

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 24 maj 2007¹

I — Inledning

1. I dagens samhälle är vi ständigt utsatta för marknadsföring. Medierna är fulla av lockbeten, kampanjer och frestande erbjudanden. Fördelarna med olika produkter framhävs i tidningar, på bio, i TV, i radio, på Internet, ja till och med via telefon, samtidigt som man försöker få folk att köpa dem. Produkterna sägs göra livet lättare eller människor lyckligare. Samtidigt finns det en risk att vår förmåga att ta till oss dessa budskap blir avtrubbad och att vi känner oss överhoppade.² Reklamen har bidragit till den moderna handelns utveckling,³ en handel som inte längre inskränker sig till den lokala eller nationella nivån utan som nu utspelar sig på en global marknad med ömsesidiga beroenden. Månglarnas munväder och lockropen från nasare, gårdfarihandlare, gatu-

försäljare, pratkvarnar, krämare och allenda krängare av salvor mot sveda, mirakulösa örter, hårväxtpreparat och universalmedel, som i forna tider fyllde luften på marknader och torgdagar, har ersatts av försäljningskampanjer som når ut till miljontals människor.⁴

2. Vid sidan om det globala datanätet är TV förmodligen det mest uppseendeväckande mediet för att kanalisera reklambudskap, på grund av sin genomslagskraft och förmåga att stimulera. Detta är förklaringen till att det enligt rådets direktiv 89/552/EEG av den 3 oktober 1989 om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar och andra författningar om utförandet av sändningsverksamhet för television,⁵ allmänt kallat direktivet om television utan gränser, anses väsentligt att

1 — Originalspråk: spanska.

2 — Beigbeder, F., skriver i *99 francs* (Ed. Grasset, Paris, 2000) att reklamen är en av de 2000 senaste årens största katastrofer för litteraturskarna.

3 — Zola, E., skildrar detta i *Damernas paradiset* (Ed. Gallimard, collection Folio, Paris, 1980, s. 480): "Sedan morgonen hade larmet tilltagit. Affärerna hade ännu inte ruskat om staden med reklamens dån. Varuhuset *Damernas paradiset* spenderade nu nästan 600 000 franc per år på skyltar, annonser och propaganda av alla de slag. Antalet utskickade kataloger uppgick till 400 000. Ytterligare 100 000 franc satsades på varuprover. Tidningar, annonstavlor och människors öron blev fullständigt överösta, som om en jättelik bronstrumpe högljutt hade förkunnat budskapet om utförsäljningar och fantastiska erbjudanden i alla riktningar."

4 — Lanseringen av det amerikanska företaget Microsofts nya operativsystem har skett via 39 000 försäljningsställen i 45 länder och kostat 500 miljoner US-dollar (Internet: www.zdnet.fr/actualites/informatique).

5 — EUT L 298, s. 23.

reglera reklamverksamheten genom att underkasta den vissa minimiregler och standarder, samtidigt som unionens medlemsländer ges frihet att införa striktare regler (tjugosjätte skälet).

Bundeskommunikationssenat på rätt sätt skall kunna klassificera ett TV-inslag, som ingår i en annan tids- och innehållsmässigt mer omfattande sändning, där tittarna erbjuds att delta i en pristävling genom att ringa ett betalnummer.⁷

3. Televisionen öppnar en kanal in i alla hem genom vilken det verkliga eller påhittade livet kan tränga sig in, liksom de marknadskrafter som uppmuntrar till köp av varor och tjänster utan att man behöver lämna hemmets trygga vrå. TV-shoppingen sprider sig i olika kanaler och utgör en viktig distributionsväg som gemenskapen inte har kunnat bortse från. För att ta hänsyn till denna företeelse och skydda köparna ändrades direktiv 89/552 genom Europaparlamentets och rådets direktiv 97/36/EG av den 30 juni 1997.⁶ Där regleras sådana sändningars form och innehåll, för att skilja dem från de rena reklamsändningarna (skälen 36 och 37 i direktiv 97/36).

