DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)

den 26 juni 2007 *

I mål C-284/04,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien (Österrike) genom beslut av den 7 juni 2004, som inkom till domstolen den 1 juli 2004, i målet

T-Mobile Austria GmbH,

3G Mobile Telecommunications GmbH,

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

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

ONE GmbH,

Hutchison 3G Austria GmbH,

tele.ring Telekom Service GmbH, och

* Rättegångsspråk: tyska.

tele.ring Telekom Service GmbH, som har övertagit **TRA 3G Mobilfunk GmbH**:s rättigheter,

mot

Republik Österreich,

meddelar

DOMSTOLEN (stora avdelningen)

sammansatt av ordföranden V. Skouris, avdelningsordförandena P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts, P. Kūris, E. Juhász och J. Klučka samt domarna K. Schiemann, J. Makarczyk (referent) och U. Lõhmus,

generaladvokat: J. Kokott,
justitiesekreterare: handläggarna B. Fülöp och K. Sztranc-Sławiczek,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 7 februari 2006,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— T-Mobile Austria GmbH, genom F. Heidinger och W. Punz, Rechtsanwälte,

— 3G Mobile Telecommunications GmbH och mobilkom austria AG, genom P. Huber, Rechtsanwalt,

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

— tele.ring Telekom Service GmbH, genom T. Kustor och B. Polster, Rechtsanwälte, samt universitetsprofessorn C. Staringer,

— Republik Österreich, genom U. Weiler, i egenskap av ombud,

— Österrikes regering, genom H. Dossi, J. Bauer och C. Knecht, samtliga i egenskap av ombud,

— Danmarks regering, genom J. Molde, i egenskap av ombud, biträdd av K. Hagel-Sørensen, advokat,

— Tysklands regering, genom M. Lumma, C.-D. Quassowski och C. Schulze-Bahr, samtliga i egenskap av ombud, biträdda av K. Stopp och B. Burgmaier, Rechtsanwälte,

— Spaniens regering, genom J. Rodríguez Cárcamo, i egenskap av ombud,

— Irland, genom A. Aston och G. Clohessy, SC,

— Italiens regering, genom I.M. Braguglia, i egenskap av ombud, biträdd av P. Gentili, avvocato dello Stato,

— Nederländernas regering, genom H. Sevenster och M. de Grave, båda i egenskap av ombud,

— Polens regering, genom J. Pietras, i egenskap av ombud,

— Förenade kungarikets regering, genom M. Bethell och R. Caudwell, båda i egenskap av ombud, biträdda av K. Parker och C. Vajda, QC, samt av G. Peretz, barrister,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom K. Gross, R. Lyal, M. Shotter och D. Triantafyllou, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 7 september 2006 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av rådets sjätte direktiv 77/388/EEG av den 17 maj 1977 om harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning

rörande omsättningsskatter — Gemensamt system för mervärdesskatt: enhetlig beräkningsgrund (EGT L 145, s. 1; svensk specialutgåva, område 9, volym 1, s. 28) (nedan kallat sjätte direktivet), särskilt artikel 4 i direktivet.

2 Begäran har framställts i förenade mål vid den nationella domstolen mellan å ena sidan T-Mobile Austria GmbH, 3G Mobile Telecommunications GmbH, mobilkom austria AG (tidigare mobilkom austria AG & Co. KG), master-talk Austria Telekom Service GmbH & Co. KG, ONE GmbH, Hutchison 3G Austria GmbH, tele.ring Telekom Service GmbH och TRA 3G Mobilfunk GmbH (vars rättigheter har övertagits av tele.ring Telekom Service GmbH) och å andra sidan Republik Österreich (Republiken Österrike). Sökandebolagen i dessa mål har yrkat att Republiken Österrike skall förpliktas att — för att möjliggöra avdrag för ingående mervärdesskatt — utfärda fakturor för de avgifter som har betalats i samband med att bolagen tilldelats rättigheter att använda frekvenser i det elektromagnetiska spektrumet, i syfte att tillhandahålla allmänheten mobilteletjänster (nedan kallade de användningsrättigheter som är aktuella i målen vid den nationella domstolen).

