

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

JULIANE KOKOTT

fremSAT den 7. september 2006 1(1)

Sag C-369/04

Hutchison 3G UK Ltd m.fl.

mod

Commissioners of Customs & Excise

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af VAT and Duties Tribunal London (Det Forenede Kongerige))

»Sjette momsdirektiv – udtrykket økonomisk virksomhed – offentligretlige organer som afgiftspligtige personer – auktion over tilladelser til anvendelse af frekvenser til teletjenester af tredje generation (UMTS/IMT-2000)«

I – Indledning

1. I marts/april 2000 afholdt Det Forenede Kongerige som den første medlemsstat en auktion over fem pakker med tilladelse til anvendelse af visse frekvenser til udbud af mobilkommunikationstjenester efter standarden UMTS/IMT-2000 (2) (også kaldet mobilkommunikation af tredje generation – 3G). 3G-mobiludstyr har en større kapacitet til dataoverførsel end tidligere generationer af mobiltelefoner. Det gør det navnlig muligt at tilbyde multimedietjenester såsom videokonferencer, internetadgang og online-underholdning. Indførelsen af UMTS-mobilkommunikation anses for et vigtigt teknisk fremskridt, som åbner en lang række nye aktivitetsområder for teleselskaberne.
2. Selskaberne var derfor rede til at betale høje tilladelsesgebyrer. I forbindelse med auktionen over tilladelserne opnåede Radiocommunications Agency (herefter »RA«) et provenu på i alt ca. 22,5 mia. GBP (på daværende tidspunkt ca. 38,4 mia. EUR). RA er en myndighed under handels- og industriministeriet og gennemførte auktionen på ministerens vegne.
3. Fem teleselskaber, som er sagsøgerne i hovedsagen, fik hver tildelt en pakke med en tilladelse ved auktionen. De er af den opfattelse, at tildelingen af tilladelserne var en momspligtig transaktion, og at tilladelsesgebyrerne derfor indeholdt moms. De har nu krævet tilbagebetaling af et beløb på 3 347 698 000 GBP (svarende til ca. 5 mia. EUR), som de angiveligt havde betalt i moms (3), da de havde fradragsret i denne henseende. Det Forenede Kongeriges afgiftsmyndigheder anser derimod ikke auktionen over tilladelserne for afgiftspligtig virksomhed som omhandlet i sjette momsdirektiv (4) (herefter »sjette direktiv«).
4. I henhold til sjette direktivs artikel 4, stk. 1 og 2, er kun transaktioner, som en afgiftspligtig

person foretager som led i sin økonomiske virksomhed, afgiftspligtige. I henhold til direktivets artikel 4, stk. 5, anses staten og dens organer i princippet ikke for afgiftspligtige personer, når de udøver offentlig myndighed. Fortolkningen af disse bestemmelser i forbindelse med auktionen over UMTS-tilladelserne udgør kernen i denne sag.

5. I forbindelse med en parallel anmodning om præjudiciel afgørelse (5), hvortil jeg ligeledes i dag fremsætter et forslag til afgørelse, har Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien stillet lignede spørgsmål vedrørende vurderingen af auktionen over UMTS-tilladelser i Østrig.

6. Derudover har andre medlemsstater fulgt det britiske eksempel og ligeledes opkrævet høje tilladelsesgebyrer, om end – regnet pr. potentiel mobilkunde – ikke helt så høje som i Det Forenede Kongerige (6). Denne sag og den parallelle sag i Østrig er derfor ikke kun af særlig betydning på grund af de enorme summer, der står på spil, men har samtidig karakter af forsøgssager for lignende tvister i andre medlemsstater.

II – Retsforskrifter

A – Bestemmelser om merværdiafgift

1. Fællesskabsbestemmelser

7. I henhold til sjette direktivs artikel 2, nr. 1, pålægges merværdiafgift:

»levering af goder og tjenesteydelser, som mod vederlag foretages i indlandet af en afgiftspligtig person, der optræder i denne egenskab [...]«

8. Hvem der skal anses for afgiftspligtig person, defineres i sjette direktivs artikel 4 på følgende måde:

»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.

[...]«

9. I bilag D er telekommunikation anført under punkt 1 som virksomhed som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, stk. 5, tredje afsnit.

2. Nationale bestemmelser

10. Value Added Tax Act (momsloven) 1994 (herefter »VAT Act 1994«) bestemmer i section 4(1):

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

11. Section 41(1) i VAT Act 1994 bestemmer endvidere:

»Denne lov finder anvendelse på momspligtige leverancer foretaget af staten såvel som på momspligtige leverancer foretaget af afgiftspligtige personer.«

12. Section 41(2) i VAT Act 1994 bestemmer:

»Hvis en leverance fra et regeringsorgan af goder eller tjenesteydelser ikke kan betegnes som en forretningsmæssig transaktion, men skattemyndighederne finder, at lignende goder eller tjenesteydelser leveres eller kan leveres af afgiftspligtige personer i forbindelse med eller med henblik på at fremme deres forretning, skal de goder eller tjenesteydelser, der leveres af dette organ, hvis og i den udstrækning skattemyndighederne giver anvisning herom, i henhold til denne lov betragtes som en leverance, der foretages i forbindelse med eller med henblik på at fremme dette organs forretning.«

13. Den 14. april 2000 udstedte Det Forenede Kongeriges finansministerium et skattecirkulære, som bestemte følgende: »En leverance fra et af de regeringsorganer, der er nævnt på liste 1, af de goder eller tjenesteydelser, der er beskrevet på liste 2, skal i henhold til loven [VAT Act 1994] betragtes som en leverance, der foretages i forbindelse med eller med henblik på at fremme dette organs forretning.« Handels- og industriministeriet var nævnt på liste 1. Liste 2 refererede bl.a. til »tildeling af tilladelser, certifikater, godkendelser eller andre rettigheder end ejendomsrettigheder« samt til »telekommunikation«.

B – De relevante retsregler for tildelingen af UMTS-frekvenser

14. Radiofrekvenser er en knap ressource. En stor del af det teknisk anvendelige radiospektrum er allerede allokeret til forskellige tjenester og anvendelser. For at undgå interferens allokeres særskilte dele (frekvensbånd) til hver enkelt anvendelse. Den internationale frekvensordning er baseret på arbejdet i Den Internationale Telekommunikationsunion (ITU), en international organisation under De Forenede Nationers auspicer.

15. De frekvensbånd, der blev åbnet for UMTS/IMT-2000-mobilkommunikation, blev i princippet fastlagt i 1992 af Verdensradiokonferencen (WRC 92), der var arrangeret af ITU. I resolution 212 antager Verdensradiokonferencen i 1997, at indførelsen af IMT-2000-mobilkommunikationstjenester kan forventes omkring år 2000.

16. På europæisk plan udførte Den Europæiske Konference af Post- og Teleadministrationer (CEPT) (7) yderligere forarbejder med henblik på indførelse af mobilkommunikation af tredje generation. Den Europæiske Radiokommunikationskomité (ERC), som indgår i denne organisation, fastlagde navnlig det tilgængelige frekvensspektrum i beslutning ERC/DEC(97)/07 af 30. juni 1997 (8).

17. Den del af frekvensspektret, der er reserveret til mobilkommunikation af tredje generation, kan opdeles i yderligere dele, hvor flere udbydere kan drive mobilnet ved siden af hinanden. Omfanget og antallet af tilladelser, der er tildelt til dette formål, varierer fra medlemsstat til medlemsstat (9). Mens Østrig og Tyskland eksempelvis opdelte spektret blandt seks udbydere, var det kun tre i Belgien og Frankrig. Ved fastlæggelsen af de båndbredder, der tildeles til driften af et net, er der således – inden for rammerne af de tekniske mindstekrav – et vist spillerum.

1. Fællesskabsbestemmelser

18. I den relevante periode var det direktiv 97/13/EF (10), der udgjorde den fællesskabsretlige ramme for tildelingen af generelle tilladelser og individuelle tilladelser for teletjenester.

19. I henhold til artikel 3, stk. 3, i direktiv 97/13 »må [medlemsstaterne] 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«.

20. Afdeling III i direktivet (artikel 7-11) fastsætter nærmere bestemmelser for individuelle tilladelser. Artikel 10 fastsætter, at medlemsstaterne må begrænse antallet af individuelle tilladelser, hvis dette er nødvendigt for at sikre effektiv anvendelse af radiofrekvenser. De skal i den henseende navnlig tage behørigt hensyn til, at brugerne skal have størst mulig fordel af tjenesterne, og at konkurrencen skal kunne udvikle sig frit. Medlemsstater udsteder sådanne individuelle tilladelser på grundlag af udvælgelseskriterier, som er objektive, ikke-diskriminerende, detaljerede, gennemsigtige og forholdsmæssigt afpassede.

21. I henhold til artikel 11, stk. 1, i direktiv 97/13 må der i forbindelse med udstedelsen af tilladelserne modtages gebyrer, som dækker omkostningerne. Stk. 2 tillader derudover, at der pålægges yderligere afgifter:

»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.«

22. Direktiv 97/13 blev ophævet ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2003 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) (11). I modsætning til direktiv 97/13 er det nu fastsat i artikel 9, stk. 3, i direktiv 2002/21, at medlemsstaterne kan give virksomheder tilladelse til at overføre brugsret til radiofrekvenser til hinanden.

23. Artikel 9, stk. 4, i direktiv 2002/21 bestemmer i dette tilfælde følgende:

»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 beslutning nr. 676/2002/EF (frekvenspolitikbeslutningen) eller andre EF-foranstaltninger, må en sådan overdragelse ikke medføre ændret anvendelse af radiofrekvensen.«

24. Relevant er endvidere Europa-Parlamentets beslutning nr. 128/1999/EF af 14. december 1998 om koordineret indførelse af et mobilt og trådløst kommunikationssystem (UMTS) af tredje generation i Det Europæiske Fællesskab (12) (herefter »UMTS-beslutningen«). Ved denne beslutning gav Parlamentet og Rådet så at sige startskuddet til indførelsen af UMTS-mobilkommunikation i hele Europa.

25. I betragtningerne til UMTS-beslutningen henvises til udviklingen og retningslinjerne på internationalt plan med hensyn til mobilkommunikation af tredje generation. UMTS-beslutningens artikel 3, stk. 1, forpligter medlemsstaterne til senest den 1. januar 2000 at etablere en godkendelsesordning for indførelse af UMTS-tjenester. I henhold til artikel 3, stk. 3, skal de i den forbindelse »i overensstemmelse med fællesskabslovgivningen [sørge] for, at udbuddet af UMTS er organiseret [...] inden for frekvensbånd, som er harmoniseret af CEPT [...]«.

2. Nationale bestemmelser

26. I henhold til section 1 i 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 dette stykke er givet tilladelse hertil – a) af ministeren«. WTA 1949 fastsætter strafferetlige sanktioner ved overtrædelser af dette forbud.

27. I 1997 udførte ministeriet og RA omfattende arbejde med henblik på at forberede auktionen over UMTS-tilladelser. De berørte kredse blev hørt og eksterne rådgivere indkaldt. Arbejdet mandede ud i udarbejdelsen af retsgrundlagene for tildelingen af UMTS-tilladelserne.

