

**2009/00025**  
**Hof Amsterdam**

**Wet IB**  
**Awb 8:68**

**Etikettering grond/ geen toepassing foutenleer noch heropening zaak**

*Toelichting staatssecretaris van 21 december 2010 nr. DGB 2010-7560 n.a.v. uitspraak Hof Amsterdam van 11 november 2010, nr. 2009/00025, jaar 2003*

Vóór 1 januari 2001 waren A en zijn broer aandeelhouder van X bv welke vennootschap een fruitbomenareaal exploiteerde. Tot 22 december 2000 behoorde hiertoe een perceel grond gelegen aan de dijk te V (hierna: het perceel) Twee zoons van A exploiteerden in maatschapsverband (de maatschap) boomgaarden bij R. Vanaf eind jaren negentig heeft de maatschap de grondpercelen gepacht van X bv, waaronder het perceel.

In de loop van 1999 is het voornemen ontstaan om X bv te splitsen in twee bv's, met A resp. zijn broer als aandeelhouder, en vervolgens een samenwerkingsverband tot stand te brengen tussen de bv van A en de maatschap. Per december 1999 is het perceel door X bv voor drie jaar afzonderlijk verpacht aan de zoons. Op 28 december 2000 is met terugwerkende kracht tot 1 januari 2000 X bv gesplitst in P bv met als enig aandeelhouder de broer van A en Fruit-bv met A als digra. Bij deze splitsing is het merendeel van de te Z gelegen gronden in eigendom toebedeeld aan Fruit-bv.

Per 1 januari 2000 is fruit bv toegetreden tot een samenwerkingsverband met de maatschap, waarbij zij het gebruiksrecht en het genot van bedoelde gronden te Z heeft ingebracht. In augustus 2003 is met terugwerkende kracht tot 1 januari 2001 een geruisloze terugkeer gerealiseerd van de onderneming van A uit Fruit-bv. A, die daardoor met terugwerkende kracht tot 1 januari 2001 is toegetreden tot het samenwerkingsverband met de maatschap, heeft het genot van de te Z gelegen gronden in het samenwerkingsverband met de maatschap ingebracht; deze gronden zijn daardoor met ingang van 1 januari 2001 tot zijn buitenvennootschappelijke ondernemingsvermogen gaan behoren.

In geschil is of de inspecteur het perceel (met toepassing van de foutenleer) in 2003 tot het verplichte ondernemingsvermogen van A heeft gerekend en het belastbare inkomen uit werk en woning voor dat jaar daarom heeft verhoogd met € 264 000 aan winst uit onderneming.

*Rechtbank*

De rechtbank stelde de inspecteur in het gelijk. Er is sprake van verplicht ondernemingsvermogen zodat A bij de aangifte niet kon kiezen om het perceel vanaf de terugkeer uit de bv tot zijn privévermogen te rekenen.

*Hof*

In hoger beroep stelt A zich op het standpunt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat het perceel op en na 1 januari 2001 bedrijfsmatig werd geëxploiteerd. De inspecteur acht het onaannemelijk dat commerciële exploitatie van het perceel niet lonend zou zijn en stelt dat het perceel onmiskenbaar bedrijfsmatig is geëxploiteerd door het samenwerkingsverband waarvan A met ingang van 1 januari 2001 deel uitmaakte.

Het hof komt tot een ander oordeel dan de rechtbank. Volgens het hof is geschil toegespitst op de vraag of met ingang van 1 januari 2001 sprake is van gewijzigde omstandigheden, doordat A, door de geruisloze terugkeer uit de bv, met ingang van die datum wél ondernemer was geworden, namelijk als opbrengstgerechtigde tot het resultaat van het samenwerkingsverband met de maatschap. Voor de door de inspecteur bepleite verplichte heretikettering van het perceel is dan alleen aanleiding indien hij feiten en omstandigheden stelt en aannemelijk maakt waaruit volgt dat het perceel voor A verplicht ondernemingsvermogen vormde op 1 januari 2001 dan wel vanaf enig later tijdstip voorafgaand aan de vervreemding en de

levering van het perceel in 2003. Alleen dan is in het belastingjaar 2003 immers sprake van een fout in de zin van de foutenleer die zich leent voor correctie door het vervreemde eigendomsrecht alsnog te rekenen tot het (buitenvennootschappelijke) ondernemingsvermogen van A.

Volgens het hof maakt de inspecteur een en ander niet aannemelijk. De feiten en omstandigheden leiden niet tot de door hem bepleite toepassing van de foutenleer. Het hof vernietigt de uitspraak van de rechtbank.