Tillämpliga bestämmelser

Bestämmelser om mervärdesskatt

Gemenskapslagstiftningen

3 Enligt artikel 2.1 i sjätte direktivet skall mervärdesskatt betalas för leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster som sker mot vederlag inom landets territorium av en skattskyldig person i denna egenskap.

4 I artikel 4 i detta direktiv föreskrivs följande:

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

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

...

5. Stater, regionala och lokala myndigheter och övriga offentligrättsliga organ anses inte såsom skattskyldiga när det gäller verksamhet eller transaktioner som de utför i sin egenskap av offentliga myndigheter, även om de i samband härmed uppbär avgifter, arvoden, bidrag eller inbetalningar.

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

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

5 I artikel 17 i nämnda direktiv föreskrivs följande:

"1. Avdragsrätten inträder samtidigt som skattskyldigheten för avdragsbeloppet.

I den mån varorna och tjänsterna används i samband med den skattskyldiga personens skattepliktiga transaktioner, skall han ha rätt att dra av följande från den skatt som han är skyldig att betala:

a) Mervärdesskatt som skall betalas eller har betalats med avseende på varor eller tjänster som har tillhandahållits eller kommer att tillhandahållas honom av någon annan skattskyldig person.

..."

6 Punkt 1 i bilaga D till sjätte direktivet avser telekommunikation.

Den nationella lagstiftningen

7 Enligt 1 § första stycket punkt 1 i lagen om omsättningsskatt från år 1994 (Umsatzsteuergesetz 1994, BGB1. 663/1994) (nedan kallad UStG 1994) är leveranser och andra tillhandahållanden som en näringsidkare utför inom landet mot ersättning inom ramen för sin verksamhet mervärdesskattepliktiga. Det anges i samma bestämmelse att beskattning skall ske även om transaktionen genomförs med stöd av lag eller myndighetsbeslut eller om transaktionen anses ha genomförts med stöd av en bestämmelse i lag.

8 Som näringsidkare betraktas, enligt 2 § första stycket UStG 1994, var och en som självständigt bedriver närings- eller yrkesverksamhet, det vill säga all varaktig verksamhet som utövas för att erhålla intäkter. Enligt 2 § tredje stycket driver offentligrättsliga organ i princip närings- eller yrkesverksamhet endast inom ramen för sina kommersiella verksamheter.

9 I 11 § första stycket första och andra meningarna UStG 1994 föreskrivs att när en näringsidkare utför transaktioner i den mening som avses i 1 § första stycket punkt 1 UStG 1994, har denne rätt att upprätta fakturor. För det fall han utför transaktioner till förmån för en annan näringsidkares rörelse eller en juridisk person, såvida denna inte är en näringsidkare, är han skyldig att utfärda fakturor.

10 Dessa fakturor skall, enligt 11 § första stycket punkt 6 UStG 1994, innehålla uppgift om det mervärdesskattebelopp som ingår i ersättningen.

11 Det framgår av 2 § första stycket i lagen om bolagsskatt (Körperschaftssteuergesetz, BGB1. 401/1988) (nedan kallad KStG) att varje institution som är ekonomiskt självständig och som uteslutande eller till övervägande del utövar varaktig privat näringsverksamhet som inte utgör jordbruks- eller skogsbruksverksamhet, i syfte att erhålla intäkter eller, för det fall ett deltagande i den allmänna ekonomiska samfärdseln inte förekommer, annan ekonomisk fördel, skall anses utgöra kommersiell verksamhet som bedrivs av ett offentligrättsligt organ.

12 I 2 § femte stycket KStG föreskrivs emellertid att en privat näringsverksamhet i den mening som avses i första stycket inte föreligger om en verksamhet till övervägande del består i myndighetsutövning.

Bestämmelserna om tilldelning av de användningsrättigheter som är aktuella i målen vid den nationella domstolen

Gemenskapslagstiftningen

13 Europaparlamentets och rådets direktiv 97/13/EG av den 10 april 1997 om gemensamma ramar för allmän auktorisation och individuella tillstånd på teletjänstområdet (EGT L 117, s. 15) gällde till den 25 juli 2003.

