

Sag C-369/04

Hutchison 3G UK Ltd m.fl.

mod

Commissioners of Customs and Excise

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af

VAT and Duties Tribunal, London)

»Sjette momsdirektiv – afgiftspligtige transaktioner – begrebet »økonomisk virksomhed« – artikel 4, stk. 2 – tildeling af licenser til udnyttelse af en defineret del af radiofrekvensspektret, der er forbeholdt telekommunikationstjenester«

Forslag til afgørelse fra generaladvokat J. Kokott fremsat den 7. september 2006

Domstolens dom (Store Afdeling) af 26. juni 2007

Sammendrag af dom

Fiskale bestemmelser – harmonisering af lovgivningerne – omsætningsafgifter – det fælles merværdiafgiftssystem – økonomisk virksomhed som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, stk. 1 og 2

(Rådets direktiv 77/388, art. 4, stk. 2)

Artikel 4, stk. 1 og 2, i sjette direktiv 77/388 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter skal fortolkes således, at tildeling af licenser såsom licenser til tredjegerations-mobilkommunikation, de såkaldte »UMTS-licenser«, der foretages af den nationale tilsynsmyndighed, som er ansvarlig for frekvenstildelingen, ved afholdelse af auktion over brugsrettigheder til teleudstyr, ikke er økonomisk virksomhed i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i denne bestemmelse, og følgelig ikke er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde.

Denne virksomhed skal således anses for en nødvendig og forudgående betingelse for adgangen til markedet for mobiltelefoni for erhvervsdrivende og kan ikke anses for at udgøre deltagelse på dette marked fra den kompetente nationale myndigheds side. Det er nemlig kun disse erhvervsdrivende, som er indehavere af tildelte rettigheder, der driver virksomhed på det pågældende marked ved at udnytte det pågældende gode med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter.

Når den kompetente nationale myndighed således tildeler sådanne licenser, deltager den ikke i udnyttelsen af et gode, der består i nævnte brugsrettigheder, med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter. Ved denne tildelingsprocedure udøver denne myndighed udelukkende en kontrol- og reguleringsvirksomhed med hensyn til udnyttelsen af det elektromagnetiske spektrum, som er udtrykkeligt pålagt den.

Den omstændighed, at der i forbindelse med tildeling af de omhandlede licenser opkræves et gebyr, ændrer desuden ikke på den retlige kvalifikation af denne virksomhed.

(jf. præmis 36, 38, 39 og 43 samt domskonkl.)

DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

26. juni 2007 (*)

»Sjette momsdirektiv – afgiftspligtige transaktioner – begrebet økonomisk virksomhed – artikel 4, stk. 2 – tildeling af licenser til udnyttelse af en defineret del af radiofrekvensspektret, der er forbeholdt telekommunikationstjenester«

I sag C-369/04,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af VAT and Duties Tribunal, London (Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland) ved afgørelse af 24. august 2004, indgået til Domstolen den 26. august 2004, i sagen

Hutchison 3G UK Ltd,

mmO2 plc,

Orange 3G Ltd,

T-Mobile (UK) Ltd,

Vodafone Group Services Ltd

mod

Commissioners of Customs and Excise,

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

sammensat af præsidenten, V. Skouris, afdelingsformændene P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts, P. K?ris, E. Juhász og J. Klu?ka, samt dommerne K. Schieman, J. Makarczyk (refererende dommer) og U. L?hmus,

