

STANOVISKO GENERÁLNÍ ADVOKÁTKY

JULIANE KOKOTT

přednesené dne 7. září 2006(1)

Věc C-284/04

T-Mobile Austria GmbH a další

proti

Rakouské republice

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien (Rakousko)]

„Šestá směrnice o DPH – Pojem hospodářské činnosti – Veřejnoprávní subjekty jako osoby povinné k dani – Dražba licencí pro používání frekvencí pro telekomunikační služby třetí generace (UMTS), jakož i pro GSM-DCS-1800 a TETRA“

I – Úvod

1. V listopadu 2000 vydala Telecom-Control-Kommission, rakouský regulační úřad, několik frekvencí za účelem nabídky mobilních telefonních služeb UMTS/IMT2000(2) (také označované jako mobilní telefonní služby třetí generace – 3G) a rozhodnutím následně udělila úspěšným uchazečům odpovídající práva na používání rádiových frekvencí. Přitom získala celkový výnos ve výši 831 595 241,10 eur. Již předtím byly přiděleny stejným způsobem frekvence za účelem nabídky mobilních telefonních služeb druhé generace (GSM-Standard(3)) a pro vícekanálový rádiový systém TETRA(4).

2. Mobilní telefony třetí generace disponují větší kapacitou pro přenos dat než mobilní telefony předcházejících generací. Umožňují zejména aktivování takových multimediálních služeb, jako jsou videokonference, přístup k internetu a online zábava. Zavedení mobilních telefonů UMTS se považuje za významný technický pokrok, který otevírá telekomunikačním podnikům prostor pro nejrozšířenější nové činnosti.

3. V původním řízení osm telekomunikačních podniků, které získaly práva na používání rádiových frekvencí (dále jen „žalobkyně“), uplatňuje, že udělení práv bylo plněním podléhajícím DPH a že v poplatcích za používání frekvencí byla obsažena DPH. Požadují proto vystavení faktur, ve kterých bude uvedena DPH. To je podmínkou pro odpočet DPH údajně odvedené na vstupu.

4. Podle čl. 4 odst. 1 a 2 šesté směrnice o dani z přidané hodnoty (dále jen „šestá směrnice“)(5) podléhají DPH pouze plnění, která osoba povinná k dani uskutečňuje v rámci své hospodářské činnosti. Směrnice podle čl. 4 odst. 5 v zásadě nepovažuje za plátce DPH stát ani jeho orgány, pokud vystupují jako orgány veřejné správy. Výklad tohoto ustanovení je s ohledem

na dražbu práv na používání rádiových frekvencí jádrem probíhajícího řízení.

5. V souběžně podané žádosti o rozhodnutí o předložení otázky(6), ke které dnes rovněž předkládám stanovisko, pokládá VAT and Duties Tribunal London podobné otázky, které se týkají posouzení dražby licencí na UMTS ve Spojeném království.

6. Krom toho jiné členské státy následovaly britský a rakouský příklad a rovněž získaly vysoké licenční poplatky. Předmetné řízení a souběžně vedené řízení týkající se Spojeného království mají proto zvláštní význam nejenom z důvodu značných částek, které jsou zde ve hře. Spíše jsou také příkladem pro obdobné právní spory v jiných členských státech.

II – Právní rámec

A – Předpisy o DPH

1. Právo Společenství

7. Podle čl. 2 bodu 1 šesté směrnice je předmetem DPH:

„dodání zboží nebo poskytování služeb za protiplnění uskutečně v tuzemsku osobou povinnou k dani, která jedná jako taková; [...]“.

8. Kdo je osobu povinnou k dani, definuje článek 4 šesté směrnice takto:

„1. Osobou povinnou k dani se rozumí jakákoliv osoba, která na jakém místě provádí samostatně kterou z hospodářských činností vymezených v odstavci 2, a to bez ohledu na účel nebo výsledky této činnosti.

2. Mezi hospodářské činnosti uvedené v odstavci 1 náleží veškerá činnost producentů, obchodníků a poskytovatelů služeb včetně zemědělské činnosti a činnosti při výkonu svobodných a jiných obdobných povolání. Za hospodářskou činnost se rovněž považuje využívání hmotného nebo nehmotného majetku za účelem získávání pravidelného příjmu z něj.

[...]

5. Státy, kraje, obce a jiné veřejnoprávní subjekty se nepovažují za osoby povinné k dani v souvislosti s činnostmi nebo plněními, při nichž vystupují jako orgány veřejné správy, a to i tehdy, vybírají-li v souvislosti s těmito činnostmi nebo plněními dávky, poplatky, příspěvky či platby.

Vykonávají-li takové činnosti nebo plnění, považují se nicméně za osoby povinné k dani v souvislosti s těmito činnostmi či plněními, vedlo-li by jejich nepodléhání dani k výraznému narušení hospodářské soutěže.

V každém případě se tyto subjekty považují za osoby povinné k dani v souvislosti s činnostmi uvedenými v příloze D, nejsou-li tyto činnosti prováděny v zanedbatelné míře.

[...]“

9. V příloze D jsou pod bodem 1 uvedeny telekomunikace jako činnost ve smyslu čl. 4 odst. 5 tohoto pododstavce šesté směrnice.

2. Vnitrostátní právo

10. Podle § 1 odst. 1 bodu 1 zákona o dani z obrátu z roku 1994 (Umsatzsteuergesetz 1994, dále jen „UStG 1994“) podléhají DPH dodávky zboží a jiná plnění uskutečněná za úplatu na území

zem? podnikatelem v rámci jeho podniku. ?innost provedená na základ? právního nebo správního aktu nebo ohledn? níž se má za to, že byla uskute?n?na na základ? právních p?edpis?, podléhá rovn?ž zdan?ní.

11. Podle § 2 odst. 1 UStG 1994 je za podnikatele považován každý, kdo nezávisle vykonává obchodní nebo profesní ?innost. Obchodní nebo profesní ?inností je jakákoli soustavná ?innost vykonávaná za ú?elem získávání p?íjm? z této ?innosti.

12. Podle § 2 odst. 3 UStG 1994 ve?ejnoprávní subjekty v zásad? obchodní nebo profesní ?innost vykonávají pouze v rámci svých obchodních organizací [§ 2 zákona o korporací dani (Körperschaftsteuergesetz, dále jen „KStG“)]. Ustanovení § 2 odst. 1 KStG stanoví, že obchodní organizaci ve?ejnoprávního subjektu p?edstavuje každý orgán, který je hospodá?sky nezávislý a vykonává výlu?n? nebo p?evážn? soustavnou hospodá?skou ?innost soukromého charakteru mimo odv?tví zem?d?lství nebo lesního hospodá?ství za ú?elem získávání p?íjm? z této ?innosti nebo, v p?ípád? neú?asti na obecných hospodá?ských vztazích, jiných hospodá?ských výhod.

13. Ustanovení § 2 odst. 5 KStG nicmén? stanoví: „O hospodá?skou ?innost soukromého charakteru ve smyslu odstavce 1 se nejedná, pokud ?innost spadá do výkonu ve?ejné správy (ve?ejná služba) [...]“.

14. Paragraf 11 odst. 1 první a druhá v?ta UStG 1994 stanoví: „Jestliže podnikatel uskute?ní ?innosti ve smyslu § 1 odst. 1 bodu 1 UStG 1994, je oprávn?n vystavit faktury. Mimoto, pokud tento podnikatel uskute?ní ?innosti ur?ené jinému podnikateli pro pot?eby jeho podniku nebo právnické osob?, v rozsahu, v n?mž se nejedná o podnikatele, je povinen vystavit faktury.“(7) Tyto faktury musí podle § 11 odst. 1 bodu 6 UStG 1994 uvád?t ?ástku dan? p?ípadající na uskute?nou platbu.

B – Právní rámec pro p?id?lení frekvencí UMTS

15. Rádiové frekvence jsou omezené zdroje. Frekven?ní spektrum, které by bylo technicky použitelné, je ovšem z v?tší ?ásti p?id?leno nejrz?njším službám a ú?el?m používání. Proto, aby nedocházelo k vzájemnému rušení, jsou pro každé používání ur?eny ur?ité ?ásti (frekven?ní pásma), které jsou od sebe navzájem odd?leny. Celosv?tový systém frekvencí je založen na spolupráci v rámci Mezinárodní telekomunika?ní unie (dále jen „ITU“), mezinárodní organizace p?sobící v rámci OSN.

16. Frekven?ní pásma, která byla ur?ena pro mobilní telefony UMTS/IMT?2000, byla v zásad? stanovena v roce 1992 na Sv?tové konferenci rádiové správy (WRC 92) po?ádané ITU. Usnesení ?. 212 Sv?tové konference rádiové správy z roku 1997 p?edpokládá, že zavád?ní mobilních telefonních služeb IMT?2000 lze o?ekávat kolem roku 2000.

17. Na evropské úrovni provedla Evropská konference správ pošt a telekomunikací (CEPT)(8) další p?ípravy na zavedení mobilních telefon? t?etí generace. Evropský výbor radiokomunikací (ERC), který je sou?ástí této organizace, definoval v rozhodnutí ERC/DEC(97)/07 ze dne 30. ?ervna 1997(9) frekven?ní spektrum, které je pro tento ú?el použitélné.

18. Část frekvenčního spektra, která byla pro mobilní telefony třetí generace vyhrazena, může být rozdělena na další části, ve kterých může souběžně provozovat mobilní telefonní síť více poskytovatelů. Přidělování a počet práv na používání frekvencí přiznaných pro tento účel se liší v každém členském státě(10). Zatímco například Rakousko a Německo rozdělily spektrum mezi šest provozovatelů, Belgie a Francie mezi tři provozovatele. Při udělování šířky pásma, které je pro provoz sítě vyhrazeno, tedy existuje – v rámci minimálních technických požadavků – určitý prostor pro uvážení.

19. Také systém frekvencí pro mobilní telefonní služby druhé generace je založen na pokynech CEPT.

1. Právo Společenství

20. V rozhodném období tvořila právní rámec Společenství pro udělování obecných a individuálních licencí v oblasti telekomunikačních služeb směrnice 97/13/ES(11).

21. Podle čl. 3 odst. 3 směrnice 97/13 „[čl.]enské státy mohou vydat individuální licenci pouze v tom případě, že nabyvatel obdrží přístup k omezeným fyzickým nebo jiným zdrojům, nebo v případě, že podléhá zvláštním povinnostem nebo požívá zvláštních práv v souladu s ustanoveními oddílu III“. *(neoficiální překlad)*

22. Oddíl III směrnice (články 7 až 11) blíže upravuje individuální licence. Článek 10 stanoví, že členské státy mohou omezit počet individuálních licencí, pouze pokud je to nezbytné pro zajištění účinného využití rádiových frekvencí. Musí přitom zejména přiměřeným způsobem vzít v úvahu nezbytnost maximalizovat výhody pro uživatele a usnadnit rozvoj hospodářské soutěže. Členské státy udělí individuální licence na základě objektivních, nediskriminačních, transparentních, přiměřených a podrobných výběrových kritérií.

