

Van: kennisgroep Bijzondere Winstbepalingen Vpb

Aan: 5.1.2e

Betreft: toepassing van artikel 10, eerste lid, onderdeel j van de Wet Vpb

Datum: 4 april 2019

Samenvatting

5.1.2e heeft de kennisgroep een vraag gesteld over de aftrekbaarheid voor de vennootschapsbelasting van geldbetalingen die NV verricht in verband met de verkrijging van aandelen in de beursgenoteerde moedermaatschappij van NV door een stichting beheerd door 67 Awr

De kennisgroep komt tot de conclusie dat deze betalingen niet aftrekbaar zijn van de winst van NV.

=====

Inleiding

De nu door de kennisgroep beantwoorde vraag is in twee gedeelten ingediend. De kwestie is in eerste instantie voorgelegd toen de Belastingdienst 67 Awr voerde met de betreffende belastingplichtige. Daarna is de kwestie nogmaals voorgelegd tijdens de 67 Awr waarbij de vraagsteller ook nadere feiten heeft aangedragen. Vervolgens heeft hij een addendum ingestuurd waarin hij aandacht besteed aan door de kennisgroep gestelde vragen.

Feiten en omstandigheden

Hetgeen de vragensteller als relevante feiten en omstandigheden heeft vermeld in zijn memo d.d. 67 Awr en de aanvulling daarop in het addendum d.d. 67 Awr is vrijwel ongewijzigd overgenomen in dit antwoord).

Op 67 Awr heeft NV.V. (hierna: V) een nieuwe CAO 67 Awr (hierna: de CAO) gesloten ten behoeve van de bij haar in dienst zijnde medewerkers. Deze medewerkers zijn voor een groot deel verenigd in de vereniging V (hierna: V). In het kader van de CAO heeft V zich er jegens V aan gecommitteerd zich in te spannen teneinde te bereiken dat aandelen in het kapitaal van 67 Awr (de beursgenoteerde moedermaatschappij) worden gealloceerd aan een daartoe door V inmiddels opgerichte stichting (hierna S), welke aandelen bij die allocatie een waarde vertegenwoordigen van 67 Awr. Het is de intentie dat de aandelen zullen worden verkregen in drie jaarlijkse tranches van 67 Awr. In 67 Awr heeft dit tot een eerste tranche geleid van drie allocaties aan S.

Deze allocatie is als volgt vormgegeven. ongeveer 67 Awr aandelen worden door S gekocht van 67 Awr. Deze laatste hield deze aandelen reeds zelf (als treasury shares). De koopprijs is gelijk aan de beurswaarde van de aandelen 67 Awr ten tijde van de koop, zijnde ongeveer 67 Awr en wordt betaald door 67 Awr een bedrag van ongeveer 67 Awr in contanten (het verschil tussen de beoogde waarde van de eerste tranche van 67 Awr en de beurswaarde van de treasury shares) wordt door 67 Awr aan S betaald. Het doel is dat daarmee door S op de beurs aandelen in 67 Awr worden gekocht.

In de voornoemde CAO is onder de kop 67 Awr onder meer opgenomen dat 67 Awr maximaal in zal spannen om voor het einde van de looptijd van dit akkoord een zetel in de RvC van 67 Awr voor V te realiseren. Die inspanningen hebben voor de medewerkers niet tot het beoogde resultaat geleid, nu Deze zetel uiteindelijk is bekleed door een andere categorie medewerker. Met de verkrijging van aandelen door S kan haar langs andere weg het recht worden gegeven een lid van de Board of

Directors van [67 Awr] te benoemen. Een aandelenbelang van [67 Awr] heeft daar recht op. De Board of Directors van [67 Awr] kent al [67 Awr] directors die aangesteld zijn door werknemers/aandeelhouders van het buitenlandse deel van de onderneming. In zekere zin brengt een director aangesteld door de Nederlandse medewerkers dus enige balans. Het is dan ook het doel van S om het aandelenbelang langdurig te houden.

Een bijkomend doel is het de Nederlandse medewerkers mee te laten delen in het succes van de onderneming, voor zover dat tot uitdrukking komt in de (uitdelingen op de) beursaandelen. Hierbij dient wel in het oog gehouden te worden dat de medewerkers geen certificaten van de aandelen krijgen. De juridische en economische eigendom van de aandelen zijn in handen van S. Uitsluitend het bestuur van S, bestaande uit medewerkers van [67 Awr] is bevoegd namens S over deze aandelen en de daarop uitgekeerde dividenden te beschikken. De medewerkers van [67 Awr] hebben geen rechten of aanspraken op het belang of op delen daarvan, noch op dividenden of andere vruchten. Mocht S niettemin besluiten een uitdeling aan de medewerkers te doen (van het belang, dividenden, andere vruchten van het aandelenbelang of ander vermogen) dan is in een verdeelsleutel tussen de medewerkers onderling voorzien. Deze houdt vooral rekening met de dienstjaren van de betrokken medewerkers. Na uitdiensttreding neemt de gerechtigdheid onder de verdeelsleutel per jaar weer af tot nihil tot maximaal tien jaar na uitdiensttreding.

Naar aanleiding van het bovenstaande is contact gezocht met de Belastingdienst over de consequenties voor de loonheffing. [67 Awr]

[67 Awr]

[67 Awr]

Uit het addendum:

In het door de vraagsteller verstrekte addendum staat onder meer het volgende:

"In aanvulling op het memorandum van [67 Awr] willen wij de volgende feiten nog onder de aandacht brengen. Een en ander met de bedoeling om vast te kunnen stellen wat:

- tussen [67 Awr] en haar werknemers in het kader van de uiteindelijk tot stand gekomen cao is afgesproken; en*
- welke beslissing de board van [67 Awr] heeft genomen en op welke wijze daar uitvoering aan is gegeven.*

Kortweg komt het neer op beantwoording van de vraag of het geheel aan beslissingen een waardeoverdracht behelst dan wel een recht op aandelen (belang)".

Tot de overnemelede stukken behoort onder meer een door [67 Awr] overgelegd [67 Awr] evenals de tekst van de in [67 Awr] overeengekomen CAO [67 Awr]

Aanvullend door de kennisgroep geraadpleegde en door de vraagsteller aangeleverde bescheiden

De kennisgroep heeft bij zijn beoordeling ook gebruik gemaakt van de volgende bescheiden:

[67 Awr]

[67 Awr]

[67 Awr]

[67 Awr]

[67 Awr]

Vraag

Zijn de door K in dit kader verrichte betalingen aftrekbaar?

