



WE ARE SATISFIED THAT THERE IS NO EVIDENCE OF ANY WRONGDOING

Media statement by the law firm Appleby on the Paradise Papers media coverage about offshore activities, November 5th 2017

NOTHING ILLEGAL HAS TAKEN PLACE

Konfrontiert mit den Vorwürfen zu Geldwäsche, Steuer-
vermeidung und Verschleierung, die der Anwaltskanzlei
Appleby aufgrund der «Paradise Papers» gemacht wur-
den, reagierte diese mit folgendem Statement: «We are
satisfied that there is no evidence of any wrongdoing,
either on the part of ourselves or our clients.»

Es handelt sich um eine Beteuerung, wie wir sie von
anderen Enthüllungen zu Steuervermeidung, aber auch zu
unmenschlichen Arbeitsbedingungen, Umweltschäden
und Korruption immer wieder zu hören bekommen: Dass
geltende Gesetze eingehalten worden sind. Was eigent-
lich nur heisst, dass das angebliche Vergehen – in diesem
Fall der Steuerbetrug – aufgrund von fehlenden ein-
deutigen Beweisen oder aufgrund der Nutzung von legalen
Schlupflöchern schwer nachzuweisen ist. Derartige
Rechtfertigungen deuten darauf hin, dass sich bestimmte
Firmen offenbar nur dem Buchstaben des Gesetzes,

Az. 5 U 15/17 OLG Hamm Lliuya ./ RWE AG. Hinter
diesen Aktenzeichen verbirgt sich eine Revolution. Am
Mittag des 13. November 2017 sitzt Saúl Luciano Lliuya
in Saal A 005/006 des Oberlandesgerichtes Hamm.
Niemand vor ihm hat je einen so weiten Weg in diesen
Raum zurückgelegt: 10'522 Kilometer. Lliuya lebt in
der Andenstadt Huaraz in Peru. Dort, am Rand des Gebir-
ges Cordillera Blanca, ist Lliuya Kleinbauer und Berg-
führer. Nach Nordrhein-Westfalen ist er gekommen, um
den Energieriesen RWE zu verklagen. Denn RWE ist
der größte CO2-Emittent Europas. Und die Menschen in
Peru bekommen den Klimawandel heftig zu spüren.
Lliuya begegnet ihm jedes Mal, wenn er Touristen in die
7000 Meter hohen Berge seiner Heimat führt: Die
Gletscher ziehen sich zurück, während die Gletscherseen
wachsen. Zum Beispiel die Lagune des Palcacocha-
Gletschers, nördlich von Huaraz: Darin stehen siebzehn
Millionen Kubikmeter Wasser. Der See ist heute
dreissig Mal so gross wie vor vierzig Jahren, sein Volumen
hat sich seit 2003 vervierfacht. Das kann Lliuya und
50'000 weiteren Bewohnern der Region zur tödlichen Gefahr
werden: Die fortschreitende Gletscherschmelze oder
ein Erdrutsch können den Damm zum Bersten bringen.
Eine dreissig Meter hohe Flutwelle könnte die Stadt
verwüsten. Das haben Wissenschaftler der Universität
Texas in Austin nachgewiesen.

RWEs dreissig fossile Kraftwerksblöcke stossen in
Deutschland knapp 250 Millionen Tonnen CO2 aus: fünf-
mal mehr als Peru mit Verkehr, Elektrizitäts- und
Wärmeproduktion zusammen. Drei der fünf Braunkohle-
kraftwerke, die in Europa am meisten CO2 ausstossen,
gehören RWE: Neurath, Niederaussem und Weisweiler.
Alleine RWE ist deshalb für knapp ein halbes Prozent
des globalen Klimawandels verantwortlich. Lliuya fordert
deshalb, dass der Konzern entsprechend seinem Anteil
am Klimawandel 0,47 Prozent der Summe bezahlt, die
seine Gemeinde in den Hochwasserschutz investieren
muss: rund 17'000 Euro. Ein lächerlicher Betrag, den der
Konzern (Umsatz: 46 Milliarden Euro p.a.) aus der
Portokasse zahlen könnte. Und wohl viel weniger Geld,
als der Energieriese für den juristischen Beistand der
Wirtschaftskanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer LLP
bezahlt. Aber um Geld geht es hier nicht, sondern um
eine simple Frage mit globaler Dimension: Kann ein ein-
zelnes Unternehmen für die Folgen des Klimawandels
oder für andere Schäden am anderen Ende der Welt haft-
bar gemacht werden?