14 I artikel 2.1 i detta direktiv föreskrevs följande:

"I detta direktiv avses med

...

d) väsentliga krav: de icke-ekonomiska skäl av allmänintresse som kan föranleda en medlemsstat att införa villkor för etablering och/eller drift av telenät eller tillhandahållande av teletjänster. Dessa skäl skall vara begränsade till säkerhet vid nätets drift, upprätthållande av nätets integritet och i berättigade fall samverkan mellan tjänster, dataskydd, skydd av miljö och mål för stads- och regionplanering samt ett effektivt utnyttjande av frekvensområdet och undvikande av skadliga störningar mellan radiobaserade telekommunikationssystem och andra, rymd- eller markbaserade, tekniska system. ...”

15 I artikel 3.3 andra meningen i nämnda direktiv föreskrevs följande:

”Medlemsstaterna får utfärda ett individuellt tillstånd endast om innehavaren får tillgång till knappa fysiska eller andra resurser eller omfattas av särskilda skyldigheter eller åtnjuter särskilda rättigheter i enlighet med bestämmelserna i avsnitt III.”

16 I artikel 4.1 i direktiv 97/13 angavs närmare vad som gäller för villkor knutna till allmän auktorisation enligt följande:

”Om medlemsstaterna bestämmer att det skall krävas allmän auktorisation för att tillhandahålla teletjänster, kan de villkor som anges i punkterna 2 och 3 i bilagan när det är motiverat knytas till en sådan auktorisation. Förfarandet vid sådan auktorisation skall vara så lite betungande som möjligt och samtidigt garantera överensstämmelse med de tillämpliga väsentliga krav och andra ... krav av allmänt intresse som anges i punkterna 2 och 3 i bilagan.”

17 I avsnitt III i detta direktiv, bestående av artiklarna 7–11, reglerades individuella tillstånd, som får beviljas i berättigade fall. I artikel 8.1 första stycket i direktivet föreskrevs att "[d]e villkor, utöver dem som gäller för allmän auktorisation, som i berättigade fall får knytas till individuella tillstånd anges i punkterna 2 och 4 i bilagan". Enligt punkterna 2.1 och 4.2 i bilagan rör det sig bland annat om villkor som är avsedda att säkerställa överensstämmelse med de relevanta väsentliga kraven och särskilda villkor som är förenade med ett ändamålsenligt utnyttjande och en effektiv hantering av radiofrekvenser.

18 Enligt artikel 10.1 i direktiv 97/13 hade medlemsstaterna rätt att begränsa antalet individuella tillstånd i den utsträckning som det är nödvändigt för att säkerställa att radiofrekvensspektrumet utnyttjas effektivt. I artikel 10.2 första strecksatsen föreskrevs att medlemsstaterna i detta hänseende skall lägga vederbörlig vikt vid behovet av att ge användarna så stort utbyte som möjligt och underlätta utvecklingen av konkurrens. I artikel 10.3 första stycket föreskrevs att medlemsstaterna skall bevilja dessa individuella tillstånd på grundval av urvalskriterier som skall vara objektiva, icke-diskriminerande, specificerade, genomblickbara och proportionerliga.

19 I artikel 11.1 i nämnda direktiv angavs att beviljande av tillstånd kan ge upphov till uttag av avgifter som "endast är avsedda att täcka administrativa kostnader i samband med utfärdande, handläggning, kontroll och tillsyn av de tillämpliga individuella tillstånden". I artikel 11.2 föreskrevs dessutom följande:

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

20 Direktiv 97/13 upphävdes och ersattes, med verkan från och med den 25 juli 2003, av Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv) (EGT L 108, s. 33).

21 I artikel 9 i sistnämnda direktiv föreskrivs följande:

"...

