STANOVISKO GENERÁLNÍ ADVOKÁTKY
JULIANE KOKOTT
přednesené dne 7. září 2006 [1]

I – Úvod

1. V listopadu 2000 vydražila Telecom-Control-Kommission, rakouský regulační úřad, několik frekvencí za účelem nabídky mobilních telefonních služeb UMTS/IMT-2000 [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. Zavádění mobilních telefonů UMTS se považuje za významný technický pokrok, který otevírá telekomunikačním podnikům prostor pro nejrůznější 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.

1 — Původní jazyk: němčina.

2 — IMT-2000: International Mobil Telecommunications-2000 [Standard přijatý International Telecommuntication Union (ITU)]; UMTS: Universelles mobiles Telekommunikationssystem [Standard přijatý v rámci Evropské konference správy pošt a telekomunikací (CEPT) a European Telecommunications Standards Institute (ETSI), je součástí tzv. IMT-2000].

3 — Global System for Mobile Communications.

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

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 předběžné otázce[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. Předmětné 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 předmětem DPH:

„dodání zboží nebo poskytování služeb za protiplnění uskutečněné 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 nějakém místě provádí samostatně některou z hospodářských činností vymezených v odstavci 2, a to bez ohledu na účel nebo výsledky této činnosti.

5 — Šestá směrnice Rady 77/388/EHS ze dne 17. května 1977 o harmonizaci právních předpisů členských států týkajících se daní z obratu – Společný systém daně z přidané hodnoty: jednotný základ daně (Úř. věst. L 145, s. 1; Zvl. vyd. 09/01, s. 23).

6 — Věc Hutchison 3 G a další, C-369/04, Sb. rozh. s. I-5247.

2. Mezi hospodářské činnosti uvedené v odstavci 1 náleží veškerá činnost producentů, obchodníků a poskytovatelů služeb včetně těžební a 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 třetího pododstavce šesté směrnice.

2. Vnitrostátní právo

10. Podle § 1 odst. 1 bodu 1 zákona o dani z obratu z roku 1994 (Umsatzsteuergesetz 1994, dále jen „UStG 1994") podléhají DPH dodávky zboží a jiná plnění uskutečněná za úplatu na území země podnikatelem v rámci jeho podniku. Činnost provedená na základě právního nebo správního aktu nebo ohledně níž se má za to, že byla uskutečněna na základě právních předpisů, podléhá rovněž zdanění.

11. Podle § 2 odst. 1 UStG 1994 je za podnikatele považován každý, kdo nezávisle vykonává obchodní nebo profesní činnost. Obchodní nebo profesní činností je jakákoli soustavná činnost vykonávaná za účelem získávání příjmů z této činnosti.

12. Podle § 2 odst. 3 UStG 1994 veřejnoprávní subjekty v zásadě obchodní nebo profesní činnost vykonávají pouze v rámci svých obchodních organizací [§ 2 zákona o korporační dani (Körperschaftsteuergesetz, dále jen „KStG")]. Ustanovení § 2 odst. 1 KStG stanoví, že obchodní organizaci veřejnoprávního subjektu představuje každý orgán, který je hospodářsky nezávislý a vykonává výlučně nebo převážně soustavnou hospodářskou činnost soukromého charakteru mimo odvětví zemědělství nebo lesního hospodářství za účelem získávání příjmů z této činnosti nebo, v případě neúčasti na obecných hospodářských vztazích, jiných hospodářských výhod.

13. Ustanovení § 2 odst. 5 KStG nicméně stanoví: „O hospodářskou činnost soukromého charakteru ve smyslu odstavce 1 se nejedná, pokud činnost spadá do výkonu veřejné správy (veřejná služba) [...]".

14. Paragraf 11 odst. 1 první a druhá věta UStG 1994 stanoví: „Jestliže podnikatel uskuteční činnosti ve smyslu § 1 odst. 1 bodu 1 UStG 1994, je oprávněn vystavit faktury. Mimoto, pokud tento podnikatel uskuteční činnosti určené jinému podnikateli pro potřeby jeho podniku nebo právnické osobě, v rozsahu, v němž se nejedná o podnikatele, je povinen vystavit faktury." [7] Tyto faktury musí podle § 11 odst. 1 bodu 6 UStG 1994 uvádět částku daně připadající na uskutečněnou platbu.

