ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
Г-ЖА JULIANE KOKOTT
представено на 7 септември 2006 година [1]

I – Въведение

1. През ноември 2000 г. Telekom-Control-Kommission, австрийски регулаторен орган, възлага пакети честоти, позволяващи предлагане на мобилни далекосъобщителни услуги от типа UMTS/IMT-2000 [2] (наричани също „услуги за мобилни далекосъобщения от трето поколение — 3G“) и в рамките на същата процедура възлага с решение на представилите най-добри оферти правата за използване на същите тези честоти. Събраните на това основание такси възлизат общо на 831 595 241,10 EUR. Честотите, които от една страна, позволяват предлагане на услуги за мобилна телефония от второ поколение (стандарт GSM [3]) и от друга страна, служат за трансевропейската система за радиосъобщения TETRA [4], вече са възложени по този начин.

2. Апаратите за мобилни далекосъобщения от трето поколение разполагат с по-голям капацитет за пренасяне на данни в сравнение с мобилните телефони от предишните поколения. Те по-специално позволяват да се предлагат мултимедиини услуги като видеоконференции, достъп до Интернет и онлайн услуги. Въвеждането на мобилни далекосъобщения от типа UMTS се счита за значителен технически напредък, който открива много нови полета за дейност за далекосъобщителните предприятия.

3. В спора по главното производство, осемте далекосъобщителни предприятия (наричани по-нататък „ответниците“), които са придобили правата за използване на честотите, поддържат, че възлагането на правата е сделка, която подлежи на облагане с ДДС, и че таксата за използване на честотите се облага с ДДС. При това положение те искат да им бъдат издадени фактури, които удостоверяват ДДС. Това е условие за приспадане на начисления данък — ДДС, който те твърдят, че са заплатили.

1 – Език на оригиналния текст: немски.

2 – IMT-2000: International Mobil Telecommunications-2000 (стандарти, разработени от International Telecommuntication Union (ITU) [Международен съюз по далекосъобщения (МСД)]; UMTS: Universal Mobile Telecommunications System (универсална мобилна далекосъобщителна система) (стандарти, разработени в рамките на Европейската конференция по пощи и далекосъобщения (CEPT) и на European Telecommunications Standards Institute (ETSI) [Европейски институт по телекомуникационни стандарти], като тези стандарти са част от т.нар. IMT-2000-семейство).

3 – Global System for Mobile Communications — Глобална система за мобилни телекомуникации.

4 – Terrestrial Trunked Radio. На интернет страницата на TETRA MoU Association Ltd (www.tetramou.com) може да се намери допълнителна информация за този стандарт за цифрова радиосистема.

4. По смисъла на член 4, параграфи 1 и 2 от Шеста директива за ДДС[5] (наричана по-нататък „Шеста директива“) облагаеми са само сделките, извършвани от данъчнозадължено лице в рамките на неговата икономическа дейност. В съответствие с член 4, параграф 5 от нея Шеста директива по принцип не приравнява държавата и нейните органи на данъчнозадължени лица, когато действат в качеството си на органи на власт. Тълкуването на тези разпоредби във връзка с възлагането чрез търг на правата за използване на честотите е в основата на настоящото производство.

5. По паралелно преюдициално запитване[6], по което днес също представям заключението си, VAT and Duties Tribunal Лондон поставя аналогични въпроси при разглеждане на възлагането на UMTS лицензии в Обединеното кралство.

6. Освен това и други държави-членки следват австрийския и британския пример и също събират значителни лицензионни такси. Особеното значение на това производство и на паралелното производство в Обединеното кралство не се дължи само на огромните суми, за които става дума. Тези две производства играят също ролята на пилотни дела по отношение на аналогичните спорове в други държави-членки.

II – Правна уредба

A – *Разпоредби относно ДДС*

1. Общностна правна уредба

7. По смисъла на член 2, точка 1 от Шеста директива с данък върху добавената стойност се облага:

„доставката на стоки и услуги, извършена възмездно на територията на страната от данъчнозадължено лице, действащо в това си качество; [...]“. [неофициален превод]

8. Член 4 от Шеста директива определя данъчнозадължените лица, както следва:

„1. „Данъчнозадължено лице“ означава всяко лице, което извършва независима икономическа дейност, посочена в параграф 2, където и да е, независимо от целите и резултатите от тази дейност.

5 – Шеста директива 77/388/ЕИО на Съвета от 17 май 1997 година в областта на хармонизиране на законодателствата на държавите-членки относно данъците върху оборота — обща система на данъка върху добавената стойност: единна данъчна основа (ОВ L 145, стр. 1).

6 – Дело Hutchison 3 G и др. (C-369/04, висящо пред Съда).

2. Икономическа дейност по параграф 1 включва всички дейности на производители, търговци и лица, предоставящи услуги, включително дейност в областта на минното дело и селското стопанство, и упражняването на свободни професии. Използването на материално или нематериално имущество с цел получаването на редовен приход от него също се счита за икономическа дейност.

[...]

5. Държавите, регионалните и местни органи, както и другите публичноправни субекти, не са данъчнозадължени лица по отношение на дейностите или сделките, които извършват в качеството си на органи на власт, дори когато събират мита, такси, вноски или плащания във връзка с такива дейности или сделки.

Въпреки това, когато извършват такива дейности или сделки, те се считат за данъчнозадължени лица по отношение на дейностите или сделките, при които третирането им като данъчно незадължени лица би довело до значително нарушаване на конкуренцията.

Във всеки случай тези субекти се считат за данъчнозадължени лица във връзка с дейностите, изброени в приложение Г, при условие че същите не се извършват в толкова малък размер, за да бъдат определени като незначителни.

[...]“. [неофициален превод]

9. Точка 1 от приложение Г посочва „далекосъобщенията“ като една от дейностите по член 4, параграф 5, трета алинея от Шеста директива.

2. Национална правна уредба

10. Според § 1, алинея 1, точка 1 от австрийския закон за данъка върху оборота от 1994 г. (Umsatzsteuergesetz 1994, BGBl. 663/1994, наричан по-нататък „UStG 1994“) с ДДС се облага доставката на стоки и услуги, извършена възмездно на територията на страна от изпълнителя в рамките на икономическата му дейност. Сделките, извършени въз основа на законодателен или административен акт, или които се считат за извършени по силата на законодателна разпоредба, също са облагаеми.

11. По силата на § 2, алинея 1 от UStG 1994 за изпълнител се счита всяко лице, което по смисъла на същия закон извършва независима търговска или професионална дейност. Търговска или професионална дейност е всяка постоянна дейност, извършвана с цел получаване на доходи.

12. По силата на § 2, алинея 3 от UStG 1994 публичноправните субекти извършват по принцип търговска или професионална дейност само в рамките на търговските си предприятия (§ 2 от Закона за данъка върху печалбата на юридическите лица (Körperschaftststeuergesetzes), наричан по-нататък „KStG"). В § 2, алинея 1 от KStG е установено, че търговско предприятие на публичноправен субект е всяка организационна единица, която е икономически независима и извършва изключително или основно постоянна икономическа дейност от частен характер извън секторите на земеделието или на горското стопанство с цел получаване на печалба или в случай че не участва в общия икономически обмен — на други икономически облаги.

13. В частта, която ни интересува, § 2, алинея 5 от KStG предвижда, че: „[д]ейността не е икономическа дейност от частен характер по смисъла на алинея 1, ако се извършва основно в качеството на орган на власт (публична дейност) [...]". [неофициален превод]

14. В § 11, алинея 1, първо и второ изречение от UStG 1994 се предвижда, че „ако изпълнителят извършва сделки по смисъла на § 1, алинея 1, точка 1 от UStG 1994, той е овластен да издава фактури. Ако последният извършва сделки, предназначени за друг изпълнител за нуждите на неговото предприятие или за юридическо лице, доколкото то не е изпълнител, той е длъжен да издава фактури" [7]. Съгласно § 11, алинея 1, точка 6 от UStG 1994, тези фактури трябва да посочват размера на данъка за таксата.

Б – *Правна уредба на възлагането на UMTS честоти*

15. Честотите са ограничен ресурс. Голяма част от технически използваемия честотен спектър вече е предоставена за различни услуги и видове експлоатация. За да се избегнат смущения, за всеки вид експлоатация е отделена точно определена част (честотна лента). Международната правна уредба на честотите е плод на работата на Международния съюз по далекосъобщения (МСД) — международна организация под егидата на Обединените нации.

7 – В своето писмено становище ответникът посочва, че през този период тази разпоредба все още е била формулирана по друг начин, а именно: „Ако изпълнителят извършва доставки или други облагаеми сделки, той има право, доколкото извършва сделки, предназначени за друг изпълнител за нуждите на неговото предприятие, да издава фактури, в които е посочен размерът на данъка и които е длъжен да издаде по искане на друг изпълнител."

16. Честотните ленти, открити за мобилни далекосъобщения, UMTS/IMT-2000 са принципно определени през 1992 г. по време на Световната радиокомуникационна конференция (WRC 1992). В резолюция № 212 на Световната конференция по далекосъобщения от 1997 г. се отбелязва, че въвеждането на мобилни далекосъобщителни услуги IMT-2000 се очаква към 2000 година.

17. На европейско равнище Европейската конференция по пощи и далекосъобщения (CEPT) [8] също подготвя въвеждането на мобилни далекосъобщения от трето поколение. Европейският комитет по радиокомуникации (ЕКР), който е част от тази организация, определя свободния честотен спектър в свое решение № ERC/DEC(97)/07 от 30 юни 1997 г. [9]

18. Диапазонът от честотния спектър, запазен за мобилните далекосъобщения от трето поколение, на свой ред е разделен на части, в които множество оператори могат паралелно да експлоатират мрежите за мобилни далекосъобщения. Обхватът и броят на възложените права за използване на честотите варира в различните държави-членки [10]. Например в Австрия и Германия спектърът е разделен между шест оператора, докато в Белгия и Франция има само по три оператора. Следователно в рамките на минималните технически изисквания определянето на широчината на откритите за експлоатация честотни ленти на една мрежа се извършва при определена свобода на преценка.

19. Правната уредба на честотите за телефонните услуги второ поколение също се основава на указанията на CEPT.