Antwoord

Nee, aftrekbaarheid is op grond van artikel 10, eerste lid, onderdeel j van de Wet Vpb niet aan de orde.

Beschouwing

Artikel 10, eerste lid, onderdeel j, van de Wet Vpb; waardetoeckenning in CAO en meerpartijenovereenkomst.

67 Awr

1. Niet aftrekbaarheid volgt uit artikel 10, eerste lid, onderdeel j, van de Wet Vpb (hierna: 10-1-j). De verplichtingen waaruit de betalingen voortvloeien beschouwt de kennisgroep als verplichtingen die door het laatstgenoemde artikel buiten de winstsfeer worden geplaatst.

Dit geldt zowel voor de verplichtingen voortvloeiende uit de CAO die de kennisgroep ziet als (relevante) eerste oorzaak voor de betalingen, als ook voor de zogenoemde meerpartijenovereenkomst d.d. [67 Awr] die uitvoering geeft aan de in de CAO opgenomen toezegging en die concreet de verplichting tot de verschillende betalingen verwoordt. De toezeggingen met betrekking tot het aandelenprogramma in de CAO duidt de kennisgroep als een verplichting als bedoeld in 10-1-j, omdat hier sprake is van een onvoorwaardelijke toezegging tot waardeoverdracht die partijen in beginsel (primair) beogen te effectueren door overdracht van aandelen. Juist dit laatstgenoemde element maakt dat de aftrekbeperking van artikel 10-1-j in werking treedt.

Ook de verplichtingen uit hoofde van de meerpartijenovereenkomst ziet de kennisgroep als verplichtingen in de zin van 10-1-j (als deze al afzonderlijk van de in de CAO opgenomen verplichtingen moeten worden beschouwd). Daarbij is niet van belang dat S het te verkrijgen aandelenpakket zelf (deels) op de beurs aankoopt. Gezien de verplichting voor S om de door [67 Awr] verstrekte gelden aan te wenden voor de aandelenverwerving, is deze situatie in wezen gelijk aan de situatie waarin [67 Awr] zich jegens S had verbonden tot aandelenlevering. Gezien deze vergelijkbaarheid moet artikel 10-1-j op beide situaties gelijk worden toegepast.

De toezegging in de CAO

1.1. De kennisgroep stelt voorop dat als [67 Awr] zich zonder aanvullende bepaling in [67 Awr] had verbonden tot levering van aandelen in moedermaatschappij [67 Awr] er eenduidig naar tekst en bedoeling in [67 Awr] sprake is van toepassing van de in artikel 10-1-j opgenomen aftrekbeperking.

1.2. In vergelijking met deze eenduidig niet tot aftrekbaarheid leidende situatie, doen zich in de voorgelegde casus twee bijzondere omstandigheden voor:

a. [67 Awr] verbindt zich niet zonder meer tot het door S doen verwerven van aandelen [67 Awr] maar verbindt zich tot een uiterste inspanning ("best effort") tot een dergelijke verwerving:

67 Awr

67 Awr

67 Awr

b. Aanvullend verbindt [67 Awr] zich voor zover de beoogde verwerving niet slaagt de toegezegde waarde in andere vorm te zullen verschaffen:

67 Awr

1.3. Als deze bijzonderheden de toezegging in de CAO 67 Awr niet relevant doen verschillen van de duidelijk onder 10-1-j vallende toezegging is deze aftrekbeperking ook van toepassing op de in de CAO neergelegde toezegging.

1.4. De kenniscgroep is van mening dat ook deze verplichting tot een "best effort", een zogenoemde inspanningsverbintenis, is aan te merken als een juridisch afdwingbare verplichting en dat van vrijblijvendheid voor de debiteur (in dit geval 67 Awr) geen sprake is.

1.5. Er is geen zwart-wit onderscheid tussen de inspanningsverbintenis en haar begripsmatige tegenhanger: de resultaatsverbintenis. Met de term "resultaatsverbintenis" wordt in dit verband bedoeld op een recht/verplichting op/tot levering van aandelen. Ook als 67 Awr eenduidig levering aandelen in 67 Awr had toegezegd en partijen dus de vorm hadden gekozen van een resultaatsverbintenis, zou tot op zekere hoogte materieel sprake zijn geweest van een inspanningsverbintenis. Niemand is immers gehouden tot het onmogelijke. Verbintenissen moeten naar redelijkheid en billijkheid worden uitgelegd.

1.6. De afwezigheid van een scherp onderscheid tussen inspanningsverbintenis en resultaatsverbintenis is helder omschreven door AG Huydecoper bij ECLI:NL:PHR:2008:BD2984. Zie het volgende citaat.

"15. ..

In deze klachten gaat het middel (onderdeel 1, met sub-onderdelen) ervan uit dat er een zwart/wit-tegenstelling tussen de beide genoemde gegevens bestaat: een verbintenis is óf een inspanningsverbintenis óf een resultaatsverbintenis.

Mij lijkt dat een ontoelaatbare simplificatie. Het onderscheid tussen inspannings- en resultaatsverbintenissen is verhelderend omdat het duidelijk maakt dat bij sommige verbintenissen de nadruk ligt op het resultaat waar de verbintenis op gericht is, terwijl dat bij andere verbintenissen niet (of in sterk verminderde mate) het geval is. Maar het gaat niet om twee duidelijk en absoluut van elkaar te onderscheiden categorieën, maar veeleer om een glijdende schaal.

In wezen gaat het om de mate waarin de verbintenis ertoe strekt, het risico van het niet-bereiken van datgene wat bij het aangaan van de relatie (het gaat hier altijd om verbintenissen uit overeenkomst) voor ogen staat, bij de ene dan wel de andere partij te plaatsen.

16. Bij de "loutere" resultaatsverbintenis neemt de partij die die verbintenis aangaat, het risico van het uitblijven van het resultaat in aanzienlijke mate voor haar rekening, terwijl de "loutere" inspanningsverbintenis ertoe pleegt te strekken dat het risico dat de inspanningen het beoogde resultaat niet opleveren, geheel of grotendeels bij de crediteur blijft.

17. In beide gevallen is er echter zelden of nooit sprake van een volledige toedeling van risico aan één partij, maar slechts van een "wat meer of wat minder".

Wie zich verplicht een bepaalde zaak op een bepaald ogenblik te leveren, aanvaardt naar algemeen wordt aangenomen een resultaatsverbintenis(9); maar het is bepaald uitzonderlijk dat daarmee beoogd wordt ook alle varianten van een beroep op "overmacht" volledig uit te sluiten, en daarmee het risico voor het niet-bewerkstelligen van het beoogde resultaat volledig bij de debiteur te leggen. Meestal blijft er ook bij een resultaatsverbintenis ruimte voor een beroep op overmacht in het geval van werkelijke "acts of God".

