

Onbelaste teruggaaf van agio

Aan de onbelaste teruggaaf van agio zitten haken en ogen. De accountant moet hierop alert zijn. Wat zijn de fiscale gevolgen van teruggaaf van agio aan de aandeelhouder/natuurlijk persoon voor de inkomstenbelasting (box 2) en de dividendbelasting?

TEKST: JESSICA LITJENS EN MITRA TYDEMAN-YOUSEF | BEELD: CORBIS

De Wet inkomstenbelasting 2001 en de Wet op de dividendbelasting 1965 stellen strikte eisen aan de onbelaste teruggaaf van agio. Wordt daar (bijvoorbeeld per abuis) niet aan voldaan, dan zijn de herstelmogelijkheden beperkt. De accountant moet dus alle stappen helder voor ogen hebben. Zo moet hij voorafgaand aan de teruggaaf van agio signaleren:

- of de voorgenomen teruggaaf niet hoger is dan de verkrijgingsprijs van de aandelen;
- of het agio is omgezet in aandelenkapitaal door uitreiking van agiobonusaandelen;
- of de algemene vergadering van aandeelhouders (AvA) een besluit tot teruggaaf heeft genomen; en

- of bij statutenwijziging de nominale waarde van de desbetreffende aandelen is verminderd met het bedrag van de teruggaaf.

Onder de nieuwe Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht komt er ook nog een uitkeringstest bij (zie ook *Accountant*, januari/februari 2012).

HOOFDREGEL

De belastingwetgever gaat ervan uit dat terugbetaling van gestort kapitaal ('teruggaaf van wat op aandelen is gestort') een dividenduitkering vormt. Zo wordt voorkomen dat uitgebreide discussies ontstaan tussen de belastingdienst en de belastingplichtige over de vraag of een uitkering door de vennootschap een dividenduitkering of een terugbetaling van kapitaal is. Een kapitaal teruggaaf is belast voor zowel de inkomstenbelasting (in box 2 belast als regulier voordeel uit aanmerkelijk belang) als de dividendbelasting (belast als opbrengst indien en voor zover zuivere winst aanwezig is in het uitkerende lichaam). Kortom, doordat agio wordt beschouwd als storting op aandelen, is ook teruggaaf van agio belast.

DIVIDENDBELASTING

Voor de dividendbelasting wordt voor de belaste teruggaaf als extra voorwaarde gesteld dat er zuivere winst in de uitkerende vennootschap aanwezig is. Volgens de rechtspraak is zuivere winst alles wat aan vermogen in een lichaam aanwezig is boven het (fiscaal) gestorte kapitaal. Dit geldt ook voor de situatie waarin nog geen sprake is van winstrealisatie maar deze wel op

WAT IS AGIO?

Agio is het bedrag aan kapitaal dat de aandeelhouder in de vennootschap stort boven de nominale waarde van de uitgegeven aandelen. Het storten van agio kan bijvoorbeeld zijn bedongen bij de aandelenuitgifte. Teruggaaf van dit 'surplus' aan de aandeelhouder is een bijzondere variant van kapitaalvermindering. Overigens moet de teruggaaf van agio niet worden verward met het 'afstempen van aandelen'. In die variant van kapitaalvermindering wordt namelijk niets terugbetaald aan de aandeelhouder.

DE TERUGGAAAF VAN AGIO MOET NIET WORDEN VERWARD MET HET 'AFSTEMPELEN VAN AANDELEN'.



CUMULATIEVE STAPPEN NAAR ONBELASTE TERUGGAAF VAN AGIO AAN AANDEELHOUDER/NATUURLIJK PERSOON

Stap 1	Teruggaaf mag niet hoger zijn dan de verkrijgingsprijs van aandelen.
Stap 2	Passeren notariële akte van omzetting agio in aandelenkapitaal via uitreiking van agiobonusaandelen.
Stap 3	AvA-besluit tot teruggaaf van aandelenkapitaal.
Stap 4	Passeren notariële akte van statutenwijziging tot vermindering van nominale waarde met gelijk bedrag.

korte termijn - volgens de rechter binnen drie jaar - is te verwachten ('winstanticipatie').

UITZONDERING

Op de eerdergenoemde hoofdregel geldt alleen onder voorwaarden een uitzondering. Teruggaaf van agio is voor de inkomstenbelasting onbelast als de teruggaaf niet hoger is dan de prijs die de aandeelhouder voor de desbetreffende aandelen heeft betaald (de 'verkrijgingsprijs'). Daarnaast eist de wet dat nog twee cumulatieve formele stappen (samen: 'formeel criterium') volgen voordat agio onbelast kan worden gerestitueerd:

- 1 Voorafgaand aan de teruggaaf moet de AvA een besluit tot teruggaaf hebben genomen, waarin de AvA de desbetreffende aandelen aanwijst en de uitvoering van het besluit is geregeld.
- 2 Bij statutenwijziging moet de nominale waarde van de desbetreffende aandelen worden verminderd met het bedrag van de teruggaaf. Daarvoor is een statutenwijziging nodig, omdat de statuten het bedrag van de aandelen vermelden. Doordat agio echter niet

in de statuten voorkomt, moet een tussenstap worden gemaakt: het omzetten van agioreserves in nominaal aandelenkapitaal via uitreiking van agiobonusaandelen. Deze uitreiking van agiobonusaandelen is onbelast. Hierna volgt bij statutenwijziging het verminderen van het vergrote aandelenkapitaal met een bedrag dat gelijk is aan de gewenste teruggaaf. Dit betekent dat de notaris twee akten moet passeren: eerst omzetting van agio in aandelenkapitaal en vervolgens bij statutenwijziging vermindering van het aandelenkapitaal.

Voor de dividendbelasting gelden voor een onbelaste teruggaaf van agio dezelfde formele stappen.

