

## **Gerechtshof te Amsterdam**

tweede meervoudige belastingkamer

**5 februari 1998**

nr. **P96/5484**

### **UITSPRAAK**

op het beroep - na verwijzing door de Hoge Raad der Nederlanden

- van X te Y, belanghebbende,

tegen

een uitspraak van het Hoofd van de Belastingdienst A, de Inspecteur.

#### **1. Loop van het geding**

Van belanghebbende is ter griffie van het Gerechtshof te 's-Gravenhage een beroepschrift ontvangen op 24 november 1994, aangevuld bij brief d.d. 15 maart 1995, tegen de uitspraak met dagtekening 10 oktober 1994 van de Inspecteur, betreffende de aan belanghebbende opgelegde naheffingsaanslag in de omzetbelasting over het tijdvak 1990 tot en met 1992.

De naheffingsaanslag werd berekend tot een bedrag van fl 258.877, waaronder begrepen fl 183.577 aan enkelvoudige belasting, fl 56.087 ter zake van verhoging en fl 19.123 ter zake van heffingsrente.

Na bezwaar tegen deze naheffingsaanslag is deze bij de bestreden uitspraak verminderd tot fl 241.000, zijnde fl 173.253 aan enkelvoudige belasting, fl 50.925 ter zake van verhoging en fl 17.622 ter zake van heffingrente.

Het beroep strekt tot vernietiging van deze uitspraak en primair tot vermindering conform het bezwaarschrift ad fl 75.787 exclusief heffingsrente, waarin begrepen fl 72.497 aan enkelvoudige belasting. Subsidiair tot fl 75.287 exclusief heffingsrente, waarin begrepen fl 72.497 aan enkelvoudige belasting. Meer subsidiair tot een terug te vorderen bedrag ad fl 24.989.

Op 22 november 1995 heeft het Gerechtshof te 's-Gravenhage schriftelijk uitspraak gedaan waarbij de uitspraak van de Inspecteur is bevestigd.

Belanghebbende heeft tegen de uitspraak van het Gerechtshof te 's-Gravenhage beroep in cassatie ingesteld. Op 18 december 1996 heeft de Hoge Raad der Nederlanden arrest gewezen waarbij de uitspraak van het Gerechtshof te 's-Gravenhage is vernietigd en het geding is verwezen naar het Gerechtshof te Amsterdam.

Ter zitting van 2 oktober 1997 zijn verschenen belanghebbende en als gemachtigde mr. B, belastingadviseur te C, tot bijstand vergezeld van D, E en F, alsmede de Inspecteur, tot bijstand vergezeld van G.

Partijen hebben ter zitting een pleitnota overgelegd, waarvan de inhoud als hier opgenomen geldt.

Voorts heeft de gemachtigde met toestemming van de voorzitter een bijlage overgelegd. De Inspecteur heeft van de bijlage kennis kunnen nemen en is in de gelegenheid gesteld daarop te reageren.

Op 16 oktober 1997 heeft het Hof mondeling uitspraak gedaan waarvan het proces-verbaal op 31 oktober 1997 aangetekend aan partijen is verzonden.

Bij brief ter griffie ontvangen 12 november 1997, heeft de Inspecteur verzocht de mondelinge uitspraak te vervangen door een schriftelijke. Het daarvoor verschuldigde griffierecht is tijdig - op 16 december 1997 - op de postrekening van het Gerechtshof bijgeschreven.

## **2. Tussen partijen vaststaande feiten**

Het Hof gaat uit van de feiten zoals deze door het Gerechtshof te 's-Gravenhage zijn vastgesteld.

## **3. Geschil**

In geschil is de naheffing op grond van een theoretische omzetberekening van de Inspecteur ad fl 88.329, de verhogingen ad fl 47.635 en de correctie bedrijfskleding/feest ad fl 1.744, alsmede heffingsrente.

#### **4. Standpunten van partijen**

Verwezen wordt naar hetgeen dienaangaande in de gedingstukken en in de pleitnota's is vermeld.

Ter zitting hebben partijen - zakelijk weergegeven - het hieraan nog het volgende toegevoegd:

Belanghebbende:

Uiteindelijk is het geschil beperkt tot de vraag of er vier of vijf glazen uit een liter gaan. Als de Inspecteur in dit opzicht gelijk heeft is ter zake terecht fl 88.329 in de naheffingsaanslag begrepen. In geval de Inspecteur zou uitgaan van 225 à 250 te tappen glazen uit een vat van 50 liter, komt dat rekening houdende met lekverlies en leidingverlies neer op een norm van zes glazen per liter. Het is echter onmogelijk om meer dan vijf glazen uit een liter te halen nog zonder rekening te gehouden met lekverlies. Bij een Sterglas, waarvan de inhoud 0,28 cl is, kunnen niet meer dan twee glazen uit een halve liter getapt worden en dientengevolge niet meer dan vier glazen uit een liter bij een normale manier van tappen.

