



Številka: U-I-49/17-25
U-I-98/17-25
Datum: 26. 4. 2019

**ODKLONILNO LOČENO MNENJE SODNIKA DR. MATEJA
ACCETTA K ODLOČBI ŠT. U-I-49/17, U-I-98/17
Z DNE 28. 3. 2019, KI SE MU PRIDRUŽUJETA SODNICI DR.
DUNJA JADEK PENZA IN DR. KATJA ŠUGMAN STUBBS**

1. Odločbe nisem mogel podpreti, ker se s kolegi iz večine razhajam glede dveh pomembnih stališč oziroma nosilnih razlogov za sprejeto odločitev. Prvi se nanaša na presojo konkretne ureditve, drugi pa na splošnejše stališče o ustavnopravnih posledicah morebitne nejasnosti oziroma dvoma pri razlagi predpisov s področja javnih dajatev.

2. Kot je razvidno že iz odločbe, je jedro problema v razlagi sporne, vmes sicer že spremenjene – a za obravnavano zadevo še vedno upoštevne – določbe druge povedi drugega odstavka 6. člena Zakona o elektronskih komunikacijah (ZEKom-1/15). Ta člen je za operaterje urejal obveznost letnega plačila Agenciji za komunikacijska omrežja in storitve Republike Slovenije (AKOS), drugi odstavek je urejal običajni postopek izračuna višine plačila, druga poved tega odstavka pa je v spornem delu določala, da je za določitev višine upoštevni določen odstotek od "prihodka, ki ga ima posamezni operater iz zagotavljanja javnih komunikacijskih omrežij oziroma izvajanja javnih komunikacijskih storitev na ozemlju Slovenije". Po mnenju predlagatelja in po presoji večine mojih sodniških kolegov naj bi bila ta določba protiustavno nedoločna oziroma nejasna, saj naj bi kot enako mogoči dopuščala dve razlagi glede na to, na kaj naj bi se navezovala besedna zveza "na ozemlju Slovenije":

- (1) razlago, ki jo zastopa tožnik v postopku pred predlagateljem, po kateri naj bi se besedna zveza "na ozemlju Slovenije" navezovala na upoštevne storitve – po tej razlagi naj bi bil upoštevni le prihodek, pridobljen v zvezi s storitvami na ozemlju Slovenije in v obsegu, kolikor so te storitve potekale čez ozemlje Slovenije, ne pa tudi v zvezi s storitvami, ki in kolikor so se izvajale prek infrastrukture na ozemlju tujih držav (*razlaga (1)*); ter
- (2) razlago, ki jo v istem postopku zastopa AKOS, po kateri naj bi se besedna zveza "na ozemlju Slovenije" navezovala na prihodek – po tej razlagi naj bi bil torej upoštevni prihodek, ki je nastal (bil fakturiran) na ozemlju Slovenije, kar bi za

operaterje s sedežem v Sloveniji, nad katerimi je AKOS izvrševal nadzor, pomenilo vse operaterjeve prihodke iz izvajanja storitev (*razlaga (2)*).

Po presoji večine, ki je pojasnjena v 24. in 25. točki obrazložitve, se tudi po uporabi vseh splošno priznanih metod razlage obe razlagi kažeta kot enako verjetni, s tem so bili naslovniki izpostavljeni arbitrarni negotovosti, zaradi takšne nejasnosti pa je bil drugi stavek (oziroma druga poved) drugega odstavka 6. člena ZEKom-1/15 v neskladju z 2. členom Ustave. Sam nisem mogel pritrditi ne prvemu ne drugemu koraku razlogovanja večine, s pomisleki, ki jih pojasnjujem v nadaljevanju.

I.

3. Kot že omenjeno, po moji presoji obe razlagi nista enako verjetni. K takemu sklepu zame deloma vodi že jezikovna razlaga, dokončno pa ga utrdi uporaba namenske in sistematične razlage besedila.

4. Lahko razumem, zakaj je zgolj po slovnični plati sporno besedilo lahko dvoumno, saj se besedna zveza "na ozemlju Slovenije" po tej plati res lahko nanaša bodisi na prihodek kot na storitve. Povedano drugače, slovnično je besedilo, citirano v 2. točki tega mnenja, res mogoče preoblikovati oziroma brati na dva različna načina:

- (i) da je za določitev višine upošteven določen odstotek od "prihodka, ki ga posamezni operater ima na ozemlju Slovenije iz zagotavljanja javnih komunikacijskih omrežij oziroma izvajanja javnih komunikacijskih storitev" (*ubeseditev (i)*);
- (ii) da je za določitev višine upošteven določen odstotek od "prihodka, ki ga ima posamezni operater iz tistih javnih komunikacijskih omrežij oziroma tistih javnih komunikacijskih storitev, ki jih zagotavlja oziroma izvaja na ozemlju Slovenije" (*ubeseditev (ii)*).

