

In de praktijk komen veel misverstanden voor over agio – en met name over de terugbetaling hiervan. In een recent arrest moest de Hoge Raad beslissen of de terugbetaling van een eerdere agiostorting zonder fiscale consequenties kan plaatsvinden.

Ale Bosma

b\_m  
28

# Misverstanden rond – de terugbetaling van – agio

**Vaak is het beter meteen nominaal aandelenkapitaal uit te geven**

Een collega vertelde mij dat hij een oprichting van een BV altijd deed tegen kapitaal en agio in plaats van uitgifte van een hoger aandelenkapitaal, omdat je dan niet naar de notaris zou hoeven om dit agio terug te betalen. Wanneer je aandelenkapitaal terug wilt betalen, dient dit immers via een statutenwijziging afgestempeld te worden en bij agio niet. De vraag is of deze redenering klopt.

Ook heb ik wel eens een discussie gehad over de kwestie of het agio aan bepaalde aandelen is toe te rekenen. Hoe zit dit?

Om te beginnen behandel ik kort enkele situaties waarin we met agio te maken kunnen krijgen. Daarna geef ik antwoord op de vragen:

- 1 Kan je in alle situaties agio zomaar uitbetalen zonder fiscale consequenties?
- 2 Is agio aan bepaalde aandelen toe te rekenen?

## Hoe ontstaat agio?

Vaak komen we agio tegen bij oprichting van een besloten vennootschap. Bij een geruisloze oprichting van een BV gaat de BV verder met dezelfde boekwaarden. In de commerciële openingsbalans wordt het kapitaal bepaald op basis van de waarde in het economisch verkeer. Commercieel hebben we dan een hoger kapitaal dan fiscaal. Vroeger – tot en met 2000 – moest dit kapitaal worden omgezet in geplaatste aandelen (behoudens een zogenoemde afrondingscreditering). Tegenwoordig mag dit ook tegen agio.

Deze bepaling heeft het leven van accountants wat gemakkelijker gemaakt, omdat zij volgens de geldende leer bij hun inbrengverklaring uit mogen gaan van het te storten aandelenkapitaal. Het agio dient dan als ‘wisselgeld’. Als verkrijgingsprijs voor de aanmerkelijk-belangheffing geldt het fiscaal kapitaal. Een gedeelte van het agio en/of het aandelenkapitaal kan dus fiscaal niet erkend zijn, wat inhoudt dat bij terugbetaling van dit agio of aandelenkapitaal altijd aanmerkelijk-belangheffing aan de orde

komt. Op de terugbetaling van fiscaal wel erkend agio ga ik in deze bijdrage niet verder in.

## Fusies

Ook komen we agio meestal tegen bij de fusies (art. 14 e.v. Wet VpB 1969). Afwijkingen van de ruilverhouding zoals die door de accountant wordt vastgesteld, worden recht getrokken via agio. Ook hier geldt weer dat bij de fiscale waardering uitgegaan moet worden van het oorspronkelijke fiscale kapitaal (velen zullen zich nog het fiscaal niet-erkende fusie-agio herinneren uit hun studie).

## Wegwerken creditstand

Ook ziet men wel dat een creditstand van de directeur-groootaandeelhouder via een agiostorting wordt weggewerkt. Een dergelijke creditstand valt onder de terbeschikkingstellingsregeling. De rente wordt dus in box 1 belast (tegen maximaal 52%), terwijl de belastingaftrek (VpB en ab-heffing) binnen de BV een stuk lager is. Middels een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders kan een dergelijke schuld worden omgezet in een agiostorting. Een notaris is hier niet voor nodig. Ingewikkeld wordt het pas als we het agio weer naar privé willen halen.

## Toetreding tot vennootschap

Tot slot (in deze opsomming ben ik echter geenszins limitatief) ziet men wel dat agio betaald wordt bij toetreden tot een vennootschap. Bijvoorbeeld wanneer verzuimd is een holdingstructuur te gebruiken. Indien de zittende aandeelhouders hun aandelen aan de toetreders zouden verkopen, is er meteen sprake van aanmerkelijk-belangheffing. Als de BV nu nieuwe aandelen uitgeeft is dit niet het geval. De zittende aandeelhouders zien hun belang echter wel verwateren en zullen eisen dat eventuele meerwaardes in de onderneming

in de uitgifteprijs van de nieuwe aandelen verwerkt worden. Er zal dan soms aanzienlijk meer dan de nominale waarde betaald moeten worden. Dit verschil is agio. Dit agio kan niet exclusief aan de aandelen van de toetredende partij toegerekend worden, maar zal verwateren over alle zittende aandeelhouders. Dit is ook logisch in bedrijfseconomische zin omdat dit agio in principe een vergoeding vormt voor de stille reserves in de onderneming, dus met name ook aan de zittende aandeelhouders ten goede moet komen.

