FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JULIANE KOKOTT

fremsat den 7. september 2006 [1]

I — Indledning

1. I november 2000 afholdt Telekom-Control-Kommission, den østrigske tilsynsmyndighed, en auktion over flere frekvensblokke til udbud af mobilkommunikationstjenester efter standarden UMTS/IMT-2000 [2] (også benævnt mobilkommunikation af tredje generation — 3G) og tildelte efterfølgende ved afgørelse de tilsvarende frekvensanvendelsesrettigheder til vinderne. Der blev i den forbindelse modtaget vederlag på i alt 831 595 241,10 EUR. Tidligere var der på samme måde blevet tildelt frekvenser til udbud af mobilkommunikationstjenester af anden generation (GSM-standard [3]) og til det jordbaserede trunket radio-system, TETRA [4].

2. 3G-mobiludstyr har en større kapacitet til dataoverførsel end tidligere generationer af mobiltelefoner. Det gør det navnlig muligt at tilbyde multimedietjenester såsom videokonferencer, internetadgang og online-underholdning. Indførelsen af UMTS-mobilkommunikation anses for et vigtigt teknisk fremskridt, som åbner en lang række nye aktivitetsområder for teleselskaberne.

3. I hovedsagen har de otte teleselskaber, der erhvervede frekvensanvendelsesrettighederne (herefter også »sagsøgerne«), gjort gældende, at tildelingen af rettighederne var en momspligtig transaktion, og at frekvensanvendelsesvederlagene indeholdt moms. De kræver derfor, at der udstedes fakturaer, som angiver momsen. Dette er en betingelse for at fratrække den angiveligt betalte moms som indgående afgift.

1 — Originalsprog: tysk.

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

3 — Global System for Mobile Communications.

4 — Terrestrial Trunked Radio. Nærmere oplysninger om denne digitale radiostandard findes på TETRA MoU Association Ltd's hjemmeside (www.tetramou.com).

4. I henhold til artikel 4, stk. 1 og 2, i sjette momsdirektiv (herefter »sjette direktiv«) [5] er kun transaktioner, som en afgiftspligtig person foretager som led i sin økonomiske virksomhed, afgiftspligtige. I henhold til direktivets artikel 4, stk. 5, anses staten og dens organer i princippet ikke for afgiftspligtige personer, når de udøver offentlig myndighed. Fortolkningen af disse bestemmelser i forbindelse med auktionen over frekvensanvendelsesrettighederne udgør kernen i denne sag.

5. I forbindelse med en parallel anmodning om præjudiciel afgørelse [6], hvortil jeg ligeledes i dag fremsætter et forslag til afgørelse, har VAT and Duties Tribunal London stillet lignende spørgsmål vedrørende vurderingen af auktionen over UMTS-tilladelser i Det Forenede Kongerige.

6. Derudover har andre medlemsstater fulgt det britiske og det østrigske eksempel og ligeledes opkrævet høje tilladelsesgebyrer. Denne sag og den parallelle sag i Det Forenede Kongerige er derfor ikke kun af særlig betydning på grund af de enorme summer, der står på spil, men har samtidig karakter af forsøgssager for lignende tvister i andre medlemsstater.

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

6 — Sag C-369/04, Hutchison m.fl.

II — Retsforskrifter

A — *Bestemmelser om merværdiafgift*

1. Fællesskabsbestemmelser

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

[...]«

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

2. Nationale bestemmelser

10. Ifølge § 1, stk. 1, nr. 1, i Umsatzsteuergesetz 1994 (østrigsk momslov, herefter »UStG«) pålægges merværdiafgift levering af goder og andre ydelser, som mod vederlag foretages i indlandet af en erhvervsdrivende som led i dennes virksomhed. Afgiftspligt udelukkes ikke af den omstændighed, at transaktionen sker i henhold til lov eller myndighedsbeslutning eller betragtes som sket i henhold til lov.

11. Som erhvervsdrivende anses ifølge § 2, stk. 1, i UStG enhver, der udøver selvstændig erhvervsmæssig virksomhed. Erhvervsmæssig er enhver varig virksomhed, som tilsigter opnåelse af indtægter.

12. Ifølge § 2, stk. 3, i UStG antages offentligretlige organer i princippet alene at udføre erhvervsmæssige aktiviteter inden for rammerne af deres erhvervsforetagender (§ 2 i Körperschaftssteuergesetz, østrigsk lov om selskabsskat, herefter »KStG«). § 2, stk. 1, i KStG bestemmer, at som erhvervsforetagender under et offentligretligt organ anses enhver institution, som er økonomisk uafhængig, og som udelukkende eller overvejende har til formål varigt at udføre privatøkonomiske aktiviteter af økonomisk betydning, som tilsigter opnåelse af indtægter, eller såfremt institutionen ikke deltager i den almindelige økonomiske samhandel, tilsigter andre økonomiske fordele og ikke henhører under land- eller skovbrugsmæssig virksomhed.

13. § 2, stk. 5, i KStG har bl.a. følgende ordlyd: »Der foreligger ikke en privatøkonomisk aktivitet i stk. 1's forstand, såfremt virksomheden overvejende tjener udøvelsen af offentlig myndighed (suverænitetsudøvelse) [...]«.

14. § 11, stk. 1, første og andet punktum, i UStG fastsætter følgende: »Såfremt en erhvervsdrivende udfører aktiviteter af den i § 1, stk. 1, nr. 1, i UStG omhandlede art, er han berettiget til at udstede fakturaer. Såfremt han udfører sådanne aktiviteter for en anden erhvervsdrivende som led i dennes virksomhed eller for en juridisk person, der ikke er erhvervsdrivende, har han pligt til at udstede fakturaer« [7]. Fakturaerne skal ifølge § 11, stk. 1. nr. 6, i UStG angive det afgiftsbeløb, der pålægges beløbet.

B — *De relevante retsregler for tildelingen af UMTS-frekvenser*

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

7 — Sagsøgerne i hovedsagen har i deres indlæg henvist til, at bestemmelsen havde en anden ordlyd på det relevante tidspunkt, nemlig: Såfremt en erhvervsdrivende udfører afgiftspligtige aktiviteter, er han berettiget — og såfremt han udfører sådanne aktiviteter for en anden erhvervsdrivende som led i dennes virksomhed — har han på den andens anmodning pligt til at udstede fakturaer, der særskilt angiver afgiften.

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

17. På europæisk plan udførte Den Europæiske Konference af Post- og Teleadministrationer (CEPT) [8] yderligere forarbejder med henblik på indførelse af mobilkommunikation af tredje generation. Den Europæiske Radiokommunikationskomité (ERC), som indgår i denne organisation, fastlagde navnlig det tilgængelige frekvensspektrum i beslutning ERC/DEC(97)/07 af 30. juni 1997 [9].

18. Den del af frekvensspektret, der er reserveret mobilkommunikation af tredje generation, kan opdeles i yderligere dele, hvor flere udbydere kan drive mobilnet ved siden af hinanden. Omfanget og antallet af tilladelser, der er tildelt til dette formål, varierer fra medlemsstat til medlemsstat [10]. Mens Østrig og Tyskland eksempelvis opdelte spektret blandt seks udbydere, var det kun tre i Belgien og Frankrig. Ved fastlæggelsen af de båndbredder, der tildeles til driften af et net, er der således — inden for rammerne af de tekniske mindstekrav — et vist spillerum.

19. Frekvensordningen for mobilkommunikationstjenester af anden generation er ligeledes baseret på retningslinjer fra CEPT.

1. Fællesskabsret

20. I den relevante periode var det direktiv 97/13/EF [11], der udgjorde den fællesskabsretlige ramme for tildelingen af generelle tilladelser og individuelle tilladelser for teletjenester.

