ECLI:NL:GHAMS:2015:1716

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	23-04-2015
Datum publicatie	27-05-2015
Zaaknummer	14/00621
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBNHO:2014:6331, Bekrachtiging/bevestiging Cassatie: ECLI:NL:HR:2016:2124, Bekrachtiging/bevestiging
Rechtsgebieden	Belastingrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Belanghebbende beschikt tezamen met een derde over een belang in een vennootschap. Die derde verkoopt haar belang zonder dat eerst aan belanghebbende aan te bieden. Daarover ontstaat tussen belanghebbende en de derde een conflict dat uiteindelijk tot een einde komt na betaling van een bedrag door die derde aan belanghebbende. De vraag is of dat bedrag als een voordeel uit hoofde van een deelneming kan worden aangemerkt. Rechtbank en Hof menen van niet.
Wetsverwijzingen	Wet op de vennootschapsbelasting 1969 13
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl V-N Vandaag 2015/1158 V-N 2015/34.1.2 FutD 2015-1320 NTFR 2015/2266 met annotatie van dr.mr. M. van Dun

Uitspraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

kenmerk 14/00621

23 april 2015

uitspraak van de eerste meervoudige belastingkamer

op het hoger beroep van

[X bv], te [Z], belanghebbende,

gemachtigden: mrs. P.E. Halprin en J.H. Huidink (Baker & McKenzie te Amsterdam),

tegen de uitspraak in de zaak met kenmerk AWB 13/968 van de rechtbank Noord-Holland (hierna: de rechtbank) in het geding tussen

belanghebbende

en

de inspecteur van de Belastingdienst/kantoor Rotterdam, de inspecteur.

1 Ontstaan en loop van het geding

1.1. De inspecteur heeft met dagtekening 28 januari 2012 aan belanghebbende voor het jaar 2010, na voorlopige verrekening van verliezen van voorgaande jaren van US$ 31.590.883, een voorlopige aanslag vennootschapsbelasting opgelegd naar een belastbaar bedrag van € 306.984.156. Gelijktijdig is € 2.277.003 aan heffingsrente in rekening gebracht.

1.2. Na daartegen gemaakt bezwaar heeft de inspecteur bij uitspraak, gedagtekend 31 januari 2013, de voorlopige aanslag – met handhaving van de voorlopige verliesverrekening – verminderd tot een berekend naar een belastbaar bedrag van € 282.069.656 en een aftrek ter voorkoming van dubbele belasting van € 1.889.441. De in rekening gebrachte heffingsrente is verminderd tot € 2.037.210.

1.3. Bij uitspraak van 9 juli 2014 heeft de rechtbank het door belanghebbende ingestelde beroep ongegrond verklaard.

1.4. Het tegen deze uitspraak ingestelde hoger beroep is bij het Hof ingekomen op 14 augustus 2014 en aangevuld bij brief van 3 oktober 2014. Het Hof gaat ervan uit dat het bezwaar en het beroep mede gericht zijn geweest tegen de op de voet van artikel 21, derde lid, Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: de Wet), gelijktijdig met de aanslag genomen verliesverrekeningsbeschikking, alsmede dat de uitspraak van de rechtbank en het hoger beroep ook op deze beschikking betrekking hebben. De inspecteur heeft een verweerschrift ingediend.

1.5. Bij brief van 28 januari 2015 is van belanghebbende een nader stuk met bijlagen ontvangen.

1.6. Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 11 februari 2015. Van het verhandelde ter zitting is een proces-verbaal opgemaakt dat met deze uitspraak wordt meegezonden.

2 Feiten

2.1.1. De rechtbank heeft in de onderdelen 2.1 tot en met 2.23 van haar uitspraak de navolgende feiten vastgesteld. Belanghebbende wordt daarin aangeduid als ‘eiseres’, de inspecteur als ‘verweerder’:

“2.1. Eiseres maakt deel uit van een [A] concern ([B]) dat opereert in de olie- en gasindustrie. Eiseres, statutair en feitelijk gevestigd te [Z], is opgericht op [oprichtingsdatum]. Zij doet aangifte vennootschapsbelasting in de functionele valuta US Dollar (USD). Op 18 mei 1999 verkrijgt eiseres

de aandelen in de eveneens per [oprichtingsdatum] opgerichte [C] (hierna: [C]). Vanaf 1 juli 2008 is [C] in een fiscale eenheid gevoegd met eiseres.

2.2. Eind 1999 verkrijgt [C] een 50% aandelenbelang in de vennootschap [D], gevestigd in [E] (hierna: [D]) van de met haar gelieerde ter beurze genoteerde vennootschap [F Company], gevestigd in [A]. [D] is opgericht op [oprichtingsdatum 2] door [F Company] en [G], een entiteit gehouden door de [E] overheid. Op 20 december 1995 verleent de [E] overheid een licentie aan [D] waarbij de exploratie- en winningsrechten worden verkregen voor het Noordelijke deel van het [C] olieveld voor een periode van 25 jaar.

2.3. Op 28 augustus 1996 verwerft [H Ltd.] (later genaamd [H1 Inc.]; hierna: [H1 Inc.]) – een ter beurze genoteerde Canadese vennootschap – via haar dochtermaatschappij [I Ltd.] de aandelen in [G]. Door die verwerving wordt [H1 Inc.] voor 50% indirect aandeelhouder van [D]. De aandelen [G] zijn hiermee geprivatiseerd, waarna de vennootschap de naam [J] (hierna: [J]) krijgt; deze naam is later weer gewijzigd in [J1] (hierna: [J1]).

2.4. In de Deed of Incorporation van [D] van [datum] (in artikel 8) c.q. de herregistratie van 10 juni 1997 (in artikel 16) is een zogenoemd "pre-emptive purchasing right" (hierna ook: voorkeursrecht) opgenomen. Ingeval van een voorgenomen vervreemding van aandelen is de aandeelhouder gehouden de aandelen aan te bieden aan de andere aandeelhouder in [D]. Genoemd artikel 16 van de herregistratie bepaalt – voor zover hier van belang – het volgende ([D] is hierin aangeduid als "the Company"):

"Pre-emptive purchasing right. The shareholder who wishes to sell its shares shall be liable to offer to the other Shareholder to redeem them, and in the event of a refusal – to the Company itself. Such offer should compromise all conditions of the transaction required by the Effective legislation. In the event of the Company's and the Shareholder's refusal, the Shareholder may sell the shares to the Third parties. The refusal of the Shareholder and/or the Company to purchase the shares can be made by way of the conclusion of an appropriate agreement between the Shareholders and the Company."

en

"Sale of the shares. Conditions for the sale of the shares to the other Shareholder or the Company and the methodics of determination of the value of the shares shall be determined in the appropriate agreement between them. Such agreement shall also determine an order of the transfer of the rights and obligations and an extent of the rights and obligations transferred."

2.5. Het voormelde voorkeursrecht ziet op een directe overdracht van aandelen [D]. Er is daarbij niets bepaald over een indirecte vervreemding van aandelen (een zogenoemde "Change of Control"-clausule). Ten tijde van de overname van [G] door [I Ltd.] heeft [F Company] gesteld dat het voorkeursrecht van toepassing zou zijn ten opzichte van de [E] overheid, maar dit is afgewezen op de grond dat [G] aandeelhouder is gebleven van [D].

2.6. In de Shareholders Agreement (aandeelhoudersovereenkomst) van 27 december 1999 tussen (onder meer) [C] en [J] (hierna ook: Shareholders Agreement) is in de artikelen 9.2 en 9.8 een "pre-emptive right" (hierna ook: voorkeursrecht) opgenomen met het

oog op indirecte vervreemding ("Change of Control"). De Shareholders Agreement bepaalt - voor zover hier van belang - het volgende:

"9.2. Restrictions on Assignment. Without prejudice to Article 3, no assignment of any Interest hereunder shall be made by any Shareholder unless such assignment is made in accordance with the provisions of this Article 9:

(…)

9.2.2 Any Shareholder may at any time assign all or a part of its Interest to any other Shareholder or any Third Party, which, in any case, has demonstrated its financial and technical ability to

perform the existing and future obligations provided for by this Agreement provided, however, that if any Shareholder intends to make such assignment, it shall give prior notice to other Shareholders indicating the name and the address of the proposed assignee and the terms and the value of the proposed assignment, after which:

(i) any of the Shareholders may, within 30 days following the receipt of such notice, request by way of a notice delivered to other Shareholders, that such assignment be made to such Shareholder, in which case such assignment shall be made on the same or equivalent terms as specified in the notice of the proposed assignment, and if more than one shareholder requests such assignment the terms shall be shared in proportion to their respective Interests in relation to each other. (…) If the shareholders fail to reach an agreement as to the value of the Interest, the Shareholders shall designate an independent expert with international expertise to make a proper evaluation, and such expert's evaluation shall be final and binding upon the Shareholders. Such other Shareholders may qualify under the provisions of this Section 9.2.2(i) if they agree to pay in cash the such value in lieu of the amounts receivable in case the assignment is made in favor of Third Parties or other Shareholders; and

(…)

9.8 Change of Control. The restrictions set forth in this article 9, including the preemptive right of the other Shareholders to acquire the assigned Interest in accordance with Section 9.2.2, are also applicable to any direct or indirect assignment of interests, shares or participatory shares in the equity of a Shareholder as a result of which the Ultimate Parent Company ceases to be a direct or indirect holder of at least 50% of the equity of such Shareholder (such assignment shall be referred to as the "Change of Control"); provided, however, that any similar change of the Ultimate Parent Company of a Shareholder shall be considered to be a Change of Control and shall be deemed an assignment subject to the provisions of this Article 9."

