

Gerechtshof te 's-Gravenhage

eerste meervoudige belastingkamer

23 november 1994

nummer: 930688-M-1

UITSPRAAK

op het beroep van X te Z tegen de uitspraak van de Inspecteur betreffende na te noemen naheffingsaanslag, zomede tegen het besluit van de Inspecteur omtrent kwijtschelding van de in evenbedoelde naheffingsaanslag begrepen verhoging.

1. Naheffingsaanslag, bezwaar en kwijtscheldingsbesluit

1.1. Blijkens aanslagbiljet van 25 juni 1992, aanslagnummer, is aan belanghebbende een naheffingsaanslag in de omzetbelasting opgelegd over het tijdvak 1 januari 1987 tot en met 31 december 1990. De nageheven enkelvoudige belasting beloopt f 106.305,=, over welk bedrag de verhoging als bedoeld in artikel 21, lid 1, eerste volzin, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: de AWR) is toegepast.

1.2. Deze naheffingsaanslag is, na daartegen door belanghebbende gemaakt bezwaar, door de Inspecteur bij de bestreden uitspraak gehandhaafd. Bij zijn bij die uitspraak genomen besluit heeft de Inspecteur van voornoemde verhoging geen kwijtschelding verleend.

2. Loop van het geding

2.1. Belanghebbende is van bovenvermelde uitspraak in beroep gekomen bij het Hof. In verband daarmee is door de griffier van belanghebbende een griffierecht geheven van f 75,=. De Inspecteur heeft een verzoekschrift ingediend.

2.2. De mondelinge behandeling van de zaak heeft plaatsgehad in raadkamer ter zitting van het Gerechtshof van 26 oktober 1994, gehouden te 's-Gravenhage. Aldaar is verschenen de Inspecteur.

2.3. Belanghebbendes gemachtigde die door de griffier bij aangetekende brief, op 27 september 1994 ter post bezorgd, van plaats, dag en uur van de mondelinge behandeling der zaak in kennis is gesteld noch belanghebbende zelf is ter zitting verschenen.

3. Vaststaande feiten

Gelet op de stukken van het geding en het ter zitting verhandelde is, als tussen partijen niet in geschil, dan wel door een der partijen gesteld en door de wederpartij niet of niet voldoende weersproken, het volgende komen vast te staan:

3.1. Belanghebbende exploiteert een horecagelegenheid, genaamd "Koffiehuis A", en is als zodanig ondernemer in de zin der Wet op de omzetbelasting 1968 (hierna: de Wet).

3.2. Een controle op 21 februari 1992 op de naleving van de wettelijke bepalingen inzake de exploitatie van horecagelegenheden, wijst uit dat evenvermeld koffiehuis beschikt over -onder meer- 3 gokautomaten, 65 stoelen, 14 tafels, 13 barkrukken, een sigarettenautomaat, twee notenautomaten en een kleine keuken. Er wordt koffie, bier, gedistilleerd en frisdrank geschonken. In de gelegenheid bevinden zich op dat moment 80 klanten. Aan 2 gokautomaten wordt op dat moment gespeeld. Het koffiehuis is elke dag geopend van 08.00 tot 01.00 uur. De opbrengst van de gokautomaten wordt op 50/50 basis verrekend met de eigenaar.

3.3. Een naar aanleiding van evenvermelde controle ingesteld boekenonderzoek brengt aan het licht dat primaire bescheiden evenals kasstukken ontbreken, dat uitgaven en ontvangsten in het kasboek worden genoteerd zonder nadere omschrijving, dat niet alle in- en verkopen worden geboekt, dat privé-opnamen en -stortingen niet worden geboekt, dat geen kascontrole plaatsvindt en dat afrekeningen met betrekking tot de opbrengst van de speelautomaten ontbreken.

Aanwezig zijn wel door de boekhouder opgemaakte staten. Over de jaren 1989 en 1990 is de ontvangstverantwoording niet volledig. Voor 1987 en 1988 zijn geen jaarstukken voorhanden. In de onderwerpelijke periode zijn geen aangiften ingediend.

3.4. Ingevolge de bevindingen vermeld onder 3.1. tot en met 3.3. heeft de Inspecteur met toepassing van het bepaalde in artikel 36 van de Wet de onderwerpelijke naheffingsaanslag met verhoging opgelegd. Bij de berekening van de verschuldigde omzetbelasting heeft de bij belanghebbende aangetroffen administratie over het jaar 1989 en 1990 als basis gediend. De berekening van de verschuldigde omzetbelasting wordt slechts betwist voor zover het de correctie van de opbrengst uit de speelautomaten betreft. Deze correctie is als volgt berekend. Uitgegaan is van 3 speelautomaten en een overeenkomstig de voorschriften uit de Wet op de kansspelen (Stb. 1961, 313) maximaal te verliezen bedrag van f 50,= per speler per uur en een gemiddelde speelduur per automaat van 5 uren per dag gedurende 7 dagen per week. De opbrengst per automaat per dag bedraagt dan f 250,=. Bij een 50/50 opbrengstverdeling komt belanghebbende f 125,= per automaat per dag toe. Gebruik makend van de factor 1,2 en een tarief van 20/120 voor 1987 en 1988 en 18,5/118,5 voor 1989 en 1990 leidt dat tot een verschuldigde omzetbelasting van f 82.546,=.

4. Omschrijving geschil en standpunten van partijen

4.1. Tussen partijen is in geschil of de Inspecteur de onderhavige naheffingsaanslag voor zover het betreft de correctie met betrekking tot de gokautomaten terecht heeft opgelegd, hetgeen belanghebbende bestrijdt, doch de Inspecteur staande houdt.