1. Общностна правна уредба

20. Директива 97/13/ЕО [11] установява на общностно равнище правната уредба относно възлагането на общи и индивидуални разрешения в областта на далекосъобщителните услуги за периода, релевантен към настоящото решение.

8 – CEPT е международна организация, към която понастоящем са зачислени регулаторните органи на пощите и далекосъобщенията на 46 европейски държави (повече информация може да бъде намерена на интернет страницата на организацията: www.cept.org).

9 – Това решение запазва следните честотни ленти: 1900—1980 MHz, 2010—2025 MHz и 2110—2170 MHz за наземните UMTS приложения и определя 1980—2010 MHz и 2170—2200 MHz за UMTS приложенията, използващи сателитна връзка.

10 – Вж. в това отношение информацията, предоставена на уебсайта на Европейското бюро за радиосъобщения: www.ero.dk/ecc.

11 – Директива 97/13/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 10 април 1997 година относно обща рамка за генералните разрешителни и индивидуалните лицензии в областта на далекосъобщителните услуги (ОВ L 117, стр. 15), отменена, считано от 24 юли 2003 г., от Директива 2002/21/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 7 март 2002 година относно общата регулаторна рамка за електронните съобщителни мрежи и услуги (Рамкова директива) (ОВ L 108, стр. 33, Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 35, стр. 195).

21. По смисъла на член 3, параграф 3 от Директива 97/13 „[д]ържавите-членки могат да издават индивидуални лицензии само ако получателят получава достъп до ограничен ресурс, физически или от друго естество, или ако има особени права или задължения съгласно разпоредбите на раздел III“. [неофициален превод]

22. Раздел III от Директива 97/13 (членове 7—11) урежда по-нататък индивидуалните лицензии. Член 10 предвижда, че държавите-членки могат да ограничат броя на индивидуалните лицензии, доколкото това е необходимо за гарантиране на ефективното използване на радиочестотния спектър. В това отношение те трябва надлежно да отчитат необходимостта от постигане на максимални предимства за потребителите и да подпомагат развитието на конкуренцията. Държавите-членки предоставят тези индивидуални лицензии въз основа на обективни, недискриминационни, прозрачни, съразмерни и подробни критерии за подбор.

23. По смисъла на член 11, параграф 1 от Директива 97/13 предоставянето на лицензии може да води до плащане на такси за покриване на разходите. Освен това параграф 2 позволява налагането на други такси:

„Независимо от разпоредбата на параграф 1 при ограничен ресурс държавите-членки могат да оправомощят националните си регулаторни органи да налагат такси предвид необходимостта от осигуряване оптималното използване на този ресурс. Таксите са недискриминационни и отчитат по-специално необходимостта от развитие на иновационни услуги и на конкуренцията“. [неофициален превод]

24. Директива 97/13 е отменена с Директива 2002/21 [12]. Обратно на Директива 97/13, член 9, параграф 3 от Директива 2002/21 понастоящем предвижда изрично, че държавите-членки могат да предвидят прехвърлянето на права за използване на радиочестоти от едни предприятия на други.

25. Член 9, параграф 4 от Директива 2002/21 предвижда в това отношение следното:

„Държавите-членки гарантират, че намерението на едно предприятие да прехвърли права за използване на радиочестоти да бъде сведено [да се чете: „се свежда“] до знанието на националния регулаторен орган, отговорен за разпределението на спектъра, и всяко прехвърляне да става [да се чете: „и че всяко прехвърляне става“] в съответствие с процедурите, определени от националния регулаторен орган, и да бъде обявено [да се чете: „се обявява“] публично. Националните регулаторни органи гарантират, че конкуренцията не се нарушава в резултат от подобни сделки. Когато ползването на радиочестотите е хармонизирано посредством прилагане на Решение № 676/2002/ЕО [на Европейския парламент и на Съвета от 7 март 2002 година относно регулаторната рамка

12 – Посочена в бележка под линия 11.

за политиката на Европейската общност в областта на радиочестотния спектър] (Решение за радиочестотния спектър) [ОВ L 108, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 35, стр. 163] или други мерки на Общността, такова прехвърляне не може да води до промяна на използването на тази честота."

26. Интерес представлява и Решение № 128/1999/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 14 декември 1998 година относно координираното въвеждане на система за мобилни безжични комуникации от трето поколение в Общността (UMTS) [13] (наричано по-нататък „решението UMTS"). С това решение Европейският парламент и Съветът в известен смисъл поставят началото на въвеждането в европейски план на мобилните далекосъобщения UMTS.

27. Съображенията на решението UMTS визират развитието и международните правила в областта на мобилните далекосъобщения от трето поколение. Член 3, параграф 3 от решението UMTS изисква от държавите-членки да въведат, най-късно от 1 януари 2000 г., разрешителна система за UMTS услугите. По смисъла на член 3, параграф 3 „в съответствие с общностното законодателство те следят доставката на UMTS услуги да бъде организирана в честотните ленти, които са хармонизирани от СЕРТ [...]".

13 – ОВ L 17, 1999 г., стр. 1.

2. Национална правна уредба

28. По смисъла на § 14 от австрийския закон за далекосъобщенията (Telekommunikationsgesetzes, наричан по-нататък „TKG") в редакцията му от 1 юни 2000 г., извършването на мобилни гласови телефонни услуги и на други обществени мобилни далекосъобщителни услуги посредством собствена мобилна далекосъобщителна мрежа става с концесия. Що се отнася до концесиите, свързани с извършването на обществени мобилни далекосъобщителни услуги, концесията трябва да бъде дадена, когато честотите са били възложени на заявителя или могат да му бъдат възложени заедно с нея (§ 15, алинея 2, точка 3 от TKG). По смисъла на § 16, алинея 1 от TKG концесиите могат да бъдат прехвърляни с разрешение от регулаторния орган. За покриване на административните разходи по предоставянето на концесията трябва да бъде заплатена такса (§ 17 от TKG).

29. По смисъла на § 21, алинея 1 от TKG, с цел да се гарантира ефективното използване на отдадените честоти, всяка година титулярите на мобилна далекосъобщителна концесия трябва да внасят изцяло или на части, освен плащането за използване на честотите, и такса за използване на честотите. В § 49, алинея 4 от TKG се предвижда, че „[в]ъзлагането на честотите, предназначени за доставката на обществени мобилни съобщителни и други обществени далекосъобщителни услуги, е правомощие на регулаторния орган".

30. Процедурата по възлагане е уредена по-конкретно в § 49a, алинея 1 от TKG, който гласи: „Регулаторният орган възлага поверените му честоти на този заявител, който отговаря на общите условия, предвидени в § 15, алинея 2, точки 1 и 2, и предоставя гаранции за най-ефективното им използване, което се определя от размера на таксата за използване на честотите."

31. Процедурният правилник, приет от Telekom-Control-Kommission [Комисия за контрол на далекосъобщенията] на основание § 49a, алинея 7 от TKG, както и документа за подаване на оферти от 10 юли 2000 г., уреждат други специфични аспекти на процедурата за възлагане на честотите за далекосъобщителни системи от трето поколение (UMTS/IMT-2000). Те по-специално предвиждат минимални оферти в размер на 700 000 000 ATS [австрийски шилинг] (50 870 983,92 EUR) за пакет честоти за дуплексните канали и в размер на 350 000 000 ATS (25 435 491,96 EUR) за пакетите честоти за еднопосочните ленти.

32. До 1 юни 2000 г. възлагането на концесиите се урежда от разпоредбите на TKG, във версията му от 1997 г.

33. Тези разпоредби от TKG са изменени през 2003 г. Понастоящем § 56, алинея 1 от TKG 2003 урежда по-конкретно прехвърлянето на права за използване на възложени от регулаторния орган честоти. Това прехвърляне е възможно само при определени условия и изисква разрешение от регулаторния орган.

34. В § 100—§ 112 от TKG е уредена структурата и функциите на Telekom-Control-Kommission. Тя е установена в Telekom-Control GmbH, чийто единствен съдружник е държавата, и изпълнява функциите на регулаторен орган, доколкото те не са поверени на Telekom-Control-Kommission (§ 108 и § 109 от TKG). Регулаторните функции на Telekom-Control-Kommission по-специално включват възлагането на честоти по силата на § 49, алинея 4 във връзка с § 49a от TKG (§ 111, точка 9 от TKG).

III – Факти и преюдициални въпроси

35. С решение от 20 ноември 2000 г. Telekom-Control-Kommission възлага честотите и предоставя концесиите за далекосъобщителните системи от трето поколение (UMTS/IMT-2000). Преди възлагането пакетите честоти са били предмет на обществена поръчка, след което са предложени на търг в рамките на процедура за едновременна публична продажба на няколко етапа. При няколко поредни кръга оферентите подават оферти за различните пакети, докато вече никой от участниците не подаде нова, по-висока оферта. По време на публичната продажба на 2 и 3 ноември 2000 г. са продадени дванадесет пакета честоти в дуплексните канали от 5 MHz,

след което в хода на друга едновременна публична продажба са продадени още 5 индивидуални пакета честоти от 5 MHz. Въз основа на резултатите от публичната продажба с решение на жалбоподателите са възложени отделните пакети честоти. Таксите за използване на честотите са определени, както следва:

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. Всеки един от спечелилите търга участници трябва да внесе посочените суми на две вноски — първата седем дни след нотификацията на решението на Telekom-Control-Kommission, а втората шест седмици след нотификацията. Концесиите и правата за използване на честотите изтичат на 31 декември 2020 г.

37. С решение на Telekom-Control-Kommission от 3 май 1999 г. правата за използване на GSM честотите (DCS-1800 канали) са възложени на tele.ring Telekom Service GmbH & Co. KG (наричано по-нататък „tele.ring") срещу заплащане на такса от 98 108 326,00 EUR. С решение на Telekom-Control-Kommission от 7 февруари 2000 г. честотите за европейската система за радиосъобщения TETRA са отдадени на Austria Telekom Service GmbH & Co. KG срещу такса за използване на честотите от 4 832 743,47 EUR. Тези решения също са взети в резултат на тръжна процедура.

