FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 24. maj 2007 [1]

I — Indledning

1. Marketing trænger i dag ind overalt og bemægtiger sig ethvert område. Alle kommunikationsmidler benyttes til formidling af reklamer, salgsfremstød og gode tilbud. I aviser, biografer, tv og radio, på internettet og selv telefonisk lovprises ethvert produkt, med opfordring til forbrugerne om at købe det for at lette dagligdagen eller gøre dem lykkeligere, også selv om man herved risikerer, at forbrugerne bliver mættet af reklamebudskaber eller føler sig forulempede af dem [2]. Reklamering har styrket udviklingen af den moderne handel [3], som er nået ud over de lokale eller nationale grænser og bevæger sig mod et verdensomspændende marked bestående af flere indbyrdes sammenhængende markeder. Strømmen af lovprisende ord fra gadesælgere, dørsælgere, plattenslagere, opfindere af mirakeldrikke, salver mod smerte eller helbredende urteblandinger, tandudtrækkere, sælgere af hårmidler eller universalmidler, bissekræmmere, handelsrejsende og kræmmere af enhver art, der på tidligere tiders messer og markeder forsøgte at sælge deres varer eller ydelser, er blevet erstattet af reklamekampagner, der når ud til millioner af forbrugere [4].

2. Sammen med internettet er tv nok det mest udfordrende reklamemedie, både på grund af dets styrke og på grund af dets gennemslagskraft og simulationsmuligheder. Dette er baggrunden for, at der i Rådets direktiv 89/552/EØF af 3. oktober 1989 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv-radiospredningsvirksomhed [5]

1 — Originalsprog: spansk.

2 — F. Beigbeder, *99 francs*, Grasset, Paris, 2000, anfører, at for litteraturelskere er reklamer en af de største katastrofer, der er indtruffet i de sidste to årtusinder.

3 — I E. Zolas roman *Au bonheur des dames* (Gallimard, colección Folio, Paris, 1980) kommer dette til udtryk på s. 480: »Lige fra morgenen voksede trængslen. Ingen forretning havde tidligere vækket byen med et sådant rabalder af reklame. »*Au bonheur des dames*« brugte nu hvert år næsten 600 000 franc på plakater, annoncer, reklamer af enhver art; der blev udsendt 400 000 kataloger og brugt yderligere mindst 100 000 franc på vareprøver. Det var reklamens endelige invasion af aviser, mure og folks ører, som om en gigantisk bronzetrompet fra alle fire verdenshjørner uophørligt udblæste budskabet om det store udsalg« (frit oversat).

4 — F.eks. har det amerikanske firma Microsoft gennemført et reklamefremstød for sit nye styresystem, der har omfattet 39 000 salgssteder i 45 lande og kostet 500 mio. USD (www.zdnet.fr/actualites/informatique).

5 — EFT L 298, s. 23.

(det såkaldte direktiv om fjernsyn uden grænser) udtrykkes ønske om en regulering af tv-reklamer ved at underkaste dem visse minimumsregler og -normer, samtidig med at EU-medlemsstaterne fortsat kan indføre strengere regler (26. betragtning).

3. Samtidig åbner tv et vindue ud til den virkelige eller en imaginær verden for alle hjem, som desuden kan bruges til handel ved at give mulighed for at købe varer og tjenesteydelser uden at skulle gå udenfor. Teleshopping er i hurtig vækst på mange kanaler og udgør et betydeligt marked, som Fællesskabet ikke kunne vende ryggen til, og ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/36/EF af 30. juni 1997 [6] ændrede man derfor direktiv 89/552 for at tage hensyn til dette fænomen og beskytte forbrugerne ved at kontrollere form og indhold af udsendelser af denne art, således at der kan sondres mellem disse og rene reklameindslag (36. og 37. betragtning til direktiv 97/36).

4. På denne baggrund har Bundeskommunikationssenat (det østrigske føderale radio- og fjernsynsråd) i medfør af artikel 234 EF forelagt Domstolen to præjudicielle spørgsmål med henblik på en afklaring af begreberne »fjernsynsreklame« og »teleshopping« i artikel 1, litra c), henholdsvis litra f), i direktiv 89/552, som affattet ved direktiv 97/36. Bundeskommunikationssenat har forelagt spørgsmålene, fordi det i hovedsagen skal foretage en korrekt kvalificering af en udsendelse, som indgår i en anden, længere og indholdsmæssigt mere omfattende udsendelse, og hvori seerne opfordres til at deltage i en konkurrence ved opkald til et overtakseret telefonnummer [7].

II — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsretten*

5. Direktiv 89/552 har til formål at fjerne begrænsningerne af friheden til at udbrede og udveksle meddelelser og tanker via tv inden for Fællesskabet. Eftersom de pågældende hindringer normalt skyldes forskelle mellem de nationale lovgivninger, tilsigter direktivet at samordne disse ved fastsættelse af mindsteregler (9., 11. og 13. betragtning). I

6 — EFT L 202, s. 60.

7 — Abonnenterne på sådanne overtakserede numre modtager i nogle tilfælde fra teleudbyderen en procentdel af det beløb, som faktureres for opkaldet.

direktivets artikel 3, stk.1, bestemmes det derfor, at medlemsstaterne kan kræve, at de tv-radiospredningsorganer, som hører under deres myndighed, overholder strengere eller mere detaljerede bestemmelser end direktivets bestemmelser.

6. I artikel 1, litra c), defineres »fjernsynsreklame« som »enhver meddelelse i en hvilken som helst form, som udsendes enten mod vederlag eller anden modydelse eller med selvpromoverende formål af en offentlig eller privat virksomhed i forbindelse med handel, industri, håndværk eller liberale erhverv for at fremme afsætning mod betaling af varer eller tjenesteydelser, herunder fast ejendom, rettigheder og forpligtelser«.

7. I bestemmelsens litra f) beskrives »teleshopping« som »udsendelse af direkte tilbud til offentligheden med henblik på levering mod betaling af varer eller tjenesteydelser, herunder fast ejendom, rettigheder og forpligtelser«.

8. Ifølge artikel 10 [8] skal både fjernsynsreklamer og teleshopping klart kunne identificeres som sådanne og holdes klart adskilt fra det øvrige program med optiske og/eller akustiske midler (stk. 1), og isolerede reklame- og teleshoppingindslag må kun undtagelsesvis forekomme (stk. 2). Der må desuden ikke benyttes sublimale teknikker, ligesom skjult reklame og teleshopping er forbudt (stk. 3 og 4).

9. I artikel 18 og 18*a* [9] begrænses sendetiden for reklamespots og teleshoppingblokke ved fastsættelse af maksimale andele af den daglige sendetid eller af en klokketime.

B — *Den østrigske lovgivning*

1. Bestemmelser vedrørende Bundeskommunikationssenat

10. Bundeskommunikationssenat er et organ under Bundeskansleren, som er oprettet ved Bundesgesetz (forbundslov) über die Einrichtung einer Kommunikationsbehörde Austria und eines Bundeskommunikationssenates [10] (herefter »KOG«), og som kan efterprøve beslutninger truffet af Kommunikationsbehörde Austria (regulerende organ

8 — Som affattet ved direktiv 97/36.

9 — Ligeledes i den affattelse, der følger af direktiv 97/36.

10 — BGBl nr. 32/2001.

på telekommunikationsområdet, herefter »KommAustria«) og Österreichischer Rundfunk (den østrigske statsradiofoni, herefter »ÖRF«).

