CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL J. KOKOTT van 7 september 2006 [1]

I — Inleiding

1. In november 2000 heeft de Telekom-Control-Kommission, de Oostenrijkse regelgevende instantie, een veiling georganiseerd voor een aantal frequentieblokken voor het aanbieden van mobieletelecommunicatiediensten volgens de UMTS/IMT-2000-norm [2] (ook mobieletelecommunicatiediensten van de derde generatie — 3G — genaamd), en vervolgens de desbetreffende rechten op het gebruik van frequenties bij beschikking toegewezen aan de winnende bieders. De veiling bracht in totaal 831 595 241,10 EUR op. Reeds voordien waren op dezelfde wijze frequenties voor het aanbieden van diensten van mobiele telecommunicatie van de tweede generatie (GSM-norm [3]) en voor het bundeltelecommunicatiesysteem TETRA [4] toegewezen.

2. Toestellen voor 3G mobiele telecommunicatie kunnen gegevens sneller overdragen dan de oudere generaties van mobiele telefoons. Met dergelijke toestellen is het inzonderheid mogelijk, multimediadiensten, zoals videoconferenties, internettoegang en online-amusement, aan te bieden. De invoering van UMTS mobiele telecommunicatie wordt beschouwd als een belangrijke technische vooruitgang, waardoor telecommunicatiebedrijven op tal van nieuwe gebieden actief kunnen worden.

3. In het hoofdgeding maken de acht telecommunicatieondernemingen die rechten op het gebruik van frequenties hebben verworven (hierna: „verzoeksters") geldend, dat de toewijzing van de rechten een aan de btw onderworpen handeling was, en dat in de vergoeding voor het gebruik van de frequenties btw was begrepen. Zij vorderen bijgevolg dat facturen worden afgegeven, waarin het bedrag van de btw is vermeld. Dit is een voorwaarde voor de aftrek als voorbelasting van de btw die zij stellen te hebben betaald.

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

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

3 — Global System for Mobile Communications.

4 — Terrestrial Trunked Radio. Zie voor nadere informatie betreffende deze digitale radiocommunicatienorm de homepage van TETRA MoU Association Ltd (www.tetramou.com).

4. Volgens artikel 4, leden 1 en 2, van de Zesde btw-richtlijn [5] (hierna: „Zesde richtlijn") zijn handelingen slechts belastbaar wanneer zij door een belastingplichtige worden verricht in het kader van zijn economische activiteit. Volgens artikel 4, lid 5, van de richtlijn worden de staat en zijn lichamen in beginsel niet als belastingplichtigen aangemerkt wanneer zij als overheid handelen. In het onderhavige geding staat de uitlegging van die bepalingen in de context van de veiling van de rechten op het gebruik van de frequenties centraal.

5. In een parallel ingediend verzoek om een prejudiciële beslissing [6] stelt het VAT and Duties Tribunal London soortgelijke vragen inzake de beoordeling van de veiling van UMTS-vergunningen in het Verenigd Koninkrijk. Ook in die zaak neem ik vandaag conclusie.

6. Daarenboven hebben andere lidstaten het Britse en Oostenrijkse voorbeeld gevolgd en eveneens hoge vergoedingen voor de vergunningen ontvangen. De onderhavige en de parallelle zaak uit het Verenigd Koninkrijk zijn dus niet alleen vanwege de zeer hoge in het geding zijnde bedragen van bijzonder belang, maar ook omdat zij als voorbeeld kunnen dienen voor soortgelijke rechtsgeschillen in andere lidstaten.

5 — Zesde richtlijn 77/388/EEG van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten inzake omzetbelasting — Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag (PB L 145, blz 1).

6 — Zaak *Hutchison e.a.*, C-369/04.

II — Toepasselijke bepalingen

A — *Btw-wetgeving*

1. Gemeenschapsrecht

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

[...]"

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

2. Nationaal recht

10. Krachtens § 1, lid 1, punt 1, van het Umsatzsteuergesetz 1994 (Oostenrijkse wet inzake de omzetbelasting van 1994; hierna: „UStG") zijn de leveringen en andere prestaties, die een ondernemer in het binnenland in het kader van zijn onderneming onder bezwarende titel verricht, aan de omzetbelasting onderworpen. De belastbaarheid wordt niet uitgesloten door de omstandigheid dat de handeling uit hoofde van een wettelijke of bestuursrechtelijke regeling is verricht, dan wel wordt geacht te zijn verricht uit hoofde van een wettelijk voorschrift.

11. Volgens § 2, lid 1, UStG dient als ondernemer te worden aangemerkt, degene die zelfstandig een commerciële activiteit of een beroepsactiviteit uitoefent. Commercieel of beroepsmatig is elke duurzame activiteit ter verkrijging van opbrengsten.

12. Overeenkomstig § 2, lid 3, UStG zijn publiekrechtelijke lichamen in beginsel slechts in het kader van hun bedrijven commercieel of beroepsmatig actief [§ 2 van het Körperschaftsteuergesetz (Oostenrijkse wet inzake de belasting van rechtspersonen; hierna: „KStG"]. § 2, lid 1, KStG bepaalt dat als een bedrijf van een publiekrechtelijk lichaam moet worden aangemerkt, elk economisch zelfstandig lichaam dat uitsluitend of hoofdzakelijk een duurzame, economisch belangrijke, particuliere activiteit uitoefent, met uitzondering van land- en bosbouw, ter verkrijging van opbrengsten, of, ingeval het niet om een activiteit uit het algemene economische verkeer gaat, van andere economische voordelen.

13. In § 2, lid 5, KStG heet het: „Een activiteit die overwegend het openbaar gezag dient (overheidshandelen), is geen particuliere economische activiteit in de zin van [lid 1] [...]"

14. § 11, lid 1, eerste en tweede zin, UStG bepaalt: „Voor zijn handelingen als bedoeld in § 1, lid 1, punt 1, UStG heeft de ondernemer het recht facturen af te geven. Wanneer hij handelingen verricht ten behoeve een andere ondernemer voor diens onderneming of aan een rechtspersoon die geen ondernemer is, is hij verplicht een factuur af te geven." [7] Overeenkomstig § 11, lid 1, punt 6, UStG dienen deze facturen het bedrag van de belasting over de prijs te vermelden.

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

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

7 — Verweerster in het hoofdgeding heeft opgemerkt dat deze bepaling op het relevante tijdstip anders luidde: „Wanneer de ondernemer belastbare leveringen of diensten verricht, kan hij, en voor zover hij de handelingen ten behoeve van een andere ondernemer voor diens onderneming verricht, moet hij, op verzoek van de andere partij een factuur afgeven waarop de belasting afzonderlijk wordt vermeld."

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

17. Op Europees niveau verrichtte de Conférence Européenne des administrations des postes et des télécommunications (CEPT) [8] verder voorbereidend werk voor de invoering van de derde generatie van mobiele communicatie. In besluit ERC/DEC(97)/07 van 30 juni 1997 [9] definieerde het van die organisatie deel uitmakende European Radiocommunications Committee (Europees Comité voor radiocommunicatie) inzonderheid het beschikbare frequentiespectrum.

18. Het voor de derde generatie van mobiele communicatie voorbehouden frequentiespectrum kan verder worden onderverdeeld in segmenten, waarin meerdere aanbieders parallel mobieletelecommunicatienetwerken kunnen exploiteren. De vorm en het aantal daartoe toegewezen rechten op het gebruik van frequenties verschilt van lidstaat tot lidstaat. [10] Terwijl het spectrum bijvoorbeeld in Oostenrijk en Duitsland onder zes aanbieders werd verdeeld, waren er dat in België en Frankrijk slechts drie. Bij de vaststelling van de bandbreedten, die voor de exploitatie van een net worden toegewezen, bestaat dus — binnen de grenzen van de technische minimumvereisten — een zekere speelruimte.

19. Ook de frequentie-indeling voor mobieletelecommunicatiediensten van de tweede generatie is gebaseerd op voorschriften van de CEPT.

1. Gemeenschapsrecht

20. Ten tijde van de feiten van het hoofdgeding vormde richtlijn 97/13/EG [11] het gemeenschapsrechtelijke kader voor de toekenning van algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten.

