CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
apresentadas em 7 de Setembro de 2006 [1]

I — Introdução

1. Em Novembro de 2000, a Telekom-Control-Kommission, a autoridade reguladora austríaca, leiloou vários blocos de frequências relativos à oferta de serviços de telecomunicações móveis, nos termos das normas UMTS/IMT-2000 [2] (também denominados serviços de telecomunicações móveis de terceira geração — 3 G –) e atribuiu posteriormente os direitos de utilização das frequências correspondentes aos subscritores das propostas vencedoras, tendo sido cobrado na ocasião um valor total de 831 595 241,10 euros de taxas. Previamente, já tinham sido adjudicadas, de acordo com o mesmo método, frequências para a oferta de serviços de telecomunicações móveis de segunda geração (nos termos das normas GSM [3]) e para o sistema rádio em feixe TETRA [4].

2. Os telemóveis 3G dispõem de uma maior capacidade de transferência de dados do que os telemóveis da geração anterior. Permitem, em particular, a disponibilização de serviços multimédia, tais como vídeo-conferências, acesso à Internet e serviços em linha. A introdução da telecomunicação móvel UMTS é considerada uma evolução técnica significativa, que abre às empresas de telecomunicações uma ampla variedade de novos campos de actividade.

3. No processo principal, as oito empresas de telecomunicações que adquiriram direitos de utilização de frequências (a seguir também «demandantes») afirmam que a concessão dos direitos constituiu uma operação sujeita ao imposto sobre o valor acrescentado (a seguir «IVA») e que as taxas de utilização das frequências incluem o IVA. Neste sentido, exigem a emissão de facturas com a indicação do imposto sobre o valor acrescentado, o que constitui o pressuposto para a dedução do IVA pago a montante.

1 — Língua original: alemão.

2 — IMT-2000: International Mobile Telecommunications-2000 [norma estabelecida pela International Telecommunication Union (ITU); UMTS: Sistema Universal de Telecomunicações Móveis (protocolo estabelecido no âmbito da Conferência Europeia das Administrações Postais e das Telecomunicações (CEPT) e do European Telecommunications Standards Institute (ETSI) - Instituto Europeu de Normalização das Telecomunicações), que pertence à denominada família IMT-2000].

3 — Global System for Mobile Communications.

4 — Terrestial Trunked Radio. Informações mais detalhadas sobre este sistema rádio digital podem ser encontradas no site da TETRA MoU Association Ltd (www.tetramou.com).

4. Nos termos do artigo 4.º, n.ºs 1 e 2, da Sexta Directiva IVA (a seguir «Sexta Directiva») [5], apenas estão sujeitas ao imposto as operações que o sujeito passivo realiza no âmbito da sua actividade económica. De acordo com o disposto no seu artigo 4.º, n.º 5, por princípio, a directiva não considera o Estado e os seus organismos como sujeitos passivos quando actuam no exercício da autoridade pública. A interpretação das referidas disposições no que diz respeito ao leilão de direitos de utilização de frequências desempenha um papel central no presente processo.

5. Num pedido de decisão prejudicial que apresenta semelhanças com o presente processo [6], em relação ao qual também apresento hoje as minhas conclusões, o VAT and Duties Tribunal London coloca questões idênticas quanto à apreciação do leilão de licenças UMTS no Reino Unido.

6. Para além disso, outros Estados-Membros seguiram o exemplo britânico e austríaco, cobrando igualmente taxas elevadas pelas licenças. Por conseguinte, o presente processo e o processo paralelo do Reino Unido não revestem apenas uma importância fundamental devido aos elevados valores em causa, mas desempenham também o papel de um precedente em relação a litígios semelhantes em outros Estados-Membros.

5 — Sexta Directiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios — Sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado (JO L 145, p. 1; EE 09 F1 p. 54).

6 — Processo C-369/04 (Hutchison e o.).

II — Quadro jurídico

A — *Disposições sobre o imposto sobre o valor acrescentado*

1. Direito comunitário

7. Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, da Sexta Directiva IVA, estão sujeitas ao imposto sobre o valor acrescentado:

«As entregas de bens e as prestações de serviços, efectuadas a título oneroso, no território do país, por um sujeito passivo agindo nessa qualidade; [...]»

8. A definição de sujeito passivo consta do artigo 4.º da Sexta Directiva, a saber:

«1. Por 'sujeito passivo' entende-se qualquer pessoa que exerça, de modo independente, em qualquer lugar, uma das actividades económicas referidas no n.º 2, independentemente do fim ou do resultado dessa actividade.

2. As actividades económicas referidas no n.º 1 são todas as actividades de produção, de comercialização ou de prestação de serviços, incluindo as actividades extractivas, agrícolas e as das profissões liberais ou equiparadas. A exploração de um bem corpóreo ou incorpóreo com o fim de auferir receitas com carácter de permanência é igualmente considerada uma actividade económica.

[...]

5. Os Estados, as colectividades territoriais e outros organismos de direito público não serão considerados sujeitos passivos relativamente às actividades ou operações que exerçam na qualidade de autoridades públicas, mesmo quando em conexão com essas mesmas actividades ou operações cobrem direitos, taxas, quotizações ou remunerações.

Contudo, se exercerem tais actividades ou operações, devem ser considerados sujeitos passivos relativamente a tais actividades ou operações, desde que a não sujeição ao imposto possa conduzir a distorções de concorrência significativas.

As entidades acima referidas serão sempre consideradas sujeitos passivos, designadamente no que se refere às operações enumeradas no Anexo D, desde que as mesmas não sejam insignificantes.

[...]»

9. No n.º 1 do anexo D, as telecomunicações estão enumeradas como operação na acepção do artigo 4.º, n.º 5, terceiro parágrafo, da Sexta Directiva.

2. Direito nacional

10. Nos termos do § 1, n.º 1, ponto 1, da UstG (Umsatzsteuergesetz, lei relativa ao imposto sobre o volume de negócios, a seguir «UstG») de 1994, estão sujeitos ao imposto sobre o volume de negócios os fornecimentos e outras prestações que um empresário, no âmbito da sua empresa, efectue a título oneroso no território nacional. A operação não deixa de ser tributável pelo facto de ter sido efectuada com base num acto legal ou administrativo ou por se considerar ter sido efectuada nos termos de uma disposição legal.

11. Na acepção do § 2, n.º 1, da UStG, deve ser considerado empresário quem desenvolva uma actividade comercial ou profissional por conta própria. Actividade comercial ou profissional é qualquer actividade de carácter permanente com a finalidade de obtenção de receitas.

12. Nos termos do § 2, n.º 3, da UStG 1994, os organismos de direito público, por princípio, só desenvolvem uma actividade comercial ou profissional no âmbito dos seus estabelecimentos comerciais (§ 2 da Körperschaftssteuergesetz, lei relativa ao imposto sobre as pessoas colectivas, a seguir «KStG»). O § 2, n.º 1, da KStG estabelece que um estabelecimento comercial de um organismo de direito público é qualquer estabelecimento com autonomia económica que esteja afecto exclusiva ou predominantemente a uma actividade económica privada com carácter permanente, com a finalidade de obtenção de receitas ou de outras vantagens económicas, caso não participe na actividade económica geral, e que não se dedique à agricultura ou à silvicultura.

13. O § 2, n.º 5, da KStG dispõe, resumidamente, o seguinte: «Não existe qualquer actividade económica privada, na acepção do n.º 1, quando a actividade é exercida predominantemente na qualidade de autoridade pública (exercício da soberania) [...]»

14. O § 11, primeiro e segundo períodos, da UstG dispõe o seguinte: «O empresário tem o direito de emitir facturas quando realize operações na acepção do § 1, n.º 1, ponto 1, da UStG. Se efectuar as operações a favor de outro empresário para os fins próprios da empresa deste ou a favor de uma pessoa colectiva que não tenha a qualidade de empresário, está obrigado a emitir facturas» [7]. Nos termos do § 11, n.º 1, ponto 6, da UStG, estas facturas têm de incluir o imposto correspondente ao pagamento.

B — *Enquadramento jurídico da atribuição de frequências UMTS*

15. As radiofrequências constituem um recurso limitado. O espectro de frequências passíveis de utilização em termos técnicos já está, em grande medida, atribuído a diversos serviços e formas de utilização. De forma a evitar interferências, estão disponíveis para cada tipo de utilização determinados sectores bem delimitados (faixas de frequência). A ordem de frequências mundial baseia-se nos estudos efectuados no âmbito da União Internacional das Telecomunicações (UIT), uma organização internacional sob a égide das Nações Unidas.

7 — A demandada no processo principal sublinhou que, no período pertinente para o presente processo, esta disposição tinha uma redacção diversa, nomeadamente: «quando realize prestações de serviços sujeitas a imposto, o empresário tem o direito de emitir facturas com a indicação do imposto sobre o valor acrescentado e, se efectuar as operações a favor de outro empresário para os fins próprios da empresa deste, está obrigado a emitir facturas nestes termos».

16. As faixas de frequência disponibilizadas para as telecomunicações móveis UMTS/ /IMT-2000 foram definidas, na sua essência, em 1992 na Conferência Mundial das Radiocomunicações realizada pela UIT (WRC 92). Na sua resolução 212, a Conferência Mundial das Radiocomunicações de 1997 parte do princípio de que a implementação dos serviços de telecomunicações móveis IMT-2000 se concretizará previsivelmente até ao ano 2000.

17. A nível europeu, a Conferência Europeia das Administrações de Correios e Telecomunicações (CEPT) [8] realizou outros trabalhos preparatórios para a introdução da telecomunicação móvel de terceira geração. Na sua decisão ERC/DEC/(97)07, de 30 de Junho de 1997 [9], o Comité Europeu de Radiocomunicações (ERC), um órgão da referida organização, definiu, em particular, o espectro de frequências disponível.

18. O domínio do espectro de frequências reservado às telecomunicações móveis de terceira geração pode ser dividido em outros segmentos, nos quais vários operadores podem explorar paralelamente redes de telecomunicações móveis. A configuração e a quantidade dos direitos de utilização de frequências atribuídos para este efeito variam de Estado-Membro para Estado-Membro [10].

Enquanto a Áustria e a Alemanha, por exemplo, dividiram o espectro por seis operadores, na Bélgica e em França apenas se optou por três. Na definição das larguras das bandas atribuídas para a exploração da rede existe, portanto, — nos limites dos requisitos técnicos mínimos — uma certa margem de manobra.

19. Também a ordem das frequências para os serviços de telecomunicações móveis de segunda geração se baseia nas indicações da CEPT.

1. Direito comunitário

20. No período pertinente para o processo principal, o quadro regulamentar comunitário para a atribuição de autorizações gerais e licenças individuais no domínio das telecomunicações estava fixado na Directiva 97/13/CE [11].

8 — A CEPT é uma organização internacional à qual pertencem actualmente as autoridades reguladoras dos correios e telecomunicações de 46 Estados europeus (informações mais detalhadas no site da organização: www.cept.org).

