SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE JULIANE KOKOTT,

predstavljeni 7. septembra 2006[1]

I – Uvod

1. Novembra 2000 je avstrijski regulativni organ Telekom-Control-Kommission izvedel javno dražbo za več frekvenčnih blokov za ponudbo storitev mobilne telefonije po standardu UMTS/IMT-2000[2] (imenovano tudi mobilna telefonija tretje generacije, 3G) in nato s sklepom dodelil uspešnim ponudnikom ustrezne pravice uporabe frekvenc. Pri tem je prejel plačilo v skupnem znesku 831.595.241,10 eura. Pred tem so bile na enak način dodeljene frekvence za ponudbo storitev mobilne telefonije druge generacije (GSM-Standard[3]) in za snopovni radijski sistem TETRA[4].

2. Mobilne naprave 3G imajo večjo kapaciteto za prenos podatkov kot mobilni telefoni prejšnjih generacij. Omogočajo predvsem razpoložljivost multimedijskih storitev, kot so videokonference, dostop do interneta in razvedrilo on-line. Uvedba mobilne telefonije UMTS velja za pomemben tehnični napredek, ki telekomunikacijskim podjetjem odpira številna nova področja dejavnosti.

3. V postopku v glavni stvari osem telekomunikacijskih podjetij, ki so pridobila pravice uporabe frekvenc (v nadaljevanju tudi: tožeče stranke), uveljavlja, da je dodelitev pravic pomenila transakcijo, podvrženo davku na dodano vrednost, in da so plačila za uporabo frekvenc vsebovala davek na dodano vrednost. Zato zahtevajo izstavitev računov, ki izkazujejo davek na dodano vrednost. Ta je predpostavka za odbitek domnevno plačanega davka na dodano vrednost kot vstopnega davka.

1 — Jezik izvirnika: nemščina.

2 — IMT-2000: International Mobile Telecommunications-2000 (standard, ki ga je razvil International Telecommunication Union (ITU)); UMTS: univerzalni mobilni telekomunikacijski sistem (standard, razvit v okviru Evropske konference uprav za pošto in telekomunikacije (CEPT)) in European Telecommunications Standards Institute (ETSI), del t. i. družine IMT-2000).

3 — Global System for Mobile Communications.

4 — Terrestrial Trunked Radio. Podrobnejše podatke v zvezi s tem digitalnim mobilnim standardom so dostopne na spletni strani TETRA MoU Association Ltd (www.tetramou.com).

4. V skladu s členom 4(1) in (2) Šeste direktive o DDV (v nadaljevanju: Šesta direktiva)[5] so obdavčljivi le dohodki, ki jih davčni zavezanec doseže v okviru svoje gospodarske dejavnosti. Država in njeni organi se v skladu s členom 4(5) Direktive načeloma ne štejejo za davčne zavezance, če opravljajo transakcije ali dejavnosti kot organi oblasti. Razlaga teh določb v zvezi z javno dražbo pravic uporabe frekvenc je bistvo predmetnega postopka.

5. V vzporedno postavljenem predlogu za sprejetje predhodne odločbe[6], za katerega prav tako danes predstavljam sklepne predloge, postavlja VAT and Duties Tribunal London podobna vprašanja za oceno javne dražbe dovoljenj UMTS v Združenem kraljestvu.

6. Druge države članice so sledile britanskemu in avstrijskemu zgledu ter so prav tako prejele visoke licenčnine. Zadevni in vzporedni postopek iz Združenega kraljestva torej nista posebnega pomena le zaradi ogromnih zneskov, ki so tu v igri. Hkrati bosta namreč služila kot primer za podobne spore v drugih državah članicah.

5 — Šesta direktiva sveta 77/388/EGS z dne 17. maja 1977 o usklajevanju zakonodaje držav članic o prometnih davkih – Skupni sistem davka na dodano vrednost: enotna osnova za odmero (UL L 145, str. 1).

6 — Zadeva Hutchison 3G in drugi (C-369/04, ZOdl. str. I-5247).

II – Pravni okvir

A – *Določbe o davku na dodano vrednost*

1. Pravo Skupnosti

7. V skladu s členom 2(1) Šeste direktive je predmet davka na dodano vrednost:

„dobava blaga ali storitev, ki jo davčni zavezanec, ki deluje kot tak, opravi na ozemlju države za plačilo; [...]“

8. Kdo se šteje za davčnega zavezanca, je določeno v členu 4 Šeste direktive, kot sledi:

„1. Davčni zavezanec je vsaka oseba, ki kjerkoli neodvisno opravlja katero koli gospodarsko dejavnost iz odstavka 2, ne glede na namen ali rezultat te dejavnosti.

2. Gospodarske dejavnosti iz odstavka 1 obsegajo vse dejavnosti proizvajalcev, trgovcev in oseb, ki opravljajo storitve, vključno z rudarskimi in kmetijskimi dejavnostmi in dejavnostmi samostojnih poklicev. Za gospodarsko dejavnost se šteje tudi izkoriščanje premoženja v stvareh ali pravicah, ki je namenjeno trajnemu doseganju dohodka.

[...]

5. Državni, regionalni in lokalni organi ter druge osebe javnega prava se ne štejejo za davčne zavezance v zvezi z dejavnostmi ali transakcijami, ki jih opravljajo kot organi oblasti, tudi če pobirajo dajatve, pristojbine, prispevke ali plačila v zvezi s temi dejavnostmi ali transakcijami.

Pri opravljanju takšnih dejavnosti ali transakcij pa se štejejo za davčne zavezance v zvezi s temi dejavnostmi ali transakcijami, če bi obravnava, kot da niso davčni zavezanci, povzročila znatno izkrivljanje konkurence.

V vsakem primeru se ti organi štejejo za davčne zavezance v zvezi z dejavnostmi iz priloge D, če obseg teh dejavnosti ni tako majhen, da bi bil zanemarljiv.

[...]"

9. V prilogi D so pod točko 1 kot dejavnost v smislu člena 4(5), tretji pododstavek, Šeste Direktive navedene telekomunikacije.

2. Nacionalno pravo

10. V skladu s prvo točko člena 1(1) zakona o prometnem davku iz leta 1994 (UStG) so predmet prometnega davka dobave in druge storitve, ki jih podjetnik v okviru svoje dejavnosti opravi na ozemlju države za plačilo. Obdavčljivost ni izključena, če je transakcija opravljena na podlagi zakonskega ali upravnega akta ali če se šteje za opravljeno na podlagi zakonske določbe.

11. V skladu s členom 2(1) se za podjetnika šteje tisti, ki samostojno opravlja gospodarsko ali poklicno dejavnost. Gospodarska ali poklicna dejavnost je vsaka trajna dejavnost zaradi doseganja dohodka.

12. V skladu s členom 2(3) UStG opravljajo osebe javnega prava v načelu gospodarsko ali poklicno dejavnost le v okviru svojih gospodarskih družb (člen 2 zakona o davku od dobička pravnih oseb – KStG). V členu 2(1) KStG je določeno, da je gospodarska družba osebe javnega prava vsaka ustanova, ki je gospodarsko samostojna in služi izključno ali pretežno trajni zasebnoekonomski dejavnosti gospodarskega pomena ter je namenjena doseganju dohodka ali ob izostanku udeležbe v splošnem gospodarskem prometu drugim gospodarskim ugodnostim, ne pa kmetijstvu in gozdarstvu.

13. Člen 2(5) KStG se v izvlečku glasi: „Zasebnoekonomska dejavnost v smislu odstavka 1 ni podana, če je dejavnost pretežno namenjena izvajanju javne oblasti (organ javne oblasti) [...]“

14. Prvi in drugi stavek člena 11(1) UStG določata naslednje: „Če podjetnik opravlja promet v smislu prve točke člena 1(1) UStG, je upravičen izstavljati račune. Če opravlja promet drugemu podjetniku za njegovo podjetje ali če opravlja promet pravni osebi, ki ni podjetje, je račune dolžen izstavljati.“[7] Ti računi morajo v skladu s šesto točko člena 11(1) UStG vsebovati davčni znesek, ki odpade na plačilo.

B – *Pravni okvir za dodelitev frekvenc UMTS*

15. Radijske frekvence so omejen vir. Tehnično uporabni frekvenčni spekter je večinoma že dodeljen različnim službam in oblikam uporabe. Zaradi izogibanja motnjam so za vsako obliko uporabe na razpolago določena omejena območja (frekvenčni pasovi). Mednarodna kategorizacija frekvenc temelji na delih v okviru Mednarodne zveze za telekomunikacije (ITU), mednarodne organizacije pod okriljem Združenih narodov.

7 — Tožena stranka se je v sporu o glavni stvari sklicevala na okoliščino, da je bilo besedilo določbe v relevantnem trenutku še drugačno, in sicer: Če podjetnik opravlja dejavnost, podvrženo davku, je upravičen in, če opravlja promet drugemu podjetniku za njegovo podjetje, na zahtevo slednjega dolžan, izstavljati račune, na katerih je davek posebej prikazan.

16. Frekvenčni pasovi, odprti za mobilno telefonijo UMTS/IMT-2000, so bili v osnovi določeni leta 1992 na Svetovni radijski konferenci (WRC 92), organizirani v okviru ITU. V Sklepu 212 Svetovna upravna radijska konferenca iz leta 1997 izhaja iz tega, da se okoli leta 2000 pričakuje uvedba storitev mobilne telefonije IMT-2000.

17. Na europski ravni je Evropska konferenca uprav za pošto in telekomunikacije (CEPT)[8] opravila nadaljnja pripravljalna dela za uvedbo mobilne telefonije tretje generacije. Evropski svet za radiokomunikacije (ERC), ki spada k tej organizaciji, je v Odločbi ERC/DEC(97)/07 z dne 30. junija 1997[9] posebej opredelil frekvečni spekter, ki je na razpolago.

18. Območje frekvenčnega spektra, rezervirano za mobilno telefonijo tretje generacije, se deli na nadaljnje dele, v katerih lahko več ponudnikov drug poleg drugega vzpostavijo mobilna radijska omrežja. Oblika in število za to dodeljenih pravic uporabe frekvenc se v posameznih državah članicah razlikuje.[10]

Medtem ko sta na primer Avstrija in Nemčija spekter razdelili na šest ponudnikov, so bili ti v Belgiji in Franciji le trije. Pri določitvi širine pasov, ki se dodeli za vzpostavitev omrežja, obstaja torej v okviru minimalnih tehničnih zahtev določen manevrski prostor.

19. Tudi kategorizacija frekvenc za storitve mobilne telefonije druge generacije temelji na smernicah organizacije CEPT.

1. Pravo Skupnosti

20. Pravni okvir Skupnosti za izdajo splošnih in posamičnih dovoljenj za opravljanje telekomunikacijskih storitev je v zadevnem obdobju predstavljala Direktiva 97/13/ES[11].

8 — CEPT je mednarodna organizacija, katere člani so trenutno regulativni organi za pošto in telekomunikacije iz 46 europskih držav. (Podrobnejši podatki so na voljo na spletni strani organizacije: www.cept.org).