2.7. In artikel 12 van de Shareholders Agreement is onder meer bepaald dat de overeenkomst wordt beheerst en uitgelegd in overeenstemming met het [E] recht en dat partijen zich naar beste kunnen zullen inspannen om geschillen, discussies en claims voortvloeiende uit of in verband met de overeenkomst onderling op te lossen (amicable settlement). Als partijen niet binnen 30 dagen tot een oplossing komen, zal bindend worden beslist door de Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (hierna: de AISCC).

2.8. Op 20 april 2001 draagt [J] haar belang in [D] over aan [H1 Inc.] waarbij [H1 Inc.] de verplichtingen overneemt die volgen uit de Shareholders Agreement en waarbij [C] zich onthoudt van het uitoefenen van haar voorkeursrecht.

2.9. In 2004 verneemt [C] uit de nieuwsmedia dat [K Company] voornemens is een bod te doen op alle uitstaande aandelen van het beursgenoteerde [H1 Inc.]. [C] stelt dat in dat geval sprake is van een "Change of Control" waardoor [C] gerechtigd zou zijn om op grond van de Shareholders Agreement het 50% aandeel van [H1 Inc.] in [D] te verwerven. Op 30 augustus 2005 stuurt [C] aan [H1 Inc.] een schriftelijke mededeling waarin zij [H1 Inc.] uitnodigt aan te geven welke stappen zij denkt te gaan nemen om aan haar verplichtingen te voldoen.

2.10. Op 7 september 2005 en 26 oktober 2005 richten [C] en [C] zich wederom tot [H1 Inc.] respectievelijk [K Company] met het verzoek in gesprek te komen over de verwerving van de aandelen [D] en tevens de vaststelling van de prijs daarvan.

2.11. Op 26 oktober 2005 verwerft [L], een kleindochtervennootschap van [K Company] ([K Company]), alle aandelen in [H1 Inc.] als gevolg van een openbaar bod op die aandelen. Op 5 juli 2006 verkoopt [L] een derde deel van de aandelen [H1 Inc.] door aan [M], de [E] staatsoliemaatschappij. Deze laatste aandelentransactie was een voorwaarde voor het verkrijgen van goedkeuring van de [E] overheid voor de overname van [H1 Inc.] door [K Company].

2.12. [H1 Inc.] weigerde gevolg te geven aan de verzoeken van [C]. In 2005 is door [C] een aanvullende eis tegen [H1 Inc.] neergelegd bij de AISCC in een op dat moment reeds lopende arbitrageprocedure tegen [H1 Inc.] in een andere kwestie. De aanvullende eis luidt: "declaration in the form of a Partial Award to the effect that [C] is entitled to acquire all of [[H1 Inc.]'s] shares in [D] in consideration for a price determined according to the terms of the Shareholders Agreement." [H1 Inc.] heeft zich in de arbitrageprocedure onder meer op het standpunt gesteld dat de relevante bepalingen uit de Shareholders Agreement inzake het voorkeursrecht niet van toepassing zijn op de [K Company]-transactie, dat het voorkeursrecht niet meer gold als gevolg van de substitutie van [J1] door [H1 Inc.] en dat de overeenkomst letterlijk moet worden geïnterpreteerd ingevolge het [E] recht.

2.13. Op 27 oktober 2006 doet het AISCC uitspraak in een zogenoemde "Partial Award". De tussenuitspraak luidt met betrekking tot het voorkeursrecht als volgt: "The Tribunal declares that [C] is entitled to acquire all of [[H1 Inc.]'s] shares in [D] in consideration for a price to be determined according to the terms of the Shareholders' Agreement." De AISCC draagt partijen op de waarde van de aandelen te berekenen per 31 oktober 2005.

2.14. Partijen bereiken in januari 2007 overeenstemming over de waarde per 31 oktober 2005 van de door [H1 Inc.] in [D] gehouden aandelen. Die waarde wordt vastgesteld op USD 800 miljoen en dat wordt vastgelegd in een Memorandum of Understanding van 11 april 2007 (hierna: de MOU).

2.15. Partijen vragen vervolgens een "Final Award" aan de AISCC.

2.15.1. [H1 Inc.] brengt daarbij - kort samengevat - de volgende nadere claims in:

a. de eerder overeengekomen waarde van USD 800 miljoen moet worden verhoogd met USD 314 miljoen omdat het [D]-veld per 31 oktober 2005 meer waard blijkt te zijn;

b. recht op vergoeding van het (nog) niet gedeclareerde dividend 2007 en 2008 van USD 277 miljoen;

c. recht op vergoeding van rente over de koopsom ten bedrage van USD 127 miljoen (Time Value of Money).

2.15.2. [C] is – kort samengevat - van mening dat:

a. de koopsom voor de aandelen USD 800 miljoen bedraagt;

b. een vergoeding moet worden betaald voor het niet aan haar uitgekeerde dividend van USD
538 miljoen over de jaren 2004-2007 (Damages);

c. op dit bedrag aan Damages in mindering kan worden gebracht een vergoeding voor rente, maar dan niet een bedrag van USD 127 miljoen, maar slechts USD 46,5 miljoen (Time Value of Money);

d. in mindering op dit bedrag aan Damages kan worden gebracht een vergoeding voor kosten
van 'operations and committees' van USD 3,5 miljoen.

2.16. Op 28 oktober 2009 doet het AISCC uitspraak in een "Final Award". Deze luidt – voor zover hier van belang – als volgt:

"1. The Tribunal confirms that the Purchase Price for [[H1 Inc.]'s] [D] Shares (as defined in this final Award) as of 3l October 2005 is USD 800,000,000 (eighthundredmillion United States dollars).

2. The Tribunal dismisses [[H1 Inc.]'s] request for adjustments to the purchase Price in the amount of USD 313,792,600 on account of the larger-than-expected Oil Reserves head of claim; and in the amount of USD 277,495,121 on account of unpaid dividends for 2007 and 2008.

3. The Tribunal orders [H1 Inc.]:

3.1 To assign all of its Shares in [D], representing 50 % of the outstanding shares in the company to [C], against receipt of the purchase price in the amount of USD 800,000,000 (eighthundredmillion United States dollars); and

3.2 To execute a share transfer agreement and to cooperate to the extent reasonably called for to meet other formalities necessary for the consummation of the transfer of its Shares in [D] to [C].

4. The Tribunal orders [H1 Inc.] to pay to [C] the amount of USD 487,997,338 (fourhundredeightysevenmillionninehundredninetyseventhousand-andthreehundredthirtyeight United States dollars) as damages on account of paid-out dividends, as well as simple interest on this amount at a rate of 4.42 % per annum from 16 October 2008 until payment is effected.

5. The Tribunal notes that [H1 Inc.] has been credited an amount of USD 46.5 million on account of Time Value of Money by [C] and, additionally, an amount of USD 3.5 million on account of management costs in relation to [D] after 31 October 2005, and declares that no additional amount of compensation is due to [H1 Inc.] from [C] under the Time Value of Money head of claim."

2.17. In een persbericht van [N] (hierna: [N]) van 6 november 2009 naar aanleiding van het oordeel van de AISCC staat – voor zover hier van belang – het volgende vermeld:

"[N] has received no formal notice in relation to the finalisation of the proceedings culminating in the Award. Furthermore, it is not clear to [N] how [H1 Inc.] will react to the Award. The Company also understands that the transfer of [H1 Inc.]'s share in [D] to [C] will be subject to a pre-emption right by the Government of [E] pursuant to Article 71 of the Law of [E] No. 2828 "on Subsoil and Subsoil Use" dated 27 January 1996 (as amended). Depending on the exact terms of the transaction, [N] may consider asking [O] [opmerking rechtbank: dit is de moedermaatschappij van [N]] to exercise their pre-emption right in favour of [N] as stipulated in the Services Agreement between [O] and [N]."

2.18. Nadat [H1 Inc.] weigert uitvoering te geven aan deze AISCC uitspraak, daagt [C] [H1 Inc.] op 23 november 2009 voor de Canadese rechter te Alberta. Na een hoorzitting op 20 juni 2010 treden partijen in onderhandeling over een compromissoire oplossing. Dit overleg resulteert in een op 16 augustus 2010 getekende "Amicable Settlement" waarbij wordt overeengekomen dat [C] de procedure tegen [H1 Inc.] voor de Canadese rechter zal staken en alle lopende claims uit de Partial en Final Award zal intrekken en dat [H1 Inc.] daartegenover aan [C] een zogenoemde Settlement Payment van USD 438.375.000 zal voldoen "as part of Damages". Verder is bepaald dat [C] geen claim zal instellen uit hoofde van na 16 augustus 2010 nog uit te keren dividenden afkomstig uit winsten uit de periode voor en na 16 augustus 2010. De Amicable Settlement wordt beheerst door Engels recht.

