

ECLI:NL:HR:2026:736

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	01-05-2026
Datum publicatie	01-05-2026
Zaaknummer	21/04746
Formele relaties	In cassatie op : ECLI:NL:GHAMS:2021:2832 Conclusie: ECLI:NL:PHR:2022:507
Rechtsgebieden	Belastingrecht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Inhoudsindicatie	Vennootschapsbelasting; art. 10a, lid 3, aanhef en letter b, Wet Vpb 1969; tegen- tegenbewijsregeling; omvang rechtsstrijd; fraus legis; ECLI:EU:C:2024:822
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl NLF 2026/0887 met annotatie van prof. mr. dr. A.C.P. Bobeldijk NDFR Nieuws 2026/695 Viditax (FutD) 2026050105 V-N Vandaag 2026/875 FutD 2026-0757 Sdu Nieuws Belastingzaken 2026/569 NTFR 2026/775 met annotatie van mr. N.I. Groenland V-N 2026/21.9 met annotatie van Redactie

Uitspraak

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

BELASTINGKAMER

Nummer 21/04746

Datum 1 mei 2026

ARREST

in de zaak van

[X] B.V. (hierna: belanghebbende)

tegen

de STAATSSECRETARIS VAN FINANCIËN

op het beroep in cassatie tegen de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam van 30 september 2021, nrs. 19/00872 en 19/008731, op het hoger beroep van belanghebbende en het incidentele hoger beroep van de Inspecteur tegen een uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland (nrs. HAA 16/1410 en HAA 16/1411) betreffende de aan belanghebbende over de boekjaren 2007/2008 en 2008/2009 opgelegde navorderingsaanslagen in de vennootschapsbelasting en de daarbij gegeven beschikkingen inzake heffingsrente.

1 Geding in cassatie

1.1 Belanghebbende, vertegenwoordigd door J.C. Brouwer en E.B. van der Stok, heeft tegen de uitspraak van het Hof beroep in cassatie ingesteld.

De Staatssecretaris, vertegenwoordigd door [P], heeft een verweerschrift ingediend. Hij heeft ook voorwaardelijk incidenteel beroep in cassatie ingesteld.

Het beroepschrift in cassatie en het geschrift waarbij incidenteel beroep in cassatie is ingesteld, zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Belanghebbende heeft in het principale beroep een conclusie van repliek ingediend. Zij heeft daarbij voorts schriftelijk haar zienswijze over het incidentele beroep naar voren gebracht.

De Staatssecretaris heeft in het principale beroep een conclusie van dupliek ingediend. Hij heeft in het incidentele beroep een conclusie van repliek ingediend.

Belanghebbende heeft in het incidentele beroep een conclusie van dupliek ingediend.

1.2 De Advocaat-Generaal P.J. Wattel heeft op 24 mei 2022 geconcludeerd tot ongegrondverklaring van het principale beroep in cassatie, alsmede tot het buiten behandeling laten van het voorwaardelijke incidentele beroep.²

Belanghebbende heeft schriftelijk op de conclusie gereageerd.

2 Uitgangspunten in cassatie

2.1 Belanghebbende is een in Nederland gevestigde joint-venturevennootschap waarmee de samenwerking tussen een in Nederland gevestigde bank (hierna: NL Bank) en een in Frankrijk gevestigde bank (hierna: de Franse Bank) is vormgegeven.

2.2 Een 100% dochtervennootschap van de Franse Bank, gevestigd in Luxemburg (hierna: LuxCo), heeft belanghebbende als zogenoemde plankvennootschap gekocht voor het opzetten van een investeringsstructuur. Die structuur is vervolgens in twee tranches geïmplementeerd: de eerste tranche op 17 augustus 2006 en de tweede tranche op 14 maart 2007.

2.3.1 Belanghebbende heeft A-aandelen en B-aandelen uitgegeven.

Op 17 augustus 2006 heeft LuxCo A-aandelen verkregen en volgestort tot een waarde van 95 procent van het nominale aandelenkapitaal van belanghebbende, zijnde (afgerond, zoals hierna alle bedragen) 10 miljoen. NL Bank heeft op diezelfde dag B-aandelen verkregen en volgestort tot een waarde van 5 procent van dat nominale aandelenkapitaal, zijnde 500.000. Daarnaast heeft NL Bank 424,5 miljoen op haar B-aandelen als agio gestort.

2.3.2 Ook op 17 augustus 2006 heeft LuxCo de volgende leningen aan belanghebbende verstrekt:

- een Super Senior Loan van 75 miljoen;
- een Senior Limited Recourse Loan van 410 miljoen;
- een Junior Limited Recourse Loan van 5 miljoen.

De laatste twee leningen worden gezamenlijk aangeduid als de LR Loans.

2.3.3 Belanghebbende heeft de door haar van LuxCo en NL Bank verkregen middelen, in totaal 435 miljoen aan eigen vermogen en 490 miljoen aan vreemd vermogen, aangewend om:

(i) 500 miljoen te investeren in een door derden uitgegeven obligatieportefeuille met variabele rente (hierna: de obligatieportefeuille). Deze 500 miljoen is voor 425 miljoen afkomstig uit de kapitaalstorting van NL Bank en voor 75 miljoen uit de Super Senior Loan van LuxCo. De

variabele rente is door middel van een renteswapovereenkomst met NL Bank omgezet in een vaste rente van 4,176 procent.

(ii) 425 miljoen te investeren in een combinatie van door een Luxemburgse dochtervennootschap van LuxCo (hierna: LuxSub) uitgegeven gewone aandelen en (alle)preferente aandelen. Deze 425 miljoen is voor 10 miljoen afkomstig uit de kapitaalstorting van LuxCo en voor 415 miljoen uit de LR Loans. Belanghebbende verkreeg met deze transactie een belang van 15 procent (nominaal) in LuxSub en LuxCo behield een belang van 85 procent (nominaal).

