

Częstochowa 7-06-2011 r.

### Opinia prawna

Po zapoznaniu się z treścią pisma z dnia 27-05-2011 r. (otrzymałam 2-06-2011 r.) stwierdzam, co następuje:

Art. 109 ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług w aktualnym brzmieniu został wprowadzony ustawą o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz niektórych innych ustaw z dnia 7 listopada 2008 r. z mocą obowiązującą od 1 grudnia 2008 r. W mojej opinii w takim brzmieniu winien być od tego czasu stosowany niezależnie od kontrolowanego okresu. Powyższe wynika z tego, że przepis ten ma charakter sankcyjny, jest skierowany do organów: podatkowych i skarbowych ale przede wszystkim ze względu na zapis art. 13 w/w ustawy nowelizującej, który mówi, iż do postępowań wszczętych i nie zakończonych decyzją ostateczną przed dniem 1-12-2008 r. stosuje się przepisy art. 109-111 ustawy zmienianej w brzmieniu nadanym przedmiotową nowelizacją. W związku z powyższym przyjęć należy, że tym bardziej postępowania wszczęte po wejściu w życie w/w zmiany winny być prowadzone w oparciu o nowe regulacje. Zatem w sprawie opisanej w piśmie zastosowanie znajdzie art. 109 ust. 2 ustawy w brzmieniu obecnym, zgodnie z którym jeżeli organ ma możliwość ustalenia faktycznej wartości sprzedaży na podstawie dokumentacji okazanej przez podatnika to odstępuje on od jej oszacowania.

Patrz komentarz Z. Modzelewskiego – cyt. „Ustalenie podatku należnego, o którym mowa w w/w przepisie nie miałyby zastosowania, gdy nie byłoby szacowania wartości sprzedaży.” Ponadto w myśl wyroku WSA w Białymstoku I SA/Bk 465/07 cyt. „Przepis art. 109 ust. 2 ustawy z dnia 11 kwietnia 2004 r. o podatku od towarów i usług nie ma zastosowania w sytuacji, w której podstawę opodatkowania ustalono w inny sposób niż przez oszacowanie.”

Oszacowanie wartości sprzedaży opodatkowanej (niezewidencjonowanej sprzedaży) skutkowałoby koniecznością wydania decyzji konstytutywnej/ustalającej. Wykluczenie możliwości stosowania w/w przepisu w zakresie ustalenia zobowiązania podatkowego (brak szacunku) skutkuje koniecznością wydania decyzji określającej/deklaratoryjnej, ale tylko w przypadku, gdy dany podatnik straci status podatnika zwolnionego.

*Rada Prawny*  
*M*  
mgr Marta Muszyńska-Polaczyk  
711 2311