2.19. De Amicable Settlement verwijst voor de hoogte van de Settlement Payment deels naar de Final Award van het AISCC. De door [H1 Inc.] te betalen vergoeding is als volgt opgebouwd (in USD):

1) Niet ontvangen dividend [D] over de periode 2004-2007 537.997.338

2) Af: Rente over de niet betaalde koopsom van de aandelen ad

USD 800 miljoen over 15 maanden x $ 3.1 miljoen -/- 46.500.000

3) Af: Kosten door [H1 Inc.] gemaakt -/- 3.500.000

Totaal bedrag Final Award AISCC 487.997.335

4) Rentevergoeding conform AISCC van 16 oktober 2008 tot 20 juni 2010 37.002.662

Totaal 525.000.000

In het kader van de Amicable Settlement overeengekomen vermindering

van het te vergoeden bedrag (-/- 16,5%) -/- 86.625.000

Door [H1 Inc.] te betalen vergoeding: 438.375.000

2.20. Dit bedrag is in 2010 door [H1 Inc.] aan [C] voldaan.

2.21. De door [H1 Inc.] gehouden aandelen in [D] zijn niet opgenomen als deelneming in de door eiseres ingediende aangiften vennootschapsbelasting 2005-2009.

2.22. Op 8 september 2010 informeert Baker & McKenzie, kantoor [R], de directie van [C] over de juridische achtergronden en de beweegredenen die hebben geleid tot de Amicable Settlement. Daarin staan – voor zover hier van belang – de volgende passages:

"In Canada (where [H1 Inc.] is incorporated), the risk remained, though insignificant in our opinion, that the Canadian court would have taken the position pleaded by [H1 Inc.] and rejected [C]'s claims for enforcement in full or in part. Further, even if [C] had won the case before the trial court, the proceedings could have been complicated and significantly delayed by appeals. Finally, [C] could face significant difficulties at the actual enforcement stage, as [H1 Inc.] does not have substantial assets in Canada.

In [E] (where [H1 Inc.] has its main assets), the risk was moderately high that [H1 Inc.] would attempt to re-litigate the disputed matter and either significantly delay the actual enforcement or even make it impossible. Further, there was a conflict of interests involving a [H1 Inc.]'s shareholder (namely, [E]'s National Oil and Gas Company "[M]" (hereinafter - [M]") which could have benefited from the exercise of the state priority right. [C] was aware that [M] (who have influence on the descision making within the government) was supportive of [H1 Inc.]'s position. These factors could significantly decrease [C]'s chances for actual enforcement of the award in [E].

(…)

In the circumstances, we can readily understand the business decision made by [C] to take less than the face value of the claim in order to have it settled and be assured of payment. Overall, the settlement is, in our view, very beneficial to [C] notwithstanding the fact that it gave up the shares and a portion of damages."

2.23. Op 9 september 2010 schrijft [Q], senior vice-president van [C], een memo over de Amicable Settlement. Voor zover hier van belang staat daarin het volgende vermeld:

"[H1 Inc.] and [C] further agreed that the amicable settlement is made in full and final settlement of all and any claims between the parties. [H1 Inc.] is to retain its 50% shareholding interest in [D]. The Alberta Court agreed with the Consent Order submitted to it by the parties and the case was duly dismissed.

[C] agreed to settlement at the amount of USD S 438,375,000 waiving potential rights to acquire [H1 Inc.]'s share in [D], residual amount of damages and interest because of the following main reasons:

- to stop ongoing litigation, which could deprive [C] and its affiliated companies from broader co-operation with [K Company], which is the major shareholder of [H1 Inc.];

- to avoid further risks and uncertainties associated with the enforcement of the AISCC award by the Alberta Court;

- to ensure an undelayed collection of the amounts receivable from [H1 Inc.] under the AISCC award."

2.1.2. Tegen de hiervoor vermelde, door de rechtbank vastgestelde feiten hebben partijen geen bezwaren aangevoerd, zodat ook het Hof van deze feiten zal uitgaan. Hieraan voegt het Hof,

mede op basis van in hoger beroep overgelegde stukken, nog de volgende feiten toe.

2.2. De onder 2.18 van de uitspraak van de rechtbank vermelde 'Amicable Settlement' (hierna: de settlement) van 16 augustus 2010 luidt onder meer als volgt:

"Hereinafter [H1 Inc.] and [C] are referred to together as the "Parties"and each as a "Party."
(…)
2. DISMISSAL OG PROCEEDINGS AND PAYMENT
2.1. The Parties have agreed to resolve their differences by means of executing this Amicable Settlement on the following terms.

2.2. [H1 Inc.] shall pay the amount of USD 438,375,000 (…) (the "Settlement Payment") as part of Damages on the terms set out in this Amicable Settlement. (…)

2.3. [C] agrees that it will dismiss the Proceedings, and will waive all of its pending claims against [H1 Inc.] under the Partial Award, the Final Award and the Proceedings in the manner set out in Clause 3 herein.
(…)

3. RELEASES AND AGREEMENTS NOT TO SUE
(…)

3.2. The Parties agree that the Amicable Settlement is made in full and final settlement of all and any claims under the Partial Award, the Final Award, the Proceedings and for the retained earnings of [D] (the "Released Claims")."

2.3. In de onder 2.22 van de uitspraak van de rechtbank aangehaalde brief van [S] (Baker & McKenzie, kantoor [R]) van 8 september 2010 is voorts vermeld:

"Summary of the Dispute
(…)
5. [H1 Inc.] is opposed to the recognition and enforcement of the award, since such enforcement, as [H1 Inc.] holds, would run counter to Canada's public policy and would violate the laws of Canada and [E]. Viz, in [H1 Inc.]'s view, a judgement on the recognition and enforcement of the Final and Partial Awards is possible (both with regard to the share transfer and the recovery of damages) solely on condition that and after
- [E] has decided to waive the priority right; and
- The Competent Authority of [E] has issued a permission for the
transfer of the right to use subsoil resources (that is, shares in the subsoil user-company); and
- The Anti-Monopoly Agency of [E] has consented to such economic
concentration.
(…)
Risks and Concerns associated with enforcement in [E]
12. Since [H1 Inc.] has its main assets in [E] (including its shares in [D]), in all likelihood, [C] would also have faced the necessity to take actions for enforcement in [E] subsequent to the Canadian proceedings.
13. [H1 Inc.]'s main objection to [C]'s enforcement was that no enforcement should be granted unless and until [E] waives its statutory priority right to acquire the shares which were awarded to [C]. In this regard, it should be noted that indeed according to Article 12 of the Law of [E] "On Subsoil and Subsoil Use" dated 24 June 2010 (…), in case of a proposed sale/acquisition of shares in a company holding subsoil use rights in [E], the State ([E]) has a priority right to acquire the relevant shares on the terms that are not less favorable to the seller than the terms offered by

the prospective buyer. Under the [E] law, preemptive rights of other parties (the buyer, shareholders, etc.) cannot be exercised unless and until the State waives its priority right (irrespective of whether such parties' rights arise as a result of court/arbitration award, contractual arrangement or otherwise).
(…)
16. Also, [C] was aware that [M] was supportive of [H1 Inc.]'s position. Specifically, [M] communicated to [C] (albeit on an unofficial basis) that it was in fact considering raising with the Government of [E] the issue of the state priority right to [D] shares. This again came as no surprise to [C] since [C] was aware that [M]' position was probably explained by the fact that [M] owned (and still owns) 33% of [H1 Inc.] (and, hence, [M] was very much interested in [H1 Inc.]'s position prevailing over [C]'s position). [C] disagreed with [M]' allegations. At the same time, [C] was aware of the [M]' influence in [E] and, hence, accepted [M]' allegations as a very serious potential impediment to the enforcement process."

2.4. In een verklaring van [T], van 17 oktober 2013 is onder meer het volgende opgenomen:

"1. My name is (…) [T]. I currently hold a position of Administrative Director / Legal Counsel of [C GmbH] in [W].

2. Before that I held the positions of (…) Head of Legal and General Counsel at [C Ltd.]. [R], [A] (2001-2011). (…)

3. In my capacity of Head of Legal and General Counsel I was personally involved in and was responsible for the negotiation and preparation of the Amicable Settlement on Resolution of Dispute Regarding [D]of 16 August 2010. (…)

4. On behalf of [C] from facts within my own knowledge I can declare the following:

It was the intention of [C] and [H1 Inc.] ([H1 Inc.]) to put into effect the Final Award of 28 October 2009 of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (…) by means of the Amicable Settlement Agreement. It was agreed that [H1 Inc.] would pay to [C] an amount of US dollar 438,375,000 on account of dividends which were paid out to [H1 Inc.] but to which [C] was entitled. In addition, [C] would dismiss the proceedings before the Court of Queen's bench of Alberta initiated by [C] against [H1 Inc.] in 2010 and would waive all claims against [H1 Inc.] amongst which its right to transfer of the shares in [D]. [C] would be released from its obligations to pay the purchase price of US dollar 800 million. (…) ".

3 Geschil in hoger beroep

3.1. Evenals voor de rechtbank is in hoger beroep in geschil of de door [H1 Inc.] (hierna: [H1 Inc.]) aan [C] (hierna: [C]) betaalde vergoeding van US$ 438.375.000 is vrijgesteld als voordeel uit hoofde van een deelneming als bedoeld in artikel 13, eerste lid, van de Wet.