ONGEDAAN MAKEN

Stel dat als gevolg van een fout een statutenwijziging niet plaatsvindt, dan kan de AvA het besluit tot teruggaaf van agio ongedaan maken om zo belastingheffing te voorkomen. Hiervoor is echter wel een gang naar de rechtbank noodzakelijk, en wel binnen de vervaltermijn van één jaar. Een buitengerechtelijke verklaring voldoet helaas niet.

NIEUW BV-RECHT

Ook onder de nieuwe Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht kan een vennootschap agio restitueren aan de aandeelhouder. Wel krijgt het bestuur er een grote verantwoordelijkheid bij door de invoering van een uitkeringstest. De uitkeringstest houdt in dat het bestuur beoordeelt of de vennootschap na het doen van een uitkering haar opeisbare schulden kan blijven betalen. De test geldt voor alle situaties waarin de ven-

MISCOMMUNICATIE

Een korte schets van een zaak (BNB 2009/13c) waarin het goed fout ging:

Belanghebbende, enig aandeelhouder in zijn bv, had in 1999 naast het nominaal gestorte kapitaal van f 1.100.000 een agio gestort van f 3.480.000. Op 12 december 2000 besloot deze directeur-groootaandeelhouder (dga) in zijn hoedanigheid van AvA van de bv het overgrote deel van het gestorte agio (f 3.300.000) terug te betalen aan de dga. De bv had een verliessaldo en beschikte niet over stille reserves. Eind 2000 bedroeg het vermogen van de bv f 1.117.611 (f 1.100.000 nominaal aandelenkapitaal plus f 180.000 agio minus f 162.389 verliessaldo).

Door miscommunicatie tussen de belastingadviseur en de accountant had de wettelijk vereiste statutenwijziging niet plaatsgevonden. Volgens de inspecteur vormde deze terugbetaling daarom een voordeel uit aanmerkelijk belang.

In beroep stelde Hof Amsterdam de inspecteur in het gelijk, al moest het hof toegeven dat belastingheffing over

een teruggaaf van agio bij het ontbreken van zuivere winst niet conform de bedoeling van de wetgever is.

Voor de cassatierechter stelde de belanghebbende dat in zijn geval de statutenwijziging achterwege kon blijven. Immers, de teruggaaf overtrof niet de verkrijgingsprijs van de desbetreffende aandelen en vanwege de verliespositie van zijn bv kon geen sprake zijn van een verkapte uitkering van winstreserves. De Hoge Raad hield echter strikt vast aan de wettekst en wilde niet de wetgever corrigeren door voor dit soort gevallen een regel te creëren, die afweek van de wettekst.

Opmerkelijk is dat ons hoogste rechtscollege ondanks alle tegensputtingen vanuit de praktijk onverbiddelijk oordeelde dat de eerdergenoemde formele stappen voor onbelaste teruggaaf ook gelden als een vennootschap verliest lijdt. Als er geen winst- en stille reserves in de vennootschap aanwezig zijn, kan er namelijk materieel nooit sprake zijn van een winstuitdeling.



Zie ook
Accountant.nl/
Vaktechniek

DOORDAT AGIO WORDT BESCHOUWD ALS STORTING OP AANDELEN, IS OOK TERUGGAAF VAN AGIO BELAST.

nootschap vermogen uitkeert: bij uitkering van winst of reserves, bij terugbetaling op aandelen in het kader van een kapitaalvermindering en bij inkoop van eigen aandelen tegen een vergoeding ('anders dan om niet'). Dus ook voor de teruggaaf van agio.

Dit betekent dat het bestuur in het kader van de uitkeringstest voorafgaand aan die teruggaaf de financiële positie van de vennootschap moet beoordelen met het oog op de belangen van de schuldeisers. Daardoor heeft een voorstel van de AvA tot teruggaaf van agio bij een verlieslijdende vennootschap weinig kans van slagen. Overigens wordt de ruimte waarover de aandeelhouders niet vrij kunnen beschikken ('gebonden eigen vermogen') beperkt tot de wettelijke en statutaire reserves, dus exclusief het gestorte en opgevraagde kapitaal.

FINANCIËEL EXPERT

Hebben de bestuurders van de vennootschap behoefte aan ondersteuning wegens bijvoorbeeld onvoldoende financiële expertise dan kunnen ze een externe financieel expert, zoals een accountant, vragen om te beoordelen of de uitkeringstest juist is uitgevoerd. Afhankelijk van de specifieke kenmerken van de vennootschap

moet de expert hierbij factoren betrekken als liquiditeit, solvabiliteit en rentabiliteit.

Het bestuur is niet verplicht om een externe financieel expert erbij te halen, maar dit is wel aan te raden. Wanneer echter sinds de vaststelling van de laatste jaarrekening bijzondere omstandigheden zich hebben voorgedaan in de financiële positie van de vennootschap, is volgens minister Ivo Opstelten (Veiligheid en Justitie), inschakeling van een externe deskundige, zoals een accountant, wel aan de orde. Als het bestuur op het moment van de uitkering kennis heeft van zulke omstandigheden, wordt uiteraard extra zorgvuldigheid verwacht. Dat zijn de normale omgangsvormen in het zakelijk verkeer, die naar zijn mening van iedereen mogen worden verwacht (Kamerstukken II 2011/12, 32 426 nr. 24, bladzijde 11). Met andere woorden, het bestuur zal in dat geval niet buiten de dienstverlening van een extern deskundige kunnen. □

Noot

** Jessica Litjens en Mitra Tydeman-Yousef zijn werkzaam bij het Technical Office (Private Wealth) van het PwC Knowledge Center Tax & HRS. Litjens is tevens verbonden aan de Universiteit Maastricht en de Universiteit van Amsterdam.*