

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

J. KOKOTT

van 7 september 2006 1(1)

Zaak C-369/04

Hutchison 3G UK Ltd e.a.

tegen

Commissioners of Customs & Excise

[verzoek van het VAT and Duties Tribunal London (Verenigd Koninkrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Zesde btw-richtlijn – Begrip economische activiteit – Publiekrechtelijke lichamen als belastingplichtigen – Veiling van vergunningen voor gebruik van frequenties voor telecommunicatiediensten van derde generatie (UMTS/IMT-2000)”

I – Inleiding

1. In de periode van maart tot april 2000 heeft het Verenigd Koninkrijk als eerste lidstaat een veiling georganiseerd voor vijf vergunningskavels voor het gebruik van bepaalde frequentiebanden voor het aanbieden van mobiele telecommunicatiediensten volgens de UMTS/IMT-2000-norm(2) (ook mobiele telefoniecommunicatiediensten van de derde generatie – 3G – genaamd). Toestellen voor 3G mobiele telecommunicatie kunnen gegevens sneller overdragen dan de oudere generaties van mobiele telefoons. Met dergelijke toestellen is het inzonderheid mogelijk, multimediadiensten, zoals videoconferenties, internettoegang en online-amusement, aan te bieden. De invoering van UMTS mobiele telecommunicatie wordt beschouwd als een belangrijke technische vooruitgang, waardoor telecommunicatiebedrijven op tal van nieuwe gebieden actief kunnen worden.

2. Om die reden waren ondernemingen bereid een hoge vergoeding te betalen voor de vergunning. De veiling bracht het Radiocommunications Agency (hierna: „RA”) in totaal circa 22,5 miljard GBP (toentertijd circa 38,4 miljard EUR) op. Het RA is een onder het Department for Trade and Industry (ministerie van Handel en Industrie; hierna: „Department”) ressorterende overheidsinstantie. Het RA organiseerde de veiling in naam van de Secretary of State for Trade and Industry (minister van Handel en Industrie).

3. Vijf telecommunicatiebedrijven, de appellanten in het hoofdgeding, kochten elk een vergunningskavel op de veiling. Zij zijn van mening dat de afgifte van de vergunningen een aan de belasting over de toegevoegde waarde (hierna: „btw”) onderworpen handeling was, en dat in de vergoedingen voor de vergunning bijgevolg btw was begrepen. Zij vorderen thans de terugbetaling van de btw die zij stellen te hebben betaald(3), een bedrag van 3 347 698 000 GBP (circa 5

miljard EUR), op grond van hun recht op aftrek van dat bedrag aan voorbelasting. De belastinginstanties van het Verenigd Koninkrijk zijn echter van mening dat de veiling van de vergunningen geen belastbare activiteit in de zin van de Zesde btw-richtlijn(4) (hierna: „Zesde richtlijn”) was.

4. Volgens artikel 4, leden 1 en 2, van de Zesde richtlijn zijn handelingen slechts belastbaar wanneer zij door een belastingplichtige worden verricht in het kader van zijn economische activiteit. Volgens artikel 4, lid 5, van de richtlijn worden de staat en zijn lichamen in beginsel niet als belastingplichtigen aangemerkt wanneer zij als overheid handelen. In het onderhavige geding staat de uitlegging van die bepalingen in de context van de veiling van de UMTS-vergunningen centraal.

5. In een parallel ingediend verzoek om een prejudiciële beslissing(5) stelt het Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien (burgerlijke rechtbank te Wenen) soortgelijke vragen inzake de beoordeling van de veiling van UMTS-vergunningen in Oostenrijk. Ook in die zaak neem ik vandaag conclusie.

6. Daarenboven hebben andere lidstaten het Britse voorbeeld gevolgd en eveneens hoge vergoedingen voor de vergunningen ontvangen, hoewel – per potentiële mobiele telecommunicatieklant gerekend – niet evenveel als in het Verenigd Koninkrijk.(6) De onderhavige en de parallelle Oostenrijkse zaak zijn dus niet alleen vanwege de zeer hoge in het geding zijnde bedragen van bijzonder belang, maar ook vanwege hun precedentwaarde voor soortgelijke rechtsgeschillen in andere lidstaten.

II – Toepasselijke bepalingen

A – Btw-wetgeving

1. Gemeenschapsrecht

7. Krachtens artikel 2, punt 1, van de Zesde richtlijn zijn aan de btw onderworpen:

„de leveringen van goederen en de diensten, welke in het binnenland door een als zodanig handelende belastingplichtige onder bezwarende titel worden verricht”.

8. Artikel 4 van de Zesde richtlijn definieert het begrip belastingplichtige als volgt:

„1. Als belastingplichtige wordt beschouwd ieder die, ongeacht op welke plaats, zelfstandig een van de in lid 2 omschreven economische activiteiten verricht, ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteit.

2. De in lid 1 bedoelde economische activiteiten omvatten alle werkzaamheden van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter, met inbegrip van de winning van delfstoffen, de landbouw en de uitoefening van vrije of daarmee gelijkgestelde beroepen. Als economische activiteit wordt onder andere beschouwd de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.

[...]

5. De staat, de regio's, de gewesten, de provincies, de gemeenten en de andere publiekrechtelijke lichamen worden niet als belastingplichtigen aangemerkt voor de werkzaamheden of handelingen die zij als overheid verrichten, ook niet indien zij voor die werkzaamheden of handelingen rechten, heffingen, bijdragen of retributies innen.

Wanneer deze lichamen evenwel zodanige werkzaamheden of handelingen verrichten, moeten zij daarvoor als belastingplichtige worden aangemerkt, indien een behandeling als niet-belastingplichtige tot concurrentievervalsing van enige betekenis zou leiden.

Genoemde lichamen worden in elk geval beschouwd als belastingplichtig met name voor de in bijlage D genoemde werkzaamheden, voor zover deze niet van onbeduidende omvang zijn.

[...]"

9. In punt 1 van bijlage D zijn de telecommunicatiediensten vermeld als werkzaamheid als bedoeld in artikel 4, lid 5, derde alinea, van de Zesde richtlijn.

2. Nationale wettelijke regeling

10. Section 4(1) van de Value Added Tax Act 1994 (wet van 1994 op de belasting over de toegevoegde waarde; hierna: „VAT Act 1994”) bepaalt:

„De btw wordt geheven over alle leveringen van goederen of dienstverrichtingen in het Verenigd Koninkrijk, voor zover het gaat om belastbare leveringen of dienstverrichtingen door een belastingplichtige in het kader van diens economische activiteit.”

11. In Section 41(1) VAT Act 1994 is voorts bepaald:

„Deze wet is op dezelfde wijze van toepassing op belastbare leveringen of dienstverrichtingen door de Staat als op belastbare leveringen of dienstverrichtingen door belastingplichtigen.”

12. Section 41(2) VAT Act 1994 bepaalt:

„Wanneer een levering van goederen of een dienstverrichting door een overheidsinstantie geen economische activiteit vormt, doch wanneer soortgelijke goederen of diensten naar het oordeel van de Treasury (kunnen) worden geleverd of verricht door een belastingplichtige in het kader van een economische activiteit, wordt de levering van deze goederen of deze dienstverrichting door deze overheidsinstantie, indien de Treasury dat zo bepaalt, voor de toepassing van deze wet beschouwd als een levering van goederen of een dienstverrichting in het kader van haar economische activiteit.”

13. Op 14 april 2000 heeft de Treasury van het Verenigd Koninkrijk Treasury (Taxing) Directions (richtsnoeren van het ministerie van Financiën inzake belasting; hierna: „richtsnoeren”) vastgesteld. Volgens deze richtsnoeren wordt „een levering van goederen of dienstverrichting zoals omschreven in lijst 2 door een in lijst 1 vermelde overheidsinstantie, voor de toepassing van de [VAT Act 1994] beschouwd als een levering van goederen of een dienstverrichting in het kader van een economische activiteit van deze instantie”. Het Department of Trade and Industry was vermeld in lijst 1. Lijst 2 verwees onder meer zowel naar „de afgifte van vergunningen, de certificering, de machtiging of de toekenning van andere rechten dan met de grond verbonden rechten” als naar „telecommunicatiediensten”.

B – *Juridische context van de toewijzing van UMTS-frequenties*

14. Radiofrequenties zijn een schaarse hulpbron. Het technisch bruikbare frequentiespectrum is reeds grotendeels toegewezen aan verschillende diensten en toepassingen. Om interferentie te voorkomen beschikt iedere toepassing over een welbepaald onderling afgescheiden segment (frequentieband). De wereldwijde frequentie-indeling is het resultaat van werkzaamheden in het kader van de Internationale Unie voor Telecommunicatie (ITU), een internationale organisatie

onder auspiciën van de Verenigde Naties.

15. In 1992 heeft de door de ITU georganiseerde World Administrative Radio Conference (Wereldadministratieve Radioconferentie) een principebesluit genomen betreffende de frequentiebanden voor mobiele telecommunicatie volgens de UMTS/IMT-2000 norm. In resolutie 212 stelde de World Radio Conference (Wereldradioconferentie) van 1997 te verwachten dat mobiele telecommunicatiediensten volgens de IMT-2000 norm rond het jaar 2000 beschikbaar zouden zijn.

16. Op Europees niveau verrichtte de Conférence Européenne des administrations des postes et des télécommunications (CEPT)(7) verder voorbereidend werk voor de invoering van de derde generatie van mobiele communicatie. In besluit ERC/DEC(97)/07 van 30 juni 1997(8) definieerde het van die organisatie deel uitmakende European Radiocommunications Committee (Europees Comité voor radiocommunicatie) inzonderheid het beschikbare frequentiespectrum.

17. Het voor de derde generatie van mobiele communicatie voorbehouden frequentiespectrum kan verder worden onderverdeeld in segmenten, waarin meerdere aanbieders parallel mobiele telecommunicatienetwerken kunnen exploiteren. De vorm en het aantal daartoe toegekende vergunningen verschilt van lidstaat tot lidstaat.(9) Terwijl het spectrum bijvoorbeeld in Oostenrijk en Duitsland onder zes aanbieders werd verdeeld, waren dat er in België en Frankrijk slechts drie. Bij de vaststelling van de bandbreedten, die voor de exploitatie van een net worden toegewezen, bestaat dus – binnen de grenzen van de technische minimumvereisten – een zekere speelruimte.

1. Gemeenschapsrecht

18. Ten tijde van de feiten van het hoofdgeding vormde richtlijn 97/13/EG(10) het gemeenschapsrechtelijke kader voor de toekenning van algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten.

19. Krachtens artikel 3, lid 3, van richtlijn 97/13 „[mogen] de lidstaten slechts dan een individuele vergunning afgeven indien de begunstigde toegang tot schaarse materiële of andere hulpbronnen verkrijgt of indien deze aan bijzondere verplichtingen is onderworpen of bijzondere rechten geniet overeenkomstig het bepaalde in hoofdstuk III”.

20. Hoofdstuk III van de richtlijn (de artikelen 7 tot en met 11) bevat nadere bepalingen betreffende de individuele vergunningen. In artikel 10 is bepaald dat de lidstaten het aantal individuele vergunningen slechts mogen beperken voor zover dit is vereist voor het efficiënte gebruik van radiofrequenties. Daarbij dienen zij in het bijzonder voldoende belang te hechten aan de noodzaak ervoor te zorgen dat de voordelen voor gebruikers zo groot mogelijk zijn en de ontwikkeling van concurrentie te bevorderen. De lidstaten dienen dergelijke individuele vergunningen te verlenen op basis van selectiecriteria die objectief, gedetailleerd, transparant, proportioneel en niet-discriminerend zijn.

21. Volgens artikel 11, lid 1, van richtlijn 97/13 moeten voor de afgifte van de vergunning kostendeckende vergoedingen worden geheven. Op grond van lid 2 kunnen bovendien nog andere heffingen worden vastgesteld:

„Indien gebruik moet worden gemaakt van schaarse hulpbronnen, kunnen de lidstaten, in weerwil van lid 1, hun nationale regelgevende instanties toestaan heffingen te innen om een optimaal gebruik van deze hulpbronnen te waarborgen. Die heffingen dienen niet-discriminerend te zijn en met name rekening te houden met de noodzaak de ontwikkeling van innovatieve diensten en concurrentie te bevorderen.”

22. Richtlijn 97/13 werd ingetrokken bij richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en diensten (Kaderrichtlijn).⁽¹¹⁾ In tegenstelling tot richtlijn 97/13 is thans in artikel 9, lid 3, van richtlijn 2002/21 bepaald, dat de lidstaten kunnen toestaan dat ondernemingen rechten op het gebruik van radiofrequenties overdragen aan andere ondernemingen.