5. Vendar pa je že jezikovna razlaga zame več kot zgolj določanje logičnih meja slovničnih pravil. (Pri čemer ne trdim, da je za večino drugače.) V tem pogledu je po moji presoji že jezikovni pomen besedne zveze "na ozemlju Slovenije" v njenem jezikovnem kontekstu tak, da se lažje navezuje na geografsko zamejitev (izvajanja) storitev kot pa na opredelitev državnih meja izstavljanja računov. Navsezadnje se na tak geografski način – kot geografska opredelitev izvajanja storitev – besedna zveza "ozemlje (Republike) Slovenije" uporablja v vseh drugih določbah ZEKom-1/15.¹ Mar ne bi bilo, če bi določba

¹ Glej 117.–120., 127., 138., 221. in 233. člen, pri čemer se tretji odstavek 221. člena nanaša na pristojnost AKOS za izvajanje nadzora nad izvajanjem oziroma spoštovanjem določb prava EU (kar seveda počne znotraj meja Slovenije), 41. točka prvega odstavka 233. člena pa na prekršek,

želela meriti na prihodek, ki je "nastal na ozemlju Slovenije", dosti bolj preprosto – in jezikovno bolj smiselno – govoriti o "prihodku v Sloveniji"?² Povedano drugače, ne samo, da se mi *ubeseditev (ii)* – ki bi vodila v *razlago (1)* – zdi jezikovno bolj smiselna, celo *ubeseditev (i)* bi še vedno dopuščala dvom, ali ni morda z njo prav tako mišljena *razlaga (1)* in ne nujno zgolj *razlaga (2)*. Zato po moji presoji že jezikovna razlaga kot verjetnejšo ponuja *razlago (1)*, po kateri torej sporna določba meri le na prihodke od tistih storitev, ki se izvajajo na ozemlju Slovenije.

6. Poleg tega pa me k takemu sklepu dodatno vodita tudi namenska in sistematična razlaga. Če nekoliko poenostavim, je (bil) namen ZEKom-1/15 urejanje in spodbujanje razvoja komunikacijskih omrežij ter ponudbe komunikacijskih storitev na pravno neoporečen in uporabnikom prijazen, čim bolj dostopen način. Temu je namenjeno tudi delovanje Agencije, ki se financira izključno iz plačil, določenih s tem in drugimi zakoni. V tem oziru pa drugače kot (implicirano) večina – in drugače kot (izrecno) predlagatelj – razumem sobivanje drugega in tretjega odstavka 6. člena ZEKom-1/15. Tretji odstavek 6. člena ZEKom-1/15 je namreč določal, da je AKOS, če je operater do predpisanega roka ni obvestil o višini prihodkov iz (sporne določbe) drugega odstavka tega člena ZEKom-1/15, "kot prihodek iz prejšnjega odstavka [upoštevala] celotni prihodek operaterja iz preteklega leta, pridobljen na podlagi podatkov Agencije Republike Slovenije za javnopravne evidence in storitve" (AJPES).

7. Predlagatelj je v zahtevi navedel, da naj bi tretji odstavek 6. člena ZEKom-1/15 še dodatno pripomogel k nejasnosti, ker ta odstavek ne določa, da bi se upošteval celotni "prihodek, dosežen na ozemlju RS", čeprav se sklicuje na drugi odstavek oziroma na prihodek iz tega odstavka. Večina se v odločbi sistematični razlagi ni podrobneje posvetila, ampak (v 25. točki) le navedla, da ob drugih splošno sprejetih metodah razlage tudi ta ne pripomore k razumljivosti sporne določbe. Nemara v tem oziru potemtakem pritrjuje oceni predlagatelja oziroma ji vsaj ne oporeka in tudi sama v tretjem odstavku 6. člena ZEKom-1/15 ne vidi določbe, s pomočjo katere bi sistematična razlaga lahko prednost dala eni od obeh razlag, opredeljenih kot enako verjetnih.