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

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

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

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

21. I henhold til artikel 3, stk. 3, i direktiv 97/13 »må [medlemsstaterne] kun udstede en individuel tilladelse, hvis tilladelsens indehaver får adgang til knappe fysiske ressourcer eller lignende eller skal opfylde særlige forpligtelser eller kan udnytte særlige rettigheder, jf. bestemmelserne i afdeling III«.

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

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

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

24. Direktiv 97/13 blev ophævet ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2003 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) [12]. I modsætning til direktiv 97/13 er det nu fastsat i artikel 9, stk. 3, i direktiv 2002/21, at medlemsstaterne kan give virksomheder tilladelse til at overføre brugsret til radiofrekvenser til hinanden.

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

»Medlemsstaterne sikrer, at en virksomheds planer om at overdrage brugsrettigheder til radiofrekvenser meddeles den nationale tilsynsmyndighed, der er ansvarlig for frekvenstildelingen, og at alle overdragelser finder sted efter procedurer, der er fastlagt af den nationale tilsynsmyndighed, og offentliggøres. De nationale tilsynsmyndigheder sikrer, at konkurrencen ikke forvrides som følge af en sådan overdragelse. Når radio-

12 — Nævnt i fodnote 11.

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

2. Nationale bestemmelser

26. Relevant er endvidere Europa-Parlamentets beslutning nr. 128/1999/EF af 14. december 1998 om koordineret indførelse af et mobilt og trådløst kommunikationssystem (UMTS) af tredje generation i Det Europæiske Fællesskab [13] (herefter »UMTS-beslutningen«). Ved denne beslutning gav Parlamentet og Rådet så at sige startskuddet til indførelsen af UMTS-mobilkommunikation i hele Europa.

28. Ifølge § 14 i Telekommunikationsgesetz (østrigsk lov om telekommunikation, herefter »TKG«) i den fra den 1. juni 2000 gældende affattelse kræves en licens til at udføre mobil taletelefonitjeneste og andre offentlige mobilkommunikationstjenester ved hjælp af egne mobilnet. Licensen skal tildeles, hvis frekvenserne i forbindelse med licenser til at udføre offentlige mobilkommunikationstjenester er tildelt ansøgeren eller kunne tildeles samtidig med licensen (§ 15, stk. 2, nr. 3, i TKG). Ifølge § 16, stk. 1, i TKG kan licenserne overdrages med tilsynsmyndighedens godkendelse. Der betales et gebyr til dækning af de administrationsomkostninger, der er forbundne med tildelingen af licensen (§ 17 i TKG).

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

29. Ifølge § 21, stk. 1, i TKG skal indehavere af en mobillicens med henblik på at sikre en effektiv udnyttelse af frekvensspektret foruden frekvensanvendelsesvederlaget betale et engangsvederlag eller et årligt vederlag for frekvensanvendelsesretten. § 49, stk. 4, i TKG bestemmer følgende: »Tildeling af de frekvenser, der er reserveret offentlige mobilkommunikationstjenester og andre offentlige telekommunikationstjenester, foretages af tilsynsmyndigheden.«

13 — EFT L 17, s. 1.

30. Tildelingsproceduren er nærmere reguleret i § 49a i TKG, hvis stk. 1 har følgende ordlyd: »Tilsynsmyndigheden tildeler de frekvenser, den har fået overdraget, til den ansøger, der opfylder de generelle betingelser i henhold til § 15, stk. 2, nr. 1 og 2, og garanterer den mest effektive udnyttelse af frekvenserne. Dette fastslås på grundlag af størrelsen af det vederlag for frekvensanvendelsesretten, der er tilbudt.«

31. Yderligere detaljer var fastsat i en procedureordning udstedt af Telekom-Control-Kommission på grundlag af § 49a, stk. 7, i TKG samt i udbudsdokumentet af 10. juli 2000 i proceduren vedrørende tildeling af frekvenser til mobilkommunikationssystemer af tredje generation (UMTS/IMT-2000). Heri var der bl.a. fastsat mindstebud på 700 000 000 ATS (50 870 983,92 EUR) for en frekvenspakke fra det parrede spektrum og 350 000 000 ATS (25 435 491,96 EUR) for en frekvenspakke fra det uparrede spektrum.

32. Inden den 1. juni 2000 fandt bestemmelserne i TKG i affattelsen fra 1997 anvendelse på tildelingen af licenser.

33. TKG blev ændret i 2003. I § 56, stk. 1, i TKG 2003 reguleres nu navnlig overdragelsen af retten til at anvende frekvenser, som er tildelt af tilsynsmyndigheden. Overdragelse er kun mulig på visse betingelser og skal godkendes af tilsynsmyndigheden.

34. I §§ 110-112 i TKG er Telekom-Control-Kommissions struktur og opgaver reguleret. Telekom-Control-Kommission er etableret hos Telekom-Control GmbH, hvis eneste selskabsdeltager er staten, og som varetager tilsynsmyndighedens opgaver, for så vidt disse ikke er overdraget til Telekom-Control-Kommission (§§ 108 og 109 i TKG). Blandt Telekom-Control-Kommissions opgaver hører navnlig tildelingen af frekvenser i henhold til § 49, stk. 4, sammenholdt med § 49a i TKG (§ 111, nr. 9, i TKG).

III — De faktiske omstændigheder og de præjudicielle spørgsmål

35. Ved Telekom-Control-Kommissions afgørelse af 20. november 2000 blev der foretaget tildeling af frekvenser samt tildeling af licenser inden for mobilkommunikationssystemer af tredje generation (UMTS/IMT-2000). Inden tildelingen blev frekvenspakkerne givet i offentligt udbud og efterfølgende bortauktioneret på auktioner, der fandt sted samtidig og bestod af flere led. Under auktionen den 2. og 3. november 2000

blev der bortauktioneret i alt 12 frekvensblokke, parvis hver på 5 MHz og under en yderligere, samtidig auktion fem enkle 5 MHz frekvensblokke. Frekvenspakkerne blev tildelt sagsøgerne ved afgørelse truffet på grundlag af resultaterne af auktionen. Vederlagene for frekvensanvendelsesretten fastsattes til følgende beløb:

T-Mobile Austria GmbH:	170 417 796,10 EUR
Mobilkom Austria AG & Co KG:	171 507 888,60 EUR
TRA-3G Mobilfunk GmbH:	113 151 602,70 EUR
ONE GmbH:	120 055 522,00 EUR
Hutchison 3G Austria GmbH:	139 023 131,70 EUR
3G Mobile Telecommunications GmbH:	117 439 300,00 EUR.

36. De anførte beløb skulle erlægges af auktionskøberne i to rater, således at den første skulle betales inden syv dage fra meddelelsen om Telekom-Control-Kommissions afgørelse og den anden inden seks uger. Licenserne og frekvenserne blev tildelt indtil den 31. december 2020.

37. Ved Telekom-Control-Kommissions afgørelse af 3. maj 1999 blev tele.ring Telekom Service GmbH & Co. KG tildelt ret til at anvende GSM-frekvenser (DCS-1800-kanaler) mod et frekvensanvendelsesvederlag på 98 108 326,00 EUR. Endvidere tildelte Telekom-Control-Kommission ved afgørelse af 7. februar 2000 master-talk Austria Telekom Service GmbH und Co. KG frekvenser inden for det jordbaserede trunket radio-system, TETRA, hvorved der blev fastsat et vederlag på 4 832 743,47 EUR. Disse afgørelser støttedes ligeledes på en auktion.