23. Artikel 9, lid 4, van richtlijn 2002/21 stelt dienaangaande het volgende vast:

„De lidstaten zorgen ervoor dat het voornemen van een onderneming om de rechten op het gebruik van radiofrequenties over te dragen, wordt meegedeeld aan de nationale regelgevende instantie die verantwoordelijk is voor de toewijzing van het spectrum en dat elke overdracht plaatsvindt overeenkomstig door de nationale regelgevende instanties vastgestelde procedures en bekend wordt gemaakt. De nationale regelgevende instanties zorgen ervoor dat er geen concurrentievervalsing ontstaat als gevolg van een dergelijke overdracht. Wanneer het gebruik van de radiofrequenties is geharmoniseerd door toepassing van beschikking nr. 676/2002/EG (radiospectrumbeschikking) of andere communautaire maatregelen, mag die overdracht niet leiden tot een verandering van het gebruik van de radiofrequentie.”

24. Van belang voor deze zaak is voorts beschikking nr. 128/1999/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 1998 betreffende de gecoördineerde invoering van de derde generatie van mobiele draadloze communicatiesystemen (UMTS) in de Gemeenschap⁽¹²⁾ (hierna: „UMTS-beschikking”). Met deze beschikking gaven het Parlement en de Raad als het ware het startschot voor de invoering van UMTS in heel de Gemeenschap.

25. De considerans van de UMTS-beschikking verwijst naar de internationale ontwikkelingen en voorschriften voor de derde generatie van mobiele communicatie. Artikel 3, lid 1, van de UMTS-beschikking legt de lidstaten de verplichting op om vóór 1 januari 2000 een vergunningstelsel voor UMTS-diensten in te voeren. Volgens artikel 3, lid 3, dienen zij daarbij er „in overeenstemming met de communautaire regelgeving [...] op toe [te zien] dat de levering van UMTS wordt georganiseerd [...] op frequentiebanden die door de CEPT zijn geharmoniseerd [...]”.

2. Nationale wettelijke regeling

26. Krachtens Section 1 van de Wireless Telegraphy Act 1949 (wet op de draadloze telegrafie van 1949; hierna: „WTA 1949”) „[is] het verboden een station voor draadloze telegrafie op te richten of te gebruiken, of apparatuur voor draadloze telegrafie te installeren of te gebruiken, behoudens krachtens een vergunning die overeenkomstig deze Section is verleend – (a) door de Secretary of State”. De WTA 1949 stelt strafsancities op overtredingen van dit verbod.

27. In 1997 hebben het Department en het RA veel voorbereidend werk verricht voor de veiling van de UMTS-vergunningen. De betrokken kringen werden gehoord en externe adviseurs werden geraadpleegd. Op grond van die voorbereiding is de wettelijke basis voor de toekenning van de UMTS-vergunningen vastgesteld.

28. De Wireless Telegraphy Act van 1998 (hierna: „WTA 1998”) bepaalde de hoofdlijnen voor

de toekenning van vergunningen en maakte het in het bijzonder mogelijk bedragen te innen die hoger waren dan kostendeekkende vergoedingen. Bij de vaststelling van die bedragen moest rekening worden gehouden met:

- het doeltreffende gebruik en beheer van het elektromagnetische spectrum,
- de economische voordelen als gevolg van het gebruik van draadloze telegrafie,
- de ontwikkeling van innovatieve diensten, en
- de mededinging op het gebied van telecommunicatiediensten.

29. De toekenning van UMTS-vergunningen werd nader geregeld in de Wireless Telegraphy (Third Generation Licences) Regulations 1999 [Reglementen op de draadloze telegrafie (3G-vergunningen) van 1999; hierna: „WTA Regulations”]. De bijlage bij de WTA Regulations preciseert in het bijzonder het spectrumsegment van de vijf toe te kennen vergunningen. Zo omvatten de vergunningen A en B elk een gepaard spectrumsegment(13) van 2 x 15 MHz, de vergunningen C, D en E elk een gepaard spectrumsegment van 2 x 10 MHz. De A-vergunning is voorbehouden voor een nieuwkomer op de Britse markt voor mobiele telecommunicatie.

30. De regels voor de deelname aan en het verloop van de veiling werden in detail uiteengezet in een mededeling van 22 december 1999. Als voorwaarde voor de deelname aan de veiling moest onder meer een waarborg van aanvankelijk 50 miljoen GBP worden betaald. Voorts gold naargelang van de omvang van de vergunning een minimumbiedprijs tussen 89,3 en 125 miljoen GBP.

31. De handel in radiofrequenties, die de lidstaten op grond van artikel 9, lid 3, van richtlijn 2002/21 kunnen toestaan, is tot op heden nog niet ingevoerd in het Verenigd Koninkrijk.

III – Feiten en prejudiciële vragen

32. Aan de veiling, die van 6 maart tot 27 april 2000 duurde, namen in totaal vier reeds in het Verenigd Koninkrijk gevestigde ondernemingen en negen potentiële nieuwe marktdeelnemers deel. De volgende bidders kregen een vergunning toegewezen:

Vergunning

Winnende bidder

Eindbod in GBP

Vergunning A (voorbehouden aan een nieuwkomer op de markt)

TIW UMTS (UK) Limited (thans Hutchison 3G UK Limited) (nieuwkomer)

4 384 700 000

Vergunning B

Vodafone Limited (gevestigde operator)

5 964 000 000

Vergunning C

BT3G Limited(14) (gevestigde operator)

4 030 100 000

Vergunning D

One2One Personal Communications Limited (thans T-Mobile [UK] Limited) (gevestigde operator)

4 003 600 000

Vergunning E

Orange 3G Limited (gevestigde operator)

4 095 000 000

Totaal:

22 477 400 000

33. De vergunningen werden in mei respectievelijk september 2000 toegekend en blijven geldig tot 31 december 2021. De winnende bidders betaalden de vergoeding voor de vergunning volledig in het jaar 2000. De kosten voor de overheid voor de voorbereiding en organisatie van de veiling bedroegen 8 miljoen GBP (circa 13,7 miljoen EUR).

34. De vergunninghouders zijn onder meer verplicht vanaf 31 december 2007 telecommunicatiediensten te (blijven) verstrekken in een gebied waar ten minste 80 % van de bevolking van het Verenigd Koninkrijk leeft. Bovendien dienen zij in het bezit te zijn van een vergunning als bedoeld in Section 7 van de Telecommunications Act (telecommunicatiewet) 1984, die hun in het algemeen het recht geeft om mobiele telecommunicatiediensten te verrichten.

35. Appellanten zijn van mening dat in de vergoeding voor de vergunning btw was begrepen. Daarom vorderden zij de terugbetaling van de btw als voorbelasting op hun eigen belastbare handelingen. De Commissioners of Customs & Excise hebben de terugbetaling geweigerd. Volgens hen was de afgifte van de vergunningen geen aan de btw onderworpen handeling. Nadat hun vordering in eerste aanleg was afgewezen, maken appellanten hun vorderingen thans geldend voor het VAT and Duties Tribunal, dat bij beschikking van 24 augustus 2004 het Hof van Justitie krachtens artikel 234 EG heeft verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

1. Moet het begrip „economische activiteiten” in de zin van artikel 4, leden 1 en 2, van de Zesde richtlijn, gelet op de omstandigheden die in het overzicht van de tussen partijen vaststaande feiten zijn uiteengezet, aldus worden uitgelegd dat de afgifte van de vergunningen door de Secretary of State via een veiling van rechten op het gebruik van telecommunicatieapparatuur in bepaalde delen van het elektromagnetische spectrum (hierna: „activiteit”) onder dat begrip valt, en welke overwegingen zijn van belang voor het antwoord op deze vraag?

2. Welke overwegingen zijn, gelet op de omstandigheden die in het overzicht van de tussen partijen vaststaande feiten zijn uiteengezet, van belang voor het antwoord op de vraag of de Secretary of State in het kader van de activiteit al dan niet handelde „als overheid” in de zin van

artikel 4, lid 5, van de Zesde richtlijn?

3. Kan de activiteit, gelet op de omstandigheden die in het overzicht van de tussen partijen vaststaande feiten zijn uiteengezet, (i) ten dele wel en ten dele niet een economische activiteit vormen, en/of (ii) ten dele wel en ten dele niet zijn verricht door een publiekrechtelijk lichaam dat als overheid handelde, met als gevolg dat de activiteit krachtens de Zesde richtlijn ten dele wel en ten dele niet aan de btw is onderworpen?

4. Hoe waarschijnlijk moet een „concurrentievervalsing van enige betekenis” in de zin van artikel 4, lid 5, tweede alinea, van de Zesde richtlijn zijn en hoe snel moet zij volgen op de verrichting van de activiteit, om de persoon die deze verricht, met betrekking tot deze activiteit op grond van die alinea als belastingplichtige te moeten beschouwen? In welke mate is het beginsel van fiscale neutraliteit eventueel van belang voor het antwoord op deze vraag?

5. Valt de afgifte van de vergunningen door de Secretary of State via een veiling van rechten op het gebruik van telecommunicatieapparatuur in bepaalde delen van het elektromagnetische spectrum, gelet op de omstandigheden die in het overzicht van de tussen partijen vaststaande feiten zijn uiteengezet, onder het begrip „telecommunicatiediensten” in bijlage D bij de Zesde richtlijn (waarnaar wordt verwezen in artikel 4, lid 5, derde alinea, van de Zesde richtlijn)?

6. Wanneer (i) een lidstaat in een wet ter uitvoering van artikel 4, leden 1 en 5, van de Zesde richtlijn aan een overheidsinstantie (zoals in casu de Treasury van het Verenigd Koninkrijk) de wettelijke bevoegdheid verleent om richtsnoeren vast te stellen waarin wordt bepaald welke leveringen van goederen of dienstverrichtingen door een overheidsinstantie als belastbare leveringen van goederen of dienstverrichtingen worden beschouwd, en (ii) die overheidsinstantie krachtens deze wettelijke bevoegdheid richtsnoeren vaststelt of voornemens is vast te stellen waarin wordt bepaald dat sommige leveringen belastbaar zijn, is het beginsel dat het Hof van Justitie in punt 8 van zijn arrest van 13 november 1990, *Marleasing* (C-106/89, Jurispr. blz. I-4135) heeft geformuleerd, dan van belang voor de uitlegging van de nationale wetgeving en van deze richtsnoeren (en zo ja, in hoeverre)?

IV – Juridische beoordeling

A – *Eerste prejudiciële vraag: is er sprake van een economische activiteit?*

36. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de afgifte van vergunningen die recht geven op het gebruik van telecommunicatieapparatuur in bepaalde delen van het elektromagnetische spectrum, een economische activiteit is in de zin van artikel 4, leden 1 en 2, van de Zesde richtlijn.

37. Krachtens artikel 4, lid 1, van de Zesde richtlijn wordt eenieder die zelfstandig een economische activiteit verricht, ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteit, als belastingplichtige beschouwd. Dit voorschrift bepaalt dus niet alleen wie belastingplichtig kan zijn, maar ook onder welke omstandigheden de activiteit van een persoon aan de btw onderworpen is.

38. Artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn bevat een zeer ruime opsomming van wat als economische activiteit in de zin van lid 1 te beschouwen is. Naast alle werkzaamheden van een fabrikant, handelaar en dienstverrichter, behoort daartoe met name ook de exploitatie van een onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.

39. Uit deze definitie heeft het Hof van Justitie afgeleid „dat het begrip ‚economische activiteiten’ een ruime werkingssfeer heeft, alsook dat het een objectief karakter heeft, in die zin dat de activiteit op zichzelf wordt beschouwd, onafhankelijk van het oogmerk of het resultaat van

de activiteit".(15)

40. Derhalve is het subjectieve voornemen dat de betrokkene met zijn activiteit nastreeft irrelevant. Anders zou de belastingadministratie moeten onderzoeken wat de belastingplichtige voorheeft, wat ingaat tegen de doelstellingen van het gemeenschappelijk btw-stelsel. Dit stelsel beoogt immers de rechtszekerheid te garanderen en de verrichtingen rond de toepassing van de btw te vergemakkelijken door, uitzonderingsgevallen daargelaten, af te gaan op de objectieve aard van de betrokken handeling.(16)

41. Om te beginnen zal ik het bezwaar onderzoeken, dat alleen al omdat de veiling van de UMTS-vergunningen tot doel had de markt te reguleren, geen sprake kan zijn van een economische activiteit. Vervolgens moet worden onderzocht, of de handeling moet worden aangemerkt als de exploitatie van een onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen in de zin van artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn.

1. Sluit de doelstelling van marktregulering een economische activiteit uit?

42. De dieperliggende oorzaak van de veiling van de vergunningen is de omstandigheid dat radiofrequenties een schaars goed zijn. Internationale overeenkomsten bepalen welk deel van het elektromagnetische spectrum voor UMTS-diensten kan worden gebruikt. Binnen dat bereik kan slechts een beperkt aantal mobiele communicatienetwerken parallel worden geëxploiteerd. Regulerend overheidsoptreden is noodzakelijk ter verzekering van het geregelde en storingsvrije gebruik van de frequenties.