Uit een 50 liter-vat kunnen dus maximaal 200 glazen bier getapt worden. Een normale manier van tappen betekent dat het eerste vocht uit de leiding niet wordt gebruikt, dat men vervolgens inschenkt tot het schuim over de rand komt, dit laat afschuimen en vervolgens weer bijtapt, waarbij de tapmaat het sterretje op het glas is. Wanneer er andere - kleinere - glazen gebruikt worden, wordt er een andere prijs gehanteerd. Het gebruik van deze glazen genereert niet veel extra omzet.

de Inspecteur:

Uiteindelijk is het geschil beperkt tot de vraag of er vier of vijf glazen uit een liter gaan. Als belanghebbende in dit opzicht gelijk heeft, dient de naheffingsaanslag met fl 88.329 verminderd te worden. Belanghebbende had zich bewust moeten zijn van het niet afdragen van de omzetbelasting over de omzet op 2 en 3 oktober 1992. Er was sprake van een boeking zonder controle. Het onderzoek naar de omzet had als basis de prijslijst die belanghebbende hanteerde. Op basis van een omrekening met een computerprogramma bleken er omzetverschillen te zijn.

Uitgangspunt zijn de normen geweest die de horeca zelf hanteert. Brouwerij T stelt dat - rekening houdende met verlies e.d. - per liter 4,8 tot 5 glazen bier getapt kunnen worden. Van deze norm is in casu ook uitgegaan.

Tweehonderdvijftig glazen uit een vat is erg hoog. In het computerprogramma wordt dit echter als norm gehanteerd. Uit branchegegevens blijkt dat uit een vat van 50 liter 44 liter - rekening houdend met verliezen - te gebruiken is. Bij glazen van 0,26 cl betekent dit dat er ongeveer 230 glazen getapt kunnen worden.

Nu de lijst met genodigden voor het feest en de bedrijfskleding gezien is, kunnen de desbetreffende correcties vervallen.

## **5. Beoordeling van het geschil**

5.1. Partijen hebben ter zitting verklaard dat uitgegaan dient te worden van de cijfermatige weergave van het geschil zoals opgenomen in productie 1 bij de ter zitting overgelegde en voorgedragen pleitnota van belanghebbende.

Partijen zijn het er ter zitting over eens geworden dat de correcties voor bedrijfskleding en feest ten onrechte in de naheffingsaanslag zijn begrepen. Dit houdt in dat de naheffingsaanslag op dit punt verminderd moet worden met in totaal fl 1.744 aan enkelvoudige belasting.

5.2. Uit het onder 5.1. overwogene volgt dat tussen partijen nog slechts in geschil is de correctie wegens omzetbijtelling tot een bedrag van fl 88.329 en de in de naheffingsaanslag begrepen verhoging tot een bedrag van fl 47.635.

5.3. Met betrekking tot de correctie wegens omzetbijtelling hebben partijen ter zitting het geschilpunt gepreciseerd in dier voege dat de juistheid van de omzetbijtelling wordt bepaald door het antwoord op de vraag of belanghebbende per liter bier vier dan wel vijf glazen heeft verkocht, met dien verstande dat de correctie tot het juiste bedrag is berekend indien vijf glazen zijn verkocht en dat de correctie ten onrechte is aangebracht indien vier glazen zijn verkocht.

5.4. Belanghebbende heeft de door de Inspecteur gehanteerde schenknormen betwist. Dienaangaande heeft hij gesteld dat per vat van vijftig liter bier niet meer dan 200 glazen kunnen worden geschonken, uitgaande van de door hem gebruikte

glazen met een inhoud van 27 à 28 cl. Daarbij dient dan tevens nog rekening te worden gehouden met verschillende soorten verliezen, zoals lekverlies en leidingverlies.

Voor de bepaling van het aantal geleverde glazen moet bovendien rekening worden gehouden met de glazen die gratis worden verstrekt en voor privé-doeleinden worden gebruikt.

Belanghebbende heeft ter zitting getoond dat met een halve liter bier twee van de door hem gebruikte glazen kunnen worden gevuld. Tenslotte heeft belanghebbende gesteld dat, uitgaande van branche-gegevens, de levering van vier glazen bier per liter tot een bovengemiddeld bruto-winstpercentage leidt.

De Inspecteur heeft hier tegenover gesteld dat hij is uitgegaan van de door de brouwerij verstrekte gegevens, op grond waarvan onder optimale omstandigheden 225 tot 250 glazen bier kunnen worden geschonken uit een vat van vijftig liter.

De Inspecteur heeft voorts nog gesteld dat belanghebbende naast meerbedoelde glazen ook nog een kleiner type glas gebruikt.

Belanghebbende heeft daar niet althans niet gemotiveerd weersproken tegenover gesteld dat voor de verstrekking van bier in die glazen een evenredig lagere prijs wordt berekend.

