal tersebut, penting bagi Indonesia untuk mencegah terjadinya praktik *treaty shopping*.

A.2. Analisis Kasus *Treaty Shopping* di Indonesia

Skema *treaty shopping* adalah skema untuk mendapatkan *tax benefits* yang disediakan *tax treaty*, dimana keuntungan tersebut tidak ditujukan kepada pihak yang tidak berhak. Pada kondisi itu, maka terdapat tiga indikator yang dapat digunakan untuk mengetahui bahwa suatu transaksi dikatakan melakukan skema *treaty shopping*. Adapun ketiga indikator tersebut antara lain:

1. Adanya *treaty benefits* yang disediakan oleh suatu *treaty* yang tidak ditujukan untuk digunakan oleh pihak ketiga, dan
2. Adanya *conduit company* sebagai perusahaan *intermediary* yang didirikan di negara mitra (negara domisili) dari negara sumber, dan
3. Adanya kerugian bagi negara sumber, dikarenakan hilang atau berkurangnya potensi pemajakan.

Melalui ketiga indikator tersebut di atas, maka pengujian terhadap transaksi yang dilakukan oleh PT.BCD dapat dilakukan guna membuktikan apakah PT.BCD melakukan *treaty shopping*. Transaksi pertama yang akan diujikan adalah ketika P3B Indonesia–Mauritius masih berlaku. Kedua, ketika P3B Indonesia–Mauritius dilakukan terminasi.

- **Sebelum Terjadinya Terminasi P3B Indonesia-Mauritius**

Pemegang surat hutang (*bondholder*) selaku pembeli surat hutang yang dikeluarkan oleh BCD.Ltd merupakan pihak-pihak yang merupakan penduduk dari negara yang tidak mengadakan perjanjian P3B dengan Indonesia. Implikasi yang terjadi adalah, jika *bondholder* melakukan transaksi pinjaman langsung dengan Indonesia, maka atas transaksi tersebut akan dikenakan pajak sebesar 20% atas penghasilan bunga yang timbul. Sehingga *bondholder* merupakan pihak ketiga yang tidak ditujukan oleh *tax treaty* untuk mendapatkan *reduced rate*.

BCD.Ltd dibentuk dengan tujuan yang terbatas untuk menyalurkan penghasilan bunga dari PT.BCD kepada *bondholder*, maka dapat disimpulkan disini bahwasannya BCD.Ltd dibentuk hanya sebagai *conduit company* yang bertugas untuk menyalurkan (*conduit*) penghasilan dan memenuhi aspek legal yang dituntut P3B dan ketentuan domestik Indonesia. Adapun aspek legal yang dituntut daripada P3B adalah

perusahaan tersebut harus merupakan penduduk dari salah satu atau kedua negara yang mengadakan perjanjian, sebagaimana yang diatur oleh Pasal 1 P3B Indonesia-Mauritius. Sedangkan aspek legal yang dituntut oleh ketentuan Indonesia adalah penerbitan Surat Keterangan Domisili (SKD) oleh negara mitra yang menyatakan bahwa BCD.Ltd merupakan penduduk Mauritius, sebagaimana yang diatur dalam Surat Edaran yaitu SE-03/PJ.101/1996.

Terpenuhinya persyaratan yang dituntut oleh P3B dan ketentuan domestik Indonesia, menjadikan BCD.Ltd telah memenuhi segala persyaratan legal. Oleh karena itu, bagi dirinya secara legal telah berhak untuk mendapatkan *reduced rate*. *Reduced rate* yang dinikmati tersebut pada dasarnya bukan ditujukan kepada penduduk negara ketiga. Namun, skema *treaty shopping* mengkondisikan hal tersebut, sehingga terjadi pembatasan pengenaan pajak, dimana seharusnya Indonesia mengenakan pajak sebesar 20% atas pembayaran bunga, namun pengenaan pajaknya menjadi terbatas sebesar yang diatur dalam *tax treaty* yaitu 10%. Tentunya hal ini mengakibatkan Indonesia mengalami kerugian dikarenakan kehilangan potensi pemajakannya sebesar 10%.

Berdasarkan uraian di atas, maka *bondholder* sebagai pihak ketiga tidak ditujukan oleh *tax treaty* untuk mendapatkan *treaty benefits* berupa *reduced rate*. Hal lain dapat dilihat dari BCD.Ltd yang didirikan sebagai *pass-through company* yang berfungsi sebagai *intermediary* dan memenuhi aspek legal yang dituntut oleh P3B dan ketentuan domestik Indonesia, sehingga BCD.Ltd disimpulkan sebagai *conduit company*. Atas pertimbangan bahwa pembuatan transaksi dilakukan melalui *conduit company* sehingga terjadi pembatasan pengenaan pajak bagi Indonesia, dimana Indonesia kehilangan potensi pemajakannya, maka transaksi yang dilakukan antara PT.BCD dengan *bondholder* merupakan praktik *treaty shopping*.

- **Sesudah Terjadinya Terminasi P3B Indonesia-Mauritius**

Terjadinya terminasi P3B Indonesia-Mauritius, maka mengakibatkan *treaty shopping* yang dilakukan PT.BCD secara otomatis menjadi terhenti. Kondisi ini dikarenakan, dengan adanya terminasi P3B maka pengenaan pemajakan atas transaksi tersebut kembali kepada Pasal 26 UU PPh yang mengenakan tarif pajak sebesar 20%,

baik dilakukan melalui BCD.Ltd sebagai SPV, maupun melakukan transaksi langsung dengan *bondholder*. Berdasarkan pengenaan pajak yang kembali kepada Pasal 26, maka tidak ada *reduced rate* yang didapatkan seiring dengan tidak terjadinya lagi potensi kerugian negara.

Artinya, salah satu dari 3 indikator yang diungkapkan sebelumnya menjadi tidak terpenuhi. Oleh karena itu, dengan adanya terminasi tersebut maka berakhir pula praktik *treaty shopping* yang dilakukan PT.BCD. Namun, tidak berhenti sampai disitu, karena dengan adanya terminasi maka timbul keinginan dari PT.BCD untuk membayarkan sekaligus seluruh pinjaman (*redeem*). Dalam menyikapi keinginan dari PT.BCD, Bank FGH, memberikan alternatif lain, yaitu meminta PT.BCD membuat SPV lainnya di Belanda untuk mengambil alih tugas SPV di Mauritius.

Menarik untuk disimak adalah apakah skema yang diajukan Bank FGH termasuk kedalam praktik *treaty shopping*? Apakah atas skema tersebut diperbolehkan oleh ketentuan P3B dan ketentuan domestik Indonesia untuk dapat dilakukan? Menjawab pertanyaan tersebut di atas, maka harus diasumsikan bahwa PT.BCD bersedia membuat X.BV di Belanda sebagai SPV.

Atas asumsi yang diajukan, maka *bondholder* menjadi pihak ketiga yang pada dasarnya tidak berhak untuk mendapatkan P3B. Hal ini disebabkan bahwasannya *bondholder* merupakan penduduk dari negara yang tidak melakukan perjanjian dengan negara sumber, yang oleh ketentuan domestik negara sumber, seharusnya dikenakan tarif sebesar 20%. *Bondholder* mendapatkan *treaty benefit* melalui dua SPV, yaitu X.BV dan BCD.Ltd.

Lebih lanjut, pertanyaan diarahkan kepada status X.BV sebagai penduduk dari Belanda. Berdasarkan Pasal 4 ayat (1) P3B Indonesia-Belanda tentang domisili fiskal, yang dimaksud dengan penduduk dari suatu badan adalah badan yang berkedudukan atau didirikan (*incorporated*) berdasarkan undang-undang negara perjanjian. Jika diasumsikan bahwa X.BV didirikan berdasarkan ketentuan domestik Belanda dan *effective management*-nya berkedudukan di sana, maka X.BV merupakan penduduk dari Belanda.

Pertanyaan kemudian diarahkan kepada penggunaan P3B Indonesia-Belanda. Terhadap transaksi pinjaman antara PT.BCD dengan X.BV yang dibentuknya apakah dicakup dalam P3B Indonesia-Belanda? Ditilik dari Pasal 1 P3B tersebut, yang mengatur bahwa perjanjian berlaku terbatas hanya kepada penduduk dari negara yang melakukan perjanjian, maka P3B ini berhak untuk digunakan dalam transaksi pinjaman yang dilakukan PT.BCD dengan X.BV.

Menjawab pertanyaan apakah X.BV merupakan *beneficial owner* atas suatu penghasilan, maka kaitannya adalah menentukan apakah dalam kondisi yang sebenarnya, X.BV merupakan *conduit company*? Secara jelas telah digambarkan bahwa X.BV yang didirikan memiliki tujuan yang khusus, yaitu sebagai perusahaan *intermediary*, yang bertugas untuk penerima legal dari pada suatu penghasilan untuk diteruskan kembali kepada pihak lain. Sehingga X.BV tidak memiliki tujuan bisnisnya sendiri dan hanya bertujuan untuk mengurangi pengenaan pajak.

Menjawab pertanyaan tersebut, dapat kita lihat pada pendekatan yang diajukan dalam OECD *Commentary*, yang mengatakan bahwa, sebuah perantara (*intermediary*) seperti agen atau *nominee* yang menjadi medium (*interpose*) antara pemilik penghasilan dan pembayar bunga tidak dapat dikatakan sebagai pemilik penghasilan yang sebenarnya (*beneficial owner*).⁹⁵ Oleh karena itu, atas transaksi tersebut tidak diperbolehkan untuk mendapatkan *reduced rate*. Dapat dijelaskan disini, OECD *Commentary* mengecualikan bahwa agen dan *nominee* bukan diartikan sebagai *beneficial owner*, melainkan hanya menjadi sebuah entitas yang bertugas sebagai perantara antara pemilik sebenarnya dengan penghasilan yang timbul.

Melihat kasus yang terjadi pada PT.BCD, dimana X.BV yang bertugas hanya menjadi perantara untuk pembayaran bunga kepada *bondholder* tidak dapat dikatakan sebagai *beneficial owner*, melainkan *conduit company*. Status ini juga dimiliki oleh BCD.Ltd yang juga menerima pembayaran dari X.BV kepada *bondholder*. Atas hal tersebut, maka pada dasarnya *reduced rate* tidak boleh diberikan kepada mereka.

⁹⁵ Tidak hanya terbatas pada pembayaran bunga saja, *commentary* ini juga berlaku bagi pembayaran deviden dan royalti; dan penentuan *conduit company* tidak hanya terbatas kepada *agent* atau *nominee*.

Mengetahui bahwa X.BV dan BCD.Ltd bukanlah *beneficial owner*, maka pertanyaan berikutnya adalah siapakah yang menjadi *beneficial owner* atas transaksi tersebut? Jawabannya tentu saja *bondholder* karena merekalah pihak yang memiliki hak untuk menggunakan dan menikmati penghasilan. Atas kondisi tersebut, *bondholder* menghindari pengenaan pajak yang lebih besar.

Dari sini dapat kita simpulkan, bahwa terjadi kerugian bagi Indonesia dimana Indonesia kehilangan potensi pemajakan. Seharusnya Indonesia dapat mengenakan pajak sebesar 20%, namun karena transaksi dilakukan dengan mendirikan *conduit company*, dimana secara ketentuan P3B, *conduit company* yang didirikan tersebut merupakan penduduk dari negara mitra yang melakukan perjanjian dan berhak mendapatkan *reduced rate*, maka berdasarkan P3B Indonesia-Belanda pemajakan Indonesia menjadi terbatas hanya sebesar 10%. Pemajakan yang dibatasi oleh P3B mengakibatkan Indonesia kehilangan potensi pemajakannya.

Oleh karena itu, transaksi yang dilakukan PT. BCD melalui X.BV dan BCD.Ltd sebagai *conduit company* telah memberikan *reduced rate* kepada orang yang tidak ditujukan untuk mendapatkannya. Sehingga negara dirugikan dengan menilik pada hilangnya potensi pemajakan. Maka, dapat dikatakan di sini bahwasannya transaksi tersebut merupakan praktik *treaty shopping*.

