

Voorwoord

Het schrijven van een preadvies voor de CJV over een specialistisch juridisch terrein als het fiscale recht bleek ingewikkeld. Niet omdat het belastingrecht, met alle regeltjes van fiscale techniek, geen beschouwing over grondslagen en beginselen zou kunnen opleveren. Ik meen dat uit het hierna volgende het tegendeel blijkt. De complexiteit van zo'n preadvies is veeleer gelegen in het feit dat een uiteenzetting over beginselen en de morele keuzes, die aan de omgang met beginselen zijn gekoppeld, nutteloos is zonder een soms gedetailleerde bespreking van het materiële recht. Ik hoop de juiste balans te hebben gevonden: fiscale techniek zoveel als nodig, maar zonder dat de niet fiscaal geschoolde jurist noodzakelijkerwijs afhaakt.

In het preadvies ga ik in op de vraag wat het betekent te moeten handelen in de geest van de belastingwet. Het besprokene lijkt mij ook buiten de fiscaliteit van belang. Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat de verwijzingen naar 'handelen conform de geest van de wet' in aantal toenemen, in politiek en media, zelfs in officiële kamerstukken. Maar wat daarmee precies wordt bedoeld, lijkt onduidelijk. Ik hoop dat dit preadvies bijdraagt aan bezinning op het gebruik van deze uitdrukking, zeker op het gebruik in het juridische domein.

De afgelopen decennia ben ik in verschillende functies intensief met het fiscale recht bezig geweest: als adviseur, rechter-plaatsvervanger, universitair docent en, op dit moment, bij de Belastingdienst. De aan dat onderdeel van het recht ten grondslag liggende beginselen en overwegingen hebben mij altijd gefascineerd. In dit preadvies komen de verschillende aspecten van nationaal en internationaal belastingrecht bij elkaar. Ik hoop dat dit bijdraagt aan een verdere beginselmatige doordenking van dit onderdeel van het recht, dat immers enorme impact heeft op de samenleving. Zonder belastingrecht is belastingheffing wellicht niet anders dan ordinaire diefstal.

Het onderzoek is afgesloten per 1 augustus 2024.
Dit preadvies is geschreven op persoonlijke titel.

Hoofdstuk 1

Inleiding

Steeds meer multinationals, investeringsmaatschappijen, pensioenfondsen en overkoepelende organisaties van ondernemers en van belastingadviseurs hebben een *tax governance code* of *tax principles*. Die toename is een gevolg van de maatschappelijke discussie over de omgang van multinationals met fiscale verplichtingen. Multinationals dienen over hun winst een *'fair share'* af te dragen, zo is door velen betoogd en dat betoog heeft zijn uitwerking niet gemist. Niet alleen zijn wet- en regelgevers in actie gekomen, ook hebben marktpartijen zich bezonnen op hun verantwoordelijkheid ten aanzien van belastingen. Daarbij gaat het om de vraag naar het juiste fiscaalrechtelijke ethos.¹

Een aantal van de redelijk recent geïntroduceerde *tax governance codes* kent zeer verstrekkende bepalingen. Zo heeft PGGM IM² in de code opgenomen dat:

*'(...) PGGM IM will assess whether for each entity, contract and/or arrangement contemplated or used within an investment transaction, obtaining a tax benefit is one of the principal purposes, having regard to all relevant facts and circumstances, for engaging in or structuring a transaction (or series of transactions), entity, scheme or arrangement, unless it is established that obtaining such benefit would be in accordance with the object and purpose of the relevant tax treaty or legislation.'*³

De basis van deze tekst is ontleend aan artikel 29, lid 9 van het OESO-modelverdrag ter voorkoming van dubbele belasting, maar de door PGGM IM gehanteerde norm heeft een veel ruimer toepassingsbereik. Niet alleen moet worden nagegaan of een bepaalde transactie in strijd is met doel en strekking (*'object and purpose'*) van het eventueel toepasselijke verdrag, ook de eventuele strijdigheid met doel en strekking van nationale wetgeving moet worden beoordeeld. Dat is voor een Nederlands pensioenfonds met een wereldwijde beleggingsportefeuille geen geringe opgave.

