

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL

JULIANE KOKOTT

apresentadas em 7 de Setembro de 2006¹

I — Introdução

1. Em Março/Abril de 2000, o Reino Unido leiloou, sendo o primeiro Estado-Membro a fazê-lo, cinco pacotes de licenças relativas à utilização de determinadas bandas de frequência para a oferta de serviços de telecomunicações móveis nos termos das normas UMTS/IMT-2000² (também denominados serviços de telecomunicações móveis de terceira geração — 3G). Os telemóveis 3G dispõem de uma maior capacidade de transferência de dados do que os telemóveis da geração anterior. Permitem, em particular, a disponibilização de serviços multimédia, tais como vídeo-conferências, acesso à Internet e serviços em linha. A introdução da telecomunicação móvel UMTS é considerada uma evolução técnica significativa, que abre

às empresas de telecomunicações uma ampla variedade de novos campos de actividade.

2. As empresas estavam, por isso, dispostas a pagar elevadas taxas pelas licenças. No leilão das licenças, a Radiocommunications Agency (RA) obteve um lucro global de cerca de 22,5 mil milhões de GBP (na altura, cerca de 38,4 mil milhões de euros). A RA é um organismo que depende do Ministério do Comércio e da Indústria, tendo realizado o leilão em representação do Ministro.

3. Cinco empresas de telecomunicações, as recorrentes no processo principal, adquiriram cada uma um pacote de licenças no leilão. As recorrentes entendem que a concessão das licenças constituiu uma operação sujeita a imposto sobre o valor acrescentado (a seguir «IVA») e que as taxas relativas à licença incluíam o IVA. Reclamam, por conseguinte, o reembolso do IVA que alegam ter pago³, no valor global de

1 — Língua de processo: alemão

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

3 — Em certa medida, está em causa o IVA que foi pago sem que alguém o tivesse notado, o representante do Governo neerlandês referiu correctamente na audiência no Tribunal de Justiça.

3 347 698 000 GBP (correspondente a cerca de 5 mil milhões de euros), na medida em que terão, assim, direito à dedução do imposto pago a montante. As autoridades fiscais do Reino Unido, pelo contrário, consideram que o leilão das licenças não constitui uma actividade sujeita a IVA na acepção da Sexta Directiva IVA⁴ (a seguir «Sexta Directiva»).

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

5. Num pedido de decisão prejudicial que apresenta semelhanças com o presente processo⁵, em relação ao qual também apresento hoje as minhas conclusões, o Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien coloca questões idênticas quanto à apreciação do leilão de licenças UMTS na Áustria.

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

5 — C-284/04 (T-Mobile Austria e o.).

6. Para além disso, outros Estados-Membros seguiram o exemplo britânico, cobrando igualmente taxas elevadas pelas licenças, sendo de referir que as mesmas não eram tão elevadas como no Reino Unido⁶ — tendo o cálculo sido estabelecido com base em cada um dos potenciais clientes de telecomunicações móveis. Por conseguinte, o presente processo e o processo paralelo da Áustria não revestem apenas uma importância fundamental devido aos elevados valores em causa, mas desempenham também o papel de um precedente em relação a litígios semelhantes em outros Estados-Membros.

II — Quadro jurídico

A — Disposições sobre o imposto sobre o valor acrescentado

1. Direito comunitário

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

6 — A concessão de licenças foi realizada com recurso a leilão na Alemanha, na Áustria, na Bélgica, no Chipre, na Dinamarca, na Grécia, na Hungria, em Itália, nos Países Baixos, na República Checa e no Reino Unido, entre outros países. Em Espanha, na Finlândia, em França, no Luxemburgo, na Polónia, em Portugal, na Eslováquia, na Eslovénia e na Suécia optou-se por um concurso (denominado *concurso de beleza*). Nos Estados referidos, com excepção da Hungria e da Finlândia, a concessão de licenças não foi sujeita a IVA. Na Finlândia, a atribuição das licenças foi efectuada a título gratuito.

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

mente às actividades ou operações que exerçam na qualidade de autoridades públicas, mesmo quando em conexão com essas mesmas actividades ou operações cobrem direitos, taxas, quotizações ou remunerações.

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

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

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

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

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

[...]»

[...]

5. Os Estados, as colectividades territoriais e outros organismos de direito público não serão considerados sujeitos passivos relativa-

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

2. Direito nacional

10. O Value Added Tax Act (lei relativa ao imposto sobre o valor acrescentado) 1994 (a seguir «VAT Act 1994») dispõe o seguinte na Section 4, n.º 1:

«Será cobrado IVA sobre todos os fornecimentos de bens ou prestações de serviços efectuados no Reino Unido, quando se trate de fornecimentos e prestações tributáveis realizadas por um sujeito passivo no âmbito de uma actividade de natureza económica por este exercida.»

11. A Section 41, n.º 1, do VAT Act 1994 prevê ainda o seguinte:

«O presente diploma é aplicável aos fornecimentos tributáveis da Coroa na mesma medida em que se aplica aos fornecimentos tributáveis efectuados por sujeitos passivos.»

12. A Section 41, n.º 2, VAT Act 1994 dispõe o seguinte:

«Quando um fornecimento de bens ou uma prestação de serviços efectuados por um

organismo público não decorrerem no âmbito do exercício de uma actividade de natureza económica mas a administração fiscal entender que idênticos bens ou serviços são ou podiam ser fornecidos ou prestados por sujeitos passivos no exercício de uma actividade dessa natureza, serão tratados como tal, na medida estabelecida pela administração fiscal e para efeitos deste Act.»

13. Em 14 de Abril de 2000, a administração fiscal do Reino Unido aprovou instruções fiscais que dispunham que «as entregas de bens e as prestações de serviços descritos na lista 2 efectuados por um dos organismos mencionados na lista 1 serão tratados, para efeitos do Act [VAT Act 1994], como entregas ou prestações realizadas no âmbito de uma actividade de natureza económica exercida por esse organismo». Na lista 1 figurava o Department of Trade and Industry. Na lista 2 figuravam, entre outros, «[o] licenciamento, a certificação, a autorização ou a concessão de quaisquer direitos que não sejam direitos sobre bens imóveis» e ainda «as telecomunicações».

B — *Enquadramento jurídico da atribuição de frequências UMTS*

14. As radiofrequências constituem um recurso limitado. O espectro de frequências

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

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

16. A nível europeu, a Conferência Europeia das Administrações de Correios e Telecomunicações (CEPT)⁷ realizou outros trabalhos preparatórios para a introdução da telecomunicação móvel de terceira geração. Na sua decisão ERC/DEC/(97)07, de 30 de Junho de 1997⁸, o Comité Europeu de Radiocomunicações (ERC), um órgão da referida organização, definiu, em particular, o espectro de frequências disponível.

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

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

17. O domínio do espectro de frequências reservado às telecomunicações móveis de terceira geração pode ser dividido em outros segmentos, nos quais vários operadores podem explorar paralelamente redes de telecomunicações móveis. A configuração e a quantidade de licenças atribuídas para este efeito variam de Estado-Membro para Estado-Membro⁹. Enquanto a Áustria e a Alemanha, por exemplo, dividiram o espectro por seis operadores, na Bélgica e em França apenas se optou por três. Na definição da largura das bandas atribuídas para a exploração da rede, existe, portanto, — nos limites dos requisitos técnicos mínimos — uma certa margem de manobra.

1. Direito comunitário

18. No período pertinente para o processo principal, o quadro regulamentar comunitário para a atribuição de autorizações gerais e licenças individuais no domínio das telecomunicações estava fixado na Directiva 97/13/CE¹⁰.

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

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

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

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

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

«Não obstante o n.º 1, quando forem utilizados recursos escassos, os Estados-Membros poderão permitir que as suas autoridades reguladoras nacionais impo-

nam encargos que reflectam a necessidade de assegurar a utilização óptima desses recursos. Esses encargos devem ser não discriminatórios e devem ter particularmente em conta a necessidade de fomentar o desenvolvimento de serviços inovadores e a concorrência.»