11. I medfør af KOG's § 11, stk. 2, er Bundeskommunikationssenat bemyndiget til som sidste administrative instans at afgøre klager over afgørelser truffet af KommAustria, undtagen i straffesager.

12. Bundeskommunikationssenats afgørelser kan indbringes for Verwaltungsgerichtshof[11] (forvaltningsdomstol) (KOG's § 11, stk. 3).

13. Bundeskommunikationssenat består af fem medlemmer, hvoraf tre skal være dommere (formanden vælges blandt dommerne), og som alle udnævnes for et tidsrum af seks år med mulighed for forlængelse; KOG's § 12 indeholder regler om afsættelse og bestemmer, at medlemmerne er uafhængige og ikke bundet af instrukser udefra.

11 — Verwaltungsgerichtshof, der har sæde i Wien, er det retslige organ, der fører tilsyn med den offentlige forvaltning. Den træffer afgørelse i sager, der betegnes som ekstraordinære, fordi der foretages en efterprøvelse af lovligheden af administrative handlinger uden en bedømmelse af de faktiske forhold. Den virker som administrativ kassationsdomstol og skal alene sikre overholdelsen af den relevante retsregel gennem fastlæggelse af den rette fortolkning af denne. Verwaltungsgerichtshof har kompetence til at ophæve forvaltningsakter på grund af tilsidesættelse af materielle eller processuelle regler eller på grund af magtmisbrug eller magtfordrejning, men ikke til at foretage en fornyet prøvelse af de faktiske omstændigheder.

14. Hvad angår sagsbehandlingen henvises der i KOG's § 14 til Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz[12] (den almindelige forvaltningslov, herefter »AVG«).

2. Radiospredningsloven

15. Bundesgesetz über den Östereichischen Rundfunk[13] (forbundslov om østrigsk radiospredning, herefter »ÖRF-loven«) har ifølge § 47, stk. 1, til formål at gennemføre direktiv 89/552, som ændret ved direktiv 97/36.

16. I henhold til § 13, stk. 1, kan ÖRF inden for rammerne af sine radio- og tv-programmer mod betaling overdrage sendetid til brug for kommerciel reklame. Definitionen af kommerciel reklame er enslydende med definitionen i artikel 1, litra c), i direktivet om fjernsyn uden grænser.

17. § 13, stk. 2 forbyder overdragelse af sendetid til brug for teleshopping, der i denne bestemmelse beskrives med de samme ord som i direktivets artikel 1, litra f).

12 — BGBl nr. 51/1991.

13 — BGBl nr. 83/2001, som affattet ved BGBl nr. 159/2005.

18. Endelig gengiver § 13, stk. 3 bestemmelsen i direktivets artikel 10, stk. 1, alene for så vidt angår reklamer.

III — De faktiske omstændigheder, tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

19. I programmet »Quiz Express«, som ÖRF sendte den 1. april 2005, rettede programværten samtidig med en visning på skærmen af et overtakseret telefonnummer tilbud til offentligheden om deltagelse i en konkurrence gennem opkald til det viste nummer (på tysk »Gewinnspiel«). Det teleselskab, som leverede tjenesten, opkrævede 0,7 EUR pr. opkald og lod en andel heraf tilfalde ÖRF [14].

20. Konkurrencen bestod af tre faser. Først blev et enkelt, helt tilfældigt udvalgt opkald stillet igennem til den direkte udsendelse. I den anden fase skulle den heldige besvare værtens spørgsmål. Endelig fik de personer, som ikke blev stillet igennem til konkurrencen, i den sidste fase endnu en chance for at vinde i form af muligheden for at deltage i en ugentlig lodtrækning.

21. KommAustria indgav anmeldelse til Bundeskommunikationssenat, fordi ÖRF efter KommAustrias opfattelse havde overtrådt ÖRF-lovens § 13, stk. 2, ved at afsætte nogle minutter af programmet til teleshopping.

22. Med henblik på at kunne træffe afgørelse i klagesagen har Bundeskommunikationssenat udsat sagen og forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Skal artikel 1, litra f), i [...] direktiv 89/552 [...] som affattet ved [...] direktiv 97/36 [...] fortolkes således, at begrebet »teleshopping« tillige omfatter udsendelser eller dele af udsendelser, hvor tvselskabet giver seerne mulighed for gennem direkte opkald til overtakserede telefonnumre, og således mod betaling, at deltage i en konkurrence foranstaltet af dette tv-spredningsforetagende selv?

2) Såfremt spørgsmålet besvares benægtende: Skal artikel 1, litra c), i [...]

14 — Bundeskommunikationssenat anfører i forelæggelseskendelsen (præmis 41), at ÖRF ikke har oplyst beløbets størrelse, men at det må anses for givet, at ÖRF takket være aftalen med telefonselskabet har opnået en god fortjeneste.

direktiv 89/552 [...] som affattet ved [...] direktiv 97/36 [...] fortolkes således, at tillige meddelelser under udsendelser eller dele af udsendelser, hvorigennem tv-spredningsforetagendet giver seerne mulighed for gennem direkte opkald til overtakserede telefonnumre, og således mod betaling, at deltage i en konkurrence foranstaltet af dette tv-spredningsforetagende selv, skal betragtes som »fjernsynsreklame«?«

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen

23. Den præjudicielle forelæggelse blev indgivet til Domstolens Justitskontor den 27. april 2006. Der er indgivet skriftlige indlæg af ÖRF, Kommissionen og den italienske og den portugisiske regering. Under retsmødet den 29. marts 2007 blev der givet møde og afgivet mundtlige indlæg af repræsentanterne for ÖRF og Kommissionen. I retsmødet deltog desuden den britiske regering og KommAustria.

V — Domstolens kompetence

24. Det er første gang, Bundeskommunikationssenat forelægger præjudicielle spørgsmål for Domstolen, og jeg skal derfor undersøge, om dette organ opfylder betingelserne for at være omfattet af begrebet »ret« i artikel 234 EF. I forelæggelseskendelsen har Bundeskommunikationssenat selv følt behov for at anføre argumenter til støtte for, at det skal anses for en ret; de samme argumenter fremføres af Kommissionen i dens skriftlige indlæg.

25. Ved bedømmelsen af, om et organ har karakter af en ret, har Domstolen indtil videre begrænset sig til at fastlægge nogle vejledende kriterier, såsom om organet er oprettet ved lov, om det har permanent karakter, er uafhængigt, virker som obligatorisk retsinstans, anvender en kontradiktorisk sagsbehandling, om dets afgørelser har retslig karakter, og om det træffer afgørelse på grundlag af retsregler [15].

26. Dette er i princippet egenskaber, som Bundeskommunikationssenat har:

a) Det er hævet over enhver tvivl, at Bundeskommunikationssenat er opret-

15 — Jf. bl.a. dom af 30.6.1966, sag 61/65, Vaassen-Göbbels, Sml. 1965-1968, s. 227, org.ref.: Rec. s. 377, af 17.9.1997, sag C-54/96, Dorsch Consult, Sml. I, s. 4961, præmis 23, og af 2.3.1999, sag C-416/96, Eddline El-Yassini, Sml. I, s. 1209, præmis 17.

tet ved lov, nemlig ved KOG, og er et permanent organ, jf. KOG's § 11, hvorefter det skal føre kontrol med KommAustria og føre retligt tilsyn med ÖRF.

b) Organet virker som obligatorisk instans for parterne, idet det skal træffe afgørelse vedrørende klager over afgørelser truffet af KommAustria, undtagen i straffesager.

c) Det er ubestrideligt, at dette radio- og fjernsynsråd er funktionelt uafhængigt: Det består af fem medlemmer, hvoraf tre er dommere (og formanden og en stedfortræder for denne vælges blandt disse tre dommere), og medlemmerne er ikke bundet af anvisninger eller instrukser udefra [16].

d) Proceduren indebærer en kontradiktorisk sagsbehandling, idet parterne har mulighed for at fremføre deres argumenter (AVG's § 37), eventuelt under en mundtlig forhandling, som gennemføres ex officio eller på begæring af en af parterne (AVG's § 39, stk. 2). Myndigheden skal skriftligt begrunde sin afgørelse (AVG's § 38) og indkalde vidner og sagkyndige til et retsmøde med de berørte parter (AVG's § 40 og 41), som sikrer retten til forsvar (AVG's § 43, stk. 3).

e) Endelig kan det heller ikke bestrides, at organet træffer afgørelse på grundlag af retsregler.

