

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

D. RUIZ-JARABO COLOMER

van 24 mei 2007¹**I — Inleiding**

1. In de huidige tijd belaaft en bespringt de marketing ons van alle kanten. Alle media attenderen ons op stuntverkoop, promotie-acties of voordelige aanbiedingen. Via kranten, films, televisie, radio, internet en zelfs de telefoon worden de voordelen van een product wereldkundig gemaakt en wordt de consument ertoe aangespoord het te kopen, met de gedachte dat het zijn leven gemakkelijker of hemzelf gelukkiger zal maken, op gevaar af zijn vermogen om zulke boodschappen op te nemen te verzadigen of hem te irriteren.² De opkomst van de reclame heeft de ontwikkeling van de moderne handel bevorderd³, die is uitgestegen boven zijn lokale of nationale werkteerren en zich heeft ontwikkeld in de richting van een

mondiale en onderling samenhangende markt. De woordenvloed van charlatans, straatventers, zwendelaars, ontdekkers van elixers, zalfjes tegen de pijn of wonderbaarlijke kruiden, kiezentrekkers, verkopers van haargroeilotion, kwakzalvers, marskramers, verkopers van garen en band en scharrelaars van allerlei slag, die op de beurzen en de jaarmarkten van vroeger hun waren aanprezen, is vervangen door reclamecampagnes die miljoenen consumenten bereiken.⁴

2. Samen met internet is de televisie mischien wel het meest provocerende medium om reclameboodschappen te verzenden, zowel vanwege de intensiteit ervan als vanwege het vermogen om tot de kijker door te dringen en hem te stimuleren. Deze omstandigheid verklaart het streven dat doorklinkt in richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten⁵, bekend als de „richtlijn televisie

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — Beigbeder, F., *99 francs*, Uitg. Grasset, Parijs, 2000, meent dat voor liefhebbers van literatuur de reclame een van de grootste rampen van de laatste twee millennia is.

3 — Zola, E., *Au bonheur des dames*, Uitg. Gallimard, Folio collectie, Parijs, 1980, blz. 480, verwoordt die gedachte: „Vanaf de ochtend groeide de opwinding. Geen enkel warenhuis had eerder met zo'n overdonderende reclame de stad op stelten gezet. En nu besteedde het warenhuis *Au Bonheur des dames* bijna zeshonderdduizend franc per jaar aan affiches, advertenties en promotie van allerlei aard; er werden vierhonderdduizend catalogi verzonden, er werden voor nog eens honderdduizend franc stalen van de stoffen geknipt. Kranten, muren en de oren van het publiek werden totaal overspoeld, alsof een gigantische bronzen trompet naar alle windstreken het geschal van de voordelige aanbiedingen liet horen.”

4 — De promotie van het nieuwe besturingssysteem van de Amerikaanse firma Microsoft is bijvoorbeeld via 39 000 verkooppunten in 45 landen verzorgd en heeft 500 miljoen dollar gekost (www.zdnet.fr/actualites/informatique).

5 — PB L 298, blz. 23.

zonder grenzen”, omdat deze de reclame-activiteiten reguleert door ze aan bepaalde regels te onderwerpen en er bepaalde onontbeerlijke criteria voor vast te stellen, waarbij de landen van de Unie echter wel de vrijheid wordt geboden om strengere normen te stellen (zesentwintigste overweging van de considerans).

3. Tegelijkertijd opent de televisie een venster waardoor het werkelijke of imaginaire leven alle huiskamers binnenkomt, en ook het handelsverkeer, dat het mogelijk maakt dat de consument voor de aankoop van goederen of diensten niet de deur uit hoeft. De teleshops zijn op tal van netten te zien en vormen een aanzienlijke markt die de Gemeenschap niet kon negeren, met als gevolg dat richtlijn 89/552 bij richtlijn 97/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997⁶ is gewijzigd om aan dit fenomeen aandacht te geven en de consument te beschermen door de vorm en inhoud van uitzendingen van telewinkelen te controleren, om deze te kunnen onderscheiden van pure reclameboodschappen (punten 36 en 37 van de considerans van richtlijn 97/36).

4. Tegen deze achtergrond heeft de Oostenrijkse Bundeskommunikationssenat (bondsraad voor de media) op basis van artikel 234 EG het Hof twee prejudiciële vragen voorgelegd om de begrippen „televisiereclame” en „telewinkelen” van elkaar te onderscheiden, welke begrippen in artikel 1, sub c,

respectievelijk sub f, van richtlijn 89/552, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/36, worden gebruikt. Hij stelt die vragen omdat hij in het hoofdgeding een programmaonderdeel op juiste wijze moet kwalificeren dat deel uitmaakt van een ander programma dat langer duurt en inhoudelijk ruimer is. In dat programmaonderdeel worden de kijkers opgeroepen deel te nemen aan een belspelletje door een betaalnummer te kiezen.⁷

II — Rechtskader

A — Gemeenschapsrecht

5. Richtlijn 89/552 heeft tot doel de belemmeringen van de vrije verspreiding en stroom van inlichtingen en denkbeelden via de televisie in de Gemeenschap weg te nemen. Aangezien deze belemmeringen gewoonlijk het gevolg zijn van de ongelijkheid tussen de nationale wetgevingen, tracht de richtlijn deze wetgevingen te coördineren door een kleinste gemeenschappelijke noemer daarvoor vast te stellen (negende, elfde en dertiende overweging van de considerans). Om die reden kent artikel 3, lid 1, de lidstaten de bevoegdheid toe om voor hun

6 — PB L 202, blz. 60.

7 — Deze abonnees kunnen van de aanbieder van de telecomunicatiedienst een percentage ontvangen van het totaal van de bedragen die voor de gesprekken in rekening zijn gebracht.

omroeporganisaties strengere of meer gedetailleerde voorschriften vast te stellen dan die van de richtlijn zelf.

programma-aanbod (lid 1), waarbij afzonderlijke spots een uitzondering moeten blijven (lid 2), terwijl het gebruik van subliminale technieken, sluikreclame en verkapt telewinkelen zijn verboden (leden 3 en 4).

6. Artikel 1, sub c, omschrijft „televisie-reclame” als „de door een overheidsbedrijf of particuliere onderneming tegen betaling of soortgelijke vergoeding dan wel ten behoeve van zelfpromotie uitgezonden boodschap — in welke vorm dan ook — in verband met de uitoefening van een commerciële, industriële, ambachtelijke activiteit of van een vrij beroep, ter bevordering van de levering tegen betaling van goederen of diensten, met inbegrip van onroerende goederen, rechten en verplichtingen”.

9. De artikelen 18 en 18 bis⁹ beperken de zendtijd voor spots en blokken voor telewinkelen en geven daarvoor een maximaal percentage per dag of per uur aan.

B — Nationale wetgeving

7. In sub f van dat artikel wordt „telewinkelen” omschreven als „rechtstreekse aanbiedingen aan het publiek die worden uitgezonden met het oog op de levering tegen betaling van goederen of diensten, met inbegrip van onroerende goederen, rechten en verplichtingen”.

1. Organieke wetgeving inzake de Bundeskommunikationssenat

8. Volgens artikel 10⁸ moeten beide varianten gemakkelijk als zodanig herkenbaar zijn en door optische en/of akoestische middelen duidelijk gescheiden zijn van de rest van het

10. De Bundeskommunikationssenat, die onder de bevoegdheid valt van de Bundeskanzlerij, werd bij federale wet — Bundesgesetz über die Einrichtung einer Kommunikationsbehörde Austria und eines Bundeskommunikationssenates¹⁰ (hierna: „KOG”) — ingesteld om controle uit te oefenen op de besluiten van de Kommunikationsbehörde Austria (Oostenrijkse regelgevende instantie

8 — Zoals gewijzigd bij richtlijn 97/36.

9 — Eveneens zoals gewijzigd bij richtlijn 97/36.

10 — BGBl. nr. 32 van 2001.

voor de media; hierna: „KommAustria”) en van de Österreichischer Rundfunk (Oostenrijkse omroep; hierna: „ORF”).