3.2. Indien ter zake van het op grond van de settlement aan [C] betaalde bedrag de deelnemingsvrijstelling van toepassing is, is voorts in geschil of het vrijgestelde bedrag – zoals belanghebbende stelt – US$ 537.997.338 bedraagt en of daarnaast 'rente over de niet betaalde koopsom van de aandelen ad USD 800 miljoen' ten bedrage van US$ 46.500.000 en 'Kosten door [H1 Inc.] gemaakt" ad US$ 3.500.000 (beide bedragen als vermeld in onderdeel 2.19 van de uitspraak van de rechtbank) aftrekbaar zijn.

4 Beoordeling van het geschil

4.1. De rechtbank heeft het geschil als volgt beoordeeld:

"4.1. Ingevolge het bepaalde in artikel 13, eerste lid, Wet Vpb blijven bij het bepalen van de winst buiten aanmerking de voordelen uit hoofde van een deelneming (deelnemingsvrijstelling). Van een deelneming is – voor zover hier van belang – sprake indien de belastingplichtige voor ten minste 5% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is van een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld (artikel 13, tweede lid, aanhef en onderdeel a, Wet Vpb).

4.2. [C] is vanaf 1999 voor 50% aandeelhouder van [D]. Op dit belang is de deelnemingsvrijstelling van toepassing. De vraag is of de kwalificatie deelneming zich voor eiseres mede uitstrekt tot het andere 50% belang in [D] dat in het bezit is van [H1 Inc.].

Niet in geschil is dat de onderhavige vergoeding niet kan worden toegerekend aan het in 1999 door [C] van [F Company] verkregen 50% aandelenbelang in [D].
De zogenoemde meetrekregeling genoemd in het vijfde lid van artikel 13 Wet Vpb, is niet van toepassing.

Het geschil spitst zich toe op de vraag of [C] een voor de deelnemingsvrijstelling kwalificerend belang heeft bij de door [H1 Inc.] in [D] gehouden aandelen en of de door [H1 Inc.] aan [C] betaalde vergoeding van USD 438.375.000 kwalificeert als een voordeel uit hoofde van een deelneming dan wel moet worden aangemerkt als een belaste schadevergoeding.

4.3. Vaststaat dat [C] op geen enkel moment de juridische eigendom van de door [H1 Inc.] gehouden aandelen in [D] heeft verkregen en dat [C] niet kon beschikken over de daaruit voorvloeiende zeggenschapsrechten, zoals bijvoorbeeld het (doen) uitkeren van dividend of benoemingsrechten. Eiseres betoogt onder meer dat het voorkeursrecht in de voorliggende situatie op één lijn dient te worden gesteld met het geval dat voorlag in het arrest HR 22 november 2002, nr. 36272, ECLI:NL:HR:2002:AD8488, BNB 2003/34 (Falconsarrest), en dat de door [H1 Inc.] aan [C] betaalde vergoeding om die reden kwalificeert voor de deelnemingsvrijstelling.

4.4. Zoals in genoemd arrest is geoordeeld, strekt de deelnemingsvrijstelling ertoe te voorkomen dat in een deelnemingsverhouding dezelfde winst tweemaal in een belasting naar de winst wordt betrokken. Indien het belang bij een tot een deelneming behorend aandeel wordt opgesplitst, strookt het met die strekking bij beide belanghebbenden bij dat aandeel de deelnemingsvrijstelling toe te passen, zodat de deelnemingsvrijstelling geldt voor alle voor- en nadelen van dat aandeel.

4.5. Met verweerder is de rechtbank van oordeel dat genoemd arrest geen verdere strekking heeft dan de in het arrest behandelde callopties en daarmee vergelijkbare instrumenten. Het onderhavige voorkeursrecht uit hoofde van de aandeelhoudersovereenkomst is niet vergelijkbaar met een calloptie omdat er op essentiële punten verschillen bestaan tussen het voorkeursrecht enerzijds en een calloptie en daarmee vergelijkbare instrumenten anderzijds. Een optie wordt niet persoonlijk toegekend, is zelfstandig overdraagbaar en behelst een (onvoorwaardelijk) recht dat kan worden uitgeoefend tegen een vooraf vastgestelde prijs.
De bezitter van een calloptie heeft een belang bij de waardeontwikkeling van het onderliggende aandeel welk belang tegengesteld is aan het belang van de eigenaar van het aandeel. Het onderhavige voorkeursrecht betreft een persoonlijk recht uit hoofde van de aandeelhoudersovereenkomst, is niet zelfstandig overdraagbaar en het bestaan van het recht is (mede) afhankelijk van de voorwaarde dat sprake is van het voornemen tot een directe overdracht van de aandelen in [D] dan wel een indirecte overdracht (Change of Control) waarbij de "Ultimate Parent Company" een (uiteindelijk) belang van 50% (of meer) in [D] wil overdragen aan een derde. Het onderhavige voorkeursrecht kent ook niet een vooraf vastgestelde uitoefenprijs. De prijs en de voorwaarden waartegen de aandelen worden overgedragen worden pas bekend bij

een voorgenomen (indirecte) overdracht waarbij de aandelen worden aangeboden aan de medeaandeelhouder die het voorkeursrecht heeft. Bij het overeenkomen van het voorkeursrecht is dan ook geen prijs of premie betaald, zoals bij het schrijven of bij verkoop van een optierecht of -verplichting wel het geval zou zijn geweest. Met het overeenkomen van het voorkeursrecht is van een vervreemding of opsplitsing van het belang bij de aandelen geen sprake.

4.6. Voor zover eiseres meent dat met (het voornemen tot) overname door [K Company] van alle uitstaande aandelen van het beursgenoteerde [H1 Inc.], sprake is geweest van een Change of Control in voormelde zin en dat zulks een opsplitsing van het aandelenbelang tussen [H1 Inc.] en [C] met zich heeft gebracht, kan de rechtbank eiseres evenmin volgen in haar standpunt. [H1 Inc.] heeft de door [C] voorgestane uitleg van het voorkeursrecht steeds betwist. Blijkens de weergegeven artikelen van de herregistratie en de relevante bepalingen in de Shareholders Agreement was [H1 Inc.] na Change of Control gehouden de aandelen in [D] aan te bieden aan [C] onder vermelding van de voorwaarden en de prijs waaronder de verkoop zou plaatsvinden. Een dergelijke aanbieding heeft niet plaatsgevonden. Onder deze omstandigheden kan niet worden gezegd dat het belang bij de aandelen [D] is opgesplitst. Het feit dat nadien de AISCC heeft geoordeeld dat [H1 Inc.] de aandelen in [D] diende over te dragen, behelst evenmin een opsplitsing of vervreemding van het belang als hiervoor bedoeld.

4.7. Het arrest van de Hoge Raad van 14 oktober 2005, nr. 41275 ECLI:NL:HR:2005: AU0841, BNB 2006/7 (Netwerkorganisatie-arrest), brengt geen verandering in het oordeel van de rechtbank. Genoemd arrest is toegespitst op het aldaar voorliggende geval waarbij de verkoper van een pakket aandelen dat een deelneming vormt, het recht heeft bedongen dat aan hem een gedeelte toekomt van het verkoopresultaat dat de koper behaalt, indien die koper voor een bepaalde datum tot wederverkoop van de betreffende aandelen overgaat. Alsdan, zo oordeelde de Hoge Raad in dit arrest, brengt de deelnemingsvrijstelling met zich dat het uit hoofde van dat recht door de verkoper ontvangen bedrag, indien hij als belastingplichtige voor de vennootschapsbelasting kan worden aangemerkt, onder de deelnemingsvrijstelling valt. Het onderhavige geval is niet vergelijkbaar met de in dit arrest beschreven situatie nu in casu sprake is van een voorkeursrecht dat steeds is betwist door de wederpartij en nimmer is uitgevoerd. Van een met het door eiseres voorgestane recht corresponderende verplichting is dan ook geen sprake. Indien eiseres wordt gevolgd in haar betoog, zou niet zijn gewaarborgd dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op alle voor- en nadelen van het betreffende aandeel.

4.8. De rechtbank vermag niet in te zien dat de strekking van de deelnemingsvrijstelling, namelijk te voorkomen dat in een deelnemingsverhouding dezelfde winst tweemaal in een belasting naar de winst wordt betrokken, ertoe heeft te leiden de deelnemingsvrijstelling toe te passen bij eiseres op de door [H1 Inc.] gehouden aandelen in [D]. In de gegeven omstandigheden waarbij het voorkeursrecht steeds is betwist en ook nimmer is uitgevoerd door de betrokken partijen, zou [H1 Inc.] – zo [H1 Inc.] belastingplichtig zou zijn geweest voor de vennootschapsbelasting – niet een onder de deelnemingsvrijstelling vallende verplichting in aanmerking hoeven te nemen. De omstandigheid dat het via [H1 Inc.] gehouden belang in [D] in de jaarrekeningen van 2010 en 2011 van [M] niet is meegeconsolideerd, brengt de rechtbank niet tot een ander oordeel. Zonder nadere toelichting van eiseres over de redenen die hieraan ten grondslag hebben gelegen kan hieruit niet worden afgeleid dat het belang van [H1 Inc.] in [D] (gedeeltelijk) niet meer zou kwalificeren als deelneming indien [H1 Inc.] belastingplichtige zou zijn geweest voor de Wet Vpb.