B – *Právní rámec pro přidělení frekvencí UMTS*

15. Rádiové frekvence jsou omezené zdroje. Frekvenční spektrum, které by bylo technicky použitelné, je ovšem z větší části přiděleno nejrůznějším službám a účelům používání. Proto, aby nedocházelo k vzájemnému rušení, jsou pro každé používání určeny určité části (frekvenční pásma), které jsou od sebe navzájem odděleny. Celosvětový systém frekvencí je založen na spolupráci v rámci Mezinárodní telekomunikační unie (dále jen „ITU"), mezinárodní organizace působící v rámci OSN.

7 — Žalovaný ve sporu v původním řízení poukazoval na to, že ustanovení v rozhodné době ještě mělo jiné znění, a to: „Jestliže podnikatel dodává zdanitelné zboží nebo poskytuje zdanitelné služby, je oprávněn, a jestliže poskytuje tato plnění ve prospěch jiného podnikatele pro jeho podnik, je na žádost tohoto podnikatele povinen vystavit faktury, na nichž bude jednoznačně uvedena daň".

16. Frekvenční pásma, která byla určena pro mobilní telefony UMTS/IMT-2000, byla v zásadě stanovena v roce 1992 na Světové konferenci rádiové správy (WRC 92) pořádané ITU. Usnesení č. 212 Světové konference rádiové správy z roku 1997 předpokládá, že zavádění mobilních telefonních služeb IMT-2000 lze očekávat kolem roku 2000.

17. Na evropské úrovni provedla Evropská konference správ pošt a telekomunikací (CEPT) [8] další přípravy na zavedení mobilních telefonů třetí generace. Evropský výbor radiokomunikací (ERC), který je součástí této organizace, definoval v rozhodnutí ERC/DEC(97)/07 ze dne 30. června 1997 [9] frekvenční spektrum, které je pro tento účel použitelné.

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 sítě 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].

8 — CEPT je mezinárodní organizací, která se skládá z regulačních orgánů pro poštovnictví a telekomunikace 46 evropských států (bližší informace na internetové stránce www.cept.org).

9 — V něm byla vymezena následující kmitočtová pásma: 1900–1980 MHz, 2010–2025 MHz a 2110–2170 MHz pro pozemní využití UMTS a 1980–2010 MHz a 2170–2200 MHz pro satelitní využití UMTS.

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

11 — Směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/13/ES ze dne 10. dubna 1997 o společném rámci pro obecná povolení a individuální licence v oblasti telekomunikačních služeb (Úř. věst. L 117, s. 15) byla s účinností od 24. července 2003 zrušena směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2002/21/ES ze dne 7. března 2002 společném předpisovém rámci pro sítě a služby elektronických komunikací (rámcová směrnice) (Úř. věst. L 108, s. 33; Zvl. vyd. 13/29, s. 349).

21. Podle čl. 3 odst. 3 směrnice 97/13 „[č]lenské 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 sítě 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

12 — Uvedená v poznámce pod čarou č. 11.

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 počáteční signál pro zavádění UMTS mobilních telefonů v Evropě.

27. Odůvodnění 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 kmitočtová pásma, která byla harmonizována [...] CEPT".

13 — Úř. věst. L 17, s. 1.

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 udělí, pokud byly žadateli přiděleny frekvence k provozování veřejných mobilních telekomunikačních služeb nebo mu mohou být přiděleny současně s udělením uvedené koncese (§ 15 odst. 2 bod 3 TKG). Koncese mohou být podle § 16 odst. 1 TKG převedeny 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 jednací 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 převedení práv na používání frekvencí, které byly uděleny regulačním úřadem. Převedení 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 přidělování frekvencí podle čl. 49 odst. 4 ve spojení s článkem 49a TKG (§ 111 bod 9 TKG).