11. Krachtens § 11, lid 2, KOG is de Bundeskommunikationssenat bevoegd om als laatste administratieve instantie te oordelen over beroepen tegen besluiten van KommAustria, behalve in zaken betreffende administratieve sancties.

12. Tegen beslissingen van de Bundeskommunikationssenat kan bij het Verwaltungsgerichtshof¹¹ (administratief gerechtshof) beroep in rechte worden ingesteld (§ 11, lid 3, KOG).

13. De ambtstermijn van zes jaar van de vijf leden ervan, waarvan er drie tot de rechterlijke macht moeten behoren (een daarvan is voorzitter), de mogelijkheid tot verlenging van die termijn en de redenen voor afzetting worden geregeld in § 12 KOG. In diezelfde paragraaf wordt bepaald dat de leden van de Bundeskommunikationssenat onafhankelijk zijn en niet aan instructies van externe instanties zijn gebonden.

11 — Dit gerechtshof, dat zijn zetel heeft in Wenen, oefent rechterlijke controle uit op het openbaar bestuur. Het neemt kennis van rechtsmiddelen die als buitengewone rechtsmiddelen kunnen worden gekenschetst, omdat zij enkel betrekking hebben op de legaliteit van de bestuurshandeling, zonder op de feiten in te gaan. Het Verwaltungsgerichtshof vervult de rol van administratieve cassatierechter, die zich moet beperken tot de bescherming van de rechtsregel door vaststelling van de juiste uitlegging. Het is bevoegd om bestuurshandelingen te vernietigen wegens schending van het materiële of formele recht, of wegens overschrijding of misbruik van bevoegdheid, maar niet om de feiten opnieuw te onderzoeken.

14. Met betrekking tot de procedure verwijst § 14 KOG naar het Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz¹² (wet op de administratieve procedure; hierna: „AVG”).

2. De wet inzake de omroep

15. Volgens § 47, lid 1, ervan beoogt het Bundesgesetz über den Österreichischen Rundfunk¹³ (federale wet inzake de Oostenrijkse omroep; hierna: „ORF-Gesetz”) richtlijn 89/552, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/36, om te zetten in Oostenrijks recht.

16. Volgens § 13, lid 1, kan de ORF in het kader van zijn radio- en televisieprogramma's tegen betaling zendtijd ter beschikking stellen voor commerciële reclame, die in dezelfde woorden wordt omschreven als in artikel 1, sub c, van de richtlijn televisie zonder grenzen.

17. In lid 2 wordt verboden zendtijd ter beschikking te stellen voor telewinkelen, dat in dezelfde woorden wordt omschreven als in artikel 1, sub f, van die richtlijn.

12 — BGBl. nr. 51 van 1991.

13 — BGBl. nr. 83 van 2001, zoals gewijzigd bij BGBl. nr. 159 van 2005.

18. In lid 3 wordt ten slotte, uitsluitend met betrekking tot reclame, de inhoud van artikel 10, lid 1, van de genoemde richtlijn overgenomen.

heid gesteld mee te doen aan een wekelijkse loting, waarin weer sprake was van een toevalselement.

III — Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vragen

19. In het programma „Quiz Express”, dat op 1 april 2005 door de ORF werd uitgezonden, deed de presentator, terwijl op het scherm een betaalnummer werd getoond, een aanbod aan de kijkers om, door dat telefoonnummer te kiezen, mee te doen aan een spelletje waaraan een prijs verbonden was („Gewinnspiel” in het Duits). De aanbieder van de betaaldiensten ontving 0,70 EUR per telefoontje, waarvan een gedeelte aan de ORF werd afgedragen.¹⁴

20. Het belspelletje bestond uit drie fasen: gedurende de eerste fase kwam een telefoontje, puur op basis van toeval, rechtstreeks in de uitzending terecht; in de tweede fase moest de gelukkige vragen van de presentator beantwoorden; in de laatste fase werden de niet uitgekozen personen in de gelegen-

21. KommAustria diende een klacht in over de ORF bij de Bundeskommunikationssenat, omdat de ORF naar haar mening § 13, lid 2, ORF-Gesetz had geschonden door enige minuten van de uitzending te besteden aan telewinkelen.

22. Voor een uitspraak op de klacht heeft de Bundeskommunikationssenat de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moet artikel 1, sub f, van richtlijn 89/552 [...], zoals gewijzigd bij richtlijn 97/36 [...], aldus worden uitgelegd dat onder ‚telewinkelen’ ook uitzendingen of onderdelen van uitzendingen moeten worden verstaan waarin een omroeporganisatie de kijkers de mogelijkheid biedt om door het rechtstreeks kiezen van betaalnummers en dus tegen betaling deel te nemen aan een door die omroeporganisatie georganiseerd spel waaraan een prijs verbonden is?

¹⁴ — De Bundeskommunikationssenat geeft in de verwijzingsbeslissing aan (punt 41) dat de ORF geen cijfers heeft geleverd over de omvang van de inkomsten, maar neemt als vaststaand aan dat deze, dankzij de overeenkomst met de aanbieder van de betaaldiensten, royale inkomsten heeft gegenereerd.

2) Indien deze vraag ontkennend moet worden beantwoord: moet artikel 1,

sub c, van richtlijn 89/552 [...], zoals gewijzigd bij richtlijn 97/36 [...], aldus worden uitgelegd dat onder 'televisie-reclame' ook die boodschappen in uitzendingen of onderdelen van uitzendingen moeten worden verstaan waarbij een omroeporganisatie de kijkers de mogelijkheid biedt om door het rechtstreeks kiezen van betaalnummers en dus tegen betaling deel te nemen aan een door die omroeporganisatie georganiseerd spel waaraan een prijs verbonden is?"

IV — Procesverloop voor het Hof

23. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is op 27 april 2006 ter griffie van het Hof geregistreerd. De ORF, de Commissie en de Italiaanse en de Portugese regering hebben schriftelijke opmerkingen ingediend, terwijl de vertegenwoordigers van de ORF en de Commissie ter terechtzitting van 29 maart 2007 zijn verschenen om hun stellingen mondeling toe te lichten. Ook de Britse regering en KommAustria hebben de terechtzitting bijgewoond.

V — Bevoegdheid van het Hof

24. Dit prejudiciële verzoek is het eerste dat de Bundeskommunikationssenat aan het Hof

richt, reden waarom het mij zinvol lijkt te onderzoeken of de Bundeskommunikationssenat voldoet aan de kenmerken van een „rechterlijke instantie” in de zin van artikel 234 EG. De Bundeskommunikationssenat heeft het zelf noodzakelijk geacht in de verwijzingsbeslissing zijn status aan te tonen, waarbij argumenten worden gebruikt die de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen heeft ondersteund.

25. Om te beoordelen of een bepaald orgaan het karakter van rechterlijke instantie bezit, heeft het Hof zich tot dusver beperkt tot het opsommen van aanwijzingen daarvoor, zoals de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter ervan, de onafhankelijkheid van de leden, de verplichte rechtsmacht, het uitspraak doen na een procedure op tegenspraak, het rechterlijke karakter van de beslissingen en de toepassing van de regelen des rechts.¹⁵

26. De Bundeskommunikationssenat voldoet in principe aan die kenmerken, om de volgende redenen:

- a) Er bestaat geen enkele twijfel over zijn wettelijke grondslag, aangezien hij bij

¹⁵ — Als voorbeeld kunnen de arresten dienen van 30 juni 1966, Vaassen-Göbbels (61/65, Jurispr. blz. 257); 17 september 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Jurispr. blz. I-4961, punt 23), en 2 maart 1999, Eddline El-Yassini (C-416/96, Jurispr. blz. I-1209, punt 17).

het KOG is ingesteld. Ook is geen twijfel mogelijk over de vraag of de Bundes-kommunikationssenat permanent en stabiel is, omdat dit kan worden afgeleid uit § 11 van die wet, waarin hem de opdracht wordt verleend KommAustria te controleren en toezicht te houden op de ORF.