generaladvokat: J. Kokott

justitssekretær: de fuldmægtige B. Fülöp og K. Sztranc-S?awiczek,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 7. februar 2006,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Hutchison 3G UK Ltd, mmO2 plc, Orange 3G Ltd, T-Mobile (UK) Ltd og Vodafone Group Services Ltd ved K.P.E. Lasok, QC, samt ved solicitors J. Turnbull og P. Lomas
- Det Forenede Kongeriges regering ved M. Bethell og R. Caudwell, som befuldmægtigede, bistået af P. Goldsmith, K. Parker og C. Vajda, QC, samt af barrister G. Peretz
- den danske regering ved J. Molde, som befuldmægtiget, bistået af advokat K. Hagel-Sørensen
- den tyske regering ved W.-D. Plessing og C. Schulze-Bahr, som befuldmægtigede, bistået af Rechtsanwalt K.-T. Stopp
- den spanske regering ved J. Rodríguez Cárcamo, som befuldmægtiget
- Irland ved D. O'Hagan som befuldmægtiget, bistået af A. Aston, SC, og af G. Clohessy, BL
- den nederlandske regering ved H.G. Sevenster og M. de Grave, som befuldmægtigede
- Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved K. Gross, R. Lyal og M. Shotter, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 7. september 2006, afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af Rådets sjette direktiv 77/388/EØF af 17. maj 1977 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter – Det fælles merværdiafgiftssystem: ensartet beregningsgrundlag (EFT L 145, s. 1, herefter »sjette direktiv«), nærmere bestemt dette direktivs artikel 4.

2 Denne anmodning er fremsat i en sag mellem Hutchison 3G UK Ltd, mmO2 plc, Orange 3G Ltd, T-Mobile (UK) Ltd og Vodafone Group Services Ltd på den ene side og Commissioners of Customs and Excise (afgiftsmyndigheden), der har kompetence til opkrævning af merværafgift (herefter »moms«) i Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland, på den anden side, vedrørende retten til at fratrække den moms, som disse selskaber hævder at have betalt, da Secretary of State for Trade and Industry (ministeren for handel og industri, herefter »ministeren«) i 2000 tildelte dem licens til tredjegerations-mobilkommunikation, de såkaldte »UMTS-licenser« (herefter »de omtvistede licenser«) ved afholdelse af auktion.

Retsforskrifter

Momsbestemmelserne

Fællesskabsbestemmelser

3 Ifølge ordlyden af sjette direktivs artikel 2, nr. 1, pålægges moms af levering af goder og tjenesteydelser, som mod vederlag foretages i indlandet af en afgiftspligtig person, der optræder i denne egenskab.

4 Direktivets artikel 4 bestemmer:

»1. Som afgiftspligtig person anses enhver, der selvstændigt og uanset stedet udøver en af de i stk. 2 nævnte former for økonomisk virksomhed uanset formålet med eller resultatet af den pågældende virksomhed.

2. De former for økonomisk virksomhed, der er omhandlet i stk. 1, er alle former for virksomhed som producent, handlende eller tjenesteyder, herunder minedrift og landbrug, samt virksomhed inden for liberale og dermed sidestillede erhverv. Som økonomisk virksomhed anses bl.a. transaktioner, der omfatter udnyttelse af materielle eller immaterielle goder med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter.

[...]

5. Stater, regioner, amter, kommuner og andre offentligretlige organer anses ikke som afgiftspligtige personer for så vidt angår virksomhed eller transaktioner, som de udøver eller foretager i deres egenskab af offentlig myndighed, også selv om de i forbindelse med denne virksomhed eller disse transaktioner modtager gebyrer, afgifter, bidrag eller vederlag.

Når de udøver sådanne former for virksomhed eller foretager sådanne transaktioner, skal de dog betragtes som afgiftspligtige personer for så vidt angår disse former for virksomhed eller disse transaktioner, såfremt deres fritagelse for afgiftspligten ville føre til konkurrencefordrejning af en vis betydning.

Under alle omstændigheder anses de ovennævnte organer som afgiftspligtige personer for så vidt angår de i bilag D opregnede former for virksomhed, medmindre den udøvede virksomhed er ubetydelig.

[...]«

5 Direktivets artikel 17 bestemmer:

»1. Fradragsretten indtræder samtidig med, at den fradragsberettigede afgift forfalder.

