

Gerechtshof te 's-Gravenhage

elfde enkelvoudige belastingkamer

3 maart 1999

nr. **BK-98/01172**

PROCES-VERBAAL

van de mondelinge uitspraak op het beroepschrift van de vennootschap onder firma V.o.f. X gevestigd te Z tegen de uitspraak van de Inspecteur, het hoofd van de eenheid Ondernemingen Y van de Belastingdienst (hierna: de Inspecteur), op het bezwaarschrift van belanghebbende betreffende de haar opgelegde naheffingsaanslag in de omzetbelasting over het tijdvak van 1 januari 1992 tot en met 31 december 1995, en de beschikking van de Inspecteur omtrent kwijtschelding van de in die aanslag begrepen verhoging.

De mondelinge behandeling van bovenbedoelde zaak heeft plaatsgevonden te 's-Gravenhage ter zitting van 17 februari 1999, alwaar zijn verschenen de gemachtigden van belanghebbende A en B, tot hun bijstand vergezeld van C, D en E, alsmede F namens de Inspecteur, tot zijn bijstand vergezeld van G.

Ter zitting zijn tevens behandeld de zaken, bekend onder 's Hofs kenmerken BK-98/01160, BK-98/01162, BK-98/01163, en BK-98/01165 en BK-98/01166, inzake het beroep van D betreffende de vier hem opgelegde navorderingsaanslagen in de inkomstenbelasting en premie volksverzekeringen voor de jaren 1992, 1993, 1994 en 1995 en de hem opgelegde aanslag in de inkomstenbelasting en premie volksverzekeringen voor het jaar 1996, alsmede de zaken, bekend onder 's Hofs kenmerken BK-98/01167 tot en met 98/01171, inzake het beroep van E betreffende de vier haar opgelegde navorderingsaanslagen in de inkomstenbelasting en premie volksverzekeringen voor de jaren 1992, 1993, 1994 en 1995 en de haar opgelegde aanslag in de inkomstenbelasting en premie volksverzekeringen voor het jaar 1996. Al hetgeen partijen in de afzonderlijke zaken hebben aangevoerd wordt geacht te zijn aangevoerd in al deze zaken.

De beslissing van het Gerechtshof in deze zaak luidt als volgt:

Het Gerechtshof:

vernietigt de uitspraak waarvan beroep, alsmede de naheffingsaanslag;

veroordeelt de Inspecteur in de kosten van het beroep, aan de zijde van belanghebbende gevallen en vastgesteld op fl 1.433, onder aanwijzing van de Staat der Nederlanden als de rechtspersoon die deze kosten moet vergoeden;

gelast de Inspecteur aan belanghebbende te vergoeden het voor deze zaak gestorte griffierecht ad fl 80.

Deze beslissing berust op de volgende gronden:

1. Belanghebbende exploiteert in de vorm van een vennootschap onder firma een strandpaviljoen te Z. Dit bedrijf is een zogenaamd seizoenbedrijf. Als zodanig is zij ondernemer in de zin der Wet op de omzetbelasting 1968 (hierna: de Wet). Naast de twee vennoten, D en E, welke beiden bij helfte gerechtigd zijn tot de met de vennootschap behaalde winst, zijn in de onderneming hun twee zoons werkzaam. Van oudsher richt het bedrijf zich op een wat ouder publiek. Na de overname door belanghebbende wordt getracht een wat jeugdiger publiek te trekken.

2. In de onderneming van belanghebbende zijn twee speelautomaten aanwezig. Aanvankelijk waren dat twee zogenoemde gokkasten, welke in de zaak wat achteraf waren opgesteld. In deze gokkasten waren geen tellers geplaatst.

Deze gokkasten worden geëxploiteerd te zamen met de eigenaar, H Automaten Exploitatie B.V. De verdeling van de opbrengst van de speelautomaten is aldus dat elk der partijen 50 percent krijgt. Op gezette tijden worden de apparaten "geleegd" door de eigenaar/mede-exploitant in aanwezigheid van een van de vennoten of een personeelslid. De in het apparaat aanwezige opbrengst wordt dan volgens de geldende afspraak gedeeld en belanghebbende verantwoordt haar deel in de administratie. Na de aanscherping van het beleid van de gemeente Z inzake gokkasten, is nog één gokkast en één behendigheids spel in de zaak aanwezig.

3. In verband met een in 1996 en 1997 door de belastingdienst gehouden landelijke actie is ook de opbrengstverantwoording door belanghebbende met betrekking tot de door haar geëxploiteerde speelautomaten aan een onderzoek onderworpen.

Geconstateerd is dat belanghebbende in de periode juni 1996 tot en met mei 1997 met inachtneming van het Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 12 april 1996, nr. AFZ95/4121M ("Tellers in speelautomaten"), dat wil in dit verband zeggen onder overlegging van afrekenbonnen waarop de tellerstanden zijn genoteerd, een opbrengst verantwoordt van fl 10.784. Over de periode juni 1995 tot en met mei 1996 is, zonder dat tellerstanden zijn genoteerd fl 4.338 verantwoord.

