

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

JULIANE KOKOTT

föredraget den 7 september 2006<sup>1</sup>(1)

**Mål C-369/04**

**Hutchison 3G UK Ltd m.fl.**

**mot**

**Commissioners of Customs & Excise**

(begäran om förhandsavgörande från VAT and Duties Tribunal London (Förenade kungariket))

”Sjätte mervärdesskattedirektivet – Begreppet ekonomisk verksamhet – Offentligrättsliga organ som skattskyldiga – Tilldelning av licenser genom auktion till utnyttjande av frekvenser för tredje generationens telekommunikationstjänster (UMTS/IMT-2000)”

**I – Inledning**

1. I mars/april auktionerade Förenade kungariket som första medlemsstat ut fem licenspaket för utnyttjande av vissa frekvensband för tillhandahållande av mobiltelefon-tjänster enligt UMTS/IMT-2000-standard(2) (även kallade tredje generationens 3G mobiltelefon-tjänster). 3G-mobiltelefonutrustning har större kapacitet att överföra data än tidigare generationers mobiltelefoner. De möjliggör särskilt tillhandahållande av multimedietjänster, såsom videokonferenser, Internetuppkoppling och online-underhållning. Införandet av UMTS-mobiltelefoner anses utgöra ett betydande tekniskt framsteg, som ger telekommunikationsföretag möjligheter till ett stort antal nya verksamheter.

2. Företagen var därför villiga att betala höga licensavgifter. Vid auktionen av licenserna erhöll Radiocommunications Agency (nedan kallat RA) intäkter som totalt uppgick till omkring 22,5 miljarder GBP (som vid den tidpunkten motsvarade ca 38,4 miljarder euro). RA är en myndighet inom handels- och industriministeriets verksamhetsområde. RA genomförde auktionen på ministerns vägnar.

3. Fem telekommunikationsföretag, vilka nu utgör klaganden i målet vid den nationella domstolen, förvärvade var sitt licenspaket vid auktionen. Enligt deras uppfattning är tilldelningen av licenser en mervärdesskattepliktig transaktion och licensavgifterna borde följaktligen ha innefattat mervärdesskatt. De har numera begärt att återfå den mervärdesskatt som de påstår sig ha betalat,(3) uppgående till ett belopp av 3 347 698 000 GBP (motsvarande ca 5 miljarder euro), eftersom de har rätt att dra av dessa belopp såsom ingående skatt. Skattemyndigheterna i Förenade kungariket anser däremot att auktionen av licenser inte utgör någon skattepliktig verksamhet i den mening som avses i sjätte mervärdesskattedirektivet(4) (nedan kallat sjätte direktivet).

4. Enligt artikel 4.1 och 4.2 i sjätte direktivet är endast sådan omsättning skattepliktig som en skattskyldig person har i sin ekonomiska verksamhet. Enligt artikel 4.5 i direktivet anses staten och dess organ i princip inte vara skattskyldiga när de utövar offentlig makt. I detta mål är tolkningen av dessa bestämmelser med avseende på tilldelning av UMTS-licenser genom auktion till utnyttjande av frekvenser av central betydelse.

5. I en parallell begäran om förhandsavgörande,(5) i vilken jag i dag också presenterar ett förslag till avgörande, har Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien ställt liknande frågor för bedömning av utauktionering av UMTS-licenser i Österrike.

6. Därutöver har andra medlemsstater följt det brittiska exemplet och har likaså uttagit höga licensavgifter, även om dessa räknat per potentiella mobiltelefonkunder inte är lika höga som i Förenade kungariket.(6) Förevarande förfarande och det parallella förfarandet från Österrike har följaktligen inte bara särskild betydelse på grund av de enorma summor som här står på spel, utan de är också av pilotkaraktär för liknande tvister i andra medlemsstater.

## **II – Tillämpliga bestämmelser**

### *A – Bestämmelser om mervärdesskatt*

1. De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

7. Enligt artikel 2.1 i sjätte direktivet skall mervärdesskatt betalas för

”leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster som sker mot vederlag inom landets territorium av en skattskyldig person i denna egenskap, ...”.

8. I artikel 4 i sjätte direktivet ges följande definition på vem som skall anses vara skattskyldig person:

”1. Med ’skattskyldig person’ avses varje person som självständigt någonstans bedriver någon form av ekonomisk verksamhet som anges i punkt 2, oberoende av syfte eller resultat.

2. De former av ekonomisk verksamhet som avses i punkt 1 skall omfatta alla verksamheter av producenter, återförsäljare och personer som tillhandahåller tjänster, däribland gruvdrift och jordbruksverksamhet samt verksamhet inom fria yrken. Utnyttjande av materiella eller immateriella tillgångar i syfte att fortlöpande vinna intäkter därav skall likaså betraktas som ekonomisk verksamhet.

...

5. Stater, regionala och lokala myndigheter och övriga offentligrättsliga organ anses inte såsom skattskyldiga när det gäller verksamhet eller transaktioner som de utför i sin egenskap av

offentliga myndigheter, även om de i samband härmed uppbär avgifter, arvoden, bidrag eller inbetalningar.

När de genomför sådana verksamheter eller transaktioner, skall de dock ändå betraktas som skattskyldiga personer med avseende härpå, om det skulle leda till konkurrenssnedvridning av viss betydelse, ifall de behandlades som icke skattskyldiga personer.

Dessa organ skall i vart fall betraktas som skattskyldiga personer när det gäller de verksamheter som är förtecknade i bilaga D, såvida de inte genomförs i försumbart liten skala.

...”

9. I bilaga D anges under punkt 1 telekommunikation som verksamhet som avses i tredje stycket i artikel 4.5.

2. De nationella bestämmelserna

10. I section 4(1) i Value added Tax Act 1994 (nedan kallad VAT Act 1994) föreskrivs följande:

”Mervärdesskatt utgår för alla varuleveranser som sker i Förenade kungariket eller för alla tjänster som tillhandahålls där, såvitt det är fråga om en skattepliktig leverans eller prestation som utförts av en skattskyldig person i samband med en av honom bedriven ekonomisk verksamhet.”

11. I section 41(1) i VAT Act 1994 föreskrivs vidare följande:

”VAT Act är tillämplig på alla skattepliktiga leveranser av varor eller allt skattepliktigt tillhandahållande av tjänster från staten i samma utsträckning som den är tillämplig på skattskyldiga personers skattepliktiga leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster.”

12. I section 41(2) i VAT Act 1994 föreskrivs följande:

”När en statlig myndighets leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster inte anses utgöra ekonomisk verksamhet men finansförvaltningen finner att liknande varor eller tjänster levereras eller tillhandahålls, eller kan levereras eller tillhandahållas, av skattskyldiga personer i samband med någon utövad verksamhet av ekonomiskt slag, skall, i den utsträckning som finansförvaltningen så beslutar, myndighetens leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster vad gäller denna lagstiftning anses utgöra leverans eller tillhandahållande som sker i samband med av myndigheten bedriven ekonomisk verksamhet.”

13. Den 14 april 2000 utgav finansförvaltningen anvisningar för beskattningen. I dessa föreskrevs att ”leverans av sådana varor eller tillhandahållande av sådana tjänster som anges i bilaga 2 som görs av ett statligt organ som anges i bilaga 1 skall, vad gäller bestämmelserna i [VAT Act 1994] anses utgöra leverans eller tillhandahållande som sker i samband med av organet utövad verksamhet av ekonomiskt slag”. I bilaga 1 anges handels- och industriministeriet. I bilaga 2 anges bland annat såväl ”utfärdande av licens, intyg, godkännanden eller beviljanden rörande andra rättigheter än rättigheter beträffande fast egendom” som ”telekommunikation”.

B – *Den rättsliga ramen för tilldelning av UMTS-frekvenser*

14. Radiofrekvenser är en knapp resurs. Det radiospektrum som är tekniskt användbart används redan till största delen inom ramen för olika tjänster och användningssätt. För att förhindra störningar står för all användning vissa från varandra avgränsade avsnitt (frekvensband) till förfogande. Den globala frekvensordningen grundar sig på arbeten inom ramen för Internationella teleunionen (International Telecommunications Union – ITU), som är en

internationell organisation och ett FN-organ.

15. De frekvensband som har avsatts för UMTS/IMT-2000-mobiltelefoni fastställdes i princip av den administrativa världsradiokonferensen år 1992 (WRC 92) som ITU anordnat. I resolution 212 utgick den administrativa världsradiokonferensen år 1997 ifrån att IMT-2000-mobiltelefonitjänster skulle komma att införas fram till år 2000.

16. På europeisk nivå utförde den europeiska post- och teleorganisationen (CEPT)(7) ytterligare förberedande arbete för införande av tredje generationens mobiltelefoni. Europeiska radiokommittén (ERC), som hör till denna organisation, definierade i beslut ERC/DEC(97)/07 av den 30 juni 1997(8) särskilt det frekvensspektrum som står till förfogande.

17. Det frekvensspektrum som är reserverat för tredje generationens mobiltelefoni kan delas in i ytterligare delar, i vilka flera tillhandahållare kan driva ett nät för mobiltelefoni. Utrustningen och antalet licenser som tilldelats för detta ändamål varierar från medlemsstat till medlemsstat.(9) Medan Österrike och Tyskland till exempel har delat upp spektrumet mellan sex tillhandahållare har Belgien och Frankrike delat upp spektrumet mellan endast tre tillhandahållare. Vid fastställandet av de bandbredder som tilldelas för drift av telenät finns alltså ett visst handlingsutrymme inom ramen för de tekniska minimikraven.

## 1. Gemenskapsrätten

18. Vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna utgjorde direktiv 97/13/EG(10) den gemenskapsrättsliga ramen för tilldelning av allmän auktorisation och individuella tillstånd på teletjänstområdet.

19. Enligt artikel 3.3 i direktiv 97/13 ”får [medlemsstaterna] utfärda ett individuellt tillstånd endast om innehavaren får tillgång till knappa fysiska eller andra resurser eller omfattas av särskilda skyldigheter eller åtnjuter särskilda rättigheter i enlighet med bestämmelserna i avsnitt III”.

20. I avsnitt III i direktivet (artiklarna 7–11) regleras individuella tillstånd närmare. I artikel 10 föreskrivs att medlemsstaterna endast får begränsa antalet individuella tillstånd i den utsträckning som det är nödvändigt för att säkerställa att radiofrekvenserna utnyttjas effektivt. De måste därvid särskilt lägga vederbörlig vikt vid behovet av att ge användarna så stort utbyte som möjligt och underlätta utvecklingen av konkurrens. Medlemsstaterna skall bevilja dessa individuella tillstånd på grundval av urvalskriterier som skall vara objektiva, icke-diskriminerande, specificerade, genomblickbara och proportionerliga.

21. Enligt artikel 11.1 i direktiv 97/13 får avgifter tas ut som täcker kostnader i samband med beviljande av tillstånd. Enligt artikel 11.2 får dessutom andra avgifter fastställas:

”Trots vad som anges i punkt 1 får medlemsstaterna, när det gäller användning av knappa resurser, tillåta sina nationella regleringsmyndigheter att införa avgifter som avspeglar behovet av att säkerställa ett optimalt utnyttjande av dessa resurser. Avgifterna skall vara icke-diskriminerande och särskild hänsyn skall tas till behovet av att främja utvecklingen av innovativa tjänster och konkurrens.”

22. Direktiv 97/13 upphävdes genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv).(11) I motsats till direktiv 97/13 föreskrivs i artikel 9.3 i direktiv 2002/21 att medlemsstaterna får tillåta företag att överföra rättigheter att använda radiofrekvenser med andra företag.

23. I artikel 9.4 i direktiv 2002/21 föreskrivs i detta fall följande:

”Medlemsstaterna skall säkerställa att ett företags avsikt att överföra rättigheter att använda radiofrekvenser anmäls till den nationella regleringsmyndighet som har ansvaret för tilldelningen av radiospektrum, och att varje överföring äger rum i enlighet med förfaranden som fastställts av den nationella regleringsmyndigheten och offentliggörs. De nationella regleringsmyndigheterna skall säkerställa att konkurrensen inte snedvrids som ett resultat av sådana transaktioner. I de fall användningen av radiofrekvenser har harmoniserats genom tillämpning av beslut nr 676/2002/EG (radiospektrumbeslut) eller andra gemenskapsåtgärder, skall sådan överföring inte leda till ändrad användning av radiofrekvensen.”