9 — V njej se navajajo naslednji frekvenčni pasovi: 1900–1980 MHz, 2010–2025 MHz in 2110–2170 MHz za zemeljske aplikacije UMTS ter 1980–2010 MHz in 2170–2200 MHz za satelitsko podprte aplikacije UMTS.

10 — Glej podatke na spletni strani European Radiocommunications Office (ERO): www.ero.dk/ecc.

11 — Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 97/13/ES z dne 10. aprila 1997 o skupnem okviru za splošne avtorizacije in posamična dovoljenja na področju telekomunikacijskih storitev (UL L 117, str. 15), ki je veljala do 24. julija 2003 in je bila razveljavljena z Direktivo Evropskega parlamenta in sveta 2002/21/ES z dne 7. marca 2002 o skupnem regulativnem okviru za elektronska komunikacijska omrežja in storitve (okvirna direktiva) (UL L 108, str. 33).

21. V skladu s členom 3(3) Direktive 97/13 „lahko [države članice] posamično dovoljenje v skladu z Oddelkom III izdajo le, če imetnik dovoljenja pridobi dostop do omejenih stvarnih in drugih virov ali je podvržen posebnim obveznostim ali uživa posebne pravice".

22. Oddelek III Direktive (členi od 7 do 11) podrobneje ureja posamično dovoljenje. V členu 10 je določeno, da lahko države članice omejijo število posamičnih dovoljenj, če je to potrebno za učinkovito uporabo radijskih frekvenc. Pri tem morajo na primeren način posebej upoštevati, da mora biti v največji meri dosežena korist uporabnikov in da se pospešuje razvoj konkurence. Države članice izdajo takšna posamična dovoljenja na podlagi meril izbora, ki morajo biti objektivna, nediskriminatorna, podrobna, transparentna in sorazmerna.

23. V skladu s členom 11(1) Direktive 97/13 se lahko zaradi pokritja stroškov pri izdaji dovoljenja predpišejo takse. Drugi odstavek poleg tega dovoljuje določitev nadaljnjih stroškov:

„Ne glede na prvi odstavek lahko države članice svojim nacionalnim regulativnim organom, v primeru, da je treba poseči po omejenih virih, dovolijo, da določijo stroške, ki odražajo potrebo po zagotovitvi optimalne uporabe teh virov. Ti stroški morajo biti nediskriminatorni in posebej upoštevati potrebo, da se spodbuja razvoj inovativnih storitev in konkurence."

24. Direktiva 97/13 je bila razveljavljena z Direktivo Evropskega parlamenta in Sveta 2002/21/ES z dne 7. marca 2002 o skupnem regulativnem okviru za elektronska komunikacijska omrežja in storitve (okvirna direktiva)[12]. V nasprotju z Direktivo 97/13 je v členu 9(3) Direktive 2002/21 zdaj določeno, da lahko države članice podjetjem dovolijo prenos pravic uporabe frekvenc na druga podjetja.

25. Člen 9(4) Direktive 2002/21 za ta primer predvideva naslednje:

„Države članice poskrbijo za uradno obvestitev nacionalnega regulativnega organa, odgovornega za dodelitev spektra, o tem, da namerava podjetje prenesti pravice do uporabe radijskih frekvenc ter da vsak prenos poteka v skladu s postopki, ki jih določi nacionalni regulativni organ, in da je ta prenos objavljen. Nacionalni regulativni organi zagotovijo, da se konkurenca zaradi take transakcije ne izkrivlja. Če je uporaba

12 — Navedena v opombi 11.

radijskih frekvenc usklajena zaradi uporabe Odločbe št. 676/2002/ES (Odločba o radijskem spektru) ali drugih ukrepov Skupnosti, tak prenos ne sme povzročiti spremembe uporabe te radijske frekvence."

2. Nacionalna zakonodaja

26. Dalje je v zadevi pomembna Odločba št. 128/1999/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 14. decembra 1998 o usklajenem uvajanju mobilnega in brezžičnega komunikacijskega sistema tretje generacije (UMTS) v Skupnost[13] (Odločba o UMTS). S to odločbo sta Parlament in Svet v določeni meri dala začetni signal za vseevropsko uvajanje mobilne telefonije UMTS.

28. V skladu s členom 14 Telekommunikationsgesetz, v različici z dne 1. junija 2000 (zakona o telekomunikacijah, v nadaljevanju: TKG), je bila za opravljanje storitev mobilne govorne telefonije in drugih javnih storitev mobilne telefonije prek avtonomno upravljanih mobilnih komunikacijskih omrežij potrebna koncesija. Koncesija se dodeli, če so bile pri koncesijah za opravljanje javnih storitev mobilne telefonije predlagatelju dodeljene frekvence ali pa se lahko te dodelijo sočasno s koncesijo (člen 15(2), tretja točka, TKG). Koncesije se lahko v skladu s členom 16(1) TKG prenesejo s soglasjem regulativnega organa. Za pokritje upravnih stroškov, ki nastanejo pri dodelitvi koncesije, se plača taksa (člen 17 TKG).

27. Uvodne navedbe k Odločbi o UMTS se navezujejo na mednarodni razvoj in smernice za mobilno telefonijo tretje generacije. Člen 3(1) Odločbe o UMTS države članice zavezuje, da do 1. januarja 2000 vzpostavijo postopke avtorizacije za uvajanje storitev UMTS. Skladno s členom 3(3) morajo pri tem „v skladu s pravom Skupnosti poskrbeti za to, da se pri zagotavljanju UMTS [...] uporabijo frekvenčni pasovi, ki so bili [...] usklajeni v okviru CEPT".

29. V skladu s členom 21(1) TKG morajo imetniki koncesije za mobilno telefonijo zaradi zagotovitve učinkovite uporabe frekvenčnega spektra poleg takse za uporabo frekvence plačati enkratno ali letno plačilo za uporabo frekvence. Člen 49(4) TKG določa, da „frekvence, ki so predvidene za opravljanje javnih storitev mobilne komunikacije in za druge javne telekomunikacijske storitve, [...] dodeli regulativni organ".

13 — UL L 17, str. 1.

30. Postopek dodelitve je podrobno urejen v členu 49a TKG, katerega prvi odstavek se glasi: „Regulativni organ mora dodeliti frekvenco, s katero razpolaga, tistemu predlagatelju, ki izpolnjuje splošne pogoje, v skladu s prvo in z drugo točko člena 15(2), in zagotavlja najučinkovitejšo uporabo frekvenc. Ta se določi prek višine ponujenega plačila za uporabo frekvence."

31. Nadaljnje podrobnosti je urejal poslovnik organa Telekom-Control-Kommission, sprejet na podlagi člena 49a(7) TKG, kot tudi razpisna dokumentacija z dne 10. julija 2000, v postopku, ki se je nanašal na dodelitve frekvenc za sisteme mobilne telefonije tretje generacije (UMTS/IMT-2000). Tu so med drugim predvidene minimalne ponudbe v znesku 700.000.000,00 ATS (50.870.983,92 eura) za frekvenčni paket parnega spektra in 350.000.000 ATS (25.435.491,96 eura) za frekvenčni paket neparnega spektra.

32. Pred 1. junijem 2000 so se za dodelitev koncesij uporabljale določbe TKG v različici iz leta 1997.

33. V letu 2003 je bil TKG spremenjen. Člen 56(1) TKG iz leta 2003 sedaj posebej ureja prenos pravic uporabe frekvenc, dodeljenih s strani regulativnega organa. Prenos je mogoč le pod določenimi pogoji in zanj je potrebno soglasje regulativnega organa.

34. V členih od 110 do 112 TKG so urejene sestava in naloge Telekom-Control-Kommission. Ta je organ v okviru družbe Telekom-Control GmbH, katere edini družbenik je država in ki opravlja naloge regulativnega organa, kolikor te niso prenesene na Telekom-Control-Kommission (člena 108 in 109 TKG). Med regulativne naloge Telekom-Control-Kommission spada predvsem dodeljevanje frekvenc v skladu s členom 49(4), v povezavi s členom 49a TKG (člen 111, deveta točka, TKG).

III – Dejansko stanje in vprašanja za predhodno odločanje

35. Z odločbo Telekom-Control-Kommission z dne 20. novembra 2000 so bile dodeljene frekvence in koncesije za sisteme mobilne telefonije tretje generacije (UMTS/IMT-2000). Pred dodelitvijo so bili frekvenčni paketi javno ponujeni in nato oddani na javni dražbi v okviru večstopenjskega simultanega avkcijskega postopka. Na javni dražbi 2. in 3. novembra 2000 je bilo oddanih

skupaj 12 frekvenčnih blokov, vsak parno po 5 MHz, na nadaljnji simultani javni dražbi pa je bilo oddanih še pet posameznih frekvenčnih blokov po 5 MHz. Na podlagi izidov javne dražbe so bili frekvenčni paketi z odločbo dodeljeni tožečim strankam. Plačila za uporabo frekvenc so bila določena, kot sledi:

T-Mobile Austria GmbH:	170.417.796,10 eura
Mobilkom Austria AG & Co KG:	171.507.888,60 eura
TRA-3G Mobilfunk GmbH:	113.151.602,70 eura
ONE GmbH:	120.055.522,00 eurov
Hutchison 3G Austria GmbH:	139.023.131,70 eura
3G Mobile Telecommunications GmbH:	117.439.300,00 eurov

36. Izdražitelji so morali navedene zneske plačati v dveh obrokih, prvega v 7 dneh po prejemu odločbe Telekom-Control-Kommission, drugega pa v šestih tednih. Koncesija in dodelitev frekvence velja do 31. decembra 2020.

37. Z odločbo Telekom-Control-Kommission z dne 3. maja 1999 so bile družbi tele.ring Telekom Service GmbH & Co KG dodeljene pravice uporabe frekvenc za GSM (kanali DCS-1800) v zameno za plačilo za uporabo frekvence v znesku 98.108.326,00 eurov. Dalje je Telekom-Control-Kommission z odločbo z dne 7. februarja 2000 družbi master-talk Austria Telekom Service GmbH und Co KG dodelila frekvence za snopovni radijski sistem TETRA, pri čemer je bilo določeno plačilo za uporabo za frekvence v znesku 4.832.743,47 eura. Tudi te odločbe so temeljile na javni dražbi.

38. V sporu o glavni stvari tožeče stranke zahtevajo izstavitev računov za plačilo za uporabo frekvenc, na katerih je izkazan davek na dodano vrednost, ki je po njihovem stališču vsebovan v plačilu za uporabo frekvence. V okviru tega postopka je Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien s sklepom z dne 7. junija 2004 v skladu s členom 234 ES predložilo naslednja vprašanja za predhodno odločanje:

1. Ali je treba povezani določbi člena 4(5), tretji pododstavek, in Priloge D, točka 1,

k Šesti direktivi [...] razlagati tako, da je dodelitev pravic uporabe frekvenc za sisteme mobilne telefonije po standardih UMTS/IMT-2000, GSM-DCS-1800 in TETRA [...] s strani države članice v zameno za plačilo za uporabo frekvenc transakcija v sektorju telekomunikacij?

