

KOHTUJURISTI ETTEPANEK

JULIANE KOKOTT

esitatud 7. septembril 2006¹(1)

Kohtuasi C-284/04

T-Mobile Austria GmbH jt

versus

Austria Vabariik

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien (Austria))

Kuues käibemaksudirektiiv – Majandustegevuse mõiste – Avalik-õiguslikud asutused kui maksukohustuslased – Kolmanda põlvkonna telekommunikatsiooniteenuste (UMTS) ning GSM-DCS-1800 ja TETRA sageduste kasutamise litsentside andmine enampakkumise teel

I. Sissejuhatus

1. Austria reguleeriv asutus Telekom-Control-Kommission (sidekontrolli komisjon, edaspidi „TCK”) pani 2000. aasta novembris enampakkumisele mitu sagedusvahemikku standardile UMTS/IMT-2000(2) vastavate mobiilsideteenuste (edaspidi ka „kolmanda põlvkonna – 3G – mobiilsideteenused”) pakkumiseks ning andis edukaks tunnistatud pakkujatele seejärel otsusega asjaomased sageduste kasutamise õigused. Selle eest saadi kogutasuna 831 595 241,10 eurot. Juba varem olid samal viisil antud sagedused teise põlvkonna mobiilsideteenuste (GSM-standard(3)) ning raadiosidesüsteemi TETRA(4) teenuste osutamiseks.

2. 3G-mobiiltelefonide andmesidemaht on suurem kui eelmiste põlvkondade mobiiltelefonidel. 3G-mobiiltelefonid võimaldavad pakkuda eeskätt multimeediateenuseid nagu videokonverentsid, juurdepääs Internetile ja reaalaajas meelelahutus. UMTS-mobiilside kasutuselevõttu käsitatakse olulise tehnilise progressina, mis avab telekommunikatsiooniettevõtjatele mitmesuguseid uusi tegevusvaldkondi.

3. Põhikohtuasjas väidavad sageduste kasutamise õigused omandanud kaheksa telekommunikatsiooniettevõtjat (edaspidi ka „hagejad”), et õiguste andmine oli käibemaksuga maksustatav tehing, millest tulenevalt sisaldasid sageduste kasutamise tasud käibemaksu. Seetõttu esitavad nad nõude väljastada arved, millel on käibemaks eraldi välja toodud. See on väidetavalt tasutud sisendkäibemaksu mahaarvamise eeltingimus.

4. Kuuenda käibemaksudirektiivi (edaspidi „kuues käibemaksudirektiiv”)(5) artikli 4 lõigete 1 ja 2 kohaselt maksustatakse üksnes tehingud, mida maksukohustuslane teeb oma majandustegevuse raames. Artikli 4 lõikest 5 nähtub, et direktiiv ei käsita riiki ja selle asutusi maksukohustuslasena juhul, kui nad tegutsevad ametivõimudena. Nimetatud sätete tõlgendamine,

pidades silmas sageduste kasutamise õiguste andmist enampakkumise teel, on käesoleva menetluse keskmes.

5. Paralleelses eelotsusetaotluses(6), mille kohta esitan samuti täna ettepaneku, esitab VAT and Duties Tribunal London sarnased küsimused seoses UMTS-litsentside enampakkumise teel andmisega Ühendkuningriigis.

6. Lisaks sellele järgisid Ühendkuningriigi ja Austria eeskuju teised liikmesriigid, kes teenisid samuti suuri litsentsitasusid. Käesolev menetlus ja paralleelne Ühendkuningriigi menetlus ei ole seega ülimalt olulised mitte ainult mängusolevate tohutult suurte summade tõttu. Pigem on need ühtlasi märgilise tähendusega teiste liikmesriikide sarnaste kohtuvaidluste jaoks.

II. Õiguslik raamistik

A. Käibemaksu puudutavad sätted

1. Ühenduse õigus

7. Kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 2 lõike 1 kohaselt maksustatakse käibemaksuga:

„kauba tarnimine või teenuste osutamine tasu eest riigi territooriumil maksukohustuslase poolt, kes sellena tegutseb; [...]”

8. Maksukohustuslastena käsitatavad isikud määratleb kuuenda käibemaksudirektiivi artikkel 4 järgmiselt:

„1. Maksukohustuslane on iga isik, kes mis tahes paigas teostab iseseisvalt lõikes 2 sätestatud mis tahes majandustegevust, olenemata nimetatud tegevuse eesmärgist või tulemustest.

2. Lõikes 1 nimetatud majandustegevus on tootjate, ettevõtjate ja teenuseid osutavate isikute mis tahes tegevus, sealhulgas kaevandamine ja põllumajandus ning vabakutseline tegevus. Majandustegevuseks loetakse ka materiaalse või immateriaalse vara kasutamine kestva tulu saamise eesmärgil.

[...]

5. Riike, regionaalsete ja kohalike omavalitsuste ametiasutusi ning teisi avalik-õiguslikke organisatsioone ei käsitata maksukohustuslasena tegevuse või tehingutega seoses, mida nad teevad ametivõimudena, isegi kui nad koguvad seoses nimetatud tegevuse või tehingutega makse, lõive, liikmemakse või tasusid.

Kui nad aga sellist tegevust või tehinguid teostavad, käsitatakse neid maksukohustuslasena seoses tegevuse ja tehingutega, mille puhul maksukohustuse kohaldamata jätmine tooks kaasa olulist konkurentsi moonutamist.

Igal juhul käsitatakse nimetatud organeid maksukohustuslasena seoses D lisas loetletud tegevusaladega, välja arvatud juhul, kui tegevuse mahu võib hinnata tühiseks.

[...]”

9. D lisa punktis 1 on toodud telekommunikatsioon kui tegevus kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 5 kolmanda lõigu tähenduses.

2. Siseriiklik õigus

10. Umsatzsteuergesetz 1994 (1994. aasta käibemaksuseadus, edaspidi „UStG 1994“) § 1 lõike 1 punkti 1 kohaselt maksustatakse käibemaksuga kauba tarnimine ja muud teenused, mida ettevõtja osutab oma majandustegevuse raames tasu eest riigi territooriumil. Tehingu maksustamist ei takista asjaolu, et tehing on teostatud õigus- või haldusakti alusel või seda peetakse teostatuks õigusnormi alusel.
11. UStG 1994 § 2 lõike 1 kohaselt käsitatakse ettevõtjana igaüht, kes teostab iseseisvalt majandus- või kutsetegevust. Majandus- või kutsetegevuseks loetakse igasugune kestev tegevus, mille eesmärk on tulu saamine.
12. UStG 1994 § 2 lõike 3 kohaselt teostavad avalik-õiguslikud organisatsioonid majandus- või kutsetegevust põhimõtteliselt üksnes majandustegevuseks mõeldud üksuste raames (Körperschaftsteuergesetz'i (ettevõtte tulumaksu seadus, edaspidi „KStG“) § 2). KStG § 2 lõikest 1 tuleneb, et avalik-õigusliku organisatsiooni majandustegevuseks mõeldud üksuse moodustab iga üksus, mis on majanduslikult iseseisev ja teostab väljaspool põllumajandus- või metsandussektorit üksnes või peamiselt kehtvat erahuvides majandustegevust tulu või – üldise kaubandustegevuse puudumisel – muu majandusliku kasu saamise eesmärgil.
13. KStG § 2 lõige 5 sätestab: „Tegevus, mis kuulub ametivõimude põhitegevuse hulka, ei ole majandustegevus erahuvides lõike 1 tähenduses [...]“.
14. UStG § 11 lõike 1 esimene ja teine lause näevad ette järgmist: „Kui ettevõtja teostab tehinguid UStG 1994 § 1 lõike 1 punkti 1 tähenduses, on tal õigus väljastada arve. Kui ta teostab tehinguid, mis on suunatud teisele ettevõtjale viimase ettevõtluse huvides või juriidilisele isikule, kes ei tegutse ettevõtjana, on ta kohustatud väljastama arve.“(7) Kõnealused arved peavad UStG § 11 lõike 1 punkti 6 kohaselt sisaldama tasult makstava käibemaksu summat.

B. *UMTS-sageduste andmise õiguslik raamistik*

15. Raadiosagedused on napp ressurss. Suur osa tehniliselt kasutatavast raadiosageduste spektrist on juba antud erinevatele teenistustele ja erinevateks rakendusteks. Häirete vältimiseks on igale rakendusele määratud teatavad piiritletud lõigud (sagedusvahemikud). Rahvusvaheliselt kehtiv sageduste kasutamise kord põhineb Rahvusvahelise Telekommunikatsiooni Liidu (ITU), Ühinenud Rahvaste Organisatsiooni egiidi all tegutseva rahvusvahelise organisatsiooni raames tehtud töödel.
16. UMTS/IMT?2000-mobiilsidele avatud sagedusvahemikud määrati üldjoontes kindlaks 1992. aastal ITU korraldatud raadioside administratsioonide rahvusvahelisel konverentsil (WRC 92). Otsuses 212 lähtub 1997. aasta raadioside administratsioonide rahvusvaheline konverents sellest, et IMT?2000-mobiilside teenuste kasutuselevõttu on oodata 2000. aasta paiku.
17. Euroopa tasandil tegi Euroopa Postside ja Telekommunikatsiooni Administratsioonide Konverents (CEPT)(8) täiendavaid eeltöid kolmanda põlvkonna mobiilside kasutuselevõtuks. Selle organisatsiooni juurde kuuluv Euroopa Raadioside Komitee (ERC) määratles 30. juuni 1997. aasta otsuses ERC/DEC(97)/07(9) eeskätt kasutada oleva sagedusspektri.

18. Kolmanda põlvkonna mobiilsidele reserveeritud sagedusspektri osa saab jaotada allosadeks, kus mitmel pakkujal on võimalik mobiilsidevõrke paralleelselt kasutada. Selleks otstarbeks antud sageduste kasutamise õiguste ulatus ja arv on liikmesriigiti erinev.(10) Kui Austria ja Saksamaa jaotasid spektri näiteks kuue pakkuja vahel, siis Belgias ja Prantsusmaal oli pakkujaid vaid kolm. Võrgu käitamiseks antavate sagedusribade kindlaksmääramisel on – tehniliste miinimumnõuete raames – seega teatav mänguruum.

19. Ka teise põlvkonna mobiilsideteenuste sageduste kasutamise kord põhineb CEPTi suunistel.

1. Ühenduse õigus

20. Ühenduse õigusest tuleneva raamistiku telekommunikatsiooniteenuste üldlubade ja üksiklitsentside väljaandmiseks moodustas käesoleva asja asjaolude toimumise ajal direktiiv 97/13/EÜ(11).

21. Direktiivi 97/13 artikli 3 lõike 3 kohaselt „võivad [liikmesriigid] üksiklitsentsi välja anda üksnes siis, kui soodustatud isikule võimaldatakse juurdepääs nappidele füüsilistele või muudele ressurssidele või kui tema suhtes kehtestatakse erilised kohustused või talle antakse erilised õigused vastavalt III jao sätetele.”

22. Direktiivi III jagu (artiklid 7–11) reguleerib üksiklitsentsi andmist täpsemalt. Artikli 10 kohaselt võivad liikmesriigid piirata üksiklitsentside arvu, kuivõrd see on nõutav, et tagada raadiosagedusspektri tõhus kasutamine. Liikmesriikidel tuleb seejuures pöörata piisavalt tähelepanu vajadusele muuta kliendi kasu maksimaalseks ning hõlbustada konkurentsi arengut. Liikmesriigid annavad selliseid üksiklitsentse vastavalt valikukriteeriumidele, mis on objektiivsed, mittediskrimineerivad, üksikasjalikud, läbipaistvad ja proportsionaalsed.