24. Därutöver är Europaparlamentets och rådets beslut nr 128/1999/EG av den 14 december 1998 om samordnat införande av ett system för mobil och trådlös telekommunikation (UMTS) av tredje generationen(12) (UMTS-beslutet) inom gemenskapen av intresse. Genom detta beslut initierade parlamentet och rådet införandet av UMTS- telekommunikation i Europa.

25. I skälen till UMTS-beslutet anknyter de till den internationella utvecklingen och till kraven för den tredje generationens mobiltelefoni. Enligt artikel 3.1 i UMTS-beslutet skall medlemsstaterna fram till den 1 januari 2000 utarbeta auktorisationsförfaranden för införande av UMTS-tjänsterna. Enligt artikel 3.3 skall de därvid, ”i enlighet med gemenskapslagstiftningen, se till att UMTS tillhandahålls i frekvensband som är harmoniserade av CEPT”.

## 2. Nationella bestämmelser

26. Enligt section 1 i Wireless Telegraphy Act 1949 (nedan kallad WTA 1949) får ”ingen upprätta eller använda en radiostation för radiotelegrafi eller installera eller använda radiotelegrafiutrustning såvida inte operatören förfogar över en licens, som har tilldelats i enlighet med denna section a) av ministern”. Överträdelse av detta förbud leder enligt WTA 1949 till straffrättsliga påföljder.

27. 1997 inledde ministeriet och RA omfattande förberedelser för auktionen av UMTS-licenser. De berörda personerna hördes och externa rådgivare anlätades. Detta arbete resulterade i utarbetandet av den rättsliga grunden för tilldelningen av UMTS-licenser.

28. Wireless Telegraphy Act 1998 (nedan kallad WTA 1998) innehöll riktlinjer för tilldelning av licenser och tillät särskilt uttagande av avgifter som överstiger kostnadstäckande administrativa avgifter. Vid fastställandet av dessa avgifter skulle följande omständigheter beaktas:

- den effektiva användningen och förvaltningen av det elektromagnetiska spektrumet,
- de ekonomiska fördelar som följer av en användning av radiotelegrafi,
- utvecklingen av innovativa tjänster, och
- konkurrensen vad gäller tillhandahållande av telekommunikationstjänster.

29. Med stöd av WTA 1998 reglerades ytterligare detaljer avseende tilldelningen av UMTS-

licenser i Wireless Telegraphy (Third Generation Licences) Regulations 1999 (nedan kallade WTA Regulations). I bilagan till WTA Regulations definieras särskilt omfattningen av de fem licenser som skulle tilldelas. Enligt denna omfattar licenserna A och B ett parat spektrum(13) på 2 x 15 MHz, licenserna C, D och E omfattar ett parat spektrum på 2 x 10 MHz. Licens A är reserverad för en mobiltelefonoperatör som ännu inte bedriver verksamhet på den brittiska marknaden.

30. I ett tillkännagivande av den 22 december 1999 publicerades detaljerade regler för deltagande i auktionen och dess förlopp. För att kunna delta i auktionen krävdes bland annat att säkerhet ställdes som till en början uppgick till 50 miljoner GBP. Vidare fastställdes ett lägsta bud som uppgick till ett belopp på mellan 89,3 och 125 miljoner GBP, beroende på licensens omfattning.

31. Handel med frekvenser som medlemsstaterna kan bedriva enligt artikel 9.3 i direktiv 2002/21 har ännu inte införts i Förenade kungariket.

### **III – Tvisten i målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna**

32. I auktionen som varade mellan den 6 mars och den 27 april deltog fyra företag som redan var etablerade i Förenade kungariket och nio potentiella nya marknadsaktörer. Följande budgivare lämnade bud för en licens:

Licens

Budgivare

Sista budet i GBP

Licens A (reserverad för nya marknadsaktörer)

TIW UMTS (UK) Limited (nu Hutchison 3G UK Limited) (nya marknadsaktörer)

4 384 700 000

Licens B

Vodafone Limited (etablerade operatörer)

5 964 000 000

Licens C

BT3G Limited(14) (etablerade operatörer)

4 030 100 000

Licens D

One2One Personal Communications Limited (nu T-Mobile [UK] Limited) (etablerade operatörer)

4 003 600 000

Licens E

Orange 3G Limited (etablerade operatörer)

4 095 000 000

Totalt belopp

22 477 400 000

33. Licenserna tilldelades i maj och september 2000 och har en giltighetsperiod till och med den 31 december 2021. Förvärvarna betalade full licensavgift år 2000. De kostnader som uppstod för myndigheterna i samband med förberedelsen och genomförandet av auktionen uppgick till 8 miljoner GBP (ca 13,7 miljoner euro).

34. Licensinnehavarna är bland annat skyldiga att fram till den 31 december 2007 tillhandahålla och upprätthålla en telekommunikationstjänst i ett område i vilket minst 80 procent av befolkningen i Förenade kungariket bor. De behöver enligt section 7 i Telecommunications Act 1984 också en licens som allmänt berättigar dem att tillhandahålla mobila telekommunikationstjänster.

35. Enligt klagandenas uppfattning innefattade licensavgifterna mervärdesskatt. De begärde därför att såsom ingående skatt återfå mervärdesskatt för de skattepliktiga tjänster som de tillhandahåller. Commissioners of Customs & Excise avslog ansökan om återbetalning. Enligt deras uppfattning utgjorde tilldelningen av licenser inte någon mervärdesskattepliktig transaktion. Sedan talan utan framgång väckts vid första instans, överklagade klagandena till VAT and Duties Tribunal som genom beslut av den 24 augusti 2004 bad domstolen att genom ett förhandsavgörande enligt artikel 234 EG besvara följande frågor:

”1. Skall, under de förhållanden som redovisas i Sammanställningen över ostridiga sakomständigheter begreppet ekonomisk verksamhet i den mening som avses i artikel 4.1 och 4.2 i sjätte direktivet tolkas så, att det omfattar ministerns verksamhet att genom en auktion bevilja licens avseende rätten att använda telekommunikationsutrustning i vissa delar av det elektromagnetiska spektrumet (verksamheten), och vilka omständigheter är relevanta för den frågan?

2. Vilka omständigheter är, under de förhållanden som redovisas i Sammanställningen över ostridiga sakomständigheter, relevanta för frågan huruvida ministern bedrev verksamheten i egenskap av 'offentlig myndighet' i den mening som avses i artikel 4.5 i sjätte direktivet?

3. Kan verksamheten, under de förhållanden som redovisas i Sammanställningen över ostridiga sakomständigheter, vara i) delvis en ekonomisk verksamhet, delvis inte, och/eller ii) delvis bedriven av ett offentligrättsligt organ som agerat som offentlig myndighet, delvis inte, med den följden att verksamheten delvis skulle vara mervärdesskattespliktig enligt sjätte direktivet, delvis inte?

4. Hur sannolik och nära i tiden till driften av en sådan verksamhet som den aktuella skall en sådan 'konkurrenssnedvridning av viss betydelse' som avses i sjätte direktivet vara för att den person som bedriver verksamheten, enligt det stycket, skall betraktas som skattskyldig avseende verksamheten? Vilken betydelse, om någon, har principen om skatteneutralitet för den frågan?

5. Omfattar ordet telekommunikation i bilaga D till sjätte direktivet (som det hänvisas till i artikel 4.5 tredje stycket i sjätte direktivet) ministerns verksamhet att genom en auktion bevilja licenser avseende rätten att använda telekommunikationsutrustning i vissa delar av det elektromagnetiska spektrumet under de förhållanden som redovisas i Sammanställningen över ostridiga

sakomständigheter?

6. I ett fall där i) en medlemsstat beslutar att införliva artikel 4.1 och 4.5 i sjätte direktivet genom en lagstiftning där ett statligt organ (såsom i detta fall Förenade kungarikets skatteförvaltning) bemyndigas i lag att meddela föreskrifter om vilka varor eller tjänster som statliga organ levererar eller tillhandahåller som skall anses som skattepliktiga och ii) det statliga organet meddelar, eller avser att meddela, föreskrifter i enlighet med det bemyndigandet där det anges att vissa leveranser och visst tillhandahållande är skattepliktigt: Är då principen i domen i mål C-106/89 Marleasing, REG 1990, s. I-4135, punkt 8[, svensk specialutgåva, volym 10, s. 575], relevant för tolkningen av den nationella lagstiftningen och de föreskrifterna (och i så fall hur)?"

#### IV – Bedömning

A – *Den första tolkningsfrågan: Huruvida ekonomisk verksamhet föreligger*

36. Den nationella domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida auktion av licenser som ger rätt att använda telekommunikationsutrustning i vissa delar av det elektromagnetiska spektrumet, utgör ekonomisk verksamhet i den mening som avses i artikel 4.1 och 4.2 i sjätte direktivet.

37. Enligt artikel 4.1 i sjätte direktivet avses med "skattskyldig person" varje person som självständigt bedriver någon form av ekonomisk verksamhet, oberoende av syfte eller resultat. Denna bestämmelse reglerar således inte enbart vem som kan anses som en skattskyldig person, utan även under vilka förutsättningar en verksamhet som utövas av en person är mervärdesskattepliktig.

38. Artikel 4.2 i sjätte direktivet innehåller en mycket omfattande uppräkningslista av vad som skall anses som ekonomisk verksamhet i den mening som avses i artikel 4.1. Utöver alla verksamheter av producenter, återförsäljare och personer som tillhandahåller tjänster, omfattar denna verksamhet särskilt även utnyttjande av immateriella tillgångar i syfte att fortlöpande vinna intäkter.

39. Domstolen har slagit fast att denna definition visar "hur omfattande det tillämpningsområde som täcks av begreppet ekonomisk verksamhet är och att begreppet har en objektiv karaktär, eftersom verksamheten bedöms i sig, oberoende av syfte och resultat".(15)

40. Den berörda personens subjektiva avsikt med verksamheten saknar alltså betydelse. I annat fall skulle skattemyndigheten vara tvungen att genomföra undersökningar för att utröna denna avsikt, vilket skulle strida mot syftet med det gemensamma systemet för mervärdesskatt. Detta system avser nämligen att garantera rättssäkerheten och att underlätta de åtgärder som är förenade med tillämpningen av mervärdesskatten genom att, utom i vissa undantagsfall, ta hänsyn till den aktuella transaktionens objektiva karaktär.(16)

41. Jag skall inledningsvis behandla invändningen att det inte föreligger någon ekonomisk verksamhet redan av det skälet att avsikten med tilldelningen av UMTS-licenser genom auktion var att reglera marknaden. Därefter skall undersökas om transaktionen kan anses som utnyttjande av immateriella tillgångar i syfte att fortlöpande vinna intäkter i den mening som avses i artikel 4.2 i sjätte direktivet.

1. Innebär den omständigheten att en reglering av marknaden avsågs att det inte föreligger någon ekonomisk verksamhet?

42. Bakgrunden till tilldelning av licenser genom auktion är att radiofrekvenser är en knapp resurs. Området för det elektromagnetiska spektrum som står till förfogande för UMTS-tjänster har

fastställts genom internationella avtal. Inom detta område kan endast ett begränsat antal mobilnät drivas. För att säkerställa en ordnad och störningsfri användning av frekvenser är regleringsåtgärder från statens sida oundvikliga.

43. UMTS-beslutet medför en skyldighet för medlemsstaterna att genomföra nödvändiga administrativa förfaranden för att underlätta införandet av UMTS-tjänster.