2. Ali je treba člen 4(5), tretji pododstavek, Šeste direktive razlagati tako, da je treba državo članico, katere nacionalno pravo kot predpostavke za pridobitev lastnosti davčne zavezanke ne določa v členu 4(5), tretji pododstavek, Šeste direktive omenjenega merila „ne tako majhnega obsega neke dejavnosti, da bi bil zanemarljiv" (pravilo *de minimis*), v vsakem primeru obravnavati kot davčno zavezanko za vse dejavnosti s področja telekomunikacij, ne glede na to, ali je obseg teh dejavnosti tako majhen, da bi bil zanemarljiv?

3. Ali je treba člen 4(5), tretji pododstavek, Šeste direktive razlagati tako, da je dodelitev pravic uporabe frekvenc za sisteme mobilne telefonije s strani države članice za dajatev [v skupni višini] 831.595.241,10 eura (UMTS/IMT 2000) oziroma 98.108.326 eurov (kanali DCS-1800) oziroma 4.832.743,47 eura (TETRA) treba šteti kot dejavnost nezanemarljivega obsega in je zato država članica zaradi te dejavnosti davčna zavezanka?

4. Ali je treba člen 4(5), drugi pododstavek, Šeste direktive razlagati tako, da bi prišlo do precejšnjega izkrivljanja konkurence, če neka država članica ne bi bila zavezana prijaviti prometnega davka na podlagi plačil v skupni višini 831.595.241,10 eura (UMTS/IMT 2000) oziroma 98.108.326 eurov (kanali DCS-1800) oziroma 4.832.743,47 eura (TETRA), ki bi jih prejela v zameno za dodelitev pravic uporabe frekvenc za sisteme mobilne telefonije, medtem ko morajo zasebni ponudniki takih frekvenc na podlagi te transakcije [ta] davek prijaviti?

5. Ali je treba člen 4(5), prvi pododstavek, Šeste direktive razlagati tako, da če država članica transakcijo, s katero pravice uporabe frekvenc za sisteme mobilne telefonije dodeli operaterjem

mobilne telefonije tako, da najprej ugotovi najvišjo ponudbo za uporabo frekvenc in nato te frekvence podeli najboljšemu ponudniku, ne opravi kot organ oblasti, potem država članica s tako transkacijo šteje za davčno zavezanko ne glede na pravno naravo predpisa, ki opredeljuje dodelitev po nacionalnem pravu države članice?

39. V postopku pred Sodiščem so podali stališča podjetja, navedena v točkah 35 in 37, Finanzprokuratur za Republiko Avstrijo kot toženo stranko, danska, nemška, italijanska, nizozemska, avstrijska in poljska vlada, vlada Združenega kraljestva ter Komisija Evropskih skupnosti.

IV – Pravna presoja

6. Ali je treba člen 4(2) Šeste direktive razlagati tako, da je treba v tretjem vprašanju opisano dodelitev pravic uporabe frekvenc za sisteme mobilne telefonije s strani države članice opredeliti kot gospodarsko dejavnost in je zato država članica zaradi te dejavnosti davčna zavezanka?

40. V skladu s členom 4(1) Šeste direktive se za davčno zavezanko šteje vsaka oseba, ki kjer koli neodvisno opravlja katero koli gospodarsko dejavnost iz odstavka 2, ne glede na namen ali rezultat te dejavnosti. Člen 4(2) Šeste Direktive podrobneje določa pojem gospodarske dejavnosti. Te določbe ne urejajo le, kdo je lahko davčni zavezanec, marveč tudi, pod katerimi pogoji je dejavnost določene osebe podvržena davku na dodano vrednost.

7. Ali je treba Šesto direktivo razlagati tako, da so dajatve za dodelitev pravic uporabe frekvenc za sisteme mobilne telefonije bruto plačila (ki že vključujejo davek na dodano vrednost) ali neto plačila (ki jim je mogoče davek na dodano vrednost še prišteti)?

41. Člen 4(5) Šeste direktive vsebuje različne določbe o tem, kdaj se država šteje za davčno zavezanko.[14] Uporaba teh določb pa predpostavlja, da sploh obstaja gospodarska

14 — Glej opredelitev generalnega pravobranilca Mischa, ki nazorno navaja, da je člen 4(5) sestavljen v stopnjah ter razčlenjen na izjeme in protiizjeme (sklepni predlogi z dne 15. marca 1989 v zadevi Comune di Carpaneto Piacentino in drugi, 231/87 in 129/88, Recueil, str. 3233, točka 8).

dejavnost v smislu člena 4(2). Zato je najprej treba obravnavati šesto predloženo vprašanje, ki se nanaša na razlago te določbe.

A – *Šesto vprašanje za predhodno odločanje: obstoj gospodarske dejavnosti*

42. S šestim vprašanjem želi predložitveno sodišče izvedeti, ali predstavlja dodelitev pravic uporabe frekvenc za sisteme mobilne telefonije s strani države članice gospodarsko dejavnost v smislu člena 4(2) Šeste direkitve.

43. Člen 4(2) Šeste direktive zelo obsežno našteva, kaj se šteje za gospodarsko dejavnost v smislu prvega odstavka. V ta domet poleg vseh dejavnosti proizvajalcev, trgovcev in oseb, ki opravljajo storitve, spada predvsem dejavnost, ki obsega izkoriščanje premoženja v pravicah, ki je namenjeno trajnemu doseganju dohodka.

44. Iz te opredelitve je Sodišče zaključilo, „da se pojem gospodarske dejavnosti razteza na široko področje in da gre pri tem za objektivno določen pojem, ker se dejavnost obravnava sama po sebi, ne glede na njen namen in rezultate“[15].

45. Subjektivni nameni, ki jih prizadeti zasleduje z dejavnostjo, torej niso pomembni. Davčni organ bi moral sicer z raziskovanjem ugotavljati te namene, kar ne bi bilo združljivo z nameni skupnega sistema davka na dodano vrednost. Ta sistem je namreč namenjen zagotavljanju pravne varnosti in lajšanju ukrepov, povezanih z uporabo davka na dodano vrednost, tako da se, razen pri izjemah, upošteva objektivna narava zadevnega prometa.[16]

46. Najprej bom obravnavala ugovor, da je gospodarska dejavnost izključena že zato, ker je bila javna dražba pravic uporabe frekvenc namenjena regulaciji trga. Nato je treba ugotoviti, ali je treba postopek opredeliti

15 — Sodbe z dne 12. septembra 2000 v zadevi Komisija proti Grčiji (C-260/98, Recueil, str. I-6537, točka 26); v zadevi Komisija proti Združenemu kraljestvu (C-359/97, Recueil, str. I-6355, točka 41) in z dne 21. februarja 2006 v zadevi University of Huddersfield (C-223/03, ZOdl., str. I-1751, točka 47), glej tudi sodbo z dne 26. marca 1987 v zadevi Komisija proti Nizozemski (235/85, Recueil, str. 1471, točka 8) ter v istem smislu med drugim sodbi z dne 14. februarja 1985 v zadevi Rompelman (268/83, Recueil, str. 655, točka 19) in z dne 27. novembra 2003 v zadevi Zita Modes (C-497/01, Recueil, str. I-14393, točka 38).

16 — Sodbi z dne 6. aprila 1995 v zadevi BLP Group (C-4/94, Recueil, str. I-983, točka 24) in z dne 12. januarja 2006 v zadevah Optigen in drugi (C-354/03, C-355/03 in C-484/03, ZOdl., str. I-483, točka 45).

kot izkoriščanje premoženja v pravicah, ki je namenjeno trajnemu doseganju dohodka, v smislu člena 4(2) Šeste direktive.

1. Ali namen regulacije trga izključuje gospodarsko dejavnost?

47. Ozadje za javno dražbo pravic uporabe frekvenc predstavlja okoliščina, da so radijske frekvence omejen vir. Območje elektromagnetnega spektra, ki je na razpolago za storitve mobilne telefonije, je določeno z mednarodnimi sporazumi. Znotraj tega območja lahko hkrati deluje le omejeno število mobilnih radijskih omrežij. Zaradi zagotovitve urejene uporabe frekvenc brez motenj regulacijski poseg države ni izogibljiv.

48. Odločba o UMTS države članice zavezuje k izvedbi potrebnih upravnih postopkov za uvedbo storitev UMTS.

49. Direktiva 97/13 in ustrezna nacionalna zakonodaja za njen prenos predstavljata konkreten pravni okvir, na katerega so države članice vezane pri dodeljevanju frekvenčnih pasov. V skladu s členom 10 Direktive 97/13 morajo pri izdaji posamičnih dovoljenj določiti merila izbora, ki so objektivna, nediskriminatorna, podrobna, transparentna in sorazmerna. V skladu s členom 11(2) Direktive 97/13 lahko v zvezi s tem določijo stroške, ki izražajo potrebo po zagotovitvi optimalne uporabe teh virov.

50. Avstrija je odločila, da bo dala pravice uporabe frekvenc na javno dražbo. Z avkcijskim postopkom naj bi bile frekvence v skladu s členom 49a TKG dodeljene tistim ponudnikom, ki zagotovijo najbolj učinkovito uporabo frekvenc. Po navedbi avstrijske vlade pri tem ni šlo za pridobivanje visokih prihodkov države.

51. V postopku udeležene države članice in Komisija iz tega zaključujejo, da dodelitev pravic uporabe frekvenc s strani Telekom-Control-Kommission ni pomenila gospodarske dejavnosti v smislu člena 4(1) in (2) Šeste direktive, temveč ukrep regulacije trga.

52. Temu ni mogoče slediti.

53. Ali neka dejavnost predstavlja gospodarsko dejavnost v smislu zakonodaje o davku na dodano vrednost, je odvisno od njene objektivne narave, ki se določi glede na konkretne zunanje okoliščine. Namen, ki ga zasleduje dejavnost, regulirati dostop do trga mobilne telefonije v skladu z določbami prava Skupnosti in določiti najprimernejše ponudnike, pri tem nima pomena. V skladu z navedeno sodno prakso namreč tovrstni nameni za kvalifikacijo dejavnosti niso upoštevni.[17]

54. Predmet javne dražbe je bila pravica uporabe določenih radijskih frekvenc za upravljanje mobilnega radijskega omrežja v obdobju 20 let. To pravico oz. upravičenje do njene dodelitve so na javni dražbi pridobila tista podjetja, ki so podala najvišje ponudbe.

55. Pravna opredelitev načina, kako država dodeli pravice uporabe frekvenc – kot upravnopravno dovoljenje ali kot civilnopravni posel –, je za določitev objektivne narave dejavnosti prav tako majhnega pomena kot oznaka ustrezne protidajatve podjetij. Pravice so bile namreč v vsakem primeru dodeljene le v zameno za plačilo na javni dražbi ugotovljenega denarnega zneska, tako da je denarna dajatev v neposredni zvezi z dodelitvijo pravic. Plačilo za uporabo frekvence pa sicer ne predstavlja takse, s katero bi se le pokrili upravni stroški dodelitve frekvence.