4. De enkele onder 3 genoemde constatering vormt voor de Inspecteur aanleiding aan belanghebbende de onderwerpelijke naheffingsaanslag op te leggen. Naar zijn inzicht is sprake van een afwijking in de opbrengst van speelautomaten die "significant" is. Naar zijn oordeel kan belanghebbende deze afwijking niet afdoende verklaren. De Inspecteur is voorts van mening dat belanghebbende door niet de tellerstanden te bewaren niet heeft voldaan aan de verplichtingen van de artikelen 53a (oud) en 52 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen. Ook zou niet zijn voldaan aan de verplichtingen bij en krachtens artikel 34 van de Wet.

Dit leidt er zijns inziens toe dat belanghebbende wordt geconfronteerd met toepassing van de zogenoemde verzwaring van de bewijslast. Op belanghebbende rust dan de last aan te tonen dat en in hoeverre de naheffingsaanslag tot een te hoog bedrag is opgelegd.

5. In dit verband is nog van belang dat, naar de Inspecteur ter zitting desgevraagd heeft verklaard, de verschuldigde omzetbelasting in elk geval tot een te hoog bedrag is berekend. In het geval dat het standpunt van de Inspecteur wordt gevolgd, moet bij de berekening van de hoogte van de naheffingsaanslag er vanuit worden gegaan dat de omzetcorrecties bedragen inclusief verschuldigde omzetbelasting zijn. Voorts heeft de Inspecteur naar aanleiding van opmerkingen van de gemachtigde van belanghebbende ter zitting verklaard er op voorhand mee akkoord te gaan dat in het geval het gelijk overigens aan zijn zijde is, de aanslag wordt verminderd met het bedrag dat indertijd, dat wil zeggen tot aan het bekend worden van het zogenoemde Glawe-arrest (HvJ 5 mei 1994, C-38/93, onder meer te kennen uit V-N 1994, blz. 1877), in verband met de toepassing van de 1.2 factor te veel aan

omzetbelasting is voldaan. Ter zitting is met partijen afgesproken dat het Hof, indien nodig, de berekeningen zal uitvoeren en dat partijen op voorhand akkoord gaan met de uitkomst. Daarbij is van belang dat in het geval het gelijk is aan de zijde van belanghebbende de aanslag niet verder kan worden teruggebracht dan tot nihil.

6. Naar de gemachtigde van belanghebbende ter zitting onweersproken heeft verklaard waren in de desbetreffende speelautomaten in de onderwerpelijke periode geen tellers aanwezig. Daartoe bestond ook geen verplichting.

7. De Inspecteur gaat er, mede gelet op het onder 6 overwogene, ten onrechte vanuit dat in het onderhavige geval op belanghebbende de verplichting rust tot het vervaardigen en vervolgens bewaren van tellerstandregistraties, aangezien de door hem aangenomen verplichting, welke verplichting neerkomt op het bijhouden van een kasadministratie, geen steun vindt in het recht. Ten onrechte gaat de Inspecteur er verder vanuit dat het bepaalde in artikel 34 van de Wet jo. het bepaalde in artikel 31 van de Uitvoeringsbeschikking omzetbelasting 1968 tot het voeren van een kasadministratie verplicht (HR 18 december 1996, nr. 31 737, BNB 1998/366).

8. Het onder 7 overwogene brengt mee dat de bewijslast van de correcties en de daaruit voortvloeiende naheffingsaanslag in dezen ten volle op de Inspecteur rust.

9. Het Hof acht de Inspecteur in deze last niet geslaagd.

Proceskosten en griffierecht

10. Het Hof acht termen aanwezig voor een veroordeling in de proceskosten als bedoeld in artikel 5a van de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken. Deze kosten stelt het Hof op de voet van het Besluit proceskosten fiscale procedures en de daarbij behorende bijlage vast op fl 1.420 wegens beroepsmatig verleende rechtsbijstand (2 punten à fl 710 x 1 (gewicht van de zaak)) en fl 13 wegens reiskosten.

11. Gelet op het bepaalde in artikel 5, lid 7, van de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken dient door de Inspecteur aan belanghebbende te worden vergoed het door haar voor de behandeling dezer zaak gestorte griffierecht ten bedrage van fl 80.

Aldus vastgesteld door mr. J.T. Sanders, raadsheer, en door deze uitgesproken ter zitting van het Gerechtshof te 's-Gravenhage op woensdag 3 maart 1999, in tegenwoordigheid van de waarnemend griffier mr. M. Kaaij. De beslissing is op de voet van artikel 17a, lid 1, van de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken in het openbaar uitgesproken.

Waarvan is opgemaakt dit proces-verbaal, hetwelk door de voornoemde raadsheer en de griffier is vastgesteld en ondertekend.

Kaaij

Sanders