44. Direktiv 97/13 och de nationella införlivandeåtgärderna utgör den rättsliga ramen som medlemsstaterna är bundna av vid tillhandahållandet av frekvensband. Enligt artikel 10 i direktiv 97/13 skall medlemsstaterna bevilja individuella tillstånd på grundval av urvalskriterier som skall vara objektiva, icke-diskriminerande, specificerade, genomblickbara och proportionerliga. Enligt artikel 11.2 i direktiv 97/13 får de i detta sammanhang införa avgifter som avspeglar behovet av att säkerställa ett optimalt utnyttjande av dessa resurser.

45. Förenade kungariket har beslutat att tilldela licenser som ger rätt till utnyttjande av vissa radiofrekvenser genom auktion. Intäkter från auktionerna betraktades som avgifter i den mening som avses i artikel 11.2 i direktiv 97/13. Genom auktionsförfarandet skall, enligt Förenade kungariket, de företag identifieras som tillerkänner licenserna det största ekonomiska värdet och som därmed kan säkerställa att maximal nytta dras av licensernas användning. Det var däremot inte fråga om att staten skulle erhålla höga intäkter.

46. De medlemsstater som har inkommit med synpunkter samt kommissionen har av dessa omständigheter dragit slutsatsen att tilldelningen av UMTS-licenser från ministern och RA inte utgör en ekonomisk transaktion i den mening som avses i artikel 4.1 och 4.2 i sjätte direktivet, utan en åtgärd för att reglera marknaden.

47. Enligt min uppfattning är denna ståndpunkt felaktig.

48. Huruvida en verksamhet skall anses utgöra en ekonomisk verksamhet i mervärdesskattehänseende beror på dess objektiva karakteristika, som skall bestämmas på grundval av de konkreta omständigheterna. De mål som eftersträvas med verksamheten, att reglera tillträdet till marknaden för UMTS i överensstämmelse med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna och identifiera de mest lämpade mobiltelefonoperatörerna, saknar dock betydelse. Sådana mål skall enligt ovannämnda rättspraxis nämligen inte beaktas vid klassificeringen av en verksamhet.(17)

49. Föremål för auktionen var rätten att utnyttja vissa radiofrekvenser under en period om 20 år för att driva ett nät för mobiltelefoni. De företagare som har avgivit det högsta budet vid auktionen har kommit i åtnjutande av denna rättighet.

50. Huruvida tilldelningen av licenser från staten rättsligt skall kvalificeras som ett förvaltningsrättsligt tillstånd eller en civilrättslig transaktion är lika irrelevant vid fastställandet av verksamhetens objektiva karaktär som beteckningen av företagets motprestation som avgift eller pris.(18) Licensen tilldelades nämligen endast mot den ersättning som fastställdes genom auktion. Ersättningen har således ett direkt samband med tilldelningen av licensen. Dessutom är det när det gäller betalningen inte fråga om en avgift som endast skall täcka de administrativa kostnaderna.

51. Parterna är oeniga om huruvida syftet med auktionens utformning var att vinna särskilt höga intäkter. Den omständigheten att totalt fem licenser tilldelades, och inte såsom i Tyskland sex, skulle till exempel kunna bedömas som en konstgjord minskning av utbudet som bidragit till att höja intäkterna. Beslutet att endast auktionera ut fem licenser skulle emellertid även kunna motiveras med ett behov av att reglera marknaden.(19) Utöver de fyra etablerade operatörerna

skall en ny aktör tillkomma för att öka konkurrensen. Vore antalet konkurrenter mellan vilka man hade att dela upp markanden större, skulle lönsamheten av den stora investeringen i näten eventuellt inte kunna säkerställas.

52. Det saknas emellertid, liksom när det gäller frågan huruvida syftet med utformningen av förfarandet för tilldelning av licenser var att vinna intäkter, anledning att besvara denna fråga.

53. Objektivt sett tilldelades licenserna nämligen av ministern mot en ersättning som skulle återspegla licensernas ekonomiska värde och som flerfaldigt översteg kostnaderna för auktionsförfarandet. Genom att de lägsta bud som regeringen angav i auktionsreglerna uppgick till 125 miljoner GBP, var syftet redan från första början att vinna stora intäkter. För klassificeringen av auktionen i mervärdesskattelhänseende saknar det betydelse om det syfte som regeringen eftersträvade var att vinna intäkter eller om dessa intäkter endast var en sidoeffekt, som var en nödvändig följd av denna form av tilldelningsförfarande.

54. Den omständigheten att tilldelningen av licenser skedde på grundval av gemenskapens regelverk utgör inte heller hinder mot klassificeringen som ekonomisk verksamhet. Att dessa rättsliga bestämmelser utfylls utgör nämligen enbart en målsättning (som skall uppfyllas) som inte kan beaktas vid klassificeringen av ekonomisk verksamhet.(20)

55. Av bilaga D punkt 7 i sjätte direktivet framgår att mervärdesskatt kan tas ut på reglerande verksamhet som klassificeras som ekonomisk verksamhet. Bland de verksamheter som enligt artikel 4.5 tredje stycket i sjätte direktivet klassificeras som statens verksamhet för vilken mervärdesskatt skall tas ut anges verksamhet som stödorgan för jordbruket bedriver i enlighet med förordningar om en gemensam organisation av marknaden för dessa varor. Mervärdesskatt skall alltså betalas för produkter som stödorgan säljer från sina lager, även om denna verksamhet i första hand syftar till att reglera marknaden och inte till att vinna intäkter.

56. Den omständigheten att transaktionens objektiva egenskaper anses som avgörande innebär att begreppet ekonomisk verksamhet utsträcks till att omfatta ett vidsträckt område, i enlighet med domstolens tolkning.(21) Beaktas redan i detta skede av bedömningen den omständigheten att en offentlig myndighet vidtar åtgärder för att fullgöra sitt lagstadgade regleringsuppdrag, kommer direktivets tillämpningsområde att begränsas väsentligt. Framför allt skulle utrymmet för att tillämpa artikel 4.5 i sjätte direktivet begränsas, trots att denna bestämmelse innehåller speciella regler för offentliga myndigheter.

57. Domstolen har visserligen framför allt i den så kallade domen Eurocontrol,(22) vilken vissa av parterna har åberopat, fastställt att det inte föreligger någon ekonomisk verksamhet, vid myndighetsutövning, i den mening som avses i konkurrensreglerna i fördraget.

58. Olika definitioner av begreppet ekonomisk verksamhet ligger emellertid till grund för konkurrensrätten och det sjätte mervärdesskattedirektivet. När det gäller konkurrensrätten anses myndighetsutövning som ett kriterium som utesluter att ekonomisk verksamhet som är konkurrensrättsligt relevant föreligger. I konkurrensrätten saknas emellertid särskilda bestämmelser vad gäller statens verksamhet inom ramen för myndighetsutövning.

59. Begreppet ekonomisk verksamhet i artikel 4.1 och 4.2 i sjätte direktivet är vidare än det motsvarande konkurrensrättsliga begreppet. Huruvida offentlig makt utövas saknar inledningsvis betydelse i detta sammanhang. Denna omständighet beaktas först i ett senare skede av bedömningen, nämligen inom ramen för specialbestämmelsen i artikel 4.5. Denna bestämmelse skulle i stor utsträckning bli överflödig om sjätte mervärdesskattedirektivet, i analogi med vad som gäller i konkurrensrättsligt hänseende, inte skulle vara tillämpligt vid myndighetsutövning.

## 2. Utnyttjande av tillgångar i syfte att fortlöpande vinna intäkter därav

60. Enligt artikel 4.2 i sjätte direktivet omfattar ekonomisk verksamhet utnyttjande av materiella eller immateriella tillgångar i syfte att fortlöpande vinna intäkter därav. Rätten att använda mobiltelefonutrustning i vissa delar av det elektromagnetiska spektrumet anses som immateriella tillgångar.

61. Enligt fast rättspraxis avser begreppet utnyttjande, i enlighet med principen om att det gemensamma systemet för mervärdesskatt skall vara neutralt, samtliga transaktioner oavsett rättslig form.(23) Domstolen har till exempel fastställt att uthyrning utgör ett utnyttjande av egendom som skall anses som ekonomisk verksamhet i den mening som avses i artikel 4.2 i sjätte direktivet.(24) Förenade kungariket har mot vederlag överlåtit en licens till utnyttjande av frekvenser till klagandena för en bestämd tidsperiod. Denna transaktion som har likheter med uthyrning eller utarrendering skall anses som utnyttjande av immateriella tillgångar i syfte att fortlöpande vinna intäkter.

62. Den nederländska och den danska regeringen har emellertid gjort gällande att syftet inte är att *fortlöpande* vinna intäkter, eftersom tilldelningen av licenser utgör en enstaka transaktion.

63. Medan begreppet "nachhaltig" som används i den tyska versionen inte är helt klart, framgår av andra språkversioner att syftet måste vara att vinna intäkter under lång tid.(25) Ett tillfälligt kommersiellt utnyttjande av en tillgång utgör därför ingen ekonomisk verksamhet i den mening som avses i artikel 4.1 och 4.2 i sjätte direktivet, vilket domstolen fastställde i domen i målet Enkler.(26)

64. Den tilldelning av licenser som skall bedömas i förevarande fall utgör emellertid inte något tillfälligt utnyttjande i denna mening. I klargörande syfte skall det helt kort erinras om bakgrunden till domen i målet Enkler. Detta mål rörde frågan huruvida tillfällig uthyrning av en husbil, som ägaren för övrigt till övervägande del använde för privata ändamål, fortfarande skulle anses som utnyttjande av en tillgång i syfte att fortlöpande vinna intäkter därav.

65. Utgångspunkten för domstolens bedömning var tillgångens karaktär. Om till exempel en tillgång uteslutande är ägnad att utnyttjas ekonomiskt, är detta i allmänhet tillräckligt för att visa att ägaren utnyttjar den för ekonomisk verksamhet och följaktligen i syfte att fortlöpande vinna intäkter. Om en tillgång emellertid på grund av sin karaktär kan utnyttjas för såväl ekonomiska som privata ändamål, finns det anledning att utifrån samtliga omständigheter rörande dess nyttjande avgöra om den verkligen utnyttjas för att fortlöpande vinna intäkter.(27)

66. När det gäller rättigheten till utnyttjande av radiofrekvenser för tillhandahållande av UMTS-mobiltelefoni kan det endast vara fråga om ett ekonomiskt nyttjande. I förevarande fall uppkommer följaktligen inte frågan var gränsen går mellan ekonomiskt och privat nyttjande av en tillgång. Det kan av det skälet inte heller enbart vara fråga om tillfälliga ekonomiska aktiviteter som ger vika för privat nyttjande.

67. Den omständigheten att tilldelningen av licenserna endast skett en gång för en lång period innebär inte heller att det är fråga om ett tillfälligt utnyttjande för ekonomiska ändamål. I detta sammanhang saknar det betydelse hur ofta en skattskyldig person utför jämförbara transaktioner. Avgörande är däremot om tillgången ger upphov till varaktiga intäkter. Det råder ingen tvekan om att det förhåller sig på det sättet i förevarande fall. Rätten till utnyttjande av frekvenser överläts för en period om 20 år och ger staten intäkter under hela den perioden.

68. Den omständigheten att avgiften skulle erläggas som en engångsbetalning vid tidpunkten

för tilldelningen av licensen och inte som periodiskt återkommande betalningar innebär inte att syftet att vinna intäkter inte kan anses som fortlöpande. Teoretiskt sett hade licensavgiften kunnat utformas annorlunda. Huruvida det sjätte direktivet är tillämpligt eller inte kan emellertid inte vara beroende av betalningssättet, vilket parterna har rätt att besluta om.

69. Oberoende av detta kan det förhålla sig på det sättet att en licens återlämnas i förtid, överlåts eller dras in. Perioden för nyttjande av den tilldelade licensen uppgår i det fallet inte längre till 20 år.