56. Prav tako ni odločilno vprašanje, ali je bilo doseganje prihodkov motiv za izvedbo postopka dodelitve pravic uporabe frekvenc. Objektivno gledano je namreč Telekom-Control-Kommission pravice dodelil v zameno za denarno dajatev, ki naj bi izražala gospodarsko vrednost pravic in je močno presegala stroške postopka dodelitve. Ker so bile v avkcijskih pravilih predvidene minimalne ponudbe do 50 milijonov eurov, je bilo doseganje prihodka v precejšnjem obsegu predvideno že od začetka. Za uvrstitev javne dražbe pod okvir davka na dodano vrednost ne more imeti pomena, ali je bilo doseganje tega prihodka motiv za postopanje države ali pa le stranski učinek, ki je samodejno sovpadal s to obliko postopka dodelitve.

57. Opredelitvi, da je šlo za gospodarsko dejavnost, tudi ne nasprotuje dejstvo, da se je dodelitev pravic uporabe frekvenc končno ujemala z regulativnim okvirom, zaznamovanim s pravom Skupnosti. Izpolnitev teh pravnih določb namreč predstavlja le (obvezno predpisan) namen, ki pri ocenjevanju,

17 — Glej sodbe, navedene v opombi 16.

ali je šlo za gospodarsko dejavnost, ne sme biti upošteven.[18]

58. Da je regulativna dejavnost kot gospodarska dejavnost lahko podvržena davku na dodano vrednost, je razvidno iz priloge D, točka 7, k Šesti direktivi. Med dejavnostmi, ki se v skladu s členom 4(5), tretji pododstavek, Šeste Direktive vedno štejejo za državne dejavnosti, podvržene davku na dodano vrednost, so navedene transakcije kmetijskih intervencijskih agencij v zvezi s kmetijskimi proizvodi, ki se opravljajo v skladu s predpisi o skupni ureditvi trga s temi proizvodi. Če intervencijska agencija prodaja proizvode iz svojih zalog, je treba plačati davek na dodano vrednost, tudi če te transakcije služijo v prvi vrsti regulaciji trga in ne doseganju prihodka.

59. Z osredotočenjem na objektivne zunanje značilnosti transakcije se pojem gospodarske dejavnosti razteza na široko področje, kar je v skladu s stališčem Sodišča[19]. Če bi se že na tej stopnji ugotavljanja upoštevalo, da javni organ postopa v okviru izpolnjevanja svojih zakonskih regulativnih nalog, bi bilo področje uporabe Direktive že od začetka omejeno. Predvsem bi ostalo le malo prostora za uporabo člena 4(5) Šeste direktive, čeprav ta določba vsebuje posebno ureditev za organe oblasti.

60. Sodišče je sicer predvsem v tako imenovani sodbi Eurocontrol[20], na katero se sklicujejo nekatere stranke, ugotovilo, da gospodarska dejavnost v smislu pravil konkurence Pogodbe ES ni podana, če se izvajajo javna pooblastila.

61. Vendar pa konkurenčno pravo in Šesta direktiva o DDV temeljita na različnih pojmih gospodarske dejavnosti. V konkurenčnem pravu se izvajanje javne oblasti šteje za merilo, ki izključuje konkurenčno relevantnost gospodarske dejavnosti. Izostane pa posebna ureditev za dejavnosti države pri izvajanju javne oblasti.

62. Pojem gospodarske dejavnosti iz člena 4 (1) in (2) Šeste direktive je širši od ustreznega konkurenčnopravnega pojma. Izvajanje javne oblasti tu v osnovi ne igra nobene vloge. Nasprotno se ta okoliščina upošteva šele na nadaljnji stopnji obravnavanja, in sicer v okviru posebne ureditve člena 4(5). Ta določba bi bila v veliki meri odvečna, če se po analogiji s konkurenčnim pravom Šesta direktiva o DDV za dejanja javne oblasti sploh ne bi uporabljala.

18 — Glej v opombi 15 navedene sodbe Komisija proti Nizozemski, točka 10; Komisija proti Grčiji, točka 28, in Komisija proti Združenemu kraljestvu, točka 43.

19 — Glej v opombi 15 navedeno sodno prakso.

20 — Sodba z dne 19. januarja 1994 v zadevi SAT Fluggesellschaft (C-364/92, Recueil, str. I-43, točka 30); dalje glej sodbi z dne 18. marca 1997 v zadevi Diego Calì & Figli (C-343/95, Recueil, str. I-1547, točki 22 in 23) ter z dne 19. februarja 2002 v zadevi Wouters in drugi (C-309/99, Recueil, str. I-1577, točka 57).

2. Izkoriščanje premoženja, ki je namenjeno trajnemu doseganju dohodka

63. Za gospodarsko dejavnost se v skladu s členom 4(2) Šeste direktive šteje predvsem dejavnost, ki obsega izkoriščanje premoženja v stvareh ali pravicah, ki je namenjeno trajnemu doseganju dohodka. Pravice uporabe frekvenc predstavljajo premoženje v pravicah.

64. Pojem izkoriščanja se v skladu z ustaljeno sodno prakso, skladno z zahtevami načela nevtralnosti skupnega sistema davka na dodano vrednost, nanaša na vse transakcije, ne glede na njihovo pravno obliko.[21] Tako je Sodišče na primer kot izkoriščanje obravnavalo oddajanje v najem premoženja, ki se šteje za gospodarsko dejavnost v smislu člena 4(2) Šeste direktive.[22] Telekom-Control-Kommission je na tožeče stranke v zameno za plačilo določene dajatve prenesel časovno omejeno pravico uporabe frekvenc. To transakcijo, ki je podobna oddaji v najem ali zakup, je treba obravnavati kot izkoriščanje premoženja v pravicah, ki je namenjeno trajnemu doseganju dohodka.

65. Finanzprokuratur, danska, nizozemska in avstrijska vlada pa trdijo, da ni obstajal *trajen* namen doseganja dohodka, ker je bila dodelitev frekvenc enkratna transakcija.

66. Medtem ko v nemški različici uporabljeni izraz „nachhaltig" ni povsem jasen, se pri primerjavi z drugimi jezikovnimi različicami pokaže, da mora biti doseganje dohodka dolgoročno.[23] Le občasno komercialno izkoriščanje premoženja torej ne predstavlja gospodarske dejavnosti v smislu člena 4(1) in (2) Šeste direktive, kot je Sodišče ugotovilo v sodbi Enkler.[24]

67. Dodelitev pravic uporabe frekvenc, ki je predmet presoje v obravnavanem primeru, pa ni občasno izkoriščanje v tem smislu. V pojasnilo naj na kratko prikličem v spomin kontekst sodbe Enkler. V njej je šlo za vprašanje, ali je treba občasno oddajanje v

21 — Sodbe z dne 4. decembra 1990 v zadevi Van Tiem (C-186/89, Recueil, str. I-4363, točka 18); z dne 26. junija 2003 v zadevi KapHag (C-442/01, Recueil, str. I-6851, točka 37); z dne 29. aprila 2004 v zadevi EDM (C-77/01, Recueil, str. I-4295, točka 48) in z dne 21. oktobra 2004 v zadevi BBL (C-8/03, ZOdl., str. I-10157, točka 36).

22 — Sodbi z dne 26. septembra 1996 v zadevi Enkler (C-230/94, Recueil, str. I-4517, točka 22) in z dne 27. januarja 2000 v zadevi Heerma (C-23/98, Recueil, str. I-419, točka 19). Glej tudi sodbo z dne 14. februarja 1985 v zadevi Rompelman (268/83, Recueil, str. 655), v kateri je Sodišče pridobitev delne dedne stavbne pravice štelo za gospodarsko dejavnost.

23 — Glej npr. angleško različico: for the purpose of obtaining income therefrom on a continuing basis; francosko različico: en vue d'en retirer des recettes ayant un caractère de permanence; italijansko različico: per ricavarne introiti aventi un certo carattere di stabilità; špansko različico: con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo.

24 — V opombi 22 navedena sodba Enkler, točka 20.

najem avtodoma, ki ga je njegov lastnik sicer pretežno uporabljal v zasebne namene, še obravnavati kot izkoriščanje premoženja zaradi trajnega doseganja dohodka.

68. Izhodišče za presojo Sodišča je bila narava premoženja. Če se premoženje običajno uporablja izključno gospodarsko, je to v splošnem zadosten pokazatelj za to, da ga njegov lastnik uporablja za gospodarsko dejavnost in posledično za trajno doseganje dohodka. Če bi se premoženje, nasprotno, lahko po svoji naravi uporabljalo v gospodarske in zasebne namene, bi bilo za ugotovitev, ali se dejansko uporablja zaradi trajnega doseganja dohodka, treba presojati vse okoliščine njegovega izkoriščanja.[25]

69. Pri pravici uporabe radijskih frekvenc za ponudbo mobilne telefonije UMTS in GSM pride v poštev samo gospodarsko izkoriščanje. Posledično se tu že v začetku ne postavlja vprašanje razmejitve gospodarskega izkoriščanja premoženja od zasebnega. Torej tudi ne moremo govoriti o le občasni gospodarski dejavnosti, ki bi bila subsidiarna zasebnemu izkoriščanju.

25 — V opombi 22 navedena sodba Enkler, točka 27.

70. Snopovni radijski sistem TETRA naj bi se sicer v splošnem uporabljal tudi za komunikacijo varnostnih in regulativnih organov ipd. Če ti upravljanje omrežja prenesejo na zasebnega ponudnika, bi bilo tudi v tem obsegu podano gospodarsko izkoriščanje ustreznih frekvenc. Vsekakor pri konkretno dodeljenih pravicah uporabe frekvenc za snopovni radijski sistem TETRA ni razvidno, da bi s tem prišlo do le delnega izkoriščanja za pridobitne namene.

71. Tudi dejstvo, da so bile pravice uporabe frekvenc dodeljene le enkrat za daljše obdobje, ne pomeni občasnega izkoriščanja za gospodarske namene. V tej zvezi ni bistveno, kako pogosto davčni zavezanec opravlja primerljive transakcije, pač pa, ali konkretno premoženje prinaša trajne dohodke. O tem v predmetni zadevi ni dvoma. Pravica uporabe frekvenc se prenaša za 20 let in v tem celotnem obdobju državi prinaša dohodke.

72. Okoliščina, da je bilo treba plačilo za uporabo frekvenc opraviti le v dveh obrokih neposredno po dodelitvi pravic in ne kot periodično ponavljajoče se plačilo, glede trajnosti doseganja dohodka ne spremeni ničesar. Teoretično bi lahko bilo plačilo za

uporabo frekvenc zastavljeno tudi drugače. Uporaba Šeste direktive vendar ne more biti odvisna od načinov plačila, ki so prepuščeni izbiri strank.

73. Kljub temu lahko pride do predčasnega vračila, prenosa ali odvzema pravic uporabe frekvenc, tako da ne ostane več pri enkratni dodelitvi pravice uporabe za 20 let.