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

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

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

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

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

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

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

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

24. Richtlijn 97/13 werd opgeheven bij richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn). [12] In tegenstelling tot richtlijn 97/13 is thans in artikel 9, lid 3, van richtlijn 2002/21 bepaald, dat de lidstaten kunnen toestaan dat ondernemingen rechten op het gebruik van radiofrequenties overdragen aan andere ondernemingen.

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

„De lidstaten zorgen ervoor dat het voornemen van een onderneming om de rechten op het gebruik van radiofrequenties over te dragen, wordt meegedeeld aan de nationale regelgevende instantie die verantwoordelijk is voor de toewijzing van het spectrum en dat elke overdracht plaatsvindt overeenkomstig door de nationale regelgevende instanties vastgestelde procedures en bekend wordt gemaakt. De nationale regelgevende instanties zorgen ervoor dat er geen concurrentieverstoring ontstaat als gevolg van een dergelijke overdracht. Wanneer het gebruik

12 — Aangehaald in voetnoot 11.

van de radiofrequenties is geharmoniseerd door toepassing van beschikking nr. 676/2002/EG (radiospectrumbeschikking) of andere communautaire maatregelen, mag die overdracht niet leiden tot een verandering van het gebruik van de radiofrequentie."

26. Van belang voor deze zaak is voorts beschikking nr. 128/1999/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 1998 betreffende de gecoördineerde invoering van de derde generatie van mobiele draadloze communicatiesystemen (UMTS) in de Gemeenschap [13] (hierna: „UMTS-beschikking"). Met deze beschikking gaven het Parlement en de Raad als het ware het startschot voor de invoering van UMTS in heel de Gemeenschap.

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

13 — PB L 17, blz. 1.

2. Voorschriften van nationaal recht

28. Overeenkomstig § 14 van het Telekommunikationsgesetz (Oostenrijkse telecommunicatiewet) in de versie van 1 juni 2000 (hierna: „TKG") is een vergunning nodig voor het verrichten van mobiele spraaktelefoniediensten en andere openbare mobieletelecommunicatiediensten door middel van een eigen mobieletelecommunicatienetwerk. Wat vergunningen tot het verrichten van openbare mobieletelecommunicatiediensten betreft, wordt de vergunning toegekend wanneer de frequenties aan de aanvrager zijn toegewezen of tegelijkertijd met de vergunning kunnen worden toegewezen (§ 15, lid 2, punt 3, TKG). Op grond van § 16 , lid 1, TKG kunnen de vergunningen met toestemming van de regelgevende instantie worden overgedragen. Ter dekking van de administratieve kosten voor de toekenning van de vergunning moet een bijdrage worden betaald (§ 17 TKG).

29. Volgens § 21, lid 1, TKG dienen de houders van een vergunning voor mobiele telecommunicatie, om een efficiënt gebruik van het frequentiespectrum te waarborgen, naast de bijdrage voor het gebruik van de frequenties, een eenmalige of jaarlijkse vergoeding voor het gebruik van de frequenties te betalen. § 49, lid 4, TKG bepaalt dat „de frequenties voor openbare mobieletelecommunicatiediensten en voor andere openbare telecommunicatiediensten door de regelgevende instanties worden toegewezen".

30. De toekenningsprocedure is nader geregeld in § 49a TKG, waarvan lid 1 luidt: „De regelgevende instantie dient de haar ter beschikking gestelde frequenties toe te wijzen aan de aanvrager die voldoet aan de algemene voorwaarden van § 15, lid 2, punten 1 en 2, en het meest efficiënte gebruik van de frequenties waarborgt, wat wordt vastgesteld aan de hand van de aangeboden vergoeding voor het gebruik van de frequenties."

31. Nadere details waren opgenomen in een door de Telekom-Control-Kommission op grond van § 49a, lid 7, TKG vastgesteld procedurereglement en in het aanbestedingsdocument van 10 juli 2000 in de procedure voor de toewijzing van de frequenties voor mobieletelecommunicatiesystemen van de derde generatie (UMTS/IMT-2000). Daarin zijn onder meer minimumbiedprijzen vastgesteld van 700 000 000 ATS (50 870 983,92 EUR) voor een gepaard spectrumsegment en 350 000 000 (25 435 491,96 EUR) voor een ongepaard spectrumsegment.

32. Vóór 1 juni 2000 waren de voorschriften van het TKG in de versie van 1997 van toepassing op de toekenning van de vergunningen.

33. In 2003 werd het TKG gewijzigd. In de versie van 2003 regelt § 56, lid 1, TKG, thans in het bijzonder de overdracht van rechten op het gebruik van door de regelgevende instanties toegewezen frequenties. Deze overdracht is slechts onder bepaalde voorwaarden mogelijk en moet worden goedgekeurd door de regelgevende instantie.

34. In §§ 110 tot en met 112 van het TKG zijn de organisatie en de taken van de Telekom-Control-Kommission geregeld. Zij is ondergebracht bij de vennootschap Telekom-Control GmbH, die de Staat als enige vennoot heeft en de taken van de regelgevende instantie vervult voor zover deze niet aan de Telekom-Control-Kommission zijn opgedragen (§§ 108 en 109 TKG). Tot de regelgevende taken van de Telekom-Control-Kommission behoort inzonderheid de toewijzing van frequenties op grond van § 49, lid 4, juncto § 49a TKG (§ 111, punt 9, TKG).

III — Feiten en prejudiciële vragen

35. De Telekom-Control-Kommission heeft bij besluit van 20 november 2000 frequenties toegewezen en vergunningen verleend voor mobieletelecommunicatiesystemen van de derde generatie (UMTS/IMT-2000). Vóór de toewijzing werden de frequentiepakketten bekendgemaakt en vervolgens in het kader van een meerfasige, simultane procedure bij openbaar opbod geveild. Op de veiling van 2 en 3 november 2000 werden in totaal 12 frequentieblokken van elk 5 MHz geveild per

paar, en op een andere simultane veiling werden vijf individuele 5 MHz-frequentieblokken toegewezen. Op basis van de resultaten van de veiling werden de frequentiepakketten bij beschikking toegewezen aan verzoeksters. De vergoedingen voor het gebruik van de frequenties werden vastgesteld als volgt:

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. Deze bedragen moesten door elk van de winnende bieders in twee termijnen worden betaald, de eerste termijn binnen zeven dagen na de kennisgeving van het besluit van de Telekom-Control-Kommission, de tweede binnen zes weken. De vergunning en de frequentietoewijzing geldt tot 31 december 2020.

37. De Telekom-Control-Kommission heeft bij besluit van 3 mei 1999 rechten op het gebruik van GSM-frequenties (DCS-1800-kanalen) toegewezen aan Tele.ring Telekom Service GmbH & Co KG tegen een vergoeding van 98 108 326,00 EUR. Voorts werden bij besluit van de Telekom-Control-Kommission van 7 februari 2000 frequenties voor het bundeltelecommunicatiesysteem TETRA toegewezen aan Master-talk Austria Telekom Service GmbH und Co KG tegen een vergoeding van 4 832 743,47 EUR. Ook deze besluiten waren op een veiling gebaseerd.

38. In het hoofdgeding vorderen verzoeksters dat ter zake van de vergoedingen voor het gebruik van de frequenties facturen worden afgegeven met vermelding van het bedrag van de belasting over de toegevoegde waarde, die volgens hen in de vergoeding is begrepen. In het kader van dat geding heeft het Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien bij beslissing van 7 juni 2004 krachtens artikel 234 EG verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

1. Dient artikel 4, lid 5, derde alinea, in samenhang met bijlage D, punt 1, van de

Zesde richtlijn [...] aldus te worden uitgelegd dat de toewijzing door een lidstaat van rechten op het gebruik van de frequenties voor systemen van mobiele telecommunicatie volgens de UMTS/IMT-2000-norm, de GSM-DCS-1800-norm en de TETRA-norm [...] tegen betaling van een gebruiksvergoeding, als een werkzaamheid op het gebied van de telecommunicatie moet worden beschouwd?