Selbstverständlich. Sagt Lliuyas Anwältin Roda Verheyen.
Die Umweltjuristin beruft sich auf Paragraph 1004
aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch: Er besagt, dass man
Anspruch auf Reparatur oder Unterlassung hat, wenn
das, was einem gehört, durch jemanden beeinträchtigt wird.
In diesen Fall das Haus des Peruaners, das wegge-
schwemmt würde, bräche der Damm. «Dieses Recht ist
allgemeingültig», sagt Verheyen, «so kompliziert ist
die Sache gar nicht. Mein Kläger sagt etwas sehr einfaches:
Die RWE AG nutzt ihr Eigentum, insbesondere Kohle-
kraftwerke, seit Jahrzehnten, um Einkommen zu generie-
ren – und sein Eigentum wird dadurch beeinträchtigt.»

Selbstverständlich nicht. Sagt RWE. Es sei in Deutschland
nicht verboten, Kohle zu verbrennen. Und man könne
nicht nachweisen, dass die von RWE ausgestossenen Mole-
küle zum Klimaschaden in Lliuyas Heimat beitragen.
Das Landgericht Essen wies die Zivilklage nach der ersten
Anhörung im November 2016 tatsächlich zurück.
Mit breiter Brust also betreten die Juristen von RWE und
ihre Anwälte ein Jahr später den Gerichtssaal zum Be-
rufungsverfahren. Der Saal ist bis auf den letzten Platz mit
Kohlekraftgegnern, Umwelt- und Menschenrechtsakti-

aber kaum dessen Idee verpflichtet sehen. Und dass diese
für eine positive Geschäftsentwicklung auch moralisch
verwerfliches Verhalten in Betracht ziehen, sofern es
nicht explizit verboten ist.

Insofern erstaunt es wenig, dass viele Firmen grosse
Anstrengungen unternehmen, um die Höhe ihrer Boni
sowie Aktivitäten zur «Steuroptimierung» legal zu
ermöglichen oder ihren ökologischen Fussabdruck etwas
grüner zu färben. Dazu überzeugt man entweder den
Gesetzgeber von einer nötigen Gesetzesänderung oder
man schafft es, die öffentliche Wahrnehmung so zu
beeinflussen, dass die Verantwortung nicht mehr bei den
Konzernen, sondern bei uns allen liegt.

Auf Einzelpersonen ist auch besser Fingerzeigen: Die
öffentliche Empörung und Schadenfreude war immens,
als bekannt wurde, dass selbst der irische Sänger und

KLIMAWANDEL VOR GERICHT

visten besetzt. In der ersten Reihe sitzt Mojib Latif vom
Potsdamer Institut für Klimaforschung, er ist ein Sach-
verständiger der Kläger: «Die Emissionen von RWE sind
mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit kli-
mawirksam geworden und lassen sich auch als Anteil der
Temperaturerhöhung berechnen» – sein Fazit steht
in den 700 Seiten Schriftsätzen beider Seiten. Schnell wird
deutlich, dass der Vorsitzende Richter Rolf Meyer
den Argumenten von Lliuyas Anwältin Verheyen folgt.
Das siegessichere Lächeln der RWE-Vertreter gefriert
blitzartig, während sich die Gesichter auf Kläger-Seite
und im Publikum aufhellen. Und ehe sich die Herren
Unternehmensanwälte versehen, fragt der Richter, ob
die Beklagte dem Kläger ein Angebot machen wollen,
etwa einen Beitrag zur Errichtung des Damms zu zahlen.