28. Wireless Telegraphy Act 1998 (herefter »WTA 1998«) fastsatte retningslinjerne for tildelingen af tilladelser og tillod navnlig, at der blev modtaget beløb, som oversteg de administrative gebyrer, der var nødvendige for at dække omkostningerne. Ved fastsættelsen af disse beløb skulle der 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.

29. På basis af WTA 1998 blev der fastsat yderligere bestemmelser for tildelingen af UMTS-tilladelser i Wireless Telegraphy (Third Generation Licences) Regulations 1999 (bekendtgørelse om trådløs telegrafi (3G-tilladelser), herefter »WTA Regulations«). I tillægget (Schedule) til WTA Regulations fastlægges navnlig det spektrum, som de fem tilladelser, der skal tildeles, omfatter. I henhold hertil omfatter tilladelse A og B hver især et parret spektrum (13) på 2 x 15 MHz, licens C, D og E hver især et parret spektrum på 2 x 10 MHz. Tilladelse A er reserveret til en mobiludbyder, som endnu ikke er til stede på det britiske marked.

30. De nærmere regler for deltagelsen i auktionen og auktionens afholdelse blev offentliggjort i en meddelelse af 22. december 1999. For at få adgang til at deltage i auktionen var det bl.a. nødvendigt at indbetale et depositum på indledningsvis 50 mio. GBP. Endvidere blev der fastsat mindstebud på mellem 89,3 og 125 mio. GBP, alt efter tilladelsens omfang.

31. Frekvenshandel, som medlemsstaterne kan give mulighed for i henhold til artikel 9, stk. 3, i direktiv 2002/21, er endnu ikke indført i Det Forenede Kongerige.

III – De faktiske omstændigheder og de præjudicielle spørgsmål

32. I auktionen, som varede fra den 6. marts til den 27. april 2000, deltog i alt fire virksomheder, der allerede var etableret i Det Forenede Kongerige, og ni potentielle nye markedsaktører. Følgende budgivere opnåede en tilladelse:

Tilladelse

Vinder

Slutbud i GBP

Tilladelse A (reserveret til en ny markedsaktør)

TIW UMTS (UK) Limited (det nuværende Hutchison 3G UK Limited) (ny markedsaktør)

4 384 700 000

Tilladelse B

Vodafone Limited (eksisterende operatør)

5 964 000 000

Tilladelse C

BT3G Limited (14) (eksisterende operatør)

4 030 100 000

Tilladelse D

One2One Personal Communications Limited (det nuværende T-Mobile [UK] Limited)
(eksisterende operatør)

4 003 600 000

Tilladelse E

Orange 3G Limited (eksisterende operatør)

4 095 000 000

I alt

22 477 400 000

33. Tilladelserne blev udstedt i maj og september 2000 og er gældende indtil den 31. december 2021. Erhververne betalte tilladelsesgebyrerne fuldt ud i 2000. De samlede administrationsomkostninger til tilrettelæggelse og gennemførelse af auktionen beløb sig til 8 mio. GBP (ca. 13,7 mio. EUR).

34. Tilladelsesindehaverne er bl.a. forpligtet til senest den 31. december 2007 at udbyde og vedligeholde en teletjeneste i et område, der dækker mindst 80% af Det Forenede Kongeriges befolkning. De skal endvidere indhente en tilladelse i henhold til section 7 i Telecommunications Act 1984, som generelt giver dem ret til at udbyde mobilkommunikationstjenester.

35. Sagsøgerne er af den opfattelse, at tilladelsesgebyrerne indeholdt moms. De krævede derfor tilbagebetaling af momsen som indgående afgift i forbindelse med egne afgiftspligtige transaktioner. Commissioners of Customs & Excise afviste kravet om tilbagebetaling. Efter deres opfattelse var tildelingen af tilladelser ikke en momspligtig transaktion. Efter at sagsøgerne ikke have fået medhold i sagen i første instans har de nu fastholdt deres krav ved VAT and Duties Tribunal, som ved kendelse af 24. august 2004 har forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål i henhold til artikel 234 EF:

»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 tilladelser, som udstedes af en minister i forbindelse med en auktion over brugsrettigheder til teleudstyr i bestemte dele af det elektromagnetiske spektrum (herefter »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 momsfrataget 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 virksomheden? 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 tilladelser, som en minister udsteder i forbindelse med en 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 artikel 4, stk. 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 i sag C-106/89, Marleasing, Sml. I, s. 4135, præmis 8, relevant for fortolkningen af den nationale lovgivning og af disse retningslinjer (og i givet fald hvorledes)?«

IV – Retlig vurdering

A – *Det første præjudicielle spørgsmål: eksistensen af en økonomisk virksomhed*

36. Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om auktionen over tilladelser, som giver ret til at anvende teleudstyr i bestemte dele af det elektromagnetiske spektrum, udgør en økonomisk virksomhed som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, stk. 1 og 2.

37. I henhold til sjette direktivs artikel 4, stk. 1, anses for afgiftspligtig person enhver, der selvstændigt udøver en økonomisk virksomhed, uanset formålet med eller resultatet af den pågældende virksomhed. Bestemmelsen fastsætter derfor ikke kun, hvem der kan være en afgiftspligtig person, men også, under hvilke omstændigheder en persons virksomhed er momspligtig.

38. Sjette direktivs artikel 4, stk. 2, indeholder en meget omfattende opregning af, hvad der skal betragtes som økonomisk virksomhed som omhandlet i stk. 1. Foruden alle former for virksomhed som producent, handlende og tjenesteyder er dette også transaktioner, der omfatter udnyttelse af immaterielle goder med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter.

39. Domstolen har af denne definition udledt »dels det vide omfang af det anvendelsesområde, der dækkes af begrebet økonomisk virksomhed, dels dets objektive karakter i den forstand, at virksomheden betragtes i sig selv, uafhængigt af sit formål eller sine resultater« (15).

40. De subjektive hensigter, som den pågældende forfølger med virksomheden, er således ikke relevante. Hvis det forholdt sig anderledes, skulle skatte- og afgiftsmyndighederne gennemføre undersøgelser med henblik på at fastslå disse hensigter, hvilket vil være i strid med det fælles momssystemets formål. Dette system tager nemlig sigte på at garantere retssikkerheden og lette de handlinger, som er forbundet med afgiftens anvendelse, ved – bortset fra undtagelsestilfælde – at lægge vægt på den pågældende transaktions objektive karakter (16).

41. Jeg skal først behandle den indsigelse, at en økonomisk virksomhed allerede er udelukket som følge af, at auktionen over UMTS-tilladelserne fandt sted med henblik på at regulere markedet. Dernæst skal jeg undersøge, om transaktionen kan betragtes som udnyttelse af et immaterielt gode med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, stk. 2.

1. Udelukker målet om markedsregulering en økonomisk virksomhed?

42. Baggrunden for auktionen over tilladelserne er den omstændighed, at radiofrekvenser er en knap ressource. Den del af det elektromagnetiske spektrum, der er til rådighed for UMTS-tjenester, er fastsat på grundlag af internationale aftaler. Inden for denne del kan der kun drives et begrænset antal mobilnet ved siden af hinanden. Regulerende indgreb fra statens side er uundgåelige for at sikre en ordnet anvendelse af frekvenserne uden forstyrrelser.

43. UMTS-beslutningen forpligter medlemsstaterne til at gennemføre de nødvendige administrative procedurer til indførelsen af UMTS-tjenester.

44. Direktiv 97/13 og de tilsvarende nationale gennemførelsesretsakter udgør de konkrete retsregler, som er bindende for medlemsstaterne ved tildelingen af frekvensbånd. I henhold til

artikel 10 i direktiv 97/13 skal de udstede individuelle tilladelser på grundlag af udvælgelseskriterier, som er objektive, ikke-diskriminerende, detaljerede, gennemsigtige og forholdsmæssigt afpassede. I henhold til artikel 11, stk. 2, i direktiv 97/13 må de i denne forbindelse pålægge yderligere afgifter for at sikre, at sådanne ressourcer udnyttes optimalt.

45. Det Forenede Kongerige valgte at afholde auktion over tilladelser, som giver brugsret til visse radiofrekvenser. Det auktionsprovenu, der blev opnået i den forbindelse, blev betragtet som afgifter som omhandlet i artikel 11, stk. 2, i direktiv 97/13. Ifølge Det Forenede Kongeriges oplysninger var formålet med auktionsprocessen at finde frem til de virksomheder, som tillagde tilladelserne den største økonomiske værdi og dermed også gav garanti for, at tilladelserne vil blive udnyttet mest muligt. Det var derimod ikke formålet at opnå betydelige indtægter til staten.

46. De medlemsstater, der har afgivet indlæg, og Kommissionen har af disse omstændigheder udledt, at ministerens eller RA's tildeling af UMTS-tilladelser ikke udgjorde en økonomisk virksomhed som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, stk. 1 og 2, men en foranstaltning til regulering af markedet.

47. Dette argument kan ikke tiltrædes.

48. Spørgsmålet, om en virksomhed udgør en økonomisk virksomhed i momsmæssig henseende, afhænger af dens objektive karakter, som skal fastlægges på grundlag af konkrete ydre omstændigheder. Det mål, der forfølges med virksomheden, dvs. at regulere adgangen til UMTS-markedet i overensstemmelse med fællesskabsbestemmelserne og finde frem til de bedst egnede mobiludbydere, er derimod uden betydning. I henhold til den nævnte retspraksis (17) skal der nemlig ikke tages hensyn til sådanne mål ved kvalificeringen af en virksomhed.

49. Auktionens genstand var brugsretten til bestemte radiofrekvenser til driften af et mobilnet i en periode på 20 år. Denne ret blev ved auktionen tildelt de virksomheder, der afgav de højeste bud.

50. Spørgsmålet om, hvorledes statens tildeling af tilladelser skal betragtes i retlig henseende – som en forvaltningsretlig tilladelse eller en privatretlig transaktion – er for fastlæggelsen af virksomhedens objektive karakter lige så lidt udslagsgivende som betegnelsen for virksomhedens tilsvarende modydelse – som afgift eller pris (18). Tilladelsen blev nemlig under alle omstændigheder kun tildelt mod indbetaling af det beløb, der fremkom ved auktionen, således at pengeydelsen står i direkte forbindelse med tildelingen af tilladelsen. Betalingen udgør i øvrigt ikke et gebyr, som kun dækker administrationsomkostningerne.

51. Parterne er uenige om, hvorvidt auktionens udformning endog tog sigte på at opnå meget betydelige indtægter. Således kunne eksempelvis den omstændighed, at der kun blev tildelt i alt fem tilladelser og ikke – som f.eks. i Tyskland – seks, på den ene side betragtes som en kunstig begrænsning af udbuddet, som har bidraget til at øge provenuet. På den anden side kan beslutningen om at bringe fem tilladelser på markedet også begrundes med regulatoriske overvejelser (19). For at øge konkurrencen skulle der foruden de fire eksisterende udbydere være en ny aktør. Hvis markedet skulle have været opdelt blandt et større antal konkurrenter, havde det formentlig ikke været muligt at garantere, at de store investeringer i nettene ville være rentable.