22. A Directiva 97/13 foi revogada pela Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva-quadro)¹¹. Contrariamente à Directiva 97/13, no artigo 9.º, n.º 3, da Directiva 2002/21 estipula-se, no entanto, que os Estados-Membros poderão prever a possibilidade de as empresas transferirem direitos de utilização de radiofrequências para outras empresas.

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

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

11 — Já referida na nota 10.

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

24. Também a Decisão n.º 128/1999/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Dezembro de 1998, relativa à introdução coordenada de um sistema de comunicações móveis e sem fios (UMTS) de terceira geração na Comunidade (a seguir «decisão UMTS») ¹² reveste um interesse particular. Com esta decisão, o Parlamento e o Conselho deram, em certa medida, o primeiro passo para a introdução a nível europeu das telecomunicações móveis UMTS.

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

2. Disposições nacionais

26. De acordo com o disposto na Section 1 do Wireless Telegraphy Act de 1949 (a seguir «WTA 1949») ninguém pode «instalar ou utilizar qualquer estação de telegrafia sem fios ou instalar ou utilizar qualquer aparelho de telegrafia sem fios, a não ser que disponha de uma licença concedida para esse efeito nos termos desta Section — (a) pelo Secretary of State». O WTA 1949 prevê sanções para as violações desta proibição.

27. Em 1997, o Ministério e a RA iniciaram preparativos pormenorizados relativos ao leilão de licenças UMTS, tendo sido consultados os círculos interessados e incluídos consultores externos. Os trabalhos deram origem à concepção das bases jurídicas relativas à atribuição de licenças UMTS.

28. O Wireless Telegraphy Act 1998 (a seguir «WTA 1998») estabeleceu as directrizes relativas à atribuição de licenças e permitia em particular a cobrança de montantes que iam além das taxas administrativas necessárias para cobertura das despesas. Na fixação dos referidos montantes, deveriam ser tidos em consideração os seguintes aspectos:

— a utilização e a gestão eficientes do espectro electromagnético,

12 — JO L 17, p. 1.

- os benefícios económicos decorrentes do uso da telegrafia sem fios,

- o desenvolvimento de serviços inovadores e

- a concorrência no fornecimento de serviços de telecomunicações.

29. Com base no WTA 1998, foram regulamentados outros pormenores relativos à atribuição das licenças UMTS através das Wireless Telegraphy (Third Generation Licences) Regulations 1999 (a seguir «WTA Regulations»). No anexo das WTA Regulations define-se em particular a cobertura das cinco licenças a atribuir. Nos termos desta, as licenças A e B abrangem, cada uma, um espectro par¹³ de 2 x 15 MHz, e as licenças C, D e E, cada uma, um espectro par de 2 x 10 MHz. A licença A está reservada para um operador de telecomunicações móveis que ainda não se encontra presente no mercado britânico.

13 — Tendo em consideração a técnica actualmente utilizada, para o funcionamento de uma rede é necessária uma frequência para o canal de emissão e outra para o de recepção (modo Frequency Division Duplex — FDD). As licenças A, C, D e E incluem ainda 5 MHz de espectro ímpar, que podem ser utilizados para o modo de funcionamento Time Division Duplex — TDD.

30. As regras detalhadas relativas à participação no leilão e a forma de funcionamento deste foram publicadas num aviso de 22 de Dezembro de 1999. Uma das condições para participar no leilão consistia no depósito de uma caução que era inicialmente de 50 milhões de GBP. Para além disso, foram estabelecidas licitações mínimas, entre 89,3 e 125 milhões de GBP, dependendo do volume da licença.

31. Até ao momento, não foi introduzido no Reino Unido o comércio de frequências, que os Estados-Membros podem abrir de acordo com o disposto no artigo 9.º, n.º 3, da Directiva 2002/21.

III — Matéria de facto e questões prejudiciais

32. No leilão, que decorreu de 6 de Março a 27 de Abril de 2000, participaram no total quatro empresas já estabelecidas no Reino Unido e nove novos potenciais operadores.

Os seguintes licitantes obtiveram uma licença:

Licença	Licitante	Oferta final em GBP
Licença A (reservada a um novo operador)	TIW UMTS (UK) Limited (actual Hutchison 3G UK Limited) (novo operador)	4 384 700 000
Licença B	Vodafone Limited (operador estabelecido)	5 964 000 000
Licença C	BT3G Limited ¹⁴ (operador estabelecido)	4 030 100 000
Licença D	One2One Personal Communications Limited (actual T-Mobile [UK] Limited) (operador estabelecido)	4 003 600 000
Licença E	Orange 3G Limited (operador estabelecido)	4 095 000 000
Total		22 477 400 000

33. As licenças foram emitidas em Maio e em Setembro de 2000 e o seu prazo expira em 31 de Dezembro de 2021. Os adquirentes pagaram a totalidade das taxas relativas às licenças em 2000. As despesas totais da administração com a preparação e realização do leilão foram de 8 000 000 libras esterlinas (cerca de 13,7 milhões de euros).

34. Os titulares das licenças estão obrigados, entre outros pontos, a fornecer, o mais tardar em 31 de Dezembro de 2007, e a manter um serviço de telecomunicações numa área em que viva pelo menos 80% da população do Reino Unido. Para além disso, necessitam de ter uma licença nos termos da Section 7 do Telecommunications Act 1984 que os autorize em termos gerais a fornecer serviços de telecomunicações móveis.

14 — A BT3G pertencia então à British Telecommunications Plc; após a separação do sector de telefonia móvel da BT sob a forma de mmO2, a BT3G passou a designar-se O2 Third Generation Limited.

35. As recorrentes entendem que as taxas relativas às licenças incluíam o IVA. Neste

sentido, requerem o reembolso do IVA pago a montante, referente a operações suas sujeitas a imposto. Os Commissioners of Customs & Excise indeferiram o reembolso, tendo considerado que a atribuição de licenças não constituía uma operação sujeita a IVA. Após ter sido negado provimento em primeira instância à sua pretensão, as recorrentes reivindicaram os seus direitos perante o VAT and Duties Tribunal, que submeteu, por decisão de 24 de Agosto de 2004, as seguintes questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça, de acordo com o disposto no artigo 234.º CE:

- «1. Nas circunstâncias descritas na relação dos factos dados como provados, deve interpretar-se o termo «actividade económica», para os efeitos do artigo 4.º, n.ºs 1 e 2, da Sexta Directiva, no sentido de que inclui a concessão de licenças pelo Secretary of State através de um leilão de direitos de utilização de equipamento de telecomunicações em determinadas partes do espectro electromagnético (a seguir «actividade em causa») e quais são as considerações relevantes para esta questão?
2. Nas circunstâncias descritas na relação dos factos dados como provados, quais são as considerações relevantes para determinar se, ao exercer a actividade em causa, o Secretary of State agiu ou não na qualidade de «autoridade pública» na acepção do artigo 4.º, n.º 5, da Sexta Directiva?
3. Nas circunstâncias descritas na relação dos factos dados como provados, pode a actividade em causa constituir (i) em parte uma actividade económica e em parte não, e/ou ser (ii) em parte exercida por uma entidade de direito público na qualidade de autoridade pública e em parte não, daí resultando que a actividade em causa está parcialmente sujeita a IVA nos termos da Sexta Directiva e em parte não?
4. Que grau de probabilidade e de proximidade temporal deverá apresentar uma «distorção da concorrência significativa» na acepção do segundo parágrafo do artigo 4.º, n.º 5, da Sexta Directiva relativamente ao exercício de uma actividade como a actividade em causa para que a pessoa que a exerce seja considerada sujeito passivo relativamente à mesma, por força do referido parágrafo? Em que medida se aplica a esta questão o princípio da neutralidade fiscal?
5. Nas circunstâncias descritas na relação dos factos dados como provados, deve

entender-se que o termo «telecomunicações», no anexo D da Sexta Directiva (para o qual remete o artigo 4.º, n.º 5, terceiro parágrafo), inclui a concessão de licenças pelo Secretary of State através de um leilão de direitos de utilização de equipamento de telecomunicações em determinadas partes do espectro electromagnético?