27. Man skal imidlertid ikke lade sig snyde af dette første indtryk. I mit forslag til afgørelse af 28. juni 2001 i De Coster-sagen [17] anførte jeg, at Domstolens holdning til begrebet »ret i en af medlemsstaterne« har ført til en unødigt fleksibel retspraksis, der mangler sammenhæng, og jeg foreslog derfor Domstolen et kursskifte ind på en anden, mere sikker og farbar vej, som — i overensstemmelse med selve formålet med den præjudicielle procedure — kan give næring til et frugtbart samarbejde mellem retsinstanser.

28. I ovennævnte forslag til afgørelse foreslog jeg derfor, som en generel regel, at

16 — Det følger af den østrigske forfatning, at også de ikkejuridiske dommere er uafhængige, idet artikel 20, stk. 2, bestemmer, at »såfremt der ved forbundslov eller delstatslov er oprettet et kollegialt organ, som træffer afgørelse i sidste instans, og hvis afgørelser i henhold til den pågældende lov ikke kan ændres eller ophæves administrativt, og mindst ét af dette kollegiale organs medlemmer skal være dommer, er heller ikke de øvrige medlemmer af organet bundet af instrukser ved udøvelsen af deres hverv«.

17 — Hvori der blev afsagt dom den 29.11.2001 (sag C-17/00, Sml. I, s. 9445).

artikel 234 EF kun skal omfatte organer, der indgår i en medlemsstats domstolssystem, når de udøver rent judicielle funktioner, og, som en undtagelse, organer, der — uden at de indgår i det nationale domstolssystem — i henhold til den nationale retsorden har det sidste ord, idet det dog er en betingelse, at de opfylder de krav, der er opstillet i retspraksis, særligt kravene om uafhængighed og kontradiktorisk rettergangsform.

29. Efter denne, mere snævre forståelse af begrebet er Bundeskommunikationssenat efter min opfattelse ikke omfattet, eftersom det ikke indgår i det østrigske domstolssystem.

30. Rådet hører derimod ind under kategorien »uafhængige kollegiale forvaltningsorganer med domstolsbeføjelser« [18], som den østrigske forfatnings artikel 133, nr. 4 [19], henviser til; et sådant organ har jeg i en tidligere sag [20] selv anset for en ret.

31. Det forhold, at organet ifølge de nationale retsregler har retslig karakter, tyder måske nok på, at der er tale om en ret, men det er ikke afgørende [21]. Imidlertid skal definitionen af begrebet efter den opfattelse, jeg har forfægtet siden fremsættelsen af mit forslag til afgørelse i De Coster-sagen, fastlægges på baggrund af fællesskabsretten og med udgangspunkt i Unionens egne strukturelle behov, og der er derfor behov for en endnu nøjere undersøgelse for at afgøre, om Bundeskommunikationssenat virkelig opfylder betingelserne for at kunne indlede den præjudicielle dialog.

32. En sådan mere grundig gennemgang afslører, at i modsætning til de afgørelser, der træffes af de øvrige myndigheder, der nævnes i den østrigske forfatnings artikel 133, som f.eks. Oberster Patent- und Markensenat, der var forelæggende ret i Häuplsagen, og hvis afgørelser hverken kan påklages administrativt eller indbringes for domstolene, kan Bundeskommunikationssenats

18 — På tysk »Weisungsfreie Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag«.

19 — I henhold til denne bestemmelse har Verwaltungsgerichtshof ikke kompetence i »sager afgjort i sidste instans af et kollegialt organ, hvis organet i henhold til bestemmelserne herom i forbunds- eller delstatslove består af mindst én dommer, hvis de andre medlemmer af organet heller ikke er underlagt instruktioner med hensyn til udførelsen af deres funktion, hvis organets afgørelser ikke kan annulleres eller ændres af en højere administrativ myndighed, og hvis Verwaltungsgerichtshofs kompetence til at behandle en sag, selv om alle disse betingelser er opfyldt, ikke er udtrykkeligt fastsat«.

20 — Mit forslag til afgørelse af 26.10.2006 i sag C-246/05, Häupl, hvori der endnu ikke er afsagt dom. Den forelæggende ret var Oberster Patent- und Markensenat (den øverste myndighed i Østrig på patent- og varemærkeområdet).

21 — Med de mange forskelligartede kollegiale myndigheder i Østrig og de uensartede regler for disse må enhver form for automatisme undgås. Domstolen har admitteret præjudicielle forelæggelser fra nogle af disse myndigheder. F.eks. besvarede Domstolen i dommen af 15.1.1998 i sagen Mannesmann Anlagebau Austria m.fl. (sag C-44/96, Sml. I, s. 73) de præjudicielle spørgsmål, som var forelagt af Bundesvergabeamt — et organ, der træffer afgørelse i tvister vedrørende offentlige bygge- og anlægskontrakter — uden at undersøge, om dette kan antages at have retslig karakter. I dommen af 4.2.1999 i sagen Köllensperger og Atzwanger (sag C-103/97, Sml. I, s. 551) anerkendte den Tiroler Landesvergabeamt (udbudsorganet for delstaten Tyrol) som en ret, og i dommen af 18.6.2002 i HI-sagen (sag C-92/00, Sml. I, s. 5553) blev også Vergabekontrollsenat des Landes Wien (delstaten Wiens kommission for tilsyn med udbud) anset for en ret.

afgørelser indbringes for Verwaltungsgerichtshof.

33. Denne anomali skyldes historiske forhold. Før vedtagelsen af KOG hørte regulering af tv-radiospredning i henhold til Regionalradiogesetz (lov om regionalradio) under Privatrundfunkbehörde (privat tv-radiospredningsmyndighed). Denne myndighed var et kollegialt organ som omhandlet i forfatningens artikel 133, nr. 4, hvis afgørelser ikke kunne appelleres til Verwaltungsgerichtshof. Verfassungsgerichtshof (forfatningsdomstolen) erklærede i dom af 29. juni 2000 [22] Privatrundfunkbehörde forfatningsstridig, fordi det i lyset af artikel 133, nr. 4, var uacceptabelt, at der ikke var adgang til retslig prøvelse af organets afgørelser, og at organet var eneste administrative myndighed. I dommen blev der i overensstemmelse med retspraksis [23] anlagt en restriktiv holdning til oprettelsen af kollegiale myndigheder, idet muligheden herfor indebar en enlig undtagelse til det almindelige princip om, at al administrativ virksomhed skal være underlagt retslig kontrol, og oprettelse af sådanne myndigheder skulle derfor begrundes i hvert enkelt tilfælde, hvilket oprettelsen af Privatrundfunkbehörde ikke var blevet. Som følge af denne dom blev § 13 i Regionalradiogesetz ændret, således at der blev mulighed for appel til Verwaltungsgerichtshof, men resten af bestemmelsen forblev uændret. I en senere dom fastslog forfatningsdomstolen, at problemet ikke var afhjulpet, idet det stred imod de forfatningsmæssige principper, at Privatrundfunkbehörde var eneste administrative instans [24]. Lovgiver var nødt til at reagere på dommen og gjorde det ved at oprette Bundeskommunikationssenat, som er et administrativt klageorgan, og bevare muligheden for appel til Verwaltungsgerichtshof. Denne konstruktion er blevet endeligt godkendt af forfatningsdomstolen [25].