4.9. Voor zover eiseres betoogt dat [C] recht had op levering van de door [H1 Inc.] gehouden aandelen in [D], oordeelt de rechtbank als volgt. Voor het in aanmerking nemen van zo'n recht op levering dient sprake te zijn van een geldige titel, zoals bijvoorbeeld een koopovereenkomst. Dit heeft – zo is niet in geschil tussen partijen en de rechtbank sluit zich daarbij aan – ook te gelden indien naar [E] of Canadees recht moet worden beoordeeld of sprake is van een recht op levering.

4.10. Anders dan eiseres heeft gesteld, is tussen [C] en [H1 Inc.] geen koopovereenkomst gesloten met betrekking tot de onderhavige aandelen. De op 11 april 2007 gesloten MOU kan niet als een koopovereenkomst worden opgevat nu daarbij alleen overeenstemming is bereikt over de waarde van de aandelen per 31 oktober 2005. Van een overdracht van de aandelen of recht op levering daarvan is op dat moment nog geen sprake. Het voorkeursrecht levert op zichzelf bezien evenmin

een titel op voor levering van de aandelen. Ook indien ervan uit wordt gegaan dat een Change of Control heeft plaatsgevonden met betrekking tot het door [H1 Inc.] gehouden belang in [D] en zou zijn voldaan aan de voorwaarden voor uitoefening van het voorkeursrecht, kan de rechtbank eiseres niet volgen in haar betoog dat zij hiermee een recht op levering van de aandelen heeft verkregen. Uit de Shareholders Agreement volgt dat [H1 Inc.] gehouden was om bij een voorgenomen (in)directe overdracht van de aandelen [D] aan een derde, de aandelen [D] aan te bieden aan [C] onder vermelding van voorwaarden en prijs waartegen overdracht zou plaatsvinden. [H1 Inc.] heeft de aandelen niet aangeboden aan [C] en heeft evenmin aangegeven onder welke voorwaarden en tegen welke prijs overdracht zou plaatsvinden.

4.11. Eiseres betoogt voorts dat de oordelen van de AISCC voor [C] een recht op levering van de door [H1 Inc.] in [D] gehouden aandelen hebben doen ontstaan. De AISCC heeft – zo volgt uit de in onderdeel 2.13 weergegeven Partial Award – op 27 oktober 2006 verklaard dat eiseres gerechtigd is om ('is entitled to') de door [H1 Inc.] gehouden aandelen in [D] te verwerven met als tegenprestatie ('in consideration for') een in overeenstemming met de Shareholders Agreement te bepalen prijs. Nu de prijs waarvoor de aandelen zouden worden overgedragen op dat moment nog niet vaststond was nog geen sprake van een recht op levering van de door [H1 Inc.] gehouden aandelen in [D]. Nadat [C] en [H1 Inc.] in januari 2007 overeenstemming hadden bereikt over de waarde van de aandelen en op 11 april 2007 in de MOU de waarde van de aandelen per 31 oktober 2005 hadden vastgelegd, is evenmin een recht op levering ontstaan. Partijen waren niet tot overeenstemming gekomen met betrekking tot overdracht van de aandelen en hebben zich vervolgens tot de AISCC gewend voor een Final Award. Daarbij zijn door genoemde partijen over en weer nadere argumenten naar voren gebracht over de te hanteren waarde van de aandelen en de hoogte van de aan [C] te betalen vergoeding.

4.12. Ook met de Final Award van 28 oktober 2009 is naar het oordeel van de rechtbank niet een recht op levering ontstaan met betrekking tot de aandelen. In de Final Award wordt [H1 Inc.] opgedragen om:

- al haar aandelen [D] over te dragen aan ('to assign to') [C] voor genoemde prijs van USD 800 miljoen;

- een overeenkomst tot overdracht van de aandelen te sluiten ('to execute a share agreement'), en

- de in redelijkheid van haar te verwachten medewerking te verlenen om te voldoen aan de overige formaliteiten die noodzakelijk zijn om de overdracht van de aandelen te voltooien. Uit deze bewoordingen volgt dat partijen nog een overeenkomst dienden te sluiten alvorens tot levering zou worden overgegaan. Anders dan eiseres, leest de rechtbank hierin niet dat de uitspraak van de AISCC op zichzelf bezien de totstandkoming van een koopovereenkomst bevestigt of een recht op levering heeft doen ontstaan. De stelling van eiseres dat de levering van aandelen naar [E] recht slechts een administratieve handeling betreft waarbij de juridische eigendomsoverdracht wordt geregistreerd in het register van de vennootschap, doet aan het voorgaande niet af. Het feit dat het oordeel van de AISCC – zo is niet in geschil en zulks volgt ook uit de Shareholders Agreement – voor partijen bindend is en de omstandigheid dat zowel Canada als [E] partij zijn bij het Verdrag tot erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse arbitrale vonnissen (Verdrag van New York 1958), leiden evenmin tot een ander oordeel.

4.13. Uit de Amicable Settlement volgt evenmin dat [C] het recht op levering van de aandelen [D] heeft gehad. Anders dan eiseres betoogt staat niet in de Amicable Settlement dat [C] afziet van een recht op levering van de aandelen [D]. In de Amicable Settlement staat dat [C] de procedure tegen [H1 Inc.] voor de Canadese rechter zal staken en daartoe alle lopende claims uit de Partial en Final Award zal intrekken en dat daartegenover door [H1 Inc.] een vergoeding zal worden betaald aan [C].

4.14. Uit HR 16 oktober 1985, nr. 23033, ECLI:NL:HR:1985:BH4845, BNB 1986/118, volgt dat de term aandeelhouder in het kader van de deelnemingsvrijstelling aldus dient te worden verstaan dat daaronder niet slechts wordt begrepen de eigenaar van de aandelen, doch tevens degene die tot de eigenaar van de aandelen in een zodanige rechtsverhouding staat dat het gehele belang bij de

aandelen hem en niet de eigenaar toekomt. Voor zover eiseres betoogt dat in feite het gehele belang bij de aandelen in [D] toekwam aan [C] en niet aan [H1 Inc.] en dat om die reden kan worden gesproken van een deelneming, oordeelt de rechtbank als volgt.

4.15. Bij de beoordeling van de vraag of het gehele belang bij de aandelen in feite bij [C] was komen te liggen en niet meer toekwam aan [H1 Inc.], stelt de rechtbank voorop dat de aanspraken van [C] met betrekking tot de aandelen [D] steeds door [H1 Inc.] zijn betwist, ook nadat de AISCC uitspraak had gedaan. [C] heeft zich na de Final Award tot de Canadese rechter gewend om naleving van de Final Award af te dwingen. Verweerder heeft in dit verband naar voren gebracht dat [H1 Inc.] van mening was dat geen Change of Control had plaatsgevonden en dat een van de drie arbiters van de AISCC daarin het standpunt van [H1 Inc.] steunde, dat deze van oordeel was dat de Shareholders Agreement restrictief diende te worden uitgelegd en dat er gebreken waren bij de aanpassing ervan in 2001 waarbij [J] haar belang in [D] heeft overgedragen aan [H1 Inc.]. Eiseres heeft geen nadere stukken ingebracht met betrekking tot de procedure voor de Canadese rechter die licht zouden kunnen werpen op de redenen waarom [H1 Inc.] de Final Award niet wilde naleven. Bij deze stand van zaken dient het ervoor te worden gehouden dat [H1 Inc.] ook na de Final Award enig recht van eiseres op de aandelen betwiste. Het voorkeursrecht is ook nimmer geëffectueerd omdat de betrokken partijen tot een zogenoemde Amicable Settlement zijn gekomen.

4.16. Niet bekend is wat de Canadese rechter zou hebben geoordeeld over de vraag of en in hoeverre [H1 Inc.] gehouden zou zijn het oordeel van de AISCC na te leven en of de aanspraken op de aandelen zouden worden erkend. Voorts kan – gelet op het bepaalde in artikel 12 van de Shareholders Agreement waarin staat dat deze overeenkomst wordt beheerst en uitgelegd in overeenstemming met het [E] recht en gelet op het feit dat het vermogen van [D] zich in [E] bevond – niet worden uitgesloten dat ook het oordeel van de [E] rechter zou moeten worden ingeroepen ter effectuering van het voorkeursrecht en de uitspraak van de AISCC. Om die reden kan niet met zekerheid worden gezegd in hoeverre het belang bij de aandelen bij [C] was komen te liggen.

4.17. Bij de beoordeling van de vraag of het belang bij de aandelen van [H1 Inc.] in feite naar [C] is overgegaan, neemt de rechtbank voorts in aanmerking dat toestemming diende te worden verkregen van de [E] overheid of een (mededingings)autoriteit in [E], alvorens de aandelen [D] zouden kunnen worden overgedragen aan [C]. Bovendien had de [E] overheid ook vóór 2010 - op grond van de toenmalige Law of Subsoil and Subsoil Use - een voorkeursrecht op de door [H1 Inc.] gehouden aandelen [D] kunnen uitoefenen indien [H1 Inc.] haar aandelen in [D] zou hebben overgedragen aan [C]. Uit het in onderdeel 2.17 weergegeven persbericht van [N], de memo van de senior vice-president van [C] (2.22) en de uitlatingen van Baker & McKenzie te [R] (2.23), maakt de rechtbank op dat de kans reëel aanwezig was dat dit voorkeursrecht een belemmering zou vormen voor overdracht van de aandelen [D] aan [C]. Niet aannemelijk is dat deze uitlatingen zijn gedaan om achteraf bezien de Amicable Settlement te kunnen rechtvaardigen en dat de werkelijk reden daarvoor uitsluitend was gelegen in het goed houden van de relatie met [E] en [K Company], zoals eiseres heeft gesteld.