III – Skutkový stav a předběžné otázky

35. Rozhodnutím Telekom-Control-Kommission ze dne 20. listopadu 2000 byly přiděleny frekvence, jakož i koncese pro mobilní telefonní systémy třetí generace (UMTS/IMT-2000). Frekvence byly před jejich přidělením veřejně vyhlášeny a nakonec byly v rámci vícestupňového, souběžně vedeného aukčního řízení vydraženy. Při dražbě konané ve dnech 2.

a 3. listopadu 2000 bylo vydraženo celkem 12 frekvenčních párových pásem o šířce 5 MHz a v další souběžně vedené dražbě pět samostatných frekvenčních pásem o šířce 5 MHz. Na základě výsledků dražby byly rozhodnutím frekvence přiděleny žalobkyním. Poplatky za používání frekvencí byly stanoveny následovně:

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 částky měly být vydražiteli zaplaceny vždy ve dvou splátkách, první splátka během 7 dnů po doručení rozhodnutí Telekom-Control-Kommission a druhá splátka během šesti týdnů. Koncese a práva na používání frekvencí jsou platné do 31. prosince 2020.

37. Rozhodnutím Telekom-Control-Kommission ze dne 3. května 1999 byla společnosti tele.ring Telekom Service GmbH & Co. KG (dále jen „tele.ring“) udělena 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 přidělila frekvence na vícekanálový rádiový systém TETRA společnosti mastertalk Austria Telekom Service GmbH und Co. KG, přičemž poplatek za používání frekvencí byl stanoven na částku 4 832 743,47 eur. Také tato rozhodnutí byla založena na dražbě.

38. V původním řízení žalobkyně požadují vystavení faktur za poplatky za používání frekvencí, ve kterých bude uvedena DPH, která je podle jejich názoru v poplatku zahrnuta. V tomto řízení Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien rozhodnutím ze dne 7. června 2004 Soudnímu dvoru v rámci žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce podle článku 234 ES položil následující předběžné otázky:

„1. Musí být čl. 4 odst. 5 třetí pododstavec ve spojení s přílohou D bodem 1 šesté

směrnice [...] vykládán v tom smyslu, že v případě udělení 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') členským státem za poplatek za používání frekvencí se jedná o činnost v odvětví telekomunikací?

2. Musí být čl. 4 odst. 5 třetí pododstavec šesté směrnice vykládán v tom smyslu, že členský stát, jehož vnitrostátní právo neobsahuje kritérium „[ne]zanedbatelné míry" činnosti uvedené v [témže ustanovení] (pravidlo *de minimis*) jako podmínku toho, aby se jednalo o osobu povinnou k dani, musí být, v každém případě, považován ve vztahu k veškerým činnostem v odvětví 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/IMT-2000), 98 108 326 eur (GSM/DCS-1800) a 4 832 743,47 eur (TETRA) musí být posuzováno jako činnost prováděná v nezanedbatelné 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/IMT-2000), 98 108 326 eur (GSM/DCS-1800) a 4 832 743,47 eur (TETRA) nepodrobil tyto poplatky dani z obratu, zatímco jednotlivci poskytující tyto frekvence musejí tuto činnost [této] 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 osobou 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,

14 — Viz generální advokát Mischo, který názorně uvádí, že čl. 4 odst. 5 je koncipován tak říkajíc stupňovitě a je rozčleněn na výjimky a výjimky z výjimek (stanovisko ze dne 15. března 1989 ve věci Comune di Carpaneto Piacentino a další, rozsudek ze dne 17. října 1989, 231/87 a 129/88, Recueil, s. 3233, bod 8).

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 předběžné otázce: existence hospodářské činnosti*

42. Podstatou šesté otázky předkládajícího soudu je, zda udělení práv na používání frekvencí pro mobilní telefonní systémy členským státem musí být posuzováno jako hospodářská činnost ve smyslu čl. 4 odst. 2 šesté směrnice.

43. Článek 4 odst. 2 šesté směrnice obsahuje velmi rozsáhlý výčet toho, co lze považovat za hospodářskou činnost ve smyslu odstavce 1. Mezi hospodářské činnosti náleží veškerá činnost producentů, obchodníků a poskytovatelů služeb včetně těžební a zemědělské činnosti a zejména také plnění, které využívá nehmotného majetku za účelem získávání pravidelného příjmu z něj.