IV — **Apreciação jurídica**

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

36. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o leilão de licenças que atribuem o direito de operar equipamento de telecomunicações em determinadas partes do espectro electromagnético constitui uma actividade económica na acepção do artigo 4.º, n.ºs 1 e 2 da Sexta Directiva.
37. Nos termos do artigo 4.º, n.º 1, da Sexta Directiva, entende-se por sujeito passivo qualquer pessoa que exerça, de modo independente, uma actividade económica, independentemente do fim ou do resultado dessa actividade. Neste sentido, a referida disposição não define apenas quem pode ser sujeito passivo, mas igualmente sob que condições a actividade de uma pessoa está sujeita ao imposto sobre o valor acrescentado.
38. O artigo 4.º, n.º 2, da Sexta Directiva contém uma enumeração bastante ampla das actividades que devem ser consideradas como actividades económicas na acepção do n.º 1, incluindo, a par de todas as actividades de produção, de comercialização ou de prestação de serviços, em particular
6. Quando (i) um Estado-Membro opta por transpor o artigo 4.º, n.ºs 1 e 5, da Sexta Directiva através de uma legislação que confere a um ministério (como, no caso vertente, a administração fiscal do Reino Unido) poderes para decidir quais os bens e os serviços, respectivamente, fornecidos e prestados pelos ministérios que devem ser tratados como operações tributáveis e, (ii) ao abrigo do referido poder, esse ministério adopta ou pretende adoptar decisões estabelecendo que determinados fornecimentos e prestações são tributáveis, o princípio consagrado no acórdão de 13 de Novembro de 1990, *Marleasing* (C-106/89, Colect., p. I-4135, n.º 8) é relevante para a interpretação da lei nacional e dessas decisões (e, em caso afirmativo, em que medida)?»

também a exploração de um bem incorpóreo com o fim de auferir receitas com carácter de permanência.

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

40. Por conseguinte, as intenções subjectivas da pessoa em causa ao exercer a actividade não revestem qualquer importância. Em caso contrário, a administração fiscal teria que apurar as referidas intenções, o que seria contrário aos objectivos do sistema comum do IVA, na medida em que este visa nomeadamente garantir a segurança jurídica e facilitar os actos inerentes à aplicação do imposto através da tomada em consideração, salvo em casos excepcionais, da natureza objectiva da operação em causa¹⁶.

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

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

41. Antes de mais, irei apreciar a objecção que entende que uma actividade económica está desde logo excluída devido ao facto de o leilão de licenças para utilização de frequências visar a regulação do mercado. De seguida, deve ser examinado se o procedimento deve ser classificado como exploração de um bem incorpóreo com o fim de auferir receitas com carácter de permanência, na acepção do artigo 4.º, n.º 2, da Sexta Directiva.

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

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

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

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

45. O Reino Unido decidiu leiloar licenças que conferem o direito à utilização de determinadas frequências de rádio. As receitas obtidas com o leilão foram consideradas encargos na acepção do artigo 11.º, n.º 2, da Directiva 97/13. Através do processo de leilão pretendia-se determinar, de acordo com as indicações fornecidas pelo Reino Unido, as empresas que atribuíam o maior valor económico às licenças e que, por conseguinte, também garantiam uma utilização o mais efectiva possível das licenças, não se pretendendo, com este processo, obter receitas elevadas para o Estado.

46. Os Estados-Membros intervenientes no processo e a Comissão deduzem destes factos que a atribuição das licenças UMTS pelo Secretary of State, e pela RA não representou uma actividade económica na acepção dos artigos 4.º, n.ºs 1 e 2, da Sexta

Directiva, mas sim uma medida de regulação do mercado.

47. Este entendimento não pode ser acolhido.

48. A questão de saber se uma actividade pode ser considerada uma actividade económica para efeitos do imposto sobre o valor acrescentado depende do seu carácter objectivo, que deve ser determinado com base nas circunstâncias externas concretas. O objectivo de regular o acesso ao mercado de serviços UMTS em consonância com as normas comunitárias e de determinar os operadores mais adequados, visado com a actividade em causa, não reveste qualquer importância, na medida em que, nos termos da jurisprudência referida, objectivos desta natureza não devem ser tidos em consideração na qualificação de uma actividade¹⁷.

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

50. A forma como deve ser qualificada juridicamente a concessão de licenças pelo

17 — V. acórdãos referidos na nota 16.

Estado — como autorização administrativa ou como prestação na acepção do direito civil — é tão pouco relevante para a determinação do carácter objectivo da actividade como a designação da respectiva contraprestação das empresas — como remuneração ou preço¹⁸, na medida em que a licença apenas foi atribuída após o pagamento da quantia determinada por leilão, de modo que a prestação pecuniária se situa num contexto directo com a atribuição da licença. O pagamento não representa, aliás, uma taxa que apenas cobre as despesas administrativas resultantes da concessão de frequências.

51. Os intervenientes estão em litígio em relação à questão de saber se a forma como o leilão foi concebido visava a realização de receitas elevadas. Assim, o facto de apenas terem sido atribuídas cinco licenças e não seis — como na Alemanha, por exemplo — poderia ser considerado, por um lado, como uma redução artificial da oferta que contribuiu para o aumento das receitas. Por outro lado, a decisão de comercializar cinco licenças também se poderia basear em considerações de ordem normativa¹⁹. Para além dos quatro operadores estabelecidos, estava prevista ainda a introdução de um quinto, de forma a aumentar a concorrência. Caso o mercado tivesse que ser partilhado por um número mais elevado de concorrentes, a rentabilidade dos elevados investimentos nas redes possivelmente já não estaria assegurada.

18 — Caso o âmbito de aplicação da Sexta Directiva não abrangesse desde logo as remunerações, não seria necessário o esclarecimento contido no artigo 4.º, n.º 5, primeiro parágrafo, da Sexta Directiva, que estipula que o Estado também não será considerado sujeito passivo quando cobrar remunerações pelas suas actividades.

19 — De acordo com o disposto no artigo 10.º, n.º 1, da Directiva 97/13, os Estados-Membros apenas podem limitar o número de licenças individuais na medida do necessário para garantir uma utilização eficiente das radiofrequências.

52. Em última análise, pode esta questão ficar em aberto, bem como a de saber se a obtenção de receitas constituiu um motivo para a forma como foi concebido o processo de atribuição de licenças.

53. Em termos objectivos, o Secretary of State atribuiu as licenças em troca de uma prestação pecuniária, que deveria reflectir o valor económico dos direitos e que ultrapassou em larga medida as despesas resultantes do processo de atribuição. Ao estabelecer lanços mínimos até 125 milhões de libras esterlinas, previa-se, desde o início, a obtenção de receitas significativas. No que diz respeito à qualificação do leilão de licenças para efeitos de IVA, o facto de a obtenção das referidas receitas ter constituído a razão para a opção do Governo ou apenas um efeito secundário, necessariamente associado a este tipo de processos de atribuição, não pode ter qualquer relevância.

54. Também o facto de a atribuição das licenças estar englobada num quadro regulamentar baseado no direito comunitário não se opõe à qualificação como actividade económica. O cumprimento destas normas legais apenas representa um objectivo de actuação (obrigatoriamente previsto) que não deve ser tido em consideração na qualificação como actividade económica²⁰.

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

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

56. Tomando por base as características externas objectivas do procedimento, confere-se um vasto âmbito de aplicação ao conceito de actividade económica, o que corresponde ao entendimento do Tribunal de Justiça²¹. Caso se considerasse desde logo nesta fase da apreciação que uma autoridade pública age em cumprimento da sua missão legal de regulação, o âmbito de aplicação da directiva estaria *a priori* consideravelmente restringido, ficando pouca margem para a aplicação do artigo 4.º, n.º 5, da Sexta Directiva, apesar de esta disposição conter regras específicas em relação ao poder público.