-
1. H. Gribnau, E. van der Enden & K. Baisalbayeva, 'Codes of Conduct as a Means to Manage Ethical Tax Governance', *Intertax* (46) 2018, afl. 5, p. 390 e.v.
 2. PGGM Vermogensbeheer B.V. (PGGM IM) is onderdeel van het Nederlandse pensioenfonds PGGM.
 3. PGGM IM, *Sustainable Tax Position Paper 2019*, p. 4 (pggm.nl/media/8d895cc39778d53/position-paper-sustainable-tax_pggm_2019.pdf).

Nog gecompliceerder lijkt de toepassing te zijn van het uitgangspunt dat de organisatie niet alleen wil handelen naar de letter en doel en strekking van de wet, maar ook naar de geest daarvan:

*'In the execution of its investment activities, PGGM IM finds it important that "informed tax decisions" are made at the appropriate organizational level, so that it can be explained how decisions were made and on what basis. Factors as spirit of the law, reputational risk, costs, socially responsible tax principles, the rate of return, legal requirements and other (non-tax) criteria are relevant for a solid investment process and will be taken into account when considering investments.'*⁴

Ook in andere codes is een verwijzing naar de geest van de wet opgenomen.⁵ In de *tax principles* van ABP bijvoorbeeld, wordt opgemerkt dat zowel de letter als de geest van wet- en regelgeving in aanmerking worden genomen om te komen tot *responsible tax planning*.⁶ Over de letter en de geest van de wet wordt ter toelichting het volgende opgemerkt:

'In beginsel is een belastingbetaler vrij om de weg te bewandelen die voor hem het minst belastend is. Dit geldt ook voor ABP. We kiezen er nadrukkelijk voor om betrokkenheid bij agressieve belastingplanning te voorkomen. Dat betekent dat we ons niet alleen houden aan de letter van de wet, maar ook rekening houden met de geest van de wet, waarbij we doel en strekking van de wet wegen.

Wij vinden het niet gepast om gebruik te maken van belastingplanning als kan worden verondersteld dat deze zal leiden tot reparatiewetgeving, of hiertoe zou leiden als de wetgever van dergelijke planning op de hoogte zou zijn. De wetgever kan immers niet in alle ongewenste vormen van belastingplanning voorzien. Ook organisaties op het gebied van het internationaal belastingrecht geven richting aan fiscaal verantwoorde belastingplanning. Zo benoemt de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) een aantal vormen van agressieve belastingplanning die volgens de OESO niet acceptabel zijn. Wij onderschrijven dergelijke initiatieven en handelen daarnaar.'

De geest van de wet speelt dus een rol bij de vaststelling of sprake is van agressieve belastingplanning. De verwijzing naar de geest van de wet in voornoemde codes is aanleiding geweest om in dit preadvies de vraag centraal te stellen wat onder de 'geest van de wet' kan, of wellicht zelfs moet, worden verstaan. Als marktpartijen zeggen naar de geest van de wet te willen handelen, wat betekent dat dan

4. PGGM IM 2019, p. 5.

5. Bijv. Holland Questor, *Tax Integrity Richtlijn*, September 2024 p. 8 (hollandquaestor.nl/assets/files/hq-tir-2024-nl-definitief.pdf).

6. ABP, *ABP Tax Principles*, p. 1 en 3 (abp.nl/content/dam/abp/nl/documents/abp-tax-policy-and-tax-principles.pdf).

concreet? Bestaat er inderdaad zoiets als de geest van de wet en, als dat zo is, hoe komen we die geest op het spoor?⁷

Ik zal deze problematiek verkennen aan de hand van een casus. Onlangs verschenen berichten in de media dat Amerikaanse multinationals Nederlandse belastingheffing ontwijken door het wijzigen van hun ondernemingsstructuur.⁸ Deze vorm van belastingplanning zal ik in hoofdstuk 2 schetsen.