38. I hovedsagen har sagsøgerne nedlagt påstand om, at der udstedes fakturaer for frekvensanvendelsesvederlagene, der særskilt angiver den moms, som efter deres opfattelse er indeholdt i vederlaget. Som led i denne sag har Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien ved kendelse af 7. juni 2004 forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål i henhold til artikel 234 EF:

»1) Skal artikel 4, stk. 5, tredje afsnit, i Rådets sjette direktiv [...] sammenholdt

med direktivets bilag D, nr. 1, fortolkes således, at en medlemsstats tildeling af rettigheder til at anvende radiofrekvenser til mobilkommunikationssystemer inden for UMTS/IMT-2000, GSM-DCS-1800 og TETRA standarderne [...] mod et vederlag for frekvensanvendelsesretten skal betragtes som virksomhed inden for telekommunikationsområdet?

2) Skal sjette direktivs artikel 4, stk. 5, tredje afsnit, fortolkes således, at en medlemsstat, hvis nationale ret ikke indeholder det i artikel 4, stk. 5, tredje afsnit, nævnte kriterium, hvorefter det kræves, at virksomheden ikke er »ubetydelig« (de minimis-reglen) som betingelse for afgiftspligt, følgelig skal anses for afgiftspligtig af samtlige aktiviteter inden for telekommunikationsområdet, uanset om denne virksomhed er af ubetydeligt omfang?

3) Skal sjette direktivs artikel 4, stk. 5, tredje afsnit, fortolkes således, at en medlemsstats tildeling af frekvensanvendelsesret til mobilkommunikationssystemer mod et samlet vederlag på henholdsvis 831 595 241,10 EUR (UMTS/IMT 2000), 98 108 326 EUR (DCS-1800-kanaler) og 4 832 743,47 EUR (TETRA) skal anses for virksomhed af ikke ubetydeligt omfang, således at medlemsstaten skal betragtes som afgiftspligtig af denne virksomhed?

4) Skal sjette direktivs artikel 4, stk. 5, andet afsnit, fortolkes således, at det ville føre til konkurrencefordrejning af en vis betydning, såfremt en medlemsstat ved tildeling af frekvensanvendelsesret til mobilkommunikationssystemer mod et samlet vederlag på henholdsvis 831 595 241,10 EUR (UMTS/IMT 2000), 98 108 326 EUR (DCS-1800-kanaler) og 4 832 743,47 EUR (TETRA) ikke lagde merværdiafgift på disse vederlag, og de private udbydere af sådanne frekvenser skulle beregne merværdiafgift af denne virksomhed?

5) Skal sjette direktivs artikel 4, stk. 5, første afsnit, fortolkes således, at den virksomhed, som udøves af en medlemsstat, idet denne tildeler frekvensanvendelsesret til mobilkommunikationssystemer til telekommunikations-

virksomheder, således at medlemsstaten først under en auktion opnår et højeste bud, og højestbydende derefter får frekvenserne tildelt, ikke herved handler i egenskab af offentlig myndighed, hvorfor medlemsstaten skal anses for afgiftspligtig af denne virksomhed, uanset den — i henhold til medlemsstatens nationale ret — retlige karakter af den akt, hvorved tildelingen foretages?

39. De i punkt 35 og 37 nævnte virksomheder, Finanzprokuratur for Republikken Østrig som sagsøgte, den danske, den tyske, den italienske, den nederlandske, den østrigske, den polske og Det Forenede Kongeriges regering samt Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har afgivet indlæg for Domstolen.

IV — Retlig vurdering

6) Skal sjette direktivs artikel 4, stk. 2, fortolkes således, at den i spørgsmål 5 beskrevne tildeling af frekvensanvendelsesret til mobilkommunikationssystemer, der foretages af en medlemsstat, skal betragtes som økonomisk virksomhed, således at medlemsstaten er afgiftspligtig af denne virksomhed?

40. I henhold til sjette direktivs artikel 4, stk. 1, anses for afgiftspligtig person enhver, der selvstændigt udøver en økonomisk virksomhed, uanset formålet med eller resultatet af den pågældende virksomhed. I sjette direktivs artikel 4, stk. 2, defineres udtrykket økonomisk virksomhed nærmere. Disse bestemmelser fastsætter derfor ikke kun, hvem der kan være en afgiftspligtig person, men også, under hvilke omstændigheder en persons virksomhed er momspligtig.

7) Skal sjette direktiv fortolkes således, at de vederlag, der er fastsat for frekvensanvendelsesret til mobilkommunikationssystemer, skal anses for bruttovederlag (der allerede omfatter merværdiafgift) eller som nettovederlag (til hvilket beløb der yderligere skal lægges merværdiafgift)?«

41. Sjette direktivs artikel 4, stk. 5, indeholder forskellige bestemmelser om, hvornår staten skal anses for afgiftspligtig person [14]. Anvendelsen af disse bestemmelser forud-

14 — Jf. generaladvokat Mischo, som klart har anført, at artikel 4, stk. 5, så at sige er opbygget etagevis med tilføjelser af undtagelser og undtagelser fra undtagelserne (forslag til afgørelse af 15.3.1989 i de forenede sager 231/87 og 129/88, Comune di Carpaneto Piacentino m.fl., Sml. 1989, s. 3233, punkt 8).

sætter imidlertid, at der er tale om en økonomisk virksomhed som omhandlet i artikel 4, stk. 2. Jeg skal derfor først behandle det sjette præjudicielle spørgsmål, der vedrører en fortolkning af denne bestemmelse.

A — *Sjette præjudicielle spørgsmål: eksistensen af en økonomisk virksomhed*

42. Med sit sjette spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om tildelingen af frekvensanvendelsesret til mobilkommunikationssystemer, der foretages af en medlemsstat, skal betragtes som økonomisk virksomhed som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, stk. 2.

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

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

45. De subjektive hensigter, som den pågældende forfølger med virksomheden, er derfor ikke relevante. Ellers skulle skatte- og afgiftsmyndighederne gennemføre undersøgelser med henblik på at fastslå disse hensigter, hvilket ville være i strid med det fælles momssystems formål. Dette system tilsigter nemlig at garantere retssikkerheden og lette de handlinger, som er forbundet med afgiftens anvendelse, ved — bortset fra undtagelsestilfælde — at lægge vægt på den pågældende transaktions objektive karakter [16].

46. Jeg skal først behandle den indsigelse, at en økonomisk virksomhed allerede er udelukket som følge af, at auktionen over frekvensanvendelsesrettighederne fandt sted med henblik på at regulere markedet. Dernæst skal jeg undersøge, om transakti-

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

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

onen kan betragtes som udnyttelse af et immaterielt gode med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, stk. 2.

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

1. Udelukker målet om markedsregulering en økonomisk virksomhed?

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

50. Østrig valgte at afholde auktion over frekvensanvendelsesrettighederne. I henhold til § 49a i TKG var formålet med auktionsprocessen at finde frem til de bydende, der garanterede den mest effektive udnyttelse af frekvenserne. Ifølge den østrigske regering var det derimod ikke formålet at opnå betydelige indtægter til staten.

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

51. De medlemsstater, der har afgivet indlæg, og Kommissionen har udledt af disse omstændigheder, at Telekom-Control-Kommissions tildeling af frekvensanvendelsesrettigheder ikke udgjorde en økonomisk virksomhed som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, stk. 1 og 2, men en foranstaltning til regulering af markedet.