2.4.1 LuxSub is met LuxCo opgenomen in een Luxemburgse intégration fiscale. Dit regime bewerkstelligt dat de zelfstandig bepaalde resultaten van de dochtervennootschap(pen) met vennootschapsbelasting worden belast op het niveau van de moedermaatschappij. Op basis van een tax sharing agreement is LuxSub de belasting, die zij verschuldigd zou zijn geweest over haar commerciële winst bij afwezigheid van de intégration fiscale, verschuldigd aan LuxCo.

2.4.2 LuxSub is gefinancierd met eigen vermogen van LuxCo voor een bedrag van 425 miljoen en met een winstdelende obligatielening van LuxCo voor een bedrag van 175 miljoen. Deze middelen heeft zij aangewend voor de aanschaf van door derden uitgegeven obligaties met variabele rente. De variabele rente is door middel van een renteswapovereenkomst met LuxCo omgezet in een vaste rente van 4,176 procent.

2.5 Aldus zijn de investeringen van belanghebbende juridisch zodanig gestructureerd dat LuxCo en NL Bank hun belangen in respectievelijk de obligaties van LuxSub (600 miljoen) en de obligatieportefeuille (500 miljoen) gescheiden hielden, dat wil zeggen dat het niet de bedoeling was dat zij over en weer belangen kregen in elkaars obligatieportefeuille.

2.6.1 Belanghebbende is als houder van de preferente aandelen in LuxSub gerechtigd tot een jaarlijks cumulatief preferent dividend. De preferente aandelen worden in Luxemburg juridisch en commercieel als kapitaal beschouwd en fiscaal als vreemd vermogen. Voor fiscale doeleinden is het dividend op de preferente aandelen op het niveau van LuxSub aftrekbaar in Luxemburg.

2.6.2 De buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders van LuxSub heeft op 16 augustus 2006 besloten om het preferente dividend op de preferente aandelen vast te stellen op 4,176 procent van de waarde van de preferente aandelen (inclusief agio), die op dat moment 425 miljoen bedroeg.

2.7.1 Het limited recourse-karakter van de door LuxCo aan belanghebbende verstrekte LR Loans houdt in dat het totale bedrag van de terugbetaling van hoofdsom plus aangegroeide en lopende rente steeds beperkt is tot hetgeen belanghebbende in totaal op de preferente aandelen in LuxSub heeft ontvangen, dat wil zeggen als opbrengst bij terugbetaling van kapitaal of bij verkoop van de preferente aandelen plus het in totaal uitgekeerde dividend op de preferente aandelen.

2.7.2 In een aandeelhoudersovereenkomst hebben NL Bank en LuxCo de verdeling van het dividend over de A en B-aandelen van belanghebbende geregeld. NL Bank is gerechtigd tot een primair dividend op de B-aandelen dat bestaat uit een deel van de brutowinst van belanghebbende, gecorrigeerd voor (i) de Nederlandse belastingbesparing die de structuur oplevert voor belanghebbende ("taxation in lieu of the taxation charge levied in [belanghebbendes] accounts) en (ii) door belanghebbende gemaakte kosten en gedane uitgaven. Het dividend op de A-aandelen bestaat uit het bedrag van de winst dat beschikbaar is voor uitkering ná uitbetaling van het dividend op de B-aandelen.

2.8.1 Op 14 maart 2007 is de tweede tranche (zie hiervoor in 2.2) van de structuur geïmplementeerd, en wel op een vergelijkbare wijze als de eerste tranche.

2.8.2 NL Bank heeft 325 miljoen als extra agio op haar B-aandelen in belanghebbende gestort.

2.8.3 LuxCo heeft een Senior B Limited Recourse Loan aan belanghebbende verstrekt voor een bedrag van 325 miljoen. De limited recourse bepalingen van deze lening zijn identiek aan die van de LR Loans van 17 augustus 2006. De Senior B Limited Recourse Loan wordt hierna geacht te zijn begrepen onder "de LR Loans".

2.8.4 Belanghebbende heeft met de door haar verkregen middelen de obligatieportefeuille met variabele rente uitgebreid met 325 miljoen en heeft deze variabele rente wederom door middel

van een swapovereenkomst met NL Bank omgezet in een vaste rente, ditmaal van 4,108 procent.

Verder heeft zij van LuxCo een deel van de gewone aandelen in LuxSub en alle preferente aandelen in die vennootschap gekocht die in verband met deze tweede tranche door LuxSub waren uitgegeven, tot een bedrag van in totaal 325 miljoen. Daarbij is het belang van belanghebbende in LuxSub 15 procent nominaal gebleven.