23. Direktiivi 97/13 artikli 11 lõikest 1 tuleneb, et litsentside andmisel võib võtta tasu, mille eesmärk on katta kulud. Lisaks lubab lõige 2 kehtestada järgmised tasud:

„Kui tuleb kasutada nappe ressursse, võivad liikmesriigid hoolimata lõikest 1 lubada oma riigi reguleerivatel organitel kehtestada tasu, mis kajastab vajadust tagada nende ressursside optimaalne kasutamine. Selline tasu ei tohi olla diskrimineeriv ja selle suhtes tuleb eelkõige arvesse võtta vajadust soodustada uuenduslike teenuste ja konkurentsi arengut.”

24. Direktiiv 97/13 tunnistati kehtetuks Euroopa Parlamendi ja nõukogu 7. märtsi 2002. aasta direktiiviga 2002/21/EÜ elektrooniliste sidevõrkude ja teenuste ühise reguleeriva raamistiku kohta (raamdirektiiv)(12). Erinevalt direktiivist 97/13 on direktiivi 2002/21 artikli 9 lõikes 3 nüüd sätestatud, et liikmesriigid võivad ettevõtjatele näha ette võimaluse anda raadiosageduste kasutamise õigused üle teistele ettevõtjatele.

25. Direktiivi 2002/21 artikli 9 lõige 4 näeb selles osas ette järgmist:

„Liikmesriigid tagavad, et ettevõtja kavatsusest anda raadiosageduste kasutamise õigused üle teatatakse riigi reguleerivale asutusele, kes vastutab spektri määramise eest, ning üleandmine toimub riigi reguleeriva asutuse sätestatud korras ja see avalikustatakse. Liikmesriigi reguleerivad asutused tagavad, et selline õiguste üleandmine ei moonuta konkurentsi. Kui raadiosageduste kasutamine on ühtlustatud otsuse nr 676/2002/EÜ („raadiospektrit käsitlev otsus”) või muu ühenduse meetme kohaldamisega, ei muuda selline üleandmine kõnealuse raadiosageduse kasutust.”

26. Lisaks sellele on huvipakkuv Euroopa Parlamendi ja nõukogu 14. detsembri 1988. aasta

otsus nr 128/1999/EÜ kolmanda põlvkonna mobiilside ja traadita side süsteemi (UMTS) kooskõlastatud kasutuselevõtmise kohta ühenduses(13) (UMTS-otsus). Selle otsusega andsid parlament ja nõukogu teatud määral stardipaugu UMTS-mobiilside kasutuselevõtuks Euroopas.

27. UMTS-otsuse põhjendustes lähtuvad nad kolmanda põlvkonna mobiilside edasiarendustest ja suunistest rahvusvahelisel tasandil. UMTS-otsuse artikli 3 lõige 1 kohustab liikmesriike kehtestama 1. jaanuariks 2000 loa andmise kord UMTS-teenuste kasutuselevõtuks. Artikli 3 lõike 3 kohaselt peavad liikmesriigid „kooskõlas ühenduse õigusega [kandma] hoolt selle eest, et UMTS [...] pakkumisel [...] kasutatakse CEPTi [...] ühtlustatud sagedusvahemikke”. [mitteametlik tõlge]

2. Siseriiklikud õigusnormid

28. Telekommunikationsgesetz'i (telekommunikatsiooniseadus, edaspidi „TKG”) 1. juunil 2000 kehtinud redaktsiooni § 14 kohaselt on mobiilkõneteenuste ja muude avalike mobiilsideteenuste osutamiseks otse kasutatavate mobiilsidevõrkude kaudu vajalik kontsessioon. Mis puudutab avalike mobiilsideteenuste kasutamise seotud kontsessioone, antakse selline kontsessioon siis, kui samal ajal nimetatud kontsessiooni andmisega eraldatakse või võidakse eraldada taotlejale sagedusi (TKG § 15 lõike 2 punkt 3). TKG § 16 lõike 1 kohaselt võib kontsessioone reguleeriva asutuse nõusolekul üle anda. Kontsessiooni andmisel tekkivate halduskulude katmiseks tuleb tasuda maks (TKG § 17).

29. TKG § 21 lõike 1 kohaselt, selleks et tagada eraldatud sageduste tõhus kasutamine, on mobiilside kontsessiooni saanud isikute ülesanne maksta lisaks sageduste kasutusmaksule ühekordse makse või iga-aastaste maksete teel sageduste kasutustasu. TKG § 49 lõige 4 näeb ette, et „et sageduste eraldamine avalike mobiilsideteenuste ja muude avalike sideteenuste osutamiseks kuulub [...] reguleeriva asutuse pädevusse”.

30. Eraldamise menetlust reguleerib TKG § 49a lõige 1, mis sätestab: „Reguleeriv asutus peab eraldama talle antud sagedused taotlejale, kes vastab § 15 lõike 2 punktides 1 ja 2 ette nähtud üldtingimustele ja kes tagab sageduste tõhusaima kasutamise. See määratakse kindlaks sageduste kasutusõiguse eest pakutava tasu summaga.”

31. Muud üksikasjad on sätestatud kodukorras, mille Telekom-Control-Kommission võttis vastu TKG § 49a lõike 7 alusel, samuti 10. juuli 2000. aasta enampakkumise teates kolmanda põlvkonna mobiilsidesüsteemidele (UMTS/IMT?2000) sageduste eraldamise menetluse kohta. Selles on paarisspektri sagedusala paketi alghinnaks määratud 700 000 000 Austria šillingit (50 870 983,92 eurot) ja paaritu spektri sagedusala paketi alghinnaks 350 000 000 (25 435 491,96 eurot).

32. Enne 1. juunit 2000 kohaldati kontsessiooni väljaandmisele TKG 1997. aasta redaktsiooni sätteid.

33. 2003. aastal sõnastati TKG ümber. TKG 2003 § 56 lõikes 1 on nüüd sätestatud eeskätt reguleeriva asutuse antud sageduste kasutamise õiguste üleandmise õigus. Üleandmine on lubatud vaid teatavatel tingimustel ja reguleeriva asutuse nõusolekul.

34. TKG §-s 110–112 on sätestatud Telekom-Control-Kommissioni ülesehitus ja ülesanded. Telekom-Control-Kommission tegutseb Telekom-Control GmbH nimelise äriühingu juures, mille ainuosanik on riik ja mis täidab reguleeriva asutuse ülesandeid, välja arvatud juhul, kui need on antud Telekom-Control-Kommissionile (TKG §-d 108 ja 109). Telekom-Control-Kommissioni reguleerivate ülesannete hulka kuulub eeskätt sageduste eraldamine vastavalt TKG artikli 49 lõikele 4 koosmõjus TKG artikliga 49a (TKG § 111 punkt 9).

III. Menetluse aluseks olevad asjaolud ja eelotsuse küsimused

35. Telekom-Control-Kommissioni 20. novembri 2000. aasta otsusega eraldati sagedused ning anti kontsessioonid kolmanda põlvkonna mobiilsidesüsteemidele (UMTS/IMT?2000). Enne eraldamist kuulutati välja sagedusalade pakettide enampakkumine ja seejärel viidi läbi mitmeastmeline ühine enampakkumismenetlus. 2. ja 3. novembril 2000 toimunud enampakkumisel müüdi kokku paarikaupa 12 sagedusala, igaüks 5 MHz, ja teisel ühisel enampakkumisel viis üksikut 5 MHz sagedusala. Otsusest nähtub, et enampakkumise tulemusel eraldati sagedusalade paketid hagejatele. Sageduste kasutustasud määrati järgmiselt:

T-Mobile Austria GmbH: 170 417 796,10 eurot

Mobilkom Austria AG & Co KG: 171 507 888,60 eurot

TRA-3G Mobilfunk GmbH 113 151 602,70 eurot

ONE GmbH: 120 055 522,00 eurot

Hutchison 3G Austria GmbH: 139 023 131,70 eurot

3G Mobile Telecommunications GmbH: 117 439 300,00 eurot

36. Nimetatud summad tuli enampakkumises osalejatel maksta kahes osas, esimene osa seitsme päeva jooksul pärast TCK otsuse kättesaamist, teine osa kuue nädala jooksul. Kontsessioon kehtib ja sagedused on antud 31. detsembrini 2020.

37. TCK 3. mai 1999. aasta otsusega eraldati äriühingule tele.ring Telekom Service GmbH & Co KG GSM-sageduste kasutamise õigused (DCS?1800-kanalid) 98 108 326,00 euro suuruse kasutustasu eest. Peale selle eraldas TCK 7. veebruari 2000. aasta otsusega äriühingule master-talk Austria Telekom Service GmbH und Co KG raadiosidesüsteemi TETRA sageduste kasutamise õigused, mille puhul määrati kasutustasuks 4 832 743,47 eurot. Ka nende otsuste aluseks oli enampakkumine.

38. Põhikohtuasjas esitavad hagejad nõude väljastada neile sageduste kasutamise õiguste andmise tasu puudutavad arved, milles on välja toodud käibemaks, mis sisaldub nende hinnangul tasus. Kõnealuse menetluse raames otsustas Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien 7. juuni 2004. aasta määrusega esitada EÜ artikli 234 alusel Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas [...] kuuenda direktiivi [...] artikli 4 lõike 5 kolmandat lõiku koosmõjus D lisa punktiga 1 tuleb tõlgendada nii, et kui liikmesriik annab mobiilsidesüsteemidele sageduste kasutamise õigused UMTS/IMT?2000, GSM/DCS?1800 ja TETRA standardite alusel [...] sageduste kasutustasu eest, on tegemist telekommunikatsioonisektoris kuuluva tehinguga?

2. Kas kuuenda direktiivi artikli 4 lõike 5 kolmandat lõiku tuleb tõlgendada nii, et liikmesriiki, kelle siseriiklikus õiguses ei ole kehtestatud maksukohustuslaseks olemise tingimusena direktiivi artikli 4 lõike 5 kolmandas lõigus nimetatud kriteeriumi – tegevuse tühist mahtu (niinimetatud *de minimis* reegel) – tuleb igal juhul käsitada maksukohustuslastena igasuguse telekommunikatsioonisektoris kuuluva tegevuse korral, isegi juhul, kui nimetatud tegevuse mahu võib hinnata tühiseks?

3. Kas kuuenda direktiivi artikli 4 lõike 5 kolmandat lõiku tuleb tõlgendada nii, et kui liikmesriik annab sageduste kasutamise õigused mobiilsidesüsteemidele kasutustasude eest kogusummas

831 595 241, 10 eurot (UMTS/IMT?2000), 98 108 326 eurot (DCS?1800?kanalid) ja 4 832 743,47 eurot (TETRA), tuleb seda käsitada tühises mahus tehtud tehinguna, mistõttu liikmesriik on selles tehingus maksukohustuslane?

4. Kas kuuenda direktiivi artikli 4 lõike 5 teist lõiku tuleb tõlgendada nii, et tegemist oleks konkurentsi olulise moonutamisega, kui liikmesriik, andes sageduste kasutamise õigused mobiilsidesüsteemidele kasutustasude eest kogusummas 831 595 241,10 eurot (UMTS/IMT?2000), 98 108 326 eurot (DCS?1800?kanalid) ja 4 832 743,47 eurot (TETRA), sageduskanali kasutamise tasu kogudes selle pealt käibemaksu ei maksa, kuid eraõiguslikud sageduskanali pakkujad peavad sellelt tegevuselt käibemaksu maksma?

5. Kas kuuenda direktiivi artikli 4 lõike 5 esimest lõiku tuleb tõlgendada nii, et tehingut, millega liikmesriik, kes mobiilside operaatorfirmadele annab sageduste kasutamise õigused mobiilsidesüsteemidele selliselt, et esmalt teeb kindlaks sageduste kasutamise õiguste eest makstava tasu kõrgeima pakkumise ning seejärel annab kõrgeima pakkumise tegijale sagedused, ei teinud see liikmesriik ametivõimuna, mistõttu tuleb nimetatud liikmesriiki käsitada selle tegevusega seoses maksukohustuslasena, hoolimata õiguste andmise akti õiguslikust liigitusest kõnealuse liikmesriigi siseriikliku õiguse kohaselt?

