

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE

JULIANE KOKOTT,

predstavljeni 7. septembra 2006¹(1)

Zadeva C-369/04

Hutchison 3G UK Ltd in drugi

proti

Commissioners of Customs & Excise

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe VAT and Duties Tribunal London (Združeno kraljestvo))

„Šesta direktiva – Pojem gospodarske dejavnosti – Osebe javnega prava kot davčni zavezanci – Dražba dovoljenj za uporabo frekvenc za telekomunikacijske storitve tretje generacije (UMTS/IMT-2000)“

I – Uvod

1. Združeno kraljestvo je marca/aprila 2000 kot prva država članica izvedlo javno dražbo za pet paketov dovoljenj za uporabo določenih frekvenčnih blokov za ponudbo storitev mobilne telefonije po standardu UMTS/IMT-2000⁽²⁾ (imenovano tudi mobilna telefonija tretje generacije, 3G). Mobilne naprave 3G razpolagajo z večjo kapaciteto za prenos podatkov kot mobilni telefoni prejšnjih generacij. Omogočajo predvsem razpoložljivost multimedijskih storitev, kot so videokonference, dostop do interneta in razvedrilo on-line. Uvedba mobilne telefonije UMTS velja za pomemben tehnični napredek, ki telekomunikacijskim podjetjem odpira številna nova področja dejavnosti.

2. Podjetja so bila zato pripravljena plačati visoke licenčnine. Na javni dražbi dovoljenj je Radiocommunications Agency (RA) doseglo izkupitve v skupni vrednosti 22,5 milijarde GBP (takrat blizu 38,4 milijarde eura). RA, ki je organ v resorju ministrstva za trgovino in industrijo, je izvedel javno dražbo v imenu ministrstva.

3. Vsako od petih telekomunikacijskih podjetij, ki so tožene stranke v postopku v glavni stvari, je na dražbi pridobilo paket dovoljenj. Menijo, da je izdaja dovoljenj podvržena davku na dodano vrednost in da so plačala posledično vsebovala davek na dodano vrednost. Zato uveljavljajo vračilo domnevno plačanega⁽³⁾ davka na dodano vrednost v višini 3.347.698.000 GBP (približno 5 milijard eurov), ker naj bi bila upravičena do odbitka vstopnega davka. Po mnenju davčnih organov Združenega Kraljestva pa pri izdaji dovoljenj ne gre za dejavnost, ki je podvržena davku, v smislu Šeste direktive o davku na dodano vrednost⁽⁴⁾ (v nadaljevanju: Šesta direktiva).

4. V skladu s členom 4(1) in (2) Šeste direktive so davku podvržene le transakcije, ki jih davni zavezanci opravljajo v okviru svoje gospodarske dejavnosti. Država in njeni organi se v

skladu s členom 4(5) Direktive v na?elu ne štejejo za dav?ne zavezance, ?e opravljajo dejavnosti kot organi oblasti. Razlaga teh dolo?b v zvezi z dražbo dovoljenj UMTS je bistvo tega postopka.

5. V vzporedno postavljenem predlogu za sprejetje predhodne odlo?be(5), za katerega prav tako danes predstavljam sklepne predloge, postavlja Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien podobna vprašanja za oceno dražbe licenc UMTS v Avstriji.

6. Druge države ?lanice so sledile britanskemu in avstrijskemu zgledu in so prav tako prejele visoke licen?nine, ?eprav – glede na posamezne potencialne stranke mobilne telefonije – ne tako visoke kot v Združenem Kraljestvu.(6) Zadevni in vzporedni postopek v Avstriji nista torej posebnega pomena le zaradi ogromnih zneskov, ki so tu v igri. Hkrati bosta namre? služila kot primer za podobne spore v drugih državah ?lanicah.

II – Pravni okvir

A – *Dolo?be o davku na dodano vrednost*

1. Pravo Skupnosti

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

„dobava blaga ali storitev, ki jo dav?ni zavezanec, ki deluje kot tak, opravi na ozemlju države za pla?ilo; [...]“

8. Kdo se šteje za dav?nega zavezanca, je dolo?eno v členu 4 Šeste direktive, kot sledi:

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

2. Gospodarske dejavnosti iz odstavka 1 obsegajo vse dejavnosti proizvajalcev, trgovcev in oseb, ki opravljajo storitve, vklju?no z rudarskimi in kmetijskimi dejavnostmi in dejavnostmi samostojnih poklicev. Za gospodarsko dejavnost se šteje tudi izkoriš?anje premoženja v stvareh ali pravicah, ki je namenjeno trajnemu doseganju dohodka.

[...]

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

Pri opravljanju takšnih dejavnosti ali transakcij pa se štejejo za dav?ne zavezance v zvezi s temi dejavnostmi ali transakcijami, ?e bi obravnava, kot da niso dav?ni zavezanci, povzro?ila znatno izkrivljanje konkurence.

V vsakem primeru se ti organi štejejo za dav?ne zavezance v zvezi z dejavnostmi iz Priloge D, ?e obseg teh dejavnosti ni tako majhen, da bi bil zanemarljiv.

[...]“

9. V Prilogi D so pod to?ko 1 kot dejavnost v smislu člena 4(5), tretji pododstavek, Šeste Direktive navedene telekomunikacije.

2. Nacionalno pravo

10. Zakon o DDV iz leta 1994 (Value Added Tax Act 1994) v ?lenu 4(1) dolo?a:

„DDV se obra?una od vseh dobav blaga ali storitev, opravljenih v Združenem kraljestvu, ?e gre za obdav?ljivo dobavo blaga ali storitev, ki jo zavezanec opravi v okviru svoje gospodarske dejavnosti.“

11. V ?lenu 41(1) zakona o DDV (VAT Act 1994) je dolo?eno:

„Ta zakon velja za dobave s strani dr?žave in za davku podvr?ene dobave dav?nih zavezancev.“

12. V ?lenu 41(2) zakona o DDV (VAT Act 1994) je dolo?eno:

„?e se dobava blaga ali storitev izvrši s strani javne uprave nekomercialno, vendar po mnenju dav?ne uprave isto blago ali storitve komercialno dobavljajo dav?ni zavezanci oziroma bi jih lahko dobavili, velja dobava takega blaga in storitev s strani javne uprave v okviru tega zakona za komercialno, ?e dav?na uprava izda ustrezno odlo?bo.“

13. Dav?na uprava Združenega kraljestva je 14. aprila 2000 izdala dav?na navodila, v katerih je bilo dolo?eno: „Dobava, ki jo izvrši organ, naveden na seznamu 1, in katere predmet so blago ali storitve, navedene na seznamu 2, velja v okviru tega zakona [VAT Act 1994] za komercialno transakcijo tega organa.“ Na seznamu 1 je navedeno ministrstvo za trgovino in industrijo. Na seznamu 2 so bili med drugim navedeni tako „izdaja dovoljenja, certifikacija, avtorizacija in podelitev pravic, ki so izklju?ene od pravic na zemljiš?ih“ ter „telekomunikacije“.

B – *Pravni okvir za dodelitev frekvenc UMTS*

14. Radijske frekvence so omejen vir. Tehni?no uporabni frekven?ni spekter je ve?inoma že dodeljen razli?nim slu?žbam in oblikam uporabe. Zaradi izogibanja motnjam so za vsako obliko uporabe na razpolago dolo?ena omejena obmo?ja (frekven?ni pasovi). Mednarodna kategorizacija frekvenc temelji na delih v okviru Mednarodne zveze za telekomunikacije (ITU), mednarodne organizacije pod okriljem Združenih narodov.

15. Frekven?ni pasovi, odprti za mobilno telefonijo UMTS/IMT-2000, so bili v osnovi dolo?eni leta 1992 na Svetovni radijski konferenci (WRC 92), organizirani v okviru ITU. V Sklepu 212 Svetovna upravna radijska konferenca iz leta 1997 izhaja iz tega, da se okoli leta 2000 pri?akuje uvedba storitev mobilne telefonije IMT-2000.

16. Na evropski ravni je Evropska konferenca uprav za pošto in telekomunikacije (CEPT)(7) opravila nadaljnja pripravljala dela za uvedbo mobilne telefonije tretje generacije. Evropski svet za radiokomunikacije (ERC), ki spada k tej organizaciji, je v odlo?bi ERC/DEC(97)/07 z dne 30. junija 1997(8) posebej opredelil frekven?ni spekter, ki je na razpolago.

17. Obmo?je frekven?nega spektra, rezervirano za mobilno telefonijo tretje generacije, se deli na nadaljnje dele, v katerih lahko ve? ponudnikov drug poleg drugega vzpostavijo mobilna radijska omre?ja. Oblika in število za to dodeljenih pravic uporabe frekvenc se v posameznih dr?žavah ?lanicah razlikuje.(9) Medtem ko sta na primer Avstrija in Nem?ija spekter razdelili na šest ponudnikov, so bili ti v Belgiji in Franciji le trije. Pri dolo?itvi širine pasov, ki se dodeli za vzpostavitev omre?ja, obstaja torej v okviru minimalnih tehni?nih zahtev dolo?en manevrski prostor.

1. Pravo Skupnosti

18. Pravni okvir Skupnosti za izdajo splošnih in posami?nih dovoljenj za opravljanje

telekomunikacijskih storitev je v zadevnem obdobju predstavljala Direktiva 97/13/ES(10).

