

kenmerk: 5143/89

GERECHTSHOF TE AMSTERDAM

Derde Enkelvoudige Belastingkamer

UITSPRAAK

op het beroep van X te Z, belanghebbende, tegen een uitspraak en een besluit van de Inspecteur der omzetbelasting te Y, de inspecteur.

1. Loop van het geding

Van belanghebbende is ter griffie een beroepschrift ontvangen op 24 oktober 1989, ingediend door Mr. W als gemachtigde van belanghebbende. Het beroepschrift is aangevuld bij brief van 14 mei 1990. Het beroep is gericht tegen de uitspraak van de inspecteur, gedagtekend 31 augustus 1989, betreffende de aan belanghebbende opgelegde naheffingsaanslag in de omzetbelasting voor het tijdvak 1983 tot en met 1985 en het daarbij genomen kwijtscheldingsbesluit. De naheffingsaanslag is opgelegd tot een bedrag van f 9.213,-- aan enkelvoudige belasting en f 4.061,-- aan verhoging. Na bezwaar tegen de naheffingsaanslag is deze bij de bestreden uitspraak gehandhaafd en is besloten van de verhoging geen verdere kwijtschelding te verlenen.

Het beroep strekt tot vernietiging van de uitspraak van de inspecteur en van de naheffingsaanslag en tot vernietiging van het kwijtscheldingsbesluit en volledige kwijtschelding van de verhoging.

De inspecteur heeft een verzoekschrift ingediend en concludeert tot bevestiging van de bestreden uitspraak en tot vernietiging van het kwijtscheldingsbesluit en volledige kwijtschelding van de verhoging.

Ter zitting van 14 december 1990 zijn verschenen en gehoord voormelde gemachtigde, tot bijstand vergezeld van Mr. A, alsmede de inspecteur, tot bijstand vergezeld van B. Partijen hebben een pleitnota voorgedragen en overgelegd,

waarvan de inhoud als hier ingelast geldt. De wederpartij heeft van de bij de pleitnota van de inspecteur gevoegde bijlage kunnen kennis nemen en zich erover kunnen uitlaten.

Op 18 december 1990 heeft het Hof mondeling uitspraak gedaan; het proces-verbaal van de mondelinge uitspraak is op 31 december 1990 aangetekend aan partijen verzonden. Ter griffie is op 15 januari 1991 het verzoek van belanghebbende ontvangen

de mondelinge uitspraak te vervangen door een schriftelijke uitspraak. Het in artikel 17b, tweede lid, van de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken bedoelde griffierecht is tijdig op 15 maart 1991 voldaan.

## 2. Tussen partijen vaststaande feiten

2.1. Belanghebbende, ondernemer in de zin van artikel 7 van de Wet op de omzetbelasting 1968 (de Wet), dreef in het onderhavige tijdvak een café-restaurant, gevestigd a-straat 1 te V. De onderneming werd uitgeoefend in de vorm van een eenmanszaak.

2.2. Een controle in mei 1987 voor de inkomsten- en omzetbelasting heeft onder meer geleid tot de volgende bevindingen. Voor 1984 zijn negatieve kassaldi geconstateerd op 13 juni van f 1.761,29, op 10 juli van f 91,47, op 19 juli van f 12,52, op 23 juli van f 496,54, op 8 november van f 457,92 en op 15 november van f 5.842,82 - in totaal f 8.662,60. Geconstateerd is voorts dat het brutowinstpercentage op dranken in 1982 157, in 1983 232, in 1984 230 en in 1985 157 bedroeg, dat het brutowinstpercentage keuken in 1982 186, in 1983 133, in 1984 126 en in 1985 131 bedroeg en dat in 1983 en in 1985 de inkoopwaarde van tabak de opbrengst van de tabaksverkopen in genoemde jaren overtrof. Op 28 januari 1988 vond de eindbespreking plaats.

2.3. De inspecteur, die van oordeel was dat de administratie van belanghebbende niet kon dienen als grondslag voor de berekening van de verschuldigde omzetbelasting, heeft een theoretische omzetberekening gemaakt. Naar aanleiding hiervan is de onderhavige naheffingsaanslag opgelegd.

### 3. Geschil

In geschil is (a) of bij belanghebbende zijdens de inspecteur bij de eindbespreking ter afsluiting van de controle het vertrouwen is gewekt dat niet zou worden nageheven, en (b) of de inspecteur de omzet terecht heeft gecorrigeerd.

De inspecteur heeft verklaard dat de verhoging dient te vervallen omdat niet aan de motiveringsplicht is voldaan, zodat in zoverre tussen partijen geen geschil meer bestaat.

### 4. Standpunten van partijen

4.1. Voor de standpunten wordt verwezen naar de stukken van het geding en naar de pleitnota's.

4.2. Belanghebbende heeft ter zitting het volgende aan zijn stellingen doen toevoegen.

Alleen de omzetcorrectie is in geschil. Wat 1984 betreft, is er geen geschil.

Bij de eindbespreking is van de zijde van de fiscus expliciet gesteld dat de correctie zou vervallen als er een verklaring van de D-Bank zou komen. In een bespreking die later heeft plaatsgevonden heeft de heer B dat herhaald.

4.3. De inspecteur heeft ter zitting het volgende aan zijn stellingen toegevoegd.

Alleen de omzetcorrectie is in geschil.