6. Kas kuuenda direktiivi artikli 4 lõiget 2 tuleb tõlgendada nii, et liikmesriigi poolt sageduste kasutamise õiguste mobiilsidesüsteemidele andmist, nagu see on kirjeldatud viienda küsimuse raames, tuleb käsitada majandustegevusena, mistõttu liikmesriik on selle tegevusega seoses käsitatav maksukohustuslasena?

7. Kas kuuendat direktiivi tuleb tõlgendada nii, et tasud, mida makstakse sageduste kasutamise õiguste mobiilsidesüsteemidele andmise eest, kujutavad endast brutotasu (mis juba sisaldab käibemaksu) või netotasu (millele alles lisandub käibemaks)?

39. Euroopa Kohtu menetluses esitasid oma märkused punktides 35 ja 37 nimetatud ettevõtjad, kostjaks olev Austria Vabariigi Finanzprokuratur, Taani, Saksa, Itaalia, Madalmaade, Austria, Poola ning Ühendkuningriigi valitsus ja Euroopa Ühenduste Komisjon.

IV. Õiguslik hinnang

40. Kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 1 kohaselt on maksukohustuslane iga isik, kes mis tahes paigas teostab iseseisvalt mis tahes majandustegevust, olenemata nimetatud tegevuse eesmärgist või tulemustest. Kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõige 2 määratleb üksikasjalikumalt majandustegevuse mõiste. Nimetatud sätted ei reguleeri seega mitte ainult seda, kes võib olla maksukohustuslane, vaid ka seda, millistel tingimustel kuulub isiku tegevus käibemaksuga maksustamisele.

41. Kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõige 5 sisaldab diferentseeritud sätteid selle kohta, millal tuleb riiki maksukohustuslasena käsitada.(14) Nende sätete kohaldamine eeldab aga, et tegemist on majandustegevusega artikli 4 lõike 2 tähenduses. Seetõttu tuleb esmalt käsitleda kõnealuse sätte tõlgendamise kohta esitatud kuuendat eelotsuse küsimust.

A. *Kuues eelotsuse küsimus: majandustegevuse olemasolu*

42. Kuuenda eelotsuse küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas liikmesriigi poolt sageduste kasutamise õiguste andmine mobiilsidesüsteemidele on majandustegevus kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 2 tähenduses.

43. Kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõikes 2 on väga laialt loetletud tegevused, mida

tuleb käsitada majandustegevusena lõike 1 tähenduses. Nende hulka kuulub lisaks tootjate, ettevõtjate ja teenuseid osutavate isikute mis tahes tegevusele eeskätt ka tehing, mis hõlmab immateriaalse vara kasutamist kestva tulu saamise eesmärgil.

44. Euroopa Kohus tuletas sellest määratlusest, „et majandustegevuse mõiste hõlmab laia kohaldamisala ja tal on objektiivne olemus selles mõttes, et tegevust käsitatakse sellisena, sõltumata tema eesmärkidest või tulemitest.”(15)

45. Seega ei ole olulised subjektiivsed kavatsused, millest asjaomane isik oma tegevuses lähtub. Vastasel juhul peaks maksuhaldur teostama maksukohustuslase kavatsuste kindlaksmääramiseks uurimist, mis oleks aga vastuolus ühise käibemaksusüsteemi eesmärkidega. Süsteemi eesmärk on nimelt õiguskindluse tagamine ja käibemaksu kohaldamisega seotud toimingute lihtsustamine, võttes arvesse, v.a erandjuhtudel, asjaomase tehingu objektiivset olemust.(16)

46. Esmalt käsitlen väidet, et majandustegevus on välistatud juba seetõttu, et sageduste kasutamise õiguste eraldamine enampakkumise teel teenib turu reguleerimise huve. Seejärel tuleb uurida, kas seda tegevust saab käsitada immateriaalse vara kasutamisenä kestva tulu saamise eesmärgil kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 2 tähenduses.

1. Kas turu reguleerimise eesmärk välistab majandustegevuse?

47. Sageduste kasutamise õiguste enampakkumise teel andmisel võetakse arvesse asjaolu, et raadiosagedused on napp ressurs. Elektromagnetilise spektri osa, mis on ette nähtud mobiilsideteenustele, on kindlaks määratud rahvusvaheliste kokkulepetega. Selle osa piires saab paralleelselt käitada vaid piiratud arvu mobiilsidevõrke. Selleks et tagada sageduste korrastatud ja häireteta kasutamine, on riigi reguleeriv sekkumine vältimatu.

48. UMTS-otsus kohustab liikmesriike teostama UMTS-teenuste kasutusele võtuks vajalikud haldusmenetlused.

49. Direktiiv 97/13 ja asjaomased siseriiklikud õigusaktid, millega direktiiv üle võeti, moodustavad konkreetse õigusliku raamistiku, mis on liikmesriikidele sagedusvahemike eraldamisel siduvad. Direktiivi 97/13 artikli 10 kohaselt peavad liikmesriigid üksiklitsentside andmisel tuginema sellistele valikukriteeriumidele, mis on objektiivsed, mittediskrimineerivad, üksikasjalikud, läbipaistvad ja proportsionaalsed. Direktiivi 97/13 artikli 11 lõike 2 kohaselt võivad liikmesriigid kehtestada sellega seoses tasu, mis kajastab vajadust tagada nende ressursside optimaalne kasutamine.

50. Austria otsustas anda sageduste kasutamise õigused enampakkumise teel. Enampakkumismenetlusega tuli TKG § 49a kohaselt kindlaks teha need pakkujad, kes tagavad sageduste tõhusaima kasutamise. Seevastu Austria valitsuse andmetel ei olnud oluline teenida riigile suurt tulu.

51. Menetluses osalevad liikmesriigid ja komisjon järeldavad nimetatud asjaolude põhjal, et sageduste kasutamise õiguste andmine TCK poolt ei olnud majandustegevus kuuenda direktiivi artikli 4 lõigete 1 ja 2 tähenduses, vaid turu reguleerimise meede.

52. Selle seisukohaga ei saa nõustuda.

53. Küsimus, kas tegevus on majandustegevus käibemaksuõiguse tähenduses, sõltub tegevuse objektiivsest olemusest, mis tuleb kindlaks määrata konkreetsete väliste asjaolude alusel. Tegevusega taotletud eesmärk reguleerida kooskõlas ühenduse õiguse asjaomaste

normidega juurdepääsu mobiilsideturule ja teha kindlaks sobivaimad pakkujad, on seevastu ebaoluline. Selliseid eesmärgi ei tule viidatud kohtupraktika kohaselt tegevuse kvalifitseerimisel arvesse võtta.(17)

54. Enampakkumise ese oli õigus kasutada 20 aasta jooksul teatavaid raadiosagedusi mobiilsidevõrgu käitamiseks. Kõnealuse õiguse ja/või õiguse selle eraldamisele said enampakkumisega need ettevõtjad, kes esitasid kõrgeimad pakkumused.

55. Kuidas riigipoolset sageduste kasutamise õiguste andmist seejuures õiguslikult kvalifitseerida – haldusõigusliku loa või tsiviilõigusliku sooritusena – on tegevuse objektiivse olemuse kindlaksmääramise seisukohast sama ebaoluline nagu ettevõtjate asjaomase vastusoorituse tähistamine. Õigused anti nimelt üksnes enampakkumisega välja selgitatud rahasumma tasumise eest, seega on rahaline sooritus õiguste andmisega vahetus seoses. Pealegi ei kujuta sageduste kasutamise tasu endast lõivu, millega kaetakse vaid sageduste eraldamisega kaasnevad halduskulud.

56. Määrav ei ole ka küsimus, kas tulu saamine oli ajend sageduste kasutamise õiguste eraldamise menetluse valikuks. Objektiivselt vaadeldes andis TCK õigused nimelt rahalise soorituse eest, mis pidi kajastama õiguste majanduslikku väärtust ja mis ületas enampakkumismenetluse kulusid mitu korda. Kuna enampakkumise nõuded nägid ette alghinnad, mis ulatusid kuni 50 miljoni euron, oli olulises mahus tulu saamine algusest peale ette nähtud. Enampakkumise käibemaksualasel klassifitseerimisel ei saa olla oluline, kas kõnealuse tulu saamine oli riigi tegutsemismotiiv või vaid kõrvalefekt, mis menetluse selle vormiga paratamatult kaasnes.

57. Majandustegevuseks klassifitseerimisega ei ole vastuolus ka see, et sageduste kasutamise õiguste andmine jäi ikkagi ühenduse õigusega kooskõlas olevatesse raamidesse. Nende õiguslike nõuete täitmine kujutab endast samuti vaid ühte (kohustuslikku) tegutsemiseesmärki, mis tuleb majandustegevuseks hindamise juures arvestamata jätta.(18)

58. Seda, et reguleeriv tegevus võib majandustegevusena kuuluda käibemaksuga maksustamisele, näitab kuuenda käibemaksudirektiivi D lisa punkt 7. Kõnealuses punktis on riigi teostatud tegevuste või tehingute hulgas, mis kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 5 kolmanda lõigu kohaselt kuuluvad alati käibemaksuga maksustamisele, nimetatud põllumajanduse sekkumisametite tehingud põllumajandustoodetega vastavalt nimetatud toodete turu ühist korraldust käsitlevatele määrustele. Kui põllumajanduse sekkumisamet müüb oma varudest tooteid, peab ta seega maksma käibemaksu, kuigi nende tehingute eesmärk on eeskätt turu reguleerimine ja mitte tulu saamine.

59. Tegevuse objektiivseid väliseid tunnuseid aluseks võttes antakse majandustegevuse mõistele lai ulatus, mis vastab ka Euroopa Kohtu käsitusele(19). Kui juba sellel hindamisetapil võetakse arvesse, et avalik asutus täidab talle seadusega pandud reguleerimisülesannet, oleks direktiivi kohaldamisala algusest peale tunduvalt kitsam. Eeskätt jääks vaid vähe ruumi kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 5 kohaldamiseks, kuigi kõnealune säte sisaldab erinevate avaliku sektori jaoks.

60. On küll tõsi, et Euroopa Kohus tuvastas kohtuotsuses Eurocontrol(20), millele mõned menetlusosalised viitavad, et ametivõimuna tegutsemise korral ei ole tegemist majandustegevusega EÜ asutamiselepingu konkurentsieeskirjade tähenduses.

61. Konkurentsioiguse ja kuuenda käibemaksudirektiivi aluseks on aga majandustegevuse erinevad mõisted. Konkurentsioiguses käsitatakse ametivõimuna tegutsemist kriteeriumina, mille korral on konkurentsi seisukohast tähtsust omav majandustegevus välistatud. Seal puudub aga

eraldi säte ametivõimuna tegutseva riigi tegevuste kohta.

62. Kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõigetes 1 ja 2 sätestatud majandustegevuse mõiste on laiem kui asjaomane mõiste konkurentsioiguses. Ametivõimuna tegutsemine ei mängi siin esmalt mingit rolli. Pigem arvestatakse seda asjaolu alles hilisemas hindamisetapis, nimelt artikli 4 lõike 5 erinormi raames. Kõnealune säte oleks suures osas liigne, kui kuuenda käibemaksudirektiivi kohaldamisala ei laieneks analoogiliselt konkurentsioigusega üldise ametivõimuna tegutsemisele.

2. Vara kasutamine kestva tulu saamise eesmärgil

63. Kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 2 kohaselt loetakse majandustegevuseks ka materiaalse või immateriaalse vara kasutamine kestva tulu saamise eesmärgil. Sageduste kasutamise õigused kujutavad endast immateriaalset vara.