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

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

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

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

22. Direktiva 97/13 je bila razveljavljena z Direktivo Evropskega parlamenta in Sveta 2002/21/ES z dne 7. marca 2002 o skupnem regulativnem okviru za elektronska komunikacijska omrežja in storitve (okvirna direktiva)(11). V nasprotju z Direktivo 97/13 je v členu 9(3) Direktive 2002/21 zdaj določeno, da lahko države članice podjetjem dovolijo prenos pravic uporabe frekvenc na druga podjetja.

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

„Države članice poskrbijo za uradno obvestitev nacionalnega regulativnega organa, odgovornega za dodelitev spektra, o tem, da namerava podjetje prenesti pravice do uporabe radijskih frekvenc ter da vsak prenos poteka skladno s postopki, ki jih določi nacionalni regulativni organ, in da je ta prenos objavljen. Nacionalni regulativni organi zagotovijo, da se konkurenca zaradi take transakcije ne izkrivlja. Če je uporaba radijskih frekvenc usklajena zaradi uporabe Odločbe št. 676/2002/ES (Odločba o radijskem spektru) ali drugih ukrepov Skupnosti, tak prenos ne sme povzročiti spremembe uporabe te radijske frekvence.“

24. Dalje je v zadevi pomembna Odločba št. 128/1999/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 14. decembra 1998 o usklajenem uvajanju mobilnega in brezžičnega komunikacijskega sistema tretje generacije (UMTS) v Skupnost(12) (Odločba o UMTS). S to odločbo sta Parlament in Svet v določeni meri dala začetni signal za vseevropsko uvajanje mobilne telefonije UMTS.

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

2. Nacionalna zakonodaja

26. Na podlagi člena 1 zakona o brezžični telegrafiji iz leta 1949 (Wireless Telegraphy Act 1949, v nadaljevanju: WTA 1949) „brez dovoljenja na podlagi tega člena, ki ga izda državni sekretar, ni mogoče postaviti ali uporabljati postaje brezžične telegrafije oziroma namestiti ali

uporabljati naprave za brezžično telegrafijo“. WTA 1949 določa kazenske sankcije za kršitve te prepovedi.

27. Ministrstvo in RA sta 1997 začela z obsežnimi pripravljalnimi deli za javno dražbo dovoljenj UMTS. Posvetovala sta se z udeleženi krogi in vključila zunanje svetovalce. Dela so vodila k izdelavi pravne podlage za izdajo dovoljenj UMTS.

28. Zakon o brezžični telegrafiji iz leta 1998 (Wireless Telegraphy Act 1998, v nadaljevanju: WTA 1998) vsebuje smernice za postopek izdajanja dovoljenj, ki državnemu sekretarju predvsem omogočajo prejem zneskov, ki so višji od administrativnih stroškov. Pri določitvi teh zneskov je treba upoštevati naslednje vidike:

- vidik učinkovitega upravljanja in uporabe elektromagnetnega spektra;
- vidik vseh gospodarskih koristi, ki izhajajo iz uporabe brezžične telegrafije;
- vidik razvoja inovacijskih storitev in
- vidik konkurence pri zagotavljanju telekomunikacijskih storitev.

29. Na podlagi WTA 1998 so bile urejene nadaljnje podrobnosti glede izdaje dovoljenj UMTS v Wireless Telegraphy (tretja generacija dovoljenj) Regulations 1999 (WTA Regulations). V dodatku WTA Regulations je zlasti opredeljen profil petih dovoljenj, ki se jih izda. V skladu s tem obsegajo dovoljenja A in B vsakokrat parni spekter (13) 2 x 15 MHz, dovoljenja C, D in E vsakokrat parni spekter 2 x 10 MHz. Dovoljenje A je rezervirano za ponudnika mobilne telefonije, ki še ni prisoten na britanskem trgu.

30. Podrobna pravila za udeležbo na javni dražbi in njen potek so bila objavljena v sporočilu z dne 22. decembra 1999. Dovoljenje za udeležbo je bilo vezano med drugim na polog začetne varščine v višini 50 milijonov GBP. Nadalje so bile določene najnižje ponudbe med 89,3 in 125 milijonov GBP, glede na obseg dovoljenj.

31. Trgovanje s frekvencami, ki ga lahko izvedejo države članice v skladu s členom 9(3) Direktive 2002/21, v Združenem Kraljestvu do sedaj ni bilo vpeljeno.

III – Dejansko stanje in vprašanja za predhodno odločanje

32. Javne dražbe, ki je trajala od 6. marca do 27. aprila 2000, so se udeležila štiri že uveljavljena podjetja v Združenem Kraljestvu in devet potencialnih udeležencev na trgu. Naslednji ponudniki so izdrazili dovoljenje:

Dovoljenje

Dražitelj

Zadnja ponudba v GBP

Dovoljenje A (rezervirano za devet udeležencev na trgu)

TIW UMTS (UK) Limited, sedaj Hutchison 3G UK Limited, (novi udeleženec na trgu)

4.384.700.000

Dovoljenje B

Vodafone Limited (uveljavljeni ponudnik)

5.964.000.000

Dovoljenje C

BT3G Limited(14) (uveljavljeni ponudnik)

4.030.100.000

Dovoljenje D

One2One Personal Communications Limited, sedaj T-Mobile (UK) Limited, (uveljavljeni ponudnik)

4.003.600.000

Dovoljenje E

Orange 3G Limited (uveljavljeni ponudnik)

4.095.000.000

Skupna vsota

22.477.400.000

33. Dovoljenja so bila izdana maja oziroma septembra 2000 in veljajo do 31. decembra 2021. Pridobitelji so licen?nino v celoti pla?ali leta 2000. Upravi so v zvezi s pripravo in z izvedbo javne dražbe nastali stroški v višini 8 milijonov GBP (približno 13,7 milijona eurov).

34. Imetniki dovoljenja so med drugim zavezani, da bodo do 31. decembra 2007 vzpostavili in vzdrževali telekomunikacijske storitve na podro?ju, na katerem živi najmanj 80 % prebivalcev Združenega kraljestva. V skladu s ?lenom 7 Telecommunications Act 1984 potrebujejo poleg tega dovoljenje, na podlagi katerega so na splošno upravi?eni do zagotavljanja telekomunikacijskih storitev.

35. Tože?e stranke menijo, da naj bi licen?nine vsebovale davek na dodano vrednost. Zato zahtevajo vra?ilo davka na dodano vrednost kot vstopnega davka za svoje obdav?ljive transakcije. Commissioners of Customs & Excise so vra?ilo zavrnilo. Izdaja dovoljenja po njihovem mnenju ni bila obdav?ljiva transakcija. Po neuspešni tožbi na prvi stopnji so nato tože?e stranke svoje zahteve uveljavljale pred VAT and Duties Tribunal, ki je v skladu s ?lenom 234 ES, s sklepom z dne 24. avgusta 2004, Sodiš?u predložilo naslednja vprašanja za predhodno odlo?anje:

1. Ali je treba v okoliš?inah, navedenih v izjavi o med strankami nespornih dejstvih, pojem 'gospodarska dejavnost' v smislu ?lenov 4(1) in 4(2) Šeste direktive razlagati tako, da vsebuje izdajanje dovoljenj za mobilne telekomunikacije tretje generacije s strani državnega sekretarja z dražbo pravic za uporabo telekomunikacijske opreme v dolo?enih delih elektromagnetnega spektra (v nadaljevanju: dejavnost), in katere ugotovitve so pomembne za odgovor na to vprašanje?

2. Katere ugotovitve so v okoliščinah, navedenih v izjavi o med strankami nespornih dejstvih, pomembne za odgovor na vprašanje, ali je državni sekretar pri opravljanju [zadevne] dejavnosti deloval kot ‚organ oblasti‘ v smislu člena 4(5) Šeste direktive?
3. Ali se v okoliščinah, navedenih v izjavi o med strankami nespornih dejstvih, lahko šteje, da je (i) dejavnost delno gospodarska dejavnost in/ali (ii) da jo delno opravlja organ javnega prava, ki deluje kot organ oblasti, tako da je delno predmet DDV na podlagi Šeste direktive?
4. Kakšna mora biti stopnja verjetnosti „znatnega izkrivljanja konkurence“ v smislu člena 4(5), drugi pododstavek, Šeste direktive in v kolikšnem času od opravljanja take dejavnosti, kot je dejavnost, mora priti do takega izkrivljanja konkurence, da se lahko na podlagi navedene določbe šteje, da je oseba, ki to dejavnost opravlja, glede nje davčna zavezanca? V kolikšni meri, če sploh, načelo davčne nevtralnosti vpliva na odgovor na to vprašanje?
5. Ali se pojem „telekomunikacije“ iz Priloge D k Šesti direktivi (na katero se sklicuje člen 4(5), tretji pododstavek, [te] direktive) nanaša tudi na izdajanje dovoljenj za mobilne telekomunikacije tretje generacije s strani državnega sekretarja na podlagi dražbe pravic uporabe telekomunikacijske opreme v določenih delih elektromagnetnega spektra v okoliščinah, navedenih v izjavi o med strankami nespornih dejstvih?
6. Če se (i) država članica odloži, da bo člen 4(1) in (5) Šeste direktive prenesla s sprejetjem zakona, ki določa, da je določen javni organ (kot je v postopku v glavni stvari United Kingdom Treasury) pristojen za sprejemanje navodil, s katerimi se določi, katere dobave blaga in storitev javnih organov so izenačene z obdavčljivimi transakcijami, in če (ii) ta javni organ v skladu s to pristojnostjo sprejme ali namerava sprejeti navodila, ki določajo, da so določene transakcije predmet DDV, ali je načelo iz točke 8 sodbe z dne 13. novembra 1990 v zadevi Marleasing (C-106/89, Recueil, str. I-04135) pomembno za razlago tega nacionalnega zakona in teh navodil (in če je, v čem je njegov pomen)?