18. Omgekeerd, wie zich ertoe verplicht "zijn uiterste best te doen" om iets te bewerkstelligen aanvaardt daarmee een verplichting die een groot deel van de risico's die een voorspoedige uitkomst kunnen bedreigen legt bij de wederpartij – maar toch ook weer niet alle. De verhinderende omstandigheden waar de art. 6:76 en 6:77 BW op zien (gebrekkige hulppersonen of hulpzaken) zullen bijvoorbeeld ook bij de inspanningsverbintenis vaak bij de debiteur blijven.

.....

20. En van een andere kant benaderd: naarmate professionele dienstverlening in een minder onzekere context plaatsvindt, kan de dienstverlener wel degelijk een "resultaatsverplichting", of wat daar dicht bij komt, blijken te dragen. De notaris die zich met het transport, inclusief hypotheekverlening, van een onroerende zaak belast draagt verplichtingen die heel dicht naderen tot: het instaan voor het resultaat. De van een notaris in zo'n geval verlangde dienst bestaat er (mede) in dat de risico's die het resultaat kunnen vrijdelen worden "afgedekt". Blijkt het resultaat niet te worden verkregen, dan is er maar een zeer beperkte marge om te betogen dat het risico toch voor rekening van de cliënt moet blijven.

21. Aan de hand van het voorafgaande formuleer ik twee "vuistregels":

a) zowel de "zuivere" resultaatsverbintenis als de "zuivere" inspanningsverbintenis bestaat niet (of: is zeer zeldzaam). Er zijn verbintenissen waarbij de klemtoon meer op het een ligt en andere verbintenissen waarbij die klemtoon meer naar de andere kant is "opgeschoven". En b): waar een verbintenis in een concreet geval op

de hier verbeelde schaal moet worden geplaatst, is een kwestie van uitleg, die met toepassing van het "gewone" arsenaal aan voor de uitleg van een overeenkomst beschikbare middelen moet plaatsvinden."

1.7. Het verschil tussen een resultaatsverbintenis en een inspanningsverbintenis is slechts een kwestie van meer of minder risico voor het zelfde resultaat. De kennisgroep acht dit graduele risicoverschil niet relevant in het kader van de toepassing van 10-1-j.

1.8. De kennisgroep wijst er op dat de tekst van 10-1-j een ruime redactie kent, met name door het gebruik van het begrip "*daarmee gelijk te stellen rechten*". Bij de vraag of een dergelijke gelijkstelling geboden is, komt naar zijn aard belangrijke betekenis toe aan de ratio van de desbetreffende bepaling. Een dergelijke gelijkstelling beoogt immers juist de ratio tot zijn recht te laten komen in situaties waarop de primair gekozen omschrijving (zoals hier het recht op verwerving van aandelen) niet rechtstreeks van toepassing is.

1.9. De ratio van de niet aftrekbaarheid van de aandelenbeloning is de afwezigheid van een verarming bij de vennootschap (dan wel het concern) als de werknemer beloond wordt met eigen aandelen (of die van een verbonden vennootschap).

Tweede Kamer, vergaderjaar 2005–2006, 30 572, nr. 3 blz 28
In artikel 9, eerste lid, onderdeel h, van de Wet Vpb 1969 is geregeld dat werknemersopties aftrekbaar zijn. Ingevolge dat onderdeel kan de vennootschap een bedrag, ter omvang van de belaste grondslag bij de werknemer, ten laste van de fiscale winst brengen. Ook de Hoge Raad heeft bij arrest van 16 oktober 1996, nr. 31 589, BNB 1997/47, met betrekking tot het jaar 1990 beslist dat de waarde van aan werknemers toegekende vergoedingen, in welke vorm dan ook, als ondernemingskosten dient te worden aangemerkt. Over de ratio van de aftrek van optierechten is echter discussie mogelijk. Er zijn goede argumenten voor de stelling dat de vennootschap door de verstrekking van optierechten niet armer wordt, maar dat de deelgerechtigdheid tot het vermogen van de vennootschap potentieel (als de optierechten worden uitgeoefend) alleen over meer aandelen wordt verdeeld. Er is derhalve sprake van aandeelhouderslasten in plaats van ondernemingskosten.

1.10. De kennisgroep meent dat de in casu bestaande "best effort" toekenning naar de bedoeling van 10-1-j gelijk is aan een verplichting. In beide gevallen verarmt de vennootschap niet, leidt het niet tot een daling van het eigen vermogen van de vennootschap, maar wijzigt slechts (potentieel) de verdeling van het eigen vermogen van de vennootschap (dan wel van het concern).

De enkele omstandigheid dat de vennootschap "slechts" gehouden is tot een "best effort" tot aandelenlevering, laat onverlet dat de vennootschap niet verarmt door een verplichting die voldaan kan worden door levering van aandelen. Voor het eigen vermogen van de vennootschap is het onderscheid met een verplichting tot aandelenlevering irrelevant.

De contractuele inspanningsverbintenis en de uit de feiten en omstandigheden blijkende gehoudenheid van A om daadwerkelijk een aandelenpakket te verstrekken, leiden tot de conclusie dat A *rechten om aandelen in dat kapitaal of een daarmee verbonden lichaam te verwerven of van daarmee gelijk te stellen rechten* heeft toegekend.

1.11. Ook gezien vanuit de letter van de Wet acht de kennisgroep voldoende reden aanwezig om te concluderen tot een gelijk te stellen recht in de zin van 10-1-j. Het is namelijk zeker niet eenduidig dat naar de letter geen sprake is van een recht op verwerving van aandelen. De werknemer heeft immers niet het recht om voldoening in de vorm van aandelen te weigeren en een betaling in andere waarden te eisen. Gegeven het feit dat het recht van de werknemer volledig is voldaan als de werkgever hem de aandelen doet verwerven, is zo beschouwd ook deze "best effort" toekenning aan te merken als een recht op verwerving van aandelen.

1.12. Er is voor de toepassing van 10-1-j geen relevant verschil tussen toekenning van een recht op verwerving van aandelen (resultaatsverbintenis) en toekenning van een recht op een uiterste inspanning aandelen te doen verwerven (inspanningsverbintenis).