43. De UMTS-beschikking verplicht de lidstaten de nodige administratieve procedures vast te stellen voor de invoering van UMTS-diensten.

44. Richtlijn 97/13 en de nationale uitvoeringsmaatregelen ervan vormen het concrete rechtskader dat de lidstaten bij de toewijzing van frequentiebanden in acht dienen te nemen. Op grond van artikel 10 van richtlijn 97/13 dienen zij individuele vergunningen te verlenen op basis van selectiecriteria die objectief, gedetailleerd, transparant, proportioneel en niet-discriminerend zijn. Volgens artikel 11, lid 2, van richtlijn 97/13 mogen zij in dat verband heffingen innen om een optimaal gebruik van deze hulpbronnen te waarborgen.

45. Het Verenigd Koninkrijk heeft besloten om vergunningen, die recht geven op het gebruik van bepaalde radiofrequenties, te veilen. De opbrengst van de veiling werd beschouwd als een heffing in de zin van artikel 11, lid 2, van richtlijn 97/13. Volgens het Verenigd Koninkrijk moest de veilingprocedure het mogelijk maken de ondernemingen te identificeren die aan de vergunningen de grootste economische waarde toekenden, en die dan ook de garantie boden dat de vergunningen zo doeltreffend mogelijk zouden worden gebruikt. Het was daarentegen niet de bedoeling hoge overheidsinkomsten te genereren.

46. Volgens de lidstaten die opmerkingen hebben ingediend en de Commissie volgt uit die omstandigheden dat de afgifte van UMTS-vergunningen door de Secretary of State of het RA geen economische activiteit was in de zin van artikel 4, leden 1 en 2, van de Zesde richtlijn, maar een marktregulerende maatregel.

47. Dit standpunt kan niet worden aanvaard.

48. Of een activiteit een economische activiteit in de zin van de btw-wetgeving is, hangt af van de objectieve aard ervan, die moet worden bepaald aan de hand van de concrete uiterlijke omstandigheden. De met de activiteit nagestreefde doelstelling van regulering van de toegang tot de UMTS-markt conform de gemeenschapsrechtelijke voorschriften, en van selectie van de meest

geschikte aanbieder van mobiele telecommunicatie, is daarentegen irrelevant. Volgens de aangehaalde rechtspraak moet immers bij de kwalificatie van een activiteit geen rekening worden gehouden met dergelijke doelstellingen.(17)

49. Het voorwerp van de veiling was het recht om gedurende 20 jaar bepaalde radiofrequenties te gebruiken voor de exploitatie van een mobiele telecommunicatienetwerk. Dit recht werd toegekend aan de meestbiedende ondernemingen op de veiling.

50. Hoe de afgifte van de vergunning door de staat daarbij juridisch moet worden gekwalificeerd – als een bestuursrechtelijke vergunning of een privaatrechtelijke dienst – is voor de vaststelling van de objectieve aard van de activiteit net zo weinig relevant als de kwalificatie – als heffing of prijs – van de corresponderende tegenprestatie van de onderneming.(18) De vergunning werd immers hoe dan ook slechts tegen betaling van de veilingprijs afgegeven, zodat er een rechtstreeks verband bestaat tussen de betaling van een geldbedrag en de afgifte van de vergunning. Het betaalde bedrag is overigens geen vergoeding die enkel de administratieve kosten dekt.

51. De partijen zijn het oneens over het antwoord op de vraag, of de veiling zelfs zo was ontworpen, dat daarmee bijzonder hoge opbrengsten zouden worden verkregen. Zo zou bijvoorbeeld de omstandigheid dat er in totaal slechts vijf en niet – zoals bijvoorbeeld in Duitsland – zes vergunningen werden verleend kunnen worden beschouwd als een kunstmatige beperking van het aanbod, die de opbrengst verder opdreef. De beslissing om vijf vergunningen op de markt te brengen zou haar rechtvaardiging echter ook kunnen vinden in overwegingen betreffende de regulering van de markt.(19) Met het oog op een scherpere mededinging was er, naast de vier gevestigde operatoren, op de markt een nieuwkomer nodig. Zo de markt tussen nog meer concurrenten had moeten worden verdeeld, dan zou de rentabiliteit van de hoge investeringen in de netwerken mogelijkwijze niet meer zeker zijn geweest.

52. Deze vraag verlangt uiteindelijk echter net zo min een antwoord als de vraag, of het verkrijgen van opbrengst überhaupt een rol heeft gespeeld bij het ontwerp van de procedure voor de toekenning van de vergunningen.

53. Objectief beschouwd heeft de Secretary of State de vergunningen immers verleend tegen betaling van een geldbedrag, dat de economische waarde van de vergunningen diende te weerspiegelen en een veelvoud was van de kosten van de toekenningsprocedure. Daarenboven was het verkrijgen van aanzienlijke inkomsten van meet af aan gepland, aangezien de regering in de veilingvoorschriften minimumbiedingen had vastgesteld die tot 125 miljoen GBP bedroegen. Voor de vraag, hoe de veiling van de vergunningen ten behoeve van de btw moet worden gekwalificeerd, is het irrelevant of het verkrijgen van die opbrengsten bij het handelen van de regering centraal stond of er slechts een neveneffect van was, dat noodzakelijkerwijs gepaard ging met deze vorm van gunningsprocedure.

54. Aan de kwalificatie als economische activiteit staat evenmin in de weg, dat de toekenning van de vergunningen uiteindelijk aansluit bij een sterk door het gemeenschapsrecht beïnvloed regelgevingskader. Ook de naleving van deze rechtsregels vormt immers slechts een (dwingend voorgeschreven) doelstelling, die bij de beoordeling of sprake is van een economische activiteit buiten beschouwing dient te blijven.(20)

55. Uit bijlage D, punt 7, van de Zesde richtlijn blijkt dat een regulerende activiteit aan de btw onderworpen kan zijn als economische activiteit. Daarin worden de handelingen van de landbouwinterventiebureaus met betrekking tot landbouwproducten, die worden verricht op grond van verordeningen houdende een gemeenschappelijke marktordening voor deze producten, vermeld als werkzaamheden, die krachtens artikel 4, lid 5, derde alinea, van de Zesde richtlijn

steeds als aan de btw onderworpen overheidswerkzaamheden worden beschouwd. Over de verkoop door een interventiebureau van producten uit zijn voorraden dient dus btw te worden betaald, hoewel daarmee in de eerste plaats de marktregulering, en niet het verkrijgen van opbrengsten wordt beoogd.

56. Door af te gaan op de objectieve uiterlijke kenmerken van de handeling verkrijgt het begrip economische activiteit een ruime werkingssfeer, wat in overeenstemming is met de opvatting van het Hof ter zake.⁽²¹⁾ Zou reeds in dit stadium van de beoordeling rekening worden gehouden met het feit dat een overheidsinstantie optreedt ter verwezenlijking van haar wettelijke regulerende taak, dan zou de werkingssfeer van de richtlijn van meet af aan aanzienlijk kleiner zijn. In het bijzonder zou er maar weinig ruimte overblijven voor de toepassing van artikel 4, lid 5, van de Zesde richtlijn, hoewel daarin voor overheidsinstanties specifieke regels zijn neergelegd.

57. Het Hof van Justitie heeft inderdaad vastgesteld, in het bijzonder in het zogenaamde arrest Eurocontrol⁽²²⁾, waar een aantal partijen naar verwijzen, dat er geen sprake is van een economische activiteit in de zin van de mededingingsregels van het EG-Verdrag, wanneer functies worden uitgeoefend die tot het openbare gezag behoren.

58. In het mededingingsrecht heeft het begrip economische activiteit evenwel een andere betekenis dan in de Zesde btw-richtlijn. In het mededingingsrecht is de uitoefening van overheidsgezag een criterium op grond waarvan een economische activiteit buiten de werkingssfeer ervan valt. Het mededingingsrecht voorziet echter niet in een specifieke regeling voor de activiteiten van de staat waarbij overheidsgezag wordt uitgeoefend.

59. Het begrip economische activiteit in artikel 4, leden 1 en 2, van de Zesde richtlijn is ruimer dan het overeenkomstige begrip in het mededingingsrecht. De uitoefening van overheidsgezag is hier in eerste instantie irrelevant. Integendeel, eerst in een later stadium wordt ermee rekening gehouden, namelijk in het kader van de bijzondere regeling van artikel 4, lid 5. Zou overheidsoptreden naar analogie met het mededingingsrecht steeds buiten de werkingssfeer van de Zesde btw-richtlijn vallen, dan zou die bepaling grotendeels overbodig zijn.

2. De exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen

60. Op grond van artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn wordt in het bijzonder als economische activiteit beschouwd de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen. Het recht om bepaalde delen van het frequentiespectrum te gebruiken voor mobiele telecommunicatie is een onlichamelijke zaak.

61. Volgens vaste rechtspraak heeft het begrip „exploitatie”, overeenkomstig de vereisten van het beginsel van neutraliteit van het gemeenschappelijk btw-stelsel, betrekking op alle handelingen, ongeacht hun rechtsvorm.⁽²³⁾ Zo heeft het Hof bijvoorbeeld de verhuring beschouwd als de exploitatie van een zaak, die aan te merken is als een economische activiteit in de zin van artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn.⁽²⁴⁾ Het Verenigd Koninkrijk heeft appellanten tegen betaling van een heffing een in de tijd beperkte vergunning voor het gebruik van frequenties toegewezen. Die handeling, die veel weg heeft van een verhuring of verpachting, moet worden beschouwd als de exploitatie van een onlichamelijke zaak om er opbrengst uit te verkrijgen.

62. De Nederlandse en de Deense regering stellen echter dat er geen sprake is van een *duurzaam* verkrijgen van opbrengsten, aangezien de afgifte van vergunningen een eenmalige handeling was.

63. Het in de Duitse tekst gebruikte woord „nachhaltig” is niet volledig duidelijk, maar bij raadpleging van andere taalversies blijkt dat de verkrijging van opbrengsten een blijvend karakter

moet hebben.(25) Zoals het Hof in het arrest Enkler heeft vastgesteld, is de louter incidentele commerciële exploitatie van een zaak dus geen economische activiteit in de zin artikel 4, leden 1 en 2, van de Zesde richtlijn.(26)

64. Bij de thans te beoordelen afgifte van vergunningen is echter geen sprake van een dergelijke incidentele exploitatie. Duidelijkheidshalve breng ik kort de context van het arrest Enkler in herinnering. In die zaak was de vraag aan de orde, of de occasionele verhuur van een kampeerwagen die door de eigenaar ervan voor het overige hoofdzakelijk voor privédoeleinden werd gebruikt, nog moest worden beschouwd als de exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.

65. Het Hof ging bij zijn onderzoek uit van de aard van de zaak. De omstandigheid dat een zaak uitsluitend voor economische exploitatie geschikt is, volstaat volgens het Hof in de regel om te kunnen aannemen dat de eigenaar ze ten behoeve van zijn economische activiteiten exploiteert en dus om duurzaam opbrengsten te verkrijgen. Indien daarentegen een zaak naar de aard ervan zowel voor economische doeleinden als voor privédoeleinden kan worden gebruikt, moeten alle exploitatieomstandigheden worden onderzocht, teneinde uit te maken of zij werkelijk wordt gebruikt om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.(27)

66. Het recht op het gebruik van radiofrequenties voor de aanbidding van UMTS mobiele telecommunicatie komt uitsluitend voor commerciële exploitatie in aanmerking. De vraag naar de afbakening tussen het privégebruik en de commerciële exploitatie van een zaak rijst dus a priori niet. Bijgevolg kan er evenmin sprake zijn van een louter incidentele economische activiteit, die ondergeschikt is aan een privégebruik.

67. Evenmin volgt uit de omstandigheid, dat de toewijzing van de vergunningen slechts een eenmalige gebeurtenis was en dat zij voor een lange periode werden toegewezen, dat sprake is van incidentele exploitatie voor economische doeleinden. In dat verband is niet de frequentie waarmee een belastingplichtige soortgelijke handelingen verricht relevant, maar de vraag, of met de concrete zaak duurzaam opbrengsten worden verkregen. Hierover bestaat in casu geen twijfel. Het recht op gebruik van radiofrequenties wordt voor 20 jaar toegewezen en verschaft de staat over die volledige periode inkomsten.

68. Het feit dat de heffing bij de afgifte van de vergunning in één keer moest worden betaald, en niet gespreid in de tijd, doet niet af aan het duurzame karakter van de verkrijging van de inkomsten. Theoretisch had de heffing voor de vergunning ook een andere vorm kunnen aannemen. De toepasselijkheid van de Zesde richtlijn kan echter niet afhangen van de wijze van betaling van de vergoeding voor de vergunning, waarover de partijen vrij kunnen beschikken.

