DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

26. juni 2007 *

I sag C-284/04,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien (Østrig) ved afgørelse af 7. juni 2004, indgået til Domstolen den 1. juli 2004, i sagen

T-Mobile Austria GmbH,

3G Mobile Telecommunications GmbH,

mobilkom austria AG, tidligere mobilkom austria AG & Co. KG,

master-talk Austria Telekom Service GmbH & Co. KG,

ONE GmbH,

Hutchison 3G Austria GmbH,

tele.ring Telekom Service GmbH,

* Processprog: tysk.

tele.ring Telekom Service GmbH, som er indtrådt i **TRA 3G Mobilfunk GmbH's** rettigheder,

mod

Republik Österreich,

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

sammensat af præsidenten, V. Skouris, afdelingsformændene P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts, P. Kūris, E. Juhász og J. Klučka samt dommerne K. Schiemann, J. Makarczyk (refererende dommer) og U. Lõhmus,

generaladvokat: J. Kokott
justitssekretær: de fuldmægtige B. Fülöp et K. Sztranc-Sławiczek,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 7. februar 2006,

efter at der er afgivet indlæg af:

— T-Mobile Austria GmbH ved Rechtsanwälte F. Heidinger og W. Punz

— 3G Mobile Telecommunications GmbH og mobilkom austria AG ved Rechtsanwalt P. Huber

— master-talk Austria Telekom Service GmbH & Co. KG, ONE GmbH og Hutchison 3G Austria GmbH ved Rechtsanwälte E. Lichtenberger og K. Retter

— tele.ring Telekom Service GmbH ved Rechtsanwälte T. Kustor og B. Polster samt universitetsprofessor C. Staringer

— Republik Österreich ved U. Weiler, som befuldmægtiget

— den østrigske regering ved H. Dossi, J. Bauer og C. Knecht, som befuldmægtigede

— den danske regering ved J. Molde, som befuldmægtiget, bistået af advokat K. Hagel-Sørensen

— den tyske regering ved M. Lumma og C.-D. Quassowski samt C. Schulze-Bahr, som befuldmægtigede, bistået af Rechtsanwälte K. Stopp og B. Burgmaier

— den spanske regering ved J. Rodríguez Carcano, som befuldmægtiget

— Irland ved A. Aston og G. Clohessy, SC

— den italienske regering ved I.M. Braguglia, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato P. Gentili

— den nederlandske regering ved H.G. Sevenster og M. de Grave, som befuldmægtigede

— den polske regering ved J. Pietras, som befuldmægtiget

— Det Forenede Kongeriges regering ved M. Bethell og R. Caudwell, som befuldmægtigede, bistået af K. Parker og C. Vajda, QC, samt af barrister G. Peretz

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved K. Gross, R. Lyal, M. Shotter og D. Triantafyllou, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 7. september 2006,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af Rådets sjette direktiv 77/388/EØF af 17. maj 1977 om harmonisering af medlemsstaternes

lovgivning om omsætningsafgifter — Det fælles merværdiafgiftssystem: ensartet beregningsgrundlag (EFT L 145, s. 1, herefter »sjette direktiv«), nærmere bestemt dette direktivs artikel 4.

2 Denne anmodning er blevet fremsat i forbindelse med de forenede sager mellem på den ene side T-Mobile Austria GmbH, 3G Mobile Telecommunications GmbH, mobilkom austria AG, tidligere mobilkom austria AG & Co. KG, master-talk Austria Telekom Service GmbH & Co. KG, ONE GmbH, Hutchison 3G Austria GmbH, tele. ring Telekom Service GmbH, tele.ring Telekom Service GmbH, som er indtrådt i TRA 3G Mobilfunk GmbH's rettigheder, og på den anden side Republik Österreich vedrørende en påstand om, at sidstnævnte udsteder fakturaer for de beløb, der er betalt i forbindelse med tildeling til sagsøgerne i hovedsagen af brugsrettigheder til frekvenser inden for det elektromagnetiske spektrum med henblik på levering af mobilkommunikationstjenester til offentligheden (herefter »de omtvistede brugsrettigheder«).