52. I sidste instans er det imidlertid ikke nødvendigt at tage stilling til dette spørgsmål, og det samme gælder spørgsmålet, om opnåelsen af indtægter i det hele taget var et motiv for udformningen af den procedure, der blev anvendt ved tildelingen af tilladelserne.

53. I objektiv henseende tildelte ministeren nemlig tilladelserne mod en pengeydelse, som skulle afspejle tilladelsernes økonomiske værdi, og som langt oversteg udgifterne til tildelingsproceduren. Ved i auktionsreglerne at fastsatte mindstebud på indtil 125 mio. GBP havde regeringen også på

forhånd givet mulighed for opnåelse af indtægter i betydeligt omfang. Spørgsmålet, om opnåelsen af disse indtægter var regeringens motiv eller kun en sekundær effekt, der nødvendigvis var en følge af denne form for tildelingsprocedure, kan ikke spille nogen rolle for kvalificeringen af auktionen over tilladelser i momsmæssig henseende.

54. Kvalificeringen som en økonomisk virksomhed er heller ikke udelukket som følge af, at tildelingen af tilladelserne i sidste instans stemte overens med en reguleringsramme, der tog udgangspunkt i fællesskabsretlige bestemmelser. Overholdelsen af disse bestemmelser udgør nemlig ligeledes kun et (obligatorisk) mål, som skal lades ude af betragtning ved vurderingen af, om en transaktion er en økonomisk virksomhed (20).

55. Det fremgår af bilag D, nr. 7, til sjette direktiv, at en regulerende virksomhed kan være momspligtig som økonomisk virksomhed. Blandt de former for virksomhed, der i henhold til sjette direktivs artikel 4, stk. 5, tredje afsnit, under alle omstændigheder skal betragtes som momspligtig statslig virksomhed, optræder transaktionerne i forbindelse med landbrugsprodukter, foretaget af landbrugsinterventionsorganer i medfør af forordningerne om de fælles markedsordninger for disse produkter. Hvis et interventionsorgan sælger produkter fra sit lager, skal der således betales moms, selv om disse transaktioner først og fremmest tager sigte på at regulere markedet og ikke at opnå indtægter.

56. Ved at der lægges vægt på de objektive ydre kendetegn ved transaktionen, angives det vide anvendelsesområde, der dækkes af begrebet økonomisk virksomhed, hvilket er i overensstemmelse med Domstolens fortolkning (21). Hvis man allerede i denne fase af undersøgelsen skulle tage hensyn til, at et offentligt organ handler med henblik på at opfylde sine lovbestemte reguleringsopgaver, ville direktivets anvendelsesområde på forhånd være væsentligt begrænset. Der ville navnlig kun være meget få muligheder for at anvende sjette direktivs artikel 4, stk. 5, selv om denne bestemmelse indeholder særlige regler for offentlige myndigheder.

57. Domstolen har ganske vist navnlig i den såkaldte Eurocontrol-dom (22), som visse parter har henvist til, fastslået, at der ikke er tale om økonomisk virksomhed som omhandlet i EF-traktatens konkurrenceregler, når der udøves offentlig myndighed.

58. Begrebet økonomisk virksomhed er forskelligt på konkurrenceområdet og i sjette direktiv. På konkurrenceområdet betragtes udøvelsen af offentlig myndighed som udelukkelseskriterium for, at en økonomisk virksomhed kan være relevant i konkurrencemæssig henseende. Der findes dog her ingen særskilt ordning for statens virksomhed under udøvelse af offentlig myndighed.

59. Begrebet økonomisk virksomhed i sjette direktivs artikel 4, stk. 1 og 2, er mere omfattende end det tilsvarende begreb i konkurrenceretten. Udøvelsen af offentlig myndighed spiller her ingen rolle i første omgang. Der tages således først hensyn til dette aspekt i en senere fase af undersøgelsen, nemlig inden for rammerne af den særlige bestemmelse i artikel 4, stk. 5. Denne bestemmelse ville praktisk talt være overflødig, hvis det i analogi med konkurrencereglerne slet ikke var muligt at anvende sjette direktiv i forbindelse med offentlig myndigheders handlinger.

2. Udnyttelse af et gode med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter

60. I henhold til sjette direktivs artikel 4, stk. 2, anses bl.a. transaktioner, der omfatter udnyttelse af materielle eller immaterielle goder med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter, for økonomisk virksomhed. Retten til at anvende mobiludstyr i bestemte dele af frekvensspektret udgør et immaterielt gode.

61. Ifølge fast retspraksis omfatter begrebet »udnyttelse« i overensstemmelse med de krav, der følger af princippet om det fælles momssystemets neutralitet, samtlige transaktioner, uanset deres

retlige form (23). Domstolen har således f.eks. betragtet udlejning som udnyttelse af goder, der skal anses for økonomisk virksomhed som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, stk. 2 (24). Det Forenede Kongerige har mod betaling af en afgift overdraget en tilladelse til at bruge frekvenser i en begrænset periode til appellanterne. Denne transaktion, som ligner udlejning eller bortforpagtning, må betragtes som udnyttelse af et immaterielt gode med henblik på opnåelse af indtægter.

62. Den nederlandske og den danske regering har imidlertid anført, at der ikke er tale om opnåelse af indtægter *af en vis varig karakter*, da tildelingen af tilladelserne var en enkeltstående transaktion.

63. Mens udtrykket »nachhaltig«, der er anvendt i den tyske version, ikke er helt klart, fremgår det af andre sprogversioner, at opnåelsen af indtægter skal være varig (25). En kun lejlighedsvis kommerciel udnyttelse af et gode udgør derfor ikke en økonomisk virksomhed som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, stk. 1 og 2, som Domstolen fastslog i Enkler-dommen (26).

64. Den tildeling af tilladelser, der skal tages stilling til i denne sag, udgør imidlertid ikke en lejlighedsvis udnyttelse i denne forstand. Til støtte herfor skal jeg kort behandle den sammenhæng, som forelå i Enkler-dommen. Sagen vedrørte det spørgsmål, om den lejlighedsvis udlejning af en campingbil, som ejeren i øvrigt hovedsageligt anvendte til privat brug, også kan betragtes som udnyttelse af et gode med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter.

65. Udgangspunktet for Domstolens undersøgelse var godets karakter. Den omstændighed, at et gode er egnet til en udelukkende økonomisk udnyttelse, er normalt tilstrækkelig til, at dets ejer må anses for at udnytte det til brug for økonomisk virksomhed og følgelig med henblik på at tilvejebringe indtægter af en vis varig karakter. Såfremt et gode på grund af sin karakter derimod kan anvendes såvel til erhvervsmæssig som privat brug, må der foretages en vurdering af samtlige omstændigheder vedrørende dets udnyttelse ved afgørelsen af, om det anvendes med henblik på opnåelse af indtægter, der faktisk er af en vis varig karakter (27).

66. Retten til at anvende radiofrekvenser til udbud af UMTS-mobilkommunikation kan kun betragtes som økonomisk udnyttelse. Derfor er det i denne henseende ikke nødvendigt at foretage en afgrænsning mellem økonomisk og privat udnyttelse af et gode. Der kan derfor heller ikke være tale om en kun lejlighedsvis økonomisk virksomhed, der er underordnet en privat udnyttelse.

67. Heller ikke den omstændighed, at tilladelserne kun blev tildelt en enkelt gang for en lang periode, indebærer, at der er tale om en lejlighedsvis udnyttelse til erhvervsmæssig brug. I denne forbindelse er det ikke afgørende, hvor ofte en afgiftspligtig person foretager sammenlignelige transaktioner, men om det konkrete gode varigt giver indtægter. Dette hersker der ingen tvivl om i denne sag. Retten til at anvende frekvenser er overdraget for 20 år og giver staten indtægter i hele denne periode.

68. Den omstændighed, at afgiften skal betales som et engangsbetrag på det tidspunkt, hvor tilladelsen blev tildelt, og ikke som en periodisk betaling, ændrer intet ved, at opnåelsen af indtægter har en vis varig karakter. Afgiften for tilladelsen kunne teoretisk også have været udformet på en anden måde. Anvendelsen af sjette direktiv kan imidlertid ikke afhænge af de betalingsmåder, som parterne har til rådighed i forbindelse med afgiften for tilladelsen.

69. Helt bortset herfra kan en tilladelse tilbageleveres før tiden eller inddrages, således at brugsretten i givet fald ikke kun tildeles en enkelt gang for 20 år.

70. Den tidsbegrænsede tildeling af brugsretten kan i sidste instans ikke sammenlignes med afhændelsen af værdipapirer, som Domstolen – hvis den ikke foretages inden for rammerne af en

kommerciel investeringsforvaltning – af to grunde ikke betragter som en økonomisk virksomhed (28).

71. De indtægter, der opnås ved indehavelse eller afhændelse af værdipapirer – dvs. udbytter og kursgevinster – er for det første ikke et resultat af en aktiv udnyttelse af værdipapirerne, men en direkte følge af ejendomsretten til dem. I modsætning hertil er de indtægter, der opnås i forbindelse med tildelingen af tilladelser, ikke indtægter, der kun opstår som følge af rådighedsretten til frekvenserne – ligesom udbytter eller kursgevinster – men indtægter som følge af udnyttelsen af denne ret.

72. Det provenu, der opnås ved afhændelsen af værdipapirer, modtages for det andet kun en enkelt gang. Når det økonomiske gode ikke længere indgår i sælgerens aktiver, kan denne ikke længere udnytte det til at opnå indtægter. I modsætning hertil afgiver staten ikke endegyldigt rådighedsretten til frekvenserne. Denne ret tilfalder den derimod igen ved tilladelsens udløb og kan derpå igen tildeles.

73. Det første spørgsmål må derfor besvares således:

Et statsligt organs auktion over tilladelser, som omfatter brugsretten til bestemte dele af det elektromagnetiske spektrum til udbud af UMTS-mobilkommunikationstjenester i en fastsat periode, skal under omstændighederne i hovedsagen betragtes som udnyttelse af et immaterielt gode med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter og dermed som en økonomisk virksomhed som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, stk. 1 og 2.

B – Det andet til femte præjudicielle spørgsmål: omstændigheder, hvorunder offentlige organer handler som afgiftspligtige personer

1. Indledende bemærkning til opbygningen af sjette direktivs artikel 4, stk. 5

74. Sjette direktivs artikel 4, stk. 5, indeholder forskellige bestemmelser om, hvornår staten skal anses for afgiftspligtig person (29).

75. Efter hovedreglen i første afsnit anses stater, regioner, amter, kommuner og andre offentligretlige organer ikke for afgiftspligtige personer for så vidt angår virksomhed eller transaktioner, som de udøver eller foretager i deres egenskab af offentlig myndighed. Bestemmelsen fritager således offentlige myndigheder for den generelle afgiftspligt, også selv om de udøver en økonomisk virksomhed som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, stk. 1 og 2. Udøvelsen af offentlig myndighed ligestilles således med en privat forbrugers handling.