38. По главното производство жалбоподателите претендират за издаване на фактури за таксите за използване на честотите, които да посочват ДДС, с който според тях са обложени тези плащания. В контекста на това производство, с решение от 24 август 2004 г. и на основание член 234 ЕО Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien поставя на Съда следните преюдициални въпроси:

„(1) Следва ли член 4, параграф 5, трета алинея във връзка с приложение Г, точка 1 от Шеста директива 77/388/ЕО на Съвета от 17 май 1977 година относно хармонизиране

на законодателствата на държавите-членки относно данъците върху оборота — обща система на данъка върху добавената стойност: единна данъчна основа (наричана по-нататък „Шеста директива“) да се тълкува в смисъл, че възлагането от държава-членка на права за използване на честоти за системи за мобилна телефония по стандартите UMTS/IMT-2000, GSM/DCS-1800 и TETRA (наричани по-нататък „права за използване на честоти за системи за мобилна телефония“) срещу такса за използване на честотите представлява дейност в областта на далекосъобщенията?

2) Следва ли член 4, параграф 5, трета алинея от Шеста директива да се тълкува в смисъл, че държавата-членка, чието национално право не предвижда споменатия в член 4 параграф 5, трета алинея от Шеста директива критерий относно „незначителния“ размер на дейността (правило de minimis) като условие за качеството данъчнозадължено лице, трябва във всеки случай да се разглежда като данъчнозадължено лице за всички дейности в областта на далекосъобщенията, независимо от това дали те са значителни или не?

3) Следва ли член 4, параграф 5, трета алинея от Шеста директива да се тълкува в смисъл, че възлагането от държава-членка на права за използване на честоти за системите за мобилна телефония срещу такси за използване в общ размер от съответно 831 595 241,10 EUR (UMTS/IMT-2000), 98 108 326 EUR (GSM/DCS-1800) и 4 832 743,47 EUR (TETRA) трябва да се разглежда като дейност със значителен размер, така че във връзка с нея държавата-членка има качеството на данъчнозадължено лице?

4) Следва ли член 4, параграф 5, втора алинея от Шеста директива да се тълкува в смисъл, че би се стигнало до значително нарушаване на конкуренцията, ако при възлагането на права за използване на честотите за системите за мобилна телефония срещу такси в общ размер от съответно 831 595 241,10 EUR (UMTS/IMT-2000), 98 108 326 EUR (GSM/DCS-1800) и 4 832 743,47 EUR (TETRA) държава-членка не облага таксите с данък върху оборота, докато частните лица, които предлагат такива честоти, трябва да облагат тази дейност с данък върху оборота?

5) Следва ли член 4, параграф 5, първа алинея от Шеста директива да се тълкува в смисъл, че дейност, посредством която държава-членка, възлагаща на операторите на мобилна телефония права за използване на честотите за системи за мобилна

телефония по такъв начин, че най-напред определя максималната оферта за размера на възнаграждението за използване на честотите, като впоследствие отдава честотите на предложилия най-висока сума, не се извършва от държавата, действаща като орган на власт, така че държавата-членка се счита за данъчнозадължено лице за тази дейност, независимо от правната квалификация на действието по отдаване в рамките на националното право на държавата-членка?

6) Следва ли член 4, параграф 2 от Шеста директива да се тълкува в смисъл, че възлагането от държава-членка на права за използване на честотите за системите за мобилна телефония, описано в петия въпрос, трябва да се счита за икономическа дейност, така че държавата-членка да се разглежда като данъчнозадължено лице за тази дейност?

7) Следва ли Шеста директива да се тълкува в смисъл, че таксите за възлагане на права за използване на честоти за системите за мобилна телефония представляват брутни (в които вече е включен данък добавена стойност) или нетни суми (към които може да се прибави и данък добавена стойност)?"

39. В производството пред Съда писмени становища представят предприятията, посочени в точки 35 и 37, Finanzprokuratur für die Republik Österreich, в качеството му на ответник, германското, австрийското, датското, италианското, нидерландското, полското правителство и правителството на Обединеното кралство, както и Комисията на Европейските общности.

IV – Съображения

40. По смисъла на член 4, параграф 1 от Шеста директива за данъчнозадължено лице се смята всяко лице, което извършва независима икономическа дейност, независимо от целите и резултатите от тази дейност. Член 4, параграф 2 доуточнява понятието за икономическа дейност. Така тези разпоредби не само определят лицето, което може да има качеството данъчнозадължено лице, но и условията, при които дейността на едно лице се облага с ДДС.

41. Член 4, параграф 5 от Шеста директива съдържа различните правила, които определят кога държавата се приравнява на данъчнозадължено лице и кога не [14].

14 – Вж. заключението на генералния адвокат Mischo, в което той подробно излага, че член 4, параграф 5 е, така да се каже, изграден на нива и е структуриран въз основа на изключенията и изключенията от изключенията (заключение от 15 март 1987 г. по дело Comune di Carpaneto Piacentino и др., Решение от 17 октомври 1987 г., 231/87 и 129/88, Recueil, стр. 3233, точка 8).

Прилагането на тези правила обаче предполага преди всичко да е налице икономическа дейност по смисъла на член 4, параграф 2. По тази причина следва най-напред да се разгледа шестия въпрос, който се отнася до тълкуването на тази разпоредба.

А – *По шестия преюдициален въпрос: наличие на икономическа дейност*

42. С шестия си въпрос препращащата юрисдикция иска да се установи дали възлагането от държава-членка на права за използване на честотите за системите за мобилна телефония трябва да бъде квалифицирано като икономическа дейност по смисъла на член 4, параграф 2 от Шеста директива.

43. Член 4, параграф 2 от Шеста директива съдържа дълъг списък от дейности, които следва да се считат за икономическа дейност по смисъла на параграф 1. Сред тях фигурират по-конкретно всички дейности на производители, търговци и лица, предоставящи услуги, и по-специално сделките, включващи използването на нематериално имущество с цел получаването на редовен приход от него.

44. Изводът на Съда от това определение е, че то „ясно разкрива обхвата на приложното поле на понятието за икономическа дейност, както и обективният му характер, в смисъл че дейността се разглежда сама за себе си, независимо от нейните цели и резултати“ [15].

45. Следователно субективните намерения, които движат заинтересованото лице при осъществяване на неговата дейност, са ирелевантни. В противен случай данъчната администрация би трябвало да провежда разследване, с цел да установи намеренията на данъчнозадължените лица, което би било в противоречие с целта на общата система на ДДС, която е да гарантира правната сигурност и да улесни действията по прилагането на ДДС посредством отчитане, освен в изключителни случаи, на обективния характер на съответната сделка [16].

46. Най-напред ще се спра на възражението, което изключва напълно наличието на икономическа дейност с мотива, че възлагането на права за използване на честотите чрез търг е инструмент за регулиране на пазара. Следователно трябва да се установи дали тази сделка

15 – Решение от 12 септември 2000 г. по дело Комисия/Гърция (C-260/98, Recueil, стр. I-6537, точка 26), Решение по дело Комисия/Обединено кралство (C-359/97, Recueil, стр. I-6355, точка 41), Решение от 21 февруари 2006 г. по дело University of Huddersfield (C-223/03, Recueil, стр. I-1751, точка 47); вж. също Решение от 26 март 1987 г. по дело Комисия/Нидерландия (235/85, Recueil, стр. 1471, точка 8), както и в същия смисъл Решение от 14 февруари 1985 г. по дело Rompelman (268/83, Recueil, стр. 655, точка 19) и Решение от 27 ноември 2003 г. по дело Zita Modes (C-497/01, Recueil, стр. I-14393, точка 38).

16 – Решение от 6 април 1995 г. по дело BLP Group (C-4/94, Recueil, стр. I-983, точка 24) и Решение от 12 януари 2006 г. по дело Optigen и др. (C-354/03, C-355/03 и C-484/03, Recueil, стр. I-483, точка 45).

следва да бъде квалифицирана като използване на нематериално имущество с цел получаването на редовен приход от него по смисъла на член 4, параграф 2 от Шеста директива.

1. Насочената към регулиране на пазара цел изключва ли напълно наличието на икономическа дейност?

47. Възлагането на правата за използване на честотите чрез търг е наложено от обстоятелството, че радиочестотите са ограничен ресурс. Свободният за мобилни далекосъобщителни услуги диапазон от електромагнитния спектър е установен от международни конвенции. В рамките на този диапазон могат да бъдат експлоатирани паралелно само ограничен брой мрежи за мобилни далекосъобщения. За да се гарантира методична експлоатация на честотите и липса на всякакви смущения, държавното регулиране е неизбежно.

48. Решението UMTS задължава държавите-членки да установят необходимите административни процедури за въвеждане на UMTS услугите.

49. Директива 97/13 и националните актове, които я транспонират, представляват конкретната правна уредба, която държавите-членки следва да спазват при разпределянето на честотните ленти. По смисъла на член 10 от Директива 97/13 те следва да предоставят индивидуалните лицензии въз основа на обективни, недискриминационни, прозрачни, съразмерни и подробни критерии за подбор. Член 11, параграф 2 от Директива 97/13 позволява на държавите-членки да налагат такси предвид необходимостта от осигуряване на оптималното използване на този ресурс.

50. Република Австрия решава да възложи правата за използване на честотите чрез търг. Съгласно § 49а от TKG тръжната процедура следва да определи кандидатите, които предоставят гаранции за най-ефективното използване на честотите. Съгласно дадените от австрийското правителство указания целта не е била държавата да получи високи приходи.

51. От тези обстоятелства представилите становища държави-членки и Комисията заключават, че възлагането на права за използване на честотите от Telekom-Control-Kommission не е икономическа дейност по смисъла на член 4, параграфи 1 и 2 от Шеста директива, а мярка за регулиране на пазара.

52. Тази теза не може да бъде приета.

53. Въпросът дали една дейност представлява икономическа дейност за целите на ДДС зависи от нейния обективен характер, който се определя от конкретни външни обстоятелства. Обратно, преследваната с дейността цел, а именно да се регулира достъпа до пазара за мобилни далекосъобщения в съответствие с общностната правна уредба и да се намери най-подходящия оператор, е ирелевантна. Всъщност съгласно посочената съдебна практика [17] при квалифицирането на дейността не следва да бъдат отчитани цели от подобен характер.

54. Предмет на търговете е правото на използване за срок от двадесет години на определени радиочестоти за експлоатиране на мрежите за мобилни далекосъобщения. Това право или възможността то да бъде получено е придобито от предприятията, подали най-високи оферти на търговете.