1.13. In de CAO is voorzien in een alternatief scenario voor het geval men het aandelenprogramma deels of in het geheel niet zou kunnen effectueren. Dit zou aanleiding kunnen geven om te betogen dat partijen uitsluitend gericht waren op een waardeoverdracht en dat daarom toepassing van 10-1-j achterwege zou moeten blijven. Deze notie is echter onjuist.

Het scenario van een vervangende waardeoverdracht is niet de situatie die partijen primair beogen. Zij beogen primair een verwerving van aandelen ^{67 Awr} door S. Er is geen sprake van gelijkwaardige alternatieve verbintenissen. De hoofdverbintenis heeft betrekking op het doen verwerven van aandelen door S. ^{67 Awr} heeft niet de vrije keuze om te kiezen voor alternatieve waardeoverdracht. Bovendien laat ook het scenario van vervangende waardeoverdracht onverlet dat de toezegging aan de werknemers volledig is nagekomen als de werkgever S aandelen doet verwerven. Ook rekening houdend met het alternatieve scenario heeft het recht dat de werknemer is toegekend primair betrekking op de verwerving van aandelen.

1.14 Vanwege het primaat van de aandelenverwerving ziet de kennisgroep ook in de bijzonderheid van een eventuele vervangende waardeoverdracht onvoldoende reden om de toezegging gedaan in de CAO voor de toepassing van 10-1-j anders te behandelen dan de situatie waarin zonder meer een recht op verwerving van aandelen is toegekend.

De meerpartijenovereenkomst en artikel 10, eerste lid, onderdeel j

2. De meerpartijenovereenkomst regelt dat ^{67 Awr}
- a. aandelen deels aan S doet toekomen doordat ^{67 Awr} aandelen levert aan S met vergoeding door ^{67 Awr} van de marktwaarde van de aandelen;
 - b. resterende aandelen aan S doet toekomen door betaling van de marktwaarde aan S, waarmee deze de aandelen op de markt (ter beurse) moet kopen.

Ook de verplichtingen uit deze meerpartijenovereenkomst zijn aan te merken als verplichtingen zoals bedoeld in 10-1-j.

De verplichting tot betaling aan de moedermaatschappij ^{67 Awr}

2.1. Dat 10-1-j ook betrekking heeft op de vergoeding aan het uitreikende verbonden lichaam volgt direct uit de tekst van de wet en ook uit doel en strekking van het wetsartikel. Het dragende idee is dat een beloning in de vorm van eigen aandelen geen verarming van de vennootschap meebrengt.

Tweede Kamer, vergaderjaar 2005–2006, 30 572, nr. 3 blz 29

Er zijn goede argumenten voor de stelling dat de vennootschap door de verstrekking van optierechten niet armer wordt, maar dat de deelgerechtigdheid tot het vermogen van de vennootschap potentieel (als de optierechten worden uitgeoefend) alleen over meer aandelen wordt verdeeld.

2.2. Gezien de duidelijke concernbewoordingen van 10-1-j geldt dit artikel niet (enkel) voor de vennootschap zelf, maar ook voor het eventuele concern waartoe de vennootschap behoort. Vanuit dit concernperspectief vormt de betaling door ^{67 Awr} aan ^{67 Awr} geen verarming van het concern en eisen zowel de wettekst als doel en strekking van de aftrekbeperking onverminderd dat aftrek achterwege blijft.

2.3. Bijkomend argument is dat er krachtens het “at-arms-length-principe”, zoals vastgelegd in artikel 8b van de Wet Vpb 1969, bij levering van aandelen door een verbonden lichaam altijd rekening moet worden gehouden met een vergoeding van de marktwaarde aan dat verbonden lichaam.

Als het betalen van een dergelijke vergoeding tot gevolg heeft dat de met de toekenning van rechten op aandelen in een verbonden lichaam gemoeide last aftrekbaar zou zijn, dan zou dit deel van de aftrekbeperking nooit werken en dat is evident strijdig met de bedoeling van 10-1-j.

2.4. Vgl. ook Mobach (VPB), die tot dezelfde conclusie komt.

VPB, 2.2.2.J.

Het merkwaardige is nu dat de dochter hier een ten laste van haar vermogen komend offer heeft gebracht — en dus is verarmd

— ter beloning van haar eigen werknemers zonder dat dit offer tot een aftrek op haar winst leidt. Zoals Kok terecht opmerkt behoort dit gevolg voor de dochter nu juist niet op te treden omdat in dit geval de zienswijze van de wetgever — er is geen aftrek mogelijk is omdat de verarming niet ten koste van de vennootschap gaat maar

uitsluitend ten laste van de aandeelhouders — niet opgaat. De tekst van de wet laat echter geen andere (en onredelijke) conclusie toe dan dat bij de dochter geen loonkosten in aanmerking worden genomen.

2.5. De door Mobach gesignaleerde onredelijkheid bestaat alleen als men zuiver enkelvoudig naar de dochter kijkt. Bezien vanuit het concern is er geen verarming en is niet-aftrekbaarheid dus volstrekt "redelijk". Tekst en wetsgeschiedenis gaan onmiskenbaar uit van een concernbenadering.

Kortom: de verplichting tot betaling door ^{67 Awr} van ^{67 Awr} valt ook onder de aftrekbeperking van 10-1-j.

De verplichting tot betaling aan S

2.6. S is verplicht de ontvangen gelden aan te wenden voor de verwerving van aandelen ^{67 Awr}. Feitelijk is daarmee de situatie zeer verwant met de situatie waarin ^{67 Awr} zich tegenover S had verplicht tot levering van aandelen ^{67 Awr} en ^{67 Awr} deze aandelen zelf op de beurs had aangeschaft om deze vervolgens aan S door te leveren. In dat scenario was artikel 10-1-j eenduidig van toepassing geweest. Gezien de feitelijke vergelijkbaarheid van beide situaties is de kennisgroep van mening dat toekenning van een recht op een geldbetaling waarbij de ontvangen gelden door de verkrijger moeten worden aangewend voor de verwerving van aandelen voor de toepassing van 10-1-j is aan te merken als de toekenning van een recht op verwerving van aandelen of van daarmee gelijk te stellen rechten.

Ook de verplichting tot betaling aan S valt volgens de kennisgroep onder de werking van 10-1-j.

2.7. Opgemerkt is dat het op grond van het ^{67 Awr} civiele recht niet zou zijn toegestaan dat ^{67 Awr} de aandelen zelf zou kopen. Dit gegeven acht de kennisgroep niet van belang. Een materiële duiding van de feiten brengt immers met zich mee dat de situatie, zoals die heeft plaatsgevonden ^{67 Awr} feitelijk gelijkgesteld moet worden met een koop, gevolgd door (door)levering van de aandelen ^{67 Awr} aan S.