A.3. Analisis Persyaratan untuk Mendapatkan *Reduced Rate* atas Penghasilan Berupa Bunga, Royalti, dan Dividen Berdasarkan Ketentuan Undang-Undang Domestik Indonesia

Persyaratan untuk mendapatkan pengurangan tarif yang disediakan oleh sebuah P3B diatur dalam P3B itu sendiri. Selain itu, ketentuan domestik negara juga memberikan persyaratan, salah satunya adalah Indonesia. Adapun persyaratan tersebut dibagi menjadi dua kelompok, antara lain persyaratan formal dan persyaratan material.

- **Persyaratan Formal**

Persyaratan formal yang tertuang dalam P3B bagi pelaku usaha di kedua negara adalah masing-masing pelaku usaha diharuskan menjadi penduduk di negara yang mengadakan perjanjian. Sebagaimana yang tertuang dalam Pasal 1 P3B, baik

yang merujuk kepada UN Model, US Model ataupun OECD Model. Ditetapkan bahwasannya P3B berlaku terbatas bagi penduduk di kedua negara yang melakukan perjanjian.⁹⁶

Pengaturan mengenai penduduk suatu negara kembali diatur dalam Pasal 4. Yang dimaksud dengan penduduk adalah pihak yang berdasarkan ketentuan masing-masing negara terutang pajak di negara tersebut berdasarkan kedudukannya, tempat tinggalnya, tempat pendiriannya atau berdasarkan kriteria yang sama. Penentuan penduduk jatuh kepada ketentuan masing-masing negara untuk menentukan apakah pihak yang berada di negara tersebut merupakan penduduk yang akan dikenakan pajak (subjek pajak).

Namun jika terdapat permasalahan *dual-resident*, dimana suatu pihak dianggap merupakan penduduk dari kedua negara, maka baginya akan ditentukan melalui *tie break rules* yang diatur pada ayat (2). *Tie break rules* tersebut berlaku untuk orang pribadi maupun badan. Dalam klausul *tie break rules* untuk orang pribadi, penentuannya dilakukan secara bertingkat, dimulai dari penentuan tempat tinggal (*permanent home*) sampai dengan pemutusan bersama oleh kedua otoritas dari negara yang melakukan perjanjian (*mutual agreement*). Pada dasarnya terdapat 5 tingkatan, namun tingkatan ini disesuaikan dengan kepentingan masing-masing negara. Misalkan dalam P3B Indonesia-Belanda, klausul *citizenship* dikeluarkan, sementara P3B Indonesia–Amerika memuat klausul yang komprehensif.

Bagi Amerika, hal ini penting untuk dilakukan karena ketentuan domestiknya menentukan orang pribadi sebagai subjek pajak (penduduk) bukan hanya dari tempat kediamannya semata, melainkan juga pemegang *greencard* yang tidak berkedudukan di negaranya. Dalam penentuan *dual resident* untuk badan, masing-masing negara diberi kesempatan untuk menentukan, yang pada umumnya ditentukan melalui tempat pendirian (*incorporated*) atau tempat keputusan perusahaan diambil (*effective management*). Amerika mengambil posisi untuk menentukan *dual-resident* dari suatu

⁹⁶ Pasal 1 dalam US Model, OECD Model, dan UN Model adalah identik. Adapun bunyi dari Pasal 1 tersebut adalah: “*this convention shall apply to persons who are residents of one or both contracting states.*”

badan adalah dengan *incorporated* sedang Belanda melalui *effective management*. Kembali, bahwa hal ini bergantung pada kepentingan masing-masing pihak.

Persyaratan di atas ditambahkan dengan persyaratan yang diatur oleh masing-masing negara yang melakukan perjanjian, khususnya kepada negara sumber, karena kepentingan yang melekat terhadap potensi pemajakan. Persyaratan formal yang dibuat oleh Indonesia tertuang dalam Surat Edaran SE-03/PJ.101/1996. Pada surat tersebut disyaratkan bagi pelaku usaha luar negeri untuk menyertakan Surat Keterangan Domisili atau *Certificate of Domicile* (SKD/COD). Surat keterangan tersebut harus dikeluarkan oleh otoritas yang berwenang, sehingga secara administratif dapat dibuktikan bahwa pelaku usaha luar negeri merupakan penduduk dari negara tersebut.

Menjadi sebuah pertanyaan yang mendasar, ketentuan yang dikeluarkan oleh DJP sebagai perpanjangan tangan pemerintah apakah merupakan ketentuan yang *over-ride* terhadap *tax treaty*? Jawabannya adalah tidak. Surat tersebut merupakan ketentuan yang mengatur secara teknis dan dalam P3B sendiri telah mendelegasikan pengaturannya kepada negara yang melakukan perjanjian.⁹⁷ Walaupun seharusnya tidak dituangkan dalam Surat Edaran, melainkan peraturan yang lebih tinggi, misalkan Putusan Menteri Keuangan (PMK) atau bahkan undang-undang.

- **Persyaratan Material**

Perlakuan terhadap persyaratan formal juga harus diiringi dengan persyaratan material. Diartikan disini, bahwa persyaratan formal hanya merupakan indikasi atau sebagai petunjuk permulaan dalam menentukan *residence* suatu pihak. Dibutuhkan bukti yang lebih lanjut bagi pihak untuk dapat membuktikan bahwa dirinya merupakan penduduk dari negara yang mengadakan perjanjian.⁹⁸ Hal ini mutlak

⁹⁷ Pasal 4 ayat (1) pada OECD Model, US Model dan UN Model adalah identik. Dimana pengertian penduduk suatu negara diserahkan kepada ketentuan masing-masing negara. Negara sumber berhak meminta bukti apabila Wajib Pajak Luar Negeri ingin mendapatkan *reduced rate*, hal ini berhubungan dengan hak pemajakan negara sumber, sehingga negara sumber secara logis perlu untuk memproteksi pemberian *reduced rate* tersebut.

⁹⁸ Darussalam, "Kedudukan Surat Keterangan Domisili dalam Menentukan Hak mendapatkan Fasilitas P3B" dalam *Kapita Selekta Perpajakan, Op. Cit.* hal. 110.

diperlukan untuk menjaga amanat dari P3B, bahwa P3B hanya dapat diaplikasikan oleh penduduk negara mitra.⁹⁹

Persyaratan formal harus diiringi dengan pengaturan lebih lanjut yang memuat persyaratan material. Kaitannya dengan penghasilan yang berupa bunga, dividen, dan royalti, terdapat pembatasan atas penggunaan *reduced rate*. Pembatasan yang dimaksud yaitu, *reduced rate* hanya dapat diberikan kepada penduduk yang merupakan *beneficial owner* atas penghasilan tersebut. Dapat disimpulkan di sini, dalam kaitannya dengan pembayaran bunga, dividen, dan royalti kepada penduduk di negara lain, selain daripada sebagai penduduk di negara tersebut, dirinya harus menjadi *beneficial owner* atas penghasilan yang diperolehnya.

Dikarenakan perlunya pengaturan tersebut, Direktorat Jenderal Pajak (DJP) menerbitkan peraturan mengenai *beneficial owner* sebagai persyaratan material tertanggal 7 Juli 2005 yaitu SE-04/PJ.34/2005. Sehingga dapat ditentukan apakah penduduk tersebut berhak mendapatkan *reduced rate* yang tersedia dalam P3B Indonesia dengan negara mitra. Dengan kata lain, Surat Edaran tersebut menjadi alat uji.¹⁰⁰

Diatur dalam Surat Edaran tersebut makna daripada *beneficial owner* adalah pemilik yang sebenarnya dari penghasilan berupa bunga, dividen, dan royalti baik kepada Wajib Pajak Orang Pribadi maupun badan, yang berhak sepenuhnya untuk menikmati secara langsung *reduced rate* tersebut. Sehingga perusahaan SPV yang berupa *conduit company*, *pass trough company*, *paper box company* ataupun yang sejenisnya tidak termasuk dalam pengertian *beneficial owner*. Oleh karena itu, perusahaan yang bukan merupakan *beneficial owner*, pajak akan ditetapkan sebesar 20% sebagaimana yang diatur dalam Pasal 26 Undang-Undang PPh.

Penegasan bahwa *reduced rate* hanya diberikan kepada *beneficial owner*, maka Surat Edaran yang dibuat oleh DJP tersebut meninggalkan petunjuk bahwa Indonesia tidak berpihak pada praktik *treaty shopping*. Namun, Surat Edaran tersebut

⁹⁹ Christiana HJI Panayi, *Op. Cit.*, hal. 83.

¹⁰⁰ Darussalam, *Op. Cit.*

masih memiliki kelemahan-kelemahan. Kelemahan yang ada tentunya mengakibatkan tidak maksimalnya penggunaan ketentuan tersebut.

Kelemahan pertama yang dapat ditemukan adalah tidak tersedianya maksud dari SPV yang berupa *conduit company*, *pass trough company*, dan sejenisnya. Kondisi ini menyebabkan Indonesia tidak dapat mengetahui bahwa perusahaan yang menerima penghasilan bukan merupakan *beneficial owner*. Tentunya hal ini dapat menimbulkan kerancuan bagi fiskus dalam melakukan pemeriksaan terhadap perusahaan luar negeri, mengingat dalam ketentuan Indonesia tidak terdapat ketentuan khusus yang mengatur mengenai *conduit company*.

Kelemahan kedua dapat ditunjukkan dengan asumsi Indonesia memiliki ketentuan dalam menentukan *beneficial owner*. Dapat dijelaskan dengan contoh berikut:¹⁰¹ Sebuah perusahaan yang merupakan penduduk Mauritius, dimana Mauritius memiliki P3B dengan Indonesia yang mengatur pendapatan bunga sebesar 10%. Perusahaan tersebut dikuasai sepenuhnya oleh *holding company* yang merupakan penduduk Kanada. P3B yang berlaku antara Kanada dengan Indonesia mengatur pembiayaan bunga sebesar 15%.

P3B Kanada dengan Mauritius diasumsikan mengenakan pajak atas penghasilan bunga hingga 0%. Apabila perusahaan di Mauritius berdasarkan ketentuan Indonesia merupakan *conduit company* yang hanya bertugas untuk menerima penghasilan dari Indonesia untuk kemudian dikirimkan kembali kepada perusahaan induk di Amerika. Maka, berdasarkan surat edaran tersebut, *conduit company* di Mauritius akan dikenakan pajak sebesar 20%, yang mana tarif ini bertentangan dengan tarif yang diatur dalam P3B Indonesia dengan Amerika yang hanya sebesar 15%.

Kelemahan yang ketiga datang dari kedudukan Surat Edaran tersebut, yang mana hanya berlaku bagi internal DJP. Artinya tidak mengikat bagi Wajib Pajak untuk tunduk terhadap ketentuan tersebut. Surat Edaran tersebut dalam perspektif hukum tidak memiliki kekuatan apapun.

¹⁰¹ Rahmanto Surachmat, *Bunga Rampai Perpajakan*, (Jakarta: Salemba Empat, 2007), hal. 6. Contoh telah dimodifikasi sesuai dengan kebutuhan penulis.

Kondisi ini dapat dilihat pada tata urutan (hirarki) perundang-undangan sebagaimana yang diatur dalam UU No.10 Tahun 2004,¹⁰² tidak ditemukan kedudukan Surat Edaran sebagai ketentuan untuk mengatur. Surat edaran yang dikeluarkan, dapat dikatakan telah memiliki sifat yang meluaskan ketentuan di atasnya. Seharusnya surat edaran sebagai peraturan yang berada pada posisi bawah, hanya terbatas pada ketentuan yang sekedar menjelaskan dan tidak boleh menambah persyaratan.¹⁰³ Hal ini disebabkan karena Undang-Undang Pajak memang memberikan kekuasaan kepada pemerintah untuk menerbitkan ketentuan-ketentuan perpajakan untuk melaksanakan Undang-Undang Pajak.¹⁰⁴

Sepanjang ketentuan tersebut tidak bertentangan dengan Undang-Undang, maka ketentuan tersebut mempunyai kekuatan hukum yang mengikat Wajib Pajak dan pemerintah.¹⁰⁵ Walaupun begitu, ketentuan tersebut harus diamanatkan oleh Undang-Undang, dimana Undang-Undang mendelegasikan pengaturan kepada peraturan di bawahnya. Dalam Undang-Undang Pajak, pengaturan yang diamanatkan Undang-Undang hanya terbatas kepada Peraturan Pemerintah, Keputusan Menteri Keuangan, dan Keputusan Direktorat Jenderal Pajak,¹⁰⁶ namun tidak terdapat pengaturan yang diserahkan kepada Surat Edaran.