Mechanisches Kopfschütteln. «Nein», sagt ein RWE-
Anwalt. «Unsere Emissionen entstehen nicht aus sinister
Absicht. Wir versorgen Deutschland mit sicherem
Strom und sorgen damit für ein menschenwürdiges Leben.
Dazu gehört auch Strom aus Kohleverbrennung, der
Staat erlaubt das im Gemeinwohlinteresse. Unsere Emis-
sionen sind nicht rechtswidrig.» Die Klage sei ein Ver-
stoss gegen Artikel 20 Paragraph eins des Grundgesetzes.
«Eine Verbindung dazu haben wir nirgends gefunden»,
kontert Meyer trocken, «wenn die Rechtslage so einfach
wäre, dann hätte eine Kanzlei von Ihrem Format näm-
lich nur zehn Seiten Schriftsätze gebraucht.»

Das Publikum jöhlt und applaudiert, es fühlt sich ja auch
an, als sässe man in einem Theaterstück. Denn an die-
sem Tag prallen in diesem Gerichtssaal Welten aufeinander:
Die des reichen Nordens, der globale Ungerechtigkeit
zu seinem Vorteil stets in Rechtsprechung giess. Und die
des globalen Südens, der sich diesem faktischen
Unrecht nicht länger beugen will.

Während Betroffene von Menschenrechtsverletzung kaum
rechtliche Mittel dagegen in der Hand haben, sind die
Profite von Konzernen und Investoren bestens juristisch
geschützt: durch völkerrechtlich bindende Freihandels-
und Investitionsschutzabkommen. Solche Verträge
schaffen ungehinderten Zugang zu Rohstoffen, billiger
Arbeitskraft und Absatzmärkten. Mehr als 180 Länder
haben insgesamt 3200 solche Abkommen geschlossen.
Die enthaltenen Schutzklauseln ermöglichen transnatio-
nalen Konzernen, Staaten zu verklagen, wenn sie Gesetze
zum Arbeits-, Gesundheits-, Umwelt- und Verbraucher-
schutz einführen, die ihre Rendite verringern könnten.
Allein die Androhung solcher Klagen reicht oft aus, klamme
Regierungen in Ländern des Südens gefügig zu
machen. Zumal Firmen die Staaten vor Schiedsgerichten
klagen: Hinter verschlossenen Türen verhandeln keine
unabhängigen Richter, sondern private Anwälte, die weder
parlamentarischer noch demokratischer Kontrolle
unterliegen. Weil die Einhaltung von Menschenrechten
Staatspflicht ist, können aber nur Staaten – und nicht

Gutmensch Bono Steuern «optimiert» – obschon der
sich seit Jahren im Kampf gegen die Armut einsetzt!
Peinlich, aber keine böse Absicht? So wie die Mehrheit
der Rauchenden ihr persönliches Erkrankungsrisiko zu
tief einschätzt, fällt es tatsächlich vielen Menschen in
komplexen Situationen schwer, ihr Verhalten richtig ein-
zuschätzen und anzupassen. Um solchen Problemen
zu begegnen, wurden gesetzliche Rahmenbedingungen
geschaffen, die über Steuern für z.B. Alkohol, Tabak
und Glückspiel über den Staat sicherstellen, dass verant-
wortungsvolles Handeln nicht einfach der Eigenverant-
wortung überlassen wird. Das Fehlen solcher Regulierun-
gen wird neben Firmen bekannterweise auch von vielen
Politikern begrüsst. So wie der republikanische Senator
Buddy Carter es in der kürzlich erfolgten Befragung von
Mark Zuckerberg zum Datenleck bei Facebook formuliert
hatte, als er gegen Regulierung und für Eigenverant-
wortung plädierte: «Look, you love America, I know that,
we all know that. We need your help here. We don't – I
don't want Congress to have to act. You – you want to see
a mess, you let the federal government get into this.»

In Europa sind wir hierzu mit der kürzlich in Kraft ge-
tretenen Datenschutzverordnung schon einen kleinen
Schritt weiter. Im Zusammenhang mit Steuerflucht ist
klar, dass sich die Schere zwischen den reichsten 10%
und dem Rest der Bevölkerungen nicht noch weiter öffnen
sollte, wenn ein gesellschaftlicher Friede bestehen
bleiben soll. Ebenso klar, dass die Erderwärmung trotz
ein paar hübschen Palmen am Zürichsee zu weit-
reichenden geopolitischen Konflikten und verherenden
Umweltereignissen führen wird.

