

Gerechtshof te Amsterdam

derde meervoudige belastingkamer

27 juni 2001

Nr. **00/02254**

PROCES-VERBAAL

van de mondelinge uitspraak in het beroep van X, handelend onder de naam Café Restaurant A C.V. te Z, belanghebbende,

tegen

de uitspraak van het Hoofd van de Belastingdienst te P, de Inspecteur, van 18 mei 2000, betreffende de naheffingsaanslag loonbelasting/premie volksverzekeringen voor het tijdvak 3 juni 1999 tot en met 30 november 1999.

Het beroep is behandeld ter zitting van 13 juni 2001.

Beslissing

Het Hof -verklaart het beroep gegrond;

- vernietigt de bestreden uitspraak en de naheffingsaanslag;
- veroordeelt de Inspecteur tot vergoeding aan belanghebbende van f 2.130 aan proceskosten en wijst de Staat aan als rechtspersoon die dit bedrag dient te voldoen;
- gelast de Staat het gestorte griffierecht ad f 450 aan belanghebbende te vergoeden.

Gronden

1. Café Restaurant A C.V. (hierna: de CV) is op 1 mei 1999 opgericht. Als beherend vennoot trad belanghebbende, X, op. Zijn zuster, XX, heeft het vermogen verstrekt. De CV exploiteerde een Turks specialiteitenrestaurant. De CV is door het uittreden van X op 1 januari 2000 opgeheven. De exploitatie van het restaurant is voortgezet door XX tot omstreeks april 2000.

2. Op 3 juni 1999 is door ambtenaren van de belastingdienst een waarneming ter plaatse verricht op het bedrijfsadres van de CV; van deze waarneming is met dagtekening 8 juni 1999 verslag uitgebracht. De ambtenaren spraken met belanghebbende en constateerden dat om omstreeks 18.30 uur 5 werknemers aanwezig waren, onder wie W. Van W waren geen voor de heffing van loonbelasting relevante gegevens bekend; hij had geen loonbelastingverklaring ingevuld en ingeleverd.

Op 2 september 1999 is wederom een waarneming ter plaatse verricht op het bedrijfsadres van de CV, waarvan met dagtekening 7 september 1999 verslag is uitgebracht.

De ambtenaren spraken met XX en constateerden om omstreeks 19.00 uur dat 2 werknemers aanwezig waren. W was toen niet aanwezig.

Op 20 november 1999 is een derde waarneming ter plaatse verricht op het bedrijfsadres van de CV, waarvan met dagtekening 14 december 1999 verslag is uitgebracht.

De ambtenaren spraken met B, medewerker in het restaurant. W was een van de 4 aangetroffen werknemers. In het verslag is met betrekking tot W het volgende vermeld:

'De heer W verklaarde, dit in tegenstelling tot een eerdere verklaring van u, dat hij nooit uit dienst is geweest en gewoon werkzaam is vanaf 29-05-1999 in uw onderneming. Hij verklaarde f 220,- netto per week bij u te verdienen. Bovendien verklaarde hij niet over een geldig identiteitsbewijs te beschikken. Het gevolg hiervan is dat u voor de heer W het anoniementarief van 60% dient te hanteren.'

3. De bevindingen tijdens de derde waarneming ter plaatse waren voor de Inspecteur aanleiding de onderhavige naheffingsaanslag op te leggen met toepassing van het tarief van 60 procent als bedoeld in artikel 26b van de Wet op de loonbelasting 1964. Voorts is een verhoging opgelegd van per saldo 25 procent van de nageheven belasting.

In een reactie op de aankondiging van het opleggen van de naheffingsaanslag heeft XX de Inspecteur in een brief van 28 december 1999 onder andere het volgende bericht: 'Ik ben van mening dat de heer W heeft geboren is op 00-00-1900 in mei 1999 bij ons gewerkt. Omdat hij geen verblijfsdocumenten had, is hij ontslagen. In het begin wist ik echter niet dat een medewerker verblijfsdocumenten moest hebben. Ik dacht dat een geldig sofi nummer genoeg zou zijn. Hij kwam op 14 november naar het restaurant en vertelde dat hij als witte illegaal verblijfsvergunning aangevraagd heeft. Ik heb hem na overleg met zijn advocaat op 17 november in dienst genomen.'

4. Ter zitting heeft XX, zakelijk weergegeven, het volgende verklaard.

Sedert april 2000 heb ik het restaurant niet meer. Dat is overgedragen aan iemand anders; dat is geen familielid. Ik ben op 1 mei 1999 met het restaurant gestart samen met mijn broer. W werkte daar al; hij was aangenomen door de vorige eigenaar.

De belastingdienst is begin juni geweest en heeft toen W aangetroffen. Ik had nooit eerder een restaurant gedreven. Ik heb alles verteld en vervolgens is er een naheffingsaanslag met boete opgelegd; die is ook betaald. Omdat ik verder geen problemen meer wilde heb ik W ontslagen. Alle werknemers moesten een verblijfsvergunning hebben. In november 1999 kwam W weer bij het restaurant met een brief van zijn advocaat. Ik dacht dat hij toen wit hier was en dat hij hier mocht werken.