- 2.9.1 De financiering van LuxSub heeft op vergelijkbare wijze plaatsgevonden als in de eerste tranche, namelijk met eigen vermogen voor een bedrag van 325 miljoen en door LuxCo verstrekt vreemd vermogen voor een bedrag van 135 miljoen. Het totaal van 460 miljoen aan middelen heeft LuxSub aangewend voor de aanschaf van obligaties met een variabele rente. Ook deze variabele rente is door middel van een swapovereenkomst met LuxCo omgezet in een vaste rente van 4,108 procent.
 - 2.9.2 In de buitengewone aandeelhoudersvergadering van LuxSub van 15 maart 2007 is besloten dat het dividend op de preferente aandelen van de tweede tranche wordt vastgesteld op 4,108 procent van de waarde van die aandelen inclusief agio (op dat moment 325 miljoen).
 - 2.9.3 In de aandeelhoudersovereenkomst tussen LuxCo en NL Bank is een vergelijkbare dividendverdeling over de A en B-aandelen in belanghebbende afgesproken als in de eerste tranche.
 - 2.10.1 Op 30 september 2009 is de joint venture tussen de Franse Bank en NL Bank beëindigd. Op die dag heeft LuxCo de B-aandelen in belanghebbende van NL Bank gekocht voor een bedrag van 750 miljoen en doorverkocht aan een Nederlandse dochtervennootschap van de Franse Bank.
 - 2.10.2 Op 2 oktober 2009 heeft belanghebbende haar schulden aan LuxCo afgelost tot een bedrag van 815 miljoen (zijnde de Super Senior Loan van 75 miljoen, zie hiervoor in 2.3.2, en de LR Loans van in totaal 740 miljoen, zie hiervoor in 2.3.2 en 2.8.3).
 - 2.10.3 Belanghebbende is op 30 oktober 2010 in liquidatie getreden en op 31 december 2010 ontbonden.
- 2.11 Belanghebbende heeft voor de vennootschapsbelasting voor het boekjaar 2007/2008 aangifte gedaan van een belastbaar bedrag van 5.307 en voor het boekjaar 2008/2009 van een belastbaar bedrag van 126.980. In beide aangiften is een rentelast uit hoofde van de LR Loans in aftrek gebracht alsmede tot hetzelfde bedrag een vrijgesteld deelnemingsresultaat op de preferente aandelen verantwoord van 31,2 miljoen (2007/2008) en 31,1 miljoen (2008/2009). De Inspecteur heeft aanvankelijk de aanslagen over deze jaren opgelegd conform de ingediende aangiften. Nadien heeft de Inspecteur naar aanleiding van bevindingen van een bij NL Bank uitgevoerd onderzoek de onderhavige navorderingsaanslagen opgelegd. Daarbij zijn de door belanghebbende in aftrek gebrachte rentelasten steeds voor hun volledige bedrag gecorrigeerd.

3 De oordelen van het Hof

- 3.1 Voor het Hof was onder meer in geschil of de rente op de LR Loans bij belanghebbende aftrekbaar is. In dat kader was in geschil of belanghebbende voor de LR Loans heeft voldaan aan de tegenbewijsregelingen van artikel 10a, lid 3, aanhef en letters a en b, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: de Wet). Niet in geschil was dat de LR Loans besmette leningen als bedoeld in artikel 10a van de Wet zijn.
 - 3.2.1 Naar het oordeel van het Hof heeft belanghebbende niet aannemelijk gemaakt dat er een zakelijke reden is voor het, door middel van de verkoop door LuxCo aan belanghebbende van de preferente aandelen in LuxSub, tussenschakelen van belanghebbende tussen LuxSub en LuxCo en in samenhang daarmee het door belanghebbende verschuldigd worden van de LR Loans. Belanghebbende heeft ter zake van die leningen volgens het Hof dus niet voldaan aan de op haar uit hoofde van artikel 10a, lid 3, aanhef en letter a, van de Wet rustende bewijslast.
 - 3.2.2 Dit leidt volgens het Hof echter niet tot uitsluiting van de aftrek van de rente over de LR Loans indien belanghebbende aannemelijk maakt dat die rente is onderworpen aan een

compenserende heffing als bedoeld in artikel 10a, lid 3, letter b, eerste volzin (aanvang), van de Wet.

Het Hof heeft geoordeeld dat er in Luxemburg een compenserende heffing is ter zake van de door LuxCo aldaar verantwoorde rente op de LR Loans.

- 3.3.1 De Inspecteur heeft zich evenwel voor het Hof beroepen op de zogenoemde tegen-tegenbewijsregeling van artikel 10a, lid 3, letter b, eerste volzin (slot), van de Wet. Die regeling houdt voor zover hier van belang in dat, wanneer de belastingplichtige (zoals in dit geval belanghebbende) aannemelijk heeft gemaakt dat over de rente op de besmette lening bij de crediteur per saldo een belasting naar de winst wordt geheven die naar Nederlandse maatstaven redelijk is (de hiervoor in 3.2.2 bedoelde compenserende heffing), deze rente toch van aftrek is uitgesloten indien de inspecteur aannemelijk maakt dat aan de schuld (of aan de daarmee verband houdende rechtshandeling) niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.
- 3.3.2 Alvorens aan de beoordeling van dit beroep toe te komen, heeft het Hof enkele procesrechtelijke vragen behandeld.
- 3.3.3 Het Hof heeft ter zitting partijen op de voet van artikel 8:69, lid 2, Awb ambtshalve voorgehouden dat de tegen-tegenbewijsregeling in werking is getreden vanaf 1 januari 2008 en dat deze derhalve ook van toepassing kan zijn op een deel van het gebroken boekjaar 2007/2008. Het Hof heeft vervolgens partijen verzocht zich uit te laten over de cijfermatige consequenties daarvan, waarna de Inspecteur heeft gesteld dat zijn standpunt over de tegen-tegenbewijsregeling ook geldt voor de periode van 1 januari 2008 tot en met 30 september 2008.
- Naar het oordeel van het Hof heeft het door partijen ambtshalve voor te houden dat de tegen-tegenbewijsregeling ook in voornoemde periode van toepassing kan zijn, anders dan belanghebbende stelde, de grenzen van de rechtsstrijd niet overschreden. Er was, aldus het Hof, geen reden om aan te nemen dat de aanvankelijke beperking door de Inspecteur van de toepassing van de tegen-tegenbewijsregeling op een bewuste keuze was gebaseerd; vermoedelijk vloeide de aanvankelijk door de Inspecteur in aanmerking genomen temporele beperking van zijn beroep op de tegen-tegenbewijsregeling voort uit een kennelijke dwaling in het recht. In een zodanige situatie ziet artikel 8:69, lid 2, Awb erop dat de wet, bij een beroep op de tegen-tegenbewijsregeling, juist wordt toegepast, ongeacht of die juiste toepassing tot voordeel van een belanghebbende dan wel het bestuursorgaan strekt, aldus het Hof.
- Volgens het Hof is het beroep van de Inspecteur niet als tardief te beschouwen omdat het rechtstreeks voortvloeit uit de desbetreffende wettelijke regeling, en het pro rata toerekenen van de in geschil zijnde rente aan dat deel van het boekjaar geen nader feitenonderzoek vergt. Met inachtneming van de aan belanghebbende geboden mogelijkheid schriftelijk nader op het nadere standpunt van de Inspecteur te reageren, heeft het Hof gehandeld met inachtneming van hetgeen op basis van (ongeschreven) regels van een goede procesorde van hem mag worden verwacht, aldus nog steeds het Hof.
- 3.3.4 Het Hof heeft aansluitend geoordeeld dat de met ingang van 1 januari 2008 in de Wet opgenomen tegen-tegenbewijsregeling onmiddellijke werking heeft. Het Hof heeft daarom de tegen-tegenbewijsregeling ten aanzien van belanghebbende ook op de periode 1 januari 2008 tot en met 30 september 2008 van toepassing geacht.
- 3.4.1 Het Hof heeft daarop beoordeeld of de Inspecteur aannemelijk heeft gemaakt dat aan de schuld (de LR Loans) en/of de daarmee verband houdende rechtshandeling (de verwerving van de preferente aandelen in LuxSub) niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.
- Het Hof heeft aannemelijk geacht dat belanghebbende uit hoofde van de obligatieportefeuille slechts een gering risico droeg, als gevolg van de aard van de obligaties, de samenstelling van de portefeuille en de tussen belanghebbende en NL Bank gesloten renteswapovereenkomst, alsmede dat met die renteswap het rendement op de obligatieportefeuille was afgestemd op de gecreëerde rentelast. Daarnaast heeft het Hof het aannemelijk geacht dat een aan het resultaat van belanghebbende en aan het Nederlandse belastingtarief gerelateerde vervangende