74. Časovno omejena dodelitev pravice uporabe nazadnje ni primerljiva z odsvojitvijo vrednostnih papirjev, ki je Sodišče, če do nje ni prišlo v okviru komercialne investicijske institucije, ne šteje za gospodarsko dejavnost iz dveh razlogov.[26]

75. Dohodki, ki nastanejo pri imetništvu in odsvojitvi vrednostnih papirjev, torej dividende in dobički iz naslova razlik v ceni, prvič niso posledica aktivnega izkoriščanja vrednostnih papirjev, pač pa so neposredna posledica njihovega lastništva. Nasprotno pa dohodki, doseženi pri dodelitvi frekvenc, niso donosi samo iz pravice razpolaganja s frekvencami, kot so dividende in dobički iz naslova razlik v ceni, pač pa dohodki od izkoriščanja te pravice.

76. Poleg tega nastanejo dohodki iz naslova prodaje vrednostnih papirjev le enkrat. Po izločitvi gospodarske dobrine iz premoženja odsvojitelja je ta ne more več dalje uporabljati za doseganje dohodka. V nasprotju s tem pa se država pravici razpolaganja s frekvencami ne odpove dokončno. Najkasneje po preteku roka veljavnosti dodelitve frekvence namreč ta preide nazaj na državo in se lahko znova dodeli.

77. Na šesto vprašanje je torej treba odgovoriti:

S strani državnega organa opravljeno javno dražbo pravice, da se v določenem časovnem obdobju uporabljajo določeni deli elektromagnetnega spektra za ponudbo storitev mobilne telefonije, je v okoliščinah postopka v glavni stvari treba obravnavati kot izkoriščanje premoženja v pravicah, ki je namenjeno trajnemu doseganju dohodka, in s tem kot gospodarsko dejavnost v smislu člena 4(1) in (2) Šeste direktive.

26 — Sodba z dne 20. junija 1996 v zadevi Wellcome Trust (C-155/94, Recueil, str. I-3013, točka 32 in naslednje) in v opombi 21 navedena sodba EDM, točka 57 in naslednje. Dalje v zvezi z imetništvom in pridobitvijo delnic glej v opombi 21 navedeno sodbo KapHag, točka 38, in sodbo z dne 26. maja 2005 v zadevi Kretztechnik (C-465/03, Recueil, str. I-4357, točka 19 in naslednje).

B – *Prvo, drugo, tretje, četrto in peto vprašanje za predhodno odločanje: pogoji, pod katerimi osebe javnega prava ravnajo kot davčne zavezanke*

1. Uvodna ugotovitev k izgradnji člena 4(5) Šeste direktive

78. Po splošnem pravilu iz člena 4(5), prvi pododstavek, Šeste direktive se državni, regionalni in lokalni organi ter druge osebe javnega prava ne štejejo za davčne zavezance v zvezi z dejavnostmi ali s transakcijami, ki jih opravljajo kot organi oblasti. Določba organe javne oblasti od splošne davčne obveznosti izvzema, tudi če opravljajo gospodarsko dejavnost v smislu člena 4(1) in (2) Šeste direktive. Izvajanje javne oblasti se tako izenačuje z ravnanjem zasebnega potrošnika.

79. V skladu z drugim pododstavkom pa se država kljub prvemu pododstavku vseeno šteje za davčno zavezanko, če bi obravnava, kot da ni davčna zavezanka, povzročila precejšnje izkrivljanje konkurence. Ta določba temelji na ideji, da lahko nekateri državni organi, tudi če opravljajo svoje storitve v okviru javne oblasti, nastopajo kot konkurenti zasebnim ponudnikom. Služi torej zagotavljanju davčne nevtralnosti.[27]

80. Končno se državni organi v skladu s tretjim pododstavkom, v zvezi z dejavnostmi iz priloge D, vedno štejejo za davčne zavezance, če obseg teh dejavnosti ni tako majhen, da bi bil zanemarljiv. Pri dejavnostih iz tega kataloga torej ni pomembno, ali jih država opravlja v okviru izvajanja javne oblasti.

81. Področja, navedena v prilogi D, med njimi tudi telekomunikacije, se v bistvu nanašajo na gospodarske dejavnosti,[28] ki jih država pogosto opravlja oz. jih je opravljala v okviru izvajanja javne oblasti le zaradi njihovega pomena za javni interes, ki pa bi jih lahko ponudila tudi zasebna podjetja.[29] Medtem so se nekatere od navedenih gospodarskih panog že liberalizirale. Zasebna podjetja so tu dejansko v konkurenci z delno

27 — Sodba z dne 17. oktobra 1989 v zadevah Comune di Carpaneto Piacentino in drugi (231/87 in 129/88, Recueil, str. 3233, točka 22).

28 — Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Alberja z dne 29. junija 2000 v zadevi Fazenda Pública (C-446/98, Recueil, str. I-11435, točka 69).

29 — V prilogi D je navedenih skupaj 13 vrst dejavnosti: poleg telekomunikacij npr. še dobava vode, plina, električne energije in pare, pristaniške in lfetališke storitve, prirejanje sejmov in razstav, dejavnosti komercialnih oglaševalcev in potovalnih agencij, vodenje industrijskih prehrambnih obratov ter drugo.

že privatiziranimi, delno pa še državnimi, nekdanjimi monopolnimi ponudniki. Očitno je Šesta direktiva že v času svojega sprejetja leta 1977 predvidela takšen razvoj.

82. Če bi bilo treba dodelitev frekvenc za mobilno telefonijo šteti za dejavnost na področju telekomunikacij, katere obseg ni tako majhen, da bi bil zanemarljiv, bi bila v vsekam primeru podvržena davku na dodano vrednost, kljub izvajanju javne oblasti ali konkretnemu izkrivljanju konkurence.

83. Zaradi sistematike določbe je treba v okviru presoje prvega, drugega in tretjega vprašanja najprej preučiti peto vprašanje, ki se nanaša na razlago člena 4(5), prvi pododstavek, Šeste direktive. Le tedaj, če je do dodelitve pravic uporabe frekvenc prišlo v okviru izvajanja javne oblasti, je namreč treba razjasniti, ali je državni organ kljub temu davčni zavezanec, v skladu s členom 4(5), drugi pododstavek, ker bi sicer grozilo precejšnje izkrivljanje konkurence.

2. Prvo vprašanje za predhodno odločanje: ali pojem telekomunikacij v prilogi D k Šesti direktivi obsega tudi javno dražbo pravic uporabe frekvenc?

84. Stranke si v bistvu niso enotne v tem, ali pojem „telekomunikacij" v prilogi D, točka 1, obsega le ponudbo telekomunikacijskih storitev[30] – to stališče zastopajo tožene stranke, udeležene vlade in Komisija – ali pa tudi druge s tem povezane dejavnosti, torej tudi dodelitev pravic uporabe frekvenc, kot menijo tožeče stranke.

85. Besedilo priloge D ne dopušča razjasnitve tega spornega vprašanja. Dejstvu, da se v nemški različici uporablja zastarel izraz „Fernmeldewesen" in ne izraz „Telekommunikation", ne moremo pripisovati pomena. V drugih jezikovnih različicah se na tem mestu nahajajo izrazi, ki so v tem jeziku od nekdaj v uporabi (glej npr. *telecommunications*

30 — Vlada Združenega kraljestva se v tej zvezi sklicuje na definicijo telekomunikacijskih storitev, vsebovano v členu 2 št. 4 v vmesnem času razveljavljene Direktive Sveta 90/387/EGS z dne 28. junija 1990 o vzpostavitvi notranjega trga za telekomunikacijske storitve z uvedbo zagotavljanja odprtosti omrežij (Open Network Provision – ONP) (UL L 192, str. 1), v skladu s katero so „telekomunikacijske storitve" tiste storitve, ki v celoti ali deloma sestojijo iz prenosa in posredovanja signalov v telekomunikacijsko omrežje prek telekomunikacijskega postopka, z izjemo radiofuzije in televizije.

oz. *télécommunications*). Sicer pa sta izraza „Fernmeldewesen" in „Telekommunikation" v glavnem sinonima.

— Zgodovinska razlaga

86. Pri zgodovinski razlagi bi se lahko zastopalo stališče, da pojem telekomunikacij ne more obsegati dodelitve frekvenc mobilne telefonije zasebnim podjetjem, ker so v času sprejema Direktive leta 1977 državne uprave za pošto vse storitve telekomunikacij opravljale v svoji režiji. Zakonodajalec Skupnosti torej prvotno predvidoma ni želel sprejeti ureditve v zvezi z dodelitvijo radijskih frekvenc zasebnim ponudnikom.

87. T-Mobile Austria sicer predlaga, da bi se v okviru zgodovinske razlage upoštevalo spremembo dejanskih razmerij (evolutivna razlaga) in bi se vprašalo, kaj bi zgodovinski zakonodajalec želel urediti zaradi sedanjega izhodiščnega položaja.[31] Pri tem obravnavanju ne bi bilo vnaprej izključeno, da je zakonodajalec v pojem telekomunikacij želel vključiti tudi dodelitev frekvenc.

88. Zgodovinska metoda razlage pa je le podrejenega pomena in ni odločilna.[32] Določbe Šeste direktive o DDV je namreč treba razlagati tudi sistematično in s posebnim upoštevanjem njenega namena.

— Sistematična razlaga

89. V sistematičnem pogledu bi lahko bila najprej pomembna definicija telekomunikacijskih storitev, vsebovana v členu 9(2), točka e, alinea 10, Šeste direktive[33]. Ta se glasi:

„Šteje se, da so telekomunikacijske storitve, storitve v zvezi s prenosom, oddajanjem ali sprejemanjem signalov, besed, slike in zvoka ali kakršne koli informacije po žičnih, radijskih, optičnih ali drugih elektromagnetnih sistemih, vključno s prenosom ali dode-

31 — T-Mobile Austria se glede te metode razlage sklicuje na K. Larenz, *Juristische Methodenlehre*, 6. izdaja, München 1991, strani 329 in 344.

32 — Glej o tem moje sklepne predloge z dne 13. julija 2006 v zadevi Robins in Burnett (C-278/05, še nerešena zadeva pred Sodiščem, ZOdl., str. I-0000, točki 80 in 81).

33 — Ta določba je bila vstavljena z Direktivo Sveta 1999/59/ES z dne 17. junija 1999 o spremembi Direktive 77/388/EGS glede ureditve davka na dodano vrednost od telekomunikacijskih storitev (UL L 162, str. 63).

ljevanjem povezane pravice do uporabe zmogljivosti za takšen prenos, oddajanje ali sprejemanje [...]"

90. Člen 9 ureja, kateri kraj se šteje za kraj opravljanja storitev. Člen 2, točka e, pri tem med drugim tudi za v njem opisane telekomunikacijske storitve določa, da se pri čezmejnih storitvah za kraj, v katerem so storitve opravljene, šteje kraj, v katerem ima naročnik sedež svoje dejavnosti.

91. Kolikor nekatere vlade in Komisija sploh štejejo sklepanje iz te opredelitve za primerno, menijo, da zajema le telekomunikacijske storitve v ožjem pomenu. V določbi navedene pravice do uporabe „zmogljivosti za takšen prenos, oddajanje ali sprejemanje" se po njihovem mnenju nanašajo na infrastrukturo, ne pa na pravice uporabe frekvenc.