76. I modsætning til første afsnit betragtes staten imidlertid i henhold til andet afsnit som skattepligtig person, såfremt fritagelsen for afgiftspligten ville føre til konkurrencefordrejning af en vis betydning. Denne bestemmelse er baseret på den opfattelse, at visse statslige organer – også selv om de foretager transaktioner i deres egenskab af offentlig myndighed – kan være i konkurrence med private konkurrenter. Den har således til formål at garantere afgiftsneutralitet (30).

77. Endelig anses statslige organer i henhold til tredje afsnit under alle omstændigheder for afgiftspligtige personer for så vidt angår visse områder, der er opregnet i bilag D, medmindre den udøvede virksomhed er ubetydelig. I forbindelse med disse former for virksomhed er det derfor i sidste instans ikke nødvendigt at tage stilling til, om staten udøver virksomheden under udøvelse af offentlig myndighed.

78. De i bilag D nævnte områder – herunder også telekommunikation – vedrører i det væsentlige

økonomiske transaktioner (31), der ofte foretages eller er foretaget af staten under udøvelse af offentlig myndighed alene på grund af deres betydning for almenheden, men som ligeledes kan udbydes af private erhvervsdrivende (32). Visse af de nævnte erhvervsgrene er i mellemtiden blevet liberaliseret. Private erhvervsdrivende er her faktisk i konkurrence med tidligere monopolselskaber, som dels er privatiseret, dels stadig er statslige selskaber. I sjette direktiv blev der klart taget hensyn til en sådan udvikling allerede ved dets udstedelse i 1977.

79. Såfremt tildelingen af mobiltilladelser skal betragtes som virksomhed af ikke ubetydeligt omfang inden for telekommunikationssektoren, vil den under alle omstændigheder være momspligtig uanset udøvelsen af offentlig myndighed eller en konkret konkurrencefordrejning. Jeg finder det derfor hensigtsmæssigt at besvare det femte præjudicielle spørgsmål inden det andet, tredje og fjerde.

2. Det femte præjudicielle spørgsmål: Omfatter udtrykket telekommunikation i bilag D til sjette direktiv også auktionen over UMTS-tilladelser?

80. Parterne er i det væsentlige uenige om, hvorvidt udtrykket »telekommunikation« i bilag D, nr. 1, kun omfatter selve udbuddet af teletjenester (33) – dette er opfattelsen blandt de regeringer, der har afgivet indlæg, og Kommissionen – eller om det også omfatter andre former for virksomhed i forbindelse hermed, dvs. tildelingen af tilladelser, hvilket er sagsøgernes opfattelse.

81. Ordlyden af bilag D kan ikke bidrage til at afklare dette spørgsmål. Den omstændighed, at der i den tyske version anvendes det i mellemtiden forældede udtryk »Fernmeldewesen« og ikke udtrykket »Telekommunikation«, kan ikke tillægges nogen betydning. I andre versioner anvendes her det udtryk, der fortsat er almindeligt på de enkelte sprog (jf. f.eks. *telecommunications* eller *télécommunications*). I øvrigt er udtrykkene »Fernmeldewesen« og »Telekommunikation« i vidt omfang synonyme, hvilket den tyske regering med rette har anført.

– Historisk fortolkning

82. Ved en historisk fortolkning kan man antage, at tildelingen af mobiltilladelser til private erhvervsdrivende ikke kan være omfattet af udtrykket telekommunikation, fordi sådanne tilladelser slet ikke fandtes på det tidspunkt, hvor direktivet blev udstedt i 1977. På daværende tidspunkt udførte statslige postvæsenet nemlig selv teletjenester. Fællesskabslovgiveren har derfor oprindeligt formentlig ikke haft til hensigt at fastsætte regler for tilladelser i telesektoren.

83. Den historiske fortolkningsmetode er imidlertid kun af sekundær betydning og ikke i sig selv afgørende (34). Bestemmelserne i sjette direktiv bør derimod fortolkes systematisk og navnlig under hensyntagen til direktivets mål.

– Systematisk fortolkning

84. I systematisk henseende kan definitionen af teletjenester i sjette direktivs artikel 9, stk. 2, litra e), tiende led, (35) indledningsvis spille en rolle. Den har følgende ordlyd:

»Ved teletjenester forstås tjenesteydelser, hvis formål er transmission, udsendelse eller modtagelse af signaler, skrift, billeder og lyd eller alle andre informationer, ved hjælp af trådforbindelse eller radiobølger eller ved optiske eller andre elektromagnetiske medier, herunder også den hermed forbundne overdragelse af retten til at benytte adgangen til transmission, udsendelse eller modtagelse. [...]«

85. Artikel 9 fastsætter det sted, der skal anses for leveringssted i forbindelse med tjenesteydelser. Stk. 2, litra e), fastsætter herved bl.a. også med hensyn til de beskrevne

teletjenester, at aftagerens hjemsted anses for at være leveringssted i forbindelse med grænseoverskridende tjenesteydelser.

86. For så vidt regeringerne og Kommissionen i det hele taget har anset konklusioner på grundlag af denne definition for at være hensigtsmæssige, er de af den opfattelse, at den kun omfatter teletjenester i snæver forstand. De brugsrettigheder, der er nævnt i bestemmelsen, dvs. »retten til at benytte adgangen til transmission, udsendelse eller modtagelse«, vedrører efter deres opfattelse infrastrukturen og ikke tilladelser til udnyttelse af frekvensspektret.

87. Sagsøgerne har udledt det modsatte af denne passage, som i den engelske version har ordlyden »including the related transfer or assignment of the right to use capacity for such transmission, emission or reception«. Udtrykket *capacity* anvendes netop også i betydningen *frequency spectrum capacity*.

88. Den engelske version synes at tillade denne fortolkning; andre sprogversioner støtter imidlertid fortolkningen hos de regeringer, der har afgivet indlæg, og Kommissionen (36). I tilfælde af eventuelle divergenser mellem sprogversionerne skal en bestemmelses formål tillægges særlig betydning (37), hvilket i denne forbindelse ligeledes taler imod, at tildelingen af tilladelser omfattes.

89. Som den nederlandske regering nemlig med rette har anført, skal bestemmelsen sikre, at teletjenester, der udføres fra tredjelande til modtagere i Fællesskabet, beskattes i Fællesskabet (38). Denne betragtning gælder kun for teletjenester i snæver forstand. Tilladelserne tildeles nemlig i alle tilfælde af de relevante nationale myndigheder. Normalt vil erhververne, dvs. aftagerne af tjenesten, endvidere ligeledes være etableret i den stat, hvor tilladelserne tildeles, da det næppe er sandsynligt, at et UMTS-mobilnet etableres og drives uden et fast driftssted eller datterselskab i den pågældende stat.

90. Den britiske, den nederlandske og den danske regering samt Kommissionen har endvidere henvist til definitionen af teletjenester i de relevante direktiver om det indre marked. Det er absolut i overensstemmelse med Domstolens praksis ved fortolkningen af sjette direktiv også at tage hensyn til definitioner i retsakter, som gælder for det pågældende område og ikke forfølger mål, der afviger fra momsretten (39).

91. I artikel 2, nr. 4, i Rådets direktiv 90/387/EØF af 28. juni 1990 om oprettelse af det indre marked for teletjenester ved gennemførelse af tilrådighedsstillelse af åbne net (40) defineres teletjenester som »tjenester, der består helt eller delvis i transmission og rutning af signaler gennem et telenet ved hjælp af telekommunikationsteknik, med undtagelse af radio- og tv-spredning«. Ifølge denne definition udgør tildelingen af UMTS-tilladelser ikke en teletjeneste.

92. Der hersker imidlertid tvivl om, hvorvidt de nævnte definitioner kan overføres til bilag D uden begrænsning, da de hver især vedrører *teletjenester (telecommunication services)*, mens bilag D anfører *telekommunikation (telecommunications)*. Dette udtryk kan forstås som en mere vidtgående beskrivelse af dette virksomhedsområde, som også omfatter andre former for virksomhed end teletjenester i snæver forstand.

– Formålsfortolkning

93. Det afgørende er imidlertid formålet med bestemmelsen i sjette direktivs artikel 4, stk. 5, tredje afsnit, sammenholdt med bilag D. Som generaladvokat Alber har udtrykt det, er de i bilag D opregnede former for virksomhed aktiviteter, hvis erhvervsmæssige karakter er primær og åbenlys (41).

94. Da disse leverancer *typisk* også udbydes eller kan udbydes af private erhvervsdrivende,

antages det generelt, at der foreligger en betydelig påvirkning af konkurrencen. Formålet med bestemmelsen er i denne situation at ligestille staten med en privat afgiftspligtig person. I henhold til andet afsnit er andre statslige transaktioner kun afgiftspligtige, såfremt der er risiko for konkurrencefordrejning af en vis betydning.

95. Det er kun hensigtsmæssigt at ligestille staten med private afgiftspligtige personer med hensyn til teletjenester i snæver forstand, da disse leverancer i mellemtiden ligeledes kan udbydes af private erhvervsdrivende. På det nuværende udviklingstrin (42) er den første tildeling af tilladelser til at udnytte bestemte dele af frekvensspektret derimod en opgave, som er forbeholdt staten (43). Selv om tildelingen af tilladelser i givet fald under visse omstændigheder er i konkurrence med private erhvervsdrivendes videresalg af tilladelser (44), er en generel ligestilling af staten med private afgiftspligtige personer ikke nødvendig i forbindelse med denne virksomhed. Det må snarere undersøges, om det er nødvendigt at beskatte statens transaktion i henhold til betingelserne i sjette direktivs artikel 4, stk. 5, andet afsnit, for at beskytte konkurrencen.

96. Det femte præjudicielle spørgsmål skal derfor besvares således, at udtrykket »telekommunikation« i bilag D, nr. 1, til sjette direktiv på det nuværende udviklingstrin ikke omfatter statens auktion over UMTS-tilladelser.

3. Det andet præjudicielle spørgsmål: udøvelse af offentlig myndighed som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, stk. 5, første afsnit

97. I henhold til sjette direktivs artikel 4, stk. 5, første afsnit, skal to kumulative betingelser været opfyldt, for at reglen om afgiftsfritagelse finder anvendelse, nemlig et offentligretligt organs udøvelse af virksomhed og udøvelse af virksomhed, der varetages i egenskab af offentlig myndighed (45). Ministeren og RA opfylder ubestridt den første betingelse.

98. Den anden betingelse præciserede Domstolen på følgende måde i dommen i sagen Fazenda Pública mod Câmara Municipal do Porto (46):

»For så vidt angår den sidstnævnte betingelse skal omfanget af afgiftsfritagelsen for offentlige organer fastlægges på grundlag af, hvilke regler der gælder for udøvelsen af den pågældende virksomhed [...] [(47)].

Det fremgår af Domstolens faste praksis, at virksomhed, der udøves af offentligretlige organer i deres egenskab af offentlig myndighed i sjette direktivs artikel 4, stk. 5, første afsnits forstand, er virksomhed, som udøves af offentligretlige organer på grundlag af deres særlige retlige status, men ikke virksomhed, som de udøver på samme retlige vilkår som private erhvervsdrivende [...] [(48)].«

99. Domstolen fastslog endvidere, at virksomhedens genstand eller formål ikke er af betydning i forbindelse med denne undersøgelse (49).