2. I det omfang goder og tjenesteydelser anvendes i forbindelse med den afgiftspligtige persons transaktioner, er han berettiget til i den afgift, der påhviler ham, at fradrage følgende beløb:

a) den merværdiafgift, som skyldes eller er erlagt for goder, der er eller vil blive leveret ham, og for tjenesteydelser, der er eller vil blive udført for ham af en anden afgiftspligtig person

[...]«

6 Sjette direktivs bilag D, nr. 1, omhandler telekommunikation.

Nationale bestemmelser

7 Momsloven af 1994 (Value Added Tax Act 1994) bestemmer i section 4, nr. 1:

»Der opkræves moms af goder og tjenesteydelser, som leveres i Det Forenede Kongerige, såfremt der er tale om momspligtig leverance foretaget af en afgiftspligtig person i forbindelse med eller med henblik på at fremme dennes forretning.«

Bestemmelserne om tildeling af de omtvistede licenser

Fællesskabsbestemmelser

8 Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/13/EF af 10. april 1997 om ensartede principper for generelle tilladelser og individuelle tilladelser for teletjenester (EFT L 1997, s. 15), var gældende indtil den 25. juli 2003.

9 Direktivets artikel 2, stk. 1, indeholder følgende bestemmelse:

»I dette direktiv forstås ved:

[...]

d) »væsentlige krav«: ikke-økonomiske hensyn til almenhedens interesse, der kan foranledige en medlemsstat til at begrænse adgang til oprettelse eller drift af offentlige telenet eller tjenester. Sådanne hensyn er nettets driftssikkerhed og integritet samt i begrundede tilfælde interoperabilitet mellem tjenester og databeskyttelse, miljøbeskyttelse og hensynet til fysisk planlægning samt effektiv udnyttelse af frekvensspektret og beskyttelse mod skadelig interferens mellem radiobaserede telesystemer og andre rum- eller jordbaserede tekniske systemer. [...]

10 Direktivets artikel 3, stk. 3, andet punktum, er affattet således:

»Medlemsstaterne må kun udstede en individuel tilladelse, hvis tilladelsens indehaver får adgang til knappe fysiske ressourcer eller lignende eller skal opfylde særlige forpligtelser eller kan udnytte særlige rettigheder, jf. bestemmelserne i afdeling III.«

11 Artikel 4, stk. 1, i direktiv 97/13 indeholder en præcisering af de vilkår, der knyttes til generelle tilladelser:

»Hvis medlemsstaterne gør ydelse af teletjenester betinget af generelle tilladelser, kan de vilkår, der er anført i bilagets punkt 2 og 3, i begrundede tilfælde knyttes til de pågældende tilladelser. Sådanne tilladelser skal indebære ordninger, der er så lidt byrdefulde som muligt, men som kan sikre overholdelsen af de relevante væsentlige krav og de i bilagets punkt 2 og 3 anførte øvrige samfundsmæssige hensyn.«

12 Dette direktivs afdeling III, som omfatter artikel 7-11, finder anvendelse på individuelle tilladelser, når situationen begrundet tildeling af sådanne tilladelser. Nævnte direktivs artikel 8, stk. 1, første afsnit, bestemmer, at »[u]d over de vilkår, der er fastsat for generelle tilladelser, kan de vilkår, der er anført i bilagets punkt 2 og 4, i begrundede tilfælde knyttes til individuelle tilladelser«. I overensstemmelse med bilagets punkt 2.1 og 4.2 er der bl.a. tale om vilkår, der har til formål at sikre overholdelse af relevante væsentlige krav samt særlige vilkår, som vedrører effektiv udnyttelse og forvaltning af radiofrekvenser.

13 I medfør af artikel 10, stk. 1, i direktiv 97/13 kan medlemsstater begrænse antallet af individuelle tilladelser, hvis dette er nødvendigt for at sikre effektiv anvendelse af radiofrekvenser. I overensstemmelse med artikel 10, stk. 2, første led, skal de i denne henseende tage behørigt hensyn til, at brugerne skal have størst mulig fordel af tjenesterne, og at konkurrencen skal kunne udvikle sig frit. Artikel 10, stk. 3, første afsnit, bestemmer, at medlemsstaterne skal udstede sådanne individuelle tilladelser på grundlag af udvælgelseskriterier, som er objektive, ikke-diskriminerende, detaljerede, gennemsigtige og forholdsmæssigt afpassede.