Disamping banyaknya kelemahan yang dimilikinya, Surat Edaran yang dikeluarkan DJP sebagai bagian dari upaya untuk menangkal praktik *treaty shopping*, tidak sejalan dengan kesimpulan dari OECD berkaitan dengan pemberian *treaty benefit* kepada Wajib Pajak Luar Negeri. Kesimpulan yang diberikan dalam OECD yang tertera dalam Paragraf 43 adalah fasilitas *tax treaty* tetap harus diberikan berdasarkan prinsip niat yang baik, walaupun transaksi tersebut dianggap tidak

¹⁰² Pasal 7 ayat (1) UU No.10 tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan menyebutkan hierarki peraturan perundang-undangan adalah sebagai berikut: (1) Undang-Undang Dasar 1945, (2) Undang-Undang/Peraturan pengganti undang-undang, (3) Peraturan Pemerintah, (4) Peraturan Presiden, dan (5) Peraturan Daerah.

¹⁰³ Darussalam dan Danny Septriady, "Hubungan antara PP No.80 Tahun 2007 dan PMK No.22/PMK.03/2008: Suatu Kajian Hukum", *Inside Tax*, Edisi 06, April 2008, hal. 24.

¹⁰⁴ Darussalam dan Danny Septriady, *Membatasi Kekuasaan untuk Mengenakan Pajak: Tinjauan Akademis terhadap Kebijakan, Hukum dan Administrasi Pajak di Indonesia*, Op. Cit, hal. 56.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*, hal. 59.

tepat.¹⁰⁷ Untuk itu perlu dicari cara terbaik dalam menangkal praktik *treaty shopping*.¹⁰⁸

Indonesia dalam menangkal praktik *treaty shopping* telah berjalan pada jalur yang benar. Mengingat bahwa Surat Edaran sebagai ketentuan yang dapat menangkal praktik *treaty shopping* memiliki banyak kelemahan, Indonesia melakukan perbaikan dengan menyematkan *beneficial owner* dalam Pasal 26 ayat (1a) Undang-Undang No.36 Tahun 2008 yang mulai berlaku pada 1 Januari 2009. Ayat tersebut mengatur bahwa yang dimaksud dengan *beneficial owner* adalah pihak penerima manfaat. Ditegaskan pula dalam ayat tersebut bahwa Surat Keterangan Domisili tidaklah cukup untuk menentukan *residence* suatu pihak. Namun, terhadap pengertian *beneficial owner*, tidak ada penjelasan lebih lanjut mengenai makna dari *beneficial owner*, akan tetapi dapat ditentukan negara yang menjadi domisili dari *beneficial owner*. Tampak jelas di sini, bahwa Indonesia mengadopsi *Limitation on Benefit* dalam ayat tersebut.¹⁰⁹

Penentuan tersebut terbagi ke dalam orang pribadi dan badan. Ketentuan bagi orang pribadi, dalam penjelasan Pasal 26 ayat (1a) dikatakan bahwa negara domisilinya adalah negara tempat orang pribadi tersebut bertempat tinggal atau berada. Sementara bagi badan, negara domisilinya ditentukan dengan negara tempat pemilik atau dimana 50% dari pemegang saham baik secara sendiri-sendiri maupun bersama-sama berkedudukan atau efektif manajemennya berada.

Penentuan *beneficial owner* dengan menentukan tempat tinggalnya telah menyentuh aspek teknis, sehingga diharapkan dapat diterapkan untuk mencegah praktik *treaty shopping*. Walaupun begitu, ketentuan ini masih perlu disempurnakan lebih lanjut. Dapat dilihat di sini beberapa kelemahan yang terkandung di dalamnya. Kelemahan yang dapat kita lihat pertama adalah pengertian *beneficial owner* kepada orang pribadi tanpa memastikan melalui alat uji (*threshold*), yakni jangka waktu orang pribadi tersebut berdiam pada suatu negara (*presence time*). Implikasi yang

¹⁰⁷ Dian Savitri, *Loc. Cit*, hal. 26.

¹⁰⁸ Shopie Chatel, "Treaty Shopping: A Case Study and The International Scene", <http://www.ceff.univ-cezanne.fr/documents/chatel.doc>, diunduh pada Tanggal 27 Oktober 2008

¹⁰⁹ Rahmanto Surachmat, *Op. Cit*.

mungkin terjadi adalah orang pribadi tersebut apabila ia berada di suatu negara hanya dalam beberapa hari, dirinya dapat disebut sebagai *beneficial owner* atas penghasilan bunga, royalti, dan dividen.

Kelemahan lain yang dapat dilihat adalah pengertian *beneficial owner* untuk badan. Dapat dijelaskan dengan contoh berikut: sebuah perusahaan, katakanlah PT. A meminjam uang dari X.BV yang berkedudukan di Belanda (penduduk Belanda), dimana P3B yang berlaku antara Indonesia dengan Belanda menetapkan *reduced rate* atas penghasilan bunga sebesar 10%. X.BV dikuasai oleh para pemegang saham, yaitu Y.BV, Z.BV, dan K.BV, yang juga merupakan penduduk dari Belanda. Masing-masing menguasai saham yang memiliki hak suara sebesar 85%, 10%, dan 5%.

Akan tetapi, Y.BV dan Z.BV dikuasai sepenuhnya oleh M.Ltd yang berkedudukan di Mauritius. Jika Mauritius tidak memiliki P3B dengan Indonesia dan Mauritius memiliki P3B dengan Belanda yang mengatur pemajakan atas bunga sebesar 0%, maka M.Ltd tetap mendapatkan *treaty benefits*. Dapat disimpulkan di sini bahwa Undang-Undang yang dimiliki Indonesia belum mampu sepenuhnya menangkalkan praktik *treaty shopping*. Lagipula, tarif yang berlaku pada Pasal 26 ayat (1) yang tidak membedakan apakah tarif tersebut berkurang seandainya P3B mengatur tarif yang lebih rendah. Terhadap Pasal 26 (1a) Gunadi memberikan pandangan:

“Pengaturan yang dilakukan dalam Undang-Undang merupakan suatu tindakan yang kurang hati-hati, karena masih memerlukan banyak perbaikan.”¹¹⁰

Ketentuan yang diatur dalam Pasal 26 ayat (1a) juga harus dilihat dalam konteks internasional. Dalam menentukan *beneficial owner*, pertama kita harus melihat definisi istilah tersebut dalam P3B. Apabila P3B tidak terdapat definisinya, maka kita dapat merujuk pada OECD *Commentary*. Kemudian jika, tidak diatur, kita dapat merujuk pada ketentuan domestik.

¹¹⁰ Wawancara Gunadi, Mantan Dirut Pemeriksaan dan Penyidikan Pajak Dirjen Pajak Depkeu, Guru Besar Program Ilmu Administrasi FISIP-UI, (Gedung PPATK lantai 4, Juanda, Jakarta Pusat), tanggal 6 November 2008, pukul 15.00 sampai dengan 15.30.

P3B yang diikat Indonesia dengan negara mitra tidak mengandung penjelasan mengenai *beneficial owner*. Kemudian pertanyaan diarahkan kemanakah pengaturan harus merujuk? Penjelasan dalam Model Convention Pasal 3 (2), dapat dilihat bahwa istilah yang tidak diberi definisi, untuk keperluan penerapan P3B, maka kita dapat merujuk pada ketentuan domestik dari negara yang melakukan perjanjian.¹¹¹ Ketentuan yang diatur oleh suatu negara belum tentu sama dengan ketentuan yang diatur oleh negara lain sehingga kemungkinan terjadinya *dipute* sangat besar. Kembali, hal ini dikarenakan eratnya kepentingan yang berupa hak pemajakan dari suatu negara. UN Model menyarankan bahwa suatu pengistilahan yang mungkin dapat menyebabkan perbedaan, perlu untuk dibicarakan di kedua negara, sehingga terjadinya pemaknaan bersama. Proses pemaknaan bersama merujuk kepada *Vienna Convention on the Law of Treaties* (VCLT). Salah satu hal yang perlu untuk dipertimbangkan adalah suatu P3B ditentukan berdasarkan prinsip “*pacta sunt servanda*” atau itikad baik.

Pengaturan tersebut juga dirujuk pada Pasal 31 (1) VCLT yang menyatakan bahwa:

“A treaty shall be interpreted in good faith accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”

Dengan kata lain, suatu P3B harus diartikan dengan niat baik sesuai dengan konteks dan tujuan P3B secara keseluruhan. Oleh karena itu, perubahan ketentuan domestik yang mempunyai dampak pada P3B haruslah tidak mengganggu komitmen penerapan P3B yang telah berlaku sebelumnya. Pemaknaan suatu istilah yang tidak terdapat dalam P3B, tidak serta-merta langsung mengaplikasikan ketentuan domestik, melainkan harus dilakukan persetujuan terlebih dahulu dengan negara mitra, sehingga jangan sampai ketentuan yang berlaku di cakupan domestik meng-*over ride* ketentuan

¹¹¹ UN Model dan OECD Model hampir memberikan suara yang sama mengenai pengistilahan yang tidak dikandung daripada P3B, namun perbedaan yang mencolok terdapat pada rekomendasi yang diajukan dalam UN Model, bahwa untuk sebuah pengertian, diharapkan adanya persetujuan dari kedua negara, sehingga tidak ada keputusan sepihak.

internasional. Maka jika suatu ketentuan domestic tidak mengubah maksud daripada P3B, maka ketentuan tersebut dapat diaplikasikan, dan agar dapat diterima negara mitra, perubahan seharusnya tidak bersifat unilateral, karena P3B merupakan perjanjian bilateral.

A.4. Analisis Pendekatan OECD Model Dalam Menangkal Praktik *Treaty Shopping*

Perihal bagi suatu pihak untuk mendapat *reduced rate*, maka syarat utama yang diperlukan adalah adanya bukti yang menunjukkan bahwa dirinya adalah penduduk dari negara yang melakukan perjanjian. Walaupun begitu, hal ini belum cukup untuk suatu penduduk mendapatkan pengurangan tarif tersebut atas penghasilan bunga, royalti, dan dividen. Sebagaimana yang diatur dalam Pasal 10, 11, dan 12 OECD Model dan *Commentaries*, pihak yang berhak untuk mendapatkan *reduced rate* hanyalah terbatas kepada *beneficial owner* atas penghasilan tersebut.

Konsep *beneficial owner* telah dikenal di banyak negara, terutama di Inggris. Dikarenakan Inggris merupakan negara pertama yang memperkenalkan *beneficial owner* kepada OECD hingga disematkan dalam OECD Model. Tidak hanya Inggris, Amerika juga mengenal konsep *beneficial owner*, begitu pula dengan Indonesia yang menyematkan pengertian *beneficial owner* dalam ketentuan Undang-Undang Pajak terbarunya. Sebagaimana yang telah dijelaskan sebelumnya, *beneficial owner* merupakan ketentuan yang dapat menangkal praktik *treaty shopping*.

Diberikan pendekatan oleh OECD untuk dapat menentukan suatu pihak yang merupakan *beneficial owner*. Penentuan yang diberikan merupakan penentuan yang memisahkan suatu pihak sebagai *beneficial owner* dengan suatu entitas yang hanya dipergunakan untuk mendapatkan *reduced rate*. Entitas tersebut biasanya disebut sebagai *conduit company* dan merupakan entitas yang digunakan dalam skema *treaty shopping*.

Terhadap kasus yang dilakukan PT.BCD yang dihadapkan di muka English High Court, Baker memberikan pandangannya terhadap status X.BV dan BCD.Ltd yang merupakan entitas dimana bertugas untuk menyalurkan penghasilan bunga

kepada *bondholders*.¹¹² Pandangan dari Baker diberikan dengan terlebih dahulu memberikan penegasan tentang apa yang dimaksud sebagai *conduit company* sebagaimana yang tertera dalam laporan OECD:

*...a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, through the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties.*¹¹³

Disimpulkan dalam laporan OECD mengenai *conduit company*, bahwa yang dimaksud dengan *conduit company* adalah suatu entitas yang biasanya berbentuk suatu badan yang hanya memiliki kekuasaan terbatas atas penghasilan yang diterimanya. Kekuasaan yang diterima dari pihak yang memiliki hak atas penghasilan tersebut sepenuhnya mengharuskan dirinya bertindak sebagaimana pihak tersebut memintanya untuk itu. Dalam hal penghasilan bunga, dividen, dan royalti, *conduit company* diminta untuk menerima, kemudian disalurkan kembali kepada pihak tersebut.

