

Številka: 007-38/2012

Datum: 25. 7. 2012

Ministrstvo za finance
Župančičeva 3
1000 Ljubljana

ZADEVA: Predlog nove določbe 398.a člena Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o davčnem postopku v zvezi s predlogom novega osmega in devetega odstavka

Spoštovani,

na podlagi prvega odstavka 48. člena Zakona o varstvu osebnih podatkov (Uradni list RS, št. 94/07 – UPB1; v nadaljevanju: ZVOP-1) daje Informacijski Pooblaščenec (v nadaljevanju: Pooblaščenec) mnenje k predlogu novega 398.a člena Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o davčnem postopku (ZDavP-2F).

Davčna uprava Republike Slovenije (v nadaljevanju: DURS) v postopkih davčnega inšpekcijskega nadzora ugotavlja, da nekateri zavezanci, ki poslujejo z gotovino, uporabljajo takšno strojno in programsko opremo, ki omogočajo naknadno spreminjanje evidentiranih podatkov o opravljenem gotovinskem prometu.

Zato se predlaga dopolnitev Zakona o davčnem postopku (Uradni list RS, št. 13/11 – UPB4, v nadaljevanju ZDavP-2), s katerim bi zavezancem za davek (nov osmi odstavek 38. člena ZDavP-2) prepovedali posest prej opisane strojne in programske opreme, ki poleg tega ne omogoča hrambe prvotnih podatkov. Prav tako se zavezancem prepoveduje brisanje, popravljanje, oziroma spreminjanje izbornega zapisa. Tej določbi sledi predlagan nov deveti odstavek 38. člena ZDavP-2, ki proizvajalcem oziroma dobaviteljem strojne in programske opreme prepoveduje, da bi zavezancu za davek omogočili njeno uporabo, poleg tega pa mora ta strojna oziroma programska oprema omogočiti izpis vseh sprememb izvornih podatkov.

Prej navedenim materialnim določbam sledijo prekrškovne določbe. ZDavP-2 v 1. točki prvega odstavka 398.a člena z globo sankcionira subjekt (zavezanca za davek), ki poseduje računalniški program ali elektronsko napravo, ki omogoča, brisanje, popravljanje, izvornih podatkov, brez hrambe prvotnih podatkov in vseh naknadnih sprememb. V drugem odstavku tega člena je določeno, da je pri storitvi tega prekrška obvezen odvzem obravnavanega računalniškega programa in elektronske naprave. Odvzeti predmet se uniči, razen če se lahko vrne lastniku po predhodnem delnem uničenju sestavine, ki omogoča brisanje, popravljanje ali kakršnokoli spreminjanje izvirnega podatka.

Prej navedenim določbam sledijo prekrškovne določbe, ki urejajo sankcioniranje proizvajalca oziroma dobavitelja računalniškega programa ali elektronske naprave.

Pooblaščenec uvodno poudarja, da morajo biti vsi ukrepi države sorazmerni, kot to izhaja iz 2. člena Ustave Republike Slovenije. Iz samega besedila predlagane ureditve bi lahko izhajalo, da gre za primeren ukrep – enostavna prepoved posedovanja strojne in programske opreme, s katero je mogoče prirejati podatke iz blagajniškega poslovanja na način, da ne obstajajo izvorni podatki.

Vprašanje pa je, kako se ugotavlja prisotnost obravnavanega računalniškega programa ali elektronske naprave. Pooblaščenec domneva, da v inšpekcijskem postopku, v katerem ima davčni inšpektor ustrezna pooblastila za ugotavljanje prisotnosti obravnavane programske opreme ali elektronske naprave. Glede na to, da obstaja možnost, da se na elektronskih napravah (računalniki, del računalnika, pomnilniški mediji ...) lahko vodijo tudi osebni podatki in/ali zasebna komunikacija oziroma korespondenca, pa se predlagan ukrep pokaže v drugi luči. Vprašanje je, kako se bo to ugotavljanje izvedlo, če se npr. kopira podatke v elektronski obliki in izdela verodostojno kopijo celotnega nosilca podatkov, iz 6.b točke petega odstavka 18. člena Zakona o davčni službi (Uradni list RS, št. 1/2007-UPB2, 40/2009, 33/2011). Ustava posege v tajnost pisem in drugih občil strogo

omejuje na odločbo sodišča, če je to nujno za uvedbo ali potek kazenskega postopka ali varnost države.