4.18. Zoals verweerder terecht betoogt, gaat de Amicable Settlement er evenmin vanuit dat het gehele belang bij de door [H1 Inc.] gehouden aandelen in [D] bij [C] is komen te liggen. In de berekening van de vergoeding is geen rekening gehouden met vergoeding van rente over de periode 31 oktober 2005 – 15 oktober 2008 en voorts is 16,5%, zijnde een bedrag van USD 86.625.000, op de vergoeding in mindering gebracht. In de berekening van de vergoeding is bovendien geen rekening gehouden met de ontwikkeling van de waarde van de aandelen [D] vanaf 31 oktober 2005. Ook indien eiseres zou worden gevolgd in haar betoog dat de waarde van het 50% belang na stijging en daling van de olieprijs in de periode 2005-2010 ook in 2010 (evenals in 2005) op USD 800 miljoen uitkwam, acht de rechtbank aannemelijk dat zulks onderwerp van discussie zou zijn geweest bij de Amicable Settlement indien ervan uit moet worden gegaan dat [C] het volledige belang bij de waardeontwikkeling van de aandelen zou hebben gehad. Uit de tekst van de Amicable Settlement en ook anderszins is niet gesteld of gebleken dat zulks onderwerp van discussie is geweest bij het compromis.

4.19. Gelet op het voorgaande, in het bijzonder gelet op de aard van het voorkeursrecht, het feit dat [H1 Inc.] de aandelen [D] steeds voor zichzelf heeft behouden en niet voornemens is geweest het bezit daarvan over te dragen aan [C] en de onzekerheid of overdracht van de aandelen [D] ook daadwerkelijk had kunnen worden gerealiseerd, kan niet worden gesproken van een situatie waarbij het gehele (economische) belang bij de door [H1 Inc.] gehouden aandelen in [D] bij [C] is komen liggen.

4.20. Bij de beoordeling van de vraag of de deelnemingsvrijstelling van toepassing is op de onderhavige vergoeding overweegt de rechtbank voorts dat de in artikel 13 van de Wet Vpb opgenomen woorden "voordelen uit hoofde van een deelneming" duiden op een rechtstreeks causaal verband tussen het genoten voordeel en het bezit van een deelneming. In zijn arrest van 6 maart 1985, nr. 22572, ECLI:NL:HR:1985:BH1692, BNB 1985/200, oordeelde de Hoge Raad dat een door de verkoper van een deelneming wegens wanprestatie (bestaande uit het niet voldoen aan de verplichtingen om de deelneming in eigendom te aanvaarden en de koopprijs te betalen) van de koper ontvangen schadevergoeding, niet onder de deelnemingsvrijstelling valt. De rechtbank wijst in dit verband ook op de uitspraak van Gerechtshof Amsterdam van 1 juni 2005, nr. 04/00604, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT8709, waarin is geoordeeld dat een schadevergoeding wegens wanprestatie in een fase waarin nog niet een koopovereenkomst tot stand was gekomen (de zogenoemde precontractuele fase), niet is aan te merken als een voordeel uit hoofde van de deelneming. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 2 mei 2013, nr.12/0062, ECLI:NL:GHARL:2013:CA0375, waarbij de ontvangen schadevergoeding wegens het niet doorgaan van een verkoop van een deelneming niet onder de deelnemingsvrijstelling viel.

4.21. De door [H1 Inc.] aan [C] betaalde vergoeding (Settlement Payment) vloeit rechtstreeks voort uit de overeenkomst zoals neergelegd in de Amicable Settlement en staat naar het oordeel van de rechtbank in een te ver verwijderd verband met de door [H1 Inc.] gehouden aandelen in [D] om te kunnen worden aangemerkt als voordeel uit deelneming. De betrokken partijen hebben de vergoeding zelf in de Amicable Settlement ook aangemerkt als tegemoetkoming wegens schade ('Damages'). De rechtbank is van oordeel dat de onderhavige aan [C] betaalde vergoeding dan ook geen voordeel uit hoofde van een deelneming is, maar een schadevergoeding wegens wanprestatie van [H1 Inc.] bij het nakomen van het voorkeursrecht.

4.22. Gelet op het voorgaande kan het door [H1 Inc.] in [D] gehouden belang niet worden aangemerkt als een deelneming van [C]/eiseres en kan de door [H1 Inc.] aan [C] betaalde vergoeding niet worden aangemerkt als een voordeel uit deelneming.
De deelnemingsvrijstelling is derhalve niet van toepassing op de vergoeding. Het gelijk is tot dusverre aan verweerder."

4.2.1. In hoger beroep heeft belanghebbende primair gesteld dat de door haar ontvangen vergoeding van US$ 438.375.000 als vermeld in de settlement (hierna: de vergoeding) aan haar is toegekomen uit hoofde van het in 1999 door [C] verworven aandelenbelang van 50% in de in [E] gevestigde vennootschap [D] (hierna: [D]). De hoedanigheid van aandeelhouder in de zin van artikel 13 van de Wet strekt zich volgens belanghebbende uit tot het geheel van rechten en verplichtingen waarop het bezit van de aandelen recht geeft. Derhalve is in hoger beroep – in afwijking van hetgeen op dit punt in rechtsoverweging 4.2 van de uitspraak van de rechtbank is overwogen – mede in geschil of de vergoeding een voordeel is uit hoofde van de sedert 1999 door [C] gehouden 50%-deelneming in [D].

4.2.2. Tot de rechten en verplichtingen die [C] uit hoofde van de sedert 1999 door haar gehouden deelneming in [D] heeft, behoren volgens belanghebbende ook de rechten die [C] ontleent aan de in 1999 tussen haar en [P], destijds de andere 50%-houder van aandelen in [D] (hierna: [J]), overeengekomen Shareholders Agreement (hierna: de aandeelhoudersovereenkomst), in het bijzonder het daarin opgenomen voorkeursrecht voor de blijvende houder van aandelen in [D] voor het geval (de) niet door hem gehouden aandelen in [D] direct dan wel indirect worden vervreemd (zie onder 2.6 van de uitspraak van de rechtbank).

4.2.3. Volgens belanghebbende heeft de vergoeding betrekking op dividenden die door [D] weliswaar aan [H1 Inc.] zijn uitbetaald, maar waartoe [C] gerechtigd was. Die vergoeding is in dit verband door belanghebbende aangemerkt als bestemd voor "het afkopen van een deel van de aandeelhoudersrechten die kleefden aan de door [C] gehouden aandelen". Als bewijs voor deze stelling heeft zij verwezen naar de onder 2.4 aangehaalde verklaring van [T] over de settlement van 16 augustus 2010. Daarin is onder meer vermeld:

"It was agreed that [H1 Inc.] would pay to [C] an amount of US dollar 438,375,000 on account of dividends which were paid out to [H1 Inc.] but to which [C] was entitled."

Gelet op de verklaring van [T], destijds betrokken bij de totstandkoming van de settlement, en het samenstel van rechten en verplichtingen dat is belichaamd in de statuten van [D] en in de aandeelhoudersovereenkomst, dient de vergoeding volgens belanghebbende als een voordeel uit hoofde van de reeds bestaande deelneming van [C] in [D] te worden aangemerkt. In dit verband acht belanghebbende de in onderdeel 4.20 van de uitspraak van de rechtbank vermelde jurisprudentie achterhaald – waar het het arrest HR 6 maart 1985, nr. 22.572, ECLI:NL:HR:1985:BH1692, BNB 1985/200 (hierna: het arrest BNB 1985/200) betreft – dan wel niet relevant. Daarentegen ziet belanghebbende haar opvatting gesteund in het arrest HR 22 april 2005, nr. 40.562, ECLI:NL:HR:2005:AT4491, BNB 2005/254 (hierna: het arrest BNB 2005/254).

4.2.4. De inspecteur bestrijdt dat de vergoeding als een voordeel uit hoofde van de sedert 1999 door [C] gehouden deelneming kan worden aangemerkt. De vergoeding houdt volgens hem geen enkel verband met dividenduitkeringen of met de waardeontwikkeling van die deelneming. De aandeelhoudersovereenkomst hield bij het aangaan van die overeenkomst noch een beperking, noch een uitbreiding van de toen reeds bestaande aandeelhoudersrechten in. De vergoeding moet volgens de inspecteur worden aangemerkt als een schadevergoeding voor het jegens belanghebbende door [H1 Inc.] niet-nakomen van verplichtingen die voortvloeien uit de aandeelhoudersovereenkomst. De vergoeding staat daarmee in een te ver verwijderd (causaal) verband tot de reeds door belanghebbende gehouden deelneming.