3. Medlemsstaterna får tillåta företag att överföra rättigheter att använda radiofrekvenser [till] andra företag.

4. Medlemsstaterna skall säkerställa att ett företags avsikt att överföra rättigheter att använda radiofrekvenser anmäls till den nationella regleringsmyndighet som har ansvaret för tilldelningen av radiospektrum, och att varje överföring äger rum i enlighet med förfaranden som fastställts av den nationella regleringsmyndigheten och offentliggörs. De nationella regleringsmyndigheterna skall säkerställa att konkurrensen inte snedvrids som ett resultat av sådana transaktioner. I de fall användningen av radiofrekvenser har harmoniserats genom tillämpning av [Europaparlamentets och rådets] beslut nr 676/2002/EG [av den 7 mars 2002 om ett regelverk för radiospektrumpolitiken i Europeiska gemenskapen] (radiospektrumbeslut) [(EGT L 108, s. 1)] eller andra gemenskapsåtgärder, skall sådan överföring inte leda till ändrad användning av radiofrekvensen."

Den nationella lagstiftningen

22 Enligt 14 § i lagen om telekommunikation (Telekommunikationsgesetz, BGB1. I, 100/1997) (nedan kallad TKG), i den lydelse som var tillämplig vid tidpunkten för omständigheterna i målen vid den nationella domstolen, krävs tillstånd för att tillhandahålla mobil taltelefoni och andra allmänt tillgängliga mobilteletjänster via egna mobiltelenät.

23 Enligt 15 § andra stycket punkt 3 TKG skall tillstånd för att tillhandahålla allmänt tillgängliga mobilteletjänster beviljas, om sökanden har tilldelats frekvenser eller kan tilldelas frekvenser samtidigt med tillståndet.

24 Enligt 21 § första stycket TKG skall innehavare av ett mobilteletillstånd, utöver en avgift för användning av frekvenser, även erlägga en engångsavgift eller en årlig avgift för användning av frekvenser för att säkerställa att de tilldelade frekvenserna används effektivt.

25 I 49 § fjärde stycket TKG, jämförd med 111 § TKG, föreskrivs att tilldelningen av frekvenser som är avsedda för allmänt tillgängliga mobilteletjänster och för andra allmänt tillgängliga teletjänster omfattas av den behörighet som tillkommer Telekom-Control-Kommission (kontrollnämnden för telekommunikation) (nedan kallad TCK).

26 Tilldelningsförfarandet regleras i 49a § första stycket TKG, som har följande lydelse:

"Regleringsmyndigheten skall tilldela frekvenser som överlåtits till myndigheten till den sökande som uppfyller de allmänna villkoren i 15 § andra stycket punkterna 1 och 2 och som säkerställer den mest effektiva användningen av frekvenserna. Detta fastställs på grundval av storleken på den ersättning som erbjuds för denna användning."

27 I enlighet med 108 och 109 §§ TKG, har TCK bildats i form av ett bolag, Telekom-Control GmbH, som är helägt av österrikiska staten.

Tvisten i målen vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

28 Den 3 maj 1999 tilldelade TCK, genom ett anbudsförfarande, tele.ring Telekom Service GmbH de användningsrättigheter i målen vid den nationella domstolen som avser de så kallade GSM-frekvenserna (DCS-1800-standarden) mot betalning av en avgift på 98 108 326 euro. Den 7 februari 2000 tilldelade TCK, genom ett anbudsförfarande, master talk Austria Telekom Service GmbH & Co. KG de användningsrättigheter i målen vid den nationella domstolen som avser frekvenser för systemet för europeisk radiokommunikation (TETRA) för 4 832 743,47 euro.

29 Den 20 november 2000 tilldelade TCK de användningsrättigheter i målen vid den nationella domstolen som avser de mobiltelesystem som kallas UMTS (IMT-2000-standarden). Förfarandet, som även ägde rum i auktionsform, ledde till att T-Mobile Austria GmbH, 3G Mobile Telecommunications GmbH, mobilkom austria AG & Co. KG, Hutchison 3G Austria GmbH, ONE GmbH och TRA 3G Mobilfunk GmbH tilldelades nämnda rättigheter mot betalning av en avgift som sammanlagt uppgick till 831 595 241,10 euro.

30 Sökandebolagen i målen vid den nationella domstolen har yrkat att Republik Österreich skall förpliktas att till dem utfärda fakturor för tilldelningen av de användningsrättigheter som är aktuella i nämnda mål, eftersom fakturorna är nödvändiga för att den ingående mervärdesskatten skall kunna dras av enligt den nationella lagstiftning genom vilken artikel 17 i sjätte direktivet har införlivats.