Baker menambahkan pendapat, sebagaimana yang tertulis dalam OECD *Commentary Paragraph 10B-14*. Dikatakan bahwa pihak (agen atau *nominee*) yang merupakan penduduk dari suatu negara, yang menerima penghasilan, dimana atas penghasilan tersebut dirinya merupakan pemilik formal. Pemilik yang merupakan pihak yang memiliki suatu penghasilan sebagai pihak yang memenuhi ketentuan. Walaupun memenuhi ketentuan, namun merupakan pihak yang memiliki kekuasaan terbatas (*narrow power*) atas penghasilan yang diterimanya. Atas dasar hal tersebut, pihak yang menerima penghasilan secara formal dengan kekuasaan yang terbatas tidak dapat dikatakan sebagai *beneficial owner*.

Pihak tersebut dikuasai sebagian besar atau sepenuhnya oleh pihak lain yang merupakan *beneficial owner*, sehingga ia memiliki kekuasaan yang terbatas. Lebih lanjut, pihak tersebut memiliki kewajiban untuk mempertanggungjawabkan penghasilan yang diperolehnya serta menyalurkannya kembali kepada *beneficial*

¹¹² Florence Yip, "U.K. Court Case on Conduit Company and Beneficial Owner" http://www.hkicpa.org.hk/APLUS/06_july/p48-50.pdf, diunduh pada 16 Juni 2008.

¹¹³ Shopie Chatel, *Loc. Cit.*

owner. Atas kegiatannya yang menyalurkan (*conduit*) kembali, maka pihak tersebut dikatakan sebagai *conduit company*. Lebih lanjut, *conduit company* tidak hanya terbatas pada agen dan *nominee*.

Pembatasan terhadap penerimaan *reduced rate*, maka mensyaratkan kepada *conduit company* untuk membuktikan bahwa mereka adalah penerima penghasilan yang sesungguhnya, bukan hanya pihak yang secara legal (formal) menerima *reduced rate*. Hal ini dilakukan sehubungan dengan tujuan dari pembuatan P3B, yakni memberikan pertumbuhan ekonomi bagi kedua negara yang melakukan perjanjian ke arah yang lebih baik, sehingga diharapkan penduduk yang mendapatkan *reduced rate* menggunakannya dengan suatu kegiatan ekonomi. Sehingga, walaupun suatu entitas merupakan *conduit company*, namun memiliki tujuan ekonomi yang jelas yang tidak semata-mata untuk mendapatkan *reduced rate*, maka terhadap *conduit company* tersebut haruslah diberikan *reduced rate*. Kondisi ini diberlakukan dengan pendekatan *Bona Fide Provisions* yang terdapat dalam OECD Commentaries.

Pembatasan *reduced rate* yang dapat menangkal praktik *treaty shopping* adalah dengan membuktikan bahwa dirinya merupakan *beneficial owner*, ataupun jika dirinya merupakan *conduit company* namun memiliki tujuan ekonomi yang jelas bahwa dirinya dibentuk bukan semata-mata untuk tujuan perpajakan saja melainkan adanya substansi bisnis yang dijalankannya maka *reduced rate* dapat diberikan kepadanya. Substansi bisnis yang mana dirinya berusaha untuk mendapatkan penghasilan untuk kemandiriannya.

Pembuktian bahwa dirinya memang dibentuk karena memiliki substansi bisnis yang jelas dapat dilihat dengan aktivitas yang dilakukannya. Pembuktian tersebut juga dapat dilihat dengan melihat jumlah karyawan yang dimilikinya, jumlah direktur, jumlah modal, kegiatan perusahaan, dan lain-lain. Sedangkan pembuktian bahwa dirinya merupakan *beneficial owner* akan menjadi lebih rumit, mengingat bahwa belum adanya pengertian mengenai *beneficial owner* yang jelas baik yang diberikan dalam konteks ketentuan suatu negara maupun para ahli dan tentunya hal ini berdampak pada implementasi di lapangan.

Terhadap pengertian *beneficial owner* yang belum ditemukan kejelasan, OECD memberikan sedikit petunjuk untuk menentukan siapa pihak yang menerima manfaat sesungguhnya. Pendekatan tersebut antara lain, *look trough*, *channel*, *subject to tax*, dan *exclusion* serta ditambahkan dengan *bona fide provisions*. Pendekatan tersebut secara tidak langsung menunjukan pihak *beneficial owner*. Tidak hanya terbatas pada penentuan *beneficial owner*, namun juga digunakan untuk menangkal praktik *treaty shopping*.

Pendekatan tersebut memungkinkan bagi negara-negara yang melakukan perjanjian untuk mengadopsi pendekatan tersebut untuk menangkal praktik *treaty shopping*. Kedua negara dapat memilih cara yang terbaik sesuai dengan kesepakatan kedua negara. Hal ini terjadi karena OECD tidak memberikan mana pendekatan terbaik untuk dapat digunakan.

Terhadap kasus *treaty shopping* yang terjadi di Indonesia, pendekatan yang diberikan oleh OECD dapat diujikan satu persatu. Hal ini dilakukan untuk menentukan pendekatan yang paling baik untuk menangkal praktik *treaty shopping* tersebut. Kasus yang digunakan adalah kasus *treaty shopping* PT. BCD sebelum dilakukan terminasi P3B antara Mauritius dengan Indonesia.

Pendekatan pertama adalah dengan *look trough approach*. Sederhananya pendekatan ini mengatakan bahwa *treaty benefit* tidak dapat diberikan terhadap perusahaan di negara domisili, dimana perusahaan tersebut dimiliki atau dikendalikan oleh orang yang bukan penduduk dari negara yang melakukan perjanjian. Fakta yang ditunjukkan dalam kasus ini, dimana BCD.Ltd adalah anak perusahaan yang didirikan oleh PT. BCD, yang memiliki dan menguasai seluruhnya BCD.Ltd. PT. BCD adalah penduduk dari negara yang melakukan perjanjian (Indonesia). Berdasarkan pada pendekatan ini, *treaty benefit* dapat dipergunakan oleh BCD.Ltd, sehingga pendekatan ini tidak dapat dipergunakan untuk menangkal *treaty shopping* yang terjadi di Indonesia.

Lebih lanjut, pendekatan ini akan menimbulkan masalah jika dimasukkan ke dalam P3B Indonesia. Masalah yang timbul adalah berdasarkan ketentuan perlakuan pajak yang berlaku sekarang di Indonesia, Indonesia memberikan peluang

didirikannya perusahaan yang seluruhnya menjadi milik perusahaan luar negeri, yaitu untuk industri (kecuali industri vital). Apabila ketentuan ini dimasukkan kedalam P3B Indonesia tentunya sebuah perusahaan yang ada di Indonesia, dimana seluruh atau sebagian besarnya merupakan milik dari Wajib Pajak Luar Negeri, maka perusahaan tersebut tidak memenuhi syarat untuk mendapatkan *reduced rate*. Pendekatan ini belum tepat digunakan Indonesia sebagai mekanisme yang menangkal *treaty shopping*. Dilihat juga, praktik *treaty shopping* yang digunakan oleh pihak ketiga dapat saja menggunakan *conduit company* namun tidak memiliki *conduit company* tersebut.

Pendekatan yang kedua adalah *Subject to Tax Approach*. Pendekatan ini sederhananya merupakan pendekatan untuk membatasi *treaty benefit* terhadap perusahaan yang dikuasai atau dimiliki oleh pihak yang bukan merupakan penduduk dari negara yang melakukan perjanjian dimana atas penghasilan yang diterimanya dari negara sumber bukan merupakan objek pajak di negara domisili. Dari kasus *treaty shopping* yang terjadi di Indonesia, menunjukkan bahwa penghasilan bunga yang diterima BCD.Ltd bukan merupakan objek pajak di Mauritius, sebab Mauritius tidak mengenakan pajak atas penghasilan bunga.

Dapat disimpulkan bahwa pendekatan *subject to tax*, efektif menangkal praktik *treaty shopping* yang terjadi di Indonesia. Namun sama seperti pendekatan yang lain, pendekatan ini memerlukan persetujuan dari Mauritius sebagai negara mitra perjanjian. Mengingat bahwa Mauritius merupakan negara *tax heaven country* yang mana selalu memberikan perlindungan kepada *non-resident country*, dan pengecualian pengenaan pajak atas penghasilan bunga adalah salah satu contohnya, sehingga akan diragukan apabila Mauritius setuju untuk megadopsi pendekatan ini.

Pendekatan yang ketiga adalah *exclusion approach*. Secara sederhana pendekatan ini adalah pendekatan yang membatasi pemberian *treaty benefit* kepada perusahaan yang mendapatkan perlakuan pajak khusus karena karakteristik dari perusahaan tersebut. Dalam kasus *treaty shopping* di Indonesia, PT. BCD yang mendirikan BCD.Ltd di Mauritius adalah entitas yang sifatnya umum yang tidak termasuk dalam karakteristik perusahaan tertentu. Sehingga atas kondisi ini, *exclusion*

approach tidak dapat digunakan sebagai penangkal *treaty shopping* yang terjadi di Indonesia.

Pendekatan yang keempat adalah *channel approach*. Secara sederhana pendekatan ini merupakan pembatasan terhadap *treaty benefit* atas penghasilan yang mana 50% atau lebihnya merupakan pembayaran kepada pihak yang bukan merupakan penduduk dari negara domisili sehingga penghasilan tersebut tidak dapat dinikmati di negara domisili untuk dapat dipajaki (hilangnya potensi pemajakan). Dalam halnya dengan kasus *treaty shopping* yang terjadi di Indonesia, pembayaran bunga yang diterima BCD.Ltd di Mauritius tidak dikenakan pajak.

Dalam kasus ini, Mauritius tidak mengenakan pajak atas bunga yang timbul, sehingga tidak ada potensi pemajakan yang hilang di Mauritius. Atas kondisi tersebut, pendekatan ini kurang tepat untuk dapat menangkal praktik *treaty shopping* di Indonesia. Walaupun begitu, jika negara yang merupakan negara domisili adalah negara yang mengenakan tarif normal, maka *channel approach* efektif menangkal praktik *treaty shopping*, bahkan terhadap strategi *stepping stone*.

Pada pendekatan ini harus juga dilihat mengenai masalah yang mungkin timbul jika dimasukkan ke dalam P3B. Hal ini disebabkan karena masih belum menggambarkan secara jelas mengenai biaya dan penghasilan sehingga berpotensi menimbulkan *dispute*. Lebih lanjut, *dispute* yang mungkin muncul dapat berdampak pada biasanya ketentuan usaha yang baik (*genuine business activity*).

Pendekatan yang terdapat dalam OECD *Commentaries*, sebagaimana yang telah dijelaskan, merupakan pendekatan yang dapat dipilih cara terbaik untuk menangkal praktik *treaty shopping* berdasarkan kesepakatan kedua negara. Tentunya masing-masing negara akan berbeda dalam memilih pendekatan yang terbaik, misalkan pendekatan *subject to tax* merupakan pendekatan yang dapat secara efektif menangkal praktik *treaty shopping* bagi Indonesia. Namun, hal ini memerlukan persetujuan dari Mauritius, dan mungkin saja tidak disetujui oleh Mauritius dikarenakan berbedanya kepentingan. Lebih lanjut, pendekatan tidak hanya diberikan kepada negara untuk membuktikan suatu praktik *treaty shopping*, melainkan juga kepada wajib pajak.

Wajib pajak akan mencari pendekatan yang menguntungkan dirinya, dimana berdasarkan pendekatan tersebut dirinya harus diberikan *reduced rate*. Dalam kaitannya dengan kasus PT.BCD, dirinya dapat menggunakan argumen yang disediakan dalam *look trough approach* ataupun *alternative relief provision*. Akhirnya yang terjadi adalah saling mempertahankan argumen antara wajib pajak dengan negara yang memungut pajak, sehingga pendekatan OECD dalam menangkal praktik *treaty shopping* di Indonesia kurang tepat.