14 Det fremgår af direktivets artikel 11, stk. 1, at tildeling af licenser kun må belægges med

gebyrer, som »har til formål at dække administrationsomkostningerne i forbindelse med udstedelsen, forvaltningen, kontrollen og håndhævelsen af den gældende ordning for individuelle tilladelser«. Artikel 11, stk. 2, bestemmer endvidere:

»Uanset stk. 1 kan medlemsstaterne, hvis der kun er knappe ressourcer, tillade, at den nationale tilsynsmyndighed pålægger yderligere afgifter for at sikre, at sådanne ressourcer udnyttes optimalt. Disse afgifter skal være ikke-diskriminerende og navnlig tage hensyn til behovet for at støtte udviklingen af nyskabende tjenester og konkurrence.«

15 Direktiv 97/13 blev ophævet og erstattet fra den 25. juli 2003 ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) (EFT L 108, s. 33).

16 Sidstnævnte direktivs artikel 9 bestemmer:

»[...]

3. Medlemsstaterne kan give virksomheder tilladelse til at overføre brugsret til radiofrekvenser til hinanden.

4. Medlemsstaterne sikrer, at en virksomheds planer om at overdrage brugsrettigheder til radiofrekvenser meddeles den nationale tilsynsmyndighed, der er ansvarlig for frekvenstildelingen, og at alle overdragelser finder sted efter procedurer, der er fastlagt af den nationale tilsynsmyndighed, og offentliggøres. De nationale tilsynsmyndigheder sikrer, at konkurrencen ikke forvrides som følge af en sådan overdragelse. Når radiofrekvensanvendelsen er blevet harmoniseret ved anvendelse af [Europa-Parlamentets og Rådets beslutning nr. 676/2002/EF af 7. marts 2002 om et frekvenspolitisk regelsæt i Det Europæiske Fællesskab (frekvenspolitikbeslutningen) (EFT 108, s. 1)] eller andre EF-foranstaltninger, må en sådan overdragelse ikke medføre ændret anvendelse af radiofrekvensen.«

Nationale bestemmelser

17 I henhold til section 1, stk. 1, i lov om trådløs telegrafi af 1949 (Wireless Telegraphy Act 1949, herefter »WTA 1949«) er det forbudt at oprette eller benytte stationer til trådløs telegrafi og at installere eller benytte udstyr til trådløs telegrafi, medmindre der i henhold til denne section, er givet tilladelse hertil af ministeren. WTA 1949 fastsætter strafferetlige sanktioner ved overtrædelser af dette forbud.

18 Section 2, stk. 1, i lov om trådløs telefoni af 1998 (Wireless Telegraphy Act 1998, herefter »WTA 1998«) fastsætter retningslinjerne for tildelingen af tilladelser og tillader navnlig, at ministeren opkræver beløb, som overstiger de administrative gebyrer, der var nødvendige for at dække omkostningerne. I henhold til section 2, stk. 2, litra c), skal der ved fastsættelsen af disse beløb tages hensyn til følgende omstændigheder:

- en effektiv udnyttelse og forvaltning af det elektromagnetiske spektrum
- en eventuel økonomisk fortjeneste som følge af anvendelsen af trådløs telegrafi
- udviklingen af nyskabende tjenester og
- konkurrencen inden for udbud af teletjenester.

19 Section 3, stk. 1, i WTA 1998 bestemmer:

»Under hensyn til det hensigtsmæssige i at sikre en optimal udnyttelse af det elektromagnetiske spektrum kan ministeren ved bekendtgørelse bestemme, at ansøgninger om tilladelser til trådløs telegrafi i de tilfælde, der måtte være angivet i den pågældende bekendtgørelse eller fastsat af ministeren i overensstemmelse hermed, skal indgives efter en fremgangsmåde, som

- a) er nærmere beskrevet i de retningslinjer, ministeren udstikker i henhold til bekendtgørelsen, og
- b) indebærer, at ansøgeren afgiver et bud med oplysning om det beløb, han er villig til at betale ministeren for tilladelsen.«

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

20 I foråret 2000 tildelte ministeren de omtvistede licenser ved offentlig auktion.

21 De virksomheder, som fik disse licenser, var dem, der afgav det højeste bud for de udbudte frekvenspakker, idet en af disse pakker var forbeholdt en ny aktør på markedet. I forbindelse med auktionerne betalte auktionskøberne et samlet beløb på 22 477 400 000 GBP.