5.5. Gelet op de onder 5.4. vermelde feiten en omstandigheden, in hun onderling verband bezien, en in aanmerking nemend dat bij de bepaling van het aantal verkochte glazen bier per liter rekening moet worden gehouden met privé-gebruik, met gratis verstrekte glazen en met verliezen - hetgeen overigens tussen partijen op zichzelf niet in geschil is -, acht het Hof aannemelijk de stelling van belanghebbende dat per liter bier door hem niet meer dan vier glazen zijn verkocht. Alsdan is tussen partijen niet in geschil dat de correctie wegens omzetbijtelling ten onrechte is aangebracht en dat de naheffingsaanslag moet worden verminderd met fl 88.329 aan enkelvoudige belasting.

5.6. Uit het onder 5.1. en 5.5. overwogene volgt dat de naheffingsaanslag dient te worden verminderd met fl 90.073 tot fl 83.180 aan enkelvoudige belasting.

5.7. Tussen partijen is niet in geschil dat de door belanghebbende op 2 en 3 oktober 1992 in het café V behaalde omzet tot een aanzienlijk bedrag niet in de administratie

is verantwoord en deswege terecht een bedrag van fl 6.940 aan enkelvoudige belasting in de naheffingsaanslag is begrepen. De Inspecteur heeft dit bedrag met 100% verhoogd en van deze verhoging kwijtschelding verleend tot op 50% van het bedrag van de enkelvoudige belasting.

5.8. Belanghebbende stelt dat de onjuiste omzetverantwoording te wijten is aan een onjuiste overname van de omzetbedragen op de dagstaat, doordat voor het voorlaatste cijfer van het bedrag in guldens een komma is geplaatst. Aldus is slechts 1/100 deel van de werkelijke omzet geadministreerd.

Belanghebbende stelt voorts dat van opzet of grove schuld met betrekking tot het te weinig voldoen van belasting geen sprake is geweest en dat zulks ook niet voor de hand ligt gelet op het feit dat op de voorafgaande dagen inkopen voor hoge bedragen zijn gedaan en gelet op het feit dat de fout slechts bij een van de door hem geëxploiteerde bedrijven is gemaakt.

Tevens heeft belanghebbende gewezen op de omstandigheid dat het van algemene bekendheid is dat op de dagen waarop het feest gevierd wordt door horecabedrijven topomzetten worden gemaakt en het feit dat kort na die dagen door belanghebbende bankstortingen tot hoge bedragen zijn gedaan. Belanghebbende heeft in dit verband aangeboden als getuige te horen degene die voor de fout verantwoordelijk is geweest.

5.9. Tegenover de gemotiveerde betwisting door belanghebbende, als onder 5.8. weergegeven, heeft de Inspecteur naar 's Hofs oordeel niet voldoende aannemelijk gemaakt dat het aan opzet of grove schuld van belanghebbende was te wijten dat te weinig omzetbelasting is geheven. Alsdan wordt de nageheven belasting ingevolge artikel 21, eerste lid, tweede volzin, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen verhoogd met tien procent.

Het Hof acht sprake van een zodanige mate van schuld aan de zijde van belanghebbende, dat deze verhoging passend is.

5.10. Gelet op het onder 5.9. overwogene bedraagt de verhoging ter zake fl 694. Tussen partijen is niet in geschil dat de anderszins belopen verhoging fl 3.290 bedraagt. Het bedrag van de verhoging dient derhalve te worden gesteld op fl 3.984.

## **6. Proceskosten**

Het Hof acht termen aanwezig de Inspecteur te veroordelen in de door belanghebbende gemaakte proceskosten. Voor vergoeding komt in aanmerking fl 710 x 3,5 voor proceshandelingen (waaronder 2 voor proceshandelingen voor het Gerechtshof te 's-Gravenhage), ofwel fl 2.485 x 2 wegens het gewicht van de zaak, ofwel fl 4.970.

## **7. Beslissing**

Het Hof

- vernietigt de uitspraak van de Inspecteur, vermindert de naheffingsaanslag tot een bedrag van fl 83.180 aan enkelvoudige belasting en fl 3.984 aan verhoging,
- gelast de Inspecteur het gestorte griffierecht ten bedrage van fl 75 aan belanghebbende te vergoeden, en
- veroordeelt de Inspecteur in de door belanghebbende gemaakte proceskosten tot een bedrag van fl 4.970 en wijst de Staat aan dit bedrag aan belanghebbende te voldoen.

Deze schriftelijke uitspraak is gedaan op 5 februari 1998, zulks ter vervanging van de mondelinge uitspraak van 16 oktober 1997, gedaan door Mrs. Bijl, voorzitter, Den Boer en Possen, leden, in tegenwoordigheid van Mr. Visser als griffier.

Visser

Bijl