- b) Zijn tussenkomst wordt niet facultatief, maar verplicht ingeroepen, aangezien hij oordeelt over de beroepen die tegen besluiten van KommAustria zijn ingesteld, met uitzondering van zaken betreffende administratieve sancties.

- c) De functionele onafhankelijkheid van deze hoogste raad voor de media lijkt onweerlegbaar: hij bestaat uit vijf leden, waarvan drie rechters (uit welke drie de voorzitter en de vice-voorzitter worden gekozen), die hun ambt uitoefenen zonder aan externe instructies of opdrachten gebonden te zijn.¹⁶ Hun benoeming voor een — te verlengen — ambtstermijn van zes jaar berust bij de bondspresident, op voorstel van de regering.

- d) De procedure verloopt op tegenspraak, want partijen dragen hun argumenten aan (§ 37 AVG), ook tijdens een

mondelinge behandeling waartoe ambtshalve of op verzoek is besloten (§ 39, lid 2, AVG). Het overheidsorgaan motiveert zijn standpunt schriftelijk (§ 38 AVG) en roept getuigen en deskundigen op ter terechtzitting met de belanghebbenden (§§ 40 en 41 AVG), waarin de rechten van de verdediging zijn gegarandeerd (§ 43, lid 3, AVG).

- e) Ten slotte staat niet ter discussie dat geoordeeld wordt naar de regelen des rechts.

27. Toch mag men zich niet laten bedriegen door de eerste indruk. In mijn conclusie van 28 juni 2001 in de zaak *De Coster*¹⁷ stel ik dat de houding van het Hof met betrekking tot het genoemde begrip „rechterlijke instantie van een lidstaat” een stroom van al te elastische rechtspraak op gang heeft gebracht die coherentie mist, zodat ik in overweging geef het roer om te gooien en wegen te kiezen die zekerder en serieuzer zijn, en die, met het oog op het bestaansrecht van het instrument van de prejudiciële verwijzing, een vruchtbare rechterlijke samenwerking mogelijk maken.

28. In die lijn stel ik in de genoemde conclusie voor om als algemene regel

¹⁶ — De Oostenrijkse grondwet staat borg voor de onafhankelijkheid van de leden die niet behoren tot de rechterlijke macht, door in artikel 20, lid 2, te bepalen dat „wanneer bij federale wet of deelstaatwet ter beslissing in hoogste instantie een collegiaal orgaan is ingesteld waarvan de besluiten krachtens de wet niet door een hoger bestuursorgaan kunnen worden vernietigd of gewijzigd en waarvan ten minste één rechter lid is [...] ook de overige leden van dit collegiale orgaan bij de uitoefening van hun ambt niet aan instructies gebonden [zijn]”.

¹⁷ — Arrest van 29 november 2001 (C-17/00, Jurispr. blz. I-9445).

uitsluitend de organen die deel uitmaken van de rechterlijke organisatie van elke lidstaat onder artikel 234 EG te laten vallen, tenminste wanneer zij hun eigenlijke rechtspreekende bevoegdheid uitoefenen, en alleen bij uitzondering die organen die geen deel uitmaken van die structuur, maar die wel in de nationale rechtsorde het laatste woord hebben, mits zij voldoen aan de eisen die door de rechtspraak daaraan zijn gesteld, in het bijzonder die van onafhankelijkheid en procedure op tegenspraak.

29. In deze engere zin valt de Bundeskommunikationssenat naar mijn mening niet binnen dat begrip, omdat hij niet behoort tot de rechterlijke organisatie van Oostenrijk.

30. Zonder twijfel maakt dat college wél deel uit van de categorie „onafhankelijke collegiale organen van rechterlijke aard”¹⁸, waar artikel 133, lid 4, van de Oostenrijkse grondwet naar verwijst¹⁹, waarvan ikzelf in

een eerdere zaak het karakter van rechterlijke instantie heb aangenomen.²⁰

31. Hoewel het feit dat in het nationale recht aan het orgaan het karakter van rechterlijke instantie wordt toegeschreven een aanwijzing vormt, kan dat niet bepalend zijn.²¹ Gelet op het feit dat de afbakening van het begrip, zoals ik sinds mijn reeds genoemde conclusie De Coster verdedig, moet geschieden tegen de achtergrond van het gemeenschapsrecht, aan de hand van de structurele behoeften ervan, is evenwel meer precisie nodig bij de classificatie van de Bundeskommunikationssenat, teneinde vast te stellen of deze werkelijk voldoet aan de voorwaarden om de prejudiciële dialoog aan te gaan.

32. Dat verdergaand onderzoek onthult dat, in tegenstelling tot de andere colleges die in artikel 133 van de Oostenrijkse grondwet worden genoemd — zoals de Oberste Patent- und Markensenat in de zaak Häupl, waarvan de beslissingen noch via administratief beroep, noch via de rechter kunnen worden bestreden — de beslissingen van de Bundes-

18 — In het Duits „weisungsfreie Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag”.

19 — Buiten de bevoegdheid van het Verwaltungsgerichtshof vallen volgens deze bepaling „zaken waarvoor in hoogste instantie een collegiaal orgaan bevoegd is, indien daarvan op grond van de federale wet of deelstaatwet die dit orgaan heeft ingesteld, ten minste één rechter deel uitmaakt, ook de overige leden in de uitoefening van hun ambt niet onderworpen zijn aan instructies, de besluiten van het orgaan niet kunnen worden vernietigd of gewijzigd door een hoger bestuursorgaan, en, ongeacht of aan de voorgaande voorwaarden is voldaan, de ontvankelijkheid van een beroep bij het Verwaltungsgerichtshof niet uitdrukkelijk is voorzien”.

20 — Conclusie van 26 oktober 2006 in de zaak C-246/05, Häupl, aanhangig bij het Hof, met betrekking tot de Oberste Patent- und Markensenat (hoogste Oostenrijkse administratieve orgaan dat kennisneemt van geschillen inzake octrooien en merken).

21 — De diversiteit van de Oostenrijkse collegiale organen en de heterogeniteit van de regels die daarvoor gelden maken het raadzaam elk automatisme te vermijden. Het Hof heeft prejudiciële verzoeken van enkele van die organen toegelaten: het arrest van 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (C-44/96, Jurispr. blz. I-73), ging in op een vraag van het Bundesvergabeamt, een instantie die kennisneemt van geschillen betreffende overheidsopdrachten, zonder te onderzoeken of het om een rechterlijke instantie ging; het arrest van 4 februari 1999, Köllensperger en Atzwanger (C-103/97, Jurispr. blz. I-551), schreef het karakter van rechterlijke instantie toe aan het Tiroler Landesvergabeamt (bureau voor aanbestedingen van de deelstaat Tirol), evenals het arrest van 18 juni 2002, HI (C-92/00, Jurispr. blz. I-5553), dat deed voor de Vergabekontrollsenat (commissie voor toezicht op aanbestedingen) van de deelstaat Wenen.

kommunikationssenat kunnen worden getoetst door het Verwaltungsgerichtshof.

