

NÁVRHY GENERÁLNEJ ADVOKÁTKY

JULIANE KOKOTT

prednesené 7. septembra 2006 1(1)

Vec C-284/04

T-Mobile Austria GmbH a i.

proti

Rakúskej republike

[návrh na začatie prejudiciálneho konania podaný Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien (Rakúsko)]

„Šiesta smernica o DPH – Pojem hospodárska činnosť – Zdaňovanie verejnoprávných orgánov – Udelenie práv na používanie frekvencií pre digitálne mobilné telekomunikačné služby tretej generácie (UMTS), ako aj pre GSM DCS 1800 a systém TETRA“

I – Úvod

1. V novembri 2000 udelil Telekom-Control-Kommission, rakúsky regulačný orgán, niekoho frekvencií umožňujúcich poskytovať mobilné telekomunikačné služby typu UMTS/IMT2000(2) (nazývané tiež ako mobilné telekomunikačné služby tretej generácie – 3 G) a v tomto kontexte udelil úspešným uchádzačom práva na používanie týchto frekvencií. V tejto súvislosti sa získali poplatky v celkovej sume 831 595 241,10 eura. Už predtým boli týmto spôsobom pridelené frekvencie, ktoré na jednej strane umožňujú poskytovať služby mobilnej telefónie druhej generácie (norma GSM(3)) a na druhej strane slúžia transeurópskemu digitálnemu rádiovému systému TETRA(4).
2. Mobilné telekomunikačné prístroje – 3G disponujú väčšou kapacitou na prenos dát než mobilné telefóny predchádzajúcich generácií. Umožňujú najmä ponúkať také multimediálne služby, ako sú videokonferencie, prístup k internetu a on-line služby. Zavádzanie mobilnej telekomunikácie UMTS sa považuje za významný technický pokrok, ktorý telekomunikačným podnikom otvára priestor pre mnoho nových činností.
3. V spore vo veci samej osem telekomunikačných podnikov (aj tiež len „žalobcovia“), ktoré získali práva na používanie frekvencií, tvrdí, že udelenie práv je plnením podliehajúcim DPH a že v poplatkoch za používanie frekvencií bola obsiahnutá DPH. Požadujú preto vystavenie faktúr, v ktorých bude uvedená DPH. To je podmienkou pre odpoveď DPH, ako dane zaplatenej na vstupe, ktorú údajne odvodili.
4. Podľa článku 4 ods. 1 a 2 šiestej smernice o DPH(5) (aj tiež len „šiesta smernica“) sú zdaniteľné len plnenia, ktoré zdaniteľná osoba vykonáva v rámci svojej hospodárskej činnosti. V

súlade s ?lánkom 4 ods. 5 smernice sa v zásade za zdaniteľnú osobu nepovažuje štát ani jeho orgány v prípade, ak konajú ako orgány verejnej správy. Výklad týchto ustanovení s ohľadom na udelenie práv na používanie frekvencií formou ponukového konania tvorí podstatu tohto konania.

5. V súbežne podanom návrhu na začatie prejudiciálneho konania(6), ku ktorému dnes rovnako predkladám návrhy, kladie VAT and Duties Tribunal London podobné otázky, ktoré sa týkajú posúdenia udelenia licencií na UMTS v Spojenom kráľovstve.

6. Navyše, iné ?lenské štáty nasledovali rakúsky a britský príklad a rovnako získali vysoké licenčné poplatky. Osobitný význam tohto konania a súbežného konania v Spojenom kráľovstve teda nesúvisí len s enormnými sumami, ktoré sú tu v hre. Majú tiež povahu pilotných vecí pre podobné spory v iných ?lenských štátoch.

II – Právny rámec

A – Ustanovenia týkajúce sa DPH

1. Právna úprava Spoločenstva

7. Podľa ?lánku 2 bodu 1 šiestej smernice dani z pridanej hodnoty podlieha:

„dodávka tovaru alebo služieb za úhradu v rámci územia štátu zdaniteľnou osobou;...”

8. ?lánok 4 šiestej smernice definuje zdaniteľnú osobu takto:

„1. Pojem ‚zdaniteľná osoba‘ predstavuje osobu, ktorá nezávisle na ?ubovoľnom mieste vykonáva hospodársku ?innosť bližšie určenú v odseku 2, odhliadajúc od účelu a výsledkov tejto ?innosti.

2. Hospodárske ?innosti spomínané v odseku 1 predstavujú všetky ?innosti výrobcov, obchodníkov a osôb poskytujúcich služby, vrátane banských a poľnohospodárskych ?inností a ?inností jednotlivých profesií. Aj využívanie hmotného alebo nehmotného majetku na účely nadobúdania zisku z nich na nepretržitom základe sa bude tiež považovať za hospodársku ?innosť.

...

5. Štátne orgány, orgány regionálnej a miestnej správy a iné orgány riadiace sa verejným právom sa nepovažujú za zdaniteľné osoby vzhľadom na ?innosti alebo plnenia, ktorých sa zúčastňujú ako verejné orgány ani vtedy, keď v súvislosti s týmito ?innosťami alebo plneniami inkasujú dávky, poplatky, príspevky alebo platby.

Ak sa zúčastňujú takýchto ?inností a plnení, považujú sa za zdaniteľné osoby v súvislosti s týmito ?innosťami a plneniami v tých prípadoch, keď by zaobchádzanie s nimi ako s nezdaniteľnými osobami viedlo k výraznému narušeniu voľnej súťaže.

V každom prípade sa budú tieto orgány považovať za zdaniteľné osoby v súvislosti s ?innosťami uvedenými v Prílohe D za predpokladu, že sa neuskutočnia v takom malom rozsahu, že sú zanedbateľné.

...”

9. Príloha D vo svojom bode 1 uvádza telekomunikácie ako "innos" uvedenú v článku 4 ods. 5 treťom pododseku šiestej smernice.

2. Vnútroštátna právna úprava

10. Podľa paragrafu 1 ods. 1 bodu 1 rakúskeho zákona o dani z obratu z roku 1994 (Umsatzsteuergesetz 1994, ďalej len „UStG 1994“) podliehajú dani z obratu dodávky a iné plnenia vykonané za odplatu na vnútroštátnom území podnikateľom v rámci jeho podniku. Plnenie vykonávané na základe zákonodarného alebo administratívneho aktu, alebo považované za vykonávané v zmysle zákonného ustanovenia je rovnako zdaniteľné.

11. Podľa paragrafu 2 ods. 1 UStG 1994 sa za podnikateľa v zmysle toho istého zákona považuje ktokoľvek, kto nezávisle vykonáva obchodnú alebo podnikateľskú "innos". Obchodná alebo podnikateľská "innos" je akákoľvek stála "innos" vykonávaná s cieľom nadobúdania zisku.

12. Podľa paragrafu 2 ods. 3 UStG 1994 verejnoprávne orgány v zásade vykonávajú obchodnú alebo podnikateľskú "innos" len v rámci svojich komerčných prevádzok [paragraf 2 zákona o dani spoločností (Körperschaftsteuergesetz, ďalej len „KStG“)]. Paragraf 2 ods. 1 KStG stanovuje, že komerčnú prevádzku verejnoprávneho orgánu predstavuje akýkoľvek orgán, ktorý je hospodársky autonómny a vykonáva výlučne, alebo najmä, stálu hospodársku "innos" súkromnej povahy, mimo odvetví poľnohospodárstva alebo lesníctva s cieľom nadobudnutia zisku alebo iných hospodárskych výhod v prípade neúasti na všeobecných hospodárskych vzťahoch.

13. Paragraf 2 ods. 5 KStG v relevantnej pasáži stanovuje, že „hospodárskou "innos"ou súkromnej povahy v zmysle odseku 1 nie je "innos" patriaca najmä do výkonu úradnej moci (verejná služba)...“.

14. Paragraf 11 ods. 1 prvá a druhá veta UStG 1994 stanovuje: „Ak podnikateľ vykonáva plnenia v zmysle paragrafu 1 ods. 1 bodu 1 UStG 1994, je oprávnený vystavovať faktúry. Okrem toho, ak vykonáva plnenia určené pre iného podnikateľa pre potreby jeho podniku alebo právnickej osoby, ak nejde o podnikateľa, je povinný vystavovať faktúry“. (7) Tieto faktúry musia podľa paragrafu 11 ods. 1 bodu 6 UStG 1994 uvádzať sumu dane zodpovedajúcu poplatku.

B – Právny rámec na udelenie frekvencií UMTS

15. Rádiové frekvencie sú obmedzené zdroje. Technicky použiteľné frekvenčné spektrum už bolo z väčšej úasti pridelené rôznym službám a typom používania. Aby sa predišlo rušeniu, sú pre každé používanie k dispozícii určité segmenty (frekvenčné pásma), ktoré sú od seba oddelené. Celosvetová úprava frekvencií je výsledkom práce Medzinárodnej telekomunikačnej únie (ITU), ktorá je medzinárodnou organizáciou pôsobiace pod záštitou OSN.

16. Frekvenčné pásma určené pre mobilné telekomunikačné služby UMTS/IMT-2000 boli v zásade stanovené v roku 1992 na Svetovej rádiokomunikačnej konferencii (WRC 1992). V rezolúcii Svetovej rádiokomunikačnej konferencie 212 z roku 1997 sa uvádza, že zavedenie mobilných telekomunikačných služieb IMT-2000 sa očakáva okolo roku 2000.

17. Európska konferencia poštových a telekomunikačných správ (CEPT)(8) vykonala ďalšie prípravné práce na zavedenie mobilnej telekomunikácie tretej generácie na európskej úrovni. Európsky výbor pre rádiokomunikácie (ERC), ktorý je súčasťou tejto organizácie, definoval v rozhodnutí ERC/DEC/(97)/07 z 30. júna 1997(9) najmä spektrum dostupných frekvencií.

18. Časť frekvenčného spektra, ktorá je vyhradená pre mobilnú telekomunikáciu tretej generácie,

je rozdelená na segmenty, v ktorých mobilné telekomunikačné siete môže súbežne prevádzkovať viacero prevádzkovateľov. Rozsah práv na používanie pridelených frekvencií, ako aj ich počet sa v každom členskom štáte líši(10). Zatiaľ čo napríklad Rakúsko a Nemecko rozdelili spektrum medzi šiestich prevádzkovateľov, v Belgicku a Francúzsku ho rozdelili len medzi troch prevádzkovateľov. Pri definovaní šírky pásiem na prevádzku siete teda existuje – v rámci minimálnych technických požiadaviek – určitá miera voľnej úvahy.

19. Právna úprava frekvencií pre telefónne služby druhej generácie je tiež založená na pokynoch CEPT.

1. Právna úprava Spoločenstva

20. V období, ktoré je relevantné pre vydanie rozhodnutia, tvorila právny rámec Spoločenstva pre udelenie všeobecných a individuálnych povolení v oblasti telekomunikačných služieb smernica 97/13/ES.(11)

21. Podľa článku 3 ods. 3 smernice 97/13 „členské štáty môžu vydať individuálne licencie iba v tom prípade, ak držiteľ dostane prístup k vzácnym fyzickým a iným zdrojom, alebo musí rešpektovať osobitné záväzky, resp. v súlade s ustanoveniami oddielu III má osobitné práva“ [*neoficiálny preklad*].

22. Oddiel III smernice 97/13 (články 7 až 11) podrobnejšie upravuje individuálnu licenciu. Článok 10 stanovuje, že členské štáty môžu obmedziť počet individuálnych licencií v rozsahu, aký sa požaduje na zabezpečenie efektívneho využitia rádiových frekvencií. V tejto súvislosti musia brať patričný ohľad na potrebu maximalizovať úžitok pre používateľov a uľahčiť vývoj voľnej súťaže. Členské štáty udeľujú tieto individuálne licencie na základe výberových kritérií, ktoré musia byť objektívne, nediskriminačné, transparentné, úmerné a podrobné.