9 — Nesta decisão, são identificadas as seguintes faixas de frequências: 1900-1980 MHz, 2010-2025 MHz e 2110-2170 Mhz para aplicações terrestres UMTS e 1980-2010 MHz e 2170-2200 MHz para aplicações UMTS por satélite.

10 — V., a este respeito, as informações constantes do site do European Radiocommunications Office (ERO): www.ero.dk/ /ecc.

11 — Directiva 97/13/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de Abril de 1997, relativa a um quadro comum para autorizações gerais e licenças individuais no domínio dos serviços de telecomunicações (JO L 117, p. 15), revogada, com efeitos a partir de 24 de Julho de 2003, pela Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva-quadro), JO L 108, p. 33.

21. Nos termos do artigo 3.º, n.º 3, da Directiva 97/13, «[o]s Estados-Membros apenas podem emitir uma licença individual quando o beneficiário aceder a recursos escassos, físicos ou de outra natureza, ou estiver sujeito a obrigações especiais ou gozar de direitos especiais, em conformidade com o disposto na secção III».

22. A Secção III da directiva (artigos 7.º a 11.º) regula de forma mais aprofundada as licenças individuais. No artigo 10.º, prevê-se que os Estados-Membros podem limitar o número de licenças individuais na medida do necessário para uma utilização eficiente das radiofrequências. Neste caso, devem ter em devida conta a necessidade de maximizar os benefícios para os utilizadores e de facilitar o desenvolvimento da concorrência. Os Estados-Membros devem conceder licenças individuais com base em critérios de selecção objectivos, não discriminatórios, pormenorizados, transparentes e proporcionados.

23. Nos termos do artigo 11.º, n.º 1, da Directiva 97/13, podem ser cobradas taxas pela atribuição de licenças, destinadas a cobrir os custos. O n.º 2 permite, além disso, a fixação de outros encargos:

«Não obstante o n.º 1, quando forem utilizados recursos escassos, os Estados-Membros poderão permitir que as suas autoridades reguladoras nacionais imponham encargos que reflictam a necessidade de assegurar a utilização óptima desses recursos. Esses encargos devem ser não discriminatórios e devem ter particularmente em conta a necessidade de fomentar o desenvolvimento de serviços inovadores e a concorrência.»

24. A Directiva 97/13 foi revogada pela Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva-quadro) [12]. Contrariamente à Directiva 97/13, no artigo 9.º, n.º 3, da Directiva 2002/21 estipula-se, no entanto, que os Estados-Membros poderão prever a possibilidade de as empresas transferirem direitos de utilização de radiofrequências para outras empresas.

25. Para o efeito, o artigo 9.º, n.º 4, da Directiva 2002/21 prevê o seguinte:

«Os Estados-Membros assegurarão que a intenção de uma empresa de transferir direitos de utilização de radiofrequências seja notificada à autoridade reguladora nacional responsável pela concessão das frequências e que qualquer transferência seja efectuada em conformidade com os procedimentos estipulados pela autoridade reguladora nacional e seja tornada pública. As autoridades reguladoras nacionais deverão assegurar que não haja distorções de concorrência em virtude de tais transacções. Nos

12 — Já referida na nota 11.

casos em que a utilização da radiofrequência tenha sido harmonizada mediante a aplicação da Decisão n.º 676/2002/CE (decisão radiofrequências) ou outras medidas comunitárias, a referida transferência não deverá acarretar nenhuma alteração na utilização da radiofrequência.»

26. Também a Decisão n.º 128/1999/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Dezembro de 1998, relativa à introdução coordenada de um sistema de comunicações móveis e sem fios (UMTS) de terceira geração na Comunidade (a seguir «decisão UMTS») [13] reveste um interesse particular. Com esta decisão, o Parlamento e o Conselho deram, em certa medida, o primeiro passo para a introdução a nível europeu das telecomunicações móveis UMTS.

27. Nos considerandos da decisão UMTS estabelece-se uma ligação entre os desenvolvimentos e as exigências internacionais em relação às telecomunicações móveis de terceira geração. O artigo 3.º, n.º 1, da decisão UMTS impõe aos Estados-Membros a instituição de um sistema de autorizações para a introdução de serviços UMTS até 1 de Janeiro de 2000. De acordo com o disposto no artigo 3.º, n.º 3, «assegurarão, de acordo com a legislação comunitária, que a oferta dos serviços UMTS seja organizada [...] em bandas de frequências harmonizadas pela CEPT [...]».

13 — JO L 17, p. 1.

2. Disposições nacionais

28. Nos termos do § 14 da Telekommunikationsgesetz (lei austríaca relativa às telecomunicações, a seguir «TKG»), na versão de 1 de Junho de 2000, a prestação de serviços móveis de telefonia vocal e outros serviços públicos de telecomunicações móveis com recurso a redes de comunicações móveis de exploração própria necessita de uma concessão, devendo esta ser atribuída, no que diz respeito a concessões para a prestação de serviços públicos de telecomunicações móveis, quando as frequências tiverem sido atribuídas ao proponente, podendo estas desde logo ser atribuídas em conjunto com as concessões (§ 15, n.º 2, ponto 3, da TKG). Nos termos do § 16, n.º 1, da TKG, as concessões podem ser transmitidas com o acordo da autoridade reguladora. Para cobrir as despesas administrativas resultantes da atribuição da concessão deve ser cobrada uma taxa (§ 17 da TKG).

29. Em conformidade com o § 21, n.º 1, da TKG, os titulares de uma concessão de telecomunicações móveis, para além da taxa de utilização de frequências, estão sujeitos ao pagamento de uma prestação única ou anual relativa à utilização de frequências, de forma a assegurar uma utilização eficiente do espectro de frequências. O § 49, n.º 4, da TKG dispõe que «a atribuição das frequências previstas para a prestação de serviços públicos de telecomunicações móveis e para outros serviços públicos de telecomunicações é efectuada pela autoridade reguladora».

30. O processo de atribuição está regulado no § 49.º-A, cujo n.º 1 dispõe o seguinte: «A autoridade reguladora deve atribuir as frequências que lhe foram cedidas ao proponente que satisfaça as condições gerais, estabelecidas no § 15, n.º 2, pontos 1 e 2, e que garanta a utilização mais eficiente das frequências, a qual é determinada pelo valor da contrapartida pela utilização de frequências proposta.»

31. Os restantes aspectos são regulados por um regulamento processual adoptado pela Telekom-Control-Kommission com base no § 49.º-A, n.º 7, da TKG, bem como pelo documento relativo ao concurso, de 10 de Julho de 2000, no que respeita ao processo relativo à atribuição de frequências para sistemas de telecomunicações móveis de terceira geração (UMTS/IMT-2000). Aí se prevêem, entre outros pontos, propostas mínimas de 700 000 000 ATS (50 870 983,92 euros) para um lote de frequências pares e 350 000 000 ATS (25 435 491,96 euros) para um lote de frequências ímpares.

32. Até 1 de Junho de 2000, aplicavam-se às concessões de licenças as regras da TKG, na redacção de 1997.

33. Em 2003, a TKG foi alterada. No § 56, n.º 1, da TKG de 2003 é actualmente regulada a cessão de direitos de utilização relativos a frequências atribuídas pela autoridade reguladora, uma operação que apenas é possível sob determinadas condições, sendo para tal necessária a autorização da autoridade reguladora.

34. Nos §§ 110 a 112 da TKG estão reguladas a constituição e as competências da Telekom-Control-Kommission, integrada na Telekom-Control GmbH, cujo único accionista é o Estado e que assume as competências da autoridade reguladora, desde que as mesmas não tenham sido confiadas à Telekom-Control-Kommission (§§ 108 e 109 da TKG). A atribuição de frequências de acordo com o disposto no artigo 49.º, n.º 4, em conjugação com o artigo 49.º-A, da TKG, inclui-se em especial nas funções reguladoras da Telekom-Control-Kommission (§ 111, ponto 9, da TKG).

III — Matéria de facto e questões prejudiciais

35. Por decisão da Telekom-Control-Kommission de 20 de Novembro de 2000, foram atribuídas as frequências e as licenças relativas aos sistemas de telecomunicações móveis de terceira geração (UMTS/IMT-2000). Antes de serem atribuídos, os pacotes de frequências foram objecto de anúncio público e, a seguir, leiloados no âmbito de um processo de leilão simultâneo, em várias etapas. Em 2 e 3 de Novembro

de 2000, foram leiloados por pares, no total, 12 blocos de frequências de 5 MHz cada e, num outro leilão simultâneo, cinco blocos individuais de frequências de 5 MHz. Com base nos resultados do leilão, foram atribuídos, por decisão, aos demandantes os pacotes de frequências. As taxas de utilização das frequências foram fixadas como se segue:

T-Mobile Austria GmbH:	170 417 796,10 EUR
Mobilkom Austria AG & Co KG:	171 507 888,60 EUR
TRA-3G Mobilfunk GmbH:	113 151 602,70 EUR
ONE GmbH	120 055 522,00 EUR
Hutchison 3G Austria GmbH:	139 023 131,70 EUR
3G Mobile Telecommunications GmbH:	117 439 300,00 EUR

36. Os montantes indicados deviam ser pagos pelos arrematantes em duas prestações, devendo a primeira ser paga dentro dos 7 dias subsequentes à notificação da decisão da Telekom-Control-Kommission e a segunda no prazo de seis semanas. A concessão e a atribuição das frequências é válida até 31 de Dezembro de 2020.

37. Por decisão da Telekom-Control-Kommission, de 3 de Maio de 1999, foram atribuídos à tele.ring Telekom Service GmbH & Co KG direitos de utilização de frequências GSM (canais DCS-1800) mediante o pagamento de uma taxa de utilização de 98 108 326,00 EUR. Para além disso, a Telekom-Control-Kommission, por decisão de 7 de Fevereiro de 2000, atribuiu à master-talk Austria Telekom Service GmbH und Co KG frequências para o sistema rádio em feixe TETRA, tendo sido fixada uma taxa de utilização de frequências de 4 832 743,47 EUR. Estas decisões tinham também por base um processo de leilão.

38. No processo principal, as demandantes exigem a emissão de facturas relativas aos direitos de utilização de frequências com especificação do imposto sobre o valor acrescentado que consideram estar incluído na taxa. No âmbito deste processo, o Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, por decisão de 7 de Junho de 2004, submeteu, nos termos do artigo 234.° CE, as seguintes questões prejudiciais:

1) O artigo 4.°, n.° 5, terceiro parágrafo, em conjugação com o Anexo D, ponto 1, da

Sexta Directiva [...] deve ser interpretado no sentido de que a atribuição de direitos de utilização de frequências para sistemas de telecomunicações móveis, nos termos das normas UMTS/IMT-2000, GSM-DCS-1800 e TETRA [...] efectuada por um Estado-Membro mediante o pagamento de uma taxa de utilização de frequências constitui uma actividade no domínio das telecomunicações?