(synthetische) belasting aan LuxCo ten goede kwam, en dat (mede) langs deze weg het door belanghebbende, door middel van het benutten van het zogenoemde Bosal-gat, gerealiseerde belastingvoordeel met LuxCo werd gedeeld. In het bijzonder hierin komt een fiscaal gedreven bedoeling van de door LuxCo en NL Bank opgezette belastingbesparende constructie tot uiting. Van deze belastingbesparende constructie vormt de verwerving en tussenschakeling van belanghebbende een onmisbaar onderdeel, aldus het Hof.

3.4.2 Volgens het Hof is in dit verband van belang dat er sprake is van een samenstel van (rechts)handelingen dat erin heeft geresulteerd dat:

- geen belastingheffing plaats zou vinden over het rendement op de door belanghebbende aangeschafte obligatieportefeuille als gevolg van de genoten renteaftrek op de aan LuxCo betaalde rente, en
- het rendement op de portefeuille van LuxSub (Hoge Raad: de hiervoor in 2.4.2 en 2.9.1 bedoelde, door derden uitgegeven obligaties) in Luxemburg grotendeels onbelast blijft wegens aftrek aldaar van de vergoedingen op de preferente aandelen, terwijl deze vergoedingen voor belanghebbende in Nederland zijn vrijgesteld op grond van de deelnemingsvrijstelling. Belanghebbende heeft hierbij een belang in LuxSub verworven met een lening van LuxCo terwijl het uiteindelijke belang van de Franse Bank en LuxCo in LuxSub nauwelijks wijzigde. Voorts ruilde LuxCo onder de renteswapovereenkomsten de van belanghebbende ontvangen rente met de variabele rente die LuxSub op de door haar aangeschafte obligatieportefeuille ontving. Het aldus met behulp van de renteswaps gefixeerde rendement op haar obligatieportefeuille bleef bij LuxSub in Luxemburg relatief laag belast door de daartegenover staande aftrekbare vergoeding op haar preferente aandelen. De vergoeding op de preferente aandelen was bij belanghebbende onbelast op grond van de deelnemingsvrijstelling en de verschuldigheid van de rente op de LR Loans was hierbij afgestemd op de vergoedingen op de preferente aandelen.

3.4.3 Gelet op deze feiten en omstandigheden heeft de Inspecteur naar het oordeel van het Hof aannemelijk gemaakt dat aan de schuld en/of de daarmee verband houdende rechtshandelingen niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag hebben gelegen. Naar het oordeel van het Hof volgt uit die feiten en omstandigheden veeleer dat belanghebbende het oogmerk heeft gehad om door middel van de rente die was verschuldigd over de (ter financiering van de preferente aandelen aangegane) LR Loans, te bewerkstelligen dat die rente tegenover het rendement op de obligatieportefeuille kon worden afgezet, zodat daarmee de Nederlandse belastingheffing over het op die portefeuille te behalen rendement zou worden ontgaan (winstdrainage). Daaraan heeft het Hof de conclusie verbonden dat de rente over de LR Loans op grond van artikel 10a van de Wet bij belanghebbende niet aftrekbaar is voor zover die rente betrekking heeft op de periode 1 januari 2008 tot en met 30 september 2008 van het boekjaar 2007/2008 en op het volledige boekjaar 2008/2009.

3.5.1 Vervolgens heeft het Hof beoordeeld of de aftrek van rente over de LR Loans, voor zover de rente niet reeds van aftrek is uitgesloten op grond van artikel 10a van de Wet, derhalve over de periode van 1 oktober 2007 tot en met 31 december 2007 van het boekjaar 2007/2008, moet worden geweigerd op grond van het leerstuk van wetsontduiking (fraus legis).