33. Deze bijzonderheid is te verklaren op historische gronden. Voordat het KOG werd aangenomen, viel de regulering van de omroep in Oostenrijk onder de Privatrundfunkbehörde (autoriteit voor private omroep), volgens het Regionalradio-Gesetz (wet inzake de regionale omroep). De Privatrundfunkbehörde werd ingesteld als collegiaal orgaan in de zin van artikel 133, lid 4, van de grondwet, en de beslissingen ervan konden niet worden aangevochten bij het Verwaltungsgerichtshof. Het Verfassungsgerichtshof (constitutioneel hof) verklaarde echter in zijn arrest van 29 juni 2000²² de Privatrundfunkbehörde ongrondwettig, omdat in het licht van het genoemde artikel 133, lid 4, zowel de immuniteit voor rechterlijke controle als de instelling van dit college als enige administratieve instantie niet toelaatbaar was. Dit arrest, dat in de lijn lag van de rechtspraak²³, bepleitte een strikte uitlegging van de mogelijkheid om collegiale autoriteiten in te stellen, aangezien met die mogelijkheid zo sterk wordt afgeweken van het algemene beginsel dat elke administratieve handeling onderworpen moet zijn aan toetsing door de rechter, dat per geval moet worden bekeken of die afwijking gerechtvaardigd is. Die voorwaarde was bij de Privatrundfunkbehörde niet vervuld. Om te voldoen aan deze uitspraak werd § 13 van het Regionalradio-Gesetz gewijzigd en werd beroep opengesteld op het Verwaltungsgerichtshof, maar de rest van de inhoud van de wet bleef in stand. Toen het

oordeel van het constitutioneel hof nogmaals werd ingeroepen, verklaarde het dat er nog steeds sprake was van een inbreuk, omdat de omstandigheid dat de Privatrundfunkbehörde als enige administratieve instantie optrad, onverenigbaar bleek met de constitutionele beginselen.²⁴ De wetgever moest hierop actie ondernemen en stelde de Bundeskommunikationssenat in als administratief controleorgaan, terwijl hij de mogelijkheid openhield van beroep op het Verwaltungsgerichtshof, welke constructie het constitutioneel hof uiteindelijk heeft goedgekeurd.²⁵

34. Het feit dat de beslissingen van de Bundeskommunikationssenat door een administratiefrechtelijk hof worden gecontroleerd verandert echter het beeld, en maakt het onmogelijk de Bundeskommunikationssenat te zien als rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG.

35. Het gevaar voor moeilijkheden door de inmenging van een administratief orgaan in de dialoog tussen rechters, dat ik beschrijf in de punten 75 tot en met 79 van mijn conclusie in de zaak *De Coster*, lijkt duidelijk. Hoe hoog gekwalificeerd dit administratieve college ook is op technisch-juridisch gebied, het Verwaltungsgerichtshof kan bij het uitoefenen van zijn toezicht op het besluit van het bestuursorgaan, dat na het antwoord van het Hof op de prejudiciële vraag is vastgesteld, oordelen dat het onnodig was om de vraag aan Luxemburg voor te leggen of menen dat die vraag uit een ander gezichtspunt had moeten worden geformuleerd. Als het Verwaltungsgerichtshof tot de conclusie

22 — G175/95, VfSlg. 15.886.

23 — Arrest van 24 februari 1999 (B1625/98-32, VfSlg. 15.427).

24 — Arrest van 13 juni 2001 (G141/00, VfSlg. 16.189).

25 — Arrest van 25 september 2002 (B1110/02 e.a., VfSlg. 16.625).

komt dat de uitlegging en de toepassing van de gemeenschapsbepalingen in het debat niet aan de orde zijn, zijn de prejudiciële vragen en alle inspanningen om daarop te antwoorden vruchteloos geweest. Daarbij komt dat het Hof aan legitimiteit inboet wanneer met zijn arresten geen rekening wordt gehouden. Als het Verwaltungsgerichtshof zou menen dat de vraag anders had moeten worden geformuleerd, is het de gevangene van de bewoordingen van de feitelijk gestelde vraag en het daarop gegeven antwoord, zodat het waarschijnlijk, om redenen van proceseconomie, niet geneigd zal zijn om de prejudiciële procedure opnieuw toe te passen en zich tevreden zal stellen met een vraag die is geformuleerd binnen het administratief kader en met een antwoord op een gebrekkig gestelde vraag, waardoor het ontstaan van een werkelijke „dialoog tussen rechters” wordt verstoord.

36. Ik vind de tussenkomst van een administratief orgaan in de rechterlijke samenwerking van artikel 234 EG altijd te betreuren, want de deelneming daarvan, al gebeurt deze met de beste bedoelingen, bemoeilijkt de procedure. In mijn conclusie in de zaak *De Coster* (voetnoten 36 en 98) leg ik uit dat de formulering van de prejudiciële vraag bepalend kan zijn voor het antwoord van het Hof, zodat het belangrijk is om ervoor te zorgen dat de organen die een rol spelen in de verwijzing daadwerkelijk het karakter van een rechterlijke instantie hebben. Wordt de vraag gesteld door een administratief orgaan, dan zal het eventuele latere beroep bij de rechter al vanaf het begin worden beïnvloed door de wijze waarop de vraag is gesteld of het tijdstip waarop de kwestie aan de orde is gesteld, zodat de eigenlijke rechterlijke instantie de mogelijkheid verliest om een

prejudiciële vraag voor te leggen. Theoretisch kan namelijk wel een nieuwe vraag worden gesteld, maar voor partijen zou dit leiden tot een extra vertraging, hetgeen onaanvaardbaar is omdat de rechtsbedeling zo reeds langzaam genoeg verloopt.

37. Deze opmerkingen maken duidelijk dat niet-rechterlijke organen alleen dan dienen te worden toegelaten in de dialoog tussen rechters, wanneer hun beslissingen niet onderworpen zijn aan een latere controle door de rechter, die in de nationale rechtsorde het laatste woord heeft. Alleen onder die voorwaarden zou hun de toegang tot de prejudiciële procedure kunnen worden toegestaan, om ervoor te zorgen dat geen enkele sector van het gemeenschapsrecht aan de uniformiserende ingreep van het Hof kan ontsnappen.

38. In de recente ontwikkelingen in de rechtspraak wordt meer aandacht besteed²⁶ aan de omschrijving van de kenmerken van het begrip „rechterlijke instantie”, in het bijzonder aan dat van onafhankelijkheid, waarbij een standpunt te zien is dat dicht bij mijn conclusie in de zaak *De Coster* komt. Zo verklaarde het Hof zich bijvoorbeeld in het arrest *Schmid*²⁷ onbevoegd om te antwoorden op de vragen van de *Berufungssenat V der Finanzlandesdirektion* (Vijfde kamer van beroep in belastingzaken)

26 — Zoals ik heb opgemerkt in mijn conclusie bij het arrest van 30 maart 2006, *Emanuel* (C-259/04, Jurispr. blz. I-3089, punt 26).

27 — Arrest van 30 mei 2002 (C-516/99, Jurispr. blz. I-4573).

voor Wenen, Neder-Oostenrijk en Burgenland, terwijl het in het arrest *Syfait e.a.*²⁸ hetzelfde deed met de vragen van het *Epitropi Antagonismou* (Griekse mededingingsautoriteit).

39. Deze tendens heeft bijzondere betekenis wanneer men bedenkt dat het Hof in het verleden prejudiciële vragen van soortgelijke organen, zoals de Spaanse *Tribunales Económico-Administrativos*²⁹ en het — eveneens Spaanse — *Tribunal de Defensa de la Competencia*, wel in behandeling heeft genomen.³⁰

40. Mijn standpunt is sinds mijn conclusie in de zaak *De Coster* niet veranderd, zodat ik, niet alleen om redenen van consistentie, maar ook uit volle overtuiging, de mening uitspreek dat de *Bundeskommunikations-senat* niet onder het begrip „rechterlijke instantie” van artikel 234 EG valt, en ik het Hof in overweging geef zich onbevoegd te verklaren om de vragen daarvan te beantwoorden.

41. Ik koester de hoop dat het Hof, waartoe ik mij richt, zich laat overtuigen van de merites van het voorstel dat ik in de zaak *De Coster* heb gedaan. Voor het geval dat het mijn zienswijze niet deelt, ga ik echter —

subsidiair — over tot analyse van de materiële inhoud van dit prejudiciële verzoek, om te voldoen aan mijn plicht om in het openbaar in volkomen onpartijdigheid en onafhankelijkheid een met redenen omklede conclusie te nemen over de ingediende vragen (artikel 222, tweede alinea, EG).

VI — Subsidiare analyse van de prejudiciële vragen

A — Vraagstelling

42. De *Bundeskommunikationssenat* vraagt het Hof de gemeenschapsrechtelijke begrippen „telewinkelen” en „televisiereclame” te preciseren, teneinde het mini-onderdeel van de uitzending „Quiz Express” te kunnen kwalificeren. Als dat mini-onderdeel onder het begrip telewinkelen zou vallen, dan zou het in Oostenrijk verboden zijn, aangezien § 13, lid 2, ORF-Gesetz, gebaseerd op artikel 3, lid 1, van richtlijn 89/552, zich verzet tegen deze vorm van commerciële televisie, waardoor *KommAustria* in het gelijk zou worden gesteld. Als het onderdeel echter als zelfpromotie zou worden opgevat, dan zouden andere criteria nodig zijn voor de beoordeling, omdat reclame is toegestaan, mits deze gemakkelijk als zodanig herkenbaar is en door optische of akoestische middelen duidelijk gescheiden is van de rest van het programma-aanbod (§ 13, lid 3, van diezelfde wet).