70. Tilldelningen av nyttjanderätt som är begränsad i tiden kan slutligen inte jämföras med försäljning av värdepapper som domstolen av två skäl inte anser utgöra ekonomisk verksamhet, såvida den inte sker som ett led i en affärsverksamhet bestående av förvaltning av investeringar.(28)

71. De intäkter som uppkommer vid innehav och försäljning av aktier, alltså utdelning och kursvinster, är inte resultatet av aktivt utnyttjande av värdepappren, utan hänförliga till ägandet av värdepappren. Till skillnad från detta härrör de intäkter som uppkommer vid tilldelningen av licenser inte enbart från rätten att förfoga över frekvenserna, såsom utdelning och kursvinster, utan från utnyttjandet av denna rätt.

72. De intäkter som uppkommer vid försäljning av värdepapper uppstår endast en gång. En överlåten tillgång som inte längre tillhör överlåtarens kan inte utnyttjas av denne för att vinna intäkter. Staten har däremot inte helt och hållet av sagt sig rätten till förfogande över frekvenserna. Denna rätt återgår nämligen till staten senast efter att licensens giltighetstid löpt ut och denna kan då tilldelas på nytt.

73. Den första frågan skall således besvaras på följande sätt:

Den auktion som genomfördes av ett statligt organ av licenser som omfattar rätten att använda vissa delar av det elektromagnetiska spektrumet för tillhandahållande av UMTS-mobiltelefonitjänster under en viss period skall, under de omständigheter som föreligger i tvisten i målet vid den nationella domstolen, anses som utnyttjande av en immateriell tillgång i syfte att fortlöpande vinna intäkter därav och följaktligen som ekonomisk verksamhet i den mening som avses i artikel 4.1 och 4.2 i sjätte direktivet.

*B – Den andra till den femte tolkningsfrågan: Villkor under vilka offentligrättsliga organ uppträder som skattskyldiga*

1. Inledande anmärkningar angående uppbyggnaden av artikel 4.5 i sjätte direktivet

74. Artikel 4.5 i sjätte direktivet innehåller olika bestämmelser om när staten skall anses som skattskyldig.(29)

75. Enligt grundregeln i artikel 4.5 första stycket i sjätte direktivet anses stater, regionala och lokala myndigheter och övriga offentligrättsliga organ inte såsom skattskyldiga när det gäller verksamhet eller transaktioner som de utför i sin egenskap av offentliga myndigheter. Enligt denna bestämmelse är offentliga myndigheter således undantagna från allmän skattskyldighet, även om de utövar ekonomisk verksamhet i den mening som avses i artikel 4.1 och 4.2 i sjätte direktivet. Myndighetsutövning jämföras således med en enskild konsuments agerande.

76. Enligt det andra stycket skall staten, med avvikelse från första stycket, ändå betraktas som en skattskyldig person, om det skulle leda till konkurrenssnedvridning av viss betydelse, ifall de behandlades som en icke skattskyldig person. Tanken bakom denna bestämmelse är att vissa

offentligrättsliga organ även när det gäller transaktioner som de utför i sin egenskap av offentliga myndigheter kan hamna i konkurrens med privata konkurrenter som utför samma transaktioner. Syftet med denna bestämmelse är följaktligen att säkerställa skattemässig neutralitet.(30)

77. Enligt andra stycket skall offentligrättsliga organ alltid betraktas som skattskyldiga personer när det gäller de verksamheter som är förtecknade i bilaga D, såvida de inte genomförs i försumbart liten skala. Det är när det gäller de angivna verksamheterna därför inte nödvändigt att bedöma frågan huruvida staten har utfört dessa i egenskap av offentlig myndighet.

78. De verksamheter som anges i bilaga D, däribland även telekommunikation, avser i grund och botten ekonomiska transaktioner,(31) som ofta utförs eller utförts av staten i egenskap av offentlig myndighet enbart på grund av deras betydelse för allmänintresset, men som också kan utföras av privata företag.(32) Vissa av de verksamheter som anges i bilaga D har liberaliserats. Privata företag konkurrerar här verkligen med dels privatiserade, dels fortfarande statliga tillhandahållare som tidigare haft en monopolställning. Redan vid dess antagande 1977 beaktades uppenbarligen en sådan utveckling i sjätte mervärdesskattedirektivet.

79. Skulle tilldelningen av mobiltelefonlicenser anses som verksamhet som inte bedrivs i försumbart liten skala inom telekommunikationsområdet, skulle den i vart fall omfattas av mervärdesskatt och det är i det fallet irrelevant huruvida offentlig myndighetsutövning eller en konkurrenssnedvridning föreligger. Det förefaller därför meningsfullt att besvara den femte tolkningsfrågan innan den andra, den tredje och den fjärde tolkningsfrågan besvaras.

2. Den femte tolkningsfrågan: Omfattar begreppet telekommunikation i bilaga D i sjätte direktivet även auktion av UMTS-licenser?

80. Parterna är i huvudsak oeniga om huruvida begreppet telekommunikation i bilaga D punkt 1 endast omfattar själva tillhandahållandet av telekommunikationstjänster(33) – denna uppfattning företräds av de intervenerande regeringarna och kommissionen – eller om även andra därmed sammanhängande verksamheter omfattas, alltså även tilldelningen av licenser, vilket klagandena anser.

81. Ordalydelsen i bilaga D tillför inte några upplysningar som är ägnade att klargöra denna omtvistade fråga. Den omständigheten att det numera föråldrade begreppet Fernmeldewesen och inte begreppet Telekommunikation används i den tyska språkversionen saknar betydelse. I andra språkversioner används här det begrepp som fortfarande är vanligt i respektive språk (till exempel *telecommunications* eller *télécommunications*). För övrigt är begreppen Fernmeldewesen och Telekommunikation, såsom den tyska regeringen mycket riktigt har påpekat, mer eller mindre synonyma.

– Historisk tolkning

82. Vid en historisk tolkning kan man anse att tilldelningen av mobiltelefonlicenser till privata företag inte kan omfattas av begreppet telekommunikation, eftersom sådana licenser inte fanns då direktivet antogs år 1977. Vid den tidpunkten tillhandahöll nämligen statliga postmyndigheter alla telekommunikationstjänster själva. Gemenskapslagstiftaren har därför ursprungligen förmodligen inte haft för avsikt att anta en bestämmelse med avseende på telekommunikationslicenser.

83. Den historiska tolkningsmetoden är emellertid av underordnad betydelse och inte ensam utslagsgivande.(34) Bestämmelserna i det sjätte mervärdesskattedirektivet skall dessutom tolkas systematiskt och i synnerhet med beaktande av deras syfte.

– Systematisk tolkning

84. I systematiskt hänseende skulle definitionen av begreppet telekommunikationstjänster i artikel 9.2 e tionde strecksatsen i sjätte direktivet<sup>(35)</sup> kunna vara av betydelse. Denna artikel har följande lydelse:

”Med telekommunikationstjänster avses tjänster för överföring, sändning eller mottagning av signaler, text, bilder och ljud eller information av vilket slag som helst via tråd, radio, optiska eller andra elektromagnetiska medel, inbegripet överlåtelse och upplåtelse i samband härmed av rätten att nyttja kapacitet för sådan överföring, sändning eller mottagning. ...”

85. I artikel 9 fastställs vilken plats som utgör platsen för tillhandahållande av tjänsten. I artikel 9.2 e fastställs därvid bland annat även för de telekommunikationstjänster som anges i bestämmelsen att platsen för tillhandahållande av tjänsten när det gäller gränsöverskridande tjänster är den plats där kunden befinner sig.

86. I den mån som regeringarna och kommissionen över huvud taget anser det lämpligt att dra några slutsatser av denna definition anser de att denna endast omfattar telekommunikationstjänster i strikt mening. De nyttjanderätter som anges i bestämmelsen med avseende på ”kapacitet för ... överföring, sändning eller mottagning” hänför sig enligt deras uppfattning till infrastrukturen och inte till licenser för utnyttjande av frekvensspektrumet.

87. Klagandena har av nämnda avsnitt, som har följande lydelse i den engelska språkversionen: ”including the related transfer or assignment of the right to use capacity for such transmission, emission or reception”, dragit motsatt slutsats. Begreppet *capacity* används även i samma betydelse som *frequency spectrum capacity*.

88. Den engelska språkversionen tycks visserligen tillåta denna tolkning. Andra språkversioner stöder emellertid den tolkning som företräds av de intervenerande regeringarna och kommissionen.<sup>(36)</sup> Vid språkliga olikheter mellan språkversionerna skall bestämmelsens ändamål och syfte tillmätas särskild betydelse,<sup>(37)</sup> vilket i förevarande fall också talar mot att tilldelningen av frekvenser omfattas av bestämmelsen.

89. Såsom den nederländska regeringen nämligen med rätta har påpekat skall bestämmelsen säkerställa att telekommunikationstjänster, som tillhandahålls mottagare som är etablerade i gemenskapen från tredjeland, beskattas i gemenskapen.<sup>(38)</sup> Detta skäl avser endast telekommunikationstjänster i strikt mening. Licenser tilldelas nämligen i vilket fall som helst av de behöriga myndigheterna inne i landet. Kunder, det vill säga personer som tillhandahålls tjänster, torde dessutom oftast också vara etablerade i den medlemsstat där licenserna tilldelas, eftersom det inte är sannolikt att ett nät för UMTS?mobiltelefoni byggs upp och drivs utan fast driftsställe eller dotterbolag i den berörda staten.

90. Den brittiska, den nederländska och den danska regeringen samt kommissionen har vidare hänvisat till definitionen av telekommunikationstjänster i de tillämpliga direktiven avseende den inre marknaden. Det är förenligt med domstolens rättspraxis att vid tolkningen av sjätte mervärdesskattedirektivet även beakta definitioner från rättsakter som reglerar det berörda området och med vilka det eftersträvade målet inte skiljer sig från mervärdesskatterätten.<sup>(39)</sup>

91. I artikel 2.4 i rådets direktiv 90/387/EEG av den 28 juni 1990 om upprättandet av den inre marknaden för teletjänster genom att tillhandahålla öppna nät<sup>(40)</sup> definierades teletjänster som ”tjänster vars tillhandahållande helt eller delvis består av sändning och styrning av signaler i ett telenät med hjälp av telekommunikationsprocesser med undantag av rundradiosändning och

television". Enligt denna definition utgör tilldelningen av UMTS-licenser inte någon teletjänst.

92. Det råder dock tvivel om huruvida ovannämnda definitioner kan tillämpas obegränsat på bilaga D, eftersom dessa avser *teletjänster* och *telekommunikationstjänster* (*telecommunication services*) medan begreppet telekommunikation (*telecommunications*) anges i bilaga D. Detta begrepp skulle kunna tolkas som en vidare omskrivning av detta verksamhetsområde som även omfattar andra verksamheter än telekommunikationstjänster i strikt mening.

– Teleologisk tolkning

93. Avgörande är dock ändamålet och syftet med bestämmelsen i artikel 4.5 tredje stycket jämförd med bilaga D i sjätte direktivet. Såsom generaladvokaten Alber fastställde är de verksamheter som anges i bilaga D sådana som primärt och uppenbart syftar till erhållande av en ekonomisk vinst.(41)

94. Eftersom dessa verksamheter *normalt sett* även tillhandahålls eller skulle kunna tillhandahållas av privata företag förutsätts generellt att de har ett betydande inflytande på konkurrensen. Syftet med bestämmelsen är att jämställa staten i denna situation med en enskild skattskyldig person. Övrig verksamhet som utförs av staten beläggs enligt andra stycket enbart med mervärdesskatt i enskilda fall vid fara för konkurrenssnedvridning av viss betydelse.

95. Det är endast lämpligt att jämställa staten med en enskild skattskyldig person när det gäller telekommunikationstjänster i strikt mening, eftersom dessa tjänster numera även kan tillhandahållas av privata företag. Vad beträffar den första tilldelningen av licenser för användning av vissa delar av frekvensspektrumet är det på det nuvarande stadiet(42) emellertid fråga om en uppgift som är förbehållen staten.(43) Även om tilldelningen av licenser under vissa omständigheter skulle kunna hamna i konkurrens med en senare försäljning av sådana licenser av enskilda,(44) är det vad gäller denna verksamhet inte lämpligt att generellt jämställa staten med en enskild skattskyldig person. Det måste emellertid undersökas om det enligt artikel 4.5 andra stycket i sjätte direktivet är nödvändigt att beskatta tjänster som tillhandahålls av staten för att skydda konkurrensen.

