

ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

26 juni 2007\*

In zaak C-369/04,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het VAT and Duties Tribunal, London (Verenigd Koninkrijk), bij beslissing van 24 augustus 2004, ingekomen bij het Hof op 26 augustus 2004, in de procedure

**Hutchison 3G UK Ltd,**

**mmO<sub>2</sub> plc,**

**Orange 3G Ltd,**

**T-Mobile (UK) Ltd,**

**Vodafone Group Services Ltd**

tegen

**Commissioners of Customs and Excise,**

\* Procestaal: Engels.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Grote kamer),

samengesteld als volgt: V. Skouris, president, P. Jann, C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Lenaerts, P. Kūris, E. Juhász en J. Klučka, kamerpresidenten, K. Schiemann, J. Makarczyk (rapporteur) en U. Lõhmus, rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,

griffiers: B. Fülöp en K. Sztranc-Sławiczek, administrateurs,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 7 februari 2006,

gelet op de opmerkingen van:

- Hutchison 3G UK Ltd, mmO<sub>2</sub> plc, Orange 3G Ltd, T-Mobile (UK) Ltd en Vodafone Group Services Ltd, vertegenwoordigd door K. P. E. Lasok, QC, en door J. Turnbull en P. Lomas, solicitors,
- de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door M. Bethell en R. Caudwell als gemachtigden, bijgestaan door P. Goldsmith, QC, K. Parker, QC, C. Vajda, QC, en G. Peretz, barrister,
- de Deense regering, vertegenwoordigd door J. Molde als gemachtigde, bijgestaan door K. Hagel-Sørensen, advocat,

- de Duitse regering, vertegenwoordigd door W.-D. Plessing en C. Schulze-Bahr als gemachtigden, bijgestaan door K.-T. Stopp, Rechtsanwalt,
  
- de Spaanse regering, vertegenwoordigd door J. Rodriguez Cárcamo als gemachtigde,
  
- Ierland, vertegenwoordigd door D. O'Hagan als gemachtigde, bijgestaan door A. Aston, SC, en G. Clohessy, BL,
  
- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door H. G. Sevenster en M. de Grave als gemachtigden,
  
- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door K. Gross, R. Lyal en M. Shotter als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 7 september 2006,

het navolgende

### **Arrest**

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging 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 (PB L 145, blz. 1; hierna: „Zesde richtlijn”), in het bijzonder van artikel 4 van die richtlijn.

- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Hutchison 3G UK Ltd, mmO<sub>2</sub> plc, Orange 3G Ltd, T-Mobile (UK) Ltd en Vodafone Group Services Ltd, enerzijds, en de in het Verenigd Koninkrijk ter zake van het innen van de belasting over de toegevoegde waarde (hierna: „btw”) bevoegde Commissioners of Customs and Excise, anderzijds, waarin genoemde vennootschappen aanspraak maken op het recht om de btw af te trekken die zij stellen te hebben betaald toen de Secretary of State for Trade and Industry (minister van Handel en Industrie) hun in het jaar 2000 via een veiling vergunningen toekende voor mobiele telecommunicatie van de derde generatie, de zogenaamde „UMTS”-vergunningen (hierna: „in het hoofdgeding aan de orde zijnde vergunningen”).

## **Toepasselijke bepalingen**

### *Btw-wetgeving*

### Gemeenschapsregeling

- 3 Overeenkomstig artikel 2, punt 1, van de Zesde richtlijn zijn de leveringen van goederen en de diensten, welke in het binnenland door een als zodanig handelende belastingplichtige onder bezwarende titel worden verricht, aan de btw onderworpen.
- 4 Artikel 4 van deze richtlijn bepaalt:

„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 daarmee 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.

[...]”

5 In artikel 17 van de Zesde richtlijn is bepaald:

„1. Het recht op aftrek ontstaat op het tijdstip waarop de aftrekbare belasting verschuldigd wordt.

2. Voor zover de goederen en diensten worden gebruikt voor belaste handelingen mag de belastingplichtige van de door hem verschuldigde belasting aftrekken:

a) de belasting over de toegevoegde waarde, welke verschuldigd of voldaan is voor de hem door een andere belastingplichtige geleverde of te leveren goederen en voor de te zijnen behoeve door een andere belastingplichtige verrichte of te verrichten diensten;

[...]”