34. Muligheden for efterprøvelse af Bundeskommunikationssenats afgørelser ved en forvaltningsret ændrer billedet og er til hinder for, at rådet anses for en ret i artikel 234 EF's forstand.

35. Det synes åbenbart, at det som beskrevet i punkt 75-79 i mit forslag til afgørelse i De Coster-sagen kan give anledning til vanskeligheder, når et administrativt organ indskydes i forholdet mellem retsinstanser. Uanset hvor højt, man i teknisk-juridisk forstand vurderer Bundeskommunikationssenat, kan Verwaltungsgerichtshof ved efterprøvelsen af den administrative afgørelse, som træffes på grundlag af Domstolens svar, anse den

22 — G175/95, VfSlg. 15.886.

23 — Dom af 24.2.1999 (B1625/98-32, VfSlg. 15.427).

24 — Dom af 13.6.2001 (G141/00, VfSlg. 16.189).

25 — Dom af 25.9.2002 (B110/02 e.al., VfSlg. 16.625).

præjudicielle forelæggelse for at have været unødvendig eller være af den opfattelse, at der skulle have været lagt vægt på andre aspekter. Hvis Verwaltungsgerichtshof når frem til, at sagen hverken vedrører fortolkningen eller anvendelsen af fællesskabsretten, vil den præjudicielle forelæggelse have været nytteløs, og de ressourcer, der er brugt på at besvare spørgsmålet, være spildte, med det deraf følgende tab af legitimitet for Domstolen på grund af, at der ikke bliver taget hensyn til dens domme. Hvis Verwaltungsgerichtshof finder, at spørgsmålet skulle have været formuleret anderledes, er den ikke desto mindre bundet af det præjudicielle spørgsmål, der har været forelagt, og det svar, der er modtaget, og den vil af procesøkonomiske årsager være tilbøjelig til ikke at indlede en ny præjudiciel procedure og i stedet nøjes med den forelæggelse, der er foretaget på det administrative niveau, og med et svar, der er mangelfuldt på grund af et forkert udgangspunkt, og som vanskeliggør en reel »dialog mellem retsinstanser«.

36. Det er efter min opfattelse altid alvorligt, når et administrativt organ indblandes i det retlige samarbejde i medfør af artikel 234 EF, for selv om deltagelsen er velment, forplumrer den processen. I forslaget til afgørelse i De Coster-sagen (fodnote 36 og 98) har jeg forklaret, hvorledes formuleringen af det præjudicielle spørgsmål kan påvirke Domstolens besvarelse, og det er derfor vigtigt at fastholde, at de organer, der deltager i den præjudicielle forelæggelse, skal være retsinstanser i egentlig forstand. Hvis spørgsmålet forelægges af en administrativ instans, kan behandlingen af den sag, der efterfølgende anlægges til prøvelse af afgørelsen, fra starten blive afhængig af den måde, forelæggelsen skete på, eller det tidspunkt, forelæggelsen fandt sted, således at det »rigtige« retslige organ vil være berøvet muligheden for at benytte sig af en præjudiciel forelæggelse. Selv om det i teorien kunne forelægge et nyt spørgsmål, vil en sådan fornyet forelæggelse nemlig medføre en yderligere forsinkelse, hvilket ville være uacceptabelt set i lyset af, at sagsbehandlingen i forvejen er ret langsommelig.

37. Disse betragtninger viser, hvorfor det vil være hensigtsmæssigt kun at lade ikkeretslige organer deltage i den præjudicielle dialog, når deres afgørelser ikke kan gøres til genstand for prøvelse ved en domstol, og de således i henhold til den nationale retsorden har det sidste ord. Under disse omstændigheder skal de have adgang til at forelægge præjudicielle spørgsmål for at afværge faren for, at fællesskabsretten ikke på alle områder er omfattet af Domstolens bestræbelser på at gøre retsanvendelsen ensartet.

38. Den seneste udvikling i retspraksis peger i retning af større påpasselighed ved beskrivelsen af de elementer, som definerer begrebet »en ret«, navnlig hvad angår kriteriet om uafhængighed [26], og man begynder derfor at kunne skimte en holdning, der ligger tæt op ad den, jeg gav udtryk for i forslaget til afgørelse i De Coster-sagen. I Schmiddommen [27] erklærede Domstolen således, at den ikke havde kompetence til at besvare de spørgsmål, der var forelagt af Berufungssenat V der Finanzlandesdirektion (femte appelkammer ved den regionale skatteforvaltning)

26 — Som jeg fremhævede i mit forslag til afgørelse i Emanuelsagen (dom af 30.3.2006, sag C-259/04, Sml. I, s. 3089), punkt 26.

27 — Dom af 30.5.2002, sag C-516/99, Sml. I, s. 4573.

für Wien, Niederösterreich und Burgenland, og i dommen i sagen Syfait m.fl. [28] erklærede den sig ligeledes inkompetent vedrørende en præjudiciel forelæggelse fra Epitropi Antagonismou (det græske konkurrencenævn).

39. Tendensen fremstår især tydeligt i lyset af, at Domstolen tidligere har besvaret præjudicielle spørgsmål fra organer svarende til de ovenfor nævnte, som f.eks. de spanske Tribunales Económico-Administrativos (forvaltningsdomstole) [29] og det spanske Tribunal de Defensa de Competencia (konkurrencenævnet) [30].

40. Jeg har ikke ændret opfattelse siden fremsættelsen af forslaget til afgørelse i De Coster-sagen, og det er således ikke blot for at være konsekvent, men også med min fulde overbevisning, at jeg fastholder, at et organ som Bundeskommunikationssenat ikke kan betegnes som en ret i artikel 234 EF's forstand, og foreslår Domstolen at erklære sig inkompetent til at besvare de spørgsmål, det har forelagt.

41. Jeg nærer håb om, at Domstolen vil blive overbevist om fordelene ved den løsning, jeg har foreslået i De Coster-sagen, men — for det tilfældes skyld, at den ikke følger mit forslag — skal jeg i det følgende subsidiært undersøge selve indholdet i den præjudicielle forelæggelse, således at jeg kan opfylde min pligt til offentligt at fremsætte et fuldstændig upartisk, uafhængigt og begrundet forslag til besvarelse af de forelagte spørgsmål (artikel 222, stk. 2, EF).

VI — Subsidiær gennemgang af de præjudicielle spørgsmål

A — *Problemstillingen*

42. Bundeskommunikationssenat har anmodet Domstolen om at præcisere begreberne »teleshopping« og »fjernsynsreklame« med henblik på kvalificeringen af det korte indslag i programmet »Quiz Express«. Hvis indslaget skal betegnes som teleshopping, vil det ikke være tilladt i Østrig, idet ÖRF-lovens § 13, stk. 2, med hjemmel i artikel 3, stk. 1, i direktiv 89/552 forbyder denne form for kommercielt tv, og KommAustria vil følgelig skulle gives medhold. Hvis indslaget derimod skal betegnes som selvpromovering, vil grundlaget for bedømmelsen være et andet, idet reklameindslag er tilladt, hvis de nemt kan identificeres som sådanne og holdes klart adskilt fra det øvrige program med optiske eller akustiske midler (samme lovs § 13, stk. 3).