23. Podle čl. 11 odst. 1 směrnice 97/13 mohou být vybírány za udělování individuálních licencí poplatky pokrývající náklady. Krom toho odstavec 2 umožňuje stanovení dalších poplatků:

„Aniž je dotčen odstavec 1, mohou členské státy v případě omezených zdrojů oprávnit své vnitrostátní správní orgány, aby uložily poplatky, které berou ohled na nezbytnost zajistit optimální využití těchto zdrojů. Tyto poplatky jsou nediskriminační a berou ohled zejména na nezbytnost podporovat rozvoj inovačních služeb a hospodářské soutěže.“ *(neoficiální překlad)*

24. Směrnice 97/13 byla zrušena směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2002/21/ES ze dne 7. března 2002 o společném předpisovém rámci pro síť a služby elektronických komunikací (rámcová směrnice)(12). Na rozdíl od směrnice 97/13 se nyní v čl. 9 odst. 3 směrnice 2002/21 výslovně stanoví, že členské státy mohou umožnit podnikům převod práv na používání rádiových frekvencí na jiné podniky.

25. Článek 9 odst. 4 směrnice 2002/21 v této souvislosti stanoví:

„Členské státy zajistí, aby byl záměr podniku převést práva na používání rádiových frekvencí oznámen vnitrostátnímu regulačnímu orgánu, který je odpovědný za přidělení frekvencí, a aby byl každý převod proveden v souladu s postupy stanovenými vnitrostátním regulačním orgánem a byl zveřejněn. Vnitrostátní regulační orgány zajistí, aby v důsledku jakýchkoli takových transakcí nebyla narušena hospodářská soutěž. Pokud bylo používání rádiových frekvencí harmonizováno uplatňováním rozhodnutí č. 676/2002/ES (rozhodnutí o rádiovém spektru) nebo jiných opatření Společenství, neznamená jakýkoli takový převod změnu v používání dané rádiové frekvence.“

26. Významné je dále také rozhodnutí Evropského Parlamentu a Rady č. 128/1999/ES ze dne

14. prosince 1998 o koordinaci zavádění bezdrátového a mobilního komunikačního systému třetí generace (UMTS) na území Společenství(13) (rozhodnutí o UMTS). Tímto rozhodnutím daly Parlament a Rada skutečný poáteční signál pro zavádění UMTS mobilních telefonů v Evropě.

27. Odvodnění rozhodnutí o UMTS odkazuje na mezinárodní vývoj a pokyny pro třetí generaci mobilních telefonů. V čl. 3 odst. 1 rozhodnutí o UMTS se členským státům ukládá povinnost, aby k 1. lednu 2000 zavedly systém řízení o udělení licencí pro zavedení služeb UMTS. Podle čl. 3 odst. 3 přitom mají „v souladu s právem Společenství [zajistit], aby při aktivování [...] UMTS byla využita kmitoťtová pásma, která byla harmonizována [...] CEPT“.

2. Vnitrostátní předpisy

28. Podle § 14 zákona o telekomunikacích ve znění ze dne 1. června 2000 (Telekommunikationsgesetz, dále jen „TKG“) je k provozování služby mobilní hlasové telefonní komunikace a jiných veřejných mobilních telekomunikačních služeb prostřednictvím samostatně provozované mobilní telekomunikační sítě potřebná koncese. Koncese se uděluje, pokud byly žadateli přiděleny frekvence k provozování veřejných mobilních telekomunikačních služeb nebo mu mohou být přiděleny souasně s udělením uvedené koncese (§ 15 odst. 2 bod 3 TKG). Koncese mohou být podle § 16 odst. 1 TKG převezeny se souhlasem regulačního úřadu. Za účelem pokrytí správních nákladů, které jsou spojeny s udělením koncese, se vybírá poplatek (§ 17 TKG).

29. Podle § 21 odst. 1 TKG mají držitelé koncese na mobilní telekomunikace k zajištění účinného provozování přidělených frekvencí povinnost vedle daně za používání frekvencí uhradit, jednorázovou platbou nebo ročními splátkami, poplatek za používání frekvencí. Paragraf 49 odst. 4 TKG stanoví, že „přidělení frekvencí určených k poskytování veřejných mobilních komunikačních služeb a jiných veřejných telekomunikačních služeb přísluší regulačnímu orgánu“.

30. Řízení o přidělení podrobně upravuje § 49a TKG, který v odstavci 1 stanoví: „Regulační orgán musí jemu svěřené frekvence přidělit žadateli, který splňuje obecné podmínky upravené v § 15 odst. 2 bodech 1 a 2 a zaručuje nejúčinnější používání frekvencí, což se zjistí podle výše poplatku nabízeného za právo na používání frekvencí.“

31. Další podrobnosti týkající se řízení o přidělení frekvencí pro mobilní telefonní systémy třetí generace (UMTS/IMT-2000) upravoval jednacím řád vydaný Telekom-Control-Kommission na základě § 49a odst. 7 TKG, jakož i podklady k nabídkovému řízení ze dne 10. července 2000. V nich jsou stanoveny mimo jiné minimální nabídky ve výši 700 000 000 ATS (50 870 983,92 eur) pro párové spektrum frekvencí a 350 000 000 ATS (25 435 491,96 eur) pro nepárové spektrum frekvencí.

32. Před 1. červnem 2000 se pro udělování frekvencí používala pravidla stanovená v TKG v jeho znění z roku 1997.

33. V roce 2003 byla ustanovení TKG novelizována. V § 56 odst. 1 TKG 2003 je nyní zejména upraveno převezení práv na používání frekvencí, které byly uděleny regulačním úřadem. Převezení frekvencí je možné pouze za určitých podmínek a vyžaduje schválení regulačním úřadem.

34. V paragrafech 110 až 112 TKG je upravena struktura Telekom-Control-Kommission a její úkoly. Je součástí společnosti Telekom-Control GmbH, jejímž jediným společníkem je stát, a která vykonává úkoly regulačního úřadu, pokud tyto úkoly nejsou svěřeny Telekom-Control-Kommission (§§ 108 a 109 TKG). K regulačním úkolům Telekom-Control-Kommission patří

zejména p?id?lování frekvencí podle ?l. 49 odst. 4 ve spojení s ?lánkem 49a TKG (§ 111 bod 9 TKG).

III – Skutkový stav a p?edb?žné otázky

35. Rozhodnutím Telekom-Control-Kommission ze dne 20. listopadu 2000 byly p?id?leny frekvence, jakož i koncese pro mobilní telefonní systémy t?etí generace (UMTS/IMT?2000). Frekvence byly p?ed jejich p?id?lením ve?ejn? vyhlášeny a nakonec byly v rámci víceetapového, soub?žn? vedeného auk?ního ?ízení vydraženy. P?i dražb? konané ve dnech 2. a 3. listopadu 2000 bylo vydraženo celkem 12 frekven?ních párových pásem o ší?ce 5 MHz a v další soub?žn? vedené dražb? p?t samostatných frekven?ních pásem o ší?ce 5 MHz. Na základ? výsledk? dražby byly rozhodnutím frekvence p?id?leny žalobkyním. Poplatky za používání frekvencí byly stanoveny následovn?:

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. Uvedené ?ástky m?ly být vydražiteli zaplacený vždy ve dvou splátkách, první splátka b?hem 7 dn? po doru?ení rozhodnutí Telekom-Control-Kommission a druhá splátka b?hem šesti týdn?. Koncese a práva na používání frekvencí jsou platné do 31. prosince 2020.

37. Rozhodnutím Telekom-Control-Kommission ze dne 3. kv?tna 1999 byla spole?nosti tele.ring Telekom Service GmbH & Co KG (dále jen „tele.ring“) ud?lena práva na používání frekvencí GSM (kanály DCS-1800) za poplatek za používání frekvencí ve výši 98 108 326,00 eur. Dále Telekom-Control-Kommission rozhodnutím ze dne 7. února 2000 p?id?lila frekvence na vícekanálový rádiový systém TETRA spole?nosti master-talk Austria Telekom Service GmbH und Co KG, p?i?emž poplatek za používání frekvencí byl stanoven na ?ástku 4 832 743,47 eur. Také tato rozhodnutí byla založena na dražb?.

38. V p?vodním ?ízení žalobkyn? požadují vystavení faktur za poplatky za používání frekvencí, ve kterých bude uvedena DPH, která je podle jejich názoru v poplatku zahrnuta. V tomto ?ízení Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien rozhodnutím ze dne 7. ?ervna 2004 Soudnímu dvoru v rámci žádosti o rozhodnutí o p?edb?žné otázce podle ?lánku 234 ES položil následující p?edb?žné otázky:

„1. Musí být ?l. 4 odst. 5 t?etí pododstavec ve spojení s p?ílohou D bodem 1 šesté sm?rnice [...] vykládán v tom smyslu, že v p?ípád? ud?lení práv na používání frekvencí pro mobilní telefonní systémy podle norem UMTS/IMT?2000, GSM-DCS-1800 a TETRA (dále jen „práva na používání frekvencí pro mobilní telefonní systémy“) ?lenským státem za poplatek za používání frekvencí se jedná o ?innost v odv?tví telekomunikací?

2. Musí být ?l. 4 odst. 5 t?etí pododstavec šesté sm?rnice vykládán v tom smyslu, že ?lenský stát, jehož vnitrostátní právo neobsahuje kritérium „[ne]zanedbatelné míry“ ?innosti uvedené v [témže ustanovení] (pravidlo *de minimis*) jako podmínku toho, aby se jednalo o osobu povinnou k dani, musí být, v každém p?ípád?, považován ve vztahu k veškerým ?innostem v odv?tví

telekomunikací nezávisle na tom, zda je míra těchto činností zanedbatelná, či nikoli, za osobu povinnou k dani?

3. Musí být čl. 4 odst. 5 třetí pododstavec šesté směrnice vykládán v tom smyslu, že udělení práv na používání frekvencí pro mobilní telefonní systémy členským státem za poplatky za používání frekvencí [odpovídající celkovým částkám] 831 595 241,10 eur (UMTS/IMT2000), 98 108 326 eur (GSM/DCS1800) a 4 832 743,47 eur (TETRA) musí být posuzováno jako činnost prováděná v zanedbatelné míře, a členský stát se tedy ve vztahu k této činnosti považuje za osobu povinnou k dani?

4. Musí být čl. 4 odst. 5 druhý pododstavec šesté směrnice vykládán v tom smyslu, že by vedlo k výraznému narušení hospodářské soutěže, kdyby členský stát při udělení práv na používání frekvencí pro mobilní telefonní systémy za [poplatky za používání odpovídající celkovým částkám] 831 595 241,10 eur (UMTS/IMT2000), 98 108 326 eur (GSM/DCS1800) a 4 832 743,47 eur (TETRA) nepodrobil tyto poplatky dani z obratu, zatímco jednotlivci poskytující tyto frekvence musejí tuto činnost [tuto] dani podrobit?

5. Musí být čl. 4 odst. 5 první pododstavec šesté směrnice vykládán v tom smyslu, že činnost členského státu, který uděluje práva na používání frekvencí pro mobilní telefonní systémy podnikatelům v odvětví mobilních telefonních komunikací tím způsobem, že nejprve v dražebním řízení zjistí nejvyšší nabídku na úhradu za právo na používání frekvencí a poté přidělí frekvence osobě nabízející nejvíce, není prováděna jako činnost, při níž [tento stát] vystupuje jako orgán veřejné správy, a [uvedený stát] se tedy ve vztahu k této činnosti považuje za osobu povinnou k dani, a to nezávisle na právní kvalifikaci aktu, na jehož základě k přidělení došlo, podle vnitrostátního práva [dotyčného] státu?