8. Kot ga razumem sam, je imel tretji odstavek 6. člena ZEKom-1/15 v razmerju do drugega odstavka tega člena dvojno vlogo. Kot nekakšna varovalka je predvsem skušal zagotoviti, da bo AKOS lahko opredelila višino dolgovanega plačila – svoje delovanje je namreč v skladu s 189. členom ZEKom-1/15 financirala izključno iz tovrstnih plačil – tudi

ki ga zagreši operater, če storitve, ki jih izvaja kot univerzalne storitve, nimajo enake cene na celotnem ozemlju Slovenije.

² Takšna, mimogrede, je tudi dikcija spremenjene določbe Zakona o elektronskih komunikacijah z ZEKom-1C, ki je drugi odstavek 6. člena ZEKom-1/15 nadomestila z dvema odstavkoma: spremenjenim drugim odstavkom, ki govori o prihodku, "ki ga ima posamezni operater v Republiki Sloveniji", ter novim tretjim odstavkom, ki ob določenih pogojih dopušča izvzetje prihodkov od storitev, v celoti opravljenih zunaj Slovenije. Seveda pa novela ne tako ne drugače ne more ponuditi odgovora na vprašanje, kako je (bilo) treba tolmačiti sporno določbo ZEKom-1/15.

v primeru, ko operator ne bi izpolnil svoje primarne obveznosti, da jo obvesti o višini prihodka iz drugega odstavka. V tem primeru je preprosto upoštevala celotni prihodek, pridobljen na podlagi podatkov AJPES. Obenem je nemara kot nekakšna zagrožena "kazen" operaterje spodbujal k temu, da podatke posredujejo: češ, če želite ugodnejšo odmero višine plačila, potem izpolnite svojo obveznost in AKOS obvestite o višini prihodka v skladu z drugim odstavkom; sicer pa bo plačilo izračunano na podlagi vseh prihodkov po podatkih AJPES.

9. Kako verjetni sta v luči tega razmerja med drugim in tretjim odstavkom 6. člena ZEKom-1/15 obe zgoraj opredeljeni razlagi drugega odstavka? Po *razlagi (1)* bi se ob izpolnitvi obveznosti obvestila AKOS za izračun dolgovanega plačila upošteval le prihodek od storitev, izvedenih na ozemlju Slovenije, ob neaktivnosti operaterja pa vsi prihodki po podatkih AJPES. Po *razlagi (2)* pa bi se ob izpolnitvi obveznosti, kot (v 22. točki) povzame odločba, upoštevali "enostavno prav vsi operaterjevi letni prihodki za zagotavljanje omrežij oziroma izvajanje storitev", v primeru neaktivnosti pa spet vsi prihodki po podatkih AJPES. Če vprašanje preoblikujem: je res v primeru obeh razlag razmerje med drugim in tretjim odstavkom 6. člena ZEKom-1/15 enako smiselno? Pri tem še enkrat ponavljam: v skladu s sistematično razlago je smisel tretjega odstavka lahko le to, da kot upoštevno osnovo za izračun plačila upošteva nekaj drugega kot prihodek po drugem odstavku – sicer bi bila brez smisla že sama določitev prihodka v drugem odstavku. (Zakaj bi se namreč v tem primeru operater trudil oziroma sploh moral truditi z obveščanjem prihodka, če pa bi AKOS že na podlagi podatkov AJPES prišla do iste višine dolgovanega plačila?)

10. Če so v skladu z *razlago (2)* že po drugem odstavku upoštevni prihodki "prav vsi operaterjevi prihodki za zagotavljanje omrežij oziroma izvajanje [komunikacijskih] storitev", potem je ureditev tretjega odstavka smiselna le, če meri na možnost, da podatki AJPES vsebujejo tudi prihodke, ki jih ima operater poleg izvajanja dejavnosti komunikacijskih storitev še z izvajanjem drugih dejavnosti. Z drugimi besedami, po tej razlagi na bi operaterji imeli interes, da opredelijo vse prihodke iz dejavnosti komunikacijskih storitev, ker bo sicer plačilo izračunano na podlagi vseh prihodkov iz vseh dejavnosti. Ta razlaga torej zahteva vsaj dve predpostavki: (1) da je življenjsko verjetna situacija, ko se operaterji poleg izvajanja komunikacijskih storitev ukvarjajo še z drugimi dejavnostmi; (2) da je potemtakem že skorajda sistemsko poudarjen in potencialno močno povečan "kaznovalni" učinek tretjega odstavka, saj tudi za hipotetični primer, ko bi komunikacijska dejavnost pomenila le (potencialno celo zelo majhen) delež dejavnosti oziroma prihodkov operaterja, predvideva izračun plačila glede na celoten prihodek, pa čeprav ta nima nobene zveze s komunikacijskimi storitvami, nad katerimi naj bi bdela – in se v ta namen financirala – AKOS. Je takšna razlaga res povsem smiselna v luči namena ZEKom-1/15 in namena plačil za financiranje delovanja AKOS?