57. O Tribunal de Justiça já concluiu, em particular no denominado acórdão Eurocontrol²², para o qual remetem alguns dos intervenientes, que não existe uma actividade económica na acepção das regras do Tratado relativas à concorrência quando são exercidas prerrogativas de poder público.

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

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

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

21 — V. jurisprudência referida na nota 15.

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

reio com o fim de auferir receitas com carácter de permanência.

60. De acordo com o disposto no artigo 4.º, n.º 2, da Sexta Directiva, a exploração de um bem corpóreo ou incorpóreo com o fim de auferir receitas com carácter de permanência é considerada uma actividade económica. O direito de operar telemóveis em determinados sectores do espectro de frequências constitui um bem incorpóreo.

62. Os Governos neerlandês e dinamarquês alegam, no entanto, que não se está perante a obtenção de receitas com *carácter de permanência*, na medida em que a atribuição das licenças constitui uma operação única.

61. Nos termos de jurisprudência assente, o conceito de exploração refere-se, em conformidade com as exigências do princípio da neutralidade do sistema do IVA, a todas as operações, seja qual for a sua forma jurídica²³. Neste sentido, o Tribunal de Justiça considerou, por exemplo, que a locação constitui uma forma de exploração de bens que deve ser qualificada como actividade económica, na acepção do artigo 4.º, n.º 2, da Sexta Directiva²⁴. O Reino Unido concedeu às recorrentes uma licença para a utilização de frequências limitada no tempo mediante o pagamento de uma retribuição. Este procedimento, que se assemelha a uma locação ou um arrendamento, deve ser considerado como uma exploração de um bem incorpóreo.

63. Embora o conceito utilizado na versão alemã não seja totalmente inequívoco, o recurso a outras versões linguísticas torna evidente que a obtenção de receitas deverá ter um carácter continuado²⁵. A exploração comercial de um bem a título ocasional não constitui, por conseguinte, uma actividade económica na acepção do artigo 4.º, n.ºs 1 e 2, da Sexta Directiva, tal como o Tribunal de Justiça concluiu no acórdão Enkler²⁶.

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

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

24 — Acórdãos de 26 de Setembro de 1996, Enkler (C-230/94, Colect., p. I-4517, n.º 22), de 27 de Janeiro de 2000, Heerma (C-23/98, Colect., p. I-419, n.º 19). V., igualmente, acórdão de 14 de Fevereiro de 1985, Rompelman, já referido na nota 15, no qual o Tribunal de Justiça classificou a aquisição de um direito sobre uma parte de um imóvel em construção como actividade económica.

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

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

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

65. A natureza do bem constituiu o ponto de partida para a apreciação do Tribunal de Justiça. O facto de um bem ser adequado a uma exploração exclusivamente económica basta, regra geral, para que se admita que o seu proprietário o explore no exercício de uma actividade económica e, conseqüentemente, com o fim de auferir receitas com carácter de permanência. Pelo contrário, se um bem, devido à sua natureza, é susceptível de ser utilizado tanto para fins económicos como para fins privados, há que analisar o conjunto das condições da sua exploração para determinar se é efectivamente utilizado com o fim de auferir receitas que têm carácter de permanência²⁷.

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

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

68. O facto de a contribuição consistir apenas num pagamento único à data da atribuição da licença e não constituir um pagamento periódico não altera o carácter permanente da obtenção de receitas. Teoricamente, a taxa de utilização de frequências poderia ter sido concebida de forma diferente. A aplicabilidade da Sexta Directiva não pode, porém, depender das modalidades de pagamento da taxa a que as partes podem recorrer.

69. Independentemente dos factos acima referidos, também pode suceder que a licença seja antecipadamente restituída ou revogada, de modo que o direito de utilização por um período de 20 anos pode ser atribuído mais do que uma vez.

70. A concessão do direito de utilização limitada no tempo não é, por último,

27 — Acórdão Enkler (já referido na nota 24, n.º 27).

equiparável à alienação de títulos, que o Tribunal de Justiça não considerou uma actividade económica — quando não é efectuada no âmbito de uma actividade comercial de gestão de investimentos²⁸ — por dois motivos.

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

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

28 — Acórdãos de 20 de Junho de 1996, Wellcome Trust (C-155/94, Colect., p. I-3013, n.ºs 32 e segs.), e EDM (já referido na nota 23, n.ºs 57 e segs.). V., igualmente, no que diz respeito à posse e aquisição de acções: acórdãos KapHag (já referido na nota 23, n.º 38), e de 26 de Maio de 2005, Kretztechnik (C-465/03, Colect., p. I-4357, n.ºs 19 e segs.).

73. Por conseguinte, deve responder-se do seguinte modo à primeira questão:

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

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

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

74. O artigo 4.º, n.º 5, da Sexta Directiva estabelece um regime diferenciado quanto às

situações em que o Estado é sujeito passivo²⁹.

75. De acordo com o previsto na regra geral contida seu primeiro parágrafo, os Estados, as colectividades territoriais e outros organismos de direito público não serão considerados sujeitos passivos relativamente às actividades ou operações que exerçam na qualidade de autoridades públicas. A disposição exclui, por conseguinte, da tributação geral o poder público, mesmo que este exerça uma actividade económica na acepção do artigo 4.º, n.ºs 1 e 2, da Sexta Directiva. Neste sentido, o exercício da autoridade pública é, por conseguinte, equiparado à actuação de um consumidor privado.

76. Porém, nos termos do segundo parágrafo, o Estado é considerado sujeito passivo, em derrogação do primeiro parágrafo, caso a sua não sujeição à tributação possa conduzir a distorções de concorrência significativas. A ideia subjacente à referida disposição consiste na possibilidade de determinados organismos estatais — mesmo realizando as suas prestações no âmbito do poder público — entrarem em concorrência com as prestações realizadas por concorrentes privados. Visa, por conseguinte, assegurar a neutralidade fiscal³⁰.

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

78. Os sectores referidos no Anexo D — entre os quais se encontram igualmente as telecomunicações — dizem respeito, na sua essência, a prestações económicas³¹, as quais em grande medida apenas são ou foram realizadas pelo Estado na qualidade de autoridade pública devido à sua importância para o interesse geral, mas poderiam igualmente ser oferecidas por empresas privadas³². Entretanto, alguns dos sectores da economia referidos foram liberalizados. As empresas privadas concorrem efectivamente com antigos operadores monopolistas, em parte privatizados, em parte ainda estatais. Aquando da sua adopção, em 1977, a Sexta Directiva IVA já teve claramente em conta a referida evolução.

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

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

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

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

79. Caso a atribuição de frequências de telecomunicações móveis deva ser classificada como actividade não insignificante no domínio das telecomunicações, estaria sempre sujeita a IVA, independentemente da questão do exercício do poder público ou da distorção concreta da concorrência. Neste sentido, parece pertinente que, antes de apreciar as segunda, terceira e quarta questões, se responda previamente à quinta.

2. Quanto à quinta questão prejudicial: o conceito de telecomunicações constante do Anexo D abrange igualmente o leilão de licenças UMTS?

80. No essencial, as partes divergem quanto à questão de saber se o conceito de «telecomunicações» constante do Anexo D, n.º 1, apenas abrange a oferta de serviços de telecomunicações³³ — tal como é defendido pelos Governos intervenientes e pela Comissão — ou inclui ainda outras actividades com a mesma relacionadas, ou seja, também a atribuição de licenças, como entendem as recorrentes.

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

81. Do teor do Anexo D não é possível deduzir quaisquer indicações quanto à resolução da questão em litígio. Não deve ser atribuída qualquer importância ao facto de a versão alemã recorrer ao termo «Fernmeldewesen», entretanto desactualizado e não ao termo «Telekommunikation». Nas outras versões, encontra-se o termo então corrente na respectiva língua (v., por exemplo, *telecommunications* ou *télécommunications*). Para além disso, os termos *Fernmeldewesen* e *Telekommunikation* são, em grande medida, sinónimos, tal como é sublinhado correctamente pelo Governo alemão.