28 — Dom af 31.5.2005, sag C-53/03, Sml. I, s. 4609.

29 — Dom af 21.3.2000, forenede sager C-110/98 — C-147/98, Gabalfrisa m.fl., Sml. I, s. 1577.

30 — Dom af 16.7.1992, sag C-67/91, Asociación Española de Banca Privada m.fl., Sml. I, s. 4785.

43. Det forelæggende administrative organ beskriver imidlertid ikke problemet generelt, men i forhold til en bestemt form for underholdning, og det er ikke uvæsentligt, hvorledes man betegner denne, idet både reklamer og teleshopping i artikel 1, litra c) og f), i direktivet om fjernsyn uden grænser er relateret til levering af varer og tjenesteydelser. Det skal derfor undersøges, om den omtvistede udsendelse tager sigte på levering af en tjenesteydelse (den er tydeligvis ikke af en sådan karakter, at der kan være tale om levering af en vare), og i denne forbindelse skal det først afgøres, om den har hasardspillets træk, og om den i så fald, henset til dens faktiske omfang, skal betegnes som teleshopping eller eventuelt reklame.

44. I spørgsmålene fra Bundeskommunikationssenat ligger imidlertid antydningen af en anden mulighed, som først skal afvises — nemlig at der hverken er tale om reklame eller teleshopping, men om en ganske almindelig udsendelse, som er omfattet af begrebet »fjernsynsprogram« i det nævnte direktivs artikel 1, litra a).

B — *Det omtvistede »Gewinnspiel« er ikke en tv-konkurrence*

45. Den italienske regering har i sagens skriftlige fase fremført nogle relevante bemærkninger, som meget fint illustrerer dette. I modsætning til en konkurrence med spørgsmål og svar, hvor hovedpersonerne, nemlig quizværten og quizdeltagerne, står ansigt til ansigt, og hvor publikum har en passiv rolle (både publikum i studiet og seerne derhjemme), er ÖRF's »Gewinnspiel« et spil, hvor spilleren — der øjeblikket forinden blot var en almindelig tv-seer — befinder sig ved den anden ende af telefonlinjen, og hvor de øvrige seere har mulighed for at blive deltagere i spillet og vinde en lodtrækningspræmie.

46. Denne udformning af indslaget viser, at i modsætning til traditionelle »quizzer«, hvor tv benyttes som middel til at udsende det spil, som afvikles i studiet, med det formål at underholde publikum, tager ÖRF's korte indslag sigte på at tiltrække de interesserede med lokkemad i form af en gevinst, som de i første omgang opnår, hvis de er så heldige at blive stillet igennem og svarer rigtigt, og i anden omgang kan vinde ved at deltage i den ugentlige lodtrækning.

47. Der skal imidlertid betales for deltagelsen, og denne betaling tilfalder delvist tv-selskabet, og jo flere opkald, des større indtjening til dette. Jeg undersøger senere i dette forslag til afgørelse dette aspekt nærmere, og skal her nøjes med at fastslå, at det omhandlede underholdningsindslag således

grundlæggende har til formål at tilvejebringe direkte finansiering til ÖRF. Herved bliver der tale om betaling som omhandlet i artikel 1, litra c) og f), i direktiv 89/552.

48. Ved at sende dette underholdningsindslag foretager ÖRF altså ikke »tv-radiospredning« i betydningen i det nævnte direktivs artikel 1, litra a); ÖRF udsender med andre ord ikke et program, der er bestemt for offentligheden, men udnytter snarere tv-mediet i en supplerende, men vigtig funktion, nemlig til at tilvejebringe midler.

49. På baggrund heraf skal det som allerede bebudet undersøges, om denne supplerende funktion indebærer levering af en tjenesteydelse mod betaling, og det bliver i denne forbindelse nødvendigt at klarlægge karakteren af den omhandlede udsendelse.

C — *Hasardspil*

50. I punkt 92-97 i mit forslag til afgørelse i sagen Placanica m.fl. [31] undersøger jeg forbindelsen mellem tilfældet, spil og ret. Denne forbindelse berettiger en fællesskabslovgivning, som beskytter den enkelte mod spillelidenskabens følger for formue og sundhed [32], og som samtidig tilgodeser de kommercielle interesser hos virksomhederne og de centre, som tilbyder denne form for underholdning — en lovgivning, som kort sagt er garant for etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser [33].

51. Hasardspil er ikke et veldefineret begreb i fællesskabsretten, men i den ovenfor nævnte retspraksis er følgerne for det indre markeds fundament beskrevet, dog uden fastlæggelse af en definition. Det fremgår dog, at begrebet i retlig forstand henviser til væddemål af økonomisk karakter, hvor udfaldet beror på held [34].

52. Med dette, ganske vist noget uklare udgangspunkt kan man forestille sig utallige

31 — Forenede sager C-338/04, C-359/04 og C-360/04, hvori der blev afsagt dom den 6.3.2007, Sml. I, s. 1891.

32 — I mit forslag til afgørelse af 13.2.2007 i Gintec-sagen (sag C-374/05, hvori der på datoen for fremsættelsen af dette forslag til afgørelse endnu ikke var afsagt dom) gør jeg opmærksom på risiciene for den offentlige sundhed ved at anvende f.eks. udlodninger i reklamer for lægemidler (punkt 72).

33 — I dommen af 6.11.2003 i sagen Gambelli m.fl. (sag C-243/01, Sml. I, s. 13031) fastslog Domstolen, at en national lovgivning (italiensk), der — under trussel om straf — indeholder et forbud mod udøvelse af virksomhed inden for spillesektoren, uden en koncession eller tilladelse udstedt af den pågældende medlemsstat, udgør en restriktion for både etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser (præmis 59 og domskonklusionen). Dette gentog Domstolen i dommen i sagen Placanica m.fl. (præmis 71 og domskonklusionen).

34 — Artikel 1, stk. 5, litra d), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8.6.2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (»direktivet om elektronisk handel«) (EFT L 178, s. 1) udelukker »spil, som indebærer, at der gøres en indsats med penge i hasardspil, herunder lotteri og væddemål«, fra direktivets anvendelsesområde.

former for hasardspil, for den menneskelige opfindsomhed er uden grænser, når det gælder leg og spil [35]. Jeg kan imidlertid få øje på tre parametre, der kan anvendes til at tegne begrebets konturer op, nemlig udgiften, usikkerheden og ønsket om at vinde [36].

53. Usikkerheden om resultatet indgår som et naturligt element i hasardspil, fordi der i alle spillets faser optræder tilfældigheder, der tilsættes som krydderi for at give spillet dets forførende smag, mens illusionen om at vinde en gevinst, der er større end den oprindelige indsats, er den lokkemad, der skal vække spillerens appetit. Det økonomiske aspekt berettiger desuden til, at der gribes ind via lovgivningen: Det synes at være en forudsætning for lovgivers indgriben, at spillet har følger for deltagernes formue [37]. Et spil uden indsats og uden nogen som helst betydning for spillerens formue henhører under privatsfæren og kræver ikke lovens beskyttelse.