11. *Razlaga (1)* seveda prav tako teoretično dopušča kaznovalni učinek druge predpostavke *razlage (2)*, kadar bi šlo za operaterja, ki bi izvajal še druge dejavnosti in imel zaradi tega po podatkih AJPES še upoštevno visoke prihodke iz teh drugih

dejavnosti. Vendar *razlaga (1)* ne zahteva že prve predpostavke, da se namreč v praksi operaterji redno (ali vsaj upošteveno pogosto) ukvarjajo še z drugimi dejavnostmi. Po tej razlagi namreč drugi in tretji odstavek povsem smiselno sobivata tudi v primeru operaterjev, ki se ukvarjajo zgolj z zagotavljanjem komunikacijskih omrežij in zagotavljanjem komunikacijskih storitev:³ operater ima v skladu z drugim odstavkom možnost, da opredeli, kateri prihodki so povezani z opravljanjem storitev na ozemlju Slovenije; če tega ne stori, pa se plačilo v skladu s tretjim odstavkom izračuna od vseh prihodkov, ne glede na to, ali so bile storitve izvršene na ozemlju Slovenije ali v tujini.

12. *Razlaga (1)* s takšno logiko prav tako tudi ne zazna problema, ki ga je v zahtevi poudaril predlagatelj, zaradi katerega naj bi tretji odstavek pripomogel še k dodatni nejasnosti – češ da ta odstavek ne govori o prihodku, doseženem na ozemlju Slovenije, čeprav se sklicuje na prihodek iz drugega odstavka. Ta poudarek bi morda lahko bil upošteven pri *razlagi (2)*, za *razlago (1)* pa gre ravno za tisto razlikovanje, ki tretji odstavek osmisli v razmerju do drugega: če operater ne bo predložil podatkov o prihodku v zvezi s storitvami na ozemlju Slovenije, se bo upošteval celotni prihodek od vseh storitev, ne več le tistih na ozemlju Slovenije.

13. Iz zgoraj navedenih razlogov po moji presoji obe razlagi nista enako verjetni, ampak ima kot verjetnejša jasno prednost *razlaga (1)*, ki jo je v postopku zagovarjal tožnik oziroma operater. Sam zato že v tem oziru izpodbijani določbi ne morem očitati protiustavnosti, kot je to storila večina.

II.

14. V vsakem primeru pa se tudi ne strinjam z drugim korakom razlogovanja večine, po katerem je posledica nejasnosti določbe, ki dopušča dve različni, a enako verjetni razlagi, zato avtomatično v neskladju z 2. členom Ustave. Kot sem obrazložil zgoraj, zame obe razlagi nista enako verjetno. A celo če bi bili, zame posledica take nejasnosti oziroma dvoumnosti ne bi bila razveljavitev določbe, temveč njena razlaga na način, ki bi bil ugodnejši za operaterja.

15. Z drugimi besedami, zagovarjal bi uporabo stare pravne maksime *in dubio contra fiscus*⁴ (v dvomu zoper fiskus), ki tudi današnji slovenski ureditvi tako v doktrini⁵ kot sodni

³ Kar se mi sicer zdi tudi po življenjski plati dosti bolj verjetna možnost; podatkov oziroma dejanskega stanja pa res ne poznam.

⁴ J. Kranjc, Latinski pravni reki, Cankarjeva založba, Ljubljana, 1998, str. 114, ki v razlagi te maksime pravi, da "[č]e določilo davčne zakonodaje ni jasno, potem ga je treba razlagati v škodo fiskusa".

⁵ Glej npr. M. Pavliha, Davki: *In dubio contra fiscum*, Pravna praksa, št. 5 (1999), str. 9.

praksi⁶ ni povsem tuja ter v skladu s katero je treba davčne predpise in druge predpise v zvezi z javnimi dajatvami⁷ v primeru dvoma razlagati v škodo fiskusa oziroma v prid zavezanca za davek ali drugo dajatev.