Vervolgens is aan de orde of deze vorm van belastingplanning in overeenstemming kan worden geacht met de uitgangspunten, zoals neergelegd in de *tax principles* van ABP. Daartoe moeten deze *tax principles* worden geïnterpreteerd en toegepast op de casus. Eerder heb ik beschreven hoe het proces van interpretatie en toepassing van *tax governance codes* en *tax principles* kan worden vormgegeven. Daarvoor nam ik als uitgangspunt de door Struiksma voor de civiele rechtsdogmatiek beschreven ‘empirische cyclus’.⁹ In dit preadvies volg ik deze cyclus. Ik zal daarom na de presentatie van de casus waarop de *tax principles* worden toegepast, deze cyclus beschrijven (hoofdstuk 3). Aan de hand van de fasen waaruit deze cyclus bestaat, wordt in de daarna volgende hoofdstukken gekomen tot een invulling, een operationalisering van het begrip ‘geest van de wet’. Hoofdstuk 4 beschrijft de eerste fase, die van observatie. Die bestaat uit een verkenning van materiaal dat voor die concretisering een basis legt: de documenten waarin ABP de uitgangspunten voor het belastingbeleid uiteenzet en literatuur over fiscaal maatschappelijk verantwoord ondernemen en de omgang met fiscale wet- en regelgeving. Omdat de *tax principles* van ABP in feite interpretatie- en toepassingsvoorschriften inhouden, wordt aan het slot van het hoofdstuk kort aandacht besteed aan interpretatieve argumenten waarin de strekking van de wet, de ratio legis, een rol speelt.

In de tweede fase, de inductiefase, worden de rechtsgronden van de Nederlandse vennootschapsbelasting besproken en wordt aandacht besteed aan de grondslagen van het internationale fiscale recht (hoofdstuk 5). Ook komt de jurisprudentie van de Hoge Raad aan de orde waarin het oordeel wordt gemotiveerd met een beroep op de redelijke wetstoepassing. De grondslagen, beginselen zo men wil, van nationaal en internationaal recht en de resultaten van de redelijke wetstoepassing door de Hoge Raad geven een beeld van wat als een maatschappelijk aanvaardbare heffing van vennootschapsbelasting kan worden beschouwd. Hieruit kunnen con-

-
7. Lammers concludeert dat in het publieke debat over de omgang met internationaal belastingrecht met het concept ‘geest van de wet’ (*‘the spirit of international tax law’*) wordt verwezen naar drie verschillende zaken. ‘Firstly, it is used to indicate that a certain end result is inconsistent with the purpose of the existing national and international tax standards as they exist and are generally interpreted today. Secondly, it is used to indicate that a certain end result is inconsistent with the changed political and doctrinal morality with regard to international tax law that might not have found its way into national and international tax rules just yet. This use of the term therefore indicates that the current (interpretation of the) legal rules might be out of sync with the political and doctrinal morality. Thirdly, the term is used to indicate that a certain end result is inconsistent with a non-legal set of norms and/or personal moral preferences.’ In dit preadvies is aan de orde het concept geest van de wet als bedoeld in de eerste variant: de geest van geldende wet- en regelgeving. J.M. Lammers, *The spirit of international tax law. From fiscal virtue to mission-oriented moon-shot* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2023, p. 317.
 8. nos.nl/artikel/2504462-amerikaanse-multinationals-ontwijken-nederlandse-bijheffing-minimum-belasting.
 9. J. Struiksma, *Het geschil als spil. De empirische cyclus van rechtswetenschap*, Zaandam: J. Struiksma 2012.

crete normen worden afgeleid die kunnen gelden als invulling van de open interpretatie- en toepassingsnorm 'geest van de wet'. Deze concretisering vindt plaats in fase drie, die van deductie (hoofdstuk 6). In deze fase wordt een poging gedaan tot begripsvorming: wat kan onder het begrip 'geest van de wet' worden verstaan. In hoofdstuk 7 vindt toepassing plaats op de beschreven casus. Hoofdstuk 8 besluit met een slotbeschouwing.