55. Нито правната квалификация на предоставянето от страна на държавата на правата за използване на честотите — като административноправно разрешение или като гражданскоправна престация — нито определението на съответната насрещна престация на предприятието са определящи за установяването на обективния характер на дейността. Всъщност правата са предоставени само срещу заплащане на определената по време на търговете сума, така че паричната престация е пряко свързана с възлагането на правата. Освен това таксата за използване на честотите не е плащане, което покрива само административните разходи, свързани с възлагането на честотите.

56. Не е от решаващо значение и въпросът дали процедурата по възлагането на правата е имала за цел събиране на приходи. Обективно погледнато Telekom-Control-Kommission всъщност възлага правата срещу парична престация, която би трябвало да отразява тяхната икономическа стойност и която многократно надвишава разходите, направени с оглед тази процедура по възлагане. С определянето в тръжните правила на минимален размер на офертата от 50 милиона евро от самото начало се е предвиждало да бъдат събрани значителни приходи. За да се определи дали възлагането чрез търг е предмет на облагане с ДДС, няма никакво значение дали събирането на тези приходи е било основен мотив на държавата или е само допълнителна последица от този вид процедура по възлагане на права.

57. Фактът, че възлагането на правата за използване на честотите се вписва в нормативна рамка, продиктувана от общностното право, не изключва възможността то да бъде квалифицирано като икономическа дейност. Спазването на тези правни изисквания е само една (задължителна) насока, която не би трябвало да бъде отчитана при квалифици-

17 – Вж. решенията, посочени по-горе в бележка под линия 16.

рането на една дейност като икономическа или не [18].

58. От приложение Г, точка 7 към Шеста директива става ясно, че една регулаторна дейност може да подлежи на облагане с ДДС в качеството си на икономическа дейност. Сред дейностите, квалифицирани като дейности на държавата, които подлежат на облагане с ДДС в съответствие с член 4, параграф 5, трета алинея от Шеста директива, в това приложение са включени сделките със земеделски продукти, извършвани от интервенционни земеделски агенции в съответствие с регламентите относно общата организация на пазара на тези продукти. Ако една интервенционна агенция продава земеделски произведения от своя склад, тя трябва да плаща ДДС, макар че тези сделки служат преди всичко за регулиране на пазара, а не за събиране на приходи.

59. Въз основа на обективните външни характеристики на сделката на понятието за икономическа дейност може да бъде придаден широк обхват в съответствие с разбирането на Съда [19]. Ако на този етап от анализа приемем, че един публичноправен орган действа в изпълнение на своите нормативно определени функции, приложното поле на Шеста директива би било значително стеснено от самото начало. В този случай приложението на член 4, параграф 5 от Шеста директива би било твърде ограничено, въпреки че разпоредбата съдържа специални правила по отношение на органите на власт.

60. Вярно е, че по-специално в решението, известно като „SAT Fluggesellschaft“ [20], посочено от някои от страните по делото, Съдът приема че упражняването на публични правомощия не представлява икономическа дейност, регулирана от правилата на конкуренцията в Договора за ЕО.

61. Правилата на конкуренцията и Шеста директива обаче се основават на различни понятия за икономическа дейност. Правилата на конкуренцията разглеждат упражняването на публична власт като критерий за изключване на дадена икономическа дейност от тяхното приложно поле. Тези правила обаче не съдържат специални норми относно дейностите, извършвани от държавата при упражняването на публична власт.

62. Понятието за икономическа дейност по член 4, параграфи 1 и 2 от Шеста директива е по-широко от възприетото в правилата на конкуренция. Преди всичко тук упражняването на публична власт е без значение. Този аспект се отчита едва на по-късен етап от анализа, а именно в рамките на специалния режим на член 4, параграф 5. Тази разпоредба би била напълно излишна ако аналогично на правилата на конкуренцията Шеста директива бе напълно неприложима към действията на органите на власт.

18 – Вж. Решение по дело Комисия/Нидерландия (посочено по-горе в бележка под линия 15, точка 10), Решение по дело Комисия/Гърция (посочено по-горе в бележка под линия 15, точка 28) и Решение по дело Комисия/Обединено кралство (посочено по-горе в бележка под линия 15, точка 43).

19 – Вж. съдебната практика, посочена по-горе в бележка под линия 15.

20 – Решение от 19 януари 1994 г. (C-364/92, Recueil, стр. I-43, точка 30); вж. в това отношение и Решение от 18 март 1997 г. по дело Diego Calì & Figli (C-343/95, Recueil, стр. I-1547, точки 22 и 23) и Решение от 19 февруари 2002 г. по дело Wouters и др. (C-309/99, Recueil, стр. I-1577, точка 57).

2. Използване на имущество с цел получаване на редовен приход от него

63. В съответствие с член 4, параграф 2 от Шеста директива използването на материално или нематериално имущество с цел получаването на редовен приход от него също се счита за икономическа дейност. Правата за използване на честотите са нематериално имущество.

64. От установената съдебна практика следва, че в съответствие с принципа за неутралитет на общата система на ДДС понятието „използване“ следва да бъде отнесено до всички сделки без значение от тяхната правна форма [21]. Така например Съдът определя като използване на имущество отдаването под наем, което съгласно член 4, параграф 2 от Шеста директива се счита за икономическа дейност [22]. Срещу заплащане на възнаграждение Telekom-Control-Kommission прехвърля на жалбоподателите правото за използване на честотите за ограничен период от време. Тази сделка, която се приравнява на отдаване под наем или на аренда, трябва да счита за използване на нематериално имущество с цел получаване на редовен приход от него.

65. Finanzprokuratur, както и правителствата на Австрия, Дания и Нидерландия, обаче поддържат, че получените приходи нямат характер на *редовен* приход, тъй като възлагането на честоти е еднократна сделка.

66. Макар че понятието „nachhaltig“, което фигурира в немската езикова редакция, не е съвсем ясно, съпоставянето му с другите езикови редакции ясно показва, че получените приходи трябва да имат дългосрочен характер [23]. Следователно инцидентното използване с търговска цел на едно имущество не представлява икономическа дейност по смисъла на член 4, параграфи 1 и 2 от Шеста директива, както установява Съдът в Решение по делото Enkler [24].

67. Предоставянето на права за използване на честоти в настоящия случай обаче не представлява инцидентно използване в този смисъл. Едно кратко припомняне на обстоятелствата по дело Enkler ще изясни нещата. По това дело се поставя въпросът дали инцидентното отдаване под наем на каравана, която впрочем собственикът ѝ използва пред-

21 – Решение от 4 декември 1990 г. по дело Van Tiem (C-186/89, Recueil, стр. I-4363, точка 18), Решение от 26 юни 2003 г. по дело KapHag (C-442/01, Recueil, стр. I-6851, точка 37), Решение от 29 април 2004 г. по дело EDM (C-77/01, Recueil, стр. I-4295, точка 48) и Решение от 21 октомври 2004 г. по дело BBL (C-8/03, Recueil, стр. I-10157, точка 36).

22 – Решение от 26 септември 1996 г. по дело (C-230/94, Recueil, стр. I-4517, точка 22) и Решение то 27 януари 2000 г. по дело Heerma (C-23/98, Recueil, стр. I-419, точка 19). Вж. също Решение от 14 февруари 1985 г. по дело Rompelman (268/83, Recueil, стр. 655), в което Съдът квалифицира като икономическа дейност закупуването на бъдещо право на собственост върху част от сграда в строеж.

23 – Вж. например английската езикова редакция: „for the purpose of obtaining income therefrom on a continuing basis“,френската езикова редакция: „en vue d'en retirer des recettes ayant un caractère de permanence“, италианската езикова редакция: „per ricavarne introiti aventi un certo carattere di stabilità“ и испанската езикова редакция: „con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo“.

24 – Посочено по-горе в бележка под линия 22, точка 20

имно за лична употреба, трябва да бъде разглеждано като използване на имущество с цел получаване на редовен приход от него.

68. При преценката си Съдът изхожда от естеството на имуществото. Фактът, че имуществото е подходящо изключително за икономическа експлоатация по принцип е достатъчен, за да се заключи, че неговият собственик го използва за целите на своята икономическа дейност и следователно с цел получаването на редовни приходи от него. Обратно, ако поради своето естество едно имущество може да бъде използвано както за икономически, така и за лични цели, следва да се анализират всички условия за неговата експлоатация, за да се определи дали се използва с цел получаването на редовен приход [25].

69. Правото за използване на радиочестоти за предлагане на далекосъобщителни услуги UMTS и GSM може да бъде считано единствено за икономическа експлоатация. От това следва, че тук от самото начало не се поставя въпросът за разграничаването на експлоатацията с икономическа цел от експлоатацията за лични цели. Следователно не може да става въпрос и за инцидентна икономическа дейност, която се прикрива от експлоатацията за лични цели.

25 – Решение по дело Enkler (посочен по-горе в бележка под линия 22, точка 27).

70. Трансевропейската система за радиосъобщения TETRA следва обаче да служи общо за комуникацията между службите на реда и на сигурността. Ако те делегират използването на мрежата на частен оператор, тогава в това отношение също би била налице икономическа експлоатация на съответните честоти. Във всеки случай не е ясно и по какъв начин правата за използване на честотите, отдадени конкретно за трансевропейската система за радиосъобщения TETRA, само частично се използват за търговски цели.

71. Все пак фактът, че правата за използване на честотите са възложени еднократно за дълъг период, не прави инцидентна тяхната икономическа експлоатация. В това отношение меродавна е не честотата на сходните сделки, извършвани от едно данъчно-задължено лице, а това дали конкретното имущество е източник на редовни приходи. В настоящия случай няма никакво съмнение по този въпрос. Правото на използване на радиочестотите е предоставено за двадесет години и носи приходи на държавата през целия период.

72. Фактът, че таксата за използване на честотите е трябвало да бъде платена на две вноски веднага след възлагането на правата, а не под формата на периодично плащане, не променя по никакъв начин редовния характер на получаваните приходи. На теория таксата за използване на честотите е можело да бъде уредена и под друга форма. Прилагането на Шеста

директива обаче не може да се определя от начина на плащане на насрещната престация, който зависи от волята на страните.

