JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
24 päivänä toukokuuta 2007 [1]

I Johdanto

1. Nykyisin markkinointi saartaa meitä joka puolelta ja tunkeutuu kaikkialle. Joka tiedotusvälineessä levitetään mainoksia, ilmoituksia tai alennustarjouksia. Sanomalehdissä, elokuvissa, televisiossa, radiossa, Internetissä ja jopa puhelimitse esitellään mitä erilaisimpia tuotteita ja houkutellaan kuluttajia ostamaan niitä vetoamalla siihen, että ne helpottavat heidän elämäänsä tai tekevät heistä onnellisempia, aina kuluttajien kyllästymiseen tai ärsyyntymiseen asti. [2] Mainonnan kehitys on edistänyt nykyaikaista kaupankäyntiä, [3] joka on laajentunut paikallisilta tai kansallisilta markkinoilta maailmanlaajuisille, keskinäiseen riippuvuuteen perustuville markkinoille. Ennen vanhaan puodeissaan ja markkinoilla kauppatavaroitaan levitelleiden monenkirjavien puoskarien, kulkukauppiaiden, huijareiden, ihmelääkkeen, salvan ja taikayrtin keittäjien, hampaidenkiskojien, hiustenkasvatuslääkkeiden ja ihmerohtojen kaupustelijoiden, kaupparatsujen, katukauppiaiden ja rihkamamyyjien vuolaiden myyntipuheiden tilalle ovat tulleet miljoonia kuluttajia saavuttavat mainoskampanjat. [4]

2. Paitsi tehokkuutensa myös läpäisevyytensä ja stimulaatiokykynsä takia televisio on ehkä yllyttävin mainonnan levitysväline maailmanlaajuisen tietoverkon lisäksi. Tämä selittää, miksi televisiotoimintaa koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 3.10.1989 annetulla neuvoston direktiivillä 89/552/ETY, [5] jota nimitetään myös televisio ilman rajoja -direktiiviksi, pyritään sääntelemään televisiomainontaa asettamalla sille

1 – Alkuperäinen kieli: espanja.

2 – Beigbeder, F., julistaa teoksessaan *99 francs*, Grasset, Pariisi, 2000, että kirjallisuuden ystäville mainonta on yksi kahden viime vuosituhannen suurimpia katastrofeja.

3 – Teoksessa Zola, E., *Naisten paratiisi*, Karisto, Hämeenlinna, 1974, s. 497, suom. Ossi Lehtiö, kuvaillaan tätä seuraavasti: "Aamusta alkaen rynnäkkö tavarataloon oli vain kasvanut. Aikaisemmin ei ollut yksikään tavaratalo herättänyt Pariisia yhtä valtaisalla mainonnalla. Nykyisin Paratiisi kulutti vuosittain kuusisataatuhatta frangia mainontaan ilmoituksina, julisteina ja kaikkina muina mahdollisina mainostamiskeinoina. Lähetettyjen myyntiluetteloiden määrä kohosi neljäänsataantuhanteen kappaleeseen ja yli sadantuhannen frangin arvosta pilkottiin kankaita näytetilkuiksi. Lehdet ja julisteet olivat pakostakin täyttäneet ihmisten korvat Naisten paratiisin nimellä. Oli kuin hirviömäinen torvi olisi toitottanut kaikkialle alkavaa suurmyyntiä."

4 – Esim. yhdysvaltalaisen Microsoftin uutta käyttöjärjestelmää mainostettiin 39 000 myyntipisteessä yhteensä 45 maassa, ja siitä koitui yritykselle 500 miljoonan dollarin kulut (www.zdnet.fr/actualites/informatique).

5 – EYVL L 298, s. 23.

tietyt sitovat vähimmäissäännöt ja -vaatimukset mutta myönnetään unionin jäsenvaltioille vapaus antaa niitä tiukempia sääntöjä (johdanto-osan 26 perustelukappale).

3. Televisio avaa ikkunan, josta todellinen tai kuvitteellinen elämä välittyy kaikkialle, ja niin myös ostosohjelmat, jotka mahdollistavat tavaroiden ja palvelujen hankkimisen ilman, että tarvitsisi astua ulos kotiovesta. Teleostoslähetykset lisääntyvät jatkuvasti monilla kanavilla, ja ne muodostavat niin merkittävät markkinat, ettei yhteisö enää voinut jättää niitä huomioimatta, ja ilmiön hallitsemiseksi ja ostajien suojelemiseksi direktiiviä 89/552 muutettiin 30.6.1997 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 97/36/EY,[6] jossa vahvistetaan tämänkaltaisten televisiolähetysten muotoa ja sisältöä koskevat vaatimukset, jotta ne olisivat selvästi erotettavissa varsinaisista mainoslähetyksistä (direktiivin 97/36 johdanto-osan 36 ja 37 perustelukappale).

4. Näissä olosuhteissa ja EY 234 artiklan nojalla Itävallan Bundeskommunikationssenat (liittovaltion viestintätuomioistuin) on esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle kaksi ennakkoratkaisukysymystä, joissa se pyytää täsmentämään direktiivin 89/552, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 97/36, 1 artiklan c ja f alakohdassa käytettyjä "televisiomainonnan" ja "teleostoslähetyksen" käsitteitä. Se pyytää ratkaisua siksi, että se kykenisi pääasiassa antamaan oikean määritelmän televisiolähetykselle, joka sisältyy toiseen, pidempään ja laajasisältöisempään lähetykseen ja jossa katsojille tarjotaan mahdollisuus osallistua kilpailuun soittamalla lisämaksulliseen puhelinnumeroon.[7]

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

A *Yhteisön lainsäädäntö*

5. Direktiivin 89/552 tarkoituksena on poistaa yhteisöstä esteet, jotka rajoittavat tietojen ja ideoiden vapaata levitystä ja liikkuvuutta television välityksellä. Koska nämä esteet tavallisesti johtuvat lainsäädäntöjen eroavaisuuksista eri jäsenvaltioissa, direktiivillä pyritään yhdenmukaistamaan näitä lainsäädäntöjä antamalla yhteiseksi nimittäjäksi televisiotoimintaa koskevat vähimmäissäännöt (johdanto-osan 9, 11 ja 13 perustelukappale). Tästä syystä direktiivin 3 artiklan 1 kohdassa annetaan jäsenvaltioille oikeus vaatia, että

6 – EYVL L 202, s. 60.

7 – Nämä asiakkaat voivat saada tietoliikennepalvelun tarjoajalta tietyn prosenttiosuuden puhelusta peritystä maksusta.

niiden televisiolähetystoiminnan harjoittajat noudattavat tiukempia tai yksityiskohtaisempia sääntöjä kuin itse direktiivissä.

6. Direktiivin 1 artiklan c alakohdan mukaan "televisiomainonnalla" tarkoitetaan "kaikenlaista kauppaan, liike-elämään tai ammattitoimintaan liittyvää ilmoitusta, jonka julkinen tai yksityinen yritys lähettää joko maksua tai muuta vastiketta vastaan tai omiin myynninedistämistarkoituksiinsa edistääkseen tavaroiden tai palvelujen, mukaan lukien kiinteä omaisuus tai oikeudet ja sitoumukset, toimittamista maksua vastaan".

7. Kyseisen artiklan f alakohdan mukaan "teleostoslähetyksillä" puolestaan tarkoitetaan "suoria tarjouksia sisältäviä, yleisölle suunnattuja televisiolähetyksiä tuotteiden tai palvelujen, mukaan lukien kiinteä omaisuus, oikeudet ja sitoumukset, toimittamiseksi maksua vastaan".

8. Televisiomainonnan ja teleostoslähetysten on 10 artiklan [8] mukaan oltava helposti tunnistettavissa, ja ne on pidettävä selvästi erillään muista ohjelmapalveluista optisin ja/tai akustisin keinoin (1 kohta), yksittäiset mainokset ovat sallittuja vain poikkeuksellisesti (2 kohta), mainonnassa ja teleostoslähetyksissä ei saa käyttää alitajunnan kautta vaikuttavaa tekniikkaa, ja piilomainonta ja piiloteleostoslähetykset ovat kiellettyjä (3 ja 4 kohta).

9. Direktiivin 18 ja 18 a artiklassa [9] rajoitetaan mainoksille ja teleostoslähetyksille varattujen ohjelmapaikkojen lähetysaikaa määrittämällä niiden suurin sallittu prosenttiosuus päivittäisestä lähetysajasta taikka osuus tuntia kohti.

B *Itävallan lainsäädäntö*

1. Bundeskommunikationssenatin toimintaa sääntelevä lainsäädäntö

10. Tämä elin on perustettu Bundeskanzleramtin yhteyteen Bundesgesetz über die Einrichtung einer Kommunikationsbehörde Austria und eines Bundeskommunikationssenates -nimisellä liittovaltion lailla [10] (laki Itävallan viestintäviranomaisen ja liittovaltion viestintätuomioistuimen perustamisesta, jäljempänä KOG) valvomaan Kommunikationsbehörde Austrian (Itävallan viestintäviranomainen, jäljempänä KommAustria) ja

8 – Sanamuoto sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 97/36.