2) O artigo 4.°, n.° 5, terceiro parágrafo, da Sexta Directiva deve ser interpretado no sentido de que um Estado-Membro, cuja legislação nacional não prevê o critério do carácter «não [...] insignificante» de uma actividade (regra de *minimis*), referido no artigo 4.°, n.° 5, terceiro parágrafo, da directiva, como requisito da qualidade de sujeito passivo, deve, por conseguinte, ser sempre considerado sujeito passivo relativamente a todas as actividades que exerça no domínio das telecomunicações, mesmo que tenham uma dimensão insignificante?

3) O artigo 4.°, n.° 5, terceiro parágrafo, da Sexta Directiva deve ser interpretado no sentido de que a atribuição de direitos de utilização de frequências para sistemas de telecomunicações móveis, efectuada por um Estado-Membro mediante o pagamento de taxas de utilização de frequências, no total de 831 595 241,10 EUR (UMTS/IMT 2000), de 98 108 326,00 EUR (canais DCS-1800) ou de 4 832 743,47 EUR (TETRA) constitui uma operação não insignificante e que, portanto, o Estado-Membro deve ser considerado sujeito passivo relativamente a esta actividade?

4) O artigo. 4.°, n.° 5, segundo parágrafo, da Sexta Directiva deve ser interpretado no sentido de que poderia conduzir a distorções de concorrência significativas a circunstância de um Estado-Membro, ao atribuir direitos de utilização das frequências para sistemas de telecomunicações móveis, mediante o pagamento de um total de 831.595.241,10 EUR (UMTS/IMT 2000), de 98 108 326,00 EUR (canais DCS-1800) ou de 4 832 743,47 EUR (TETRA), não sujeitar estes pagamentos ao imposto sobre o volume de negócios, ao passo que os operadores privados de tais frequências têm de sujeitar esta actividade ao imposto sobre o volume de negócios?

5) O artigo 4.°, n.° 5, primeiro parágrafo, da Sexta Directiva deve ser interpretado no sentido de que uma actividade desenvolvida por um Estado-Membro, ao atribuir direitos de utilização de fre-

quências para sistemas de telecomunicações móveis a empresas de telecomunicações móveis, determinando primeiro, através de um processo de leilão, a melhor oferta para a taxa de utilização de frequências e atribuindo, subsequentemente, as frequências ao proponente que apresente a melhor oferta, não é exercida na qualidade de autoridade pública e, por conseguinte, o Estado-Membro deve ser considerado sujeito passivo relativamente a esta actividade, independentemente da natureza jurídica do acto através do qual é efectuada a atribuição, nos termos do direito nacional do Estado-Membro?

6) O artigo 4.°, n.° 2, da Sexta Directiva deve ser interpretado no sentido de que a atribuição de direitos de utilização de frequências para sistemas de telecomunicações móveis, efectuada por um Estado-Membro, descrita na quinta questão, deve ser considerada uma actividade económica, devendo, portanto, o Estado-Membro ser considerado sujeito passivo relativamente a esta actividade?

7) A Sexta Directiva deve ser interpretada no sentido de que as taxas de utilização de frequências fixadas para a atribuição de direitos de utilização de frequências para sistemas de telecomunicações móveis constituem montantes ilíquidos (que incluem já o imposto sobre o valor acrescentado) ou montantes líquidos (aos quais o imposto sobre o valor acrescentado pode ainda ser adicionado)?

39. No processo perante o Tribunal de Justiça, apresentaram observações as empresas referidas nos n.os 35 e 37, a Finanzprokuratur für die Republik Österreich, na qualidade de demandada, os Governos alemão, austríaco, dinamarquês, italiano, neerlandês e polaco e o Governo do Reino Unido bem como a Comissão das Comunidades Europeias.

IV — Apreciação jurídica

40. Nos termos do artigo 4.°, n.° 1, da Sexta Directiva, entende-se por sujeito passivo qualquer pessoa que exerça, de modo independente, uma actividade económica, independentemente do fim ou do resultado dessa actividade. O artigo 4.°, n.° 2, da Sexta Directiva define de forma mais precisa o conceito de actividade económica. Neste sentido, as referidas disposições não definem apenas quem pode ser sujeito passivo, mas igualmente sob que condições a actividade de uma pessoa está sujeita ao imposto sobre o valor acrescentado.

41. O artigo 4.°, n.° 5, da Sexta Directiva estabelece um regime diferenciado no que respeita aos casos em que o Estado deve ser considerado sujeito passivo [14]. A aplicação

14 — V. conclusões do advogado-geral J. Mischo, que expõe de forma elucidativa que o artigo 4.°, n.° 5, está organizado de forma escalonada e subdividido em excepções e excepções às excepções (conclusões de 15 de Março de 1989 nos processos Comune di Carpaneto Piacentino e o. (231/87 e 129/88, Colect., p. 3233, n.° 8).

deste regime pressupõe, no entanto, desde logo a existência de uma actividade económica na acepção do artigo 4.º, n.º 2. Por conseguinte, é necessário começar por apreciar a sexta questão prejudicial, que visa a interpretação da referida disposição.

A — *Quanto à sexta questão prejudicial: existência de uma actividade económica*

42. Com a sua sexta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se a atribuição por um Estado-Membro de direitos de utilização de frequências para sistemas de telecomunicações móveis deve ser considerada uma actividade económica na acepção do artigo 4.º, n.º 2, da Sexta Directiva.

43. O artigo 4.º, n.º 2, da Sexta Directiva contém uma enumeração bastante ampla das actividades que devem ser consideradas como actividades económicas na acepção do n.º 1, incluindo, a par de todas as actividades de produção, de comercialização ou de prestação de serviços, em particular também a exploração de um bem incorpóreo com o fim de auferir receitas com carácter de permanência.

44. Com base nesta definição, o Tribunal de Justiça concluiu que a análise das mesmas «põe em evidência a extensão do âmbito de aplicação abrangido pelo conceito de actividades económicas e o seu carácter objectivo, no sentido de que a actividade é considerada em si mesma, independentemente dos seus objectivos e dos seus resultados» [15].

45. Por conseguinte, as intenções subjectivas da pessoa em causa ao exercer a actividade não revestem qualquer importância. Em caso contrário, a administração fiscal teria que apurar as referidas intenções, o que seria contrário aos objectivos do sistema comum do IVA, na medida em que este visa nomeadamente garantir a segurança jurídica e facilitar os actos inerentes à aplicação do imposto através da tomada em consideração, salvo em casos excepcionais, da natureza objectiva da operação em causa [16].

46. Antes de mais, irei apreciar a objecção que pretende que está desde logo excluída uma actividade económica devido ao facto de o leilão de direitos de utilização de frequências visar a regulação do mercado. De seguida, deve ser examinado se o procedi-

15 — Acórdãos de 12 de Setembro de 2000, Comissão/Grécia (C-260/98, Colect., p. I-6537, n.º 26) e Comissão/Reino Unido (C-359/97, Colect., p. I-6355, n.º 41), bem como acórdão de 21 de Fevereiro de 2006, University of Huddersfield (C-223/03, Colect., p. I-1751, n.º 47); v., igualmente, acórdãos de 26 de Março de 1987, Comissão/Países Baixos (235/85, Colect., p. 1471, n.º 8), bem como, no mesmo sentido, designadamente os acórdãos de 14 de Fevereiro de 1985, Rompelman (268/83, Recueil, p. 655, n.º 19) e de 27 de Novembro de 2003, Zita Modes (C-497/01, Colect., p. I-14393, n.º 38).

16 — Acórdãos de 6 de Abril de 1995, BLP Group (C-4/94, Colect., p. I-983, n.º 24), e de 12 de Janeiro de 2006, Optigen e o. (C-354/03, C-355/03 e C-484/03, Colect., p. I-483, n.º 45).

mento deve ser classificado como exploração de um bem incorpóreo com o fim de auferir receitas com carácter de permanência, na acepção do artigo 4.°, n.° 2, da Sexta Directiva.

1. O objectivo de regulação do mercado exclui a existência de uma actividade económica?

47. O facto de as radiofrequências constituírem um recurso escasso está na base do leilão dos direitos de utilização de frequências. As normas que regem o sector do espectro electromagnético disponível para os serviços de telecomunicações móveis constam de acordos internacionais. Neste sector, apenas é possível explorar simultaneamente um número limitado de redes de telecomunicações móveis. Para assegurar uma utilização ordenada das frequências, isenta de problemas, torna-se inevitável a intervenção reguladora do Estado.

48. A Decisão UMTS obriga os Estados-Membros à concretização dos procedimentos administrativos necessários à introdução de serviços UMTS.

49. A Directiva 97/13 e os respectivos actos nacionais de transposição constituem o quadro jurídico concreto que vincula os Estados-Membros na atribuição das bandas de frequências. Nos termos do artigo 10.° da Directiva 97/13, a concessão de licenças individuais deve basear-se em critérios objectivos, não discriminatórios, pormenorizados, transparentes e proporcionados. Por conseguinte, nos termos do artigo 11.°, n.° 2, da Directiva 97/13, os Estados-Membros poderão neste contexto impor encargos que reflictam a necessidade de assegurar a utilização óptima desses recursos.

50. A Áustria decidiu leiloar os direitos de utilização de frequências. Através do processo de leilão pretendia-se determinar, nos termos do § 49.°-A da TKG, os operadores que assegurassem a utilização mais eficiente das frequências. De acordo com as informações fornecidas pelo Governo austríaco, não se pretendia obter receitas elevadas para o Estado.

51. Os Estados-Membros intervenientes no processo e a Comissão deduzem destes factos que a atribuição de direitos de utilização de frequências pela Telekom-Control-Kommission não representou uma actividade económica na acepção dos artigos 4.°, n.^{os} 1 e 2, da Sexta Directiva, mas sim uma medida de regulação do mercado.

52. Este entendimento não pode ser acolhido.

53. A questão de saber se uma actividade pode ser considerada uma actividade económica para efeitos do imposto sobre o valor acrescentado depende do seu carácter objectivo, que deve ser determinado com base nas circunstâncias externas concretas. O objectivo de regular o acesso ao mercado de telecomunicações móveis em consonância com as normas comunitárias e de determinar os operadores mais adequados, visado com a actividade em causa, não reveste qualquer importância, na medida em que, nos termos da jurisprudência referida, objectivos desta natureza não devem ser tidos em consideração na qualificação de uma actividade [17].

54. O objecto do leilão consistia no direito de utilizar determinadas radiofrequências para a exploração de uma rede de telecomunicações móveis durante um período de 20 anos. Este direito, mais concretamente o direito à atribuição, foi adquirido através de leilão pelas empresas que apresentaram as melhores propostas.

55. A forma como deve ser qualificada juridicamente a concessão de direitos de utilização de frequências pelo Estado — como autorização administrativa ou como prestação na acepção do direito civil — é tão pouco relevante para a determinação do carácter objectivo da actividade como a designação da respectiva contraprestação das empresas, na medida em que os direitos apenas foram atribuídos após o pagamento da quantia determinada por leilão, de modo que a prestação pecuniária está directamente ligada à atribuição dos direitos. O pagamento de uma remuneração pela utilização das frequências não representa, aliás, uma taxa que apenas cobre as despesas administrativas resultantes da concessão de frequências.