73. Независимо от това правата за използване на честотите могат да бъдат отнети, прехвърлени или прекратени предсрочно, така че веднъж възложени, няма гаранция, че правото на използване ще се запази в продължение на двадесет години.

74. На последно място, предоставянето на ограничено по време право на използване на честотите не може да се сравнява с продажбата на ценни книжа, която по две причини Съдът не приравнява на икономическа дейност, освен ако тя не се извършва в рамките на търговско управление на имущество [26].

75. Приходите, получени от притежаването и продажбата на ценни книжа, т.е. дивидентите и капиталовата печалба, първоначално не са резултат от тяхното активно използване, а произтичат пряко от притежаването им. За разлика от тях приходите, получени от възлагането на честоти, не са доходи, произтичащи само от правото на разпореждане с тях, както дивидентите и капиталовите печалби, а са приходи от използването на това право.

76. От друга страна, приходите от продажбата на ценни книжа се получават еднократно. Веднъж излязло от патримониума на подавача, това имущество вече не може да бъде използвано с цел получаването на приходи от него. Обратно, държавата не се разделя окончателно с правото на разпореждане с честотите. Тя разполага отново с това право най-късно след изтичане на срока, за който са възложени честотите, и следователно то може да бъде възложено отново.

77. С оглед на посочените дотук съображения на шестия въпрос следва да се отговори така:

„С оглед на обстоятелствата на спора по главното производство възлагането от държавни органи чрез търг на правото за използване за даден период на определена част от електромагнитния спектър с цел предоставянето на мобилни далекосъобщителни услуги трябва да се приравни на използване на нематериално имущество с цел получаване на редовен приход от него и следователно на икономическа дейност по смисъла на член 4, параграфи 1 и 2 от Шеста директива.

26 – Решение от 20 юни 1996 г. по дело Wellcome Trust (C-155/94, Recueil, стр. I-3031, точка 32 и сл.) и Решение по дело EDM (посочено по-горе в бележка под линия 21, точка 57 и сл.). Вж. също решенията относно притежаването и закупуването на акции: Решение по дело KapHag, (посочено по-горе в бележа под линя 21, точка 38) и Решение от 26 май 2005 г. по дело Kretztechnik (C-465/03, Recueil, стр. I-4357, точка 19 и сл.).

Б – *По първия, втория, третия, четвъртия и петия преюдициален въпрос: условия, при които публичноправни субекти действат в качеството на данъчнозадължени лица*

1. Предварителни бележки по структурата на член 4, параграф 5 от Шеста директива.

78. Основното правило, посочено в член 4, параграф 5, първа алинея от Шеста директива предвижда, че държавите, регионалните и местните органи, както и другите публичноправни субекти, не са данъчнозадължени лица по отношение на дейностите или сделките, които извършват в качеството си на органи на власт. Така разпоредбата изключва третирането на органите на власт като данъчнозадължени лица дори когато те извършват икономическа дейност по смисъла на член 4, параграфи 1 и 2 от Шеста директива. По този начин упражняването на публична власт се приравнява на действията на частен потребител.

79. По смисъла на втора алинея обаче държавата се счита, като изключение от първа алинея, за данъчнозадължено лице, когато третирането ѝ като данъчно незадължено лице би довело до значително нарушаване на конкуренцията. Тази разпоредба се основава на идеята, че определени държавни органи могат дори когато извършват доставки при упражняване на публична власт, да влязат в конкуренция с частноправни лица. Следователно целта на тази разпоредба е да гарантира данъчния неутралитет [27].

80. На последно място, по смисъла на трета алинея държавните органи се считат за данъчнозадължени лица за дейностите, изброени в приложение Г, при условие че същите не се извършват в толкова малък размер, за да бъдат определени като незначителни. Следователно не се налага да бъде разглеждан въпросът дали държавата извършва изброените дейности при упражняване на публична власт.

81. Посочените в приложение Г области, включително и далекосъобщителните услуги, се отнасят по същество до икономически доставки [28], които единствено поради тяхното значение от общ интерес са или са били извършвани най-често от държавата при упражняване на публична власт, но които биха могли да бъдат извършвани и от частни предприятия [29]. Междувременно някои от посочените икономически сектори са били либерализирани. Така частните предприятия фактически се конкурират ту с частни опера-

27 – Решение от 17 октомври 1989 г. по дело Comune di Carpaneto Piacentino и др. (посочено по-горе в бележка под линя 14, точка 22).

28 – Вж. заключението на генерален адвокат Alber от 29 юни 2000 г. по дело Fazenda Pública (Решение от 14 декември 2000 г., C-446/98, Recueil, стр. I-11435, точка 69).

29 – Приложение Г посочва 13 вида дейности освен далекосъобщенията, между които например доставката на вода, газ, електроенергия, превоза на стоки и пътници, пристанищните и летищни услуги, провеждането на търговски панаири и изложения, дейностите на пътнически агенции, стопанисването на служебни магазини, кооперации и промишлени столове, и подобни заведения и други.

тори, ту с бившите държавни монополи. Още с приемането ѝ през 1977 г. Шеста директива явно отчита това развитие.

82. Ако възлагането на честоти за мобилни далекосъобщения в сектора на далекосъобщенията трябва да бъде квалифицирано като дейност, която не е незначителна, то във всички случаи ще се облага с ДДС независимо от упражняването на публична власт или от конкретно нарушаване на конкуренцията.

83. С оглед структурата на разпоредбата след анализа на първия, втория и третия въпрос следва да се разгледа направо петия въпрос, който се отнася до тълкуването на член 4, параграф 5, първа алинея от Шеста директива. Всъщност само ако възлагането на правата за използване на честотите се извършва при упражняване на публична власт, е необходимо да се определи дали действащият публичноправен субект е данъчнозадължено лице по смисъла на член 4, параграф 5, втора алинея, доколкото в противен случай би имало опасност от нарушаване на конкуренцията.

2. По първия преюдициален въпрос: включва ли понятието „далекосъобщения“ от приложение Г към Шеста директива възлагането чрез търг на права за използване на честоти?

84. Страните спорят по същество по въпроса дали понятието „далекосъобщения“, посочено в точка 1 от приложение Г, включва само предлагането на самите далекосъобщителни услуги [30], както поддържат правителствата, представили становища, и Комисията, или включва и свързаните с него дейности, а следователно и предоставянето на права за използване на честотите, така както смятат жалбоподателите.

85. Формулировката в приложение Г не внася яснота по този спорен въпрос. Не може да бъде отдадено никакво значение на факта, че немската езикова редакция съдържа вече остарелия термин „Fernmeldewesen“, а не „Telekommunikation“. В другите езикови редакции на това място се среща терминът, който се използва понастоящем в съответния език (вж. например „telecommunications“ или „télé-

30 – Правителството на Обединеното кралство се позовава в това отношение на определението за далекосъобщителни услуги, дадено в член 2, точка 4 от Директива 90/387/ЕИО на Съвета от 28 юни 1990 година относно създаването на вътрешен пазар за далекосъобщителни услуги чрез прилагане на подхода на отворена мрежа (ONP — Open Network Provision) (ОВ L 192, стр. 1), междувременно отменена, по смисъла на която „далекосъобщителни услуги“ [са] „услуги, които се състоят изцяло или отчасти в пренасянето или предаването на сигнали по далекосъобщителни мрежи посредством далекосъобщителни способи, с изключение на радиоразпръскването и на телевизията.“

communications"). Освен това термините „Fernmeldewesen" и „Telekommunikation" в широк смисъл са синоними.

— Историческо тълкуване

86. При едно историческо тълкуване може да се поддържа, че предоставянето на честоти за мобилни далекосъобщения на частни предприятия не се обхваща от термина „далекосъобщения", тъй като по време на приемането на директивата през 1977 г., държавните пощи са предоставяли пряко всички далекосъобщителни услуги. Следователно общностният законодател вероятно първоначално не е имал намерение да приема правила относно възлагането на далекосъобщителни честоти на частни оператори.

87. T-Mobile Austria обаче предлага в рамките на историческото тълкуване да се вземе предвид изменението на фактическите обстоятелства (еволюционно тълкуване) и да се отговори на въпроса какво разрешение би дал историческият законодател на настоящата ситуация [31]. При този подход не би било изключено в понятието за далекосъобщителни услуги законодателят да е искал да включи и възлагането на честотите.

31 – За това историческо тълкуване T-Mobile Austria се позовава на K. Larenz, *Juristische Methodenlehre*, 6-то издание, Мюнхен 1991 г., стр. 329 и 344.

88. Историческото тълкуване обаче при всички случаи има само допълнително значение и не е решаващо само по себе си [32]. По-нататък разпоредбите на Шеста директива следва да бъдат тълкувани систематично, като се обърне по-специално внимание на нейната цел.

— Систематично тълкуване

89. В систематичен план интерес представлява на първо място определението за доставка на далекосъобщителни услуги, дадено в член 9, параграф 2, буква д), десето тире от Шеста директива [33]. То гласи следното:

„За далекосъобщителни услуги се считат услугите, свързани с пренасяне, излъчване или получаване на сигнали, писма, образи и звуци или информация от всякакъв характер чрез жични, радио-, оптически или други електромагнитни системи, включително свързаното с това прехвърляне или отстъпване на правото да се

32 – Вж. в това отношение мое заключение представено на 13 юли 2006 г. по дело Robins и др. (C-278/05, висящо пред Съда) точки 80 и 81.

33 – Тази разпоредба е включена с Директива 1999/59/ЕО на Съвета от 17 юни 1999 г. относно изменение на Директива 77/388/ЕИО по отношение на реда за облагане на далекосъобщителните услуги с данък добавена стойност (ОВ L 162, стр. 63).

използва капацитетът за пренасяне, излъчване и получаване. [...]“ [неофициален превод]

90. Член 9 определя мястото, което се счита за място на изпълнение при доставките на услуги. В тази връзка параграф 2, буква д) също посочва по отношение на дефинираните в него доставки на далекосъобщителни услуги, че при доставките на услуги зад граница място на изпълнение е мястото, където е седалището на получателя.