96. Den femte tolkningsfrågan skall därför besvaras på så sätt att begreppet telekommunikation i bilaga D i sjätte direktivet på det nuvarande stadiet inte omfattar auktion av UMTS-licenser som genomförs av staten.

3. Den andra tolkningsfrågan: Utövande av offentlig makt i den mening som avses i artikel 4.5 första stycket sjätte direktivet

97. Enligt artikel 4.5 första stycket i sjätte direktivet måste två villkor vara kumulativt uppfyllda för att regeln om skattebefrielse skall bli tillämplig, nämligen att verksamheten utövas av ett offentligrättsligt organ och att verksamheten utövas av detta organ i dess egenskap av myndighet.(45) Det är ostridigt att ministern och RA uppfyller det första villkoret.

98. Det andra villkoret har domstolen preciserat i domen i målet Fazenda Pública mot Câmara Municipal do Porto(46) på följande sätt:

"Vad beträffar det sistnämnda villkoret är det villkoret för utövandet av den berörda verksamheten som gör det möjligt att fastställa räckvidden av de offentliga organens behandling som icke skattskyldiga personer ...[(47)].

Det framgår även av domstolens fasta rättspraxis att verksamheter som offentligrättsliga organ bedriver i egenskap av offentliga myndigheter i den mening som avses i artikel 4.5 första stycket i

sjätte direktivet är sådana verksamheter som dessa organ utför inom ramen för den särskilda rättsliga reglering som gäller för dem, dock med undantag av verksamheter som de bedriver under samma rättsliga förutsättningar som privata företag...[(48)].”

99. Domstolen har vidare fastställt att föremålet för eller syftet med denna verksamhet inte är avgörande inom ramen för denna prövning.(49)

100. Klagandena har av denna rättspraxis dragit slutsatsen att det framför allt är handlingsformen som är avgörande. Auktionen av licenser skedde på samma villkor som enligt engelsk rätt gäller för motsvarande privaträttsliga transaktioner. Den omständigheten att syftet med auktionen var att reglera marknaden kan inte beaktas.

101. De intervenerande medlemsstaterna och kommissionen har emellertid hävdade att tilldelningen av UMTS-frekvenser enligt tillämpliga gemenskapsrättsliga och nationella bestämmelser endast är förbehållen staten, som omfattas av särskilda skyldigheter i detta sammanhang.

102. I detta hänseende kan konstateras att endast en nationell regleringsmyndighet får bevilja ett individuellt tillstånd för drift av telenät enligt artikel 2.1 a i direktiv 97/13. Därvid måste myndigheten följa de krav som föreskrivs i artiklarna 9 och 10 i direktivet. Om en medlemsstat endast beviljar ett begränsat antal individuella tillstånd skall den göra detta på grundval av urvalskriterier som skall vara objektiva, icke-diskriminerande, specificerade, genomskinliga och proportionerliga (artikel 10.3 i direktiv 97/13). För avgifter som uttas i detta sammanhang gäller de krav som anges i artikel 11.2 i direktiv 97/13.

103. Även om den slutgiltiga bedömningen av den nationella lagstiftningen ankommer på den nationella domstolen, råder det ingen tvekan om att tilldelningen av UMTS-licenser enligt WTA 1949 och WTA 1998, samt enligt WTA Regulations, endast kan genomföras av ministern. De skyldigheter som den nationella lagstiftningen ålägger ministern i detta sammanhang grundar sig på kraven i direktiv 97/13. Licensen kan dessutom endast återkallas av ministern, inte enbart i de fall som fastställs i licensen utan även med hänsyn till den nationella säkerheten eller för att kunna fullgöra gemenskapsrättsliga eller folkrättsliga skyldigheter.(50)

104. Ministern, företrädd av RA, tilldelade följaktligen UMTS-licenser enligt rättsliga bestämmelser som endast gäller för honom. Ingen privat aktör kunde bevilja motsvarande licenser. Därav kan slutsatsen dras att tilldelningen av licenser genom auktion utgjorde en verksamhet som skulle utövas av ett statligt organ i dess egenskap av myndighet.

105. Denna bedömning påverkas inte av att licenserna tilldelades genom en auktion, som är ett civilrättsligt förfarande som följaktligen även kan användas av enskilda.

106. Domstolen har visserligen ansett att handlingssättet är av avgörande betydelse. Det skulle emellertid inte vara riktigt att enbart betrakta handlingsformen som avgörande. Det viktiga är att utröna huruvida enskilda över huvud taget kan utföra en motsvarande verksamhet enligt de tillämpliga bestämmelserna. Om så vore fallet måste staten anses som skattskyldig, för att inte riskera mervärdesskattens neutralitet. Den omständigheten att staten vid utövandet av befogenheter som uteslutande tillerkänts denna använder civilrättsliga förfaranden påverkar emellertid inte skatteneutraliteten.

107. Avgörande är inte de allmänna civilrättsliga bestämmelser som gäller för auktion, utan den rättsliga ramen för tilldelning av UMTS-licenser genom auktion.

108. Klagandenas uppfattning skulle innebära att myndighetsutövning endast föreligger när staten fattar förvaltningsbeslut, det vill säga när den bedriver myndighetsutövning i strikt mening. I

motorväg-vägtull-domarna motsatte sig domstolen uttryckligen en sådan tolkning.(51)

109. I domen i målet Fazenda Pública mot Câmara Municipal do Porto(52) drog domstolen, av den omständigheten att förvaltning av offentliga platser för parkering innefattade utövande av offentliga maktbefogenheter, emellertid slutsatsen att verksamheten var underkastad en offentligrättslig reglering. En myndighetsåtgärd vid vilken medborgaren befinner sig i en underordnad ställning i förhållande till staten utgör enligt domstolen ett tecken på utövande av offentlig makt i den mening som avses i artikel 4.5 första stycket i sjätte direktivet, men är inte en nödvändig förutsättning för detta.(53)

110. Om den rättsliga ramen för handlingsformen anses vara avgörande skulle dessutom en enhetlig tillämpning av sjätte mervärdesskattedirektivet kunna äventyras, eftersom det i vissa medlemsstater kan vara mer utbrett än i andra att staten tillämpar privaträttsliga handlingsformer. Även avgränsningen mellan offentligrättsliga och privaträttsliga handlingsformer kan skilja sig åt i olika nationella rättsordningar.

111. Det skall dessutom noteras att det i artikel 4.5 första stycket i sjätte direktivet endast krävs att offentligrättsliga organ utför transaktioner *i sin egenskap av offentliga myndigheter*. Tilldelning av UMTS-licenser genom auktion kan därför inte bedömas för sig.(54) Denna verksamhet utgör nämligen en del av förvaltningen av frekvenser och regleringen av telekommunikationssektorn. I detta sammanhang bedriver staten i grund och botten myndighetsutövning när den till exempel införlivar bestämmelserna i UMTS-beslutet eller i direktiven avseende den inre marknaden i den nationella lagstiftningen. Staten utövar också myndighetsutövning när den beslutar om straffrättsliga påföljder för obehörig användning av radioutrustning enligt WTA 1949 eller när den återkallar en licens med hänsyn till den nationella säkerheten eller för att kunna fullgöra gemenskapsrättsliga eller folkrättsliga skyldigheter.

112. Det är inte heller på något sätt motstridigt att inom ramen för denna granskning beakta en vidare rättslig ram för verksamheten. Vid klassificeringen som ekonomisk verksamhet är däremot enbart yttre karaktäristika avgörande. Det motsvarar nämligen logiken i artikel 4 i sjätte direktivet att genom en vid tolkning av artikel 4.1 och 4.2 i ett första skede säkerställa en omfattande tillämpning av direktivet och att senare beakta de särskilda rättsliga ramarna för statens agerande vid tillämpningen av artikel 4.5.

113. Den omständigheten att staten vinner höga intäkter vid tilldelning av licenser genom auktion innebär inte att denna verksamhet inte kan klassificeras som verksamhet som offentligrättsliga organ utför i sin egenskap av offentliga myndigheter. Detta kan visserligen, såsom visats ovan, leda till att statens agerande ges en ekonomisk karaktär i den mening som avses i artikel 4.2 i sjätte direktivet. Inte desto mindre föreligger utövande av offentlig makt när staten vidtar åtgärder på grundval av den rättsliga reglering som endast gäller för staten.

114. Den andra tolkningsfrågan skall därför besvaras på följande sätt:

Såsom verksamhet som offentligrättsliga organ utför i sin egenskap av offentliga myndigheter i den mening som avses i artikel 4.5 första stycket i sjätte direktivet skall anses sådan verksamhet som de utövar inom ramen för den rättsliga reglering som gäller för offentligrättsliga organ. Den omständigheten att staten tillämpar ett civilrättsligt förfarande vid utförandet av de uppgifter som är förbehållna staten eller vinner höga intäkter vid utövandet av sin verksamhet innebär inte att det inte kan vara fråga om myndighetsutövning.

4. Den tredje tolkningsfrågan: Kan verksamheten vara delvis en ekonomisk verksamhet, eller delvis ha utförts som ett led i myndighetsutövning?

115. Klagandena har i andra hand åberopat att tilldelningen av UMTS-licenser åtminstone delvis hade ekonomisk karaktär eller delvis inte utfördes som ett led i myndighetsutövning.

116. Det kan inledningsvis noteras att domen i målet Armbrecht,(55) vilken klagandena har åberopat i detta sammanhang, avsåg ett föremål som delvis användes för ekonomiska ändamål och de konsekvenser detta medförde för avdragsrätten. I förevarande fall uppkommer emellertid frågan huruvida själva tilldelningen av licenser genom auktion var skattepliktig, eftersom den genomfördes av en skattskyldig person inom ramen för dennes ekonomiska verksamhet.

117. I domen i målet CPP(56) fastställde domstolen att varje tillhandahållande av en tjänst i regel skall anses som fristående och självständigt. Eftersom prestationen, som ur ekonomisk synvinkel utgörs av en enda tjänst, inte på ett konstgjort sätt får delas upp så att mervärdesskattesystemets funktion försämrats, är det av vikt att söka efter de delar som är kännetecknande för transaktionen i fråga för att avgöra om den skattskyldige tillhandahåller konsumenten flera huvudsakliga fristående tjänster eller en enda tjänst. Om det enbart är fråga om en transaktion måste denna i princip även behandlas enhetligt i mervärdesskattehänseende.(57)

118. Ingenting i begäran om förhandsavgörande tyder på att tilldelningen av UMTS-licenser var sammansatt av två eller flera tjänster, utan en licens tilldelades genom ett enda beslut och en enhetlig avgift uttogs i detta sammanhang.

119. Den omständigheten att licenstagarna och avgiften först fastställdes genom auktion och att licensen först överfördes mot betalning av avgiften saknar också betydelse i detta sammanhang. De senare transaktionerna utgör nämligen endast osjälvständiga verkställighetsåtgärder som inte kan bedömas oberoende av auktionen.

120. Såsom redan har konstaterats utövade staten visserligen ekonomisk verksamhet i de fall där den tillhandahöll denna tjänst, men bedrev samtidigt myndighetsutövning. Eftersom det inte finns något som tyder på att tjänsterna skall delas upp och bedömas oberoende av varandra är den tredje frågan av hypotetisk karaktär och behöver därför inte besvaras.(58)

5. Den fjärde tolkningsfrågan: Leder den omständigheten att statliga organ behandlas som icke skattskyldiga personer till konkurrenssnedvridning av viss betydelse?

121. Enligt artikel 4.5 andra stycket i sjätte direktivet skall statliga organ även betraktas som skattskyldiga när det gäller verksamhet som de utför i sin egenskap av offentliga myndigheter, om det skulle leda till konkurrenssnedvridning av viss betydelse ifall de behandlades som icke skattskyldiga personer.