92. Nekatere tožeče stranke iz tega odlomka, ki se v angleški različici glasi „including the related transfer or assignment of the right to use capacity for such transmission, emission or reception", izvajajo nasprotno. Izraz *capacity* naj bi bil uporabljen prav v smislu *frequency spectrum capacity*.

93. Zdi se sicer, da angleška različica dopušča tako razlago, vendar pa druge jezikovne različice podpirajo razlago udeleženih vlad in Komisije.[34] Pri mogočih odstopanjih med jezikovnimi različicami sta smisel in namen določbe posebej pomembna,[35] v njej pa se v tem primeru govori proti vključitvi dodelitve frekvenc.

94. Kot namreč nizozemska vlada pravilno poudarja, naj bi določba zagotovila, da so telekomunikacijske storitve iz tretjih držav, opravljene za prejemnike iz Skupnosti, obdavčene v Skupnosti.[36] Ta preudarek se nanaša le na telekomunikacijske storitve v ožjem smislu. Pravice uporabe frekvenc namreč v vsakem primeru dodeljuje nacionalni organ. Večinoma bi morali imeti pri tem pridobitelji, torej prejemniki storitve, v državi dodelitve podružnico, saj je komaj verjetno, da bi bilo mobilno radijsko omrežje

34 — Poleg navedene nemške različice glej predvsem italijansko (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), nizozemsko (met inbegrip van de daarmee samenhangende overdracht en verlening van rechten op het gebruik van *infrastructuur* voor de transmissie, uitzending of ontvangst) in francosko (y compris la cession et la concession y afférentes d'un droit d'utilisation de *moyens* pour une telle transmission, émission ou réception – poudarila generalna pravobranilka).

35 — Glej sodbe z dne 27. marca 1990 v zadevi Cricket St. Thomas (C-372/88, Recueil, str. I-1345, točka 19), z dne 5. junija 1997 v zadevi SDC (C-2/95, Recueil, str. I-3017, točka 22) in z dne 14. septembra 2000 v zadevi D. (C-384/98, Recueil, str. I-6795, točka 16).

36 — Glej četrto uvodno izjavo v opombi 33 navedene Direktive 1999/59, ki se glasi:
„Treba je predvsem zagotoviti, da so telekomunikacijske storitve, ki jih uporabijo naročniki s sedežem v Skupnosti, obdavčene v Skupnosti."

UMTS vzpostavljeno in upravljano brez obratovalnice ali hčerinske družbe v zadevni državi.

95. Nekatere vlade in Komisija se dalje sklicujejo na opredelitev telekomunikacijskih storitev v zadevnih direktivah skupnega trga. Vsekakor je povsem v skladu s prakso Sodišča, da se pri razlagi Šeste direktive o DDV upoštevajo tudi definicije v pravnih aktih, ki urejajo zadevno področje in ne zasledujejo namenov predpisov v zvezi z davkom na dodano vrednost.[37]

96. Člen 2, točka 4, Direktive Sveta 90/387/EGS z dne 28. junija 1990 o vzpostavitvi notranjega trga za telekomunikacijske storitve z uvedbo zagotavljanja odprtosti omrežij[38] opredeli telekomunikacijske storitve kot „storitve, ki v celoti ali deloma sestojijo iz prenosa in posredovanja signalov na telekomunikacijsko omrežje prek telekomunikacijskega postopka, z izjemo radiofuzije in televizije". Po tej definiciji dodelitev pravice uporabe frekvenc ne predstavlja telekomunikacijske storitve.

97. Vendar pa obstajajo dvomi, ali se lahko navedene opredelitve neomejeno prenesejo na prilogo D, ker se nanašajo na telekomunikacijske *storitve* (*telecommunication services*), medtem ko priloga D navaja telekomunikacije (*telecommunications*). Ta izraz bi se lahko razumel kot širši opis tega področja dejavnosti, ki obsega tudi druge dejavnosti, ne le telekomunikacijske storitve v ožjem pomenu.

— Teleološka razlaga

98. Odločilna pa sta smisel in namen določbe člena 4(5), tretji pododstavek, v zvezi s prilogo D k Šesti direktivi. Kot se je izrazil generalni pravobranilec Alber, gre pri katalogu dejavnosti v prilogi D za dejavnosti, pri katerih je gospodarska zveza primarna in očitna.[39]

99. Ker te storitve *tipično* ponujajo ali bi jih lahko ponujala zasebna podjetja, obstaja splošna domneva precejšnjega vpliva na

37 — Glej nazadnje sodbo z dne 4. maja 2006 v zadevi Abbey National in drugi (C-169/04, ZOdl., str. I-4027, točka 61 in naslednje) ter moje sklepne predloge k tej sodbi, predstavljene 8. septembra 2005, točka 73 in naslednje.

38 — UL L 192, str. 1. Direktiva 1990/387 je bila v vmesnem času razveljavljena z Direktivo 2002/21, navedeno v opombi 11. Nova Okvirna direktiva v definiciji elektronskih komunikacijskih storitev, vsebovani v členu 2, točka c, vključuje telekomunikacije in torej prav tako kot njena predhodnica upošteva prenos signalov po elektronskih komunikacijskih omrežjih.

39 — V opombi 28 navedeni sklepni predlogi Fazenda Pública, točka 69.

konkurenco. Namen določbe je v tej okoliščini državo izenačiti z zasebno davčno zavezanko. Druge storitve države so v skladu z drugim pododstavkom podvržene davku na dodano vrednost samo v posameznih primerih, če grozi precejšnje izkrivljanje konkurence.

101. Na prvo vprašanje za predhodno odločanje je torej treba odgovoriti, da pojem „telekomunikacije" v prilogi D, točka 1, k Šesti direktivi ob sedanjem stanju razvoja ne obsega dodelitve pravic uporabe frekvenc za ponudbo storitev mobilne telefonije s strani države.

3. Drugo in tretje vprašanje za predhodno odločanje: dejavnost, katere obseg ni tako majhen, da bi bil zanemarljiv v smislu člena 4(5), tretji pododstavek, Šeste direktive

100. Izenačitev položaja države z zasebnimi davčnimi zavezanci je podana le v zvezi s telekomunikacijskimi storitvami v ožjem pomenu, ker te storitve zdaj lahko prav tako ponudijo tudi zasebna podjetja. Prva dodelitev pravic uporabe frekvenc pa je, nasprotno, ob sedanjem stanju razvoja[40] naloga, ki je pridržana za državo[41]. Tudi če bi dodelitev frekvenc pod določenimi pogoji morda lahko konkurirala nadaljnjemu prenosu tovrstnih pravic s strani zasebnikov[42], pri tej dejavnosti ni potrebna splošna izenačitev države z zasebnimi davčnimi zavezanci. Vsekakor je namreč treba preveriti, ali je obdavčitev državne storitve v skladu s členom 4(5), drugi pododstavek, Šeste direktive potrebna zaradi varstva konkurence.

102. V skladu s členom 4(5), tretji pododstavek, Šeste direktive morata biti za to, da se osebe javnega prava vedno štejejo za davčne zavezance, kumulativno izpolnjeni dve predpostavki: opravljati morajo eno od dejavnosti iz kataloga v prilogi D in obseg teh dejavnosti ne sme biti tako majhen, da bi bil zanemarljiv.

103. Kot je bilo ugotovljeno v odgovoru na prvo vprašanje, pri dodelitvi pravic uporabe frekvenc s strani organa Telekom-Control-Kommission ni šlo za storitev telekomunikacij v smislu priloge D, točka 1, k Šesti direktivi.

40 — Komisija pa razmišlja o uvedbi bolj tržno usmerjenega pristopa k upravljanju frekvenc (glej sporočilo Komisije z dne 14. septembra 2005, Tržni pristop k upravljanju spektra v Evropski uniji, COM(2005) 400).

41 — O tem glej spodaj navedeno točko 102 in naslednje.

42 — Glej navedbe k četrtemu vprašanju za predhodno odločanje (spodaj navedena točka 125 in naslednje).

104. Posledično ni treba presojati, ali ima dejavnost zanemarljiv obseg, čeprav država članica z njo dosega precejšnje dohodke, na kar se nanaša tretje predloženo vprašanje. Brez pomena so tudi morebitne posledice nacionalne ureditve, ki v tem delu odstopa od direktive. Drugo vprašanje torej prav tako kot tretje vprašanje ne potrebuje odgovora.

4. Peto vprašanje za predhodno odločanje: izvajanje javne oblasti v smislu člena 4(5), prvi pododstavek, Šeste direktive

105. V skladu s členom 4(5), prvi pododstavek, Šeste direktive morata biti za izvzetje iz davčne obveznosti kumulativno izpolnjeni dve predpostavki, in sicer opravljanje dejavnosti s strani osebe javnega prava in opravljanje teh dejavnosti kot organ oblasti.[43]

106. V zvezi s prvo predpostavko je Sodišče ugotovilo, da dejavnost zasebne osebe ni oproščena davka na dodano vrednost že samo zaradi tega, ker obstaja zaradi opravljanja dejanj, pridržanih javni oblasti.[44] Pri tem pa je imelo Sodišče v mislih predvsem osebe s samostojno gospodarsko dejavnostjo, ki niso delovale v okviru javne uprave.[45]

107. Telekom-Control-Kommission deluje v okviru družbe Telekom-Control GmbH. Čeprav gre po obliki za družbo zasebnega prava, pa nobena od strank ne izraža dvoma, da je treba Telekom-Control-Kommission obravnavati kot del javne uprave. Naloga Sodišča je, da preveri, ali je taka kvalifikacija v skladu z nacionalno zakonodajo.

108. Drugo predpostavko je Sodišče v sodbi Fazenda Pública proti Câmara Municipal do Porto[46] konkretiziralo, kot sledi:

„V zvezi z zadnjo navedeno predpostavko se obseg davčne oprostitve oseb javnega prava določi glede na način opravljanja dejavnosti [...] [47]

43 — Sodba z dne 25. julija 1991 v zadevi Ayuntamiento de Sevilla (C-202/90, Recueil, str. I-4247, točka 18) ter v opombi 15 navedeni sodbi Komisija proti Grčiji, točka 34, ter Komisija proti Združenemu kraljestvu, točka 49.

44 — Glej v opombi 15 navedeno sodbo Komisija proti Nizozemski, točka 21, v opombi 43 navedena sodba Ayuntamiento de Sevilla, točka 19, in v opombi 15 navedena sodba Komisija proti Grčiji, točka 40.

45 — Glej v opombi 15 navedeno sodbo Komisija proti Nizozemski, točka 22, in v opombi 43 navedeno sodbo Ayuntamiento de Sevilla, točka 20.

46 — Sodba z dne 14. decembra 2000 v zadevi Fazenda Pública (C-446/98, Recueil, str. I-11435, točki 16 in 17)

47 — Tu se Sodišče sklicuje na v opombi 27 navedeno sodbo Comune di Carpaneto Piacentino in drugi, točka 15, ter sodbo z dne 15. maja 1990 v zadevi Comune di Carpaneto Piacentino in drugi (C-4/89, Recueil, str. I-1869, točka 10).