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

52. Dette argument kan ikke tiltrædes.

53. Spørgsmålet, om en virksomhed udgør en økonomisk virksomhed i momsmæssig henseende, afhænger af dens objektive karakter, som skal fastlægges på grundlag af konkrete ydre omstændigheder. Det mål, der forfølges med virksomheden, dvs. at regulere adgangen til mobilkommunikationsmarkedet i overensstemmelse med fællesskabsbestemmelserne og finde frem til de bedst egnede udbydere, er derimod irrelevant. I henhold til den nævnte retspraksis [17] skal der nemlig ikke tages hensyn til sådanne mål ved kvalificeringen af en virksomhed.

54. Auktionens genstand var retten til at anvende bestemte radiofrekvenser til driften af et mobilnet i en periode på 20 år. Denne ret, eller retten til tildelingen heraf, blev ved auktionen tildelt de virksomheder, der afgav de højeste bud.

55. Spørgsmålet om, hvorledes statens tildeling af frekvensanvendelsesret skal betragtes i retlig henseende — som en forvaltningsretlig tilladelse eller en privatretlig transaktion — er for fastlæggelsen af virksomhedens objektive karakter lige så lidt afgørende som betegnelsen for virksomhedens tilsvarende modydelse. Retten blev nemlig under alle omstændigheder kun tildelt mod indbetaling af det beløb, der fremkom ved auktionen, således at pengeydelsen står i direkte forbindelse med tildelingen af retten. Vederlaget for frekvensanvendelsesretten udgør i øvrigt ikke et gebyr, som kun dækker administrationsomkostningerne i forbindelse med frekvenstildelingen.

56. Spørgsmålet, om opnåelsen af indtægter var et motiv for udformningen af den procedure, der blev anvendt ved tildelingen af frekvensanvendelsesrettigheder, er heller ikke afgørende. I objektiv henseende tildelte Telekom-Control-Kommission nemlig retten mod en pengeydelse, som skulle afspejle rettighedernes økonomiske værdi, og som langt oversteg udgifterne ved tildelingsproceduren. Da der i auktionsreglerne var fastsat mindstebud på indtil 50 mio. EUR, var der også på forhånd givet mulighed for opnåelse af indtægter i betydeligt omfang. Spørgsmålet, om opnåelsen af disse indtægter var statens motiv eller kun en sekundær effekt, der nødvendigvis var en følge af denne form for tildelingsprocedure, kan ikke spille nogen rolle for kvalificeringen af auktionen i momsmæssig henseende.

57. Kvalificeringen som en økonomisk virksomhed er heller ikke udelukket som følge af, at tildelingen af frekvensanvendelsesrettighederne i sidste instans fandt sted under en reguleringsramme, der tog udgangspunkt i fællesskabsretlige bestemmelser. Overholdelsen af disse bestemmelser udgør nemlig ligeledes kun et (obligatorisk) mål, som skal lades ude af betragtning ved vurderingen af,

17 — Jf. de i fodnote 16 nævnte domme.

om en transaktion er en økonomisk virksomhed [18].

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

59. Ved en hensyntagen til de objektive ydre kendetegn ved transaktionen udvides det anvendelsesområde, der omfattes af begrebet økonomisk virksomhed, hvilket er i overensstemmelse med Domstolens fortolkning [19]. Hvis man allerede i denne fase af undersøgelsen skulle tage hensyn til, at et offentligt organ handler med henblik på at opfylde sine lovbestemte reguleringsopgaver, ville direktivets anvendelsesområde på forhånd være væsentligt begrænset. Der ville navnlig kun være meget få muligheder for at anvende sjette direktivs artikel 4, stk. 5, selv om denne bestemmelse indeholder særlige regler for offentlige myndigheder.

60. Domstolen har ganske vist navnlig i den såkaldte Eurocontrol-dom [20], som visse parter har henvist til, fastslået, at der ikke er tale om økonomisk virksomhed som omhandlet i EF-traktatens konkurrenceregler, når der udøves offentlig myndighed.

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

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

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

19 — Jf. den i fodnote 15 nævnte retspraksis.

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

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

63. I henhold til sjette direktivs artikel 4, stk. 2, anses bl.a. transaktioner, der omfatter udnyttelse af materielle eller immaterielle goder med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter, for økonomisk virksomhed. Frekvensanvendelsesretten udgør et immaterielt gode.

64. Ifølge fast retspraksis omfatter begrebet »udnyttelse« i overensstemmelse med de krav, der følger af princippet om det fælles momssystems neutralitet, samtlige transaktioner, uanset deres retlige form [21]. Domstolen har således f.eks. betragtet udlejning som udnyttelse af goder, der skal anses for økonomisk virksomhed som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, stk. 2 [22]. Telekom-Control-Kommission har mod betaling af en afgift overdraget en frekvensanvendelsesret i en begrænset periode til sagsøgerne. Denne transaktion, som ligner udlejning eller bortforpagtning, skal betragtes som udnyttelse af et immaterielt gode med henblik på opnåelse af indtægter.

65. Finanzprokuratur, den danske, den nederlandske og den østrigske regering har imidlertid anført, at der ikke er tale om opnåelse af indtægter *af en vis varig karakter*, da frekvenstildelingen var en enkeltstående transaktion.

66. Mens udtrykket »nachhaltig«, der er anvendt i den tyske udgave, ikke er helt klart, fremgår det af andre sprogudgaver, at opnåelsen af indtægter skal være varig [23]. En kun lejlighedsvis kommerciel udnyttelse af et gode udgør derfor ikke en økonomisk virksomhed som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, stk. 1 og 2, som Domstolen fastslog i Enkler-dommen [24].

67. Den tildeling af frekvensanvendelsesret, der skal tages stilling til i denne sag, udgør imidlertid ikke en lejlighedsvis udnyttelse i denne forstand. Til støtte herfor skal jeg kort behandle den sammenhæng, som forelå i Enkler-dommen. Sagen vedrørte det spørgsmål, om den lejlighedsvise udlejning af en

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

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

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

24 — Enkler-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 20.

campingbil, som ejeren i øvrigt hovedsageligt anvendte til privat brug, også kan betragtes som udnyttelse af et gode med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter.

68. Udgangspunktet for Domstolens undersøgelse var godets karakter. Den omstændighed, at et gode er egnet til en udelukkende økonomisk udnyttelse, er i almindelighed tilstrækkelig til, at dets ejer må anses for at udnytte det til brug for økonomisk virksomhed og følgelig med henblik på at tilvejebringe indtægter af en vis varig karakter. Såfremt et gode på grund af sin karakter derimod kan anvendes såvel til erhvervsmæssig som privat brug, må der foretages en vurdering af samtlige omstændigheder vedrørende dets udnyttelse ved afgørelsen af, om det anvendes med henblik på opnåelse af indtægter, der faktisk er af en vis varig karakter [25].

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

25 — Enkler-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 27.

70. Det jordbaserede trunket radio-system, TETRA, skal imidlertid generelt også anvendes til bl.a. sikkerheds- og kontrolorganers kommunikation. Såfremt disse overdrager netdriften til en privat udbyder, vil dette også udgøre en økonomisk udnyttelse af de pågældende frekvenser. Det fremgår under alle omstændigheder ikke i forbindelse med den frekvensanvendelsesret, der konkret er tildelt til det jordbaserede trunket radiosystem, TETRA, at denne kun delvis skal udnyttes i erhvervsøjemed.

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

72. Den omstændighed, at vederlaget for frekvensanvendelsesretten kun skulle betales i to rater umiddelbart efter rettens tildeling og ikke som en periodisk betaling, ændrer intet ved, at opnåelsen af indtægter har en vis varig karakter. Frekvensanvendelsesvederlaget kunne teoretisk også have været udfor-

met på en anden måde. Anvendelsen af sjette direktiv kan imidlertid ikke afhænge af de betalingsmåder, som parterne har til rådighed i forbindelse med vederlaget.