54. Tilfældet er uden tvivl et element, der indgår i det omhandlede indslag i programmet »Quiz Express«. Deltagernes held kan vise sig på to tidspunkter, nemlig ved udvælgelsen af et af de modtagne opkald, hvilket giver den heldige »direkte forbindelse« til programværten, og ved den ugentlige lodtrækning, som giver de øvrige deltagere mulighed for at vinde en præmie. Seerens færdigheder og viden eller blot mentale skarphed spiller en mindre rolle i forbindelse med ønsket om at vinde.

55. Når seeren trykker telefonnummeret, er det grundlæggende med et ønske om at vinde, enten i første omgang, eller i anden, nemlig i lodtrækningen.

56. I første omgang forpligter seeren sig til at betale et beløb (0,7 EUR), som, hvor beskedent det end er, langt overstiger prisen for et almindeligt opkald i Østrig; dette accepterer seeren i håb om vinde en præmie på mellem 200 og 330 EUR — altså langt større end indsatsen.

57. De særlige træk ved den konkurrence, som afvikles i programmet »Quiz Express«, indebærer således, at den må betegnes som et hasardspil.

35 — J. Huizinga anfører i *Homo Ludens* (Gyldendalske Boghandel, Nordisk Forlag A/S, København, 1993), at al menneskelig kultur opstår og udvikler sig i leg. Han forklarer, at da man forstod, at betegnelsen *Homo sapiens* ikke var så rammende for mennesket, som man oprindeligt mente, fordi mennesket, når alt kommer til alt, ikke er helt så forstandigt, som det 18. århundrede i dets naive optimisme forestillede sig, tilføjede man betegnelsen *Homo faber* (det skabende menneske). Efter Huizingas opfattelse er dette navn imidlertid endnu mindre rammende, fordi mange dyr også er *faber*. Han foreslår derfor at tilføje betegnelsen *Homo ludens* (det legende menneske), for selv om der også er dyr, der leger, er legens funktion lige så betydningsfuld som den skabende evne, og al menneskelig adfærd er leg og intet andet.

36 — I dommen af 24.3.1994 i Schindler-sagen (sag C-275/92, Sml. I, s. 1039) blev lotterivirksomhed beskrevet som virksomhed, hvor arrangøren giver køberne af lodsedler adgang til at deltage i et hasardspil, hvorved køberne får en chance for at opnå en gevinst, og i den forbindelse forestår indsamling af indsatserne, arrangering af lodtrækningen samt beregning og udbetaling af præmier eller gevinster. Modydelsen udgøres af lodsedlens pris (præmis 27 og 28).

37 — Denne opfattelse ligger til grund for bemærkningerne i punkt 95-98 i mit forslag til afgørelse i sagen Placanica m.fl.

D — *Levering af en tjenesteydelse*

58. Når dette først er konstateret, giver det ikke anledning til problemer at fastslå, at ÖFR leverer en tjenesteydelse mod betaling.

59. Domstolen har ikke tøvet med at betegne tilrettelæggelse af lotterier (Schindler-dommen) [38], tilrådighedsstillelse af spilleautomater med henblik på benyttelse mod vederlag (dommen i sagen Läärä m.fl.) [39] og i øvrigt lykke- eller hasardspil (dommen i sagen Anomar m.fl.) [40] som tjenesteydelser i artikel 50 EF's forstand [41].

60. Kvalificeringen som tjenesteydelse er ganske vist foretaget i sager, hvor Domstolen har skullet undersøge hasardspil overordnet, som separat hovedvirksomhed, i relation til nationale foranstaltninger til begrænsning af sådanne spil, med henblik på at begrunde de pågældende foranstaltninger i almene hensyn, som f.eks. beskyttelsen af samfundsordenen og ønsket om at bekæmpe kriminalitet og bedrageri [42].

61. De nævnte domme omhandler ikke en situation, hvor udøvelsen af spillevirksomheden indgår i en anden, mere omfattende virksomhed, som i hovedsagen og i sagen Familiapress [43], som vedrørte en lignende situation; ugebladet »Laura«, der blev distribueret i Østrig, indeholdt således krydsog tværsopgaver og gættekonkurrencer, og læsere, der indsendte det rigtige svar, deltog i lodtrækningen om pengepræmier. ÖRF og den portugisiske regering har ret, når de anfører, at tilrettelæggelse af sådanne lodtrækninger i mindre målestok ifølge Familiapress-dommen ikke udgør en separat erhvervsvirksomhed, men blot én bestanddel blandt andre i bladets redaktionelle indhold (præmis 23), og ikke kan betegnes som tjenesteydelser i artikel 50 EF's forstand. Kommissionen har dog ligeledes med rette anført, at Domstolen med denne vurdering ønskede at lægge afstand til Schindler-dommen, der vedrørte spørgsmålet om forholdsmæssigheden af nationale foranstaltninger til begrænsning af hasardspil i større målestok i form af f.eks. lotterier.

62. Der er kort sagt intet i Fællesskabets retspraksis, der er til hinder for, at ÖRF's korte indslag betragtes som et hasardspil og følgelig som en tjenesteydelse.

63. Før jeg går videre, skal jeg med hensyn til et argument, som ÖRF har fremført i sit

38 — Præmis 19, 25 og 34.

39 — Dom af 21.9.1999, sag C-124/97, Sml. I, s. 6067, præmis 18 og 27.

40 — Dom af 11.9.2003, sag C-6/01, Sml. I, s. 8621, præmis 48 og 52.

41 — Et mere udførligt citat findes i punkt 97 i mit forslag til afgørelse i sagen Placanica m.fl.

42 — I præmis 14 og 15 i dommen af 21.10.1999 i Zenatti-sagen (sag C-67/98, Sml. I, s. 7289) opregnes nogle af disse hensyn.

43 — Dom af 26.6.1997, sag C-368/95, Sml. I, s. 3689.

skriftlige indlæg (fjerde afsnit), understrege, at det er uden betydning, at programmet »Quiz Express« kun kan ses i Østrig, for dette er alene relevant i forhold til anvendelsen af artikel 49 EF, men kan aldrig ændre ved programmets egentlige karakter. Det bemærkes, at direktivet om fjernsyn uden grænser anvender betegnelsen »levering af tjenesteydelser« til at afgrænse en virksomhed og ikke med henblik på at sikre den frie udveksling af tjenesteydelser. Som det følger af præmis 27 i dommen i sagen Läärä m.fl., ophører en tjenesteydelse med andre ord ikke med at være en tjenesteydelse, blot fordi den ikke overskrider de nationale grænser [44].

E — *Teleshopping eller reklame*

64. Vi er nu nået frem til den gordiske knude i denne præjudicielle forelæggelse, der består i at afgøre, om underholdningsindslaget med gevinstmulighed i programmet »Quiz Express«, og dermed også selve dette program, har de træk, som er typiske for et teleshoppingindslag.

65. I artikel 1, litra f), i direktivet om fjernsyn uden grænser nævnes fire elementer, nemlig 1) udsendelse af 2) direkte tilbud til offentligheden om 3) levering af varer eller tjenesteydelser 4) mod betaling.

66. Det første og de to sidste af disse elementer foreligger uden tvivl i sagen her. Det er ubestridt, at »Quiz Express« er en fjernsynsudsendelse, som tilbyder deltagelse i et spil mod betaling: Personer, der ringer ind, betaler et beløb (til ÖRF) for at deltage og modtage tjenesteydelsen, der består i, at deltagerne kan forsøge at vinde en gevinst i en af indslagets to faser.

67. Tilbud om spil er omfattet af begrebet »direkte tilbud til offentligheden«, der desuden gør det lettere at sondre mellem teleshopping og reklame, som tager sigte på at fremme afsætningen af ydelsen, men ikke på at præstere den.