100. Sagsøgerne har udledt af retspraksis, at det frem for alt er transaktionens form, der er afgørende. Auktionen over tilladelserne blev afholdt på samme vilkår, som i henhold til engelsk ret også ville gælde for tilsvarende privatretlige transaktioner. Ifølge sagsøgerne skal der ikke tages hensyn til den omstændighed, at auktionen blev afholdt med henblik på at regulere markedet.

101. De medlemsstater, der har afgivet indlæg, og Kommissionen har derimod understreget, at tildelingen af UMTS-tilladelserne i henhold til de relevante fællesskabsretlige og nationale bestemmelser alene er forbeholdt staten, som er undergivet særlige forpligtelser i den henseende.

102. Hertil skal jeg bemærke, at det i henhold til artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 97/13 kun er en

statslig tilsynsmyndighed, der må tildele individuelle tilladelser til drift af et telenet. Myndigheden skal herved overholde bestemmelserne i direktivets artikel 9 og 10. Hvis en medlemsstat kun tildeler et begrænset antal individuelle tilladelser, skal den foretage udvælgelsen på grundlag af kriterier, som er objektive, ikke-diskriminerende, gennemsigtige og forholdsmæssigt afpassede (artikel 10, stk. 3, i direktiv 97/13). Med hensyn til afgifter, der pålægges i denne forbindelse, gælder bestemmelserne i artikel 11, stk. 2, i direktiv 97/13.

103. Selv om det er forbeholdt den forelæggende ret at foretage den endelige vurdering af den nationale retsstilling, hersker der ingen tvivl om, at tildelingen af en UMTS-tilladelse i henhold til WTA 1949 og WTA 1998 samt WTA Regulations kun kan foretages af ministeren. De forpligtelser, som national ret pålægger i den forbindelse, er baseret på bestemmelserne i direktiv 97/13. I øvrigt er det også kun ministeren, der kan tilbagekalde tilladelsen, og ikke kun i de tilfælde, der er fastsat i selve tilladelsen, men også af hensyn til statens sikkerhed eller for at opfylde forpligtelser i henhold til fællesskabsretten eller international ret (50).

104. Ministeren, repræsenteret af RA, tildelte således UMTS-tilladelserne i henhold til en ordning, som kun var gældende for ham. Ingen privat erhvervsdrivende kunne tildele sådanne tilladelser. Det må derfor fastslås, at auktionen over tilladelserne var en virksomhed, som påhvilede et statsligt organ, der handlede i egenskab af offentlig myndighed.

105. Dette er ikke udelukket, selv om tilladelserne blev tildelt ved auktion, en procedure, som stammer fra det privatretlige område, og som private erhvervsdrivende derfor også kan anvende.

106. Domstolen har ganske vist anset de nærmere handlingsbetingelser for afgørende. Det vil imidlertid være for snævert, hvis man herved kun forstår »hvorledes«, dvs. handlingens form. Det afgørende er derimod frem for alt, om de relevante bestemmelser i det hele taget gør det muligt for private erhvervsdrivende at udøve en sammenlignelig virksomhed. Hvis dette er tilfældet, må staten behandles som en afgiftspligtig person for ikke at bringe momsoprævnings neutralitet i fare. Den omstændighed, at staten ved udøvelsen af de beføjelser, der udelukkende er tillagt den, anvender procedurer, der kendes fra det privatretlige område, har derimod ingen indvirkning på afgiftsneutraliteten.

107. Det er ikke de generelle privatretlige bestemmelser for auktioner, der er afgørende, men derimod den konkrete retlige ramme for auktionen over UMTS-tilladelserne.

108. Sagsøgernes argumentation ville medføre, at der kun udøves offentlig myndighed, når staten udsteder forvaltningsakter, dvs. udøver offentlig myndighed i snæver forstand. Denne opfattelse forkastede Domstolen imidlertid udtrykkeligt i dommene vedrørende motorvejsafgift (51).

109. På baggrund af den omstændighed, at forvaltningen af offentlige parkeringspladser indebar udøvelse af offentlig myndighed, fastslog Domstolen imidlertid i dommen i sagen Fazenda Pública mod Câmara Municipal do Porto (52), at virksomheden var omfattet af de særlige retsregler for offentligretlige organer. Offentlig myndighedsudøvelse, hvor stat og borger står over for hinanden i et over-/underordningsforhold, udgør efter Domstolens opfattelse således et indicium for udøvelsen af offentlig myndighed som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, stk. 5, første afsnit, men er ingen nødvendig betingelse herfor (53).

110. Den ensartede anvendelse af sjette direktiv kan desuden bringes i fare, hvis der lægges vægt på den retlige ramme for en handlingens form, da anvendelsen af privatretlige handlingsformer muligvis er mere udbredt i nogle medlemsstater end i andre. Afgrænsningen mellem offentligretlige og privatretlige handlingsformer kan ligeledes afvige fra hinanden i de forskellige nationale retsordener.

111. Endvidere skal jeg bemærke, at sjette direktivs artikel 4, stk. 5, første afsnit, kun kræver, at transaktionen foretages *i deres egenskab af offentlig myndighed*. Derfor må auktionen over UMTS-tilladelserne ikke betragtes isoleret (54). Denne virksomhed indgår derimod i den overordnede sammenhæng i forbindelse med frekvensforvaltning og regulering af telesektoren. I denne forbindelse udøver staten i det væsentlige offentlig myndighed, f.eks. ved at gennemføre bestemmelserne i UMTS-beslutningen eller direktiverne om det indre marked til national ret. Den udøver også offentlig myndighed, når den i henhold til WTA 1949 sanktionerer ulovlig drift af radioudstyr med straf, eller når den tilbagekalder en tilladelse af hensyn til statens sikkerhed eller for at opfylde forpligtelser i henhold til fællesskabsretten eller international ret.

112. Det er i øvrigt ikke en modsigelse ved den foreliggende undersøgelse at tage hensyn til den videre retlige sammenhæng, som virksomheden indgår i, mens det ved kvalificeringen som økonomisk virksomhed kun er det ydre aspekt, der er afgørende. Det er netop i overensstemmelse med logikken i sjette direktivs artikel 4 først at sikre en omfattende anvendelse af direktivet ved at give stk. 1 og 2 en vid fortolkning, men derefter ved anvendelsen af stk. 5 at tage hensyn til de særlige retlige rammebetingelser, som staten handler inden for.

113. Endelig ændres kvalificeringen af auktionen over tilladelserne som virksomhed udøvet i egenskab af offentlig myndighed ikke af, at staten har opnået betydelige indtægter derved. Dette kan ganske vist – som anført – medføre, at statens handling får økonomisk karakter som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, stk. 2. Alligevel er der fortsat tale om udøvelse af offentlig myndighed, når staten handler på grundlag af en særlig retlig ordning, der kun gælder for den.

114. Det andet præjudicielle spørgsmål må derfor besvares således:

»Som virksomhed udøvet i egenskab af offentlig myndighed som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, stk. 5, første afsnit, betragtes de former for virksomhed, som udøves inden for rammerne af de særlige retsregler for offentligretlige organer. Den omstændighed, at staten ved opfyldelsen af opgaver, der udelukkende er tillagt den, anvender en procedure, der stammer fra det privatretlige område, eller opnår betydelige indtægter ved sin virksomhed, udelukker ikke, at der er tale om udøvelse af offentlig myndighed.«

4. Det tredje præjudicielle spørgsmål: Kan den pågældende virksomhed udøves dels som en økonomisk virksomhed, eller dels under udøvelse af offentlig myndighed?

115. Sagsøgerne har subsidiært gjort gældende, at tildelingen af UMTS-tilladelserne i hvert fald delvis havde økonomisk karakter eller delvis ikke blev foretaget under udøvelse af offentlig myndighed.

116. Indledningsvis skal jeg bemærke, at Armbrecht-dommen (55), som sagsøgerne herved har henvist til i denne forbindelse, vedrørte den forholdsmæssige udnyttelse af et gode med henblik på udøvelse af økonomisk virksomhed og følgerne heraf for fradragsretten for indgående moms. I denne sag foreligger derimod det spørgsmål, om auktionen over tilladelserne selv var momsplichtig, fordi den blev foretaget af en afgiftspligtig person i forbindelse med dennes økonomiske virksomhed.

117. Domstolen fastslog i CPP-dommen (56), at enhver levering af tjenesteydelser sædvanligvis skal anses for en uafhængig og selvstændig levering. Da leveringen af en ydelse, der i økonomisk henseende er en enkelt ydelse, ikke kunstigt må opdeles for ikke at ændre momssystemets sammenhæng, må det undersøges, hvad der særligt karakteriserer den pågældende transaktion, og herved afgøres, om den afgiftspligtige person til forbrugeren leverer flere uafhængige hovedydelser eller en enkelt ydelse. Hvis der kun foreligger en enkelt transaktion, skal denne i

princippet også behandles ensartet med hensyn til opkrævningen af moms (57).

118. Der er intet i den præjudicielle anmodning, der tyder på, at tildelingen af UMTS-tilladelserne bestod af to eller flere transaktioner. Derimod blev en tilladelse tildelt ved en enkelt foranstaltning, og der blev opkrævet en ensartet afgift herfor.

119. Det er ligeledes herved irrelevant, at man i forbindelse med auktionen først og fremmest fandt frem til tilladelsesindehaverne og afgiftens størrelse, og at tilladelsen først efterfølgende blev overdraget mod betaling af afgiften, da de sidstnævnte transaktioner kun er uselvstændige gennemførelsesforanstaltninger, som ikke kan vurderes isoleret fra auktionen.

120. I forbindelse med leveringen af denne enkelte ydelse udøvede staten som nævnt ganske vist en økonomisk virksomhed, men udøvede samtidig offentlig myndighed. I mangel af konkrete holdepunkter for en opdeling i ydelser, der skal vurderes separat, har det tredje spørgsmål hypotetisk karakter og behøver derfor ikke at blive besvaret (58).

5. Det fjerde præjudicielle spørgsmål: Fører fritagelsen for afgiftspligten til konkurrencefordrejning af en vis betydning?

121. I henhold til sjette direktivs artikel 4, stk. 5, andet afsnit, skal statslige organer også betragtes som afgiftspligtige personer for så vidt angår virksomhed, som de foretager i deres egenskab af offentlig myndighed, såfremt deres fritagelse for afgiftspligten ville føre til konkurrencefordrejning af en vis betydning.

122. Ifølge Domstolens bemærkninger i Comune di Carpaneto Piacentino-dommen har medlemsstaterne pligt til

»at sikre, at der opkræves moms hos offentligretlige organer for deres virksomhed i egenskab af offentlig myndighed, når virksomheden også kan varetages af private i konkurrence med det offentlige, såfremt manglende opkrævning vil kunne medføre konkurrencefordrejning af en vis betydning [...]« (59).

123. Da det alene var forbeholdt staten at foretage den første tildeling af tilladelserne, var enhver konkurrence mellem identiske transaktioner foretaget af staten og andre udbydere udelukket på det tidspunkt, hvor tilladelserne blev bortauktioneret. Sagsøgerne har imidlertid anført, at statens afgiftsfrie tildeling af frekvenserne kan komme i konkurrence med private udbydernes eventuelle videresalg af tilladelser i fremtiden.