A.5. Analisis Pendekatan *Limitation on Benefit* Model dalam Menangkal Praktik *Treaty Shopping*

Pendekatan lain yang dapat digunakan untuk menangkal praktik *treaty shopping* adalah dengan menggunakan *Limitation on Benefit* (LOB). LOB merupakan pendekatan yang akan menangkal praktik *treaty shopping* melalui pendekatan *qualified person*. Setiap penduduk yang ingin mendapatkan *treaty benefit* harus memenuhi satu dari serangkaian tes, di mana tes tersebut merupakan alat uji bagi *resident* tersebut.

Sederhananya, konsep LOB merupakan klausul dimana *treaty benefit* dapat diberikan kepada *resident* yang ingin mendapatkannya jika penghasilan yang diperoleh dari sumber di negara mitra runding berasal dari pelaksanaan usaha aktif atau perdagangan. Jikapun hal tersebut tidak memenuhi, maka serangkaian tes dapat diaplikasikan. Misalnya: (1) besaran penghasilan tidak dipakai untuk membayar bunga, royalti atau kewajiban lain yang tidak berhak atas manfaat P3B, (2) lebih dari 50% saham (baik yang mempunyai nilai maupun hak suara) harus dimiliki oleh orang (terutama orang pribadi) WPDN baik langsung maupun tidak langsung.

Pendekatan LOB merupakan pendekatan yang juga disarankan oleh UN Model dan OECD Model dan merupakan pendekatan yang menyediakan cara yang komprehensif dalam menangkal praktik *treaty shopping*. Pendekatan ini tidak terdapat pada UN Model maupun OECD Model, namun terdapat pada US Model Pasal 22. Hal ini dilatar belakangi karena Amerika Serikat merupakan negara yang pertama kali memperkenalkan dan menerapkan LOB terhadap P3B-nya.

Otoritas pajak Amerika juga percaya bahwa hanya *resident* yang sah (*legitimate*) yang berhak mendapatkan *treaty benefits*, oleh karena itu suatu P3B haruslah mengandung ketentuan khusus untuk mencegah penggunaannya oleh penduduk negara ketiga yang tidak berhak. Kondisi ini juga digunakan untuk mencegah *tax treaty* menjadi *treaty with the world*. Selain itu, LOB digunakan oleh Amerika untuk menutupi kelemahan ketentuan *treaty resident* mereka.

Pasal 22 dari US Model menetapkan klausul *Limitation on Benefits* (LOB) yang berisikan serangkaian tes yang dijadikan pedoman dalam pembuatan P3B antara Amerika dengan negara mitra rundingnya. Ada pun tes-tes tersebut, disederhanakan menjadi 5 macam kelompok tes berdasarkan pada ayat yang mengaturnya. Tes-tes tersebut antara lain adalah:

1. *Ownership Test dan Base Erosion Test*
2. *Business Purpose Test*
3. *Exclusion Test*
4. *Competent Authority*
5. *Recognized Stock Exchange Test*¹¹⁴

Tes-tes tersebut di atas merupakan pengembangan dari ketentuan untuk menangkal praktik *treaty shopping* yang dikembangkan oleh *The American Law Institute*.¹¹⁵ Ketentuan tersebut antara lain ialah pendekatan *special measures*, yang merupakan ketentuan yang melarang penggunaan *treaty benefit* kepada penduduk yang merupakan entitas yang mendapatkan perlakuan istimewa dari negaranya karena karakteristik yang dimilikinya. Ketentuan ini memiliki kesamaan dengan *exclusion approach*. Pendekatan lain selain dari pada *special measures* antara lain adalah *principal approach* dan *comprehensive approach*.

Adapun yang dimaksud dengan *principal approach* adalah pembatasan terhadap pemberian *treaty benefit* kepada pihak yang tujuan utama pembentukannya hanya untuk mendapatkan *treaty benefit*. Pendekatan ini sama dengan *pendekatan*

¹¹⁴ Pengujian di sini hanya merupakan garis besar. Dimungkinkan untuk menggali lebih banyak lagi ketentuan yang memuat lebih banyak tes-tes yang lebih rinci dan panjang. Hal ini tergantung kepada kebutuhan tiap-tiap negara yang mengadakan perjanjian.

¹¹⁵ Stef Van Wheegel, *Op. Cit.*, hal. 224.

bona fide provisions dalam OECD Model. Sedangkan yang dimaksud dengan pendekatan *comprehensive measures*, adalah pendekatan yang memiliki kesamaan dengan *look through approach* dalam OECD Model dan digunakan secara bersamaan dengan pendekatan yang mirip dengan *channel approach*.

Dari pendekatan-pendekatan tersebut, LOB berkembang menjadi serangkaian tes yang mencerminkan pendekatan untuk menangkal *treaty shopping* dengan lengkap. Pendekatan *special measures* memiliki kesamaan dengan *exclusion test* yang terdapat pada *Article 22 US Model* ayat (3) *point (b)*. Begitu juga pendekatan *principal approach* dengan *business purpose test* dan pendekatan *comprehensive approach* dengan *ownership test* dan *base erosion tests*.

Tes kepemilikan (*Ownership Test*) terdapat dalam Pasal 4 ayat 2 US Model. Maksud dari pada tes ini adalah orang sebagai pihak yang ingin mendapatkan *treaty benefit* harus dimiliki oleh penduduk dari negara tempat pihak tersebut berada. Artinya jika suatu orang, katakanlah sebuah perusahaan di negara domisili yang karena transaksi bisnisnya timbul *treaty benefit*, maka, perusahaan tersebut harus dimiliki oleh orang pribadi atau badan yang juga merupakan penduduk dari negara yang melakukan perjanjian.

Besarnya kepemilikan atau penguasaan biasanya diatur sebesar 50% dari saham, dan dimiliki oleh penduduk dari kedua negara. Namun, tes ini belum secara lengkap dapat menangkal praktik *treaty shopping*, dikarenakan tes ini tidak dapat mengindikasikan terjadinya *treaty shopping* dan digunakan bersamaan dengan *base erosion test*. *Ownership test* memiliki kesamaan dengan pendekatan *look through approach* dalam OECD Model.

Maksud dari *Base Erosion Test* adalah pengujian, yang mana membatasi pemberian *treaty benefit* jika diberikan kepada orang yang merupakan *resident* dari pada suatu negara yang mengadakan perjanjian, dimana orang tersebut dimiliki (50% atau lebih) oleh penduduk dari negara yang mengadakan perjanjian namun penghasilan (lebih dari 50%) yang diperolehnya digunakan untuk membayar kewajiban (yang dijadikan biaya) kepada penduduk dari negara yang tidak melakukan perjanjian dengan negara sumber. Tes ini memiliki kesamaan dengan *channel*

approach yang ada di OECD Model, namun pada tes ini telah dilengkapi dengan pemahaman seberapa besar kewajiban yang harus dibayarkan.

Tes yang ketiga adalah *business purpose tests* yang terdapat pada ayat 3. Tes ini dapat terbagi lagi menjadi beberapa tes yang dapat mengikuti *bona fide approach* yang terdapat pada pendekatan OECD, dimana memuat pengujian yang spesifik, yang dapat diplikasikan sesuai dengan kebutuhan dari negara yang melakukan perjanjian. Adapun secara umum, tes ini mencegah pemberian *treaty benefit* kepada pihak yang tidak memiliki tujuan bisnis, dimana pihak tersebut dibentuk hanya untuk mendapatkan *treaty benefit*. Pendekatan ini memiliki kesamaan dengan *bonafide provisions* dalam penekatan OECD Model.

Sedangkan *exclusion tests* adalah tes yang berisikan pengujian untuk pembatasan kepada pemberian *treaty benefit* kepada entitas yang melakukan aktivitas tertentu. Yang dimaksud dengan aktivitas tertentu tersebut dalam Pasal 22 adalah perbankan, asuransi, dan kegiatan sekuritas. Dimana kegiatan tersebut hanya diperkenankan kepada entitas tertentu, seperti bank, asuransi atau broker sekuritas yang terdaftar. Di luar entitas tersebut, yang melakukan kegiatan perbankan, asuransi atau kegiatan sekuritas, tidak diperkenankan untuk mendapatkan *treaty benefits*.

Tes yang kelima diatur dalam Pasal 22 ayat (4) US Model. Maksud dari tes ini adalah, jika suatu pihak yang tidak memenuhi tes daripada tes-tes yang lain, namun otoritas yang berwenang di negara domisili merekomendasikan kepada otoritas yang ada di negara sumber untuk dapat diberikan *treaty benefit*, maka *treaty benefit* tersebut dapat diberikan kepadanya. Hal ini tentulah merujuk kepada kesediaan dari otoritas negara sumber untuk mau atau tidak mau memberikan *treaty benefit*.

Tes yang terakhir adalah *recognized stock exchange*, dimana pengertiannya dikandung dalam ayat (5). Sederhananya, maksud dari tes ini adalah *treaty benefit* dapat diberikan kepada pihak, biasanya berbentuk badan, yang merupakan perusahaan yang tercatat dalam bursa yang disepakati oleh kedua negara. Amerika merujuk kepada bursa NASDAQ, dan negara mitra merujuk kepada bursa yang ada di negaranya. Dalam kasusnya Indonesia, bursa yang digunakan adalah Bursa Efek

Indonesia (BEI) yang merupakan gabungan dari Bursa Efek Jakarta dan Bursa Efek Surabaya.

Serangkaian tes yang dimiliki oleh US Model, secara umum, tes-tes tersebut dapat dikelompokkan menjadi dua bagian besar, yaitu tes subjektif, dan tes objektif. Hal ini bertujuan untuk dapat mengindikasikan terjadinya kegiatan *treaty shopping* terhadap *treaty* yang disepakati oleh kedua negara. Alasan mengapa hal ini dibagi menjadi dua kelompok besar adalah didasarkan pada keinginan dari pada Wajib Pajak yang ingin mengecilkan beban pajaknya, dimana *fiskus* (*tax administration*) biasanya sulit (*ill-equipped*) untuk mengidentifikasi.¹¹⁶

Sehingga, diperlukan alat uji (tes), walaupun sifatnya subjektif namun dapat memberikan indikasi awal bahwa ada niat daripada pihak tersebut untuk melakukan praktik *treaty shopping*. Melengkapi hal tersebut, dimana untuk menghindarkan penilaian yang melulu subjektif, maka diperlukan tes yang dapat menghasilkan penilaian yang objektif. Kedua tes tersebut digunakan secara bergiliran sehingga dapat menghasilkan penilaian yang baik.

Pengujian kepemilikan (*ownership test*) dan *business connection tests* merupakan contoh dari pengujian subjektif. Walaupun begitu, pengujian ini merupakan pengujian yang utama, kemudian diikuti oleh pengujian lain yang merupakan pengujian objektif. Sehingga didapat hasil yang jelas mengenai niat dari pihak yang ingin mendapatkan *treaty benefit*. Atas dasar hal ini, dapat dikatakan bahwa *Limitation on Benefit* merupakan serangkaian tes untuk menangkal praktik *treaty shopping* yang sifat dari ketentuan LOB adalah pencegahan.

Pengujian melalui LOB merupakan pengujian kepada pihak yang ingin mendapatkan *treaty benefit*, dengan melihat kualifikasi dari pihak tersebut. Pengujian ini bertujuan untuk membuktikan bahwa pihak tersebut tidak digunakan sebagai *conduit company* yang ditugaskan untuk menyalurkan *treaty benefit* yang diperolehnya hanya karena status legal yang dimilikinya. Hal ini mengingat bahwa kegiatan *treaty shopping* timbul akibat adanya perusahaan *intermediary* antara

¹¹⁶ *Technical Explanation to the United States Model Income Tax Convention*, 20 September 1996.

negara-negara yang melakukan perjanjian dengan negara ketiga yang tidak melakukan perjanjian.

Dapat dikatakan, bahwa LOB secara tidak langsung berguna juga untuk menentukan *beneficial owner* atas penghasilan yang timbul. Dilihat di sini adalah kedudukan dari *beneficial owner* atas penghasilan yang timbul. Kondisi ini menentukan apakah *beneficial owner* tersebut berhak untuk mendapatkan *treaty benefit* yang terkandung dalam *tax treaty*.