Für die vorliegende Ausgabe gehen unsere Autorinnen
und Autoren der Frage nach, wie wir gesellschaftlich
mit der Diskrepanz zwischen Gesetz, Ideal und Moral
umgehen können und sollen.

Von Ivan Sterzinger

Konzerne – vor den internationalen Gerichtshof in Den
Haag oder den Europäischen Gerichtshof für Menschen-
rechte in Strassburg gebracht werden.

Auf allen Kontinenten sind Länder von Konzernen
verklagt worden: etwa wegen des Verbots giftiger Chemi-
kalien oder der Einschränkung umwelt- und gesund-
heitschädlicher Bau- und Rohstoffprojekte. In den ver-
gangenen zwanzig Jahren ist die Anzahl solcher Klagen
explodiert: 1995 gab es nur drei, derzeit laufen mindestens
700. Besonders betroffen: die Ärmsten. Laut der UN-
Konferenz für Handel und Entwicklung (UNCTAD) rich-
ten sich zwei Drittel dieser Klagen gegen Schwellen-
und Entwicklungsländer. 85 Prozent der Kläger kommen
aus den reichen Ländern des Nordens, ein Drittel da-
von aus der EU. Deutschland ist hier besonders rüh-
rig: Der Exportweltmeister hat weltweit 156 Investitions-
schutzabkommen abgeschlossen und mit 139 die meisten
bilateralen Abkommen der Welt. Viele davon sehen
Schiedsgerichte vor. Mit 40 Klagen liegt Deutschland
auf Platz vier der Staaten, aus denen Investoren und
Unternehmen andere Staaten vor Schiedsgerichte zerrén.

2011 verabschiedete der Menschenrechtsrat der Vereinten
Nationen einstimmig die UN-Leitprinzipien für
Wirtschaft und Menschenrechte. Sie umfassen die völker-
rechtliche Pflicht von Staaten, Menschen vor Menschen-
rechtsverletzungen durch Unternehmen zu schützen. Sie
fordern von Unternehmen, Menschenrechte zu respek-
tieren, menschenrechtliche Risikoanalysen ihres Kern-
geschäfts durchzuführen, diesen Risiken entgegen-
zuwirken und darüber transparent zu berichten. Sie ver-
pflichten ausserdem Staaten, Betroffenen von Men-
schenrechtsverletzungen Rechtsmittel zu garantieren.

Alle Staaten waren dazu aufgerufen, Pläne vorzulegen,
wie sie die Leitlinien umsetzen wollen. Doch der Nationale
Aktionsplan «Wirtschaft und Menschenrechte» der
Bundesregierung, den diese sechs Jahre später verabschie-
dete, setzt ausschliesslich auf die Freiwilligkeit der
Unternehmen. Gesetzliche Regelungen, die Firmen dazu
hätten zwingen können, ihre Sorgfaltspflichten einzu-
halten, fehlen. Nicht einmal bundeseigene Unternehmen
werden gesetzlich zur Einhaltung der UN-Leitlinie
verpflichtet. Auch wird die Bundesregierung Firmen nicht
von öffentlichen Aufträgen, Subventionen oder Aussen-
wirtschaftsförderung ausschliessen, wenn sie ihre Sorg-
faltspflicht missachten. Die Bundesregierung weigert
sich zudem, bürokratische Hürden vor dem Zugang zu
Recht und Gerichten abzubauen. Damit bleibt es für
Menschen in den Ländern des Südens nahezu unmöglich,
deutsche Firmen für die Beteiligung an Menschen-
rechtsverletzungen zur Verantwortung zu ziehen. Dabei
sitzen in wenig anderen Ländern der Welt so viele Un-
ternehmen, denen eine Beteiligung an Menschenrechts-
verletzungen angelastet wird, wie in Deutschland.
Deutschland steht weltweit auf Rang fünf bei der Verletzung