6 In punt 1 van bijlage D bij de Zesde richtlijn zijn de telecommunicatiediensten vermeld.

Nationale regeling

7 Section 4(1) van de Value Added Tax Act 1994 (wet van 1994 op de belasting over de toegevoegde waarde) bepaalt:

„De btw wordt geheven over alle leveringen van goederen of dienstverrichtingen in het Verenigd Koninkrijk, voor zover het gaat om belastbare leveringen of dienstverrichtingen door een belastingplichtige in het kader van diens economische activiteit.”

*Voorschriften betreffende de toekenning van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde vergunningen*

Gemeenschapsregeling

- 8 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) was van kracht tot 25 juli 2003.
- 9 Artikel 2, lid 1, van deze richtlijn bepaalt:

„In deze richtlijn wordt verstaan onder:

[...]

- d) ‚essentiële eisen’: niet-economische redenen van algemeen belang die een lidstaat ertoe kunnen bewegen voorwaarden vast te stellen voor de totstandbrenging en/of exploitatie van telecommunicatienetwerken of het verstrekken van telecommunicatiediensten. Deze redenen zijn beperkt tot de veiligheid van het exploiteren van het netwerk, het behoud van netwerkintegriteit en, in gerechtvaardigde gevallen, de interoperabiliteit van diensten, de bescherming van gegevens, de bescherming van het milieu en van planologische doelstellingen, alsook het doeltreffende gebruik van het frequentiespectrum en het vermijden van schadelijke interferentie tussen radiotelecommunicatiesystemen en andere, zich in de ruimte of op aarde bevindende technische systemen. [...]

10 Artikel 3, lid 3, tweede zin, van deze richtlijn luidt als volgt:

„De lidstaten mogen 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.”

11 Artikel 4, lid 1, van richtlijn 97/13 preciseert de aan de algemene machtigingen verbonden voorwaarden als volgt:

„Indien de lidstaten de verstrekking van telecommunicatiediensten aan algemene machtigingen onderwerpen, mogen, in gerechtvaardigde gevallen, de in de punten 2 en 3 van de bijlage vervatte voorwaarden aan dergelijke machtigingen worden verbonden. Dergelijke machtigingen dienen te resulteren in een regeling welke een zo gering mogelijke belasting vormt, doch waarbij wordt gewaarborgd dat wordt voldaan aan de relevante, in de punten 2 en 3 van de bijlage vervatte essentiële eisen en andere eisen van algemeen belang.”

12 Hoofdstuk III van richtlijn 97/13 omvat de artikelen 7 tot en met 11, en voorziet in een regeling voor individuele vergunningen, wanneer de situatie de verlening van dergelijke vergunningen rechtvaardigt. Artikel 8, lid 1, eerste alinea, van de richtlijn bepaalt dat „de voorwaarden naast die voor algemene machtigingen welke in gerechtvaardigde gevallen aan individuele vergunningen kunnen worden verbonden, in de punten 2 en 4 van de bijlage staan”. Volgens de punten 2.1 en 4.2 van deze bijlage gaat het met name om voorwaarden die erop gericht zijn, de nakoming van relevante essentiële eisen te waarborgen en om bijzondere voorwaarden in verband met het doeltreffende gebruik en het efficiënte beheer van radiofrequenties.



13 Overeenkomstig artikel 10, lid 1, van richtlijn 97/13 mogen de lidstaten het aantal individuele vergunningen slechts beperken voor zover dit vereist is om het efficiënte gebruik van radiofrequenties te waarborgen. Ingevolge lid 2, eerste streepje, van dat artikel, dienen zij daarbij 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. Op grond van artikel 10, lid 3, eerste alinea, dienen de lidstaten dergelijke individuele vergunningen te verlenen op basis van selectiecriteria die objectief, gedetailleerd, transparant, proportioneel en niet-discriminerend zijn.

14 Uit artikel 11, lid 1, van richtlijn 97/13 volgt, dat ter zake van de verlening van vergunningen vergoedingen kunnen worden verlangd die „uitsluitend [strekken] tot dekking van de administratiekosten die voortvloeien uit de afgifte van, het beheer van, de controle van en het toezicht op de naleving van de toepasselijke individuele vergunningen”. Voorts is in lid 2 van dat artikel bepaald:

„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.”