9 – Myös näitä on muutettu direktiivillä 97/36.

10 – BGBl. nro 32/2001.

Österreichischer Rundfunkin (Itävallan yleisradio, jäljempänä ÖRF) tekemien päätösten laillisuutta.

11. KOG:n 11 §:n 2 momentissa annetaan Bundeskommunikationssenatille toimivalta ratkaista ylimpänä hallintoasteena valitukset, jotka on tehty KommAustrian päätöksistä, rikosasioita lukuun ottamatta.

12. Bundeskommunikationssenatin päätöksistä voi valittaa Verwaltungsgerichtshofiin [11] (hallintotuomioistuin) (KOG:n 11 §:n 3 momentti).

13. Bundeskommunikationssenat koostuu viidestä jäsenestä, joista kolmen on oltava tuomareita (ja näistä yksi toimii puheenjohtajana), jäsenten toimikausi kestää kuusi vuotta, nimittäminen uudelle toimikaudelle on mahdollista, ja syyt, joiden perusteella jäsenet voidaan vapauttaa tehtävistään, luetellaan KOG:n 12 §:ssä, jonka mukaan elin on riippumaton eikä ota vastaan ohjeita ulkopuolisilta.

11 – Tämä Wienissä sijaitseva tuomioistuin valvoo oikeudellisesti julkishallintoa. Sen käsiteltäväksi tulevat oikeustapaukset ovat siitä epätavallisia, että niissä arvioidaan hallintotoiminnan laillisuutta puuttumatta asian tosiseikastoon. Verwaltungsgerichtshof toimii hallinnollisena kassaatiotuomioistuimena, jonka ainoana tehtävänä on suojella oikeusnormeja vahvistamalla niiden oikea tulkinta. Sillä on toimivalta kumota hallinnollisia päätöksiä, jotka ovat aineellisen oikeuden tai prosessioikeuden vastaisia tai joissa harkintavalta on ylitetty tai joissa sitä on käytetty väärin, mutta ei toimivaltaa tutkia tosiseikkoja.

14. Menettelyjen osalta KOG:n 14 §:ssä viitataan Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetziin [12] (hallintomenettelylaki, jäljempänä AVG).

2. Yleisradiolaki

15. Bundesgesetz über den Östereichischen Rundfunkin [13] (Itävallan liittovaltion yleisradiolaki, jäljempänä ÖRF-Gesetz) 47 §:n 1 momentin mukaan kyseisellä lailla pannaan täytäntöön direktiivi 89/552, sellaisena kuin se on muutettuna direktiivillä 97/36.

16. ÖRF-Gesetzin 13 §:n 1 momentin nojalla ÖRF voi ohjelmistonsa puitteissa myöntää maksua vastaan lähetysaikaa mainoksille, joiden määritelmä on kyseisessä laissa sama kuin televisio ilman rajoja -direktiivin 1 artiklan c alakohdassa.

17. Kyseisen pykälän 2 momentin mukaan lähetysaikaa ei saa myöntää teleostoslähetyksille, ja tämä käsite on kyseisessä momentissa määritelty samanlaisin sanakääntein kuin edellä mainitun direktiivin 1 artiklan f alakohdassa.

12 – BGBl. nro 51/1991.

13 – BGBl. nro 83/2001, sellaisena kuin se on muutettuna (BGBl. nro 159/2005).

18. Pykälän 3 momentti, joka koskee ainoastaan mainontaa, puolestaan vastaa sanamuodoltaan direktiivin 10 artiklan 1 kohtaa.

III Tosiseikat, pääasian oikeudenkäynti ja ennakkoratkaisukysymykset

19. ÖRF:n 1.4.2005 lähettämässä "Quiz Express" -lähetyksessä juontaja, lisämaksullisen puhelinnumeron näkyessä ruudussa, esitti yleisölle tarjouksen osallistua kilpailuun (saksaksi "Gewinnspiel") ja voittaa palkinto valitsemalla kyseinen puhelinnumero. Puhelinpalvelua tarjoava yritys peri jokaisesta puhelusta 0,70 euron maksun, josta osa tilitettiin ÖRF:lle. [14]

20. Viihdelähetyksessä oli kolme osaa: ensimmäisessä, puhtaasti sattumaan perustuvassa osassa yksi ainoa soittaja pääsi puhelinyhteyden kautta suoraan lähetykseen; toisessa osassa kyseisen soittajan oli vastattava juontajan kysymyksiin; viimeisessä osassa ne soittajat, joita ei valittu lähetykseen, saivat osallistua viikkopalkinnon arvontaan, jolloin heille tarjoutui vielä mahdollisuus voittoon.

21. KommAustria ilmoitti Bundeskommunikationssenatille siitä, että ÖRF on sen mielestä rikkonut ÖRF-Gesetzin 13 §:n 2 momenttia, kun se on käyttänyt joitakin minuutteja lähetysaikaa teleostoslähetykseen.

22. Riidan ratkaisemiseksi mainittu viranomainen päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat kysymykset:

"1) Onko – – direktiivin 89/552, sellaisena kuin se on muutettuna – – direktiivillä 97/36, 1 artiklan f alakohtaa tulkittava siten, että 'teleostoslähetyksillä' tarkoitetaan myös lähetyksiä tai lähetysten osia, joissa lähetystoiminnan harjoittaja tarjoaa katsojille mahdollisuuden osallistua tämän lähetystoiminnan harjoittajan järjestämään kilpailuun soittamalla välittömästi lisämaksulliseen puhelinnumeroon eli näin ollen maksua vastaan?

2) Mikäli tähän kysymykseen vastataan kieltävästi, onko – – direktiivin 89/552,

14 – Bundeskommunikationssenat selittää ennakkoratkaisupyynnössään (41 kohta), ettei ÖRF ole antanut tietoja maksuista kertyneiden tulojen määrästä, mutta sen mielestä on selvää, että ÖRF on puhelinyhtiön kanssa tekemällään sopimuksella saanut sievoiset voitot.

sellaisena kuin se on muutettuna – – direktiivillä 97/36, 1 artiklan c alakohtaa tulkittava siten, että 'televisiomainonnalla' tarkoitetaan kaikkia lähetyksissä tai lähetysten osissa esitettäviä ilmoituksia, joilla lähetystoiminnan harjoittaja tarjoaa katsojille mahdollisuuden osallistua tämän lähetystoiminnan harjoittajan järjestämään kilpailuun soittamalla välittömästi lisämaksulliseen puhelinnumeroon eli näin ollen maksua vastaan?"

IV Asian käsittely yhteisöjen tuomioistuimessa

23. Ennakkoratkaisupyyntö saapui yhteisöjen tuomioistuimen kirjaamoon 27.4.2006. Kirjallisia huomautuksia ovat tässä asiassa esittäneet ÖRF, komissio sekä Italian ja Portugalin hallitukset, joista kahden ensiksi mainitun edustajat saapuivat 29.3.2007 pidettyyn istuntoon esittämään suullisia huomautuksia; istunnossa olivat läsnä myös Yhdistyneen kuningaskunnan hallituksen ja KommAustrian edustajat.

V Yhteisöjen tuomioistuimen toimivalta

24. Koska tämä on ensimmäinen Bundeskommunikationssenatin yhteisöjen tuomioistuimelle esittämä ennakkoratkaisupyyntö, lienee ensin aiheellista tutkia, täyttääkö Bundeskommunikationssenat EY 234 artiklassa tarkoitetun "tuomioistuimen" tunnusmerkit. Kyseinen Itävallan elin on itse katsonut tarpeelliseksi perustella asemaansa ennakkoratkaisupyynnössä, ja komissio tukee sen esittämiä perusteluja kirjallisissa huomautuksissaan.

25. Arvioidessaan, onko tietty toimielin kyseisessä perustamissopimuksen määräyksessä tarkoitettu tuomioistuin, yhteisöjen tuomioistuin on tähän mennessä ottanut huomioon useita suuntaa-antavia edellytyksiä, joita ovat elimen lakisääteisyys, pysyvyys, sen jäsenten riippumattomuus, sen tuomiovallan pakottavuus, kontradiktorisen menettelyn noudattaminen asioiden käsittelyssä, ratkaisun antaminen tuomiovaltaa käyttäen sekä toimiminen oikeussääntöjen soveltajana. [15]

26. Periaatteessa Bundeskommunikationssenat täyttää kaikki nämä edellytykset, kun tarkastellaan seuraavia seikkoja:

a) KOG:llä perustetun Bundeskommunikationssenatin lakisääteisyydestä ei ole

15 – Ks. esim. asia 61/65, Vaassen-Göbbels, tuomio 30.6.1966 (Kok. 1966, s. 377, Kok. Ep. I, s. 263); asia C-54/96, Dorsch Consult, tuomio 17.9.1997 (Kok. 1997, s. I-4961, 23 kohta) ja asia C-416/96, Nour Eddline El-Yassini, tuomio 2.3.1999 (Kok. 1999, s. I-1209, 17 kohta).

epäilystä, kuten ei myöskään sen pysyvästä ja vakiintuneesta asemasta; tämä ilmenee kyseisen lain 11 §:stä, jossa kyseinen elin valtuutetaan tutkimaan KommAustrian päätösten laillisuutta ja valvomaan oikeudellisesti ÖRF:ää.