4.2.5. Bij de beoordeling van de primaire stelling van belanghebbende stelt het Hof voorop dat ook in de statuten van [D] een voorkeursrecht is opgenomen (uitspraak rechtbank onderdeel 2.4). Dit voorkeursrecht heeft echter betrekking op de situatie waarin een onmiddellijk houder van aandelen in [D] tot vervreemding van die aandelen zou wensen over te gaan. Een dergelijke situatie heeft zich – ná de verwerving in 2001 van 50% van de aandelen in [D] door [H1 Inc.] – echter niet voorgedaan en de vergoeding is dan ook niet aan het in de statuten van [D] opgenomen voorkeursrecht te relateren. De vergoeding kan derhalve niet op grond van het in de statuten van [D] opgenomen voorkeursrecht als een voordeel uit hoofde van de sedert 1999 door [C] gehouden deelneming in [D] worden aangemerkt.

4.2.6. Vaststaat dat in de aandeelhoudersovereenkomst een voorkeursrecht is opgenomen voor situaties waarin een indirect belang in aandelen [D] zou worden vervreemd. Vaststaat voorts dat [J] haar belang in [D] in 2001 aan [H1 Inc.] heeft overgedragen en dat [H1 Inc.] daarbij de rechten en verplichtingen van [J] uit hoofde van de aandeelhouders-overeenkomst heeft overgenomen (uitspraak rechtbank 2.8).

4.2.7. Een situatie als waarop het in de aandeelhoudersovereenkomst opgenomen voorkeursrecht betrekking heeft was aan de orde toen [K Company] (hierna: [K Company]) de aandelen in [H1 Inc.] wenste over te nemen en het concern waartoe belanghebbende behoort (hierna: [C]) daarvan in 2004 op de hoogte kwam (uitspraak rechtbank onder 2.9). Dit voornemen is in 2005 geëffectueerd, toen [L], een kleindochtervennootschap van [K Company], alle aandelen in [H1 Inc.] heeft verworven. Vervolgens heeft [L] één derde deel van die aandelen verkocht aan [M], de [E] staatsoliemaatschappij (uitspraak rechtbank onder 2.11). [C] heeft

zich sinds augustus 2005 diverse malen op haar voorkeursrecht beroepen.

4.2.8. Naar het oordeel van het Hof is – anders dan belanghebbende heeft gesteld – niet aannemelijk te achten dat de vergoeding in de settlement is opgenomen teneinde [C] dividenden te vergoeden waartoe zij uit hoofde van de reeds door haar gehouden deelneming in [D] gerechtigd zou zijn geweest dan wel [C] te vergoeden voor het opgeven van haar voorkeursrecht. Voor zover hetgeen belanghebbende op dit punt heeft gesteld wordt gesteund door de verklaring van [T], acht het Hof deze verklaring – ook als op zichzelf van de waarheid van deze verklaring wordt uitgegaan, de inspecteur heeft de authenticiteit van die verklaring niet betwist – niet beslissend voor het antwoord op de vraag waarom de vergoeding tussen (onder meer) [C] en [H1 Inc.] is overeengekomen. Uit de tekst van de settlement blijkt immers dat deze (mede) is gebaseerd op de Partial Award en de Final Award als vermeld onder 2.13 en 2.15 van de uitspraak van de rechtbank. Het Hof acht het aannemelijk dat deze arbitrale uitspraken en de betrokkenheid in deze van het Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (hierna: AISCC) is gebaseerd op artikel 12 van de aandeelhoudersovereenkomst (uitspraak rechtbank onder 2.7). De arbitrage had betrekking op de uitleg van de aandeelhoudersovereenkomst, in het bijzonder het daarin opgenomen voorkeursrecht en de, in relatie tot de (middellijke) vervreemding van (de door [H1 Inc.] gehouden) aandelen in [D] aan [L], daaraan te verbinden gevolgen.

4.2.9. Van belang is voorts dat in onderdeel 4.2 (nummer 45) van de Final Award, zo leidt het Hof althans af uit de formulering van deze bepaling, uitdrukkelijk is vermeld dat [C] – naast overdracht van de door [H1 Inc.] gehouden aandelen in [D] tegen betaling van de koopprijs van US$ 800 miljoen – een schadevergoeding ('damages') van [H1 Inc.] vordert van bijna US$ 488 miljoen. Uit onderdeel 8.6 (met name nummers 215 en 219-222) van de Final Award leidt het Hof af dat de aan [C] bij de Final Award toegekende vergoeding ter hoogte van dat laatstgenoemde bedrag ook uitdrukkelijk het karakter heeft van een schadevergoeding ("damages for the non-performance by [H1 Inc.]"). Dat het bedrag van de schade is berekend aan de hand van de door [C] 'misgelopen' dividenden van [D], maakt dit niet anders.

4.2.10. In het licht van hetgeen is overwogen onder 4.2.6 tot en met 4.2.9 acht het Hof het niet aannemelijk dat [H1 Inc.] US$ 438.375.000 aan [C] heeft betaald voor (de afkoop van) rechten die [C] toekwamen uit hoofde van de sedert 1999 reeds door haar gehouden aandelen in [D]. Daarentegen acht het Hof het juist aannemelijk dat de vergoeding is toegekend voor het niet-nakomen van het voorkeursrecht dat in de aandeelhoudersovereenkomst is opgenomen, zodat de vergoeding het karakter heeft van een schadevergoeding. Zo beschouwd komt de vergoeding naar het oordeel van het Hof niet rechtstreeks op uit de deelneming in [D] die reeds (sedert 1999) in bezit was van [C]. De vergoeding kan derhalve niet als een voordeel uit hoofde van een deelneming in de zin van artikel 13 van de Wet worden aangemerkt (verg. het arrest BNB 1985/200).

Voor zover de door [H1 Inc.] betaalde vergoeding (mede) zou moeten worden aangemerkt als afkoopsom ter zake van het onder 4.2.6 vermelde voorkeursrecht van [C], overweegt het Hof dat de voorgaande conclusie niet anders zou zijn. Alsdan zou immers evenzeer een voldoende nauwe band met de door [C] reeds gehouden deelneming ontbreken nu dat voorkeursrecht uitsluitend aan de aandeelhoudersovereenkomst is te relateren.

Het Hof verwerpt derhalve de primaire stelling van belanghebbende.
Aan dit oordeel doet niet af dat [T], gelet op zijn verklaring, mogelijk een andere perceptie heeft gehad van hetgeen op 16 augustus 2010 is overeengekomen. Nu van [T] een schriftelijke verklaring tot de stukken behoort en belanghebbende ter zitting van het Hof heeft verklaard dat [T] inhoudelijk niet méér kan verklaren dan hij reeds schriftelijk heeft verklaard, ziet het Hof ook overigens geen reden hem als getuige te horen.

4.2.11. Het beroep op het arrest BNB 2005/254 gaat niet op, omdat het in die procedure ging om een voordeel uit hoofde van een recht op levering van nog uit te geven aandelen – een

situatie die eerder gelijkenis vertoont met (thans) de subsidiaire stelling van belanghebbende – en niet over de vraag op welke voordelen reeds door een belastingplichtige gehouden aandelen recht geven. Voor zover belanghebbende zich tot slot nog op het arrest HR 13 oktober 1999, nr. 33.941, ECLI:NL:HR:1999:AA2926, BNB 2000/21, heeft beroepen, faalt haar beroep evenzeer. In dat arrest ging het immers om de aankoop (en verkoop) van het overwegende economische belang bij aandelen; (de vergelijking met) een zodanige casus gaat in de primaire stelling van belanghebbende evenmin op. Ook voor het overige faalt haar primaire stelling.

4.3.1. Belanghebbende heeft subsidiair gesteld dat de vergoeding een voordeel is uit hoofde van een belang van [C] in of bij de door [H1 Inc.] gehouden aandelen in [D]. Dit belang dient ('zelfstandig') als een deelneming van belanghebbende/[C] te worden beschouwd, omdat het *economisch* niet [H1 Inc.] maar [C] aanging. Volgens belanghebbende kwam vanaf het moment van de 'change of control' in 2005, en gelet op hetgeen hieromtrent in de aandeelhoudersovereenkomst is bepaald, aan [C] een dergelijk belang toe. Op die grond dient de vergoeding als een voordeel uit hoofde van dat (economische) belang te worden beschouwd, hetzij als een vergoeding voor de afkoop van dat belang, hetzij als een doorbetaling van dividenden waarop [C] uit hoofde van dat belang recht had. Belanghebbende beroept zich in dit verband onder meer op het arrest HR 22 november 2002, nr. 36.272, ECLI:NL:HR:2002:AD8488, BNB 2003/34 (hierna: het arrest BNB 2003/34). Belanghebbende acht het niet relevant of door de [E] autoriteiten nog goedkeuring moest worden gegeven voor een daadwerkelijke levering van de aandelen in [D] die [C] bij toepassing van het voorkeursrecht in de aandeelhoudersovereenkomst had kunnen verkrijgen. Evenmin acht zij het van belang dat de aanspraak die [C] ontleende aan dat voorkeursrecht, kon worden 'overruled' door een in de [E] Law on Subsoil and Subsoil Use ten behoeve van de [E] overheid opgenomen voorkeursrecht.

4.3.2. Onder verwijzing naar zijn betoog in eerste aanleg heeft de inspecteur de subsidiaire stelling van belanghebbende betwist. Aangezien het betoog van de inspecteur in eerste aanleg op veel punten overeenkomt met de overwegingen van de rechtbank onder 4.3 tot en met 4.22 en de inspecteur zich in hoger beroep aansluit bij de uitspraak van de rechtbank, verwijst het Hof naar die rechtsoverwegingen.