91. Доколкото някои правителства и Комисията изобщо считат, че е уместно позоваването на това определение, те са на мнение, че то включва само доставката на далекосъобщителни услуги в тесен смисъл. Според тях правата на използване, изброени в тази разпоредба, а именно „капацитетът за пренасяне, излъчване и получаване“, визират инфраструктурата, а не правата за използване на честотите.

92. Някои от жалбоподателите тълкуват в обратния смисъл този пасаж, чиято английска езикова редакция гласи „including the related transfer or assignment of the right to use capacity for such transmission, emission or reception“. Според тях понятието „капацитет“ е използвано именно в смисъл на „frequency spectrum capacity“.

93. Наистина английската езикова редакция позволява такова тълкуване. Текстовете на останалите езици обаче потвърждават тълкуването на правителствата, представили становища, и на Комисията [34]. В случай на несъответствия между различните езикови редакции особена тежест придобива целта на разпоредбата [35], която в този случай също е аргумент срещу това да се включи възлагането на честотите.

94. Както нидерландското правителство правилно посочва, режимът трябва да гарантира, че далекосъобщителните услуги, извършени от доставчици в трети държави на получатели в Общността, ще бъдат обложени в Общността [36]. Това съображение се отнася само до далекосъобщителните услуги в тесен смисъл, тъй като правата за използване на честотите във всички случаи са отдадени във всяка държава от съответните национални органи. Освен това е много вероятно приобретателите, а именно получателите на лицензията, в повечето случай да бъдат установени в държавата, в която е възложена честотата, тъй като е малко вероятно една UMTS далекосъоб-

34 – Освен немската езикова редакция вж. и италианската езикова редакция (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), нидерландската езикова редакция (met inbegrip van de daarmee samenhangende overdracht en verlening van rechten op het gebruik van infrastructuur voor de transmissie, uitzending of ontvangst) и френската езикова редакция (y compris la cession et la concession y afférentes d'un droit d'utilisation de moyens pour une telle transmission, émission ou réception).

35 – Вж. Решение от 27 март 1990 г. по дело Cricket St. Thomas (C-372/88, Recueil, стр. I-1345, точка 19), Решение от 5 юни 1997 г. по дело SDC (C-2/95, Recueil, стр. I-3017, точка 22) и Решение от 14 септември 2000 г. по дело D. (C-384/98, Recueil, стр. I-6795, точка 16).

36 – Вж. четвъртото съображение от Директива 1999/59 (посочена по-горе в бележка под линия 35), което гласи следното: „Трябва да бъдат предприети действия, които в частност да гарантират, че далекосъобщителните услуги, които се ползват от лица, установени в Общността, се облагат в самата Общност“.

щителна мрежа да бъде изградена и експлоатирана без място на установяване или дъщерно дружество в съответната държава.

95. Освен това някои правителства и Комисията се позовават на определението за далекосъобщителни услуги, което се съдържа в приетите в тази област директиви за вътрешния пазар. Напълно в съответствие с практиката на Съда е Шеста директива да се тълкува, като се вземат предвид и определенията, съдържащи се в правните актове, които уреждат въпросната материя и които не преследват цели, различни от целите на правната уредба на ДДС [37].

96. Член 2, точка 4 от Директива 90/387/ЕИО на Съвета от 28 юни 1990 година относно създаването на вътрешен пазар за далекосъобщителни услуги чрез прилагане на подхода на отворена мрежа [38] определя далекосъобщителните услуги като „услуги, които се състоят изцяло или отчасти в пренасянето или предаването на сигнали по далекосъобщителни мрежи посредством далекосъобщителни способи, с изключение на радиоразпръскването и на телевизията." [неофициален превод] Съгласно тази разпоредба възлагането на права за използване на честоти не е далекосъобщителна услуга.

97. Съществуват обаче съмнения дали цитираните определения могат да се прилагат без ограничения в приложение Г, тъй като се отнасят до „Telekommunikations*dienste*" или до „Telekommunikations*dienstleistungen*" („telecommunication services" в английската езикова редакция), докато приложение Г посочва „Fernmeldewesen" („telecommunications" в английската езикова редакция). Това понятие може да се разглежда като едно по-широко описание на тази област, която включва и дейности, различни от далекосъобщителните услуги в тесен смисъл.

— Телеологично тълкуване

98. Решаващо значение обаче има целта на разпоредбата на член 4, параграф 5, трета алинея от Шеста директива, разглеждана във връзка с приложение Г към нея. Както посочва генералният адвокат Alber, изброените в приложение Г дейности са тези, чиято икономическа насоченост е явна и първостепенна [39].

99. Тъй като с оглед на естеството си тези дейности са или биха могли да бъдат извършвани и от частни предприятия, по

37 – Вж. напоследък Решение от 4 май 2006 г. по дело Abbey National и др. (C-169/04, Recueil, стр. I-4027, точка 61 и сл.), както и точка 73 и сл. от заключението ми по това дело от 8 септември 2005 г.

38 – Директива 90/387 междувременно е отменена с Директива 2002/21 (посочена по-горе в бележка под линия 11). Определението за електронни съобщителни услуги е посочено в член 2, буква в) от новата рамкова директива, включва далекосъобщенията и по подобие на предходната директива се основава на пренасянето на сигнали по електронни съобщителни мрежи.

39 – Заключение по дело Fazenda Pública (посочено по-горе в бележка под линия 28, точка 69).

принцип се приема, че те оказват значително въздействие върху конкуренцията. Целта на правната уредба в този случай е да приравни държавата на частно данъчнозадължено лице. По смисъла на втора алинея дейностите или сделките, извършвани от държавата, подлежат на облагане с ДДС само ако е налице опасност от значително нарушаване на конкуренцията.

100. Приравняването на държавата на частно данъчнозадължено лице има смисъл само по отношение на далекосъобщителните услуги в тесен смисъл, тъй като те междувременно могат да бъдат предоставени и от частни предприятия. За сметка на това понастоящем [40] еднократното възлагане на права за използване на честоти е запазено за държавата [41]. Дори когато възлагането на правата за използването на честотите може при определени обстоятелства евентуално да се конкурира с препродажбата на тези права от частни предприятия [42], при тази дейност не се налага общо приравняване на държавата на частно данъчнозадължено лице. По-скоро във всички случаи следва да се прецени дали облагането с данък на дейността на държавата е необходимо за защита на конкуренцията с оглед изискванията на член 4, параграф 5, втора алинея от Шеста директива.

101. Поради това на първия въпрос следва да се отговори, че понятието „далекосъобщения", посочено в точка 1 от приложение Г към Шеста директива, понастоящем не включва възлагането от държавата на права за използване на честоти с оглед предоставянето на мобилни далекосъобщителни услуги.

3. По втория и третия преюдициални въпроси: значителна дейност по смисъла на член 4, параграф 5, трета алинея от Шеста директива

102. Съгласно член 4, параграф 5, трета алинея от Шеста директива следва да са налице две кумулативни условия, за да може във всички случаи публичноправните субекти да бъдат приравнени на данъчнозадължени лица: те трябва да извършват една от дейностите, изброени в приложение Г и тази дейност не трябва да се извършва в толкова малък размер, че да бъде определена като незначителна.

103. Както беше установено при отговора на първия въпрос, възлагането от страна на Telekom-Control-Kommission на правата за използване на честотите не е включено в понятието „далекосъобщения" по смисъла на точка 1 от приложение Г към към Шеста директива.

40 – Комисията обаче обмисля възможността да възприеме по-ориентиран към пазара подход по отношение на управлението на честотите (вж. Известие на Комисията от 14 септември 2005 г., Основан на пазара подход в областта на управлението на радиочестотния спектър в Европейския съюз, COM (2005) 400 окончателен).

41 – В това отношение виж точка 102 и сл. по-долу.

42 – Вж. съображенията, изложени по четвъртия преюдициален въпрос (точка 124 и сл. по-долу).

104. От това следва, че не е необходимо да се разглежда дали дейността е значителна, макар че държавата-членка получава значителна такса от нея, което е обект на третия въпрос. В това отношение са без значение евентуалните последици от неточното транспониране на директивата в националното законодателство. Поради това не следва да се отговаря на втория и на третия въпрос.

4. По петия въпрос: дейност като орган на власт по смисъла на член 4, параграф 5, първа алинея от Шеста директива

105. Съгласно член 4, параграф 5, първа алинея от Шеста директива, за да се приложи правилото за третиране като данъчно незадължени лица, е необходимо да бъдат изпълнени две кумулативни условия, а именно дейността да се извършва от публичноправни субекти и при извършването ѝ те да действат в качеството си на органи на власт [43].

106. Що се отнася до първото условие, Съдът е определил, че дейност, извършвана от частно лице, не е освободена от ДДС само поради факта че тя се състои в извършването на действия, които попадат в правомощията на органи на власт [44]. В това отношение Съдът има предвид независими икономически оператори, които не принадлежат към системата на публичната администрация [45].

107. Telekom-Control-Kommission е интегрирана в Telekom-Control GmbH. Макар по своята форма това да е частноправно дружество, нито една от страните не изразява съмнение, че Telekom-Kontrol-Kommission следва да бъде считано за неразделна част от публичната администрация. Препращащата юрисдикция следва да установи дали тази квалификация е в съответствие с вътрешното право.

108. В Решение по дело Fazenda Pública v Câmara Municipal do Porto [46], Съдът уточнява второто условие по следния начин:

„Що се отнася до последното условие, начинът на упражняване на съответната дейност позволява да бъде определен обхватът на третирането на публичноправните субекти като данъчно незадължени лица [...] [47].

43 – Решение от 25 юли 1991 г. по дело Ayuntamiento de Sevilla (C-202/90, Recueil, стр. I-4247, точка 18), както и Решение по дело Комисия/Гърция (посочено в бележка под линия 15, точка 34) и Решение Комисия/Обединено кралство (посочено в бележка под линия 15, точка 49).

44 – Вж. Решение по дело Комисия/Нидерландия (посочено в бележка под линия 15, точка 21), Решение по дело Ayuntamiento de Sevilla (посочено в бележка под линия 43, точка 19) и Решение по дело Комисия/Гърция (посочено в бележка под линия 15, точка 40).

45 – Вж. Решение по дело Комисия/Нидерландия (посочено в бележка под линия 15, точка 22) и Решение по дело Ayuntamiento de Sevilla (посочено в бележка под линия 43, точка 20).