64. Väljakujunenud kohtupraktikast tuleneb, et vastavalt ühise käibemaksusüsteemi neutraalsuse põhimõttele viitab mõiste „kasutamine” kõikidele tehingutele sõltumata nende juriidilisest vormist.⁽²¹⁾ Nii luges Euroopa Kohus näiteks üürileandmise vara kasutamiseks, mida tuleb käsitada majandustegevusena kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 2 tähenduses.⁽²²⁾ TCK andis hagejatele tasu eest tähtajalise sageduste kasutamise õiguse. Kõnealust tehingut, mis sarnaneb üürile või rendile andmisega, tuleb käsitada immateriaalse vara kasutamisenä tulu saamise eesmärgil.

65. Finanzprokuratur, Taani, Madalmaade ja Austria valitsus väidavad aga, et tegemist ei ole tulu kestva saamisega, sest sageduste eraldamine oli ühekordne tegevus.

66. Kui saksakeelses versioonis kasutatud mõiste *nachhaltig* ei ole täiesti selge, siis teiste keeleversioonide vaatlemisel ilmneb, et tulu saamine peab olema kestev.⁽²³⁾ Vastavalt Euroopa Kohtu sedastusele kohtuotsuses Enkler ei ole seega eseme üksnes juhuslik ärieesmärgil kasutamine majandustegevus kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõigete 1 ja 2 tähenduses.⁽²⁴⁾

67. Käesolevas asjas hinnatav sageduste kasutamise õiguste andmine ei ole siiski juhuslik kasutamine kõnealuses tähenduses. Selgituseks meenutagem lühidalt kohtuotsuse Enkler asjaolusid. Kõnealuses asjas oli tegemist küsimusega, kas haagissuvila ajutine üürile andmine, mida selle omanik muul ajal peamiselt enda tarbeks kasutas, on veel käsitatav vara kasutamisenä kestva tulu saamise eesmärgil.

68. Euroopa Kohus lähtus hindamisel eseme laadist. Kui eset kasutatakse üldjuhul vaid majanduslikult, siis on see üldiselt piisav tõend selle kohta, et selle omanik kasutab seda majandustegevuseks ja järeltult kestva tulu saamise eesmärgil. Kui eseme laad võimaldab seda seevastu kasutada nii majanduslikul kui ka isiklikul otstarbel, siis tuleb kontrollida kasutamise kõiki asjaolusid, et teha kindlaks, kas eset kasutatakse tõepoolest kestva tulu saamiseks.⁽²⁵⁾

69. UMTS- ja GSM-mobiilside pakkumiseks vajalike raadiosageduste kasutamise õiguse puhul tuleb vaatluse alla üksnes majanduslik kasutus. Järelikult ei teki siin algusest peale vara majandusliku ja isikliku kasutamise vahetegemise küsimust. Seega ei saa juttu olla ka üksnes ajutisest majanduslikust tegevusest, mis jääb isiklikul otstarbel kasutamise varju.

70. TETRA-raadioside on aga üldiselt ette nähtud kasutamiseks ka julgeoleku- ja korrakaitseasutuste sidepidamisvahendina. Kui nimetatud asutused annavad võrgu käitamise üle eraõiguslikule pakkujale, oleks ka selles osas tegemist asjaomaste sageduste majandusliku kasutamisega. Konkreetselt TETRA-raadioside jaoks antud sageduste kasutamise õiguste puhul ei ole vähemalt näha, et nendega kaasneks üksnes osaline kasutamine tulu saamise eesmärgil.

71. Ka asjaolu, et sageduste kasutamise õigused anti vaid ühel korral ja pikaks ajaks, ei muuda seda juhuslikuks majanduslikul eesmärgil kasutamiseks. Kõnealuses seoses ei ole oluline, kui tihti teeb maksukohustuslane võrreldavaid tehinguid, vaid kas konkreetse eseme kasutamisest saadakse kestvat tulu. Selles suhtes ei ole käesolevas asjas kahtlusi. Sageduste kasutamise õigus antakse 20 aastaks ja see tagab riigile tulu kogu nimetatud ajavahemiku vältel.

72. Asjaolu, et sageduste kasutamise tasu tuli maksta üksnes kahes osas vahetult pärast õiguste andmist, mitte aga perioodiliste maksetena, ei muuda tulu saamise kestvust. Teoreetiliselt oleks sageduste kasutamise tasu saanud sisse nõuda ka muus vormis. Kuuenda käibemaksudirektiivi kohaldatavus ei saa aga sõltuda tasu maksmise tingimustest, mille kehtestamine on osapoolte pädevuses.

73. Olenemata sellest on sageduste kasutamise õigusi võimalik ennetähtaegselt tagastada, üle anda või ära võtta, millest tulenevalt ei pruugi tegemist olla kasutusõiguse ühekordse andmisega 20 aastaks.

74. Kasutamiseõiguse tähtajaline andmine ei ole lõpuks võrreldav väärtpaberite võõrandamisega, mille Euroopa Kohus jätab majandustegevusena käsitamata – kui see ei toimu majandustegevuseks oleva kapitalipaigutuste haldamise raames – kahel põhjusel.(26)

75. Ühelt poolt ei tulene väärtpaberite hoidmisest ja võõrandamisest tekkiv tulu – seega dividendid ja kursi muutustest saadud kasum – mitte väärtpaberite aktiivsest kasutamisest, vaid on nende omamise vahetu tagajärg. Erinevalt sellest ei ole sageduste eraldamisel saadud tulu üksnes sageduste kasutamiseõiguse omamisest tulenev sissetulek nagu dividendid ja kursi muutustest saadud kasum, vaid kõnealuse õiguse kasutamisest saadav tulu.

76. Teiselt poolt tekib väärtpaberite võõrandamisest saadud tulu vaid ühel korral. Pärast asjaomase eseme eemaldamist müüja vara hulgast ei saa müüja seda enam tulu saamiseks kasutada. Seevastu riik ei loobu sageduste kasutamise õigusest lõplikult. Pigem saab riik kõnealuse õiguse hiljemalt pärast sageduste kasutamise õiguse tähtaja lõppemist tagasi ja võib kõnealust õigust siis uuesti eraldada.

77. Kuuendale eelotsuse küsimusele tuleb seega vastata järgmiselt:

Riigi reguleeriva asutuse tegevus, mille puhul anti enampakkumise teel õigus kasutada kindlaksmääratud ajavahemikul elektromagnetilise spektri teatud osi mobiilsideteenuste pakkumiseks, tuleb sellistel asjaoludel nagu põhikohtuasjas käsitada immateriaalse vara kasutamise kestva tulu saamise eesmärgil ja seega majandustegevusena kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõigete 1 ja 2 tähenduses.

B. *Esimene kuni viies eelotsuse küsimus: tingimused, mille puhul tegutsevad avalikud asutused maksukohustuslastena*

1. Sissejuhatav märkus kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 5 ülesehituse kohta

78. Kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 5 esimese lõigu põhireegli kohaselt ei käsitata riike, regionaalsete ja kohalike omavalitsuste ametiasutusi ning teisi avalik-õiguslikke

organisatsioone maksukohustuslasena tegevuse või tehingutega seoses, mida nad teevad ametivõimudena. Kõnealusest sättest tulenevalt ei kuulu ametivõimuna tegutsevad asutused üldise maksukohustuse alla isegi siis, kui nad tegelevad majandustegevusega kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõigete 1 ja 2 tähenduses. Ametivõimuna tegutsemine võrdsustatakse sel moel eraõigusliku tarbija tegevusega.

79. Teise lõigu kohaselt käsitatakse riiki erandina esimesest lõigust siiski maksukohustuslasena, kui maksukohustuse kohaldamata jätmine tooks kaasa olulist konkurentsi moonutamist. Kõnealuse sätte aluseks on põhimõte, et teatavad riiklikud asutused – isegi kui nad osutavad oma teenuseid ametivõimudena – võivad hakata konkureerima eraõiguslike teenuste osutajatega. Seega on selle eesmärk tagada maksustamise neutraalsus.(27)

80. Kolmanda lõigu kohaselt käsitatakse nimetatud organeid maksukohustuslasena seoses D lisas loetletud tegevusaladega, välja arvatud juhul, kui tegevuse mahu võib hinnata tühiseks. Kõnealuste tegevusalade puhul võib seega jääda lahtiseks, kas riik tegutseb nendes valdkondades ametivõimuna.

81. D lisas nimetatud tegevusalad – sealhulgas telekommunikatsioon – puudutavad sisuliselt majandusteenuseid,(28) mida sageli vaid tulenevalt nende tähtsusest üldise heaolu jaoks osutab või osutas ametivõimuna riik, kuid mida saaksid pakkuda ka eraettevõtjad.(29) Vahepeal on mõned nimetatud majandusharud liberaliseeritud. Eraettevõtjad konkureerivad siin tõepoolest endiste monopoolses seisundis olnud pakkujatega, kes on osaliselt erastatud, osaliselt ikka veel riiklikud. Sellist suundumust võeti ilmselt arvesse juba kuuenda käibemaksudirektiivi vastuvõtmisel 1977. aastal.

82. Kui mobiilsidesageduste andmist tuleks käsitada telekommunikatsioonisektori tegevusena, mille maht ei ole tühine, kuuluks see igal juhul käibemaksuga maksustamisele, ilma et tuleks arvestada ametivõimuna tegutsemist või konkreetset konkurentsi moonutamist.

83. Kõnealuse sätte ülesehitusest tulenevalt tuleb pärast esimese, teise ja kolmanda eelotsuse küsimuse uurimist uurida kõigepealt viiendat küsimust, mis on esitatud kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 5 esimese lõigu tõlgendamise kohta. Ainult juhul, kui sageduste kasutamise õiguste eraldamine toimus sellele vastavalt ametivõimuna tegutsemise raames, tuleb nimelt selgitada, kas tegutsev riigiasutus on artikli 4 lõike 5 teise lõigu kohaselt siiski maksukohustuslane, kuna vastasel juhul oleks oodata olulist konkurentsi moonutamist.

2. Esimene eelotsuse küsimus: kas kuuenda käibemaksudirektiivi D lisas sätestatud telekommunikatsiooni mõiste hõlmab ka sageduste kasutamise õiguste andmist enampakkumise teel?

84. Menetlusosalised ei ole sisuliselt üksmeelel küsimuses, kas D lisa punktis 1 sisalduv mõiste „telekommunikatsioon” hõlmab üksnes telekommunikatsiooniteenuste(30) endi pakkuist – seda seisukohta esindavad kostja, menetluses osalevad valitsused ja komisjon – või kuuluvad selle alla ka muud seotud tegevused, seega ka sageduste kasutamise õiguste eraldamine, nagu leiavad hagejad.

85. D lisa sõnastusest ei nähtu viiteid kõnealuse vaieldava küsimuse lahendamiseks. Asjaolu, et saksakeelses versioonis kasutatakse praeguseks vananenud mõistet *Fernmeldewesen* ja mitte mõistet *Telekommunikation*, ei ole oluline. Teistes keeleversioonides on selles kohas keeles endistviisi kasutusel olev mõiste (vt näiteks *telecommunications* või *télécommunications*). Pealegi on mõisted *Fernmeldewesen* ja *Telekommunikation* suures osas sünonüümid.

– Ajalooline tõlgendus

86. Ajaloolise tõlgenduse puhul võiks asuda seisukohale, et mobiilsidesageduste andmine eraettevõtjatele ei saa kuuluda telekommunikatsiooni mõiste alla, kuna direktiivi vastuvõtmise ajal 1977. aastal osutasid riiklikud postiteenistused kõiki telekommunikatsiooniteenuseid ise. Seetõttu ei soovinud ühenduse seadusandja oletatavasti algselt kehtestada normi, mis reguleeriks raadiosidesageduste andmist eraõiguslikele pakkujatele.