124. Punkt 4 i de tilladelser, der blev udstedt i 2000, indeholder imidlertid den betingelse, at de ikke kan overdrages. På dette tidspunkt indeholdt desuden hverken direktiv 97/13 eller WTA 1998 bestemmelser om handel med tilladelser.

125. Af et informationsmemorandum fra ministeriet af 1. november 1999 fremgik det imidlertid, at de tilladelser, der var omfattet af auktionen, efterfølgende kunne overdrages, hvis der senere blev indført frekvenshandel. Det var dog usikkert, om og hvornår det ville ske. Artikel 9, stk. 4, i direktiv 2002/21 indeholder nu bestemmelser om, hvilke betingelser der skal overholdes ved overdragelsen af brugsrettigheder til radiofrekvenser. Ifølge oplysningerne i anmodningen om en præjudiciel afgørelse påregner myndighederne i Det Forenede Kongerige ikke, at der vil blive iværksat handel med mobilfrekvenser inden 2007.

126. På denne baggrund har den forelæggende ret spurgt om, hvor sandsynlig og hvor tæt tidsmæssig en »konkurrencefordrejning af en vis betydning« i henhold til sjette direktivs artikel 4, stk. 5, andet afsnit, skal være, og hvilken betydning princippet om afgiftsneutralitet har i denne

forbindelse.

127. Hertil skal jeg indledningsvis bemærke, at afgiftspligten eller afgiftsfritagelsen skal vurderes på tidspunktet for transaktionen (60). Derfor skal indvirkningen på konkurrencen principielt også foreligge på dette tidspunkt.

128. Dette forudsætter, at der på det tidspunkt, hvor frekvenserne blev tildelt, allerede eksisterede et marked for de pågældende brugsrettigheder, dvs. for det første, at sammenlignelige brugsrettigheder allerede skal eksistere, og for det andet, at disse rettigheder skal kunne overdrages mellem private erhvervsdrivende. Kun under disse omstændigheder kan statens tildeling af frekvenser være i konkurrence med private erhvervsdrivendes overdragelse af brugsrettigheder til frekvenser.

129. Inden auktionen over UMTS-tilladelserne var ingen tilladelser af denne art tilgængelige på det britiske marked. Desuden var det heller ikke retligt muligt at handle med tilladelser. Det kunne ikke engang forudses, om og hvornår den retlige ramme herfor ville blive tilvejebragt.

130. Domstolen fastslog ganske vist i Taksatorringen-dommen (61), at sjette direktivs artikel 13, punkt A, stk. 1, litra f), også vedrører konkurrencefordrejning, som fritagelsen vil kunne fremkalde i fremtiden. Dog skal risikoen for konkurrencefordrejning være reel (62).

131. Også selv om ingen konkurrent aktuelt udbyder konkurrerende afgiftspligtige leverancer, kan risikoen for konkurrencefordrejning være reel. En dårlig udgangsposition kan nemlig i sig selv afholde potentielle konkurrenter fra at gå ind på markedet. En reel risiko af denne art er derimod udelukket, hvis det på grund af de retlige rammebetingelser ikke er muligt for en potentiel konkurrent at tage konkurrencen op i forbindelse med frekvenser tildelt af staten.

132. Hvis staten tildeler tilladelser igen på et senere tidspunkt efter indførelsen af frekvenshandel, vil det være nødvendigt at revurdere den momsmæssige behandling *med hensyn til denne runde af tildeling af licenser*(63). Den momsmæssige behandling af statens senere tildelinger af tilladelser har imidlertid ikke tilbagevirkende gyldighed for den omhandlede tildeling af tilladelser i 2000.

133. Sagsøgerne har desuden begrundet en konkurrencefordrejning med følgende betragtning: Såfremt en mobiloperatør efter indførelsen af frekvenshandel erhverver en tilladelse fra en anden virksomhed og skal betale moms heraf, er erhververen ringere stillet i forhold til de konkurrenter, som tidligere har fået en tilladelse fra staten afgiftsfrit. Den sekundære erhverver af en tilladelse kan ganske vist for det meste fradrage den betalte moms, men dette kan i visse situationer være forbundet med et midlertidigt likviditetstab.

134. Som tidligere fastslået, skal der imidlertid være tale om et potentielt konkurrenceforhold på tidspunktet for den pågældende transaktion. Muligheden for, at de nødvendige retlige rammebetingelser herfor tilvejebringes senere, er ikke tilstrækkelig. Afgiftspligten kan nemlig ikke afhænge af mere eller mindre usikre prognoser.

135. Helt bortset herfra skal statens transaktion kun beskattes, hvis afgiftsfritagelsen efter den forelæggende rets konstateringer ville føre til konkurrencefordrejning af *en vis betydning* som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, stk. 5, andet afsnit.

136. Dette vil f.eks. have været tilfældet, hvis staten foretager samme leverancer for *endelige forbrugere* som private erhvervsdrivende, således at kunderne i det ene tilfælde skal betale prisen eksklusiv moms og i det andet tilfælde inklusiv moms (64). Da endelige forbrugere ikke har fradragsret for indgående moms, ville den private udbyders leverance være det fulde momsbeløb

dyrere.

137. Hvis en *afgiftspligtig person* derimod erhverver en UMTS-tilladelse fra en privat erhvervsdrivende, vil dette kun i særlige tilfælde og også kun i ringe grad være mindre attraktivt end at erhverve den fra staten, da momsen enten straks kan fratrækkes som indgående afgift eller godtgøres inden for kort tid. De omkostninger, der er forbundet med forfinansieringen, kan ganske vist udgøre større beløb i absolutte tal. I forhold til de samlede udgifter til erhvervelsen af UMTS-tilladelser har disse udgifter imidlertid generelt ikke et omfang, der kan medføre konkurrencefordrejning af en vis betydning.

138. I øvrigt kunne indførelsen af frekvenshandel på ingen måde med sikkerhed forudses i 2000, og den er faktisk stadig ikke blevet indført i Det Forenede Kongerige. Jo længere tid, der imidlertid går mellem statens tildeling af tilladelser og muligheden for at erhverve tilladelser på anden hånd, desto mere ændres hele markedssituationen. Andre faktorer, som f.eks. nyvurderingen af tilladelsernes økonomiske værdi i lyset af fremkomsten af konkurrerende teknologi til UMTS-mobilkommunikation, får således en helt anden vægt end eventuelle likviditetsproblemer som følge af det midlertidige udlæg for den indgåede afgift. Denne betragtning viser også, at der i princippet kun kan antages at foreligge en konkurrencefordrejning som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, stk. 5, andet afsnit, hvis transaktionerne er tilgængelige på omtrent samme tid, og den potentielle erhverver kan vælge mellem to sammenlignelige tilbud.

139. Det fjerde spørgsmål skal derfor besvares på følgende måde:

Der foreligger kun konkurrencefordrejning af en vis betydning som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, stk. 5, andet afsnit, hvis der er reel risiko for, at statens fritagelse for afgiftspligten i vidt omfang påvirker konkurrencesituationen for nuværende eller potentielle udbydere af konkurrerende leverancer. En sådan risiko foreligger i princippet ikke, hvis det på det tidspunkt, hvor staten foretager transaktionerne, er udelukket på grundlag af de retlige rammebetingelser, at private erhvervsdrivende bringer leverancer på markedet, som er i konkurrence med statens leverancer.

C – Det sjette præjudicielle spørgsmål: fortolkning af nationale bestemmelser til gennemførelse af sjette direktivs artikel 4, stk. 5, der er i overensstemmelse med direktivet

140. På grundlag af section 41(2) i VAT Act 1994 udstedte skattemyndighederne et skattecirkulære, hvorefter visse former for virksomhed udøvet af regeringsorganer – herunder tildeling af tilladelser og telekommunikation – skal betragtes som afgiftspligtig virksomhed (65).

141. Som Domstolen fastslog i dommen i sagen Fazenda Pública mod Câmara Municipal do Porto (66), kan medlemsstaterne gennemføre sjette direktivs artikel 4, stk. 5, andet afsnit, ved at tilvejebringe en lovramme og give forvaltningen beføjelse til at afgøre på grundlag af lovbestemte kriterier, hvornår en virksomhed udøvet af staten er afgiftspligtig, for at forhindre konkurrencefordrejning af en vis betydning.

142. Den forelæggende ret ønsker nu oplyst, i hvilket omfang det i Marleasing-dommen (67) nævnte princip om fortolkning af national ret i overensstemmelse med direktivet skal tillægges betydning ved anvendelsen af den nævnte nationale lovgivning.

143. I henhold hertil skal den nationale domstol ved anvendelsen af nationale retsfor skrifter – navnlig bestemmelser i en lov, der særligt er vedtaget med det formål at gennemføre bestemmelserne i et direktiv – i videst muligt omfang fortolke nationale bestemmelser i lyset af det pågældende direktivs ordlyd og formål, for at det med direktivet tilsigtede resultat fremkaldes, og for dermed at handle i overensstemmelse med artikel 249, stk. 3, EF (68).

144. Dette princip skal overholdes ved anvendelsen af enhver national lovgivning. Princippet gælder også for administrative retningslinjer, som med henblik på gennemførelse af sjette direktivs artikel 4, stk. 1 og 5, fastsætter, hvilke leverancer foretaget af regeringsorganer der skal betragtes som afgiftspligtige leverancer.

145. Sagsøgerne har imidlertid herimod anført, at princippet om fortolkning af national ret i overensstemmelse med direktivet ikke finder anvendelse på skattecirkulæret, da skattemyndighederne dermed har udøvet den skønsbeføjelse, som de har i henhold til direktivet.

146. Dette argument kan ikke tiltrædes. Når de nationale myndigheder til gennemførelse af sjette direktivs artikel 4, stk. 5, andet afsnit, betragter visse former for virksomhed udøvet af offentlige organer som afgiftspligtige, er de bundet af direktivets bestemmelser. Endvidere forudsætter eksistensen af konkurrencefordrejning af en vis betydning som nævnt i princippet, at leverancer foretaget af staten er i konkurrence med tilsvarende leverancer foretaget af private erhvervsdrivende på det tidspunkt, hvor de foretages. Direktivet giver ikke nationale myndigheder beføjelse til at momspålægge en transaktion foretaget af staten i egenskab af offentlig myndighed, selv om der af retlige grunde ikke eksisterer et konkurrenceforhold i denne henseende, og der heller ikke foreligger et tilfælde, der er omfattet af sjette direktivs artikel 4, stk. 5, tredje afsnit, sammenholdt med bilag D.

147. Sagsøgerne har endvidere gjort gældende, at staten ikke kan påberåbe sig en fortolkning i overensstemmelse med direktivet til skade for privatpersoner. Denne opfattelse er heller ikke korrekt. Retsinstansernes forpligtelse til at fortolke national lovgivning i overensstemmelse med et direktiv består, uanset om dette har negative følger for privatpersoner. Domstolen har således understreget forpligtelsen til en fortolkning i overensstemmelse med direktivet netop i tvister mellem private, hvor hensynet til fællesskabsretten dermed nødvendigvis har en negativ følge for den ene af de private parter (69). Desuden har den fastslået, at påberåbelsen af et direktiv indirekte kan have negative følgevirkninger for privatpersoners rettigheder (70).