4.2. Ter ondersteuning van het standpunt van belanghebbende heeft haar gemachtigde, zakelijk weergegeven, het volgende gesteld. In de cijfers die de Inspecteur heeft aangehouden voor wat betreft de omzetten hoog/laag kan ik mij vinden. Bezwaar wordt echter gemaakt tegen de omzet van de speelautomaten. De bedragen van f 136.500,= over de jaren 1987 tot en met 1989 en f 84.000,= over 1990 zijn te hoog. Contact met de leverancier leverde op dat, hoewel hij geen aparte boekhouding bijhield, moet worden uitgegaan van f 15.000,= per jaar.

4.3. Ter ondersteuning van zijn standpunt heeft de Inspecteur -samengevat weergegeven- het volgende gesteld. Er is nimmer aangifte gedaan. Voorts is, gelet op de feiten in de administratie, niet voldaan aan het bepaalde in en krachtens artikel 34 van de Wet. Beide heeft omkering van de bewijslast tot gevolg, hetgeen inhoudt dat belanghebbende overtuigend moet aantonen dat en in hoeverre de aanslag tot een te hoog bedrag is opgelegd. De berekening van de omzet van de speelautomaten - zo begrijpt het Hof de Inspecteur - is in eerste instantie gebaseerd op de resolutie van de staatssecretaris van Financiën van 6 januari 1988, nr. 287-7131 (V-N 1988, blz. 256), en is geschied aan de hand van informatie afkomstig van het Nederlands Meetinstituut N.V. Deze berekening moet ik in verband met het arrest van 5 mei 1994, nr. C 38/93, van het Hof van Justitie te Luxemburg herzien.

Voorts ben ik van oordeel dat de bezetting van gemiddeld 5 uur per automaat per dag te hoog is. Dit moet 4,25 uur zijn. Dit heeft tot gevolg dat de ter zake verschuldigde belasting f 69.900,= bedraagt en dat de aanslag dienovereenkomstig moet worden verminderd.

4.4. Partijen doen hun standpunten steunen op de gronden welke daartoe door hen zijn aangevoerd in de van hen afkomstige gedingstukken.

5. Conclusies van partijen

5.1. Het beroep van belanghebbende strekt tot vermindering van de naheffingsaanslag tot f 28.345,=.

5.2. De Inspecteur heeft geconcludeerd tot vernietiging van de uitspraak op bezwaar en vermindering van de naheffingsaanslag tot f 91.492,= aan enkelvoudige belasting en overeenkomstige vermindering van de verhoging.

6. Overwegingen omtrent het geschil

6.1. Niet in geschil is dat belanghebbende niet volledig heeft voldaan aan het bepaalde bij of krachtens artikel 34 van de Wet. Het Hof acht de gebreken, zoals deze zijn weergegeven onder 3.3., van dien aard en van zodanig gewicht dat reeds op grond daarvan de sanctie van artikel 36 van de Wet juncto artikel 29, lid 1, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen toepassing hoort te vinden.

6.2. Het onder 6.1. overwogene heeft tot gevolg dat het beroep moet worden afgewezen, tenzij is gebleken dat en in hoeverre de uitspraak op het bezwaarschrift onjuist is.

6.3. Hetgeen belanghebbende dienaangaande heeft gesteld en aangevoerd acht het Hof daartoe onvoldoende.

6.4. Het Hof is van oordeel dat de aanslag zoals deze nader door de Inspecteur in haar verzoekschrift is onderbouwd en berekend niet tot een te hoog bedrag is vastgesteld.

6.5. Met het vorenoverwogene is tevens komen vast te staan dat het aan opzet dan wel grove schuld van belanghebbende is te wijten dat te weinig belasting is voldaan, zodat de Inspecteur terecht de wettelijke verhoging van 100 percent heeft toegepast. Gelet op de aard van de aan belanghebbendes boekhouding klevende gebreken, de omstandigheid dat geen aangiften zijn gedaan alsmede de omvang van de bedragen die over een aantal jaren aanvankelijk buiten de heffing van omzetbelasting bleven, is het Hof van oordeel dat de Inspecteur zich met betrekking tot het nemen van het kwijtscheldingsbesluit terecht op het standpunt heeft gesteld dat te dezen sprake is van ernstige en verhoudingsgewijs omvangrijke fraude. De Inspecteur heeft dan ook - mede gelet op de Leidraad administratieve boeten 1984 - terecht besloten geen kwijtschelding van de verhoging te verlenen.

6.6. Ingevolge het bepaalde in artikel 5, lid 7, van de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken (hierna: de WARB) dient het door belanghebbende gestorte griffierecht ad f 75,= te worden vergoed door de Inspecteur.

7. Proceskosten

Het Hof acht geen termen aanwezig voor een veroordeling in de proceskosten als bedoeld in artikel 5a van de WARB.

8. Beslissing

Het Gerechtshof

- vernietigt de uitspraak waarvan beroep
- vermindert de naheffingsaanslag tot een van f 91.492,- aan enkelvoudige belasting en f 91.492,= aan verhoging,
- Handhaaft het kwijtscheldingsbesluit en
- Gelast dat de Inspecteur het door belanghebbende gestorte griffierecht ad f 75,= vergoedt.

Aldus vastgesteld in raadkamer op 23 november 1994 door mrs K. Rijks, vice-president, J.W. IJssink en J.T. Sanders, raadsheren, in tegenwoordigheid van de waarnemend griffier mr P.J. Mijnsen.

Mijnsen

Rijks

aangetekend aan partijen verzonden: 12 december 1994

Van de beslissing omtrent de verhoging zal mondeling uitspraak worden gedaan ter openbare terechtzitting van 14 december 1994