23. Podľa článku 11 ods. 1 smernice 97/13 môže udelenie licencií zakladať zaplatenie poplatkov, ktoré majú za cieľ pokrývať náklady. Odsek 2 navyše umožňuje uložiť ďalšie poplatky:

„Nehádajac na odsek 1 môžu členské štáty, ak sa majú použiť vzácne zdroje, povoliť svojim národným regulačným orgánom uložiť poplatky, ktoré odrážajú potrebu zabezpečiť optimálne využitie zdrojov. Takéto poplatky musia byť nediskriminačné a osobitne mať na zreteli potrebu podporiť rozvoj inovačných služieb a súťaže.“ [*neoficiálny preklad*]

24. Smernica 97/13 bola zrušená smernicou 2002/21(12). Na rozdiel od smernice 97/13 článok 9 ods. 3 smernice 2002/21 teraz výslovne stanovuje, že členské štáty môžu podnikom povoliť prevod práv na používanie rádiových frekvencií na iné podniky.

25. Článok 9 ods. 4 smernice 2002/21 stanovuje v tomto prípade toto:

„Členské štáty zabezpečia, aby podnik, ktorý zamýšľa previesť práva na používanie rádiových frekvencií, oznámil tento zámer národnému regulačnému orgánu zodpovednému za prideľovanie spektra, a aby sa všetky prevody vykonali v súlade s postupmi stanovenými národným regulačným orgánom a aby boli zverejnené. Národné regulačné orgány zabezpečia, aby následkom takýchto transakcií nedošlo k deformácii súťaže. Ak bolo používanie rádiových frekvencií harmonizované uplatňovaním rozhodnutia 676/2002/ES (Rozhodnutie o rádiovom spektre) alebo iných opatrení spoločného, nesmie mať žiadny takýto prevod za následok zmenu v používaní tejto rádiových frekvencie.“

26. Významné je tiež rozhodnutie Európskeho parlamentu a Rady 128/1999/ES zo 14. decembra 1998 o koordinovanom zavádzaní tretej generácie mobilných a bezdrôtových

komunikačných systémov (UMTS) v Spoločenstve [neoficiálny preklad](13) (ale len „rozhodnutie UMTS“). Týmto rozhodnutím dali Parlament a Rada v istom zmysle signál na zavedenie mobilnej telekomunikácie UMTS v Európe.

27. Odôvodnenia rozhodnutia UMTS odkazujú na medzinárodný vývoj a medzinárodné predpisy týkajúce sa mobilnej telekomunikácie tretej generácie. článok 3 ods. 1 rozhodnutia UMTS ukladá členským štátom povinnosť, aby najneskôr do 1. januára 2000 zaviedli systém povolení pre UMTS. Na základe článku 3 ods. 3 „zabezpečia, aby v súlade s právom Spoločenstva bola dodávka UMTS organizovaná vo frekvenčných pásmach, ktoré boli harmonizované CEPT...“ [neoficiálny preklad].

2. Vnútroštátne ustanovenia

28. Podľa paragrafu 14 rakúskeho zákona o telekomunikáciách v znení z 1. júna 2000 (Telekommunikationsgesetz, ale len „TKG“) si prevádzkovanie služby hlasovej mobilnej telefónie a iných verejných telekomunikačných služieb prostredníctvom mobilných telekomunikačných sietí vyžaduje koncesiu. Koncesia sa udelí, pokiaľ ide o koncesie týkajúce sa prevádzkovania verejných mobilných telekomunikačných služieb, ak boli žiadateľovi udelené frekvencie, alebo mu môžu byť udelené súbežne s udelením tejto koncesie (paragraf 15 ods. 2 bod 3 TKG). Podľa paragrafu 16 ods. 1 TKG možno koncesie previesť so súhlasom regulačného orgánu. Na účely pokrytia administratívnych nákladov, ktoré boli vynaložené na udelenie koncesie, sa musí zaplatiť poplatok (paragraf 17 TKG).

29. Podľa paragrafu 21 ods. 1 TKG s cieľom zabezpečiť efektívne prevádzkovanie frekvenčného spektra prislúcha držiteľom koncesií na mobilné telekomunikácie uhradiť jednorazovou platbou alebo každoročnými splátkami poplatkov za používanie frekvencií a navyše daň za používanie frekvencií. Paragraf 49 ods. 4 TKG stanovuje, že „udelenie frekvencií určených na poskytovanie verejných mobilných telekomunikačných služieb a iných verejných telekomunikačných služieb prislúcha regulačnému orgánu“.

30. Konanie o udelení je podrobnejšie upravené v paragrafe 49a TKG, ktorý vo svojom odseku 1 stanovuje: „Regulačný orgán musí udeliť frekvencie, ktoré mu boli zverené, žiadateľovi, ktorý spĺňa všeobecné podmienky stanovené v paragrafe 15 ods. 2 bodoch 1 a 2 a zaručuje čo najefektívnejšie využitie frekvencií, čo je určené sumou poplatku ponúkaného ako protihodnota práva na používanie frekvencií“.

31. Rokovací poriadok, ktorý vydal Telekom-Control-Kommission na základe paragrafu 49a TKG, ako aj dokument týkajúci sa ponuky z 10. júla 2000 upravovali ďalšie osobitné aspekty konania o udelení frekvencií pre telekomunikačné systémy tretej generácie (UMTS/IMT-2000). Sú v nich predovšetkým stanovené minimálne ponuky vo výške 700 000 000 ATS (50 870 983,92 eura) pre párové spektrum frekvencií a vo výške 350 000 000 ATS (25 435 491,96 eura) pre nepárové spektrum frekvencií.

32. Do 1. júna 2000 sa na udeľovanie koncesií uplatňovali ustanovenia TKG v jeho znení z roku 1997.

33. Tieto ustanovenia boli v roku 2003 zmenené a doplnené. V paragrafe 56 ods. 1 TKG 2003 je teraz osobitne upravený prevod práv na používanie frekvencií, ktoré udelil regulačný orgán. Tento prevod je možný len za určitých podmienok a vyžaduje povolenie zo strany regulačného orgánu.

34. V paragrafoch 100 až 112 TKG je upravená štruktúra a úlohy Telekom-Control-Kommission. Je súčasťou Telekom-Control GmbH, ktorého jediným spoločníkom je štát a ktorý vykonáva úlohy regulačného orgánu, pokiaľ tieto úlohy neboli zverené Telekom-Control-Kommission (paragrafy

108 a 109 TKG). K regulačným úlohám Telekom-Control-Kommission patrí najmä udeľovanie frekvencií podľa paragrafu 49 ods. 4 TKG v spojení s paragrafom 49a TKG (paragraf 111 bod 9 TKG).

III – Skutkový stav a prejudiciálne otázky

35. Rozhodnutím z 20. novembra 2000 udelil Telekom-Control-Kommission frekvencie, ako aj koncesie pre telekomunikačné systémy tretej generácie (UMTS/IMT2000). Frekvencie boli pred ich udelením najprv predmetom verejného obstarávania a potom boli v rámci viacstupňového verejného predaja predmetom ponukového konania. Uchádzači potom predkladali ponuky týkajúce sa jednotlivých navrhovaných frekvencií až dovtedy, kým ani jeden z účastníkov nepredložil novú vyššiu ponuku. Pri verejnom predaji, ktorý sa konal 2. a 3. novembra 2000, sa predalo dvanásť frekvenčných párových pásiem v šírke 5 MHz, a následne v priebehu ďalšieho súbežne vedeného predaja päť samostatných frekvencií v šírke 5 MHz. Na základe výsledkov verejného predaja boli frekvencie rozhodnutím pridelené žalobcom. Poplatky za používanie frekvencií boli stanovené takto:

T-Mobile Austria GmbH:	170 417 796,10 eura
Mobilkom Austria AG & Co. KG:	171 507 888,60 eura
TRA-3G Mobilfunk GmbH:	113 151 602,70 eura
ONE GmbH:	120 055 522 eur
Hutchison 3G Austria GmbH:	139 023 131,70 eura
3G Mobile Telecommunications GmbH:	117 439 300 eur.

36. Každý úspešný uchádzač mal zaplatiť uvedené sumy v dvoch splátkach, prvú splátku do siedmich dní po doručení rozhodnutia Telekom-Control-Kommission a druhú do šiestich týždňov. Koncesie a práva na používanie sú platné do 31. decembra 2020.

37. Rozhodnutím Telekom-Control-Kommission z 3. mája 1999 sa tele.ring Telekom Service GmbH & Co. KG (ďalej len „tele.ring“) udelili práva na používanie frekvencií (kanály DCS-1800) za poplatok za používanie frekvencie vo výške 98 108 326 eur. Telekom-Control-Kommission prideliť rozhodnutím zo 7. februára 2000 frekvencie európskeho radiotelekomunikačného systému TETRA Austria Telekom Service GmbH & Co. KG, pričom poplatok za používanie frekvencií bol stanovený v sume 4 832 743,47 eura. Aj tieto rozhodnutia vyplývali z ponukového konania.

38. V konaní vo veci samej sa žalobcovia teraz domáhajú vystavenia faktúr za poplatky za používanie frekvencií, v ktorých bude uvedená DPH, ktorá je podľa ich názoru v poplatku zahrnutá. V tomto konaní položil Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien rozhodnutím zo 7. júna 2004 podľa článku 234 ES tieto otázky:

1. Má sa článok 4 ods. 5 tretí pododsek v spojení s prílohou D bodom 1 šiestej smernice... vykladať tak, že v prípade udelenia práv na používanie frekvencií pre systémy mobilnej telefónie podľa noriem UMTS/IMT2000, GSM-DCS-1800 a TETRA... členským štátom za poplatok za používanie frekvencie ide o prínos v odvetví telekomunikácií?

2. Má sa článok 4 ods. 5 tretí pododsek šiestej smernice vykladať tak, že členský štát, ktorého vnútroštátne právo neupravuje v článku 4 ods. 5 treťom pododseku šiestej smernice spomenuté kritérium „nezanedbateľného“ rozsahu príjmov (pravidlo *de minimis*) ako podmienku pre zaradenie medzi zdaniťelné osoby, sa má v každom prípade, bez ohľadu na to, či je rozsah

týchto ?inností zanedbate?ný, považova? pri všetkých ?innostiach v oblasti telekomunikácií za zdanite?nú osobu?

3. Má sa ?lánok 4 ods. 5 tretí pododsek šiestej smernice vyklada? tak, že udelenie práv na používanie frekvencií pre systémy mobilnej telefónie ?lenským štátom za poplatky za používanie v celkovej sume 831 595 241,10 eura (UMTS/IMT 2000), 98 108 326 eur (GSM/DCS-1800) a 4 832 743,47 eura (TETRA) sa má považova? za ?innos? zanedbate?ného rozsahu, z dôvodu ?oho ma ?lenský štát pri takejto ?innosti postavenie zdanite?nej osoby?

4. Má sa ?lánok 4 ods. 5 druhý pododsek šiestej smernice vyklada? tak, že by viedlo k výraznému narušeniu vo?nej sú?áže, ak by ?lenský štát pri udelení práv na používanie frekvencií pre systémy mobilnej telefónie za poplatky v celkovej sume 831 595 241,10 eura (UMTS/IMT 2000), 98 108 326 eur (DCS-1800) a 4 832 743,47 eura (TETRA) tieto poplatky nepodrobil dani z obratu a súkromní poskytovatelia takýchto frekvencií by túto ?innos? podrobil dani z obratu museli?