2. Dient artikel 4, lid 5, derde alinea, van de Zesde richtlijn aldus te worden uitgelegd dat een lidstaat waarvan de nationale regeling niet voorziet in het in artikel 4, lid 5, derde alinea, van de richtlijn genoemde criterium van de „niet-onbeduidende omvang" van een werkzaamheid (de-minimisregel) als voorwaarde voor de toekenning van de hoedanigheid van belastingplichtige, hoe dan ook als belastingplichtige moet worden aangemerkt voor alle werkzaamheden op het gebied van de telecommunicatie, ongeacht of de omvang van deze werkzaamheden onbeduidend is?

3. Dient artikel 4, lid 5, derde alinea, van de Zesde richtlijn aldus te worden uitgelegd dat de toewijzing door een lidstaat van rechten op het gebruik van de frequenties voor mobieletelecommunicatiesystemen tegen gebruiksvergoedingen van in totaal respectievelijk 831 595 241,10 EUR (UMTS/IMT-2000), 98 108 326 EUR (DCS-1800-kanalen) en 4 832 743,47 EUR (TETRA) als een werkzaamheid van niet-onbeduidende omvang moet worden aangemerkt, zodat de lidstaat uit dien hoofde belastingplichtig is?

4. Dient artikel 4, lid 5, tweede alinea, van de Zesde richtlijn aldus te worden uitgelegd dat het tot concurrentievervalsing van enige betekenis zou leiden, wanneer een lidstaat bij de toewijzing van rechten op het gebruik van de frequenties voor mobieletelecommunicatiesystemen, tegen vergoedingen van in totaal respectievelijk 831 595 241,10 EUR (UMTS/IMT-2000), 98 108 326 EUR (DCS-1800-kanalen) en 4 832 743,47 EUR (TETRA), deze vergoedingen niet aan de omzetbelasting onderwerpt, terwijl particuliere aanbieders van dergelijke frequenties deze werkzaamheid aan de omzetbelasting moeten onderwerpen?

5. Dient artikel 4, lid 5, eerste alinea, van de Zesde richtlijn aldus te worden uitgelegd dat een lidstaat de werkzaamheid waarbij rechten op het gebruik van frequenties voor mobieletelecommunicatiesystemen aldus aan mobieletele-

communicatieondernemingen worden toegewezen, dat eerst via een veilingprocedure een hoogste bod voor de vergoeding voor het gebruik van de frequenties wordt vastgesteld, waarna de meestbiedende de frequenties krijgt toegewezen, niet als overheid verricht en uit hoofde van deze werkzaamheid dus belastingplichtig is, ongeacht de juridische aard van het toewijzingsbesluit naar het nationale recht van deze lidstaat?

39. De in de punten 35 en 37 genoemde ondernemingen, de Finanzprokuratur für die Republik Österreich als verwerende partij, de Deense, de Duitse, de Italiaanse, de Nederlandse, de Oostenrijkse en de Poolse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie van de Europese Gemeenschappen hebben schriftelijke opmerkingen ingediend in de procedure voor het Hof van Justitie.

IV — Juridische beoordeling

6. Dient artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn aldus te worden uitgelegd dat de in de vijfde vraag beschreven toewijzing door een lidstaat van rechten op het gebruik van frequenties voor mobieletelecommunicatiesystemen als een economische activiteit moet worden aangemerkt, zodat de lidstaat uit hoofde van deze werkzaamheid belastingplichtig is?

40. Krachtens artikel 4, lid 1, van de Zesde richtlijn wordt eenieder die zelfstandig een economische activiteit verricht, ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteit, als belastingplichtige beschouwd. In artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn wordt het begrip economische activiteit nader omschreven. Deze bepalingen regelen dus niet alleen wie belastingplichtig kan zijn, maar ook onder welke omstandigheden de activiteit van een persoon aan de btw onderworpen is.

7. Dient de Zesde richtlijn aldus te worden uitgelegd dat het bij de vastgestelde vergoedingen voor de toewijzing van de rechten op het gebruik van de frequenties voor mobieletelecommunicatiesystemen gaat om brutobedragen (waarin de belasting over de toegevoegde waarde reeds is begrepen) dan wel om nettobedragen (waar de belasting over de toegevoegde waarde nog moet worden bijgeteld)?

41. Artikel 4, lid 5, van de Zesde richtlijn bevat gedifferentieerde regelingen om vast te stellen wanneer een staat als belastingplichtige moet worden aangemerkt. [14] De toepas-

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

sing van deze regelingen veronderstelt echter dat überhaupt sprake is van een economische activiteit in de zin van artikel 4, lid 2. Bijgevolg moet eerst de zesde prejudiciële vraag worden onderzocht, die de uitlegging van dat voorschrift betreft.

A — *Zesde prejudiciële vraag: is er sprake van een economische activiteit?*

42. Met zijn zesde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de toewijzing door een lidstaat van rechten op het gebruik van frequenties voor mobieletelecommunicatiesystemen moet worden beschouwd als een economische activiteit in de zin van artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn.

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

44. Uit deze definitie heeft het Hof van Justitie afgeleid „dat het begrip ‚economische activiteiten' een ruime werkingssfeer heeft, alsook dat het een objectief karakter heeft, in die zin dat de activiteit op zichzelf wordt beschouwd, onafhankelijk van het oogmerk of het resultaat van de activiteit". [15]

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

46. Om te beginnen zal ik het bezwaar onderzoeken, dat alleen al omdat de veiling van de rechten op het gebruik van de frequenties tot doel had de markt te reguleren, geen sprake kan zijn van een economische activiteit. Vervolgens moet worden onderzocht, of de handeling moet

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

16 — Arresten van 6 april 1995, BLP Group (C-4/94, Jurispr. blz. I-983, punt 24), en 12 januari 2006, Optigen e.a. (C-354/03, C-355/03 en C-484/03, Jurispr. blz. I-483, punt 45).

worden aangemerkt als de exploitatie van een onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen in de zin van artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn.

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

47. De dieperliggende oorzaak van de veiling van rechten op het gebruik van frequenties is de omstandigheid dat radiofrequenties een schaars goed zijn. Internationale overeenkomsten bepalen welk deel van het elektromagnetische spectrum voor mobieletelecommunicatiediensten kan worden gebruikt. Binnen dat bereik kan slechts een beperkt aantal mobielecommunicatienetwerken parallel worden geëxploiteerd. Regulerend overheidsoptreden is noodzakelijk ter verzekering van het geregelde en storingsvrije gebruik van de frequenties.

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

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

50. Oostenrijk heeft besloten om de rechten op het gebruik van de frequenties te veilen. Volgens § 49a TKG moest met de veilingprocedure worden vastgesteld welke aanvragers het meest efficiënte gebruik van de frequenties waarborgden. Volgens de Oostenrijkse regering was het daarentegen niet de bedoeling hoge overheidsinkomsten te genereren.

51. Volgens de lidstaten die opmerkingen hebben ingediend en de Commissie volgt uit die omstandigheden dat de toewijzing van rechten op het gebruik van de frequenties door de Telekom-Control-Kommission geen economische activiteit was in de zin van artikel 4, leden 1 en 2, van de Zesde richtlijn, maar een marktregulerende maatregel.

52. Dit standpunt kan niet worden aanvaard.

53. Of een activiteit een economische activiteit in de zin van de btw-wetgeving is, hangt af van de objectieve aard ervan, die moet worden bepaald aan de hand van de concrete uiterlijke omstandigheden. De met de activiteit nagestreefde doelstelling van regulering van de toegang tot de mobieletelecommunicatiemarkt conform de gemeenschapsrechtelijke voorschriften, en van selectie van de meest geschikte aanbieder, is daarentegen irrelevant. Volgens de aangehaalde rechtspraak moet immers bij de kwalificatie van een activiteit geen rekening worden gehouden met dergelijke doelstellingen. [17]

54. Het voorwerp van de veiling was het recht om gedurende 20 jaar bepaalde radiofrequenties te gebruiken voor de exploitatie van een mobieletelecommunicatienetwerk. Dit recht, of de aanspraak op de toekenning ervan, werd toegewezen aan de meestbiedende ondernemingen op de veiling.