— Interpretação histórica

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

83. O método de interpretação histórica é, no entanto, apenas de alcance secundário e

por si só não é decisivo³⁴. Pelo contrário, as disposições da Sexta Directiva IVA devem, para além disso, ser interpretadas de forma sistemática tendo em consideração o seu objectivo.

— Interpretação sistemática

84. De um ponto de vista sistemático, a definição de prestações de serviços de telecomunicações, constante do artigo 9.º, n.º 2, alínea e), décimo travessão, da Sexta Directiva³⁵ pode desde logo desempenhar um papel decisivo, ao dispor o seguinte:

«por 'prestações de serviços de telecomunicações' entende-se as prestações de serviços que possibilitem a transmissão, a emissão ou a recepção de sinais, texto, imagem e som ou de informações de todo o tipo através de fios, da rádio, de meios ópticos ou de outros meios electromagnéticos, incluindo a cessão ou a concessão com elas correlacionadas de direitos de utilização de instalações de transmissão, emissão ou recepção [...]»

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

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

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

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

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

88. A versão inglesa parece permitir a referida interpretação; outras versões linguísticas, pelo contrário, apoiam a interpretação

dos Governos intervenientes e da Comissão³⁶. Em caso de eventuais divergências entre as versões linguísticas, o sentido e o objectivo de uma disposição adquirem uma importância decisiva³⁷, opondo-se estes no presente caso igualmente à inclusão da atribuição de frequências.

89. Como o Governo neerlandês sublinha de forma correcta, a regulamentação visa assegurar a tributação na Comunidade das prestações de serviços de telecomunicações realizadas por Estados terceiros a destinatários na Comunidade³⁸. Esta consideração apenas é válida em relação a prestações de serviços de telecomunicações em sentido estrito, na medida em que as licenças são sempre atribuídas pelas autoridades competentes no respectivo território nacional. Para além disso, na maior parte dos casos, os adquirentes, ou seja os destinatários da operação, estarão estabelecidos no Estado em que é atribuída a licença, sendo pouco provável que uma rede de telecomunicações móveis UMTS seja implementada e explorada sem um estabelecimento ou uma filial no Estado em causa.

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

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

38 — V. o quarto considerando da Directiva 1999/59 (já referida na nota 35), que dispõe o seguinte: «No que se refere aos serviços de telecomunicações, é conveniente assegurar sobretudo a tributação na Comunidade dos serviços utilizados por clientes nela estabelecidos.»

90. Os Governos britânico, neerlandês e dinamarquês, bem como a Comissão, remetem igualmente para a definição de serviços de telecomunicações constante das directivas pertinentes relativas ao mercado interno. A tomada em consideração, na interpretação da Sexta Directiva IVA, de definições constantes de actos jurídicos que regulamentam o sector em causa e não prosseguem objectivos divergentes do direito relativo ao imposto sobre o valor acrescentado corresponde à prática do Tribunal de Justiça³⁹.

91. O artigo 2.º, n.º 4, da Directiva 90/387/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1990, relativa à realização do mercado interno dos serviços de telecomunicações mediante a oferta de uma rede aberta de telecomunicações⁴⁰ definia os serviços de telecomunicações como «os serviços que consistem, no todo ou em parte, na transmissão e no encaminhamento de sinais através da rede de telecomunicações por processos de telecomunicação, com excepção da radiodifusão e da televisão». De acordo com esta disposição, a atribuição de licenças UMTS não constitui um serviço de telecomunicações.

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

40 — JO L 192, p. 1. A Directiva 1990/387 foi entretanto revogada pela Directiva 2002/21 (já referida na nota 10). A definição de serviços de comunicações electrónicas constante do artigo 2.º, alínea c), da nova directiva-quadro abrange as telecomunicações e baseia-se, tal como a directiva precedente, na transmissão de sinais através de redes de comunicações electrónicas.

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

— Interpretação teleológica

93. Decisivos são, no entanto, o sentido e o objectivo da regulamentação do artigo 4.º, n.º 5, terceiro parágrafo, em conjugação com o Anexo D, da Sexta Directiva. A enumeração de actividades constantes do Anexo D diz respeito, tal como o advogado-geral S. Alber referiu, a actividades com uma relevância económica primordial e manifesta⁴¹.

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

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

95. Apenas é apropriado equiparar o Estado aos sujeitos passivos privados em relação a prestações de serviços de telecomunicações em sentido estrito, na medida em que, actualmente, as mesmas podem ser realizadas igualmente por empresas privadas. Pelo contrário, a primeira atribuição de licenças relativas à utilização de determinados sectores do espectro de frequências é, tendo em consideração a situação actual⁴², uma competência reservada ao Estado⁴³. Mesmo que a atribuição de licenças esteja possivelmente em concorrência com a nova alienação das licenças por entidades privadas em determinadas circunstâncias⁴⁴, no caso da actividade referida não se impõe uma equiparação geral do Estado aos sujeitos passivos privados. Pelo contrário, terá em qualquer caso que ser apreciado se se impõe uma tributação da actividade estatal nos termos do artigo 4.º, n.º 5, segundo parágrafo, da Sexta Directiva, de forma a proteger a concorrência.

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

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

44 — V. os desenvolvimentos relativos à quarta questão prejudicial (*infra*, n.ºs 121 e segs.).

41 — Conclusões apresentadas no processo Fazenda Pública (já referidas na nota 31, n.º 69).

96. Por conseguinte, deve responder-se à quinta questão prejudicial da seguinte forma: o conceito de «telecomunicações» constante do anexo D, n.º 1, da Sexta Directiva não abrange, tendo em consideração a situação actual, o leilão de licenças UMTS por parte do Estado.

3. Quanto à segunda questão prejudicial: exercício da autoridade pública na aceção do artigo 4.º, n.º 5, primeiro parágrafo, da Sexta Directiva

97. Nos termos do artigo 4.º, n.º 5, primeiro parágrafo, da Sexta Directiva, devem estar preenchidas cumulativamente duas condições para a aplicação da regra da não sujeição, ou seja, o exercício de actividades por um organismo público e a realização das mesmas na qualidade de autoridade pública⁴⁵. É um facto incontestado que o Secretary of State e a RA cumprem a primeira condição.

98. A segunda condição foi precisada da seguinte forma pelo Tribunal de Justiça no acórdão Fazenda Pública/Câmara Municipal do Porto⁴⁶:

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

46 — Acórdão de 14 de Dezembro de 2000, Fazenda Pública, já referido na nota 31, n.ºs 16 e 17.

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

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

99. Para além disso, o Tribunal de Justiça declarou que, no âmbito desta apreciação, não é possível tomar como base o objecto ou o fim da actividade⁴⁹.

100. As recorrentes deduzem da jurisprudência que é, antes de mais, a forma que reveste o acto que é determinante. O leilão das licenças foi realizado com base nas

47 — A este respeito, o Tribunal de Justiça remete para os acórdãos de 17 de Outubro de 1989, Comune di Carpaneto Piacentino e o. (231/87 e 129/88, já referido na nota 30, n.º 15) e de 15 de Maio de 1990, Comune di Carpaneto Piacentino e o. (C-4/89, Colect., p. I-1869, n.º 10).

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

49 — Acórdãos de 17 de Outubro de 1989, Comune di Carpaneto Piacentino e o. (já referido na nota 30, n.º 13) e Fazenda Pública (já referido na nota 31, n.º 19).

mesmas condições aplicáveis no direito inglês a transacções de direito privado correspondentes. O facto de o leilão ter visado o objectivo da regulação de mercado não pode ser tido em consideração.

