

NTRF 2023/1234

OMZETBELASTING

Verlaagd btw-tarief geldt niet voor deur- en garderobegeld

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 20 juni 2023,
21/00500 t/m 21/00502
ECLI:NL:GHARL:2023:5291

Belastingjaar/tijdvak: 1 januari 2016 - 31 december
2017
Wetsartikelen: Art. 9 Wet OB 1968; Tabel I post b.14
Wet OB 1968

Samenvatting

Belanghebbende exploiteert een uitgaansgelegenheid. Op bepaalde avonden wordt een door dj's verzorgd programma van optredens aangeboden. Daarvoor betalen bezoekers entreegeld. Voor het gebruik van de garderobe moet apart worden betaald. Belanghebbende is van mening dat het verlaagde omzetbelastingtarief van toepassing is omdat sprake is van het verlenen van toegang tot muziekkuitvoeringen. Het hof is van oordeel dat belanghebbende niet aannemelijk heeft gemaakt dat de optredens voor de bezoekers niet van ondergeschikt belang zijn en dat de bezoekers betalen om toegang te krijgen tot de optredens. Het hof ziet in de omstandigheid dat van promotie van de artiesten slechts mondjesmaat sprake was een aanwijzing dat de optredens voor de bezoekers van ondergeschikt belang zijn. Bovendien konden de optredens plaatsvinden in maximaal drie van de vier zalen en op de avonden dat er minder dan drie dj's aanwezig waren in één of twee zalen. Dit betekent dat niet alle bezoekers het (gehele) optreden van de artiest(en) konden bijwonen. Het beeld dat de be-

zoekers niet primair voor de artiesten en de optredens komen, vindt volgens het hof bevestiging in de door belanghebbende zelf geposte filmpjes. Deze filmpjes laten zien dat personen in groepjes met drankjes in hun hand staan te praten en niet gericht zijn op de artiest. Daarnaast is volgens het hof op foto's in het dossier geen (dansende) menigte primair gericht op de optredens te zien. Het verlaagde tarief is niet van toepassing. (Hoger beroep ongegrond.)

Noot: Molenaar*

Meer dan alleen het optreden van dj's

Het gerechtshof volgt rechtbank Gelderland (19 maart 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:1322, NTRF 2021/1370, zonder noot) en vindt dat de optredens van de dj's in deze uitgaansgelegenheid slechts ondergeschikt zijn in de beleving van het publiek, dat vooral voor een gezellige avond komt. Daarom kan niet het verlaagde btw-tarief worden toegepast op de entreegelden, inclusief de garderobe. Dit ondanks dat partijen het erover eens zijn dat de dj's als artiesten en hun optredens als muziekkuitvoeringen zijn aan te merken. Maar het hof vindt zwaarwegend dat de dj's niet in alle zalen en niet de gehele avond optreden en dat op filmpjes te zien is dat personen in groepjes staan te praten en niet gericht zijn op de artiesten.

Afweging wordt willekeurig

Zo wordt het echter wel willekeurig, want het voorgaande geldt voor veel muziekkuitvoeringen, zoals concerten en festivals, waar niet overal en altijd doorlopend artiesten optreden, maar ook rustige periodes en plekken zijn en het heel gezellig kan zijn. En het publiek praat behoorlijk veel door optredens heen, is mijn ervaring. Maar als dit om bands gaat zal er niet betwijfeld worden dat het lage btw-tarief van toepassing is, terwijl bij uitgaansgelegenheden met dj's de discussie naar boven kan komen of dat lage btw-tarief kan gelden. In deze zaak erkennen zowel de inspecteur als het gerechtshof dat het artiesten zijn die muziekkuitvoeringen geven, maar menen zij dat het publiek niet voor hun optredens zou betalen, maar voor de gezelligheid eromheen.

Eerdere uitspraken

Dat dit twee kanten op kan gaan blijkt ook uit de jurisprudentie:

- HR 28 september 1977, BNB 1977/253: geen verlaagd btw-tarief want het publiek kwam voor meer dan de optredens van de orkesten;
- Hof Den Haag 5 november 2004, nr. BK-03/00671 (ECLI:NL:GHSGR:2004:AS4472): wel verlaagd btw-tarief voor dance-party's met dj's in een bekende uitgaansgelegenheid;
- Hof Arnhem-Leeuwarden 10 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9475, NTRF 2020/3590 (met mijn noot): wel verlaagd btw-tarief omdat de dj's de bezoekers vermaken met akoestische en visuele effecten;
- Hof Den Haag 9 februari 2023, NTRF 2023/521 (met mijn noot): wel verlaagd btw-tarief voor erotische dansfeesten, omdat duidelijke gedanst wordt op de muziek van de dj's.

* dr. D. (Dick) Molenaar - werkzaam bij All Arts Belastingadviseurs en als onderzoeker verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam

BTW-richtlijn van de EU en Nederlandse toepassing

Dit is geen onderwerp dat alleen in Nederland speelt, Zo werd in Duitsland beslist dat de Technoclub Berghain in Berlijn onder het verlaagde btw-tarief valt (Finanzgericht Berlin-Brandenburg 6 september 2016, nr. 5 K 5089/14).

Dat betekent dat de omschrijving in de Europese BTW-richtlijn van groot belang is. Hof Arnhem-Leeuwarden citeert ook punt 7 van Bijlage III bij de Richtlijn, waarin staat dat het lage btw-tarief kan gelden voor ‘het verlenen van toegang tot shows, (...), en soortgelijke culturele evenementen en voorzieningen’. Nederland heeft dit overgenomen in Post B-14 van Tabel I bij de Wet OB met ‘het verlenen van toegang tot muziek- en toneeluitvoeringen, waaronder ... dansen ...’, waarbij de staatssecretaris in de parlementaire behandeling heeft gezegd dat de EU Richtlijn geen enkele culturele prestatie uitsluit en dat hij niet restrictief wil zijn, maar de Nederlandse bepaling dezelfde reikwijdte wil geven (zie r.o. 4.3 van de uitspraak).

Maar vervolgens heeft de staatssecretaris in par. 5 van Post B-14 van het Besluit van 4 september 2014, nr. BKLB 2014/123M (inmiddels het Besluit van 22 december 2017, nr. 2017-16288) gezegd dat de post geen betrekking heeft op het ‘toegang verlenen tot een discotheek of buitenterrein, waarbij het optreden van de artiest(en) een ondergeschikte betekenis heeft en waarbij voor dat optreden geen afzonderlijke toegangsprijs in rekening wordt gebracht’. Dit laatste is toch wel een restrictie, maar die staat in een beleidsbesluit en is niet besproken in de parlementaire behandeling. De vraag is daarom welke rechtskracht dat heeft.

Prejudiciële vragen stellen

Bij elkaar lijkt het mij dat het HvJ zich over deze afgrenzing moet gaan uitlaten, want het gaat hier niet alleen om een Nederlands belang maar het geldt voor de hele EU. Hoe ruim is het begrip ‘... soortgelijke evenementen en voorzieningen’? Vallen daar evenementen en gelegenheden onder die optredens bieden die echter ondergeschikt zijn omdat het publiek meer voor de algehele gezelligheid lijkt te komen? En waar ligt daarvoor de grens? Als er cassatie wordt ingesteld tegen deze uitspraak lijkt het mij dat de Hoge Raad zich eerst met prejudiciële vragen tot het HvJ moet wenden alvorens uitspraak gedaan kan worden.