69. Los daarvan is het mogelijk dat de vergunning voortijdig wordt teruggegeven of ingetrokken, zodat niet langer sprake is van een eenmalige toewijzing van het gebruiksrecht voor een periode van 20 jaar.

70. Ten slotte is de tijdelijke toekenning van een gebruiksrecht niet vergelijkbaar met de overdracht van effecten, die het Hof – wanneer hij niet in het kader van het bedrijfsmatige beheer van beleggingen plaatsvindt – om twee redenen niet als een economische activiteit beschouwt.(28)

71. Enerzijds resulteren de opbrengsten van het bezit en de verkoop van effecten – dat wil zeggen dividenden en koerswinsten – niet uit het actieve gebruik van de effecten, maar rechtstreeks uit de eigendom ervan. Daarentegen vloeien de opbrengsten van de afgifte van vergunningen, anders dan dividenden en koerswinsten, niet alleen uit het beschikkingsrecht betreffende de frequenties voort, maar uit de exploitatie van dat recht.

72. Anderzijds ontstaat bij de verkoop van effecten slechts eenmaal een opbrengst. Nadat het economische goed uit het vermogen van de verkoper is verdwenen, kan hij er geen inkomsten meer uit verkrijgen. Daarentegen doet de staat niet definitief afstand van het beschikkingsrecht betreffende de frequenties. Integendeel, uiterlijk bij afloop van de vergunningstermijn herkrijgt hij dit recht en kan hij het dan opnieuw toekennen.

73. Op de eerste vraag dient dus te worden geantwoord:

In de omstandigheden van het hoofdgeding is de van overheidswege georganiseerde veiling van vergunningen die het recht verlenen om gedurende een bepaald tijdvak bepaalde delen van het elektromagnetische spectrum te gebruiken voor de aanbidding van UMTS mobiele telecomunicatiediensten, te beschouwen als de exploitatie van een onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen, en is dus een economische activiteit in de zin van artikel 4, leden 1 en 2, van de Zesde richtlijn.

B – Tweede tot en met vijfde prejudiciële vraag: voorwaarden waaronder overheidsinstanties als belastingplichtigen handelen

1. Voorafgaande opmerking betreffende de systematiek van artikel 4, lid 5, van de Zesde richtlijn

74. Artikel 4, lid 5, van de Zesde richtlijn bevat gedifferentieerde regelingen om vast te stellen wanneer een staat als belastingplichtige moet worden aangemerkt.(29)

75. Volgens de hoofdregel in de eerste alinea van die bepaling worden de staat, de regio's, de gewesten, de provincies, de gemeenten en de andere publiekrechtelijke lichamen niet als belastingplichtige aangemerkt voor de werkzaamheden of handelingen die zij als overheid verrichten. Op grond van die bepaling is de overheid dus van de algemene belastingplicht uitgesloten, zelfs wanneer zij een economische activiteit in de zin van artikel 4, leden 1 en 2, van de Zesde richtlijn verricht. De uitoefening van openbaar gezag wordt dus gelijkgesteld met het handelen van een particuliere consument.

76. Volgens de tweede alinea moet de staat, in afwijking van het bepaalde in de eerste alinea, toch als belastingplichtige worden aangemerkt indien een behandeling als niet-belastingplichtige tot concurrentievervalsing van enige betekenis zou leiden. De hier achterliggende redenering is de idee, dat bepaalde overheidsinstanties – ook wanneer zij als overheid optreden – kunnen gaan concurreren met de handelingen van particuliere concurrenten. Deze alinea beoogt dus de belastingneutraliteit te verzekeren.(30)

77. Ten slotte worden overheidslichamen krachtens de derde alinea steeds beschouwd als belastingplichtig voor bepaalde, in bijlage D genoemde sectoren, voor zover de betrokken werkzaamheid niet van onbeduidende omvang is. Bij die reeks werkzaamheden hoeft derhalve eigenlijk niet te worden vastgesteld of de staat bij de verrichting ervan overheidsgezag uitoefent.

78. Bij de in bijlage D genoemde sectoren – waaronder telecomunicatiediensten – gaat het in wezen om economische handelingen(31), die vaak slechts vanwege de betekenis ervan voor het

algemene belang door de staat als overheid worden of werden verricht, maar eveneens door particuliere ondernemingen kunnen worden aangeboden.(32) Inmiddels zijn een aantal van die economische sectoren geliberaliseerd. In die sectoren concurreren particuliere ondernemingen daadwerkelijk met voormalige monopoliehouders, waarvan er een aantal zijn geprivatiseerd en andere nog in overheidshanden. Met een dergelijke ontwikkeling werd klaarblijkelijk reeds bij de vaststelling van de Zesde btw-richtlijn in 1977 rekening gehouden.

79. Zou de afgifte van vergunningen voor mobiele telecommunicatie moeten worden aangemerkt als een werkzaamheid van niet onbeduidende omvang in de sector van de telecommunicatiediensten, dan zou zij in ieder geval aan de btw zijn onderworpen, waarbij buiten beschouwing zou kunnen blijven of openbaar gezag wordt uitgeoefend en of sprake is van concrete concurrentievervalsing. Bijgevolg lijkt het zinvol, de vijfde prejudiciële vraag vóór de tweede, de derde en de vierde vraag te beantwoorden.

2. Vijfde prejudiciële vraag: valt de veiling van UMTS-vergunningen onder het in bijlage D bij de Zesde richtlijn vermelde begrip „telecommunicatiediensten”?

80. In wezen zijn de partijen in het hoofdgeding het erover oneens, of het in bijlage D, punt 1 vermelde begrip „telecommunicatiediensten” enkel ziet op het aanbieden van telecommunicatiedienstverrichtingen(33) zelf – zoals de betrokken regeringen en de Commissie stellen –, dan wel of – zoals appellanten aanvoeren – daartoe ook andere, daarmee verband houdende werkzaamheden behoren, waaronder de afgifte van vergunningen.

81. De tekst van bijlage D levert geen aanwijzingen op voor de oplossing van dit geschilpunt. Het feit dat in de Duitse versie het inmiddels verouderde begrip „Fernmeldewesen” wordt gebezigd en niet het begrip „Telekommunikation”, is niet relevant. In andere taalversies wordt in plaats daarvan de in die talen nog steeds gangbare term gebruikt (zie bijvoorbeeld „*telecommunications*” of „*télécommunications*”). Overigens vallen de begrippen „Fernmeldewesen” en „Telekommunikation” grotendeels samen, zoals de Duitse regering terecht opmerkt.

– Historische uitlegging

82. Bij een historische uitlegging zou kunnen worden gesteld dat de afgifte van vergunningen voor mobiele communicatie aan particuliere ondernemingen niet onder het begrip „Fernmeldewesen” kan vallen omdat dergelijke vergunningen ten tijde van de vaststelling, in 1977, van de richtlijn, helemaal niet bestonden. Toen werden telecommunicatiediensten immers in eigen beheer door publieke postdiensten verricht. Vermoedelijk heeft de gemeenschapswetgever toen dus geen regeling betreffende telecommunicatievergunningen willen vaststellen.

83. De historische uitleggingsmethode is echter hoe dan ook slechts van ondergeschikt belang en op zichzelf niet doorslaggevend.(34) Integendeel, de voorschriften van de Zesde btw-richtlijn moeten ook systematisch en in het bijzonder in het licht van de doelstelling ervan worden uitgelegd.

– Systematische uitlegging

84. Vanuit systematisch oogpunt bezien, zou om te beginnen de in artikel 9, lid 2, sub e, tiende streepje, van de Zesde richtlijn(35) neergelegde definitie van telecommunicatiediensten van belang kunnen zijn. Bedoelde definitie luidt:

„Onder telecommunicatiediensten worden diensten verstaan waarmee de transmissie, uitzending of ontvangst van signalen, geschriften, beelden en geluiden of informatie van allerlei aard, per draad, via radiofrequente straling, langs optische weg of met behulp van andere

elektromagnetische middelen, mogelijk wordt gemaakt, met inbegrip van de daarmee samenhangende overdracht en verlening van rechten op het gebruik van infrastructuur voor de transmissie, uitzending of ontvangst [...]"

85. Artikel 9 bevat een regeling tot vaststelling van de plaats waar een dienst wordt verricht. Lid 2, sub e, bepaalt in dat verband onder meer voor de daar omschreven telecommunicatiediensten, dat bij grensoverschrijdende dienstverrichtingen als plaats van de dienst de zetel van de ontvanger geldt.

86. Voor zover de regeringen en de Commissie het al opportuun achten dat uit die definitie conclusies worden getrokken, zijn zij van mening dat die definitie alleen doelt op telecommunicatiediensten in de strikte zin. Volgens hen zien de in die bepaling vermelde rechten op het gebruik „van infrastructuur voor de transmissie, uitzending of ontvangst” op de infrastructuur, en niet op vergunningen voor het gebruik van het frequentiespectrum.

87. Appellanten leiden uit deze passage, waarvan de Engelse taalversie luidt: „including the related transfer or assignment of the right to use capacity for such transmission, emission or reception”, het tegenovergestelde af. Volgens hen wordt het begrip *capacity* juist ook in de betekenis van *frequency spectrum capacity* gebruikt.

88. Ofschoon die uitlegging mogelijk lijkt op grond van de Engelse versie, bevestigen andere taalversies de uitlegging van de betrokken regeringen en van de Commissie.(36) Bij eventuele verschillen tussen de taalversies dient bijzonder belang te worden gehecht aan de strekking en de doelstelling van het voorschrift(37), die eveneens erop wijzen dat hier niet de toewijzing van frequenties wordt bedoeld.

89. Immers, zoals de Nederlandse regering terecht opmerkt, beoogt de regeling te verzekeren dat telecommunicatiediensten die vanuit derde landen ten behoeve van ontvangers in de Gemeenschap werden verricht, in de Gemeenschap worden belast.(38) Deze overweging geldt slechts voor het verrichten van telecommunicatiediensten in strikte zin. De vergunningen worden immers steeds in eigen land door de respectieve nationale autoriteiten afgegeven. Bovendien zouden de verkrijgers, dus de ontvangers van de dienstverrichting, in de regel ook in de staat van afgifte van de vergunning moeten zijn gevestigd, aangezien het erg onwaarschijnlijk is dat een UMTS-netwerk voor mobiele telecommunicatie zou worden aangelegd en geëxploiteerd zonder vestiging of dochteronderneming in de betrokken staat.

90. Voorts verwijzen de Britse, de Nederlandse en de Deense regering en de Commissie naar de definitie van telecommunicatiediensten in de desbetreffende internemarktrichtlijnen. Volledig conform de rechtspraak van het Hof kan bij de uitlegging van de Zesde btw-richtlijn ook worden gezien naar definities in rechtsinstrumenten waarin voor de betrokken sector regelingen zijn neergelegd en waarvan de doelstellingen niet afwijken van die van het btw-recht.(39)

91. Artikel 2, punt 4, van richtlijn 90/387/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende de totstandbrenging van de interne markt voor telecommunicatiediensten door middel van de tenuitvoerlegging van Open Network Provision(40) definieert telecommunicatiediensten als „diensten die geheel of gedeeltelijk bestaan in de overdracht en routing van signalen over een telecommunicatienet via telecommunicatieprocedés, met uitzondering van radio-omroep en televisie”. Volgens deze definitie is de afgifte van UMTS-vergunningen geen telecommunicatiedienst.

92. Het is echter niet zeker of die definities zonder meer op bijlage D kunnen worden toegepast, aangezien in de Duitse versie ervan sprake is van „Telekommunikationsdienste” of „Telekommunikationsdienstleistungen” (in de Engelse versie: „telecommunication services”), terwijl

in de Duitse versie van bijlage D het „Fernmeldewesen” (in de Engelse versie: „*telecommunications*”) wordt vermeld. Het is mogelijk dat dit begrip als een ruimere omschrijving van deze sector van werkzaamheid moet worden opgevat, die naast telecommunicatiediensten in strikte zin ook nog andere werkzaamheden omvat.

– Teleologische uitlegging

93. Beslissend is echter de strekking en het doel van de regeling van artikel 4, lid 5, derde alinea, juncto bijlage D, van de Zesde richtlijn. Bij in bijlage D opgesomde activiteiten gaat het, in de woorden van advocaat-generaal Alber, om werkzaamheden waarbij de economische band vooropstaat en duidelijk is.(41)

94. Aangezien de betrokken goederen en diensten *normaal gesproken* ook door particuliere ondernemingen (zouden kunnen) worden geleverd respectievelijk verricht, wordt in het algemeen aangenomen dat er significante gevolgen bestaan voor de mededinging. De regeling beoogt de staat in deze omstandigheden op gelijke voet te stellen met een particuliere belastingplichtige. Andere overheidshandelingen worden op grond van de tweede alinea slechts bij uitzondering aan de btw onderworpen, wanneer het risico van concurrentievervalsing van enige betekenis bestaat.