122. Enligt vad som fastställts av domstolen i domen i målet Comune di Carpaneto Piacentino är medlemsstaterna skyldiga att säkerställa att

”offentligrättsliga organ behandlas som skattskyldiga personer i fråga om verksamheter som de utövar i egenskap av myndigheter när dessa verksamheter, i konkurrens med de offentligrättsliga organen, även kan utövas av enskilda, om de offentligrättsliga organens behandling som icke skattskyldiga personer kan leda till konkurrenssnedvridning av viss betydelse ...”.(59)

123. Den första tilldelningen av licenser är endast förbehållen staten. Konkurrens mellan identiska tjänster som tillhandahålls av staten och andra tillhandahållare vid tidpunkten för auktionen av licenser är följaktligen utesluten. Klagandena har emellertid anfört att staten vid mervärdesskattebefriad tilldelning av frekvenser kan hamna i en konkurrenssituation med privata tillhandahållare när dessa avyttrar licenser.

124. De licenser som utfärdades år 2000 innehåller emellertid ett villkor i punkt 4 som anger att licenserna inte kan överföras. Vid denna tidpunkt innehöll varken direktiv 97/13 eller WTA 1998 bestämmelser om handel med licenser.

125. I ett informationsmeddelande från ministeriet av den 1 november 1999 anges emellertid att de licenser som skall tilldelas genom auktion kan förklaras vara överlåtbara i efterhand, för det fall att handel med frekvenser skulle införas vid ett senare tillfälle. Det är emellertid oklart om och när detta kommer att ske. Artikel 9.4 i direktiv 2002/21 innehåller numera bestämmelser avseende de villkor som skall uppfyllas vid överföring av rättigheter till utnyttjande av frekvenser. Enligt uppgifter i begäran om förhandsavgörande räknar inte myndigheterna i Förenade kungariket med att handeln med mobiltelefonfrekvenser kommer att inledas innan år 2007.

126. Mot den bakgrunden har den nationella domstolen frågat hur sannolik och nära i tiden en sådan "konkurrenssnedvridning av viss betydelse" som avses i artikel 4.5 andra stycket i sjätte direktivet skall vara och vilken betydelse principen om mervärdesskatteneutralitet har i detta sammanhang.

127. I detta sammanhang kan inledningsvis följande konstateras: Huruvida en person skall betraktas som skattskyldig eller icke skattskyldig skall bedömas vid tidpunkten för tillhandahållandet av tjänsten.<sup>(60)</sup> Av det skälet måste en inverkan på konkurrensen även föreligga vid denna tidpunkt.

128. Detta förutsätter att det vid tidpunkten för tilldelningen av frekvenser redan fanns en marknad för motsvarande nyttjanderättigheter, det vill säga det måste för det första redan finnas motsvarande nyttjanderättigheter, och dessa rättigheter måste för det andra kunna överföras mellan enskilda. Det är endast under dessa förutsättningar som konkurrens kan uppkomma mellan staten vid tilldelning av frekvenser och enskilda vid överlåtande av rättigheter till utnyttjande av frekvenser.

129. Innan UMTS-licenser tilldelades genom auktion fanns det inte några sådana licenser på den brittiska markanden. Dessutom var det inte heller rättsligt möjligt att bedriva handel med licenser. Det gick inte ens att säga om och när ett regelsystem skulle inrättas för handel med licenser.

130. Domstolen har i domen i målet Taksatorringen<sup>(61)</sup> visserligen fastställt att artikel 13 A.1 f i sjätte direktivet även avser den snedvridning av konkurrensen som ett undantag från mervärdesskatteplikt kan vålla i framtiden. Det krävs dock att det föreligger en verklig risk för snedvridning av konkurrensen.<sup>(62)</sup>

131. Trots den omständigheten att det i förevarande fall saknas konkurrenter som tillhandahåller mervärdesskattepliktiga konkurrerande tjänster kan det föreligga en verklig risk för snedvridning av konkurrensen. En ofördelaktig situation är nämligen i sig ägnad att avhålla potentiella konkurrenter från att bli verksamma på marknaderna. Det kan däremot inte föreligga någon motsvarande verklig risk när rättsliga ramvillkor hindrar potentiella konkurrenter från att lämna ett konkurrerande anbud på frekvenser som tillhandahålls av staten.

132. När staten vid en senare tidpunkt, efter det att handel med frekvenser redan införts, återigen

tilldelar licenser, måste frågan om behandlingen i mervärdesskattelhänseende av *denna tilldelning av licenser* prövas på nytt.(63) Behandlingen i mervärdesskattelhänseende av senare tilldelningar av licenser från staten har emellertid inte några rättsverkningar för den omtvistade tilldelningen av licenser år 2000.

133. Klagandena anser att en konkurrenssnedvridning föreligger av följande skäl. Om en mobiltelefonoperatör förvärvar en licens från ett annat företag efter det att handel med frekvenser införts, och måste erlägga mervärdesskatt för detta förvärv, leder detta till konkurrensmässiga nackdelar för förvärvaren i förhållande till de konkurrenter som tidigare erhållit en från mervärdesskatteplikt undantagen licens från staten. De som förvärvat en licens i andra hand kan visserligen för det mesta dra av mervärdesskatten. I vissa situationer är detta emellertid förbundet med en tillfällig likviditetsförlust.

134. Det måste emellertid, vilket redan har konstaterats, föreligga ett potentiellt konkurrensförhållande vid tidpunkten för den omtvistade transaktionen. Den omständigheten att nödvändiga rättsliga ramvillkor eventuellt skapas vid ett senare tillfälle räcker inte. Skattskyldigheten kan nämligen inte vara beroende av mer eller mindre otillförlitliga prognoser.

135. Bortsett från detta måste den statliga transaktionen endast beskattas om det enligt den nationella domstolens uppfattning skulle leda till konkurrenssnedvridning av *viss betydelse* i den mening som avses i artikel 4.5 andra stycket i sjätte direktivet, ifall den inte beskattades.

136. Detta skulle till exempel vara fallet om staten skulle tillhandahålla *slutkonsumenter* samma tjänster som privata företag och kunderna i det ena fallet skulle vara tvungna att betala priset exklusive mervärdesskatt och i det andra fallet inklusive mervärdesskatt.(64) Eftersom slutkonsumenter inte har någon rätt att dra av mervärdesskatt skulle den tjänst som privata tillhandahållare erbjuder kosta mer. Denna merkostnad skulle uppgå till mervärdesskattens fulla belopp.

137. Förvärvar däremot en *skattskyldig person* en UMTS-licens av en privat tillhandahållare, skulle detta endast i särskilda fall och då endast i begränsad omfattning vara mindre attraktivt än om sådana licenser förvärvades av staten, eftersom mervärdesskatten antingen kan dras av direkt eller återbetalas inom en kort tidsfrist. De kostnader som är förknippade med förskottsfinansieringen kan visserligen i absoluta tal uppgå till högre belopp. När det gäller de sammanlagda kostnaderna för förvärv av UMTS-frekvenser uppnår dessa kostnader i allmänhet emellertid inte sådana summor som kan ge upphov till konkurrenssnedvridning av *viss betydelse*.

138. Dessutom kunde inte införandet av handeln med frekvenser år 2000 förutses, och handel med frekvenser har ännu inte införts i Förenade kungariket. Ju längre tid som ligger mellan tilldelningen av licenser från staten och möjligheten att förvärva licenser i andra hand, desto större ändringar sker oftast i marknadsvillkoren. Därvid får andra faktorer, såsom till exempel omvärderingen av det ekonomiska värdet av licenser med avseende på uppkomsten av konkurrerande teknik till UMTS-mobiltelefoni, en helt annan betydelse än eventuella likviditetsnackdelar till följd av tillfälliga förskottsbetalningar av mervärdesskatt. Även denna anmärkning visar att konkurrenssnedvridning i den mening som avses i artikel 4.5 andra stycket i sjätte direktivet i princip endast kan antas föreligga när tjänsterna står till förfogande vid samma tidpunkt och potentiella förvärvare faktiskt kan välja mellan två jämförbara anbud.

139. Den fjärde frågan skall således besvaras på följande sätt:

Konkurrenssnedvridning av *viss betydelse* i den mening som avses i artikel 4.5 andra stycket i sjätte direktivet föreligger enbart när det föreligger en verklig risk att konkurrenssituationen för tillhandahållare eller potentiella tillhandahållare av konkurrerande tjänster skulle påverkas

avsevärt, ifall staten behandlades som en icke skattskyldig person. En sådan risk föreligger i princip inte när det på grund av rättsliga ramvillkor vid tidpunkten för statens tillhandahållande av tjänsterna inte är möjligt att privata tillhandahållare tillhandahåller tjänster på marknaden som konkurrerar med statens tjänster.

*C – Den sjätte tolkningsfrågan: Direktivkonform tolkning av nationella genomförandebestämmelser till artikel 4.5 i sjätte direktivet*

140. Med stöd av section 41 (2) i VAT Act 1994 utgav finansförvaltningen skatteföreskrifter, enligt vilka vissa verksamheter som utövas av statliga myndigheter, bland annat utfärdande av licenser och telekommunikation, skall anses som skattepliktiga verksamheter.(65)

141. Såsom domstolen fastställde i domen i målet Fazenda Pública mot Câmara Municipal,(66) kan medlemsstaterna införliva artikel 4.5 andra stycket i sjätte direktivet genom att upprätta en lagstadgad ram och genom att bemyndiga statliga organ att i enlighet med rättsliga kriterier besluta när verksamhet som utövas av staten skall vara mervärdesskattepliktig för att hindra konkurrenssnedvridning av viss betydelse.

142. Den nationella domstolen vill nu veta huruvida principen att nationell rätt skall tolkas direktivkonformt, som nämns i domen i målet Marleasing,(67) är av betydelse vid tillämpningen av ovan nämnda nationella bestämmelser.

143. Enligt denna princip är den nationella domstolen vid tillämpningen av nationell rätt, och särskilt bestämmelser i en nationell lag som specifikt har införts för att genomföra ett direktiv, skyldig att i den utsträckning det är möjligt tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte, för att uppnå det resultat som avses i direktivet och därmed iakttä artikel 249 tredje stycket EG.(68)

144. Denna princip skall beaktas vid tillämpningen av alla nationella bestämmelser. Den gäller även med avseende på de föreskrifter som myndigheter meddelar för införlivande av artikel 4.1 och artikel 4.5 i sjätte direktivet och som anger vilka av de tjänster som tillhandahålls av myndigheter som skall anses som skattepliktiga.

145. Klagandena har emellertid invänt att principen att nationell rätt skall tolkas direktivkonformt inte är tillämplig på skatteföreskrifterna, eftersom skatteförvaltningen därmed har använt sig av det utrymme för skönsmässig bedömning som den har enligt direktivet.

146. En sådan argumentation kan inte godtas. I ett fall där de nationella myndigheterna klassificerar vissa verksamheter som utövas av offentliga organ som skattepliktiga i syfte att införliva artikel 4.5 andra stycket i sjätte direktivet är de bundna av rättsreglerna i direktivet. Enligt dessa föreligger konkurrenssnedvridning av viss betydelse, såsom nämnts ovan, i princip under förutsättning att de tjänster som staten tillhandahåller vid den tidpunkt då de tillhandahålls står i konkurrens med motsvarande tjänster som privata tillhandahållare erbjuder. Genom direktivet ges de nationella myndigheterna inte rätt att belägga tjänster som tillhandahållits inom ramen för myndighetsutövning med mervärdesskatt, trots den omständigheten att det av rättsliga skäl inte föreligger något konkurrensförhållande och situationen inte heller faller under artikel 4.5 tredje stycket jämförd med bilaga D i sjätte direktivet.