6. Musí být čl. 4 odst. 2 šesté směrnice vykládán v tom smyslu, že udělení práv na používání frekvencí pro mobilní telefonní systémy členským státem popsané v rámci páté otázky musí být posuzováno jako hospodářská činnost, a tím se členský stát ve vztahu k této činnosti považuje za osobu povinnou k dani?

7. Musí být šestá směrnice vykládána v tom smyslu, že se v případě stanovených poplatků za udělení práv na používání frekvencí pro mobilní telefonní systémy jedná o hrubé částky (které v sobě již zahrnují DPH) nebo o čisté částky (k nimž ještě může být připočtena DPH)?

39. V řízení před Soudním dvorem předložily vyjádření podniky uvedené v bodech 35 a 37 tohoto stanoviska, Finanzprokuratur za Rakouskou republiku jako žalovanou, dánská, německá, italská, nizozemská, rakouská a polská vláda a vláda Spojeného království, jakož i Komise Evropských společenství.

IV – Právní posouzení

40. Podle čl. 4 odst. 1 šesté směrnice se osobu povinnou k dani rozumí osoba, která provádí samostatně hospodářskou činnost, a to bez ohledu na účel nebo výsledky této činnosti. Článek 4 odst. 2 šesté směrnice blíže definuje pojem hospodářských činností. Tato ustanovení tak neupravují pouze to, kdo může být osobou povinnou k dani, nýbrž také to, za jakých podmínek podléhá činnost poplatníka DPH.

41. Článek 4 odst. 5 šesté směrnice obsahuje rozdílná pravidla pro to, kdy je třeba považovat stát za osobu povinnou k dani⁽¹⁴⁾. Použití těchto pravidel ovšem předpokládá, že je dána hospodářská činnost ve smyslu čl. 4 odst. 2. Proto je třeba se nejdříve zabývat šestou otázkou, která směřuje k výkladu tohoto ustanovení.

A – K šesté p?edeb?žné otázce: existence hospodá?ské ?innosti

42. Podstatou šesté otázky p?edkládajícího soudu je, zda ud?lení práv na používání frekvencí pro mobilní telefonní systémy ?lenským státem musí být posuzováno jako hospodá?ská ?innost ve smyslu ?l. 4 odst. 2 šesté sm?rnice.

43. ?lánek 4 odst. 2 šesté sm?rnice obsahuje velmi rozsáhlý vý?et toho, co lze považovat za hospodá?skou ?innost ve smyslu odstavce 1. Mezi hospodá?ské ?innosti náleží veškerá ?innost producent?, obchodník? a poskytovatel? služeb v?etn? t?žební a zem?d?lské ?innosti a zejména také pln?ní, které využívá nehmotného majetku za ú?elem získávání pravidelného p?íjmu z n?j.

44. Soudní dv?r z této definice dovodil, „že analýza pojmu hospodá?ská ?innost jasn? ukazuje rozsah p?sobnosti pojmu a jeho objektivní povahu v tom smyslu, že ?innost je posuzována sama o sob?, bez ohledu na sv?j ú?el nebo výsledky“(15).

45. Nezáleží tedy na subjektivních úmyslech, které dot?ená osoba ?inností sleduje. Jinak by da?ový orgán musel provád?t šet?ení za ú?elem zjišt?ní úmyslu, což by bylo v rozporu s cíli spole?ného systému DPH. Tento systém totiž sm?ňuje k zajišt?ní právní jistoty a usnadn?ní úkon? v rámci uplat?ování DPH tím, že se, vyjma výjime?ných p?ípad?, p?ihlíží k objektivní povaze daného pln?ní(16).

46. Nejprve se budu zabývat námitkou, že hospodá?ská ?innost je vylou?ena již tím, že dražba práv na používání rádiových frekvencí m?la za cíl regulovat trh. Dále je t?eba zkoumat, zda lze tuto operaci charakterizovat jako využívání nehmotného majetku za ú?elem získávání pravidelného p?íjmu z n?j ve smyslu ?l. 4 odst. 2 šesté sm?rnice.

1. Vylou?uje zám?r regulovat trh hospodá?skou ?inností

47. Základem dražby práv na používání rádiových frekvencí je skute?nost, že radiové frekvence jsou omezenými zdroji. ?ást elektromagnetického spektra, která se využívá pro mobilní telefonní služby, je stanovena mezinárodními dohodami. V rámci této ?ásti m?že být soub?žn? provozován pouze velmi malý po?et mobilních telefonních sítí. Regulatorní zásah státu je nezbytný proto, aby bylo zajišt?no ?ádné a nerušené využívání frekvencí.

48. Rozhodnutí o UMTS zavazuje ?lenské státy k provedení nezbytných administrativních postup?, aby mohly být zavedeny UMTS služby.

49. Sm?rnice 97/13 a související vnitrostátní provád?cí akty tvoří zvláštní právní rámec, kterým jsou ?lenské státy p?i p?id?lování kmito?tových pásem vázány. ?lenské státy podle ?lánku 10 sm?rnice 97/13 musí ud?lovat individuální licence na základ? objektivních, nediskrimina?ních, transparentních, p?im?ených a podrobných výb?rových kritérií. Podle ?l. 11 odst. 2 sm?rnice 97/13 ?lenské státy mohou v této souvislosti uložit poplatky, které berou ohled na nezbytnost zajistit optimální využití t?chto zdroj?.

50. Rakousko se rozhodlo vydražit práva na používání rádiových frekvencí. Podle § 49a TKG m?li být na základ? dražby ur?eni takoví poskytovatelé, kte?í by zaru?ili nejú?inn?jší používání frekvencí. Naproti tomu nešlo podle vyjád?ení rakouské vlády o to, aby stát dosáhl zna?ných výnos?.

51. členské státy, které předložily vyjádření, a Komise z těchto okolností dovozují, že udělení práv na používání rádiových frekvencí ze strany Telecom-Control-Kommission nelze považovat za hospodářskou činnost ve smyslu čl. 4 odst. 1 a 2 šesté směrnice, nýbrž za opatření k regulaci trhu.

52. S tímto závěrem nesouhlasím.

53. Skutečnost, zda se jedná o hospodářskou činnost ve smyslu předpisů o DPH, závisí na její objektivní povaze, kterou je třeba určit na základě konkrétních okolností. Cíl sledovaný touto činností, a sice regulace přístupu na trh mobilních telekomunikací v souladu s požadavky práva Společenství a určení nejvhodnějších mobilních operátorů, je naproti tomu bezpředmětný. Takové cíle nemají být podle uvedené judikatury při kvalifikování činností zohledňovány(17).

54. Předmětem dražby bylo právo využívat po dobu 20 let vymezené rádiové frekvence pro provoz mobilní telefonní sítě. Toto právo, popř. nárok na jeho udělení, získaly v dražbě ty podniky, které podaly nejvyšší nabídky.

55. Otázka, jak má být přitom udělení práv na používání rádiových frekvencí státem právně kvalifikováno – zda jako správní rozhodnutí nebo občanskoprávní plnění – je pro určení objektivního charakteru činnosti stejně tak málo rozhodující jako označení odpovídajícího protiplnění ze strany podniků. Práva byla tedy udělena pouze proti platbě částky, které bylo dosaženo v dražbě, takže peněžité plnění bylo v přímé souvislosti s udělením práv. Poplatek za používání frekvencí ostatně nepředstavuje poplatek pokrývající pouze administrativní náklady přidělení frekvencí.

56. Rozhodující také není otázka, zda dosažení výnosů bylo motivem pro organizaci řízení o udělení práv na používání rádiových frekvencí. Z objektivního hlediska totiž Telecom-Control-Kommission přidělila práva proti peněžitému plnění, které mělo odrážet hospodářskou hodnotu práv a které mnohonásobně překračovalo administrativní náklady řízení. Tím, že byly v podmínkách dražby stanoveny minimální nabídky až do výše 50 milionů eur, bylo předmětem plánováno dosažení výnosů značného rozsahu. Při posouzení dražby pro účely DPH nemá žádný význam, zda dosažení výnosů bylo hlavním motivem jednání státu nebo pouze vedlejším důsledkem, který byl nutně spojen s touto formou udělování licencí.

57. Označení udělení práv na používání rádiových frekvencí za hospodářskou činnost nebrání ani skutečnost, že se toto vydávání nakonec zařadilo do regulačního rámce ovlivněného právem Společenství. Splnění těchto právních podmínek totiž představuje pouze (povinně stanovený) cíl, který nelze zohlednit při kvalifikaci hospodářského charakteru činnosti(18).

58. To, že regulační činnost může jako hospodářská činnost podléhat DPH, lze ukázat na příloze D bodu 7 šesté směrnice. Mezi činnostmi, které mají vždy být považovány za činnosti státu podléhající DPH podle čl. 4 odst. 5 třetího pododstavce šesté směrnice se zahrnují operace zemědělských intervenčních agentur týkající se zemědělských produktů a prováděné podle předpisů upravujících společnou organizaci trhu s těmito výrobky. Pokud intervenční agentura prodává produkty ze svých zásob, je DPH splatná, i když jsou takové operace primárně zaměřeny na regulaci trhu, a nikoliv na dosažení zisku.

59. Poukaz na vnější objektivní znaky operací rozšiřuje pojem hospodářské činnosti na širokou oblast, což je v souladu s názorem Soudního dvora(19). Pokud by se ovšem v této fázi hodnocení přihlíželo k tomu, že veřejný orgán vykonává činnost v rámci plnění svého zákonem stanoveného úkolu, přisobnost směrnice by byla předmětem podstatně omezena. Zůstal by pouze velmi omezený prostor pro použití čl. 4 odst. 5 šesté směrnice, aťkoliv toto ustanovení obsahuje zvláštní pravidla

pro orgány veřejné správy.

60. Soudní dvůr zejména v rozsudku Eurocontrol(20), na který níkteří účastníci řízení odkazují, jistě rozhodl, že o hospodářskou činnost ve smyslu soutěžních pravidel Smlouvy ES se nejedná, pokud jde o výkon veřejné moci.

61. Právo hospodářské soutěže a šestá směrnice o DPH jsou však založeny na odlišných pojetích hospodářské činnosti. V právu hospodářské soutěže se výkon veřejné moci považuje za kritérium vylučující hospodářskou činnost z relevantního soutěžního jednání. Zvláštní úprava činností státu při výkonu veřejné moci zde ovšem chybí.

62. Pojem hospodářské činnosti v čl. 4 odst. 1 a 2 šesté směrnice je širší než obdobný pojem v soutěžním právu. Výkon veřejné moci v tomto případě nehraje roli. Tato skutečnost je zohledněna až v další fázi zkoumání, totiž v rámci zvláštní úpravy čl. 4 odst. 5. Toto ustanovení by bylo ovšem nadbytečné, pokud by působnost šesté směrnice o DPH byla při výkonu veřejné moci vbec vyloučena, obdobně jako je tomu v právu hospodářské soutěže.

2. Využívání majetku za účelem získávání pravidelného příjmu

63. Podle čl. 4 odst. 2 šesté směrnice se za hospodářskou činnost považuje zejména využívání hmotného nebo nehmotného majetku za účelem získávání pravidelného příjmu z něj. Práva na používání rádiových frekvencí představují nehmotný majetek.