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

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

103. Mesmo que a apreciação definitiva do regime jurídico nacional esteja reservada ao órgão jurisdicional de reenvio, não há quaisquer dúvidas de que, nos termos da

WTA 1949 e da WTA 1998, bem como das WTA Regulations, a atribuição de uma licença UMTS apenas pode ser realizada pelo Secretary of State. As obrigações a que está vinculado nos termos do direito nacional baseiam-se nos requisitos constantes da Directiva 97/13. Para além disso, apenas o Secretary of State tem o poder de revogar a licença, não apenas nos casos previstos na própria licença, mas também, para além disso, por motivos de segurança nacional ou para satisfazer compromissos comunitários ou de direito internacional⁵⁰.

104. Neste sentido, o Secretary of State, representado pela RA, atribuiu as licenças UMTS nos termos de um regime jurídico que lhe era próprio. Nenhum operador privado poderia atribuir licenças correspondentes, o que permite concluir que o leilão de licenças constituía uma actividade que incumbia a um organismo estatal na qualidade de autoridade pública.

105. O facto de as licenças terem sido atribuídas através de um leilão, ou seja, um procedimento proveniente do direito civil e ao qual as entidades privadas, por conseguinte, também têm acesso, não se opõe às considerações acima enunciadas.

106. Apesar de o Tribunal de Justiça ter considerado as modalidades de actuação

50 — V. Section 4 do WTA 1998.

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

107. No presente caso, não são determinantes as normas gerais de direito civil relativas aos leilões, mas sim o enquadramento jurídico concreto relativo ao leilão das licenças UMTS.

108. Da tese das recorrentes resultaria que o poder público só seria exercido quando o Estado adoptasse actos administrativos, ou seja, no exercício da autoridade pública em sentido estrito. Porém, nos acórdãos relativos às portagens nas auto-estradas, o Tribunal de Justiça rejeitou expressamente este entendimento⁵¹.

109. Contudo, no acórdão Fazenda Pública/Câmara Municipal do Porto⁵², o Tribunal de Justiça deduziu do facto de a gestão de parques de estacionamento públicos estar ligada ao exercício dos poderes de autoridade que a actividade estava sujeita a um regime especial de direito público. A actuação do Estado, numa situação em que os cidadãos se encontram numa relação de subordinação em relação a este, constitui, por conseguinte, no entender do Tribunal de Justiça, um indício do exercício da autoridade pública na acepção do artigo 4.º, n.º 5, primeiro parágrafo, da Sexta Directiva, mas não representa um requisito necessário do mesmo⁵³.

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

111. Deve ainda atender-se ao facto de o artigo 4.º, n.º 5, primeiro parágrafo, da Sexta Directiva apenas exigir que a prestação seja realizada *na qualidade de autoridade pública*. Neste sentido, o leilão de licenças

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

52 — Acórdão Fazenda Pública (já referido na nota 31, n.º 22).

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

UMTS não pode ser considerado isoladamente⁵⁴, inserindo-se esta actividade, pelo contrário, no quadro global da administração das frequências e da regulamentação do sector das telecomunicações. Neste contexto, o Estado exerce essencialmente prerrogativas de autoridade pública, por exemplo, ao transpor para o direito nacional as normas da decisão UMTS ou das directivas relativas ao mercado interno. O Estado actua também no exercício da autoridade pública quando, nos termos do WTA 1949, aplica sanções penais à exploração não autorizada de equipamentos de rádio, quando revoga uma licença por motivos de segurança nacional ou para satisfazer obrigações comunitárias ou de direito internacional.

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

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

114. Por conseguinte, deve responder-se do seguinte modo à segunda questão:

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

54 — Também no acórdão Fazenda Pública (já referido na nota 31, n.º 22), o Tribunal de Justiça não considerou isoladamente a locação de um lugar de estacionamento, mas sim a gestão dos parques de estacionamento públicos em termos gerais.

4. Quanto à terceira questão prejudicial: uma actividade pode constituir em parte uma actividade económica ou ter sido em parte exercida na qualidade de autoridade pública?

115. As recorrentes alegaram a título subsidiário, que a atribuição de licenças UMTS teve em parte carácter económico, ou seja, em parte não foi realizada na qualidade de autoridade pública.

116. A título preliminar, importa recordar que o acórdão *Armbrrecht*⁵⁵, para o qual as recorrentes remetem neste contexto, dizia respeito à utilização parcial de um bem para fins económicos e as consequências daí resultantes no que diz respeito ao direito à dedução. No presente caso, pelo contrário, coloca-se a questão de saber se o próprio leilão de licenças estava sujeito a IVA, na medida em que foi efectuado por um sujeito passivo no âmbito da sua actividade económica.

117. No acórdão CPP⁵⁶, o Tribunal de Justiça concluiu que cada prestação de

serviços deve normalmente ser considerada distinta e independente. Na medida em que a prestação constituída por um único serviço no plano económico não deve ser artificialmente decomposta para não alterar a funcionalidade do sistema do IVA, importa procurar encontrar os elementos característicos da operação em causa para determinar se o sujeito passivo fornece ao consumidor diversas prestações principais distintas ou uma prestação única. Caso apenas exista uma operação, esta deve ser tratada uniformemente no que diz respeito à cobrança do IVA⁵⁷.

118. Não é possível deduzir do pedido de decisão prejudicial quaisquer indícios quanto à questão de saber se a atribuição de licenças UMTS se compõe de duas ou mais prestações. Pelo contrário, foi atribuída uma licença através de um único acto, tendo sido cobrado um encargo uniforme a esse título.

119. Também o facto de, numa primeira fase, terem os titulares da licença e o valor do encargo sido determinados por via do leilão e de só após o pagamento do encargo ter a licença sido emitida, carece de qualquer relevância, na medida em que as últimas operações são meros actos de execução dependentes, que não podem ser apreciados separadamente do leilão.

55 — Acórdão de 4 de Outubro de 1995, *Armbrrecht* (C-291/92, Colect., p. I-2775). V. especialmente em relação à dedução de bens utilizados no âmbito do exercício da autoridade pública: acórdão de 2 de Junho de 2005, *Waterschap Zeeuws Vlaanderen* (C-378/02, Colect., p. I-4685).

56 — Acórdão de 25 de Fevereiro de 1999, CPP (C-349/96, Colect., p. I-973, n.º 29). V., igualmente, acórdão de 27 de Outubro de 2005, *Levob* (C-41/04, Colect., p. I-9433, n.º 20).

57 — V. as minhas conclusões de 4 de Maio de 2006 no processo *Talacre Beach Caravan Sales* (C-251/05, Colect., p. I-6269, n.ºs 32 e segs.).

120. Como foi referido, o Estado exerceu uma actividade económica ao realizar a referida prestação unitária, mas exerceu-a igualmente na qualidade de autoridade pública. Na falta de indícios factuais que permitam uma separação em prestações passíveis de serem apreciadas separadamente, a questão tem carácter hipotético e não necessita, por conseguinte, de ser respondida⁵⁸.

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

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

122. De acordo com as conclusões do Tribunal de Justiça no acórdão Comune di Carpaneto Piacentino, os Estados-Membros «devem assegurar a tributação dos organismos de direito público pelas actividades que exerçam na qualidade de autoridades públicas quando tais actividades possam ser

igualmente desenvolvidas, em concorrência com tais organismos, por particulares, e se a sua não tributação for susceptível de provocar distorções importantes na concorrência [...]»⁵⁹

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

124. No seu ponto 4, as licenças emitidas em 2000 indicam, no entanto, que uma das suas condições consiste na impossibilidade de serem transmitidas. Para além disso, nessa altura, tanto a Directiva 97/13 como o WTA 1998 não previam o comércio de licenças.

125. Numa nota informativa do Secretary of State, de 1 de Novembro de 1999, é referido, porém, que as licenças em leilão poderiam ser declaradas transmissíveis *a posteriori*, caso o comércio de frequências fosse mais tarde introduzido, não sendo ainda possível prever se e quando tal aconteceria. No

58 — V. acórdãos de 15 de Dezembro de 1995, Bosman (C-415/93, Colect., p. I-4921, n.º 61), de 13 de Março de 2001, PreussenElektra (C-379/98, Colect., p. I-2099, n.º 39).