56. Também não é determinante a questão de saber se a obtenção de receitas constituiu um motivo para a concepção do processo de atribuição dos direitos de utilização de frequências. Em termos objectivos, a Telekom-Control-Kommission atribuiu os direitos contra uma prestação pecuniária que pretende reflectir o valor económico dos direitos e que ultrapassou em larga medida as despesas resultantes do processo de atribuição. Uma vez que as regras do leilão previam propostas mínimas até um valor de 50 milhões de euros, previa-se, desde o início, a obtenção de receitas significativas. No que diz respeito à qualificação do leilão para efeitos de IVA, o facto de a obtenção das referidas receitas ter constituído a razão para a opção do Estado, ou apenas um efeito secundário necessariamente associado a este tipo de processos de atribuição, não pode ter qualquer relevância.

57. Também o facto de a atribuição dos direitos de utilização de frequências estar englobada num quadro regulamentar baseado no direito comunitário não se opõe à qualificação como actividade económica. O cumprimento destas normas legais apenas representa um objectivo de actuação (obrigatoriamente previsto) que não deve ser tido

17 — V. acórdãos referidos na nota 16.

em consideração na qualificação como actividade económica [18].

58. O facto de uma actividade reguladora poder estar sujeita, como actividade económica, ao imposto sobre o valor acrescentado é demonstrado pela consulta do anexo D, n.º 7, da Sexta Directiva. Nas actividades que, de acordo com o disposto no artigo 4.º, n.º 5, terceiro parágrafo, da Sexta Directiva, são sempre classificadas como actividades estatais sujeitas ao IVA, estão incluídas as operações dos organismos de intervenção agrícolas respeitantes aos produtos agrícolas e efectuadas em aplicação dos regulamentos sobre a organização comum de mercado de tais produtos. Por conseguinte, a venda de produtos do seu «stock» por parte de um organismo de intervenção está sujeita ao pagamento de IVA, apesar de estas operações visarem principalmente a regulação do mercado e não a obtenção de receitas.

59. Tomando por base as características externas objectivas do procedimento, confere-se um vasto âmbito de aplicação ao conceito de actividade económica, o que corresponde ao entendimento do Tribunal de Justiça [19]. Caso se considerasse desde logo nesta fase da apreciação que uma autoridade pública age em cumprimento da sua missão legal de regulação, o âmbito de aplicação da directiva estaria *a priori* consideravelmente restringido, ficando pouca margem para a aplicação do artigo 4.º, n.º 5, da Sexta Directiva, apesar de esta disposição conter regras específicas em relação ao poder público.

60. O Tribunal de Justiça já concluiu, em particular no denominado acórdão Eurocontrol [20], para o qual remetem alguns dos intervenientes, que não existe uma actividade económica na acepção das regras do Tratado relativas à concorrência quando são exercidas prerrogativas de poder público.

61. No entanto, o direito da concorrência e a Sexta Directiva IVA baseiam-se em conceitos diferentes de actividade económica. No direito da concorrência, o exercício de prerrogativas de poder público é considerado um critério de exclusão de uma actividade económica do seu âmbito de aplicação. Falta aqui, no entanto, uma regulamentação específica sobre as actividades do Estado no exercício do poder público.

62. O conceito de actividade económica constante do artigo 4.º, n.ºs 1 e 2, da Sexta Directiva é mais amplo do que o conceito correspondente no direito da concorrência. O exercício do poder público não tem aqui, *a priori*, qualquer relevância. Esta circunstância apenas é tida em consideração numa fase mais avançada da apreciação, mais concretamente no âmbito da regra específica do artigo 4.º, n.º 5. Esta disposição seria em grande medida desnecessária caso o âmbito de aplicação da Sexta Directiva IVA, por analogia com o direito de concorrência, não fosse aplicável ao exercício da autoridade pública.

18 — V. acórdãos Comissão/Países Baixos (já referido na nota 15, n.º 10), Comissão/Grécia (já referido na nota 15, n.º 28) e Comissão/Reino Unido (já referido na nota 15, n.º 43).

19 — V. jurisprudência referida na nota 15.

20 — V. acórdão de 19 de Janeiro de 1994, SAT Fluggesellschaft (C-364/92, Colect., p. I-43, n.º 30); v., a este respeito, acórdãos de 18 de Março de 1997, Diego Calì & Figli (C-343/95, Colect., p. I-1547, n.ºs 22 e 23), e de 19 de Fevereiro de 2002, Wouters e o. (C-309/99, Colect., p. I-1577, n.º 57).

2. Exploração de um bem com o fim de auferir receitas com carácter de permanência

63. De acordo com o disposto no artigo 4.º, n.º 2, da Sexta Directiva, a exploração de um bem corpóreo ou incorpóreo com o fim de auferir receitas com carácter de permanência é considerada uma actividade económica. Os direitos de utilização de frequências constituem um bem incorpóreo.

64. Nos termos de jurisprudência assente, o conceito de exploração refere-se, em conformidade com as exigências do princípio da neutralidade do sistema do IVA, a todas as operações, seja qual for a sua forma jurídica [21]. Neste sentido, o Tribunal de Justiça considerou, por exemplo, que a locação constitui uma forma de exploração de bens que deve ser qualificada como actividade económica, na acepção do artigo 4.º, n.º 2, da Sexta Directiva [22]. A Telecom-Control-Komission concedeu às demandantes um direito de utilização de frequências limitado no tempo, contra o pagamento de uma retribuição. Este procedimento, que se assemelha a uma locação ou um arrendamento, deve ser considerado como uma exploração de um bem incorpóreo com o fim de auferir receitas com carácter de permanência.

65. A Finanzprokuratur, bem como os Governos austríaco, dinamarquês e neerlandês alegam, no entanto, que não se está perante a obtenção de receitas com *carácter de permanência*, na medida em que a atribuição das frequências constitui uma operação única.

66. Embora o conceito utilizado na versão alemã não seja totalmente inequívoco, o recurso a outras versões linguísticas torna evidente que a obtenção de receitas deverá ter um carácter continuado [23]. A exploração comercial de um bem a título ocasional não constitui, por conseguinte, uma actividade económica na acepção do artigo 4.º, n.ºs 1 e 2, da Sexta Directiva, tal como o Tribunal de Justiça concluiu no acórdão Enkler [24].

67. A atribuição de direitos de utilização de frequências no caso em apreço não constitui, no entanto, uma exploração ocasional na referida acepção. De forma a esclarecer determinados aspectos, recorde-se sucintamente o contexto do acórdão Enkler, que dizia respeito à questão de saber se a locação

21 — Acórdãos de 4 de Dezembro de 1990, Van Tiem (C-186/89, Colect., p. I-4363, n.º 18), de 26 de Junho de 2003, KapHag (C-442/01, Colect., p. I-6851, n.º 37), de 29 de Abril de 2004, EDM (C-77/01, Colect., p. I-4295, n.º 48), e de 21 de Outubro de 2004, BBL (C-8/03, Colect., p. I-10157, n.º 36).

22 — Acórdãos de 26 de Setembro de 1996, Enkler (C-230/94, Colect., p. I-4517, n.º 22), de 27 de Janeiro de 2000, Heerma (C-23/98, Colect., p. I-419, n.º 19). V., igualmente, acórdão de 14 de Fevereiro de 1985, Rompelman (268/83, Recueil, p. 655), no qual o Tribunal de Justiça classificou a aquisição de um direito sobre uma parte de um imóvel em construção como actividade económica.

23 — V., por exemplo, a versão inglesa: «for the purpose of obtaining income therefrom on a continuing basis»; a francesa: «en vue d'en retirer des recettes ayant un caractère de permanence»; a versão italiana: «per ricavarne introiti aventi un certo carattere di stabilità»; ou a versão espanhola: «con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo».

24 — Acórdão Enkler (já referido na nota 22, n.º 20).

ocasional de uma autocaravana, utilizada pelo seu proprietário maioritariamente para fins privados, pode ainda ser considerada como exploração de um bem com o fim de auferir receitas com carácter de permanência.

68. A natureza do bem constituiu o ponto de partida para a apreciação do Tribunal de Justiça. O facto de um bem ser adequado a uma exploração exclusivamente económica basta, regra geral, para que se admita que o seu proprietário o explore no exercício de uma actividade económica e, consequentemente, com o fim de auferir receitas com carácter de permanência. Pelo contrário, se um bem, devido à sua natureza, é susceptível de ser utilizado tanto para fins económicos como para fins privados, há que analisar o conjunto das condições da sua exploração para determinar se é efectivamente utilizado com o fim de auferir receitas que têm carácter de permanência [25].

69. No que diz respeito ao direito à utilização de radiofrequências para a oferta de telecomunicações móveis UMTS e GSM apenas pode ser tida em consideração a utilização para fins económicos. Por conseguinte, não se coloca, desde logo, a questão da delimitação entre a utilização para fins económicos e a utilização para fins privados de um bem. Neste sentido, também não é possível concluir que se trata de uma actividade económica ocasional por detrás de uma utilização privada.

70. Contudo, o sistema rádio em feixe TETRA também se destina, em geral, a ser utilizado nas comunicações dos serviços de segurança e das autoridades responsáveis pela ordem pública, e outros serviços semelhantes. Caso estes cedessem a exploração da rede a um operador privado, estar-se-ia, porém, igualmente perante uma utilização económica das respectivas frequências. No caso dos direitos de utilização de frequências concretamente atribuídos, relativos ao sistema rádio em feixe TETRA, também não é evidente que este procedimento apenas implique uma utilização parcial com fins lucrativos.

71. Também o facto de os direitos de utilização de frequências terem sido atribuídos apenas uma única vez por um longo período de tempo não torna este procedimento uma utilização ocasional para fins económicos. Neste contexto, não é determinante o número de vezes que um sujeito passivo realiza operações equiparáveis, mas sim se o bem concreto permite auferir receitas de modo permanente. No presente caso, não existe qualquer dúvida em relação a este facto. O direito à utilização de frequências é cedido por um período de 20 anos e permite ao Estado auferir receitas durante a totalidade do referido período.

72. O facto de a taxa de utilização de frequências ser pagável apenas em duas fracções imediatamente após a atribuição dos direitos, e não constituir um pagamento periódico não altera o carácter permanente da obtenção de receitas. Teoricamente, a taxa de utilização de frequências poderia ter

25 — Acórdão Enkler (já referido na nota 22, n.º 27).

sido concebida de forma diferente. A aplicabilidade da Sexta Directiva não pode, porém, depender das modalidades de pagamento da taxa a que as partes podem recorrer.

73. Independentemente dos factos acima referidos, também pode suceder que os direitos de utilização de frequências sejam antecipadamente restituídos, transmitidos ou revogados, de modo que o direito de utilização por um período de 20 anos pode ser atribuído mais do que uma vez.