46 – Решение по дело Fazenda Pública посочено в бележка по линия 28 (точки 16 и 17).

47 – Съдът се основава на Решение от 17 октомври 1989 г. по дело Comune di Carpaneto Piacentino и др. (посочено в бележка под линия 14, точка 15) и Решение от 15 май 1990 г. по дело Comune di Carpaneto Piacentino и др. (C-4/89, Recueil, стр. I-1869, точка 10).

Така съгласно установената практика на Съда дейностите, извършени в качеството на органи на власт по смисъла на член 4, параграф 5, алинея 1 от Шеста директива, са дейностите, извършени от публичноправните субекти в рамките на специфичния за тях правен режим, с изключение на тези, които те извършват при същите правни условия като приложимите по отношение на частните икономически оператори [...] [48].“

109. Съдът добавя, че предметът или целта на дейността са ирелевантни [49].

110. Жалбоподателите смятат, че при възлагането чрез търг на правата за използване на честотите държавата действа като частен икономически оператор. Тя си служи с инструмент на частното право и събира значителни по размер такси за възлагането на честотите.

111. От друга страна, представилите становища държави-членки и Комисията подчертават, че съгласно релевантните разпоредби на общностното и националното право възлагането на права за използване на честотите е запазено само за държавата, която има специфични задължения в това отношение.

112. В това отношение следва да се има предвид, че в съответствие с член 2, параграф 1, точка а) от Директива 97/13 само национален регулаторен орган може да предоставя индивидуални лицензии за използване на далекосъобщителната мрежа. В тази връзка регулаторният орган трябва да спазва условията, посочени в членове 9 и 10 от директивата. Тъй като една държава-членка може да предоставя само ограничен брой индивидуални лицензии, тя трябва да извърши подбора въз основа на обективни, недискриминационни, прозрачни, съразмерни и подробни критерии (член 10, параграф 3 от Директива 97/13). Таксите, които се събират на това основание, следва да отговарят на условията по член 11, параграф 2 от тази директива.

113. Макар крайната преценка на националния правен контекст да се извършва от препращащата юрисдикция, не съществува никакво съмнение, че съгласно TKG първоначалното възлагане на честоти може да бъде извършено единствено и само от Telekom-Control-Kommission. Задълженията, които са ѝ възложени в това отношение от националното законодателство, се основават на поставените от Директива 97/13 изисквания.

114. Никое частно предприятие не може да предоставя пряко права от такова естество. Частните предприятия обаче могат да прехвърлят помежду си възложените от държавата честоти. Прехвър-

48 – Съдът се основа на Решение по дело Комисия/Обединено кралство, точка 50 и Решение по дело Комисия/Гърция, точка 35, посочени по-горе в бележка под линия 15, както и на други решения по паралелни дела.

49 – Решение от 17 октомври 1989 г. по дело Comune di Carpaneto Piacentino и др. (посочено в бележка под линия 14, точка 13) и Решение по дело Fazenda Pública (посочено в бележка под линия 28, точка 19).

лянето обаче не може да бъде сравнено с първоначалното възлагане, тъй като то се основава само на едно вторично право на разпореждане, докато първоначалното възлагане е функция на държавата. Никой не би приравнил размяната на банкноти между частни лица на правомощието на държавата да ги емитира. От това може да се заключи, че възлагането на права за използване на честотите чрез търг е дейност, която се извършва от държавен орган в рамките на упражняването на публична власт.

115. Този извод не е несъвместим с факта, че държавата е възложила честотите чрез търг, т.е. гражданскоправна процедура, към която могат да прибягват и частни лица.

116. В това отношение повече не е необходимо да се поставя въпросът какво е значението на търговете в рамките на цялостната процедура по възлагане. Някои от жалбоподателите поддържат в това отношение, че търговете пораждат гражданскоправен договор, чийто предмет е предоставянето на права за използване на честотите. Други обратно, подържат, че същинското възлагане е извършено с последващия административен акт. Следователно търговете са послужили единствено за подбора на предприятията, на които в последствие са прехвърлени права в необходимата административна форма.

117. Съдът счита, че начинът, по който се извършва дейността, е от определящо значение. Би било твърде стеснително обаче тълкуването на това понятие да се ограничи до начина на извършване, т.е. до формата на акта. Важно е преди всичко да се установи дали приложимите разпоредби в крайна сметка позволяват на частни предприятия да извършват аналогична дейност. При положителен отговор на този въпрос държавата би трябвало да се третира като данъчнозадължено лице, за да не се наруши неутралитета на облагането с ДДС. Обратно, фактът, че държавата упражнява правомощия, които са ѝ поверени изрично в рамките на процедура, съществуваща и в гражданското право, не оказва никакво влияние върху данъчния неутралитет.

118. Според жалбоподателите упражняване на публична власт е налице само когато държавата приема административни актове, т.е. когато нейната дейност се регулира строго от административното право. Съдът обаче изрично отхвърля това схващане в решенията, постановени по делата за магистралните такси [50].

119. От факта, че управлението на обществените паркинги е свързано с упражняването на властнически правомощия, в Решение по дело Fazenda Pública/Câmara Municipal do Porto [51] Съдът заключава обаче, че тази дейност е обект на специален публичноправен режим. Действие, регулирано от административ-

50 – Решение по дело Комисия/Обединено кралство (посочено по-горе в бележка по линия 15, точка 15) и Решение по дело Комисия/Гърция (посочено по-горе в бележка под линия 15, точка 36).

51 – Посочено по-горе в бележка под линия 46, точка 22.

ното право, при което отношенията между гражданите и държавата се развиват в условията на власт и подчинение, се счита от Съда за признак на упражняване на публична власт по смисъла на член 4, параграф 5, първа алинея от Шеста директива, без да е задължително условие за това упражняване [52].

120. Еднаквото прилагане на Шеста директива би било застрашено, ако се вземат предвид само нормите, които уреждат формата на дейността, тъй като е възможно някои държави-членки да си служат по-често с инструменти на частното право, отколкото други държави членки. Разграничението между публичноправните инструменти и тези на частното право също може да бъде различно в отделните национални правни системи.

121. Освен това следва да се посочи, че член 4, параграф 5, първа алинея от Шеста директива поставя единствено изискването сделките да бъдат извършени от субекти, действащи *в качеството си на органи на власт* [53]. При това положение възлагането чрез търг на правата за използване на честотите не следва да се разглежда само по себе си. Тази дейност се вписва по-скоро в общата рамка на управлението на честотите и на регулирането на далекосъобщителния сектор. В този контекст държавата упражнява по същество властнически правомощия, по-специално когато транспонира в националното право изискванията на решението UMTS или на директивите в областта на вътрешния пазар.

122. Впрочем няма никакво противоречие в това при настоящата преценка да се вземе предвид по-широкия правен контекст на дейността, докато при квалификацията на една дейност като икономическа единствено определящ трябва да бъде външният ѝ аспект. Това по-добре съответства на логиката на член 4 от Шеста директива на първо място да гарантира пълното ѝ прилагане чрез широко тълкуване в параграфи 1 и 2, а след това, при прилагането на параграф 5 да отчете конкретната правна обстановка, в която действа държавата.

123. На последно място, квалификацията на възлагането на честотите чрез търг като дейност, която се извършва в качеството на орган власт, не се поставя под съмнение от факта, че държавата е получила значителни приходи в резултат на това възлагане. Несъмнено, както беше доказано, това може да придаде икономически характер на дейността на държавата по смисъла на член 4, параграф 2 от Шеста директива. Въпреки това, когато действа въз основа на специален правен режим, който е приложим само към нея, държавата продължава да упражнява публична власт.

52 – Вж. Решение от 15 май 1990 г. по дело Comune di Carpaneto Piacentino и др. (посочено по-горе в бележка по линия 47, точка 11).

53 – В Решение по дело Fazenda Pública (посочено по-горе в бележка под линия 28, точка 22) Съдът не разглежда изолирано и отдаването под наем на едно място за паркиране, а общо управлението на обществените паркинги.

124. Поради това на петия въпрос следва да се отговори така:

„Под дейности, извършвани в качеството на орган на власт по смисъла на член 4, параграф 5, първа алинея от Шеста директива, се разбират дейностите, които публичноправните субекти извършват в рамките на специален публичноправен режим. Обстоятелството, че при осъществяване на поверените ѝ изключителни функции държавата си служи с присъща на гражданското право процедура или че реализира значителни приходи от дейността, не изключва възможността тя да действа в качеството си на орган на власт."

5. По четвъртия преюдициален въпрос: води ли третирането като данъчно незадължено лице до значително нарушаване на конкуренцията?

125. По смисъла на член 4, параграф 5, втора алинея от Шеста директива държавните органи, които извършват дейности в качеството си на органи на власт, се считат за данъчнозадължени лица по отношение на дейностите, при които третирането им като данъчно незадължени лица би довело до значително нарушаване на конкуренцията.

126. В Решение по дело Comune di Carpaneto Piacentino и др. Съдът постановява, че държавите-членки са длъжни:

„да осигурят третирането като данъчнозадължени лица на публичноправните субекти по отношение на дейностите, които извършват в качеството си на органи на власт, когато тези дейности могат да бъдат извършвани в конкуренция с тях и от частни лица, ако третирането им като данъчно незадължени лица може да доведе до значително нарушаване на конкуренцията [...]"[54].

127. Тъй като единствено държавата възлага права за използване на честоти, в момента, в който е обявен търг за честотите, всяка конкуренция между идентични услуги, извършвани от държавата и от други оператори, е изключена. Жалбоподателите обаче подържат, че възлагането на честоти от държавата, при условията на освобождаване от ДДС, би могло да влезе в конкуренция с една последваща препродажба на права за използване на честоти от частни оператори.

128. В това отношение най-напред следва да се посочи, че качеството на данъчнозадължено или данъчно незадължено лице по принцип трябва да се преценява към момента на извършване на доставката[55]. От това следва, че именно към този момент следва да налице и въздействието върху конкуренцията.

54 – Решение от 17 октомври 1989 г. по дело Comune di Carpaneto Piacentino и др. (посочено по-горе в бележка под линия 14, точка 24). Вж. също Решение от 8 юни 2006 г. по дело Feuerbestattungsverein Halle (C-430/04, стр. Recueil, стр. I-4999, точка 25).