4. Mot bakgrund av detta och i enlighet med artikel 234 EG, ställer Bundeskommunikationssenat (federalt kommunikationsråd) i Österrike två tolkningsfrågor till domstolen för att klargöra begreppen TV-reklam och TV-köp, vilka återfinns i artikel 1 c respektive artikel 1 f i direktiv 89/552, i dess lydelse enligt direktiv 97/36. Frågorna ställs för att

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrätten*

5. Direktiv 89/552 syftar till att undanröja hindren för den fria spridningen och det fria utbytet av information och tankar inom gemenskapen via television. Eftersom hindren vanligtvis har sin grund i olikheter mellan medlemsstaternas lagar, syftar direktivet till att samordna dessa och att fastställa en minsta gemensam nämnare (nionde, elfte och trettonde skälen). Enligt artikel 3.1 skall medlemsstaterna därför ha frihet att kräva

6 — EUT L 202, s. 60.

7 — Dessa abonnenter kan från leverantören av telekommunikationstjänsterna få en procentuell andel av det belopp som fakturerats för samtalet.

att deras TV-programföretag följer mera detaljerade eller strängare regler än dem i direktivet.

skall endast förekomma undantagsvis (punkt 2) och samtidigt förbjuds subliminalteknik och smyg reklam (punkterna 3 och 4).

6. I artikel 1 c definieras TV-reklam som ”varje form av sänt meddelande antingen mot betalning eller mot liknande ersättning eller sändning för egenreklam, som utförs av ett offentligt eller privat företag i samband med handel, affärsverksamhet, hantverk eller yrke i avsikt att främja tillhandahållande mot betalning av varor eller tjänster, inklusive fast egendom, eller rättigheter och förpliktelser”.

9. I artikel 18 och 18 a⁹ finns tidsgränser för reklaminslag och sändningsblock för TV-köp, angivna som högsta tillåtna antal procent per dag eller per timme.

B — *Den österrikiska lagstiftningen*

7. I artikel 1 f beskrivs TV-köp som ”sändning av direkta erbjudanden till allmänheten med avseende på att mot betalning tillhandahålla varor eller tjänster, inklusive fast egendom, eller rättigheter och förpliktelser”.

1. Bundeskommunikationssenats konstituerande bestämmelser

8. Såväl TV-reklam som TV-köp skall enligt artikel 10⁸ vara lätta att känna igen som sådana och hållas åtskilda från andra delar av programmet med optiska och/eller akustiska hjälpmedel (punkt 1), enstaka reklaminslag

10. Bundeskommunikationssenat, som hör under Bundeskanzleramt, inrättades genom Bundesgesetz (federal lag) über die Einrichtung einer Kommunikationsbehörde Austria und eines Bundeskommunikationssenates¹⁰ (nedan kallad KOG) för att pröva beslut som fattas av Kommunikationsbehörde Austria

8 — Enligt lydelsen i direktiv 97/36.

9 — Även de enligt direktiv 97/36.

10 — BGBl. 2001, s. 32.

(tillsynsorgan för telekommunikationsområdet) (nedan kallad KommAustria) och av Österreichischer Rundfunk (Österrikes radio och TV) (nedan kallad ÖRF).

14. När det gäller förfarandet hänvisas det i 14 § KOG till Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz¹² (förvaltningsprocesslagen) (nedan kallad AVG).

11. 11 § 2 KOG ger Bundeskommunikationssenat behörighet att i egenskap av sista förvaltningsrättsliga instans pröva talan mot beslut fattade av KommAustria, med undantag för det straffrättsliga området.

2. Radio- och TV-lagen

12. Bundeskommunikationssenats beslut kan överklagas till Verwaltungsgerichtshof¹¹ (förvaltningsdomstol) (11 § 3 KOG).

15. I 47 § 1 i Bundesgesetz über den Österreichischen Rundfunk (ÖRF)¹³ (österrikiska radio- och TV-lagen) (nedan kallad ÖRF-Gesetz) anges att lagen syftar till att genomföra direktiv 89/552, i dess lydelse enligt direktiv 97/36.

13. Bundeskommunikationssenats fem ledamöter, varav tre är lagfarna (en av dem är ordförande), utnämns för en period av sex år, med möjlighet till förlängning. De kan avsättas på de grunder som anges i 12 § KOG. Där föreskrivs även att ledamöterna skall ha en oberoende ställning och inte vara bundna av några instruktioner utifrån.

16. Enligt 13 § 1 får ÖRF inom ramen för sina sändningar mot betalning tilldela sändningstid för reklaminslag, vilket definieras på samma sätt som i artikel 1 c i direktivet om television utan gränser.