64. Pojem „využívání“ se v souladu s požadavkem zásady neutrality společného systému DPH vztahuje na všechny operace bez ohledu na jejich právní formu(21). Soudní dvůr tak považoval pronájem za využívání majetku, které je třeba považovat za hospodářskou činnost ve smyslu čl. 4 odst. 2 šesté směrnice(22). Telekom-Control-Kommission udělilo žalobkyním časově omezené právo na používání rádiových frekvencí proti platbě poplatku. Tuto operaci, která se podobá pronájmu, je třeba považovat za využívání nehmotného majetku za účelem získávání pravidelného příjmu z něj.

65. Finanzprokuratur, dánská, nizozemská a rakouská vláda ovšem uplatňují, že o získávání pravidelného příjmu nelze hovořit, protože přidělení frekvencí bylo jednorázovou operací.

66. Zatímco v německém znění používaný pojem „nachhaltig“ není zcela jasný, při využití jiných jazykových verzí je zřejmé, že získávání příjmu musí být dlouhodobé(23). Pouhé příležitostné komerční využívání majetku nepředstavuje hospodářskou činnost ve smyslu čl. 4 odst. 1 a 2 šesté směrnice, jak Soudní dvůr rozhodl ve věci Enkler(24).

67. Udělení práv na používání rádiových frekvencí, které je předmětem tohoto řízení, ovšem není příležitostným využíváním v tomto smyslu. Na vysvětlení lze stručně připomenout okolnosti rozsudku Enkler. Ten se týkal otázky, zda příležitostný pronájem obytného automobilu, který jeho vlastník jinak využívá převážně pro soukromé účely, je třeba také považovat za využívání majetku za účelem získávání pravidelného příjmu.

68. Výchoziskem prozkumu Soudního dvora byla povaha majetku. Lze-li majetek použít výhradně pro hospodářské účely, je to obecně dostatečný důkaz pro to, že jeho vlastník využívá majetek pro hospodářské činnosti, a tedy za účelem získávání pravidelného příjmu. Může-li být majetek naopak použit podle svého druhu jak k hospodářským, tak i osobním účelům, pak je třeba zkoumat všechny okolnosti jeho využívání, aby se zjistilo, zda je skutečně používán za účelem získávání pravidelného příjmu(25).

69. U práva na využívání rádiových frekvencí za účelem nabídky mobilních telefonů UMTS a

GSM p?ichází ovšem v úvahu pouze hospodá?ské využívání. V tomto p?ípad? tedy od po?átku nejde o otázku odd?lení hospodá?ského využívání majetku od využívání osobního. Nelze tedy hovořit o p?íležitostné hospodá?ské ?innosti, která by ustoupila osobnímu využívání.

70. Vícekanálový rádiový systém TETRA má být ovšem obecn? používán také pro komunikaci bezpe?nostních a po?ádkových orgán? apod. Kdyby tyto orgány provoz sít? p?evedly na soukromého poskytovatele, rovn?ž by to v tomto rozsahu p?edstavovalo hospodá?ské využívání odpovídajících frekvencí. V každém p?ípad? není u konkrétních ud?lených práv na používání frekvencí pro vícekanálový rádiový systém TETRA z?ejmé, že by tím docházelo pouze k ?áste?nému využívání za ú?elem dosahování zisku.

71. Také skute?nost, že práva na používání rádiových frekvencí byla vydána pouze jednou na dlouhou dobu, neznamená, že se jedná o p?íležitostné využívání pro hospodá?ské ú?ely. V této souvislosti nezáleží na tom, jak ?asto osoba povinná k dani skute??uje srovnatelná pln?ní, nýbrž na tom, zda ur?itý majetek p?ináší dlouhodob? p?íjmy. Právo na využívání frekvencí je poskytnuto na 20 let a p?ináší státu p?íjmy po celou tuto dobu.

72. Skute?nost, že poplatek za používání frekvencí musel být bezprost?edn? po ud?lení práv zaplacen pouze ve dvou splátkách, a nikoliv periodicky se opakující platbou, nem?ní nic na pravidelnosti dosažení výnosu. Teoreticky by poplatek za používání frekvencí mohl být zaplacen také jinou formou. Použitelnost šesté sm?nice ovšem nezávisí na podmínkách platby poplatku, které si mohou strany sjednat.

73. Odhlédne-li se od této skute?nosti, m?že dojít i k p?ed?asnému vrácení nebo odejmutí práv na používání rádiových frekvencí, takže nebude jednorázov? vydané právo zachováno po celou dobu 20 let.

74. ?asov? omezené ud?lení práva na používání kone?n? není srovnatelné s prodejem cenných papír?, který Soudní dv?r nepovažuje – když se neuskute?ní v rámci podnikatelské ?innosti – ze dvou d?vod? za hospodá?skou ?innost(26).

75. Výnosy, které pocházejí z držení a prodeje cenných papír? – tedy dividendy a kapitálové zisky – nevyplyvají ovšem z aktivního využívání cenných papír?, nýbrž jsou p?ímým d?sledkem vlastnictví. Narozdíl od toho výnosy, které byly dosaženy p?i p?id?lení frekvencí, nejsou pouze p?íjmy plynoucími z dispozi?ního práva s frekvencemi, jako je tomu u dividend a kapitálových zisk?, nýbrž výnosy z využívání tohoto práva.

76. Výnosy, kterých je dosaženo prodejem cenných papír?, jsou krom toho pouze jednorázové. Poté, co majetek opustil jm?ní prodejce nem?že prodejce majetek využívat k dalšímu dosahování výnos?. Naopak, stát se s kone?nou platností nevzdává dispozi?ního práva k frekvencím. Toto právo se naopak státu vrací nejpozd?ji v okamžiku uplynutí doby platnosti p?id?lení frekvence, a pak m?že být znovu n?komu ud?leno.

77. Navrhuji proto na šestou otázku odpov?d?t takto:

Dražbu práva, které umož?uje používat po ur?itou dobu vymezenou ?ást elektromagnetického spektra za ú?elem nabídky mobilních telekomunika?ních služeb, kterou provádí státní orgán, je t?eba za podmínek sporu v p?vodním ?ízení považovat za využívání nehmotného majetku za ú?elem získávání pravidelného p?íjmu, a tedy za hospodá?skou ?innost ve smyslu ?látku 4 odst. 1 a 2 šesté sm?nice.

B – K první až páté p?edb?žné otázce: podmínky, za kterých ve?ejnoprávní subjekty jednají jako osoby povinné k dani

1. Poznámky ke struktu?e ?l. 4 odst. 5 šesté sm?rnice

78. Podle základního pravidla uvedeného v ?l. 4 odst. 5 prvním pododstavci šesté sm?rnice se státy, kraje, obce a jiné ve?ejnoprávní subjekty nepovažují za osoby povinné k dani v souvislosti s ?innostmi nebo pln?ními, p?i nichž vystupují jako orgány ve?ejné správy, a to i tehdy, vybírají-li v souvislosti s t?mito ?innostmi nebo pln?ními dávky, poplatky, p?ísp?vky ?i platby. Toto ustanovení tedy vyjímá ve?ejnou moc, i když vykonává hospodá?skou ?innost ve smyslu ?l. 4 odst. 1 a 2 šesté sm?rnice, z obecné da?ové povinnosti. Výkon ve?ejné moci je tak postaven narove? jednání soukromé osoby.

79. Podle druhého pododstavce je stát, na rozdíl od prvního podstavce, považován nicmén? za osobu povinnou k dani, pokud by jeho nepodléhání dani vedlo k výraznému narušení hospodá?ské sout?že. Základem tohoto ustanovení je myšlenka, že ur?ité orgány ve?ejné správy – a?koliv vykonávají ?innost v rámci ve?ejné moci – mohou vstupovat do sout?žních vztah? s pln?ními poskytovanými soukromými sout?žiteli. Cílem ustanovení je tak zajistit da?ovou neutralitu(27).

80. V každém p?ípád? se ve?ejnoprávní subjekty považují podle t?etího pododstavce za osoby povinné k dani v souvislosti s ?innostmi uvedenými v p?íloze D, nejsou-li tyto ?innosti provád?ny v zanedbatelné mí?e. V rámci posuzování ?inností uvedených v p?íloze tak není t?eba ?ešit otázku, zda stát vykonává tyto ?innosti jako orgán ve?ejné správy.

81. ?innosti uvedené na seznamu v p?íloze D – mezi nimi také telekomunikace – se týkají v podstat? hospodá?ských pln?ní(28), jejichž význam ?asto spo?ívá v tom, že jsou nebo byly s ohledem na ve?ejný zájem zajiš?ovány pouze státem prost?ednictvím jeho ve?ejné správy, ale mohly by být zajiš?ovány rovn?ž soukromými podniky(29). Mezitím se n?která z uvedených hospodá?ských odv?tví liberalizovala. Soukromé podniky nyní skute?n? sout?ží z?ásti s privatizovanými podniky a z?ásti ješt? stále se státními podniky, které byly v minulosti monopoly. Tento vývoj se ovšem již p?i vydání šesté sm?rnice o DPH v roce 1977 zjevn? p?edpokládal.

82. Pokud by m?lo být p?id?lování frekvencí na mobilní telekomunikace mobilním operátor?m považováno za ?innost zanedbatelného významu v oblasti telekomunikací, pak by podléhalo v každém p?ípád? DPH, bez ohledu na to, zda se jedná o výkon ve?ejné moci nebo o konkrétní narušení hospodá?ské sout?že.

83. Na základ? systematiky tohoto ustanovení je v souvislosti s p?ezkumem první, druhé a t?etí otázky nejprve t?eba zkoumat pátou otázku, která se týká výkladu ustanovení ?l. 4 odst. 5 prvního pododstavce šesté sm?rnice. Pouze v p?ípád?, že k ud?lení práv na používání rádiových frekvencí došlo v rámci výkonu ve?ejné moci, musí být totiž objasn?no, zda jednající ve?ejný orgán je p?esto podle ?l. 4 odst. 5 druhého pododstavce osobou povinnou k dani, jelikož by jinak hrozilo výrazné narušení hospodá?ské sout?že.

2. K první p?edb?žné otázce: zahrnuje pojem telekomunikací v p?íloze D šesté sm?rnice také dražbu práv na používání rádiových frekvencí?

84. Účastníci řízení se v zásadě neshodují v tom, zda pojem telekomunikací uvedený v příloze D bodu 1 zahrnuje pouze nabídky na provozování telekomunikačních služeb(30) – tento názor zastávají žalovaná, zúčastněné vlády a Komise – nebo zda zahrnuje také další činnosti s tím související, tedy rovněž udělení práv na používání rádiových frekvencí, což je názor žalobky.

85. Ze znění přílohy D nelze dovodit žádná kritéria pro posouzení sporné otázky. Skutečnost, že v německém znění se dosud používá zastaralý pojem „Fernmeldewesen“, a nikoliv pojem „Telekommunikation“, nehraje v tomto případě žádnou roli. V jiných jazykových zněních se také používá stále ještě pojem obvyklý pro tyto jazyky (viz např. „telecommunications“, popř. „télécommunications“). Pojmy „Fernmeldewesen“ a „Telekommunikation“ jsou ostatně synonyma.