2.8. Een gelijke opvatting over "kasrondjes" en 10-1-j is ook terug te vinden in het verderop in dit stuk opgenomen citaat van prof. Bouwman. Het voor nu meest relevante deel geven wij hier alvast weer.

*Prof.dr. J.N. Bouwman, Wegwijs in de vennootschapsbelasting, editie 2018, p. 255:
(..)*

Gegeven de strekking van art. 10, lid 1, onderdeel j, Wet VPB 1969 lijkt het mij dat het kasrondje toch weinig uitzicht biedt op aftrek. Feitelijk moet deze immers weer worden teruggebracht tot een uitreiking van eigen aandelen enz. In deze zin ook HR 20 mei 2005, NTFR 2005/678, BNB 2005/260, HR 21 december 2007, NTFR 2008/78, V-N 2008/2.3 en HR 15 mei 2009, NTFR 2009/1172, V-N 2009/24.11. In laatstgenoemd arrest besliste de Hoge Raad dat de afkoop van een conversierecht dat kan worden uitgeoefend door de crediteur – door bij aflossing van de obligaties geen aandelen toe te kennen, maar een tegenwaarde in contanten – geen in aftrek te brengen kosten oproep bij de debiteur. Genoemde arresten hebben overigens betrekking op geschillen die speelden vóór de invoering van art. 10-1-j VPB 1969. Zij hebben wat mij betreft hun betekenis echter behouden.

2.9. De wetsgeschiedenis is mede aanleiding voor toepassing van 10-1-j op de betaling aan S. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel tot invoering van dit artikel werd gevraagd naar het effect van de verarming die optreedt als een vennootschap werknemersopties afwikkelt door inkoop van eigen aandelen met doorlevering aan werknemers (voor lagere prijs). Deze verarming achtte de wetgever irrelevant op twee (met elkaar verwante) gronden. Allereerst werd gewezen op BNB 2001/161 waarin de HR inkoop ter dekking van opties aanmerkt als amortisatie. Hierbij zijn de aandelen fiscaal verdwenen en bestaat het verlies op de aandelen fiscaal niet.

Ook wees de wetgever op het aandeelhoudersbelang van de keuze voor bestaande aandelen. Om verwatering van bestaande aandelen te voorkomen kiest men voor inkoop van bestaande aandelen. Het vermogensverlies dat de vennootschap lijdt, is in die visie genomen omwille van de kapitaalsfeer.

Tweede Kamer, vergaderjaar 2005–2006, 30 572, nr. 8 blz. 67

De leden van de CDA-fractie begrijpen dat de leidende gedachte achter deze maatregel is, dat de vennootschap niet armer wordt door de toekenning van optierechten en de uitreiking van eigen aandelen aan haar personeel. Zij menen echter dat deze gedachte niet consequent wordt doorgetrokken naar de fiscale behandeling van de afwikkeling van de opties, omdat bijvoorbeeld bij inkoop van eigen aandelen op de beurs in het kader van een optieplan de vennootschap verarmt met het verschil tussen de inkoopprijs van de aandelen en de uitoefenprijs van de optie. Deze leden pleiten er daarom voor in het gegeven voorbeeld het verschil tussen de inkoopprijs en de uitoefenprijs voortaan wel in aftrek toe te laten.

De opvatting van deze leden dat er sprake is van een inconsequentie, deel ik niet. Ik wijs in dit verband op het arrest van de Hoge Raad van 21 februari 2001, nr. 35 639, BNB 2001/161, waarin deze overwoog dat inkoop van eigen aandelen om aan een optieverplichting te voldoen de winstsfeer niet raakt, aangezien die aandelen als ingetrokken dienen te worden beschouwd.

*Alleen om mogelijke ongewenste effecten van dit arrest voor het bedrijfsleven te voorkomen is in 2002 artikel 10c van de Wet Vpb ingevoegd waardoor een dergelijke inkoop wordt aangemerkt als inkoop ter tijdelijke belegging. Ook onder artikel 10c van de Wet Vpb, dat zijn belang onder de voorgestelde wetgeving blijft behouden, geldt echter dat het resultaat op als tijdelijke belegging ingekochte aandelen de winst niet raakt. **De mogelijke verarming van de vennootschap, doordat de uitoefenprijs lager is dan de inkoopprijs, vindt haar oorzaak in de kennelijke wens van de vennootschap om aandelen in te kopen om zodoende verwatering van de aandelen tegen te gaan. Zij kan immers ook zonder inkoop aan haar verplichting voldoen, en wel door nieuwe aandelen uit te reiken tegen de uitoefenprijs. Deze «verrijking» raakt de winst evenmin.***

Deze uitlating is ook van belang voor de onderhavige casus. In casu had het concern kunnen kiezen om de verplichting tot waardeoverdracht te voldoen door uitreiking van nieuwe aandelen en had daarmee een verarming kunnen voorkomen van ^{67 Awr}. De redenering van de wetgever volgende kiest het concern “kennelijk” omwille van de kapitaalsfeer voor levering van bestaande aandelen, zij het dat men in dit geval niet zelf inkoopt, maar dit de werknemers laat doen. Volgens de kennisgroep is de verwijzing in de parlementaire geschiedenis naar voorkoming van verwatering niet limitatief is bedoeld. Elke verarming met de bedoeling de belangen van de aandeelhouders te dienen moet immers bij de fiscale winstbepaling buiten aanmerking blijven. Niet van belang is welk aandeelhoudersbelang gediend wordt.

2.10. Beslissend is of er een verarming omwille van de aandeelhouders is te onderkennen. Die is als zodanig bedrijfsvreemd en blijft dus buiten aanmerking voor de fiscale winstbepaling, ongeacht de concrete inhoud van het aandeelhoudersmotief. Met andere woorden, ook al zou in de situatie van ^{67 Awr} een ander aandeelhoudersmotief leidend zijn, dan nóg is de gekozen verarming bedrijfsvreemd en voor de winst irrelevant.

2.11. Elke vermogensvermindering die een vennootschap lijdt om de belangen van haar aandeelhouders te dienen is als zodanig geen voordeel uit bedrijfsuitoefening en raakt als zodanig niet de winst van de vennootschap. Nog fundamentele geformuleerd: de winst van een vennootschap wordt niet geraakt door de vennootschappelijke betrekkingen tussen vennootschap en aandeelhouder.