b) Sen päätökset eivät ole vapaaehtoisia vaan pakottavia, koska se ratkaisee KommAustrian päätöksistä tehdyt valitukset, rikosasioita lukuun ottamatta.

c) Tämän audiovisuaalisen alan ylimmän elimen toiminnallinen riippumattomuus vaikuttaa kiistattomalta: se koostuu viidestä jäsenestä, joista kolme on tuomareita (joiden keskuudesta valitaan puheenjohtaja ja varapuheenjohtaja) ja joita eivät sido mitkään ulkopuoliset ohjeet tai määräykset. [16] Jäsenet nimittää liittopresidentti hallituksen esityksestä kuuden vuoden toimikaudeksi, joka on mahdollista uusia.

d) Sen noudattama menettely mahdollistaa kontradiktorisen käsittelyn, koska kumpikin osapuoli voi esittää väitteensä (AVG:n 37 §), tarvittaessa myös viran puolesta tai pyynnöstä järjestettävässä istunnossa (AVG:n 39 §:n 2 momentti). Viranomainen perustelee kantansa kirjallisesti (AVG:n 38 §) ja kutsuu todistajia ja asiantuntijoita asianosaisten kanssa pidettävään istuntoon (AVG:n 40 ja 41 §), mikä turvaa osapuolten puolustautumisoikeudet (AVG:n 43 §:n 3 momentti).

e) Ei liioin voida kiistää, että se asioita ratkaistessaan soveltaa oikeudellisia perusteita.

27. Tämän ensivaikutelman ei kuitenkaan pidä antaa pettää. Asiassa De Coster [17] 28.6.2001 antamassani ratkaisuehdotuksessa totean, että yhteisöjen tuomioistuimen suhtautuminen jäsenvaltion tuomioistuimen käsitteeseen on aiheuttanut sen, että oikeuskäytännöstä on tullut liian joustava ja siitä puuttuu tarvittava johdonmukaisuus; tästä syystä ehdotan, että muutetaan kurssia antamalla kyseisen käsitteen määrittelyyn sitovammat ja tiukemmat ohjeet, jotka vastaavat ennakkoratkaisumenettelyn tarkoitusta ja edistävät tuloksekasta yhteistyötä tuomioistuinten välillä.

28. Tässä hengessä esitän edellä mainitussa ratkaisuehdotuksessani, että pääsääntöisesti

16 – Itävallan perustuslaki takaa myös maallikkojäsenten riippumattomuuden, sillä sen 20 §:n 2 momentissa säädetään, että "jos liittovaltion tai osavaltion lailla perustetaan ylimmäksi päätöksentekoelimeksi kollegiaalinen viranomainen, jonka päätöksiä ei lain mukaan voida kumota tai muuttaa hallintomenettelyssä ja johon kuuluu vähintään yksi tuomari, eivät mitkään ohjeet sido myöskään tämän kollegiaalisen viranomaisen muita jäseniä heidän hoitaessaan tehtäviään".

17 – Asia C-17/00, tuomio 29.11.2001 (Kok. 2001, s. I-9445).

EY 234 artiklan soveltamisalaan kuuluvat ainoastaan elimet, jotka ovat osa jäsenvaltion tuomioistuinlaitosta ja silloin, kun ne käyttävät varsinaista tuomiovaltaa; poikkeuksellisesti näihin voidaan lukea myös elimet, joilla – vaikka ne eivät kuulukaan tuomioistuinlaitokseen – on kansallisessa oikeusjärjestyksessä lopullinen ratkaisuvalta, edellyttäen, että ne täyttävät oikeuskäytännössä vahvistetut, etenkin riippumattomuutta ja menettelyn kontradiktorisuutta koskevat edellytykset.

29. Katsonkin, että Bundeskommunikationssenat olisi tiukasti ottaen jätettävä tämän käsitteen ulkopuolelle, koska se ei kuulu Itävallan tuomioistuinlaitokseen.

30. Varmasti se voidaan luokitella "tuomioistuinten kaltaisiin kollegiaalisiin elimiin", [18] joihin viitataan kyseisen maan perustuslain 133 §:n 4 momentissa [19] ja joiden aiemmissa yhteyksissä olen itse todennut täyttävän tuomioistuimelle asetetut edellytykset. [20]

31. Vaikka tällaisen tuomiovallan antaminen sisäisessä lainsäädännössä kertoo jo jotakin, sitä ei voida käyttää ratkaisevana arviointiperusteena. [21] Kun kuitenkin otetaan huomioon, että – kuten olen edellä mainitusta asiassa De Coster antamastani ratkaisuehdotuksesta lähtien katsonut – "tuomioistuimen" käsite on määriteltävä yhteisön oikeusjärjestyksestä käsin sen rakenteellisten tarpeiden mukaisesti, on Bundeskommunikationssenatin rakennetta tutkittava tarkemmin sen arvioimiseksi, täyttääkö se todella edellytykset ennakkoratkaisumenettelyn vireillepanemiseksi.

32. Tämä lähempi tarkastelu osoittaa, että muiden Itävallan perustuslain 133 §:ssä lueteltujen viranomaisten – kuten asiassa Häupl kyseessä olleen Oberster Patent- und Markensenatin – päätöksiin ei voi hakea muutosta hallinto- tai oikeusteitse, mutta Bundeskommunikationssenatin päätösten

18 – Saksaksi "Weisungsfreie Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag".

19 – Tämän säännöksen mukaan Verwaltungsgerichtshofin tuomiovaltaan eivät kuulu "asiat, jotka kollegiaalisen elimen on ratkaistava ylimpänä asteena silloin, kun kyseiseen elimeen kuuluu vähintään yksi tuomari sen perustamisesta säädetyn liittovaltion lain tai alueellisen lain mukaisesti; kun mitkään ohjeet eivät sido myöskään sen muita jäseniä heidän hoitaessaan tehtäviään; kun elimen päätöksiä ei voida kumota tai muuttaa hallintomenettelyssä; ja kun, riippumatta siitä, täyttyvätkö edellä mainitut edellytykset, ei ole nimenomaisesti säädetty, että kyseisen elimen ratkaisuista voi valittaa Verwaltungsgerichtshofiin".

20 – Asiassa C-246/05, Häupl, 26.10.2006 annettu ratkaisuehdotus, joka koskee Oberster Patent- und Markensenatia (ylin patentti- ja tavaramerkkiviranomainen); asiassa ei ole vielä annettu tuomiota.

21 – Itävallan kollegiaalisten viranomaisten moninaisuuden ja niitä koskevien sääntöjen hajanaisuuden takia on syytä välttää kaikkea automatiikkaa. Yhteisöjen tuomioistuin on ottanut käsiteltäväksi joidenkin tällaisten viranomaisten lähettämiä ennakkoratkaisukysymyksiä: asiassa C-44/96, Mannesmann Anlagebau Austria ym., tuomio 15.1.1998 (Kok. 1998, s. I-73), jossa vastattiin Bundesvergabeamtin, julkisia rakennusurakoita koskevia sopimusriitoja käsittelevän elimen, esittämään kysymykseen, jätettiin tutkimatta, onko se tuomioistuin; asiassa C-103/97, Köllensperger ja Atzwanger, 4.2.1999 annetussa tuomiossa (Kok. 1999, s. I-551) katsottiin Tiroler Landesvergabeamtin (Tirolin hankintaviranomainen) täyttävän tuomioistuimen edellytykset, ja samaa todettiin Vergabekontrollsenatista (Wienin osavaltion hankintamenettelyjen valvontalautakunta) asiassa C-92/00, HI, 18.6.2002 annetussa tuomiossa (Kok. 2002, s. I-5553).

laillisuus voidaan tutkia Verwaltungsgerichtshofissa.