74. A concessão do direito de utilização limitada no tempo não é, por último, equiparável à alienação de títulos, que o Tribunal de Justiça não considerou uma actividade económica — quando não é efectuada no âmbito de uma actividade comercial de gestão de investimentos — [26] por dois motivos.

75. As receitas auferidas na sequência da manutenção e alienação de títulos — ou seja, dividendos e lucros resultantes da cotação de acções — não resultam, por um lado, de uma utilização activa dos títulos, constituindo antes uma consequência directa da sua propriedade. As receitas obtidas na sequência da atribuição de frequências, pelo contrário, não constituem rendimentos resultantes apenas do direito de dispor das frequências, tal como acontece com os dividendos e os lucros acima referidos, mas sim rendimentos resultantes da utilização deste direito.

76. Por outro lado, os lucros resultantes da alienação de títulos apenas são auferidos uma única vez. Após o bem económico ter deixado de fazer parte do património do cedente, este já não pode continuar a utilizá-lo para auferir receitas. O Estado não renuncia, no entanto, de forma definitiva ao direito de cedência em relação às frequências. Pelo contrário, o mais tardar após o termo do prazo da vigência da atribuição de frequências, volta a deter este direito, que pode ser novamente atribuído.

77. Por conseguinte, deve responder-se do seguinte modo à sexta questão:

O leilão do direito de utilização de determinados sectores do espectro electromagnético para a oferta de serviços de telecomunicações móveis, realizado por uma autoridade pública, deve ser considerado, tendo em conta as condições do processo principal, como exploração de um bem incorpóreo com o fim de auferir receitas com carácter de permanência e, por conseguinte, como uma actividade económica na acepção do artigo 4.º, n.os 1 e 2, da Sexta Directiva.

26 — Acórdãos de 20 de Junho de 1996, Wellcome Trust (C-155/94, Colect., p. I-3013, n.os 32 e segs.) e EDM (já referido na nota 21, n.os 57 e segs.). V., igualmente, no que diz respeito à posse e aquisição de acções: acórdãos KapHag (já referido na nota 21, n.º 38) e de 26 de Maio de 2005, Kretztechnik (C-465/03, Colect., p. I-4357, n.os 19 e segs.).

B — *Quanto às primeira a quinta questões prejudiciais: condições em que os organismos públicos actuam como sujeitos passivos*

1. Considerações prévias sobre a estrutura do artigo 4.°, n.° 5, da Sexta Directiva

78. De acordo com o previsto na regra geral contida no artigo 4.°, n.° 5, primeiro parágrafo, da Sexta Directiva, os Estados, as colectividades territoriais e outros organismos de direito público não serão considerados sujeitos passivos relativamente às actividades ou operações que exerçam na qualidade de autoridades públicas. A disposição exclui, por conseguinte, da tributação geral o poder público, mesmo que este exerça uma actividade económica na acepção do artigo 4.°, n.os 1 e 2, da Sexta Directiva. Neste sentido, o exercício da autoridade pública é, por conseguinte, equiparado à actuação de um consumidor privado.

79. Porém, nos termos do segundo parágrafo, o Estado é considerado sujeito passivo, em derrogação do primeiro parágrafo, caso a sua não sujeição à tributação possa conduzir a distorções de concorrência significativas. A ideia subjacente à referida disposição consiste na possibilidade de determinados organismos estatais — mesmo realizando as suas prestações no âmbito do poder público — entrarem em concorrência com as prestações realizadas por concorrentes privados. Visa, por conseguinte, assegurar a neutralidade fiscal [27].

80. Por último, nos termos do terceiro parágrafo, as entidades estatais são sempre consideradas sujeitos passivos, designadamente no que se refere a determinados sectores enumerados no Anexo D, desde que as respectivas actividades não sejam insignificantes. No caso das actividades aí enumeradas não é necessário, por conseguinte, averiguar se o Estado as exerce na qualidade de autoridade pública.

81. Os sectores referidos no Anexo D — entre os quais se encontram igualmente as telecomunicações — dizem respeito, na sua essência, a prestações económicas [28], as quais em grande medida apenas são ou foram realizadas pelo Estado na qualidade de autoridade pública devido à sua importância para o interesse geral, mas poderiam igualmente ser oferecidas por empresas privadas [29]. Entretanto, alguns dos sectores da economia referidos foram liberalizados. As empresas privadas concorrem efectivamente

27 — Acórdão de 17 de Outubro de 1989, Comune di Carpaneto Piacentino e o. (231/87 e 129/88, Colect., p. 3233, n.° 22).

28 — V. conclusões do advogado-geral S. Alber, de 29 de Junho de 2000, no processo Fazenda Pública (C-446/98, Colect., p. I-11435, n.° 69).

29 — O Anexo D enumera ao todo 13 tipos de actividades: a par das telecomunicações, por exemplo a distribuição de água, gás, electricidade, o transporte de bens e passageiros, a prestação de serviços portuários e aeroportuários, a exploração de feiras e de exposições de carácter comercial, as actividades dos gabinetes comerciais de publicidade e das agências de viagens, as operações das cantinas de empresas e outras.

com antigos operadores monopolistas, em parte privatizados, em parte ainda estatais. Aquando da sua adopção em 1977, a Sexta Directiva IVA já teve claramente em conta a referida evolução.

82. Caso a atribuição de frequências de telecomunicações móveis deva ser classificada como actividade não insignificante no domínio das telecomunicações, estaria sempre sujeita ao IVA, independentemente da questão do exercício do poder público ou da distorção concreta da concorrência.

83. Tendo em consideração a economia da disposição, com a apreciação das primeira, segunda e terceira questões deve analisar-se a quinta questão, que diz respeito à interpretação do artigo 4.º, n.º 5, primeiro parágrafo, da Sexta Directiva. Nesta conformidade, apenas no caso de atribuição de direitos de utilização de frequências no exercício do poder público será necessário esclarecer se o organismo estatal que opera deve ser considerado sujeito passivo nos termos do artigo 4.º, n.º 5, segundo parágrafo, na medida em que, em caso contrário, daí poderiam resultar distorções de concorrência significativas.

2. Quanto à primeira questão prejudicial: o conceito de telecomunicações constante do Anexo D abrange igualmente o leilão de direitos de utilização de frequências?

84. No essencial, as partes divergem quanto à questão de saber se o conceito de «telecomunicações» constante do Anexo D, n.º 1, apenas abrange a oferta de serviços de telecomunicações [30] — tal como é defendido pela demandada, pelos Governos intervenientes e pela Comissão — ou inclui ainda outras actividades com os mesmos relacionadas, ou seja, também a atribuição de direitos de utilização de frequências, como entendem as demandantes.

85. Do teor do Anexo D não é possível deduzir quaisquer indicações quanto à resolução da questão em litígio. Não deve ser atribuída qualquer importância ao facto de a versão alemã recorrer ao termo «Fernmeldewesen», entretanto desactualizado e não ao termo «Telekommunikation». Nas outras versões, encontra-se o termo então corrente na respectiva língua (v., por exemplo, *telecommunications* ou *télécommunications*).

30 — A este respeito, o Governo do Reino Unido remete para a definição de serviços de telecomunicações constante do artigo 2.º, n.º 4, da Directiva 90/387/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1990, relativa à realização do mercado interno dos serviços de telecomunicações mediante a oferta de uma rede aberta de telecomunicações (JO L 192, p. 1), entretanto revogada, de acordo com a qual «os serviços de telecomunicações» são os serviços que consistem, no todo ou em parte, na transmissão e no encaminhamento de sinais através da rede de telecomunicações por processos de telecomunicação, com excepção da radiodifusão e da televisão.

Para além disso, os termos *Fernemeldewesen* e *Telekommunikation* são, em grande medida, sinónimos.

— Interpretação histórica

86. Numa interpretação histórica, poder-se-ia defender a tese de que a atribuição de frequências de telecomunicações móveis a empresas privadas não pode estar abrangida pelo termo «telecomunicações» na medida em que, à data da adopção da directiva, em 1977, as prestações de serviços de telecomunicações eram todas realizadas exclusivamente pelas administrações postais estatais. Por conseguinte, presume-se que o legislador comunitário não pretendeu inicialmente adoptar qualquer regulamentação no que diz respeito à atribuição de frequências rádio a operadores privados.

87. A T-Mobile Austria propõe, no entanto, que, no âmbito da interpretação histórica, se tenha em consideração a evolução das circunstâncias de facto (interpretação evolutiva) e se questione o que o legislador histórico pretendeu regular, tendo em atenção a situação actual [31]. Considerando a questão sob este prisma, não estaria desde logo excluído que, ao recorrer ao conceito de telecomunicações, o legislador também pretendesse abranger a atribuição de frequências.

88. O método de interpretação histórica é, no entanto, apenas de alcance secundário e por si só não é decisivo [32]. Pelo contrário, as disposições da Sexta Directiva IVA devem, para além disso, ser interpretadas de forma sistemática tendo em consideração o seu objectivo.

— Interpretação sistemática

89. De um ponto de vista sistemático, a definição de prestações de serviços de telecomunicações, constante do artigo 9.º, n.º 2, alínea e), décimo travessão, da Sexta Directiva [33] pode desde logo desempenhar um papel decisivo, ao referir o seguinte:

«por 'prestações de serviços de telecomunicações' entende-se as prestações de serviços que possibilitem a transmissão, a emissão ou a recepção de sinais, texto, imagem e som ou de informações de todo o tipo através de fios, da rádio, de meios ópticos ou de outros meios electromagnéticos, incluindo a cessão

31 — Em relação a este método de interpretação, a T-Mobile Austria remete para K. Larenz, Juristische Methodenlehre, 6.ª edição, Munique 1991, pp. 329 e 344.

32 — V., a este respeito, as minhas conclusões de 13 de Julho de 2006, no processo Robins e Burnett (C-278/05, ainda não publicadas na Colectânea, n.ºs 80 e 81).

33 — Esta disposição foi introduzida pela Directiva 1999/59/CEE do Conselho, de 17 de Junho de 1999, que altera a Directiva 77/388/CEE no que se refere ao regime do imposto sobre o valor acrescentado aplicável aos serviços de telecomunicações (JO L 162, p. 63).

ou a concessão com elas correlacionadas de direitos de utilização de instalações de transmissão, emissão ou recepção [...]».

90. O artigo 9.º define o lugar que é considerado o lugar da prestação de serviços. O artigo 2.º, alínea e), estabelece também, designadamente em relação às prestações de serviços de telecomunicações nele previstas, que, em caso de prestações de serviços transfronteiriças, a sede do destinatário é considerada o lugar das prestações de serviços.

91. Na medida em que alguns Governos e a Comissão consideram adequado extrair conclusões da referida definição, entendem que a mesma apenas inclui as prestações de serviços de telecomunicações em sentido estrito. Na sua opinião, os direitos de utilização «de instalações de transmissão, emissão ou recepção», referidos na disposição dizem respeito à infra-estrutura e não aos direitos de utilização de frequências.