95. De gelijkstelling van de staat en particuliere belastingplichtigen is slechts zinvol voor telecommunicatiediensten in strikte zin, aangezien deze diensten inmiddels ook door particuliere ondernemingen kunnen worden verricht. Daarentegen is de initiële afgifte van vergunningen voor het gebruik van bepaalde gedeelten van het frequentiespectrum bij de huidige stand van de ontwikkeling(42) exclusief voorbehouden aan de staat.(43) Ook al zou in bepaalde omstandigheden concurrentie kunnen bestaan tussen de afgifte van vergunningen en de doorverkoop ervan door particuliere ondernemingen(44), dan nog is bij die werkzaamheid geen algemene gelijkstelling van de staat en particuliere belastingplichtigen vereist. Integendeel, er dient enkel te worden onderzocht, of de handeling van de overheid moet worden belast ter wille van de bescherming van de mededinging, overeenkomstig het bepaalde in artikel 4, lid 5, tweede alinea, van de Zesde richtlijn.

96. Op de vijfde prejudiciële vraag dient dus te worden geantwoord dat de veiling van UMTS-vergunningen door de staat bij de huidige stand van de ontwikkeling niet onder het in bijlage D, punt 1, van de Zesde richtlijn vermelde begrip „telecommunicatiediensten” valt.

3. Tweede prejudiciële vraag: optreden „als overheid” in de zin van artikel 4, lid 5, eerste alinea, van de Zesde richtlijn

97. Volgens artikel 4, lid 5, eerste alinea, van de Zesde richtlijn moet voor niet-belastingplichtigheid cumulatief aan twee voorwaarden zijn voldaan, te weten het verrichten van werkzaamheden door een publiekrechtelijk lichaam en het verrichten van die werkzaamheden als overheid.(45) Vaststaat dat de Secretary of State respectievelijk het RA voldoen aan de eerste voorwaarde.

98. In het arrest Fazenda Pública/Câmara Municipal do Porto(46) heeft het Hof van Justitie de tweede voorwaarde als volgt gepreciseerd:

„Wat laatstgenoemde voorwaarde betreft, dient voor de afbakening van de draagwijdte van de niet-belastingplichtigheid van publiekrechtelijke lichamen aansluiting te worden gezocht bij de modaliteiten van de uitoefening van de betrokken activiteiten [...].[(47)]

Zo blijkt uit vaste rechtspraak van het Hof, dat als werkzaamheden die door publiekrechtelijke lichamen als overheid worden verricht in de zin van artikel 4, lid 5, eerste alinea, van de Zesde

richtlijn, worden aangemerkt de werkzaamheden die door hen worden verricht in het kader van het specifiek voor hen geldende juridisch regiem, met uitsluiting van de werkzaamheden die zij onder dezelfde juridische voorwaarden als particuliere marktdeelnemers verrichten [...].”(48)

99. Voorts heeft het Hof vastgesteld, dat het voorwerp of het doel van de werkzaamheid niet relevant zijn in het kader van dit onderzoek.(49)

100. Appellanten leiden uit de rechtspraak af, dat met name de vorm van de handeling doorslaggevend is. Zij stellen dat de vergunningen onder dezelfde voorwaarden zijn geveild als die welke naar Engels recht voor overeenkomstige privaatrechtelijke verrichtingen van toepassing zouden zijn geweest. Volgens hen dient buiten beschouwing te blijven, dat de veiling ertoe strekte de markt te reguleren.

101. De betrokken lidstaten en de Commissie benadrukken echter, dat overeenkomstig de ter zake geldende communautaire en nationale wettelijke regelingen alleen de staat UMTS-vergunningen mag verlenen, waarbij bijzondere verplichtingen op hem rusten.

102. Dienaangaande moet worden vastgesteld, dat individuele vergunningen voor de exploitatie van een telecommunicatienetwerk krachtens artikel 2, lid 1, sub a, van richtlijn 97/13 alleen door een regelgevende overheidsinstantie mogen worden verleend. Daarbij dient deze instantie zich te houden aan de voorschriften van artikel 9 en 10 van de richtlijn. Wanneer een lidstaat slechts een beperkt aantal individuele vergunningen verstrekt, dient hij zich bij zijn keuze in het bijzonder te laten leiden door objectieve, gedetailleerde, transparante, proportionele en niet-discriminerende criteria (artikel 10, lid 3, van richtlijn 97/13). Voor in dat verband geïnde heffingen geldt het bepaalde in artikel 11, lid 2, van richtlijn 97/13.

103. Hoewel de definitieve beoordeling van het nationale rechtskader uitsluitend aan de verwijzende rechter toekomt, lijkt het geen twijfel dat een UMTS-vergunning ingevolge de WTA 1949, de WTA 1998, en de WTA Regulations uitsluitend door de Secretary of State kan worden verleend. De in dat verband op hem rustende verplichtingen van nationaal recht zijn gebaseerd op de in richtlijn 97/13 neergelegde voorwaarden. Overigens is de Secretary of State eveneens exclusief bevoegd tot de intrekking van de vergunning. Dit is niet alleen mogelijk in de gevallen waarin de vergunning zelf voorziet, maar bovendien ook om redenen van nationale veiligheid of met het oog op de naleving van gemeenschapsrechtelijke of volkenrechtelijke verplichtingen.(50)

104. De Secretary of State, vertegenwoordigd door het RA, heeft de UMTS-vergunningen dus op basis van een uitsluitend voor hem geldende rechtsregeling verleend. Particuliere ondernemingen kunnen geen dergelijke vergunningen verlenen. Ik concludeer dat de veiling van de vergunningen een werkzaamheid was die een overheidslichaam als overheid had te verrichten.

105. Aan die conclusie doet niet af dat de vergunningen zijn toegewezen via een veiling, een privaatrechtelijke procedure, waarvan bijgevolg ook particuliere personen gebruik kunnen maken.

106. Het Hof van Justitie heeft weliswaar vastgesteld dat de modaliteiten van de uitoefening van activiteiten cruciaal zijn, maar daaronder kan niet alleen de wijze waarop, dus de vorm van de handeling worden verstaan. Van groter belang is vooreerst, of particuliere personen op grond van de betrokken voorschriften überhaupt een soortgelijke werkzaamheid kunnen verrichten. Zou dat het geval zijn, dan zou de staat als belastingplichtige moeten worden behandeld teneinde de belastingneutraliteit van de heffing van btw niet in gevaar te brengen. Daarentegen heeft het feit dat de overheid zich bij de uitoefening van haar exclusieve bevoegdheden van privaatrechtelijke procedures bedient, geen gevolgen voor de belastingneutraliteit.

107. Niet de algemene privaatrechtelijke regeling voor veilingen is beslissend, maar het concrete

rechtskader voor de veiling van de UMTS-vergunningen.

108. De zienswijze van appellanten zou betekenen, dat slechts dan als overheid zou worden gehandeld indien de staat bestuurshandelingen stelt en dus openbaar gezag in de strikte zin uitoefent. In de „tolgeld“-arresten heeft het Hof van Justitie deze zienswijze echter uitdrukkelijk afgewezen.(51)

109. Niettemin kwam het Hof in het arrest Fazenda Pública/Câmara Municipal do Porto(52) op grond van de omstandigheid, dat het beheer van openbare parkeerplaatsen de uitoefening van overheidsprerogatieven met zich mee bracht, tot de slotsom, dat deze werkzaamheid aan een bijzonder publiekrechtelijk regiem was onderworpen. Volgens het Hof kan de uitoefening van overheidsprerogatieven, waarbij staat en burger in een hiërarchische verhouding tegenover elkaar staan, dus een aanwijzing zijn voor een optreden „als overheid” in de zin van artikel 4, lid 5, eerste alinea, van de Zesde richtlijn, maar zij is geen noodzakelijke voorwaarde daartoe.(53)

110. Bovendien zou, wanneer men zich op het rechtskader voor de vorm van de handeling zou baseren, de uniforme toepassing van de Zesde btw-richtlijn in gevaar kunnen worden gebracht, aangezien het gebruik door de staat van privaatrechtelijke vormen van handelen in sommige lidstaten ruimer verspreid kan zijn dan in andere. Bovendien kan de afbakening tussen publiek? en privaatrechtelijke vormen van handelen in de onderscheiden nationale rechtsordes divergeren.

111. Daarenboven zij opgemerkt, dat artikel 4, lid 5, eerste alinea, van de Zesde richtlijn enkel verlangt, dat de handeling *als overheid* wordt verricht. Bijgevolg mag de veiling van de UMTS-vergunningen niet op zich worden beschouwd.(54) Deze activiteit laat zich integendeel inpassen in het algemene kader voor het beheer van frequenties en de regulering van de telecomunicatiesector. In dat kader oefent de staat in hoofdzaak overheidsprerogatieven uit, bijvoorbeeld wanneer hij de voorschriften van de UMTS-beschikking of de internemarktrichtlijnen in nationaal recht omzet. Hetzelfde geldt wanneer hij de onrechtmatige exploitatie van communicatieapparatuur strafrechtelijk vervolgt op basis van de WTA 1949, of wanneer hij een vergunning intrekt om redenen van nationale zekerheid of met het oog op de naleving van gemeenschapsrechtelijke of volkenrechtelijke verplichtingen.

112. Dat bij het onderhavige onderzoek wordt gezien naar de ruimere juridische context van de werkzaamheid is overigens niet in tegenspraak met de omstandigheid dat bij de kwalificatie als economische activiteit alleen de uiterlijke kenmerken van de handeling van belang zijn. Integendeel, het is juist in overeenstemming met de logica van artikel 4 van de Zesde richtlijn, er door een ruime uitlegging van de leden 1 en 2 eerst voor te zorgen dat de richtlijn een ruime toepassing krijgt, om dan echter, bij de toepassing van lid 5, rekening te houden met het specifieke wettelijke kader voor overheidshandelen.

113. Ten slotte wordt aan de kwalificatie van de veiling van de vergunningen als werkzaamheid die als overheid werd verricht, niet afgedaan door de omstandigheid dat de staat daarmee hoge inkomsten heeft verkregen. Het is juist dat dit, zoals hiervoor aangetoond, ertoe kan leiden dat het overheidsoptreden een economische karakter als bedoeld in artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn verkrijgt. Toch wordt er nog steeds als overheid gehandeld, wanneer de staat handelt op basis van een specifiek voor hem geldend juridisch regiem.

114. Op de tweede prejudiciële vraag dient dus te worden geantwoord:

Als werkzaamheden die door publiekrechtelijke lichamen als overheid worden verricht in de zin van artikel 4, lid 5, eerste alinea, van de Zesde richtlijn, moeten worden aangemerkt de werkzaamheden die door hen worden verricht in het kader van een specifiek voor hen geldend juridisch regiem. Aan een handelen als overheid staat niet in de weg de omstandigheid dat de

staat zich bij de vervulling van de hem exclusief opgedragen taken bedient van een procedure uit het privaatrecht, of dat hij met zijn werkzaamheid hoge inkomsten verkrijgt.

4. Derde prejudiciële vraag: kan de activiteit ten dele een economische activiteit zijn en ten dele als overheid zijn verricht?

115. Subsidiair hebben appellanten aangevoerd dat de toewijzing van de UMTS-vergunningen althans ten dele een economische activiteit was dan wel dat daarbij althans ten dele niet als overheid werd gehandeld.

116. Vooraf moet worden opgemerkt, dat het door appellanten in dat verband aangehaalde arrest Armbrecht⁽⁵⁵⁾ betrekking had op het gedeeltelijke gebruik van een goed voor bedrijfsdoeleinden en de gevolgen daarvan voor het recht op aftrek van voorbelasting. In deze zaak rijst daarentegen de vraag, of de veiling van de vergunningen zelf btw-plichtig was omdat zij door een belastingplichtige in het kader van zijn economische activiteit werd georganiseerd.

117. In het arrest CPP⁽⁵⁶⁾ heeft het Hof van Justitie vastgesteld dat elke dienstverrichting normaal gesproken als onderscheiden en zelfstandig moet worden beschouwd. Aangezien de dienstverrichting waarbij economisch gesproken één dienst wordt verleend, niet kunstmatig uit elkaar moet worden gehaald teneinde de functionaliteit van het btw-stelsel niet aan te tasten, is het volgens het Hof van belang vast te stellen, wat de kenmerkende elementen van de betrokken handeling zijn teneinde te bepalen of de belastingplichtige de consument meerdere, van elkaar te onderscheiden hoofddiensten dan wel één enkele dienst verleent. Wanneer er maar één handeling is, dan moet deze voor de heffing van btw in beginsel ook als één geheel worden behandeld.⁽⁵⁷⁾

118. Niets in het verzoek om een prejudiciële beslissing wijst erop dat de toewijzing van de UMTS-vergunningen uit twee of meer handelingen bestond. Integendeel, de vergunning werd door middel van één besluit verleend, en er werd één enkele heffing voor geïnd.