V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča gre pri dejavnostih v okviru javne oblasti v smislu člena 4(5), prvi pododstavek, Šeste direktive za dejavnosti, ki jih osebe javnega prava opravljajo v okviru posebne javnopravne ureditve. Mednje ne sodijo dejavnosti, ki jih opravljajo pod enakimi pravnimi pogoji kot zasebni gospodarski subjekti [...]"[48]

109. Sodišče je dalje zaključilo, da v okviru te presoje ni pomemben predmet ali namen dejavnosti.[49]

110. Tožeče stranke menijo, da je država pri dodelitvi pravic uporabe frekvenc ravnala kot zasebni gospodarski subjekt. Poslužila se je zasebnopravnega načina postopanja in kot protidajatev za dodelitev frekvenc prejela visoka plačila.

111. Udeležene države članice in Komisija v nasprotju s tem poudarjajo, da je dodelitev pravic uporabe frekvenc v skladu z zadevnimi določbami prava Skupnosti in nacionalne zakonodaje pridržana izključno državi, ki ima pri tem posebne obveznosti.

112. Pri tem je treba ugotoviti, da sme v skladu s členom 2(1), točka a, Direktive 97/13 posamična dovoljenja za upravljanje telekomunikacijskega omrežja izdajati le en državni regulativni organ. Organ mora izpolnjevati zahteve iz členov 9 in 10 Direktive. Če država izda le omejeno število dovoljenj, mora izbiro opraviti na podlagi objektivnih, nediskriminatornih, podrobnih, transparentnih in sorazmernih meril (člen 10(3) Direktive 97/13). Za v tej zvezi nastale stroške veljajo določbe člena 11(2) Direktive 97/13.

113. Tudi če je dokončna presoja nacionalnih predpisov pridržana predložitvenemu sodišču, ni nobenega dvoma, da lahko prvo dodelitev frekvenc v skladu z zakonom o telekomunikacijah opravi le Telekom-Control-Kommission. Obveznosti, ki ji jih pri tem nalaga nacionalna zakonodaja, temeljijo na določbah Direktive 97/13.

114. Teh pravic ne more neposredno dodeliti noben zasebnik. Zasebniki lahko kvečjemu prenesejo s strani države dodeljene frekvence med seboj. Prenos pa ni primerljiv

48 — Tu se Sodišče sklicuje na v opombi 15 navedeni sodbi Komisija proti Združenemu kraljestvu, točka 50, in Komisija proti Grčiji, točka 35, ter na druge sodbe v vzporednih postopkih.

49 — V opombi 27 navedena sodba Comune di Carpaneto Piacentino in drugi, točka 13, in v opombi 46 navedena sodba Fazenda Pública, točka 19.

s prvo dodelitvijo, ker temelji na izvedeni pravici razpolaganja, medtem ko je prva dodelitev originarna državna naloga. Tudi zamenjave bankovcev med zasebniki se ne bi primerjalo z državnim pooblastilom za njihovo izdajo. Navedeno omogoča zaključek, da je bila javna dražba pravic uporabe frekvenc dejavnost, ki je državni organ zavezovala v okviru javne oblasti.

115. Temu ne nasprotuje dejstvo, da je država ob dodelitvi frekvenc posegla po instrumentu javne dražbe, postopku, ki izvira iz civilnega prava in ga posledično lahko uporabijo tudi zasebniki.

116. Pomen javne dražbe v okviru celotnega postopka dodelitve lahko ostane odprt. Nekatere tožeče stranke zagovarjajo stališče, da je z javno dražbo nastala civilnopravna pogodba o dodelitvi pravic uporabe frekvenc. Druge ob tem uveljavljajo, da je do dejanske dodelitve prišlo šele z naknadnim upravnim aktom. Javna dražba se je torej uporabila le za izbiro podjetja, ki so mu bile pravice nato dodeljene v upravnopravni obliki.

117. Sodišče je sicer način opravljanja dejavnosti štelo za odločilen . Pri tem pa ne bi zadoščalo, če bi pod tem razumeli le obliko, kako se dejavnost opravlja. Najprej je namreč pomembno, ali lahko zasebniki na podlagi zadevnih določb sploh opravljajo primerljivo dejavnost. Če je tako, bi se morala država, da bi se zagotovila nevtralnost bremena davka na dodano vrednost, šteti za davčno zavezanko. Nasprotno pa dejstvo, da država pri izvajanju izključno njej pridržanih pooblastil uporablja postopke, znane v civilnem pravu, ne vpliva na davčno nevtralnost.

118. Teza tožečih strank bi torej vodila do tega, da bi se javna oblast izvajala le, če država izdaja upravne akte, torej izvaja oblastvena dejanja v ožjem pomenu. Tako stališče pa je Sodišče v sodbah Autobahn-Maut izrecno zavrnilo.[50]

119. V sodbi Fazenda Pública proti Câmara Municipal do Porto[51] je Sodišče na podlagi dejstva, da je bilo z upravljanjem javnih parkirišč povezano izvajanje javnih pooblastil, zaključilo, da je dejavnost podvržena posebni javnopravni ureditvi. Izvajanje javnih pooblastil, pri katerem so si država in

50 — V opombi 15 navedeni sodbi Komisija proti Združenemu kraljestvu, točka 51, in Komisija proti Grčiji, točka 36.

51 — V opombi 46 navedena sodba Fazenda Pública, točka 22.

državljani v razmerju nad- oziroma podrejenosti, je torej po stališču Sodišča pokazatelj za izvajanje javne oblasti v smislu člena 4(5), prvi pododstavek, Šeste direktive, vendar pa za to ni nujna predpostavka.[52]

120. Osredotočenje na pravni okvir oblike opravljanja dejavnosti bi lahko ogrozilo enotno obravnavanje Šeste direktive, ker obstaja možnost, da država v eni državi članici morda pogosteje uporablja zasebnopravne oblike ravnanja kot v drugi. Tudi razmejitev upravnopravnih oblik ravnanja od zasebnopravnih se lahko v različnih nacionalnih pravnih ureditvah razlikuje.

121. Poleg tega je treba opozoriti, da člen 4(5), prvi pododstavek, Šeste direktive zahteva le, da organi dejavnost opravljajo *kot organi oblasti*. Torej se javna dražba pravic uporabe frekvenc ne sme obravnavati izolirano.[53] Nasprotno, ta dejavnost se vključuje v celotni okvir upravljanja frekvenc in regulacije telekomunikacijskega sektorja. V tem kontekstu država v bistvu izvaja javna pooblastila, s tem ko v nacionalno zakonodajo prenaša zahteve odločbe o UMTS ali direktive notranjega trga.

122. Ni protislovja, če se pri predmetni presoji upošteva širši pravni kontekst dejavnosti, medtem ko je pri opredelitvi, da je neka dejavnost gospodarska, odločilen le njen zunanji videz. Nasprotno, logiki člena 4 Šeste direktive celo ustreza, da se s široko razlago prvega in drugega odstavka v prvi fazi zagotovi enotna uporaba Direktive, pri uporabi petega odstavka pa se upoštevajo posebni okvirni pravni pogoji za ravnanje države.

123. Končno se opredelitev javne dražbe frekvenc kot dejavnosti v okviru izvajanja javne oblasti ne izjalovi zato, ker je država z javno dražbo dosegla precejšnje dohodke. Kot navedeno, to sicer lahko vodi do posledice, da ima državno ravnanje naravo gospodarske dejavnosti v smislu člena 4(2) Šeste direktive. Zato pa ne gre pri tem nič manj za izvajanje javne oblasti, če država ravna na podlagi posebnega pravnega režima, ki velja samo zanjo.

52 — Glej v opombi 47 navedeno sodbo Comune di Carpaneto Piacentino, točka 11.

53 — Tudi v opombi 46 navedeni sodbi Fazenda Pública, točka 22, Sodišče oddaje parkirnega mesta v najem ni obravnavalo izolirano, temveč v okviru upravljanja javnih parkirišč kot celote.

124. Na peto vprašanje za predhodno odločanje je torej treba odgovoriti:

Za dejavnosti, ki jih državni organi opravljajo kot organi oblasti v skladu s členom 4(5), prvi pododstavek, Šeste direktive, je treba šteti tiste dejavnosti, ki jih osebe javnega prava opravljajo v okviru posebne javnopravne ureditve. Izvajanje javne oblasti ni izključeno zaradi tega, ker država pri izpolnjevanju izključno zase pridržanih nalog uporablja postopek, znan v civilnem pravu, ali pri svoji dejavnosti doseže precejšnje dohodke.

5. Četrto vprašanje za predhodno odločanje: ali obravnavanje, kot da ne gre za davčnega zavezanca, vodi do precejšnjega izkrivljanja konkurence?

125. V skladu s členom 4(5), drugi pododstavek, Šeste direktive se državni organi štejejo za davčne zavezance tudi v zvezi z dejavnostmi, ki so jih dolžni opravljati kot organi oblasti, če bi obravnava, kot da niso davčni zavezanci, povzročila precejšnje izkrivljanje konkurence.

126. Po ugotovitvah Sodišča v sodbi Comune di Carpaneto Piacentino so države članice dolžne zagotoviti, da

„so osebe javnega prava glede dejavnosti, ki so jih dolžne opravljati v okviru javne oblasti, podvržene davčni obveznosti, če lahko te storitve, kot konkurenti, opravljajo tudi zasebniki, in bi obravnavanje države, kot da ne gre za davčno zavezanko, lahko vodilo do precejšnjega izkrivljanja konkurence [...]“[54]

127. Dodelitev pravic uporabe frekvenc je pridržana izključno državi, tako da je konkurenca med identičnimi storitvami države in drugih ponudnikov v trenutku javne dražbe frekvenc izključena. Tožeče stranke pa argumentirajo, da bi lahko bila dodelitev frekvenc s strani države oproščena davka na dodano vrednost, v konkurenci z nadaljnjo odsvojitvijo pravic uporabe frekvenc s strani zasebnih ponudnikov.

128. V zvezi s tem je najprej treba ugotoviti, da je treba lastnost davčnega zavezanca oz. izostanek te načeloma presojati v času izvršitve transakcije.[55] Zato mora v tem času obstajati tudi vpliv na konkurenco.

54 — V opombi 27 navedena sodba Comune di Carpaneto Piacentino in drugi, točka 24. Glej tudi sodbo z dne 8. junija 2006 v zadevi Feuerbestattungsverein Halle (C-430/04, ZOdl., str. I-4999, točka 25).

55 — Sodba z dne 2. junija 2005 v zadevi Waterschap Zeeuws Vlaanderen (C-378/02, ZOdl., str. I-4685, točka 32.).

129. To predpostavlja, da je v času dodelitve frekvenc že obstajal trg ustreznih pravic uporabe, kar pomeni, prvič, da so morale že obstajati primerljive pravice uporabe, in drugič, da so bile te pravice prenosljive med zasebniki. Le pod tema predpostavkama je lahko dodelitev frekvenc s strani države v konkurenci s prenosom pravic uporabe frekvenc s strani zasebnikov.