148. Dette udelukkes ikke af fast retspraksis, hvorefter et direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private, og en direktivbestemmelse derfor ikke som sådan kan påberåbes over for sådanne personer (71). Denne konstatering gælder kun for den direkte anvendelse af direktiver, men ikke for fortolkningen i overensstemmelse med et direktiv. I forbindelse med fortolkningen i overensstemmelse med et direktiv er det ikke direktivet selv, der skaber forpligtelser for private, men derimod den nationale ret, som anvendes i overensstemmelse med direktivet.

149. Det tilkommer den nationale ret at afgøre, om en fortolkning af national ret i overensstemmelse med direktivet er mulig i denne sag. I den henseende skal ikke kun skattecirkulæret selv tages i betragtning. Den nationale domstol skal derimod tage hele den nationale lovgivning i betragtning for at vurdere, i hvilket omfang denne lovgivning kan anvendes, således at den ikke fører til et resultat, der er i modstrid med det, der tilsigtes med direktivet (72).

150. Hvis det i denne henseende i henhold til national ret er muligt ved anvendelsen af fortolkningsmetoder, der er anerkendt i denne ret, under visse omstændigheder at fortolke en bestemmelse i den nationale retsorden således, at en konflikt med en anden national norm undgås, eller med henblik herpå at begrænse rækkevidden af denne bestemmelse ved kun at

anvende den i det omfang, den er forenelig med den nævnte norm, har den nationale domstol pligt til at anvende samme metoder med henblik på at opnå det resultat, der forfølges med direktivet (73). Fællesskabsretten kræver dog ingen fortolkning af national ret i overensstemmelse med direktivet, som er contra legem (74).

151. Det sjette præjudicielle spørgsmål må derfor besvares således:

»Såfremt en medlemsstat vælger at gennemføre sjette direktivs artikel 4, stk. 1 og 5, ved regler, som giver et regeringsorgan lovmæssig kompetence til at udstikke retningslinjer for, hvilke leverancer foretaget af regeringsorganer der skal betragtes som afgiftspligtige leverancer, og dette regeringsorgan udøver denne kompetence, skal en national domstol ved anvendelsen af denne lovgivning i videst muligt omfang fortolke nationale bestemmelser i lyset af det pågældende direktivs ordlyd og formål, for at det med direktivet tilsigtede resultat kan nås, og for således at handle i overensstemmelse med artikel 249, stk. 3, EF.«

V – Forslag til afgørelse

152. Sammenfattende foreslår jeg, at de af VAT and Duties Tribunal London forelagte spørgsmål besvares således:

»1) Et statsligt organs auktion over tilladelser, som omfatter brugsretten til bestemte dele af det elektromagnetiske spektrum til udbud af UMTS-mobilkommunikationstjenester i en fastsat periode, skal under omstændighederne i hovedsagen betragtes som udnyttelse af et immaterielt gode med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter og dermed som en økonomisk virksomhed som omhandlet i 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.

2) Udtrykket »telekommunikation« i bilag D, nr. 1, til sjette direktiv omfatter på det nuværende udviklingstrin ikke statens auktion over UMTS-tilladelser.

3) Som virksomhed udøvet i egenskab af offentlig myndighed som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, stk. 5, første afsnit, betragtes de former for virksomhed, som udøves inden for rammerne af de særlige retsregler for offentligretlige organer. Den omstændighed, at staten ved opfyldelsen af opgaver, der udelukkende er tillagt den, anvender en procedure, der stammer fra det privatretlige område, eller opnår betydelige indtægter ved sin virksomhed, udelukker ikke, at der er tale om udøvelse af offentlig myndighed.

4) Der foreligger kun konkurrencefordrejning af en vis betydning som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, stk. 5, andet afsnit, hvis der er reel risiko for, at statens fritagelse for afgiftspligten i vidt omfang påvirker konkurrencesituationen for nuværende eller potentielle udbydere af konkurrerende leverancer. En sådan risiko foreligger i princippet ikke, hvis det på det tidspunkt, hvor staten foretager transaktionerne, er udelukket på grundlag af de retlige rammebetingelser, at private erhvervsdrivende bringer leverancer på markedet, som er i konkurrence med statens leverancer.

5) Såfremt en medlemsstat vælger at gennemføre sjette direktivs artikel 4, stk. 1 og 5, ved regler, som giver et regeringsorgan lovmæssig kompetence til at udstikke retningslinjer for, hvilke leverancer foretaget af regeringsorganer der skal betragtes som afgiftspligtige leverancer, og dette regeringsorgan udøver denne kompetence, skal en national domstol ved anvendelsen af denne lovgivning i videst muligt omfang fortolke nationale bestemmelser i lyset af det pågældende direktivs ordlyd og formål, for at det med direktivet tilsigtede resultat kan nås, og for således at handle i overensstemmelse med artikel 249, stk. 3, EF.«

1 – Originalsprog: tysk.

2 – IMT-2000: International Mobile Telecommunications 2000 (standard udviklet af International Telecommunication Union [ITU]); UMTS: universelt mobilt telekommunikationssystem (standard udviklet inden for rammerne af Den Europæiske Konference af Post- og Teleadministrationer [CEPT] og Det Europæiske Standardiseringsinstitut for Telekommunikation [ETSI], som er en del af den såkaldte IMT-2000-familie).

3 – Der er derfor på en vis måde tale om moms, som blev betalt, uden at nogen havde bemærket det, som repræsentanten for den nederlandske regering rammende udtrykte det under den mundtlige forhandling for Domstolen.

4 – Rådets sjette direktiv 77/388/EØF af 17.5.1977 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter – Det fælles merværdiafgiftssystem: ensartet beregningsgrundlag (EFT L 145, s. 1).

5 – Sag C-284/04, T-Mobile Austria m.fl.

6 – Tilladelser blev tildelt ved auktion bl.a. i Tyskland, Østrig, Belgien, Cypern, Danmark, Grækenland, Ungarn, Italien, Nederlandene, Tjekkiet og Det Forenede Kongerige. I Spanien, Finland, Frankrig, Luxemburg, Polen, Portugal, Slovakiet, Slovenien og Sverige udvalgte man tilladelsesindehaverne efter udbud (såkaldt skønhedskonkurrence). I de nævnte stater med undtagelse af Ungarn og Finland var tildelingen af tilladelser ikke momspålagt. I Finland blev tilladelserne tildelt uden vederlag.

7 – CEPT er en international organisation, hvis medlemmer i øjeblikket udgøres af tilsynsmyndigheder inden for post og telekommunikation fra 46 europæiske stater (nærmere oplysninger på organisationens hjemmeside: www.cept.org).

8 – Heraf fremgår følgende frekvensbånd: 1900-1980 MHz, 2010-2025 MHz og 2110-2170 MHz til jordbaserede UMTS-anvendelser og 1980-2010 MHz og 2170-2200 MHz til satellitbaserede UMTS-anvendelser.

9 – Jf. i denne henseende oplysningerne på Det Europæiske Radiokommunikationskontors (ERO) hjemmeside: www.ero.dk/ecc

10 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/13/EF af 10.4.1997 om ensartede principper for generelle tilladelser og individuelle tilladelser for teletjenester, EFT L 117, s. 15, med virkning fra den 24.7.2003 ophævet ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7.3.2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet), EFT L 108, s. 33.

11 – Nævnt i fodnote 10.

12 – EFT L 17, s. 1.

13 – Med den teknik, der anvendes på nuværende tidspunkt, kræves til driften af et net en frekvens til henholdsvis ind- og udgående signaler (Frequency Division Duplex – FDD). Tilladelse A, C, D og E omfatter desuden hver især et uparret spektrum på 5 MHz, som kan anvendes til tidsforskudt drift (Time Division Duplex – TDD).

14 – BT3G tilhørte på dette tidspunkt British Telecommunications Plc; efter udskillelsen af BT's mobilområde i form af mmO2 skiftede BT3G navn til O2 Third Generation Limited.

15 – Domme af 12.9.2000, sag C-260/98, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 6537, præmis 26, og sag C-359/97, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 6355, præmis 41, samt dom af 21.2.2006, sag C-223/03, University of Huddersfield, Sml. I, s. 1751, præmis 47, jf. tillige dom af 26.3.1987, sag 235/85, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. s. 1471, præmis 8, samt i samme retning bl.a. dom af 14.2.1985, sag 268/83, Rompelman, Sml. s. 655, præmis 19, og af 27.11.2003, sag C-497/01, Zita Modes, Sml. I, s. 14393, præmis 38.

16 – Dom af 6.4.1995, sag C-4/94, BLP Group, Sml. I, s. 983, præmis 24, og af 12.1.2006, forenede sager C-354/03, C-355/03 og C-484/03, Optigen m.fl., Sml. I, s. 483, præmis 45.

17 – Jf. de i fodnote 16 nævnte domme.

18 – Hvis det på forhånd ikke var muligt at anvende sjette direktiv ved betaling af afgifter, havde der ikke været behov for præciseringen i sjette direktivs artikel 4, stk. 5, første afsnit, hvorefter staten heller ikke anses for afgiftspligtig person, når den modtager afgifter for sin virksomhed.

19 – I henhold til artikel 10, stk. 1, i direktiv 97/13 må medlemsstaterne kun begrænse antallet af individuelle tilladelser, hvis dette er nødvendigt for at sikre effektiv anvendelse af radiofrekvenser.

20 – Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 10, i sagen Kommissionen mod Grækenland, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 28, og i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 43.

21 – Jf. den i fodnote 15 nævnte retspraksis.

22 – Dom af 19.1.1994, sag C-364/92, SAT Fluggesellschaft, Sml. I, s. 43, præmis 30; jf. endvidere dom af 18.3.1997, sag C-343/95, Diego Calì & Figli, Sml. I, s. 1547, præmis 22 og 23, og af 19.2.2002, sag C-309/99, Wouters m.fl., Sml. I, s. 1577, præmis 57.

23 – Dom af 4.12.1990, sag C-186/89, Van Tiem, Sml. I, s. 4363, præmis 18, af 26.6.2003, sag C-442/01, KapHag, Sml. I, s. 6851, præmis 37, af 29.4.2004, sag C-77/01, EDM, Sml. I, s. 4295, præmis 48, og af 21.10.2004, sag C-8/03, BBL, Sml. I, s. 10157, præmis 36.

24 – Dom af 26.9.1996, sag C-230/94, Enkler, Sml. I, s. 4517, præmis 22, af 27.1.2000, sag C-23/98, Heerma, Sml. I, s. 419, præmis 19. Jf. tillige dom af 14.2.1985, sag 268/83, Rompelman, Sml. s. 655, hvori Domstolen betragtede erhvervelsen af ejendomsretten til en del af en fast ejendom som økonomisk virksomhed.