44. Soudní dvůr z této definice dovodil, „že analýza pojmu hospodářská činnost jasně ukazuje rozsah působnosti pojmu a jeho objektivní povahu v tom smyslu, že činnost je posuzována sama o sobě, bez ohledu na svůj účel nebo výsledky“ [15].

45. Nezáleží tedy na subjektivních úmyslech, které dotčená osoba činností sleduje. Jinak by daňový orgán musel provádět šetření za účelem zjištění úmyslu, což by bylo v rozporu s cíli společného systému DPH. Tento systém totiž směřuje k zajištění právní jistoty a usnadnění úkonů v rámci uplatňování DPH tím, že se, vyjma výjimečných případů, přihlíží k objektivní povaze daného plnění [16].

46. Nejprve se budu zabývat námitkou, že hospodářská činnost je vyloučena již tím, že dražba práv na používání rádiových frekvencí měla za cíl regulovat trh. Dále je třeba

15 — Rozsudky ze dne 12. září 2000, Komise v. Řecko (C-260/98, Recueil, s. I-6537, bod 26), a Komise v. Spojené království (C-359/97, Recueil, s. I-6355, bod 41); jakož i rozsudek ze dne 21. února 2006, University of Huddersfield (C-223/03, Sb. rozh. s. I-1751, 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).

zkoumat, zda lze tuto operaci charakterizovat jako využívání nehmotného majetku za účelem získávání pravidelného příjmu z něj ve smyslu čl. 4 odst. 2 šesté směrnice.

1. Vylučuje záměr regulovat trh hospodářskou činnost?

47. Základem dražby práv na používání rádiových frekvencí je skutečnost, že radiové frekvence jsou omezenými zdroji. Část elektromagnetického spektra, která se využívá pro mobilní telefonní služby, je stanovena mezinárodními dohodami. V rámci této části může být souběžně provozován pouze velmi malý počet mobilních telefonních sítí. Regulatorní zásah státu je nezbytný proto, aby bylo zajištěno řádné a nerušené využívání frekvencí.

48. Rozhodnutí o UMTS zavazuje členské státy k provedení nezbytných administrativních postupů, aby mohly být zavedeny UMTS služby.

49. Směrnice 97/13 a související vnitrostátní prováděcí akty tvoří zvláštní právní rámec, kterým jsou členské státy při přidělování kmitočtových pásem vázány. Členské státy podle článku 10 směrnice 97/13 musí udělovat individuální licence na základě objektivních, nediskriminačních, transparentních, přiměřených a podrobných výběrových kritérií. Podle čl. 11 odst. 2 směrnice 97/13 členské státy mohou v této souvislosti uložit poplatky, které berou ohled na nezbytnost zajistit optimální využití těchto zdrojů.

50. Rakousko se rozhodlo vydražit práva na používání rádiových frekvencí. Podle § 49a TKG měli být na základě dražby určeni takoví poskytovatelé, kteří by zaručili nejúčinnější používání frekvencí. Naproti tomu nešlo podle vyjádření rakouské vlády o to, aby stát dosáhl značných výnosů.

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 miliónů eur, bylo předem 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 začlenilo do regulačního rámce ovlivněného právem Společenství. Splnění těchto právních podmínek totiž představuje pouze (povinně stanovený) cíl, který nelze

17 — Viz rozsudky uvedené v poznámce pod čarou 16.

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 činnosti, 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 přihlédlo k tomu, že veřejný orgán vykonává činnost v rámci plnění svého zákonem stanoveného úkolu, působnost směrnice by byla předem podstatně omezena. Zůstal by pouze velmi omezený prostor pro použití čl. 4 odst. 5 šesté směrnice, ačkoliv toto ustanovení obsahuje zvláštní pravidla pro orgány veřejné správy.

60. Soudní dvůr zejména v rozsudku Eurocontrol [20], na který někteří účastníci řízení odkazují, zajisté 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 vůbec vyloučena, obdobně jako je tomu v právu hospodářské soutěže.

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 Cali & 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).

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 pro-

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).

nájem obytného automobilu, který jeho vlastník jinak využívá převážně pro soukromé účely, je třeba také považovat za využívání majetku za účelem získávání pravidelného příjmu.