– Historický výklad

86. Z historického výkladu lze dovodit, že přidělování frekvencí na mobilní telekomunikace soukromým podnikům nelze zahrnovat pod pojem telekomunikace, protože v době vydání směrnice v roce 1977 provozovaly telekomunikační služby poštovní orgány v rámci vlastní správy. Zákodárce Společenství nemohl tehdy patřit v úmyslu přijmout úpravu týkající se přidělování frekvencí na mobilní telekomunikace soukromým poskytovatelům.

87. T-Mobile Austria ovšem navrhuje zohlednit v rámci historického výkladu změnu skutečných poměrů (vývojový výklad) a položit si otázku, co by historický zákonodárce chtěl upravit vzhledem k současnému stavu věci(31). Při této úvaze by nebylo předmětem vyloučeno, že by zákonodárce chtěl pod pojem telekomunikací zahrnout také přidělování frekvencí.

88. Historická výkladová metoda má ovšem tak jako tak pouze okrajový význam a není rozhodující(32). Spíše je třeba vykládat ustanovení šesté směrnice o DPH ze systematického a zejména teleologického hlediska.

– Systematický výklad

89. Z hlediska systematického výkladu by mohla mít zásadní význam zejména definice telekomunikačních služeb v čl. 9 odst. 2 písm. e) desáté odrážce šesté směrnice(33). Toto ustanovení zní takto:

„Za telekomunikační služby se považují služby vztahující se k přenosu, vysílání a přijmu signálů, písma, obrazu a zvuku nebo informací jiného druhu po okruzích, rádiovými, optickými nebo jinými prostředky využívajícími elektromagnetických vln, včetně souvisejícího provedení či přidělení práv na užívání zařízení pro takový přenos, vysílání či příjem. [...]“

90. Článek 9 upravuje otázku, jaké místo se u poskytování služby považuje za místo plnění. Odstavec 2 písm. e) mimo jiné stanoví u uvedených telekomunikačních služeb, že místem poskytování u přeshraničních služeb je sídlo zákazníka.

91. Pokud však vlády a Komise mohou dovodit z této definice použitelné závěry, pak jsou toho názoru, že tato definice zahrnuje pouze telekomunikační služby v užším slova smyslu. Práva na užívání „zařízení pro přenos, vysílání či příjem“, která jsou uvedena v tomto ustanovení, se podle jejich názoru týkají infrastruktury, nikoliv ale práv na používání rádiových frekvencí.

92. Některé žalobkyně na základě tohoto ustanovení, které v anglickém znění zní „including the related transfer or assignment of the right to use capacity for such transmission, emission or reception“, dospívají k opačnému závěru. Pojem „capacity“ se podle nich používá i ve smyslu „frequency spectrum capacity“.

93. I když anglické znění by tuto interpretaci umožňovalo, jiná jazyková znění podporují výklad zůstačných vlád a Komise(34). V rámci možných rozdílů mezi jazykovými zněními má zvláštní význam smysl a účel takového ustanovení(35), které v tomto případě hovoří proti výkladu zahrnujícímu udělování frekvencí.

94. Jak totiž správně uvádí nizozemská vláda, úpravou by měla být provedena opatření k zajištění toho, aby telekomunikační služby využívané zákazníky usazenými ve Společenství byly ve Společenství také zdařovány(36). Toto odvození se vztahuje pouze na telekomunikační služby v užším slova smyslu. Práva na používání rádiových frekvencí jsou totiž v každém případě vydávána příslušnými vnitrostátními orgány. Většinou by navíc měli být provozovatelé, tedy poskytovatelé služeb, rovněž usazeni ve státě, který frekvence přiděluje, jelikož je pravděpodobné, že mobilní telefonní síť na UMTS nelze vybudovat a provozovat bez provozoven nebo dceřiných společností v příslušném státě.

95. Některé vlády a Komise poukazují dále na definici telekomunikačních služeb v relevantních směrnicích týkajících se vnitřního trhu. To odpovídá i praxi Soudního dvora, aby byly při výkladu šesté směrnice o DPH zohledněny také definice v právních aktech, které upravují dotčenou oblast a nesledují jiné cíle než právní předpisy o DPH(37).

96. Článek 2 bod 4 směrnice Rady 90/387/EHS ze dne 28. června 1990 o vytvoření vnitřního trhu telekomunikačních služeb zavedením otevřeného přístupu k telekomunikační síti(38) definuje telekomunikační služby jako „služby, které spočívají zcela nebo zčásti v přenosu a směřování signálů po telekomunikační síti telekomunikačními postupy, s výjimkou rozhlasového a televizního vysílání“. Podle této definice nepředstavuje udělení práv na používání rádiových frekvencí telekomunikační službu.

97. Existují ovšem pochybnosti o tom, zda uvedené definice pojmů lze použít bez dalšího na přílohu D, jelikož se vztahují vždy na „Telekommunikationsdienste“ nebo na „Telekommunikationsdienstleistungen“ (v angličtině „telecommunication services“), zatímco příloha D se týká „Fernmeldewesen“ (v angličtině „telecommunications“). Tento pojem by bylo možné chápat jako širší popis činností, který zahrnuje i jiné činnosti než pouze poskytování telekomunikačních služeb v užším slova smyslu.

— Teleologický výklad

98. Rozhodující je ovšem smysl a účel úpravy čl. 4 odst. 5 třetího pododstavce ve spojení s přílohou D šesté směrnice. Jak uvedl generální advokát Alber, jde o výčet činností uvedených v příloze D, u kterých je primární a zjevný hospodářský vztah(39).

99. Jelikož tyto služby zpravidla nabízí nebo by mohly nabízet soukromé podniky, je jim přiznán podstatný vliv na hospodářskou soutěž. Cílem úpravy je, aby byl stát v takovéto situaci postaven narove s soukromé osobě povinné k dani. Ostatní plnění poskytovaná státem podléhají DPH podle odstavce 2 pouze tehdy, pokud by hrozilo výrazné narušení hospodářské soutěže.

100. Postavení státu narove s soukromým osobám povinným k dani je na místě pouze s ohledem na poskytování telekomunikačních služeb v užším slova smyslu, pokud tato plnění mohou být zároveň nabízena soukromými podniky. První udělení práv na používání rádiových frekvencí je naopak v současném stavu vývoje(40) úkolem, který je vyhrazen státu(41). I když udělování práv na používání rádiových frekvencí by mohlo být za určitých okolností v konkurenčním vztahu k dalšímu prodeji takovýchto práv soukromými subjekty(42), není při této činnosti obecně vyžadováno rovné postavení státu a soukromých subjektů povinných k dani. Spíše musí být zkoumáno, zda je zdanění plnění poskytovaných státem podle ustanovení čl. 4 odst. 5 druhého

pododstavce šesté směrnice nezbytné pro ochranu hospodářské soutěže.

101. Na první předběžnou otázku je třeba proto odpovědět, že pojem „telekomunikací“ uvedený v příloze D prvním bodu šesté směrnice při současném stavu vývoje nezahrnuje udělení práv na používání rádiových frekvencí za účelem nabídky mobilních telefonních služeb státem.

3. K druhé a třetí předběžné otázce: činnost prováděná v nezanedbatelné míře ve smyslu čl. 4 odst. 5 třetího pododstavce šesté směrnice

102. Podle čl. 4 odst. 5 třetího pododstavce šesté směrnice musí být splněny kumulativně dvě podmínky proto, aby byly veřejnoprávní subjekty v každém případě považovány za osoby povinné k dani: musí vykonávat některou z činností uvedených v příloze D a rozsah těchto činností nesmí být prováděn v zanedbatelné míře.

103. Jak již bylo stanoveno v odpovědi na první otázku, nejednalo se při udělení práv na používání rádiových frekvencí ze strany Telecom-Control-Kommission o plnění v rámci telekomunikací ve smyslu přílohy D prvního bodu šesté směrnice.

104. Není proto nezbytné zkoumat třetí předběžnou otázku, zda se jedná o činnost prováděnou v zanedbatelné míře, aťkoli členský stát touto činností dosahuje značných výnosů. Význam nemají ani případné následky rozdílů, které by v tomto bodě existovaly mezi směrnicí a jejím vnitrostátním provedením. Na druhou, jakož i na třetí otázku proto není třeba odpovídat.

4. K páté předběžné otázce: výkon veřejné správy ve smyslu čl. 4 odst. 5 prvního pododstavce šesté směrnice

105. Podle čl. 4 odst. 5 prvního pododstavce šesté směrnice musí být při osvobození od daňové povinnosti splněny kumulativně dvě podmínky, a sice výkon činností veřejnoprávním subjektem a skutečnost, že jsou tyto činnosti vykonávány veřejnoprávním subjektem jako orgánem veřejné správy(43).

106. K první podmínce Soudní dvůr stanovil, že činnost soukromé osoby není osvobozena od DPH pouze z toho důvodu, že spočívá v provádění úkonů, které jsou jinak vyhrazeny veřejné moci(44). Soudní dvůr měl přitom ale na mysli zejména samostatné hospodářsky činné osoby, které nebyly zařazené do veřejné správy(45).

107. Telekom-Control-Kommission je součástí Telekom-Control GmbH. Aťkoliv se podle právní formy jedná o společnost soukromého práva, nepochybuje žádný z účastníků řízení o tom, že Telekom-Control-Kommission je třeba považovat za součást veřejné správy. Je úkolem soudu zkoumat, zda tato kvalifikace odpovídá vnitrostátnímu právu.

108. Druhou podmínku konkretizoval Soudní dvůr ve věci Fazenda Pública/Câmara Municipal de Porto(46) takto:

„S ohledem na poslední výše uvedenou podmínku lze rozsah osvobození od daní u veřejnoprávních subjektů určit na základě okolností výkonu dotčených činností [...](47)

Podle ustálené judikatury Soudního dvora se jedná v rámci výkonu veřejné správy ve smyslu čl. 4 odst. 5 prvního pododstavce šesté směrnice o takové činnosti, které vykonávají veřejnoprávní subjekty na základě zvláštní veřejnoprávní úpravy. Nejedná se přitom o činnosti, které vykonávají za stejných právních podmínek jako soukromé hospodářské subjekty [...](48)“

109. Soudní dvůr dále uvedl, že v rámci tohoto přezkumu nezáleží na předmětu nebo cíli činnosti(49).

110. Žalobkyně jsou toho názoru, že při dražbě práv na používání rádiových frekvencí se stát choval jako podnikatel. Použil soukromoprávní formy jednání a dosáhl značných výnosů jako protiplnění za přidělení frekvencí.

111. Zúčastněné členské státy a Komise naproti tomu zdrazují, že udělení práv na používání rádiových frekvencí je podle relevantních ustanovení vnitrostátního práva a práva Společenství vyhrazeno státu, který pro to stanoví zvláštní podmínky.

112. K tomu je třeba dodat, že podle čl. 2 odst. 1 písm. a) směrnice 97/13 mohou pouze vnitrostátní regulativní orgány udělovat individuální licence k provozování telekomunikační sítě. Vnitrostátní orgán přitom musí dodržet podmínky stanovené v článcích 9 a 10 směrnice. Pokud členské státy udělí pouze omezený počet individuálních licencí, musí tak učinit na základě objektivních, nediskriminačních, transparentních, přiměřených a podrobných výběrových kritérií (čl. 10 odst. 3 směrnice 97/13). Na poplatky, které jsou v této souvislosti vybírány, se vztahují podmínky stanovené v čl. 11 odst. 2 směrnice 97/13.