Retsforskrifter

Momsbestemmelserne

Fællesskabsbestemmelser

3 Ifølge ordlyden af sjette direktivs artikel 2, nr. 1, pålægges moms af levering af goder og tjenesteydelser, som mod vederlag foretages i indlandet af en afgiftspligtig person, der optræder i denne egenskab.

4 Direktivets artikel 4 bestemmer:

»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.

[...]«

5 Direktivets artikel 17 bestemmer:

»1. Fradragsretten indtræder samtidig med, at den fradragsberettigede afgift forfalder.

2. I det omfang goder og tjenesteydelser anvendes i forbindelse med den afgiftspligtige persons transaktioner, er han berettiget til i den afgift, der påhviler ham, at fradrage følgende beløb:

a) den merværdiafgift, som skyldes eller er erlagt for goder, der er eller vil blive leveret ham, og for tjenesteydelser, der er eller vil blive udført for ham af en anden afgiftspligtig person

[...]«

6 Sjette direktivs bilag D, nr. 1, omhandler telekommunikation.

Nationale bestemmelser

7 Ifølge § 1, stk. 1, nr. 1, i momsloven af 1994 (Umsatzsteuergesetz 1994, BGBl. 663/1994, herefter »UStG 1994«) pålægges merværdiafgift levering af goder og andre ydelser, som mod vederlag foretages i indlandet af en erhvervsdrivende som led i dennes virksomhed. Det præciseres i samme bestemmelse, at afgiftspligt ikke udelukkes af den omstændighed, at transaktionen sker i henhold til lov eller myndighedsbeslutning eller betragtes som sket i henhold til lov.

8 Som erhvervsdrivende anses ifølge § 2, stk. 1, i UStG 1994 enhver, der udøver selvstændig erhvervsmæssig virksomhed, dvs. enhver varig virksomhed, som tilsigter opnåelse af indtægter. I overensstemmelse med § 2, stk. 3, antages offentligretlige organer i princippet alene at udføre erhvervsmæssige aktiviteter inden for rammerne af deres erhvervsforetagender.

9 § 11, stk. 1, første og andet punktum, i UStG 1994 bestemmer, at såfremt en erhvervsdrivende udfører aktiviteter af den i § 1, stk. 1, nr. 1, i UStG 1994 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 desuden pligt til at udstede fakturaer.

10 Disse fakturaer skal ifølge § 11, stk. 1. nr. 6, i UStG 1994 angive det afgiftsbeløb, der pålægges beløbet.

11 Det følger af § 2, stk. 1, i lov om selskabsskat (Körperschaftssteuergesetz, BGBl. 401/1988, herefter »KStG«), 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.

12 KSTG's § 2, stk. 5, bestemmer imidlertid, at der ikke foreligger en privatøkonomisk aktivitet i stk. 1's forstand, såfremt virksomheden overvejende tjener udøvelsen af offentlig myndighed.

Bestemmelserne om tildeling af de omtvistede brugsrettigheder

Fællesskabsbestemmelser

13 Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/13/EF af 10. april 1997 om ensartede principper for generelle tilladelser og individuelle tilladelser for teletjenester (EFT L 117, s. 15) var gældende indtil den 25. juli 2003.

14 Direktivets artikel 2, stk. 1, litra d), indeholder følgende bestemmelse:

»I dette direktiv forstås ved:

[...]

d) »væsentlige krav«: ikke-økonomiske hensyn til almenhedens interesse, der kan foranledige en medlemsstat til at begrænse adgang til oprettelse eller drift af offentlige telenet eller tjenester. Sådanne hensyn er nettets driftssikkerhed og integritet samt i begrundede tilfælde interoperabilitet mellem tjenester og databeskyttelse, miljøbeskyttelse og hensynet til fysisk planlægning samt effektiv udnyttelse af frekvensspektret og beskyttelse mod skadelig interferens mellem radiobaserede telesystemer og andre rum- eller jordbaserede tekniske systemer. [...]«