4.3.3. Naar het oordeel van het Hof kunnen de rechten op een mogelijke verkrijging van de door [H1 Inc.] gehouden aandelen in [D] die [C] aan de aandeelhoudersovereenkomst kon ontlenen, noch in 2005 toen zij zich zag geconfronteerd met de aankoop van de aandelen in [H1 Inc.] door [L], noch op een later moment zelfstandig als een deelneming van belanghebbende/[C] in [D] worden beschouwd. De verwezenlijking van de hiervoor bedoelde rechten van [C] was zozeer afhankelijk van buiten haar macht of beïnvloedingssfeer gelegen factoren, dat die rechten naar het oordeel van het Hof niet op enig moment als (toekomstig) aandeelhouderschap met een deelneming kunnen worden gelijkgesteld. In dit opzicht wijken die rechten af van een optierecht (falcons), een recht op levering van aandelen, of een conversierecht – het Hof verwijst naar respectievelijk de arresten BNB 2003/34, BNB 2005/254 en r.o. 3.3 van het arrest HR 12 oktober 2007, nr. 43.643, ECLI:NL:2007:BB5353, BNB 2008/6 –, waarvan de voordelen als rechten uit hoofde van (toekomstig) aandeelhouderschap onder de deelnemingsvrijstelling kunnen vallen. Voor zover [T] dit een en ander, zoals kan blijken uit zijn verklaring, anders heeft gezien, acht het Hof zulks niet beslissend voor het onderhavige geschilpunt.

4.3.4. In verband met het voorgaande wijst het Hof erop dat ter zake van de uitoefening van het in de aandeelhoudersovereenkomst opgenomen voorkeursrecht – zoals de rechtbank onder 4.5 van haar uitspraak terecht heeft overwogen – niet reeds (vooraf) een uitoefenprijs was vastgesteld. Voorts kon dit voorkeursrecht niet zonder meer worden geëffectueerd, zoals ook blijkt uit de langdurige juridische procedure die nodig was om tot de toekenning van het recht tot verkrijging van [H1 Inc.]'s aandelen in [D] en het bevel aan [H1 Inc.] tot (medewerking aan de) overdracht van die aandelen, alsmede de toekenning van de vergoeding te komen, en uit de omstandigheid dat, toen deze procedure eindigde met een

voor [C] gunstige uitspraak van het AISCC, ook bij die stand van het tussen haar en [H1 Inc.] gerezen geschil nog niet gesproken kon worden van een door [C] verkregen (onvoorwaardelijk) recht op levering van aandelen in [D], zoals de rechtbank terecht onder 4.9 tot en met 4.13 heeft overwogen. Bovendien is – anders dan belanghebbende heeft gesteld en de inspecteur heeft betwist – niet aannemelijk geworden dat het vonnis van het AISCC (dat, naar moet worden aangenomen, op grond van het Zweedse recht tussen [H1 Inc.] en [C] bindende kracht had gekregen) in [E] (of Canada) zonder meer zou worden erkend en ten uitvoer zou kunnen worden gelegd. Dat de gronden om erkenning en tenuitvoerlegging in [E] (of Canada) te weigeren 'zeer beperkt' zijn en '[n]iet is gebleken' van het bestaan van dergelijke gronden, is – mede gelet op hetgeen hierna in 4.3.5 wordt overwogen – onvoldoende om aannemelijk te achten dat voor [C] een (onvoorwaardelijk) recht op levering van [H1 Inc.]'s aandelen was dan wel – zo goed als zeker – zou zijn ontstaan.

4.3.5. In dit verband acht het Hof het voorts aannemelijk dat de [E] overheid verwezenlijking van de uit de aandeelhoudersovereenkomst voortvloeiende rechten van [C] heeft kunnen verhinderen. Het Hof verwijst op dit punt naar hetgeen in de onderdelen 13 en 16 van de onder 2.3 aangehaalde brief van [S] is vermeld over het voorkeursrecht van de [E] overheid op grond van de [E] wetgeving "On Subsoil and Subsoil Use" en de (mogelijke) invloed van [M] op de [E] overheid. De in deze brief vermelde potentiële belemmeringen voor daadwerkelijke verkrijging van de door [H1 Inc.] gehouden aandelen in [D] zijn – naar het Hof aannemelijk acht – (mede) van een zodanig gewicht geweest dat het [C] en/of [C] ertoe heeft gebracht akkoord te gaan met de settlement. Het Hof verwijst in dit verband voorts naar hetgeen in de uitspraak van de rechtbank onder 4.17 is overwogen. Overigens heeft [C] ook aan de settlement geen als deelneming te beschouwen rechten kunnen ontlenen, omdat met de settlement definitief is komen vast te staan dat de aankoop van de aandelen [H1 Inc.] door [L] onaangetast zou blijven.

4.3.6. Op grond van hetgeen hiervoor onder 4.3.3 tot en met 4.3.5 is overwogen kunnen de rechten die [C] in relatie tot de door [H1 Inc.] gehouden aandelen in [D] aan de aandeelhoudersovereenkomst kon ontlenen, niet met een deelneming worden gelijkgesteld. Hetgeen uit hoofde van die rechten door [C] is verkregen (de vergoeding) kan dan ook niet als een voordeel uit hoofde van een deelneming worden aangemerkt. Dit oordeel vindt bevestiging in de kwalificatie van de betaling als 'part of Damages' in de settlement (zie onder 2.2). Dat duidt op het toekennen van een schadevergoeding, hetgeen iets anders is dan een vergoeding uit hoofde van een (toekomstig) aandeelhoudersrecht. Een kwalificatie als voordeel uit hoofde van een – met een deelneming gelijk te stellen – (toekomstig) aandeelhoudersrecht zou ook te zeer op gespannen voet staan met hetgeen onder 4.3.3 tot en met 4.3.5 omtrent het in de aandeelhoudersovereenkomst opgenomen voorkeursrecht is overwogen.

4.3.7. De op het 'ne bis in idem'-beginsel gebaseerde strekking van de deelnemings-vrijstelling en de daarmee verwant zijnde evenwichtsgedachte brengen het Hof niet tot een ander oordeel, nu die beginselen een beperktere werking hebben dan belanghebbende veronderstelt. De rechten die [C] aan de aandeelhoudersovereenkomst, de uitspraken van het AISCC dan wel de settlement heeft kunnen ontlenen, kunnen derhalve niet tot de deelnemingssfeer worden gerekend.

4.4.1. Belanghebbende heeft meer subsidiair gesteld dat, indien het Hof van oordeel is dat [C] niet het gehele belang bij de door [H1 Inc.] gehouden aandelen [D] had, zij een gesplitst belang bij die aandelen had en dat de vergoeding als een voordeel uit hoofde van dit als een deelneming te beschouwen gesplitst belang moet worden beschouwd. Belanghebbende

beroept zich ook in dit verband op het arrest BNB 2003/34. Daarnaast wijst zij op de analogie – voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling – met de behandeling van de waardeontwikkeling van een toegekend conversierecht. Bovendien strookt het volgens belanghebbende met de ratio van de deelnemingsvrijstelling om deze ter zake van de vergoeding bij belanghebbende/[C] toe te passen, nu de door [D] uitgekeerde winst in [E] is belast.

4.4.2. Onder verwijzing naar zijn betoog in eerste aanleg heeft de inspecteur ook de meer subsidiaire stelling van belanghebbende betwist. De argumenten van de inspecteur met betrekking tot de subsidiaire stelling van belanghebbende gelden tevens met betrekking tot haar meer subsidiaire stelling.

4.4.3. Het Hof verwerpt de meer subsidiaire stelling van belanghebbende op dezelfde gronden als waarop de subsidiaire stelling is verworpen.

4.5. De in onderdeel 3.2 vermelde geschilpunten behoeven geen behandeling.

Slotsom

4.6. De slotsom is dat het hoger beroep ongegrond is en dat de uitspraak van de rechtbank dient te worden bevestigd.

5 Kosten

Het Hof acht geen termen aanwezig voor een veroordeling in de kosten op de voet van artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht.

6 Beslissing

Het Hof bevestigt de uitspraak van de rechtbank.

De uitspraak is gedaan door mrs. E.F. Faase, voorzitter, E.A.G. van der Ouderaa en H.E. Kostense, leden van de belastingkamer, in tegenwoordigheid van B.J.E. Lodder, als griffier. De beslissing is op 23 april 2015 in het openbaar uitgesproken.

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na de verzenddatum beroep in cassatie worden ingesteld bij de Hoge Raad der Nederlanden (belastingkamer), Postbus 20303, 2500 EH Den Haag.

Daarbij moet het volgende in acht worden genomen:

1. bij het beroepschrift wordt een afschrift van deze uitspraak overgelegd.
2. het beroepschrift moet ondertekend zijn en ten minste het volgende vermelden:

a. de naam en het adres van de indiener;

b. een dagtekening;

c. een omschrijving van de uitspraak waartegen het beroep in cassatie is gericht;

d. de gronden van het beroep in cassatie.

Voor het instellen van beroep in cassatie is griffierecht verschuldigd. Na het instellen van beroep in cassatie ontvangt de indiener een nota griffierecht van de griffier van de Hoge Raad.

In het cassatieberoepschrift kan de Hoge Raad verzocht worden om de wederpartij te veroordelen in de proceskosten.