31 Mot denna bakgrund beslutade Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien att förklara målen vilande och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1) Skall artikel 4.5 tredje stycket jämförd med punkt 1 i bilaga D, i ... sjätte direktivet tolkas så, att tilldelningen av rättigheter att använda frekvenser för mobiltelesystem enligt UMTS/IMT-2000-standarden, GSM/DCS-1800-standarden och TETRA-standarden ... från en medlemsstat mot en ersättning för användning av frekvenser utgör en verksamhet inom teleområdet?

2) Skall artikel 4.5 tredje stycket i sjätte direktivet tolkas så, att en medlemsstat, vars nationella lagstiftning som förutsättning för att anses som skattskyldig inte återger [det i nämnda bestämmelse angivna] kriteriet att verksamheten 'inte genomförs i försumbart liten skala' (*de minimis*-regel), ... i vart fall skall betraktas som skattskyldig för all verksamhet som den bedriver inom teleområdet, oberoende av om denna verksamhet bedrivs i försumbart liten skala?

3) Skall artikel 4.5 tredje stycket i sjätte direktivet tolkas så, att tilldelningen av rättigheter att använda frekvenser för mobiltelesystem från en medlemsstat mot en ersättning för användning av frekvenser som totalt uppgår till 831 595 241,10 euro (UMTS/IMT-2000), 98 108 326 euro (GSM/DCS-1800-

kanaler) och 4 832 743,47 euro (TETRA) skall anses som verksamhet som inte bedrivs i försumbart liten skala och att medlemsstaten därför skall betraktas som skattskyldig för denna verksamhet?

4) Skall artikel 4.5 andra stycket i sjätte direktivet tolkas så, att det skulle leda till konkurrenssnedvridning av viss betydelse om en medlemsstat, vid tilldelningen av rättigheter att använda frekvenser för mobiltelesystem mot en ersättning som totalt uppgår till 831 595 241,10 euro (UMTS/IMT-2000), 98 108 326 euro (GSM/DCS-1800-kanaler) och 4 832 743,47 euro (TETRA), inte belägger denna ersättning med omsättningsskatt medan privata tillhandahållare av sådana frekvenser är tvungna att belägga denna verksamhet med omsättningsskatt?

5) Skall artikel 4.5 första stycket i sjätte direktivet tolkas så, att en medlemsstat, som bedriver en verksamhet som består i att den tilldelar rättigheter att använda frekvenser för mobiltelesystem till mobilteleoperatörer genom att den först fastställer det högsta budet för ersättningen för användning av frekvenser i ett auktionsförfarande och sedan tilldelar frekvenserna till den högstbjudande, inte bedriver denna verksamhet i sin egenskap av offentlig myndighet och att medlemsstaten därför skall betraktas som skattskyldig för denna verksamhet, oberoende av den rättsliga karaktär som handlingen, genom vilken tilldelningen sker, har enligt medlemsstatens nationella lagstiftning?

6) Skall artikel 4.2 i sjätte direktivet tolkas så, att den tilldelning av rättigheter att använda frekvenser för mobiltelesystem från en medlemsstat som beskrivs i den femte frågan skall betraktas som ekonomisk verksamhet och att medlemsstaten därför skall anses som skattskyldig för denna verksamhet?

7) Skall sjätte direktivet tolkas så, att den ersättning som fastställts för tilldelningen av rättigheter att använda frekvenser för mobiltelesystem utgör en bruttoersättning (som redan innefattar mervärdesskatt) eller en nettoersättning (till vilken mervärdesskatt kan tillkomma)?"

Tolkningsfrågorna

Den sjätte frågan

32 Den nationella domstolen har ställt denna fråga, som skall undersökas först, för att få klarhet i huruvida en medlemsstats tilldelning via auktion av sådana användningsrättigheter som dem som är aktuella i målen vid den nationella domstolen utgör ekonomisk verksamhet i den mening som avses i artikel 4.2 i sjätte direktivet.