68. Východiskem přezkumu 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 přichází ovšem v úvahu pouze hospodářské využívání. V tomto případě tedy od počátku nejde o otázku oddělení hospodářského využívání majetku od využívání osobního. Nelze tedy hovořit o příležitostné hospodářské činnosti, která by ustoupila osobnímu využívání.

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

70. Vícekanálový rádiový systém TETRA má být ovšem obecně používán také pro komunikaci bezpečnostních a pořádkových orgánů apod. Kdyby tyto orgány provoz sítě převedly na soukromého poskytovatele, rovněž by to v tomto rozsahu představovalo hospodářské využívání odpovídajících frekvencí. V každém případě není u konkrétních udělených práv na používání frekvencí pro vícekanálový rádiový systém TETRA zřejmé, že by tím docházelo pouze k částečnému využívání za účelem dosahování zisku.

71. Také skutečnost, že práva na používání rádiových frekvencí byla vydána pouze jednou na dlouhou dobu, neznamená, že se jedná o příležitostné využívání pro hospodářské účely. V této souvislosti nezáleží na tom, jak často osoba povinná k dani uskutečňuje srovnatelná plnění, nýbrž na tom, zda určitý majetek přináší dlouhodobě příjmy. Právo na využívání frekvencí je poskytnuto na 20 let a přináší státu příjmy po celou tuto dobu.

72. Skutečnost, že poplatek za používání frekvencí musel být bezprostředně po udělení práv zaplacen pouze ve dvou splátkách, a nikoliv periodicky se opakující platbou, nemění nic na pravidelnosti dosažení výnosu. Teoreticky by poplatek za používání frek-

vencí mohl být zaplacen také jinou formou. Použitelnost šesté směrnice ovšem nezávisí na podmínkách platby poplatku, které si mohou strany sjednat.

73. Odhlédne-li se od této skutečnosti, může dojít i k předčasnému vrácení nebo odejmutí práv na používání rádiových frekvencí, takže nebude jednorázově vydané právo zachováno po celou dobu 20 let.

74. Časově omezené udělení práva na používání konečně není srovnatelné s prodejem cenných papírů, který Soudní dvůr nepovažuje – když se neuskuteční v rámci podnikatelské činnosti – ze dvou důvodů za hospodářskou činnost [26].

75. Výnosy, které pocházejí z držení a prodeje cenných papírů – tedy dividendy a kapitálové zisky – nevyplývají ovšem z aktivního využívání cenných papírů, nýbrž jsou přímým důsledkem vlastnictví. Narozdíl od toho výnosy, které byly dosaženy při přidělení frekvencí, nejsou pouze příjmy plynoucími z dispozičního práva s frekvencemi, jako je tomu u dividend a kapitálových zisků, nýbrž výnosy z využívání tohoto práva.

76. Výnosy, kterých je dosaženo prodejem cenných papírů, jsou krom toho pouze jednorázové. Poté, co majetek opustil jmění prodejce nemůže prodejce majetek využívat k dalšímu dosahování výnosů. Naopak, stát se s konečnou platností nevzdává dispozičního práva k frekvencím. Toto právo se naopak státu vrací nejpozději v okamžiku uplynutí doby platnosti přidělení frekvence, a pak může být znovu někomu uděleno.

77. Navrhuji proto na šestou otázku odpovědět takto:

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 původním 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.

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.).

B – *K první až páté předběžné otázce: podmínky, za kterých veřejnoprávní subjekty jednají jako osoby povinné k dani*

1. Poznámky ke struktuře čl. 4 odst. 5 šesté směrnice

78. Podle základního pravidla uvedeného v čl. 4 odst. 5 prvním pododstavci šesté směrnice se státy, kraje, obce a jiné veřejnoprávní subjekty 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. Toto ustanovení tedy vyjímá veřejnou moc, i když vykonává hospodářskou činnost ve smyslu čl. 4 odst. 1 a 2 šesté směrnice, z obecné daňové povinnosti. Výkon veřejné moci je tak postaven naroveň jednání soukromé osoby.