25 – Jf. f.eks. EN: »for the purpose of obtaining income therefrom on a continuing basis«, FR: »en vue d'en retirer des recettes ayant un caractère de permanence«, IT: »per ricavarne introiti aventi un certo carattere di stabilità«, ES: »con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo«.

26 – Enkler-dommen, nævnt i fodnote 24, præmis 20.

27 – Enkler-dommen, nævnt i fodnote 24, præmis 27.

28 – Dom af 20.6.1996, sag C-155/94, Wellcome Trust, Sml. I, s. 3013, præmis 32 f., og EDM-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 57f. Jf. endvidere med hensyn til indehavelse og erhvervelse af aktier: KapHag-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 38, og dom af 26.5.2005, sag C-465/03, Kretztechnik, Sml. I, s. 4357, præmis 19 ff.

29 – Jf. generaladvokat Mischo, som klart har anført, at artikel 4, stk. 5, så at sige er opbygget etagevis med tilføjelser af undtagelser og undtagelser fra undtagelserne (forslag til afgørelse af 15.3.1989 i de forenede sager 231/87 og 129/88, Comune di Carpaneto Piacentino m.fl., Sml. s. 3233, punkt 8).

30 – Dom af 17.10.1989, forenede sager 231/87 og 129/88, Comune di Carpaneto Piacentino m.fl., Sml. s. 3233, præmis 22.

31 – Jf. generaladvokat Albers forslag til afgørelse af 29.6.2000 i sag C-446/98, Fazenda Pública, Sml. I, s. 11435, punkt 69.

32 – Bilag D opregner i alt 13 former for virksomhed: foruden telekommunikation f.eks. vand-, gas- og elektricitetsforsyning, person- og godstransport, tjenesteydelser i havne og lufthavne, drift af handelsmesser og -udstillinger, reklame- og rejsebureauers virksomhed, transaktioner i forbindelse med kantiner m.v.

33 – Det Forenede Kongeriges regering har herved henvist til definitionen af teletjenester i artikel 2, nr. 4, i Rådets direktiv 90/387/EØF af 28.6.1990 om oprettelse af det indre marked for teletjenester ved gennemførelse af tilrådighedsstillelse af åbne net ONP (Open Network Provision – tilrådighedsstillelse af åbne net) (EFT L 192, s. 1), der i mellemtiden er ophævet, hvorefter »teletjenester« er tjenester, der består helt eller delvis i transmission og rutning af signaler gennem et telenet ved hjælp af telekommunikationsteknik, med undtagelse af radio- og tv-spredning.

34 – Jf. endvidere mit forslag til afgørelse af 13.7.2006 i sag C-278/05, Robins og Burnett, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, punkt 80 og 81.

35 – Bestemmelsen blev indføjet ved Rådets direktiv 1999/59/EF af 17.6.1999 om ændring af direktiv 77/388/EØF hvad angår merværdiafgiftssystemet for teletjenester (EFT L 162, s. 63).

36 – Jf. foruden den nævnte tyske version navnlig den italienske version (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), den nederlandske version (met inbegrip van de daarmee samenhangende overdracht en verlening van rechten op het gebruik van *infrastructuur* voor de transmissie, uitzending of ontvangst) og den franske version (y compris la cession et la concession y afférentes d'un droit d'utilisation de *moyens* pour une telle transmission, émission ou réception – min fremhævelse).

37 – Jf. dom af 27.3.1990, sag C-372/88, Cricket St. Thomas, Sml. I, s. 1345, præmis 19, af 5.6.1997, sag C-2/95, SDC, Sml. I, s. 3017, præmis 22, og af 14.9.2000, sag C-384/98, D., Sml. I, s. 6795, præmis 16.

38 – Jf. fjerde betragtning til direktiv 1999/59, nævnt i fodnote 35, som har følgende ordlyd:

»[P]å teleområdet bør der navnlig ske beskatning af disse tjenester i Fællesskabet, der anvendes

af kunder, som er etableret her [...]«.

39 – Jf. senest dom af 4.5.2006, sag C-169/04, Abbey National m.fl., endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 61 ff., samt punkt 73 ff. i mit forslag til afgørelse af 8.9.2005 i denne sag.

40 – EFT L 192 s. 1. Direktiv 1990/387 er i mellemtiden ophævet ved direktiv 2002/21, nævnt i fodnote 10. Den definition af elektronisk kommunikationstjeneste, der er indeholdt i det nye rammedirektivs artikel 2, litra c), omfatter telekommunikation og lægger ligesom sin forgænger vægt på overføring af signaler via elektroniske kommunikationsnet.

41 – Forslag til afgørelse i Fazenda Pública-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 31, punkt 69.

42 – Kommissionen overvejer imidlertid at anvende en i højere grad markedsbaseret tilgang til frekvensforvaltning (jf. Kommissionens meddelelse af 14.9.2005, En markedsbaseret tilgang til frekvensforvaltning i EU, KOM(2005) 400 endelig udg.).

43 – Jf. punkt 102 ff. nedenfor.

44 – Jf. bemærkningerne til det fjerde præjudicielle spørgsmål, punkt 121 ff. nedenfor.

45 – Dom af 25.7.1991, sag C-202/90, Ayuntamiento de Sevilla, Sml. I, s. 4247, præmis 18, samt dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 34, og i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 49.

46 – Dom af 14.12.2000, sag C-446/98, Fazenda Pública, Sml. I, s. 11435, præmis 16 og 17.

47 – I denne henseende henviser Domstolen til dom af 17.10.1989, Comune di Carpaneto Piacentino, nævnt i fodnote 30, præmis 15, og af 15.5.1990, sag C-4/89, Comune di Carpaneto Piacentino m.fl., Sml. I, s. 1869, præmis 10.

48 – I denne henseende henviser Domstolen til de i fodnote 15 nævnte domme i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, præmis 50, og i sagen Kommissionen mod Grækenland, præmis 35, samt yderligere domme i tilsvarende sager.

49 – Dom af 17.10.1989, Comune di Carpaneto Piacentino m.fl., nævnt i fodnote 30, præmis 13, og Fazenda Pública-dommen, nævnt i fodnote 46, præmis 19.

50 – Jf. section 4 i WTA 1998.

51 – Dommen i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, nævnt i fodnote 15, præmis 51, og i sagen Kommissionen mod Grækenland, nævnt i fodnote 15, præmis 36.

52 – Fazenda Pública-dommen, nævnt i fodnote 46, præmis 22.

53 – Jf. dom af 15.5.1990, Comune di Carpaneto Piacentino, nævnt i fodnote 47, præmis 11.

54 – I Fazenda Pública-dommen, nævnt i fodnote 46, præmis 22, betragtede Domstolen heller ikke udlejningen af en parkeringsplads isoleret, men forvaltningen af offentlige parkeringspladser som helhed.

55 – Dom af 4.10.1995, sag C-291/92, Armbrrecht, Sml. I, s. 2775. Jf. særligt vedrørende fradragsretten i forbindelse med goder, der er anvendt som led i udøvelsen af offentlig myndighed: dom af 2.6.2005, sag C-378/02, Waterschap Zeeuws Vlaanderen, Sml. I, s. 4685.

56 – Dom af 25.2.1999, sag C-349/96, CPP, Sml. I, s. 973, præmis 29. Jf. tillige dom af

27.10.2005, sag C-41/04, Levob, Sml. I, s. 9433, præmis 20.

57 – Jf. mit forslag til afgørelse af 4.5.2006 i sag C-251/05, Talacre Beach Caravan Sales, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, punkt 32 ff.

58 – Jf. dom af 15.12.1995, sag C-415/93, Bosman, Sml. I, s. 4921, præmis 61, af 13.3.2001, sag C-379/98, PreussenElektra, Sml. I, s. 2099, præmis 39.

59 – Dom af 17.10.1989, Comune di Carpaneto Piacentino m.fl., nævnt i fodnote 30, præmis 24. Jf. dom af 8.6.2006, sag C-430/04, Feuerbestattungsverein Halle, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 25.

60 – Dom af 2.6.2005, sag C-378/02, Waterschap Zeeuws Vlaanderen, Sml. I, s. 4685, præmis 32.

61 – Dom af 20.11.2003, sag C-8/01, Taksatorringen, Sml. I, s. 13711.

62 – Taksatorringen-dommen, nævnt i fodnote 61, præmis 63.

63 – Ifølge CEPT's ECC-beslutning (02) 06 vil frekvensbåndet 2500-2690 MHz blive stillet til rådighed pr. 1.1.2008 til IMT-2000/UMTS-mobilkommunikation, foruden de frekvenser, hvor der allerede er tildelt tilladelser til de første 3G-tjenester.

64 – Den af appellanterne fremførte hypotese om, at en ikke-afgiftspligtig person (f.eks. et statsligt organ), som ikke har fradragsret for indgående moms, kan erhverve en tilladelse, synes meget lidt sandsynlig. Hvis et statsligt organ anvender en tilladelse i overensstemmelse med formålet med henblik på at udføre teletjenester, er det afgiftspligtigt i henhold til sjette direktivs artikel 4, stk. 5, tredje afsnit, sammenholdt med bilag D. Den betragtning, at fradrag for indgående moms kunne være udelukket, hvis tilladelserne ikke blev anvendt til afgiftspligtig virksomhed, er ligeledes noget hypotetisk.

65 – Jf. punkt 12 og 13 ovenfor.

66 – Nævnt i fodnote 46, præmis 32.

67 – Dom af 13.11.1990, sag C-106/89, Marleasing, Sml. I, s. 4135, præmis 8. Nævnt første gang i dom af 10.4.1984, sag 14/83, Von Colson og Kamann, Sml. s. 1891, præmis 26. Jf. endvidere dom af 14.7.1994, sag C-91/92, Faccini Dori, Sml. I, s. 3325, præmis 26, og af 5.10.2004, forenede sager C-397/01 – C-403/01, Pfeiffer m.fl., Sml. I, s. 8835, præmis 113.

68 – Von Colson og Kamann-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 67, præmis 26, Marleasing-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 67, præmis 8, Faccini Dori-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 67, præmis 26, og dommen i sagen Pfeiffer m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 67, præmis 113.

69 – Jf. de i fodnote 67 nævnte domme (med undtagelse af Von Colson og Kamann-dommen).

70 – Dom af 7.1.2004, sag C-201/02, Wells, Sml. I, s. 723, præmis 57.

71 – Dom af 26.2.1986, sag 152/84, Marshall, Sml. s. 723, præmis 48, Marleasing-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 67, præmis 6, Faccini Dori-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 67, præmis 20, Wells-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 70, præmis 57, og dommen i sagen Pfeiffer m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 67, præmis 108.

72 – Jf. i denne retning dom 25.2.1999, sag C-131/97, Carbonari m.fl., Sml. I, s. 1103, præmis 49

og 50, og dommen i sagen Pfeiffer m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 67, præmis 115.

73 – Dommen i sagen Pfeiffer m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 67, præmis 116.

74 – Jf. dom af 16.6.2005, sag C-105/03, Pupino, Sml. I, s. 5285, præmis 47. Denne dom vedrørte en rammeafgørelse, der var baseret på EU-traktaten. Den nævnte passage gælder imidlertid også for direktiver i henhold til EF-traktaten.