

Gerechtshof te 's-Gravenhage

tweede meervoudige belastingkamer

16 mei 1994

nummer: 923191-M-2

UITSPRAAK

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

1. Naheffingsaanslag en kwijtscheldingsbesluit

1.1. Blijkens aanslagbiljet, gedagtekend 12 juli 1989, is aan belanghebbende een naheffingsaanslag in de omzetbelasting opgelegd over het tijdvak 5 juli 1988 tot en met 31 mei 1989.

1.2. De nageheven enkelvoudige belasting beloopt f 97.280, over welk bedrag de verhoging als bedoeld in artikel 21, lid 1, eerste volzin, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (100 percent) is toegepast.

1.3. Deze naheffingsaanslag is, na daartegen door belanghebbende gemaakt bezwaar, door de Inspecteur bij de bestreden uitspraak gehandhaafd.

1.4. 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 de bovenvermelde uitspraak in beroep gekomen bij het Gerechtshof te Amsterdam. Dit Hof heeft bij uitspraak van 23 augustus 1991

de uitspraak van de Inspecteur bevestigd, het kwijtscheldingsbesluit vernietigd en volledige kwijtschelding van de verhoging verleend.

2.2. Belanghebbende heeft tegen deze uitspraak van het Gerechtshof te Amsterdam beroep in cassatie ingesteld. Bij arrest van 7 oktober 1992, nummer 28.501, heeft de Hoge Raad de uitspraak van het Hof vernietigd en het geding ter verdere behandeling en beslissing der zaak in meervoudige kamer verwezen naar het Gerechtshof te 's-Gravenhage.

2.3. Partijen hebben zich beiden schriftelijk uitgelaten over het arrest van de Hoge Raad. Zij hebben van elkanders schrifturen, waarvan de inhoud als hier ingelast moet worden beschouwd, kunnen kennis nemen.

2.4. Vervolgens heeft een mondelinge behandeling van de zaak plaatsgehad in raadkamer ter zitting van het Hof van 14 december 1993, gehouden te 's-Gravenhage. Aldaar zijn verschenen A, gemachtigde van belanghebbende, alsmede de Inspecteur, tot zijn bijstand vergezeld van B.

3. Vaststaande feiten

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

3.1. Belanghebbende, ondernemer in de zin van artikel 7 van de Wet op de omzetbelasting 1968 (de Wet), exploiteert een café-restaurant aan de a-weg 1 te Z. De vennoten zijn C, D en diens echtgenote E.

3.2. Belanghebbende gaf voor de heffing van omzetbelasting over het tijdvak 6 juli tot en met 31 december 1988 f 174.953 omzet aan. Over het tijdvak 1 januari tot en met 31 mei 1989 gaf zij f 28.830 omzet aan. In de periode 20 tot en met 25 februari 1989 heeft een verbouwing plaatsgehad.

3.3. Op 4 juli 1989 zijn op verschillende adressen bij diverse horecagelegenheden in Z onderzoeken ingesteld door het Openbaar Ministerie, de Dienst Inspectie Arbeidsverhoudingen en de Belastingdienst. Naar aanleiding van de bevindingen bij die onderzoeken is onder meer de voormelde naheffingsaanslag opgelegd.

3.4. De Inspecteur is daarbij uitgegaan van een bruto-omzet van f 547.215 over de periode 6 juli tot en met 31 december 1988 en van f 726.018,90 over de periode 1 januari tot en met 31 mei 1989 met uitzondering van de periode van 20 tot en met 25 februari 1989.

4. Omschrijving geschil en standpunten van partijen

4.1. In geschil is thans nog de vraag of de Inspecteur de naheffingsaanslag, voor zover de enkelvoudige belasting betreffend, terecht aan belanghebbende heeft opgelegd. Deze vraag wordt door belanghebbende ontkennend en door de Inspecteur bevestigend beantwoord.

4.2. Partijen doen hun vorenomschreven standpunten steunen op de gronden welke daartoe door hen zijn aangevoerd in de stukken en ter zitting van 5 april 1991 zijn aangevuld als weergegeven in voormelde uitspraak van het Gerechtshof te Amsterdam, onder 4.2 en 4.3. Partijen hebben hun standpunten ter zitting toegelicht. Zij hebben aldaar geen grieven of weren toegevoegd.

5. Conclusies van partijen

Het beroep van belanghebbende strekt tot vernietiging van de naheffingsaanslag. De Inspecteur heeft - na wijziging van zijn standpunt in de loop van het geding voor het Gerechtshof te Amsterdam - geconcludeerd tot bevestiging van de bestreden uitspraak en volledige kwijtschelding van de verhoging.

6. Overwegingen omtrent het geschil

6.1. De Inspecteur neemt het standpunt in dat te dezen grond aanwezig is voor toepassing van artikel 36 van de Wet in verbinding met artikel 29, lid 1, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen.

6.2. De Inspecteur beroept zich op een ten huize van mevrouw F, b-sstraat 2 te Z, in beslag genomen administratie, waaronder zich ontvangstlijsten en kassa-telstroken bevonden.