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

74. Den tidsbegrænsede tildeling af brugsretten kan i sidste instans ikke sammenlignes med afhændelsen af værdipapirer, som Domstolen — hvis den ikke foretages inden for rammerne af en kommerciel investeringsforvaltning — af to grunde ikke betragter som en økonomisk virksomhed [26].

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

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

77. Det sjette spørgsmål skal derfor besvares således:

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

26 — Dom af 20.6.1996, sag C-155/94, Wellcome Trust, Sml. I, s. 3013, præmis 32 f., og EDM-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 57 f. Jf. endvidere med hensyn til indehavelse og erhvervelse af aktier: KapHag-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 38, og dom af 26.5.2005, sag C-465/03, Kretztechnik, Sml. I, s. 4357, præmis 19 ff.

B — *Det første til femte præjudicielle spørgsmål: Omstændigheder, hvorunder offentlige organer handler som afgiftspligtige personer*

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

78. Efter hovedreglen i sjette direktivs artikel 4, stk. 5, første afsnit, anses stater, regioner, amter, kommuner og andre offentligretlige organer ikke for afgiftspligtige personer for så vidt angår virksomhed eller transaktioner, som de udøver eller foretager i deres egenskab af offentlig myndighed. Bestemmelsen fritager således offentlige myndigheder for den generelle afgiftspligt, også selv om de udøver en økonomisk virksomhed som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, stk. 1 og 2. Udøvelsen af offentlig myndighed ligestilles således med en privat forbrugers handling.

79. I modsætning til første afsnit betragtes staten imidlertid i henhold til andet afsnit som skattepligtig person, såfremt fritagelsen for afgiftspligten ville føre til konkurrencefordrejning af en vis betydning. Denne bestemmelse er baseret på den opfattelse, at visse statslige organer — også selv om de foretager transaktioner i deres egenskab af offentlig myndighed — kan være i konkurrence med private konkurrenter. Den har således til formål at garantere afgiftsneutralitet [27].

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

81. De i bilag D nævnte områder — herunder også telekommunikation — vedrører i det væsentlige økonomiske transaktioner [28], der ofte foretages eller er foretaget af staten under udøvelse af offentlig myndighed alene på grund af deres betydning for almenheden, men som ligeledes kan udbydes af private erhvervsdrivende [29]. Nogle af de nævnte erhvervsgrene er i mellemtiden blevet liberaliseret. Private erhvervsdrivende er her faktisk i konkurrence med tidligere mono-

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

28 — Jf. generaladvokat Albers forslag til afgørelse af 29.6.2000 i sag C-446/98, Fazenda Pública, Sml. 2000 I, s. 11435, punkt 69.

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

polselskaber, som dels er privatiseret, dels stadig er statslige selskaber. Sjette direktiv tog klart hensyn til en sådan udvikling allerede ved vedtagelsen i 1977.

82. Såfremt tildelingen af mobilfrekvenser skal betragtes som virksomhed af ikke ubetydeligt omfang inden for telekommunikationssektoren, vil den under alle omstændigheder være momspligtig uanset udøvelsen af offentlig myndighed eller en konkret konkurrencefordrejning.

83. På baggrund af bestemmelsens opbygning er det efter undersøgelsen af det første, andet og tredje spørgsmål hensigtsmæssigt at undersøge det femte spørgsmål, der vedrører en fortolkning af sjette direktivs artikel 4, stk. 5, første afsnit. Kun hvis tildelingen af frekvensanvendelsesret blev foretaget under udøvelse af offentlig myndighed, er det nemlig derpå nødvendigt at afgøre, om det pågældende statslige organ alligevel er afgiftspligtig i henhold til artikel 4, stk. 5, andet afsnit, fordi der ellers ville være risiko for konkurrencefordrejning af en vis betydning.

2. Det første præjudicielle spørgsmål: Omfatter udtrykket telekommunikation i bilag D til sjette direktiv også auktionen over frekvensanvendelsesrettigheder?

84. Parterne er i det væsentlige uenige om, hvorvidt udtrykket »telekommunikation« i bilag D, nr. 1, kun omfatter selve udbuddet af teletjenester [30] — dette er opfattelsen blandt sagsøgte, de regeringer, der har afgivet indlæg, og Kommissionen — eller om det også omfatter andre former for virksomhed i forbindelse hermed, dvs. tildelingen af frekvensanvendelsesret, hvilket er sagsøgernes opfattelse.

85. Ordlyden af bilag D kan ikke bidrage til at afklare dette spørgsmål. Den omstændighed, at der i den tyske udgave anvendes det i mellemtiden forældede udtryk »Fernmeldewesen« og ikke udtrykket »Telekommunikation«, kan ikke tillægges nogen betydning. I andre udgaver anvendes her det udtryk, der fortsat er almindeligt på de enkelte sprog (jf. f.eks. *telecommunications* eller *télécommuni-*

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

cations). I øvrigt er udtrykkene »Fernmeldewesen« og »Telekommunikation« i vidt omfang synonyme.

— Historisk fortolkning

86. I forbindelse med en historisk fortolkning kunne man antage, at tildelingen af mobiltilladelser til private erhvervsdrivende ikke kan være omfattet af udtrykket telekommunikation, fordi statslige postvæsener på det tidspunkt, hvor direktivet blev vedtaget i 1977, selv udførte alle teletjenester. Fællesskabslovgiveren har derfor oprindeligt formentlig ikke haft til hensigt at fastsætte regler for tildeling af radiofrekvenser til private udbydere.

87. T-Mobile Austria har dog foreslået, at der inden for rammerne af den historiske fortolkning tages hensyn til ændringen af de faktiske forhold (evolutiv fortolkning), og at det undersøges, hvad lovgiveren historisk set ønskede at regulere ud fra den situation, der gør sig gældende på nuværende tidspunkt [31]. På grundlag heraf kan det ikke på forhånd udelukkes, at lovgiveren ønskede ligeledes at omfatte frekvenstildelingen af udtrykket telekommunikation.

88. Den historiske fortolkningsmetode er imidlertid kun af sekundær betydning og ikke i sig selv afgørende [32]. Bestemmelserne i sjette direktiv bør derimod fortolkes systematisk og navnlig under hensyntagen til dets mål.

— Systematisk fortolkning

89. I systematisk henseende kan definitionen af teletjenester i sjette direktivs artikel 9, stk. 2, litra e), tiende led [33], indledningsvis spille en rolle. Den lyder således:

»Ved teletjenester forstås tjenesteydelser, hvis formål er transmission, udsendelse eller modtagelse af signaler, skrift, billeder og lyd eller alle andre informationer, ved hjælp af trådforbindelse eller radiobølger eller ved optiske eller andre elektromagnetiske medier, herunder også den hermed forbundne

31 — T-Mobile Austria henviser med hensyn til denne fortolkningsmetode til K. Larenz, *Juristische Methodenlehre*, 6. udgave, München 1991, s. 329 og 344.

32 — Jf. endvidere mit forslag til afgørelse af 13.7.2006 i sag C-278/05, Robins og Burnett, punkt 80 og 81.

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

overdragelse af retten til at benytte adgangen til transmission, udsendelse eller modtagelse [...]«

90. Artikel 9 fastsætter det sted, der skal anses for leveringssted i forbindelse med tjenesteydelser. Stk. 2, litra e), fastsætter i den henseende bl.a. også med hensyn til de beskrevne teletjenester, at aftagerens hjemsted anses for at være leveringssted i forbindelse med grænseoverskridende tjenesteydelser.