2.12. Vanwege het belang illustreert de kennisgroep dit met enkele arresten.

Als eerste noemt de kennisgroep HR BNB 2015/141 over de onzakelijke lening. De kennisgroep acht dit arrest met name illustratief, omdat de Hoge Raad uitdrukkelijk verwoordt dat het dienen van het aandeelhoudersbelang meebrengt dat een daaruit voortvloeiend verlies niet op de winst in mindering kan worden gebracht. Bovendien toont dit arrest de zeer ruime werking van dit principe. Het verlies hoeft niet te voldoen aan de vereisten voor het constateren van een uitdeling aan de aandeelhouder. De lening hoeft zelfs niet aan gelieerde partij te worden verstrekt. Beslissend is enkel en alleen de bedoeling om het belang van haar aandeelhouders te dienen.

(ECLI:NL:HR:2015:645)

2.3.1. (...) Alsdan moet – behoudens bijzondere omstandigheden – ervan worden uitgegaan dat de betrokken vennootschap dit risico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van haar aandeelhouder te dienen. Dit brengt mee dat een eventueel verlies op de geldlening niet op de winst van de vennootschap in mindering kan worden gebracht (zie HR 25 november 2011, nr. 08/05323, ECLI:NL:HR:2011:BN3442, BNB 2012/37). Hetzelfde heeft te gelden wanneer de lening niet wordt verstrekt aan de aandeelhouder of een met hem gelieerde partij, maar niettemin door de vennootschap met het verstrekken van de geldlening een debiteurenrisico wordt gelopen

dat een derde niet zou hebben genomen en de vennootschap dit risico heeft aanvaard met de bedoeling het belang van haar aandeelhouder te dienen.

Als tweede noemt de kennisgroep HR BNB 1978/252. In dit zogenoemde Zweedse grootmoederarrest formuleert de Hoge Raad uitdrukkelijk het materiële karakter van het principe dat de vennootschappelijke betrekkingen de winst niet raken.

HR BNB 1978/252

dat het Hof hiermede tot uitdrukking heeft gebracht dat het aan belanghebbendes dochter opgekomen voordeel, bestaande uit het niet verschuldigd worden van rente over de haar door de grootmoedermaatschappij verstrekte lening, zijn oorzaak niet vond in de bedrijfsuitoefening van belanghebbendes dochter doch uitsluitend in de vennootschappelijke betrekkingen tussen de drie bedoelde vennootschappen; dat het Hof terecht dit voordeel niet tot de winst heeft gerekend, aangezien ingevolge artikel 7 van de Wet op de inkomstenbelasting 1964 daartoe alleen worden gerekend voordelen welke worden verkregen uit onderneming; dat daarbij niet van belang is of meergenoemd voordeel tot de vermogenssteer dan wel tot die van baten en lasten behoorde en evenmin hoe het voordeel zou kunnen worden gekwalificeerd,

2.13. Terugkerend naar de voorliggende casus is dus beslissend of het concern (deels) afziet van aandelenuitreiking en kiest voor het doen van een uitgave met de bedoeling het belang van haar aandeelhouders te dienen. Is dit het geval dan is de uitgave ook zonder toepassing van 10-1-j niet aftrekbaar als uitgave omwille van de aandeelhouders.

2.14. Net als de wetgever in de hierboven geciteerde parlementaire geschiedenis gaat de kennisgroep ervan uit dat het afzien van de mogelijkheid om een verplichting te voldoen door aandelenuitreiking en in plaats daarvan de keuze voor een vermogensverarming "kennelijk" is gedaan om de belangen van de aandeelhouders te dienen. Dat sprake is van een keuze omwille van de aandeelhouders ligt immers het meest voor de hand. De onderneming van de vennootschap heeft naar zijn aard geen belang bij verarming van haar vermogen. De zittende aandeelhouders hebben wél een belang bij de gekozen verarming. Die aandeelhouders krijgen ondersteuning van de beurswaarde door de aankoop die S doet en voorkomen ook de eerder genoemde verwatering. De aandeelhouders die aan S verkopen krijgen de door ^{67 Awr} A uitkeerde gelden in handen.

Voor zittende aandeelhouders lijkt een emissie beneden de beurswaarde aan werknemers altijd nadeliger dan aankoop door de werknemers via de beurs met door de vennootschap ter beschikking gestelde middelen. Alle omstandigheden die worden aangevoerd, houden verband met het vermoeden dat de aandeelhoudersvergadering van ^{67 Awr} geen emissie zou willen.

2.15. Ook qua terminologie aansluitend bij de jurisprudentie over de onzakelijke lening ziet de kennisgroep geen "bijzondere omstandigheden" die aannemelijk maken dat de keuze voor een uitgave in plaats van een aandelenuitreiking niet de bedoeling heeft om de belangen van de aandeelhouders te dienen.

3. Hoge Raad BNB 1984/231

3.1. Expliciete grond voor aftreksluiting van de betalingen vindt de kennisgroep ook in het beginsel dat vooropgesteld wordt door Hoge Raad, 25 januari 1984, ECLI:NL:PHR:1984:AW8673, BNB 1984/231. In die casus was sprake van het ter beschikking stellen van gelden door een vennootschap aan een derde om die derde, voor zich zelf, aandelen in het kapitaal van die vennootschap te laten kopen. Volgens de Hoge Raad ligt een dergelijke betaling in beginsel buiten de winstfeer.

BNB 1984/231 O. dienaangaande:

"dat, indien een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid aan een derde gelden verstrekt om deze in de gelegenheid te stellen daarmede voor zich zelf aandelen in het kapitaal van die vennootschap te kopen, de daaruit voor de vennootschap voortvloeiende vermogensvermindering in het algemeen - ook wanneer er een bedrijfsbelang mee is gemoeid dat de aandelen in handen van die derde overgaan - de winst niet raakt; dat dit anders is indien naar de bedoeling van de vennootschap de koop van de aandelen ertoe zal leiden dat de aan de aandelen verbonden vermogensrechten direct of indirect aan de werknemers van de vennootschap als zodanig zullen toekomen;"

3.2. Uit dit arrest leidt de kennisgroep het principe af dat een betaling om een derde in staat te stellen aandeelhouder te worden in de kapitaalsfeer ligt en daarom niet aftrekbaar is, maar dat dit uitzondering lijdt als de aandelen een werknemersbeloning vormen.

3.3. Het feit dat het in de voorliggende situatie niet gaat om aandelen in de vennootschap zelf, maar om aandelen in de moedermaatschappij van de vennootschap acht de kennisgroep niet van belang. Ook de verhouding tussen een vennootschap en de aandeelhouders van haar moedermaatschappij raakt de winst van de vennootschap niet.