28 — Arrest van 31 mei 2005 (C-53/03, Jurispr. blz. I-4609).

29 — Arrest van 21 maart 2000, *Gabalfria e.a.* (C-110/98–C-147/98, Jurispr. blz. I-1577).

30 — Arrest van 16 juli 1992, *Asociación Española de Banca Privada e.a.* (C-67/91, Jurispr. blz. I-4785).

43. Het verwijzende administratieve orgaan brengt echter zijn argwaan niet abstract naar voren, maar in samenhang met een wijze van amusement waarvan het niet overbodig lijkt die te karakteriseren, omdat volgens artikel 1, sub c en f, van de richtlijn televisie zonder grenzen zowel de activiteit van reclame als die van telewinkelen de levering van goederen en het verrichten van diensten tot doel heeft. Er moet dus worden onderzocht of de in geding zijnde uitzending een levering van diensten kanaliseert (zij heeft duidelijk niet de kenmerken van een levering van goederen). Hiervoor moet eerst worden bepaald of die uitzending de kenmerken vertoont van een kansspel. Zo ja, dan moet de werkelijke draagwijdte ervan worden bepaald, om het te kunnen onderbrengen onder telewinkelen of onder reclame.

44. Voordat ik verder ga moet echter een andere mogelijkheid worden uitgesloten, die ten grondslag ligt aan de vragen van de Bundeskommunikationssenat: dat het hier niet gaat om reclame of om telewinkelen, maar om een uitzending zonder meer, die valt onder het begrip „televisieprogramma” dat voorkomt in artikel 1, sub a, van de genoemde richtlijn.

B — Het in geding zijnde „Gewinnspiel” is geen televisiequiz

45. Op dit punt zijn de rake opmerkingen van de Italiaanse regering in de schriftelijke fase van de prejudiciële procedure heel

illustratief. In tegenstelling tot een quiz op de set, waar de hoofdpersonen, de presentator en de medespelers, elkaar kunnen zien, terwijl het publiek (zowel in de studio als thuis) een passieve rol heeft, is het „Gewinnspiel” van de ORF een tijdverdrijf waarbij de speler, die enkele ogenblikken geleden louter kijker was, met zijn telefoontje direct in de uitzending komt, terwijl de overige kijkers kunnen hopen aan het spel deel te nemen en een prijs te winnen.

46. Deze beschrijving maakt duidelijk dat, terwijl in een traditioneel „quiz”-programma de televisie wordt gebruikt als medium om een spel uit te zenden dat zich in de studio afspeelt, met het doel het publiek te vermaken, dit mini-programma onderdeel van de ORF tot doel heeft geïnteresseerden aan te trekken met als lokkertje een prijs die zij ofwel meteen kunnen winnen, als zij het geluk hebben dat hun telefoontje wordt uitgekozen en zij de vraag goed beantwoorden, ofwel in tweede instantie, als zij meedoen aan de wekelijkse loting.

47. Voor deelneming dient echter een bedrag te worden betaald dat ten goede komt aan de omroeporganisatie, want bij meer telefoontjes worden haar inkomsten hoger. In beginsel — en zonder te kort te doen aan het nadere onderzoek verderop in deze conclusie — is het in geding zijnde

spelletje dus gericht op het verkrijgen van directe inkomsten voor de ORF. Zo komt de betaling in beeld, waarvan sprake is in artikel 1, sub c en f, van richtlijn 89/552.

48. Kortom, door dit amusementsprogramma uit te zenden verricht de ORF geen „televisieomroep“-activiteiten in de zin van artikel 1, sub a, van de genoemde richtlijn. Dat wil zeggen dat hij geen programma uitzendt dat voor het publiek is bestemd, maar de televisie veeleer gebruikt in een accessoire, hoewel relevante, functie, namelijk om inkomsten te genereren.

49. In deze situatie moet, zoals ik al gezegd heb, worden onderzocht of door deze accessoire functie tegen betaling een dienst wordt verricht. Voor dat onderzoek moet de aard van de betwiste uitzending worden vastgesteld.

C — Kansspel

50. In de punten 92 tot en met 97 van mijn conclusie in de zaak *Placanica e.a.*³¹ onder-

zoek ik het verband tussen toeval, spel en recht. Dat verband rechtvaardigt het bestaan van een communautaire wetgeving die enerzijds individuen wil beschermen tegen de gevaren van een gokverslaving voor hun vermogen en hun gezondheid³², en anderzijds de commerciële belangen wil behartigen van ondernemingen en centra waar dit soort amusement wordt geboden, kortom die garant staat voor de vrijheid van vestiging en van het vrij verrichten van diensten.³³

51. De rechtsorde van de Europese Unie kent geen gedetailleerd begrip „kansspelen“, hoewel de genoemde rechtspraak een analyse geeft van de gevolgen ervan voor de fundamenteën van de interne markt, zonder echter een definitie van dat begrip te geven. Wel wordt echter aanvaard dat het begrip in juridische zin doet denken aan een weddenschap met een financiële component, waarvan de uitslag afhankelijk is van het toeval.³⁴

52. Vanuit dit beslist vage startpunt zijn bespiegelingen mogelijk over talrijke soorten

32 — In mijn conclusie van 13 februari 2007 in de zaak *Gintec* (C-374/05), waarin op de dag van het nemen van deze conclusie nog geen uitspraak is gedaan, vraag ik aandacht voor de gevaren voor de volksgezondheid van het gebruik van methoden zoals kansspelen bij reclame voor medicijnen (punt 72).

33 — In het arrest van 6 november 2003, *Gambelli e.a.* (C-243/01, Jurispr. blz. I-13031), werd geoordeeld dat een nationale regeling — i.c. de Italiaanse — die ieder die niet over een door de Staat verleende concessie of vergunning beschikt, op straffe van een sanctie verbiedt om activiteiten in de kanspelsector uit te oefenen, een beperking van de vrijheid van vestiging en van het vrij verrichten van diensten vormt (punt 59 en dictum). Deze opvatting werd herhaald in het arrest *Placanica e.a.*, reeds aangehaald (punt 71 en dictum).

34 — Artikel 1, lid 5, sub d, van richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (richtlijn inzake elektronische handel) (PB L 178, blz. 1), sluit van de werkingssfeer daarvan „gokactiviteiten waarbij een geldbedrag wordt ingezet, zoals loterijen en weddenschappen“ uit.

31 — Zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04, waarin op 6 maart 2007 arrest werd gewezen, Jurispr. blz. I-1891.

kansspelen, want de vindingrijkheid van de menselijke geest bij het zoeken naar genoegens en competitie kent geen grenzen.³⁵ Ik meen echter dat er drie criteria zijn om het begrip te definiëren: de kosten, de onzekerheid en de wil om te winnen.³⁶

53. Inherent aan het kansspel is de onzekerheid van de uitkomst, omdat het toeval in alle fasen een rol speelt. Dat toeval is de bedrieglijke smaakmaker, en de hoop een prijs te winnen die hoger is dan de oorspronkelijke inzet is het lokaas dat de begeerigheid van de speler opwekt. Bovendien maakt het financiële aspect het mogelijk dat het recht zich met dit sociale fenomeen bemoeit: wil de rechtsorde zich hiermee bezighouden, dan lijkt het noodzakelijk dat er sprake is van repercussie op het vermogen van personen.³⁷ Een spel zonder inzet, zonder enige invloed op het vermogen van de speler, hoort puur in de privésfeer thuis en behoeft geen bescherming door de wet.