11 — Denna domstol, som har sitt säte i Wien, kontrollerar den offentliga förvaltningen. Den prövar vad som betecknas som särskild talan, vilket innebär att den gör en laglighetsprövning av myndigheternas verksamhet utan att ta ställning till sakfrågor. Den fungerar som kassationsdomstol inom det förvaltningsrättsliga området, men inskränker sig till att slå vakt om rättsreglerna genom att fastställa hur de skall tolkas. Domstolen har behörighet att ogiltigförklara myndighetsbeslut som strider mot materiella eller processrättsliga bestämmelser eller som innebär maktmissbruk, men inte att pröva sakfrågor.

17. Enligt 13 § 2 får ÖRF inte lov att tilldela sändningstid för TV-köp. Detta begrepp definieras på samma sätt som i artikel 1 f i ovan nämnda direktiv.

12 — BGBl. 1991, s. 51.

13 — BGBl. 2001, s. 83, i dess lydelse enligt BGBl. 2005, s. 159.

18. Slutligen avspeglar 13 § 3 i ÖRF-Gesetz artikel 10.1 i direktivet, vilken enbart gäller reklam.

fick de personer som ringt men inte kopplats fram till sändningen delta i utlottningen av en veckovinst.

III — Bakgrund, målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

19. I programmet Quiz Express, som ÖRF sände den 1 april 2005, riktade programledaren ett erbjudande till allmänheten om att delta i en pristävling (*Gewinnspiel* på tyska) genom att ringa till ett betalnummer som samtidigt visades i bild. Leverantören av betalnumret erhöll 0,70 euro per samtal, varav en del gick vidare till ÖRF.¹⁴

21. KommAustria har riktat en anmälan mot ÖRF hos Bundeskommunikationssenat. Enligt KommAustria har ÖRF åsidosatt 13 § 2 i ÖRF-Gesetz genom att ägna några minuter av sändningen åt TV-köp.

20. Tävligen var uppdelad i tre moment: I det första momentet, som var helt slumpmässigt, kopplades ett enda samtal fram till sändningen. I det andra momentet fick den person som kopplats fram svara på frågor från programledaren. I det sista momentet

22. För att kunna pröva anmälan har Bundeskommunikationssenat vilandeförklarat ärendet och ställt följande frågor till domstolen:

”1. Skall artikel 1 f i direktiv 89/552, ... i dess lydelse enligt direktiv 97/36 ..., tolkas så, att med 'TV-köp' också skall förstås sändningar eller delar av sändningar i vilka ett programföretag erbjuder tittarna möjligheten att omedelbart ringa ett betalnummer och således mot betalning delta i en pristävling som också anordnas av detta programföretag?

¹⁴ — I beslutet om hänskjutande uppger Bundeskommunikationssenat (punkt 41) att ÖRF inte har lämnat några uppgifter om summan av inkomsterna, men Bundeskommunikationssenat utgår från att ÖRF haft avsevärda inkomster genom överenskommelsen med telefonbolaget.

2. Om svaret på denna fråga är nekande: Skall artikel 1 c i direktiv 89/552 ..., i

dess lydelse enligt direktiv 97/36 ..., tolkas så, att sådana meddelanden i sändningar eller delar av sändningar i vilka ett programföretag erbjuder tittarna möjligheten att omedelbart ringa ett betalnummer och således mot betalning delta i en pristävling som också anordnas av detta programföretag också skall förstås som "TV-reklam?"

stolen, och jag finner det därför lämpligt att pröva om Bundeskommunikationssenat är att betrakta som en domstol i den mening som avses i artikel 234 EG. Bundeskommunikationssenat finner själv anledning att redogöra för sin ställning i beslutet om hänskjutande, där vissa argument framförs som får stöd av kommissionen i dess skriftliga yttrande.

IV — Förfarandet vid EG-domstolen

23. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 27 april 2006. ÖRE, kommissionen samt den italienska och den portugisiska regeringen ingav skriftliga yttranden. Representanter för de två förstnämnda yttrade sig muntligen under förhandlingen den 29 mars 2007. Närvarande vid denna förhandling var även den brittiska regeringen och KommAustria.