33 Enligt artikel 4.1 i sjätte direktivet avses med skattskyldig person varje person som självständigt någonstans bedriver någon form av ekonomisk verksamhet som anges i artikel 4.2 i samma direktiv, oberoende av syfte eller resultat. Begreppet ekonomisk verksamhet definieras i nämnda artikel 4.2 såsom innefattande alla verksamheter av producenter, återförsäljare och personer som tillhandahåller tjänster, däribland utnyttjande av materiella eller immateriella tillgångar i syfte att fortlöpande vinna intäkter därav.

34 Domstolen påpekar i detta sammanhang att även om det i artikel 4 i sjätte direktivet anges ett mycket vitt tillämpningsområde för mervärdesskatt, är det endast verksamheter av ekonomisk art som omfattas av denna bestämmelse (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 juli 1996 i mål C-306/94, Régie dauphinoise, REG 1996, s. I-3695, punkt 15, av den 29 april 2004 i mål C-77/01, EDM, REG 2004, s. I-4295, punkt 47, och av den 26 maj 2005 i mål C-465/03, Kretztechnik, REG 2005, s. I-4357, punkt 18).

35 Det framgår även av fast rättspraxis att det vid en bedömning av definitionerna av begreppen skattskyldig person och ekonomisk verksamhet står klart att begreppet ekonomisk verksamhet har ett vitt tillämpningsområde och att det är fråga om ett objektivt begrepp, i den betydelsen att verksamheten skall bedömas i sig, oberoende av syfte och resultat (se bland annat dom av den 21 februari 2006 i mål C-223/03, University of Huddersfield, REG 2006, s. I-1751, punkt 47 och där angiven rättspraxis).

36 Det framgår av beslutet om hänskjutande att, såvitt avser målen vid den nationella domstolen, TCK:s verksamhet bestod i att, genom ett auktionsförfarande, tilldela näringsidkare rättigheter att använda vissa frekvenser i det elektromagnetiska spektrumet för en bestämd tid. Efter tilldelningsförfarandet utfärdades ett tillstånd för dessa näringsidkare att utnyttja de på detta sätt förvärvade rättigheterna för att installera teleutrustning för användning inom bestämda delar av det elektromagnetiska spektrumet.

37 Det skall följaktligen prövas huruvida utfärdande av ett sådant tillstånd i sig skall anses utgöra "utnyttjande av ... tillgångar" i den mening som avses i artikel 4.2 i sjätte direktivet.

38 Det skall först preciseras att inom ramen för denna bestämmelse avses med begreppet utnyttjande — i enlighet med principen om att det gemensamma systemet för mervärdesskatt skall vara neutralt — samtliga transaktioner, oavsett rättslig form, som syftar till att fortlöpande vinna intäkter av tillgången (se, för ett liknande resonemang, dom av den 4 december 1990 i mål C-186/89, Van Tiem, REG 1990, s. I-4363, punkt 18, domen i det ovannämnda målet EDM, punkt 48, och dom av den 21 oktober 2004 i mål C-8/03, BBL, REG 2004, s. I-10157, punkt 36).

39 I detta avseende skall det framhållas att den verksamhet som är aktuell i målen vid den nationella domstolen består i att utfärda tillstånd som gör det möjligt för de näringsidkare som innehar tillstånden att utnyttja de med dessa förenade användningsrättigheterna, genom att erbjuda allmänheten sina tjänster på mobiltelemarknaden mot ersättning.

40 En sådan verksamhet utgör ett sätt att genomföra de villkor som krävs enligt gemenskapsrätten, vilka bland annat syftar till att säkerställa ett effektivt utnyttjande av frekvensområdet och att undvika skadliga störningar mellan radiobaserade telekommunikationssystem och andra, rymd- eller markbaserade, tekniska system, såsom framgår av artiklarna 2.1 d och 4.1, jämförda med artikel 8.1 i direktiv 97/13.

41 Det skall även påpekas att enligt såväl direktiv 97/13 som TKG omfattas utfärdande av sådana tillstånd av den berörda medlemsstatens exklusiva behörighet.