55. Hoe de toekenning van de rechten op het gebruik van de frequenties door de staat daarbij juridisch moet worden gekwalificeerd — als een bestuursrechtelijke vergunning of een privaatrechtelijke dienst — is voor de vaststelling van de objectieve aard van de activiteit net zo weinig relevant als de kwalificatie van de corresponderende tegenprestatie van de onderneming. De rechten werden immers hoe dan ook slechts tegen betaling van de veilingprijs toegewezen, zodat er een rechtstreeks verband bestaat tussen de betaling van een geldbedrag en de toekenning van de rechten. De vergoeding voor het gebruik van de frequenties is overigens geen bijdrage die enkel de met de frequentietoewijzing gepaard gaande administratieve kosten dekt.

56. Evenmin is relevant, of het verkrijgen van inkomsten een rol heeft gespeeld bij het ontwerp van de procedure voor de toekenning van de rechten op het gebruik van de frequenties. Objectief beschouwd heeft de Telekom-Control-Kommission de rechten immers toegekend tegen betaling van een geldbedrag, dat de economische waarde van de rechten diende te weerspiegelen en de kosten van de toekenningsprocedure vele malen oversteeg. Daarenboven was het verkrijgen van aanzienlijke inkomsten van meet af aan gepland, aangezien in de veilingvoorschriften minimumbiedingen waren vastgesteld die tot 50 miljoen EUR bedroegen. Voor de vraag, hoe de veiling ten behoeve van de btw moet worden gekwalificeerd, is het irrelevant, of het verkrijgen van die opbrengsten bij het handelen van de staat centraal stond of er slechts een neveneffect van was, dat noodzakelijkerwijs gepaard ging met deze vorm van gunningsprocedure.

57. Aan de kwalificatie als economische activiteit staat evenmin in de weg, dat de toekenning van de rechten op het gebruik van de frequenties uiteindelijk aansluit bij een sterk door het gemeenschapsrecht beïnvloed regelgevingskader. Ook de naleving van deze rechtsregels vormt immers slechts een (dwingend voorgeschreven) doelstelling, die bij de beoordeling of sprake is van een

17 — Zie de in voetnoot 16 aangehaalde arresten.

economische activiteit buiten beschouwing dient te blijven. [18]

58. Uit bijlage D, punt 7, van de Zesde richtlijn blijkt dat een regulerende activiteit aan de btw onderworpen kan zijn als economische activiteit. Daarin worden de handelingen van de landbouwinterventiebureaus met betrekking tot landbouwproducten, die worden verricht op grond van verordeningen houdende een gemeenschappelijke marktordening voor deze producten, vermeld als werkzaamheden, die krachtens artikel 4, lid 5, derde alinea, van de Zesde richtlijn steeds als aan de btw onderworpen overheidswerkzaamheden worden beschouwd. Over de verkoop door een interventiebureau van producten uit zijn voorraden dient dus btw te worden betaald, hoewel daarmee in de eerste plaats de marktregulering, en niet het verkrijgen van opbrengsten wordt beoogd.

59. Door af te gaan op de objectieve uiterlijke kenmerken van de handeling verkrijgt het begrip economische activiteit een ruime werkingssfeer, wat in overeenstemming is met de opvatting van het Hof terzake. [19] Zou reeds in dit stadium van de beoordeling rekening worden gehouden met het feit dat een overheidsinstantie optreedt ter verwezenlijking van haar wettelijke regulerende taak, dan zou de werkingssfeer van de richtlijn van meet af aan aanzienlijk kleiner zijn. In het bijzonder zou er maar weinig ruimte overblijven voor de toepassing van artikel 4, lid 5, van de Zesde richtlijn, hoewel daarin voor overheidsinstanties specifieke regels zijn neergelegd.

60. Het Hof van Justitie heeft inderdaad vastgesteld, in het bijzonder in het zogenaamde arrest Eurocontrol [20], waarnaar een aantal partijen verwijzen, dat er geen sprake is van een economische activiteit in de zin van de mededingingsregels van het EG-Verdrag, wanneer functies worden uitgeoefend die tot het openbare gezag behoren.

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

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

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

19 — Zie de in voetnoot 15 aangehaalde rechtspraak.

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

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

63. Op grond van artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn wordt in het bijzonder als economische activiteit beschouwd de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen. Rechten op het gebruik van frequenties zijn onlichamelijke zaken.

64. Volgens vaste rechtspraak heeft het begrip „exploitatie", overeenkomstig de vereisten van het beginsel van neutraliteit van het gemeenschappelijk btw-stelsel, betrekking op alle handelingen, ongeacht hun rechtsvorm. [21] Zo heeft het Hof bijvoorbeeld de verhuring beschouwd als de exploitatie van een zaak, die aan te merken is als een economische activiteit in de zin van artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn. [22] De Telekom-Control-Kommission heeft verzoeksters tegen betaling van een heffing een in de tijd beperkt recht op het gebruik van frequenties toegewezen. Die handeling, die veel weg heeft van een verhuring of verpachting, moet worden beschouwd als de exploitatie van een onlichamelijke zaak om er opbrengst uit te verkrijgen.

65. De Finanzprokuratur, de Deense, de Nederlandse en de Oostenrijkse regering stellen echter dat er geen sprake is van een *duurzaam* verkrijgen van opbrengsten, aangezien de toewijzing van de frequenties een eenmalige handeling was.

66. Het in de Duitse tekst gebruikte woord „nachhaltig" is niet volledig duidelijk, maar bij raadpleging van andere taalversies blijkt dat de verkrijging van opbrengsten een blijvend karakter moet hebben. [23] Zoals het Hof in het arrest Enkler heeft vastgesteld, is de louter incidentele commerciële exploitatie van een zaak dus geen economische activiteit in de zin artikel 4, leden 1 en 2, van de Zesde richtlijn. [24]

67. Bij de thans te beoordelen toekenning van rechten op het gebruik van frequenties is echter geen sprake van een dergelijke incidentele exploitatie. Duidelijkheidshalve breng ik kort de context van het arrest Enkler in herinnering. In die zaak was de vraag aan de orde, of de occasionele verhuur

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

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

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

24 — Arrest Enkler (aangehaald in voetnoot 22, punt 20).

van een kampeerwagen die door de eigenaar ervan voor het overige hoofdzakelijk voor privédoeleinden werd gebruikt, nog moest worden beschouwd als de exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.

68. Het Hof ging bij zijn onderzoek uit van de aard van de zaak. De omstandigheid dat een zaak uitsluitend voor economische exploitatie geschikt is, volstaat volgens het Hof in de regel om te kunnen aannemen dat de eigenaar ze ten behoeve van zijn economische activiteiten exploiteert en dus om duurzaam opbrengsten te verkrijgen. Indien daarentegen een zaak naar de aard ervan zowel voor economische doeleinden als voor privédoeleinden kan worden gebruikt, moeten alle exploitatieomstandigheden worden onderzocht, teneinde uit te maken of zij werkelijk wordt gebruikt om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen. [25]

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

70. Het TETRA-bundeltelecommunicatiesysteem is echter in het algemeen ook bedoeld voor de communicatie van onder meer de veiligheids- en ordediensten. Zouden deze diensten de exploitatie van het netwerk aan een particuliere aanbieder overdragen, dan zou in zoverre ook sprake zijn van een commerciële exploitatie van de betrokken frequenties. In ieder geval is bij de concreet toegewezen rechten op het gebruik van de frequenties voor het TETRA-bundeltelecommunicatiesysteem niet duidelijk dat deze slechts ten dele met winstoogmerk konden worden gebruikt.

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

72. Het feit dat de vergoeding voor het gebruik van de frequenties slechts in twee delen onmiddellijk volgend op de toewijzing van de rechten moest worden betaald, en niet gespreid in de tijd, doet niet af aan het duurzame karakter van de verkrijging van de inkomsten. Theoretisch had de vergoeding voor het gebruik van de frequenties ook een andere vorm kunnen aannemen. De toepas-

25 — Arrest Enkler (punt 27).

selijkheid van de Zesde richtlijn kan echter niet afhangen van de wijze van betaling van de vergoeding, waarover de partijen vrijelijk kunnen beschikken.