15 Richtlijn 97/13 werd met ingang van 25 juli 2003 ingetrokken en vervangen 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).

16 Artikel 9 van richtlijn 2002/21 bepaalt:

„[...]”

3. De lidstaten kunnen toestaan dat ondernemingen rechten op het gebruik van radiofrequenties overdragen aan andere ondernemingen.

4. 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 concurrentievervalsing ontstaat als gevolg van een dergelijke overdracht. Wanneer het gebruik van de radiofrequenties is geharmoniseerd door toepassing van beschikking nr. 676/2002/EG [van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een regelgevingskader voor het radiospectrumbeleid in de Europese Gemeenschap (Radiospectrumbeschikking) (PB L 108, blz. 1)] of andere communautaire maatregelen, mag die overdracht niet leiden tot een verandering van het gebruik van de radiofrequentie.”

### Nationale regeling

<sup>17</sup> Krachtens section 1(1) van de Wireless Telegraphy Act 1949 (wet op de draadloze telegrafie van 1949; hierna: „WTA 1949”) „[is] het verboden een station voor draadloze telegrafie op te richten of te gebruiken, of apparatuur voor draadloze telegrafie te installeren of te gebruiken, behoudens krachtens een vergunning die overeenkomstig deze section is verleend door de Secretary of State”. De WTA 1949 stelt overtredingen van dit verbod onder strafbedreiging.

<sup>18</sup> Section 2(1) van de Wireless Telegraphy Act 1998 (hierna: „WTA 1998”) bepaalt de hoofdlijnen voor de toekenning van vergunningen en maakt het de Secretary of State inzonderheid mogelijk bedragen te innen die hoger zijn dan de administratiekosten. Overeenkomstig section 2(2) (c), van die wet dient bij de vaststelling van die bedragen rekening te worden gehouden met het belang bij de bevordering van:

- het doeltreffende gebruik en beheer van het elektromagnetische spectrum;
  
- de economische voordelen als gevolg van het gebruik van draadloze telegrafie;
  
- de ontwikkeling van innovatieve diensten, en
  
- de mededinging op het gebied van telecommunicatiediensten.

<sup>19</sup> Section 3(1) van de WTA 1998 bepaalt:

„Gelet op het feit dat het wenselijk is het optimale gebruik van het elektromagnetische spectrum te bevorderen, kan de Secretary of State bij verordening vaststellen dat in de door hem in of krachtens die verordening bepaalde gevallen een aanvraag voor de verlening van een vergunning voor draadloze telegrafie moet worden ingediend overeenkomstig een procedure die:

- a) nader is bepaald in een mededeling die hij krachtens dat besluit heeft gedaan, en
  
- b) impliceert dat de aanvrager een bod doet, met opgave van de prijs die hij bereid is aan de Secretary of State te betalen voor de vergunning.”

## Hoofdgeding en prejudiciële vragen

- 20 In de lente van het jaar 2000 heeft de Secretary of State de in het hoofdgeding aan de orde zijnde vergunningen toegekend via een openbare veiling.
- 21 De vergunningen werden toegewezen aan de ondernemingen die het hoogste bod hadden uitgebracht op de aangeboden frequentiekavels. Eén van die kavels was voorbehouden aan een nieuwkomer op de markt. Na afloop van de veiling hebben de winnende bidders tezamen in totaal 22 477 400 000 GBP betaald.
- 22 De veiling werd in naam van de Secretary of State georganiseerd door het Radiocommunications Agency, een uitvoerend orgaan van het Department for Trade and Industry (ministerie van Handel en Industrie). Tijdens de gunningsprocedure werd niet gesproken over de btw.
- 23 De aldus toegekende vergunningen blijven geldig tot en met 31 december 2021, tenzij zij eerder door de Secretary of State worden ingetrokken of tenzij de vergunninghouder er vroeger afstand van doet.
- 24 Van mening dat de afgifte van de vergunningen aan de btw was onderworpen en dat in de betaalde bedragen btw was begrepen, hebben de winnende vennootschappen de btw die zij stellen te hebben betaald, teruggevorderd op grond van de nationale wetgeving ter uitvoering van artikel 17 van de Zesde richtlijn. Nadat hun vorderingen waren afgewezen op grond dat de toekenning van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde vergunningen niet aan de btw was onderworpen, hebben zij de zaak bij de verwijzende rechter aanhangig gemaakt.