15 Direktivets artikel 3, stk. 3, andet punktum, er affattet således:

»Medlemsstaterne må 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.«

16 Artikel 4, stk. 1, i direktiv 97/13 indeholder en præcisering af de vilkår, der knyttes til generelle tilladelser:

»Hvis medlemsstaterne gør ydelse af teletjenester betinget af generelle tilladelser, kan de vilkår, der er anført i bilagets punkt 2 og 3, i begrundede tilfælde knyttes til de pågældende tilladelser. Sådanne tilladelser skal indebære ordninger, der er så lidt byrdefulde som muligt, men som kan sikre overholdelsen af de relevante væsentlige krav og de i bilagets punkt 2 og 3 anførte øvrige samfundsmæssige hensyn.«

17 Dette direktivs afdeling III, som omfatter artikel 7-11, finder anvendelse på individuelle tilladelser, når situationen begrunder tildeling af sådanne tilladelser. Nævnte direktivs artikel 8, stk. 1, første afsnit, bestemmer, at »[u]d over de vilkår, der er fastsat for generelle tilladelser, kan de vilkår, der er anført i bilagets punkt 2 og 4, i begrundede tilfælde knyttes til individuelle tilladelser«. I overensstemmelse med bilagets punkt 2.1 og 4.2 er der bl.a. tale om vilkår, der har til formål at sikre overholdelse af relevante væsentlige krav samt særlige vilkår, som vedrører effektiv udnyttelse og forvaltning af radiofrekvenser.

18 I medfør af artikel 10, stk. 1, i direktiv 97/13 kan medlemsstater begrænse antallet af individuelle tilladelser, hvis dette er nødvendigt for at sikre effektiv anvendelse af radiofrekvenser. I overensstemmelse med artikel 10, stk. 2, første led, skal de i denne henseende tage behørigt hensyn til, at brugerne skal have størst mulig fordel af tjenesterne, og at konkurrencen skal kunne udvikle sig frit. Artikel 10, stk. 3, første afsnit, bestemmer, at medlemsstaterne skal udstede sådanne individuelle tilladelser på grundlag af udvælgelseskriterier, som er objektive, ikke-diskriminerende, detaljerede, gennemsigtige og forholdsmæssigt afpassede.

19 Det fremgår af direktivets artikel 11, stk. 1, at tildeling af licenser kun må belægges med gebyrer, som »har til formål at dække administrationsomkostningerne i forbindelse med udstedelsen, forvaltningen, kontrollen og håndhævelsen af den gældende ordning for individuelle tilladelser«. Artikel 11, stk. 2, bestemmer endvidere:

»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.«

20 Direktiv 97/13 blev ophævet og erstattet fra den 25. juli 2003 ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF af 7. marts 2002 om fælles rammebestemmelser for elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (rammedirektivet) (EFT L 108, s. 33).

21 Sidstnævnte direktivs artikel 9 bestemmer:

»[...]

3. Medlemsstaterne kan give virksomheder tilladelse til at overføre brugsret til radiofrekvenser til hinanden.

4. Medlemsstaterne sikrer, at en virksomheds planer om at overdrage brugsrettigheder til radiofrekvenser meddeles den nationale tilsynsmyndighed, der er ansvarlig for frekvenstildelingen, og at alle overdragelser finder sted efter procedurer, der er fastlagt af den nationale tilsynsmyndighed, og offentliggøres. De nationale tilsynsmyndigheder sikrer, at konkurrencen ikke forvrides som følge af en sådan overdragelse. Når radiofrekvensanvendelsen er blevet harmoniseret ved anvendelse af [Europa-Parlamentets og Rådets beslutning nr. 676/2002/EF af 7. marts 2002 om et frekvenspolitisk regelsæt i Det Europæiske Fællesskab (frekvenspolitikbeslutningen) (EFT 108, s. 1)] eller andre EF-foranstaltninger, må en sådan overdragelse ikke medføre ændret anvendelse af radiofrekvensen.«

Nationale bestemmelser

22 Ifølge § 14 i lov om telekommunikation (Telekommunikationsgesetz, BGBl. 100/1997, herefter »TKG«) i den på tidspunktet for de faktiske omstændigheder gældende affattelse kræves en licens til at udføre mobiltelefonitjenester og andre offentlige mobilkommunikationstjenester ved hjælp af egne mobilnet.