25. För att avgöra om ett visst organ är att betrakta som en domstol har EG-domstolen hittills inskränkt sig till att ange ett antal vägledande kriterier, nämligen om organet är upprättat enligt lag, om det är av stadigvarande karaktär och om dess ledamöter har en oberoende ställning, om dess jurisdiktion är av tvingande art, om förfarandet är kontradiktoriskt, om dess avgöranden är av rättslig karaktär samt om organet tillämpar rättsregler.¹⁵

26. Bundeskommunikationssenat uppfyller i princip dessa kriterier, med hänsyn till följande omständigheter:

V — Om domstolens behörighet

24. Detta är det första hänskjutandet från Bundeskommunikationssenat till EG-dom-

a) Eftersom Bundeskommunikationssenat har inrättats genom KOG råder det inga

15 — Se exempelvis dom av den 30 juni 1966 i mål 61/65, Vaassen-Göbbels (REG 1966, s. 377), av den 17 september 1997 i mål C-54/96, Dorsch Consult (REG 1997, s. I-4961), punkt 23 samt av den 2 mars 1999 i mål C-416/96, Nour Eddine El-Yassini (REG 1999, s. I-1209), punkt 17.

tivel om att det har skett enligt lag. Att Bundeskommunikationssenat är av stadigvarande karaktär följer av 11 § KOG, enligt vilken Bundeskommunikationssenat har till uppgift att kontrollera KommAustrias beslut och ge ÖRF juridiskt skydd.

- b) Dess ingripande är inte av frivillig utan av tvingande art, eftersom Bundeskommunikationssenat prövar talan mot KommAustrias beslut, med undantag för beslut av straffrättslig karaktär.
- c) Att denna högsta telemyndighet har en oberoende ställning vid utförandet av sitt uppdrag är obestridligt: Den består av fem ledamöter, av vilka tre är lagfarna (bland dessa väljs en ordförande och en vice ordförande). Ledamöterna är inte bundna av några instruktioner eller anvisningar när de utför sitt uppdrag.¹⁶ Förbundsrepubliken utnämner på förslag av förbundsregeringen ledamöterna för en period av sex år. Ledamöterna kan återväljas.
- d) Förfarandet är av kontradiktorisk art eftersom parterna får möjlighet att framföra sina argument (37 § AVG).

Bundeskommunikationssenat kan även på eget initiativ eller på begäran av parterna besluta att detta skall ske vid en förhandling (39 § 2 AVG). Myndigheten avger en skriftlig motivering för sin ståndpunkt (38 § AVG) och förhör hålls med vittnen och sakkunniga vid en förhandling med de berörda parterna (40 och 41 §§ AVG), där rätten till försvar säkerställs (43 § 3 AVG).

- e) Det råder således heller ingen tvekan om att Bundeskommunikationssenat faller avgöranden grundade på rättsliga kriterier.

27. Man får emellertid inte låta sig förledas av detta första intryck. I mitt förslag till avgörande av den 28 juni 2001 i målet *De Coster*,¹⁷ hävdar jag att EG-domstolens syn på begreppet nationell domstol har lett till en alltför flexibel rättspraxis som saknar strängens. Jag föreslår därför att man lägger om rodret och försöker ta ut en stadigare kurs för att, med tanke på förhandsavgörandenas syfte, skapa förutsättningar för ett fruktbart samarbete mellan olika domstolar.

28. I ovannämnda förslag till avgörande föreslår jag därför som allmän regel att

¹⁶ — I den österrikiska grundlagen säkerställs de icke-lagfarna ledamöternas oberoende genom att det i 20 § 2 föreskrivs att "om ett kollegialt organ, vars beslut enligt lag inte kan upphävas eller ändras på administrativ väg och där minst en av dess ledamöter skall vara lagfaren, enligt förbundsstatens eller delstaternas lagstiftning skall fatta beslut i högsta instans, skall inte heller övriga ledamöter i detta kollegiala organ vid utövandet av sina uppdrag vara bundna av några instruktioner".

¹⁷ — I vilket dom meddelades den 29 november 2001 i mål C-17/00, *De Coster* (REG 2001, s. I-9445).

organ som ingår i den nationella domstolsorganisationen endast skall omfattas av artikel 234 EG när de utövar sina rent dömande funktioner. Undantag från denna regel bör medges för de organ som, utan att ingå i domstolsorganisationen, fattar slutligt beslut i den nationella rättsordningen, förutsatt att de uppfyller villkoren i gällande rättspraxis, i synnerhet de som rör oberoende och kontradiktoriskt förfarande.

29. Med en sådan striktare tolkning menar jag att Bundeskommunikationssenat faller utanför detta begrepp, eftersom detta organ inte ingår i den österrikiska domstolsorganisationen.