1. Direkte tilbud

68. I dommen i sagen RTI m.fl. [45] blev der foretaget en nærmere afgrænsning af dette

44 — Dommens præmis 27 lyder således: »Hvad for det andet angår traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser bemærkes, at disse, således som Domstolen har udtalt i Schindler-dommen vedrørende afholdelse af lotterier, finder anvendelse på en virksomhed, som består i at give brugerne lejlighed til mod vederlag at deltage i et spil om penge. Følgelig er en sådan virksomhed omfattet af anvendelsesområdet for traktatens artikel 59 [efter ændring nu artikel 49 EF], såfremt blot en af tjenesteyderne er hjemmehørende i en anden medlemsstat end den, hvori tjenesteydelsen tilbydes.«

45 — Dom af 12.12.1996, forenede sager C-320/94, C-328/94, C-329/94 og C-337/94 — C-339/94, Sml. I, s. 6471.

begreb med henblik på en fortolkning af direktiv 89/552 i den affattelse, der var gældende, før det også kom til at omfatte teleshopping, men fænomenet lå allerede til grund for artikel 18, stk. 3, som regulerede den maksimale sendetid for andre »reklameformer« og bestemte, at »direkte tilbud til seerne med henblik på salg, køb eller leje af produkter eller vedrørende tjenesteydelser ikke [måtte] overstige en time om dagen«.

69. I dommens præmis 31 blev denne form for tilbud beskrevet som »udsendelser, hvorunder der sker en fremvisning af produkter, som direkte kan bestilles pr. telefon, ved brev eller elektronisk, således at produkterne skal leveres på seerens adresse«. Programredaktøren præsenterer i indslagene almindeligvis varer og tjenesteydelser, der er til salg, lovpriser deres egenskaber og fordele og nævner pris og betalingsformer, og herudover vises en meddelelse på skærmen med angivelse af telefonnumre, web-adresse eller andre oplysninger til brug ved bestilling. Den aftale, der indgås, er en fjernsalgsaftale [46] som defineret i direktiv 97/7/EF [47].

70. Reklameindslag er derimod udtryk for et »indirekte« tilbud, for selv om reklamer ligesom teleshoppingindslag har til formål at lokke seeren til at købe de pågældende varer eller tjenesteydelser ved at fortælle om deres egenskaber, er den afsluttende fase af handelen adskilt fra det umiddelbare formål og udskudt til et senere tidspunkt, hvor forbrugeren henvender sig til en distributionskanal for at gennemføre handelen.

71. Teleshopping går i virkeligheden et skridt længere end reklame, idet der ikke kun er tale om reklamering, men også om salgsfremme og salg.

72. Det fremgår af ovenstående, at programmet »Quiz Express« giver seerne mulighed for at deltage i et hasardspil ved at bringe de nødvendige oplysninger for at blive stillet igennem til udsendelsen, eller — hvis dette ikke lykkes — deltage i den ugentlige lodtrækning, idet seerne i hvert fald indirekte [48] betaler modydelsen ved at ringe op til det særlige, overtakserede telefonnummer.

73. Programværten opfordrer seeren til at lægge mærke til det nummer, der vises på skærmen, og deltage i konkurrencen. Den kommercielle præsentation af ydelsen består navnlig i omtalen af gevinsterne. Accepten af

46 — S. Retterer, *Le télé-achat: une vente aux apparences publicitaires protégée des réglementations nationales*, »Droit de la consommation«, Juris-Classeur, hors série, december 2000, s. 306.

47 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 20.5.1997 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler vedrørende fjernsalg (EFT L 144, s. 19).

48 — Det fremgår ikke, om taksten for opkaldet oplyses.

tilbuddet sker, når seeren trykker nummeret, og ÖRF modtager opkaldet, og i samme øjeblik startes betalingsprocessen i form af debitering af beløbet over telefonregningen, samtidig med at seeren forsøger at få adgang til den direkte konkurrence eller alternativt opnår ret til at deltage i lodtrækningen for alle, der ikke stilles igennem.

74. I det omtvistede program rettes der altså, som det udtrykkes i artikel 1, litra f), i direktivet om fjernsyn uden grænser, direkte tilbud til offentligheden om levering af en tjenesteydelse mod betaling, og alle de nødvendige oplysninger med henblik på indgåelse af en fjernsalgsaftale [49] foreligger.

75. Der er følgelig intet til hinder for, at den omhandlede udsendelse overordnet klassificeres som en form for teleshopping.

2. Konkurrenceindslagets vægt i programmet »Quiz Express«

76. Denne karakter af teleshopping har imidlertid ingen automatisk virkning. Definitionerne af teleshopping og reklamer i artikel 1 i direktivet om fjernsyn uden grænser viser, sammenholdt med bestemmelserne i direktivets kapitel IV, at man har ønsket, at sådanne indslag skal være klart afgrænsede og lette at identificere (artikel 10); de skal således placeres mellem udsendelserne, men kan — som en undtagelse — ligeledes placeres inde i en udsendelse, såfremt udsendelsens integritet og værdi ikke berøres, fordi man udnytter naturlige ophold, uafhængige programdele eller indbyggede pauser.

77. Lovgiver har som udgangspunkt ikke tilladt, at sådanne indslag integreres i programmet, således som det er sket i hovedsagen, hvilket forklarer det forelæggende organs tvivl med hensyn til den nøjagtige karakterisering af indslaget.

78. Spørgsmålet er, hvor meget teleshopping der kvantitativt og kvalitativt skal være tale om, for at en udsendelse kan betegnes som sådan. Det er her hensigtsmæssigt at vende tilbage til Familiapress-dommen, hvor vægten af dette element i udgivelsen blev tillagt betydning. Indslaget udfylder måske kun en supplerende funktion, udgør et yderligere element, der bidrager til at opfylde programmets formål, og passer naturligt ind i selve programmets indhold. Eller det fylder mere, bliver ledemotiv i programmet og lader sin særlige karakter smitte af på resten af dette, så hele programmet bliver til teleshopping. Herudover findes der naturligvis en række situationer, som ligger mellem disse yderpunkter på skalaen.

49 — I artikel 2, stk. 1, i direktiv 97/7 defineres aftaler vedrørende fjernsalg som »enhver aftale mellem en leverandør og en forbruger vedrørende varer eller tjenesteydelser, der er indgået som led i et system for varesalg eller levering af tjenesteydelser organiseret af leverandøren, som for den pågældende aftales vedkommende udelukkende anvender en eller flere former for fjernkommunikationsteknik frem til og inklusive selve indgåelsen af aftalen«.

79. Det tilkommer som udgangspunkt ikke Domstolen at begive sig ud i at undersøge karakteren af den omtvistede konkurrence — slet ikke, når den som i sagen her ikke råder over de faktiske oplysninger, som er nødvendige for, at den kan nå frem til et korrekt resultat. Domstolen kan dog godt give det nationale organ nogle retningslinjer, hvis den herved udviser den forsigtighed, som repræsentanten for Det Forenede Kongeriges henviste til under retsmødet.

80. Hensigten med det program, som rummer lynkonkurrencen, udgør det første kriterium for bedømmelsen. Det synes klart, at resultatet afhænger af, om konkurrencen indgår i et magasinprogram, et blandet underholdningsprogram [50], hvor også konkurrencen tjener et overordnet underholdningsformål, eller et helt andet program, som konkurrencen intet har tilfælles med, som f.eks. en nyhedsudsendelse eller et kulturprogram [51]. Ved en bedømmelse efter dette kriterium omfatter begrebet teleshopping ikke tilfælde, hvor seernes deltagelse, selv om denne sker mod betaling og går ud på at bedømme et talent, ifølge programbeskrivelsen er med til at afgøre udfaldet af konkurrencen, som f.eks. i realityshows af typen »BigBrother«, »Fame Academy« og »Vild med Dans«.