23 Det følger af TKG's § 15, stk. 2, nr. 3, for så vidt angår licenser til udnyttelse af offentlige mobilkommunikationstjenester, at en sådan licens tildeles ansøgeren, når frekvenserne er blevet tildelt eller samtidig med denne licens.

24 Ifølge TKG's § 21, stk. 1, skal indehavere af en mobillicens med henblik på at sikre en effektiv udnyttelse af de tildelte frekvenser foruden vederlaget for frekvensudnyttelsesretten betale et engangsvederlag eller et årligt vederlag for frekvensudnyttelsen.

25 TKG's § 49, stk. 4, sammenholdt med lovens § 111, bestemmer, at tildeling af de frekvenser, der er forbeholdt offentlige mobilkommunikationstjenester og andre offentlige telekommunikationstjenester, foretages af Telekom-Control-Kommission (kommissionen for kontrol med telekommunikation, herefter »TCK«).

26 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 frekvensudnyttelsen, der er tilbudt.«

27 I overensstemmelse med TKG's §§ 108 og 109 er TCK etableret i selskabsform, Telekom-Control GmbH, hvori staten er eneste selskabsdeltager.

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

28 Den 3. maj 1999 tildelte TCK ved auktion tele.ring Telekom Service GmbH und Co. KG de omtvistede brugsrettigheder til de såkaldte »GSM«-frekvenser (DCS-1800-standard) mod et vederlag på 98 108 326 EUR, og den 7. februar 2000 blev mastertalk Austria Telekom Service GmbH und Co. KG tildelt brugsrettighederne til frekvenserne inden for det fælles digitale mobilsystem TETRA mod betaling af 4 832 743,47 EUR.

29 Den 20. november 2000 tildelte TCK de omtvistede brugsrettigheder til frekvenserne til såkaldt »UMTS«-mobiltelefoni (IMT-2000-standard). Proceduren, som ligeledes blev gennemført ved afholdelse af auktion, udmundede i, at disse rettigheder blev tildelt T-Mobile Austria GmbH, 3G Mobile Telecommunications GmbH, mobilkom austria AG, tidligere mobilkom austria AG & Co. KG, Hutchison 3G Austria GmbH, ONE GmbH og TRA 3G Mobilfunk GmbH for et samlet beløb på 831 595 241,10 EUR.

30 Sagsøgerne i hovedsagen har nedlagt påstand om, at Republik Österreich forpligtes til at udstede fakturaer for tildelingen af de omtvistede brugsrettigheder, for så vidt som disse fakturaer er en betingelse for fradrag af indgående moms i medfør af de nationale bestemmelser, der gennemfører sjette direktivs artikel 17.

31 På denne baggrund har Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 4, stk. 5, tredje afsnit, i sjette direktiv [...] sammenholdt med direktivets bilag D, nr. 1, fortolkes således, at en medlemsstats tildeling af brugsrettigheder til radiofrekvenser til mobiltelefoni inden for UMTS/IMT-2000, GSM-DCS-1800 og TETRA standarderne (herefter »brugsrettighederne til frekvenser til mobiltelefoni«) mod et vederlag for tilladelser til frekvensudnyttelse 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 brugsrettighederne til frekvenser til mobiltelefoni 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 brugsrettighederne til frekvenser til mobiltelefoni 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 en medlemsstat, som tildeler brugsrettighederne til frekvenser til mobiltelefoni til mobiltelefonoperatører, 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?

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

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

De præjudicielle spørgsmål

Det sjette spørgsmål

32 Med dette spørgsmål, som skal behandles først, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om tildeling af de omtvistede brugsrettigheder ved en medlemsstats afholdelse af auktion udgør »økonomisk virksomhed« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i sjette direktivs artikel 4, stk. 2.