113. I když je konečné posouzení vnitrostátní úpravy vyhrazeno překládajícímu soudu, není pochyb o tom, že první přidělení frekvencí může na základě TKG učinit výhradně Telekom-Control-Kommission. Podmínky, které jí přitom vnitrostátní právo stanoví, mají svůj základ ve směrnici 97/13.

114. Žádná soukromá osoba nemůže přímo taková práva udělit. Soukromé osoby si ovšem státem přidělené frekvence mezi sebou mohou navzájem převádět. Převod ale nelze srovnávat s prvním přidělením, jelikož se zakládá pouze na odvozeném dispozičním právu, zatímco první přidělení představuje originární úlohu státu. Ani výměna bankovek mezi soukromými osobami přece nemůže být srovnávána s oprávněním státu je vydávat. To umožňuje učinit závěr, že dražba práv na používání rádiových frekvencí byla činností, která byla vyhrazena veřejnoprávním subjektům v rámci výkonu veřejné moci.

115. Tomu nebrání, aby stát při přidělení frekvencí použil dražbu, tedy postup, který vychází ze soukromého práva, a který mohou použít také soukromé osoby.

116. Nemíjí se zabývat otázkou, jaký význam měla dražba v rámci celého řízení o přidělení. Některé žalobkyně zastávají názor, že dražbou byla uzavřena soukromoprávní smlouva o udělení práv na používání rádiových frekvencí. Jiné žalobkyně naopak uvádí, že k vlastnímu udělení došlo teprve následným správním aktem. Dražba proto měla sloužit pouze pro výběr podniků, na které byla práva následně převedena formou správního aktu.

117. Soudní dvůr ovšem považoval za rozhodující způsob provádění činnosti. Přiliš rychle by však byl učiněn závěr o tom, že tím se myslí pouze pojem „jak“, tedy forma jednání. Mnohem více záleží na tom, zda soukromé osoby vůbec mohou vykonávat na základě relevantních ustanovení srovnatelné činnosti. Pokud by to byl tento případ, musel by být stát považován za osobu povinnou k dani, aby tak při výběru DPH nebyla ohrožena daňová neutralita. Skutečnost, že stát při výkonu oprávnění, která náleží výlučně jemu, může využít postup typický pro soukromé právo, naproti tomu daňovou neutralitu neovlivňuje.

118. Návrhy žalobky by přitom vedly k tomu, že veřejná moc by byla vykonávána pouze tehdy, pokud stát vydává správní akty, tedy pokud jedná v užším slova smyslu jako orgán veřejné správy. Soudní dvůr toto pojetí ale výslovně odmítl ve věci Autobahn-Maut(50).

119. Ve věci Fazenda Pública v. Câmara Municipal do Porto(51) Soudní dvůr ovšem dospěl na základě skutečnosti, že se správou veřejných parkovacích míst byl spojen výkon výlučných oprávnění, k závěru, že činnost podléhala zvláštní veřejnoprávní úpravě. Výlučné jednání, při kterém proti sobě stojí stát a občan v subordinačním vztahu, je z pohledu Soudního dvora tedy důkazem výkonu veřejné moci ve smyslu čl. 4 odst. 5 prvního pododstavce šesté směrnice, není to ovšem nezbytná podmínka(52).

120. Odkaz na právní úpravu forem jednání by přitom mohl ohrozit jednotné použití šesté směrnice o DPH, pokud je v některých členských státech, na rozdíl od jiných členských států, obvyklé, že stát využívá soukromoprávní formy jednání. I oddělení veřejnoprávních forem jednání od soukromoprávních se může v různých vnitrostátních právních řádech navzájem lišit.

121. Krom toho je třeba poukázat na to, že čl. 4 odst. 5 první pododstavec šesté směrnice pouze požaduje, aby se plnění uskutečnilo v rámci výkonu veřejné moci(53). Proto nelze dražbu práv na používání rádiových frekvencí posuzovat izolovaně. Spíše se tato činnost zařazuje do celkového rámce správy frekvencí a regulace telekomunikačního sektoru. V tomto kontextu stát v zásadě vykonává výlučná oprávnění tím, že provede podmínky rozhodnutí o UMTS nebo směrnic o vnitřním trhu do vnitrostátního práva.

122. Tomu ostatně neodporuje, pokud se při tomto přezkumu zohlední širší právní kontext činnosti, zatímco při označení za hospodářskou činnost je určující pouze vnější stránka operace. Mnohem více to odpovídá logice článku 4 šesté směrnice, kdy lze zajistit rozsáhlé použití směrnice v první řadě širokým výkladem odstavců 1 a 2, přičemž ke zvláštním právním podmínkám stanoveným pro jednání státu je pak třeba přihlídnout v rámci použití odstavce 5.

123. Označení dražby frekvencí za činnost vykonávanou v rámci veřejné moci nebrání skutečnost, že tím stát dosáhl vysokých výnosů. To zajisté může – jak bylo ukázáno – vést k tomu, že jednání státu bude mít hospodářský charakter ve smyslu čl. 4 odst. 2 šesté směrnice. Když stát jedná na základě pro něj zvláštního právního režimu, jedná se však o výkon veřejné moci.

124. Na pátou otázku je proto třeba odpovědět takto:

Za činnosti v rámci výkonu veřejné moci lze ve smyslu čl. 4 odst. 5 prvního pododstavce šesté směrnice považovat takové činnosti, které veřejnoprávní subjekty vykonávají v rámci zvláštního režimu veřejného práva. Výkon veřejné moci není vyloučen tím, že stát plní úkoly, které mu byly svěřeny do výlučné kompetence, způsobem stanoveným občanským právem, nebo tím, že při takové činnosti dosahuje vysokých výnosů.

5. Ke čtvrté předběžné otázce: vede nepodléhání dani k výraznému narušení hospodářské soutěže?

125. Podle čl. 4 odst. 5 druhého pododstavce šesté směrnice se veřejnoprávní subjekty nepovažují za osoby povinné k dani v souvislosti s činnostmi, při nichž vystupují jako orgány veřejné správy, pokud nevede jejich nepodléhání dani k výraznému narušení hospodářské soutěže.

126. Podle konstatování Soudního dvora ve věci Comune di Carpaneto Piacentino jsou členské

státy povinny,

„zajistit, aby ?innosti, které vykonávají ve?ejnoprávní subjekty jako orgány ve?ejné moci, podléhaly dani, pokud tyto ?innosti mohou být – v hospodá?ské sout?ži s jinými – vykonávány také soukromými osobami a jejich nepodléhání dani m?že vést k výraznému narušení hospodá?ské sout?že, [...]“(54).

127. Ud?lení práv na používání rádiových frekvencí je vyhrazeno pouze státu, a proto je vylou?ena hospodá?ská sout?ž mezi totožnými pln?ními státu a jiných poskytovatel? v okamžiku dražby frekvencí. Žalobkyn? ovšem argumentují, že p?id?lování frekvencí státem, které jsou osvobozeny od DPH, by mohlo být v budoucnosti v možném konkuren?ním vztahu s p?ípadným dalším prodejem práv na používání rádiových frekvencí soukromými poskytovateli.

128. V tomto ohledu je nejprve nutné uvést, že posouzení, zda se jedná o osobu povinnou k dani, nebo nikoliv je v zásad? třeba provést k okamžiku pln?ní(55). Proto musí být i v tomto okamžiku ovlivn?na hospodá?ská sout?ž.

129. Tato skute?nost p?edpokládá, že v dob? p?id?lování frekvencí již existoval trh s obdobnými právy na využívání, tj. jednak již musela existovat srovnatelná práva na používání rádiových frekvencí a jednak musela být tato práva p?evoditelná mezi soukromými osobami. Pouze za t?chto podmínek m?že být p?id?lování frekvencí státem v konkuren?ním vztahu k p?evád?ní práv na používání rádiových frekvencí mezi soukromými osobami.

130. Soudní dv?r již ve v?ci Taksatorringen(56) analogicky ur?il, že ?l. 13 ?ást A odst. 1 písm. f) šesté sm?rnice se týká také výrazného narušení hospodá?ské sout?že, které by mohlo osvobození od dan? vyvolat v budoucnosti. Takové nebezpe?í výrazného narušení hospodá?ské sout?že ovšem musí být skute?né(57).

131. I když v sou?asnosti nenabízí žádný sout?žitel konkurující pln?ní podléhající DPH, m?že být nebezpe?í výrazného narušení hospodá?ské sout?že skute?né. Nevýhodná výchozí pozice totiž m?že zp?sobit, že potenciální sout?žitelé se zdrží toho, aby vystupovali aktivn? na trhu. Skute?né nebezpe?í je naopak vylou?eno, pokud na základ? právních podmínek nem?že potenciální sout?žitel u?init konkuren?ní nabídku ke státem vydávaným frekvencím.

132. S ohledem na frekvence na mobilní telefony UMTS je třeba konstatovat, že v okamžiku dražby v roce 2000 nebyla na trhu jiná srovnatelná práva na používání rádiových frekvencí. Není jasné, zda to platí také pro práva na používání rádiových frekvencí GSM-DCS-1800, která byla ud?lena tele.ring 1999, a pro frekvence vícekanálového rádiového systému TETRA, které získala v únoru 2000 společnost master-talk.

133. Pokud by ovšem v rozhodných dobách podle zjišt?ní p?edkládajícího soudu existovala srovnatelná práva na používání rádiových frekvencí, muselo by být za druhé objasn?no, zda by tato práva mohla být podle tehdy platného vnitrostátního práva p?evedena mezi soukromými osobami. P?evod mezi soukromými osobami nadto musí podléhat DPH.

134. Je nesporné, že teprve v roce 2003 se podle novelizovaného telekomunika?ního zákona stal možným obchod s frekvencemi v užším smyslu, pro který stanoví podmínky rovn?ž ?l. 9 odst. 4 sm?rnice 2002/21. P?evod práv na používání rádiových frekvencí, který je od té doby možný, ovšem nemá dopad na stav hospodá?ské sout?že v dob? p?id?lení frekvencí. Pokud ovšem stát znovu p?id?lí frekvence, musí tuto okolnost zohlednit(58).

135. Ú?astníci ?ízení nejsou ovšem jednotní v tom, zda již p?edtím existující možnost p?evád?t koncesi v?etn? s ní spojených práv na používání rádiových frekvencí, p?edstavuje pln?ní, které

konkuruje p?id?lování frekvencí státem(59). Zda tomu tak je, ?i nikoli, závisí na výkladu vnitrostátních p?edpis?, což p?ísluší p?edkládajícímu soudu.

136. I kdyby s ohledem na frekvence TETRA a GSM již existovala potenciální hospodá?ská sout?ž mezi státním p?id?lením frekvencí a jejich prodejem soukromými osobami, m?la by být pln?ní poskytovaná státem zda?ována pouze tehdy, pokud by jejich nezdan?ní podle zjišt?ní p?edkládajícího soudu vedlo k *výraznému* narušení hospodá?ské sout?že ve smyslu ?l. 4 odst. 5 druhého pododstavce šesté sm?rnice.