Dalam kaitannya dengan penghasilan yang berupa bunga, deviden, dan royalti, pihak yang menerima pembayaran akan mendapatkan *reduced rate* jika pihak tersebut merupakan *beneficial owner*. Permasalahannya adalah makna dari *beneficial owner* sampai saat ini belum memiliki kejelasan, baik dari para ahli maupun hukum dari sebuah negara. Makna *beneficial owner* terhadap bunga, deviden, dan royalti oleh US Model diartikan secara sederhana, yaitu sebagai pihak yang merupakan penduduk dari negara mitra perjanjian.¹¹⁷

Pengertian ini tampaknya sederhana, namun dengan adanya LOB makna tersebut menjadi jelas, yaitu *beneficial owner* merupakan penduduk negara mitra yang bukan merupakan *conduit company*. Sehingga pada dasarnya dalam membatasi suatu *treaty benefit*, pengertian mengenai *beneficial owner* sangat diperlukan, namun dengan adanya pemaknaan yang berbeda-beda tentunya akan menimbulkan ambiguitas, namun hal ini dapat disederhanakan melalui LOB sebagai klausul yang menguji pihak yang ingin mendapatkan *treaty benefit*.

Bagaimana tepatnya LOB dapat menangkal praktik *treaty shopping* terhadap suatu kasus? Berikut akan diujikan tes yang terdapat dalam *Limitation on Benefit* terhadap kasus *treaty shopping* yang dilakukan PT.BCD. Pengujian tersebut diambil daripada Pasal 22 US Model dan diasumsikan dalam P3B Indonesia-Mauritius memiliki klausul LOB.

Tes pertama yang digunakan adalah subjektif tes, yaitu *business purpose test*. Dengan kajian kasus PT.BCD yang membentuk BCD.Ltd, dan BCD.Ltd mencoba untuk mendapatkan *treaty benefit* dari Indonesia. Maka atas tes tersebut, dikaji

¹¹⁷ *Technical Explanation, Ibid.*

apakah BCD.Ltd sebagai pihak yang ingin mendapatkan *treaty benefit* memiliki tujuan substantif bisnis?

Menjawab pertanyaan tersebut, dilihat kembali kepada fakta bahwa BCD.Ltd tidak memiliki tujuan apapun selain meng-*interpose* penghasilan bunga yang diterimanya dari PT.BCD untuk kemudian dibayarkan ke *bondholder*. BCD.Ltd memiliki 4 susunan direktur, 2 berasal dari penduduk Indonesia, dan lainnya berasal dari Mauritius sendiri. Lebih lanjut, BCD.Ltd tidak memiliki karyawan lain selain dari susunan direktur tersebut.

Berdasarkan fakta tersebut, BCD.Ltd tidak dapat dipertimbangkan melakukan kegiatan bisnis aktif atau perdagangan. Untuk itu, dapat disimpulkan bahwa BCD.Ltd tidak lolos dari pengujian. Sehingga implikasi yang terjadi adalah BCD.Ltd tidak dapat diperkenankan untuk mendapatkan *reduced rate* yang disediakan dalam P3B jika tes yang lain tidak dapat dipenuhi. Hal ini pun berlaku sama terhadap skema yang diajukan oleh Bank FGH, sebagai *trustee* dari *bondholder*, yaitu dengan mendirikan perusahaan serupa yaitu X.BV, untuk menggantikan kedudukan dari pada BCD.Ltd.

Meskipun demikian, BCD.Ltd harus melewati tes yang lain. Tes yang berikutnya adalah *ownership test* dan *base erosion test*. Aplikasi dari pengujian ini adalah kedua tes tersebut harus dipenuhi secara bersamaan. Melihat kepada kondisi yang dialami oleh BCD.Ltd, dimana penghasilan bunga yang diterima kemudian dibayarkan kembali kepada *bondholder*.

Kondisi ini mengakibatkan penghasilan bunga yang diterima kemudian dibayarkan kepada *bondholder* mengakibatkan pembayaran tersebut dijadikan biaya. Pembayaran tersebut juga dibayarkan kepada *bondholder* yang merupakan penduduk dari negara yang tidak mengikat perjanjian dengan Indonesia. Atas kondisi tersebut, pengujian *base erosion* tidak dipenuhi oleh BCD.Ltd.

Berdasarkan *ownership test*, dimana BCD.Ltd merupakan perusahaan yang 100% kepemilikannya dikuasai oleh PT.BCD yang merupakan penduduk dari Indonesia dan saham PT.BCD diperdagangkan di Bursa Efek Jakarta (*Recognized*

Stock Exchange Tests).¹¹⁸ Kondisi demikian memenuhi syarat bagi BCD.Ltd terhadap *ownership test*. Namun, sebagaimana telah disebutkan bahwa pengujian ini bersifat digunakan secara bersamaan dengan *base erosion tests* atau secara kumulatif. Sehingga, jika salah satu tidak terpenuhi walaupun yang lain terpenuhi tetap dikatakan tidak lulus pengujian. Dalam hal ini, BCD.Ltd tidak memenuhi persyaratan *base erosion test* dan *ownership test*.

Tes yang berikutnya adalah *competent authority test*. Sebagaimana yang telah disebutkan, dalam tes ini pihak otoritas pajak negara domisili memberikan rekomendasi kepada pihak otoritas negara domisili. Dalam kasus BCD.Ltd dimana berkedudukan di Mauritius, yang mana merupakan negara yang memberikan banyak keuntungan terhadap Wajib Pajak Luar Negeri sehingga menjadi salah satu *tax heaven country*. Tentunya logis jika pihak otoritas Mauritius membantu wajib pajaknya untuk menerbitkan rekomendasi kepada otoritas pajak Indonesia agar dapat diberikan *treaty benefits* bagi BCD.Ltd.

Keputusan pemberian *treaty benefit* diserahkan kepada negara sumber dalam hal ini Indonesia. Tentunya yang sulit dalam tes ini adalah kedudukan Indonesia, karena pertimbangannya yang lebih jauh adalah kepada hubungan kedua negara. Namun, dalam kerangka pemikiran LOB, dirujuk kepada Indonesia untuk tidak memberikan *treaty benefits*. Hal ini disebabkan karena *Limitation on Benefit* lahir dari pemikiran untuk mencegah penyalahgunaan *tax treaty* atau *treaty abuse* terutama terhadap masalah *treaty shopping*.

Melihat kepada pembukaan Pasal 22 US Model, dikatakan untuk melihat bahwa *tax treaty* dapat disalahgunakan oleh negara ketiga, sehingga *tax treaty* harus memuat ketentuan untuk menangkal penyalahgunaan tersebut. Lebih lanjut dikatakan, bahwa *treaty benefit* yang dikandung dalam *tax treaty* untuk diberikan kepada setiap penduduk berarti memberikan izin kepada penduduk negara ketiga untuk melakukan *treaty shopping*. Dapat disimpulkan, dalam kaitannya dengan aplikasi dari LOB,

¹¹⁸ PT.BCD merupakan perusahaan *listed* yang tercatat di bursa Indonesia, pada saat itu bernama bursa efek Jakarta. Kemudian bergabung (merger) dengan bursa efek Surabaya dan berganti nama menjadi Bursa Efek Indonesia pada tahun 2008.

Indonesia haruslah memegang prinsip yang ada dalam pembukaan Pasal 22, sehingga Indonesia tidak perlu memberikan *reduced rate* kepada BCD.Ltd.

Kasus *treaty shopping* yang diujikan melalui LOB memperlihatkan bahwa tidak ada satupun tes yang dipenuhi bagi BCD.Ltd. Sehingga dapat dikatakan bahwa BCD.Ltd bukanlah merupakan penduduk yang *qualified* untuk mendapatkan *reduced rate*. Lebih dari itu, pembahasan menggunakan LOB dapat menunjukkan pihak yang menjadi *beneficial owner* dan tempat kedudukannya. Hal ini dapat dilihat dari penggunaan *base erosion test*, dimana pembayaran bunga tersebut dibayarkan kepada negara ketiga yang tidak memiliki P3B dengan Indonesia.

Dapat disimpulkan di sini, LOB hanya memberikan *treaty benefit* kepada penduduk tertentu, yaitu penduduk yang memenuhi kriteria berdasarkan serangkaian tes yang terdapat dalam LOB. Tidak hanya itu, penggunaan LOB juga memberikan kepastian hukum terhadap *beneficial owner* dan kedudukannya. Dimana, LOB mendefinisikan *beneficial owner* berdasarkan implementasinya.

Pandangan Surahmat mengenai pendekatan LOB dan OECD adalah:

“Pendekatan LOB dalam menangkal praktik *treaty shopping* secara substantif memiliki kesamaan dengan pendekatan yang ada dalam OECD Model.”¹¹⁹

Terletak beberapa perbedaan yang dapat berimplikasi pada penerapannya. Dalam pendekatan yang umum, LOB berisikan serangkaian tes, dimana terhadap penduduk yang ingin mendapatkan *treaty benefit* diharuskan memenuhi salah satu tes tersebut. Dapat diartikan di sini, bahwasannya LOB merupakan pendekatan yang lebih komprehensif.

Berbeda dengan pendekatan LOB, pendekatan OECD memuat empat klausul dalam membatasi praktik *treaty shopping*. Negara yang melakukan perjanjian dapat memilih pendekatan mana yang paling baik untuk dapat digunakan, sebab OECD sendiri tidak memberikan rekomendasi pendekatan mana yang paling baik. Dapat

¹¹⁹ Wawancara Rahmanto Surahmat, Praktisi Perpajakan, *Tax Partner* Ernst&Young, dan Prasetio, Sarwoko dan Sandjaja *Consult*, (Kantor Ernst&Young, Gedung BEI, Jakarta), tanggal 21 November 2008, pukul 15.30 sampai dengan 16.00.

dikatakan di sini, pendekatan yang disarankan oleh OECD merupakan pendekatan yang parsial, dibedakan dengan LOB secara umum yang memiliki substansi empat pendekatan OECD yang terangkai satu sama lain.

Beberapa pendekatan OECD tidak dapat menangkal praktik *treaty shopping* dengan strategi *stepping-stone*. Sehingga pendekatan OECD hanya dapat berlaku pada kasus-kasus tertentu, tidak secara umum dapat menangkal *treaty shopping*. Sedangkan dalam pendekatan LOB, melalui atau tidak melalui strategi *stepping-stone*, praktik *treaty shopping* dapat ditangkal.

Implementasi dari pendekatan OECD diterapkan ketika kasus yang telah terjadi untuk dapat ditangkal. Ketika kasus telah terjadi, kedua negara dapat menyepakati pendekatan mana dalam OECD dapat digunakan. Namun, dalam pendekatan LOB sebagai pengujian untuk menentukan *qualified resident* sehingga *treaty shopping* dapat dicegah sebelum terjadi.

B. Kendala yang ditemukan dalam Pencantuman *Limitation on Benefit* Dalam *Tax Treaty* Indonesia sebagai Penangkal Praktik *Treaty Shopping*.

Praktik *treaty shopping* merupakan suatu skema yang tidak sepatutnya untuk dilakukan, sebab hal ini berdampak pada hilangnya potensi penerimaan suatu negara. Hilangnya potensi penerimaan negara dikarenakan penggunaan P3B oleh pihak yang sebenarnya tidak ditujukan melalui P3B, hal ini dapat berakibat pada hilangnya asas eksklusifitas. Kondisi ini membawa suatu P3B antara satu negara dengan negara lain menjadi suatu negara dengan dunia.

Tak pelak kondisi tersebut harus segera ditangkal. Salah satu cara yang dapat digunakan adalah dengan menyematkan LOB pada setiap P3B yang berlaku antara Indonesia dengan negara mitra. Namun hingga saat ini, dari 57 negara mitra yang menutup P3B dengan Indonesia, Indonesia memiliki klausul *Limitation on Benefit* hanya terbatas kepada P3B dengan Amerika. Hal ini ditengarai karena masih banyaknya perbedaan pandangan diantara para ahli.

B.1. Status Treaty Shopping

Perjanjian penghindaran pajak berganda atau yang disebut dengan *tax treaty* bertujuan untuk mengakomodir kegiatan usaha dalam cakupan lintas batas negara. Hal ini dilakukan karena banyaknya halangan dalam kegiatan tersebut. Salah satu hal yang menjadi halangan adalah pengenaan pajak.