87. T-Mobile Austria teeb siiski ettepaneku võtta ajaloolise tõlgenduse raames arvesse tegeliku olukorra muutumist (evolutiivne tõlgendus) ja küsida, mida oleks ajalooline seadusandja soovinud reguleerida, pidades silmas praegust olukorda.⁽³¹⁾ Selle käsitlusviisi puhul ei oleks algusest peale välistatud, et seadusandja soovis telekommunikatsiooni mõistega hõlmata ka sageduste eraldamist.

88. Ajalooline tõlgendusmeetod on aga nagunii vaid teisejärgulise tähtsusega ega ole ainumäärav.⁽³²⁾ Pigem tuleb kuuenda käibemaksudirektiivi sätteid tõlgendada lisaks sellele süstemaatiliselt ja eeskätt direktiivi eesmärki arvestades.

– Süstemaatiline tõlgendus

89. Süstemaatilist tõlgendust silmas pidades võiks esmalt olla oluline kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 9 lõike 2 punkti e kümnendas taandes⁽³³⁾ sisalduv telekommunikatsiooniteenuste määratlus. See on sõnastatud järgmiselt:

„Telekommunikatsiooniteenusteks loetakse teenuseid, mis on seotud mis tahes laadi signaalide, kirjutiste, kujutiste ja helide või teabe edastamise, saatmise või vastuvõtmisega juhtme kaudu või raadio teel, optiliselt või muul elektromagnetilisel viisil, sealhulgas sellega seotud edastus-, saate- või vastuvõtumahtude kasutusõiguse üleandmine või võimaldamine. [...]”

90. Artikkel 9 sätestab, millist kohta tuleb teenuse osutamisel käsitada teenuse osutamise kohana. Seejuures sätestab lõike 2 punkt e muu hulgas ka seal nimetatud telekommunikatsiooniteenuste osas, et piiriüleste teenuste puhul loetakse teenuse osutamise kohaks kliendi tegevuskohta.

91. Isegi kui mõned valitsused ja komisjon peavad üldse asjakohaseks teha selle määratluse alusel järeldusi, on nad seisukohal, et määratlus hõlmab vaid telekommunikatsiooniteenuseid kitsamas tähenduses. Sättes nimetatud „edastus-, saate- või vastuvõtumahtude kasutusõigus[...]” on nende arvates seotud infrastruktuuriga, mitte sageduste kasutamise õigustega.

92. Mõned hagejad teevad nimetatud lõigu põhjal, mille ingliskeelne sõnastus on „including the related transfer or assignment of the right to use capacity for such transmission, emission or reception”, vastupidise järelduse. Mõistet *capacity* kasutatakse nende hinnangul ka *frequency spectrum capacity* tähenduses.

93. Inglisekeelne versioon tundub seda tõlgendust küll lubavat; teised keeleversioonid toetavad siiski osalevate valitsuste ja komisjoni tõlgendust.⁽³⁴⁾ Keeleversioonide võimalike lahknevuste puhul omandavad eriti suure tähenduse sätte mõte ja eesmärk,⁽³⁵⁾ mis räägivad käesolevas asjas samuti selle vastu, et määratlus hõlmab sageduste andmist.

94. Nagu Madalmaade valitsus nimelt paikapidavalt esile toob, peab kõnealune säte tagama, et telekommunikatsiooniteenused, mida osutatakse ühenduses asuvatele klientidele kolmandatest riikidest, maksustatakse ühenduses.⁽³⁶⁾ Kõnealune kaalutlus puudutab vaid telekommunikatsiooniteenuseid kitsamas tähenduses. Sageduste kasutamise õiguste andjad on

igal juhul asjaomased siseriiklikud asutused. Enamasti on ka omandajate ehk teenuse saajate tegevuskoht sagedust eraldavas riigis, kuna ei ole tõenäoline, et UMTS-mobiilsidevõrk ehitatakse asjaomases riigis üles ja võetakse kasutusele, ilma et oleks loodud püsivat tegevuskohta või tütarühingut.

95. Mõned valitsused ja komisjon viitavad veel telekommunikatsiooniteenuste määratlusele asjaomastes siseturgu reguleerivates direktiivides. Euroopa Kohtu praktikaga on täiesti kooskõlas võtta kuuenda käibemaksudirektiivi tõlgendamisel aluseks ka õigusaktides, mis reguleerivad asjaomast valdkonda ega järgi käibemaksuõigusest erinevaid eesmäärke, sisalduvad määratlused.(37)

96. Nõukogu 28. juuni 1990. aasta direktiivi 90/387/EMÜ telekommunikatsiooniteenuste siseturu loomise kohta avatud võrgu pakkumise kaudu(38) artikli 2 punktis 4 määratletakse telekommunikatsiooniteenused kui „teenused, mis koosnevad täielikult või osaliselt signaalide ülekandmisest ja edastamisest telekommunikatsioonivõrgus telekommunikatsioonimeetodite kaudu, välja arvatud ringhääling ja televisioon”. Selle määratluse kohaselt ei ole sageduste kasutamise õiguste andmine telekommunikatsiooniteenus.

97. Esineb siiski kahtlusi, kas viidatud määratlusi saab D lisale piiranguteta üle kanda, kuna need on seotud telekommunikatsiooniteenustega (*telecommunication services*), samal ajal kui D lisas on nimetatud telekommunikatsioon (*telecommunications*). Kõnealust mõistet võiks käsitada kui selle tegevusvaldkonna kaugemaleulatuvat kirjeldust, mis hõlmab kitsamas tähenduses telekommunikatsiooniteenuste kõrval ka teisi tegevusi.

– Teleoloogiline tõlgendus

98. Otsustav on aga kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 5 kolmanda lõigu mõte ja eesmärk koosmõjus D lisaga. Nagu väljendas kohtujurist Alber, on D lisas loetletud tegevusalade puhul tegemist tegevustega, mille majanduslik aspekt on esmane ja ilmselge.(39)

99. Kuna kõnealuseid teenuseid pakuvad või võiksid üldjuhul pakkuda ka eraettevõtjad, eeldatakse üldiselt olulist mõju konkurentsile. Sätte eesmärk on võrdsustada riik selles olukorras eraõigusliku maksukohustuslasega. Teise lõigu kohaselt maksustatakse muud riigi osutatud teenused käibemaksuga vaid siis, kui maksukohustuse kohaldamata jätmine tooks kaasa olulist konkurentsi moonutamist.

100. Riigi võrdsustamine eraõiguslike maksukohustuslastega on asjakohane vaid seoses telekommunikatsiooniteenustega kitsamas tähenduses, kuna neid teenuseid võivad praegu osutada ka eraettevõtjad. Sageduste kasutamise õiguste esmakordne andmine on seevastu praeguse arengutaseme juures(40) ülesanne, mis on reserveeritud riigile.(41) Isegi juhul, kui sageduste kasutamise õiguste andmine võib teatavate asjaolude korral konkureerida selliste õiguste võõrandamisega eraõiguslike isikute poolt,(42) ei ole selle tegevuse puhul riigi üldine võrdsustamine eraõiguslike maksukohustuslastega lubatud. Pigem tuleb äärmisel juhul uurida, kas riigi osutatud teenuse maksustamine kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 5 teise lõigu kohaselt on vajalik konkurentsi kaitseks.

101. Esimesele eelotsuse küsimusele tuleb seetõttu vastata nii, et kuuenda käibemaksudirektiivi D lisa punktis 1 nimetatud mõiste „telekommunikatsioon” ei hõlma praeguse arengutaseme juures mobiilsideteenuste pakkumiseks vajalike sageduste kasutamise õiguste andmist riigi poolt.

3. Teine ja kolmas eelotsuse küsimus: tegevus, mille maht ei ole tühine, kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 5 kolmanda lõigu tähenduses

102. Selleks et avalik-õiguslikke organisatsioone saaks igal juhul käsitada maksukohustuslastena, peavad kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 5 kolmanda lõigu kohaselt olema kumulatiivselt täidetud kaks tingimust: avalik-õiguslikud organisatsioonid peavad tegelema D lisas loetletud tegevusaladega ning tegevuse maht ei tohi olla tühine.

103. Nagu esimesele küsimusele antud vastuses tuvastatud, ei olnud TCK poolse sageduste kasutamise õiguste andmise puhul tegemist telekommunikatsiooniteenusega kuuenda käibemaksudirektiivi D lisa punkti 1 tähenduses.

104. Järelikult ei ole vaja uurida kolmandat eelotsuseküsimust, millega soovitakse teada, kas tegevuse maht on tühine, kuigi liikmesriik sai sellest olulisel määral tasu. Ka selles osas direktiivist kõrvalekalduvate siseriiklike õigusnormide võimalikud tagajärjed on tähtsusetud. Seetõttu ei ole vaja vastata teisele ega kolmandale eelotsuse küsimusele.

4. Viies eelotsuse küsimus: tegutsemine ametivõimuna kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 5 esimese lõigu tähenduses

105. Kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 5 esimese lõigu kohaselt peavad maksukohustuse kohaldamata jätmiseks olema kumulatiivselt täidetud kaks tingimust: tegevuse teostajaks peab olema avalik asutus ja tegevus peab olema teostatud ametivõimuna tegutsedes.(43)

106. Esimese tingimuse kohta tuvastas Euroopa Kohus, et eraõigusliku isiku tegevus ei ole käibemaksust vabastatud mitte üksnes seetõttu, et see seisneb iseenesest avalikule võimule reserveeritud toimingute tegemises.(44) Seejuures pidas Euroopa Kohus aga silmas eeskätt eraettevõtjaid, kes ei kuulunud avalikku haldusse.(45)

107. TCK tegutseb Telekom-Control GmbH nimelise äriühingu juures. Kuigi vormiliselt on tegemist eraõigusliku ühinguga, ei avalda ükski menetlusosaline kahtlusi selles, et TCK?d tuleb käsitada avaliku halduse osana. Siseriikliku kohtu ülesanne on kontrollida, kas kõnealune kvalifitseerimine on siseriikliku õiguse kohaselt korrektne.

108. Teist tingimust täpsustas Euroopa Kohus otsuses Fazenda Pública vs. Câmara Municipal do Porto(46) järgmiselt:

„Seoses viimati nimetatud tingimusega võib avalik-õiguslike asutuste maksuvabastuse ulatuse kindlaks määrata asjaomaste tegevuste teostamise tingimuste alusel [...][(47)].

Euroopa Kohtu väljakujunenud praktika kohaselt on kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 5 esimese lõigu kohaste ametivõimudena tegutsevate asutuste teostatud tegevuste puhul tegemist selliste tegevustega, mida avalik-õiguslikud asutused teostavad avalik-õigusliku erinormi raames. Nende hulka ei kuulu tegevused, mida nad teostavad samadel õiguslikel alustel nagu eraettevõtjad [...][(48)].”

109. Lisaks sellele märkis Euroopa Kohus, et kõnealuse uurimise puhul ei ole oluline tegevuse ese või eesmärk.(49)

110. Hagejad on seisukohal, et riik, pannes sageduste kasutamise õigused enampakkumisele, käitus samamoodi nagu eraettevõtja. Riik kasutas eraõiguslikku tegevusvormi ja sai sageduste eraldamise eest vastusooritusena suurt tasu.

111. Menetluses osalevad liikmesriigid ja komisjon toovad seevastu esile, et asjaomaste ühenduse ja siseriiklike õigusnormide kohaselt on sageduste kasutamise õiguste andmine

reserveeritud ainuüksi riigile, kes peab sellega seoses täitma teatavaid kohustusi.