3.5.2 Naar het oordeel van het Hof houden de hiervoor in 3.4.1 tot en met 3.4.3 weergegeven oordelen in dat de Inspecteur aannemelijk heeft gemaakt dat aan de door middel van de LR Loans gecreëerde rentelast als doorslaggevend oogmerk de bedoeling ten grondslag heeft gelegen om de in de Wet voorziene heffing van belasting te vrijdelen. Dat oogmerk ziet volgens het Hof op het vrijdelen van de belastingheffing over het rendement op de obligatieportefeuille. De rentelast heeft als enig dan wel doorslaggevend motief het vrijdelen van (Nederlandse) belastingheffing. Volgens het Hof is dit oogmerk niet gericht op het ontgaan van heffing bij NL Bank, maar op het ontgaan van heffing bij belanghebbende. Het is immers belanghebbende ten laste van wier winst de LR Loans-rente is gebracht. Hoewel het hybride karakter van de preferente aandelen de constructie nog meer aantrekkelijk maakt voor de Franse Bank en LuxCo, is het voldoen aan het oogmerkvereiste niet daarop gebaseerd, aldus het Hof.

3.5.3

Onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:638 (hierna: het arrest van 21 april 2017), is het Hof van oordeel dat de belastingverlichting die in EU-verhoudingen uitgaat van het benutten van het Bosal-gat, niet onbegrensd is en kan worden beperkt door toepassing van het leerstuk fraus legis. Voorts is het Hof van oordeel dat de omstandigheid dat bij LuxCo over de LR Loans rente compenserend wordt geheven, niet noodzakelijk aan toepassing van het leerstuk fraus legis in de weg behoeft te staan.

3.5.4 Strijd met doel en strekking van de Wet doet zich niet alleen voor in gevallen waarin rente is afgezet tegen gekochte winst als bedoeld in het arrest van 21 april 2017, maar ook indien (kunstmatig) gecreëerde rentelasten worden afgezet tegen anderszins op gekunstelde wijze tot stand gekomen voordelen, aldus het Hof onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 9 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1102, rechtsoverweging 3.8.3.

3.5.5 Naar het oordeel van het Hof doet zich een dergelijke situatie in het onderhavige geval voor. De winst van belanghebbende kan volgens het Hof naar willekeur en herhaalbaar worden verminderd, terwijl zonder de door de Franse Bank en NL Bank opgezette structuur vennootschapsbelasting zou worden geheven over de obligatieportefeuille. De herhaalbaarheid en gekunsteldheid komt tot uiting in het speciaal, met het oog op de in geding zijnde constructie, verwerven van belanghebbende, het daarin onderbrengen van een obligatieportefeuille waarvan het rendement, behoudens enkele correcties ten gunste van LuxCo waaronder een synthetische belastingcorrectie ten gunste van LuxCo, is gekoppeld aan de B-aandelen van belanghebbende en welke portefeuille ook rechtstreeks, met het eigen vermogen dat NL Bank in belanghebbende heeft gestort, door NL Bank had kunnen worden verworven en gehouden. De gekunsteldheid en herhaalbaarheid komen tevens tot uiting in het verhangen van het belang van LuxCo in LuxSub door de uitgifte van de preferente aandelen aan belanghebbende en de financiering van de preferente aandelen door middel van de LR Loans van LuxCo, waarvan de rente en aflossing gekoppeld zijn aan de opbrengst van de preferente aandelen en welke rente ten laste komt van het rendement op de obligatieportefeuille (winstdrainage). Aldus wordt de op gekunstelde wijze gecreëerde, over de LR Loans verschuldigde rente afgezet tegen, door tussenschakeling van belanghebbende, op gekunstelde wijze bij haar opgekomen voordelen, aldus nog steeds het Hof. Deze uit het benutten van het Bosal-gat voortvloeiende belastingverlichting is naar het oordeel van het Hof in strijd met het stelsel van de Wet, zoals dat stelsel na het Bosal-arrest moet worden opgevat. Doel en strekking van de Wet verzetten zich immers ertegen dat de heffing van vennootschapsbelasting, door het bij elkaar brengen van enerzijds de winst van een onderneming en anderzijds gekunsteld tot stand gebrachte rentelasten, op een willekeurige en voortdurende wijze wordt verijdeld door voor het bereiken van op zichzelf beschouwd zakelijke doeleinden rechtshandelingen te bezigen die voor het bereiken van die doeleinden niet noodzakelijk zijn en enkel zijn terug te voeren op het doorslaggevende motief van het bewerkstelligen van de beoogde fiscale gevolgen, aldus het Hof onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1152 (hierna: het arrest van 16 juli 2021), rechtsoverweging 4.2.8.

3.5.6 Het voorgaande heeft het Hof tot de conclusie gebracht dat de aftrek van de rente over de LR Loans (over de periode 1 oktober 2007 tot en met 31 december 2007) op grond van het leerstuk fraus legis niet is toegestaan.

3.6.1 Ten slotte heeft het Hof beoordeeld of toepassing van artikel 10a van de Wet en/of van fraus legis wordt verhinderd door het Unierecht, en in het bijzonder door artikel 49 van het VWEU. In dit verband heeft het Hof aandacht besteed aan het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 20 januari 2021, Lexel AB, C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 (hierna: het arrest Lexel).

3.6.2 Het Hof is van oordeel dat het arrest Lexel voor de onderhavige zaak betekenis mist. Het Hof heeft in dat kader vooropgesteld dat artikel 10a van de Wet ongedifferentieerd werkt naar binnenlandse en grensoverschrijdende situaties, en dat deze bepaling als zodanig dus niet in strijd is met het Unierecht.

3.6.3

Indien artikel 10a van de Wet wel in strijd zou zijn met een van de EU-verkeersvrijheden en de vraag aan de orde komt of daarvoor EU-rechtelijk een rechtvaardiging bestaat, is er volgens het Hof evenmin reden om het arrest Lexel voor de beslissing in het onderhavige geval van belang te achten. Immers, artikel 10a van de Wet is een regeling die, anders dan de Zweedse regeling die in het arrest Lexel voorwerp van beoordeling was, wel specifiek tot doel heeft om het bij die regeling toegekende belastingvoordeel (de renteaftrek) te ontzeggen. Dat geldt ook voor de toepassing van het leerstuk *fraus legis*, aldus het Hof.