IV – Pravna presoja

A – Prvo vprašanje za predhodno odločanje: obstoj gospodarske dejavnosti

36. S prvim vprašanjem predložitveno sodišče sprašuje, ali je dejavnost, kot je izdajanje v postopku v glavni stvari obravnavanih dovoljenj na podlagi dražbe, „gospodarska dejavnost“ v smislu člena 4(1) in (2) Šeste direktive.
37. V skladu s členom 4(1) Šeste direktive je davčni zavezanec vsaka oseba, ki kjer koli neodvisno opravlja katero koli gospodarsko dejavnost, in sicer ne glede na namen ali rezultat te dejavnosti. Ta določba tako ne ureja le, kdo je lahko davčni zavezanec, temveč tudi, pod katerimi pogoji je dejavnost določene osebe podvržena davku na dodano vrednost.
38. Člen 4(2) Šeste direktive zelo obsežno našteva, kaj se šteje za gospodarsko dejavnost v smislu prvega odstavka. V ta domet poleg vseh dejavnosti proizvajalcev, trgovcev in oseb, ki opravljajo storitve, spada predvsem dejavnost, ki obsega izkoriščanje premoženja v pravicah, ki je namenjeno trajnemu doseganju dohodka.
39. Iz te opredelitve je Sodišče zaključilo, „da se pojem gospodarske dejavnosti razteza na široko področje in da gre pri tem za objektivno določen pojem, ker se dejavnost obravnava sama po sebi, ne glede na njen namen in rezultate“(15).
40. Subjektivni nameni, ki jih prizadeti zasleduje z dejavnostjo, torej niso pomembni. Davčni organ bi moral sicer z raziskovanjem ugotavljati te namene, kar ne bi bilo združljivo z nameni

skupnega sistema davka na dodano vrednost. Ta sistem je namreč namenjen zagotavljanju pravne varnosti in lažšanju ukrepov, povezanih z uporabo davka na dodano vrednost, tako da se, razen pri izjemah, upošteva objektivna narava zadevnega prometa.(16)

41. Najprej bom obravnavala ugovor, da je gospodarska dejavnost izključena že zato, ker je bila dražba pravic uporabe frekvenc namenjena regulaciji trga. Nato je treba ugotoviti, ali je treba postopek opredeliti kot izkoriščanje premoženja v pravicah, ki je namenjeno trajnemu doseganju dohodka, v smislu člena 4(2) Šeste direktive.

1. Ali namen regulacije trga izključuje gospodarsko dejavnost?

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

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

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

45. Združeno Kraljestvo je odločilo, da bo dalo pravice uporabe frekvenc na javno dražbo. Pri tem nastali iztržek se šteje za dajatev v smislu člena 11(2) Direktive 97/13. Z avkcijskim postopkom naj bi po navedbah Združenega Kraljestva bila izbrana podjetja, ki so dovoljenjem pripisovala največjo gospodarsko vrednost in s tem tudi nudila jamstvo za kar največji dobiček na podlagi uporabe dovoljenj. Nasprotno naj pri tem ne bi šlo za doseganje visokih dobičkov države.

46. V postopku udeležene države članice in Komisija iz tega zaključujejo, da izdaja dovoljenj UMTS s strani državnega sekretarja oziroma RA ni pomenila gospodarske dejavnosti v smislu člena 4(1) in (2) Šeste direktive, temveč ukrep regulacije trga.

47. Temu ni mogoče pritrditi.

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

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

50. Pravna opredelitev način, kako država izda dovoljenja – kot upravnopravno dovoljenje ali kot civilnopravni posel –, je za določitev objektivne narave dejavnosti prav tako majhnega pomena kot oznaka ustrezne protidajatve podjetij – kot dajatev ali cena.(18) Dovoljenje je bilo namreč v vsakem primeru dodeljeno le v zameno za plačilo na dražbi ugotovljenega denarnega zneska,

tako da je denarna dajatev v neposredni zvezi z dodelitvijo pravic. Plačilo pa sicer ne predstavlja takse, s katero bi se le pokrili upravni stroški.

51. Udeleženci nimajo enotnih mnenj glede tega, ali je bil namen javne dražbe doseganje posebej visokih dohodkov. Tako bi se lahko dejstvo, da je bilo podeljenih skupno le pet dovoljenj in ne – kot v Nemčiji – šest, vrednotilo kot pomanjkanje ponudbe, kar je pripomoglo k višanju iztržka. Po drugi strani bi se lahko odločitev, da se na trg da pet dovoljenj, utemeljilo z regulativnimi preudarki.(19) Poleg štirih uveljavljenih ponudnikov naj bi zaradi povečanja konkurenčnosti pristopil nov akter. Pri večjem številu konkurentov, med katerimi bi bilo treba razdeliti trg, donosnost visokih investicij v omrežja verjetno ne bi bila zagotovljena.

52. Vendar lahko to vprašanje nazadnje ostane odprto, tako kot vprašanje, ali je bilo doseganje dohodka sploh motiv za oblikovanje postopka za izdajo dovoljenja.

53. Državni sekretar je dovoljenja objektivno gledano izdal v zameno za plačilo, ki naj bi izražalo njihovo gospodarsko vrednost in večkrat preseгло izdatke, nastale v postopku izdaje. S tem, da je vlada v pravilih za izdajo določila najmanjše ponudbe v višini do 125 milijonov GBP, je bilo tudi že od začetka predvideno doseganje dohodkov v velikem obsegu. Za opredelitev dražbe dovoljenj z vidika davka na dodano vrednost ne more imeti nobenega pomena, ali je bilo doseganje teh dohodkov gospodarski motiv vlade oziroma le stranski učinek, ki je nujno povezan s to obliko postopka izdaje.

54. Opredelitvi, da je šlo za gospodarsko dejavnost, tudi ne nasprotuje dejstvo, da se izdaja dovoljenj nazadnje izvrši v regulativnem okviru, ki ga zaznamuje pravo Skupnosti. Izpolnjevanje teh pravnih zahtev namreč v vsakem primeru pomeni le (nujno vnaprej določen) trgovinski cilj, ki se ga ne sme upoštevati pri vrednotenju kot gospodarski dejavnosti.(20)

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

56. Z osredotočenjem na objektivne zunanje značilnosti transakcije se pojem gospodarske dejavnosti razteza na široko področje, kar je v skladu s stališčem Sodišča.(21) Če bi se že na tej stopnji ugotavljanja upoštevalo, da javni organ postopa v okviru izpolnjevanja svojih zakonskih regulativnih nalog, bi bilo področje uporabe Direktive že od začetka omejeno. Predvsem bi ostalo le malo prostora za uporabo člena 4(5) Šeste direktive, čeprav ta določba vsebuje posebno ureditev za organe oblasti.

57. Sodišče je sicer predvsem v tako imenovani sodbi Eurocontrol(22), na katero se sklicujejo nekatere stranke, ugotovilo, da gospodarska dejavnost v smislu pravil konkurence Pogodbe ES ni podana, če se izvajajo javna pooblastila.

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

59. Pojem gospodarske dejavnosti iz člena 4(1) in (2) Šeste direktive je širši od ustreznega konkurenčnopravnega pojma. Izvajanje javne oblasti tu v osnovi ne igra nobene vloge. Nasprotno

se ta okoliščina upošteva šele na nadaljnji stopnji obravnavanja, in sicer v okviru posebne ureditve člena 4(5). Ta določba bi bila v veliki meri odvečna, če se po analogiji s konkurenčnim pravom Šesta direktiva o DDV za dejanja javne oblasti sploh ne bi uporabljala.

2. Izkoriščanje premoženja, ki je namenjeno trajnemu doseganju dohodka

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

61. Pojem izkoriščanja se v skladu z ustaljeno sodno prakso, skladno z zahtevami načela nevtralnosti skupnega sistema davka na dodano vrednost, nanaša na vse transakcije, ne glede na njihovo pravno obliko.⁽²³⁾ Tako je Sodišče na primer kot izkoriščanje obravnavalo oddajanje v najem premoženja, ki se šteje za gospodarsko dejavnost v smislu člena 4(2) Šeste direktive.⁽²⁴⁾ Združeno Kraljestvo je na tožbe stranke v zameno za plačilo določenih dajatve preneslo časovno omejeno pravico uporabe frekvenc. To transakcijo, ki je podobna oddaji v najem ali zakup, je treba obravnavati kot izkoriščanje premoženja v pravicah, ki je namenjeno trajnemu doseganju dohodka.

62. Nizozemska in danska vlada pa trdita, da ni obstajal *trajen* namen doseganja dohodka, ker je bila izdaja dovoljenja enkratna transakcija.