92. Algumas demandantes deduzem o contrário desta passagem, alegando que a versão inglesa dispõe o seguinte: «including the related transfer or assignment of the right to use capacity for such transmission, emission or reception», uma vez que o conceito de *capacity* também é precisamente utilizado na acepção de *frequency spectrum capacity*.

93. Se bem que a versão inglesa pareça permitir a referida interpretação, outras versões linguísticas, pelo contrário, apoiam a interpretação dos Governos intervenientes e da Comissão [34]. Em caso de eventuais divergências entre as versões linguísticas, o sentido e o objectivo de uma disposição adquirem uma importância decisiva [35], opondo-se estes no presente caso igualmente à inclusão da atribuição de frequências.

94. Como o Governo neerlandês sublinha de forma correcta, a regulamentação visa assegurar a tributação na Comunidade das prestações de serviços de telecomunicações realizadas por Estados terceiros a destinatários na Comunidade [36]. Esta consideração apenas é válida em relação a prestações de serviços de telecomunicações em sentido estrito, na medida em que os direitos de utilização das frequências são sempre atribuídos pelas autoridades competentes no respectivo território nacional. Para além disso, na maior parte dos casos, os adquirentes, ou seja os destinatários da operação, estarão estabelecidos no Estado em que é atribuída a frequência, sendo pouco provável

34 — V., para além da versão alemã, em particular a versão italiana (ivi compresa la cessione e la concessione, ad esse connesse, di un diritto di utilizzazione a infrastrutture per la trasmissione, l'emissione o la ricezione), a versão neerlandesa (met inbegrip van de daarmee samenhangende overdracht en verlening van rechten op het gebruik van infrastructuur voor de transmissie, uitzending of ontvangst) e a versão francesa (y compris la cession et la concession y afférentes d'un droit d'utilisation de moyens pour une telle transmission, émission ou réception — sublinhado meu).

35 — V. acórdãos de 27 de Março de 1990, Cricket St. Thomas (C-372/88, Colect., p. I-1345, n.º 19), de 5 de Junho de 1997, SDC (C-2/95, p. I-3017, n.º 22), e de 14 de Setembro de 2000, D. (C-384/98, Colect., p. I-6795, n.º 16).

36 — V. o quarto considerando da Directiva 1999/59 (já referida na nota 33), que dispõe o seguinte:
«No que se refere aos serviços de telecomunicações, é conveniente assegurar sobretudo a tributação na Comunidade dos serviços utilizados por clientes nela estabelecidos».

que uma rede de telecomunicações móveis UMTS seja implementada e explorada sem um estabelecimento ou uma filial no Estado em causa.

95. Alguns Governos e a Comissão remetem igualmente para a definição de serviços de telecomunicações constante das directivas pertinentes relativas ao mercado interno. A tomada em consideração, na interpretação da Sexta Directiva IVA, de definições constantes de actos jurídicos que regulamentam o sector em causa e não prosseguem objectivos divergentes do direito relativo ao imposto sobre o valor acrescentado corresponde à prática do Tribunal de Justiça [37].

96. O artigo 2.º, n.º 4, da Directiva 90/387/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1990, relativa à realização do mercado interno dos serviços de telecomunicações mediante a oferta de uma rede aberta de telecomunicações [38] definia serviços de telecomunicações como «os serviços que consistem, no todo ou em parte, na transmissão e no encaminhamento de sinais através da rede de telecomunicações por processos de telecomunicação, com excepção da radiodifusão e da televisão». De acordo com esta disposição, a atribuição de direitos de utilização de frequências não constitui um serviço de telecomunicações.

97. Levantam-se, no entanto, dúvidas em relação à questão de saber se as definições referidas podem ser transpostas sem restrições para o Anexo D, na medida em que se referem tanto a *serviços* como a *prestações de serviços* de telecomunicações (*telecommunication services*), enquanto o Anexo D enumera as telecomunicações (*telecommunications*). Este conceito poderia ser entendido de certo modo como uma descrição mais ampla desta área de actividade, que inclui igualmente outras actividades como prestações de serviços de telecomunicações em sentido estrito.

— Interpretação teleológica

98. Decisivos são, no entanto, o sentido e o objectivo da regulamentação do artigo 4.º, n.º 5, terceiro parágrafo, em conjugação com o Anexo D, da Sexta Directiva. A enumeração de actividades constante do Anexo D diz respeito, tal como o advogado-geral S. Alber referiu, a actividades com uma relevância económica primordial e manifesta [39].

99. Na medida em que as referidas actividades também podem ou poderiam ser *tipicamente* realizadas por empresas privadas,

37 — V. acórdão de 4 de Maio de 2006, Abbey National e o. (C-169/04, Colect., p. I-4027, n.os 61 e segs.), bem como os n.os 73 e segs. das minhas conclusões de 8 de Setembro de 2005 no mesmo processo.

38 — JO L 192, p. 1. A Directiva 1990/387 foi entretanto revogada pela Directiva 2002/21 (já referida na nota 11). A definição de serviços de comunicações electrónicas constante do artigo 2.º, alínea c), da nova directiva-quadro abrange as telecomunicações e baseia-se, tal como a directiva precedente, na transmissão de sinais através de redes de comunicações electrónicas.

39 — Conclusões apresentadas no processo Fazenda Pública (já referidas na nota 28, n.º 69).

presume-se em geral a existência de uma influência considerável na concorrência. O objectivo da regulamentação consiste em equiparar, nesta situação, o Estado a um sujeito passivo privado. Nos termos do segundo parágrafo, as outras prestações do Estado apenas estão sujeitas eventualmente ao imposto sobre o valor acrescentado quando se corre o risco de distorções de concorrência significativas.

100. Apenas é apropriado equiparar o Estado aos sujeitos passivos privados em relação a prestações de serviços de telecomunicações em sentido estrito, na medida em que, actualmente, as mesmas podem ser realizadas igualmente por empresas privadas. Pelo contrário, a primeira atribuição de direitos de utilização de frequências é, tendo em consideração a situação actual [40], uma competência reservada ao Estado [41]. Mesmo que a atribuição de direitos de utilização de frequências esteja possivelmente em concorrência com a nova alienação deste tipo de direitos por privados em determinadas circunstâncias [42], no caso da actividade referida não se impõe uma equiparação geral do Estado aos sujeitos passivos privados. Pelo contrário, terá em qualquer caso que ser apreciado se se impõe uma tributação da actividade estatal nos termos do artigo 4.°, n.° 5, segundo parágrafo, da Sexta Directiva, de forma a proteger a concorrência.

40 — A Comissão está, no entanto, a considerar a adopção de uma abordagem mais orientada para o mercado no que respeita à gestão das frequências (v. comunicação da Comissão, de 14 de Setembro de 2005, Uma abordagem da gestão do espectro de radiofrequências assente no mercado na União Europeia, COM(2005) 400 final).

41 — V., em relação a este aspecto, *infra*, n.os 102 e segs.

42 — V. os desenvolvimentos relativos à quarta questão prejudicial (*infra*, n.os 125 e segs).

101. Por conseguinte, deve responder-se à primeira questão prejudicial da seguinte forma: o conceito de «telecomunicações» constante do anexo D, n.° 1, da Sexta Directiva não abrange, tendo em consideração a situação actual, a atribuição por parte do Estado de direitos de utilização de frequências para oferta de serviços de telecomunicações móveis.

3. Quanto às segunda e terceira questões prejudiciais: operação não insignificante na acepção do artigo 4.°, n.° 5, terceiro parágrafo, da Sexta Directiva

102. Nos termos do artigo 4.°, n.° 5, terceiro parágrafo, da Sexta Directiva, devem estar preenchidas cumulativamente duas condições para que os organismos de direito público sejam considerados em qualquer caso sujeitos passivos: devem exercer uma das actividades enumeradas no Anexo D e as mesmas não devem ser insignificantes.

103. Como se concluiu na resposta à primeira questão prejudicial, a atribuição de direitos de utilização de frequências pela Telekom-Control-Kommission não constituiu uma prestação no sector das telecomunicações na acepção do Anexo D, n.° 1, da Sexta Directiva.

104. Por conseguinte, não é necessário apreciar se a actividade é insignificante, apesar de o Estado-Membro ter obtido através dela taxas avultadas, aspecto no qual se centra a terceira questão. Também as eventuais consequências de uma transposição nacional que divirja da directiva neste ponto não revestem qualquer importância. Neste sentido, tanto a segunda como a terceira questão prejudiciais não carecem de resposta.

4. Quanto à quinta questão prejudicial: exercício do poder público na acepção do artigo 4.º, n.º 5, primeiro parágrafo, da Sexta Directiva

105. Nos termos do artigo 4.º, n.º 5, primeiro parágrafo, da Sexta Directiva, devem estar preenchidas cumulativamente duas condições para a aplicação da regra da não sujeição, ou seja, o exercício de actividades por um organismo público e a realização das mesmas na qualidade de autoridade pública [43].

106. Quanto à primeira condição, o Tribunal de Justiça considerou que uma actividade exercida por um particular não está isenta de IVA pelo simples facto de consistir na prática de actos que constituem prerrogativas da autoridade pública [44], visando particularmente a este respeito profissionais liberais que não estão integrados na administração pública [45].

107. A Telecom-Control-Kommission está integrada na Telekom-Control GmbH. Atendendo à forma da sociedade, trata-se de uma sociedade de direito privado, mas, no entanto, nenhum dos intervenientes levantou dúvidas em relação ao facto de a Telekom-Kontrol-Kommission dever ser considerada como parte integrante da administração pública. Compete ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar se esta qualificação está correcta à luz do direito nacional.

108. A segunda condição foi precisada da seguinte forma pelo Tribunal de Justiça no acórdão Fazenda Pública/Câmara Municipal do Porto [46]:

«Tratando-se desta última condição, são as modalidades de exercício das actividades em causa que permitem determinar o alcance da não sujeição dos organismos públicos [...] [47].

43 — Acórdão de 25 de Julho de 1991, Ayuntamiento de Sevilla (C-202/90, Colect., p. I-4247, n.º 18), bem como acórdãos Comissão/Grécia (já referido na nota 15, n.º 34) e Comissão/Reino Unido (já referido na nota 15, n.º 49).

44 — V. acórdãos Comissão/Países Baixos (já referido na nota 15, n.º 21), Ayuntamiento de Sevilla (já referido na nota 43, n.º 19), Comissão/Grécia (já referido na nota 15, n.º 40).

45 — V. acórdãos Comissão/Países Baixos (já referido na nota 15, n.º 21) e Ayuntamiento de Sevilla (já referido na nota 43, n.º 20).

46 — Acórdão de 14 de Dezembro de 2000, Fazenda Pública (C-446/98, Colect., p. I-11435, n.ºs 16 e 17).