147. Klagandena har vidare anfört att staten inte kan åberopa direktivkonform tolkning om en sådan tolkning är till nackdel för enskilda. Denna argumentation är också felaktig. Nationella domstolar är skyldiga att göra en direktivkonform tolkning av nationell lagstiftning, oberoende av om detta medför nackdelar för enskilda eller ej. Domstolen har just när det gäller rättstvister där parterna består av enskilda och där ett beaktande av bestämmelser i gemenskapsrätten

nödvändigtvis har negativ inverkan på en av parterna betonat skyldigheten till direktivkonform tolkning.(69) Domstolen har dessutom fastställt att ett åberopande av ett direktiv indirekt kan ha negativa återverkningar för enskildas rättigheter.(70)

148. Det strider inte mot domstolens fasta rättspraxis att ett direktiv inte i sig kan medföra skyldigheter för en enskild och inte som sådant kan åberopas gentemot denne.(71) Detta konstaterande gäller enbart avseende direkt tillämpning av direktiv, dock inte avseende direktivkonform tolkning. När det gäller direktivkonform tolkning åläggs nämligen inte enskilda några skyldigheter genom direktivet, utan dessa gäller den nationella rätten som skall tillämpas i överensstämmelse med av direktivet.

149. Det ankommer på den nationella domstolen att bedöma om en direktivkonform tolkning av den nationella lagstiftningen är möjlig i det förevarande fallet. Därvid skall inte enbart skatteföreskrifterna beaktas. Den nationella domstolen är också skyldig att beakta hela den nationella rätten för att bedöma i vilken mån den kan tillämpas utan att det leder till ett resultat som strider mot det som eftersträvas genom direktivet.(72)

150. Om det i det avseendet under vissa omständigheter enligt nationell rätt är tillåtet, i enlighet med de tolkningsmetoder som erkänns i denna rätt, att tolka en bestämmelse i den nationella rätten på ett sådant sätt att en konflikt med en annan bestämmelse i den nationella rätten kan undvikas eller att i detta syfte avgränsa bestämmelsens räckvidd genom att bara tillämpa den i den mån den är förenlig med den andra bestämmelsen, är den nationella domstolen skyldig att använda samma metoder för att uppnå det resultat som eftersträvas i direktivet.(73) Enligt gemenskapsrätten kan direktivkonform tolkning emellertid inte tjäna som grund för att nationell rätt tolkas *contra legem*.(74)

151. Den sjätte tolkningsfrågan skall därför besvaras på följande sätt:

I ett fall där en medlemsstat beslutar att införliva artikel 4.1 och 4.5 i sjätte direktivet genom en lagstiftning där ett statligt organ bemyndigas att meddela föreskrifter om vilka av de tjänster som statliga organ tillhandahåller som skall anses som skattepliktiga och det statliga organet använder sig av detta bemyndigande, är den nationella domstolen skyldig att vid tillämpningen av dessa bestämmelser i den utsträckning det är möjligt tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte, för att uppnå det resultat som avses i direktivet och därmed iakttä artikel 249 tredje stycket EG.

## V – Förslag till avgörande

152. Jag föreslår därför att domstolen besvarar de frågor som ställts av VAT and Duties Tribunal London på följande sätt:

1. Den auktion som genomfördes av ett statligt organ av licenser som omfattar rätten att använda vissa delar av det elektromagnetiska spektrumet för tillhandahållande av UMTS-mobiltelefonitjänster under en viss period skall, under de omständigheter som föreligger i tvisten i målet vid den nationella domstolen, anses som utnyttjande av en immateriell tillgång i syfte att fortlöpande vinna intäkter därav och, följaktligen, som ekonomisk verksamhet i den mening som avses i artikel 4.1 och 4.2 i rådets sjätte direktiv 77/388/EEG av den 17 maj 1977 om harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning rörande omsättningsskatter – Gemensamt system för mervärdesskatt: enhetlig beräkningsgrund.

2. Begreppet telekommunikation i bilaga D i sjätte direktivet omfattar på det nuvarande stadiet inte auktion av UMTS-licenser som genomförs av staten.

3. Såsom verksamhet som offentligrättsliga organ utför i sin egenskap av offentliga myndigheter i den mening som avses i artikel 4.5 första stycket i sjätte direktivet skall anses sådan verksamhet som de utövar inom ramen för den rättsliga reglering som gäller för offentligrättsliga organ. Den omständigheten att staten tillämpar ett civilrättsligt förfarande vid utförandet av de uppgifter som är förbehållna staten eller vinner höga intäkter vid utövandet av sin verksamhet innebär inte att det inte kan vara fråga om myndighetsutövning.

4. Konkurrenssnedvridning av viss betydelse i den mening som avses i artikel 4.5 andra stycket i sjätte direktivet föreligger enbart när det föreligger en verklig risk att konkurrenssituationen för tillhandahållare eller potentiella tillhandahållare av konkurrerande tjänster skulle påverkas avsevärt, ifall staten behandlades som en icke skattskyldig person. En sådan risk föreligger i princip inte när det på grund av rättsliga ramvillkor vid tidpunkten för statens tillhandahållande av tjänsterna inte är möjligt att privata tillhandahållare tillhandahåller tjänster på marknaden som konkurrerar med statens tjänster.

5. I ett fall där en medlemsstat beslutar att införliva artikel 4.1 och 4.5 i sjätte direktivet genom en lagstiftning där ett statligt organ bemyndigas att meddela föreskrifter om vilka av de tjänster som statliga organ tillhandahåller som skall anses som skattepliktiga och det statliga organet använder sig av detta bemyndigande, är den nationella domstolen skyldig att vid tillämpningen av dessa bestämmelser i den utsträckning det är möjligt tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte, för att uppnå det resultat som avses i direktivet och därmed iaktta artikel 249 tredje stycket EG.

1 – Originalspråk: tyska.

2 – IMT-2000: International Mobil Telecommunications-2000 (en standard som utvecklats av International Telecommunication Union (ITU)); UMTS: Universellt mobilt telekommunikationssystem (inom ramen för den europeiska post- och teleorganisationen (CEPT) och den standard som utvecklats av European Telecommunications Standards Institute (ETSI), som anses som en del av den så kallade IMT-2000-familjen).

3 – Det rör sig alltså om mervärdesskatt som betalats utan att någon lagt märke till detta, som representanten för den nederländska regeringen träffande uttryckte saken vid den muntliga förhandlingen inför domstolen.

4 – Rådets sjätte direktiv 77/388/EEG av den 17 maj 1977 om harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning rörande omsättningsskatter – Gemensamt system för mervärdesskatt: enhetlig beräkningsgrund (EGT L 145, s. 1, svensk specialutgåva, område 9, volym 1, s. 28).

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

6 – Tilldelning av licenser genom auktion genomfördes bland annat i Tyskland, Österrike, Belgien, Cypern, Danmark, Grekland, Ungern, Italien, Nederländerna, Tjeckiska republiken och Förenade kungariket. I Spanien, Finland, Frankrike, Luxemburg, Polen, Portugal, Slovakien, Slovenien och Sverige valde man i stället att efter ett anbudsförfarande (s.k. *beauty contest*) fördela licenserna på ett antal aktörer. I ovannämnda stater förutom i Ungern och Finland belades inte tilldelningen av licenser med mervärdesskatt. I Finland skedde tilldelningen av licenser utan vederlag.

7 – CEPT är en internationell organisation, till vilken för närvarande regleringsmyndigheter för post och telekommunikation från 46 europeiska länder hör. (För närmare information se organisationens hemsida: [www.cept.org](http://www.cept.org).)

8 – I detta fastställdes följande frekvensband: 1900–1980 MHz, 2010–2025 MHz och 2110–2170 MHz för markbundna UMTS-tillämpningar och 1980–2010 MHz och 2170–2200 MHz för satellitbaserade UMTS-tillämpningar.

9 – Se i detta avseende information på European Radiocommunications Office (ERO) hemsida: [www.ero.dk/ecc](http://www.ero.dk/ecc).

10 – Europaparlamentets och rådets direktiv 97/13/EG av den 10 april 1997 om gemensamma ramar för allmän auktorisation och individuella tillstånd på teletjänstområdet (EGT L 117, s. 15) med verkan från och med den 24 juli 2003, upphävt genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv) (EGT L 108, s. 33).

11 – Se ovan fotnot 10.

12 – EGT L 17, s. 1.

13 – Vad gäller den teknik som används i dag kan noteras att det för driften av ett nät krävs en frekvens för tur- och en frekvens för returkanalen (Frequency Division Duplex – FDD). Till licenserna A, C, D och E hör dessutom ett enstaka spektrum på upp till 5 MHz som kan användas för icke omedelbar drift (Time Division Duplex TDD).

14 – BT3G tillhörde vid denna tidpunkt British Telecommunications Plc; efter det att mobiltelefonverksamheten avskildes från BT i form av mmO2 döptes BT3G om till O2 Third Generation Limited.

15 – Dom av den 12 september 2000 i mål C-260/98, kommissionen mot Grekland (REG 2000, s. I-6537), punkt 26, och i mål C-359/97, kommissionen mot Förenade kungariket (REG 2000, s. I-6355), punkt 41, samt dom av den 21 februari 2006 i mål C-223/03, University of Huddersfield (REG 2006, s. I-1751), punkt 47. Se även dom av den 26 mars 1987 i mål 235/85, kommissionen mot Nederländerna (REG 1987, s. 1471), punkt 8, samt, för ett liknande resonemang, bland annat dom av den 14 februari 1985 i mål 268/83, Rompelman (REG 1985, s. 655; svensk specialutgåva, volym 8, s. 83), punkt 19, och av den 27 november 2003 i mål C-497/01, Zita Modes (REG 2003, s. I-14393), punkt 38.

16 – Dom av den 6 april 1995 i mål C-4/94, BLP Group (REG 1995, s. I-983), punkt 24, och dom av den 12 januari 2006 i målen C-354/03, C-355/03 och C-484/03, Optigen m.fl. (REG 2006, s. I-483), punkt 45.

17 – Se de ovan i fotnot 16 nämnda domarna.

18 – Vore sjätte direktivet inte tillämpligt vid betalning av avgifter skulle det inte vara nödvändigt att i artikel 4.5 första stycket i sjätte direktivet klargöra att staten inte heller anses skattskyldig när den uppbär avgifter för sin verksamhet.

19 – Enligt artikel 10.1 i direktiv 97/13 får medlemsstaterna begränsa antalet individuella tillstånd endast i den utsträckning som det är nödvändigt för att säkerställa att radiofrekvenserna utnyttjas effektivt.

20 – Se domen i målet kommissionen mot Nederländerna (ovan fotnot 15), punkt 10, domen i målet kommissionen mot Grekland (ovan fotnot 15), punkt 28, och domen i målet kommissionen mot Förenade kungariket (ovan fotnot 15), punkt 43.

21 – Se ovan i fotnot 15 angivna rättspraxis.

22 – Dom av den 19 januari 1994 i mål C-364/92, SAT Fluggesellschaft (REG 1994, s. I-43), punkt 30). Se i detta avseende även dom av den 18 mars 1997 i mål C-343/95, Diego Calì & Figli (REG 1997, s. I-1547), punkterna 22 och 23, och dom av den 19 februari 2002 i mål C-309/99, Wouters m.fl. (REG 2002, s. I-1577), punkt 57.

23 – Se dom av den 4 december 1990 i mål C-186/89, Van Tiem (REG 1990, s. I-4363), punkt 18, av den 26 juni 2003 i mål C-442/01, KapHag (REG 2003, s. I-6851), punkt 37, av den 29 april 2004 i mål C-77/01, EDM (REG 2004, s. I-4295), punkt 48, och av den 21 oktober 2004 i mål C-8/03, BBL (REG 2004, s. I-10157), punkt 36.

24 – Dom av den 26 september 1996 i mål C-230/94, Enkler (REG 1996, s. I-4517), punkt 22, och av den 27 januari 2000 i mål C-23/98 Heerma (REG 2000, s. I-419), punkt 19. Se även dom av den 14 februari 1985 i mål 268/83, Rompelman (REG 1985, s. 655; svensk specialutgåva, volym 8, s. 83), i vilken domstolen fastställde att förvärv av äganderätten till en del av en byggnad kan betraktas som ekonomisk verksamhet.

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

26 – Se domen i målet Enkler (ovan fotnot 24), punkt 20.

27 – Se domen i målet Enkler (ovan fotnot 24), punkt 27.