35 — Huizinga, J., verdedigt in *Homo ludens*, Uitg. van de Spaanse vertaling: Alianza, Madrid, 1990, dat de menselijke cultuur voortkomt uit het spel, waarin de cultuur zich ontwikkelt. Hij zet uiteen dat, toen men begreep dat de benaming homo sapiens niet zo goed op de soort van toepassing was als men zich aanvankelijk wel had voorgesteld, omdat de mens per slot van rekening niet zo redelijk is als men in de 18e eeuw met zijn kinderlijk optimisme wel dacht, de mens de titel van homo faber erbij kreeg. Naar zijn mening is die betiteling echter nog minder toepasselijk, want die is ook van toepassing op veel dieren. Daarom stelt hij voor de benaming homo ludens toe te voegen, want, hoewel er ook dieren zijn die spelen, de functie van het spel is even essentieel als die van het fabriceren, en het gedrag van de mens is niets anders dan spel.

36 — In het arrest van 24 maart 1994, Schindler (C-275/92, Jurispr. blz. I-1039), werd het begrip activiteiten op loterijgebied uitgelegd als de diensten welke de organisator van de loterij verricht door de kopers van de loten te laten deelnemen aan een kansspel dat hun een kans op winnen biedt; daartoe draagt hij zorg voor de inzameling van de inleggelden, de organisatie van de trekkingen, alsmede de vaststelling en de uitkering van de prijzen. De tegenprestatie die hij daarvoor ontvangt is de prijs van het lot (punten 27 en 28).

37 — Dat idee wordt verwoord in de punten 95-98 van mijn conclusie in de zaak Placanica e.a., reeds aangehaald.

54. Zonder twijfel speelt het toeval mee in het programmaonderdeel van de uitzending „Quiz Express”. De geluksfactor voor de deelnemers komt op twee momenten naar voren: bij de selectie van één telefoontje uit alle ontvangen gesprekken, dat „de lijn opent” voor de gelukkige om met de presentator te kunnen spreken, en in de wekelijkse loting, die de andere deelnemers de kans geeft op een prijs. De handigheid van de kijker, zijn kennis of simpelweg zijn snelle reactie spelen slechts een secundaire rol bij het verlangen om te winnen.

55. In essentie is de wil van de kijker op het moment dat hij het telefoonnummer kiest gericht op het winnen van de prijs, hetzij op het genoemde eerste moment, hetzij op het tweede moment, dat van de loting.

56. Op het eerste moment verbindt hij zich om een bedrag (0,70 EUR) te betalen dat, hoewel laag, toch ruimschoots hoger is dan de kosten van een gewoon telefoongesprek in Oostenrijk, en accepteert hij dat in de hoop een prijs te winnen, die ongeveer tussen de 200 en 330 EUR ligt en die de inzet royaal overschrijdt.

57. Op grond van de bijzondere kenmerken ervan kan daarom het spelletje dat in het programma „Quiz Express” wordt gespeeld als kansspel worden beschouwd.

D — *Verrichten van diensten*

58. Nu vaststaat dat hier sprake is van een kansspel, is het niet moeilijk in te zien dat de ORF tegen betaling een dienst aanbiedt.

59. Het Hof heeft niet geaarzeld om het organiseren van loterijen (arrest Schindler)³⁸, het gebruik tegen betaling van speelautomaten (arrest Läärä e.a.)³⁹ en verder kans- of gokspelen (arrest Anomar e.a.)⁴⁰ te kwalificeren als dienstverrichtingen in de zin van artikel 50 van het EG-Verdrag.⁴¹

60. Het is waar dat het Hof deze kwalificatie heeft gehanteerd toen het zich bezighield met de kansspelen in hun geheel, als een onafhankelijke en hoofdactiviteit, in het kader van nationale maatregelen die de organisatie ervan beperken, en het deze maatregelen heeft gerechtvaardigd tegen de achtergrond van doelstellingen van algemeen belang, zoals de bescherming van de maatschappelijke orde of de strijd tegen criminaliteit en fraude.⁴²

61. Deze uitspraken hebben geen betrekking op een situatie waarin het spelletje is ingebed in een groter geheel, zoals in het geval van het hoofdgeding en in de zaak *Familia-press*⁴³, die over een vergelijkbare situatie ging, waarin een Duits weekblad, „Laura”, dat in Oostenrijk verscheen, kruiswoordpuzzels en raadsels publiceerde die de lezers konden oplossen, en onder degenen die de juiste oplossing hadden ingestuurd geldprijzen verlootte. Zowel de ORF als de Portugese regering stelt niet zonder reden dat volgens het genoemde arrest dergelijke kleinschalige loterijen geen onafhankelijke economische activiteit, maar slechts een van de onderdelen van de redactionele inhoud van het tijdschrift vormen (punt 23), en dat zij daarom niet vallen onder het begrip dienstverlening van artikel 50 EG. De Commissie merkt echter terecht op dat dit oordeel bedoeld was om afstand te nemen van de rechtspraak naar aanleiding van het arrest Schindler, dat is gewezen in het kader van de controle op de evenredigheid van de nationale maatregelen ter beperking van de breed opgezette kansspelen, zoals loterijen.

62. Er bestaat binnen de communautaire rechtspraak kortom geen belemmering voor een kwalificatie van het mini-programma onderdeel van de ORF als kansspel en dus als een dienst.

63. Voordat ik verder ga wil ik reageren op een argument dat in de schriftelijke opmer-

38 — Arrest Schindler, reeds aangehaald, punten 19, 25 en 34.

39 — Arrest van 21 september 1999 (C-124/97, Jurispr. blz. I-6067, punten 18 en 27).

40 — Arrest van 11 september 2003 (C-6/01, Jurispr. blz. I-8621, punten 48 en 52).

41 — Voor een meer gedetailleerd citaat verwijs ik naar punt 97 van mijn conclusie in de zaak *Placanica* e.a.

42 — In de punten 14 en 15 van het arrest van 21 oktober 1999, *Zenatti* (C-67/98, Jurispr. blz. I-7289), worden enkele van die doelstellingen behandeld.

43 — Arrest van 26 juni 1997 (C-368/95, Jurispr. blz. I-3689).

kingen van de ORF (punt 4) naar voren is gebracht, en wijzen op de totale irrelevantie van het feit dat de uitzending „Quiz Express” alleen in Oostenrijk is te ontvangen, want die omstandigheid heeft alleen gevolgen voor de toepassing van artikel 49 EG, maar kan nooit een grond zijn om een inherente eigenschap van die uitzending te ontkennen. Men mag niet vergeten dat de richtlijn televisie zonder grenzen de uitdrukking „verrichten van diensten” hanteert om een activiteit af te bakenen, niet om het vrije verkeer daarvan te garanderen. Met andere woorden, zoals uit punt 27 van het arrest Lääre e.a.⁴⁴ kan worden afgeleid: een dienst blijft een dienst, ook al overschrijdt hij de landsgrenzen niet.

65. Artikel 1, sub f, van de richtlijn televisie zonder grenzen noemt vier elementen: (1) het uitzenden via de televisie van (2) rechtstreekse aanbiedingen aan het publiek (3) met het oog op de levering van goederen of diensten (4) tegen betaling.

66. Het eerste element en de laatste twee elementen vormen in casu geen reden voor twijfel. Niemand betwist dat „Quiz Express” een televisie-uitzending is waarin een voorstel wordt gedaan tot het meedoen, tegen betaling, aan een spelletje: de bellers betalen een bedrag (dat de ORF ontvangt) om mee te doen en gebruik te maken van die dienst, die bestaat in het bieden van een kans om een prijs te winnen tijdens één van de twee fasen van het spelletje.

E — *Telewinkelen versus reclame*

64. Zo komen wij bij de crux van deze prejudiciële verwijzing, die erop neerkomt te bepalen of het belspelletje om een prijs, dat onderdeel is van het programma „Quiz Express”, en daarom ook, in ruimer verband, het programma zelf de bijzondere kenmerken bezitten van een uitzending van telewinkelen.