5. Má sa ?lánok 4 ods. 5 prvý pododsek šiestej smernice vyklada? tak, že ?innos? ?lenského štátu, ktorý ude?uje práva na používanie frekvencií pre systémy mobilnej telefónie podnikate?om v oblasti mobilnej telefónie takým spôsobom, že tento najskôr v ponukovom konaní zistí najvyššiu ponuku za poplatok za používanie frekvencie a osoba ponúkajúca najviac následne získa udelené frekvencie, sa nevykonáva v rámci správy verejných záležitostí, a preto sa ?lenský štát pri tejto ?innosti považuje za zdanite?nú osobu, a to bez oh?adu na právnu povahu aktu, ktorým bolo udelenie pod?a vnútroštátneho práva ?lenského štátu vykonané?

6. Má sa ?lánok 4 ods. 2 šiestej smernice vyklada? tak, že udelenie práv na používanie frekvencií pre systémy mobilnej telefónie ?lenským štátom opísané v piatej otázke sa má považova? za hospodársku ?innos?, z dôvodu ?oho je ?lenský štát pri tejto ?innosti zdanite?nou osobou?

7. Má sa šiesta smernica vyklada? tak, že pri stanovených poplatkoch za udelenie rádiových frekvencií pre systémy mobilnej telefónie ide o brutto poplatky (ktoré už obsahujú da? z pridanej hodnoty), alebo o netto poplatky (ku ktorým ešte možno priráta? da? z pridanej hodnoty)?

39. V konaní pred Súdny dvorom predložili písomné pripomienky podniky uvedené v bodoch 35 a 37, Finanzprokurator für die Republik Österreich ako žalovaný, nemecká, rakúska, dánska, talianska, holandská, po?ská vláda a vláda Spojeného krá?ovstva, ako aj Komisia Európskych spolo?enstiev.

IV – Posúdenie

40. Pod?a ?lánku 4 ods. 1 šiestej smernice pojem zdanite?ná osoba predstavuje osobu, ktorá nezávisle na ?ubovo?nom mieste vykonáva hospodársku ?innos?, odhliadajúc od ú?elu a výsledkov tejto ?innosti. ?lánok 4 ods. 2 vymedzuje pojem hospodárskej ?innosti. Tieto ustanovenia tak neupravujú len to, kto môže byť zdanite?nou osobou, ale tiež podmienky, za ktorých ?innos? ur?itého subjektu podlieha DPH.

41. ?lánok 4 ods. 5 šiestej smernice obsahuje rozdielne pravidlá ur?ujúce, kedy sa štát považuje a kedy nepovažuje za zdanite?nú osobu.(14) Uplatnenie týchto pravidiel však predpokladá, že existovala predovšetkým hospodárska ?innos? v zmysle ?lánku 4 ods. 2. Z tohto dôvodu, je potrebné sa najskôr zaobera? šiestou otázkou, ktorá smeruje k výkladu tohto ustanovenia.

A – O šiestej prejudiciálnej otázke: existencia hospodárskej ?innosti

42. Svojou šiestou otázkou chce vnútroštátny súd zistiť, či udelenie práv na používanie frekvencií pre systémy mobilných telekomunikácií sa má považovať za hospodársku činnosť v zmysle článku 4 ods. 2 šiestej smernice.
43. Článok 4 ods. 2 šiestej smernice obsahuje široký výpočet toho, čo možno považovať za hospodársku činnosť v zmysle odseku 1. Medzi hospodárske činnosti osobitne patria všetky činnosti výrobcov, obchodníkov a osôb poskytujúcich služby, ako aj využívanie hmotného alebo nehmotného majetku na účely nadobúdania zisku z nich na nepretržitom základe.
44. Súdny dvor z tejto definície vyvodil, že „poukazuje na rozsah pôsobnosti pojmu hospodárska činnosť a jeho objektívny charakter v tom zmysle, že činnosť je posudzovaná sama osebe nezávisle od jej cieľov alebo jej výsledkov“. (15)
45. Subjektívne úmysly, ktoré dotknutá osoba svojou činnosťou sleduje, sú teda irelevantné. V opačnom prípade by daňový úrad musel pristúpiť k vyšetrovaniu s cieľom určiť úmysel zdaňovanej osoby, čo by bolo v rozpore s cieľmi spoločného systému DPH spočívajúcemu v zabezpečení právnej istoty a v uľahčení prijímania aktov spojených s uplatnením DPH tým, že sa okrem výnimočných prípadov zohľadní objektívna povaha cieľa dotknutého plnenia. (16)
46. Najskôr preskúvam námietku, že hospodárska činnosť je vylúčená z dôvodu, že udelenie práv na UMTS formou ponukového konania slúži na reguláciu trhu. Následne je potrebné preskúmať, či sa táto operácia musí kvalifikovať ako využívanie majetku na účely nadobúdania zisku z neho na nepretržitom základe v zmysle článku 4 ods. 2 šiestej smernice.
1. Vylučuje cieľ spočívajúci v regulácii trhu akúkoľvek hospodársku činnosť?
47. Udelenie práv formou ponukového konania je podmienené tým, že rádiové frekvencie sú obmedzené zdroje. Segment elektromagnetického spektra, ktorý je k dispozícii pre mobilné telekomunikačné služby, je stanovený medzinárodnými zmluvami. V rámci tohto segmentu možno súbežne prevádzkovať len obmedzený počet mobilných telekomunikačných sietí. Regulačný zásah štátu je nevyhnutný nato, aby sa zabezpečila riadna a nerušená prevádzka.
48. Rozhodnutie UMTS zaväzuje členské štáty, aby zaviedli administratívne postupy, ktoré sú nevyhnutné na zavedenie služieb UMTS.
49. Smernica 97/13 a vnútroštátne akty, ktoré ju preberajú, tvoria konkrétny právny rámec, ktorým sú členské štáty pri prideľovaní frekvenčných pásiem viazané. Podľa článku 10 smernice 97/13 im prislúcha vydávať individuálne licencie na základe výberových kritérií, ktoré musia byť objektívne, nediskriminačné, transparentné, úmerné a podrobné. Článok 11 ods. 2 smernice 97/13 im umožňuje uložiť poplatky, ktoré odrážajú potrebu zabezpečiť optimálne využitie týchto zdrojov.
50. Rakúska republika sa rozhodla udeliť práva na používanie frekvencií prostredníctvom ponukového konania. Podľa paragrafu 49a TKG sa v ponukovom konaní majú určiť uchádzači, ktorí by zabezpečili najúčinnejšie používanie frekvencií. Podľa údajov, ktoré poskytla rakúska vláda, nešlo o to, aby štát dosiahol vysoké zisky.
51. Členské štáty, ktoré podali pripomienky, ako aj Komisia z týchto okolností vyvodzujú, že udelenie práv na používanie frekvencií zo strany Telekom-Control-Kommission nemalo hospodársku povahu v zmysle článku 4 ods. 1 a 2 šiestej smernice, ale že je opatrením na reguláciu trhu.
52. S touto myšlienkou nemožno súhlasiť.

53. Skutočnosť, či činnosť bude hospodárskou činnosťou z hľadiska DPH, závisí od jej objektívnej povahy, ktorá sa musí určiť vzhľadom na konkrétne vonkajšie okolnosti. Cieľ sledovaný touto činnosťou, teda regulovať prístup na trh s mobilnými telekomunikáciami v súlade s právnou úpravou Spoločenstva a určenie najvhodnejšieho prevádzkovateľa, je naopak bezvýznamný. Ciele takejto povahy sa totiž podľa citovanej judikatúry nemajú pri kvalifikácii činnosti zohľadniť.(17)

54. Ponukové konanie sa týkalo práva používať počas obdobia 20 rokov určité rádiové frekvencie na prevádzku mobilnej telekomunikačnej siete. Toto právo získali podniky, ktoré v ponukovom konaní podali najvyššie ponuky.

55. Ani právna kvalifikácia udelenia práv na používanie frekvencií štátom – ako správne povolenie alebo občianskoprávne plnenie – ani označenie zodpovedajúceho protiplnenia zo strany podniku, nie sú pre určenie objektívnej povahy činnosti rozhodujúce. Je totiž zrejmé, že práva boli udelené len za sumu, ktorá bola dosiahnutá v ponukovom konaní, takže peňažné plnenie je priamo spojené s udelením práv. Poplatok za používanie frekvencií nakoniec nepredstavuje poplatok pokrývajúci len administratívne náklady pridelenia frekvencií.

56. Rozhodujúca nie je ani otázka, či ponukové konanie týkajúce sa udelenia práv na používanie frekvencií smerovalo k nadobudnutiu zisku. Z objektívneho hľadiska totiž Telekom-Control-Kommission udelil práva za peňažné plnenie, ktoré malo odrážať hospodársku hodnotu práv a ktoré výrazne prekročilo náklady vynaložené na toto konanie o udelení. Tým, že boli v rámci úpravy ponukového konania stanovené minimálne ponuky až do výšky 50 miliónov eur, bolo vopred plánované nadobudnutie značného zisku. Pri posudzovaní ponukového konania z hľadiska DPH je irelevantné, či tento zisk bol hlavným motívom konania štátu alebo len vedľajším úžitkom, ktorý bol s týmto druhom konania o udelení spojený.

57. Skutočnosť, že udelenie práv na používanie frekvencií sa nakoniec začlenilo do regulačného rámca ovplyvneného právnou úpravou Spoločenstva, nebráni tomu, aby sa kvalifikovalo ako hospodárska činnosť. Splnenie týchto právnych požiadaviek poskytuje aktu len (povinne) stanovený cieľ, ktorý sa nemôže vziať do úvahy pri kvalifikácii hospodárskej povahy činnosti.(18)

58. To, že regulačná činnosť môže ako hospodárska činnosť podliehať DPH, možno ukázať na prílohe D bode 7 šiestej smernice. Medzi činnosťami, ktoré sa totiž majú považovať za činnosti štátu podliehajúce DPH v súlade s článkom 4 ods. 5 tretím pododsekom šiestej smernice, sú v tejto prílohe uvedené transakcie s poľnohospodárskymi výrobkami, ktoré uskutočňujú poľnohospodárske intervenčné agentúry na základe nariadení o spoločnej organizácii trhu s týmito výrobkami. Ak intervenčná agentúra predáva výrobky zo svojich zásob, musí zaplatiť DPH, aj keď tieto operácie sú zamerané predovšetkým na reguláciu trhu, a nie na nadobúdanie zisku.

59. Poukázanie na vonkajšie objektívne znaky operácie rozširuje pojem hospodárska činnosť na širokú oblasť, čo je v súlade s názorom Súdneho dvora.(19) Ak sa v tomto štádiu skúmania už prihliadlo na to, že verejný orgán vykonáva činnosť v rámci plnenia svojej zákonom stanovenej úlohy, pôsobnosť šiestej smernice by sa vopred podstatne obmedzila. Zostal by osobitne len obmedzený priestor na uplatnenie článku 4 ods. 5 šiestej smernice, aj keď toto ustanovenie obsahuje osobitné pravidlá pre orgány verejnej správy.

60. Súdny dvor v rozsudku SAT Fluggesellschaft(20), ktorý osobitne citovali niektorí účastníci konania, nepochybne rozhodol, že o hospodársku činnosť v zmysle súťažných pravidiel Zmluvy ES nejde v prípade, ak ide o výkon verejnej moci.

61. Súťažné pravidlá a šiesta smernica o DPH sú však založené na odlišnom chápaní

hospodárskej činnosti. Súťažné pravidlá považujú výkon verejnej moci za kritérium vylučujúce hospodársku činnosť z ich pôsobnosti. Nezahŕňajú však osobitný režim činností štátu pri výkone verejnej moci.