*De staatssecretaris heeft laten weten dat hij afziet van beroep in cassatie. Ter toelichting merkt hij het volgende op.*

Uit het proces-verbaal van de zitting van 17 augustus 2010, pagina 5, blijkt dat de inspecteur gesteld heeft dat belanghebbende op 22 december 2000 geen ondernemer was en dat het eigendomsrecht van het land geen ondernemingsvermogen was. Het hof treedt niet buiten de rechtstrijd door van deze omstandigheden uit te gaan. De inspecteur stelt vervolgens dat beantwoord moet worden de vraag of zich een bijzondere omstandigheid voordoet die maakt dat het Leeuwenland vanaf 1 januari 2001 verplicht ondernemingsvermogen wordt. Het hof beantwoordt deze vraag ontkennend. 's Hof's oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Voor het overige is het oordeel van feitelijke aard en in ruime mate gemotiveerd. Ik acht het oordeel niet onbegrijpelijk.

Ter zitting heeft de inspecteur medegedeeld dat hij niet direct kon beoordelen of hij belanghebbende alsnog in het gelijk kon stellen of niet. Het hof heeft de inspecteur in de gelegenheid gesteld om zijn standpunt –hij stelt belanghebbende wel of niet in het gelijk- binnen een week aan het hof kenbaar te maken. Het hof heeft uitdrukkelijk vermeld dat de inspecteur met “ja” of “nee” dient te antwoorden. Indien de inspecteur zich niet met het standpunt van belanghebbende kan verenigen, zal het hof schriftelijk uitspraak doen. De inspecteur heeft het hof toestemming gegeven om in dat geval zonder nadere zitting uitspraak te doen. De inspecteur heeft het hof bericht zich niet met het standpunt van belanghebbende te kunnen verenigen. Met deze mededeling is het onderzoek gesloten. De inspecteur heeft in zijn bericht een nieuw standpunt ingenomen. Daartoe was hij door het hof niet in de gelegenheid gesteld. Het hof beziet vervolgens of er reden bestaat om tot heropening van het onderzoek over te gaan. Uit het arrest van 20 februari 2009, nr. 43 904, BNB 2009/107, blijkt dat, hoewel de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) niet uitdrukkelijk voorziet in de mogelijkheid dat een partij verzoekt om heropening van het onderzoek op de voet van art. 8:68 Awb, het een partij vrijstaat het hof te verzoeken om van zijn bevoegdheid om het onderzoek te heropenen gebruik te maken, en dat het hof van een zodanig verzoek dient kennis te nemen. Zowel uit de tekst van art. 8:68 Awb als uit het arrest volgt mijns inziens dat het hof niet gehouden is een dergelijk verzoek in te willigen. Het is immers aan het hof om vast te stellen of het onderzoek al dan niet volledig is geweest. Dit volgt ook uit hetgeen is opgemerkt in de memorie van toelichting met betrekking tot art. 8:68 Awb:

“Bij de voorbereiding van de uitspraak kan de rechtbank blijken, dat een bepaald voor de uitspraak relevant punt onopgehelderd is gebleven en dat derhalve het onderzoek niet volledig is geweest. In dat geval kan zij het onderzoek heropenen en het onderzoek voortzetten op de wijze die haar het meest adequaat voorkomt.”  
(Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3, blz. 141)

Indien het verzoek om heropening niet wordt ingewilligd, zal het hof, afhankelijk van de aard, inhoud en strekking van hetgeen aan het verzoek om heropening ten grondslag is gelegd, moeten motiveren waarom het verzoek wordt afgewezen (vergelijk de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 2 juli 2007, nr. 200700320/1, LJV BA9767).

In het onderhavige geval heeft de inspecteur niet specifiek verzocht om een heropening van het onderzoek. Het hof acht heropening van het onderzoek in strijd

met een goede procesorde gelet op het belang dat belanghebbende heeft bij afdoening van de zaak en - ook met het oog op de door hem in dat verband anders nog te maken kosten - niet geconfronteerd te worden met de noodzaak zich zo laat in de procedure nog te moeten verweren tegen een geheel nieuw subsidiair standpunt van de inspecteur, een standpunt dat niet zuiver van rechtskundige aard is. Nu het de inspecteur bekend was dat het Leeuwenland verpacht was aan de zonen van belanghebbende acht ik de beslissing van het hof om niet tot heropening over te gaan niet onbegrijpelijk.