55 – Решение от 2 юни 2005 г. по дело Waterschap Zeeuws Vlaanderen (C-378/02, Recueil, стр. I-4685, точка 32).

129. Това предполага, че към момента на възлагане на честотите вече е съществувал пазар на въпросните права на използване, т.е. първо, че вече са съществували подобни права на използване и второ, че тези права са могли да бъдат прехвърляни между частни предприятия. Само при тези условия възлагането на честоти от държавата се намира в конкуренция с прехвърлянето на права за използване на честотите от частните предприятия.

130. Вярно е, че в Решение по дело Taksatorringen [56] Съдът е определил по същество, че член 13а, параграф 1, буква е) от Шеста директива визира и нарушаване на конкуренцията, което освобождаването би могло да породи в бъдеще. Необходимо е обаче да съществува реална опасност от нарушаване на конкуренцията [57].

131. Опасността от нарушаване на конкуренцията може да бъде реална, макар понастоящем да няма конкуренти, предлагащи конкурентни услуги, които подлежат на облагане с ДДС. В действителност едно неблагоприятно изходно положение може само по себе си да обезкуражи потенциалните конкуренти да участват активно на пазара. Опасност от подобен характер обаче е изключена, когато поради съществуващата правна уредба няма потенциален конкурент, който може да направи оферта, конкурираща възлагането на честоти от държавата.

132. Що се отнася до честотите за мобилни UMTS далекосъобщения следва да се посочи, че през 2000 г. на пазара не е съществувало никакво право за използване на подобни честоти. Не е сигурно дали същото се отнася и за правата за използване на честотите GSM-DCS-1800, които са били отдадени на tele.ring през 1999 г., и за честотите за трансевропейската система за радиосъобщения TETRA, получени от master-talk през февруари 2000 г.

133. Ако правата за използване на подобни честоти вече са съществували през разглеждания период, трябва да се уточни дали действащата към този момент вътрешна правна уредба е позволявала тяхното прехвърляне между частни предприятия. Прехвърлянето между частни предприятия от своя страна следва да бъде облагано с ДДС.

134. Безспорно е, че едва през 2003 г. с новата редакция на TKG става възможна търговията с честоти в тесен смисъл, която също е обхванатата от условията, предвидени в член 9, параграф 4 от Директива 2002/21. Станалото възможно оттогава прехвърляне на права за използване на честоти обаче не оказва влияние върху състоянието на конкуренцията към момента на възлагането на честотите. Ако държавата понастоящем отново възлага

56 – Решение от 20 ноември 2003 г. по дело Taksatorringen (C-801/01, Recueil, стр. I-13711).

57 – Решение по дело Taksatorringen, точка 63.

честоти, това обстоятелство следва да се вземе предвид [58].

135. Страните спорят по въпроса дали вече съществуващата възможност за прехвърляне на една концесия, включваща свързаните с нея права за използване на честотите, представлява доставка, която конкурира възлагането на честоти от държавата [59]. Дали такъв случаят е зависи от тълкуването, което ще получат нормите на вътрешното право, което следва да бъде извършено от препращащата юрисдикция.

136. Дори ако по отношение на честотите TETRA и GSM вече е съществувала потенциална конкуренция между възлагането от държавата и прехвърлянето от частни предприятия, извършената от държавата сделка следва да бъде обложена с данък само ако липсата на облагане би довела съгласно констатациите на препращащата юрисдикция до *значително* нарушаване на конкуренцията по смисъла на член 4, параграф 5, втора алинея от Шеста директива.

137. Такъв би бил случаят например, ако държавата доставя на крайните потребители същата услуга като частните предприятия, така че клиентите биха платили в първия случай цената без ДДС, а във втория цената с ДДС [60]. Тъй като крайните потребители нямат право да приспаднат платения ДДС, услугата на частните оператори би била с толкова по-скъпа, колкото е пълният размер на ДДС.

138. Ако от друга страна, едно *данъчно-задължено лице* придобие правата за използване на честоти от частно предприятие, това би било по-неизгодно от придобиването им от държавата само в особени случаи, и то в относителна степен, тъй като платеният ДДС би могъл или да бъде приспаднат веднага като данък по получени доставки, или да бъде възстановен в кратък срок. Разходите, свързани с предварително финасиране, могат да представляват значителни суми като абсолютна стойност, но в сравнение с общите разноски по придобиването на правата за използване на честотите тези разходи по принцип не могат да достигнат до размер, който би могъл да доведе до значително нарушаване на конкуренцията.

58 – Съгласно Решение CER (02) 06 Европейският съюз решава да освободи честотната лента 2500—2690 MHz от 1 януари 2008 г. за системите IMT-2000 в допълнение към честотите, за които вече има предоставени лицензии за първите 3G услуги.

59 – T-Mobile Austria обаче посочва, че прехвърлянето на концесия се извършва заедно с прехвърлянето на цялото предприятие. В този случай облагането на сделката с ДДС зависи от направеното транспониране на член 5, параграф 8 от Шеста директива.

60 – Хипотезата на жалбоподателите, съгласно която едно данъчно незадължено лице (например публичен орган), което няма право да приспадне ДДС, закупува честота е малко вероятна. Ако един публичен орган използва честотата в съответствие с нейното предназначение, с цел да доставя възмездно далекосъобщителни услуги, то той е данъчнозадължено лице съгласно член 4, параграф 5, трета алинея във връзка с приложение Г към Шеста директива. Идеята, че приспадането може да бъде изключено, когато лицензиите няма да бъдат използвани повече за извършване на дейности, които подлежат на облагане с ДДС, също е по-скоро хипотетична.

139. Макар търговията с UMTS честоти да е била възможна само след тяхното възлагане и въвеждането на правна уредба за тяхното прехвърляне, жалбоподателите считат, че тяхното възлагане от държавата, освободено от ДДС, в този случай би могло да доведе до нарушаване на конкуренцията.

140. Както беше посочено обаче, необходимо е да съществува потенциално конкурентно отношение към момента на съответната сделка. Вероятността впоследствие да бъдат установени необходимите правни условия не е достатъчна, тъй като плащането на данъка не може да зависи от относително несигурни прогнози. От друга страна, неудобството за тези, които впоследствие придобиват права за използване на честоти от частен оператор, би се свело само до евентуалните разходи по плащане на ДДС, който не може да бъде приспаднат веднага, което не води до значително нарушаване на конкуренцията.

141. Колкото по-дълъг е периодът между възлагането на честоти от държавата и възникването на пазар на честотите, толкова повече се изменя пазарът като цяло. Други фактори, като например нова оценка на икономическата стойност на използването на честотите с оглед развитието на конкурентни на мобилните UMTS далекосъобщения технологии, биха имали съвсем различна тежест от евентуалната загуба на ликвидност, произтичаща от временното плащане на данъка по получени доставки. Това съображение също показва, че може да се приеме, че е налице нарушаване на конкуренцията по смисъла на член 4, параграф 5, втора алинея от Шеста директива само когато доставките са налице едновременно и потенциалният купувач има реален избор между две сравними оферти.

142. При това положение на четвъртия въпрос трябва да се отговори така:

„Значително нарушаване на конкуренцията по смисъла на член 4, параграф 5, втора алинея от Шеста директива е налице само когато третирането на държавата като данъчно незадължено лице води до реална опасност от сериозно засягане на конкуренцията с оператори, които действително или потенциално предлагат конкурентни услуги. Такава опасност по принцип не съществува, когато в момента, в който държавата извършва услугата, действащият правопорядък изключва възможността частни оператори на пазара да извършват услуги, които са конкурентни на услугите, извършвани от държавата."

B – *По седмия въпрос: дали таксата за използване на честотите представлява нетна ли брутна сума?*

143. С този въпрос препращащата юрисдикция иска да установи дали съгласно Шеста директива таксата за използване на

честотите представлява брутно или нетно плащане, т.е. дали договореното плащане включва вече ДДС или следва да се прибави ДДС.

144. Тъй като вече беше установено, че възлагането на честотите е сделка, която не подлежи на облагане с ДДС, не следва да се отговаря на седмия въпрос.

145. Независимо от това Шеста директива не дава отговор на този въпрос. Дали таксата ще включва ДДС зависи по-скоро от сключеното между страните конкретно споразумение. Ако то не е ясно, намерението на страните следва да бъде установено съгласно правилата за тълкуване на приложимото вътрешно право, което е единствено от компетентността на националните юрисдикции.

V – Заключение

146. В заключение предлагам да се отговори на въпросите на Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien, както следва:

„1) Възлагането от държавни органи чрез търг на правото на използване за даден период на определена част от електромагнитния спектър с цел предлагане на мобилни далекосъобщителни услуги, с оглед на обстоятелствата на спора по главното производство трябва да се приравни на използване на нематериално имущество с цел получаване на редовен приход от него и следователно на икономическа дейност по смисъла на член 4, параграфи 1 и 2 от Шеста директива 77/388/ЕИО на Съвета от 17 май 1977 година относно хармонизиране на законодателствата на държавите-членки относно данъците върху оборота — обща система на данъка върху добавената стойност: единна данъчна основа.

2) Понятието „далекосъобщения“, посочено в точка 1 от приложение Г към Шеста директива, понастоящем не включва възлагането от държавата на права за използване на честоти с оглед предлагане на мобилни далекосъобщителни услуги.

3) Под дейности, извършвани в качеството на орган на власт по смисъла на член 4, параграф 5, първа алинея от Шеста директива, се разбират дейностите, които публичноправните субекти извършват в рамките на специален публичноправен режим. Обстоятелството, че при осъществяване на поверените ѝ изключителни функции държавата си служи с присъща на гражданското право процедура или че реализира значителни приходи от дейността, не изключва възможността тя да действа в качеството си на орган на власт.

4) Значително нарушаване на конкуренцията по смисъла на член 4, параграф 5, втора алинея от Шеста директива е налице само когато третирането на държавата като данъчно незадължено лице води до реална опасност от сериозно засягане на конкуренцията от оператори, които действително или потенциално предлагат конкурентни услуги. Такава опасност по принцип не съществува, когато в момента, в който държавата извършва услугата, действащият правопорядък изключва възможността частни оператори на пазара да извършват услуги, които са конкурентни на услугите, извършвани от държавата.