67. Dat voorstel kan worden gezien als „rechtstreekse aanbieding aan het publiek”, een begrip dat bovendien het onderscheid mogelijk maakt tussen telewinkelen en reclame, waarbij reclame gericht is op het bevorderen van de levering, en niet op het verrichten daarvan.

1. Rechtstreekse aanbieding

68. In het arrest RTI e.a.⁴⁵ zijn de contouren van het begrip rechtstreekse aanbieding

44 — Het arrest bepaalde: „Wat, in de tweede plaats, de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van dienstverrichting betreft, deze zijn, naar het Hof in het arrest Schindler met betrekking tot het organiseren van loterijen heeft verklaard, van toepassing op een activiteit die de mogelijkheid biedt, tegen betaling aan een kansspel deel te nemen. Een dergelijke activiteit valt bijgevolg binnen het toepassingsgebied van artikel 59 van het Verdrag [thans, na wijziging, artikel 49 EG], wanneer ten minste één van de dienstverrichters gevestigd is in een andere lidstaat dan die waar de dienst wordt aangeboden.”

45 — Arrest van 12 december 1996 (C-320/94, C-328/94, C-329/94, C-337/94, C-338/94 en C-339/94, Jurispr. blz. I-6471).

gedetailleerd beschreven, met de bedoeling een uitlegging te geven van richtlijn 89/552 in de oorspronkelijke versie ervan. Daarin werd het fenomeen telewinkelen nog niet genoemd, maar de gedachte daaraan lag al ten grondslag aan artikel 18, lid 3, waarin bij het regelen van de maximale lengte van andere „reclamevormen” werd bepaald dat „de rechtstreekse aanbieding aan het publiek met het oog op verkoop, aankoop of verhuur van producten of met het oog op het verrichten van diensten niet meer dan één uur per dag in beslag [mag] nemen”.

69. In punt 31 van het genoemde arrest wordt dit type aanbiedingen omschreven als „uitzendingen waarin producten worden getoond die rechtstreeks per telefoon, per post of langs elektronische weg kunnen worden besteld en bij de kijkers thuis worden bezorgd”. Gewoonlijk biedt de aanbieder in de uitzending goederen en diensten ter verkoop aan, roemt de kwaliteiten en de voordelen, noemt de prijs en de betaalwijze en toont bovendien op het scherm de telefoonnummers, de website of andere nuttige gegevens om de bestelling te plaatsen. De overeenkomst valt onder de regeling voor de verkoop op afstand⁴⁶, voorzien in richtlijn 97/7/EG.⁴⁷

70. Daarentegen bevat reclame een „indirect” aanbod, omdat reclame weliswaar, net als het telewinkelen, erop is gericht de kijker,

door het bekendmaken van de kwaliteiten van het product, te overtuigen om de aangeprezen goederen of diensten te kopen, maar de eindfase van het aankoopproces daarbij buiten haar onmiddellijke doelstellingen blijft en naar een later tijdstip wordt verschoven, waarop de consument zich tot het betrokken distributiekanaal wendt om de aankoop te verrichten.

71. Feitelijk gaat telewinkelen een stap verder dan reclame, aangezien telewinkelen niet beperkt blijft tot aanprijzen, maar promoot en verkoopt.

72. Op grond van deze beschouwingen kan worden gesteld dat de uitzending „Quiz Express” de kijkers, tenminste indirect⁴⁸, voorstelt om aan een kansspel deel te nemen, en hun, door de vermelding van het speciale — duurdere — betaalnummer, de noodzakelijke informatie levert om tegen betaling van een vergoeding met de aanbieder in contact te treden en in de uitzending te komen of, als dat niet lukt, mee te spelen in de wekelijkse loterij.

73. De presentator van het programma spoort de kijker aan, de op het scherm geprojecteerde nummers te noteren om aan de uitzending mee te doen. De commerciële demonstratie bestaat in het aanprijzen van de

46 — Retterer, S., „Le télé-achat: une vente aux apparences publicitaires protégée des réglementations nationales”, *Droit de la consommation*, Uitg. Juris-Classeur, speciale uitgave, december 2000, blz. 306.

47 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten (PB L 144, blz. 19).

48 — Het staat niet vast of het bedrag voor het telefoontje wordt genoemd.

te winnen prijzen. De aanvaarding van het aanbod vindt plaats wanneer de consument het nummer kiest en de medewerkers van de ORF hem te woord staan. Op dat moment treedt tegelijkertijd het betalingsproces in werking, waarbij de prijs van het telefoontje op de telefoonrekening van de klant komt te staan. De klant kan op dat moment ofwel live in de uitzending spelen, ofwel hij krijgt het recht om mee te doen aan de loterij voor de overige deelnemers.

74. Overeenkomstig de woorden van artikel 1, sub f, van de richtlijn televisie zonder grenzen wordt aldus in de in geding zijnde uitzending het publiek openlijk aangespoord om tegen betaling een dienst te verwerven, waarbij alle informatie wordt verstrekt die noodzakelijk is voor het sluiten van een overeenkomst op afstand.⁴⁹

75. Niets verhindert dus, abstract gezien, een classificatie van de in geding zijnde uitzending als een vorm van telewinkelen.

2. Het specifieke belang van het spelletje binnen de uitzending „Quiz Express”

76. Deze classificatie als telewinkelen gaat echter niet automatisch. Bij lezing van de in

artikel 1 van de richtlijn televisie zonder grenzen gegeven definities van telewinkelen en reclame, in combinatie met hoofdstuk IV van diezelfde richtlijn, blijkt (in artikel 10) de wens dat beide vormen gescheiden en gemakkelijk als zodanig herkenbaar dienen te zijn. Zij mogen alleen tussen programma's in worden uitgezonden, en enkel bij uitzondering binnen een programma zelf, wanneer zij tenminste geen afbreuk doen aan de integriteit en de waarde van die uitzendingen, en wanneer rekening wordt gehouden met de natuurlijke onderbrekingen, de afzonderlijke delen of de pauzes.

77. Op het eerste gezicht behandelt de wetgever niet de situatie waarin telewinkelen deel uitmaakt van de uitzending zelf, zoals het geval is in het hoofdgeding, een gemis dat aanleiding is tot de twijfel van het verwijzende orgaan over de exacte kwalificatie ervan.

78. Eerst moet de vraag worden gesteld naar „de kwantiteit en de hoedanigheid van telewinkelen” in een uitzending voordat deze als zodanig kan worden gekwalificeerd. Hier is het dienstig de visie van het arrest Familiapress in herinnering te brengen: het belang van deze activiteit binnen het programma. Wanneer die activiteit louter accessoir is, slechts één van de onderdelen van de uitzending is, en ten dienste staat van het doel van dat programma, dan gaat zij op in de algemene inhoud van het programma zelf. Wanneer de activiteit echter meer ruimte inneemt en het Leitmotif van de uitzending wordt, dan draagt zij haar bijzondere hoedanigheid over op de rest van de uitzending, en transformeert deze in een uitzending van telewinkelen. Tussen beide uitersten zijn natuurlijk tussenvormen denkbaar.

⁴⁹ — Artikel 2, lid 1, van richtlijn 97/7 definieert overeenkomsten op afstand als „elke overeenkomst tussen een leverancier en een consument inzake goederen of diensten die wordt gesloten in het kader van een door de leverancier georganiseerd systeem voor verkoop of dienstverlening op afstand waarbij, voor deze overeenkomst, uitsluitend gebruik gemaakt wordt van een of meer technieken voor communicatie op afstand tot en met de sluiting van de overeenkomst zelf”.

79. In essentie is het niet de taak van het Hof zich in het avontuur te begeven het karakter van het in geding zijnde belspelletje te bepalen, en al helemaal niet wanneer het, zoals in casu, niet beschikt over de feitelijke elementen die nodig zijn om dat met kans op succes te doen. Het Hof kan echter het nationale orgaan wel bepaalde richtsnoeren aanreiken, zij het met de voorzichtigheid die de vertegenwoordiger van het Verenigd Koninkrijk ter terechtzitting bepleitte.