62. Pojem hospodárska činnosť, ktorý je uvedený v článku 4 ods. 1 a 2 šiestej smernice je širší než pojem použitý v súťažných pravidlách. Výkon verejnej moci tu nehrá žiadnu úlohu. Tento aspekt sa zohľadní až v neskoršom štádiu skúmania, a to v rámci osobitného režimu článku 4 ods. 5. Toto ustanovenie by bolo úplne zbytočné, ak by sa šiesta smernica, podobne ako súťažné pravidlá, vôbec nevzťahovala na akty orgánu verejnej správy.

2. Využívanie majetku na účely nadobúdania zisku z neho na nepretržitom základe

63. V súlade s článkom 4 ods. 2 šiestej smernice sa za hospodársku činnosť považuje predovšetkým využívanie hmotného alebo nehmotného majetku na účely nadobúdania zisku z nich na nepretržitom základe. Práva na používanie frekvencií predstavujú nehmotný majetok.

64. Podľa ustálenej judikatúry sa v súlade so zásadou neutrality spoločného systému DPH pojem využívanie vzťahuje na všetky operácie bez ohľadu na ich právnu formu.⁽²¹⁾ Súdny dvor tak považoval napríklad prenájom majetku za využívanie majetku, ktoré sa musí považovať za hospodársku činnosť v zmysle článku 4 ods. 2 šiestej smernice.⁽²²⁾ Telekom-Control-Kommission udelil žalobcom za poplatok časovo obmedzenú licenciu na používanie frekvencií. Táto operácia, ktorá sa podobá prenájmu, sa musí považovať za využívanie nehmotného majetku na účely nadobúdania zisku.

65. Finanzprokurator, ako aj rakúska, dánska a holandská vláda však tvrdia, že nadobudnutý zisk nemá *nepretržitú povahu*, keďže udelenie frekvencií bolo jednorazovou operáciou.

66. Zatiaľ čo pojem „nachhaltig“, ktorý je uvedený v nemeckej jazykovej verzii, nie je úplne jasný, použitie iných jazykových verzií jasne ukazuje, že nadobúdanie zisku musí byť dlhodobé.⁽²³⁾ Samotné príležitostné komerčné využívanie majetku teda nepredstavuje hospodársku činnosť v zmysle článku 4 ods. 1 a 2 šiestej smernice, ako Súdny dvor rozhodol v rozsudku Enkler⁽²⁴⁾.

67. Udelenie práv na používanie frekvencií, ktoré sa má v prejednávanej veci posúdiť však nie je príležitostným využívaním v tomto zmysle. Na objasnenie v krátkosti pripomeniem okolnosti veci Enkler. Išlo teda o to, či príležitostný prenájom obytného automobilu, ktorý jeho vlastník okrem iného v podstate využíva na osobné účely, sa musí tiež považovať za využívanie majetku na účely nadobúdania zisku z neho na nepretržitom základe.

68. Skúmanie Súdneho dvora vychádza z povahy majetku. Skutočnosť, že majetok možno výlučne použiť na hospodárske účely vo všeobecnosti postačuje na to, aby sa pripustilo, že jeho vlastník ho využíva na hospodárske činnosti a teda na účely nadobúdania zisku z neho na nepretržitom základe. Naopak, ak sa môže majetok z dôvodu svojej povahy použiť tak na hospodárske, ako aj na osobné účely, je potrebné preskúmať všetky podmienky jeho využívania, aby sa zistilo, či sa skutočne používa na účely nadobúdania zisku z neho na nepretržitom základe⁽²⁵⁾.

69. V prípade práva na používanie rádiových frekvencií na účely ponuky mobilných telekomunikačných služieb UMTS a GSM môže prichádzať do úvahy len hospodárske využívanie. Z toho teda vyplýva, že tu od počiatku nejde o otázku oddelenia hospodárskeho využívania majetku od využívania osobného. Nemôže teda ísť ani o príležitostnú hospodársku činnosť, ktorá by ustúpila osobnému využívaniu.

70. Digitálny rádiový systém TETRA sa však musí vo všeobecnosti používať najmä pre

komunikáciu bezpečnostných a poriadkových orgánov. Ak by tieto orgány previedli prevádzku siete na súkromného prevádzkovateľa, išlo by tiež o hospodárske využívanie zodpovedajúcich frekvencií. V každom prípade nie je ani zrejmé, v čom by konkrétne pridelené práva na používanie frekvencií pre digitálny rádiový systém TETRA viedli len k väčšiemu využívaniu na účely dosahovania zisku.

71. Skutočnosť, že sa práva na používanie frekvencií udelili len raz na dlhú dobu neznamená, že ide o príležitostné využívanie na hospodárske účely. V tejto súvislosti nejde o to, ako často zdaniteľná osoba uskutočňuje porovnateľné plnenia, ale o to, či určitý majetok dlhodobo prináša zisk. V prejednávanej veci o tom neexistujú žiadne pochybnosti. Právo na používanie frekvencií sa udelilo na dvadsať rokov a štátu prináša zisk počas celého tohto obdobia.

72. Skutočnosť, že poplatok za používanie frekvencií sa musí zaplatiť bezprostredne po udelení práv len v dvoch splátkach, a nie ako periodicky sa opakujúca platba, nemení nič na nepretržitom charaktere nadobúdaného zisku. Teoreticky by sa mohol poplatok za používanie frekvencií zaplatiť aj inou formou. To, či sa šiesta smernica uplatní, však nemôže závisieť od podmienok platby poplatku, ktoré si strany môžu dohodnúť.

73. Bez ohľadu na túto skutočnosť možno licenciu predčasne vrátiť, postúpiť alebo odobrať, takže jednorazovo udelené právo na používanie nebude na obdobie dvadsiatich rokov zachované.

74. Časovo obmedzené udelenie práva na používanie nie je nakoniec porovnateľné s predajom cenných papierov, ktorý Súdny dvor nepovažuje – pokiaľ sa neuskutoční v rámci podnikateľskej činnosti – za hospodársku činnosť z dvoch dôvodov.(26)

75. Zisky pochádzajúce z držby alebo predaja akcií – teda dividendy a kapitálové výnosy – nevyplyvajú najmä z ich aktívneho využívania, ale sú priamym dôsledkom ich vlastníctva. Na rozdiel od toho nie sú príjmami pochádzajúcimi z udelenia frekvencií len príjmy vyplývajúce z práva disponovať s frekvenciami, ako je to v prípade dividend a kapitálových výnosov, ale aj príjmy pochádzajúce z využívania tohto práva.

76. Príjmy z predaja cenných papierov sú okrem toho len jednorazové. Po tom, čo hospodársky majetok opustil imanie predajcu, nemôže ho tento predajca viac využívať na účely nadobúdania zisku. Naopak, štát sa s konečnou platnosťou nevzdáva práva disponovať s frekvenciami. Toto právo sa mu naopak vracia najneskôr v okamihu uplynutia lehoty platnosti povolenie využívať tieto práva, a potom sa teda môže opäť niekomu udeliť.

77. Na šiestu otázku je teda potrebné odpovedať takto:

Udelenie práva používať na určitú dobu stanovenú časť elektromagnetického spektra na účely ponuky telekomunikačných služieb štátnym orgánom prostredníctvom ponukového konania sa musí za okolností sporu vo veci samej považovať za využívanie nehmotného majetku na účely nadobúdania zisku z neho na nepretržitom základe, a teda za hospodársku činnosť v zmysle článku 4 ods. 1 a 2 šiestej smernice.

B – O prvej a piatej prejudiciálnej otázke: podmienky, za ktorých verejné orgány konajú ako zdaniteľné osoby

1. Úvodná poznámka o štruktúre článku 4 ods. 5 šiestej smernice

78. Podľa základného pravidla uvedeného v článku 4 ods. 5 prvom pododseku šiestej smernice sa štátne orgány, orgány regionálnej a miestnej správy a iné orgány riadiace sa verejným právom nepovažujú za zdaniteľné osoby vzhľadom na činnosť alebo plnenia, ktorých sa zúčastňujú ako

orgány verejnej správy. Ustanovenie tak zo všeobecnej daňovej povinnosti vylučuje orgány verejnej správy, aj keď vykonávajú hospodársku činnosť v zmysle článku 4 ods. 1 a 2 šiestej smernice. Na výkon verejnej moci sa teda hľadí ako na konanie súkromného spotrebiteľa.

79. Podľa druhého pododseku sa však štát na rozdiel od prvého pododseku považuje za zdaniteľnú osobu, ak by zaobchádzanie s ním ako s osobou nepodliehajúcou dani viedlo k výraznému narušeniu voľnej súťaže. Toto ustanovenie sa zakladá na tom, že určité štátne orgány môžu – aj keď vykonávajú činnosť v rámci verejnej moci – vstúpiť do hospodárskej súťaže s plneniami, ktoré poskytujú súkromní súťažitelia. Slúži teda na zabezpečenie daňovej neutrality.(27)

80. Nakoniec podľa tretieho pododseku sa štátne orgány považujú za zdaniteľné osoby v súvislosti s činnosťami vymenovanými v prílohe D, pokiaľ tieto činnosti nie sú zanedbateľné. Vymenované činnosti sa teda môžu posudzovať bez toho, aby bolo potrebné zisťovať, či štát tieto činnosti vykonáva v rámci výkonu verejnej moci.

81. Oblasť, ktoré sú uvedené v prílohe D – vrátane telekomunikačných služieb –, sa v podstate týkajú hospodárskych plnení,(28) ktoré najčastejšie poskytuje alebo poskytoval štát pri výkone verejnej moci výlučne z dôvodu ich významu pre všeobecný záujem, ktoré by však rovnako mohli ponúkať súkromné podniky.(29) Medzičasom boli niektoré uvedené hospodárske odvetvia liberalizované. Súkromné podniky sú tu skutočne v konkurenčnom vzťahu s časťami súkromnými podnikmi a časťami ešte stále so štátnymi podnikmi, ktoré boli v minulosti monopolmi. Tento vývoj sa zjavne zohľadnil pri prijímaní šiestej smernice v roku 1977.

82. Ak by sa udelenie mobilných telekomunikačných frekvencií malo v oblasti telekomunikácií považovať za zanedbateľnú činnosť, tak by v každom prípade podliehalo DPH bez ohľadu na to, či ide o výkon verejnej moci alebo o konkrétne narušenie voľnej súťaže.

83. Na základe systematiky tohto ustanovenia treba najprv preskúmať prvú, druhú a tretiu otázku a potom piatu otázku, ktorá sa týka výkladu článku 4 ods. 5 prvého pododseku šiestej smernice. Iba v prípade, ak k udeleniu práv na používanie frekvencií došlo pri výkone verejnej moci, sa totiž musí upresniť, či konajúci verejný orgán je napriek tomu podľa článku 4 ods. 5 druhého pododseku zdaniteľnou osobou, pretože by inak hrozilo výrazné narušenie voľnej súťaže.

2. O prvej prejudiciálnej otázke: zahŕňa pojem telekomunikačné služby, ktorý je uvedený v prílohe D šiestej smernice, udelenie licencií na UMTS formou ponukového konania?

84. Účastníci konania sa v zásade nezhodujú v tom, či pojem „telekomunikácie“, ktorý je uvedený v prílohe D bode 1, zahŕňa len ponuku samotných telekomunikačných služieb(30) – čo uvádza žalovaný, vlády, ktoré predložili pripomienky a Komisia – alebo tiež s tým súvisiace činnosti, a teda udelenie frekvencií, čo je názor žalobcov.

85. Zo znenia prílohy D nemožno vyvodiť nič, čo by umožnilo skončiť s týmto rozporom. Skutočnosť, že sa v nemeckej jazykovej verzii používa zastaralý pojem „Fernmeldwesen“ a nie pojem „Telekommunikation“, je irelevantná. V iných jazykových zneniach sa používa starší pojem zaužívaný pre každý z týchto jazykov (pozri napríklad „telecommunications“ alebo „télécommunications“). Pojmy „Fernmeldwesen“ a „Telekommunikation“ sú vo veľkej miere synonymá.