47 — A este respeito, o Tribunal de Justiça remete para os acórdãos de 17 de Outubro de 1989, Comune di Carpaneto Piacentino (já referido na nota 27, n.º 15) e de 15 de Maio de 1990, Comune di Carpaneto Piacentino e o. (C-4/89, Colect., p. I-1869, n.º 10).

Assim, resulta de jurisprudência bem estabelecida do Tribunal de Justiça que as actividades exercidas na qualidade de autoridades públicas na acepção do artigo 4.°, n.° 5, primeiro parágrafo, da Sexta Directiva são as desenvolvidas pelos organismos de direito público no âmbito do regime jurídico que lhes é próprio, com exclusão das que exerçam nas mesmas condições jurídicas que os operadores económicos privados[...] [48].»

109. Para além disso, o Tribunal de Justiça declarou que, no âmbito desta apreciação, não é possível tomar como base o objecto ou o fim da actividade [49].

110. As demandantes consideram que o Estado, ao leiloar os direitos de utilização de frequências, actuou como um operador económico privado, tendo recorrido a uma forma de actuação de direito privado e auferido elevadas taxas como contrapartida pela atribuição das frequências.

111. Os Estados-Membros intervenientes e a Comissão sublinham, no entanto, que, nos termos das disposições pertinentes de direito comunitário e nacional, a atribuição dos direitos de utilização de frequências compete apenas ao Estado, que nesse âmbito está sujeito a obrigações especiais.

112. Em relação a este aspecto, deve constatar-se que, de acordo com o artigo 2.°, n.° 1, alínea a), da Directiva 97/13, apenas uma autoridade reguladora estatal pode conceder licenças individuais para a exploração de redes de telecomunicações, estando essa autoridade obrigada a respeitar as exigências constantes dos artigos 9.° e 10.° da directiva. Caso um Estado-Membro conceda apenas um número restrito de licenças individuais, deverá proceder a uma selecção com base em critérios objectivos, não discriminatórios, proporcionados, transparentes e pormenorizados (artigo 10.°, n.° 3, da Directiva 97/13). Em relação aos encargos cobrados neste contexto aplicam-se os requisitos constantes do artigo 11.°, n.° 2, da Directiva 97/13.

113. Mesmo que a apreciação definitiva do regime jurídico nacional esteja reservada ao órgão jurisdicional de reenvio, não há quaisquer dúvidas de que, nos termos da Telekommunikationsgesetz, a primeira atribuição de frequências apenas pode ser realizada pela Telekom-Control-Kommission. As obrigações a que está vinculada nos termos do direito nacional baseiam-se nos requisitos constantes da Directiva 97/13.

114. Nenhum operador privado pode conceder directamente direitos desta natureza, podendo os privados, quanto muito, cederem entre si frequências atribuídas pelo Estado.

48 — A este respeito, o Tribunal de Justiça remete para os acórdãos Comissão/Reino Unido (n.° 50) e Comissão/Grécia (n.° 35), referidos na nota 15, bem como outros acórdãos em processos paralelos.

49 — Acórdãos de 17 de Outubro de 1989, Comune di Carpaneto Piacentino e o. (já referido na nota 47, n.° 13) e Fazenda Pública (já referido na nota 46, n.° 19).

No entanto, a cessão não é comparável à primeira atribuição, na medida em que se fundamenta apenas num direito de disposição derivado, enquanto a primeira atribuição constitui uma função originária do Estado. Também a troca de notas de banco entre particulares não é equiparável ao poder estatal de emissão das mesmas, o que permite deduzir que o leilão de direitos de utilização de frequências constituía uma função que incumbia a um organismo estatal no âmbito da autoridade pública.

115. O facto de o Estado ter recorrido ao leilão para a atribuição de frequências, ou seja, um procedimento proveniente do direito civil e ao qual as entidades privadas, por conseguinte, também têm acesso, não se opõe às considerações acima enunciadas.

116. Neste caso, não é necessário abordar a questão relativa à importância do leilão no conjunto do processo de atribuição. Algumas demandantes entendem, a este respeito, que o leilão deu lugar a um contrato de direito civil relativo à concessão de direitos de utilização de frequências. Outras admitem, no entanto, que a atribuição efectiva apenas se realizou após o acto administrativo subsequente. Neste sentido, o leilão apenas teria servido para a escolha das empresas a quem os direitos foram transmitidos segundo as formalidades jurídico-administrativas.

117. Apesar de o Tribunal de Justiça ter considerado as modalidades de actuação determinantes, seria muito restritivo entender nestas apenas o «como», ou seja, a forma de actuar. Pelo contrário, é essencial começar por saber se as entidades privadas podem, com base nas disposições pertinentes, exercer de facto uma actividade equiparável. Em caso afirmativo, o Estado teria que ser considerado sujeito passivo, de forma a não colocar em risco a neutralidade da aplicação do IVA. O facto de o Estado, no exercício dos poderes que lhe foram exclusivamente conferidos, recorrer a procedimentos conhecidos do direito civil não tem, pelo contrário, qualquer efeito sobre a neutralidade fiscal.

118. Da tese das demandantes resultaria que o poder público só seria exercido quando o Estado adoptasse actos administrativos, ou seja, no exercício da autoridade pública em sentido estrito. Porém, nos acórdãos relativos às portagens nas auto-estradas, o Tribunal de Justiça rejeitou expressamente este entendimento [50].

119. Contudo, no acórdão Fazenda Pública/ /Câmara Municipal do Porto [51], o Tribunal de Justiça deduziu do facto de a gestão de parques de estacionamento públicos estar ligada ao exercício dos poderes de autoridade que a actividade estava sujeita a um regime especial de direito público. A actuação do Estado, numa situação em que os cidadãos se

50 — Acórdãos Comissão/Reino Unido (já referido na nota 15, n.º 51) e Comissão/Grécia (já referido na nota 15, n.º 36).

51 — Acórdão Fazenda Pública (já referido na nota 46, n.º 22).

encontram numa relação de subordinação em relação a este, constitui, por conseguinte, no entender do Tribunal de Justiça, um indício do exercício da autoridade pública na acepção do artigo 4.º, n.º 5, primeiro parágrafo, da Sexta Directiva, mas não representa um requisito necessário do mesmo [52].

120. Basear-se no enquadramento jurídico relativo ao modo de actuação poderia, para além disso, colocar em risco a aplicação uniforme da Sexta Directiva IVA, na medida em que o facto de o Estado recorrer a formas de actuação do direito privado é possivelmente mais comum em alguns Estados-Membros do que em outros. Para além disso, a delimitação entre instrumentos de direito público e de direito privado pode divergir nas diferentes ordens jurídicas nacionais.

121. Deve ainda atender-se ao facto de o artigo 4.º, n.º 5, primeiro parágrafo, da Sexta Directiva apenas exigir que a prestação seja realizada *na qualidade de autoridade pública*. Neste sentido, o leilão de direitos de utilização de frequências não pode ser considerado isoladamente [53], inserindo-se esta actividade, pelo contrário, no quadro global da administração das frequências e da regulamentação do sector das telecomunicações. Neste contexto, o Estado exerce essencialmente prerrogativas de autoridade pública, por exemplo, ao transpor para o direito nacional as normas da Decisão UMTS ou das directivas relativas ao mercado interno.

122. O facto de se ter em consideração todo o restante contexto jurídico da actividade na presente apreciação, enquanto na classificação como actividade económica apenas se considera relevante o procedimento externo, não constitui, aliás, uma contradição. Pelo contrário, corresponde à lógica do artigo 4.º da Sexta Directiva que, através de uma interpretação extensiva dos n.os 1 e 2, se assegure, num primeiro passo, a aplicação alargada da directiva, tendo depois em consideração o enquadramento legal específico da actuação do Estado na aplicação do n.º 5.

123. Por último, a classificação do leilão de frequências como actividade exercida na qualidade de autoridade pública não se torna impossível devido ao facto de o Estado auferir receitas avultadas com esta operação. Isto pode levar — como foi demonstrado — a que seja atribuído carácter económico, na acepção do artigo 4.º, n.º 2, da Sexta Directiva, à actuação do Estado. Continua, no entanto, a considerar-se que se está perante o exercício da autoridade pública quando o Estado actua com base num regime jurídico específico que apenas se lhe aplica.

52 — V. acórdão de 15 de Maio de 1990, Comune di Carpaneto Piacentino (já referido na nota 47, n.º 11).

53 — Também no acórdão Fazenda Pública (já referido na nota 46, n.º 22), o Tribunal de Justiça não considerou isoladamente a locação de um lugar de estacionamento, mas sim a gestão dos parques de estacionamento públicos em termos gerais.

124. Por conseguinte, deve responder-se do seguinte modo à quinta questão:

Devem ser consideradas actividades exercidas na qualidade de autoridade pública na acepção do artigo 4.°, n.° 5, primeiro parágrafo, da Sexta Directiva aquelas que são exercidas pelos organismos de direito público no âmbito do regime jurídico que lhes é próprio. O exercício do poder público não está excluído devido ao facto de o Estado, no cumprimento das missões que lhe foram exclusivamente atribuídas, recorrer a um procedimento conhecido do direito civil ou de auferir receitas avultadas com a referida actividade.

5. Quanto à quarta questão prejudicial: a não sujeição ao imposto conduz a distorções de concorrência significativas?

125. De acordo com o disposto no artigo 4.°, n.° 5, segundo parágrafo, da Sexta Directiva, os organismos públicos são considerados sujeitos passivos, mesmo em relação a actividades que exerçam na qualidade de autoridades públicas, quando a não sujeição ao imposto possa conduzir a distorções de concorrência significativas.

126. De acordo com as conclusões do Tribunal de Justiça no acórdão Comune di Carpaneto Piacentino, os Estados-Membros «devem assegurar a tributação dos organismos de direito público pelas actividades que exerçam na qualidade de autoridades públicas quando tais actividades possam ser igualmente desenvolvidas, em concorrência com tais organismos, por particulares, e se a sua não tributação for susceptível de provocar distorções importantes na concorrência [...] [54]».

127. A atribuição de direitos de utilização de frequências está reservada apenas ao Estado, de modo que está excluída a concorrência entre prestações idênticas do Estado e de outros proponentes no momento do leilão das frequências. As demandantes argumentam, no entanto, que a concessão de frequências pelo Estado, isenta de IVA pode entrar em concorrência com a alienação posterior de direitos de utilização de frequências por operadores privados.

128. Em relação a este aspecto, deve antes de mais referir-se que a qualidade de sujeito passivo ou de alguém que não está sujeito ao imposto deve em princípio ser avaliada no momento da prestação [55]. Neste sentido, é também nesse momento que se deve verificar a influência sobre a concorrência.

54 — Acórdão de 17 de Outubro de 1989, Comune di Carpaneto Piacentino e o. (já referido na nota 27, n.° 24). V., igualmente, acórdão de 8 de Junho de 2006, Feuerbestattungsverein Halle (C-430/04, Colect., p. I-4999, n.° 25).

55 — Acórdão de 2 de Junho de 2005, Waterschap Zeeuws Vlaanderen (C-378/02, Colect., p. I-4685, n.° 32).