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

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

93. Den engelske udgave synes ganske vist at tillade denne fortolkning; andre sprogudgaver støtter imidlertid den fortolkning, som de regeringer, der har afgivet indlæg, og Kommissionen har anlagt [34]. I tilfælde af eventuelle divergenser mellem sprogudgaverne skal en bestemmelses formål tillægges særlig betydning [35], hvilket i denne forbindelse ligeledes taler imod, at tildelingen af tilladelser er omfattet heraf.

94. Som den nederlandske regering nemlig med rette har anført, skal bestemmelsen sikre, at teletjenester, der udføres fra tredjelande til modtagere i Fællesskabet, beskattes i Fællesskabet [36]. Denne betragtning gælder kun for teletjenester i snæver forstand. Frekvensanvendelsesrettighederne tildeles nemlig i alle tilfælde af de relevante nationale myndigheder. Normalt vil erhververne, dvs. aftagerne af tjenesten, endvidere ligeledes være etableret i den stat, hvor frekvenserne

34 — Jf. foruden den nævnte tyske udgave navnlig den italienske udgave (ivi compresa la cessione e la concessione, ad esse connesse, di un diritto di utilizzazione a *infrastrutture* per la trasmissione, l'emissione o la ricezione), den nederlandske udgave (met inbegrip van de daarmee samenhangende overdracht en verlening van rechten op het gebruik van *infrastructuur* voor de transmissie, uitzending of ontvangst) og den franske udgave (y compris la cession et la concession y afférentes d'un droit d'utilisation de *moyens* pour une telle transmission, émission ou réception — min fremhævelse).

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

36 — Jf. fjerde betragtning til direktiv 1999/59, nævnt ovenfor i fodnote 33, som lyder således:
»[P]å teleområdet bør der navnlig ske beskatning af disse tjenester i Fællesskabet, der anvendes af kunder, som er etableret her [...]«

tildeles, da det næppe er sandsynligt, at et UMTS-mobilnet etableres og drives uden et fast driftssted eller datterselskab i den pågældende stat.

95. Visse regeringer og Kommissionen har endvidere henvist til definitionen af teletjenester i de relevante direktiver om det indre marked. Det er absolut i overensstemmelse med Domstolens praksis ved fortolkningen af sjette direktiv også at tage hensyn til definitioner i retsakter, som gælder for det pågældende område og ikke forfølger mål, der afviger fra momsretten [37].

96. I artikel 2, nr. 4, i Rådets direktiv 90/387/EØF af 28. juni 1990 om oprettelse af det indre marked for teletjenester ved gennemførelse af tilrådighedsstillelse af åbne net [38] defineres teletjenester som »tjenester, der består helt eller delvis i transmission og rutning af signaler gennem et telenet ved hjælp af telekommunikationsteknik, med undtagelse af radio- og tv-spredning«. Ifølge denne definition udgør tildelingen af frekvensanvendelsesret ikke en teletjeneste.

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

— Formålsfortolkning

98. Det afgørende er imidlertid formålet med bestemmelsen i sjette direktivs artikel 4, stk. 5, tredje afsnit, sammenholdt med bilag D. Som generaladvokat Alber har anført, er de i bilag D opregnede former for virksomhed aktiviteter, hvis erhvervsmæssige karakter er primær og åbenlys [39].

99. Da disse leverancer *typisk* også udbydes eller kan udbydes af private erhvervsdrivende, antages det generelt, at der foreligger

37 — Jf. senest dom af 4.5.2006, sag C-169/04, Abbey National m.fl., Sml. I, s. 4027, præmis 61 ff., samt punkt 73 ff. i mit forslag til afgørelse af 8.9.2005 i denne sag.

38 — EFT L 192 s. 1. Direktiv 1990/387 er i mellemtiden ophævet ved direktiv 2002/21, nævnt i fodnote 11. Den definition af elektronisk kommunikationstjeneste, der er indeholdt i det nye rammedirektivs artikel 2, litra c), omfatter telekommunikation, og der lægges herved ligesom i det tidligere direktiv vægt på overføring af signaler via elektroniske kommunikationsnet.

39 — Forslag til afgørelse i Fazenda Pública-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 28, punkt 69.

en betydelig indvirkning på konkurrencen. Formålet med bestemmelsen er i denne situation at ligestille staten med en privat afgiftspligtig person. I henhold til andet afsnit er andre statslige transaktioner kun afgiftspligtige i tilfælde af, at der består risiko for konkurrencefordrejning af en vis betydning.

100. Det er kun hensigtsmæssigt at ligestille staten med private afgiftspligtige personer med hensyn til teletjenester i snæver forstand, da disse leverancer i mellemtiden ligeledes kan udbydes af private erhvervsdrivende. På det nuværende udviklingstrin [40] er den første tildeling af frekvensanvendelsesret derimod en opgave, som er forbeholdt staten [41]. Selv om tildelingen af frekvensanvendelsesret i givet fald under visse omstændigheder skal være i konkurrence med private erhvervsdrivendes videresalg af en sådan ret [42], er en generel ligestilling af staten med private afgiftspligtige personer ikke nødvendig i forbindelse hermed. Det skal kun undersøges, om det er nødvendigt at beskatte statens transaktion i henhold til betingelserne i sjette direktivs artikel 4, stk. 5, andet afsnit, for at beskytte konkurrencen.

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

41 — Jf. punkt 112 ff. nedenfor.

42 — Jf. bemærkningerne til det fjerde præjudicielle spørgsmål, punkt 125 ff. nedenfor.

101. Det første præjudicielle spørgsmål skal derfor besvares således, at udtrykket »telekommunikation« i bilag D, nr. 1, til sjette direktiv på det nuværende udviklingstrin ikke omfatter statens tildeling af frekvensanvendelsesret til udbud af mobilkommunikationstjenester.

3. Det andet og tredje præjudicielle spørgsmål: virksomhed af ikke ubetydeligt omfang som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, stk. 5, tredje afsnit

102. I henhold til sjette direktivs artikel 4, stk. 5, tredje afsnit, skal to kumulative betingelser være opfyldt, for at offentligretlige organer under alle omstændigheder anses for afgiftspligtige personer: De skal udøve en af de i bilag D opregnede former for virksomhed, og omfanget af denne virksomhed må ikke være ubetydelig.

103. Som allerede fastslået i besvarelsen af det første spørgsmål, var Telekom-Control-Kommissions tildeling af frekvensanvendelsesret ikke omfattet af udtrykket »telekommunikation« i bilag D, nr. 1, til sjette direktiv.

104. Det er derfor ikke nødvendigt at undersøge problemet, om virksomheden var af ubetydeligt omfang, selv om medlemsstaten derved opnåede indtægter i betydeligt omfang, som det tredje præjudicielle spørgsmål vedrører. De eventuelle følger af en national gennemførelse, der på dette punkt afviger fra direktivet, er ligeledes uden betydning. Det andet spørgsmål behøver derfor, ligesom det tredje spørgsmål, ikke at blive besvaret.

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

105. I henhold til sjette direktivs artikel 4, stk. 5, første afsnit, skal to kumulative betingelser været opfyldt, for at reglen om afgiftsfritagelse finder anvendelse, nemlig et offentligretligt organs udøvelse af virksomhed og udøvelse af virksomhed, der varetages i egenskab af offentlig myndighed [43].

106. Med hensyn til den første betingelse har Domstolen fastslået, at virksomhed udøvet af en privatperson ikke er fritaget for moms, blot fordi den består i at foretage handlinger, som henhører under den offentlige myndigheds prærogativer [44]. I den forbindelse havde Domstolen imidlertid navnlig personer i tankerne, som udøvede selvstændig økonomisk virksomhed og ikke var integreret i det offentliges forvaltningsapparat [45].