- 3.6.4 De omstandigheid dat het afwijken van marktconforme voorwaarden van een lening die binnen de reikwijdte van artikel 10a van de Wet dan wel het leerstuk *fraus legis* valt, geen voorwaarde is voor de toepassing van die bepaling respectievelijk dat leerstuk, leidt volgens het Hof niet tot een ander oordeel. Die omstandigheid maakt volgens het Hof niet dat artikel 10a van de Wet (of het leerstuk *fraus legis*) een regeling is aan de toepassing waarvan artikel 49 VWEU in de weg staat. Bovendien is de vraag of een rechtshandeling die deel uitmaakt van een constructie die erop is gericht belasting te ontgaan, tegen marktconforme voorwaarden is aangegaan, geen bruikbaar criterium om regelgeving die volstrekt kunstmatige constructies bestrijdt, te onderscheiden van regelgeving die een ruimere strekking heeft. Volstrekt kunstmatige constructies kunnen immers bestaan uit een samenstel van rechtshandelingen die overigens en elk afzonderlijk tegen marktconforme voorwaarden zijn aangegaan, aldus nog steeds het Hof. Aan het arrest Lexel kan volgens het Hof dus geen ruimere strekking worden verbonden dan die waarop de desbetreffende specifieke prejudiciële vraag en de specifieke casus van het arrest betrekking hebben.

4. Beoordeling van de in het principale beroep in cassatie voorgestelde middelen

- 4.1.1 Middel I richt zich tegen de hiervoor in 3.3.3 en 3.3.4 weergegeven oordelen van het Hof. Het middel betoogt dat het Hof de goede procesorde heeft geschonden door de Inspecteur voor de boekjaren 2007/2008 en 2008/2009 toe te laten tot het tegen-tegenbewijs.
- 4.1.2 Middelonderdeel c wijst erop dat de rechtsstrijd tussen partijen was beperkt tot toepassing van de tegen-tegenbewijsregeling voor het boekjaar 2008/2009, dat de Inspecteur zich eerst ter zitting van het Hof heeft beroepen op de tegen-tegenbewijsregeling voor een gedeelte van het boekjaar 2007/2008, en dat dit bovendien pas is gebeurd nadat het Hof de Inspecteur had voorgehouden dat de tegen-tegenbewijsregeling ook op dat gedeelte van dat boekjaar van toepassing kon zijn. Volgens de klacht is het Hof door het beroep van de Inspecteur op de tegen-tegenbewijsregeling in zoverre in behandeling te nemen, in strijd gekomen met de goede procesorde.
- 4.1.3 De Inspecteur heeft in zijn hogerberoepschrift voor het boekjaar 2008/2009 als grond voor het weigeren van de aftrek van de rente op de LR-leningen onder meer een beroep gedaan op de tegen-tegenbewijsregeling. In verband daarmee heeft het Hof, blijkens het daarvan opgemaakte proces-verbaal, ter zitting de rechtskundige vraag aan de orde gesteld of die regeling niet al geldt per 1 januari 2008, en vervolgens belanghebbende gevraagd, voor het geval dat het Hof van oordeel is dat de Inspecteur daarop een geslaagd beroep kan doen, welke cijfermatige consequenties zij daaraan verbindt voor de in aanmerking te nemen rente over de periode van 1 januari 2008 tot aan de aanvang van het boekjaar 2008/2009. Daarna heeft de Inspecteur zich volgens het proces-verbaal met ingang van 1 januari 2008 op de tegen-tegenbewijsregeling beroepen.
- 4.1.4 Gelet op het tussen partijen bestaande geschil en de feitelijke context waarbinnen de Inspecteur zich heeft beroepen op de tegen-tegenbewijsregeling, heeft het Hof aannemelijk kunnen achten, zoals het volgens rechtsoverweging 5.12.5 van zijn uitspraak heeft gedaan, dat de aanvankelijk door de Inspecteur in aanmerking genomen temporele beperking van zijn beroep op die regeling niet was gebaseerd op een bewuste keuze maar voortkwam uit een kennelijke dwaling in het recht. Aldus gezien, en in aanmerking genomen dat aan belanghebbende voldoende gelegenheid is geboden op het nadere standpunt van de Inspecteur te reageren, heeft het Hof door partijen ter zitting ambtshalve voor te houden dat de tegen-tegenbewijsregeling mogelijk al per 1 januari 2008 in werking was getreden en toe te staan dat de Inspecteur vervolgens zijn beroep op die

regeling uitbreidde tot het boekjaar 2007/2008, niet gehandeld in strijd met het bepaalde in artikel 8:69 Awb, noch de goede procesorde geschonden.
Middelonderdeel c faalt.