22 Auktionerne blev på ministerens vegne afholdt af Radiocommunications Agency, der er en myndighed under handels- og industriministeriet. Der blev ikke på noget tidspunkt henvist til moms under auktionsproceduren.

23 De således tildelte licenser udløber den 31. december 2021, medmindre de bliver inddraget af ministeren, eller licensindehaveren selv vælger at afgive dem.

24 Idet de erhvervende selskaber mener, at disse tildelinger var belagt med moms, og at denne var indeholdt i de erlagte beløb, har de nedlagt påstand om tilbagebetaling af de beløb, som de således hævder at have betalt i moms i medfør af den nationale lovgivning, der gennemfører sjette direktivs artikel 17. Da deres krav blev afvist med den begrundelse, at tildelingen af de omtvistede licenser ikke var momsbelagt, har de anlagt sag ved den forelæggende ret.

25 Under disse omstændigheder har VAT and Duties Tribunal, London, besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal udtrykket »økonomisk virksomhed« i sjette direktivs artikel 4, stk. 1 og 2, i lyset af omstændighederne i den godkendte sagsfremstilling [...] fortolkes således, at det omfatter licenser til tredjengenerations-mobilkommunikation, som tildeles af ministeren ved afholdelse af auktion over brugsrettigheder til teleudstyr i bestemte dele af det elektromagnetiske spektrum (herefter »den [pågældende] virksomhed«), og hvilke hensyn er i den forbindelse relevante?

2) Hvilke hensyn er i lyset af omstændighederne i den godkendte sagsfremstilling relevante for spørgsmålet om, hvorvidt ministeren i forbindelse med den [pågældende] virksomhed handlede i sin egenskab af »offentlig myndighed« i henhold til sjette direktivs artikel 4, stk. 5?

3) Kan den [pågældende] virksomhed i lyset af omstændighederne i den godkendte sagsfremstilling i) bestå af både en økonomisk virksomhed og en ikke-økonomisk virksomhed og/eller ii) udøves af et offentligretligt organ, som kun i et vist omfang handler i sin egenskab af offentlig myndighed, med det resultat, at denne virksomhed består af både en del, der er momspligtig i henhold til sjette momsdirektiv, og en momsfrigat del?

4) Hvor sandsynlig skal en »konkurrencefordrejning af en vis betydning« i henhold til sjette direktivs artikel 4, stk. 5, andet afsnit, være, og hvor tæt skal den tidsmæssigt ligge på udøvelsen

af en virksomhed som den her omhandlede, for at den person, der udøver virksomheden, ifølge dette afsnit betragtes som en afgiftspligtig person for så vidt angår [den pågældende] virksomhed? Hvilken rolle – om nogen – spiller princippet om afgiftsneutralitet for dette spørgsmål?

5) Omfatter udtrykket »telekommunikation« i bilag D til sjette direktiv (som der henvises til i sjette direktivs artikel 4, stk. 5, tredje afsnit) i lyset af omstændighederne i den godkendte sagsfremstilling licenser til tredjengenerations-mobilkommunikation, som en minister tildeler ved afholdelse af auktion over brugsrettigheder til teleudstyr i bestemte dele af det elektromagnetiske spektrum?

6) Såfremt i) en medlemsstat vælger at gennemføre sjette direktivs artikel 4, stk. 1 og 5, ved regler, som giver et regeringsorgan (i dette tilfælde Det Forenede Kongeriges finansministerium) lovmæssig kompetence til at udstikke retningslinjer for, hvilke leverancer af goder eller tjenesteydelser foretaget af regeringsorganer der skal betragtes som afgiftspligtige leverancer, og ii) dette regeringsorgan udstikker eller søger at udstikke retningslinjer, hvoraf det fremgår, at visse leverancer er afgiftspligtige, i henhold til denne lovmæssige kompetence: Er princippet i dom af 13.11.1990, *Marleasing* (sag C-106/89, Sml. I, s. 4135, præmis 8), relevant for fortolkningen af den nationale lovgivning og af disse retningslinjer (og i givet fald hvorledes)?«

De præjudicielle spørgsmål

Det første spørgsmål

26 Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om virksomhed såsom ministerens tildeling af de omtvistede licenser ved afholdelse af auktion udgør »økonomisk virksomhed« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i sjette direktivs artikel 4, stk. 1 og 2.