73. Los daarvan is het mogelijk dat de rechten op het gebruik van de frequenties voortijdig worden teruggegeven, of dat zij worden overgedragen of ingetrokken, zodat niet langer sprake is van een eenmalige toewijzing van het gebruiksrecht voor een periode van 20 jaar.

74. Ten slotte is de tijdelijke toekenning van een gebruiksrecht niet vergelijkbaar met de overdracht van effecten, die het Hof — wanneer hij niet in het kader van het bedrijfsmatige beheer van beleggingen plaatsvindt — om twee redenen niet als een economische activiteit beschouwt. [26]

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

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

77. Op de zesde vraag dient dus te worden geantwoord:

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

26 — Arrest van 20 juni 1996, Wellcome Trust (C-155/94, Jurispr. blz. I-3013, punten 32 en volgende), en arrest EDM (aangehaald in voetnoot 21, punten 57 en volgende). Zie voorts betreffende het bezit en het verkrijgen van aandelen: arrest KapHag (aangehaald in voetnoot 21, punt 38), en arrest van 26 mei 2005, Kretztechnik (C-465/03, Jurispr. blz. I-4357, punten 19 en volgende).

B — *Eerste tot en met vijfde prejudiciële vraag: voorwaarden waaronder overheidsinstanties als belastingplichtigen handelen*

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

78. Volgens de hoofdregel in artikel 4, lid 5, eerste alinea, van de Zesde richtlijn worden de staat, de regio's, de gewesten, de provincies, de gemeenten en de andere publiekrechtelijke lichamen niet als belastingplichtige aangemerkt voor de werkzaamheden of handelingen die zij als overheid verrichten. Op grond van die bepaling is de overheid dus van de algemene belastingplicht uitgesloten, zelfs wanneer zij een economische activiteit in de zin van artikel 4, leden 1 en 2, van de Zesde richtlijn verricht. De uitoefening van openbaar gezag wordt dus gelijkgesteld met het handelen van een particuliere consument.

79. Volgens de tweede alinea moet de staat, in afwijking van het bepaalde in de eerste alinea, toch als belastingplichtige worden aangemerkt indien een behandeling als niet-belastingplichtige tot concurrentievervalsing van enige betekenis zou leiden. De hier achterliggende redenering is de idee, dat bepaalde overheidsinstanties — ook wanneer zij als overheid optreden — kunnen gaan concurreren met de handelingen van particuliere concurrenten. Deze alinea beoogt dus de belastingneutraliteit te verzekeren. [27]

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

81. Bij de in bijlage D genoemde sectoren — waaronder telecommunicatiediensten — gaat het in wezen om economische handelingen, [28] die vaak slechts vanwege de betekenis ervan voor het algemene belang door de staat als overheid worden of werden verricht, maar eveneens door particuliere ondernemingen kunnen worden aangeboden. [29] Inmiddels zijn een aantal van die economische sectoren geliberaliseerd. In die sectoren concurreren particuliere ondernemingen daadwerkelijk met voormalige

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

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

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

monopoliehouders, waarvan er een aantal zijn geprivatiseerd en andere nog in overheidshanden. Met een dergelijke ontwikkeling werd klaarblijkelijk reeds bij de vaststelling van de Zesde btw-richtlijn in 1977 rekening gehouden.

82. Zou de toewijzing van frequenties voor mobiele telecommunicatie moeten worden aangemerkt als een werkzaamheid van niet onbeduidende omvang in de sector van de telecommunicatiediensten, dan zou zij in ieder geval aan de btw zijn onderworpen, waarbij buiten beschouwing zou kunnen blijven of openbaar gezag wordt uitgeoefend en of sprake is van concrete concurrentievervalsing.

83. In het licht van de structuur van de bepaling moet na de beoordeling van de eerste, de tweede en de derde vraag eerst de vijfde vraag worden beantwoord, die de uitlegging van artikel 4, lid 5, eerste alinea, van de Zesde richtlijn betreft. Slechts wanneer uit dat antwoord voortvloeit, dat bij de toekenning van de rechten op het gebruik van de frequenties als overheid werd gehandeld, moet immers worden vastgesteld of het handelende overheidslichaam toch belastingplichtig is op grond van artikel 4, lid 5, tweede alinea, omdat anders het risico van concurrentievervalsing van enige betekenis zou bestaan.

2. Eerste prejudiciële vraag: valt de veiling van rechten op het gebruik van frequenties onder het in bijlage D bij de Zesde richtlijn vermelde begrip „telecommunicatiediensten"?

84. In wezen zijn de partijen in het hoofdgeding het oneens, of het in bijlage D, punt 1 vermelde begrip „telecommunicatiediensten" enkel ziet op het aanbieden van telecommunicatiedienstverrichtingen [30] zelf — zoals verweerster, de betrokken regeringen en de Commissie stellen —, dan wel of — zoals verzoeksters aanvoeren — daartoe ook andere, daarmee verband houdende werkzaamheden behoren, waaronder de toewijzing van de rechten op het gebruik van de frequenties.

85. De tekst van bijlage D levert geen aanwijzingen op voor de oplossing van dit geschilpunt. Het feit dat in de Duitse versie het inmiddels verouderde begrip „Fernmeldewesen" wordt gebezigd en niet het begrip „Telekommunikation", is niet relevant. In andere taalversies wordt in plaats daarvan de in die talen nog steeds gangbare term gebruikt (zie bijvoorbeeld *„telecommunica-*

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

tions" of „*télécommunications*"). Overigens vallen de begrippen „Fernmeldewesen" en „Telekommunikation" grotendeels samen.

— Historische uitlegging

86. Bij een historische uitlegging zou kunnen worden gesteld dat de toewijzing van frequenties voor mobiele telecommunicatie aan particuliere ondernemingen niet onder het begrip „Fernmeldewesen" kan vallen omdat telecommunicatiediensten ten tijde van de vaststelling van de richtlijn, in 1977, immers steeds in eigen beheer door publieke posterijen werden verricht. Vermoedelijk heeft de gemeenschapswetgever toen dus geen regeling betreffende de toewijzing van radiofrequenties aan particuliere aanbieders willen vaststellen.

87. T-Mobile Austria stelt echter voor, om in het kader van de historische uitlegging rekening te houden met de verandering van de feitelijke omstandigheden (evolutieve lezing), en zich de vraag te stellen, welke regeling de historische wetgever zou hebben willen vaststellen in het licht van de huidige situatie [31]. Bij deze benadering zou niet a priori kunnen worden uitgesloten dat de wetgever ook de toewijzing van frequenties onder het begrip „Fernmeldewesen" wou doen vallen.

31 — T-Mobile Austria verwijst in verband met deze uitleggingsmethode naar Larenz, K., *Juristische Methodenlehre*, zesde editie, München, 1991, blz. 329 en 344.

88. De historische uitleggingsmethode is echter hoe dan ook slechts van ondergeschikt belang en op zichzelf niet doorslaggevend. [32] Integendeel, de voorschriften van de Zesde btw-richtlijn moeten ook systematisch en in het bijzonder in het licht van de doelstelling ervan worden uitgelegd.

— Systematische uitlegging

89. Vanuit systematisch oogpunt bezien, zou om te beginnen de in artikel 9, lid 2, sub e, tiende streepje, van de Zesde richtlijn [33] neergelegde definitie van telecommunicatiediensten van belang kunnen zijn. Bedoelde definitie luidt:

„Onder telecommunicatiediensten worden diensten verstaan waarmee de transmissie, uitzending of ontvangst van signalen, geschriften, beelden en geluiden of informatie van allerlei aard, per draad, via radiofrequente straling, langs optische weg of met behulp van andere elektromagnetische middelen, mogelijk wordt gemaakt, met inbegrip van de daarmee samenhangende overdracht

32 — Zie in dat verband mijn conclusie van 13 juli 2006 in de zaak Robins en Burnett (C-278/05, nog aanhangig bij het Hof, punten 80 en 81).

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

en verlening van rechten op het gebruik van infrastructuur voor de transmissie, uitzending of ontvangst [...]"