33. Tämä erikoisuus johtuu historiallisista syistä. Ennen KOG:n antamista Itävallan radiotoiminnan sääntelystä vastasi Regionalradio-Gesetzin (alueradiolähetyslaki) mukaisesti Privatrundfunkbehörde (yksityisestä radiotoiminnasta vastaava viranomainen); se oli alkujaan perustuslain 133 §:n 4 momentissa tarkoitettu kollegiaalinen elin, jonka päätöksistä ei voinut valittaa Verwaltungsgerichtshofiin. Sittemmin Verfassungsgerichtshof (perustuslakituomioistuin) totesi Privatrundfunkbehörden 29.6.2000 antamassaan tuomiossa [22] perustuslain vastaiseksi, koska tämän elimen jättäminen mainitun 133 §:n 4 momentin perusteella tuomioistuimen laillisuusvalvonnan ulkopuolelle ja nimeäminen ainoaksi hallintoasteeksi ei ollut hyväksyttävää. Tässä aiempaa oikeuskäytäntöä [23] noudattavassa tuomiossa kollegiaalisten elinten perustamismahdollisuutta tulkittiin tiukasti, koska se merkitsee harvinaista poikkeusta yleisestä periaatteesta, jonka mukaan kaikkiin hallinnollisiin toimiin on voitava hakea muutosta, joten ne on aina perusteltava tapauskohtaisesti, ja tätä vaatimusta Privatrundfunkbehörde ei täyttänyt. Tuomion täytäntöönpanemiseksi Regionalradio-Gesetziä muutettiin sisällyttämällä sen 13 §:ään mahdollisuus hakea toimiin muutosta Verwaltungsgerichtshofissa, mutta muilta osin pykälän sanamuoto pysyi ennallaan. Perustuslakituomioistuin, jota pyydettiin uudestaan lausumaan asiasta, katsoi virheen jääneen korjaamatta, koska Privatrundfunkbehörden toimiminen hallintomenettelyssä ainoana hallintoasteena oli perustuslain periaatteiden vastaista. [24] Lainsäätäjän oli jälleen puututtava asiaan, ja se perusti Bundeskommunikationssenatin, hallinnollisen muutoksenhakuelimen, ja säilytti mahdollisuuden turvautua muutoksenhakuun Verwaltungsgerichtshofissa, ja tämän rakenteen perustuslakituomioistuin viimein hyväksyi. [25]

34. Näin ollen se, että Bundeskommunikationssenatin päätösten laillisuutta valvoo hallintolainkäyttöasioita käsittelevä tuomioistuin, muuttaa elimen tilanteen ja estää sen luokittelemisen EY 234 artiklassa tarkoitetuksi tuomioistuimeksi.

35. Sellaisten asiassa De Coster antamani ratkaisuehdotuksen 75–79 kohdassa lueteltujen häiriöiden, joita aiheutuu siitä, että hallintoviranomainen sekaantuu tuomioistuinten väliseen vuoropuheluun, riski vaikuttaa ilmeiseltä. Onpa tämä hallintoviranomainen oikeusteknisesti kuinka pätevä tahansa, Verwaltungsgerichtshof, jonka käsiteltäväksi yhteisöjen tuomioistuimen vastauksen johdosta annettu hallintopäätös voidaan saattaa, voi nimittäin katsoa, että ennakkoratkaisupyynnön lähettäminen Luxemburgiin ei ollut

22 – G175/95, VfSlg. 15.886.

23 – Tuomio 24.2.1999 (B1625/98-32, VfSlg. 15.427).

24 – Tuomio 13.6.2001 (G141/00, VfSlg. 16.189).

25 – Tuomio 25.9.2002 (B110/02 e.al., VfSlg. 16.625).

oikein, tai arvioida, että asian tarkastelussa olisi pitänyt painottaa jotakin toista näkökulmaa. Jos se vakuuttuu siitä, että asiassa ei ole kysymys yhteisön oikeusjärjestykseen kuuluvien sääntöjen tulkinnasta tai soveltamisesta, ennakkoratkaisukysymys ja kaikenlaiset ponnistukset sen ratkaisemiseksi ovat olleet turhia, jolloin yhteisöjen tuomioistuimen legitimiteetti heikkenee, koska sen tuomiot jätetään huomiotta. Vaikka Verwaltungsgerichtshof katsoisi, että ennakkoratkaisukysymys olisi pitänyt muotoilla eri tavalla, se on sidottu esitettyyn kysymykseen ja siihen annettuun vastaukseen, sillä prosessiekonomisista syistä se tuskin on halukas turvautumaan uudelleen ennakkoratkaisumenettelyyn vaan tyytyy hallintoelimen esittämään kysymykseen ja väärästä lähtökohdasta käsin laadittuun vastaukseen, mikä häiritsee aitoa "tuomioistuinten välistä vuoropuhelua".

36. On mielestäni edelleen vakava asia, että EY 234 artiklalla käyttöön otettu tuomioistuinten välinen yhteistyö häiriintyy sen johdosta, että hallintoelin – joka kylläkin tarkoittaa hyvää – sekaantuu siihen. Asiassa De Coster antamassani ratkaisuehdotuksessa (36 ja 98 kohta) selitin, että ennakkoratkaisukysymyksen muotoilu voi vaikuttaa ratkaisevasti yhteisöjen tuomioistuimen vastaukseen, joten on tärkeää pitää voimassa vaatimus, että ennakkoratkaisumenettelyyn osallistuvien toimielinten on todella oltava tuomioistuimia. Jos kysymyksen esittää hallintoelin, kysymyksen muoto taikka sen esittämisajankohta voivat vaikuttaa valitukseen, jolla hallintoelimen päätökseen myöhemmin haetaan muutosta tuomioistuimessa, jolloin varsinainen tuomioistuin on menettänyt mahdollisuutensa käyttää ennakkoratkaisupyyntöä, sillä vaikka se voisikin teoriassa esittää uuden kysymyksen, siitä aiheutuisi asianosaisille sellaista viivytystä, jota jo ennestään hidas oikeudenhoito ei voi kestää.

37. Nämä päätelmät selittävät, miksi vuoropuheluun olisi otettava mukaan tuomioistuinlaitoksen ulkopuolisista elimistä vain sellaiset, joiden päätöksiä ei mikään tuomioistuin valvo ja joilla on kansallisessa oikeusjärjestyksessä lopullinen ratkaisuvalta, jolloin niille annetaan mahdollisuus turvautua ennakkoratkaisumenettelyyn, jottei yksikään yhteisön oikeuden osa-alue jäisi yhteisöjen tuomioistuimen yhdenmukaistavan oikeudenkäytön ulkopuolelle.

38. Viimeaikaisessa oikeuskäytännössä [26] pyritään erittelemään entistä täsmällisemmin tuomioistuimen käsitettä kuvaavat piirteet varsinkin riippumattomuusedellytyksen osalta, mikä vastaa hyvin asiassa De Coster antamassani ratkaisuehdotuksessa esitettyä näkemystä. Asiassa Schmid annetussa tuomiossa [27] katsottiin, ettei yhteisöjen tuomioistuimella ole toimivaltaa vastata Wienin, Niederösterreichin ja Burgenlandin Berufungssenat V der Finanzlandesdirektionin (verohallinnon viides valitusjaosto) ennakko-

26 – Kuten korostan ratkaisuehdotuksessani, jonka esitin asiassa C-259/04, Emanuel, tuomio 30.3.2006 (Kok. 2006, s. I-3089, ratkaisuehdotuksen 36 kohta).

27 – Asia C-516/99, tuomio 30.5.2002 (Kok. 2002, s. I-4573).

ratkaisukysymyksiin, ja asiassa Syfait ym. annetussa tuomiossa [28] todettiin samaa Epitropi Antagonismoulta (Kreikan kilpailuneuvosto) tulleen kysymyksen osalta.

39. Tämä suuntaus on huomattavasti helpompi käsittää, kun muistetaan, että yhteisöjen tuomioistuin otti aikaisemmin vastaan ennakkoratkaisukysymyksiä edellä mainittujen kaltaisilta elimiltä, kuten Espanjan Tribunal Económico-Administrativoilta (verovalituksia käsittelevä viranomainen) [29] ja niin ikään espanjalaiselta Tribunal de Defensa de la Competencialta (kilpailuviranomainen). [30]

40. Kantani ei ole muuttunut siitä, mitä esitin asiassa De Coster antamassani ratkaisuehdotuksessa, ja johdonmukaisuuden vuoksi – mutta myös hyvin vakuuttuneena asiastani – katson, ettei Bundeskommunikationssenatia voida luokitella EY 234 artiklassa tarkoitetuksi tuomioistuimeksi, ja ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin ilmoittaa, ettei se ole toimivaltainen vastaamaan kyseisen hallintoelimen kysymyksiin.

41. Toivonkin, että tuomarit, joille tämän ratkaisuehdotukseni osoitan, vakuuttuvat asiassa De Coster antamassani ratkaisuehdotuksessa esitettyjen päätelmien pätevyydestä, mutta siltä varalta, että näin ei käy, siirryn nyt toissijaisesti tarkastelemaan tämän ennakkoratkaisukysymyksen aineellista sisältöä, koska velvollisuuteni on esittää täysin puolueettomana ja riippumattomana julkisessa istunnossa perustellut ratkaisuehdotukset edellä mainittuihin yhteisöjen tuomioistuimen käsiteltäväksi saatettuihin kysymyksiin (EY 222 artiklan toinen kohta).

VI Ennakkoratkaisukysymysten toissijainen tarkastelu

A *Kysymyksenasettelu*

42. Bundeskommunikationssenat pyytää yhteisöjen tuomioistuinta täsmentämään yhteisön lainsäädännössä käytettyjä "teleostoslähetysten" ja "televisiomainonnan" käsitteitä "Quiz Express" -ohjelmaan sisältyvän minikilpailulähetyksen määrittelyä varten. Sikäli kuin sen katsotaan sisältyvän teleostoslähetyksen käsitteeseen, sille ei Itävallassa saa myöntää lähetysaikaa, koska ORF-Gesetzin 13 §:n 2 momentissa kielletään tällainen kaupallisten televisiolähetysten muoto direktiivin 89/552 3 artiklan 1 kohdan mukaisesti, ja tähän KommAustria on juuri vedonnut. Jos sen sijaan katsotaan, että kyse on omasta myynninedistämisestä, on asian ratkaisemisessa käytettävä muita parametreja, sillä tämä mainonnan muoto on sallittu edellyttäen, että se on helposti tunnistettavissa mainonnaksi ja pidetään selvästi erillään muista ohjelmapalveluista optisin ja/tai akustisin keinoin (kyseisen lain 13 §:n 3 momentti).