28 – Dom av den 20 juni 1996 i mål C-155/94, Wellcome Trust (REG 1996, s. I-3031), punkt 32 och följande punkt, och domen i målet EDM (ovan fotnot 23), punkt 57 och följande punkt. Avseende innehav och förvärv av aktier, se även domen i målet KapHag (ovan fotnot 23), punkt 38, och dom av den 26 maj 2005 i mål C-465/03, Kretztechnik (REG 2005, s. I-4357), punkt 19 och följande punkt.

29 – Se generaladvokaten Mischo som har anfört att artikel 4.5 så att säga är uppbyggd i steg och indelad i undantag och vissa avvikelser från dessa undantag (förslag till avgörande av den 15 mars 1989 i de förenade målen 231/87 och 129/88 [Comune di Carpaneto Piacentino m.fl. (REG 1989, s. 3233; svensk specialutgåva, volym 10, s. 201), punkt 8]).

30 – Dom av den 17 oktober 1989, Comune di Carpaneto Piacentino m.fl. (ovan fotnot 29), punkt 22.

31 – Se förslag till avgörande av generaladvokaten Alber av den 29 juni 2000 i mål C-446/98, Fazenda Pública (REG 2000, s. I-11435), punkt 69.

32 – I bilaga D anges totalt 13 typer av verksamheter. Utöver telekommunikation anges bland annat tillhandahållande av vatten, gas, elektricitet, passagerar- och varutransport, hamn- och flygplatstjänster, drift av handelsmässor och utställningar, reklamföretag och resebyråer och drift av matsalar.

33 – Förenade kungarikets regering har i detta avseende hänvisat till definitionen av begreppet

teletjänster i artikel 2.4 i rådets direktiv 90/387/EEG av den 28 juni 1990 om upprättandet av den inre marknaden för teletjänster genom att tillhandahålla öppna nät (EGT L 192, s.1; svensk specialutgåva, område 13, volym 19, s. 212), vilken har upphävts och enligt vilken ”teletjänster” [är] tjänster vars tillhandahållande helt eller delvis består av sändning och styrning av signaler i ett telenät med hjälp av telekommunikationsprocesser med undantag av rundradiosändning och television.

34 – Se vidare mitt förslag till avgörande av den 13 juli 2006 i mål C-278/05, Robins och Burnett (REG 2006, s. I-0000), punkterna 80 och 81.

35 – Denna bestämmelse infördes genom rådets direktiv 1999/59/EG av den 17 juni 1999 om ändring av direktiv 77/388/EEG vad gäller mervärdesskatteordningen för telekommunikationstjänster (EGT L 162, s. 63).

36 – Utöver nämnda tyska språkversion se särskilt den italienska (ivi compresa la cessione e la concessione, ad esse connesse, di un diritto di utilizzazione a *infrastrutture* per la trasmissione, l'emissione o la ricezione), den nederländska (met inbegrip van de daarmee samenhangende overdracht en verlening van rechten op het gebruik van *infrastructuur* voor de transmissie, uitzending of ontvangst) och den franska (y compris la cession et la concession y afférentes d'un droit d'utilisation de *moyens* pour une telle transmission, émission ou réception – min kursivering).

37 – Se dom av den 27 mars 1990 i mål C-372/88, Cricket St Thomas (REG 1990, s. I-1345), punkt 19, av den 5 juni 1997 i mål C-2/95, SDC (REG 1997, s. I-3017), punkt 22, och av den 14 september 2000 i mål C-384/98, D. (REG 2000, s. I-6795), punkt 16.

38 – Se fjärde skälet i direktiv 1999/59 (ovan fotnot 35), som har följande lydelse:

”Det bör särskilt vidtas åtgärder för att säkerställa att telekommunikationstjänster, som används av kunder som är etablerade i gemenskapen, beskattas i gemenskapen.”

39 – Se senast dom av den 4 maj 2006 i mål C-169/04, Abbey National m.fl. (REG 2006, s. I-0000), punkt 61 och följande punkter samt punkt 73 och följande punkter i mitt förslag till avgörande av den 8 september 2005 i det målet.

40 – EGT L 192, s. 1. Direktiv 1990/387 har numera upphävts genom direktiv 2002/21 (ovan fotnot 10). Definitionen i artikel 2 c i det nya ramdirektivet av elektronisk kommunikationstjänst omfattar telekommunikation, och liksom i direktivets föregångare är överföring av signaler i elektroniska kommunikationsnät av avgörande betydelse.

41 – Förslag till avgörande i målet Fazenda Pública (ovan fotnot 31), punkt 69.

42 – Kommissionen har emellertid funderat på att införa en marknadsbaserad metod när det gäller spektrumhanteringen (se kommissionens meddelande av den 14 september 2005, En marknadsbaserad metod för spektrumhanteringen i Europeiska unionen KOM(2005) 400 slutlig).

43 – Se i detta sammanhang nedan punkt 102 och följande punkter.

44 – Se vad som anförts beträffande den fjärde tolkningsfrågan (nedan punkt 121 och följande punkter).

45 – Dom av den 25 juli 1991 i mål C-202/90, Ayuntamiento de Sevilla (REG 1991, s. I-4247; svensk specialutgåva, volym 11, s. 385), punkt 18, samt domarna kommissionen mot Grekland (ovan fotnot 15), punkt 34, och kommissionen mot Förenade kungariket (ovan fotnot 15), punkt 49.

- 46 – Dom av den 14 december 2000 i mål C-446/98, Fazenda Pública (REG 2000, s. I-11435), punkterna 16 och 17.
- 47 – Domstolen har i detta sammanhang hänvisat till dom av den 17 oktober 1989, Comune di Carpaneto Piacentino m.fl. (ovan fotnot 30), punkt 15, och av den 15 maj 1990 i mål C-4/89, Comune di Carpaneto Piacentino m.fl. (REG 1990, s. I-1869), punkt 10.
- 48 – Domstolen har i detta sammanhang hänvisat till de ovannämnda domarna (fotnot 15) i målet kommissionen mot Förenade kungariket, punkt 50, och i målet kommissionen mot Grekland, punkt 35, samt till andra domar i parallella förfaranden.
- 49 – Dom av den 17 oktober 1989 i målet Comune di Carpaneto Piacentino m.fl. (ovan fotnot 30), punkt 13, och domen i målet Fazenda Pública (ovan fotnot 46), punkt 19.
- 50 – Se section 4 i WTA 1998.
- 51 – Se domen i målet kommissionen mot Förenade kungariket (ovan fotnot 15) punkt 51, och domen i målet kommissionen mot Grekland (ovan fotnot 15), punkt 36.
- 52 – Se domen i målet Fazenda Pública (ovan fotnot 46), punkt 22.
- 53 – Se dom av den 15 maj 1990 i målet Comune di Carpaneto Piacentino (ovan fotnot 47), punkt 11.
- 54 – I domen i målet Fazenda Pública (ovan fotnot 46), punkt 22, bedömde domstolen inte heller uthyrning av parkeringsplatser för sig, utan förvaltningen av offentliga parkeringsplatser i dess helhet.
- 55 – Dom av den 4 oktober 1995 i mål C-291/92, Armbrecht (REG 1995, s. I-2775). Avseende avdragsrätt när det gäller föremål som används inom ramen för myndighetsutövning, se särskilt dom av den 2 juni 2005 i mål C-378/02, Waterschap Zeeuws Vlaanderen (REG 2005, s. I-4685).
- 56 – Dom av den 25 februari 1999 i mål C-349/96, CPP (REG 1999, s. I-973), punkt 29. Se även dom av den 27 oktober 2005 i mål C-41/04, Levob (REG 2006, s. I-0000), punkt 20.
- 57 – Se mitt förslag till avgörande av den 4 maj 2006 i mål C-251/05, Talacre Beach Caravan Sales (REG 2006, s. I-0000), punkt 32 och följande punkter.
- 58 – Se dom av den 15 december 1995 i mål C-415/93, Bosman (REG 1995, s. I-4921), punkt 61, och av den 13 mars 2001 i mål C-379/98, PreussenElektra (REG 2001, s. I-2099), punkt 39.
- 59 – Dom av den 17 oktober 1989, Comune di Carpaneto Piacentino m.fl. (ovan fotnot 30), punkt 24. Se även dom av den 8 juni 2006 i mål C-430/04, Feuerbestattungsverein Halle (REG 2006, s. I-0000), punkt 25.
- 60 – Dom av den 2 juni 2005 i mål C-378/02, Waterschap Zeeuws Vlaanderen (REG 2005, s. I-4685), punkt 32.
- 61 – Dom av den 20 november 2003 i mål C-8/01, Taksatorringen (REG 2003, s. I-13711).
- 62 – Se domen i målet Taksatorringen (ovan fotnot 61), punkt 63.
- 63 – Enligt CEPT och ECC:s beslut (02)06 EU skall bandet 2500–2690 MHz vara tillgängligt den 1 januari 2008 för IMT-2000/UMTS-mobilkommunikation utöver de frekvenser för vilka tillstånd

redan har beviljats för de första 3G-tjänsterna.

64 – Den av klagandena framförda hypotesen att en icke skattskyldig person (som till exempel ett statligt organ), som inte har någon rätt att dra av mervärdesskatt, förvärvar licensen förefaller föga sannolik. När ett statligt organ använder licensen enligt de bestämmelser som gäller för denna, för att tillhandahålla telekommunikationstjänster, är det skattskyldigt enligt artikel 4.5 tredje stycket jämförd med bilaga D i sjätte direktivet. Tanken att mervärdesskatt möjligtvis inte skulle kunna dras av när licenserna inte används inom ramen för skattepliktig verksamhet är också snarare hypotetisk.

65 – För närmare detaljer, se ovan punkterna 12 och 13.

66 – Se ovan fotnot 46, punkt 32.

67 – Dom av den 13 november 1990 i mål C-106/89, Marleasing (REG 1990, s. I-4135; svensk specialutgåva, volym 10, s. 575), punkt 8. Principen nämndes för första gången i domen av den 10 april 1984 i mål 14/83, Von Colson och Kamann (REG 1984, s. 1891; svensk specialutgåva, volym 7, s. 577) punkt 26). Se vidare dom av den 14 juli 1994 i mål C-91/92, Faccini Dori (REG 1994, s. I-3325; svensk specialutgåva, volym 16, s. I-1), punkt 26, och av den 5 oktober 2004 i de förenade målen C-397/01–C-403/01, Pfeiffer m.fl. (REG 2004, s. I-8835), punkt 113.

68 – Se domarna i målen Von Colson och Kamann (ovan fotnot 67), punkt 26, Marleasing (ovan fotnot 67), punkt 8, Faccini Dori (ovan fotnot 67), punkt 26, och Pfeiffer m.fl. (ovan fotnot 67), punkt 113.

69 – Se de ovan i fotnot 67 nämnda domarna (med undantag av domen i målet Von Colson och Kamann).

70 – Dom av den 7 januari 2004 i mål C-201/02, Wells (REG 2004, s. I-723), punkt 57.

71 – Dom av den 26 februari 1986 i mål 152/84, Marshall (REG 1986, s. 723; svensk specialutgåva, volym 8, s. 457), punkt 48, domen i målet Marleasing (ovan fotnot 67), punkt 6; domen i målet Faccini Dori (ovan fotnot 67) punkt 20, domen i målet Wells (ovan fotnot 70), punkt 57, och domen i målet Pfeiffer m.fl. (ovan fotnot 67), punkt 108.

72 – Se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 februari 1999 i mål C-131/97, Carbonari m.fl. (REG 1999, s. I-1103), punkterna 49 och 50, och domen i målet Pfeiffer m.fl. (ovan fotnot 67), punkt 115.

73 – Domen i målet Pfeiffer m.fl. (ovan fotnot 67), punkt 116.

74 – Se dom av den 16 juni 2005 i mål C-105/03, Pupino (REG 2005, s. I-5285), punkt 47. Denna dom rörde ett rambeslut som antagits med stöd av EU-fördraget. Ovannämnda konstaterande gäller emellertid även för direktiv som antagits på grundval av EG-fördraget.