30. Bundeskommunikationssenat tillhör visserligen kategorin "kollegiala myndigheter med domstolsinslag"¹⁸ enligt 133 § 4 i den österrikiska grundlagen,¹⁹ vilka jag själv i

ett tidigare mål har betraktat som domstolar.²⁰

31. Det förhållande att ett organ ges ställning som domstol enligt nationell rätt är visserligen en indikation, men det kan inte tillmätas avgörande betydelse.²¹ Som jag hävdar sedan förslaget till avgörande i målet *De Coster*, måste begreppet avgränsas utifrån gemenskapsrätten och med hänsyn till dess strukturella behov. Man måste därför underkasta Bundeskommunikationssenat en närmare granskning för att avgöra om detta organ verkligen uppfyller villkoren för att begära förhandsavgörande.

32. En sådan närmare analys visar att Bundeskommunikationssenats avgöranden kan överprövas av Verwaltungsgerichtshof. Härei skiljer sig Bundeskommunikationssenat från de andra organ som räknas upp i 133 § i den österrikiska grundlagen, exempelvis Oberster Patent- und Markesenat i målet

18 — *Weisungsfreie Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag* på tyska.

19 — Enligt denna bestämmelse är Verwaltungsgerichtshof inte behörig att pröva "frågor i vilka ett kollegialt organ har fattat beslut i högsta instans om, enligt förbundsstatens eller delstaternas lagstiftning om inrättandet av detta organ, minst en av dess ledamöter skall vara lagfaren; övriga ledamöter inte skall vara bundna av några instruktioner vid utövandet av sina uppdrag; organets beslut inte kan upphävas eller ändras på administrativ väg; samt, oavsett om ovanstående villkor är uppfyllda eller inte, det inte uttryckligen fastställs att beslutet får överklagas till Verwaltungsgerichtshof".

20 — Förslag till förhandsavgörande av den 26 oktober 2006 i mål C-246/05, Häupl, där dom ännu inte meddelats, rörande Oberster Patent- und Markesenat (högsta patent- och varumärkesorganet).

21 — Den stora mängd kollegiala organ som finns i Österrike och den mångfald av bestämmelser som reglerar dessa, talar för att all slags automatik bör undvikas. EG-domstolen har tagit upp tolkningsfrågor från vissa av dessa organ: i dom av den 15 januari 1998 i mål C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.* (REG 1998, s. I-73), tog domstolen upp en begäran från Bundesvergabeanwalt, en instans som prövar tvister kring avtal om offentlig upphandling, utan att pröva om denna instans var att betrakta som en domstol; i dom av den 4 februari 1999 i mål C-103/97, *Köllensperger och Atzwanger* (REG 1999, s. I-551), fastställdes att Tiroler Landesvergabeamt (delstaten Tyrolens myndighet för upphandling) var att betrakta som en domstol, och samma sak fastställdes i dom av den 18 juni 2002 i mål C-92/00, *HI* (REG 2002, s. I-5553) avseende Vergabekontrollsenat (nämnden för kontroll av upphandlingar) i förbundsstaten Wien.

Häulp, vars beslut inte kan överprövas, varken på administrativ väg eller av domstol.

tungsgerichtshof, samtidigt som resten av paragrafen förblev oförändrad. Då en ny talan väcktes vid författningsdomstolen fann denna att bristerna kvarstod, eftersom det förhållande att Privatrundfunkbehörde uppträdde som enda förvaltningsinstans var oförenligt med de grundlagsenliga principerna.²⁴ Lagstiftaren tvingades att agera och inrättade då Bundeskommunikationssenat, en administrativ överprövningsinstans vars beslut kan prövas av Verwaltungsgerichtshof. Denna konstruktion godkändes till sist av författningsdomstolen.²⁵