112. Selle kohta tuleb märkida, et direktiivi 97/13 artikli 2 lõike 1 punkti a kohaselt võib üksiklitsentse telekommunikatsioonivõrgu käitamiseks välja anda üksnes riiklik reguleeriv asutus. Seejuures peab asutus kinni pidama direktiivi artiklites 9 ja 10 sisalduvatest nõuetest. Kui liikmesriik annab välja vaid piiratud arvu üksiklitsentse, peavad valikukriteeriumid olema objektiivsed, mittediskrimineerivad, üksikasjalikud, läbipaistvad ja proportsionaalsed (direktiivi 97/13 artikli 10 lõige 3). Sellega seoses kehtestatavatele tasudele kohaldatakse direktiivi 97/13 artikli 11 lõike 2 sätteid.

113. Kuigi siseriikliku õigusliku olukorra lõplik hindamine on eelotsusetaotluse esitanud kohtu pädevuses, ei ole kahtlusi selles, et Telekommunikationsgesetzi kohaselt võib sagedusi esmakordselt eraldada üksnes Telekom-Control-Kommission. Kohustused, mis on talle pandud siseriikliku õiguse alusel, põhinevad direktiivi 97/13 sätetel.

114. Ükski eraõiguslik isik ei saa asjaomaseid õigusi vahetult anda. Eraõiguslikud isikud võivad riigi poolt eraldatud sagedusi äärmisel juhul üksteisele üle anda. Üleandmine ei ole aga võrreldav esmakordse andmisega, sest see põhineb vaid tuletatud kasutusõigusel, samal ajal kui esmakordne eraldamine on originaalselt riigi ülesanne. Ka rahatähtede vahetust eraõiguslike isikute vahel ei saa ju võrdsustada riigile kuuluva rahatähtede väljaandmise pädevusega. See võimaldab teha järelduse, et sageduste kasutamise õiguste eraldamine enampakkumise teel oli tegevus, mida pidi ametivõimuna teostama riiklik asutus.

115. Õelduga ei ole vastuolus, et riik kasutas sageduste eraldamisel enampakkumist, menetlust, mis pärineb tsiviilõigusest ja mida saavad seega kasutada ka eraõiguslikud isikud.

116. Seejuures võib jääda lahtiseks, milline tähendus oli enampakkumisel õiguste andmise menetluses tervikuna. Mõned hagejad on selles osas seisukohal, et enampakkumisega sõlmiti tsiviilõiguslik leping sageduste kasutamise õiguste andmise kohta. Teised möönavad seevastu, et õiguste tegelik eraldamine toimus alles järgneva haldusaktiga. Enampakkumist kasutati nende arvates üksnes selleks, et valida välja ettevõtjad, kellele anti seejärel õigused haldusõiguslikus vormis üle.

117. On küll tõsi, et Euroopa Kohus pidas määravaiks tegutsemise tingimusi. Kuid siiski oleks lühinägelik mõista selle all üksnes küsimust „kuidas”, st tegutsemise vormi. Pigem on esmalt oluline see, kas eraõiguslikud isikud saavad asjaomastele sätetele tuginedes võrreldava tegevusega üldse tegeleda. Kui see oleks nii, tuleks riiki kohelda maksukohustuslasena, et vältida käibemaksuga maksustamise neutraalsuse ohtu seadmist. Asjaolu, et riik kasutab vaid talle määratud pädevuste teostamisel tsiviilõigusest pärinevaid menetlusi, seevastu maksustamise neutraalsust ei mõjuta.

118. Hagejate väide tooks kaasa selle, et ametivõimuna tegutsemisega oleks tegemist vaid siis, kui riik annab haldusakti, seega teostab avalikku võimu kitsamas tähenduses. Ent sellist arusaama on Euroopa Kohus teekasutusmaksu puudutavates kohtuotsustes sõnaselgelt eitanud.(50)

119. Kohtuotsuses Fazenda Pública vs. Câmara Municipal do Porto(51) tegi Euroopa Kohus aga asjaolust, et avalike parkimisplatside haldamisega oli seotud ametivõimuna tegutsemine, järelduse, et tegevus kuulus avalik-õigusliku erinormi alla. Tegevus avaliku võimu teostamisel, mille korral riik ja kodanik subordinatsioonisuhtes vastanduvad, on Euroopa Kohtu seisukohast seega tõend ametivõimuna tegutsemise kohta kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 5 esimese lõigu tähenduses, ei ole aga selle kohustuslik tingimus.(52)

120. Tuginemine tegevusvormi õiguslikule raamistikule võiks pealegi seada ohtu kuuenda

käibemaksudirektiivi ühtse kohaldamise, sest mõnes liikmesriigis võib riigipoolne eraõiguslike tegevusvormide kasutamine olla levinum kui teistes. Ka avalike-õiguslike ja eraõiguslike tegevusvormide piiritlemine võib erinevates siseriiklikes õiguskordades olla erinev.

121. Lisaks tuleb viidata sellele, et kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 5 esimene lõik seab tingimuseks vaid selle, et riigid või avalik-õiguslikud organisatsioonid peavad tegevuse või tehingu tegema *ametivõimudena*. Seega ei tohi sageduste kasutamise õiguste andmist enampakkumise teel vaadelda isoleeritult.⁽⁵³⁾ Pigem sobitub see tegevus sageduste haldamise ja telekommunikatsioonisektori reguleerimise üldraamistikku. Kõnealuses kontekstis tegutseb riik sisuliselt ametivõimuna, võttes näiteks UMTS-otsuse või siseturgu käsitlevate direktiivide sätted üle siseriiklikku õigusesse.

122. Pealegi ei esine vastuolu, kui käesoleva hindamise puhul võetakse arvesse tegevuse laiemat õiguslikku konteksti, samal ajal kui majandustegevuseks kvalifitseerimise puhul on määrav üksnes väline toiming. Pigem on kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 loogikaga just vastavuses tagada esimese sammuna lõigete 1 ja 2 laia tõlgendamisega direktiivi ulatuslik kohaldamine, võttes aga seejärel lõike 5 kohaldamisel arvesse riigi tegevusele seatud spetsiifilisi õiguslikke raamtingimusi.

123. Enampakkumise teel sageduste eraldamise klassifitseerimist ametivõimuna teostatud tegevuseks ei takista ka asjaolu, et riik saab seeläbi suurt tulu. See võib – nagu näidatud – tuua kaasa selle, et riigi tegevusele omistatakse majanduslik olemus kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 2 tähenduses. Sellegipoolest on tegemist ametivõimuna tegutsemisega, kui riik tegutseb vaid tema suhtes kohaldatava erikorra alusel.

124. Viiendale eelotsuse küsimusele tuleb seega vastata järgmiselt:

Ametivõimude tehtavate tegevustena kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 5 esimese lõigu tähenduses tuleb käsitada selliseid tegevusi, mida teevad avalik-õiguslikud organisatsioonid avalik-õigusliku erikorra raames. Ametivõimuna tegutsemine ei ole välistatud seetõttu, et riik kasutab ainuüksi talle määratud ülesannete täitmiseks tsiviilõigusest pärinevaid menetlusi või saab oma tegevusest suurt tulu.

5. Neljas eelotsuse küsimus: kas maksukohustuslasena kohtlemata jätmine toob kaasa olulist konkurentsi moonutamist?

125. Kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 5 teise lõigu kohaselt käsitatakse riiklikke asutusi maksukohustuslasena ka seoses tegevusega, mida nad teevad ametivõimudena, kui maksukohustuse kohaldamata jätmine toob kaasa olulist konkurentsi moonutamist.

126. Vastavalt Euroopa Kohtu sedastustele kohtuotsuses *Comune di Carpaneto Piacentino* on liikmesriigid seega kohustatud

„kohaldama avalik-õiguslike organisatsioonide puhul maksukohustust tegevuse puhul, mida nad teevad ametivõimudena, kui nimetatud tegevust saavad – nendega konkureerides – teha ka eraõiguslikud isikud ja kui maksukohustuse kohaldamata jätmine nende suhtes võib kaasa tuua olulist konkurentsi moonutamist, [...]”⁽⁵⁴⁾

127. Sageduste kasutamise õiguste eraldamine on reserveeritud ainuüksi riigile, seega on konkurents riigi ja teiste pakujate identsete tegevuste vahel sageduste enampakkumise ajal välistatud. Hagejad esitavad siiski argumendi, et sageduste käibemaksuvaba andmine riigi poolt võiks hakata konkureerima sageduste kasutamise õiguste võõrandamisega eraõiguslike pakujate poolt.

128. Sellega seoses tuleb esmalt tuvastada, et hinnang selle kohta, kas isikut tuleb käsitada maksukohustuslasena või mitte, tuleb anda põhimõtteliselt tehingu tegemise ajal.(55) Seetõttu peab ka mõju konkurentsile esinema tehingu tegemise ajal.

129. See eeldab, et sageduste eraldamise ajal oli juba olemas turg asjaomastele kasutusõigustele, seega esiteks peavad võrreldavad kasutusõigused juba olemas olema, ja teiseks peavad kõnealused õigused olema eraõiguslike isikute vahel üleantavad. Vaid nendel tingimustel saab riigipoolne sageduste eraldamine konkureerida sageduste kasutamise õiguste üleandmisega eraõiguslike isikute poolt.

130. On tõsi, et Euroopa Kohus tuvastas kohtuotsuses Taksatorringen(56)*mutatis mutandis*, et kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 13 A osa lõike 1 punkt f puudutab ka konkurentsimoonutusi, mida maksust vabastamine võib tekitada tulevikus. Konkurentsimoonutuste oht peab siiski olema reaalne.(57)

131. Ka juhul, kui praegu ei paku ükski konkurent konkureerivaid käibemaksuga maksustatavaid teenuseid, võib konkurentsimoonutuste oht olla reaalne. Nimelt võib ainuüksi ebasoodne lähteolukord takistada võimalikke konkurente alustama turul tegevust. Asjaomane reaalne oht on seevastu välistatud, kui õiguslike raamtingimuste tõttu ei saa ükski võimalik konkurent teha konkureerivat pakkumist seoses riigi poolt eraldatavate sagedustega.

132. Pidades silmas UMTS-mobiilside sagedusi, tuleb tuvastada, et 2000. aastal, ajal, mil enampakkumine toimus, ei olnud turul võrreldavaid sageduste kasutamise õigusi. Ebaselge on, kas sama võib väita ka GSM?DCS?1800-sageduste kasutamise õiguste kohta, mis anti 1999. aastal äriühingule tele.ring, ja TETRA-raadioside sageduste kasutamise õiguste kohta, mis anti 2000. aasta veebruaris äriühingule master-talk.

133. Kui eelotsusetaotluse esitanud kohtu andmetel olid võrreldavad sageduste kasutamise õigused käesoleva asja seisukohalt määraval ajal juba olemas, tuleks teiseks selgeks teha, kas tookord kehtinud siseriiklik õigus oleks eraõiguslikel isikutel lubanud kõnealuseid õigusi juba üle anda. Eraõiguslike isikute vaheline üleandmine peab pealegi omakorda kuuluma käibemaksuga maksustamisele.

134. Vaieldamatult sai alles pärast TKG ümbersõnastamist 2003. aastal võimalikuks sagedustega kauplemine kitsamas tähenduses, mille kohta sisalduvad nõuded ka direktiivi 2002/21 artikli 9 lõikes 4. Sageduste kasutamise õiguste üleandmine, mis on sellest ajast alates lubatud, on aga sageduste eraldamise ajal esinenud konkurentsiolekorra seisukohast tähtsusetu. Kui aga riik eraldab sagedusi nüüd uuesti, tuleb seda asjaolu arvesse võtta.(58)

135. Lisaks ei ole pooled üksmeelel selles, kas juba varem olemas olnud võimalus anda kontsessioon ja sellega seotud sageduste kasutamise õigused üle, kujutab endast teenust, mis konkureerib sageduste riigipoolse eraldamisega.(59) Vastus sellele küsimusele sõltub siseriiklike sätete tõlgendamisest, mis on eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesanne.