### Verwatering voorkomen

Hiermee is in feite onze tweede vraag beantwoord. Het agio is niet aan bepaalde aandelen toe te rekenen, maar verwatert over alle aandelen van dezelfde soort. Wanneer men dit wil voorkomen, moet men een andere oplossing kiezen, bijvoorbeeld in plaats van agio kan men cumulatief preferente aandelen uitgeven, of letteraandelen.

### Fiscale consequenties

Hoe zit het nu met onze eerste vraag? Dit kwam in 2008 aan de orde bij de uitspraak Hoge Raad van 12 september 2008, nr. 43.366 (VN 2008/43.14). Het geval was als volgt. Een BV had een nominaal gestort aandelenkapitaal van f 1.100.000 (het speelt nog in het gulden-tijdperk). Tevens had er een agiostorting plaatsgevonden van f 3.480.000. Op een gegeven moment besluit de algemene vergadering van aandeelhouders f 3.300.000 agiokapitaal terug te betalen. Dit gebeurde niet via de notaris, maar door een verrekening in rekening-courant met de dga. Tot slot waren er geen stille reserves in de BV en was er sprake van een verliessaldo. De inspecteur legde een aanslag op, waarin f 3.300.000 aan aanmerkelijk-belangwinst was opgenomen.

Na bezwaar stelt het hof de inspecteur in het gelijk, omdat niet voldaan was aan de voorwaarde dat de nominale waarde van de desbetreffende aandelen bij statutenwijziging met een gelijk bedrag was verminderd (thans art. 4.13 1b wet IB 2001, toen art. 20b 1c wet IB 1964). Het hof stelde dat men de aanmerkelijk-belangheffing eenvoudig had kunnen vermijden door de agioreserve om te zetten in nominaal gestort aandelenkapitaal en vervolgens dit kapitaal te verminderen en terug te betalen. De wettekst was – en is nog steeds – duidelijk wat dit betreft. Nu men deze weg verzuimd had te bewandelen, was de terugbetaling terecht belast. Jammer maar helaas.

### Zuivere terugbetaling

De belanghebbende ging in cassatie. De advocaat-generaal trok een conclusie dat de heffing in strijd was met een redelijke wetstoepassing, omdat duidelijk was dat er in bedrijfsecono-

mische zin sprake was van een zuivere terugbetaling van kapitaal – er was niet eens een winstreserve.

### Geen redding mogelijk

De vraag was: moet in dit geval doel en strekking van de belastingheffing voorop staan of de strikte toepassing van de letter van de wet? Wanneer men middels een belastingconstructie die volgens de letter van de wet toegestaan is belasting ontduikt, stelt de inspecteur zich op het standpunt van *fraus legis* (wetsontduiking). Nu door onwetendheid van de belastingplichtige sprake is van het tegenovergestelde, willen het hof en de inspecteur niet het doel en de strekking van de wet vooropstellen, maar beroept men zich op de letter van de wet.

Het laatste woord over deze kwestie was aan de Hoge Raad. Zonder veel omhaal wordt de redenering van de advocaat-generaal verworpen. De letter van de wet prevaleert. Nu in de wet zo duidelijk is aangegeven hoe het zou moeten en men deze weg verzuimd heeft, is geen redding meer mogelijk. De Hoge Raad verwerpt het beroep in cassatie.

### Twee keer naar notaris

Hiermee is ook de eerste vraag duidelijk beantwoord. Wil men een agioreserve uitkeren, dan moet deze eerst worden omgezet in aandelenkapitaal door middel van bonusaandelen. Daarna kunnen deze bonusaandelen worden afgestempeld. Twee keer naar de notaris dus! **b\_m**

Ale Bosma AA/FB is accountant en fiscalist bij de Hooge Waerder Accountants-Belastingadviseurs-Juristen. Heeft u vragen over dit artikel? [abosma@dehoogewaerder.nl](mailto:abosma@dehoogewaerder.nl)

## conclusies

- In veel gevallen zal de soep niet zo heet gegeten worden, omdat de terugbetaling van agio onder de deelnemingsvrijstelling zal vallen. Weliswaar bevat de Wet op de dividendbelasting een vergelijkbare bepaling wanneer niet de juiste weg bewandeld wordt, maar de dividendbelasting is een voorheffing en dit komt dus wel goed.
- Bij sfeerovergangen kan nalatigheid echter wel degelijk tot rampen leiden. En mocht er sprake zijn van een faillissement, dan kan alles ook maar beter op de juiste wijze gebeurd zijn. Wie weet of de curator anders niet moeilijk gaat doen.
- Misschien is het aan te bevelen om minder vaak gebruik te maken van agiostortingen. Wellicht kan u beter meteen nominaal aandelenkapitaal uitgeven. U hoeft dan later een keer minder naar de notaris en het kan nooit meer mis gaan omdat u vergeet de statuten te wijzigen.