59 — Acórdão de 17 de Outubro de 1989, Comune di Carpaneto Piacentino e o. (já referido na nota 29, n.º 24). V., igualmente, acórdão de 8 de Junho de 2006, Feuerbestattungsverein Halle (C-430/04, Colect., p. I-4999, n.º 25).

artigo 9.º, n.º 4, da Directiva 2002/21 estão previstas as condições que devem ser cumpridas na transferência de direitos de utilização de frequências. De acordo com as indicações do pedido de decisão prejudicial, as autoridades no Reino Unido não prevêem que o comércio de frequências de telecomunicações móveis se inicie antes de 2007.

126. Tendo em consideração estes aspectos, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta que grau de probabilidade e de proximidade temporal deverá apresentar uma «distorção da concorrência significativa» na aceção do segundo parágrafo do artigo 4.º, n.º 5, da Sexta Directiva e qual a importância do princípio da neutralidade fiscal do IVA neste contexto.

127. Em relação a este aspecto, deve antes de mais notar-se que a qualidade de sujeito passivo ou de alguém que não está sujeito ao imposto deve ser avaliada à data da prestação⁶⁰. Neste sentido, é também no período referido que a influência sobre a concorrência se deve ter verificado.

128. Este facto pressupõe a existência, à data da atribuição de frequências, de um mercado de direitos de utilização correspondentes, ou seja, em primeiro lugar, devem já existir direitos de utilização equiparáveis e, em

segundo, os mesmos direitos devem poder ser transmitidos entre entidades privadas. Apenas nestas condições a atribuição de frequências pelo Estado pode entrar em concorrência com a cessão de direitos de utilização de frequências por parte de entidades privadas.

129. Previamente ao leilão das licenças UMTS não existiam licenças deste tipo no mercado britânico. Para além disso, o comércio de licenças também não era juridicamente possível, não sendo possível prever na altura quando e se o respectivo enquadramento jurídico seria criado.

130. Apesar de o Tribunal de Justiça ter concluído no acórdão Taksatorringen⁶¹ que o artigo 13.º, A, n.º 1, alínea f), da Sexta Directiva também abrange distorções da concorrência que podem ser provocadas no futuro por uma isenção, é, porém, necessário que o risco de distorções de concorrência seja real⁶².

131. Mesmo que actualmente nenhum dos concorrentes ofereça prestações concorrentes sujeitas a IVA, o risco de distorções de concorrência pode ser real, na medida em que uma situação de partida desvantajosa é desde logo susceptível de dissuadir potenciais concorrentes de entrarem no mercado.

60 — Acórdão *Waterschap Zeeuws Vlaanderen*, já referido na nota 55, n.º 32.

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

62 — Acórdão *Taksatorringen* (já referido na nota 61, n.º 63).

Um risco real correspondente está, no entanto, excluído quando, devido ao quadro jurídico existente, nenhum potencial concorrente está em condições de fazer uma proposta que faça concorrência às frequências atribuídas pelo Estado.

132. Caso o Estado decida voltar a atribuir licenças num momento posterior, após o comércio de frequências ter sido introduzido, o tratamento fiscal em matéria de IVA em relação à fase de atribuição de licenças deve voltar a ser apreciado⁶³. O tratamento fiscal em matéria de IVA das atribuições de licenças posteriores por parte do Estado não tem, no entanto, quaisquer efeitos retroactivos em relação à atribuição de licenças em 2000, em causa no presente processo.

133. Para além disso, as recorrentes justificam uma distorção de concorrência pelo seguinte: caso um operador de telecomunicações móveis adquira, após a introdução do comércio de frequências, uma licença a uma outra empresa e seja obrigado a pagar IVA, este adquirente encontra-se em desvantagem em relação aos concorrentes que puderam adquirir previamente uma licença ao Estado isenta de IVA. Apesar de o subadquirente de uma licença poder na maior parte dos casos deduzir o IVA pago a montante, em determinadas situações tal facto implica uma perda temporária de liquidez.

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

134. Como já foi referido, é necessário que, à data da operação em causa exista uma relação de concorrência potencial, não sendo suficiente a hipótese da criação posterior do quadro legal necessário, na medida em que a obrigação fiscal não pode depender de prognósticos mais ou menos inseguros.

135. Independentemente desse facto, a prestação estatal apenas teria que ser tributada caso a não tributação, de acordo com as conclusões do órgão jurisdicional de reenvio, pudesse conduzir a distorções de concorrência *significativas* na acepção do artigo 4.º, n.º 5, segundo parágrafo, da Sexta Directiva.

136. Tal verificar-se-ia caso o Estado realizasse a mesma prestação a *consumidores finais* que as empresas privadas, de modo que os clientes num caso teriam que pagar o preço sem imposto sobre o valor acrescentado e no outro com esse imposto⁶⁴. Na medida em que o consumidor final não tem

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

direito à dedução, a prestação do operador privado seria mais cara, pois haveria que acrescentar o valor total do IVA.

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

138. Para além disso, em 2000 a introdução do comércio de frequências não era de modo algum previsível e até ao momento não se verificou no Reino Unido. No entanto, quanto maior o desfasamento temporal entre a atribuição das frequências por parte do Estado e a introdução do comércio de frequências, mais se altera na maior parte das vezes o contexto comercial. Neste sentido, outros factores, como por exemplo a reavaliação do valor económico da utilização das frequências tendo em consideração o surgimento de técnicas concorrentes de telecomunicação móvel UMTS, passam a

ter um peso diferente em relação à eventual falta de liquidez devida ao pagamento adiantado do imposto a montante. Daqui também resulta que uma distorção da concorrência na acepção do artigo 4.º, n.º 5, segundo parágrafo, da Sexta Directiva apenas pode, em princípio, ser presumida quando as prestações estão disponíveis no mesmo período e o potencial adquirente dispõe efectivamente de uma possibilidade de escolha entre duas propostas equiparáveis.

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

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

C — Quanto à sexta questão prejudicial: interpretação conforme à directiva de disposições nacionais que transpõem o artigo 4.º, n.º 5, da Sexta Directiva

internas o princípio da interpretação do direito nacional em conformidade com a directiva, referido no acórdão *Marleasing* ⁶⁷.

140. Com base na Section 41, n.º 2, do VAT Act 1994, a administração fiscal do Reino Unido adoptou as Treasury Directions, nos termos das quais determinadas actividades da administração pública — entre as quais o licenciamento e as telecomunicações — são consideradas actividades sujeitas a imposto ⁶⁵.

143. Nos termos deste princípio, ao aplicar o direito interno, nomeadamente as disposições de um instrumento legislativo especificamente aprovado para dar cumprimento às exigências de uma directiva, o órgão jurisdicional nacional é obrigado a interpretar o direito nacional, na medida do possível, à luz do texto e da finalidade da directiva em causa, para atingir o resultado por ela prosseguido e observar assim o artigo 249.º, terceiro parágrafo, CE ⁶⁸.

141. Como o Tribunal de Justiça concluiu no acórdão *Fazenda Pública/Câmara Municipal do Porto* ⁶⁶, os Estados-Membros podem transpor o artigo 4.º, n.º 5, segundo parágrafo, da Sexta Directiva através da criação de um quadro legal e da atribuição de competência à administração para decidir de acordo com os critérios legais quando uma actividade do Estado deve ser sujeita a IVA, de forma a evitar distorções de concorrência significativas.

144. Este princípio deve ser tido em consideração na aplicação de qualquer disposição nacional. Também se aplica no que diz respeito às instruções da administração, que determinam, para efeitos de transposição do artigo 4.º, n.ºs 1 e 5, da Sexta Directiva, quais as prestações da administração pública que devem ser consideradas prestações sujeitas a imposto.

142. O órgão jurisdicional de reenvio pretende agora saber em que medida é determinante para aplicação das referidas normas

67 — Acórdão de 13 de Novembro de 1990, *Marleasing* (C-106/89, Colect., p. I-4135, n.º 8). Referido pela primeira vez no acórdão de 10 de Abril de 1984, *Von Colson e Kamann* (14/83, Recueil, p. 1891, n.º 26). V. igualmente, acórdãos de 14 de Julho de 1994, *Faccini Dori* (C-91/92, Colect., p. I-3325, n.º 26), e de 5 de Outubro de 2004, *Pfeiffer e o.* (C-397/01 a C-403/01, Colect., p. I-8835, n.º 113).