Poleg tega je poslovna oziroma zasebna korespondenca pri davčnem nadzoru blagajniškega poslovanja povsem nepomembna, enako velja za osebne podatke (tudi v zvezi s poslovanjem, npr. pogodbe o zaposlitvi ...), ki se nahajajo na tej elektronski napravi.

Nameravan ukrep – ugotavljanje pravilne davčne osnove zavezancev z davek se da po mnenju Pooblaščenca doseči tudi z manj intenzivnim oz. invazivnim ukrepom in sicer tako, da bi programska oprema zavezancev za davek, podatke iz blagajniškega poslovanja pošiljala po telekomunikacijskem omrežju na DURS, upošteva je pri tem ukrepe glede varstva osebnih podatkov – zaposlenih, ki poslujejo z gotovino.

Možna bi bila tudi ureditev, po kateri bi davčni zavezanci, ki poslujejo z gotovino, na strojni opremi smeli imeti naloženo samo programsko opremo za vodenje blagajniškega poslovanja. Takšen predlog bi bilo treba presoditi tudi iz vidika 74. člena Ustave.

Zato ministrstvu predlagamo, da iz vidika načela sorazmernosti predlagano ureditev ponovno pretehta.

Ne glede na prej navedeno pa je treba izpostaviti še naslednje.

Termin »elektronska naprava« ni nujno povsem enoznačno definiran. Predvidevamo pa, da ste mislili na celoten računalnik, na katerem teče obravnavan računalniški program, pozabili pa ste na pomnilniške medije ipd ... Kot že navedeno, se lahko računalnik uporablja tudi za opravila, povsem ločena od vodenja blagajniškega poslovanja. Predlagamo, da se beseda »elektronska naprava« črta, saj je v skladu z načelom sorazmernosti povsem ustrezna sankcija že uničenje programa, ki omogoča brisanje podatkov, in uničenje pomnilniških medijev, kjer se nahaja ta oprema (CD, DVD, USB ključ).

Ministrstvu tudi dajemo v razmislek, ali je res ustrezno sankcioniranje že same posesti takšnega programa. Lahko si je zamisliti primer, ko proizvajalec po lastni napaki dostavi posodobljeno različico programske opreme, ki nima funkcionalnosti iz osmega oziroma devetega odstavka 38. člena ZDavP-2. Podobno bi bilo, če bi sankcionirali vse voznike, ki imajo avtomobile, ki zmorejo več kot 130 km/h, ne da bi ti kadarkoli to maksimalno hitrost na slovenskih cestah tudi prekoračili. Prekrškovna določba 1. točke prvega odstavka 398.a člena je zelo jasna, saj se prekršek stori že z golim dejstvom posesti takšnega programa. Tako predlagamo, da se sankcionira le uporaba takšnega programa ne pa zgolj posest.

V drugem odstavku 398.a člena ZDavP-2 je v zvezi s 25. členom Zakona o prekrških (Uradni list RS, št. 29/11 s sprem., v nadaljevanju ZP-1) predlagan obvezen odvzem obravnavanega računalniškega programa in elektronske naprave. Kot že navedeno, bistveno je, da se elektronska naprava definira. Če je pod njo mišljen računalnik oziroma nosilci podatkov, se bodo, če se ta uporablja tudi za druga opravila in so zaradi tega na njegovem nosilcu tudi osebni podatki in poslovna/zasebna korespondenca, zastavila vprašanja iz 37. člena Ustave. Predlagamo brisanje besed »elektronska naprava«. Povsem dovolj je odvzem oz. uničenje računalniškega programa, ki omogoča brisanje.

V zvezi z obveznim odvzemom programske opreme pa predlagamo, da se ta odvzem natančneje definira, poleg tega pa predlagamo tudi odvzem pomnilniških medijev (CD, DVD, USB ključev ...), na katerih je ta programska oprema. Predlagamo tudi, da se razmisli o tem, da se zakonitemu zastopniku možnost, da je prisoten pri odvzemu programske opreme iz elektronske naprave. V tej luči bi bilo nato treba prilagoditi drugo poved iz drugega odstavka, ki se začne z »Odvzeti predmet se uniči...«

Smiselno enake pripombe veljajo za predlagan tretji odstavek 398.a člena ZDavP-2, ki sankcionira proizvajalce oziroma dobavitelje. Treba je tudi upoštevati, da ima davčni organ zakonsko pooblastilo izrekanja glob v razponu iz 402.a člena ZDavP-2.

Lep pozdrav

Informacijski pooblaščenec
Nataša Pirc Musar, univ.dipl.prav.,
pooblaščenka