63. Medtem ko v nemški razloži uporabljeni izraz „nachhaltig“ ni povsem jasen, se pri primerjavi z drugimi jezikovnimi razložitvami pokaže, da mora biti doseganje dohodka dolgoročno.⁽²⁵⁾ Le občasno komercialno izkoriščanje premoženja torej ne predstavlja gospodarske dejavnosti v smislu člena 4(1) in (2) Šeste direktive, kot je Sodišče ugotovilo v sodbi Enkler.⁽²⁶⁾

64. Dodelitev pravic uporabe frekvenc, ki je predmet presoje v obravnavanem primeru, pa ni občasno izkoriščanje v tem smislu. V pojasnilo naj na kratko priključim v spomin kontekst sodbe Enkler. V njej je šlo za vprašanje, ali je treba občasno oddajanje v najem avtodoma, ki ga je njegov lastnik sicer pretežno uporabljal v zasebne namene, še obravnavati kot izkoriščanje premoženja zaradi trajnega doseganja dohodka.

65. Izhodišče za presojo Sodišča je bila narava premoženja. Če se premoženje običajno uporablja izključno gospodarsko, je to v splošnem zadosten pokazatelj za to, da ga njegov lastnik uporablja za namene gospodarske dejavnosti in posledično za trajno doseganje dohodka. Če bi se premoženje, nasprotno, lahko po svoji naravi uporabljalo v gospodarske in zasebne namene, bi bilo za ugotovitev, ali se dejansko uporablja zaradi trajnega doseganja dohodka, treba presojati vse okoliščine njegovega izkoriščanja.⁽²⁷⁾

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

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

68. Okoliščina, da je bilo treba plačilo za uporabo frekvenc opraviti le enkrat, neposredno po

dodelitvi pravic in ne kot periodi?no ponavljajo?e se pla?ilo, glede trajnosti doseganja dohodka ne spremeni ni?esar. Teoreti?no bi lahko bilo pla?ilo za uporabo frekvenc zastavljeno tudi druga?e. Uporaba Šeste direktive vendar ne more biti odvisna od na?inov pla?ila, ki so prepuš?eni izbiri strank.

69. Kljub temu lahko pride do pred?asnega vra?ila, prenosa ali odvzema pravic uporabe frekvenc, tako da ne ostane ve? pri enkratni dodelitvi pravice uporabe za 20 let.

70. ?asovno omejena dodelitev pravice uporabe nazadnje ni primerljiva z odsvojitvijo vrednostnih papirjev, ki je Sodiš?e, ?e do nje ni prišlo v okviru komercialne investicijske institucije, ne šteje za gospodarsko dejavnost iz dveh razlogov.(28)

71. Dohodki, ki nastanejo pri imetništvu in odsvojitvi vrednostnih papirjev, torej dividende in dobi?ki iz naslova razlik v ceni, prvi? niso posledica aktivnega izkoriš?anja vrednostnih papirjev, pa? pa so neposredna posledica njihovega lastništva. Nasprotno pa dohodki, doseženi pri dodelitvi frekvenc, niso donosi samo iz pravice razpolaganja s frekvencami, kot so dividende in dobi?ki iz naslova razlik v ceni, pa? pa dohodki od izkoriš?anja te pravice.

72. Poleg tega nastanejo dohodki iz naslova prodaje vrednostnih papirjev le enkrat. Po izlo?itvi gospodarske dobrine iz premoženja odsvojitelja je ta ne more ve? dalje uporabljati za doseganje dohodka. V nasprotju s tem pa se država pravici razpolaganja s frekvencami ne odpove dokon?no. Najkasneje po preteku roka veljavnosti dodelitve frekvence namre? ta preide nazaj na državo in se lahko znova dodeli.

73. Na prvo vprašanje je treba tako odgovoriti:

S strani državnega organa opravljeno javno dražbo pravice, da se v dolo?enem ?asovnem obdobju uporabljajo dolo?eni deli elektromagnetnega spektra za ponudbo storitev UMTS, je v okoliš?inah postopka v glavni stvari treba obravnavati kot izkoriš?anje premoženja v pravicah, ki je namenjeno trajnemu doseganju dohodka, in s tem kot gospodarsko dejavnost v smislu ?lena 4(1) in (2) Šeste direktive.

B – Drugo, tretje, ?etrto in peto vprašanje za predhodno odlo?anje: pogoji, pod katerimi osebe javnega prava ravnaajo kot dav?ne zavezanke

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

74. ?len 4(5) Šeste direktive vsebuje razli?ne dolo?be v zvezi s tem, kdaj je država dav?na zavezanka.(29)

75. V skladu s splošnim pravilom iz prvega pododstavka se državni, regionalni in lokalni organi ter druge osebe javnega prava ne štejejo za dav?ne zavezance v zvezi z dejavnostmi ali s transakcijami, ki jih opravljajo kot organi oblasti. Dolo?ba organe javne oblasti od splošne dav?ne obveznosti izvzema, tudi ?e opravljajo gospodarsko dejavnost v smislu ?lena 4(1) in (2) Šeste direktive. Izvajanje javne oblasti se tako izena?uje z ravnanjem zasebnega potrošnika.

76. V skladu z drugim pododstavkom pa se država kljub prvemu pododstavku vseeno šteje za dav?no zavezanko, ?e bi obravnava, kot da ni dav?na zavezanka, povzro?ila precejšnje izkrivljanje konkurence. Ta dolo?ba temelji na ideji, da lahko nekateri državni organi, tudi ?e opravljajo svoje storitve v okviru javne oblasti, nastopajo kot konkurenti zasebnim ponudnikom. Služi torej zagotavljanju dav?ne nevtralnosti.(30)

77. Kon?no se državni organi v skladu s tretjim pododstavkom, v zvezi z dejavnostmi iz Priloge D, vedno štejejo za dav?ne zavezance, ?e obseg teh dejavnosti ni tako majhen, da bi bil

zanemarljiv. Pri dejavnostih iz tega kataloga torej ni pomembno, ali jih država opravlja v okviru izvajanja javne oblasti.

78. Področja, navedena v Prilogi D, med njimi tudi telekomunikacije, se v bistvu nanašajo na gospodarske dejavnosti,(31) ki jih država pogosto opravlja oz. jih je opravljala v okviru izvajanja javne oblasti le zaradi njihovega pomena za javni interes, ki pa bi jih lahko ponudila tudi zasebna podjetja.(32) Medtem so se nekatere od navedenih gospodarskih panog že liberalizirale. Zasebna podjetja so tu dejansko v konkurenci z delno že privatiziranimi, delno pa še državnimi, nekdanjimi monopolnimi ponudniki. Očitno je Šesta direktiva že v času svojega sprejetja leta 1977 predvidela takšen razvoj.

79. Če bi bilo treba dodelitev frekvenc za mobilno telefonijo šteti za dejavnost na področju telekomunikacij, katere obseg ni tako majhen, da bi bil zanemarljiv, bi bila v vsekam primeru podvržena davku na dodano vrednost, kljub izvajanju javne oblasti ali konkretnemu izkrivljanju konkurence. Zato se zdi smiselno, da se na peto vprašanje za predhodno odločanje odgovori pred drugim, tretjim in četrtim vprašanjem.

2. Peto vprašanje za predhodno odločanje: ali pojem telekomunikacij v Prilogi D k Šesti direktivi obsega tudi javno dražbo dovoljenj UMTS?

80. Stranke si v bistvu niso enotne v tem, ali pojem „telekomunikacij“ v Prilogi D, točka 1, obsega le samo ponudbo telekomunikacijskih storitev(33) – to stališče zastopajo tožene stranke, udeležene vlade in Komisija – ali pa tudi druge s tem povezane dejavnosti, torej tudi dodelitev pravic uporabe frekvenc, kot menijo tožeče stranke.

81. Besedilo Priloge D ne dopušča razjasnitve tega spornega vprašanja. Dejstvu, da se v nemški različici uporablja zastarel izraz „Fernmeldewesen“ in ne izraz „Telekommunikation“, ne moremo pripisovati pomena. V drugih jezikovnih različicah se na tem mestu nahajajo izrazi, ki so v tem jeziku od nekdanje uporabe (glej npr. *telecommunications* oz. *télécommunications*). Sicer pa sta izraza „Fernmeldewesen“ in „Telekommunikation“ v glavnem sinonima, kot pravilno navaja nemška vlada.

– Zgodovinska razlaga

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

83. Zgodovinska metoda razlage pa je le podrejenega pomena in ni odločilna(34). Določbe Šeste direktive o DDV je namreč treba razlagati tudi sistematično in s posebnim upoštevanjem njenega namena.

– Sistematična razlaga

84. V sistematičnem pogledu bi lahko bila najprej pomembna definicija telekomunikacijskih storitev, vsebovana v členu 9(2), točka e, alineja 10, Šeste direktive(35). Ta se glasi:

„Šteje se, da so telekomunikacijske storitve, storitve v zvezi s prenosom, oddajanjem ali sprejemanjem signalov, besed, slike in zvoka ali kakršne koli informacije po žičnih, radijskih, optičnih ali drugih elektromagnetnih sistemih, vključno s prenosom ali dodeljevanjem povezane pravice do uporabe zmogljivosti za takšen prenos, oddajanje ali sprejemanje [...]“

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

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

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

88. Zdi se sicer, da angleška različica dopušča tako razlago, vendar pa druge jezikovne različice podpirajo razlago udeleženih vlad in Komisije.⁽³⁶⁾ Pri mogočih odstopanjih med jezikovnimi različicami sta smisel in namen določbe posebej pomembna,⁽³⁷⁾ v njej pa se v tem primeru govori proti vključitvi dodelitve frekvenc.