68 — Acórdãos *Von Colson e Kamann* (já referido na nota 67, n.º 8), *Faccini Dori* (já referido na nota 67, n.º 26) e *Pfeiffer e o.* (já referido na nota 67, n.º 113).

65 — V., em particular, *supra*, n.ºs 12 e 13.

66 — Já referido na nota 31, n.º 32.

145. As recorrentes alegam, no entanto, que o princípio da interpretação do direito nacional em conformidade com a directiva não se aplica às Treasury Directions, na medida em que, neste caso, a administração fiscal do Reino Unido exerceu o poder discricionário que lhe compete nos termos da directiva.

146. Este entendimento não pode ser acolhido. Quando as autoridades nacionais, ao transpor o artigo 4.º, n.º 5, segundo parágrafo, da Sexta Directiva, classificam determinadas actividades de organismos públicos como actividades sujeitas a imposto, estão vinculadas às exigências da directiva. Nos termos desta, a existência de uma distorção de concorrência significativa pressupõe desde logo, como já foi referido, que as prestações do Estado, na data da sua realização, concorrem com prestações correspondentes de entidades privadas. A directiva não confere às autoridades nacionais o poder de sujeitar a IVA uma prestação estatal realizada na qualidade de autoridade pública, apesar de, por razões jurídicas, não existir uma relação concorrencial correspondente e também não se aplicar nenhum dos casos constantes do artigo 4.º, n.º 5, terceiro parágrafo, em conjugação com o Anexo D da Sexta Directiva.

147. As recorrentes alegam ainda que o Estado não pode invocar a interpretação conforme à directiva em prejuízo dos particulares. Também este entendimento não é correcto. A obrigação dos órgãos jurisdicionais de interpretarem o direito nacional em

conformidade com a directiva existe independentemente da questão de saber se a mesma interpretação tem consequências negativas para os particulares. Neste sentido, particularmente em litígios entre particulares, em que a tomada em consideração do direito comunitário tenha necessariamente efeitos negativos para uma das partes, o Tribunal de Justiça sublinhou a obrigação de uma interpretação conforme à directiva⁶⁹. Para além disso, reconheceu que o facto de ser invocada uma directiva pode ter indirectamente repercussões negativas sobre os direitos dos particulares⁷⁰.

148. A jurisprudência constante, de acordo com a qual uma directiva não pode, por si só, criar obrigações para um particular e não pode, portanto, ser invocada, enquanto tal, contra ele, não se opõe a este entendimento⁷¹. Esta conclusão apenas vale quanto à aplicação directa de directivas, mas não à interpretação conforme à directiva, na medida em que, neste caso, não é a própria directiva que impõe obrigações ao indivíduo, mas sim o direito nacional, que é aplicado em conformidade com a directiva.

69 — V. acórdãos referidos na nota 67 (com excepção do acórdão Von Colson e Kamann).

70 — Acórdão de 7 de Janeiro de 2004, Wells (C-201/02, Colect., p. I-723, n.º 57).

71 — Acórdãos de 26 de Fevereiro de 1986, Marshall (152/84, Colect., p. 723, n.º 48), Marleasing (já referido na nota 67, n.º 6); Faccini Dori (já referido na nota 67, n.º 20), Wells (já referido na nota 70, n.º 57) e Pfeiffer e o. (já referido na nota 67, n.º 108).

149. Compete ao órgão jurisdicional nacional decidir se no presente caso é possível uma interpretação do direito nacional conforme à directiva. Neste âmbito, não devem apenas ser tidas em consideração as próprias Treasury Directions, devendo o órgão jurisdicional nacional, pelo contrário, tomar em consideração todo o direito nacional para apreciar em que medida este pode ser objecto de uma aplicação que não conduza a um resultado contrário ao pretendido pela directiva⁷².

pretendido pela directiva⁷³. O direito comunitário não impõe, no entanto, uma interpretação do direito nacional conforme à directiva que seja *contra legem*⁷⁴.

151. Neste sentido, deve responder-se da seguinte forma à sexta questão prejudicial:

150. A este respeito, se o direito nacional, mediante a aplicação dos métodos de interpretação por si reconhecidos, permite, em determinadas circunstâncias, interpretar uma disposição da ordem jurídica interna de forma a evitar um conflito com outra norma de direito interno ou, para esse efeito, reduzir o seu alcance, aplicando-a somente na medida em que seja compatível com a referida norma, o órgão jurisdicional nacional tem a obrigação de utilizar os mesmos métodos com vista a atingir o resultado

Se um Estado-Membro optar por transpor o artigo 4.º, n.ºs 1 e 5, da Sexta Directiva através de uma legislação que confere à administração pública poderes para adoptar orientações que indicam quais as prestações da administração pública que devem ser tratadas como operações tributáveis e a administração pública fizer uso desses poderes, o órgão jurisdicional nacional é obrigado, em aplicação das referidas disposições, a interpretar o direito nacional na medida do possível, à luz do texto e da finalidade da directiva em causa, de forma atingir o resultado por ela prosseguido e a observar assim o artigo 249.º, terceiro parágrafo, CE.

73 — Acórdão Pfeiffer e o. (já referido na nota 67, n.º 116).

74 — V. acórdão de 16 de Junho de 2005, Pupino (C-105/03, Colect., p. I-5275, n.º 47). Este acórdão dizia respeito a uma decisão-quadro baseada no Tratado UE. A conclusão referida aplica-se, no entanto, igualmente a directivas adoptadas nos termos do Tratado CE.

72 — V., neste sentido, acórdão de 25 de Fevereiro de 1999, Carbonari e o. (C-131/97, Colect., p. I-1103, n.ºs 49 e 50) e acórdão Pfeiffer e o. (já referido na nota 67, n.º 115).

V — Conclusão

152. Com base nas considerações que precedem, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais apresentadas pelo VAT and Duties Tribunal London do seguinte modo:

1. O leilão de licenças que englobam o direito de utilização, durante um período estabelecido, de determinados sectores do espectro electromagnético para a oferta de serviços de telecomunicações móveis UMTS, realizado por uma autoridade pública, deve ser considerado, tendo em conta as condições do processo principal, como exploração de um bem incorpóreo com o fim de auferir receitas com carácter de permanência e, por conseguinte, como actividade económica na acepção do artigo 4.º, n.ºs 1 e 2, da Sexta Directiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios — sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado: matéria colectável uniforme.
2. O conceito de «telecomunicações» constante do anexo D, n.º 1, da Sexta Directiva não abrange, tendo em consideração a situação actual, o leilão de licenças UMTS por parte do Estado.
3. Devem ser consideradas actividades exercidas na qualidade de autoridade pública na acepção do artigo 4.º, n.º 5, primeiro parágrafo, da Sexta Directiva, aquelas que são exercidas pelos organismos de direito público no âmbito do regime jurídico que lhes é próprio. O exercício do poder público não está excluído devido ao facto de o Estado, no cumprimento das missões que lhe foram exclusivamente atribuídas, recorrer a um procedimento conhecido do direito civil ou de auferir receitas avultadas com a referida actividade.

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

5. Se um Estado-Membro optar por transpor o artigo 4.º, n.ºs 1 e 5, da Sexta Directiva através de uma legislação que confere à administração pública poderes para adoptar orientações que indicam quais as prestações da administração pública que devem ser tratadas como operações tributáveis e a administração pública fizer uso desses poderes, o órgão jurisdicional nacional é obrigado, em aplicação das referidas disposições, a interpretar o direito nacional, na medida do possível, à luz do texto e da finalidade da directiva em causa, de forma atingir o resultado por ela prosseguido e a observar assim o artigo 249.º, terceiro parágrafo, CE.