28 – Asia C-53/03, tuomio 31.5.2005 (Kok. 2005, s. I-4609).

29 – Yhdistetyt asiat C-110/98–C-147/98, Gabalfrisa ym., tuomio 21.3.2000 (Kok. 2000, s. I-1577).

30 – Asia C-67/91, Asociación Española de Banca Privada ym., tuomio 16.7.1992 (Kok. 1992, s. I-4785, Kok. Ep. XIII, s. I-87).

43. Mutta ennakkoratkaisupyynnön esittänyt hallintoelin ei esitä kysymyksiään abstraktisti vaan liittää ne tiettyyn ajanvietemuotoon, jonka määrittely ei suinkaan vaikuta turhalta, koska televisio ilman rajoja -direktiivin 1 artiklan c ja f alakohdassa sekä mainonta että teleostoslähetykset yhdistetään tavaroiden ja palvelujen toimittamiseen. Näin ollen on syytä selvittää, onko riidanalainen lähetys katsottava palveluksi (kun selvästikään kyse ei ole tavaroiden toimittamisesta), ja ennen sitä on tutkittava, täyttääkö se rahapelin tunnusmerkit, ja jos täyttää, selvitettävä sen todellinen ulottuvuus, jotta voidaan ratkaista, onko se luokiteltavissa teleostoslähetykseksi vai mainonnaksi.

44. Ennen kuin jatketaan, on kuitenkin suljettava pois toinen Bundeskommunikationssenatin kysymysten taustalla oleva vaihtoehto, nimittäin se, että kyseessä ei olisi mainonta eikä teleostoslähetys vaan pelkkä lähetys, joka sisältyy alakäsitteenä direktiivin 1 artiklan a alakohdassa mainittuun "televisio-ohjelman" käsitteeseen.

B *Riidanalainen "Gewinnspiel" ei ole televisiokilpailu*

45. Tässä kohden pidän erittäin kuvaavina Italian hallituksen ennakkoratkaisumenettelyn kirjallisessa vaiheessa esittämiä osuvia huomautuksia. Toisin kuin sellaiset tietokilpailut, joissa päähenkilöt eli juontaja ja kilpailijat voivat nähdä toisensa yleisön (niin studiossa kuin kotona) ollessa passiivisessa roolissa, on ÖRF:n lähettämä "Gewinnspiel" ajanvietettä, jossa vain hetkeä aiemmin pelkän televisionkatsojan roolissa ollut soittaja pääsee puhelimitse lähetykseen samalla, kun muilla katsojilla on mahdollisuus osallistua kilpailuun ja voittaa palkinto.

46. Tästä asetelmasta voidaan päätellä, että kun perinteisessä "visailuohjelmassa" käytetään televisiota välineenä käsikirjoituksen mukaan etenevän kilpailun lähettämiseen yleisön viihdyttämiseksi, pyritään ÖRF:n minikilpailulähetyksessä houkuttelemaan katsojia palkinnolla, jonka soittaja voi voittaa joko kilpailun ensimmäisessä osassa, jos hänet valitaan lähetykseen ja jos hän tietää oikean vastauksen, tai toisessa osassa, jossa hän voi osallistua viikkoarvontaan.

47. Mutta kilpailuun osallistuvien on maksettava tietty rahasumma, josta lähetystoiminnan harjoittaja saa osansa, sillä mitä enemmän soittoja puhelinnumeroon tulee, sitä enemmän tuloja sille kertyy, joten periaatteessa – ja sanotun kuitenkaan rajoittamatta tämän päätelmän tarkentamista jäljempänä tässä ratkaisuehdotuksessa – riidanalaisen viihdeohjelman tarkoituksena on siis

kerätä suoraan varoja ÖRF:lle. Siihen osallistuminen edellyttää siis maksua, johon viitataan direktiivin 89/552 1 artiklan c ja f alakohdassa.

48. Lopuksi voidaan vielä todeta, että lähettäessään tätä viihdelähetystä ÖRF ei harjoita edellä mainitun direktiivin 1 artiklan a alakohdassa tarkoitettua "lähetystoimintaa"; se ei toisin sanoen lähetä ohjelmaa yleisön vastaanotettavaksi vaan käyttää televisiota pelkkänä liitännäisenä välineenä – joskin merkittävänä sellaisena – tulojen hankkimisessa.

49. Näin ollen on seuraavaksi arvioitava – kuten jo edellä totesin –, voidaanko television käyttöä tällaisena liitännäisenä välineenä pitää palvelun toimittamisena maksua vastaan, minkä vuoksi on aluksi tutkittava tarkemmin riidanalaisen lähetyksen luonnetta.

C *Rahapeli*

50. Yhdistetyissä asioissa Placanica ym. antamani ratkaisuehdotuksen [31] 92–97 kohdassa tarkastelen sattuman, pelin ja lainsäädännön välisiä suhteita. Nämä yhteydet oikeuttavat yhteisön antamaan lainsäädäntöä, [32] jolla suojellaan yksityishenkilöitä pelihimon omaisuudelle ja terveydelle aiheuttamilta vaaroilta ja jolla samalla valvotaan yritysten sekä tämänkaltaista ajanvietettä tarjoavien pelihallien kaupallisia etuja, mikä kaiken kaikkiaan takaa sijoittautumisen ja palvelujen tarjoamisen vapaudet. [33]

51. Euroopan unionin lainsäädännössä ei ole selitetty tarkasti rahapelien käsitettä, ja vaikka edellä viitatussa oikeuskäytännössä tarkastellaankin niiden vaikutuksia yhtenäismarkkinoiden perustaan, niiden varsinaisesta määrittelystä kuitenkin pidättäydytään. Lienee kuitenkin selvää, että oikeudellisesti tämä käsite viittaa taloudelliseen panokseen, jonka tuottama tulos riippuu onnesta. [34]

52. Tähän varmasti epämääräiseen kuvaukseen sopii lukematon määrä erilaisia rahape-

31 – Yhdistetyt asiat C-338/04, C-359/04 ja C-360/04, tuomio 6.3.2007 (Kok. 2007, s. I-1891).

32 – Asiassa C-374/05, Gintec, 13.2.2007 antamassani ratkaisuehdotuksessa, jonka osalta ei tämän ratkaisuehdotuksen laatimispäivänä ollut vielä annettu tuomiota, kiinnitin huomiota kansanterveydellisiin vaaroihin, joita aiheutuu arvontojen käytöstä lääkkeiden mainonnassa (72 kohta).

33 – Yhdistetyissä asioissa C-243/01, Gambelli ym., 6.11.2003 annetussa tuomiossa (Kok. 2003, s. I-13031) katsottiin, että kansallinen – siis italialainen – lainsäädäntö, jolla kielletään rikosoikeudellisten seuraamusten uhalla harjoittamasta rahapelitoimintaa, ellei tähän ole saatu kyseessä olevan jäsenvaltion myöntämää toimilupaa tai lupaa, muodostaa rajoituksen kummallekin vapaudelle (59 kohta ja tuomiolauselma). Sama päätelmä tehdään em. yhdistetyissä asioissa Placanica ym. annetussa tuomiossa (71 kohta ja tuomiolauselma).

34 – Tietoyhteiskunnan palveluja, erityisesti sähköistä kaupankäyntiä, sisämarkkinoilla koskevista tietyistä oikeudellisista näkökohdista 8.6.2000 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2000/31/EY ("direktiivi sähköisestä kaupankäynnistä") (EYVL L 178, s. 1) 1 artiklan 5 kohdan d alakohdan mukaan direktiiviä ei sovelleta "arpajaistoimintaan, johon liittyy rahallista arvoa omaavien panosten asettaminen esimerkiksi rahapeleissä, lotossa ja veikkauksessa tai vedonlyönnissä".

lejä, sillä ihmisen mielikuvituksella ei ole rajoja silloin, kun kyseessä on voiton tavoittelu ja kilpailu. [35] Käsitteen rajaamiseksi voidaan kuitenkin tarkastella seuraavia kolmea parametria: rahallinen panos, epävarmuus ja voiton tavoittelu. [36]

53. Tuloksen epävarmuus on luontaista rahapeleille, sillä sattumalla on osansa pelin joka vaiheessa, ja se lisää pelin petollisuutta; haave pelipanosta suuremman palkinnon voittamisesta on puolestaan houkutin, joka herättää pelaajan ahneuden. Lisäksi rahapeleihin liittyy taloudellinen näkökulma, joka oikeuttaa lainsäätäjän puuttumaan tähän yhteiskunnalliseen ilmiöön: jotta rahapelejä voitaisiin säännellä yhteisön oikeusjärjestyksessä, niillä on oltava henkilöiden omaisuuteen kohdistuvia vaikutuksia. [37] Peli, jota pelataan ilman panoksia ja joka ei vaikuta mitenkään pelaajan pääomaan, kuuluu ainoastaan yksityiselämän piiriin eikä edellytä lainsäädännöllistä suojelua.