79. Podle druhého pododstavce je stát, na rozdíl od prvního podstavce, považován nicméně za osobu povinnou k dani, pokud by jeho nepodléhání dani vedlo k výraznému narušení hospodářské soutěže. Základem tohoto ustanovení je myšlenka, že určité orgány veřejné správy – ačkoliv vykonávají činnost v rámci veřejné moci – mohou vstupovat do soutěžních vztahů s plněními poskytovanými soukromými soutěžiteli. Cílem ustanovení je tak zajistit daňovou neutralitu [27].

80. V každém případě se veřejnoprávní subjekty považují podle třetího pododstavce za osoby povinné k dani v souvislosti s činnostmi uvedenými v příloze D, nejsouli tyto činnosti prováděny v zanedbatelné míře. V rámci posuzování činností uvedených v příloze tak není třeba řešit otázku, zda stát vykonává tyto činnosti jako orgán veřejné správy.

81. Činnosti uvedené na seznamu v příloze D – mezi nimi také telekomunikace – se týkají v podstatě hospodářských plnění [28], jejichž význam často spočívá v tom, že jsou nebo byly s ohledem na veřejný zájem zajišťovány pouze státem prostřednictvím jeho veřejné správy, ale mohly by být zajišťovány rovněž soukromými podniky [29]. Mezitím se některá z uvedených hospodářských odvětví liberalizovala. Soukromé podniky nyní skutečně soutěží zčásti

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 kanceláří, provozování zaměstnaneckých prodejen a další.

s privatizovanými podniky a zčásti ještě stále se státními podniky, které byly v minulosti monopoly. Tento vývoj se ovšem již při vydání šesté směrnice o DPH v roce 1977 zjevně předpokládal.

82. Pokud by mělo být přidělování frekvencí na mobilní telekomunikace mobilním operátorům považováno za činnost nezanedbatelného významu v oblasti telekomunikací, pak by podléhalo v každém případě DPH, bez ohledu na to, zda se jedná o výkon veřejné moci nebo o konkrétní narušení hospodářské soutěže.

83. Na základě systematiky tohoto ustanovení je v souvislosti s přezkumem první, druhé a třetí otázky nejprve třeba zkoumat pátou otázku, která se týká výkladu ustanovení čl. 4 odst. 5 prvního pododstavce šesté směrnice. Pouze v případě, že k udělení práv na používání rádiových frekvencí došlo v rámci výkonu veřejné moci, musí být totiž objasněno, zda jednající veřejný orgán je přesto podle čl. 4 odst. 5 druhého pododstavce osobou povinnou k dani, jelikož by jinak hrozilo výrazné narušení hospodářské soutěže.

2. K první předběžné otázce: zahrnuje pojem telekomunikací v příloze D šesté směrnice 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 žalobkyň.

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. *„télécom-*

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 spočívají zcela nebo zčásti v přenosu a směrování signálů po telekomunikační síti telekomunikačními postupy, s výjimkou rozhlasového a televizního vysílání". *(neoficiální překlad)*

munications"). 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. Zákonodárce Společenství neměl tehdy patrně 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 věcí [31]. Při této úvaze by nebylo předem vyloučeno, že by zákonodárce chtěl pod pojem telekomunikací zahrnout také přidělování frekvencí.

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

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 příjmu signálů, písma, obrazu a zvuku nebo informací jiného druhu po okruzích, radiovými, optickými nebo jinými prostředky využívajícími elektromagnetických vln,

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 daně z přidané hodnoty pro telekomunikační služby (Úř. věst. L 162, s. 63; Zvl. vyd. 09/01, s. 324).

včetně souvisejícího převedení 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 vůbec 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 zúčastněných 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 zdaňovány [36]. Toto odůvodnění 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

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 odůvodnění 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."

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 směrování 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 „Telekommunikations*dienste*" nebo na „Telekommunikations*dienstleistungen*" (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

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 — Úř. věst. 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).

soutěž. Cílem úpravy je, aby byl stát v takovéto situaci postaven naroveň soukromé osobě povinné k dani. Ostatní plnění poskytovaná státem podléhají DPH podle odstavce 2 pouze tehdy, pokud by hrozilo výrazné narušení 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

100. Postavení státu naroveň 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.

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.