107. Telekom-Control-Kommission er etableret hos Telekom-Control GmbH. Selv om der således på grundlag af formen er tale om et privatretligt selskab, har ingen af parterne ytret tvivl om, hvorvidt Telekom-Control-Kommission skal betragtes som en del af det offentlige forvaltningsapparat. Det tilkommer den forelæggende ret at undersøge, om denne kvalificering er korrekt efter national ret.

108. Den anden betingelse præciserede Domstolen på følgende måde i Fazenda Pública-dommen [46]:

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

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

44 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, nævnt ovenfor i fodote 15, præmis 21, Ayuntamiento de Sevilla-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 43, præmis 19, og dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 40.

45 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 22, og Ayuntamiento de Sevilla-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 43, præmis 20.

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

47 — I denne henseende henviser Domstolen til dom af 17.10.1989, Comune di Carpaneto Piacentino, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 15, og af 15.5.1990, sag C-4/89, Comune di Carpaneto Piacentino m.fl., Sml. I, s. 1869, præmis 10.

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

109. Domstolen fastslog endvidere, at virksomhedens genstand eller formål ikke er af betydning i forbindelse med denne undersøgelse [49].

110. Sagsøgerne er af den opfattelse, at staten i forbindelse med auktionen over frekvensanvendelsesrettighederne handlede som en privat erhvervsdrivende. Den anvendte en privatretlig handlingsform og opnåede betydelige indtægter som modydelse for tildelingen af frekvenser.

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

112. Hertil skal jeg bemærke, at det i henhold til artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 97/13 kun er en statslig tilsynsmyndighed, der må tildele individuelle tilladelser til drift af et telenet. Myndigheden skal herved overholde bestemmelserne i direktivets artikel 9 og 10. Hvis en medlemsstat kun tildeler et begrænset antal individuelle tilladelser, skal den foretage udvælgelsen på grundlag af kriterier, som er objektive, ikke-diskriminerende, gennemsigtige og forholdsmæssigt afpassede (artikel 10, stk. 3, i direktiv 97/13). Med hensyn til afgifter, der pålægges i denne forbindelse, gælder bestemmelserne i artikel 11, stk. 2, i direktiv 97/13.

113. Selv om det er forbeholdt den forelæggende ret at foretage den endelige vurdering af den nationale retsstilling, hersker der ingen tvivl om, at den første tildeling af frekvenser i henhold til Telekommunikationsgesetz udelukkende kan foretages af Telekom-Control-Kommission. De forpligtelser, som national ret pålægger i den forbindelse, er baseret på bestemmelserne i direktiv 97/13.

114. Ingen privat erhvervsdrivende kan direkte tildele sådanne rettigheder. Private erhvervsdrivende kan højst indbyrdes overdrage frekvenser, der er tildelt af staten. En

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

49 — Dom af 17.10.1989, Comune di Carpaneto Piacentino m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 13, og Fazenda Pública-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 46, præmis 19.

sådan overdragelse er imidlertid ikke sammenlignelig med den første tildeling, da den kun er baseret på en afledt rådighedsret, mens den første tildeling udgør en oprindelig statslig opgave. Man ville jo heller ikke ligestille udvekslingen af pengesedler mellem private med statens beføjelse til at udstede penge. Dette gør det muligt at fastslå, at auktionen over frekvensanvendelsesrettighederne var en virksomhed, som påhvilede et statsligt organ, der handlede i egenskab af offentlig myndighed.

115. Dette er ikke udelukket, selv om staten i forbindelse med frekvenstildelingen anvendte auktionsinstrumentet, en procedure, som stammer fra det privatretlige område, og som private erhvervsdrivende derfor også kan anvende.

116. Det er herved ikke nødvendigt at tage stilling til, hvilken betydning auktionen havde for den samlede tildelingsprocedure. Visse sagsøgere er af den opfattelse, at auktionen har resulteret i en privatretlig kontrakt om tildeling af frekvensanvendelsesret. Andre har derimod erkendt, at den egentlige tildeling først skete på grundlag af den efterfølgende forvaltningsakt. Auktionen havde derfor kun til formål at udvælge de virksomheder, som rettighederne derpå blev overdraget til i forvaltningsretlig form.

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

118. Sagsøgernes argument ville medføre, at der kun udøves offentlig myndighed, når staten udsteder forvaltningsakter, dvs. udøver offentlig myndighed i snæver forstand. Denne forståelse bestred Domstolen imidlertid udtrykkeligt i dommene vedrørende motorvejsafgift [50].

119. På baggrund af den omstændighed, at forvaltningen af offentlige parkeringspladser indebar udøvelse af offentlig myndighed, fastslog Domstolen imidlertid i Fazenda Pública-dommen [51], at virksomheden var omfattet af de særlige retsregler for offent-

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

51 — Fazenda Pública-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 46, præmis 22.

ligretlige organer. Offentlig myndighedsudøvelse, hvor stat og borger står over for hinanden i et over-/underordningsforhold, udgør efter Domstolens opfattelse således et indicium for udøvelsen af offentlig myndighed som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, stk. 5, første afsnit, men er ingen nødvendig betingelse herfor [52].

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

121. Endvidere skal jeg bemærke, at sjette direktivs artikel 4, stk. 5, første afsnit, kun kræver, at transaktionen foretages *i deres egenskab af offentlig myndighed*. Derfor må auktionen over frekvensanvendelsesrettighederne ikke betragtes isoleret [53]. Denne virksomhed indgår derimod i den overordnede sammenhæng i forbindelse med frekvensforvaltning og regulering af telesektoren. I denne forbindelse udøver staten i det væsentlige offentlig myndighed, f.eks. ved at gennemføre bestemmelserne i UMTS-beslutningen eller direktiverne om det indre marked til national ret.

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

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

52 — Jf. dommen af 15.5.1990 i Comune di Carpaneto Piacentino-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 47, præmis 11.

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

124. Det femte præjudicielle spørgsmål skal derfor besvares således:

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

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

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

126. Ifølge Domstolens bemærkninger i Comune di Carpaneto Piacentino-dommen har medlemsstaterne pligt til »at sikre, at der opkræves moms hos offentligretlige organer for deres virksomhed i egenskab af offentlig myndighed, når virksomheden også kan varetages af private i konkurrence med det offentlige, såfremt manglende opkrævning vil kunne medføre konkurrencefordrejning af en vis betydning [...]« [54].

127. Da det alene var forbeholdt staten at tildele frekvensanvendelsesret, var enhver konkurrence mellem identiske transaktioner foretaget af staten og andre udbydere udelukket på det tidspunkt, hvor frekvenserne blev bortauktioneret. Sagsøgerne har imidlertid anført, at statens afgiftsfrie tildeling af frekvenserne kunne komme i konkurrence med private udbyderes videresalg af frekvensanvendelsesrettigheder.

128. Hertil skal jeg indledningsvis bemærke, at afgiftspligten eller afgiftsfritagelsen skal vurderes på tidspunktet for transaktionen [55]. Derfor skal indvirkningen på konkurrencen også foreligge på dette tidspunkt.

54 — Dom af 17.10.1989, Comune di Carpaneto Piacentino m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 24. Jf. tillige dom af 8.6.2006, sag C-430/04, Feuerbestattungsverein Halle, Sml. I, s. 4999, præmis 25.

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

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

130. Domstolen fastslog ganske vist i Taksatorringen-dommen [56], at sjette direktivs artikel 13, punkt A, stk. 1, litra f), også vedrører konkurrencefordrejning, som fritagelsen vil kunne fremkalde i fremtiden. Dog skal risikoen for konkurrencefordrejning være reel [57].