25 Daarop heeft het VAT and Duties Tribunal, London, de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

- „1) Moet het begrip ‚economische activiteiten’ in de zin van artikel 4, leden 1 en 2, van de Zesde richtlijn, gelet op de omstandigheden die in het overzicht van de tussen partijen vaststaande feiten zijn uiteengezet [...], aldus worden uitgelegd dat de afgifte van [...] vergunningen [voor mobiele telecommunicatie van de derde generatie] door de Secretary of State via een veiling van rechten op het gebruik van telecommunicatieapparatuur in bepaalde delen van het elektromagnetische spectrum (hierna: ‚[betrokken] activiteit’) onder dat begrip valt, en welke overwegingen zijn van belang voor het antwoord op deze vraag?
  
- 2) Welke overwegingen zijn, gelet op de omstandigheden die in het overzicht van de tussen partijen vaststaande feiten zijn uiteengezet, van belang voor het antwoord op de vraag of de Secretary of State in het kader van de [betrokken] activiteit al dan niet handelde ‚als overheid’ in de zin van artikel 4, lid 5, van de Zesde richtlijn?
  
- 3) Kan de [betrokken] activiteit, gelet op de omstandigheden die in het overzicht van de tussen partijen vaststaande feiten zijn uiteengezet, i) ten dele wel en ten dele niet een economische activiteit vormen, en/of ii) ten dele wel en ten dele niet zijn verricht door een publiekrechtelijk lichaam dat als overheid handelde, met als gevolg dat de activiteit krachtens de Zesde richtlijn ten dele wel en ten dele niet aan de btw is onderworpen?
  
- 4) Hoe waarschijnlijk moet een ‚concurrentievervalsing van enige betekenis’ in de zin van artikel 4, lid 5, tweede alinea, van de Zesde richtlijn zijn en hoe snel moet zij volgen op de verrichting van [een activiteit zoals de betrokken activiteit], om de persoon die deze verricht, met betrekking tot deze activiteit op grond van die alinea als belastingplichtige te moeten beschouwen? In welke mate is het beginsel van fiscale neutraliteit eventueel van belang voor het antwoord op deze vraag?

- 5) Valt de afgifte van [...] vergunningen [voor mobiele telecommunicatie van de derde generatie] door de Secretary of State via een veiling van rechten op het gebruik van telecommunicatieapparatuur in bepaalde delen van het elektromagnetische spectrum, gelet op de omstandigheden die in het overzicht van de tussen partijen vaststaande feiten zijn uiteengezet, onder het begrip 'telecommunicatiediensten' in bijlage D bij de Zesde richtlijn (waarnaar wordt verwezen in artikel 4, lid 5, derde alinea, van [deze] richtlijn)?
- 6) Wanneer i) een lidstaat in een wet ter uitvoering van artikel 4, leden 1 en 5, van de Zesde richtlijn aan een overheidsinstantie (zoals in casu de Treasury van het Verenigd Koninkrijk) de wettelijke bevoegdheid verleent om richtsnoeren vast te stellen waarin wordt bepaald welke leveringen van goederen of dienstverrichtingen door een overheidsinstantie als belastbare leveringen van goederen of dienstverrichtingen worden beschouwd, en ii) die overheidsinstantie krachtens deze wettelijke bevoegdheid richtsnoeren vaststelt of voornemens is vast te stellen waarin wordt bepaald dat sommige leveringen belastbaar zijn, is het beginsel dat het Hof van Justitie in punt 8 van zijn arrest van 13 november 1990, *Marleasing* (C-106/89, Jurispr. blz. I-4135), heeft geformuleerd, dan van belang voor de uitlegging van de nationale wetgeving en van deze richtsnoeren (en zo ja, in hoeverre)?”