27 Ifølge ordlyden af sjette direktivs artikel 4, stk. 1, anses enhver, der selvstændigt og uanset stedet udøver en af de i stk. 2 nævnte former for økonomisk virksomhed uanset formålet med eller resultatet af den pågældende virksomhed, som afgiftspligtig person. Begrebet »økonomisk virksomhed« er defineret i nævnte stk. 2 således, at det omfatter alle former for virksomhed som producent, handlende eller tjenesteyder og bl.a. transaktioner, der omfatter udnyttelse af materielle eller immaterielle goder med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter.

28 I denne henseende skal det bemærkes, at selv om der ved sjette direktivs artikel 4 er givet momsens et meget vidt anvendelsesområde, er det kun virksomhed af økonomisk karakter, der er omfattet af bestemmelsen (jf. i denne retning dom af 11.7.1996, sag C-306/94, *Régie dauphinoise*, Sml. I, s. 3695, præmis 15, af 29.4.2004, sag C-77/01, EDM, Sml. I, s. 4295, præmis 47, og af 26.5.2005, sag C-465/03, *Kretztechnik*, Sml. I, s. 4357, præmis 18).

29 Det fremgår ligeledes af fast retspraksis, at gennemgangen af definitionerne afgiftspligtig person og økonomisk virksomhed viser det vide anvendelsesområde, der dækkes af begrebet økonomisk virksomhed, og dets objektive karakter i den forstand, at virksomheden betragtes i sig selv, uafhængigt af sit formål eller sine resultater (jf. bl.a. dom af 21.2.2006, sag C-223/03, *University of Huddersfield*, Sml. I, s. 1751, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis).

30 Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at den virksomhed, der i hovedsagen udøves af ministeren, består i ved afholdelse af auktioner at tildele brugsrettigheder til bestemte dele af det elektromagnetiske spektrum til erhvervsdrivende for en bestemt periode. Ved afslutningen af tildelingsproceduren får disse erhvervsdrivende licens til at udnytte de således erhvervede rettigheder til at opsætte teleudstyr, der fungerer på bestemte dele af det elektromagnetiske spektrum.

31 Det skal således afgøres, om tildeling af en sådan licens efter sin natur skal anses for »udnyttelse af et gode« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i sjette direktivs artikel 4, stk. 2.

32 Indledningsvis skal det præciseres, at begrebet »udnyttelse« inden for rammerne af denne bestemmelse i overensstemmelse med de krav, der følger af princippet om det fælles merværdiafgiftssystems neutralitet, omfatter samtlige transaktioner, uanset disses retlige form, som foretages med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter (jf. i denne retning, dom af 4.12.1990, sag C-186/89, Van Tiem, Sml. I, s. 4363, præmis 18, EDM-dommen, præmis 48, og dom af 21.10.2004, sag C-8/03, BBL, Sml. I, s. 10157, præmis 36).

33 I denne henseende skal det understreges, at den i hovedsagen omhandlede virksomhed består i tildeling af licenser, der gør det muligt for de erhvervsdrivende, der modtager dem, at udnytte de hermed forbundne brugsrettigheder ved at tilbyde offentligheden deres tjenesteydelser på telekommunikationsmarkedet mod betaling.

34 En sådan virksomhed udgør imidlertid midlet til at gennemføre de krav, der stilles i fællesskabsretten, bl.a. en effektiv udnyttelse af frekvensspektret og beskyttelse mod skadelig interferens mellem radiobaserede telesystemer og andre rum- eller jordbaserede tekniske systemer, samt en effektiv forvaltning af radiofrekvenserne, således som det fremgår af artikel 2, stk. 1, litra d), sammenholdt med artikel 4, stk. 1, og artikel 8, stk. 1, i direktiv 97/13.

35 Det skal desuden understreges, at tildelingen af sådanne licenser, såvel i medfør af artikel 97/13 som af WTA 1949 og WTA 1998, er omfattet af den berørte medlemsstats enekompetence.