89. Kot namreč nizozemska vlada pravilno poudarja, naj bi določba zagotovila, da so telekomunikacijske storitve iz tretjih držav, opravljene za prejemnike iz Skupnosti, obdavčene v Skupnosti.⁽³⁸⁾ Ta preudarek drži le za telekomunikacijske storitve v ožjem smislu. Pravice uporabe frekvenc namreč v vsakem primeru dodeljuje nacionalni organ. Večinoma bi morali imeti pri tem pridobitelji, torej prejemniki storitve, v državi dodelitve podružnico, saj je komaj verjetno, da bi bilo mobilno radijsko omrežje UMTS vzpostavljeno in bi bilo upravljano brez obratovalnice ali hčerinske družbe v zadevni državi.

90. Britanska, nizozemska in danska vlada ter Komisija se dalje sklicujejo na opredelitev telekomunikacijskih storitev v zadevnih direktivah skupnega trga. Vsekakor je povsem v skladu s prakso Sodišča, da se pri razlagi Šeste direktive o DDV upoštevajo tudi definicije v pravnih aktih, ki urejajo zadevno področje in ne zasledujejo namenov predpisov v zvezi z davkom na dodano vrednost.⁽³⁹⁾

91. Člen 2, točka 4, Direktive Sveta 90/387/EGS z dne 28. junija 1990 o vzpostavitvi notranjega trga za telekomunikacijske storitve z uvedbo zagotavljanja odprtosti omrežij⁽⁴⁰⁾ opredeli telekomunikacijske storitve kot „storitve, ki v celoti ali deloma sestojijo iz prenosa in posredovanja signalov na telekomunikacijsko omrežje prek telekomunikacijskega postopka, z izjemo radiofuzije in televizije“. Po tej opredelitvi izdaja UMTS dovoljenja ne predstavlja telekomunikacijske storitve.

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

– Teleološka razlaga

93. Odločilna pa sta smisel in namen določbe člena 4(5), tretji pododstavek, v zvezi s Prilogo D

k Šesti direktivi. Kot se je izrazil generalni pravobranilec Alber, gre pri katalogu dejavnosti v Prilogi D za dejavnosti, pri katerih je gospodarska zveza primarna in o?itna.(41)

94. Ker te storitve *tipi?no* ponujajo ali bi jih lahko ponujala zasebna podjetja, obstaja splošna domneva precejšnjega vpliva na konkurenco. Namen dolo?be je v tej okoliš?ini državo izena?iti z zasebno dav?no zavezanko. Druge storitve države so v skladu z drugim pododstavkom podvržene davku na dodano vrednost samo v posameznih primerih, ?e grozi precejšnje izkrivljanje konkurence.

95. Izena?itev položaja države z zasebnimi dav?nimi zavezanci je podana le v zvezi s telekomunikacijskimi storitvami v ožjem pomenu, ker te storitve zdaj lahko prav tako ponudijo tudi zasebna podjetja. Prva dodelitev pravic uporabe frekvenc pa je, nasprotno, ob sedanjem stanju razvoja(42) naloga, ki je pridržana za državo(43). Tudi ?e bi dodelitev frekvenc pod dolo?enimi pogoji morda lahko konkurirala nadaljnjemu prenosu tovrstnih pravic s strani zasebnikov(44), pri tej dejavnosti ni potrebna splošna izena?itev države z zasebnimi dav?nimi zavezanci. Vsekakor je namre? treba preveriti, ali je obdav?itev državne storitve v skladu s ?lenom 4(5), drugi pododstavek, Šeste direktive potrebna zaradi varstva konkurence.

96. Na prvo vprašanje za predhodno odlo?anje je torej treba odgovoriti, da pojem „telekomunikacije“ v Prilogi D, to?ka 1, k Šesti direktivi ob sedanjem stanju razvoja ne obsega prodaje na javni dražbi UMTS dovoljenj s strani države.

3. Drugo vprašanje za predhodno odlo?anje: izvajanje javne oblasti v smislu ?lena 4(5), prvi pododstavek, Šeste direktive

97. V skladu s ?lenom 4(5), prvi pododstavek, Šeste direktive morata biti za izvzetje iz dav?ne obveznosti kumulativno izpolnjeni dve predpostavki, in sicer opravljanje dejavnosti s strani osebe javnega prava in opravljanje teh dejavnosti kot organ oblasti.(45) Državni sekretar oziroma RA nedvomno izpolnjujeta prvo predpostavko.

98. Drugo predpostavko je Sodiš?e v sodbi Fazenda Pública(46) kritiziralo, kot sledi:

„V zvezi z zadnjo navedeno predpostavko se obseg dav?ne oprostitve oseb javnega prava dolo?i glede na na?in opravljanja dejavnosti [...] [(47)]

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

99. Sodiš?e je dalje zaklju?ilo, da v okviru te presoje ni pomemben predmet ali namen dejavnosti.(49)

100. Tože?e stranke menijo, da je v skladu s sodno prakso odlo?ilnega pomena predvsem vrsta ravnanja. Javna dražba naj bi se izvršila v skladu z istimi pogoji, kot bi veljali za ustrezne zasebnopravne transakcije v angleškem pravu. Ne bi se smelo upoštevati, da je bil namen javne dražbe uravnavanje trga.

101. Udeležene države ?lanice in Komisija v nasprotju s tem poudarjajo, da je izdaja dovoljenj UMTS v skladu z zadevnimi dolo?bami prava Skupnosti in nacionalne zakonodaje pridržana izklju?no državi, ki ima pri tem posebne obveznosti.

102. Pri tem je treba ugotoviti, da sme v skladu s ?lenom 2(1), to?ka a, Direktive 97/13, posami?na dovoljenja za upravljanje telekomunikacijskega omrežja izdajati le en državni

regulativni organ. Organ mora izpolnjevati zahteve iz členov 9 in 10 Direktive. Če država izda le omejeno število dovoljenj, mora izbrati opraviti na podlagi objektivnih, nediskriminatornih, podrobnih, transparentnih in sorazmernih meril (člen 10(3) Direktive 97/13). Za v tej zvezi nastale stroške veljajo določbe člena 11(2) Direktive 97/13.

103. Tudi če je dokončna presoja nacionalnih predpisov pridržana predložitvenemu sodišču, ni nobenega dvoma, da lahko izdaja dovoljenja UMTS v skladu z WTA 1949 in WTA 1998, kot tudi WTA Regulations, opravi le državni sekretar. Obveznosti, ki ji jih pri tem nalaga nacionalna zakonodaja, temeljijo na določbah Direktive 97/13. Sicer pa lahko dovoljenja prekliče le državni sekretar in to ne le v primerih, predvidenih v samem dovoljenju, temveč poleg tega zaradi državne varnosti oziroma izpolnitve obveznosti, ki izhajajo iz prava Skupnosti ali mednarodnopravnih obveznosti.(50)

104. Državni sekretar, ki ga zastopa RA, izda dovoljenja UMTS v skladu s pravnimi predpisi, ki veljajo zanj. Nobena oseba zasebnega prava ni mogla izdati ustreznih dovoljenj. Na podlagi tega se lahko zaključi, da je bila javna dražba dovoljenj dejavnost, za katero je bil pristojen državni organ v okviru izvrševanja javne oblasti.

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

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

107. Odločilnega pomena niso splošni civilnopravni pogoji za javno dražbo, temveč konkretni pravni okvir za javno dražbo dovoljenj UMTS.

108. Trditev toževalnih strank bi imela za posledico, da bi šlo za ravnanje organa oblasti le tedaj, ko država izda upravni akt, torej deluje oblastveno v ožjem smislu. Takemu razumevanju se je Sodišče izrecno postavilo po robu v sodbah Autobahn-Maut.(51)

109. V sodbi Fazenda Pública proti Câmara Municipal do Porto(52) je Sodišče na podlagi dejstva, da je bilo z upravljanjem javnih parkirišč povezano izvajanje javnih pooblastil, zaključilo, da je dejavnost podvržena posebni javnopravni ureditvi. Izvajanje javnih pooblastil, pri katerem so si država in državljani v razmerju nad- oziroma podrejenosti, je torej po stališču Sodišča pokazatelj za izvajanje javne oblasti v smislu člena 4(5), prvi pododstavek, Šeste direktive, vendar pa za to ni nujna predpostavka.(53)

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

111. Poleg tega je treba opozoriti, da člen 4(5), prvi pododstavek, Šeste direktive zahteva le, da organi dejavnost opravljajo *kot organi oblasti*. Torej se javna dražba pravic uporabe frekvenc ne sme obravnavati izolirano.(54) Nasprotno, ta dejavnost se vključuje v celotni okvir upravljanja frekvenc in regulacije telekomunikacijskega sektorja. V tem kontekstu država v bistvu izvaja javna pooblastila, s tem ko v nacionalno zakonodajo prenaša zahteve določbe o UMTS ali direktive notranjega trga. V okviru javnih pooblastil deluje tudi takrat, ko v skladu z WTA 1949

kazenskopravno preganja nepooblašeno upravljanje radijskih naprav oziroma ko prekliče dovoljenje zaradi nacionalne varnosti oziroma izpolnitve obveznosti, ki izhajajo iz prava Skupnosti ali mednarodnopravnih obveznosti.