– Historický výklad

86. Podľa historického výkladu by bolo možné tvrdiť, že udelenie licencií na mobilné telekomunikačné služby súkromným podnikom nemožno zahrnúť pod pojem telekomunikácie,

keže takéto licencie v okamihu vydania smernice v roku 1977 vôbec neexistovali. V rozhodnej dobe totiž všetky telekomunikačné služby prevádzkovali poštové orgány štátu v rámci vlastnej správy. Normotvorca Spoločenstva teda vtedy nemal pravdepodobne v úmysle prijať úpravu týkajúcu sa licencií na telekomunikácie.

87. T-Mobile Austria však navrhuje zohľadniť v rámci historického výkladu zmenu skutkových okolností (vývojový výklad) a položiť si otázku, čo by historický normotvorca chcel vzhľadom na súasnú situáciu upraviť.(31) Pri tomto prístupe by nebolo vopred vylúčené, že by normotvorca chcel pod pojem telekomunikačné služby zahrnúť aj udelenie frekvencií.

88. Historická výkladová metóda má však v každom prípade len sekundárny dosah a nemôže byť sama osebe rozhodujúca.(32) Okrem toho je ďalej potrebné vykladať ustanovenia šiestej smernice systematicky a najmä so zohľadnením ich cieľa.

– Systematický výklad

89. Z hľadiska systematického výkladu by mohla mať predovšetkým význam definícia telekomunikačných služieb, ktorá je uvedená v článku 9 ods. 2 písm. b) desiatej zarážke šiestej smernice.(33) Znie takto:

„Služby telekomunikácií sa považujú za služby súvisiace s prenosom, vysielaním alebo prijímaním signálov, písaného textu, obrazov a zvukov alebo informácií akejkoľvek povahy telegraficky, rádiovým, optickým alebo pomocou ostatných elektromagnetických systémov vrátane súvisiaceho prevodu alebo postúpenia práva na používanie kapacity na takýto prenos, vysielanie alebo prijímanie. ...“

90. Článok 9 definuje miesto, ktoré sa v prípade poskytovania služieb považuje za miesto plnenia. Odsek 2 písm. e) v tejto súvislosti tiež stanovuje, a to najmä pre poskytovanie telekomunikačných služieb, ktoré sú tam definované, že miestom poskytovania v prípade cezhraničných služieb je sídlo zákazníka.

91. Niektoré vlády a Komisia považujú za vhodné vyvodiť z tejto definície určité závery a zastávajú názor, že táto definícia zahŕňa len poskytovanie telekomunikačných služieb v užšom slova zmysle. Práva na používanie „kapacity na takýto prenos, vysielanie alebo prijímanie“, ktoré sú vymenované v tomto ustanovení, sa podľa ich názoru týkajú infraštruktúry a nie práv na používanie frekvencií.

92. Niektorí žalobcovia z tejto pasáže, ktorá v angličtine znie: „including the related transfer or assignment of the right to use the capacity for such transmission, emission or reception“, dospievajú k opačnému názoru. Pojem „capacity“ sa podľa ich názoru používa aj v zmysle „frequency spectrum capacity“.

93. Zdá sa, že anglická jazyková verzia tento výklad skutočne umožňuje. Iné jazykové verzie však podporujú výklad vlád, ktoré predložili pripomienky, a Komisie.(34) V prípade rozporov medzi jazykovými verziami má osobitný význam úcel ustanovenia,(35) ktoré v tomto prípade tiež svedčí proti zahrnutiu udelenia frekvencií.

94. Ako správne uvádza holandská vláda, právna úprava musí zabezpečiť, aby telekomunikačné služby poskytované z tretích štátov zákazníkom v Spoločenstve boli v Spoločenstve aj zdaťované.(36) Toto odôvodnenie sa vzťahuje len na poskytovanie telekomunikačných služieb v užšom slova zmysle. Práva na používanie frekvencií totiž v každom prípade udeľujú príslušné vnútroštátne orgány. Navyše, väčšinou môžu byť nadobúdatelia, teda poskytovatelia služieb, rovnako usadení v štáte, v ktorom sa frekvencia udeľuje, pretože je málo pravdepodobné, že sa

mobilná telekomunikačná sieť UMTS zavedie a bude prevádzkovaná bez prevádzkarne alebo dcérskej spoločnosti v príslušnom štáte.

95. Niektoré vlády a Komisia navyše poukazujú na definíciu telekomunikačných služieb, ktorá je uvedená v smerniciach prijatých v tejto oblasti s ohľadom na vnútorný trh. V úplnom súlade s judikatúrou Súdneho dvora je to, aby sa pri výklade šiestej smernice zohľadnili tiež definície uvedené v právnych aktoch, ktoré upravujú predmetnú oblasť a ktoré nesledujú iné ciele než právne predpisy o DPH.(37)

96. Článok 2 bod 4 smernice 90/387(38) definuje telekomunikačné služby ako „služby, ktoré úplne alebo čiastočne spočívajú v prenose a smerovaní signálov v telekomunikačnej sieti telekomunikačnými postupmi, s výnimkou rozhlasového a televízneho vysielania“ [*neoficiálny preklad*]. Podľa tejto definície nie je udelenie práv na používanie frekvencií na UMTS telekomunikačnou službou.

97. Pretrvávajú však pochybnosti o tom, či definície citovaných pojmov možno bez obmedzenia uplatniť na prílohu D, keďže sa vždy vzťahujú na „Telekommunikationsdienste“ alebo „Telekommunikationsdienstleistungen“ („telecommunication services“ v anglickej jazykovej verzii), zatiaľ čo príloha D uvádza „Fernmeldewesen“ („telecommunications“ v anglickej jazykovej verzii). Tento pojem by sa dal chápať ako širší opis tejto oblasti činnosti, ktorý zahŕňa aj iné činnosti ako len poskytovanie telekomunikačných služieb v užšom slova zmysle.

– Teleologický výklad

98. Rozhodujúci je však úcel úpravy článku 4 ods. 5 tretieho pododseku šiestej smernice v spojení s jej prílohou D. Ako uviedol generálny advokát Alber, činnosti vymenované v prílohe D sú činnosti, v prípade ktorých je podstatný a zjavný hospodársky prospech.(39)

99. Keďže tieto plnenia ponúkajú alebo môžu ponúkať na základe ich samotnej povahy aj súkromné podniky, vo všeobecnosti sa predpokladá, že majú významný dopad na hospodársku súťaž. Cieľom pravidla je v tejto situácii považovať štát za zdaniteľnú súkromnú osobu. Podľa druhého pododseku ďalšie plnenia poskytované štátom prípadne podliehajú DPH len vtedy, ak by hrozilo výrazné narušenie voľnej súťaže.

100. Považovať štát za súkromnú zdaniteľnú osobu má zmysel len s ohľadom na poskytovanie telekomunikačných služieb v užšom slova zmysle, pretože tieto plnenia môžu medzičasom ponúkať aj súkromné podniky. Naopak, pri súasnom stave vývoja(40) je prvotné udelenie práv na frekvencií úlohou, ktorá je vyhradená štátu.(41) Aj kedy udelenie práv na používanie frekvencií muselo byť pravdepodobne za určitých okolností v konkurenčnom vzťahu s ďalším predajom licencií zo strany súkromných podnikov,(42) vo všeobecnosti sa nevyžaduje, aby sa štát, pokiaľ ide o túto činnosť, považoval za súkromnú zdaniteľnú osobu. V každom prípade sa musí v prvom rade preskúmať, či zdanenie plnenia poskytovaného štátom je podľa kritérií článku 4 ods. 5 druhého pododseku šiestej smernice nevyhnutné na ochranu hospodárskej súťaže.

101. Na prvú otázku je preto potrebné odpovedať tak, že pojem „telekomunikácie“, ktorý je uvedený v prílohe D bode 1 šiestej smernice, nezahŕňa pri súasnom stave vývoja udelenie práv na používanie frekvencií na účely ponuky mobilných telekomunikačných služieb štátom.

3. O druhej a tretej prejudiciálnej otázke: činnosť nezanedbateľného rozsahu v zmysle článku 4 ods. 5 tretieho pododseku šiestej smernice

102. Podľa článku 4 ods. 5 tretieho pododseku šiestej smernice sa musia kumulatívne splniť dve podmienky, aby sa verejnoprávne orgány v každom prípade považovali za zdaniteľné osoby:

musia vykonáva? niektorú z ?inností uvedených v prílohe D a rozsah týchto ?inností nesmie byť zanedbate?ný.

103. Ako bolo uvedené v odpovedi na prvú otázku, na udelenie práv na používanie frekvencií zo strany Telekom-Control-Kommission sa nev?ahuje pojem „telekomunikácie“ v zmysle prílohy D bodu 1 šiestej smernice.

104. Z toho vyplýva, že nie je potrebné preskúma?, či ide o ?innos? vykonávanú v nezanedbate?nom rozsahu, aj keď štát touto ?innos?ou nadobúda zna?ný zisk, čo je predmetom tretej otázky. Význam nemajú ani prípadné následky rozdielov medzi smernicou a jej prebratím do vnútroštátneho práva. Na druhú a tretiu otázku nie je preto potrebné odpoveda?.

4. O piatej otázke: výkon verejnej správy v zmysle ?lánku 4 ods. 5 prvého pododseku šiestej smernice

105. Pod?a ?lánku 4 ods. 5 prvého pododseku šiestej smernice sa na účely uplatnenia pravidla nezdanenia musia kumulatívne splni? dve podmienky, a síce výkon ?inností zo strany verejného orgánu a to, že ich tento orgán vykonáva ako orgán verejnej správy.(43)

106. Pokiaľ ide o prvú podmienku, Súdny dvor rozhodol, že ?innos?, ktorú vykonáva jednotlivец, nie je oslobodená od DPH len z toho dôvodu, že spo?íva vo vykonávaní aktov, ktoré patria do právomoci orgánu verejnej správy.(44) Súdny dvor mal v tejto súvislosti osobitne na mysli nezávislé podnikate?ské subjekty, ktoré neboli za?lenené do verejnej správy.(45)

107. Telekom-Control-Kommission je sú?as?ou Telekom-Control GmbH. Aj keď pod?a svojej právnej formy ide o spoločnos? pod?a súkromného práva, žiadny ú?astník konania nepochybuje o tom, že Telekom-Kontrol-Kommission sa má považova? za sú?as? verejnej správy. Vnútroštátnemu súdu prináleží preskúma?, či je táto kvalifikácia v súlade s vnútroštátnym právom.

108. Druhú podmienku upresnil Súdny dvor v rozsudku Fazenda Pública(46) takto:

„Pokiaľ ide o túto poslednú podmienku, možno rozsah nezda?ovania verejných orgánov ur?i? na základe spôsobu výkonu predmetných ?inností...[(47)].

Z ustálenej judikatúry Súdneho dvora teda vyplýva, že ?innosti vykonávané v rámci výkonu verejnej správy v zmysle ?lánku 4 ods. 5 prvého pododseku šiestej smernice sú ?innosti, ktoré verejnoprávne orgány vykonávajú v rámci osobitného právneho režimu, s výnimkou ?inností, ktoré vykonávajú za rovnakých právnych podmienok ako súkromné podnikate?ské subjekty...[(48)].“

109. Súdny dvor dodal, že nemožno vychádza? z predmetu alebo cie?a tejto ?innosti.(49)

110. Žalobcovia zastávajú názor, že sa štát pri ponukovom konaní na práva na používanie frekvencií choval ako podnikate?ský subjekt. Použil súkromnoprávne formy konania a nadobudol zna?né zisky za pridelenie frekvencií.