6.3. De Inspecteur heeft aangaande bedoelde lijsten en telstroken aangevoerd dat de originelen inmiddels zijn zoekgeraakt (door omstandigheden verband houdende met de interne reorganisatie van de belastingdienst), doch dat de ontvangstlijsten reeds in kopie bij het verzoekschrift waren gevoegd.

6.4. De Inspecteur heeft voorts gesteld dat bedoelde lijsten en telstroken reeds voor de zitting van het Gerechtshof te Amsterdam aan zowel G, vennoot van belanghebbende, als aan H, de vorige gemachtigde van belanghebbende zijn getoond. Ter zitting van 14 december 1993 heeft de gemachtigde van belanghebbende verklaard bedoelde stelling niet te willen betwisten.

6.5. Belanghebbende houdt echter staande dat de bij mevrouw F gevonden ontvangstlijsten en telstroken geen betrekking hebben op belanghebbendes bedrijf. Voorts ontkent belanghebbende dat een schaduwadministratie is gevoerd.

6.6. Daartegenover is, naar 's Hofs oordeel, de Inspecteur niet erin geslaagd aannemelijk te maken dat de op het adres b-sstraat 2 gevonden lijsten en telstroken, ontvangsten weergeven van het door belanghebbende gedreven café-restaurant.

6.7. Aan dat oordeel doet niet af dat op het bedrijfsadres a-weg 1 een kasboek, waaraan enige bladzijden ontbraken, is aangetroffen met dezelfde indeling, kleur, dikte en liniëring als bedoelde lijsten. Zulks te meer, nu niet is komen vast te staan dat het hier gaat om een kasboek betreffende het op dat adres gedreven café-

restaurant. Belanghebbende heeft in dat verband erop gewezen dat de families I, J en K in verschillende samenstellingen ook andere café-restaurants exploiteren.

6.8. Evenmin staat aan bedoeld oordeel in de weg dat volgens het thans door de Inspecteur in afschrift overgelegde proces-verbaal van de Dienst Inspectie Arbeidsverhoudingen belanghebbende en haar vennoten werden verdacht van overtreding van artikel 4 van de Wet arbeid buitenlandse werknemers juncto artikel 1, sub 4, van de Wet op de economische delicten met betrekking tot 12 personen. Naar ter zitting van 14 december 1993 is gebleken, is ter zake geen schikking aangegaan en is geen strafrechtelijke vervolging ingesteld. Voorts zij opgemerkt dat geen gegevens naar voren zijn gekomen omtrent eventueel opgelegde naheffingsaanslagen in de loonbelasting. De inhoud van bedoeld proces-verbaal rechtvaardigt dan ook niet de gevolgtrekking dat belanghebbende in haar boekhouding en aangiften voor de omzetbelasting te weinig omzet heeft verantwoord.

6.9. Nu de Inspecteur overigens geen bedenkingen heeft aangevoerd tegen de aan de aangiften ten grondslag liggende door belanghebbende gevoerde, ten dele ten huize van de vennoot I en ten dele bij H berustende, administratie - welke, naar ter zitting van 14 december 1993 is gebleken, in het geheel niet vanwege de fiscus is gecontroleerd - bestaat geen grond voor het oordeel dat belanghebbende heeft gehandeld in strijd met het bepaalde bij of krachtens artikel 34 van de Wet.

6.10. Niet gesteld of gebleken is dat belanghebbende niet heeft voldaan aan de verplichtingen opgelegd bij of krachtens de artikelen 35 en/of 39 van de Wet.

6.11. Het vorenoverwogene brengt mee dat toepassing van artikel 36 van de Wet in verbinding met artikel 29, lid 1, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen hier niet aan de orde komt.

6.12. De Inspecteur heeft niet voldoende aannemelijk gemaakt dat belanghebbende over de onderwerpelijke tijdvakken te weinig omzetbelasting heeft voldaan.

7. Proceskosten

In de omstandigheid dat het beroep van belanghebbende gegrond is vindt het Hof aanleiding de Inspecteur te veroordelen in de proceskosten als bedoeld in artikel 5a van de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken, voor zover betrekking hebbend op het na verwijzing voor dit Hof gevoerde geding. Deze kosten stelt het Hof op de voet van het Besluit proceskosten fiscale procedures vast op f 2.130 gespecificeerd als volgt: kosten van beroepsmatig verleende rechtsbijstand ad f 2.130 (1,5 maal f 710 maal 2).

8. Beslissing

Het Gerechtshof

- vernietigt de uitspraak waarvan beroep alsmede de naheffingsaanslag;
- gelast dat door de Inspecteur aan belanghebbende wordt vergoed het door deze ter zake van de behandeling van het beroep gestorte griffierecht ten bedrage van f 75;
- veroordeelt de Inspecteur in de onder 7 bedoelde kosten van het geding voor dit Hof ad f 2.130 onder aanwijzing van de Staat als rechtspersoon die deze kosten moet vergoeden.

Aldus vastgesteld in raadkamer op 16 mei 1994 door mrs. H.L. Krans, vice-president, B.W. Biemond en J.W.M. Tijnagel, raadsheren, in tegenwoordigheid van de waarnemend griffier mr. M.J.M. Tetteroo.

Tetteroo

Krans

Aangetekend aan partijen verzonden: 27 mei 1994