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

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

114. Na drugo vprašanje za predhodno odločanje je torej treba odgovoriti:

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

4. Tretje vprašanje za predhodno odločanje: ali se lahko dejavnost delno šteje za gospodarsko dejavnost oziroma delno za dejavnost v okviru izvrševanja oblasti?

115. Tožeče stranke so podredno navedle, da naj bi izdaja dovoljenj UMTS vsaj delno imela gospodarski značaj oziroma naj ne bi bila izvršena v okviru oblastnega delovanja.

116. Najprej je treba opozoriti na to, da se je sodba Armbrecht(55), na katero se v tej zvezi sklicujejo tožeče stranke, nanašala na sorazmerno rabo predmeta v gospodarske namene in iz tega izhajajoče posledice glede pravice do odbitka vstopnega davka. V predloženem primeru pa se, nasprotno, zastavlja vprašanje, ali je bila javna dražba dovoljenj podvržena davku na dodano vrednost, ker jo je izvršil davni zavezanec v okviru svoje gospodarske dejavnosti.

117. V sodbi CCP(56) je Sodišče navedlo, da je treba vsako storitev na celoma šteti za posebno, samostojno transakcijo. Ker se gospodarsko enotno storitev v interesu funkcionalnega sistema davka na dodano vrednost ne bi smelo umetno razgraditi, naj bi bilo bistvo spornega prihodka ugotovitev, da se potrdi, ali davni zavezanec potrošniku opravi več samostojnih glavnih transakcij oziroma enotno transakcijo. Če gre le za en prihodek, je treba tega z vidika zaračunavanja davka na dodano vrednost na celoma obravnavati enotno.(57)

118. Iz predloga za sprejetje predhodne odločbe ni mogoče razbrati nobenih indicov, da je izdaja dovoljenj UMTS sestavljena iz dveh ali več transakcij. Nasprotno, s posameznim aktom je bilo izdano eno dovoljenje, za to pa je bila zaračunana enotna dajatev.

119. Zato tudi ni bistveno, da sta bila z javno dražbo določena dobitnik dovoljenja in višina dajatve, dovoljenje pa je bilo preneseno šele v nadaljevanju v zameno za plačilo. Kajti navedeni postopki so le nesamostojni izvršni akti, ki se jih ne sme obravnavati ločeno od javne dražbe.

120. Kot je bilo že ugotovljeno, je država pri opravljanju teh enotnih transakcij sicer opravljala gospodarsko dejavnost, vendar je sočasno izvajala naloge organa oblasti. Ker ni dejanskih indicov

za delitev in med seboj ločeno obravnavanje transakcij, je tretje vprašanje hipotetično in nanj zato ni treba odgovoriti. (58)

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

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

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

„so osebe javnega prava glede dejavnosti, ki so jih dolžne opravljati v okviru javne oblasti, podvržene davčni obveznosti, če lahko te storitve, kot konkurenti, opravljajo tudi zasebniki, in bi obravnavanje države, kot da ne gre za davčnega zavezanca, lahko vodilo do precejšnjega izkrivljanja konkurence [...]“(59)

123. Prva izdaja dovoljenj je pridržana izključno za državo, tako da je konkurenca med identičnimi storitvami države in drugih ponudnikov med javno dražbo dovoljenj izključena. Tožene stranke pa argumentirajo, da bi lahko bila dodelitev frekvenc s strani države, oproščena davka na dodano vrednost, v konkurenci z nadaljnjo odsvojitvijo pravic uporabe frekvenc s strani zasebnih ponudnikov.

124. Leta 2000 izdana dovoljenja so v točki 4 sicer vsebovala pogoj, da se jih ne sme prenesti. Takrat niti Direktiva 97/13 niti WTA 1998 nista predvidevala trgovanja z dovoljenji.

125. V informativni opombi ministrstva z dne 1. novembra 1999 pa je bilo navedeno, da se dovoljenja, namenjena trgovanju, naknadno lahko razglasi za prenosljiva, če se kasneje začne trgovati z dovoljenji. Vendar pa naj ne bi bilo gotovo, ali in kdaj bi do tega prišlo. V členu 9(4) Direktive 2002/21 so poslej določene zahteve za to, kateri pogoji morajo biti upoštevani pri prenosu pravic uporabe frekvenc. V skladu z navedbami v predlogu za sprejetje predhodne odločbe organi v Združenem kraljestvu ne računajo s tem, da se bo leta 2007 začelo trgovati s frekvencami mobilne telefonije.

126. Glede na navedeno predložitveno sodišče sprašuje, kako verjetno in časovno blizu mora biti „znatno oviranje konkurence“ v smislu člena 4(5), drugi pododstavek, Šeste direktive ter kakšen pomen ima načelo nevtralnosti davka na dodano vrednost v tej zvezi.

127. Najprej je treba ugotoviti, da je treba lastnost, ali gre za davčnega zavezanca ali ne, presojati ob nastanku transakcije.(60) Zato mora tudi tedaj načeloma obstajati vpliv na konkurenco.

128. To predpostavlja, da je ob dodelitvi frekvenc že obstajal trg za ustrezne pravice uporabe, to je, prvič, obstajati bi morale že primerljive pravice uporabe in, drugič, te pravice bi morale biti prenosljive med zasebnopravnimi osebami. Le pod temi pogoji je lahko podelitev frekvenc s strani države v konkurenci s prepustitvijo pravic uporabe frekvenc s strani zasebnopravnih oseb.

129. Pred javno dražbo dovoljenj UMTS tovrstna dovoljenja na britanskem trgu niso bila na razpolago. Poleg tega trgovanje z dovoljenji tudi pravno ni bilo mogoče. Predvidljivo pa ni bilo tudi, ali in kdaj bo ustvarjen pravni okvir za to.

130. Sodišče je v sodbi Taksatorringen(61) sicer smiselno ugotovilo, da se člen 13A(1), točka f, Šeste direktive nanaša tudi na izkrivljanje konkurence, ki bi ga oprostitev lahko povzročila v prihodnosti. Vendar pa mora biti nevarnost izkrivljanja konkurence realna.(62)

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

132. Če država kasneje, potem ko je bilo že uvedeno trgovanje s frekvencami, ponovno izda dovoljenja, je treba za ta krog izdaje dovoljenja ponovno presoditi obravnavanje z vidika davka na dodano vrednost.(63) Vendar pa obravnavanje z vidika davka na dodano vrednost kasnejših izdaj dovoljenj s strani države nima učinka na izdajo dovoljenj v letu 2000.

133. Tožene stranke izkrivljanje konkurence poleg tega utemeljujejo z naslednjimi preudarki: če pridobi ponudnik mobilne telefonije po uvedbi trgovanja s frekvencami dovoljenje od drugega podjetja in mora zato plačati davek na dodano vrednost, je pridobitelj v slabšem položaju od drugih konkurentov, ki so pred tem s strani države pridobili dovoljenje, ki je prosto plačala davka na dodano vrednost. Sekundarni pridobitelj dovoljenja bi plačani davek na dodano vrednost sicer lahko odbil kot vstopni davek, vendar so v določenih okoliščinah s tem povezane prehodne likvidnostne izgube.

134. Kot je bilo že ugotovljeno, pa mora, prvič, v trenutku zadevne transakcije obstajati potencialno razmerje konkurence. Možnost, da bodo za to potrebni okvirni pravni pogoji določeni kasneje, ne zadošča. Davčna obveznost namreč ne more biti odvisna od bolj ali manj nezanesljivih napovedi.

135. Kljub temu bi morala biti državna storitev obdavčena le, če bi neobdavčitev po ugotovitvah predložitvenega sodišča vodila do precejšnjega izkrivljanja konkurence v smislu člena 4(5), drugi pododstavek, Šeste direktive.

136. Tako bi bilo, če bi država *končnim porabnikom* opravila enako storitev kot zasebna podjetja, tako da bi morale stranke v enem primeru plačati ceno brez davka na dodano vrednost, v drugem pa z njim.(64) Ker končni porabnik nima pravice do odbitka vstopnega davka, bi bila storitev zasebnega ponudnika dražja za ves znesek davka na dodano vrednost.

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

138. Sicer pa uvedba trgovanja s frekvencami leta 2000 nikakor ni bila z gotovostjo predvidljiva in se v Združenem Kraljestvu dejansko do danes ni izvršila. Dlje ko sta si izdaja dovoljenj s strani države in uvedba trgovanja s frekvencami časovno oddaljeni, bolj se spreminja tudi celotno okolje na trgu. Pri tem dobijo drugi dejavniki, kot npr. novo ovrednotenje ekonomske vrednosti dovoljenj zaradi pojava konkurirajočih tehnik mobilne telefonije UMTS, povsem drug pomen kot morebitno likvidnostno prikrajšanje zaradi prehodnega stroška vstopnega davka. Tudi to razmišljanje kaže, da lahko o izkrivljanju konkurence v smislu člena 4(5), drugi pododstavek, Šeste direktive naeloma govorimo samo, če so storitve na razpolago ob istem času in ima potencialni pridobitelj

dejansko izbiro med primerljivima ponudbama.