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

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

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

93. Ofschoon die uitlegging mogelijk lijkt op grond van de Engelse versie, bevestigen andere taalversies de uitlegging van de betrokken regeringen en van de Commissie.[34] Bij eventuele verschillen tussen de taalversies dient bijzonder belang te worden gehecht aan de strekking en de doelstelling van het voorschrift[35], die eveneens erop wijzen dat hier niet de toewijzing van frequenties wordt bedoeld.

94. Immers, zoals de Nederlandse regering terecht opmerkt, beoogt de regeling te verzekeren dat telecommunicatiediensten die vanuit derde landen ten behoeve van ontvangers in de Gemeenschap werden verricht, in de Gemeenschap worden belast.[36] Deze overweging geldt slechts het verrichten van telecommunicatiediensten in strikte zin. De rechten op het gebruik van frequenties worden immers steeds in eigen land door de respectieve nationale autoriteiten afgegeven. Bovendien zouden de verkrijgers, dus de ontvangers van de dienstverrichting, in de regel ook in de staat van de toewijzing van de frequenties moeten zijn gevestigd, aangezien het erg onwaarschijnlijk is dat een UMTS-

34 — Zie naast de aangehaalde Duitse versie in het bijzonder de Italiaanse versie (ivi compresa la cessione e la concessione, ad esse connesse, di un diritto di utilizzazione a *infrastrutture* per la trasmissione, l'emissione o la ricezione), de Nederlandse versie (met inbegrip van de daarmee samenhangende overdracht en verlening van rechten op het gebruik van *infrastructuur* voor de transmissie, uitzending of ontvangst) en de Franse versie (y compris la cession et la concession y afférentes d'un droit d'utilisation de *moyens* pour une telle transmission, émission ou réception) (mijn cursivering).

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

36 — Zie punt 4 van de considerans van richtlijn 1999/59 (aangehaald in voetnoot 33), waarin het heet: „Overwegende dat er in het bijzonder voor dient te worden gezorgd dat telecommunicatiediensten in de Gemeenschap aan de in de Gemeenschap gevestigde klanten worden belast."

netwerk voor mobiele telecommunicatie zou worden aangelegd en geëxploiteerd zonder vestiging of dochteronderneming in de betrokken staat.

95. Voorts verwijzen bepaalde regeringen en de Commissie naar de definitie van telecommunicatiediensten in de desbetreffende internemarktrichtlijnen. Volledig conform de rechtspraak van het Hof kan bij de uitlegging van de Zesde btw-richtlijn ook worden gezien naar definities in rechtsinstrumenten waarin voor de betrokken sector regelingen zijn neergelegd en waarvan de doelstellingen niet afwijken van die van het btw-recht. [37]

96. Artikel 2, punt 4, van richtlijn 90/387/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende de totstandbrenging van de interne markt voor telecommunicatiediensten door middel van de tenuitvoerlegging van Open Network Provision [38] definieert telecommunicatiediensten als „diensten die geheel of gedeeltelijk bestaan in de overdracht en routering van signalen over een telecommunicatienet via telecommunicatieprocedés, met uitzondering van radio-omroep en televisie". Volgens deze definitie is de toewijzing van rechten op het gebruik van frequenties geen telecommunicatiedienst.

97. Het is echter niet zeker of die definities zonder meer op bijlage D kunnen worden toegepast, aangezien in de Duitse versie ervan sprake is van „Telekommunikationsdienste" of „Telekommunikationsdienstleistungen" (in de Engelse versie: „telecommunication services"), terwijl in de Duitse versie van bijlage D het „Fernmeldewesen" (in de Engelse versie: „telecommunications") wordt vermeld. Het is mogelijk dat dit begrip als een ruimere omschrijving van deze sector van werkzaamheid moet worden opgevat, die naast telecommunicatiediensten in strikte zin ook nog andere werkzaamheden omvat.

— Teleologische uitlegging

98. Beslissend is echter de strekking en het doel van de regeling van artikel 4, lid 5, derde alinea, juncto bijlage D, van de Zesde richtlijn. Bij in bijlage D opgesomde activiteiten gaat het, in de woorden van advocaat-generaal Alber, om werkzaamheden waarbij de economische band vooropstaat en duidelijk is. [39]

99. Aangezien de betrokken goederen en diensten *normaal gesproken* ook door particuliere ondernemingen (zouden kunnen)

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

38 — PB L 192, blz. 1. Richtlijn 1990/387 is inmiddels opgeheven bij richtlijn 2002/21 (aangehaald in voetnoot 11). De definitie van elektronische-communicatiediensten in artikel 2, sub c, van de nieuwe kaderrichtlijn ziet ook op telecommunicatie en gaat, net als haar voorgangster, uit van de overdracht van signalen via elektronische-communicatienetwerken.

39 — Conclusie bij het arrest Fazenda Pública (aangehaald in voetnoot 28, punt 69).

worden geleverd respectievelijk verricht, wordt in het algemeen aangenomen dat er significante gevolgen bestaan voor de mededinging. De regeling beoogt de staat in deze omstandigheden op gelijke voet te stellen als een particuliere belastingplichtige. Andere overheidshandelingen worden op grond van de tweede alinea slechts bij uitzondering aan de btw onderworpen, wanneer het risico van concurrentievervalsing van enige betekenis bestaat.

100. De gelijkstelling van de staat en particuliere belastingplichtigen is slechts zinvol voor telecommunicatiediensten in strikte zin, aangezien deze diensten inmiddels ook door particuliere ondernemingen kunnen worden verricht. Daarentegen is de initiële toewijzing van rechten op het gebruik van frequenties bij de huidige stand van de ontwikkeling [40] exclusief voorbehouden aan de staat. [41] Ook al zou in bepaalde omstandigheden concurrentie kunnen bestaan tussen de toewijzing van rechten op het gebruik van frequenties en de doorverkoop van dergelijke rechten door particuliere ondernemingen, [42] dan nog is bij die werkzaamheid geen algemene gelijkstelling van de staat en particuliere belastingplichtigen vereist. Integendeel, er dient enkel te worden onderzocht, of de handeling van de overheid moet worden belast ter wille van de bescherming van de mededinging, overeenkomstig het bepaalde in artikel 4, lid 5, tweede alinea, van de Zesde richtlijn.

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

41 — Zie in dat verband punt 102 en volgende.

42 — Zie de opmerkingen betreffende de vierde prejudiciële vraag (in de punten 125 en volgende).

101. Op de eerste prejudiciële vraag dient dus te worden geantwoord dat de toewijzing door de staat van rechten op het gebruik van frequenties voor de aanbieding van mobiele-telecommunicatiediensten bij de huidige stand van de ontwikkeling niet onder het in bijlage D, punt 1, van de Zesde richtlijn vermelde begrip „telecommunicatiediensten" valt.

3. Tweede en derde prejudiciële vraag: werkzaamheid van niet-onbeduidende omvang in de zin van artikel 4, lid 5, derde alinea, van de Zesde richtlijn

102. Volgens artikel 4, lid 5, derde alinea, van de Zesde richtlijn moet cumulatief aan twee voorwaarden zijn voldaan opdat publiekrechtelijke lichamen in elk geval als belastingplichtig zouden worden beschouwd: zij moeten een van de in bijlage D genoemde werkzaamheden verrichten en deze werkzaamheden mogen niet van onbeduidende omvang zijn.

103. Zoals bij de beantwoording van de eerste vraag werd vastgesteld, is er bij de toewijzing van de rechten op het gebruik van de frequenties door de Telekom-Control-Kommission geen sprake van een telecommunicatiedienst in de zin van bijlage D, punt 1, van de Zesde richtlijn.

104. Bijgevolg behoeft niet te worden onderzocht, of de werkzaamheid van niet-onbeduidende omvang is, niettegenstaande dat de lidstaat daardoor aanzienlijke vergoedingen ontvangt. Daarover gaat het in de derde vraag. Evenmin van belang zijn de eventuele gevolgen van een op dit punt van de richtlijn afwijkende uitvoering in nationaal recht. De tweede vraag behoeft derhalve, net als de derde vraag, geen antwoord.