35 – Huizinga, J., väittää teoksessa *Homo ludens*, Alianza, Madrid, 1990, kaiken inhimillisen kulttuurin saavan alkunsa leikistä, jonka keskellä se kehittyy. Hän selittää, että kun ymmärrettiin, ettei käsite *homo sapiens* (järkevä ihminen) kuvannut ihmislajin olemusta niin hyvin kuin oli alkujaan ajateltu, koska ihminen ei lopulta ole niin järkevä kuin 1700-luvulla vilpittömän optimistisesti oletettiin, sitä täydennettiin käsitteellä *homo faber* (tekevä ihminen). Mutta tämä määre on Huizingan mielestä vielä huonompi, koska se pätee useimpiin eläimiin. Näin ollen hän esittää, että ihmistä kuvattaisiin myös määritelmällä *homo ludens* (leikkivä ihminen), sillä vaikka jotkut eläimetkin leikkivät, on leikin merkitys ihmiselle yhtä oleellinen kuin tekemisen, ja perimmältään missään ihmisen käyttäytymismuodossa ei ole kyse muusta kuin ajanvietteestä.

36 – Asiassa C-275/92, Schindler, 24.3.1994 annetussa tuomiossa (Kok. 1994, s. I-1039, Kok. Ep. XV, s. I-79) selitetään, että arpajaistoiminnassa on kysymys arpajaisten järjestäjän tarjoamista suorituksista eli siitä, että hän tarjoaa lipun ostajille tilaisuuden osallistua peliin, jossa heillä on mahdollisuus voittoon, ja tätä tarkoitusta varten hän huolehtii pelipanosten keräämisestä, arpomisten järjestämisestä sekä palkintojen ja voittojen määrittämisestä ja maksamisesta. Kyseisten suoritusten vastikkeena on arpajaislipun hinta (27 ja 28 kohta).

37 – Tämä ajatus pohjautuu em. yhdistetyissä asioissa Placanica ym. antamani ratkaisuehdotuksen 95–98 kohtaan.

54. Sattuma on epäilemättä mukana myös "Quiz Express" -ohjelmaan sisältyvässä lähetyksessä. Osallistujien pelionni tulee ilmi kahdella eri hetkellä: soittajan valinnassa muiden joukosta "suoraan lähetykseen", jossa tämä pääsee keskustelemaan ohjelman juontajan kanssa; ja viikkoarvonnassa, jossa muilla kilpailijoilla on mahdollisuus tavoitella palkintoa. Katsojan lahjoilla, tiedoilla tai ylipäätään hänen älyllisillä kyvyillään on voiton tavoittelussa toissijainen merkitys.

55. Kun katsoja soittaa puhelinnumeroon, hänen pyrkimyksenään on ennen kaikkea voittaa palkinto, olipa hän kilpailun ensimmäisessä tai sen toisessa vaiheessa eli arvonnassa.

56. Ensimmäisessä vaiheessa soittaja sitoutuu maksamaan tietyn rahasumman (0,70 euroa), joka – vaikka se onkin vaatimaton – on huomattavasti Itävallan paikallispuhelumaksua suurempi, ja suostuu tähän siinä toivossa, että voittaisi 200–330 euron suuruisen palkinnon, joka korvaa maksun moninkertaisesti.

57. Näin ollen "Quiz Express" -ohjelma voidaan sen yhteydessä järjestetyn kilpailun erityispiirteiden perusteella luokitella rahapeliksi.

D *Palvelun toimittaminen*

58. Tämän todettuamme voimme kiistatta katsoa, että ÖRF toimittaa palvelua maksua vastaan.

59. Yhteisöjen tuomioistuin ei ole epäröinyt luokitella arpajaisten järjestämistä (asia Schindler), [38] raha-automaattien tarjoamista käyttöön maksua vastaan (asia Läärä ym.) [39] ja muilta osin raha- tai onnenpelejä (asia Anomar ym.) [40] EY 50 artiklassa tarkoitetuiksi palveluiksi. [41]

60. On totta, että se päätyi tähän luokitukseen tarkastellessaan rahapelejä *kokonaisuutena*, itsenäisenä ja pääasiallisena toimintana, sellaisten kansallisten toimenpiteiden yhteydessä, joilla rajoitettiin niiden järjestämistä yleisen edun mukaisten päämäärien kuten yhteiskuntajärjestyksen suojaamista tai rikollisuuden ja petosten estämistä koskevien tavoitteiden perusteella. [42]

61. Edellä mainituissa tuomioissa ei ole kyseessä tilanne, jossa pelitoiminta on osa laajempaa kokonaisuutta, kuten on laita pääasian oikeudenkäynnissä ja asiassa Familiapress annetussa tuomiossa [43] tarkastellussa samankaltaisessa tapauksessa, jossa Itävallassakin jaeltu saksalainen viikkolehti "Laura" julkaisi lukijoiden ratkaistavaksi ristisanatehtäviä ja arvoituksia ja jakoi oikein vastanneille käteispalkintoja. ÖRF ja Portugalin hallitus eivät ole suinkaan väärässä huomauttaessaan, että mainitussa tuomiossa kyseessä olleiden kaltaisten vähäisten rahasummien arvonnat eivät ole itsenäistä elinkeinotoimintaa vaan osa lehden toimituksellista sisältöä (23 kohta), joten EY 50 artiklassa esitetty palvelun määritelmä ei koske niitä. Mutta komissio toteaa perustellusti, että tämä päätelmä poikkeaa asiassa Schindler annettuun tuomioon perustuvasta oikeuskäytännöstä, joka on tullut esille lottoarvontojen kaltaisia suuria rahapelejä koskevien kansallisten rajoitusten oikeasuhteisuuden valvonnan yhteydessä.

62. Lyhyesti sanottuna yhteisön oikeuskäytännössä ei ole mitään, mikä estäisi luokittelemasta ÖRF:n minikilpailulähetyksen rahapeliksi ja näin ollen palveluksi.

63. Ennen kuin siirrytään eteenpäin, on syytä vastata ÖRF:n kirjallisissa huomautuk-

38 – Em. asia Schindler, tuomion 19, 25 ja 34 kohta.

39 – Asia C-124/97, tuomio 21.9.1999 (Kok. 1999, s. I-6067, 18 ja 27 kohta).

40 – Asia C-6/01, tuomio 11.9.2003 (Kok. 2003, s. I-8621, 48 ja 52 kohta).

41 – Tarkempi maininta tästä on yhdistetyissä asioissa Placanica ym. antamani ratkaisuehdotuksen 97 kohdassa.

42 – Joitakin näistä tavoitteista käsitellään asiassa C-67/98, Zenatti, 21.10.1999 annetun tuomion (Kok. 1999, s. I-7289) 14 ja 15 kohdassa.

43 – Asia C-368/95, tuomio 26.6.1997 (Kok. 1997, s. I-3689).

sissa (4 kohta) esitettyyn väitteeseen ja korostaa, ettei sillä, että "Quiz Express" -lähetystä lähetetään ainoastaan Itävallassa, ole mitään merkitystä, sillä tämä seikka vaikuttaa ainoastaan sovellettaessa EY 49 artiklaa, mutta siihen ei koskaan voida vedota itse lähetyksen luonteen mitätöimiseksi. On nimittäin otettava huomioon, että televisio ilman rajoja -direktiivissä ilmausta "palvelujen toimittaminen" käytetään määrittämään tiettyä toimintaa, ei takaamaan sen vapaata liikkuvuutta. Toisin sanoen palvelu – kuten asiassa Läärä ym. annetun tuomion [44] 27 kohdasta voidaan päätellä – ei lakkaa olemasta palvelua vain siitä syystä, että sitä ei tarjota valtion rajojen yli.

E *Teleostoslähetys vastaan mainonta*

64. Näin pääsemme tämän ennakkoratkaisupyynnön keskeiseen ongelmaan, nimittäin sen selvittämiseen, liittyykö "Quiz Express" -ohjelmaan sisältyvään viihteelliseen palkintokilpailuun sekä laajemmin tarkasteltuna itse ohjelmaan teleostoslähetykselle ominaisia piirteitä.

44 – Tuomiossa todetaan seuraavaa: "Toiseksi palvelujen tarjoamisen vapautta koskevien perustamissopimuksen määräysten osalta on todettava, että niitä sovelletaan – kuten yhteisöjen tuomioistuin on todennut arpajaisten järjestämisen osalta Schindler-tuomiossa – sellaiseen toimintaan, jonka sisältönä on se, että yleisölle tarjotaan maksua vastaan mahdollisuus osallistua rahapeliin. Näin ollen tällainen toiminta kuuluu perustamissopimuksen 59 artiklan [nykyisen EY 49 artiklan] soveltamisalaan, jos ainakin yksi palvelujen tarjoajista on sijoittautunut muuhun kuin siihen jäsenvaltioon, jossa palveluja tarjotaan."