WE NEED YOUR HELP HERE†

I believe deeply in what we are doing.
We believe that we're going to be investigating many apps (...)
Mr. Chairman, I believe it's important to tell people exactly how the information that they share on Facebook is going to be used.
In retrospect, it was clearly a mistake to believe them and we should have followed up and done a full audit then.
I think it's — it's pretty much impossible, I believe to start a company in your dorm room and grow it to be at the scale that we're at now without making mistakes.
And I believe that, over the coming years, once we fully work all these solutions through, people will see real differences.
In order to do that, we believe that we need to offer a service that everyone can afford, and we're committed to doing that.
I believe that it is entirely possible that there will be a connection there.
I believe so.
I believe that there may be, but I know we're working with them.
We believe that it is entirely possible that there will be a connection there.
Senator, I believe we do link people's accounts between devices to make sure that their (...) experiences can be synced (...)
I don't believe that there are certain content that clearly we do not allow, right?
Senator, I believe the answer to that is no, but I can follow up with you afterwards.
And then later we followed up with, I believe a full legal contract where they certified that they had deleted the data.
Yes, I believe so. Senator, that is certainly the intent.
(...) from doing business on the platform, but I do not believe that we're blocking people's personal accounts.
(...) for people to share that information with Facebook, I believe that almost everything that you just said would be opt in.
(...) we proactively reach out to law enforcement, as we believe is our responsibility to do.
In those cases, if their request is overly broad or we believe it's not a legal request, then we're going to push back aggressively.
I mean our view is that, that we believe that we are in compliance with the consent order, but I think we have a broader responsibility to protect privacy (...).
Senator, I believe that we rolled out this developer platform, and that we explained to people how it worked, and they did consent to it.
Senator I don't believe we have ever collected the content of — of phone calls.
Senator, as someone who uses Facebook, I believe that you should have complete control over your data.
Senator, again, I believe that you already have that control.
(...) the principles (...) are the ones that we believe in and try to codify in the product that we build.
Yes, senator. And I believe you already have that ability today.
In general, where we believe that the ads model is the right one for us (...)
Senator, I believe that we've had the option for people to share with friends, friends of friends (...) or publicly for a long time.
I don't remember (...) when we put that in place, but I believe it was before 2009.
I don't believe there has been a breach of data that we are aware of.
I don't believe so.
(...) access to some content on their computers, but I don't believe so.
I do not believe so.
Senator, I believe so.
Senator, I believe so, although security is never a solved problem.
And I do believe that the government will have the ability to get into the systems even if we can't ...
Well, senator, we believe a bunch of the information that we will be able to audit.
I do not believe we have the right to do that.††

HOW NOT TO REPLACE ETHICS WITH LAW

Being a tax lawyer means sometimes advising clients that the clever tax scheme they've come up with doesn't work. The tax authorities would challenge it; they would probably win; and there would be penalties for under-reporting income to boot.

Occasionally, the client's response would go something like this. "OK, understood, thanks. But just out of curiosity... how likely is it that the tax authority would find out about this arrangement, if we did it? A lot of it happens overseas, so maybe they just wouldn't notice. Also, I hear their audit resources are very stretched at the moment. Perhaps we should go ahead anyway." And we would respond "sure, fraud is always an option". And then they would look a bit sheepish, and then we would try to find a structure that did work.

Why discourage fraud? Hardly for selfless reasons. Our goal was to get paid for clever structures that succeeded, under existing tax law, in reducing our client's tax liability. If you were prepared to just stash money in a secretive jurisdiction and lie about it on your tax return, you didn't need us. (You needed a different kind of financial professional.)

"We have complied with all existing tax laws", say Amazon, Google, Apple. Of course they have. They have paid a lot of money to make sure of it. They may have taken some... optimistic views about what precisely the tax laws say. But their interpretation will be defensible, and will be supported by at least some legal authority.

So the ethical analysis of tax avoidance starts with the idea that it complies with existing tax laws. Tax fraud (often called tax "evasion", because that word's semantic and phonetic similarity to "avoidance" makes the distinction seem more subtle) is very bad, and severely punished, so it's understandable that companies would want to deny they've engaged in it. But it's rarely the charge levelled at big companies.

When is legal conduct unethical? This is a familiar problem to ethicists. The converse question – when is illegal conduct ethical – might get more attention in political contexts, since it involves interesting issues like necessity, civil disobedience, and revolution. But everyone agrees that the law doesn't prohibit everything that one ought not to do. It's not illegal to be ungrateful to your parents, or to fail to do your share of household chores, or to vote for fascists.