111. ?lenské štáty, ktoré predložili pripomienky a Komisia naopak zdôraz?ujú, že udelenie práv na používanie frekvencií je pod?a relevantných ustanovení vnútroštátneho práva a práva Spolo?enstva vyhradené štátu, ktorý podlieha osobitným povinnostiam.

112. V tejto súvislosti treba konštatova?, že v súlade s ?lánkom 2 ods. 1 písm. a) smernice 97/13 môže udeli? individuálne licencie, ktoré umož?ujú prevádzkova? telekomunika?nú sie?, len národný regula?ný orgán. Orgán musí v tejto súvislosti dodržiava? podmienky uvedené v ?lánoch 9 a 10 smernice. V prípade, ak ?lenský štát udelí len obmedzený počet individuálnych licencií, musí tento výber urobi? na základe výberových kritérií, ktoré musia byť objektívne,

nediskriminačné, transparentné, úmerné a podrobné (článok 10 ods. 3 smernice 97/13). Na poplatky, ktoré sa v tejto súvislosti vyberajú, sa vzťahujú podmienky článku 11 ods. 2 tejto smernice.

113. Aj keď je konečné posúdenie vnútroštátneho právneho kontextu vyhradené vnútroštátnemu súdu, je nepochybné, že prvé pridelenie frekvencií môže podľa TKG vykonať výhradne Telekom-Control-Kommission. Povinnosti, ktoré mu vnútroštátna právna úprava ukladá vyplývajú zo smernice 97/13.

114. Žiadny súkromný podnik nemôže priamo udeliť práva tejto povahy. Súkromné podniky si však štátom udelené frekvencie môžu medzi sebou prevádzať. Prevod ale nemožno porovnávať s prvým pridelením, pretože sa zakladá len na odvodenom dispozičnom práve, zatiaľ čo prvé pridelenie je výlučne zverené štátu. Ani výmenu bankoviek medzi jednotlivcami nemožno porovnávať s oprávnením štátu na ich vydávanie. To umožňuje dospieť k záveru, že udelenie práv na používanie frekvencií formou ponukového konania bolo činnosťou, ktorá prislúchala štátnemu orgánu v rámci výkonu verejnej moci.

115. To nie je nezlučiteľné so skutočnosťou, že štát udelil frekvencie prostredníctvom ponukového konania, teda postupu, ktorý vychádza zo súkromného práva a ktorý môžu použiť aj jednotlivci.

116. V tejto súvislosti nie je potrebné sa alej zaoberať tým, aký význam malo ponukové konanie v rámci celého konania o udelení. Niektorí žalobcovia na tomto mieste tvrdia, že ponukové konanie viedlo k uzavretiu súkromnoprávnej zmluvy o udelení práv na používanie frekvencií. Iní žalobcovia naopak uvádzajú, že k skutočnému udeleniu došlo až následným správnym aktom. Ponukové konanie teda malo slúžiť len na výber podnikov, na ktoré boli práva formou správneho aktu následne prevedené.

117. Súdny dvor nepochybne dospel k názoru, že rozhodujúci je spôsob vykonávania činnosti. Bolo by však príliš zužujúce vnímať za tým len „ako“, teda formu aktu. Záleží skôr na tom, či uplatniteľné ustanovenia v konečnom dôsledku umožňujú súkromným podnikom vykonávať podobnú činnosť. Ak by to tak bolo, musel by sa štát považovať za zdaniteľnú osobu, aby sa pri výbere DPH neohrozila daňová neutralita. Naopak, skutočnosť, že štát pri výkone oprávnení, ktoré sú mu výlučne priznané, môže využiť postup, ktorý je typický pre súkromné právo, nemá žiadny vplyv na daňovú neutralitu.

118. Téza žalobcov však vedie k úvahe, že verejná moc sa vykonáva len vtedy, ak štát prijíma správne akty, to znamená, ak sa jeho činnosť striktne riadi správnym právom. Súdny dvor však toto chápanie výslovne zamietol v rozsudkoch, ktoré vyhlásil vo veciach týkajúcich sa daňových poplatkov.⁽⁵⁰⁾

119. V rozsudku Fazenda Pública⁽⁵¹⁾ však Súdny dvor dospel na základe skutočností, že správa verejných parkovísk zahŕňala využívanie právomocí orgánu verejnej moci, k záveru, že činnosť podliehala osobitnému režimu verejného práva. Akt podliehajúci správnomu právu, pri ktorom je občan voči štátu v subordinačnom vzťahu, predstavuje teda z pohľadu Súdneho dvora dôkaz výkonu verejnej správy v zmysle článku 4 ods. 5 prvého pododseku šiestej smernice bez toho, aby bol povinnou podmienkou tohto výkonu.⁽⁵²⁾

120. Odkaz na právnu úpravu formy konania by mohol ohroziť jednotné uplatnenie šiestej smernice, pretože je v niektorých členských štátoch, na rozdiel od ostatných členských štátoch, pravdepodobné, že štát využíva nástroje súkromného práva. Vymedzenie nástrojov verejného práva od nástrojov súkromného práva sa tiež môže v rôznych vnútroštátnych právnych poriadkoch líšiť.

121. Navyše je potrebné uviesť, že článok 4 ods. 5 prvý pododsek šiestej smernice len vyžaduje, aby sa plnenie uskutočnilo v rámci výkonu verejnej správy. Z tohto dôvodu nemožno udelenie práv na používanie frekvencií formou ponukového konania posudzovať izolovane.⁽⁵³⁾ Táto činnosť sa v prvom rade zaoberá do celkového rámca správy frekvencií a regulácie telekomunikačného sektoru. V tomto kontexte štát v zásade vykonáva výlučné právomoci orgánu verejnej moci predovšetkým tým, že do vnútroštátneho práva preberá požiadavky rozhodnutia UMTS alebo smerníc o vnútornom trhu.

122. Tomu navyše neodporuje, ak sa pri tomto preskúmaní zohľadní širší právny kontext činnosti, zatiaľ čo pri jej označení ako hospodárskej činnosti je určujúci len vonkajší aspekt. V súlade s logikou článku 4 šiestej smernice je v prvom rade práve zabezpečiť rozsiahle uplatnenie smernice širokým výkladom odsekov 1 a 2 v prvom štádiu, pričom osobitné právne podmienky, za ktorých štát koná, sa zohľadnia v štádiu uplatnenia odseku 5.

123. Nakoniec kvalifikácia udelenia frekvencií formou ponukového konania za činnosť, ktorá sa vykonáva v rámci verejnej správy nespochybnila, že štát tým dosiahol vysoké príjmy. To nepochybne môže – ako sa ukázalo – viesť k tomu, že konanie štátu bude mať hospodársku povahu v zmysle článku 4 ods. 2 šiestej smernice. O výkon verejnej moci však ide v prípade, ak štát koná na základe osobitného právneho režimu, ktorý sa na neho uplatňuje.

124. Na piatu otázku je preto potrebné odpovedať takto:

Za činnosti v rámci výkonu verejnej správy v zmysle článku 4 ods. 5 prvého pododseku šiestej smernice možno považovať činnosti, ktoré verejnoprávne orgány vykonávajú v rámci osobitného režimu verejného práva. Okolnosť, že štát plní úlohy, ktoré mu boli výlučne zverené, a to uplatnením postupu stanoveného v občianskom práve, alebo že pri svojej činnosti dosahuje vysoký príjem, nevylučuje, že koná ako orgán verejnej správy.

5. O štvrtej prejudiciálnej otázke: vedie nezdanenie k výraznému narušeniu voľnej súťaže?

125. Podľa článku 4 ods. 5 druhého pododseku šiestej smernice štátne orgány, ktoré vykonávajú činnosti ako orgány verejnej správy, sa považujú za zdaniteľné osoby v súvislosti s týmito činnosťami, pokiaľ by ich nezdanenie viedlo k výraznému narušeniu voľnej súťaže.

126. Podľa údajov uvedených Súdnym dvorom v rozsudku *Comune di Carpaneto Piacentino* sú členské štáty povinné:

„zabezpečiť, aby činnosti, ktoré verejnoprávne orgány vykonávajú ako orgány verejnej správy boli zdaňované v prípade, ak tieto činnosti môžu v konkurencii s nimi rovnako vykonávať jednotlivci, a ak zaobchádzanie s nimi ako nezdaniteľnými osobami môže viesť k výraznému narušeniu voľnej súťaže...“.⁽⁵⁴⁾

127. Keďže udelenie práv na používanie frekvencií je vyhradené len štátu, je vylúčená akákoľvek hospodárska súťaž medzi totožnými plneniami štátu a plneniami iných poskytovateľov v okamihu ponukového konania na udelenie licencií. Odvolatelia však tvrdia, že udelenie frekvencií, ktoré sú oslobodené od DPH, štátom by mohlo byť v konkurenčnom vzťahu s prípadným neskorším

Ďalším predajom licencií zo strany súkromných poskytovateľov.

128. V tejto súvislosti sa musí najskôr uviesť, že posúdenie, či ide o zdaniteľnú alebo nezdaniteľnú osobu, je potrebné v zásade vykonať v okamihu plnenia.(55) Z toho vyplýva, že aj v tomto okamihu musí byť ovplyvnená voľná súťaž.

129. To predpokladá, že v okamihu udelenia frekvencií už existoval trh s predmetnými právami na používanie, čo po prvé znamená, že už museli existovať porovnateľné práva na používanie, a po druhé, že tieto práva museli byť medzi súkromnými podnikmi prevoditeľné. Len za týchto podmienok môže byť pridelenie frekvencií štátom v konkurenčnom vzťahu s prevádzkaním práv na používanie frekvencií súkromnými podnikmi.

130. Je pravda, že v rozsudku Taksatorringen(56) Súdny dvor v podstate určil, že článok 13 A ods. 1 písm. f) šiestej smernice sa týka narušenia voľnej súťaže, ktoré by mohlo v budúcnosti vyvolať oslobodenie od dane. Je však potrebné, aby takéto nebezpečenstvo narušenia voľnej súťaže bolo skutočné.(57)

131. Aj keď v súčasnosti nijaký súťažiteľ neponúka konkurujúce plnenia podliehajúce DPH, nebezpečenstvo výrazného narušenia voľnej súťaže môže byť skutočné. Nevýhodná východisková situácia totiž môže sama osebe odradiť potenciálnych súťažiteľov od toho, aby konali na trhu. Skutočné nebezpečenstvo je naopak vylúčené v prípade, ak na základe právneho kontextu nemôže žiadny potenciálny súťažiteľ urobiť konkurenčnú ponuku k štátom udeleným frekvenciám.

132. Pokiaľ ide o frekvencie na mobilné telekomunikácie UMTS, je potrebné konštatovať, že v roku 2000 na trhu neexistovalo nijaké právo na používanie porovnateľných frekvencií. Nie je však isté, či to platí aj pre práva na používanie frekvencií GSM-DCS-1800, ktoré boli v roku 1999 udelené tele.ring, a pre frekvencie digitálneho rádiového systému TETRA, ktoré vo februári 2000 získal master-talk.

133. Ak by už v rozhodných dobách existovali práva na používanie porovnateľných frekvencií, bolo by potrebné upresniť, či vtedy platná vnútroštátna právna úprava umožňovala prevod týchto práv medzi súkromnými podnikmi. Prevod medzi súkromnými podnikmi musí navyše podliehať DPH.

134. Je nesporné, že až v roku 2003 sa podľa nového znenia TKG stalo možné obchodovanie s frekvenciami v užšom zmysle slova, na ktoré sa tiež vzťahujú podmienky stanovené v článku 9 ods. 4 smernice 2002/21. Prevod práv na používanie frekvencií, ktorý je odvtedy možný, však nemá vplyv na stav voľnej súťaže v okamihu udelenia frekvencií. Ak štát teraz znovu udelí frekvencie, je potrebné túto okolnosť zohľadniť.(58)

135. Účastníci konania sa nezhodujú v tom, či už predtým existujúca možnosť previesť koncesiu, vrátane s ňou spojených práv na používanie frekvencií, predstavuje plnenie, ktoré je v konkurenčnom vzťahu s udelením frekvencií štátom.(59) To, či to tak je, alebo nie je, závisí od výkladu vnútroštátnych právnych predpisov, čo prislúcha vnútroštátnemu súdu.