## Beantwoording van de prejudiciële vragen

### *Eerste vraag*

- <sup>26</sup> Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of een activiteit zoals de afgifte van de in het hoofdeding aan de orde zijnde vergunningen door de Secretary of State via een veiling, een „economische activiteit” is in de zin van artikel 4, leden 1 en 2, van de Zesde richtlijn.

- 27 Volgens artikel 4, lid 1, van de Zesde richtlijn wordt ieder die, ongeacht op welke plaats, zelfstandig een van de in lid 2 van dit artikel omschreven economische activiteiten verricht, ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteit, als belastingplichtige beschouwd. Volgens de definitie in lid 2 omvatten „economische activiteiten” alle werkzaamheden van een fabrikant, handelaar of dienstverrichter, en onder andere de exploitatie van een lichamelijke of onlichamelijke zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.
- 28 In dat verband moet worden opgemerkt dat ofschoon artikel 4 van de Zesde richtlijn aan de btw een zeer ruime werkingssfeer toekent, deze bepaling alleen betrekking heeft op activiteiten met een economisch karakter (zie in die zin arresten van 11 juli 1996, Régie dauphinoise, C-306/94, Jurispr. blz. I-3695, punt 15; 29 april 2004, EDM, C-77/01, Jurispr. blz. I-4295, punt 47, en 26 mei 2005, Kretztechnik, C-465/03, Jurispr. blz. I-4357, punt 18).
- 29 Het is eveneens vaste rechtspraak dat uit de definities van de begrippen belastingplichtige en economische activiteiten blijkt 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, ongeacht het oogmerk of het resultaat van de activiteit (zie met name arrest van 21 februari 2006, University of Huddersfield, C-223/03, Jurispr. blz. I-1751, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 30 Volgens de verwijzingsbeslissing bestond de in het hoofdgeding aan de orde zijnde activiteit van de Secretary of State erin, via een veiling rechten op het gebruik van bepaalde frequenties van het elektromagnetische spectrum voor bepaalde tijd toe te wijzen aan deelnemers aan het economische verkeer. Na afloop van de toewijzingsprocedure ontvingen deze marktdeelnemers een vergunning voor de exploitatie van de aldus verworven rechten om apparatuur in gebruik te nemen voor telecommunicatie in bepaalde delen van het elektromagnetische spectrum.

- 31 Bijgevolg moet worden uitgemaakt of de afgifte van een dergelijke vergunning naar de aard ervan moet worden beschouwd als de „exploitatie van een zaak” in de zin van artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn.
- 32 Om te beginnen zij gepreciseerd dat het begrip „exploitatie” in deze bepaling overeenkomstig de vereisten van het beginsel van neutraliteit van het gemeenschappelijk btw-stelsel betrekking heeft op alle handelingen, ongeacht de rechtsvorm ervan, die bedoeld zijn om uit het betrokken goed duurzaam opbrengst te verkrijgen (zie in die zin arrest van 4 december 1990, Van Tiem, C-186/89, Jurispr. blz. I-4363, punt 18; arrest EDM, reeds aangehaald, punt 48, en arrest van 21 oktober 2004, BBL, C-8/03, Jurispr. blz. I-10157, punt 36).
- 33 In dit verband zij erop gewezen dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde activiteit bestaat in de afgifte van vergunningen op grond waarvan de marktdeelnemers die deze ontvangen, de daaruit voortvloeiende gebruiksrechten mogen exploiteren door tegen betaling hun diensten op de mobiele telecomcommunicatiemarkt aan te bieden aan het publiek.
- 34 Zoals blijkt uit de artikelen 2, lid 1, sub d, 4, lid 1, en 8, lid 1, van richtlijn 97/13, in onderlinge samenhang gelezen, is een dergelijke activiteit evenwel het middel om te voldoen aan de voorwaarden waarin het gemeenschapsrecht voorziet, met name ter verzekering van het doeltreffende gebruik van het frequentiespectrum, het vermijden van schadelijke interferentie tussen radiotelecommunicatiesystemen en andere, zich in de ruimte of op aarde bevindende technische systemen, en het efficiënte beheer van radiofrequenties.