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

105. Volgens artikel 4, lid 5, eerste alinea, van de Zesde richtlijn moet voor niet-belastingplichtigheid cumulatief aan twee voorwaarden zijn voldaan, te weten het verrichten van werkzaamheden door een publiekrechtelijk lichaam en het verrichten van die werkzaamheden als overheid. [43]

106. Aangaande de eerste voorwaarde heeft het Hof van Justitie geoordeeld, dat door een particulier verrichte werkzaamheden niet van btw zijn vrijgesteld louter omdat zij bestaan in het verrichten van handelingen die tot de prerogatieven van de overheid behoren. [44] Daarbij dacht het Hof echter inzonderheid aan zelfstandige economisch actieve personen, die geen deel uitmaken van het staatsapparaat. [45]

107. De Telekom-Control-Kommission is ondergebracht bij de Telekom-Control GmbH. Hoewel naar de vorm sprake is van een privaatrechtelijke vennootschap, betwijfelt geen van de partijen dat de Telekom-Control-Kommission moet worden beschouwd als deel uitmakend van de overheid. Het staat aan de verwijzende rechter om te onderzoeken of deze kwalificatie in overeenstemming is met het nationale recht.

108. In het arrest Fazenda Pública/Câmara Municipal do Porto [46] heeft het Hof van Justitie de tweede voorwaarde als volgt gepreciseerd:

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

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

44 — Zie arresten Commissie/Nederland (aangehaald in voetnoot 15, punt 21); Ayuntamiento de Sevilla (aangehaald in voetnoot 43, punt 19), en Commissie/Griekenland (aangehaald in voetnoot 15, punt 40).

45 — Zie arresten Commissie/Nederland (aangehaald in voetnoot 15, punt 22), en Ayuntamiento de Sevilla (aangehaald in voetnoot 43, punt 20).

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

47 — Hier verwijst het Hof naar de arresten van 17 oktober 1989, Comune di Carpaneto Piacentino e.a. (aangehaald in voetnoot 27, punt 15), en 15 mei 1990, Comune di Carpaneto Piacentino e.a. (C-4/89, Jurispr. blz. I-1869, punt 10).

Zo blijkt uit vaste rechtspraak van het Hof, dat als werkzaamheden die door publiekrechtelijke lichamen als overheid worden verricht in de zin van artikel 4, lid 5, eerste alinea, van de Zesde richtlijn, worden aangemerkt de werkzaamheden die door hen worden verricht in het kader van het specifiek voor hen geldende juridisch regiem, met uitsluiting van de werkzaamheden die zij onder dezelfde juridische voorwaarden als particuliere marktdeelnemers verrichten [...]"[48]

109. Voorts heeft het Hof vastgesteld, dat het voorwerp of het doel van de werkzaamheid niet relevant zijn in het kader van dit onderzoek.[49]

110. Verzoeksters zijn van mening dat de Staat bij de veiling van de rechten op het gebruik van de frequenties als een particulier marktdeelnemer heeft gehandeld. Hij heeft zich bedient van een privaatrechtelijke vorm van handelen en in ruil voor de toewijzing van de frequenties hoge vergoedingen ontvangen.

111. De betrokken lidstaten en de Commissie benadrukken echter, dat overeenkomstig de ter zake geldende communautaire en nationale wettelijke regelingen alleen de staat rechten op het gebruik van frequenties kan toewijzen, waarbij bijzondere verplichtingen op hem rusten.

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

113. Hoewel de definitieve beoordeling van het nationale rechtskader uitsluitend aan de verwijzende rechter toekomt, lijdt het geen twijfel dat op grond van het Telekommunikationsgesetz uitsluitend de Telekom-Control-Kommission de frequenties initieel kan toewijzen. De in dat verband op haar rustende verplichtingen van nationaal recht zijn gebaseerd op de in richtlijn 97/13 neergelegde voorwaarden.

114. Particuliere ondernemingen kunnen dergelijke rechten niet rechtstreeks toewijzen. Eventueel kunnen zij van overheidswege toegewezen frequenties onderling overdra-

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

49 — Arrest van 17 oktober 1989, Comune di Carpaneto Piacentino e.a. (aangehaald in voetnoot 27, punt 13) en arrest Fazenda Pública (aangehaald in voetnoot 46, punt 19).

gen. Deze overdracht is echter niet met de initiële toewijzing vergelijkbaar, aangezien hij slechts op een afgeleid beschikkingsrecht is gebaseerd, terwijl de initiële toewijzing een oorspronkelijke overheidstaak is. Ook de uitwisseling van bankbiljetten tussen particuliere personen kan men toch niet gelijk stellen aan de bevoegdheid van de staat om deze in omloop te brengen. Ik concludeer dat de veiling van de rechten op het gebruik van de frequenties een werkzaamheid was die een overheidslichaam als overheid had te verrichten.

115. Aan die conclusie doet niet af dat de staat de frequenties via een veiling heeft toegewezen, een privaatrechtelijke procedure, waarvan bijgevolg ook particuliere personen gebruik kunnen maken.

116. In dat verband hoeft niet te worden vastgesteld welk belang de veiling had in het kader van de gehele toekenningsprocedure. Bepaalde verzoekende partijen zijn dienaangaande van mening dat de veiling een privaatrechtelijke overeenkomst betreffende de toewijzing van de rechten op het gebruik van de frequenties deed ontstaan. Andere verzoekende partijen erkennen daarentegen dat de eigenlijke toewijzing pas met de daaropvolgende bestuurshandeling plaats vond. Volgens hen werd de veiling dus enkel gebruikt om de ondernemingen te selecteren, waaraan de rechten dan bij bestuurshandeling werden overgedragen.

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

118. De zienswijze van verzoeksters zou betekenen, dat slechts dan als overheid zou worden gehandeld indien de staat bestuurshandelingen vaststelt en dus openbaar gezag in de strikte zin uitoefent. In de „tolgeld"-arresten heeft het Hof van Justitie deze zienswijze echter uitdrukkelijk afgewezen. [50]

119. Niettemin kwam het Hof in het arrest Fazenda Pública/Câmara Municipal do Porto [51] op grond van de omstandigheid, dat het beheer van openbare parkeerplaatsen de uitoefening van overheidsprerogatieven met zich mee bracht, tot de slotsom, dat deze werkzaamheid aan een bijzonder publiekrechtelijk regiem was onderworpen. Volgens het Hof kan de uitoefening van overheidsprerogatieven, waarbij staat en burger in een

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

51 — Arrest Fazenda Pública (aangehaald in voetnoot 46, punt 22).

hiërarchische verhouding tegenover elkaar staan, dus een aanwijzing zijn voor een optreden „als overheid" in de zin van artikel 4, lid 5, eerste alinea, van de Zesde richtlijn, maar zij is geen noodzakelijke voorwaarde daartoe. [52]

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

121. Daarenboven zij opgemerkt, dat artikel 4, lid 5, eerste alinea, van de Zesde richtlijn enkel verlangt, dat de handeling *als overheid* wordt verricht. Bijgevolg mag de veiling van de rechten op het gebruik van de frequenties niet afzonderlijk worden beschouwd. [53] Deze activiteit laat zich integendeel inpassen in het algemene kader voor het beheer van frequenties en de regulering van de telecommunicatiesector. In dat kader oefent de staat in hoofdzaak overheidsprerogatieven uit, bijvoorbeeld wanneer hij de voorschriften van de UMTS-beschikking of de internemarktrichtlijnen in nationaal recht omzet.

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

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

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

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

124. Op de vijfde prejudiciële vraag dient dus te worden geantwoord:

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

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

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

126. In het arrest Comune di Carpaneto Piacentino heeft het Hof van Justitie vastgesteld dat

„de lidstaten dienen te verzekeren dat publiekrechtelijke lichamen belastingplichtig zijn voor de door hen als overheid verrichte werkzaamheden, wanneer deze werkzaamheden ook in concurrentie met die lichamen door particulieren kunnen worden verricht, indien hun niet-belastingplichtigheid kan leiden tot concurrentievervalsing van enige betekenis [...]" [54]

127. De toewijzing van de rechten op het gebruik van frequenties is uitsluitend aan de staat voorbehouden, zodat ten tijde van de veiling van de frequenties geen concurrentie kan bestaan tussen soortgelijke handelingen van de staat en van andere aanbieders. Verzoeksters voeren evenwel aan, dat de van btw vrijgestelde toewijzing van frequenties door de Staat zou kunnen gaan concurreren met de wederverkoop van rechten op het gebruik van frequenties door particuliere aanbieders.