Pengenaan pajak merupakan hak yang dimiliki oleh sebuah negara. Dalam kaitannya dengan kegiatan usaha lintas batas, maka akan timbul potensi bentrokan antara dua negara yang memiliki hak untuk memajaki. Terkait hal itu, akan ada dua kondisi yang terjadi, yaitu terjadi pengenaan pajak berganda, atau tidak akan terjadi pemajakan sama sekali.

Pembuatan P3B bertujuan untuk menangkal kondisi-kondisi tersebut. Namun pembuatan P3B justru menimbulkan terjadinya penghindaran pajak dengan memanfaatkan P3B yang dibuat. Hal yang paling sering terjadi adalah *treaty shopping*. Tentunya hal ini merupakan tindakan yang tidak sepatutnya (*improper use*) dilakukan oleh Wajib Pajak. Ketidapatutan tersebut dapat digolongkan menjadi dua bentuk, yaitu sebagai bentuk penyimpangan (*misuse*), dimana *treaty shopping* tersebut tidak melanggar ketentuan yang ada. Sementara, bentuk yang lain adalah bentuk yang merupakan suatu tindakan yang masuk ke dalam ranah pelanggaran (*abuse*), dimana terjadinya pelanggaran ketentuan hukum.

Wajib Pajak mempersiapkan skema *treaty shopping*, sehingga bagi dirinya mendapatkan keuntungan yang lebih besar atas sebuah insentif yang disediakan oleh P3B. Berbekal pada tujuan dari P3B, yaitu menghindari pengenaan pajak berganda, ataupun menghindari jangan sampai sebuah transaksi tidak dikenakan pajak sama sekali, maka penggunaan *treaty shopping* yang bertujuan mendapatkan keuntungan dari suatu *treaty*, dimana atas penggunaan tersebut dirinya mendapatkan pengenaan pajak yang lebih kecil atau bahkan tidak dikenakan pajak sama sekali. Tentunya dapat dilihat bahwa, tujuan dari *treaty shopping* berbeda dari tujuan pembentukan *tax treaty*, maka hal ini dapat dikatakan sebagai *treaty abuse*.

Lebih lanjut, OECD memperkenalkan *Guiding Principle* dalam menterminologikan praktik *treaty abuse*:

*A guiding principle is that the benefits of a double taxation convention should not be available where a main purpose for entering into certain transactions or arrangements was to secure a more favourable tax position and obtaining that more favourable treatment in these circumstances would be contrary to the object and purpose of the relevant provisions.*¹²⁰

Pada prinsipnya *reduced rate* yang disediakan dalam *tax treaty* tidak diperkenankan untuk diberikan ketika sebuah tujuan utama dalam melakukan transaksi atau perencanaan adalah untuk mendapatkan posisi pajak yang paling menguntungkan. Atas hal tersebut, transaksi yang dilakukan tidak sejalan (berkebalikan) dengan maksud dan tujuan dari *tax treaty* tersebut. Oleh karena itu, transaksi atau pengaturan yang dilakukan tersebut dapat dikategorikan sebagai tindakan *treaty abuse*.

Terdapat persamaan yang jelas mengenai *treaty shopping* dan *treaty abuse*. *Treaty shopping* terkait dengan situasi dimana seseorang memperoleh manfaat dari *treaty* tanpa memiliki hak untuk mendapatkan manfaat tersebut. Sedangkan *treaty abuse*, mengacu pada situasi dimana pada transaksi tertentu, berkebalikan dengan tujuan dari *tax treaty*. Salah satu daripada transaksi tersebut adalah *treaty shopping*.

Alasan yang menguatkan juga didapat dari Pasal 1 *tax treaty* model.¹²¹ Dikatakan bahwa perjanjian pajak yang disetujui hanya berlaku kepada penduduk dari negara yang melakukan perjanjian, dan kepadanya berhak atas *reduced rate* yang disediakan dalam *treaty* yang disetujui. *Treaty shopping* jelas menunjukkan bahwa yang memperoleh manfaat bukanlah penduduk dari negara yang melakukan perjanjian, melainkan penduduk dari negara ketiga yang tidak mengikat perjanjian dengan negara sumber.

Hasilnya, dengan adanya *treaty shopping* maka negara yang mengikat perjanjian akan dirugikan. Bagi negara sumber, kerugian yang dialami adalah hilangnya potensi pemajakan dan hal inipun berlaku bagi negara domisili. Namun hal ini dapat diaplikasikan jika negara domisili dan negara sumber memiliki asas

¹²⁰ OECD Commentary, article 1, par. 9.5

¹²¹ Pasal 1 dari OECD Model, US Model, dan UN Model adalah identik.

pemajakan yang sama, yaitu asas domisili dengan tarif pemajakan yang normal, dimana tidak ada perbedaan tarif yang besar antara negara domisili dan sumber. Hal ini tentunya tidak berlaku bagi negara domisili yang menerapkan tarif pajak rendah (*low tax regime*) atau tidak mengenakan pajak sama sekali, dan negara yang menganut asas teritorial.

Terhadap negara yang menganut asas yang memberikan banyak keuntungan kepada Wajib Pajak Luar Negeri. Yang mana atas asas tersebut, biasanya disebut sebagai negara surga pajak atau *tax heaven country*. Kaitannya dengan Indonesia adalah seharusnya tidak mengikat perjanjian perpajakan dengan negara tersebut. sebagaimana yang diungkapkan oleh Hutagaol:

“Indonesia tidak seharusnya mengikat perjanjian dengan negara *tax heaven*. Karena lebih banyak menimbulkan kerugian jika dibandingkan dengan manfaat yang diperoleh Indonesia.”¹²²

Skema *treaty shopping* sebagai *treaty abuse* atas *reduced rate* yang disediakan pada penghasilan bunga, deviden, dan royalti juga dilandasi dengan argumen yang lain. Adapun argumen tersebut diperoleh dengan menelaah OECD *Commentary* yang diatur pada Pasal 11, 12, dan 13 tentang bunga, deviden, dan royalti yang mengatakan bahwa *reduced rate* hanya ditujukan kepada *beneficial owner* atas penghasilan tersebut. Pihak yang mendapatkan *reduced rate* tersebut bukan merupakan pihak *beneficial owner*, melainkan pihak dari negara ketiga yang tidak mengadakan perjanjian dengan negara sumber, atau melakukan perjanjian dengan negara sumber, namun dengan pengenaan tarif pajak yang lebih tinggi.

Berdasarkan argumen tersebut, *treaty shopping* merupakan praktik pencideraan atas *treaty* atau *treaty abuse*. Dimana praktik tersebut membawa kerugian bagi negara domisili maupun negara sumber. Atas kerugian yang ditimbulkannya, pertanyaan menjurus kepada relevansi yang penting, yaitu apakah *treaty shopping* merupakan sebuah tindakan yang menyalahi aturan yang bukan lagi dianggap sebagai penyimpangan, namun harus sudah dianggap sebagai tindakan

¹²² Wawancara John Hutagaol, Guru Besar Ekonomi Perbanas, Kepala KPP Tebet, (KPP Tebet, Jakarta), tanggal 18 November 2008, pukul 12.45 sampai dengan 13.20.

kriminal? Dapat dicontohkan di sini, jika ditilik dari ketentuan domestik yang dimiliki oleh negara Swiss, bahwa skema yang merupakan *treaty abuse* adalah skema yang mendapatkan porsi paling besar dari *treaty benefit* yang ditujukan secara langsung atau tidak langsung kepada orang yang *non-qualified* untuk mendapatkan *treaty benefit* tersebut.¹²³

Lebih lanjut, Hutagaol mengatakan:

Jelas bahwa *treaty shopping* merupakan *treaty abuse*, dan hal ini adalah perbuatan kriminal. Terjadi bukan lagi sebagai bentuk ketidaksengajaan (*nodeligens*) yang masuk dalam kategori *misuse*, namun sesudah secara jelas dan nyata untuk merencanakan hal tersebut.¹²⁴

Perlu diperhatikan adalah pernyataan kriminal atas praktik *treaty shopping* dan implikasinya adalah sanksi pidana. Artinya, praktik *treaty shopping* menjadi salah satu mekanisme *tax evasion*, dimana praktik ini tidak memenuhi persyaratan yang legal. Atau setidaknya merupakan kategori dari *unacceptable tax avoidance*.

Pendapat yang diungkapkan oleh Hutagaol tidak sejalan dengan pemikiran Surahmat. Bahwasannya selama masih dalam ketentuan legal sebagaimana yang dipersyaratkan oleh ketentuan domestik dan *tax treaty*, maka praktik *treaty shopping* merupakan praktik yang sah. Praktik yang masih sejalan dengan koridor hukum yang ditentukan, dimana tidak ada ketentuan yang dilanggar dalam praktik *treaty shopping*.

Skema *treaty shopping* adalah bentuk penghindaran yang sesuai dengan ketentuan *treaty*, serta memenuhi persyaratan yang diminta oleh negara sumber. *Treaty shopping* bukan *abuse*. Karena pada dasarnya dilakukan dalam kerangka yang legal, selama tidak diatur, maka tidak salah untuk dijalankan. Jadi, *treaty shopping* hanyalah sebuah *tax planning* yang dibuat sesuai dengan *treaty* yang berlaku.

¹²³ Negara Swiss adalah negara yang mengenakan tarif pajak yang rendah, dan memberikan banyak kemudahan bagi Wajib Pajak Luar Negeri. Oleh sebagian negara menyatakan bahwa Swiss adalah *tax heaven country*. Hal ini dilandasi karena Swiss sering dijadikan tempat pendirian *Conduit company*, karena memiliki banyak jaringan P3B dengan negara eropa yang mengenakan pajak atas penghasilan pasif sampai dengan 0%. Walau begitu, Swiss menerapkan aturan untuk mencegah terjadinya *treaty abuse*. Stephan Baumann, “Switzerland Unilateral and International Measures Against Treaty Abuse” *International Corporate Tax Bulletin*, hal. 2, http://www.deloitte.com/dtt/cda/doc/content/bulletin_unil_inter_meas_final.pdf. Diunduh pada 20 Nopember 2008.

¹²⁴ Wawancara John Hutagaol, Guru Besar Ekonomi Perbanas, Kepala KPP Tebet, (KPP Tebet, Jakarta), tanggal 18 November 2008, pukul 12.45 sampai dengan 13.20.

Jika tidak setuju bahwa *treaty shopping* adalah *tax planning* tentunya kita tidak memerlukan *57 tax treaty* yang ditutup oleh Indonesia?¹²⁵

Pendapat Surahmat senada dengan pendapat yang biasa muncul dalam persidangan perpajakan di Inggris pada awal '80-an, dimana sering dikatakan bahwa selama wajib pajak melakukan itu (penghindaran pajak) dalam koridor hukum, tidak ada hal yang salah tentang itu.¹²⁶ Perencanaan pajak atau *tax planning* merupakan bagian daripada mekanisme penghindaran pajak yang memanfaatkan kelemahan-kelemahan (*loophole*) peraturan perpajakan. Goyette juga berpendapat hal yang sama, bahwa *treaty abuse* bukanlah sebuah *tax evasion*, melainkan masuk ke dalam *tax avoidance*.¹²⁷ Maka *treaty shopping* merupakan skema yang meminimalkan beban pajak berdasarkan kelemahan-kelemahan yang terdapat dalam *tax treaty*.¹²⁸ terhadap hal tersebut, Gunadi juga memiliki pandangan:

“*Treaty shopping* merupakan *treaty miss-use*...”¹²⁹

Kajian teori menunjukkan tentang adanya *aggressive tax planning* dan *passive tax planning*. Dalam kaitannya dengan *treaty shopping*, *treaty shopping* dikatakan sebagai *active tax planning*, karena secara nyata terlihat usaha dan perbuatan langsung ditujukan kepada pemerintah (fiskus) dengan tujuan untuk menghindari pajak.¹³⁰ Juga disebutkan adanya *acceptable tax avoidance* dan *unacceptable tax avoidance*. Walaupun beberapa negara mengenal bahwa *unacceptable tax avoidance* dan *aggressive tax planning* sebagai sebuah tindakan yang melanggar hukum, namun di Indonesia tidaklah dikenal kedua hal tersebut, dimana Indonesia tidak mengaturnya. Indonesia hanya memiliki ketentuan yang memaknai *tax evasion*.