137. Tak by tomu bylo nap?íklad v p?ípad?, kdy stát poskytuje *kone?ným spot?ebitel?m* stejná pln?ní jako soukromé podniky, takže by zákazníci museli zaplatit jednu cenu bez DPH a podruhé cenu v?etn? DPH(60). Jelikož kone?ní zákazníci nemají právo na odpo?et zaplacené DPH, bylo by pln?ní soukromého provozovatele dražší o ?ástku zaplacenou na DPH.

138. Pokud naopak získá osoba povinná k dani frekvence UMTS od soukromé osoby, pouze ve zvláštních p?ípadech a jen v omezeném rozsahu by toto nabytí bylo mén? zajímavé oproti p?id?lení státem, jelikož DPH si lze odpo?ítat okamžit? jako da? zaplacenou na vstupu nebo ji získat v krátké lh?t? nazp?t. Náklady, které jsou spojeny s p?eklenovacím financováním mohou jist? p?edstavovat v absolutních ?íslech v?tší ?ástky. Vzhledem k celkovým náklad?m vynaloženým na získání práv na používání rádiových frekvencí však nejsou tyto náklady takového rozsahu, že by mohly vyvolat výrazné narušení hospodá?ské sout?že.

139. I když byl obchod s frekvencemi UMTS možný až poté, co byly tyto frekvence p?id?leny a zároveň byly vytvo?eny rámcové podmínky pro jejich p?evod, žalobkyn? se domnívají, že by také v tomto p?ípad? mohlo dojít k narušení hospodá?ské sout?že na základ? jejich p?id?lení státem osvobozeného od DPH.

140. Zprv? však musí, jak již bylo uvedeno, v okamžiku sporné operace existovat potenciální sout?žní vztah. Možnost, že by k tomu byly vytvo?eny právní podmínky v budoucnosti, neposta?uje. Da?ová povinnost totiž nem?že záviset na více ?i mén? nejistých prognózách. Zadruhé by znevýhodn?ní osob, které práva na používání rádiových frekvencí UMTS následn? získají od soukromého poskytovatele, rovn?ž spo?ívalo pouze v možných finan?ních nákladech spojených s DPH, kterou nelze bezprost?edn? ode?íst na vstupu, což nezakládá výrazné narušení hospodá?ské sout?že.

141. ?ím delší je ostatn? období mezi p?id?lením frekvencí a zavedením obchodu s frekvencemi, o to více se ?asto prom??uje celkový trh. P?itom jiné faktory, jako je nap?. p?ehodnocení hospodá?ské hodnoty používání frekvencí vzhledem k rozvoji technologií konkurujících mobilním telefon?m UMTS, mají zcela jinou váhu než do?asn? omezená likvidita vyvolaná zaplacením dan? na vstupu. I tato úvaha ukazuje, že narušení hospodá?ské sout?že ve smyslu ?l. 4 odst. 5 druhého pododstavce šesté sm?rnice m?že v zásad? nastat pouze tehdy, pokud jsou pln?ní uskute?nitelná ve stejné dob? a potenciální nabyvatel má skute?n? možnost si vybrat mezi srovnatelnými nabídkami.

142. Navrhuji proto odpov?d?t na ?tvrtou otázku takto:

K výraznému narušení hospodářské soutěže ve smyslu § 4 odst. 5 druhého pododstavce šesté směrnice dochází pouze tehdy, pokud nepodléhání státu daňové povinnosti vyvolá skutečné nebezpečí výrazného narušení hospodářské soutěže mezi skutečnými nebo potenciálními provozovateli s navzájem si konkurujícími službami. Takové nebezpečí není vyvoláno v případě, pokud v okamžiku poskytování plnění státem právní podmínky vyloučí, aby soukromí provozovatelé poskytovali na trhu plnění, která by mohla konkurovat plněním poskytovaným státem.

C – K sedmé předložené otázce: je třeba považovat poplatek za používání frekvencí za hrubou nebo čistou částku?

143. Touto otázkou si předkládající soud ptá, zda poplatek za používání frekvencí je třeba podle šesté směrnice považovat za hrubou nebo čistou částku, tedy zda sjednaný poplatek již zahrnoval DPH nebo zda má být DPH ještě k poplatku připočtena.

144. Jelikož již bylo stanoveno, že přidělování frekvencí není plněním podléhajícím DPH, není nezbytné na sedmou položenou otázku odpovídat.

145. Bez ohledu na to, šestá směrnice neobsahuje právní úpravu této otázky. Spíše závisí na konkrétní dohodě mezi smluvními stranami, zda poplatek zahrnuje DPH, nebo nikoliv. Pokud tato dohoda není jasná, pak musí být její obsah zjištěn podle výkladových pravidel obsažených v příslušném vnitrostátním právu, což je ovšem úkolem pouze vnitrostátních soudů.

V – Závěry

146. Závěrem navrhuji odpovídat na otázky položené Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien takto:

„1. Dražbu práva, které umožňuje používat po určitou dobu vymezenou část elektromagnetického spektra za účelem nabídky mobilních telekomunikačních služeb, kterou provádí státní orgán, je třeba za podmínek sporu v předvodním řízení považovat za využívání nehmotného majetku za účelem získávání pravidelného příjmu, a tedy za hospodářskou činnost ve smyslu článku 4 odst. 1 a 2 šesté směrnice Rady 77/388/EHS ze dne 17. května 1977 o harmonizaci právních předpisů členských států týkajících se daní z obrátu – Společný systém daní z přidělené hodnoty: jednotný základ daní.

2. Pojem „telekomunikací“ uvedený v příloze D prvním bodu šesté směrnice při současném stavu vývoje nezahrnuje udělení práv na používání rádiových frekvencí za účelem nabídky mobilních telefonních služeb státem.

3. Za činnosti v rámci výkonu veřejné moci lze ve smyslu § 4 odst. 5 prvního pododstavce šesté směrnice považovat takové činnosti, které veřejnoprávní subjekty vykonávají v rámci zvláštního režimu veřejného práva. Výkon veřejné moci není vyloučen tím, že stát plní úkoly, které mu byly svěřeny do výlučné kompetence, způsobem stanoveným občanským právem, nebo tím, že při takové činnosti dosahuje vysokých výnosů.

4. K výraznému narušení hospodářské soutěže ve smyslu § 4 odst. 5 druhého pododstavce šesté směrnice dochází pouze tehdy, pokud nepodléhání státu daňové povinnosti vyvolá skutečné nebezpečí výrazného narušení hospodářské soutěže mezi skutečnými nebo potenciálními provozovateli s navzájem si konkurujícími službami. Takové nebezpečí není vyvoláno v případě, pokud v okamžiku poskytování plnění státem právní podmínky vyloučí, aby soukromí provozovatelé poskytovali na trhu plnění, která by mohla konkurovat plněním poskytovaným

státem.“

1 – Pŕvodní jazyk: nŕmŕina.

2 – IMT2000: International Mobile Telecommunications-2000 [Standard pŕijatŕ International Telecommunication Union (ITU)]; UMTS: Universelles mobiles Telekommunikationssystem [Standard pŕijatŕ v rŕmci Evropské konference sprŕvy pošt a telekomunikací (CEPT) a European Telecommunications Standards Institute (ETSI), je součástí tzv. IMT2000].

3 – Global System for Mobile Communications.

4 – Terrestrial Trunked Radio. Bliŕší informace k tomuto digitŕlnímu vysílacímu standardu lze nalézt na domovské stránce TETRA MoU Association Ltd (www.tetramou.com).

5 – Šestá smŕnice Rady 77/388/EHS ze dne 17. kvŕtna 1977 o harmonizaci právních pŕedpisŕ ŕlenskŕch státŕ týkajících se daní z obratu – Spoleŕný systém danŕ z pŕidané hodnoty: jednotný základ danŕ (Úŕ. vŕst. L 145, s. 1; Zvl. vyd. 09/01, s. 23).

6 – Vŕc Hutchison 3 G a další, Cŕ369/04, Sb. rozh. s. Iŕ5247.

7 – Ŕalovaný ve sporu v pŕvodním ŕízení poukazoval na to, ŕe ustanovení v rozhodné dobŕ jeŕtŕ mŕlo jiné znŕní, a to: „Jestliŕe podnikatel dodává zdanitelné zboží nebo poskytuje zdanitelné sluŕby, je oprŕvnŕn, a jestliŕe poskytuje tato plnŕní ve prospŕch jiného podnikatele pro jeho podnik, je na ŕádost tohoto podnikatele povinen vystavit faktury, na nichŕ bude jednoznaŕnŕ uvedena daŕ.“

8 – CEPT je mezinŕrodní organizací, která se sklŕdá z regulaŕních orgŕnŕ pro poštovníctví a telekomunikace 46 evropských státŕ (bliŕší informace na internetové stránce www.cept.org).

9 – V nŕm byla vymezena následující kmítoŕtová pásma: 1900–1980 MHz, 2010–2025 MHz a 2110–2170 MHz pro pozemní vyuŕití UMTS a 1980–2010 MHz a 2170–2200 MHz pro satelitní vyuŕití UMTS.

10 – K tomu viz informace na internetové stránce European Radiocommunications Office (ERO): www.ero.dk/ecc.

11 – Smŕnice Evropského parlamentu a Rady 97/13/ES ze dne 10. dubna 1997 o spoleŕném rŕmci pro obecná povolení a individuŕlní licence v oblasti telekomunikaŕních sluŕeb (Úŕ. vŕst. L 117, s. 15) byla s úŕinností od 24. ŕervence 2003 zruŕena smŕnicí Evropského parlamentu a Rady 2002/21/ES ze dne 7. bŕezna 2002 spoleŕném pŕedpisovém rŕmci pro síŕ a sluŕby elektronických komunikací (rŕmcová smŕnice) (Úŕ. vŕst. L 108, s. 33; Zvl. vyd. 13/29, s. 349).

12 – Uvedená v poznŕmce pod ŕarou ŕ. 11.

13 – Úŕ. vŕst. L 17, s. 1.

14 – Viz generŕlní advokŕt Mischo, který nŕzornŕ uvádí, ŕe ŕl. 4 odst. 5 je koncipován tak ŕíkájíc stupŕovitŕ a je rozŕlenŕn na výjimky a výjimky z výjimek (stanovisko ze dne 15. bŕezna 1989 ve vŕci Comune di Carpaneto Piacentino a další, rozsudek ze dne 17. ŕíjna 1989, 231/87 a 129/88, Recueil, s. 3233, bod 8).

15 – Rozsudky ze dne 12. záŕí 2000, Komise v. ŕecko (Cŕ260/98, Recueil, s. Iŕ6537, bod 26), a Komise v. Spojené krŕlovství (Cŕ359/97, Recueil, s. Iŕ6355, bod 41); jakoŕ i rozsudek ze dne 21. února 2006, University of Huddersfield (Cŕ223/03, Sb. rozh. s. Iŕ1751, bod 47); viz rozsudky ze

dne 26. března 1987, Komise v. Nizozemí (235/87, Recueil, s. 1471, bod 8), ve stejném smyslu rozsudky ze dne 14. února 1985, Rompelman (286/83, Recueil, s. 655, bod 19), a ze dne 27. listopadu 2003, Zita Modes (C-497/01, Recueil, s. I-14393, bod 38).