33. Detta har sina historiska skäl. Innan KOG antogs kontrollerades radio- och TV-sändningarna i Österrike av Privatrundfunkbehörde (myndighet för privata radio- och TV-sändningar), enligt Regionalradio-Gesetz (lagen om regionala radio- och TV-sändningar). Privatrundfunkbehörde inrättades som ett kollegialt organ i den mening som avses i 133 § 4 i grundlagen och dess beslut kunde inte överklagas till Verwaltungsgerichtshof. Verfassungsgerichtshof (författningsdomstolen) fastställde i en dom den 29 juni 2000²² att Privatrundfunkbehörde stred mot grundlagen eftersom avsaknaden av domstolskontroll och utformningen av detta organ som enda administrativa instans var oacceptabelt enligt nämnda 133 § 4. I domen förespråkas, i linje med rättspraxis,²³ en restriktiv tolkning av möjligheten att inrätta kollegiala organ, eftersom det innebär ett märkligt åsidosättande av den allmänna princip som säger att all förvaltningsverksamhet skall kunna bli föremål för domstolsprövning och att varje fall bör prövas för sig. Privatrundfunkbehörde uppfyllde inte detta krav. Domen ledde till en ändring av 13 § i Regionalradio-Gesetz och det infördes ett överprövningsförfarande vid Verwal-

34. Förhållandet att en förvaltningsdomstol kontrollerar Bundeskommunikationssenats beslut ändrar förutsättningarna och innebär att Bundeskommunikationssenat inte kan betraktas som en domstol i den mening som avses i artikel 234 EG.

35. Som jag redogör för i punkterna 75–79 i förslaget till avgörande i målet De Coster, finns det en uppenbar risk för att det uppstår svårigheter när en förvaltningsmyndighet ingriper i dialogen mellan domstolar. Hur stor juridisk sakkunskap myndigheten än besitter, kan Verwaltungsgerichtshof då den granskar det administrativa beslut som fattats efter EG-domstolens svar komma att finna att det var fel att ställa tolkningsfrågorna eller att de borde ha formulerats på ett annorlunda vis. Om den kommer till

22 — G175/95, VfSlg. 15.886.

23 — Dom av den 24 februari 1999 (B1625/98-32, VfSlg. 15.427).

24 — Dom av den 13 juni 2001 (G141/00, VfSlg. 16.189).

25 — Dom av den 25 september 2002 (B110/02 m.fl., VfSlg. 16.625).

slutsatsen att varken tolkningen eller tillämpningen av gemenskapsrättsliga bestämmelser aktualiseras, var tolkningsfrågan och det arbete som lades ner på att besvara den meningslöst, med den förlust av legitimitet som det innebär för EG-domstolen att dess domar inte beaktas. Om Verwaltungsgerichtshof anser att tolkningsfrågan borde ha formulerats annorlunda, är den begränsad av den ställda tolkningsfrågan och den meddelade domen. Sannolikt är den då av processekonomiska skäl inte benägen att begära ett nytt förhandsavgörande, utan nöjer sig med en fråga som ställts av en förvaltningsmyndighet och ett svar som betingats av den felaktiga frågeställningen, vilket utgör ett hinder för en verklig "dialog mellan domstolar".

36. Jag finner det allvarligt att ett förvaltningsorgan ingriper i det system för rättsligt samarbete som skapas genom artikel 234 EG, eftersom detta stör förfarandet även om syftet är gott. I mitt förslag till avgörande i målet De Coster (punkterna 36 och 98) konstaterar jag att tolkningsfrågans formulering kan vara av avgörande betydelse för EG-domstolens svar, varför det är viktigt att upprätthålla kravet att de organ som begär förhandsavgörande verkligen är domstolar. Om tolkningsfrågan ställs av ett förvaltningsorgan, kan ett eventuellt rättsligt förfarande som senare inleds mot dess beslut vara förutbestämt av det sätt på vilket frågan ursprungligen ställdes eller av den tidpunkt

vid vilken den aktualiserades, så att den verkliga domstolen ser sig berövad möjligheten att använda sig av förfarandet för förhandsavgörande. Även om den teoretiskt skulle kunna ställa en ny tolkningsfråga, skulle det för parterna innebära en ytterligare fördröjning, vilket vore oacceptabelt i en redan långsam rättskipning.

37. Dessa reflektioner visar att det bara är lämpligt att låta icke rättskipande organ medverka i dialogen om deras beslut inte kan underkastas en senare kontroll av en domstol och de därmed utgör högsta instans i den nationella rättsordningen. Därigenom ges dessa organ möjlighet att begära förhandsavgöranden för att undanröja risken för att delar av gemenskapsrätten inte kan prövas av EG-domstolen i syfte att skapa enhetlighet.