119. Evenmin is in dat verband van belang dat eerst de identiteit van de toekomstige vergunninghouder en het bedrag van de heffing ter veiling werden vastgesteld, om pas daarna, tegen betaling van de heffing, de vergunning te verlenen. Die laatste handelingen zijn immers slechts onzelfstandige uitvoeringshandelingen, die niet afzonderlijk van de veiling te beoordelen zijn.

120. Zoals vastgesteld was de Staat bij de verrichting van deze enkelvoudige dienst weliswaar economisch actief, maar handelde hij daarbij tegelijkertijd als overheid. Bij ontbreken van feitelijke aanwijzingen voor een opsplitsing in onderling afzonderlijk te beoordelen handelingen is de derde vraag hypothetisch, zodat zij niet hoeft te worden beantwoord.⁽⁵⁸⁾

5. Vierde prejudiciële vraag: leidt de behandeling als niet-belastingplichtige tot concurrentievervalsing van enige betekenis?

121. Volgens artikel 4, lid 5, tweede alinea, van de Zesde richtlijn moeten overheidsinstanties ook bij door hen als overheid verrichte werkzaamheden als belastingplichtige worden aangemerkt, indien een behandeling als niet-belastingplichtige tot concurrentievervalsing van enige betekenis zou leiden.

122. In het arrest Comune di Carpaneto Piacentino heeft het Hof van Justitie vastgesteld dat „de lidstaten dienen te verzekeren dat publiekrechtelijke lichamen belastingplichtig zijn voor de door hen als overheid verrichte werkzaamheden, wanneer deze werkzaamheden ook in concurrentie met die lichamen door particulieren kunnen worden verricht, indien hun niet-belastingplichtigheid

kan leiden tot concurrentievervalsing van enige betekenis [...]”(59)

123. De initiële afgifte van de vergunningen is uitsluitend aan de staat voorbehouden, zodat ten tijde van de veiling van de vergunningen geen concurrentie kan bestaan tussen soortgelijke handelingen van de staat en van andere aanbieders. Appellanten voeren evenwel aan, dat de van btw vrijgestelde toewijzing van frequenties door de staat zou kunnen gaan concurreren met een in de toekomst mogelijke wederverkoop van vergunningen door particuliere aanbieders.

124. De in het jaar 2000 verleende vergunningen bepalen in punt 4 echter dat zij niet-overdraagbaar zijn. Evenmin voorzagen richtlijn 97/13 en de WTA 1998 toentertijd in de handel in vergunningen.

125. Een informatienota van de Secretary of State van 1 november 1999 vermeldt echter dat de te veilen vergunningen naderhand overdraagbaar konden worden verklaard indien de handel in frequenties zou worden ingevoerd. Volgens de nota was het evenwel niet zeker of en wanneer dit het geval zou zijn. Artikel 9, lid 4, van richtlijn 2002/21 voorziet thans in voorschriften voor een dergelijke handel, die bij de overdracht van rechten op het gebruik van radiofrequenties in acht moeten worden genomen. Blijkens het verzoek om een prejudiciële beslissing zijn de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk van mening dat vóór 2007 geen handel in frequenties voor mobiele communicatie zal ontstaan.

126. In deze omstandigheden wenst de verwijzende rechter te vernemen hoe waarschijnlijk een „concurrentievervalsing van enige betekenis” in de zin van artikel 4, lid 5, tweede alinea, van de Zesde richtlijn moet zijn en hoe snel zij zich moet voordoen, alsmede wat in dat verband het belang is van het beginsel van fiscale neutraliteit van de btw.

127. Dienaangaande zij om te beginnen vastgesteld, dat bij de beoordeling van de hoedanigheid van (niet-)belastingplichtige moet worden gezien naar het tijdstip van de handeling.(60) De invloed op de mededinging moet in beginsel dus ook op dat tijdstip bestaan.

128. Dit vooronderstelt, dat er ten tijde van de toewijzing van de frequenties reeds een markt voor rechten op het gebruik ervan bestond, dat wil zeggen dat er in de eerste plaats reeds soortgelijke gebruiksrechten moesten bestaan en dat deze in de tweede plaats tussen particuliere ondernemingen moesten kunnen worden overgedragen. Slechts onder deze voorwaarden kan concurrentie bestaan tussen de toewijzing van frequenties door de staat en de overdracht van rechten op het gebruik van frequenties door particuliere ondernemingen.

129. Dergelijke vergunningen waren vóór de veiling van de UMTS-vergunningen niet beschikbaar op de Britse markt. Daarenboven was de handel in frequenties ook vanuit juridisch oogpunt onmogelijk. Er kon niet eens worden voorzien, of en wanneer het recht kader daarvoor zou worden vastgesteld.

130. Het is juist dat het Hof van Justitie in het arrest Taksatorringen(61) in wezen heeft vastgesteld dat artikel 13, A, lid 1, sub f, van de Zesde richtlijn ook doelt op de concurrentievervalsing waartoe de vrijstelling in de toekomst zou kunnen leiden. Maar, zo stelde het Hof, het gevaar van concurrentievervalsing moet reëel zijn.(62)

131. Zelfs indien thans geen concurrerende, aan de btw onderworpen handelingen worden aangeboden, kan het gevaar van concurrentievervalsing reëel zijn. Een minder gunstige uitgangssituatie kan immers op zichzelf reeds potentiële concurrenten ervan weerhouden om op de markt actief te worden. Daarentegen bestaat er geen dergelijk reëel gevaar wanneer het regelgevingskader eraan in de weg staat dat een potentiële concurrent een aanbod kan doen dat concurreert met de van overheidswege toegewezen frequenties.

132. Wanneer de overheid op een later tijdstip, na de invoering van de handel in frequenties, opnieuw vergunningen verleent, dan moet *voor die vergunningsronde* de btw-behandeling opnieuw worden beoordeeld.⁽⁶³⁾ Het btw-regime dat van toepassing is op de latere afgifte van vergunningen door de overheid, blijft echter zonder gevolgen voor de litigieuze verlening van de vergunningen in het jaar 2000.

133. Tot staving van het bestaan van concurrentievervalsing voeren appellanten bovendien aan dat een aanbieder van mobiele telecommunicatiediensten die na de invoering van de frequentiehandel van een andere onderneming een vergunning koopt en daarover btw betaalt, in een minder gunstige positie komt te verkeren dan de concurrenten aan wie vroeger door de staat met vrijstelling van BTW een vergunning werd verleend. Weliswaar kan de nieuwe vergunninghouder de betaalde btw normaal gesproken wel als voorbelasting aftrekken, maar in bepaalde omstandigheden gaat dit gepaard met een tijdelijke daling van de liquide middelen.

134. Zoals ik echter reeds heb opgemerkt, moet er ten tijde van de betrokken handeling een potentiële concurrentieverhouding bestaan. De mogelijkheid, dat later het daarvoor vereiste regelgevingskader zal worden vastgesteld, volstaat niet. De belastbaarheid mag immers niet afhankelijk zijn van meer of minder onzekere vooruitzichten.

135. Geheel afgezien daarvan zou de overheidshandeling slechts belastbaar zijn wanneer de verwijzende rechter tot de vaststelling zou komen dat de niet-belasting zou leiden tot concurrentievervalsing *van enige betekenis* in de zin van artikel 4, lid 5, tweede alinea, van de Zesde richtlijn.

136. Dit zou bijvoorbeeld het geval zijn, wanneer de staat ten behoeve van *eindverbruikers* dezelfde handelingen als particuliere ondernemingen zou verrichten, zodat de klanten in het ene geval geen en in het andere geval wel btw over de prijs zouden moeten betalen.⁽⁶⁴⁾ Doordat eindverbruikers geen voorbelasting kunnen aftrekken, zou bovenop de prijs van de handeling van de particuliere aanbieder het volledige bedrag van de btw komen.

137. Wanneer daarentegen een *belastingplichtige* een UMTS-vergunning van een particuliere onderneming zou kopen, dan zou dit slechts in zeer specifieke gevallen en in zeer geringe mate minder attractief zijn dan de verwerving van de staat, aangezien de btw onmiddellijk als voorbelasting kan worden afgetrokken dan wel op korte termijn wordt terugbetaald. Hoewel met de kosten van de voorfinanciering in absolute termen vrij grote bedragen gemoeid kunnen zijn, zijn deze kosten, de totale kosten voor de verkrijging van UMTS-frequenties in aanmerking genomen, in de regel niet zo groot dat zij zouden kunnen leiden tot concurrentievervalsing van enige betekenis.

138. Overigens stond in het jaar 2000 helemaal niet vast dat de frequentiehandel zou worden ingevoerd, en tot op heden is dit in het Verenigd Koninkrijk ook nog niet gebeurd. Hoe meer tijd er echter ligt tussen de toekenning van de vergunning door de staat en de mogelijkheid om vergunningen op de secundaire markt te kopen, des te meer verandert ook de volledige marktomgeving. Andere factoren, zoals bijvoorbeeld de herwaardering van de economische waarde van de vergunningen in het licht van de opkomst van met UMTS concurrerende

mobielecommunicatietechnieken, worden dan immers veel belangrijker dan het mogelijke liquiditeitsnadeel als gevolg van het tijdelijke voorfinancieren van de voorbelasting. Ook hieruit blijkt, dat in beginsel slechts van concurrentievervalsing in de zin van artikel 4, lid 5, tweede alinea, van de Zesde richtlijn sprake kan zijn, wanneer de handelingen ongeveer tegelijkertijd beschikbaar zijn en de potentiële koper tussen twee vergelijkbare aanbiedingen kan kiezen.

139. Op de vierde vraag dient dus te worden geantwoord:

Van concurrentievervalsing van enige betekenis in de zin van artikel 4, lid 5, tweede alinea, van de Zesde richtlijn is slechts sprake, wanneer een reëel gevaar bestaat dat de behandeling van de staat als niet-belastingplichtige significante negatieve gevolgen heeft voor de concurrentiepositie van bestaande of potentiële aanbieders van concurrerende handelingen. Een dergelijk gevaar bestaat in beginsel niet, wanneer het regelgevingskader ten tijde van de verrichting door de staat eraan in de weg staat dat particuliere aanbieders op de markt handelingen aanbieden die concurreren met die van de overheid.

C – Zesde prejudiciële vraag: richtlijnconforme uitlegging van nationale omzettingbepalingen van artikel 4, lid 5, van de Zesde richtlijn

140. De Treasury heeft krachtens Section 41(2) VAT Act 1994 belastingrichtsnoeren vastgesteld, op grond waarvan bepaalde activiteiten van overheidsdiensten – waaronder de afgifte van vergunningen en telecommunicatiediensten – als belastbare activiteiten worden beschouwd.(65)

141. Zoals het Hof in het arrest Fazenda Pública/Câmara Municipal do Porto(66) heeft vastgesteld, kunnen de lidstaten artikel 4, lid 5, tweede alinea, van de Zesde richtlijn omzetten door een wettelijk kader in te voeren en aan een overheidsdienst de bevoegdheid over te dragen om op grond van de wettelijke criteria te beslissen wanneer een overheidsactiviteit aan de btw moet worden onderworpen ter voorkoming van concurrentievervalsing van enige betekenis.

142. De verwijzende rechter wenst thans te vernemen in hoeverre het in het arrest Marleasing(67) vermelde beginsel van richtlijnconforme uitlegging van nationaal recht een rol speelt bij de toepassing van vorengenoemde nationale voorschriften.

143. Volgens dat beginsel moet de nationale rechter bij de toepassing van het nationale recht, en met name van een speciaal ter uitvoering van een richtlijn vastgestelde nationale regeling, het nationale recht zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan artikel 249, derde alinea, EG te voldoen.(68)

144. Dit beginsel moet bij de toepassing van ieder nationaal voorschrift in acht worden genomen. Het vindt ook toepassing op richtsnoeren van overheidsdiensten waarin ter omzetting van artikel 4, leden 1 en 5, van de Zesde richtlijn wordt bepaald welke verrichtingen van overheidsdiensten als belastbare verrichtingen moeten worden beschouwd.

145. Appellanten stellen echter dat het beginsel van richtlijnconforme uitlegging van nationaal recht geen toepassing vindt op de belastingrichtsnoeren, aangezien de Treasury daarmee de hem op grond van de richtlijn toekomende discretionaire bevoegdheid heeft uitgeoefend.