33 Ifølge ordlyden af sjette direktivs artikel 4, stk. 1, 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, som afgiftspligtig person. Begrebet »økonomisk virksomhed« er defineret i nævnte stk. 2, således at det omfatter alle former for virksomhed som producent, handlende eller tjenesteyder og bl.a. transaktioner, der omfatter udnyttelse af materielle eller immaterielle goder med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter.

34 I denne henseende skal det bemærkes, at selv om der ved sjette direktivs artikel 4 er givet momsen et meget vidt anvendelsesområde, er det kun virksomhed af økonomisk karakter, der er omfattet af bestemmelsen (jf. i denne retning dom af 11.7.1996, sag C-306/94, Régie dauphinoise, Sml. I, s. 3695, præmis 15, af 29.4.2004, sag C-77/01, EDM, Sml. I, s. 4295, præmis 47, og af 26.5.2005, sag C-465/03, Kretztechnik, Sml. I, s. 4357, præmis 18).

35 Det fremgår ligeledes af fast retspraksis, at gennemgangen af definitionerne afgiftspligtig person og økonomisk virksomhed viser det vide anvendelsesområde, der dækkes af begrebet økonomisk virksomhed, og dettes objektive karakter i den forstand, at virksomheden betragtes i sig selv, uafhængigt af sit formål eller sine resultater (jf. bl.a. dom af 21.2.2006, sag C-223/03, University of Huddersfield, Sml. I, s. 1751, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis).

36 Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at den virksomhed, der i hovedsagen udøves af TCK, består i ved afholdelse af auktioner at tildele brugsrettigheder til bestemte dele af det elektromagnetiske spektrum til erhvervsdrivende for en bestemt periode. Ved afslutningen af tildelingsproceduren får disse erhvervsdrivende licens til at udnytte de således erhvervede rettigheder til at opsætte teleudstyr, der fungerer på bestemte dele af det elektromagnetiske spektrum.

37 Det skal således afgøres, om tildeling af en sådan licens efter sin natur skal anses for »udnyttelse af et gode« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i sjette direktivs artikel 4, stk. 2.

38 Indledningsvis skal det præciseres, at begrebet »udnyttelse« inden for rammerne af denne bestemmelse i overensstemmelse med de krav, der følger af princippet om det fælles merværdiafgiftssystems neutralitet, omfatter samtlige transaktioner, uanset disses retlige form, som foretages med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter (jf. i denne retning dom af 4.12.1990, sag C-186/89, Van Tiem, Sml. I, s. 4363, præmis 18, EDM-dommen, præmis 48, og dom af 21.10.2004, sag C-8/03, BBL, Sml. I, s. 10157, præmis 36).

39 I denne henseende skal det bemærkes, at den i hovedsagen omhandlede virksomhed består i tildeling af licenser, der gør det muligt for de erhvervsdrivende, der modtager dem, at udnytte de hermed forbundne brugsrettigheder ved at tilbyde offentligheden deres tjenesteydelser på telekommunikationsmarkedet mod betaling.

40 En sådan virksomhed udgør imidlertid midlet til at gennemføre de krav, der stilles i fællesskabsretten, bl.a. en effektiv udnyttelse af frekvensspektret og beskyttelse mod skadelig interferens mellem radiobaserede telesystemer og andre rum- eller jordbaserede tekniske systemer, samt en effektiv forvaltning af radiofrekvenserne, således som det fremgår af artikel 2, stk. 1, litra d), artikel 4, stk. 1, og artikel 8, stk. 1, i direktiv 97/13.

41 Det skal desuden understreges, at tildelingen af sådanne licenser, såvel i medfør af artikel 97/13 som af TKG, er omfattet af den berørte medlemsstats enekompetence.