136. Aj keď s ohľadom na frekvencie TETRA a GSM už existovala potenciálna súťaž medzi pridelením frekvencií štátom a ich predajom súkromnými podnikmi, plnenie poskytované štátom by sa muselo zdať len v prípade, ak by jeho nezdanenie viedlo, podľa zistení vnútroštátneho súdu, k výraznému narušeniu voľnej súťaže v zmysle článku 4 ods. 5 druhého pododseku šiestej smernice.

137. Tak by to bolo napríklad v prípade, keď štát *konečným spotrebiteľom* poskytuje rovnaké

plnenie ako súkromné podniky, takže zákazníci by museli zaplatiť raz cenu bez DPH a druhýkrát cenu vrátane DPH.(60) Keďže koneční zákazníci nemajú právo na odpis DPH, bolo by plnenie súkromného prevádzkovateľa drahšie o sumu zaplatenú na DPH.

138. Ak naopak *zdaniteľná osoba* získa práva na používanie frekvencií od súkromného podniku, len v osobitných prípadoch a tiež v obmedzenom rozsahu by toto nadobudnutie bolo menej zaujímavé než v prípade, ak by tieto práva získala od štátu, pretože DPH si možno okamžite odpísať ako daň zaplatenú na vstupe alebo ju získať v krátkej lehote naspäť. Náklady, ktoré sú spojené s prefinancovaním môžu nepochybne predstavovať v absolútnych hodnotách vyššie sumy. Pokiaľ sa však porovnávajú s celkovými nákladmi vynaloženými na získanie práv na používanie frekvencií, tieto náklady vo všeobecnosti nedosahujú takú úroveň, aby mohli vyvolať závažné narušenie voľnej súťaže.

139. Aj keď bol obchod s frekvenciami UMTS možný až po ich udelení a vytvorení právneho rámca na ich prevod, zastávajú žalobcovia názor, že ich udelenie štátom, ktoré je oslobodené od DPH, by tu mohlo viesť k narušeniu voľnej súťaže.

140. Po prvé je však potrebné, ako bolo uvedené, aby v okamihu predmetnej operácie existoval potenciálny konkurenčný vzťah. Možnosť, že by sa v tejto súvislosti neskôr vytvorili nevyhnutné právne podmienky, nepostačuje. Zdaňovanie totiž nemôže závisieť od viac alebo menej neistých prognóz. Na druhej strane by znevýhodnenie osôb, ktoré následne získajú práva na používanie frekvencií od súkromného poskytovateľa, tiež spočívalo len v možných finančných nákladoch spojených s DPH, ktorú nemožno bezprostredne odpísať, čo nezakladá výrazné narušenie voľnej súťaže.

141. Čím dlhšie je obdobie medzi pridelením frekvencií štátom a zavedením obchodu s frekvenciami, tým väčšie sa mení celkový kontext trhu. Iné faktory, ako prehodnotenie hospodárskej hodnoty používania licencií s ohľadom na rozvoj technológií konkurujúcich mobilným telekomunikačným službám UMTS, majú úplne inú váhu než prípadne dočasne obmedzená likvidita vyvolaná zaplatením dane na vstupe. Táto úvaha tiež ukazuje, že narušenie voľnej súťaže v zmysle článku 4 ods. 5 druhého pododseku šiestej smernice môže nastať len v prípade, ak sa plnenia uskutočňujú v rovnakom okamihu a ak si potenciálny nadobúdateľ skutočne môže vybrať medzi dvomi porovnateľnými ponukami.

142. Na štvrtú otázku je teda potrebné odpovedať takto:

K výraznému narušeniu voľnej súťaže v zmysle článku 4 ods. 5 druhého pododseku šiestej smernice dochádza len v prípade, ak nezdanenie štátu vyvolá skutočné nebezpečenstvo výrazného narušenia voľnej súťaže medzi skutočnými a potenciálnymi prevádzkovateľmi ponúkajúcimi konkurenčné plnenia. Takéto nebezpečenstvo v zásade neexistuje, ak v okamihu poskytovania plnenia zo strany štátu zákonné podmienky vylučujú, aby súkromné subjekty poskytovali na trhu plnenia, ktoré sú v konkurenčnom vzťahu s plneniami, ktoré poskytuje štát.

C – O siedmej otázke: má sa poplatok za používanie frekvencií považovať za brutto poplatok alebo netto poplatok?

143. Touto otázkou chce vnútroštátny súd zistiť, či poplatok za používanie frekvencií sa má podľa šiestej smernice považovať za brutto poplatok alebo netto poplatok, to znamená či dohodnutý poplatok už obsahoval DPH, alebo či sa má k nemu DPH ešte prirátať.

144. Keďže už bolo uvedené, že udelenie frekvencií nie je plnením podliehajúcim DPH, nie je potrebné odpovedať na siedmu otázku.

145. Bez ohľadu na to šiesta smernica túto otázku neupravuje. či poplatok obsahuje alebo neobsahuje DPH, závisí skôr od konkrétnej dohody medzi zmluvnými stranami. Ak táto dohoda nie je jasná, úmysel zmluvných strán sa musí zistiť podľa výkladových pravidiel príslušného vnútroštátneho práva, čo je úlohou len vnútroštátnych súdov.

V – Návrh

146. Na záver navrhujem odpovedať na otázky, ktoré položil Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, takto:

1. Udelenie práva používať na určitú dobu stanovenú časť elektromagnetického spektra na účely ponuky telekomunikačných služieb štátnym orgánom prostredníctvom ponukového konania sa musí za okolností sporu vo veci samej považovať za využívanie nehmotného majetku na účely nadobúdania zisku z neho na nepretržitom základe, a teda za hospodársku činnosť v zmysle článku 4 ods. 1 a 2 šiestej smernice Rady 77/338/EHS zo 17. mája 1977 o zosúladení právnych predpisov členských štátov týkajúcich sa daní z obratu – spoločný systém dane z pridanej hodnoty: jednotný základ jej stanovenia.
2. Pojem „telekomunikácie“, ktorý je uvedený v prílohe D bode 1 šiestej smernice, nezahŕňa pri súčasnom stave vývoja udelenie práv na používanie frekvencií na účely ponuky mobilných telekomunikačných služieb štátom.
3. Za činnosti v rámci výkonu verejnej správy v zmysle článku 4 ods. 5 prvého pododseku šiestej smernice možno považovať činnosti, ktoré verejnoprávne orgány vykonávajú v rámci osobitného režimu verejného práva. Okolnosť, že štát plní úlohy, ktoré mu boli výlučne zverené, a to uplatnením postupu stanoveného v občianskom práve, alebo že pri svojej činnosti dosahuje vysoký príjem, nevylučuje, že koná ako orgán verejnej správy.
4. K výraznému narušeniu voľnej súťaže v zmysle článku 4 ods. 5 druhého pododseku šiestej smernice dochádza len v prípade, ak nezdanenie štátu vyvolá skutočné nebezpečenstvo výrazného narušenia voľnej súťaže medzi skutočnými a potenciálnymi prevádzkovateľmi ponúkajúcimi konkurenčné plnenia. Takéto nebezpečenstvo v zásade neexistuje, ak v okamihu poskytovania plnenia zo strany štátu zákonné podmienky vylučujú, aby súkromné subjekty poskytovali na trhu plnenia, ktoré sú v konkurenčnom vzťahu s plneniami, ktoré poskytuje štát.

1 – Jazyk prednesu: nemčina.

2 – IMT 2000: International Mobile Telecommunications-2000 (medzinárodné mobilné komunikácie-2000) je norma, ktorú prijala Medzinárodná telekomunikačná únia (ITU); UMTS: Universal Mobile Telecommunications System (univerzálny mobilný telekomunikačný systém) [norma prijatá v rámci Európskej konferencie poštových a telekomunikačných správ (CEPT) a Európskeho inštitútu pre normalizáciu v telekomunikáciách (ETSI), ktorý je súčasťou tzv. rodiny IMT 2000].

3 – Global System for Mobile Communications – Globálny systém mobilnej komunikácie.

4 – Terrestrial Trunked Radio. Dodatočné informácie o tejto norme týkajúcej sa digitálneho rádiového systému sa nachádzajú na domovskej stránke TETRA MoU Association Ltd (www.tetramou.com).

5 – Šiesta smernica Rady 77/388/EHS zo 17. mája 1977 o zosúladiení právnych predpisov členských štátov týkajúcich sa daní z obratu – spoločný systém dane z pridanej hodnoty: jednotný základ jej stanovenia (Ú. v. ES L 145, s. 1; Mim. vyd. 09/001, s. 23).

6 – Vec Hutchinson 3 G a i., C-369/04.

7 – Vo svojich písomných pripomienkach žalovaný uviedol, že toto ustanovenie malo v rozhodnej dobe ešte iné znenie, a to: „Ak podnikateľ dodáva zdaniteľný tovar alebo poskytuje zdaniteľné služby, je oprávnený, a pokiaľ vykonáva plnenia určené pre iného podnikateľa pre potreby jeho podniku, je na žiadosť tohto podnikateľa povinný vystavovať faktúry, v ktorých bude uvedená daň“.

8 – CEPT je medzinárodná organizácia, ktorá sa v súčasnosti skladá z regulačných orgánov pôšt a telekomunikácií 46 európskych štátov (dodatkové informácie sa nachádzajú na domovskej stránke organizácie: www.cept.org).

9 – Toto rozhodnutie vymedzuje tieto frekvenčné pásma: 1900 – 1980 Mhz, 2010 – 2025 Mhz a 2110 – 2170 Mhz pre pozemné využitie UMTS a označuje pásma 1980 – 2010 MHz a 2170 – 2200 Mhz pre satelitné využitie UMTS.

10 – V tejto súvislosti pozri informácie na domovskej stránke Európskeho úradu pre rádiokomunikácie: www.ero.dk/ecc.

11 – Smernica Európskeho parlamentu a Rady z 10. apríla 1997 o spoločnom rámci pre všeobecné oprávnenia a individuálne licencie v oblasti telekomunikačných služieb [*neoficiálny preklad*] (Ú. v. ES L 117, s. 15) bola s účinnosťou od 24. júla 2003 zrušená smernicou Európskeho parlamentu a Rady 2002/21/ES zo 7. marca 2002 o spoločnom regulačnom rámci pre elektronické komunikačné siete a služby („rámcová smernica“) (Ú. v. ES L 108, s. 33; Mim. vyd. 13/029, s. 349).

12 – Už citovaná v poznámke pod čiarou 11.

13 – Ú. v. ES L 17, 1999, s. 1.

14 – Pozri návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Mischo a v ktorých podrobne uviedol, že článok 4 ods. 5 je koncipovaný tzv. stupňovito a je rozčlenený na výnimky a výnimky z výnimiek [návrhy z 15. marca 1989 vo veci Comune di Carpaneto Piacentino a i. (rozsudok zo 17. októbra 1989, 231/87 a 129/88, Zb. s. 3233, bod 8)].

15 – Rozsudky z 12. septembra 2000, Komisia/Grécko, C-260/98, Zb. s. I-6537, bod 26; Komisia/Spojené kráľovstvo, C-359/97, Zb. s. I-6355, bod 41; z 21. februára 2006, University of Huddersfield, C-223/03, Zb. s. I-1751, bod 47; pozri tiež rozsudok z 26. marca 1987, Komisia/Holandsko, 235/85, Zb. s. 1471, bod 8; ako aj v rovnakom zmysle najmä rozsudky zo 14. februára 1985, Rompelman, 268/83, Zb. s. 655, bod 19, a z 27. novembra 2003, Zita Modes, C-497/01, Zb. s. I-14393, bod 38.