16. Lahko razumem stališče, da tovrstna zakonska nedoločnost ni zaželena ter da fiskus oziroma država (in v tem primeru AKOS kot njena podaljšana roka) od zakonske nejasnosti ne sme imeti koristi, zavezanci pa zaradi nje ne dodatnih oziroma prekomernih bremen. Prav tako lahko pritrdim stališču – kolikor to že implicitno izhaja iz večinske odločitve – da mora imeti takšna nejasnost tudi odvrtilne negativne učinke, ki bodo zakonodajalca silili k pozornosti, ko oblikuje davčne in druge dajatvene obveznosti. A takšno odvrtilno sporočilo bi vsebovala že odločitev, ki bi v skladu z maksimo *in dubio contra fiscum* poudarila, da bo šla vsaka nejasnost na škodo fiskusa in da bo torej v primeru nejasnih določb o opredelitvi davkov in drugih dajatev zavezanec dolgoval manj, ne več.

17. Takšno stališče se mi zdi ustrežnejše tudi zato, ker ob zavedanju pomena bremen, ki jih obveznost plačevanja davkov in drugih dajatev nalaga zavezancem, vendarle tudi ti davki in dajatve niso zgolj sami sebi namen. Kot je Ustavno sodišče denimo poudarilo že v eni svojih zgodnejših odločb, namen določanja davkov "ni le v zagotavljanju proračunskih sredstev[, temveč se z davki] dosegajo tudi drugi nameni, kot je prestrukturiranje gospodarstva, zaposlovanje, razvoj demografsko in sicer ogroženih območij ter podobno".⁸ V okoliščinah iz obravnavane zadeve se je iz plačil AKOS financiralo delovanje AKOS za uresničevanje namenov ZEKom-1/15, ki v skladu z 2. členom vključujejo tudi zagotavljanje "univerzalne storitve in varstv[a] pravic uporabnikov, vključno z uporabniki invalidi in uporabniki s posebnimi socialnimi potrebami, ter pravice do komunikacijske zasebnosti uporabnikov javnih komunikacijskih storitev".

18. V okoliščinah obravnavane zadeve se, kolikor lahko razberem iz spisa, operater kot zavezanec ni znašel v negotovosti, ki bi ga hromila pri opravljanju dejavnosti ali zaradi katere bi bil izpostavljen nesorazmernim dodatnim bremenom. Nasprotno, v izpodbijani določbi ni videl težav, ampak je iz nje glede na lastne navedbe brez posebnih težav tudi lahko izluščil, kakšno obveznost glede izračuna prihodka in posledično višine plačila AKOS naj bi mu nalagala. To plačilo je bil v skladu s svojo razlago tudi povsem voljan plačati, upira(l) se (je) le razlagi AKOS, po kateri bi moral upoštevni prihodek opredeliti drugače.

19. Povedano drugače, glede obstoja (in ustavne dopustnosti) obveznosti plačila AKOS med operaterjem in AKOS ni bilo spora. Spor – in s tem dvom sodišča predlagatelja, ki ga

⁶ Glej sodbo Upravnega sodišča št. I U 1409/2015 z dne 5. 7. 2016, ECLI:SI:UPRS:2016:I.U.1409.2015, 4. točka (tu sicer kot *in dubio contra fiscus*).

⁷ Prim. S. Prelič, Razlaga 64. člena ZDoh, Podjetje in delo, št. 1 (2004), str. 181–182.

⁸ Odločba Ustavnega sodišča št. U-I-62/95 (*Apšner in dr.*) z dne 16. 2. 1996 (Uradni list RS, št. 14/96, in OdlUS V, 18), 9. točka.

samo ni uspelo razjasniti – se je pojavil le glede višine te obveznosti. Sam bi se v takem primeru tudi pod pogojem, da bi pritrdil dvomu o pravilni razlagi izpodbijane določbe, nagibal v smer odločitve, ki bi izpodbijano določbo razlagala v prid zavezancu in mu torej naložila zgolj plačilo v skladu z zanj ugodnejšo razlago, ne pa v smer take odločitve, kot jo je sprejela večina, ko je določbo kot protiustavno razveljavila in s tem v celoti izključila možnost – kakršnegakoli že – plačila.

dr. Matej Accetto
Sodnik

dr. Dunja Jadek Pensa
Sodnica

dr. Katja Šugman Stubbs
Sodnica