136. Isegi kui TETRA- ja GSM-sageduste osas esines juba võimalik konkurents riigipoolse eraldamise ja eraõiguslike isikute poolse müügi vahel, siis tuleks riigi tehingut maksustada vaid siis, kui maksukohustuse kohaldamata jätmine tooks vastavalt eelotsusetaotluse esitanud kohtu poolt tuvastatule kaasa *olulist* konkurentsi moonutamist kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 5 teise lõigu tähenduses.

137. Sellega oleks tegemist näiteks juhul, kui riik osutab *lõpptarbijatele* sama teenust nagu eraettevõtjatele, millest tulenevalt peaksid kliendid ühel juhul tasuma hinna ilma käibemaksuta ja

teisel juhul koos käibemaksuga.(60) Kuna lõpptarbijad ei saa sisendkäibemaksu maha arvata, oleks eraõigusliku pakkuja teenus käibemaksusumma võrra kallim.

138. Kui *maksukohustuslane* omandab sageduste kasutamise õigused seevastu eraõiguslikult isikult, siis oleks see vaid teatavatel erijuhtudel ja vaid vähesel määral ebahuvitavam kui riigilt omandamine, sest käibemaksu võib kohe sisendkäibemaksuna maha arvata või lühikese tähtaja jooksul tagasi saada. Eelrahastamisega seotud kulud võivad küll absoluutarvudes moodustada suuremaid summasid. Võrreldes sageduste kasutamise õiguse omandamise kogukuludega ei ole need kulud aga üldiselt nii suured, et võiksid põhjustada olulist konkurentsi moonutamist.

139. Kuigi UMTS-sagedustega kauplemine sai võimalikuks alles pärast seda, kui asjaomased sagedused olid välja antud ja olid loodud raamtingimused nende üleandmiseks, on hagejad arvamisel, et ka siin võib sageduste käibemaksuvaba andmine riigi poolt põhjustada konkurentsi moonutamist.

140. Ühelt poolt peab, nagu juba tuvastatud, võimalik konkurentsisuhe kõnealuse tehingu tegemise ajal olemas olema. Võimalus, et selleks vajalikud õiguslikud raamtingimused luuakse hiljem, ei ole piisav. Maksukohustus ei saa nimelt sõltuda rohkem või vähem ebakindlastest prognoosidest. Teiselt poolt seataks ebasoodsasse olukorda need, kes omandavad UMTS-sageduste kasutamise õigused tagantjärele eraõiguslikult pakkujalt ja kes peavad samuti kandma võimalikke eelrahastamiskulusid seoses sisendkäibemaksuga, mida ei saa kohe maha arvata; see ei põhjusta aga olulist konkurentsi moonutamist.

141. Mida pikem on vahe riigipoolse sageduste eraldamise ja üldise sagedustega kauplemise võimaldamise vahel, seda rohkem muutuvad sageli turutingimused tervikuna. Seejuures omandavad muud tegurid, näiteks sageduste kasutamise majandusliku väärtuse ümberhindamine seoses UMTS-mobiilsidega konkureeriva tehnoloogia tekkega, täiesti teistsuguse kaalu kui võimalik ebasoodne likviidsusolukord, mis on tingitud sisendkäibemaksu ajutisest tasumisest. Ka see kaalutlus näitab, et konkurentsi moonutamist kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 5 teise lõigu tähenduses võib põhimõtteliselt eeldada vaid siis, kui teenused on olemas üheaegselt ja potentsiaalne omandaja saab tõepoolest valida kahe võrreldava pakkumise vahel.

142. Neljandale eelotsuse küsimusele tuleb seega vastata järgmiselt:

Olulise konkurentsi moonutamisega kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 5 teise lõigu tähenduses on tegemist vaid siis, kui on olemas reaalne oht, et riigi kohtlemine mittemaksukohustuslasena avaldab konkureerivate teenuste olemasolevate või potentsiaalsete pakkujate konkurentsiolukorrale olulist mõju. Selline oht põhimõtteliselt puudub, kui riigipoolse teenuste osutamise ajal on õiguslike raamtingimustega välistatud, et eraõiguslikud pakkujad toovad turule riigi osutatavate teenustega konkureerivaid teenuseid.

C. *Seitsmes eelotsuse küsimus: kas sageduste kasutamise tasu tuleb mõista bruto- või netosummana?*

143. Selle küsimusega soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada, kas sageduste kasutamise tasu tuleb kuuenda käibemaksudirektiivi alusel käsitada bruto- või netotasuna, st kas kokkulepitud tasu juba sisaldab käibemaksu või lisandub sellele veel käibemaks.

144. Kuna juba tuvastati, et sageduste eraldamine ei ole käibemaksuga maksustamisele kuuluv teenus, ei ole seitsmendale eelotsuse küsimusele vaja vastata.

145. Olenemata sellest ei sisalda kuues käibemaksudirektiiv selle küsimuse kohta ka ühtegi viidet. Pigem sõltub poolte konkreetsest kokkuleppest, kas tasu käibemaksu sisaldab või mitte. Kui see ei

ole ühetähenduslik, siis tuleb selle sisu kindlaks teha vastavalt asjaomases siseriiklikus õiguses sisalduvatele tõlgenduseeskirjadele, mis on ainuüksi liikmesriigi kohtute ülesanne.

V. Ettepanek

146. Tuginedes eelnevale, teen ettepaneku vastata Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien eelotsuse küsimustele järgmiselt:

1. Riigi reguleeriva asutuse poolt enampakkumise teel sellise õiguse andmine, mis võimaldab kindlaksmääratud ajavahemikul kasutada elektromagnetilise spektri teatavaid sagedusi mobiilsideteenuste pakkumiseks, tuleb sellistel asjaoludel nagu põhikohtuasjas käsitada immateriaalse vara kasutamisenä kestva tulu saamise eesmärgil ja seega majandustegevusena nõukogu 17. mai 1977. aasta kuuenda direktiivi 77/388/EMÜ kumuleeruvate käibemaksudega seotud liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta – ühine käibemaksusüsteem: ühtne maksubaas artikli 4 lõigete 1 ja 2 tähenduses.

2. Kuuenda käibemaksudirektiivi D lisa punktis 1 sisalduv mõiste „telekommunikatsioon” ei hõlma praeguse arengutaseme juures mobiilsideteenuste pakkumist võimaldavate sageduste kasutamise õiguste andmist.

3. Ametivõimude tehtavate tegevustena kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 5 esimese lõigu tähenduses tuleb käsitada selliseid tegevusi, mida teevad avalik-õiguslikud organisatsioonid avalik-õigusliku erikorra raames. Ametivõimudena tegutsemine ei ole välistatud seetõttu, et riik kasutab ainuüksi talle määratud ülesannete täitmiseks tsiviilõigusest pärinevat menetlust või saab oma tegevusest suurt tulu.

4. Olulise konkurentsi moonutamisega kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 5 teise lõigu tähenduses on tegemist vaid siis, kui on olemas reaalne oht, et riigi kohtlemine mittemaksukohustuslasena avaldab konkureerivate teenuste olemasolevate või potentsiaalsete pakkujate konkrentsiolukorrale olulist mõju. Selline oht põhimõtteliselt puudub, kui riigipoolse teenuste osutamise ajal on õiguslike raamtingimustega välistatud, et eraõiguslikud pakkujad toovad turule riigi osutatavate teenustega konkureerivaid teenuseid.

1 – Algkeel: saksa.

2 – IMT-2000: Rahvusvaheline mobiilside 2000 (International Mobil Telecommunications–2000) (Rahvusvahelise Telekommunikatsiooni Liidu (International Telecommunication Union (ITU)) väljatöötatud standard); UMTS: universaalne mobiilsidesüsteem (Universal Mobile Telecommunications System) (Euroopa Postside ja Telekommunikatsiooni Administratsioonide Konverentsi (European Conference of Postal and Telecommunications Administrations (CEPT)) ja Euroopa Telekommunikatsiooni Standardite Instituudi (European Telecommunications Standards Institute (ETSI)) väljatöötatud standard, mis on nn IMT-2000-sarja osa).

3 – Global System for Mobile Communications.

4 – Terrestrial Trunked Radio. Lähem teave selle digitaalse raadiosidestandardi kohta sisaldub TETRA MoU Association Ltd veebisaidil (www.tetramou.com).

5 – Nõukogu 17. mai 1977. aasta kuues direktiiv 77/388/EMÜ kumuleeruvate käibemaksudega seotud liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta – ühine käibemaksusüsteem: ühtne maksubaas (EÜT L 145, lk 1; ELT eriväljaanne 09/01, lk 23).

6 – Kohtuasi C-369/04: Hutchison jt.

7 – Põhikohtuasja kostja viitas sellele, et säte oli kohtuasja seisukohast määraval ajal sõnastatud teisiti, nimelt: „Kui ettevõtja teostab maksustamisele kuuluvaid tehinguid, on tal õigus väljastada arve, kui ta teostab tehinguid, mis on suunatud teisele ettevõtjale viimase ettevõtluse huvides, on ta teise ettevõtja nõudmise korral kohustatud väljastama arve, millel on käibemaks eraldi välja toodud”.

8 – CEPT on rahvusvaheline organisatsioon, kuhu praegu kuuluvad 46 Euroopa riigi postsidet ja telekommunikatsiooni reguleerivad asutused (lisateave organisatsiooni veebisaidil www.cept.org).

9 – Selles tuuakse välja järgmised sagedusvahemikud: 1900–1980 MHz, 2010–2025 MHz ja 2110–2170 MHz maapealsetele UMTS-rakendustele ja 1980–2010 MHz ja 2170–2200 MHz satelliidil põhinevatele UMTS-rakendustele.

10 – Vt selle kohta teavet European Radiocommunications Office (ERO) veebisaidil www.ero.dk/ecc.

11 – Euroopa Parlamendi ja nõukogu 10. aprilli 1997. aasta direktiiv 97/13/EÜ üldlubade ja üksiklitsentside ühise raamistiku kohta telekommunikatsiooniteenuste valdkonnas (EÜT L 117, lk 15), mis tunnistati alates 24. juulist 2003 kehtetuks Euroopa Parlamendi ja nõukogu 7. märtsi 2002. aasta direktiiviga 2002/21/EÜ elektrooniliste sidevõrkude ja teenuste ühise reguleeriva raamistiku kohta (raamdirektiiv) (EÜT L 108, lk 33; ELT eriväljaanne 13/29, lk 349).

12 – Viidatud eespool 11. joonealuses märkuses.

13 – EÜT L 17, lk 1.

14 – Vt kohtujurist Mischo, kes näitab ülevaatlikult, et artikli 4 lõige 5 on üles ehitatud nõo astmeliselt ja liigendatud eranditeks ja erandeid ümberlukkavateks eranditeks (15. märtsi 1989. aasta ettepanek liidetud kohtuasjades 231/87 ja 129/88: Comune di Carpaneto Piacentino jt (EKL 1989, lk 3233, punkt 8).

15 – 12. septembri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-260/98: komisjon vs. Kreeka (EKL 2000, lk I-6537, punkt 26); 12. septembri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-359/97: komisjon vs. Ühendkuningriik (EKL 2000, lk I-6355, punkt 41) ja 21. veebruari 2006. aasta otsus kohtuasjas C-223/03: University of Huddersfield (EKL 2006, lk I-1751, punkt 47), vt ka 26. märtsi 1987. aasta otsus kohtuasjas 235/85: komisjon vs. Madalmaad (EKL 1987, lk 1471, punkt 8); samuti samas tähenduses 14. veebruari 1985. aasta otsus kohtuasjas 268/83: Rompelman (EKL 1985, lk 655, punkt 19) ja 27. novembri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-497/01: Zita Modes (EKL 2003, lk I-14393, punkt 38).