- 4.1.5 De Hoge Raad heeft ook de klachten van middelonderdelen a en b over de uitspraak van het Hof beoordeeld. De uitkomst hiervan is dat ook deze klachten niet kunnen leiden tot vernietiging van die uitspraak. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie artikel 81, lid 1, van de Wet op de rechterlijke organisatie).
- 4.2.1 Middel II is gericht tegen de hiervoor in 3.4.1 tot en met 3.4.3 weergegeven oordelen van het Hof. Volgens het middel staan doel en strekking van artikel 10a van de Wet eraan in de weg dat de tegen-tegenbewijsregeling wordt toegepast in een geval als het onderhavige, waarin de renteaftrek in Nederland tegen het toentertijd vigerende Nederlandse tarief voor de vennootschapsbelasting van 25,5 procent meer dan volledig werd gecompenseerd door de heffing in Luxemburg (tegen 29,63 procent respectievelijk 28,59 procent).
- 4.2.2 De Hoge Raad stelt voorop dat bij de beoordeling van het middel acht moet worden geslagen op de historische achtergrond van artikel 10a, leden 1 tot en met 3, van de Wet, zoals weergegeven in de onderdelen 4.6 tot en met 4.9 van de conclusie van de Advocaat-Generaal en op de totstandkomingsgeschiedenis van het per 1 januari 2008 in werking getreden artikel 10a, lid 3, aanhef en letter b, eerste volzin (slot), van de Wet zoals weergegeven in de onderdelen 4.10 tot en met 4.14 van de conclusie van de Advocaat-Generaal. Uit deze context volgt dat met de invoering van die laatste bepaling de tegen-tegenbewijsregeling is beoogd de per 1 januari 2007 in de Wet opgenomen absolute safe harbour voor renteaftrek (oftewel de compenserende heffing van ten minste 10 procent) te beperken. Dit brengt mee dat de tegen-tegenbewijsregeling naar haar doel en strekking kan worden toegepast indien de heffing over de rentebate waarop artikel 10a, lid 1, van de Wet ziet, 10 procent of hoger is.
- 4.2.3 Voor zover het middel betoogt dat het Hof ten onrechte is voorbijgegaan aan het beroep van belanghebbende op paragraaf 1.5 van het Besluit van 23 december 2005, CPP2005/2662M, en op het vertrouwensbeginsel, faalt het op de gronden vermeld in de onderdelen 4.18 tot en met 4.23 van de conclusie van de Advocaat-Generaal.
- 4.2.4 Hetgeen hiervoor in 4.2.2 en 4.2.3 is overwogen, betekent dat het Hof de Inspecteur terecht heeft toegelaten tot levering van tegen-tegenbewijs als bedoeld in artikel 10a, lid 3, letter b, eerste volzin (slot), van de Wet. Voor dat geval betwist het middel het oordeel van het Hof dat de Inspecteur erin is geslaagd het tegen-tegenbewijs te leveren doordat hij aannemelijk heeft gemaakt dat aan de LR Loans en/of de daarmee verband houdende rechtshandelingen niet in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag hebben gelegen. Het middel betoogt in dit verband alleen dat het Hof voor dit oordeel ten onrechte relevant heeft geacht dat ter zake van dividenden op de preferente aandelen in LuxSub een fiscale mismatch bestaat vanwege de aftrekbaarheid van die dividenden bij LuxSub en de vrijstelling ervan bij belanghebbende. Dit betoog berust echter op een verkeerde lezing van de uitspraak van het Hof. Middel II voor het overige faalt ook.
- 4.3.1 Middel III richt zich tegen de hiervoor in 3.5.2 tot en met 3.5.6 weergegeven oordelen van het Hof dat voor de periode 1 oktober 2007 tot en met 31 december 2007 de aftrek van de rente op de LR Loans op grond van het leerstuk van *fraus legis* (wetsontduiking) niet is toegestaan. Het middel betoogt dat niet is gehandeld in strijd met doel en strekking van de Wet (het normvereiste), onder meer omdat de rente verschuldigd op de LR Loans in Luxemburg in een compenserende heffing is betrokken. Verder betoogt het middel dat niet is voldaan aan het motiefvereiste, omdat belanghebbende niet zelf het oogmerk had van het ontgaan van belasting. Indien NL Bank de obligatieportefeuille rechtstreeks had gehouden, zou zij volledig belast zijn geweest over het rendement daarop; het was dus NL Bank die het oogmerk van belastingverijdeling had. Belanghebbende heeft toelaatbaar gehandeld binnen het stelsel van de Wet zoals dat na het Bosal-arrest moet worden toegepast, aldus het middel.

4.3.2

Voor zover de over de LR Loans verschuldigde rente niet reeds van aftrek wordt uitgesloten op grond van artikel 10a van de Wet, is het Hof terecht toegekomen aan de beoordeling of aftrek van die rente alsnog moet worden geweigerd op grond van het leerstuk van wetsontduiking (fraus legis).³

In het kalenderjaar 2007 was de aftrekbaarheid van deze rente binnen de 10a-structuur gewaarborgd indien bij de ontvanger ervan, zoals in dit geval bij LuxCo, een compenserende heffing plaatsvond. Deze omstandigheid staat echter niet in de weg aan de mogelijkheid dat aftrek van die rente toch moet worden geweigerd vanwege zich geheel of gedeeltelijk buiten die 10a-structuur voordoende gekunsteldheid, met als gevolg strijd met doel en strekking (misbruik) van de Wet als geheel.⁴

Bij deze beoordeling wordt de 10a-structuur afgebakend door enerzijds de schuld uit hoofde van de door het verbonden lichaam aan de belastingplichtige verstrekte lening(en), en anderzijds de rechtshandeling(en) die de belastingplichtige met uit die lening(en) verkregen middelen heeft verricht.⁵

- 4.3.3 In het onderhavige geval omvat de vennootschappelijke 10a-structuur de Franse Bank, LuxCo, belanghebbende en LuxSub; de LR Loans zijn de besmette leningen en de verwerving van de preferente aandelen vormt de besmette rechtshandeling.

De vennootschappelijke verhoudingen en rechtsverhoudingen tussen de Franse Bank, NL Bank en belanghebbende, alsmede de verwerving van de obligatieportefeuille door belanghebbende spelen zich buiten die 10a-structuur af. De vraag of zich in dit geval winstdrainage voordoet, moet met inachtneming van de in dit verband relevante feiten en omstandigheden worden beantwoord.