36 Virksomhed som den, der er genstand for hovedsagen, skal således anses for en nødvendig og forudgående betingelse for adgangen til markedet for mobiltelefoni for erhvervsdrivende såsom sagsøgerne i hovedsagen. Den kan ikke anses for at udgøre deltagelse på dette marked fra den kompetente nationale myndigheds side. Det er nemlig kun disse erhvervsdrivende, som er indehavere af tildelte rettigheder, der driver virksomhed på det pågældende marked ved at udnytte det pågældende gode med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter.

37 Under disse omstændigheder udøves den i hovedsagen omhandlede virksomhed efter sin natur ikke af erhvervsdrivende. I denne henseende bemærkes, at det er uden betydning, om disse erhvervsdrivende fremover har mulighed for at overdrage deres brugsrettigheder til radiofrekvenserne. En sådan overdragelse kan – bortset fra, at den fortsat er undergivet kontrol fra den nationale tilsynsmyndighed, der er ansvarlig for frekvenstildelingen i overensstemmelse med artikel 9, stk. 4, i direktiv 2002/21 – ikke sidestilles med myndighedernes tildeling af en licens.

38 Når den kompetente nationale myndighed således tildeler en sådan licens, deltager den ikke i udnyttelsen af et gode, der består i brugsrettighederne til det elektromagnetiske spektrum, med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter. Ved denne tildelingsprocedure udøver denne myndighed udelukkende en kontrol- og reguleringsvirksomhed med hensyn til udnyttelsen af det elektromagnetiske spektrum, som er udtrykkeligt pålagt den.

39 Desuden bemærkes, at den omstændighed, at der i forbindelse med tildeling af licenser som de i hovedsagen omhandlede opkræves et gebyr, ikke ændrer på den retlige kvalifikation af denne virksomhed (jf. i denne retning, dom af 18.3.1997, sag C-343/95, Diego Cali & Figli, Sml. I, s. 1547, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis).

40 Følgelig kan denne tildeling ikke anses for at udgøre »økonomisk virksomhed« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i sjette direktivs artikel 4, stk. 2.

41 Denne konklusion ændres ikke af det argument, hvorefter det, henset til direktivets artikel 4, stk. 5, ikke kan udelukkes, at et offentligretligt organs regulerende virksomhed udgør økonomisk virksomhed i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktivets artikel 4, stk. 2, således at dette organ skal anses for afgiftspligtigt af denne virksomhed.

42 Selv hvis det lægges til grund, at en sådan regulerende virksomhed kunne anses for økonomisk virksomhed, gælder det ikke desto mindre, at anvendelsen af sjette direktivs artikel 4, stk. 5, forudsætter, at det først fastslås, at den pågældende virksomhed er af økonomisk karakter. Det fremgår imidlertid af det svar, der er angivet i denne doms præmis 40, at dette ikke er tilfældet.

43 Henset til ovenstående bemærkninger skal det første præjudicielle spørgsmål besvares med, at sjette direktivs artikel 4, stk. 1 og 2, skal fortolkes således, at tildeling af licenser som de i hovedsagen omhandlede, der foretages af den nationale tilsynsmyndighed, som er ansvarlig for frekvenstildelingen, ved afholdelse af auktion over brugsrettigheder til teleudstyr, ikke er økonomisk virksomhed i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i denne bestemmelse, og følgelig ikke er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde.

Om de øvrige spørgsmål

44 Henset til besvarelsen af det første spørgsmål er det uforholdsmæssigt at besvare den forelæggende rets øvrige spørgsmål.

Sagens omkostninger

45 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parter udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Store Afdeling) for ret:

Artikel 4, stk. 1 og 2, i Rådets sjette direktiv 77/388/EØF af 17. maj 1977 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter – Det fælles merværdiafgiftssystem: ensartet beregningsgrundlag, skal fortolkes således, at tildeling af licenser såsom licenser til tredjegerations-mobilkommunikation, de såkaldte »UMTS-licenser«, der foretages af den nationale tilsynsmyndighed, som er ansvarlig for frekvenstildelingen, ved afholdelse af auktion over brugsrettigheder til teleudstyr, ikke er økonomisk virksomhed i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i denne bestemmelse, og følgelig ikke er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde.

Underskrifter

* Processprog: engelsk.