65. Televisio ilman rajoja -direktiivin 1 artiklan f alakohdassa mainitaan seuraavat neljä osatekijää: 1) televisiolähetys, joka sisältää 2) yleisölle suunnattuja suoria tarjouksia 3) tuotteiden tai palvelujen toimittamiseksi 4) maksua vastaan.

66. Ensimmäisestä ja kahdesta viimeksi mainitusta osatekijästä ei tässä tapauksessa ole epäselvyyttä. Kukaan ei kiistä, että "Quiz Express" on televisiolähetys, jossa tarjotaan mahdollisuutta osallistua kilpailuun maksua vastaan: soittajat maksavat osallistumisesta ja palvelun käyttämisestä tietyn hinnan (josta kertyy tuloja ÖRF:lle), jonka vastineeksi he voivat voittaa palkinnon viihdeohjelman jommassakummassa osassa.

67. Ratkaisu piilee "yleisölle suunnatun suoran tarjouksen" käsitteessä, ja siitä on myös apua teleostoslähetysten erottamisessa mainonnasta, jonka tarkoituksena on edistää kyseisen palvelun myyntiä, ei taata sen suorittamista.

1. Suora tarjous

68. Yhdistetyissä asioissa RTI ym. annetussa tuomiossa [45] tarkastellaan lähemmin tätä

45 – Yhdistetyt asiat C-320/94, C-328/94, C-329/94, C-337/94, C-338/94 ja C-339/94, tuomio 12.12.1996 (Kok. 1996, s. I-6471).

käsitettä direktiivin 89/552, johon teleostoslähetyksen käsite on sittemmin lisätty, tulkitsemiseksi sen entisessä sanamuodossa, mutta ajatus käy ilmi muiden "mainonnan muotojen" enimmäiskestoa koskevan 18 artiklan 3 kohdasta, jonka mukaan sellaisia mainonnan muotoja kuin "suorat tarjoukset yleisölle tuotteiden myynnistä, ostosta tai vuokrauksesta taikka palvelujen suorittamisesta ei saa olla enempää kuin yksi tunti vuorokaudessa".

69. Mainitun tuomion 31 kohdassa esitetyn määritelmän mukaan suorat tarjoukset yleisölle ovat "lähetyksiä, joissa esitellään tuotteita, joita voidaan tilata suoraan puhelimitse, postitse tai tekstitelevision välityksellä ja jotka on tarkoitettu toimitettaviksi katsojien koteihin". Lähetyksessä toimittaja tavallisesti esittelee myytäväksi tarjotut tavarat ja palvelut, kehuu niiden ominaisuuksia ja etuja sekä ilmoittaa niiden hinnat ja maksutavat, tilauksen tekemisessä tarvittavien puhelinnumerojen, www-sivuston osoitteen tai muiden hyödyllisten tietojen näkyessä ruudulla. Kaupanteossa käytetään etämyynnissä [46] noudatettavaa sopimusjärjestelyä, josta säädetään direktiivissä 97/7/EY. [47]

70. Mainontaa sen sijaan voidaan pitää "epäsuorana" tarjouksena, sillä vaikka sen tavoitteena on teleostoslähetysten tapaan saada katsoja ostamaan mainostettuja tavaroita tai palveluja esittelemällä niiden ominaisuuksia, sen välitön tarkoitus ei ole lopullisen kaupan tekeminen, sillä tämä tapahtuu vasta myöhemmässä vaiheessa, kun kuluttaja etsii kyseisen jakelukanavan tehdäkseen hankintansa.

71. Teleostoslähetykset menevät itse asiassa askelta pidemmälle kuin mainonta, sillä niissä ei ainoastaan mainosteta vaan myös edistetään menekkiä ja myydään.

72. Edellä esitetyt päätelmät vahvistavat, että "Quiz Express" -lähetyksessä tarjotaan katsojille mahdollisuutta osallistua rahapeliin antamalla heille tarvittavat tiedot, joiden avulla he voivat ottaa yhteyttä juontajaan ja päästä lähetykseen tai, jos he eivät siinä onnistu, ilmoittautua viikkoarvontaan soittamalla lisämaksulliseen puhelinnumeroon eli ainakin epäsuorasti maksua vastaan. [48]

73. Ohjelman juontaja kehottaa katsojaa kirjoittamaan muistiin televisioruudussa näkyvän puhelinnumeron ja tulemaan mukaan kilpailuun. Kaupallisena vetonaulana esitellään kilpailun palkinnot. Soitta-

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

47 – Kuluttajansuojasta etäsopimuksissa 20.5.1997 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EYVL L 144, s. 19).

48 – Tiedoista ei käy ilmi, ilmoitetaanko puhelun hinta.

malla kyseiseen puhelinnumeroon katsoja hyväksyy tarjouksen – ÖRF:n edustajan vastattua soittoon – ja maksaa saman tien hinnan palvelusta siten, että puhelusta suoritettava maksu lisätään hänen puhelinlaskuunsa, jolloin asiakas saa kyseisellä hetkellä mahdollisuuden joko kilpailla suorassa lähetyksessä tai oikeuden osallistua lähetyksen jälkimmäisessä osassa järjestettävään arvontaan.

74. Televisio ilman rajoja -direktiivin 1 artiklan f alakohdan ilmaisutapaa käyttäen riidanalaisessa lähetyksessä tarjotaan yleisölle avoimesti tiettyä palvelua maksua vastaan, joten se täyttää kaikki etämyyntisopimuksen tekemiseen vaadittavat edellytykset. [49]

75. Teoriassa mikään ei siis estä luokittelemasta nyt esillä olevaa lähetystä teleostoslähetyksen muodoksi.

2. "Quiz Express" -lähetykseen sisältyvän kilpailun erityinen painoarvo

76. Mutta tällainen teleostoslähetysten määrittely ei suinkaan ole automaattinen. Televisio ilman rajoja -direktiivin 1 artiklassa esitettyjen teleostoslähetyksen ja mainonnan määritelmien yhdenmukaisuus direktiivin IV luvussa käytetyn terminologian kanssa osoittaa, että nämä lähetykset halutaan pitää erillään muista ohjelmista ja niiden pitää olla helposti tunnistettavissa (10 artikla) niin, että ne sijoitetaan vain ohjelmien väliin ja ainoastaan poikkeuksellisesti ohjelmien keskelle silloin, jos ne eivät loukkaa ohjelman eheyttä ja arvoa ja kun niissä otetaan huomioon ohjelman luonnolliset tauot ja sen itsenäiset osat tai väliajat.

77. Ensi näkemältä lainsäädännössä ei näytä olevan säännöksiä teleostoslähetysten sijoittamisesta keskelle lähetystä siten kuin riidanalaisessa tapauksessa on tehty, ja sääntelyn puuttuminen selittää ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen epävarmuuden niiden täsmällisestä määritelmästä.

78. Teleostoslähetykseksi luokitteleminen riippuu asianomaiseen lähetykseen sisällytettävien "teleostoslähetysten määrästä ja laadusta". Tässä yhteydessä voidaan käyttää apuna asiassa Familiapress annetussa tuomiossa esitettyä arviointiperustetta: teleostoslähetysten merkitystä ohjelmatuotannossa. Jos niillä on pelkästään toissijainen merkitys yhtenä ohjelman osana, joka palvelee sen tarkoitusta, ne eivät juuri erotu sen yleisestä sisällöstä; jos niillä on ohjelmassa enemmän sijaa niin, että ne muodostavat sen pääaiheen, muu osa ohjelmasta häipyy taustalle ja koko ohjelma muuttuu teleostoslähetykseksi. On selvää, että näiden kahden ääripään väliltä löytyy vaihtelua.

49 – Direktiivin 97/7 2 artiklan 1 kohdan mukaan etäsopimuksella tarkoitetaan "elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan välistä, tavaraa tai palvelusta koskevaa sopimusta, joka tehdään elinkeinonharjoittajan järjestämän sellaisen etämyynti- tai palvelutarjontamenetelmän avulla, jossa käytetään yksinomaan yhtä tai useampaa etäviestintävälinettä sopimuksen tekemiseen asti, mukaan lukien sopimuksen tekeminen".

79. Periaatteessa ei ole yhteisöjen tuomioistuimen asia lähteä määrittämään riidanalaisen kilpailun luonnetta; ei varsinkaan silloin, kun – kuten on asian laita tässä tapauksessa – sillä ei ole käytettävissään tarkkoja tosiseikkoja, joiden perusteella se voisi varmasti päätyä oikeaan ratkaisuun. Se voi kuitenkin antaa kansalliselle elimelle joitakin yleisohjeita, tosin Yhdistyneen kuningaskunnan asiamiehen istunnossa korostamaa varovaisuutta noudattaen.

80. Ensimmäisenä arviointiperusteena voidaan käyttää minikilpailun sisältävän ohjelman tarkoitusta. Vaikuttaa ilmeiseltä, että arvioinnin lopputulos vaihtelee sen mukaan, sisältyykö kilpailu makasiiniohjelmaan, viihdeohjelmaan, jonka yleisenä tavoitteena on viihdyttää osallistujia,[50] vai johonkin irralliseen lähetykseen, johon sillä ei ole mitään yhteyttä, esimerkiksi uutislähetykseen tai uskonnollisen tilaisuuden televisiolähetykseen.[51] Tämän arviointiperusteen mukaan teleostoslähetyksen määritelmään eivät kuulu esimerkiksi "Big Brother-", "Fame Academy-" tai "Tanssii tähtien kanssa" -lähetysten tyyppiset "tosi-tv-ohjelmat", joissa katsojien osallistuminen – vaikka se onkin hankalaa ja maksullista – on olennainen osa ohjelman toimituksellista sisältöä ja ohjaa sen kulkua.