When it comes to tax avoidance, there is a tension between two normative principles. The first is social: one has a duty to make a fair contribution to one's society, in accordance with the distribution of burdens agreed on by that society. (Provided the contributions are fair. We can assume that taxes are used for social benefit, at least in general, and that tax burdens are distributed justly. Let's also assume that distributing the burdens according to income is just, since it correlates with ability to pay and with the diminishing marginal utility of money.) Looked at this way, tax avoidance is shirking: the tax-avoider is shying away from their obligations to their society, while still taking advantage of the benefits it offers.

The second principle is a political one. The rule of law requires that the state's impositions on its citizens be stated clearly, so that they can be complied with, and that they not be subject to post-facto reinterpretation. Looked at this way, tax "avoidance" is perfectly legitimate: no one has an obligation to fork over money to the state except where explicitly demanded by the law. Requiring that people pay tax based on what the law should have said, but didn't, is unjust.

To understand the moral status of tax avoidance, both principles have to be taken into account. The strict libertarian view is irresponsible. Taxation in a democracy is not simply the government taking our money against our will. Quite apart from our duties to our fellow citizens, it would be impossible to earn that income if it wasn't for the services that taxation allows the state to provide. This is why, in my view, "we have complied with all existing laws" is not just insufficient, but obnoxious. In advancing that as a defence, companies are not merely failing to address the question of tax avoidance. They are implying that they have no other social obligations worth mentioning.

But simply claiming that we should all just pay "our fair share" ignores that taxation is fundamentally a legal obligation. It is a duty decided and imposed by the state, ultimately at gunpoint. If the tax law does not mean what it actually says, but rather something vaguer and more discretionary, that can be dangerous.

How to balance those two principles? Which transactions should be condemned as tax avoidance, and which respected under the rules as written? Common approaches to defining tax avoidance try to do it by reference to the nature of the transactions involved. They look for some technical feature that distinguishes legitimate transactions from illegitimate. I want to suggest this is the wrong way to go.

I'll consider two examples: the "economic substance" approach, and the "intention of the tax law" approach.

The first approach looks for features of transactions that are there in order to create tax benefits, and disregards them. (The new UK general anti-avoidance rule, in section 206 of the Finance Act 2013, is an example.) The idea is that if we disregard what people have done for tax reasons, we get to the real nature of the transaction. That allows us to tax the participants' genuine economic income. The problem is that tax effects can be taken account in perfectly legitimate ways. In deciding to make an investment via debt rather than equity, for example, the parties will inevitably consider the tax effects – in particular, that interest is deductible. Does that mean the investment is really equity? If you run your own business, you can choose whether to act in your own name or to incorporate a company. Incorporating a company sometimes has tax benefits; does that mean the company should be disregarded? We still need to distinguish between acceptable and unacceptable tax planning, and that was the problem we came in with. More generally, as long as the tax law distinguishes between types of income (interest versus dividends; current income versus capital gains; share sales versus asset sales) there will be alternative ways to carry out transactions that have different tax consequences. There is no general reason to allow the tax authority to impose the most expensive. As one British judge put it (before the general anti-avoidance rule): "No man in this country is under the smallest obligation, moral or other, so as to arrange his legal relations to his business or to his property as to enable the Inland Revenue to put the largest possible shovel into his stores."

In response, some anti-avoidance regimes look for artificial elements of the transaction, ones that lack any economic effect at all. But it is easy enough to build in some economic consequences for the artificial elements. The expected cost of that consequence can then be weighed against the tax benefits. The result is that tax-avoidance becomes slightly more expensive, but not much less common.

A second approach looks to frustration of the intent of the tax law. This gives voice to the intuitive sense that tax avoidance exploits "loopholes": infelicities of drafting that allow for consequences very different from those the legislators intended. The US IRS takes this approach to so-called step transactions. These are arrangements where multiple steps are used to achieve an end state that could be achieved in a single step, but where the longer route has better tax consequences. For example, instead of selling a business, you might incorporate it, and sell the shares in the new company, to a buyer who promptly liquidates it and runs the business directly. The result is exactly as if the business had been sold directly, but in some cases the tax treatment will be much better. (You know the children's trick where one person in a queue lets a friend cut in in front of them, after which the friend lets the first person go in front of them? That's why step transactions are bad.)