128. Dienaangaande zij om te beginnen vastgesteld, dat bij de beoordeling van de hoedanigheid van (niet-)belastingplichtige in beginsel moet worden gezien naar het tijdstip van de handeling. [55] De invloed op de mededinging moet dus ook op dat tijdstip bestaan.

54 — Arrest van 17 oktober 1989, Comune di Carpaneto Piacentino e.a. (aangehaald in voetnoot 27, punt 24). Zie ook arrest van 8 juni 2006, Feuerbestattungsverein Halle (C-430/04, Jurispr. blz. I-4999, punt 25).

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

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

130. Het is juist dat het Hof van Justitie in het arrest Taksatorringen [56] in wezen heeft vastgesteld dat artikel 13, A, lid 1, sub f, van de Zesde richtlijn ook doelt op de concurrentievervalsing waartoe de vrijstelling in de toekomst zou kunnen leiden. Maar, zo stelde het Hof, het gevaar van concurrentievervalsing moet reëel zijn. [57]

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

132. Betreffende de frequenties voor UMTS mobiele telecommunicatie moet worden vastgesteld dat ten tijde van de veiling in het jaar 2000 geen vergelijkbare rechten op het gebruik van frequenties op de markt beschikbaar waren. Onduidelijk is, of dit ook het geval is voor de rechten op het gebruik van de GSM-DCS-1800-frequenties, die in 1999 aan Tele.ring zijn toegewezen, en voor de frequenties voor het bundeltelecommunicatiesysteem TETRA, die Master-talk in februari 2000 kreeg toegewezen.

133. Zou de verwijzende rechter vaststellen dat op de relevante tijdstippen reeds vergelijkbare rechten op het gebruik van frequenties beschikbaar waren, dan zou in de tweede plaats moeten worden uitgemaakt, of deze overeenkomstig de toenmalige nationale regelgeving reeds tussen particuliere ondernemingen hadden kunnen worden overgedragen. De overdracht tussen particuliere ondernemingen moet bovendien aan de btw onderworpen zijn.

134. Vaststaat dat de handel in frequenties in striktere zin pas sinds 2003, met de herziening van het Telekommunikationsgesetz, mogelijk is. Ook artikel 9, lid 4, van richtlijn 2002/21 voorziet in voorschriften voor die handel. Dat rechten op het gebruik van frequenties sindsdien kunnen worden overgedragen is evenwel niet van invloed op de mededingingssituatie ten tijde van de frequentietoewijzing. Wanneer de staat thans echter opnieuw frequenties zou toewijzen,

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

57 — Arrest Taksatorringen (aangehaald in voetnoot 56, punt 63).

moet met deze omstandigheid rekening worden gehouden. [58]

135. De partijen zijn het oneens over het antwoord op de vraag of de reeds eerder bestaande mogelijkheid om een vergunning tezamen met de daaraan verbonden rechten op het gebruik van frequenties over te dragen, een verrichting is, die met de toewijzing van frequenties door de staat concurreert. [59] Of dit het geval is, hangt af van de uitlegging van het nationale recht, die aan de verwijzende rechter is voorbehouden.

136. Zelfs indien er betreffende de TETRA- en GSM-frequenties reeds concurrentie mogelijk was tussen de toewijzing door de staat en de overdracht door particuliere ondernemingen, dan nog zou de overheidshandeling slechts belastbaar zijn wanneer de verwijzende rechter tot de vaststelling zou komen dat de niet-belasting zou leiden tot concurrentievervalsing van *enige bete*kenis in de zin van artikel 4, lid 5, tweede alinea, van de Zesde richtlijn.

137. Dit zou bijvoorbeeld het geval zijn, wanneer de staat ten behoeve van *eindverbruikers* dezelfde handelingen als particuliere ondernemingen zou verrichten, zodat de klanten in het ene geval geen en in het andere geval wel btw over de prijs zouden moeten betalen. [60] Doordat eindverbruikers geen voorbelasting kunnen aftrekken, zou de handeling van de particuliere aanbieder ten belope van het volledige bedrag van de btw duurder zijn.

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

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

59 — T-Mobile Austria betoogt echter dat de overdracht van de vergunning tezamen met de overdracht van de gehele onderneming plaatsvindt. Of in dat geval sprake is van een aan de btw onderworpen handeling hangt af van de omzetting van artikel 5, lid 8, van de Zesde richtlijn.

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

139. Hoewel de handel in UMTS-frequenties pas mogelijk werd na de toewijzing van die frequenties en de vaststelling van het regelgevingskader voor de overdracht ervan, zijn verzoeksters van mening, dat de van btw vrijgestelde toewijzing van die frequenties door de staat ook in casu concurrentievervalsing zou kunnen doen ontstaan.

140. In de eerste plaats moet evenwel, zoals gezegd, een potentiële concurrentieverhouding bestaan ten tijde van de betrokken handeling. De mogelijkheid, dat het daarvoor vereiste regelgevingskader later zal worden vastgesteld, volstaat niet. De belastbaarheid mag immers niet afhankelijk zijn van meer of minder onzekere vooruitzichten. In de tweede plaats zou het nadeel voor zij die naderhand rechten op het gebruik van UMTS-frequenties verwerven van een particuliere aanbieder slechts bestaan in de eventuele financieringskosten voor de niet onmiddellijk aftrekbare voorbelasting, wat geen concurrentievervalsing van enige betekenis meebrengt.

141. Overigens, hoe meer tijd er ligt tussen de toewijzing van de frequenties door de staat en de invoering van de frequentiehandel, des te meer verandert vaak ook de volledige marktomgeving. Andere factoren, zoals bijvoorbeeld de herwaardering van de economische waarde van het gebruik van de frequenties in het licht van de opkomst van met UMTS concurrerende mobiele communicatietechnieken, worden dan immers veel belangrijker dan het mogelijke liquiditeitsnadeel als gevolg van het tijdelijke voorfinancieren van de voorbelasting. Ook hieruit blijkt, dat in beginsel slechts van concurrentievervalsing in de zin van artikel 4, lid 5, tweede alinea, van de Zesde richtlijn sprake kan zijn, wanneer de handelingen tegelijkertijd beschikbaar zijn en de potentiële koper daadwerkelijk tussen twee vergelijkbare aanbiedingen kan kiezen.

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

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

C — Zevende prejudiciële vraag: is de vergoeding voor het gebruik van de frequenties een bruto- of een nettobedrag?

143. Met deze vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de vergoeding voor het gebruik van de frequenties volgens de

Zesde richtlijn moet worden opgevat als een bruto- dan wel een netto-vergoeding, dus of de belasting over de toegevoegde waarde reeds in de overeengekomen vergoeding was begrepen dan wel daar nog moet worden bijgeteld.

144. Aangezien reeds is vastgesteld dat de toewijzing van de frequenties geen aan de btw onderworpen verrichting is, behoeft de zevende prejudiciële vraag niet te worden beantwoord.

145. Geheel afgezien daarvan bevat de Zesde richtlijn ook geen voorschriften met betrekking tot deze vraag. Of de btw in een vergoeding is begrepen, hangt veeleer af van de concrete overeenkomst tussen partijen. Indien de overeenkomst tussen partijen geen uitsluitsel biedt, dient de inhoud ervan te worden vastgesteld overeenkomstig de uitleggingsregels van het toepasselijke nationale recht, wat uitsluitend een bevoegdheid is van de rechterlijke instanties van de lidstaten.

V — Conclusie

146. Ik geef het Hof in overweging de vragen van het Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als volgt te beantwoorden:

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

2. De toewijzing door de staat van rechten op het gebruik van frequenties voor de aanbieding van mobieletelecommunicatiediensten valt bij de huidige stand van de ontwikkeling niet onder het in bijlage D, punt 1, van de Zesde richtlijn vermelde begrip „telecommunicatiediensten".

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

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