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, větší 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.).

104. Není proto nezbytné zkoumat třetí předběžnou otázku, zda se jedná o činnost prováděnou v zanedbatelné míře, ačkoli 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 začleněny do veřejné správy [45].

107. Telekom-Control-Kommission je součástí Telekom-Control GmbH. Ačkoliv 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 daně u veřejnoprávních subjektů určit na základě okolností výkonu dotčených činností [...] [47]

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).

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 zdůrazňují, 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

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).

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. Není třeba 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. Příliš 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 žalobkyň 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.

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).

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 začleňuje 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 přihlédnout 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.

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.

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 činnosti, které vykonávají veřejnoprávní subjekty jako orgány veřejné moci, podléhaly dani, pokud tyto činnosti mohou být – v hospodářské soutěži s jinými – vykonávány také soukromými osobami a jejich nepodléhání dani může vést k výraznému narušení hospodářské soutěže, […]“ [54].

127. Udělení práv na používání rádiových frekvencí je vyhrazeno pouze státu, a proto je vyloučena hospodářská soutěž mezi totožnými plněními státu a jiných poskytovatelů v okamžiku dražby frekvencí. Žalobkyně ovšem argumentují, že přidělování frekvencí státem, které jsou osvobozeny od DPH, by mohlo být v budoucnosti v možném konkurenčním vztahu s případným 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 zásadě třeba provést k okamžiku plnění [55]. Proto musí být i v tomto okamžiku ovlivněna hospodářská soutěž.

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).

129. Tato skutečnost předpokládá, že v době přidělování 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 převoditelná mezi soukromými osobami. Pouze za těchto podmínek může být přidělování frekvencí státem v konkurenčním vztahu k převádění práv na používání rádiových frekvencí mezi soukromými osobami.

130. Soudní dvůr již ve věci Taksatorringen [56] analogicky určil, že čl. 13 část A odst. 1 písm. f) šesté směrnice se týká také výrazného narušení hospodářské soutěže, které by mohlo osvobození od daně vyvolat v budoucnosti. Takové nebezpečí výrazného narušení hospodářské soutěže ovšem musí být skutečné [57].

131. I když v současnosti nenabízí žádný soutěžitel konkurující plnění podléhající DPH, může být nebezpečí výrazného narušení hospodářské soutěže skutečné. Nevýhodná výchozí pozice totiž může způsobit, že potenciální soutěžitelé se zdrží toho, aby vystupovali aktivně na trhu. Skutečné nebezpečí je naopak vyloučeno, pokud na základě právních podmínek nemůže potenciální soutěžitel učinit konkurenční 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 udělena 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 zjištění předkládajícího soudu existovala srovnatelná práva na používání rádiových frekvencí, muselo by být za druhé objasněno, zda by tato práva mohla být podle tehdy platného vnitrostátního práva převedena mezi soukromými osobami. Převod mezi soukromými osobami nadto musí podléhat DPH.

134. Je nesporné, že teprve v roce 2003 se podle novelizovaného telekomunikačního zákona stal možným obchod s frekvencemi v užším smyslu, pro který stanoví podmínky rovněž čl. 9 odst. 4 směrnice 2002/21. Převod práv na používání rádiových frekvencí, který je od té doby možný, ovšem nemá dopad na stav hospodářské soutěže v době přidělení

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).

frekvencí. Pokud ovšem stát znovu přidělí frekvence, musí tuto okolnost zohlednit [58].

135. Účastníci řízení nejsou ovšem jednotní v tom, zda již předtím existující možnost převádět koncesi včetně s ní spojených práv na používání rádiových frekvencí, představuje plnění, které konkuruje přidělování frekvencí státem [59]. Zda tomu tak je, či nikoli, závisí na výkladu vnitrostátních předpisů, což přísluší předkládajícímu soudu.

136. I kdyby s ohledem na frekvence TETRA a GSM již existovala potenciální hospodářská soutěž mezi státním přidělením frekvencí a jejich prodejem soukromými osobami, měla by být plnění poskytovaná státem zdaňována pouze tehdy, pokud by jejich nezdanění podle zjištění předkládajícího soudu vedlo k *výraznému* narušení hospodářské soutěže ve smyslu čl. 4 odst. 5 druhého pododstavce šesté směrnice.