### 5. Beoordeling van het geschil

5.1. Belanghebbende stelt dat tijdens de zogenoemde eindbespreking op 28 januari 1988 door de controleur het vertrouwen is gewekt dat naheffing achterwege zou blijven, indien door belanghebbende zouden worden overgelegd een verklaring van de D-Bank omtrent de door de controleur geconstateerde afwijkingen tussen de handgeschreven en de machinedatum van bankstortingen en een verklaring van een familielid van belanghebbende omtrent in 1984 en 1985 pro deo voor belanghebbende verrichte werkzaamheden. Belanghebbende doet zijn stelling

mede steunen op nadien gevoerde besprekingen en op de omstandigheid dat de naheffingsaanslag eerst circa zeven maanden later is opgelegd. Nu bedoelde verklaringen zijn overgelegd handelt de inspecteur, naar belanghebbende stelt, in strijd met beginselen van behoorlijk bestuur door een naheffingsaanslag op te leggen. De inspecteur en genoemde controleur stellen dat nimmer bij belanghebbende enig vertrouwen is gewekt in voege als hiervoor bedoeld. De inspecteur stelt voorts dat de verklaring van de D-Bank, waarop het geschil zich toespitst, betrekking heeft op data gelegen voor die waarop negatieve kassaldi zijn geconstateerd en daarom geen verklaring kan vormen voor de negatieve kassaldi.

Aannemelijk is dat, zo in casu al van vertrouwen gewekt door de inspecteur sprake is, van de zijde van de fiscus slechts genoeg zou worden genomen met een schrijven van de D-Bank waarin een genoegzame verklaring zou worden gegeven voor de negatieve kassaldi. Nu in dat schrijven een zodanige verklaring volgens de inspecteur en ook naar 's Hofs oordeel ontbreekt, kan reeds hierom geen sprake zijn van schending van beginselen van behoorlijk bestuur.

Het Hof stelt het aanbod van belanghebbende de bij eerdergenoemde eindbespreking aanwezige personen als getuigen te doen horen terzijde. Ook indien belanghebbende en zijn toenmalige accountant zouden verklaren dat bij hen vertrouwen is gewekt zoals hiervoor bedoeld, acht het Hof zulks, mede gelet op het vorenoverwogene met betrekking tot de inhoud van de verklaring, onvoldoende tegenover de stellige ontkenning door de controleur, temeer nu belanghebbende geen ander bewijs heeft bijgebracht.

5.2. Naar 's Hofs oordeel heeft belanghebbende geen toereikende verklaring gegeven voor de geconstateerde negatieve kassaldi en de sterke schommelingen in de brutowinstpercentages. Zoals onder 5.1. is overwogen, vormt het aldaar genoemde schrijven van de D-Bank geen genoegzame verklaring voor de negatieve kassaldi. De factoren genoemd door belanghebbende - de aanloop- en openingskosten, de wisseling van personeel, onbekendheid met de branche, de regelmatige ontvangst van busgezelschappen - vormen geen genoegzame verklaring voor de onder 2.2. vermelde schommelingen in de brutowinstpercentages. Belanghebbende heeft evenmin een genoegzame verklaring gegeven voor de omstandigheid dat in 1983 en 1985 de inkoopwaarde van tabak de opbrengst van de tabaksverkoop in genoemde jaren overtrof, zodat in zoverre sprake was van een

negatief brutowinstpercentage.

Aannemelijk is dat de omzet van het café-restaurant door belanghebbende tot een aanmerkelijk bedrag niet is verantwoord. Dit brengt mee dat belanghebbende niet heeft voldaan aan de hem bij of krachtens artikel 34 van de Wet opgelegde verplichtingen. Dit verzuim acht het Hof van zodanige aard dat toepassing van de zware sanctie vervat in artikel 36 van de Wet in samenhang met artikel 29, eerste lid van de Algemene wet inzake rijksbelastingen in dit geval gerechtvaardigd is. Dit houdt in dat de uitspraak dient te worden bevestigd, tenzij blijkt dat en in hoeverre de naheffingsaanslag op een onjuist bedrag is berekend. Niet gebleken is dat de berekening door de inspecteur onjuist is. De inspecteur heeft in dit verband ook gesteld dat zijn berekening mede berust op verkoopprijzen ontleend aan facturen betrekking hebbend op bruiloften en feestavonden en dat de ter zake in rekening gebrachte prijzen niet hoger zullen zijn dan die welke overigens in rekening zijn gebracht.

Het Hof acht een en ander aannemelijk.

Het gelijk is aan de inspecteur.

## 6. Beslissing

Het Hof

- bevestigt de uitspraak van de inspecteur,
- vernietigt het kwijtscheldingsbesluit,
- verleent volledige kwijtschelding van de verhoging, en
- verstaat dat de inspecteur het gestorte griffierecht van f 75,-- aan belanghebbende vergoedt.

Uitgesproken in raadkamer van 18 december 1990 en ter vervanging van de mondelinge uitspraak schriftelijk vastgesteld op 31 mei 1991 door Mr. Bijl, lid van de belastingkamer, in tegenwoordigheid van Mr. Pechler als griffier.

Pechler

Bijl

AANGETEKEND VERZONDEN

12 JUNI 1991

AAN PARTIJEN.