3.4. Volgens de hoofdregel in BNB 1984/231 zijn de betalingen door ⁶⁷AW het aftrekbaar. De uitzondering voor werknemersbeloningen maakt dat in casu niet anders.

3.5. De kennisgroep acht niet langer ruimte aanwezig voor de door de Hoge Raad gemaakte uitzondering, gezien de thans geldende uitdrukkelijke wettelijke aftekuitsluiting van werknemersbeloning in de vorm van aandelen.

3.6. De aftrekbaarheid van loon in de vorm van aandelen is met de invoering van 10-1-j uitdrukkelijk geschrapt.

3.7. Aanvullend merkt de kennisgroep op dat zelfs al zou nog ruimte bestaan voor de door de Hoge Raad gemaakte uitzondering (quod non), goede argumenten aanwezig zijn om deze niet toe te passen in de situatie van ⁶⁷AW. Net als in BNB 1984/231 hebben ook in de situatie van ⁶⁷AW de werknemers individueel geen rechten op de aandelen toegekend gekregen.

3.8. Bovendien moet het arrest BNB 1984/231 geplaatst worden in de serie arresten die zien op de samenhang tussen de IB en de VPB. Ook in de situatie van ⁶⁷AW wordt deze samenhang verstoord als aftrek voor de betalingen wordt verleend. De werknemers worden door het ontbreken van individuele aanspraken namelijk niet belast voor de aandelenverkrijging, maar slechts bij de eventuele toekomstige uitkering door S.

3.9. Aanvullend noemt de kennisgroep nog dat ook professor Bouwman wijst op het nog steeds aanwezige belang van BNB 1984/231:

Prof.dr. J.N. Bouwman, Wegwijs in de vennootschapsbelasting, editie 2018, p. 255:

"Uit de hiervoor aangehaalde parlementaire geschiedenis van art. 10, lid 1, onderdeel j, Wet VPB 1969 blijkt dat de regering welbewust heeft gekozen voor terugkeer naar het regime van BNB 1956/244. De vraag die zich daardoor aandient, is of nog de mogelijkheid bestaat om via een zogenaamd "kasrondje" aftrek te bewerkstelligen. Dit speelt bijvoorbeeld bij werknemersaandelen- en optieplannen. Eenvoudig gezegd komt het kasrondje erop neer dat de werknemers van een vennootschap eerst geld ontvangen dat zij vervolgens moeten aanwenden voor de aankoop van aandelen of opties op aandelen in de vennootschap. Bij de totstandkoming van de Wet VPB 1969 werd door de toenmalige staatssecretaris van Financiën Grapperhaus niet uitgesloten dat in deze situatie het in geld uitgekeerde bedrag als kosten in mindering op de winst zou kunnen komen.

Gegeven de strekking van art. 10, lid 1, onderdeel j, Wet VPB 1969 lijkt het mij dat het kasrondje toch weinig uitzicht biedt op aftrek. Feitelijk moet deze immers weer worden teruggebracht tot een uitreiking van eigen aandelen enz. In deze zin ook HR 20 mei 2005, NTFR 2005/678, BNB 2005/260, HR 21 december 2007, NTFR 2008/78, V-N 2008/2.3 en HR 15 mei 2009, NTFR 2009/1172, V-N 2009/24.11. In laatstgenoemd arrest besliste de Hoge Raad dat de afkoop van een conversierecht dat kan worden uitgeoefend door de crediteur – door bij aflossing van de obligaties geen aandelen toe te kennen, maar een tegenwaarde in contanten – geen in aftrek te brengen kosten opriep bij de debiteur. Genoemde arresten hebben overigens betrekking op geschillen die speelden vóór de invoering van art. 10-1-j VPB 1969. Zij hebben wat mij betreft hun betekenis echter behouden.

Overigens sluit art. 10-1-j Wet VPB 1969 wat mij betreft ook aan bij HR 25 januari 1984, BNB 1984/231. In dit arrest stort een BV 1000 in de kas van de vereniging werknemersbelangen BV X. De vereniging had tot doelde uitoefening van zeggenschap in BV X ten behoeve van haar leden, de werknemers in BV X. De werknemers ontleenden aan hun lidmaatschap van de vereniging geen financiële rechten:

"dat indien een naamloze of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid aan een derde gelden verstrekt om deze in de gelegenheid te stellen daarmede voor zichzelf aandelen in het kapitaal van die vennootschap te kopen, de daaruit voor de vennootschap voortvloeiende vermogensvermindering in het algemeen – ook wanneer er een bedrijfsbelang mee is gemoeid dat de aandelen in handen van die derde overgaan – de winst niet raakt".

Aangenomen mag worden dat dit arrest onder het huidige recht niet anders zou zijn uitgepakt als de werknemers wel financiële rechten zouden hebben ontleend aan hun lidmaatschap van de vereniging. In deze zin ook HR 21 december 2007, NTFR 2008/78, V-N 2008/2.3".

3.10. Tot slot wijst de kennisgroep op de volgende uitspraak over BNB 1984/231 van staatssecretaris Koning(Kamerstukken II, 1988/89, 20 881, nr. 6, p. 8):

"Dienaangaande merk ik op dat het arrest van 25 januari 1984 betrekking heeft op een uitkering in contanten om daarmee de ontvanger van de gelden in de gelegenheid te stellen voor zichzelf aandelen in het kapitaal van de uitkerende vennootschap te kopen. Zelfs bij uitkeringen in contanten in de in het arrest beschreven casus staat de Hoge Raad geen aftrek op de winst toe".