137. Tak by tomu bylo například v případě, kdy stát poskytuje *konečným spotřebitelům* stejná plnění jako soukromé podniky, takže by zákazníci museli zaplatit jednou cenu bez DPH a podruhé cenu včetně DPH [60]. Jelikož koneční zákazníci nemají právo na odpočet zaplacené DPH, bylo by plnění soukromého provozovatele dražší o částku zaplacenou na DPH.

138. Pokud naopak získá osoba povinná k dani frekvence UMTS od soukromé osoby, pouze ve zvláštních případech a jen v omezeném rozsahu by toto nabytí bylo méně zajímavé oproti přidělení státem, jelikož DPH si lze odpočítat okamžitě jako daň zaplacenou na vstupu nebo ji získat v krátké lhůtě nazpět. Náklady, které jsou spojeny s překlenovacím financováním mohou jistě představovat v absolutních číslech větší částky. Vzhledem k celkovým nákladům vynaloženým na získání práv na používání rádiových frekvencí však nejsou tyto náklady takového rozsahu, že by mohly vyvolat výrazné narušení hospodářské soutěže.

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 uvádějí žalobkyně, že osoba nepodléhající dani (a sice veřejnoprávní subjekt), která není oprávněna k odpočtu daně zaplacené na vstupu, získá frekvenci, je velmi málo pravděpodobná. Pokud veřejnoprávní subjekt užívá frekvenci podle těchto ustanovení za účelem úplatného 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 odpočet daně na vstupu mohl být vyloučen, pokud by licence nebyly použity pro činnosti podléhající DPH.

139. I když byl obchod s frekvencemi UMTS možný až poté, co byly tyto frekvence přiděleny a zároveň byly vytvořeny rámcové podmínky pro jejich převod, žalobkyně se domnívají, že by také v tomto případě mohlo dojít k narušení hospodářské soutěže na základě jejich přidělení státem osvobozeného od DPH.

140. Zaprvé však musí, jak již bylo uvedeno, v okamžiku sporné operace existovat potenciální soutěžní vztah. Možnost, že by k tomu byly vytvořeny právní podmínky v budoucnosti, nepostačuje. Daňová povinnost totiž nemůže záviset na více či méně nejistých prognózách. Zadruhé by znevýhodnění osob, které práva na používání rádiových frekvencí UMTS následně získají od soukromého poskytovatele, rovněž spočívalo pouze v možných finančních nákladech spojených s DPH, kterou nelze bezprostředně odečíst na vstupu, což nezakládá výrazné narušení hospodářské soutěže.

141. Čím delší je ostatně období mezi přidělením frekvencí a zavedením obchodu s frekvencemi, o to více se často proměňuje celkový trh. Přitom jiné faktory, jako je např. přehodnocení hospodářské hodnoty používání frekvencí vzhledem k rozvoji technologií konkurujících mobilním telefonům UMTS, mají zcela jinou váhu než dočasně omezená likvidita vyvolaná zaplacením daně na vstupu. I tato úvaha ukazuje, že narušení hospodářské soutěže ve smyslu čl. 4 odst. 5 druhého pododstavce šesté směrnice může v zásadě nastat pouze tehdy, pokud jsou plnění uskutečnitelná ve stejné době a potenciální nabyvatel má skutečně možnost si vybrat mezi srovnatelnými nabídkami.

142. Navrhuji proto odpovědět na čtvrtou otázku takto:

K výraznému narušení hospodářské soutěže ve smyslu čl. 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 vylučují, aby soukromí provozovatelé poskytovali na trhu plnění, která by mohla konkurovat plněním poskytovaným státem.

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

143. Touto otázkou si předkládající soud přeje vědět, 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 odpovědět.

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 odpovědět 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 původním 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 obratu – Společný systém daně z přidané hodnoty: jednotný základ daně.

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 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.

4. K výraznému narušení hospodářské soutěže ve smyslu čl. 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 vylučují, aby soukromí provozovatelé poskytovali na trhu plnění, která by mohla konkurovat plněním poskytovaným státem."