42 Virksomhed som den, der er genstand for hovedsagen, skal således anses for en nødvendig og forudgående betingelse for adgangen til markedet for mobiltelefoni for erhvervsdrivende såsom sagsøgerne i hovedsagen. Den kan ikke anses for at udgøre deltagelse på dette marked fra den kompetente nationale myndigheds side. Det er nemlig kun disse erhvervsdrivende, som er indehavere af tildelte rettigheder, der driver virksomhed på det pågældende marked ved at udnytte det pågældende gode med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter.

43 Under disse omstændigheder udøves den i hovedsagen omhandlede virksomhed efter sin natur ikke af erhvervsdrivende. I denne henseende bemærkes, at det er uden betydning, om disse erhvervsdrivende fremover har mulighed for at overdrage

deres brugsrettigheder til radiofrekvenserne. En sådan overdragelse kan — bortset fra, at den fortsat er undergivet kontrol fra den nationale tilsynsmyndighed, der er ansvarlig for frekvenstildelingen i overensstemmelse med artikel 9, stk. 4, i direktiv 2002/21 — ikke sidestilles med myndighedernes tildeling af en licens.

44 Når den kompetente nationale myndighed således tildeler en sådan licens, deltager den ikke i udnyttelsen af et gode, der består i brugsrettighederne til det elektromagnetiske spektrum, med henblik på opnåelse af indtægter af en vis varig karakter. Ved denne tildelingsprocedure udøver denne myndighed udelukkende en kontrol- og reguleringsvirksomhed med hensyn til udnyttelsen af det elektromagnetiske spektrum, som er udtrykkeligt pålagt den.

45 Desuden bemærkes, at den omstændighed, at der i forbindelse med tildeling af licenser som de i hovedsagen omhandlede opkræves et gebyr, ikke ændrer på den retlige kvalifikation af denne virksomhed (jf. i denne retning dom af 18.3.1997, sag C-343/95, Diego Calì & Figli, Sml. I, s. 1547, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis).

46 Følgelig kan denne tildeling ikke anses for at udgøre »økonomisk virksomhed« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i sjette direktivs artikel 4, stk. 2.

47 Denne konklusion ændres ikke af det argument, hvorefter det, henset til direktivets artikel 4, stk. 5, ikke kan udelukkes, at et offentligretligt organs regulerende virksomhed udgør økonomisk virksomhed i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktivets artikel 4, stk. 2, således at dette organ skal anses for afgiftspligtigt af denne virksomhed.

48 Selv hvis det lægges til grund, at en sådan regulerende virksomhed kunne anses for økonomisk virksomhed, gælder det ikke desto mindre, at anvendelsen af sjette direktivs artikel 4, stk. 5, forudsætter, at det først fastslås, at den pågældende virksomhed er af økonomisk karakter. Det fremgår imidlertid af det svar, der er angivet i denne doms præmis 46, at dette ikke er tilfældet.

49 Henset til ovenstående bemærkninger skal det første præjudicielle spørgsmål besvares med, at sjette direktivs artikel 4, stk. 2, skal fortolkes således, at tildeling af brugsrettigheder som de i hovedsagen omhandlede, der foretages af den nationale tilsynsmyndighed, som er ansvarlig for frekvenstildelingen, ved afholdelse af auktion, ikke er økonomisk virksomhed i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i denne bestemmelse, og følgelig ikke er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde.

De øvrige spørgsmål

50 Henset til besvarelsen af det sjette spørgsmål er det ufornødent at besvare den forelæggende rets øvrige spørgsmål.

Sagens omkostninger

51 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Store Afdeling) for ret:

Artikel 4, stk. 2, i Rådets sjette direktiv 77/388/EØF af 17. maj 1977 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter — Det fælles merværdiafgiftssystem: ensartet beregningsgrundlag, skal fortolkes således, at tildeling af rettigheder såsom brugsrettigheder til frekvenser inden for det elektromagnetiske spektrum med henblik på levering af mobilkommunikationstjenester til offentligheden, der foretages af den nationale tilsynsmyndighed, som er ansvarlig for frekvenstildelingen, ved afholdelse af auktion, ikke er økonomisk virksomhed i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i denne bestemmelse, og følgelig ikke er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde.

Underskrifter