42 En sådan verksamhet som den som är aktuell i målen vid den nationella domstolen framstår således som en nödvändig förutsättning för att sådana näringsidkare som sökandebolagen i målen vid den nationella domstolen skall få tillträde till mobiltelemarknaden. Det kan inte anses att den behöriga nationella myndigheten genom nämnda verksamheten deltar på marknaden. Det är nämligen endast nämnda näringsidkare, vilka är innehavare av de tilldelade rättigheterna, som verkar på den aktuella marknaden genom att utnyttja den aktuella tillgången i syfte att fortlöpande vinna intäkter därav.

43 Under dessa omständigheter är en sådan verksamhet som den som är aktuell i målen vid den nationella domstolen till sin natur sådan att den inte kan bedrivas av näringsidkare. Det skall i detta hänseende understrykas att det saknar betydelse att

näringsidkarna senare har möjlighet att överföra sina rättigheter att använda radiofrekvenser. Förutom att en sådan överföring alltjämt omfattas av kontroll av den nationella regleringsmyndighet som har ansvar för frekvenstilldelning, enligt artikel 9.4 i direktiv 2002/21, kan den nämligen inte likställas med de offentliga myndigheternas utfärdande av ett tillstånd.

44 När den behöriga nationella myndigheten beviljar ett sådant tillstånd deltar den följaktligen inte i utnyttjandet av en tillgång, bestående av rättigheterna att använda radiofrekvensspektrumet, i syfte att fortlöpande vinna intäkter därav. Genom tilldelningsförfarandet utövar myndigheten endast den verksamhet som uttryckligen ålagts den när det gäller kontroll och reglering av användningen av det elektromagnetiska spektrumet.

45 Den omständigheten att beviljandet av sådana användningsrättigheter som dem som är aktuella i målen vid den nationella domstolen föranleder betalning av en avgift ändrar inte heller verksamhetens rättsliga kvalificering (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 mars 1997 i mål C-343/95, Diego Calì & Figli, REG 1997, s. I-1547, punkt 24 och där angiven rättspraxis).

46 Ett sådant beviljande kan följaktligen inte anses utgöra en "ekonomisk verksamhet" i den mening som avses i artikel 4.2 i sjätte direktivet.

47 Denna slutsats motsägs inte av argumentet att det mot bakgrund av artikel 4.5 i sjätte direktivet inte kan uteslutas att regleringsverksamhet som bedrivs av ett offentligrättsligt organ utgör en ekonomisk verksamhet i den mening som avses i artikel 4.2 i direktivet, så att organet skulle vara att anse som skattskyldigt för denna verksamhet.

48 Även om en sådan regleringsverksamhet skulle kunna anses utgöra en ekonomisk verksamhet, krävs det nämligen, för att artikel 4.5 i sjätte direktivet skall kunna tillämpas, att det på förhand har konstaterats att den aktuella verksamheten är av ekonomisk karaktär. Det följer emellertid av det svar som getts i punkt 46 i denna dom att så inte är fallet.

49 Mot bakgrund av det ovan anförda skall den sjätte frågan besvaras enligt följande. Artikel 4.2 i sjätte direktivet skall tolkas på så sätt att tilldelning via auktion från den nationella regleringsmyndigheten med ansvar för frekvenstilldelning av sådana användningsrättigheter som dem som är aktuella i målen vid den nationella domstolen inte utgör ekonomisk verksamhet i den mening som avses i denna bestämmelse, och omfattas följaktligen inte av tillämpningsområdet för detta direktiv.

De övriga frågorna

50 Med hänsyn till svaret på den sjätte frågan, saknas anledning att besvara de andra frågor som har ställts av den nationella domstolen.

Rättegångskostnader

51 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målen vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (stora avdelningen) följande:

Artikel 4.2 i rådets sjätte direktiv 77/388/EEG av den 17 maj 1977 om harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning rörande omsättningsskatter — Gemensamt system för mervärdesskatt: enhetlig beräkningsgrund skall tolkas på så sätt att tilldelning via auktion från den nationella regleringsmyndigheten med ansvar för frekvenstilldelning av sådana rättigheter som rättigheter att använda frekvenser i det elektromagnetiska spektrumet i syfte att tillhandahålla allmänheten mobilteletjänster inte utgör ekonomisk verksamhet i den mening som avses i denna bestämmelse, och omfattas följaktligen inte av tillämpningsområdet för detta direktiv.

Underskrifter