The obvious problem is deciding what the intention of the tax law is. At one level of detail, it's: to raise tax! At the opposite extreme, it's: to impose tax on the transactions it describes as subject to tax. Finding the "real" goal of tax legislation raises very similar problems to the "real" nature of a transaction. But there's also a major type of tax avoidance that this approach handles very poorly: international tax arbitrage. This form of avoidance exploits the differences between two tax regimes, in a way that complies with the letter and spirit

of both, but which in combination reduces tax. As an example, consider hybrid debt/equity instruments, whose terms are a mixture of debt and equity. They have some features of debt, such as a fixed return; but other features are share-like, such as subordination to the company's other obligations, or an indefinite term. Is such an investment debt or equity?

Philosophers faced with such categorisation questions might say something about "vague predicates" or "prototype-based concepts", and refuse to give a definite answer. But the law has to decide. If necessary, it will draw an arbitrary line. Inevitably, different jurisdictions will draw their arbitrary lines in different places – and hybrid instruments exploit those differences. In the classic case, the investment is treated as debt on the borrower's side of the Atlantic, and as equity on the other.

That means the borrower can treat the yield on the investment as interest, and deduct it from their income as it accrues. The investor, on the other hand, can treat the return as dividends. They might be exempt from tax altogether, or they might go untaxed until the dividends are actually paid out – perhaps at the end of the investment. Whose intention does that frustrate? No one's. From the point of view of each jurisdiction, the instrument is treated precisely according to the policy it has adopted. But tax-avoidance it surely is.

The same thing goes for many of the strategies adopted by the likes of Amazon, Google and Apple. Intermediary shell companies, with just enough substance, are set up to exploit differences in the treatment of royalties, dividends, or trading income, or even of the existence of those companies themselves. The notorious US "check the box" rules have allowed US companies to treat wholly-owned European subsidiaries as non-existent for US tax purposes, even as their European homes treated them as separate taxpayers.

The problems with these approaches are not accidental. Both offer technical answers to an ethical problem. Tax avoidance, I suggest, is what philosophers call a "thick" concept – one that has both evaluative elements and descriptive, value-neutral, ones. A more familiar example is "bravery": to be brave is to act despite the presence of serious risk – but only when doing so is praiseworthy. Ignoring risks in a blameworthy way is not brave, but reckless or foolhardy.

Similarly, tax avoidance is reducing your tax liability in a way that shirks your moral obligation to pay your fair share. It has a descriptive element – your tax liability needs to be reduced relative to the alternatives – but it has an irreducibly normative element besides. And that means that it can't be defined in strictly value-neutral technical terms. Trying to do so leads down rabbit-holes that are very familiar to both moral philosophers and analytically-minded lawyers. There will always be another counter-example to your technical definition, however refined and baroque you make it.

To say all that is not, of course, to answer the question of when tax planning is ethically acceptable and when it is immoral. It's just to ask it in a more transparent way.

What it suggests, though, is why legislating against tax avoidance as such, as the UK and other general anti-avoidance rules try to do, will ultimately be unsuccessful. While such laws have some deterrent effect, tax planners are still fully employed. What tends to result is a body of pseudo-ethical laws, in which judges' verdicts on whether particular transactions are "reasonable" are fossilised into precedent. Given time, they become just another set of technical rules for clever tax planners to work around.

The better approach is to address the structural flaws that large-scale tax avoidance appeals to. For example, by addressing jurisdiction-shifting through international cooperation, such as formulary apportionment. And in doing so, to be guided by the principle that companies – especially ones that can afford expensive tax planning – ought to contribute their fair share to the societies they operate in. That principle is ill-suited for determining how much tax a company ought to pay in any specific case; but it should be an uncontroversial guide for tax policy.

By Adrian Boutel

Adrian Boutel is a former NYC tax attorney, now working as external Director of Studies in Philosophy at Pembroke College, Cambridge and Guest Lecturer in the Department of Philosophy, Logic and Scientific Method at the London School of Economics.

TO DO THE RIGHT THING IS EACH EMPLOYEE'S PERSONAL RESPONSIBILITY

Nestlé,
Code of Business Conduct, 2007