16 – 6. aprilli 1995. aasta otsus kohtuasjas C-4/94: BLP Group (EKL 1995, lk I-983, punkt 24) ja 12. jaanuari 2006. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-354/03, C-355/03 ja C-484/03: Optigen jt (EKL 2006, lk I-483, punkt 45).

17 – Vt eespool 16. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsused.

18 – Vt eespool 15. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsused komisjon vs. Madalmaad, punkt 10, komisjon vs. Kreeka, punkt 28 ja komisjon vs. Ühendkuningriik, punkt 43.

19 – Vt eespool 15. joonealuses märkuses viidatud kohtupraktika.

20 – 19. jaanuari 1994. aasta otsus kohtuasjas C-364/92: SAT Fluggesellschaft (EKL 1994, lk I-43, punkt 30); vt selle kohta ka 18. märtsi 1997. aasta otsus kohtuasjas C-343/95: Diego Calì &

Figli (EKL 1997, lk I?1547, punktid 22 ja 23) ja 19. veebruari 2002. aasta otsus kohtuasjas C?309/99: Wouters jt (EKL 2002, lk I?1577, punkt 57).

21 – 4. detsembri 1990. aasta otsus kohtuasjas C?186/89: Van Tiem (EKL 1990, lk I?4363, punkt 18); 26. juuni 2003. aasta otsus kohtuasjas C?442/01: KapHag, (EKL 2003, lk I?6851, punkt 37); 29. aprilli 2004. aasta otsus kohtuasjas C?77/01: EDM (EKL 2004, lk I?4295, punkt 48) ja 21. oktoobri 2004. aasta otsus kohtuasjas C?8/03: BBL (EKL 2004, lk I?10157, punkt 36).

22 – 26. septembri 1996. aasta otsus kohtuasjas C?230/94: Enkler (EKL 1996, lk I?4517, punkt 22) ja 27. jaanuari 2000. aasta otsus kohtuasjas C?23/98: Heerma (EKL 2000, lk I?419, punkt 19). Vt ka 14. veebruari 1985. aasta otsus kohtuasjas 268/83: Rompelman (EKL 1985, lk 655), milles Euroopa Kohus liigitas osalise ehitusõiguse omandamise majandustegevuseks.

23 – Vt nt inglise keeles „for the purpose of obtaining income therefrom on a continuing basis”, prantsuse keeles „en vue d'en retirer des recettes ayant un caractère de permanence”, itaalia keeles „per ricavarne introiti aventi un certo carattere di stabilità”, hispaania keeles „con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo”.

24 – Eespool 22. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Enkler, punkt 20.

25 – Eespool 22. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Enkler, punkt 27.

26 – 20. juuni 1996. aasta otsus kohtuasjas C?155/94: Wellcome Trust (EKL 1996, lk I?3013, punkt 32 jj) ja eespool 21. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus EDM, punkt 57 jj. Vt seoses aktsiate hoidmise ja omandamisega eespool 21. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus KapHag, punkt 38, ja 26. mai 2005. aasta otsus kohtuasjas C?465/03: Kretztechnik (EKL 2005, lk I?4357, punkt 19 jj).

27 – 17. oktoobri 1989. aasta otsus liidetud kohtuasjades 231/87 ja 129/88: Comune di Carpaneto Piacentino jt (EKL 1989, lk 3233, punkt 22).

28 – Vt kohtujurist Alber'i 29. juuni 2000. aasta ettepanek kohtuasjas C?446/98: Fazenda Pública, (EKL 2000, lk I?11435, ettepaneku punkt 69).

29 – D lisas on loetletud kokku 13 tegevusala: lisaks telekommunikatsioonile nt vee-, gaasi-, ja elektrivarustus, reisijate ja kaubavedu, sadama- ja lennujaamateenused, messide ja näituste korraldamine, reklaami- ja reisibüroode tegevus, oma töötajate kaupluse pidamine jm.

30 – Ühendkuningriigi valitsus viitab selles osas telekommunikatsiooniteenuste mõiste määratlusele nõukogu vahepeal kehtetuks tunnistatud 28. juuni 1990. aasta direktiivi 90/387/EMÜ telekommunikatsiooniteenuste siseturu loomise kohta avatud võrgu pakkumise kaudu (EÜT L 192, lk 1) artikli 2 punktis 4, mille kohaselt on „telekommunikatsiooniteenused” teenused, mis koosnevad täielikult või osaliselt signaalide ülekandmisest ja edastamisest telekommunikatsioonivõrgus telekommunikatsioonimeetodite kaudu, välja arvatud ringhääling ja televisioon.

31 – T-Mobile Austria viitab selle tõlgendusmeetodi puhul K. Larenz, *Juristische Methodenlehre*, 6. Auflage, München 1991, lk 329 ja 344.

32 – Vt selle kohta lähemalt minu 13. juuli 2006. aasta ettepanek kohtuasjas C?278/05: Robins ja Burnett (EKL 2007, lk I-01053, ettepaneku punktid 80 ja 81).

33 – Kõnealune säte lisati nõukogu 17. juuni 1999. aasta direktiiviga 1999/59/EÜ, millega muudetakse direktiivi 77/388/EMÜ seoses telekommunikatsiooniteenuste suhtes kohaldatava

käibemaksukorraga (EÜT L 162, lk 63; ELT eriväljaanne 09/01, lk 324).

34 – Vt lisaks viidatud saksakeelsele versioonile eeskätt itaaliakeelset (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), hollandikeelset (met inbegrip van de daarmee samenhangende overdracht en verlening van rechten op het gebruik van infrastructuur voor de transmissie, uitzending of ontvangst) ja prantsuskeelset versiooni (y compris la cession et la concession y afférentes d'un droit d'utilisation de moyens pour une telle transmission, émission ou réception) (kohtujuristi kursiiv).

35 – Vt 27. märtsi 1990. aasta otsus kohtuasjas C-372/88: Cricket St. Thomas (EKL 1990, lk I-1345, punkt 19); 5. juuni 1997. aasta otsus kohtuasjas C-2/95: SDC (EKL 1997, lk I-3017, punkt 22) ja 14. septembri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-384/98: D (EKL 2000, lk I-6795, punkt 16).

36 – Vt eespool 33. joonealuses märkuses viidatud direktiivi 1999/59 põhjendus 4, mis on sõnastatud järgmiselt: „tuleks võtta meetmeid tagamaks eeskätt, et ühenduses asuvate klientide kasutatavaid telekommunikatsiooniteenuseid maksustatakse ühenduses.”

37 – Vt 4. mai 2006. aasta otsus kohtuasjas C-169/04: Abbey National jt (EKL 2006, lk I-4027, punkt 61 jj) ja minu 8. septembri 2005. aasta ettepanek samas kohtuasjas, punkt 73 jj.

38 – EÜT L 192, lk 1. Direktiiv 1990/387 on vahepeal tunnistatud kehtetuks eespool 11. joonealuses märkuses viidatud direktiiviga 2002/21. Uue raamdirektiivi artikli 2 punktis c sisalduv elektrooniliste sideteenuste mõiste hõlmab telekommunikatsiooni ja lähtub sarnaselt varasema direktiiviga signaalide ülekandmisest elektrooniliste sidevõrkude kaudu.

39 – Eespool 28. joonealuses märkuses viidatud ettepanek kohtuasjas Fazenda Pública, ettepaneku punkt 69.

40 – Siiski kaalub komisjon võtta sageduste haldamisel aluseks turupõhisem lähenemisviis (vt komisjoni 14. septembri 2005. aasta teatis – turupõhine lähenemisviis raadiospektrite haldamisele Euroopa Liidus, KOM(2005) 400 (lõplik)).

41 – Vt selle kohta allpool punkt 102 jj.

42 – Vt allpool punktis 125 jj neljanda eelotsuse küsimuse kohta esitatud selgitusi.

43 – 25. juuli 1991. aasta otsus kohtuasjas C-202/90: Ayuntamiento de Sevilla (EKL 1991, lk I-4247, punkt 18), samuti eespool 15. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsused komisjon vs. Kreeka, punkt 34, ja komisjon vs. Ühendkuningriik, punkt 49.

44 – Vt eespool 15. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus komisjon vs. Madalmaad, punkt 21; eespool 43. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Ayuntamiento de Sevilla, punkt 19, ja eespool 15. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus komisjon vs. Kreeka, punkt 40.

45 – Vt eespool 15. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus komisjon vs. Madalmaad, punkt 22, ja eespool 43. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Ayuntamiento de Sevilla, punkt 20.

46 – 14. detsembri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-446/98: Fazenda Pública (EKL 2000, lk I-11435, punktid 16 ja 17).

47 – Selles osas viitab Euroopa Kohus eespool 27. joonealuses märkuses viidatud 17. oktoobri 1989. aasta kohtuotsusele Comune di Carpaneto Piacentino jt, punkt 15, ja 15. mai 1990. aasta otsusele kohtuasjas C-74/89: Comune di Carpaneto Piacentino jt (EKL 1990, lk I-1869, punkt 10).

48 – Selles osas viitab Euroopa Kohus eespool 15. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsustele komisjon vs. Ühendkuningriik, punkt 50, ja komisjon vs. Kreeka, punkt 35, samuti teistele paralleelsetes menetlustes tehtud otsustele.

49 – Eespool 27. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Comune di Carpaneto Piacentino jt, punkt 13, ja eespool 46. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Fazenda Pública, punkt 19.

50 – Eespool 15. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsused komisjon vs. Ühendkuningriik, punkt 51, ja komisjon vs. Kreeka, punkt 36.

51 – Eespool 46. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Fazenda Pública, punkt 22.

52 – Vt eespool 47. joonealuses märkuses viidatud 15. mai 1990. aasta kohtuotsus Comune di Carpaneto Piacentino, punkt 11.

53 – Ka eespool 46. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsuses Fazenda Pública, punkt 22, ei käsitlenud Euroopa Kohus isoleeritult üheainsa parkimiskoha üürileandmist, vaid avalike parkimisplatside haldamist tervikuna.

54 – Eespool 27. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Comune di Carpaneto Piacentino jt, punkt 24. Vt ka 8. juuni 2006. aasta otsus kohtuasjas C-430/04: Feuerbestattungsverein Halle (EKL 2006, lk I-4999, punkt 25).

55 – 2. juuni 2005. aasta otsus kohtuasjas C-378/02: Waterschap Zeeuws Vlaanderen (EKL 2005, lk I-4685, punkt 32).

56 – 20. novembri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-8/01: Taksatorringen (EKL 2003, lk I-13711).

57 – Eespool 56. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Taksatorringen, punkt 63.

58 – Vastavalt CEPT-ECC-otsusele (02) 06 antakse juba esimeste 3G-teenuste osutamiseks heakskiidetud sageduste osas IMT-2000/UMTS-mobiilside käsutusse alates 1. jaanuarist 2008 sagedusvahemik 2500 MHz–2690 MHz.

59 – T-Mobile Austria märgib aga, et kontsessiooni üleandmisega kaasneb kogu ettevõtte üleandmine. Kas seda loetakse käibemaksuga maksustamisele kuuluvaks tehinguks, sõltub kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 5 lõike 8 tõlgendamisest.

60 – Hagejate esitatud oletus, et sageduse omandab asutus, kes ei ole maksukohustuslane (näiteks riigiasutus) ja kellel sisendkäibemaksu mahaarvamise õigus puudub, tundub olevat vähetõenäoline. Kui riigiasutus kasutab sagedust otstarbekohaselt tasuliste telekommunikatsiooniteenuste osutamiseks, on ta vastavalt kuuenda käibemaksudirektiivi artikli 4 lõike 5 kolmandale lõigule koosmõjus D lisaga maksukohustuslane. Pigem oletuslik on ka kaalutlus, et sisendkäibemaksu mahaarvamine võiks olla välistatud, kui litsentse ei kasutata maksustamisele kuuluvateks tegevusteks.