129. Este facto pressupõe que a exista, à data da atribuição de frequências, um mercado de direitos de utilização correspondentes, ou seja, em primeiro lugar, devem já existir direitos de utilização equiparáveis e, em segundo, os mesmos direitos devem poder ser transmitidos entre entidades privadas. Apenas nestas condições a atribuição de frequências pelo Estado pode entrar em concorrência com a cessão de direitos de utilização de frequências por parte de entidades privadas.

130. Apesar de o Tribunal de Justiça ter concluído no acórdão Taksatorringen [56] que o artigo 13.º, A, n.º 1, alínea f), da Sexta Directiva também abrange distorções da concorrência que podem ser provocadas no futuro por uma isenção, é, porém, necessário que o risco de distorções de concorrência seja real [57].

131. Mesmo que actualmente nenhum dos concorrentes ofereça prestações concorrentes sujeitas a IVA, o risco de distorções de concorrência pode ser real, na medida em que uma situação de partida desvantajosa é desde logo susceptível de dissuadir potenciais concorrentes de entrarem no mercado. Um risco real correspondente está, no entanto, excluído quando, devido ao quadro jurídico existente, nenhum potencial concorrente está em condições de fazer uma proposta que faça concorrência às frequências atribuídas pelo Estado.

132. No que diz respeito às frequências relativas às telecomunicações móveis UMTS, deve constatar-se que, à data do leilão, em 2000, não estavam disponíveis no mercado quaisquer direitos de utilização de frequências equiparáveis. Continua por clarificar se o mesmo se aplica igualmente aos direitos de utilização GSM-DCS-1800, que foram atribuídos à tele.ring 1999, e às frequências relativas ao sistema rádio em feixe TETRA, que a master-talk obteve em Fevereiro de 2000.

133. Caso o órgão jurisdicional de reenvio conclua que nos períodos pertinentes já estavam disponíveis direitos de utilização de frequências equiparáveis, deve ser então esclarecido se estes já poderiam ter sido transmitidos entre entidades privadas, ao abrigo do direito nacional aplicável no período em causa. A cessão entre entidades privadas deve, para além disso, estar sujeita ao IVA.

134. É pacífico que o comércio de frequências em sentido estrito, em relação ao qual o artigo 9.º, n.º 4, da Directiva 2002/21 também contém normas, apenas se tornou possível em 2003, com a nova redacção da Telekommunikationsgesetz. No entanto, a cessão de direitos de utilização de frequências, possível a partir desse período, não é relevante para a situação concorrencial à data da atribuição de frequências. Caso o Estado decida, no entanto, voltar a atribuir

56 — Acórdão de 20 de Novembro de 2003, Taksatorringen (C-8/01, Colect., p. I-13711).

57 — Acórdão Taksatorringen (já referido na nota 56, n.º 63).

frequências, esta circunstância deve ser tida em consideração [58].

135. As partes têm, no entanto, opiniões divergentes quanto à questão de saber se a possibilidade já existente de transmitir uma concessão, incluindo os direitos de utilização de frequências com a mesma relacionados, constitui uma prestação que concorre com a atribuição de frequências por parte do Estado [59]. A questão de saber se é esse ou não o caso depende da interpretação das disposições nacionais, reservada ao órgão jurisdicional de reenvio.

136. Apesar de já existir concorrência potencial entre a atribuição por parte do Estado e a alienação por entidades privadas no que se refere às frequências TETRA e GSM, a prestação estatal apenas teria que ser tributada caso a não tributação, de acordo com as conclusões do órgão jurisdicional de reenvio, pudesse conduzir a distorções de concorrência *significativas* na acepção do artigo 4.º, n.º 5, segundo parágrafo, da Sexta Directiva.

137. Tal verificar-se-ia caso o Estado efectuasse a mesma prestação a *consumidores finais* que as empresas privadas, de modo que os clientes num caso teriam que pagar o preço sem imposto sobre o valor acrescentado e no outro acrescido de imposto [60]. Na medida em que o consumidor final não tem direito à dedução, a prestação do operador privado seria mais cara, dado que se teria que acrescentar o valor total do IVA.

138. Se, pelo contrário, um *sujeito passivo* adquirir direitos de utilização de frequências a uma entidade privada, esta aquisição será menos interessante apenas em casos especiais, e de forma insignificante em relação à aquisição ao Estado, na medida em que o imposto sobre o valor acrescentado ou pode desde logo ser deduzido ou é reembolsado num curto espaço de tempo. Apesar de os custos relacionados com o pré-financiamento poderem representar, em valores absolutos, quantias elevadas, se se tiver em consideração o valor global das despesas relacionadas com a aquisição dos direitos de utilização dos direitos, as referidas despesas não atingem, em termos gerais, uma dimensão passível de provocar distorções de concorrência significativas.

58 — De acordo com a Decisão (02)06 CEPT ECC, foi decidido disponibilizar a faixa 2500-2690 MHz o mais tardar em 1 de Janeiro de 2008 para os sistemas UMTS/IMT-2000, para além das frequências já licenciadas para os primeiros serviços 3G.

59 — A T-Mobile Austria alega, no entanto, que a transmissão da concessão se realiza em conjunto com a cessão da empresa no seu conjunto. A questão de saber se neste caso estamos perante uma operação sujeita a IVA depende da transposição que tenha sido feita do artigo 5.º, n.º 8, da Sexta Directiva.

60 — A hipótese apresentada pelas demandantes, de que alguém não sujeito ao IVA (como por exemplo um organismo estatal), e que não esteja autorizado a proceder à dedução, adquira a frequência, não parece muito provável. Quando um organismo estatal utiliza a frequência de acordo com as finalidades a que se destina, de forma a realizar prestações de telecomunicações a título oneroso, o mesmo está sujeito ao imposto de acordo com o disposto no artigo 4.º, n.º 5, terceiro parágrafo, em conjugação com o Anexo D da Sexta Directiva. Também meramente hipotética é a ideia de que a dedução poderia estar excluída caso as licenças fossem utilizadas para actividades não sujeitas a imposto.

139. Apesar de o comércio de frequências UMTS apenas ter sido possível após estas terem sido atribuídas e de ter sido criado o enquadramento para a sua transmissão, as demandantes entendem que também neste caso se podem verificar distorções de concorrências devido à sua atribuição isenta de IVA por parte do Estado.

140. Por um lado, é necessário que, tal como já foi referido, à data da operação em causa exista uma relação de concorrência potencial, não sendo suficiente a hipótese da criação posterior do quadro legal necessário, na medida em que a obrigação fiscal não pode depender de prognósticos mais ou menos inseguros. Por outro lado, a desvantagem para aqueles que adquirem posteriormente direitos de utilização de direitos UMTS a um operador privado apenas residiria em eventuais custos de financiamento relativos ao imposto pago a montante não imediatamente dedutível, o que não fundamenta quaisquer distorções de concorrência significativas.

141. Quanto maior o desfasamento temporal entre a atribuição das frequências por parte do Estado e a introdução do comércio de frequências, mais se altera o contexto do mercado. Neste sentido, outros factores, como por exemplo a reavaliação do valor económico da utilização das frequências tendo em consideração o surgimento de técnicas concorrentes de telecomunicação móvel UMTS, passam a ter um peso diferente em relação à eventual quebra de liquidez devido ao pagamento adiantado do imposto a montante. Daqui também resulta que uma distorção de concorrência na acepção do artigo 4.°, n.° 5, segundo parágrafo, da Sexta Directiva apenas pode ser presumida quando as prestações estão disponíveis no mesmo período e o potencial adquirente dispõe efectivamente de uma possibilidade de escolha entre duas propostas equiparáveis.

142. Por conseguinte, deve responder-se da seguinte forma à quarta questão:

Apenas se está perante uma distorção de concorrência significativa na acepção do artigo 4.°, n.° 5, segundo parágrafo, da Sexta Directiva quando, na sequência da não tributação do Estado, se corre o risco real de prejudicar significativamente a situação concorrencial dos operadores concorrentes, actuais ou potenciais. Um risco deste tipo não existe, em princípio, quando, em virtude do enquadramento legal à data da realização das prestações por parte do Estado, estão excluídas prestações de operadores privados que concorram com as prestações daquele.

C — *Quanto à sétima questão prejudicial: a taxa de utilização de frequências deve ser entendida como um valor ilíquido ou líquido?*

143. O órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se a taxa de utilização de frequências deve ser entendida, nos termos

da Sexta Directiva, como taxa ilíquida ou líquida, ou seja, se a taxa estipulada já incluía o IVA ou se este deve ainda ser adicionado à mesma.

144. Na medida em que já se concluiu que a atribuição de frequências não constitui uma prestação sujeita a IVA, a sétima questão prejudicial não necessita de resposta.

145. Independentemente desta questão, deve referir-se que a Sexta Directiva é omissa quanto a este ponto. O facto de uma taxa incluir o IVA ou não depende de um acordo concreto entre as partes. Caso este não seja suficientemente preciso, o seu conteúdo deve ser determinado nos termos das regras de interpretação constantes da legislação nacional aplicável, o que compete exclusivamente aos órgãos jurisdicionais nacionais.

V — Conclusão

146. Com base nas considerações que precedem, proponho ao Tribunal de Justiça que responda do seguinte modo às questões prejudiciais do Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien:

1. O leilão do direito de utilização, durante um período estabelecido, de determinados sectores do espectro electromagnético para a oferta de serviços de telecomunicações móveis, realizado por uma autoridade pública, deve ser considerado, tendo em conta as condições do processo principal, exploração de um bem incorpóreo com o fim de auferir receitas com carácter de permanência e, por conseguinte, uma actividade económica na acepção do artigo 4.º, n.os 1 e 2, da Sexta Directiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios — Sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado.

2. O conceito de «telecomunicações» constante do anexo D, n.º 1, da Sexta Directiva não abrange, tendo em consideração a situação actual, a atribuição por parte do Estado de direitos de utilização de frequências para oferta de serviços de telecomunicações móveis.

3. Devem ser consideradas actividades exercidas na qualidade de autoridade pública na acepção do artigo 4.º, n.º 5, primeiro parágrafo, da Sexta Directiva aquelas que são exercidas pelos organismos de direito público no âmbito do regime jurídico que lhes é próprio. O exercício do poder público não está excluído devido ao facto de o Estado, no cumprimento das missões que lhe foram exclusivamente atribuídas, recorrer a um procedimento conhecido do direito civil ou de auferir receitas avultadas com a referida actividade.

4. Apenas se está perante uma distorção de concorrência significativa na acepção do artigo 4.º, n.º 5, segundo parágrafo, da Sexta Directiva quando, na sequência da não tributação do Estado, se corre o risco real de prejudicar significativamente a situação concorrencial dos operadores concorrentes, actuais ou potenciais. Um risco deste tipo não existe, em princípio, quando, em virtude do enquadramento legal à data da realização das prestações por parte do Estado, estão excluídas prestações de operadores privados que concorram com as prestações daquele.