16 – Rozsudky ze dne 6. dubna 1995, BLP Group (C-4/94, Recueil, s. I-983, bod 24), a ze dne 12. ledna 2006, Optigen a další (C-354/03, C-355/03 a C-484/03, Sb. rozh. s. I-483, bod 45).

17 – Viz rozsudky uvedené v poznámce pod čarou 16.

18 – Viz rozsudky Komise v. Nizozemsko (uvedený v poznámce pod čarou 15, bod 10); Komise v. řecko (uvedený v poznámce pod čarou 15, bod 28); Komise v. Spojené království (uvedený v poznámce pod čarou 15, bod 43).

19 – Viz rozsudky uvedené v poznámce pod čarou 15.

20 – Rozsudek ze dne 19. ledna 1994, SAT Fluggesellschaft (C-364/92, Recueil, s. I-43, bod 30); viz dále rozsudky ze dne 18. března 1997, Diego Calì & Figli (C-343/95, Recueil, s. I-1547, body 22 a 23), a ze dne 19. ledna 2002, Wouters a další (C-309/99, Recueil, s. I-1577, bod 57).

21 – Rozsudky ze dne 4. prosince 1990, Van Tiem (C-186/89, Recueil, s. I-4363, bod 18); ze dne 26. června 2003, KapHag (C-442/01, Recueil, s. I-6851, bod 37); ze dne 29. dubna 2004, EDM (C-77/01, Recueil, s. I-4295, bod 48), a ze dne 21. října 2004, BBL (C-8/03, Sb. rozh. s. I-10157, bod 36).

22 – Rozsudky ze dne 26. září 1996, Enkler (Recueil, s. I-4517, bod 22); ze dne 27. ledna 2000, Heerma (Recueil, s. I-419, bod 19). Dále rozsudek ze dne 14. února 1985, Rompelman (C-268/83, Recueil, s. 655), ve kterém Soudní dvůr označil příjmy ze stavební činnosti za hospodářskou činnost.

23 – Viz např. anglická verze: „for the purpose of obtaining income therefrom on a continuing basis“; francouzská verze: „en vue d'en retirer des recettes ayant un caractère de permanence“; italská verze: „per ricavarne introiti aventi un certo carattere di stabilità“; španělská verze: „con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo“.

24 – Rozsudek Enkler (uvedený v poznámce pod čarou 22, bod 20).

25 – Rozsudek Enkler (uvedený v poznámce pod čarou 22, bod 27).

26 – Rozsudky ze dne 20. června 1996, Wellcome Trust (C-155/94, Recueil, s. I-3013, bod 32 a násl.), a EDM (uvedený v poznámce pod čarou 21, body 57 a násl.). Viz dále rozsudky týkající se držení a nabývání akcií: KapHag (uvedený v poznámce pod čarou 21, bod 38), a ze dne 26. května 2005, Kretztechnik (C-465/03, Sb. rozh. s. I-4357, body 19 a násl.).

27 – Rozsudek Comune di Carpaneto Piacentino a další, (uvedený výše v poznámce pod čarou 14, bod 22).

28 – Viz stanovisko generálního advokáta Albera ze dne 29. června 2000, Fazenda Pública (rozsudek ze dne 14. prosince 2000, C-446/98, Recueil, s. I-11435, bod 69).

29 – Příloha D uvádí celkem 13 druhů činností: vedle telekomunikací také dodání vody, plynu, elektřiny a páry, přepravu zboží, přístavní a letištní služby, pořádání obchodních veletrhů a výstav, činnost reklamních agentur a cestovních kancelářů, provozování zaměstnaneckých prodejen a další.

30 – Vláda Spojeného království v tomto ohledu poukazuje na definici telekomunikačních služeb uvedenou v čl. 2 odst. 4 směrnice Rady 90/387/EHS ze dne 28. června 1990 o vytvoření vnitřního trhu telekomunikačních služeb zavedením otevřeného přístupu k telekomunikační síti, která byla mezitím zrušena, podle níž se za telekomunikační služby považují „služby, které spoívají zcela nebo zčásti v přenosu a smřování signálů po telekomunikační síti telekomunikačními postupy, s výjimkou rozhlasového a televizního vysílání“. (*neoficiální překlad*)

31 – T-Mobile Austria ohledně této výkladové metody odkazuje na K. Larenz, *Juristische Methodenlehre*, 6. vydání, Mnichov 1991, s. 329 a 344.

32 – Viz blíže moje stanovisko ze dne 13. července 2006, Robins a Burnett (C-278/05, Sb. rozh. s. I-1053, body 80 a 81).

33 – Ustanovení bylo vloženo směrnicí Rady 1999/59/ES ze dne 17. června 1999, kterou se mění směrnice 77/388/EHS, pokud se jedná o úpravu daní z přidané hodnoty pro telekomunikační služby (Úč. vst. L 162, s. 63; Zvl. vyd. 09/01, s. 324).

34 – Vedle německého znění je relevantní zejména italské znění (*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*), nizozemské znění (*met inbegrip van de daarmee samenhangende overdracht en verlening van rechten op het gebruik van infrastructuur voor de transmissie, uitzending of ontvangst*) a francouzské znění (*y compris la cession et la concession y afférentes d'un droit d'utilisation de moyens pour une telle transmission, émission ou réception* – kurziva provedena autorem tohoto stanoviska).

35 – Rozsudky ze dne 27. března 1990, Cricket St. Thomas (C-372/88, Recueil, s. I-1345, bod 19); ze dne 5. června 1997, SDC (C-2/95, Recueil, s. I-3017, bod 22), a ze dne 14. září 2000, D. (C-384/98, Recueil, s. I-6795, bod 16).

36 – Čtvrtý bod odvodňací směrnice 1999/59 (uvedené v poznámce pod čarou 33) zní takto:

„členské státy by měly přijmout opatření k zajištění toho, aby telekomunikační služby využívané zákazníky usazenými ve Společenství byly ve Společenství také zdaňovány.“

37 – Viz naposledy rozsudek ze dne 4. května 2006, Abbey National a další (C-169/04, Sb. rozh. s. I-4027, body 61 a násl.), jakož i body 73 a násl. mého stanoviska ze dne 8. září 2005 v této věci.

38 – Úč. vst. L 192, s. 1. Směrnice 1990/387 byla mezitím zrušena směrnicí 2002/21 (uvedenou v poznámce pod čarou 10). V článku 2 písm. c) nové rámcové směrnice je obsažena definice služeb elektronických komunikací, která zahrnuje telekomunikační služby, a podobně jako v předešlém případě je založena na přenosu signálů po sítích elektronických komunikací.

39 – Stanovisko ve věci Fazenda Pública (uvedené v poznámce pod čarou 28, bod 69).

40 – Lze ovšem zaznamenat úvahy Komise, aby byl u správy kmitočtových pásem nastaven přístup orientovaný více tržně [viz sdělení Komise ze dne 14. září 2005, vztší tržní orientace v rámci správy kmitočtových pásem v Evropské unii, KOM (2005) 400 konečné].

41 – Viz níže, body 102 a násl.

42 – Viz závěry ke čtvrté předběžné otázce (níže uvedené body 125 a násl.).

43 – Rozsudek ze dne 25. července 1991, Ayuntamiento de Sevilla (C-202/90, Recueil, s. I-4247, bod 18), jakož i rozsudky Komise v. řecko (uvedený v poznámce pod čarou 15, bod 34), a Komise v. Spojené království (uvedený v poznámce pod čarou 15, bod 49).

44 – Viz rozsudky Komise v. Nizozemí (uvedený v poznámce pod čarou 15, bod 21); Ayuntamiento de Sevilla (uvedený v poznámce pod čarou 43, bod 19), a Komise v. řecko (uvedený v poznámce pod čarou 15, bod 40).

45 – Viz rozsudky Komise v. Nizozemí (uvedený v poznámce pod čarou 15, bod 22), a Ayuntamiento de Sevilla (uvedený v poznámce pod čarou 43, bod 20).

46 – Rozsudek ze dne 14. prosince 2000, Fazenda Pública (uvedený výše v poznámce pod čarou 28, body 16 a 17).

47 – Přitom Soudní dvůr odkazuje na rozsudky ze dne 17. října 1989, Comune di Carpaneto Piacentino (uvedený v poznámce pod čarou 27, bod 15), a ze dne 15. května 1990, Comune di Carpaneto Piacentino a další (C-4/89, Recueil, s. I-1869, bod 10).

48 – Soudní dvůr zde odkazuje na rozsudky uvedené výše v poznámce pod čarou 15, Komise v. Spojené království, bod 50, a Komise v. řecko, bod 35, jakož i na další rozsudky vydané v souběžných věcech.

49 – Rozsudek ze dne 17. října 1989, Comune di Carpaneto Piacentino a další (uvedený v poznámce pod čarou 14, bod 13), a rozsudek Fazenda Pública (uvedený v poznámce pod čarou 28, bod 19).

50 – Rozsudky, uvedené v poznámce pod čarou 15, Komise v. Spojené království (bod 51) a Komise v. řecko (bod 36).

51 – Rozsudek Fazenda Pública (uvedený v poznámce pod čarou 28, bod 22).

52 – Rozsudek Fazenda Pública (uvedený v poznámce pod čarou 28, bod 11).

53 – Ani v rozsudku Fazenda Pública (uvedeném v poznámce pod čarou 28, bod 22) Soudní dvůr neposuzoval pronájem parkovacího místa izolovaně, nýbrž v celkovém kontextu správy veřejných parkovišť.

54 – Rozsudek ze dne 17. října 1989, Comune di Carpaneto Piacentino a další (uvedený v poznámce pod čarou 27, bod 24). Viz také rozsudek ze dne 8. června 2006, Feuerbestattungsverein Halle (C-430/04, Sb. rozh. s. I-4999, bod 25).

55 – Rozsudek ze dne 2. června 2005, Waterschap Zeeuws Vlaanderen (C-378/02, Sb. rozh. s. I-4685, bod 32).

56 – Rozsudek ze dne 20. listopadu 2003, Taksatorringen (C-8/01, Recueil, s. I-13711).

57 – Rozsudek Taksatorringen (uvedený v poznámce pod čarou 56, bod 63).

58 – Podle rozhodnutí CEPT/ECC (02) z roku 2006 mají být od 1. ledna 2008 uvolněna pro mobilní telefony IMT-2000/UMTS kmitočtová pásma mezi 2500 MHz až 2690 MHz, kromě frekvencí již přidělených pro první 3G služby.

59 – T-Mobile Austria ovšem uvádí, že k převedení koncesí dochází společně s převedením celého podniku. Zda se v tomto případě jedná o operaci podléhající DPH, záleží na provedení čl.

5 odst. 8 šesté směrnice.

60 – Hypotézu, kterou uvádí žalobkyně, že osoba nepodléhající dani (a sice veřejnoprávní subjekt), která není oprávněna k odpotě daně zaplacené na vstupu, získá frekvenci, je velmi málo pravděpodobná. Pokud veřejnoprávní subjekt užívá frekvenci podle těchto ustanovení za účelem úplného poskytování telekomunikačních služeb, je podle čl. 4 odst. 5 třetího pododstavce ve spojení s přílohou D šesté směrnice osobou povinnou k dani. Stejně tak je hypotetická úvaha, že by odpotě daně na vstupu mohl být vyloučen, pokud by licence nebyly použity pro činnosti podléhající DPH.