16 – Rozsudky zo 6. apríla 1995, BLP Group, C-4/94, Zb. s. I-983, bod 24, a z 12. januára 2006, Optigen a i., C-354/03, C-355/03 a C-484/03, Zb. s. I-483, bod 45.

17 – Pozri rozsudky už citované v poznámke pod čiarou 16.

18 – Pozri rozsudky Komisia/Holandsko, už citovaný v poznámke pod čiarou 15, bod 10, Komisia/Grécko, už citovaný v poznámke pod čiarou 15, bod 28, a Komisia/Spojené kráľovstvo,

už citovaný v poznámke pod ťiarou 15, bod 43.

19 – Pozri judikatúru citovanú v poznámke pod ťiarou 15.

20 – Rozsudok z 19. januára 1994, C?364/92, Zb. s. I?43, bod 30; pozri tiež v tejto súvislosti rozsudky z 18. marca 1997, Diego Calì & Figli, C?343/95, Zb. s. I?1547, body 22 a 23, a z 19. februára 2002, Wouters a i., C?309/99, Zb. s. I?1577, bod 57.

21 – Rozsudky zo 4. decembra 1990, Van Tiem, C?186/89, Zb. s. I?4363, bod 18; z 26. júna 2003, KapHag, C?442/01, Zb. s. I?6851, bod 37; z 29. apríla 2004, EDM, C?77/01, Zb. s. I?4295, bod 48, a z 21. októbra 2004, BBL, C?8/03, Zb. s. I?10157, bod 36.

22 – Rozsudky z 26. septembra 1996, Enkler, C?230/94, Zb. s. I?4517, bod 22, a z 27. januára 2000, Heerma, C?23/98, Zb. s. I?419, bod 19. Pozri tiež rozsudok zo 14. februára 1985, Rompelman (268/83, Zb. s. 655), v ktorom Súdny dvor považoval nadobudnutie vlastníckeho práva v budúcnosti k ťasti nehnuteľnosti vo výstavbe za hospodársku činnosť.

23 – Pozri napríklad anglickú jazykovú verziu: „for the purpose of obtaining income therefrom on a continuing basis“; francúzsku jazykovú verziu: „en vue d'en retirer des recettes ayant un caractère de permanence“; taliansku jazykovú verziu „per ricavarne introiti aventi un certo carattere di stabilità“ a španielsku jazykovú verziu „con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo“.

24 – Už citovaný v poznámke pod ťiarou 22, bod 20.

25 – Tamže, bod 27.

26 – Rozsudky z 20. júna 1996, Wellcome Trust, C?155/94, Zb. s. I?3013, bod 32 a nasl., a EDM, už citovaný v poznámke pod ťiarou 21, bod 57 a nasl. Pozri veci týkajúce sa držby a nadobúdania akcií: rozsudky KapHag, už citovaný v poznámke pod ťiarou 21, bod 38, a z 26. mája 2005, Kretztechnik, C?465/03, Zb. s. I?4357, bod 19 a nasl.

27 – Rozsudok Comune di Carpaneto Piacentino a i., už citovaný v poznámke pod ťiarou 14, bod 22.

28 – Pozri návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Alber 29. júna 2000 vo veci Fazenda Pública (rozsudok zo 14. decembra 2000, C?446/98, Zb. s. I?11435), bod 69.

29 – Príloha D uvádza celkovo 13 druhov činností: okrem telekomunikácií najmä dodávku vody, plynu, elektriny, prepravu tovaru a cestujúcich, prístavné a letiskové služby, organizáciu obchodných veľtrhov a výstav, aktivity komerčných propagačných spoločností, aktivity cestovných kancelárií, prevádzkovanie zamestnaneckých predajní a ďalšie.

30 – Vláda Spojeného kráľovstva v tejto súvislosti odkazuje na definíciu telekomunikačných služieb, ktorá je uvedená v článku 2 bode 4 smernice Rady 90/387/EHS z 28. júna 1990 o vytvorení vnútorného trhu pre telekomunikačné služby prostredníctvom otvoreného prístupu k sieti (ONP – Open Network Provision) [neoficiálny preklad] (Ú. v. ES L 192, s. 1), ktorá bola medzičasom zrušená a podľa ktorej „telekomunikačné služby“ sú služby, ktoré úplne alebo čiastočne spočívajú v prenose a smerovaní signálov v telekomunikačnej sieti telekomunikačnými postupmi, s výnimkou rozhlasového a televízneho vysielania.

31 – T-Mobile Austria v súvislosti s týmto historickým výkladom odkazuje na Larenz, K.: *Juristische Methodenlehre*. 6. vydanie, München 1991, s. 329 a 344.

32 – Pozri v tejto súvislosti moje návrhy z 13. júla 2006 vo veci Robins a Burnett, C?278/05, vec v

konaní, body 80 a 81.

33 – Ustanovenie bolo vložené smernicou Rady 1999/59/ES zo 17. júna 1999, ktorou sa mení a dopĺňa smernica 77/388/EHS v súvislosti so systémom dane z pridanej hodnoty používaného pri službách telekomunikácií (Ú. v. ES L 162, s. 63; Mim. vyd. 09/001, s. 324).

34 – Okrem nemeckej jazykovej verzie pozri taliansku jazykovú verziu („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“), holandskú jazykovú verziu („met inbegrip van de daarmee samenhangende overdracht en verlening van rechten op het gebruik van infrastructuur voor de transmissie, uitzending of ontvangst“) a francúzsku jazykovú verziu („y compris la cession et la concession y afférentes d'un droit d'utilisation de *moyens* pour une telle transmission, émission ou réception“).

35 – Pozri rozsudky z 27. marca 1990, Cricket St. Thomas, C-372/88, Zb. s. I-1345, bod 19; z 5. júna 1997, SDC, C-2/95, Zb. s. I-3017, bod 22, a zo 14. septembra 2000, D., C-384/98, Zb. s. I-6795, bod 16.

36 – Pozri odôvodnenie 4. smernice 1999/59, ktoré znie takto: „Mali by sa prijať kroky na zabezpečenie toho, aby služby telekomunikácií používané spotrebiteľmi, ktorí majú sídlo v spoľustve boli v spoľustve aj zdanované“.

37 – Pozri nakoniec rozsudok zo 4. mája 2006, Abbey National, C-169/04, Zb. s. I-4027, bod 61 a nasl., ako aj bod 73 a nasl. návrhov, ktoré som v tejto veci predniesla 8. septembra 2005.

38 – Smernica 90/387 bola medzičasom zrušená smernicou 2002/21. Definícia elektronických komunikačných služieb, ktorá je uvedená v článku 2 písm. c) novej rámcovej smernice, zahŕňa telekomunikácie a podobne ako v predchádzajúcom prípade je založená na prenose signálov v elektronických telekomunikačných sieťach.

39 – Návrhy vo veci Fazenda Pública, už citovanej v poznámke pod čiarou 28, bod 69.

40 – Komisia však zamýšľa prijať prístup, ktorý je viac trhovo orientovaný vo vzťahu k riadeniu frekvencií [pozri oznámenie Komisie zo 14. septembra 2005, Trhovo orientovaný prístup k správe frekvenčného spektra v Európskej únii, KOM(2005) 400 v konečnom znení].

41 – Pozri v tejto súvislosti nižšie bod 102 a nasl.

42 – Pozri úvahy venované štvrtej prejudiciálnej otázke, uvedené v bode 124 a nasl. nižšie.

43 – Rozsudky z 25. júla 1991, Ayuntamiento de Sevilla, C-202/90, Zb. s. I-4247, bod 18, ako aj Komisia/Grécko, už citovaný v poznámke pod čiarou 15, bod 34, a Komisia/Spojené kráľovstvo, už citovaný v poznámke pod čiarou 15, bod 49.

44 – Pozri rozsudky Komisia/Holandsko, už citovaný v poznámke pod čiarou 15, bod 21; Ayuntamiento de Sevilla, už citovaný v poznámke pod čiarou 43, bod 19, a Komisia/Grécko, už citovaný v poznámke pod čiarou 15, bod 40.

45 – Pozri rozsudky Komisia/Holandsko, už citovaný v poznámke pod čiarou 15, bod 22, a Ayuntamiento de Sevilla, už citovaný v poznámke pod čiarou 43, bod 20.

46 – Rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 28, body 16 a 17.

47 – Súdny dvor odkazuje na rozsudky Comune di Carpaneto Piacentino a i., už citovaný v

poznámke pod ťiarou 14, bod 15, a z 15. mája 1990, Comune di Carpaneto Piacentino a i., C-4/89, Zb. s. I-1869, bod 10.

48 – Súdny dvor odkazuje na rozsudky Komisia/Spojené kráľovstvo, už citovaný v poznámke pod ťiarou 15, bod 50, a Komisia/Grécko, už citovaný v poznámke pod ťiarou 15, bod 35, ako aj na ďalšie rozsudky vydané v súbežných veciach.

49 – Rozsudky zo 17. októbra 1989, Comune di Carpaneto Piacentino a i., už citovaný v poznámke pod ťiarou 14, bod 13, a Fazenda Pública, už citovaný v poznámke pod ťiarou 28, bod 19.

50 – Rozsudky Komisia/Spojené kráľovstvo, už citovaný v poznámke pod ťiarou 15, bod 15, a Komisia/Grécko, už citovaný v poznámke pod ťiarou 15, bod 36.

51 – Už citovaný v poznámke pod ťiarou 28, bod 22.

52 – Tamže, bod 11.

53 – Ani v rozsudku Fazenda Pública (už citovanom v poznámke pod ťiarou 28, bod 22) Súdny dvor neposudzoval prenájom parkovacieho miesta izolovane, ale v celkovom kontexte správy verejných parkovísk.

54 – Rozsudok zo 17. októbra 1989, Comune di Carpaneto Piacentino a i., už citovaný v poznámke pod ťiarou 14, bod 24. Pozri tiež rozsudok z 8. júna 2006, Feuerbestattungsverein Halle, C-430/04, Zb. s. I-4999, bod 25.

55 – Rozsudok z 2. júna 2005, Waterschap Zeeuws Vlaanderen, C-378/02, Zb. s. I-4685, bod 32.

56 – Rozsudok z 20. novembra 2003, C-8/01, Zb. s. I-13711.

57 – Tamže, bod 63.

58 – Podľa rozhodnutia CER ?. (02) 06 Európska únia rozhodla, že od 1. januára 2008 sa majú pre systémy IMT – 2000 uvoľniť pásma medzi 2500 – 2690 MHz, okrem frekvencií, pre ktoré už boli udelené licencie na prvé 3G služby.

59 – T-Mobile Austria však uvádza, že k prevodu koncesie celkovo dochádza spoločne s prevodom celého podniku. To, či v tomto prípade ide o operáciu, ktorá podlieha DPH, závisí od prebratia článku 5 ods. 8 šiestej smernice.

60 – Hypotéza, ktorú uvádzajú žalobcovia, že nezdaniteľná osoba (napríklad verejný orgán), ktorá nie je oprávnená k odpočtu DPH, získa frekvenciu, sa zdá byť málo pravdepodobná. Ak verejný orgán používa frekvenciu v súlade s jej účelom, aby poskytoval telekomunikačné služby za úhradu, je v súlade s článkom 4 ods. 5 tretím pododsekom v spojení s prílohou D šiestej smernice zdaňovanou osobou. Rovnako je tak hypotetická úvaha, že odpočet možno vylúčiť v prípade, ak sa licencie nepoužívajú na činnosti podliehajúce DPH.