139. Na tretjo vprašanje je zato treba odgovoriti:

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

C – Šesto vprašanje za predhodno odločanje: razlaga nacionalnih predpisov za prenos člena 4(5) Šeste direktive, ki je v skladu s to direktivo

140. Na podlagi člena 41 (2) VAT Act 1994 je davčna uprava izdala davčna navodila, v skladu s katerimi določene dejavnosti javne uprave, med drugim izdaja dovoljenj in telekomunikacije, štejejo za dejavnosti, ki so podvržene davku.(65)

141. Kot je zaključilo Sodišče v sodbi Fazenda Pública proti Câmara Municipal(66), lahko države članice prenesejo člen 4(5), drugi pododstavek, Šeste direktive tako, da ustvarijo zakonski okvir in na upravo prenesejo pristojnost, da v skladu z zakonskimi merili odloči, kdaj je dejavnost države podvržena davku na dodano vrednost, da se prepreči večja izkrivljanja konkurence.

142. Predložitveno sodišče želi vedeti, v kolikšni meri je pri uporabi navedenih nacionalnih predpisov pomembno naelo razlage nacionalnega prava v skladu z direktivami, navedeno v sodbi Marleasing(67).

143. V skladu s tem mora nacionalno sodišče pri uporabi nacionalnega prava, zlasti določb predpisa, ki je bil sprejet posebej za prenos zahtev iz direktive, razlagati nacionalno pravo, kot je najbolj mogoče, ob upoštevanju besedila in namena direktive, da se doseže v njej določen rezultat in tako izpolni zahtevo iz člena 249(3) ES.(68)

144. To temeljno naelo je treba upoštevati pri uporabi vsakega nacionalnega predpisa in velja tudi glede na navodila uprave, določena za prenos člena 4(1) in (5) Šeste direktive, katere transakcije javne uprave je treba obravnavati kot transakcije, podvržene davku.

145. Vendar tožeče stranke ugovarjajo, da se naela razlage nacionalnega prava v skladu z direktivami ne uporablja pri davčnih navodilih, ker naj bi s tem davčna uprava izvajala diskrecijsko pravico, ki jo ima na podlagi direktive.

146. Temu ni mogoče pritrditi. Če nacionalni organi za prenos člena 4(5), drugi pododstavek, Šeste direktive določene dejavnosti oseb javnega prava opredelijo za obdavčljive, morajo upoštevati pravne zahteve iz direktive. V skladu s tem, kot je bilo navedeno, obstoj precejšnjega izkrivljanja konkurence naeloma predpostavlja, da so transakcije države ob svoji izvršitvi v konkurenci z ustreznimi transakcijami zasebnih pravnih oseb. Direktiva nacionalnim organom ne daje pristojnosti, da davku na dodano vrednost podvržejo državno transakcijo države, izvršeno v okviru izvrševanja nalog oblasti, čeprav iz pravnih razlogov ne obstaja ustrezno konkurenčnopravno razmerje in tudi ne gre za primer iz člena 4(5), tretji pododstavek, v povezavi s Prilogo D k Šesti direktivi.

147. Tožeče stranke nadalje navajajo, da se država v breme zasebnih pravnih oseb ne bi mogla sklicevati na razlago, ki je v skladu z direktivami. Dolžnost sodišč, da nacionalno pravo razlagajo v skladu z direktivami, obstaja neodvisno od tega, ali to za zasebne pravne osebe nima ugodnih

posledic. Tako je Sodišče tudi v sporih med zasebnimi pravnimi osebami, v katerih upoštevanje prava Skupnosti nima ugodnih posledic za zasebnopravno stranko, poudarilo dolžnost razlage v skladu z direktivami.(69) Poleg tega je priznalo, da ima lahko sklicevanje na direktivo posredno negative posledice na pravice posameznikov.(70)

148. Ustaljena sodna praksa ne nasprotuje temu, da na podlagi direktive ne morejo izhajati dolžnosti za posameznika, tako da se ta ne more sklicevati na direktivo kot tako.(71) Ta ugotovitev velja le za neposredno uporabo direktiv, ne pa za razlago v skladu z direktivami. Kajti pri razlagi v skladu z direktivo posameznikom ne nalaga dolžnosti direktiva, temveč nacionalno pravo, ki se uporablja v skladu z direktivo.

149. Nacionalno sodišče mora ugotoviti, ali je v danem primeru razlaga nacionalnega prava v skladu z direktivo mogoča. Pri tem se ne upošteva le davčnih navodil. Nacionalno sodišče mora predvsem upoštevati celotno nacionalno pravo, da presodi, v kolikšni meri se ga lahko uporabi tako, da ne vodi do rezultata, ki je v nasprotju z direktivo.(72)

150. Če nacionalno pravo z uporabo svojih metod razlage omogoči, da se nacionalno določbo pod določenimi pogoji razloži tako, da se izogne koliziji z drugo nacionalno normo, oziroma se domet te določbe v ta namen omeji in uporabi le toliko, da je s to normo združljiva, je nacionalno sodišče dolžno uporabiti iste metode, da se dosežejo cilji, ki jih zasleduje direktiva.(73) Sicer pravo Skupnosti ne zahteva z direktivami skladne razlage nacionalnega prava *contra legem*.(74)

151. Na šesto vprašanje za predhodno odločanje je treba odgovoriti:

152. Če se država članica odloči za prenos člena 4(1) in (5) Šeste direktive s predpisi, na podlagi katerih je javna uprava zakonito pooblaščená sprejemati navodila, katere njene transakcije je treba šteti za podvržene davku, javna uprava pa to pooblastilo uporabi, mora nacionalno sodišče pri uporabi teh predpisov razlagati nacionalno pravo kar najbolj ob upoštevanju besedila in namena Šeste direktive, da se doseže cilj, ki ga zasleduje Šesta direktiva, in tako upošteva člen 249(3) ES.

V – Predlog

153. Ob zaključku predlagam, naj Sodišče na vprašanja VAT and Duties Tribunal London odgovori, kot sledi:

1. S strani državnega organa opravljena javna dražba dovoljenj, da se v določenem obdobju izkoriščajo določeni deli elektromagnetnega spektra za ponudbo storitev mobilne telefonije UMTS, se v okoliščinah postopka v glavni stvari šteje za izkoriščanje premoženja v pravicah, ki je namenjeno trajnemu doseganju dohodka, in s tem za gospodarsko dejavnost v smislu člena 4(1) in (2) Šeste direktive sveta 77/388/EGS z dne 17. maja 1977 o usklajevanju zakonodaje držav članic o prometnih davkih – Skupni sistem davka na dodano vrednost: enotna osnova za odmero.
2. Pojem „telekomunikacije“ v Prilogi D, točka 1, k Šesti direktivi ob sedanjem stanju razvoja ne obsega izdaje dovoljenj UMTS s strani države, na podlagi javne dražbe.
3. Za dejavnosti, ki jih državni organi opravljajo kot organi oblasti, v smislu člena 4(5), prvi pododstavek, Šeste direktive, se štejejo tiste dejavnosti, ki jih osebe javnega prava opravljajo v okviru posebne upravnopravne ureditve. Izvajanje javne oblasti ni izključeno zato, ker država pri izpolnjevanju nalog, ki so izključno pridržane zanjo, uporablja postopke, poznane iz civilnega prava, ali pri svoji dejavnosti dosega precejšnje dohodke.
4. Precejšnje izkrivljanje konkurence v smislu člena 4(5), drugi pododstavek, Šeste direktive je

podano le, če obstaja realna nevarnost, da bi obravnavanje države, kot da ni davčna zavezanica, sedanje ali potencialne ponudnike konkurenčnih storitev znatno oviralo pri njihovi konkurenčnosti. Takšna nevarnost naeloma ne obstaja, če je na podlagi okvirnih pravnih pogojev v času, ko je bila opravljena storitev s strani države, izključeno, da bi zasebni ponudniki na trgu opravljali storitve, ki so v konkurenci z državnimi storitvami.

5. Če se država članica odloži za prenos člena 4(1) in (5) Šeste direktive s predpisi, na podlagi katerih je javna uprava zakonito pooblašena sprejemati navodila, katere njene transakcije je treba šteti za podvržene davku, javna uprava pa to pooblastilo uporabi, mora nacionalno sodišče pri uporabi teh predpisov razlagati nacionalno pravo kar najbolj ob upoštevanju besedila in namena Šeste direktive, da se doseže cilj, ki ga zasleduje Šesta direktiva, in tako upošteva člen 249(3) ES.

1 – Jezik izvirnika: nemščina

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

3 – V doloeni meri gre za davek na dodano vrednost, ki se plaa, ne da bi kdo to opazil, kot je pravilno navedel zastopnik nizozemska vlade na obravnavi pred Sodiščem.

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

5 – Zadeva T-Mobile Austria in drugi (C-284/04).

6 – Dodelitev dovoljenja na podlagi javne dražbe je bila izvršena med drugim v Nemčiji, Avstriji, Belgiji, na Cipru, Danskem, v Grčiji, na Madžarskem, v Italiji, na Nizozemskem, češkem in v Združenem kraljestvu. Na podlagi javnega razpisa so bili izbrani ponudniki v Španiji, na Finskem, v Franciji, Luksemburgu, na Poljskem, Portugalskem, Slovaškem, v Sloveniji in na Švedskem (tako imenovani *beauty contest*). V navedenih državah, z izjemo Madžarske in Finske, dodelitev dovoljenja ni bila podvržena davku na dodano vrednost. Na Finskem je bilo dovoljenje podeljeno brez protiplačila.

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

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

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

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

11 – Navedena v opombi 11.

12 – UL L 17, str. 1.