130. Sodišče je v sodbi Taksatorringen[56] sicer smiselno ugotovilo, da se člen 13(A) (1), točka f, Šeste direktive nanaša tudi na izkrivljanje konkurence, ki bi ga oprostitev lahko povzročila v prihodnosti. Vendar pa mora biti nevarnost izkrivljanja konkurence realna.[57]

131. Tudi če trenutno noben konkurent ne ponuja konkurenčnih storitev, podvrženih davku na dodano vrednost, je lahko nevarnost izkrivljanja konkurence realna. Za odvrnitev potencialnih konkurentov od aktivnega udejstvovanja na trgu namreč zadošča že neugoden izhodiščni položaj. Nasprotno pa je takšna realna nevarnost izključena, če na podlagi okvirnih pravnih pogojev noben potencialni konkurent ne more podati konkurenčne ponudbe za državno dodeljene frekvence.

132. V zvezi s frekvencami UMTS mobilne telefonije je treba ugotoviti, da v času javne dražbe v letu 2000 na trgu niso bile na razpolago primerljive pravice uporabe frekvenc. Ni jasno, ali to velja tudi za pravice uporabe frekvenc GSM-DCS-1800, ki so bile dodeljene družbi tele.ring v letu 1999, in za frekvence za snopovne radijske sisteme TETRA, ki jih je družba master-talk prejela februarja 2000.

133. Če bi bile v zadevnih trenutkih po ugotovitvah predložitvenega sodišča že na razpolago primerljive pravice uporabe frekvenc, bi bilo treba presoditi, ali bi jih bilo mogoče ob upoštevanju takrat veljavne nacionalne zakonodaje že prenašati med zasebniki. Prenos med zasebniki mora biti poleg tega podvržen davku na dodano vrednost.

134. Ni sporno, da je šele novela zakona o telekomunikacijah v letu 2003 omogočila trgovanje s frekvencami v ožjem pomenu, o čemer govori tudi določba člena 9(4) Direktive 2002/21. Od takrat dalje mogoč prenos pravic uporabe frekvenc pa je za konkurenčen položaj v trenutku dodelitve frekvenc brez pomena. Če pa država sedaj znova

56 — Sodba z dne 20. novembra 2003 v zadevi Taksatorringen (C-8/01, Recueil, str. I-13711).

57 — V opombi 56 navedena sodba Taksatorringen, točka 63.

dodeli frekvence, bi bilo treba to okoliščino upoštevati.[58]

135. Stranke pa si niso enotne o tem, ali že predhodno obstoječa možnost prenosa koncesije skupaj s povezanimi pravicami uporabe frekvenc predstavlja storitev, ki konkurira državni dodelitvi frekvenc.[59] Ali je tako, je odvisno od razlage nacionalnih predpisov, ki je pridržana predložitvenemu sodišču.

136. Tudi če bi v zvezi s frekvencami TETRA in GSM že obstajala potencialna konkurenca med državno dodelitvijo in odsvojitvijo s strani zasebnika, bi morala biti državna storitev obdavčena le, če bi neobdavčitev po ugotovitvah predložitvenega sodišča vodila do precejšnjega izkrivljanja konkurence v smislu člena 4(5), drugi pododstavek, Šeste direktive.

137. Tako bi bilo, če bi država *končnim porabnikom* opravila enako storitev kot zasebna podjetja, tako da bi morale stranke v enem primeru plačati ceno brez davka na dodano vrednost, v drugem pa z njim.[60] Ker končni porabnik nima pravice do odbitka vstopnega davka, bi bila storitev zasebnega ponudnika dražja za ves znesek davka na dodano vrednost.

138. Če pa *davčni zavezanec* pridobi pravico uporabe frekvenc od zasebnika, bi bila taka pridobitev le v posebej utemeljenih posameznih primerih in tudi le v nebistveno manjši meri privlačna kot pridobitev od države, ker bi se davek na dodano vrednost lahko takoj odbil kot vstopni davek ali pa bi bil povrnjen v kratkem času. Stroški, povezani s financiranjem, lahko sicer v absolutnih številkah predstavljajo velike vsote. Vendar pa glede na skupne izdatke za pridobitev pravic uporabe frekvenc ti stroški ne nastopijo v takšnem obsegu, ki bi povzročil precejšnje izkrivljanje konkurence.

58 — Po sklepu CEPT-ECC- (02) 06 naj bi bil poleg že dovoljenih frekvenc za prve storitve 3G od 1. januarja 2008 na razpolago še frekvenčni pas med 2500 MHz in 2690 MHz za mobilno telefonijo IMT-2000/UMTS.

59 — T-Mobile Austria sicer pojasnjuje, da se prenos koncesije opravi skupaj s prenosom celotnega podjetja. Od prenosa člena 5(8) Šeste direktive je odvisno, ali gre v tem primeru za transakcijo, podvrženo davku na dodano vrednost.

60 — Hipoteza tožečih strank, da oseba, ki ni davčni zavezanec (na primer državni organ) in ni upravičena do odbitka vstopnega davka, pridobi frekvenco, se zdi malo verjetna. Če državni organ izkorišča frekvenco, skladno z njenim namenom za opravljanje odplačnih telekomunikacijskih storitev, je v skladu s členom 4(5), tretji pododstavek, v zvezi s prilogo D Šeste direktive zavezan k plačilu davka. Le hipotetično je tudi razmišljanje, da bi bil odbitek vstopnega davka lahko izključen, če se dovoljenja ne bi uporabljalo za dejavnosti, podvržene davku.

139. Čeprav je bilo trgovanje s frekvencami UMTS mogoče šele po tem, ko so bile te izdane in so bili določeni okvirni pogoji za njihov prenos, tožeče stranke menijo, da bi lahko tudi v tem primeru prišlo do izkrivljanja konkurence zaradi njihove dodelitve s strani države, ki je oproščena davka na dodano vrednost.

140. Kot je bilo že ugotovljeno, pa mora, prvič, v trenutku zadevne transakcije obstajati potencialno razmerje konkurence. Možnost, da bodo za to potrebni okvirni pravni pogoji določeni kasneje, ne zadošča. Davčna obveznost namreč ne more biti odvisna od bolj ali manj nezanesljivih napovedi. Drugič, obstajala bi prikrajšanost tistih, ki bi kasneje pridobili pravico uporabe frekvenc UMTS s strani zasebnega ponudnika, le pri morebitnih stroških financiranja za vstopni davek, ki se ne odbije takoj, kar pa ne utemeljuje precejšnjega izkrivljanja konkurence.

141. Dlje ko sta si državna dodelitev pravic uporabe frekvenc in uvedba trgovanja s frekvencami časovno oddaljeni, bolj se spreminja tudi celotno okolje na trgu. Pri tem dobijo drugi dejavniki, kot npr. novo ovrednotenje ekonomske vrednosti izkoriščanja frekvenc zaradi pojava konkurirajočih tehnik mobilne telefonije UMTS, povsem drug pomen kot morebitno likvidnostno prikrajšanje zaradi prehodnega stroška vstopnega davka. Tudi to razmišljanje kaže, da lahko o izkrivljanju konkurence v smislu člena 4(5), drugi pododstavek, Šeste direktive načeloma govorimo samo, če so storitve na razpolago ob istem času in ima potencialni pridobitelj dejansko izbiro med dvema primerljivima ponudbama.

142. Na četrto vprašanje je zato treba odgovoriti:

Precejšnje izkrivljanje konkurence v smislu drugega pododstavka člena 4(5) Šeste direktive je podano samo, če obstaja realna nevarnost, da bo obravnavanje države, kot da ni davčna zavezanka, sedanje ali potencialne ponudnike konkurenčnih storitev zelo oviralo pri njihovi konkurenčnosti. Takšna nevarnost načeloma ne obstaja, če je na podlagi okvirnih pravnih pogojev v času, ko je bila opravljena storitev s strani države, izključeno, da bi zasebni ponudniki na trgu opravljali storitve, ki so v konkurenci z državnimi storitvami.

C – *Sedmo vprašanje za predhodno odločanje: Ali je treba plačilo za uporabo frekvence razumeti kot bruto ali neto plačilo?*

143. Predložitveno sodišče želi s tem vprašanjem izvedeti, ali je treba v skladu s Šesto direktivo plačilo za uporabe frekvence šteti

za bruto ali za neto plačilo, torej ali dogovorjeno plačilo že vsebuje davek na dodano vrednost ali pa ga je treba k plačilu še prišteti.

144. Ker je bilo pravkar ugotovljeno, da dodelitev frekvenc ne predstavlja dejavnosti, podvržene davku na dodano vrednost, na sedmo predloženo vprašanje ni treba odgovoriti.

145. Kljub temu pa Šesta direktiva tudi ne vsebuje določbe v zvezi s tem vprašanjem. Od konkretnega dogovora med strankami je namreč odvisno, ali plačilo vsebuje davek na dodano vrednost ali ne. Če ta dogovor ni jasen, se mora njegova vsebina ugotavljati v skladu s pravili razlage zadevne nacionalne zakonodaje, kar pa je izključna naloga sodišč države članice.

V – Predlog

146. Ob zaključku predlagam, naj Sodišče na vprašanja Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien odgovori, kot sledi:

1. S strani državnega organa opravljena javna dražba pravice, da se v določenem obdobju izkoriščajo določeni deli elektromagnetnega spektra za ponudbo storitev mobilne telefonije, se v okoliščinah postopka v glavni stvari šteje za izkoriščanje premoženja v pravicah, ki je namenjeno trajnemu doseganju dohodka, in s tem za gospodarsko dejavnost v smislu člena 4(1) in (2) Šeste direktive sveta 77/388/EGS z dne 17. maja 1977 o usklajevanju zakonodaje držav članic o prometnih davkih – Skupni sistem davka na dodano vrednost: enotna osnova za odmero.

2. Pojem „telekomunikacije“ v prilogi D, točka 1, k Šesti direktivi ob sedanjem stanju razvoja ne obsega dodelitve pravic uporabe frekvenc za ponudbo storitev mobilne telefonije s strani države.

3. Za dejavnosti, ki jih državni organi opravljajo kot organi oblasti, v smislu člena 4(5), prvi pododstavek, Šeste direktive, se štejejo tiste dejavnosti, ki jih osebe javnega prava opravljajo v okviru posebne upravnopravne ureditve. Izvajanje javne oblasti ni izključeno zato, ker država pri izpolnjevanju nalog, ki so izključno pridržane zanjo, uporablja postopke, znane iz civilnega prava, ali pri svoji dejavnosti dosega precejšnje dohodke.

4. Precejšnje izkrivljanje konkurence v smislu člena 4(5), drugi pododstavek, Šeste direktive je podano le, če obstaja realna nevarnost, da bi obravnavanje države, kot da ni davčna zavezanka, sedanje ali potencialne ponudnike konkurenčnih storitev zelo oviralo pri njihovi konkurenčnosti. Takšna nevarnost načeloma ne obstaja, če je na podlagi okvirnih pravnih pogojev v času, ko je bila opravljena storitev s strani države, izključeno, da bi zasebni ponudniki na trgu opravljali storitve, ki so v konkurenci z državnimi storitvami.