146. Dit standpunt kan niet worden aanvaard. Wanneer de nationale overheidsinstanties ter omzetting van artikel 4, lid 5, tweede alinea, van de Zesde richtlijn een aantal activiteiten van overheidslichamen als belastingplichtig aanmerken, zijn zij gebonden aan de rechtsregels van de richtlijn. Zoals gezegd kan volgens die regels in beginsel slechts sprake zijn van concurrentievervalsing van enige betekenis, wanneer de handelingen van de staat bij de

verrichting ervan concurreren met overeenkomstige handelingen van particuliere personen. De richtlijn verleent nationale overheidsinstanties niet de bevoegdheid om een door de staat als overheid verrichte handeling toch aan de btw te onderwerpen, hoewel er om juridische redenen geen dergelijke mededingingsverhouding bestaat en artikel 4, lid 5, derde alinea, juncto bijlage D, van de Zesde richtlijn, geen toepassing vindt.

147. Voorts voeren appellanten aan, dat de staat zich ten aanzien van een particulier niet kan beroepen op de richtlijnconforme uitlegging. Ook dit standpunt kan niet worden aanvaard. De rechterlijke instanties dienen het nationale recht richtlijnconform uit te leggen, ongeacht de eventuele nadelige gevolgen voor particulieren. Zo heeft het Hof juist ook in rechtsgedingen tussen particulieren, waarin de toepassing van het gemeenschapsrecht onvermijdelijk nadelige gevolgen heeft voor een van de partijen, de verplichting tot richtlijnconforme uitlegging benadrukt.⁽⁶⁹⁾ Bovendien heeft het Hof erkend, dat een beroep op een richtlijn indirect negatieve gevolgen voor de rechten van particulieren kan hebben.⁽⁷⁰⁾

148. Daaraan wordt niet afgedaan door de vaste rechtspraak, dat een richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen aan een particulier kan opleggen en dus als zodanig niet tegenover hem kan worden ingeroepen.⁽⁷¹⁾ Deze constatering betreft slechts de rechtstreekse toepasselijkheid van richtlijnen, maar niet de richtlijnconforme uitlegging. In het geval van richtlijnconforme uitlegging is het immers niet de richtlijn zelf die aan particulieren verplichtingen oplegt, maar het nationale recht, dat in overeenstemming met de richtlijn wordt toegepast.

149. Het staat aan de nationale rechter om te bepalen of het nationale recht in het onderhavige geval richtlijnconform kan worden uitgelegd. Daarbij mag niet alleen worden gezien naar de belastingrichtsnoeren. De nationale rechter moet integendeel het nationale recht in zijn geheel in beschouwing nemen om te beoordelen in hoeverre dit zodanig kan worden toegepast dat het niet tot een resultaat leidt dat in strijd is met het door de richtlijn beoogde resultaat.⁽⁷²⁾

150. Wanneer het nationale recht het door de toepassing van de daarin erkende uitleggingsmethoden in bepaalde omstandigheden mogelijk maakt om een bepaling van de nationale rechtsorde aldus uit te leggen dat een conflict met een andere bepaling van nationaal recht wordt vermeden of om met dit doel de strekking van die bepaling te beperken door haar slechts toe te passen voor zover zij met die andere bepaling verenigbaar is, is de rechter verplicht dezelfde methoden te gebruiken om het door de richtlijn beoogde resultaat te bereiken.⁽⁷³⁾ Het gemeenschapsrecht vereist echter niet dat het nationale recht contra legem richtlijnconform wordt uitgelegd.⁽⁷⁴⁾

151. Op de zesde prejudiciële vraag dient dus te worden geantwoord:

Wanneer een lidstaat ter omzetting van artikel 4, leden 1 en 5, van de Zesde richtlijn voorschriften vaststelt, waarbij aan een overheidsinstantie de wettelijke bevoegdheid wordt verleend om richtsnoeren vast te stellen ter bepaling welke handelingen van een overheidsinstantie als belastbare handelingen worden beschouwd, en die overheidsinstantie van die bevoegdheid gebruik maakt, moet een nationale rechter bij de toepassing van die voorschriften het nationale recht zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van die richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan artikel 249, derde alinea, EG te voldoen.

V – Conclusie

152. Ik geef het Hof in overweging de vragen van het VAT and Duties Tribunal London als volgt te beantwoorden:

„1) In de omstandigheden van het hoofdgeding is de van overheidswege georganiseerde veiling van vergunningen die het recht verlenen om gedurende een bepaald tijdvak bepaalde delen van het elektromagnetische spectrum te gebruiken voor de aanbidding van UMTS mobiele telecommunicatiediensten, te beschouwen als de exploitatie van een onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen, en is dus een economische activiteit in de zin van artikel 4, leden 1 en 2, van de Zesde richtlijn (77/388/EEG) van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten inzake omzetbelasting – Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag.

2) De veiling van UMTS-vergunningen door de staat valt bij de huidige stand van de ontwikkeling niet onder het in bijlage D, punt 1, van de Zesde richtlijn vermelde begrip „telecommunicatiediensten”.

3) Als werkzaamheden die door publiekrechtelijke lichamen als overheid worden verricht in de zin van artikel 4, lid 5, eerste alinea, van de Zesde richtlijn, moeten worden aangemerkt de werkzaamheden die door hen worden verricht in het kader van een specifiek voor hen geldend juridisch regiem. Aan een handelen als overheid staat niet in de weg de omstandigheid dat de staat zich bij de vervulling van de hem exclusief opgedragen taken bedient van een procedure uit het privaatrecht, of dat hij met zijn werkzaamheid hoge inkomsten verkrijgt.

4) Van concurrentievervalsing van enige betekenis in de zin van artikel 4, lid 5, tweede alinea, van de Zesde richtlijn is slechts sprake, wanneer een reëel gevaar bestaat dat de behandeling van de staat als niet-belastingplichtige significante negatieve gevolgen heeft voor de concurrentiepositie van bestaande of potentiële aanbieders van concurrerende handelingen. Een dergelijk gevaar bestaat in beginsel niet, wanneer het regelgevingskader ten tijde van de verrichting door de staat eraan in de weg staat dat particuliere aanbieders op de markt handelingen aanbieden die concurreren met die van de overheid.

5) Wanneer een lidstaat ter omzetting van artikel 4, leden 1 en 5, van de Zesde richtlijn voorschriften vaststelt, waarbij aan een overheidsinstantie de wettelijke bevoegdheid wordt verleend om richtsnoeren vast te stellen ter bepaling welke handelingen van een overheidsinstantie als belastbare handelingen worden beschouwd, en die overheidsinstantie van die bevoegdheid gebruik maakt, moet een nationale rechter bij de toepassing van die voorschriften het nationale recht zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van die richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan artikel 249, derde alinea, EG te voldoen.”

1 – Oorspronkelijke taal: Duits.

2 – IMT?2000: International Mobile Telecommunications-2000 [door de Internationale Unie voor Telecommunicatie (ITU) ontwikkelde norm]; UMTS: Universal Mobile Telecommunications System [universeel systeem voor mobiele telecommunicatie; een tot de zogenaamde IMT?2000 familie behorende norm, die in het kader van de Conférence Européenne des administrations des postes et des télécommunications (CEPT) (Europese Conferentie van post- en telecommunicatieadministraties) en het European Telecommunications Standards Institute (ETSI) (Europees Instituut voor telecommunicatienormen) is ontwikkeld].

3 – Zoals de vertegenwoordiger van de Nederlandse regering dit ter terechtzitting voor het Hof treffend heeft uitgedrukt, is er dus als het ware sprake van btw die werd betaald, zonder dat dit iemand is opgevallen.

4 – Zesde richtlijn (77/388/EEG) van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van

de wetgevingen der lidstaten inzake omzetbelasting – Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag (PB L 145, blz 1).

5 – Zaak C-284/04, T-Mobile Austria e.a.

6 – Ondermeer in Duitsland, Oostenrijk, België, Cyprus, Denemarken, Griekenland, Hongarije, Italië, Nederland, de Tsjechische Republiek, en het Verenigd Koninkrijk werden de vergunningen via een veiling verleend. In Spanje, Finland, Frankrijk, Luxemburg, Polen, Portugal, Slowakije, Slovenië en Zweden werden de vergunninghouders geselecteerd op grond van een aanbesteding (zogenaamde *beauty contest*). In voornoemde Staten, met uitzondering van Hongarije en Finland moest geen btw worden betaald over de afgifte van de vergunningen. In Finland werden de vergunningen kosteloos toegekend.

7 – CEPT is een internationale organisatie, waarbij thans post- en telecommunicatieautoriteiten uit 46 Europese landen zijn aangesloten (zie voor verdere informatie de homepage van de organisatie: www.cept.org).

8 – Daarin worden de volgende frequentiebanden toegewezen: 1900-1980 MHz, 2010-2025 MHz en 2110-2170 MHz voor terrestrische UMTS-toepassingen en 1980-2010 MHz en 2170-2200 MHz voor de satellietcomponent van UMTS-toepassingen.

9 – Zie in dat verband de informatie op de homepage van het European Radiocommunications Office (ERO): www.ero.dk/ecc.

10 – Richtlijn 97/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 10 april 1997 betreffende een gemeenschappelijk kader voor algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten (PB L 117, blz. 15), met ingang van 24 juli 2003 opgeheven door richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn) (PB L 108, blz. 33).

11 – Aangehaald in voetnoot 10.

12 – PB L 17, blz. 1.

13 – De thans toegepaste techniek vereist voor de exploitatie van een netwerk een eigen frequentie voor de verbinding vanuit de gebruiker naar het netwerk toe (uplink) en voor de verbinding vanuit het netwerk naar de gebruiker toe (downlink) (Frequency Division Duplex – FDD). De vergunningen A, C, D en E voorzagen voorts elk in een 5 MHz ongepaard spectrumsegment, dat voor een op tijdsloten gebaseerd systeem (Time Division Duplex – TDD) kan worden gebruikt.

14 – BT3G was destijds eigendom van British Telecommunications Plc. Nadat de afdeling mobiele telefonie van BT was afgesplitst als mmO2 kreeg BT3G als nieuwe naam O2 Third Generation Limited.

15 – Arresten van 12 september 2000, Commissie/Griekenland (C-260/98, Jurispr. blz. I-6537, punt 26), en Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-359/97, Jurispr. blz. I-6355, punt 41), en arrest van 21 februari 2006, University of Huddersfield, (C-223/03, Jurispr. blz. I-1751, punt 47); zie ook arrest van 26 maart 1987, Commissie/Nederland (235/85, Jurispr. blz. 1471, punt 8), alsook in dezelfde zin o.a. arresten van 14 februari 1985, Rompelman (268/83, Jurispr. blz. 655, punt 19), en 27 november 2003, Zita Modes (C-497/01, Jurispr. blz. I-14393, punt 38).

16 – Arresten van 6 april 1995, BLP Group (C-4/94, Jurispr. blz. I-983, punt 24), en 12 januari

2006, Optigen e.a. (C-354/03, C-355/03 en C-484/03, Jurispr. blz. I-483, punt 45).

17 – Zie de in voetnoot 16 aangehaalde arresten.

18 – Zou de betaling van heffingen a priori buiten de werkingssfeer van de Zesde richtlijn vallen, dan was het niet nodig geweest in artikel 4, lid 5, eerste alinea, te preciseren dat de staat ook dan niet als belastingplichtige wordt aangemerkt, wanneer hij voor zijn activiteit heffingen int.

19 – Krachtens artikel 10, lid 1, van richtlijn 97/13 mogen de lidstaten het aantal individuele vergunningen slechts beperken voor zover dit is vereist om het efficiënte gebruik van radiofrequenties te waarborgen.

20 – Zie arresten Commissie/Nederland (aangehaald in voetnoot 15, punt 10); Commissie/Griekenland (aangehaald in voetnoot 15, punt 28), en Commissie/Verenigd Koninkrijk (aangehaald in voetnoot 15, punt 43).

21 – Zie de in voetnoot 15 aangehaalde rechtspraak.

22 – Arrest van 19 januari 1994, SAT Fluggesellschaft (C-364/92, Jurispr. blz. I-43, punt 30); zie in dat verband eveneens arresten van 18 maart 1997, Diego Calì & Figli (C-343/95, Jurispr. blz. I-1547, punten 22 en 23), en 19 februari 2002, Wouters e.a. (C-309/99, Jurispr. blz. I-1577, punt 57).

23 – Arresten van 4 december 1990, Van Tiem (C-186/89, Jurispr. blz. I-4363, punt 18); 26 juni 2003, KapHag (C-442/01, Jurispr. blz. I-6851, punt 37); 29 april 2004, EDM (C-77/01, Jurispr. blz. I-4295, punt 48), en 21 oktober 2004, BBL (C-8/03, Jurispr. blz. I-10157, punt 36).