81. Tämän lisäksi on olemassa toinen arviointiperuste, jota ei suinkaan pidä väheksyä, nimittäin kilpailun suora ja välillinen taloudellinen painoarvo televisiolähetyksessä. Ensiksi mainitun painoarvon määrityksessä yksi tärkeä parametri on lisämaksulliseen puhelinnumeroon soitettujen puhelujen tuottamien tulojen prosenttiosuus koko ohjelman tuloista, mainonta mukaan luettuna.

82. Mutta epäsuorana arviointiperusteena on lisäksi otettava huomioon paitsi aika, joka käytetään kilpailun esittelyyn ja katsojien houkuttelemiseen soittamaan televisioruudussa näkyvään puhelinnumeroon, myös aika, joka kuluu soittajan valitsemiseen suoraan lähetykseen; toisin sanoen "tuotteen myymiseksi" nähty vaiva. Tässä yhteydessä voi olla hyötyä menetelmästä, jota käytetään televisio ilman rajoja -direktiivin 18 ja 18 a artiklassa, joissa säädetään mainosten ja teleostoslähetysten kestosta.

83. Kilpailun budjettivaikutuksen laskemiseen vaikuttaa tavallisesti myös lähetyksessä esitettävien kysymysten luonne, sillä mitä yksinkertaisempia kysymykset ovat, sitä suurempi on kilpailuun pyrkivien ehdokkaiden määrä, joten ohjelman tuottoa pystytään säätelemään tätä kautta.

84. Näiden ohjeiden avulla pystynee kuka tahansa tarmokas henkilö helposti määrittä-

50 – Vain hetken "kanavapujottelulla" pystyy löytämään urheilulähetyksiä ja viihdeohjelmia, joissa katsojia houkutellaan osallistumaan kilpailuun ja tavoittelemaan palkintoa ilman, että itse ohjelman luonne kärsii siitä.

51 – Tämä ajatus käy ilmi televisio ilman rajoja -direktiivin 11 artiklan 5 kohdasta, jonka mukaan uskonnollisia lähetyksiä ja uutisia, dokumenttiohjelmia ja lastenohjelmia ei saa katkaista mainoksilla, jos ohjelman kesto on alle puoli tuntia.

mään, onko kyseisen lähetyksen tarkoituksena järjestää ajanvietettä vai pelkästään rahoittaa audiovisuaalialan yrityksen toimintaa myymällä tiettyä palvelua.

85. Viimeisenä arviointiperusteena ohjelman todellisen luonteen määrittämisessä on syytä ottaa huomioon, miten suuri prosenttiosuus lähetyksen katsojista soittaa kyseiseen puhelinnumeroon osallistuakseen kilpailuun.

86. Edellä esitettyjen päätelmien perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen, että direktiivin 89/552 1 artiklan f alakohtaa on tulkittava siten, että "teleostoslähetyksillä" tarkoitetaan myös lähetyksiä tai lähetysten osia, joissa lähetystoiminnan harjoittaja tarjoaa katsojille mahdollisuuden osallistua kilpailuun soittamalla välittömästi lisämaksulliseen puhelinnumeroon eli näin ollen maksua vastaan, jos lähetyksen pääasiallisena tarkoituksena on myydä mahdollisuus osallistua kilpailuun. Tätä arvioidessaan kansallisen tuomioistuimen on otettava huomioon tämän ratkaisuehdotuksen 77–82 kohdassa mainitut arviointiperusteet: a) lähetyksen pääasiallinen tarkoitus; b) kilpailun taloudellinen merkitys; c) siihen käytetty lähetysaika ja d) puhelinnumeroon soittaneiden katsojien lukumäärä.

F *Joka tapauksessa kyse ei ole mainonnasta*

87. Sikäli kuin ensimmäiseen kysymykseen vastataan kielteisesti, ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin haluaa toissijaisesti tietää, voitaisiinko tällaisia lähetyksiä riita-asian tosiseikkojen perusteella pitää televisiomainontana, tarkemmin sanottuna sellaisena mainonnan ilmenemismuotona, jossa lähetystoiminnan harjoittaja mainostaa omia tuotteitaan, palvelujaan, ohjelmiaan tai kanaviaan omiin myynninedistämistarkoituksiinsa (direktiivin 97/36 johdanto-osan 39 perustelukappale).

88. Aineellisesti tämä toinen ennakkoratkaisukysymys poikkeaa – mitä kirjallisissa huomautuksissa ei ole lainkaan selitetty – huomattavasti ensimmäisestä kysymyksestä, koska siinä ei viitata ohjelmaan tai ohjelman osaan vaan itse ilmoitukseen, sillä tämänluonteisia ilmoituksia saa sijoittaa lähetyksiin, joissa ei ole mainoksia.[52] Kyseinen seikka on ratkaiseva vastattaessa tähän toiseen kysymykseen.

89. Jos katsotaan, että "Quiz Express" ei ole teleostoslähetys, se olisi luokiteltava viihdetuotannoksi.[53] Tässä tapauksessa ilmoituksilla, joissa esitetään puhelinnumero ja kilpailun osallistumisohjeet, ei sinänsä pyritä

52 – Komissio viittasi tähän mahdollisuuteen tietyistä televisiomainontaa koskevien "televisio ilman rajoja" -direktiivin säännösten näkökohdista annetun komission tulkitsevan tiedonannon (EUVL C 102, 28.2.2004, s. 2) 21 ja 41 kohdassa, joissa käsitellään minimainoksia ja mainontaa jaetulla kuvaruudulla, joka tarkoittaa toimituksellisen sisällön ja mainonnallisen sisällön rinnakkaista lähettämistä.

53 – Tämän ratkaisuehdotuksen 41–44 kohdassa totesin, että pääasiassa kyseessä olevaa "Gewinnspieliä" olisi vaikea luokitella televisiokilpailuksi.

mainostamaan kilpailua vaan antamaan osallistumisen kannalta olennaista tietoa, joka on tuotannon kannalta välttämätön; lähtökohtaisesti tiedoista on katsojille hyötyä ainoastaan lähetyksen aikana. Toisin sanoen puhelinnumerot esittävää ilmoitusta on pidettävä tiedotuksena, joka on erottamaton osa lähetystä ja jonka tavoitteena on helpottaa ohjelman etenemistä mutta ei edistää täydentävän palvelun myyntiä.

90. Lyhyesti ilmaistuna "Quiz Express" -lähetyksen aikana televisioruudussa näkyvää ilmoitusta, jossa mainitaan rahapeliin osallistumiseen tarvittava puhelinnumero, ei esitetä mainontatarkoituksessa, minkä vuoksi se ei voi kuulua televisio ilman rajoja -direktiivin 1 artiklan c alakohdan soveltamisalaan.

VII Ratkaisuehdotus

91. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin

1) toteaa, ettei sillä ole toimivaltaa vastata Itävallan Bundeskommunikationssenatin esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin, koska tätä ei voida pitää EY 234 artiklassa tarkoitettuna tuomioistuimena

2) toissijaisesti ja siinä tapauksessa, että ennakkoratkaisupyyntö päätetään ottaa käsiteltäväksi, toteaa, että

   a) televisiotoimintaa koskevien jäsenvaltioiden lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta 3.10.1989 annetun neuvoston direktii-

vin 89/552/ETY, sellaisena kuin se on muutettuna 30.6.1997 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 97/36/EY, 1 artiklan f alakohtaa on tulkittava siten, että "teleostoslähetyksillä" tarkoitetaan myös lähetyksiä tai lähetysten osia, joissa lähetystoiminnan harjoittaja tarjoaa katsojille mahdollisuuden osallistua kilpailuun soittamalla välittömästi lisämaksulliseen puhelinnumeroon eli näin ollen maksua vastaan, jos lähetyksen pääasiallisena tarkoituksena on myydä mahdollisuus osallistua kilpailuun. Tätä seikkaa arvioidessaan kansallisen tuomioistuimen on otettava huomioon seuraavat arviointiperusteet: a) lähetyksen pääasiallinen tarkoitus; b) kilpailun taloudellinen merkitys; c) siihen käytetty lähetysaika ja d) puhelinnumeroon soittaneiden katsojien lukumäärä.

b) Lähetyksen aikana televisioruudussa näkyvää ilmoitusta, jossa mainitaan lisämaksulliset puhelinnumerot, joihin katsojien on soitettava voidakseen osallistua lähetystoiminnan harjoittajan ohjelman aikana järjestämään kilpailuun, ei esitetä mainonnan vuoksi vaan ainoastaan tiedotustarkoituksessa, minkä vuoksi ne eivät voi kuulua direktiivin 89/552 1 artiklan c alakohdan soveltamisalaan.