¹²⁵ Wawancara dengan Rachmanto Surahmat, 21 November 2008.

¹²⁶ Victor Turonyi, “*Rules in OECD Countries to Prevent Avoidance of Corporate Tax*”, <http://www.mof.go.jp/english/soeken/jst2002p3.pdf>. Diunduh pada 17 Oktober 2008.

¹²⁷ Nathalie Goyette, “*Tax Treaty Abuse: Second Look*”, *Canadian tax Journal*, Vol. 52, No.2, 2003, hal, 766.

¹²⁸ Iman Santoso, “*Advance Pricing Agreement dan problematika transfer pricing dari perspektif perpajakan Indonesia*”, *Jurnal Akuntansi dan Keuangan*, Vol. 6, No.2, November 2004, hal. 124.

¹²⁹ Wawancara Gunadi, Mantan Dirut Pemeriksaan dan Penyidikan Pajak Dirjen Pajak Depkeu, Guru Besar Program Ilmu Administrasi FISIP-UI, (Gedung PPATK lantai 4, Juanda, Jakarta Pusat), tanggal 6 November 2008, pukul 15.00 sampai dengan 15.30.

¹³⁰ Waluyo, *Perpajakan Indonesia: Pembahasan Sesuai dengan Ketentuan Perundang-undangan Perpajakan dan Aturan Pelaksanaan Perpajakan Terbaru*. Edisi 6. Buku 1 (Jakarta: Salemba Empat, 2006), hal. 13.

Dalam kaitannya dengan *treaty shopping*, hal tersebut adalah sebuah mekanisme penghindaran pajak, di Indonesia tidak ada kategori apakah *treaty shopping* masuk sebagai *unacceptable tax avoidance* atau *aggressive tax planning*, artinya *treaty shopping* bukanlah suatu *tax evasion* yang dapat menimbulkan sanksi pidana, melainkan hanya sebuah mekanisme penghindaran pajak. Dalam hal ini, *treaty shopping* adalah suatu tindakan yang tidak sejalan dengan *tax treaty* yang dibentuk, namun bukan berarti *treaty shopping* adalah sebuah *tax evasion* yang mengakibatkan sanksi pidana. Selama tidak diatur bahwa *treaty shopping* adalah hal yang salah secara hukum, maka penggunaan *treaty shopping* tidak diperkenankan untuk dibatasi.

B.2. Perbedaan Pandangan terhadap Pengaturan *Beneficial Owner*

Pengaturan mengenai *beneficial owner* telah diatur di banyak negara. Contoh yang dapat diberikan di sini adalah Inggris, Amerika, dan Indonesia. Masing-masing negara berpandangan bahwa konsep *beneficial owner* perlu untuk diatur, karena sangat diperlukan dalam menangkal praktik *treaty shopping*.

Pengaturan yang dilakukan oleh banyak negara, walaupun dapat ditarik benang merahnya, tetap saja terdapat perbedaan. Hal ini tentunya dapat berimplikasi pada implementasinya di lapangan. Artinya akan terjadi *dispute* yang dapat mengakibatkan ambiguitas dan tidak adanya kepastian hukum. Untuk itu timbul wacana untuk menentukan *beneficial owner* melalui pemaknaan yang bersifat universal, dimana negara-negara di dunia memiliki kesamaan interpretasi atas makna tersebut. Mengingat *Beneficial Owner* adalah suatu bahasa internasional, maka pengaturannya harus dilakukan secara internasional.

Diperlukan kesepahaman pandangan secara internasional, sehingga konsep *beneficial owner* adalah satu adanya, hal ini berakibat pada jelasnya implementasi di lapangan, sehingga mudah bagi Wajib Pajak maupun fiskus dalam menjalankan ketentuan tersebut, dan tidak akan ada *dispute* yang muncul¹³¹

¹³¹ Wawancara John Hutagaol, Guru Besar Ekonomi Perbanas, Kepala KPP Tebet, (KPP Tebet, Jakarta), tanggal 18 November 2008, pukul 12.45 sampai dengan 13.20

Senada dengan hal tersebut, kasus *treaty shopping* PT. BCD mengakibatkan otoritas pajak di Inggris menerapkan ketentuan bahwasannya *beneficial owner* harus dimaknai dalam konteks internasional (*international meaning*). Dalam *international tax meaning* terdapat kesepakatan di antara negara-negara dalam memaknai konsep *beneficial owner*. Lebih lanjut, jika dikaji dalam Pasal 10, 11, dan 12 OECD Model mengenai *beneficial owner*, OECD Model sebagai klausul yang diterapkan dalam sebuah perjanjian pajak antara satu negara dengan negara lainnya, yang merupakan cakupan internasional maka memang tepat jika terdapat pengaturan mengenai *beneficial owner* yang berlaku secara internasional.

Pendapat ini tidak sejalan dengan pendapat Gunadi. Mengingat bahwa OECD adalah representasi dari negara maju yang kecenderungannya berpihak pada keuntungan negara maju. Hal ini dilandasi oleh posisi negara maju sebagai pihak *capital exporting countries*. Apabila pengaturannya diserahkan kepada pengaturan internasional, maka akan ada sebagian negara yang diuntungkan dan ada sebagian negara yang dirugikan.

Suatu pendefinisian dalam konteks pemajakan, tidak dapat begitu saja diberikan kepada negara lain (internasional) untuk mendefinisikannya. Dalam konteks ini, selalu ada perbedaan kepentingan antara suatu negara dengan negara lainnya, dimana kepentingan tersebut melekat kepada hak pemajakan dan potensi penerimaan. Untuk itu, pendefinisian lebih baik diserahkan kepada masing-masing negara yang membuat perjanjian.¹³²

B. 3. *Treaty Shopping terhadap Foreign Direct Investment*

Pendefinisian dalam suatu konteks internasional diperlukan perhatian yang lebih khusus. Dimana selalu ada perbedaan kepentingan yang mengakibatkan sebagian negara diuntungkan dan sebagian lain dirugikan. Sehingga perlu ditelaah posisi tawar yang dimiliki masing-masing negara jika definisi tersebut dimaknai dalam konteks internasional. Penting juga untuk disadari bahwa dalam konteks perpajakan, praktik *treaty shopping* menghilangkan potensi penerimaan pajak, namun

¹³² Wawancara Gunadi, Mantan Dirut Pemeriksaan dan Penyidikan Pajak Dirjen Pajak Depkeu, Guru Besar Program Ilmu Administrasi FISIP-UI, (Gedung PPATK lantai 4, Juanda, Jakarta Pusat), tanggal 6 November 2008, pukul 15.00 sampai dengan 15.30.

di luar konteks tersebut *treaty shopping* justru meningkatkan atau menarik investasi asing untuk masuk ke dalam negeri.

Treaty shopping pada dasarnya memang menghilangkan potensi pemajakan, namun di sisi lain bahwa *treaty shopping* juga membuka kesempatan yang lebih besar bagi investasi dari luar untuk masuk. Sehingga secara makro memberikan penerimaan yang lebih besar dari penerimaan pajak.¹³³

Keputusan yang dikeluarkan Pengadilan Tinggi India mengenai praktik *treaty shopping* yang terjadi atas kasus Azhadi Bachao Andolan and Anor sejalan dengan pendapat Gunadi, bahwa dikemukakan dalam pembukaan putusan tersebut, yaitu: “di negara berkembang (India) *treaty shopping* merupakan insentif pajak untuk dapat menarik modal asing atau teknologi.”¹³⁴ Lebih lanjut, bahwa ekonomi India akan lebih rendah tanpa adanya P3B India-Mauritius yang mana P3B tersebut berisikan ketentuan yang tidak membatasi praktik *treaty shopping*. Sehingga perlu dilihat secara menyeluruh mengenai keuntungan yang diperoleh Indonesia, apakah lebih untung mengejar potensi penerimaan pajak atau mengejar potensi penerimaan yang mungkin saja dapat lebih besar dengan adanya *treaty shopping* yang memancing masuknya investasi dari luar sehingga terjadi domino efek terhadap pertumbuhan ekonomi Indonesia.

Tidak sejalan dengan pemikiran Gunadi, Hutagaol mengungkapkan pendapat yang berbeda. *Treaty shopping* mengakibatkan timbulnya ketidakadilan, dimana akan terdapat perlakuan yang berbeda ketika dua orang melakukan transaksi yang sama dalam cakupan internasional, dimana salah satu orang tersebut melakukan *treaty shopping*, dan atas transaksi tersebut dirinya lebih diuntungkan daripada yang lain. Ketidakadilan yang timbul berdampak pada ketidakpastian hukum dan hal ini merupakan faktor utama yang dikeluhkan investor asing terhadap Indonesia.

Treaty shopping adalah suatu isu yang harus diperjelas, bahwa *treaty shopping* mengakibatkan biasanya kepastian hukum. Dimana akan ada

¹³³ Wawancara Gunadi, Mantan Dirut Pemeriksaan dan Penyidikan Pajak Dirjen Pajak Depkeu, Guru Besar Program Ilmu Administrasi FISIP-UI, (Gedung PPATK lantai 4, Juanda, Jakarta Pusat), tanggal 6 November 2008, pukul 15.00 sampai dengan 15.30.

¹³⁴ Financial Service Commission, “Indian Supreme Court Upholds the India-Mauritius Tax Treaty” <http://www.gov.mu/portal/sites/ncb/fsc/judge.html>, diunduh pada 28 Agustus 2008.

ketidakadilan yang timbul jika kita membiarkan *treaty shopping* berlanjut. Hal tersebut tentunya berdampak pada wibawa hukum itu sendiri sehingga timbul ketidakpastian hukum. Investasi akan kondusif jika kita bisa memberikan kepastian hukum. Jika kita biarkan hal ini (*treaty shopping*) terjadi, maka yang masuk ke dalam investasi kita adalah investor-investor nakal yang tentunya tidak memberikan keuntungan apapun bagi Indonesia.¹³⁵

Ketidakpastian hukum akan menjadi pukulan balik jika *treaty shopping* dibiarkan terus-menerus, dimana akan berujung pada ekonomi dalam negeri sendiri. Investasi yang dilakukan dengan pengenaan pajak yang lebih kecil atau bahkan tidak mengenakan pajak sama sekali berimpikasi pada kondisi makro Indonesia.

Kondisi ini terjadi ketika 750 perusahaan asing (PMA) selama 5 tahun berturut-turut tidak membayar pajak ke negara. Sedangkan di sisi lain Indonesia membutuhkan pemasukan yang cukup dalam membiayai pengeluarannya, dimana pemasukan utama didapat melalui penerimaan pajak. Ujungnya wajib pajak dengan kemampuan yang terbatas dipaksa untuk membayar pajak. Kondisi dapat dibuktikan dengan program pemerintah yang melakukan ekstensifikasi wajib pajak.

Dapat diartikan di sini, maksud dari Hutagaol adalah wajib pajak dengan kemampuan yang besar tidak membayar pajak, sedangkan wajib pajak dengan kemampuan terbatas dipaksa untuk membayar pajak. Kondisi ini tentunya menimbulkan kekecewaan yang berdampak pada rasa keadilan. Pilihan yang bijaksana bagi pemerintah adalah memasukan klausul yang dapat menangkal praktik *treaty shopping*, dan LOB merupakan pilihan yang tepat.

Pendekatan LOB berisikan tes-tes untuk menentukan kualifikasi dari penerima *treaty benefit*. Tes-tes yang terdapat di dalamnya dapat disesuaikan dengan kebutuhan. Misalkan terhadap negara yang merupakan kelompok negara *tax heaven*, LOB yang komprehensif dapat diterapkan. Namun terhadap negara dengan sistem perpajakan yang normal, LOB tidak diperlukan secara komprehensif. Selama kedua negara mampu dan setuju untuk membatasi pemberian *treaty benefit*.

¹³⁵ Wawancara John Hutagaol, Guru Besar Ekonomi Perbanas, Kepala KPP Tebet, (KPP Tebet, Jakarta), tanggal 18 November 2008, pukul 12.45 sampai dengan 13.20