4. Gelijkenis met de middellijke inkoop

Als laatste argument wijst de kennisgroep op de gelijkenis met de zogenoemde middellijke inkoop. 67 Awr doet een geldbetaling aan S. Laatstgenoemde is echter, gelet op hetgeen is overeengekomen, in het geheel niet vrij in de besteding van de verkregen contanten. S heeft zich immers tegenover 67 Awr moeten verplichten om hiermee op de beurs aandelen 67 Awr te verwerven. In onderlinge 67 Awr samenhang bezien betekenen deze rechtshandelingen dat 67 Awr aandelen 67 Awr heeft verworven, die zij vervolgens aan S heeft doen toekomen ("uitreiken of toekennen van aandelen in dat kapitaal of in dat van een met die vennootschap verbonden lichaam"). Dit geldt des te meer als bedacht wordt dat de primaire verplichting die A op zich heeft genomen, is om er voor te zorgen dat S aandelen 67 Awr verkrijgt. Het is daarom passend om ook de uitwerking van deze verplichting samenhangend te beschouwen en te duiden als een inkoop van aandelen door A, gevolgd door een doorlevering aan S. Hetgeen heeft plaatsgevonden is in feite een middellijke inkoop van aandelen 67 Awr. Met betrekking tot een middellijke inkoop van aandelen overwoog de Hoge Raad in BNB 1979/153:

"dat toch – afgezien van gevallen als die, waarin een naamloze vennootschap, wier aandelen ter beurse zijn genoteerd en dus voor dadelijke wederverkoop vatbaar zijn, eigen aandelen als voorbijgaande belegging heeft verworven – voor een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid ingekochte eigen aandelen geen reëel vermogensactief vormen; dat dit voor een dergelijke vennootschap eveneens geldt in het geval waarin zij niet zelf in het bezit is van haar eigen aandelen doch deze aandelen in het bezit zijn van een dochtervennootschap waarin zij alle aandelen heeft; dat immers alsdan sprake is van een moedervennootschap die door middel van haar dochtervennootschap aandelen in zich zelf bezit".

Uitgaande van een middellijke inkoop bestaat evenmin recht op aftrek. In principe geldt dat A geacht moet worden de aandelen in 67 Awr te hebben verworven "ter amortisatie". De VPB-heffing 67 Awr wordt alsdan niet beïnvloed door deze middellijke inkoop. De middellijke aankoop speelt zich af in de kapitaalsfeer. Vergelijk ook het hiervoor reeds aangehaalde BNB 2001/161. Fiscaal zijn de verworven aandelen verdwenen. De vervolgens toch toegekende/uitgereikte aandelen 67 Awr leveren (in ieder geval) op grond van art. 10, eerste lid, onderdeel j, geen aftrekbare last op.

Voor zover de middellijke inkoop (in casu is er immers sprake van ter beurse genoteerde aandelen) toch geacht zou moeten worden te hebben plaatsgevonden ter tijdelijke belegging, brengt art. 10c, eerste lid, Wet VPB met zich dat de resultaten op de ingekochte aandelen uit de winstberekening moeten worden geëlimineerd. Ingevolge die bepaling blijven namelijk niet alleen de voordelen uit hoofde van als tijdelijke belegging ingekochte eigen aandelen buiten aanmerking, maar ook de voordelen uit hoofde van "aandelen in een vennootschap die voor tenminste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige".

"Ook onder artikel 10c van de Wet Vpb, dat zijn belang onder de voorgestelde wetgeving blijft behouden, geldt echter dat het resultaat op als tijdelijke belegging ingekochte aandelen de winst niet raakt. De mogelijke verarming van de vennootschap, doordat de uitoefenprijs lager is dan de inkoopprijs, vindt haar oorzaak in de kennelijke wens van de vennootschap om aandelen in te kopen om zodoende verwatering van de aandelen tegen

te gaan. Zij kan immers ook zonder inkoop aan haar verplichting voldoen, en wel door nieuwe aandelen uit te reiken tegen de uitoefenprijs. Deze 'verrijking' raakt de winst evenmin."
NV, Kamerstukken II 2005/06, 30 572, nr. 8, p. 67.

Opgemerkt is dat het ^{67 Awr} civiele recht niet zou toestaan dat ^{67 Awr} zelf de aandelen zou kopen. Dit gegeven acht de kennisgroep niet van belang. Een materiële duiding van de feiten brengt immers met zich mee dat de situatie, zoals die plaatsgevonden heeft, feitelijk gelijkgesteld moet worden met een koop, gevolgd door doorlevering van de aandelen ^{67 Awr} aan S.

Concluderenderwijs recapitulerend

Niet aftrekbaarheid volgt uit artikel 10, eerste lid, onderdeel j, van de Wet Vpb. De verplichtingen waar de betalingen uit voortvloeien beschouwt de kennisgroep als verplichtingen die artikel 10, eerste lid, onderdeel j, buiten de ~~winstsfeer~~ plaatst. Dit geldt zowel voor de verplichtingen voortvloeiende uit de CAO ^{67 Awr} die de kennisgroep ziet als (relevante) eerste ~~oorzaak voor de betalingen~~, als ook voor de zogenoemde ~~meerpartijenovereenkomst~~ ^{67 Awr} die uitvoering geeft aan de CAO ^{67 Awr} toezegging en waarin de relevante verplichting is ~~verwoord~~. De toezeggingen met betrekking tot het aandelenprogramma in de CAO ^{67 Awr} duidt de kennisgroep als een verplichting als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel j, omdat sprake is van een onvoorwaardelijke toezegging tot waardeoverdracht, die partijen in beginsel (primair) beogen te effectueren door S aandelen te doen verwerven. Ook de verplichtingen uit hoofde van de eerdergenoemde meerpartijenovereenkomst ziet de kennisgroep als verplichtingen in de zin van artikel 10, eerste lid, onderdeel j (als deze al afzonderlijk van de CAO ^{67 Awr} verplichtingen moeten worden beschouwd). Daarbij is niet van belang dat S het te verkrijgen aandelenpakket zelf (deels) op de beurs aankoopt. Gezien de verplichting voor de Stichting om de verstrekte gelden aan te wenden voor de aandelenverwerving is deze situatie op relevante onderdelen gelijk aan de situatie waar ^{67 Awr} zich jegens de Stichting verbonden had tot aandelenlevering. Gezien deze relevante vergelijkbaarheid moet artikel 10, eerste lid, onderdeel j, op deze beide situaties gelijk worden toegepast. Ook zonder de toepassing van artikel 10, eerste lid, onderdeel j, is er geen grond voor aftrek van de betalingen. Nu voor het concern de mogelijkheid bestond de toegezegde werknemersbeloning te voldoen door aandelenuitreiking acht de kennisgroep de (gedeeltelijke) keuze voor een uitgave (de betaling) bedoeld om de belangen van de aandeelhouders van het concern te dienen. Verarming omwille van aandeelhouders raakt de winst niet uit.

Expliciete en eenduidige grond voor niet aftrekbaarheid vindt de kennisgroep ook terug in het beginsel geformuleerd in HR, BNB 1984/231, namelijk dat de winst niet geraakt wordt door betalingen gedaan om een derde, voor zich zelf, in staat te stellen aandeelhouder te worden. Tot slot vertoont deze casus gelijkenis met de zogenoemde middellijk inkoop. Hiervoor is aangegeven dat alsdan ook geen recht op aftrek bestaat.