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

132. Med hensyn til frekvenserne til UMTS-mobilkommunikation må det konstateres, at der på det tidspunkt, hvor auktionen fandt sted i 2000, ikke var nogen sammenlignelige frekvensanvendelsesrettigheder tilgængelige på markedet. Det er uklart, om dette også gælder for den GSM-DCS-1800-frekvensanvendelsesret, der blev tildelt tele.ring i 1999, og for de frekvenser til det jordbaserede trunket radio-system, TETRA, som master-talk modtog i februar 2000.

133. Såfremt der efter den forelæggende rets konstateringer allerede forelå sammenlignelige frekvensanvendelsesrettigheder tilgængelige på de relevante tidspunkter, vil det for det andet være nødvendigt at afklare, om disse kunne have været overdraget mellem private erhvervsdrivende i henhold til den nationale ret, der var gældende på daværende tidspunkt. Overdragelsen mellem private erhvervsdrivende skulle endvidere være momspligtig.

134. Det er uomtvistet, at der først i 2003, med den nye affattelse af Telekommunikationsgesetz, blev mulighed for frekvenshandel i snæver forstand, hvilken handel artikel 9, stk. 4, i direktiv 2002/21 ligeledes indeholder bestemmelser om. Overdragelsen af frekvensanvendelsesrettigheder, som siden da har været mulig, er imidlertid uden betydning for konkurrencesituationen på det tidspunkt, hvor frekvenserne blev tildelt. Hvis

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

57 — Taksatorringen-dommen, præmis 63.

staten så igen tildeler frekvenser, skal der tages hensyn til denne omstændighed [58].

135. Parterne er imidlertid uenige om, hvorvidt den allerede tidligere eksisterende mulighed for at overdrage en licens sammen med den dermed forbundne frekvensanvendelsesret udgør en transaktion, som er i konkurrence med statens tildeling af frekvenser [59]. Om dette er tilfældet, afhænger af fortolkningen af national lovgivning, hvilket er forbeholdt den forelæggende ret.

136. Selv om der med hensyn til TETRA- og GSM-frekvenserne allerede var en potentiel konkurrence mellem statens tildeling og private erhvervsdrivendes salg heraf, skulle statens transaktion kun beskattes, hvis afgiftsfritagelsen efter den forelæggende rets konstateringer ville føre til konkurrencefordrejning af *en vis betydning* som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, stk. 5, andet afsnit.

137. Dette ville f.eks. have været tilfældet, hvis staten foretog samme leverancer for *endelige forbrugere* som private erhvervsdrivende, således at kunderne i det ene tilfælde skal betale prisen eksklusive moms og i det andet tilfælde inklusive moms [60]. Da endelige forbrugere ikke har fradragsret for indgående moms, ville den private udbyders leverance være det fulde momsbeløb dyrere.

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

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

59 — T-Mobile Austria har dog anført, at overdragelsen af licensen finder sted sammen med overdragelsen af hele virksomheden. Om der i dette tilfælde er tale om en momspligtig transaktion, afhænger af gennemførelsen af sjette direktivs artikel 5, stk. 8.

60 — Den af sagsøgerne fremførte teori om, at en ikke-afgiftspligtig person (f.eks. et statsligt organ), som ikke har fradragsret for indgående moms, kan erhverve en frekvens, forekommer lidet sandsynlig. Hvis et statsligt organ anvender en frekvens i overensstemmelse med formålet med henblik på at udføre teletjenester mod betaling, er det afgiftspligtigt i henhold til sjette direktivs artikel 4, stk. 5, tredje afsnit, sammenholdt med bilag D. Den betragtning, at fradrag for indgående moms kunne være udelukket, hvis tilladelserne ikke blev anvendt til afgiftspligtig virksomhed, er ligeledes særdeles teoretisk.

139. Selv om det først var muligt at handle med UMTS-frekvenser, efter at disse var udstedt, og rammebetingelserne for overdragelsen heraf var tilvejebragt, er sagsøgerne af den opfattelse, at der også i denne henseende kunne opstå konkurrencefordrejning som følge af, at de blev tildelt af staten momsfrit.

140. For det første skal der imidlertid som fastslået ovenfor være tale om et potentielt konkurrenceforhold på tidspunktet for den pågældende transaktion. Muligheden for, at de nødvendige retlige rammebetingelser herfor tilvejebringes senere, er ikke tilstrækkelig. Afgiftspligten kan nemlig ikke afhænge af mere eller mindre usikre prognoser. For det andet ville ulempen for dem, der efterfølgende erhverver UMTS-frekvensanvendelsesrettigheder fra en privat udbyder, ligeledes kun bestå i eventuelle omkostninger til finansiering den indgående afgift, der ikke straks kan fratrækkes, hvilket ikke begrunder konkurrencefordrejning af en vis betydning.

141. Jo længere tid, der i øvrigt går mellem statens tildeling af frekvenser og indførelsen af frekvenshandel, desto mere ændres ofte hele markedssituationen. Andre faktorer, som f.eks. nyvurderingen af frekvensanvendelsens økonomiske værdi i lyset af fremkomsten af konkurrerende teknologi til UMTS-mobilkommunikation, får således en helt anden betydning end eventuelle likviditetsproblemer som følge af det midlertidige udlæg for den indgåede afgift. Denne betragtning viser også, at der i princippet kun kan antages at foreligge en konkurrencefordrejning som omhandlet i sjette direktivs artikel 4, stk. 5, andet afsnit, hvis transaktionerne er tilgængelige på omtrent samme tid, og den potentielle erhverver faktisk kan vælge mellem to sammenlignelige tilbud.

142. Det fjerde spørgsmål skal derfor besvares således:

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

C — *Det syvende præjudicielle spørgsmål: Skal vederlaget for frekvensanvendelsesretten anses for brutto- eller nettovederlag?*

143. Den forelæggende ret ønsker med dette spørgsmål nærmere bestemt oplyst, om vederlaget for frekvensanvendelsesretten i

henhold til sjette direktiv skal anses for brutto- eller nettovederlag, dvs. om det aftalte vederlag allerede omfatter moms, eller om der yderligere skal lægges moms til vederlaget.

144. Da jeg allerede har fastslået, at tildelingen af frekvenser ikke udgør en transaktion, der er momspligtig, behøver det syvende præjudicielle spørgsmål ikke at blive besvaret.

145. Helt bortset herfra indeholder sjette direktiv heller ingen bestemmelser vedrørende dette spørgsmål. Om et vederlag omfatter moms eller ej, afhænger derimod af den konkrete aftale mellem parterne. Hvis denne ikke er entydig, skal indholdet heraf fastslås på grundlag af betingelserne i fortolkningsreglerne i den relevante nationale ret, hvilket alene er de nationale domstoles opgave.

V — Forslag til afgørelse

146. Sammenfattende foreslår jeg, at de af Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien forelagte spørgsmål besvares således:

»1) Et statsligt organs auktion over retten til at anvende bestemte dele af det elektromagnetiske spektrum til udbud af mobilkommunikationstjenester i en fastsat periode skal under omstændighederne i hovedsagen betragtes som udnyttelse af et immaterielt gode med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter og dermed som en økonomisk virksomhed som omhandlet i artikel 4, stk. 1 og 2, i Rådets sjette direktiv 77/388/EØF af 17. maj 1977 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter — Det fælles merværdiafgiftssystem: ensartet beregningsgrundlag.

2) Udtrykket »telekommunikation« i bilag D, nr. 1, til sjette direktiv omfatter på det nuværende udviklingstrin ikke statens tildeling af frekvensanvendelsesret til udbud af mobilkommunikationstjenester.

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

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