24 – Arresten van 26 september 1996, Enkler (C-230/94, Jurispr. blz. I-4517, punt 22), 27 januari 2000, Heerma (C-23/98, Jurispr. blz. I-419, punt 19). Zie ook arrest van 14 februari 1985, Rompelman (268/83, Jurispr. blz. 655), waarin het Hof de verkrijging van een toekomstig appartementsrecht heeft aangemerkt als een economische activiteit.

25 – Zie bijvoorbeeld de Engelse versie: „for the purpose of obtaining income therefrom on a continuing basis”, de Franse versie: „en vue d’en retirer des recettes ayant un caractère de permanence”, de Italiaanse versie: „per ricavarne introiti aventi un certo carattere di stabilità”, en de Spaanse versie: „con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo”.

26 – Arrest Enkler (aangehaald in voetnoot 24, punt 20).

27 – Arrest Enkler (punt 27).

28 – Arrest van 20 juni 1996, Wellcome Trust (C-155/94, Jurispr. blz. I-3013, punten 32 en volgende), en arrest EDM (aangehaald in voetnoot 23, punten 57 en volgende). Zie voorts betreffende het bezit en het verkrijgen van aandelen: arrest KapHag (aangehaald in voetnoot 23, punt 38), en arrest van 26 mei 2005, Kretztechnik (C-465/03, Jurispr. blz. I-4357, punten 19 en volgende).

29 – Zie de conclusie van advocaat-generaal Mischo, die aanschouwelijk uiteenzet dat artikel 4, lid 5, een gelaagde structuur heeft, met uitzonderingen en uitzonderingen op de uitzonderingen [conclusie van 15 maart 1989 in de zaak Comune di Carpaneto Piacentino e.a. (231/87 en 129/88, Jurispr. blz. 3233, punt 8)].

30 – Arrest van 17 oktober 1989, Comune di Carpaneto Piacentino e.a. (231/87 en 129/88, Jurispr. blz. 3233, punt 22).

31 – Zie de conclusie van advocaat-generaal Alber van 29 juni 2000 in de zaak Fazenda Pública (C-446/98, Jurispr. blz. I-11435, punt 69).

32 – Bijlage D vermeldt in totaal 13 activiteiten, waaronder – benevens telecommunicatiediensten – bijvoorbeeld de levering van water, gas, en elektriciteit, personen- en goederenvervoer, haven en luchthavendiensten, de exploitatie van commerciële beurzen en tentoonstellingen, reclame- en reisbureaus, en de exploitatie van kantines.

33 – De regering van het Verenigd Koninkrijk verwijst in dat verband naar de definitie van telecommunicatiediensten in artikel 2, punt 4, van de inmiddels opgeheven richtlijn 90/387/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende de totstandbrenging van de interne markt voor telecommunicatiediensten door middel van de tenuitvoerlegging van Open Network Provision (ONP) (PB L 192, blz. 1), volgens welke bepaling „Telecommunicatiediensten” de diensten zijn die geheel of gedeeltelijk bestaan in de overdracht en routing van signalen over een telecommunicatienet via telecommunicatieprocedures, met uitzondering van radio-omroep en televisie.

34 – Zie in dat verband mijn conclusie van 13 juli 2006 in de zaak Robins en Burnett (C-278/05, nog niet in de Jurisprudentie gepubliceerd, punten 80 en 81).

35 – Deze bepaling werd ingevoegd bij richtlijn 1999/59/EG van de Raad van 17 juni 1999 tot wijziging van richtlijn 77/388/EEG met betrekking tot de regeling inzake de belasting over de toegevoegde waarde die van toepassing is op telecommunicatiediensten (PB L 162, blz. 63).

36 – Zie naast de aangehaalde Duitse versie in het bijzonder de Italiaanse versie (*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*), de Nederlandse versie (met inbegrip van de daarmee samenhangende overdracht en verlening van rechten op het gebruik van *infrastructuur* voor de transmissie, uitzending of ontvangst) en de Franse versie (*y compris la cession et la concession y afférentes d'un droit d'utilisation de moyens pour une telle transmission, émission ou réception*) (mijn cursivering).

37 – Zie arresten van 27 maart 1990, Cricket St. Thomas (C-372/88, Jurispr. blz. I-1345, punt 19); 5 juni 1997, SDC (C-2/95, Jurispr. blz. I-3017, punt 22), en 14 september 2000, D. (C-384/98, Jurispr. blz. I-6795, punt 16).

38 – Zie punt 4 van de considerans van richtlijn 1999/59 (aangehaald in voetnoot 35), waarin het heet:

„Overwegende dat er in het bijzonder voor dient te worden gezorgd dat telecommunicatiediensten in de Gemeenschap aan de in de Gemeenschap gevestigde klanten worden belast.”

39 – Zie laatstelijk arrest van 4 mei 2006, Abbey National e.a. (C-169/04, Jurispr. blz. I-4027, punten 61 en volgende), en punten 73 en volgende van mijn conclusie van 8 september 2005 in die zaak.

40 – PB L 192, blz. 1. Richtlijn 1990/387 is inmiddels opgeheven bij richtlijn 2002/21 (aangehaald in voetnoot 10). De definitie van elektronische-communicatiediensten in artikel 2, sub c, van de nieuwe kaderrichtlijn ziet ook op telecommunicatie en gaat, net als haar voorgangster, uit van de overdracht van signalen via elektronische-communicatienetwerken.

41 – Conclusie bij het arrest Fazenda Pública (aangehaald in voetnoot 31, punt 69).

42 – De Commissie overweegt evenwel een meer op de markt gebaseerde benadering van het spectrumbeheer in te voeren [zie mededeling van de Commissie van 14 september 2005, Een op de markt gebaseerde benadering van het spectrumbeheer in de Europese Unie, COM (2005) 400 def.].

43 – Zie in dat verband punt 102 en volgende.

44 – Zie de opmerkingen betreffende de vierde prejudiciële vraag (in de punten 121 en volgende).

45 – Arrest van 25 juli 1991, Ayuntamiento de Sevilla (C-202/90, Jurispr. blz. I-4247, punt 18), en arresten Commissie/Griekenland (aangehaald in voetnoot 15, punt 34) en Commissie/Verenigd Koninkrijk (aangehaald in voetnoot 15, punt 49).

46 – Arrest van 14 december 2000, Fazenda Pública (C-446/98, Jurispr. blz. I-11435, punten 16 en 17).

47 – Hiervoor verwijst het Hof naar de arresten van 17 oktober 1989, Comune di Carpaneto Piacentino (aangehaald in voetnoot 30, punt 15), en 15 mei 1990, Comune di Carpaneto Piacentino e.a. (C-4/89, Jurispr. blz. I-1869, punt 10).

48 – Hiervoor verwijst het Hof naar de in voetnoot 15 aangehaalde arresten Commissie/Verenigd Koninkrijk (punt 50) en Commissie/Griekenland (punt 35), alsmede naar andere uitspraken in parallelle procedures.

49 – Arrest van 17 oktober 1989, Comune di Carpaneto Piacentino e.a. (aangehaald in voetnoot 30, punt 13) en arrest Fazenda Pública (aangehaald in voetnoot 46, punt 19).

50 – Zie Section 4 van de WTA 1998.

51 – Arresten Commissie/Verenigd Koninkrijk (aangehaald in voetnoot 15, punt 51), en Commissie/Griekenland (aangehaald in voetnoot 15, punt 36).

52 – Arrest Fazenda Pública (aangehaald in voetnoot 46, punt 22).

53 – Zie arrest van 15 mei 1990, Comune di Carpaneto Piacentino e.a. (aangehaald in voetnoot 47, punt 11).

54 – Ook in het arrest Fazenda Pública (aangehaald in voetnoot 46, punt 22) heeft het Hof de verhuur van een parkeerplaats niet afzonderlijk beschouwd, maar heeft het gezien naar het beheer van de openbare parkeerruimte in zijn geheel.

55 – Arrest van 4 oktober 1995, Armbricht (C-291/92, Jurispr. blz. I-2775). Zie inzonderheid betreffende de aftrek van voorbelasting bij goederen die in het kader van overheidshandelen worden gebruikt: arrest van 2 juni 2005, Waterschap Zeeuws-Vlaanderen (C-378/02, Jurispr. blz. I-4685).

56 – Arrest van 25 februari 1999, CPP (C-349/96, Jurispr. blz. I-973, punt 29). Zie ook arrest van

27 oktober 2005, Levob Verzekeringen en OV Bank (C-41/04, Jurispr. blz. I-9433, punt 20).

57 – Zie mijn conclusie van 4 mei 2006 in de zaak Talacre Beach Caravan Sales (C-251/05, Jurispr. blz. I-6269, punten 32 en volgende).

58 – Zie arresten van 15 december 1995, Bosman (C-415/93, Jurispr. blz. I-4921, punt 61), en 13 maart 2001, PreussenElektra (C-379/98, Jurispr. blz. I-2099, punt 39).

59 – Arrest van 17 oktober 1989, Comune di Carpaneto Piacentino e.a. (aangehaald in voetnoot 30, punt 24). Zie ook arrest van 8 juni 2006, Feuerbestattungsverein Halle (C-430/04, Jurispr. blz. I-4999 gepubliceerd, punt 25).

60 – Arrest van 2 juni 2005, Waterschap Zeeuws-Vlaanderen (C-378/02, Jurispr. blz. I-4685, punt 32).

61 – Arrest van 20 november 2003, Taksatorringen (C-8/01, Jurispr. blz. I-13711).

62 – Arrest Taksatorringen (aangehaald in voetnoot 61, punt 63).

63 – Volgens besluit (02) 06 van CEPT-ECC dient, naast de reeds voor de eerste 3G-diensten goedgekeurde frequenties, met ingang van 1 januari 2008 de frequentieband tussen 2500 MHz en 2690 MHz te worden vrijgegeven voor mobiele telecommunicatie volgens de IMT-2000/UMTS norm.

64 – Het door appellanten vermelde geval waarin een niet-belastingplichtige (bijvoorbeeld een overheidslichaam), die geen voorbelasting kan aftrekken, de vergunning zou verkrijgen, lijkt erg onwaarschijnlijk. Indien een overheidslichaam de vergunning overeenkomstig het doel ervan zou gebruiken om telecommunicatiediensten te verrichten, is zij op grond van artikel 4, lid 5, derde alinea, juncto bijlage D, van de Zesde richtlijn belastingplichtig. Ook de overweging, dat de aftrek van voorbelasting onmogelijk zou zijn indien de vergunningen niet voor belastbare activiteiten zouden worden gebruikt, lijkt veeleer hypothetisch te zijn.

65 – Zie voor meer details de punten 12 en 13.

66 – Aangehaald in voetnoot 46, punt 32.

67 – Arrest van 13 november 1990, Marleasing (C-106/89, Jurispr. blz. I-4135, punt 8). Dit beginsel werd voor het eerst vermeld in het arrest van 10 april 1984, Von Colson en Kamann (14/83, Jurispr. blz. 1891, punt 26). Zie voorts arresten van 14 juli 1994, Faccini Dori (C-91/92, Jurispr. blz. I-3325, punt 26), en 5 oktober 2004, Pfeiffer e.a. (C-397/01–C-403/01, Jurispr. blz. I-8835, punt 113).

68 – Arresten Von Colson en Kamann (aangehaald in voetnoot 67, punt 26); Marleasing (aangehaald in voetnoot 67, punt 8); Faccini Dori (aangehaald in voetnoot 67, punt 26), en Pfeiffer e.a. (aangehaald in voetnoot 67, punt 113).

69 – Zie de in voetnoot 67 aangehaalde arresten (met uitzondering van het arrest Von Colson en Kamann).

70 – Arrest van 7 januari 2004, Wells (C-201/02, Jurispr. blz. I-723, punt 57).

71 – Arrest van 26 februari 1986, Marshall (152/84, Jurispr. blz. 723, punt 48); arresten Marleasing (aangehaald in voetnoot 67, punt 6); Faccini Dori (aangehaald in voetnoot 67, punt 20); Wells (aangehaald in voetnoot 70, punt 57), en Pfeiffer e.a. (aangehaald in voetnoot 67, punt 108).

72 – Zie in die zin arrest van 25 februari 1999, Carbonari e.a. (C-131/97, Jurispr. blz. I-1103, punten 49 en 50), en arrest Pfeiffer e. a. (aangehaald in voetnoot 67, punt 115).

73 – Arrest Pfeiffer e.a. (aangehaald in voetnoot 67, punt 116).

74 – Zie arrest van 16 juni 2005, Pupino (C-105/03, Jurispr. blz. I-5285, punt 47). Dit arrest betrof een op het EU-Verdrag gebaseerd kaderbesluit. De aangehaalde vaststelling geldt echter ook voor richtlijnen in het kader van het EG-Verdrag.