- 35 Bovendien zij benadrukt dat op grond van zowel richtlijn 97/13 als de WTA 1949 en de WTA 1998 uitsluitend de betrokken lidstaat bevoegd is voor de afgifte van dergelijke vergunningen.
- 36 Een activiteit zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, is dus een noodzakelijke en voorafgaande voorwaarde voor de toegang van marktdeelnemers zoals de verzoeksters in het hoofdgeding tot de mobiele telecommunicatiemarkt. Zij kan zelf geen deelneming van de bevoegde nationale instantie aan die markt vormen. Alleen de marktdeelnemers die houder zijn van de toegewezen rechten, zijn immers actief op de betrokken markt door exploitatie van de betrokken zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen.
- 37 In die omstandigheden kan een activiteit zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, uit de aard ervan niet worden verricht door marktdeelnemers. Dienaangaande moet worden gepreciseerd dat het zonder belang is dat die marktdeelnemers hun rechten op het gebruik van radiofrequenties naderhand kunnen overdragen. Nog afgezien van het feit dat een dergelijke overdracht overeenkomstig artikel 9, lid 4, van richtlijn 2002/21 onderworpen blijft aan het toezicht van de nationale regelgevende instantie die verantwoordelijk is voor de toewijzing van het spectrum, kan immers niet worden aangenomen dat deze lijkt op de afgifte van een vergunning door de overheid.
- 38 Wanneer een bevoegde nationale instantie een dergelijke vergunning verleent, neemt zij dus niet deel aan de exploitatie van een goed bestaande uit de rechten op het gebruik van het radiofrequentiespectrum om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen. Met deze gunningsprocedure oefent deze instantie uitsluitend een haar uitdrukkelijk opgedragen toezichthoudende en regelgevende activiteit met betrekking tot het gebruik van het elektromagnetische spectrum uit.

- 39 Overigens laat de omstandigheid dat naar aanleiding van de toekenning van vergunningen zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn een heffing wordt betaald, de juridische kwalificatie van deze activiteit onverlet (zie in die zin arrest van 18 maart 1997, *Diego Cali & Figli*, C-343/95, Jurispr. blz. I-1547, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 40 Mitsdien kan de afgifte van die vergunningen geen „economische activiteit” in de zin van artikel 4, lid 2, van de Zesde richtlijn zijn.
- 41 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het argument volgens hetwelk, gelet op artikel 4, lid 5, van de Zesde richtlijn, niet kan worden uitgesloten dat een regelgevende activiteit van een publiekrechtelijk lichaam een economische activiteit vormt in de zin van artikel 4, lid 2, van die richtlijn, zodat dat lichaam voor die activiteit als belastingplichtige moet worden beschouwd.
- 42 Immers, zelfs al zou een dergelijke regelgevende activiteit als een economische activiteit kunnen worden aangemerkt, dan nog impliceert de toepassing van artikel 4, lid 5, van de Zesde richtlijn, dat vooraf wordt vastgesteld dat de betrokken activiteit een economische activiteit is. Uit het antwoord in punt 40 van het onderhavige arrest blijkt evenwel dat dit niet het geval is.
- 43 Gelet op een en ander moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 4, leden 1 en 2, van de Zesde richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat de afgifte, door de nationale regelgevende instantie die verantwoordelijk is voor de toewijzing van het spectrum, van vergunningen zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, via een veiling van de rechten op het gebruik van telecommunicatieapparatuur, geen economische activiteit in de zin van die bepaling is en dus niet binnen de werkingssfeer van die richtlijn valt.

### *Overige vragen*

- 44 Gelet op het antwoord op de eerste vraag behoeven de overige vragen van de verwijzende rechter niet te worden beantwoord.

### **Kosten**

- 45 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie (Grote kamer) verklaart voor recht:

**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, moet aldus worden uitgelegd dat de afgifte, door de nationale regelgevende instantie die verantwoordelijk is voor de toewijzing van het spectrum, van vergunningen zoals vergunningen voor mobiele telecommunicatie van de derde generatie, de zogenaamde „UMTS”-vergunningen, via een veiling van de rechten op het gebruik van telecommunicatieapparatuur, geen economische activiteit in de zin van die bepaling is en dus niet binnen de werkingssfeer van die richtlijn valt.**

ondertekeningen