Daarom heb ik hem per 17 november weer in dienst genomen. De belastingdienst kwam op 20 november 1999 weer controleren en toen heb ik W direkt weer ontslagen.

5. B heeft ter zitting, zakelijk weergegeven, het volgende verklaard.

Toen de twee ambtenaren van de belastingdienst kwamen was het nogal druk in het restaurant. Ik was de enige die in de bediening werkte. Zij stelden veel vragen en die moest ik tussen mijn werkzaamheden door beantwoorden. Zij vroegen naar papieren maar daar wist ik niets van. Ik was maar een gewone werknemer.

Ik ben eind 1996 of begin 1997 in het restaurant gaan werken als oproepkracht. Eind 1998 is dat een vaste baan geworden. Ik spreek niet zo goed Turks. Ik ben in Nederland geboren, net als mijn vader. Mijn grootvader was de eerste die naar Nederland is gekomen. Ik heb de Nederlandse nationaliteit. Ik ben wel 4 of 5 keer voor vakantie, 2 weken, in Turkije geweest. Ik spreek alleen Turks met mijn grootvader en met de mensen in het restaurant. Maar dat is eenvoudig Turks, horecataal.

6. Het geschil betreft het antwoord op de vraag of de onderhavige naheffingsaanslag terecht is opgelegd. Indien de voorgaande vraag bevestigend wordt beantwoord zijn partijen verdeeld over de vraag of terecht een boete is opgelegd.

7. Het ligt op de weg van de Inspecteur om aannemelijk te maken dat de onderhavige naheffingsaanslag terecht is opgelegd. Tegenover de gemotiveerde betwisting door belanghebbende is de Inspecteur daarin naar 's Hofs oordeel niet geslaagd. Daarbij neemt het Hof het volgende in aanmerking.

W is in het restaurant aangetroffen tijdens de eerste waarneming ter plaatse (op 3 juni 1999) en de derde waarneming ter plaatse op 20 november 1999. Bij de tweede waarneming ter plaatse, op 2 september 1999, is hij niet aangetroffen. Het Hof hecht geloof aan de verklaring van X inhoudende dat W al werkzaam was bij de vorige eigenaar van het restaurant, dat zij hem onmiddellijk heeft ontslagen toen bij de eerste waarneming ter plaatse begin juni 1999 bleek dat hij een illegale werknemer was, dat zij de daarom opgelegde naheffingsaanslag met boete heeft betaald, en dat zij meende dat zij hem op 17 november 1999 weer in dienst mocht nemen omdat W toen een zogenoemde witte illegaal was, waarna hij vervolgens direkt is ontslagen toen tijdens de laatste waarneming ter plaatse op 20 november 1999 bleek dat hij niet over het volgens de Belastingdienst vereiste identiteitsbewijs beschikte. Hetgeen de Inspecteur heeft aangevoerd doet hieraan niet af. Voorts neemt het Hof in aanmerking dat de tijdens de waarnemingen ter

plaatsse aangetroffen andere werknemers uiteindelijk -op één na- bleken te beschikken over alle vereiste documenten, zoals valt af te leiden uit de verslagen van de waarnemingen ter plaatse.

De verklaring van XX stemt als zodanig overeen met hetgeen de ambtenaren van de belastingdienst hebben geconstateerd tijdens de waarnemingen ter plaatse. Die constatering nopen op zich niet tot de daaraan door de Inspecteur verbonden conclusie.

8. Gelet op het vorenstaande is het gelijk aan belanghebbende.

Nu slechts aannemelijk is dat W in het naheffingstijdvak ten hoogste vier dagen heeft gewerkt en concrete gegevens hierover ontbreken zal het Hof, overeenkomstig het door de Inspecteur voor dat geval ingenomen standpunt, de naheffingsaanslag geheel vernietigen.

9. Het Hof acht termen aanwezig voor een veroordeling van de Inspecteur in de proceskosten als bedoeld in artikel 8:75 van de Algemene wet bestuursrecht. Met inachtneming van het Besluit proceskosten bestuursrecht wordt het bedrag van de proceskosten gesteld op 2 (voor proceshandelingen) maal 1,5 (voor het gewicht) x f 710 is f 2.130.

De uitspraak is gedaan op 27 juni 2001 door mrs Smit, Van Ballegooijen en Faase, in tegenwoordigheid van mr Geel-Cieraad als griffier. De beslissing is op die datum ter openbare zitting uitgesproken. Waarvan is opgemaakt dit proces-verbaal, door de voorzitter van de belastingkamer en de griffier ondertekend.

Geel-Cieraad

Smit

Het Hof heeft geen bezwaar tegen afgifte door de griffier van een afschrift van dit proces-verbaal in geanonimiseerde vorm.