- 4.3.4 Zoals het Hof terecht heeft geoordeeld (zie hiervoor in 3.5.4), doet handelen in strijd met doel en strekking van de Wet als geheel zich voor indien de heffing van vennootschapsbelasting, door het bij elkaar brengen van enerzijds de winst van een onderneming en anderzijds gekunsteld tot stand gebrachte rentelasten (winstdrainage), op een willekeurige en voortdurende wijze wordt verijdeld door voor het bereiken van op zichzelf beschouwd zakelijke doeleinden rechtshandelingen te bezigen die voor het bereiken van die doeleinden niet noodzakelijk zijn en enkel zijn terug te voeren op het doorslaggevende motief van het bewerkstelligen van de beoogde fiscale gevolgen.⁶

- 4.3.5 Gelet op zijn hiervoor in 3.5.2, 3.5.3 en 3.5.5 weergegeven oordelen, heeft het Hof zonder miskennis van hetgeen hiervoor in 4.3.2 tot en met 4.3.4 is overwogen kunnen oordelen dat in het onderhavige geval wat betreft (de rente over) de LR Loans als onderdeel van een samenstel van rechtshandelingen sprake is van een handelen als hiervoor in 4.3.4 bedoeld, en dat dus is voldaan aan het voor toepassing van het leerstuk van wetsontduiking geldende motief- en normvereiste.

Anders dan het middel betoogt, is het oordeel van het Hof juist dat de compenserende heffing in Luxemburg niet in de weg staat aan de mogelijkheid dat zich buiten de 10a-structuur strijd met doel en strekking van de Wet als geheel voordoet.

De daaropvolgende oordelen van het Hof dat de herhaalbaarheid en de gekunsteldheid van de onderhavige structuur tot uiting komen in de door de Franse Bank en NL Bank opgezette constructie (zie hiervoor in 3.5.5) waarin de op gekunstelde wijze bij belanghebbende gecreëerde rentelast wordt afgezet tegen de op gekunstelde wijze bij haar gecreëerde voordelen, en dat doel en strekking van de Wet zich verzetten tegen het op deze willekeurige en voortdurende wijze verijdelen van belastingheffing over het rendement op de obligatieportefeuille, geven niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Zij zijn ook niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Middel III faalt.

- 4.4.1 Middel IV is gericht tegen de hiervoor in 3.6.2 tot en met 3.6.4 weergegeven oordelen van het Hof dat toepassing van (de tegen-tegenbewijsregeling van) artikel 10a van de Wet dan wel het leerstuk van fraus legis niet in strijd is met het Unierecht. Het middel betoogt in dit verband dat het Hof een verkeerde maatstaf heeft toegepast door niet aan te sluiten bij het Unierechtelijke misbruikbegrip zoals dat voortvloeit uit de desbetreffende rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Van misbruik kan immers slechts worden gesproken bij de aanwezigheid

van een volstrekt kunstmatige constructie, en van een dergelijke constructie is in het geval van belanghebbende geen sprake, aldus het middel.

4.4.2 Het middel faalt op de gronden van de rechtsoverwegingen 2.3.2 tot en met 2.4.2 van het op 16 januari 2026 uitgesproken arrest van de Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2026:60 (hierna: het arrest van 16 januari 2026). Hierbij heeft de Hoge Raad mede in aanmerking genomen dat artikel 10a, lid 3, aanhef en letter b, van de Wet per 1 januari 2008 is gewijzigd.

Wat betreft het leerstuk van wetsontduiking, dat in het arrest van het Hof van Justitie van 4 oktober 2024, X BV, C-585/22, ECLI:EU:C:2024:822 waarnaar in het arrest van 16 januari 2026 wordt verwezen niet aan de orde was, heeft te gelden dat dit leerstuk in dit verband naar dezelfde maatstaven moet worden uitgelegd en toegepast als de regeling van artikel 10a van de Wet. Dit wil zeggen dat het ook bij het leerstuk van wetsontduiking gaat om de beoordeling of (een onderdeel van) een samenstel van (rechts)handelingen een volstrekt kunstmatig karakter heeft en specifiek is bedoeld om belasting te ontwijken die normaal gesproken verschuldigd is over winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied.⁷ Anders dan het middel betoogt, gaat dit leerstuk daarom niet verder dan de bestrijding van misbruik in Unierechtelijke zin.

Het Hof heeft dit een en ander met zijn hiervoor in 3.6.2 tot en met 3.6.4 weergegeven oordelen niet miskend. Die oordelen zijn ook niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.

5 Het voorwaardelijke incidentele beroep

Aangezien het principale beroep niet leidt tot vernietiging van de uitspraak van het Hof, is de voorwaarde waaronder het incidentele beroep is ingesteld, niet vervuld. Gelet op artikel 8:112, lid 2, Awb vervalt daarom het incidentele beroep.

6 Proceskosten

De Hoge Raad ziet geen aanleiding voor een veroordeling in de proceskosten.

7 Beslissing

De Hoge Raad verklaart het beroep in cassatie ongegrond.

Dit arrest is gewezen door de vice-president M.E. van Hilten als voorzitter, en de raadsheren M.A. Fierstra, E.F. Faase, P.A.G.M. Cools en F.G.F. Peters, in tegenwoordigheid van de waarnemend griffier E. Cichowski, en in het openbaar uitgesproken op 1 mei 2026.

¹ ECLI:NL:GHAMS:2021:2832.

² ECLI:NL:PHR:2022:507.

³ Vgl. HR 19 december 2025, ECLI:NL:HR:2025:1960, rechtsoverweging 6.2.1.

⁴ Vgl. HR 5 september 2025, ECLI:NL:HR:2025:1250, rechtsoverweging 5.5.1.

⁵ Vgl. HR 5 september 2025, ECLI:NL:HR:2025:1250, rechtsoverweging 5.4.1.

⁶ Vgl. HR 5 september 2025, ECLI:NL:HR:2025:1250, rechtsoverweging 5.6.1, en HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1152, rechtsoverwegingen 4.2.6 tot en met 4.2.8.

⁷ HR 16 januari 2026, ECLI:NL:HR:2026:60, rechtsoverweging 2.4.1, eerste alinea.