81. Der ligger i denne forbindelse et andet, ikke uvæsentligt kriterium i konkurrencens økonomiske betydning for udsendelsen, både direkte og indirekte. Med hensyn til direkte økonomiske betydning udgør den andel af programmets samlede indtjening, inklusive reklameindtægter, som indtægterne fra opkaldene til det særlige telefonnummer tegner sig for, et vigtigt bedømmelseskriterium.

82. Der bør imidlertid også, som indirekte kriterier, tages hensyn til ikke blot den tid, der er afsat til at præsentere konkurrencen og lokke seerne til at deltage ved at trykke nummeret på skærmen, men også til den tid, der bruges på at udvælge den heldige, der skal svare på direkte tv, eller med andre ord på bestræbelserne på at »sælge produktet«. Med henblik herpå angives en anvendelig metode i artikel 18 og 18a i direktivet om fjernsyn uden grænser, som regulerer varigheden af reklameindslag og teleshoppingblokke.

83. Ved beregningen af konkurrencens budgetmæssige betydning er det interessant at se på karakteren af de spørgsmål, som sædvanligvis stilles, for jo enklere de er, desto flere eventuelle deltagere er der, således at enkle spørgsmål øger denne indtægtskildes andel af finansieringen.

84. På denne baggrund vil enhver, der er lidt kvik, nemt kunne vurdere, om indslaget er

50 — Det kræver ikke mange øjeblikkes zapning at få nok af sportsudsendelser og blandede programmer, hvor seerne opfordres til at deltage i en konkurrence for at vinde en præmie, og hvor man helt kan undgå at opleve selve karakteren af programmet.

51 — Denne opfattelse udspringer af bestemmelsen i artikel 11, stk. 5, i direktivet om fjernsyn uden grænser, som forbyder reklameindslag i transmissioner af gudstjenester samt i nyhedsudsendelser, dokumentarfilm og børneudsendelser, der har en varighed på under 30 minutter.

tilrettelagt som underholdning eller blot tager sigte på at skaffe midler til tv-selskabet ved at sælge en tjenesteydelse.

85. Endelig giver andelen af udsendelsens seere, som ringer ind for at deltage i konkurrencen, et fingerpeg om udsendelsens egentlige karakter.

86. På baggrund af disse bemærkninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer det første præjudicielle spørgsmål med, at udsendelser eller dele af udsendelser, hvor et tv-selskab opfordrer seerne til gennem direkte opkald til overtakserede telefonnumre, og således mod betaling, at deltage i en konkurrence, i henhold til artikel 1, litra f), i direktiv 89/552 skal anses for en form for »teleshopping«, hvis hovedformålet er at sælge adgang til deltagelse i konkurrencen. Den nationale dommer skal ved afgørelsen heraf anvende de kriterier, som er opstillet ovenfor i punkt 77-82, nemlig a) udsendelsens hovedformål, b) konkurrencens økonomiske betydning, c) den tid, der er afsat til konkurrencen, og d) antallet af seere, som ringer ind.

F — *Der foreligger under alle omstændigheder ikke reklameøjemed*

87. Såfremt det første spørgsmål besvares benægtende, ønsker det forelæggende organ subsidiært oplyst, om de faktiske omstændigheder i sagen kan henføres under begrebet reklame, i form af selvpromovering, nemlig aktiviteter, hvorved tv-spredningsforetagendet fremmer sine egne produkter, tjenesteydelser, programmer eller kanaler (39. betragtning til direktiv 97/36).

88. I dette præjudicielle spørgsmål er der, hvad angår den materielle afgrænsning, en vigtig forskel i forhold til det første spørgsmål, som ikke kommer til udtryk i de skriftlige indlæg; spørgsmålet henviser nemlig ikke til udsendelsen eller en del af udsendelsen, men til selve meddelelsen, idet udsendelser uden reklameøjemed kan indeholde sådanne meddelelser [52]. Denne detalje er afgørende ved besvarelsen af det andet spørgsmål.

89. Såfremt det antages, at programmet »Quiz Express« ikke er en form for teleshopping, vil det skulle anses for at have karakter af et underholdningsprogram [53]. Meddelel-

52 — Kommissionen nævner denne mulighed i sin fortolkningsmeddelelse om visse aspekter ved bestemmelserne i direktivet om »fjernsyn uden grænser« i forbindelse med tv-reklamer (EUT 2004 C 102, s. 2), nemlig i punkt 21 og 41 vedrørende mini-spots og opdelt skærm, som indebærer samtidig transmission af redaktionelt indhold og reklamer.

53 — Jeg har i punkt 41-44 ovenfor understreget problemerne ved at betegne det i hovedsagen omhandlede »Gewinnspiel« som en tv-konkurrence.

serne om, hvilket telefonnummer der skal anvendes, og hvorledes man deltager i konkurrencen, har i denne forbindelse ikke til formål at promovere konkurrencen, men bringes blot som en oplysning, der er nødvendig for at kunne deltage og dermed for produktionen. Oplysningerne er pr. definition kun nyttige for seeren i forbindelse med den aktuelle udsendelse. Meddelelsen med telefonnummeret har med andre ord karakter af en oplysning, som er uløseligt forbundet med udsendelsen, og som skal gøre det muligt at afvikle denne, og den tager ikke sigte på at reklamere for en supplerende tjenesteydelse.

90. Der ligger kort sagt ikke et reklameformål bag den meddelelse, som vises på skærmen under udsendelsen »Quiz Express«, med angivelse af det telefonnummer, der skal ringes op til for at deltage i et hasardspil, og meddelelsen er følgelig ikke omfattet af artikel 1, litra c), i direktivet om fjernsyn uden grænser.

VII — Forslag til afgørelse

91. Herefter foreslår jeg, at Domstolen:

1) fastslår, at den ikke har kompetence til at besvare de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af det østrigske Bundeskommunikationssenat, idet dette organ ikke er en ret som omhandlet i artikel 234 EF

2) subsidiært, at Domstolen, såfremt den beslutter at antage spørgsmålene til realitetsbehandling, træffer følgende afgørelse:

»a) Udsendelser eller dele af udsendelser, hvor et tv-selskab opfordrer seerne til gennem direkte opkald til overtakserede telefonnumre, og således mod

betaling, at deltage i en konkurrence, skal i henhold til artikel 1, litra f), i Rådets direktiv 89/552/EØF af 3. oktober 1989 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv- radiospredningsvirksomhed, som affattet ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/36/EF af 30. juni 1997, anses for en form for »teleshopping«, hvis hovedformålet er at sælge adgang til deltagelse i konkurrencen. Den nationale dommer skal ved afgørelsen heraf anvende bl.a. følgende kriterier: a) udsendelsens hovedformål, b) konkurrencens økonomiske betydning, c) den tid, der er afsat til konkurrencen, og d) antallet af seere, som ringer ind.

b) En meddelelse, som vises på skærmen under en udsendelse, med angivelse af det overtakserede telefonnummer, som seerne skal ringe op til for at deltage i en konkurrence under udsendelsen foranstaltet af tv-spredningsforetagendet, tjener ikke et reklameformål, men blot et oplysningsformål, og den er følgelig ikke omfattet af artikel 1, litra c), i direktiv 89/552.«