80. De bedoeling van het programma waarin het spelletje is ingebed vormt het eerste criterium voor de beoordeling. Het is duidelijk dat de beoordeling anders is naargelang het spel deel uitmaakt van een actualiteitenprogramma, van een showprogramma met een algemeen amusementsdoel⁵⁰ waaraan het spelletje bijdraagt, of van een uitzending waarmee het geen enkel verband houdt, zoals bijvoorbeeld het journaal of een godsdienstige uitzending.⁵¹ Volgens dat criterium vallen situaties waarin de tussenkomst van de kijker — ook al is dat tegen betaling en gaat het om een geschenk — deel uitmaakt van de redactionele inhoud van het programma en de voortgang daarvan beïnvloedt, zoals in de „reality shows” van het type „Big Brother”, „Idols” of „Dancing with the stars”, buiten het begrip telewinkelen.

50 — Even „zappen” is voldoende om genoeg sport- en amusementsprogramma's te zien waarin kijkers worden opgeroepen om aan een spelletje mee te doen en een prijs te winnen, zonder dat dit effect heeft op de aard van het programma zelf.

51 — Deze gedachte berust op artikel 11, lid 5, van de richtlijn televisie zonder grenzen, dat verbiedt reclame in te lassen in godsdienstige uitzendingen, televisiejournals, documentaires en uitzendingen voor kinderen van minder dan 30 minuten.

81. In dezelfde lijn kan ook een andere, niet onbelangrijke aanwijzing worden gevonden in het financiële belang van het spel binnen de uitzending, zowel direct als indirect. Met betrekking tot het eerste aspect levert het percentage dat de inkomsten uit de telefoontjes naar het betaalnummer uitmaken op de totale inkomsten van het programma, inclusief reclame, een belangrijke maatstaf voor de beoordeling op.

82. Maar ook moet, als indirecte aanwijzingen, niet alleen worden gekeken naar de tijd die wordt besteed aan de presentatie van het spel, en aan het overhalen van de kijkers om eraan mee te doen en de nummers te kiezen die op het scherm staan, maar ook naar de tijd die wordt besteed om de gelukkige te trekken die rechtstreeks in de uitzending een antwoord moet geven, kortom, aan de moeite die wordt genomen om „het product te verkopen”. De artikelen 18 en 18 bis van de richtlijn televisie zonder grenzen, die de zendtijd voor reclamespots en blokken voor telewinkelen regelen, bieden hiervoor een nuttige methode.

83. Om het effect van het spel op het budget van het programma te berekenen is ook de aard van de vragen die gewoonlijk worden gesteld van belang, want hoe simpeler die zijn, des te meer potentiële spelers er zullen bellen, zodat de inkomsten op die manier zullen stijgen.

84. Aan de hand van deze criteria kan iedere kritische persoon gemakkelijk vaststellen of

het de bedoeling is amusement te brengen, of simpelweg door een dienst te verkopen de omroeporganisatie te financieren.

F — *In elk geval geen publicitair doel*

85. Ten slotte kan het percentage kijkers naar de uitzending dat het nummer kiest om in het spelletje mee te spelen, doen vermoeden wat de werkelijke aard van het programma is.

86. Op grond van het voorgaande geef ik het Hof in overweging op de eerste prejudiciële vraag te antwoorden dat overeenkomstig artikel 1, sub f, van richtlijn 89/552 uitzendingen of onderdelen van uitzendingen waarin de kijkers door de omroeporganisatie worden aangespoord om door het rechtstreeks kiezen van betaalnummers en dus tegen betaling deel te nemen aan een spel waaraan een prijs is verbonden, als een vorm van telewinkelen moeten worden beschouwd, wanneer het hoofddoel is gelegen in de verkoop van deelneming aan het spel. Om dat te bepalen moet de nationale rechter de criteria in aanmerking nemen die zijn beschreven in de punten 77 tot en met 82 van deze conclusie, namelijk a) het hoofddoel van de uitzending, b) het financiële belang van het spel, c) de tijd die eraan wordt besteed en d) het aantal kijkers dat belt.

87. Als de eerste vraag ontkennend zou worden beantwoord, vraagt het verwijzend orgaan subsidiair of de in geding zijnde feiten hoe dan ook vallen onder het begrip reclame, in de vorm van zelfpromotieactiviteiten, namelijk activiteiten waarbij de televisieomroeporganisatie haar eigen producten, diensten, programma's of netten aanprijst (punt 39 van de considerans van richtlijn 97/36).

88. Deze prejudiciële vraag is inhoudelijk heel anders dan de eerste. Tijdens de schriftelijke behandeling is op dat verschil niet ingegaan. De vraag gaat namelijk niet over het programma of over een van de onderdelen daarvan, maar over de boodschap zelf, want een niet aan reclame gewijde uitzending kan toch reclameboodschappen bevatten.⁵² Die nuance is bepalend voor de beantwoording van de tweede vraag.

89. Wanneer zou worden geoordeeld dat „Quiz Express” geen vorm van telewinkelen is, moet daaraan het karakter van amusementsprogramma worden toegekend.⁵³ In dat geval zijn de boodschappen waarin het

52 — De Commissie heeft die mogelijkheid geopperd in de punten 21 en 41 van de interpretatieve mededeling over bepaalde aspecten van de bepalingen van de richtlijn „Televisie zonder grenzen” betreffende televisiereclame (PB 2004, C 102, blz. 2), verwijzende naar mini-spots en splitscreen, waar redactionele en reclame-inhoud gelijktijdig worden uitgezonden.

53 — In de punten 41-44 van deze conclusie heb ik de moeilijkheden aangegeven bij de kwalificatie van het „Gewinnspiel” van het hoofdgeding als televisiequiz.

telefoonnummer en de manier van deelnemen aan het spel worden vermeld er niet op gericht reclame te maken voor het spel, maar geven zij informatie die noodzakelijk is om mee te kunnen spelen en die essentieel is voor de uitzending. Per definitie hebben de gegevens alleen in het kader van de actuele uitzending nut voor de kijker. Met andere woorden: de boodschap met de telefoonnummers heeft het karakter van informatie die onlosmakelijk is verbonden met de uitzending en de voortgang van het programma wil vergemakkelijken, maar die niet beoogt een aanvullende dienst te promoten.

90. Samenvattend kan worden gesteld dat de boodschap die bij „Quiz Express” op het scherm werd geprojecteerd waarin het telefoonnummer werd getoond dat nodig was om mee te doen aan een kansspel, geen publicitair doel heeft, zodat het niet kan vallen onder artikel 1, sub c, van de richtlijn televisie zonder grenzen.

VII — Conclusie

91. Op grond van het voorgaande geef ik het Hof in overweging:

- 1) zich onbevoegd te verklaren om te antwoorden op de prejudiciële vragen van de Oostenrijkse Bundeskommunikationssenat, omdat deze geen rechterlijke instantie is in de zin van artikel 234 EG.
- 2) subsidiair, mochten de vragen ontvankelijk worden geacht, te verklaren als volgt:

„a) Overeenkomstig artikel 1, sub f, van richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en

bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten, zoals gewijzigd bij richtlijn 97/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997, moeten uitzendingen of onderdelen van uitzendingen waarin de kijkers door de omroeporganisatie worden aangespoord om door het rechtstreeks kiezen van betaalnummers en dus tegen betaling deel te nemen aan een spel waaraan een prijs is verbonden, als een vorm van 'telewinkelen' worden beschouwd, wanneer het hoofddoel is gelegen in de verkoop van deelneming aan het spel. Daarbij dient de nationale rechter onder andere de volgende criteria in aanmerking te nemen: a) het hoofddoel van de uitzending, b) het financiële belang van het spel, c) de tijd die eraan wordt besteed en d) het aantal kijkers dat belt.

- b) De boodschap die gedurende een uitzending op het scherm wordt geprojecteerd waarin de betaalnummers worden getoond die de kijkers moeten kiezen om deel te nemen aan een door de omroeporganisatie gedurende die uitzending georganiseerd spel waaraan een prijs is verbonden, heeft geen publicitair, maar een louter informatief doel, zodat deze niet kan vallen onder artikel 1, sub c, van richtlijn 89/552."