13 – Pri tehniki, ki se sedaj uporablja, je za upravljanje omrežja potrebna frekvenca za oddajni in sprejemni kanal (Frequency Division Duplex – FDD). K dovoljenjem A, C, D in E spada poleg tega vsakokrat 5 MHz neparne spektruma, ki se ga lahko uporabi za časovno zamaknjeno obratovanje (Time Division Duplex TDD).

14 – BT3G je v tem času spadal k British Telecommunications Plc; po razdelitvi posla mobilne telefonije s strani BT v obliki mmO2 je bil BT3G preimenovan v O2 Third Generation Limited.

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

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

17 – Glej sodbe, navedene v opombi 16.

18 – Če transakcija dodelitve že v začetku ne bi spadala na področje uporabe Šeste direktive, ne bi bilo potrebno pojasnilo v členu 4(5), prvi pododstavek, Šeste direktive, da država ni davčna zavezanica niti takrat, ko pobira dajatve za svojo dejavnost.

19 – V skladu s členom 10(1) Direktive 97/13 smejo države članice število posamičnih dovoljenj omejiti le v obsegu, kot je to potrebno za doseganje učinkovite rabe frekvenc.

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

21 – Glej v opombi 15 navedeno sodno prakso.

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

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

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

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

26 – V opombi 24 navedena sodba Enkler, to?ka 20.

27 – V opombi 24 navedena sodba Enkler, to?ka 27.

28 – Sodba z dne 20. junija 1996 v zadevi Wellcome Trust (C-155/94, Recueil, str. I-3013, to?ka 32 in naslednje) in v opombi 23 navedena sodba, to?ka 57 in naslednje. Dalje v zvezi z imetništvom in s pridobitvijo delnic glej v opombi 23 navedeno sodbo KapHag, to?ka 38, in sodbo z dne 26. maja 2005 v zadevi Kretztechnik (C-465/03, Recueil, str. I-4357, to?ka 19 in naslednje).

29 – Primerjaj navedbe generalnega pravobranilca Mischa, ki nazorno navaja, da je ?len 4(5) zgrajen v stopnjah ter razdeljen na izjeme in protiizjeme (sklepni predlogi z dne 15. marca 1989 v zadevi Comune di Carpaneto Piacentino in drugi (231/87 in 129/88, Recueil, 3233, to?ka 8).

30 – Sodba z dne 17. oktobra 1989 v zadevi Comune di Carpaneto Piacentino in drugi (231/87 in 129/88, Recueil, str. 3233, to?ka 22).

31 – Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Alberja z dne 29. junija 2000 v zadevi Fazenda Pública (C-446/98, Recueil, str. I-11435, to?ka 69).

32 – V Prilogi D je navedenih skupaj 13 vrst dejavnosti: poleg telekomunikacij npr. še dobava vode, plina, elektri?ne energije in pare, pristaniške in letališke storitve, prirejanje sejmov in razstav, dejavnosti komercialnih oglaševalcev in potovalnih agencij, vodenje industrijskih prehrabnih obratov ter drugo.

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

34 – Glej o tem moje sklepne predloge z dne 13. julija 2006 v zadevi Robins in Burnett (C-278/05, ZOdl., str. I-0000, to?ki 80 in 81).

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

36 – Poleg navedene nemške razli?ice glej predvsem italijansko (ivi compresa la cessione e la concessione, ad esse connesse, di un diritto di utilizzazione a infrastrutture per la trasmissione, l'emissione o la ricezione), nizozemsko (met inbegrip van de daarmee samenhangende overdracht en verlening van rechten op het gebruik van infrastructuur voor de transmissie, uitzending of ontvangst) in francosko (y compris la cession et la concession y afférentes d'un droit d'utilisation de moyens pour une telle transmission, émission ou réception – poudarila generalna pravobranilka).

37 – Glej sodbe z dne 27. marca 1990 v zadevi Cricket St. Thomas (C-372/88, Recueil, str. I-1345, to?ka 19); z dne 5. junija 1997 v zadevi SDC (C-2/95, Recueil, str. I-3017, to?ka 22) in z dne 14.

septembra 2000 v zadevi D. (C-384/98, Recueil, str. I-6795, točka 16).

38 – Glej v opombi 35 navedeno četrto uvodno izjavo Direktive 1999/59, ki se glasi:

„Treba je predvsem zagotoviti, da so telekomunikacijske storitve, ki jih uporabijo naročniki s sedežem v Skupnosti, obdavčene v Skupnosti.“

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

40 – UL L 192, str. 1. Direktiva 1990/387 je bila v vmesnem času razveljavljena z v opombi 10 navedeno Direktivo 2002/21. Nova Okvirna direktiva v definiciji elektronskih komunikacijskih storitev, vsebovani v členu 2, točka c, vključuje telekomunikacije in torej prav tako kot njena predhodnica upošteva prenos signalov po elektronskih komunikacijskih omrežjih.

41 – V opombi 31 navedeni sklepni predlogi Fazenda Pública, točka 69.

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

43 – O tem glej spodaj navedeno točko 102 in naslednje.

44 – Glej navedbe k četrtemu vprašanju za predhodno odločanje (spodaj navedena točka 121 in naslednje).

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

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

47 – Tu se Sodišče sklicuje na v opombi 30 navedeno sodbo Comune di Carpaneto Piacentino in drugi, točka 15, in sodbo z dne 15. maja 1990 v zadevi Comune di Carpaneto Piacentino in drugi (C-4/89, Recueil, str. I-1869, točka 10).

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

49 – V opombi 30 navedena sodba Comune di Carpaneto Piacentino in drugi, točka 13, in v opombi 46 navedena sodba Fazenda Pública, točka 19.

50 – Glej člen 4 WTA 1998.

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

52 – V opombi 46 navedena sodba Fazenda Pública, točka 22.

53 – Glej v opombi 47 navedeno sodbo Comune di Carpaneto Piacentino, točka 11.

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

55 – Sodba z dne 4. oktobra 1995 v zadevi Armbrecht (C-291/92, Recueil, str. I-2775). Glej zlasti glede odbitka vstopnega davka pri predmetih, ki se uporabljajo v okviru izvajanja javne oblasti. Sodba z dne 2. junija 2005 v zadevi Waterschap Zeeuws Vlaanderen (C-378/02, Recueil, str. I-4685).

56 – Sodba z dne 25. februarja 1999 v zadevi CCP (C-349/96, Recueil, str. I-973, točka 29). Glej tudi sodbo z dne 27. oktobra 2005 v zadevi Levob (C-41/04, ZOdl., str. I-9433, točka 20).

57 – Glej moje sklepne predloge z dne 4. maja 2006 v zadevi Talacre Beach Caravan Sales (C-251/05, ZOdl., str. I-6269, točka 32 in naslednje).

58 – Primerjaj sodbi z dne 15. decembra 1995 v zadevi Bosman (C-415/93, Recueil, str. I-4921, točka 61) in z dne 13. marca 2001 v zadevi PreussenElektra (C-379/98, Recueil, str. I-2099, točka 39).

59 – V opombi 30 navedena sodba Comune di Carpaneto Piacentino in drugi, točka 24. Glej tudi sodbo z dne 8. junija 2006 v zadevi Feuerbestattungsverein Halle (C-430/04, ZOdl., str. I-4999, točka 25).

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

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

62 – V opombi 61 navedena sodba Taksatorringen, točka 63.

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

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

65 – O podrobnostih glej zgoraj navedeni točki 12 in 13.

66 – Navedena v opombi 46, točka 32.

67 – Sodba z dne 13. novembra 1990 v zadevi Marleasing (C-106/89, Recueil, str. I-4135, točka 8). Prvič omenjeno v sodbi z dne 10. aprila 1984 v zadevi Von Colson in Kamann (14/83, Recueil, 1891, točka 26). Glej nadalje sodbi z dne 14. julija 1994 v zadevi Faccini Dori (C-91/92, Recueil, str. I-3325, točka 26) ter z dne 5. oktobra 2004 v zadevah Pfeiffer in drugi (od C-397/01 do C-403/01, Recueil, str. I-8835, točka 113).

68 – V opombi 67 navedene sodbe Von Colson in Kamann, točka 26; Marleasing, točka 8; Faccini Dori, točka 26, ter Pfeiffer in drugi, točka 113.

69 – Primerjaj v opombi 67 navedene sodbe (razen sodb Von Colson in Kamann).

70 – Sodba z dne 7. januarja 2004 v zadevi Wells (C-201/02, Recueil, str. I-723, točka 57).

71 – Sodbe z dne 26. februarja 1986 v zadevi Marshall (152/84, Recueil, 723, točka 48) in v opombi 67 navedeni sodbi Marleasing, točka 6, in Faccini Dori, točka 2, ter v opombi 70 navedena sodba Wells, točka 57, in v opombi 67 navedena sodba Pfeiffer in drugi, točka 108.

72 – V tem smislu primerjaj sodbo z dne 25. februarja 1999 v zadevi Carbonari in drugi (C-131/97, Recueil, str. I-1103, točki 49 in 50) ter v opombi 67 navedeno sodbo Pfeiffer in drugi, točka 115.

73 – V opombi 67 navedena sodba Pfeiffer in drugi, točka 116.

74 – Glej sodbo z dne 16. junija 2005 v zadevi Pupino (C-105/03, ZOdl., str. I-5285, točka 47). Ta sodba se je nanašala na okvirni sklep, ki temelji na Pogodbi EU. Navedena ugotovitev velja tudi za direktive v sklopu s Pogodbo ES.