38. I senare rättspraxis²⁶ har större omsorg ägnats åt att definiera begreppet domstol, särskilt vad gäller villkoret om oberoende, och en inställning som ligger närmare den som återfinns i förslaget till avgörande i målet De Coster kan nu skönjas. I sin dom i målet Schmid²⁷ fann EG-domstolen att den inte var behörig att besvara de frågor som ställts av Berufungssenat V der Finanzlandesdirektion (femte överklagandeavdel-

26 – Vilket jag har betonat i förslaget till avgörande i mål C-259/04 där dom meddelades den 30 mars 2006, Emanuel (REG 2006, s. I-3089), punkt 26.

27 – Dom av den 30 maj 2002 i mål C-516/99, Schmid (REG 2002, s. I-4573).

ningen vid den regionala skattemyndigheten) för Wien, Niederösterreich och Burgenland, och till samma slutsats kom domstolen i domen i målet Syfait m.fl.²⁸ gällande frågor som ställts av Epitropi Antagonismou (grekisk konkurrensnämnd).

39. Denna tendens blir särskilt tydlig om man beaktar att EG-domstolen tidigare har besvarat tolkningsfrågor från organ som liknar de ovannämnda, exempelvis de spanska Tribunales Económico-Administrativos²⁹ och den likaledes spanska Tribunal de Defensa de la Competencia.³⁰

40. Jag har inte ändrat uppfattning sedan förslaget till avgörande i målet De Coster. Jag menar sålunda, inte bara för att vara konsekvent utan även för att det är min fasta övertygelse, att Bundeskommunikationsssenat inte är att betrakta som en domstol i den mening som avses i artikel 234 EG. Jag föreslår därför att EG-domstolen förklarar sig sakna behörighet att besvara dess frågor.

41. Jag hyser en förhoppning om att de domare som jag vänder mig till skall låta sig övertygas av min argumentation i förslaget till avgörande i målet De Coster, men om så inte skulle vara fallet skall jag nu gå vidare och, alternativt, göra en bedömning av

28 — Dom av den 31 maj 2005 i mål C-53/03, Syfait m.fl. (REG 2005, s. I-4609).

29 — Dom av den 21 mars 2000 i de förenade målen C-110/98–C-147/98, Gabalfrisa m.fl. (REG 2000, s. I-1577).

30 — Dom av den 16 juli 1992 i mål C-67/91, Asociación Española de Banca Privada m.fl. (REG 1992, s. I-4785).

sakinnehållet i denna begäran om förhandsavgörande, för att fullgöra min skyldighet att vid offentliga domstolssessioner fullständigt opartiskt och oavhängigt lägga fram motiverade yttranden rörande de frågor som ställts (artikel 222 EG, andra stycket).

VI — Alternativ bedömning av tolkningsfrågorna

A — Problemställningen

42. Bundeskommunikationssenat begär att EG-domstolen skall precisera gemenskapsbegreppen TV-köp och TV-reklam, för att kunna klassificera det inslag som förekom i sändningen Quiz Express. Om inslaget är att betrakta som TV-köp är det inte tillåtet i Österrike, eftersom 13 § 2 ORF-Gesetz, som bygger på artikel 3.1 i direktiv 89/552, förbjuder denna form av kommersiell TV. I detta fall har KommAustria rätt. Är inslaget däremot att betrakta som egenreklam måste bedömningen ske på andra grunder eftersom reklam är tillåten, förutsatt att den är lätt att känna igen och hålls åtskild från andra delar av programmet med optiska eller akustiska hjälpmedel (13 § 3 i samma lag).

43. Det förvaltningsorgan som begär förhandsavgörande uttrycker emellertid inte farhågor i största allmänhet. De rör en speciell typ av underhållning och det är inte oväsentligt hur den karaktäriseras, eftersom både reklamverksamhet och TV-köp knyts till tillhandahållande av varor och tjänster i artikel 1 c och artikel 1 f i direktivet om television utan gränser. Det bör sålunda prövas om den omtvistade sändningen innebär tillhandahållande av tjänster (den innebär uppenbarligen inte tillhandahållande av varor) och det måste då först utredas om den är att betrakta som ett hasardspel. Om så är fallet måste dess faktiska omfattning klarläggas för att det skall kunna avgöras om den är att anse som TV-köp eller TV-reklam.

44. Först måste dock en annan möjlighet prövas som finns implicit i frågorna från Bundeskommunikationssenat: att det varken handlar om reklam eller om TV-köp utan helt enkelt om en sändning som faller inom ramen för begreppet TV-program i artikel 1 a i nämnda direktiv.

B — *Det Gewinnspiel som tvisten gäller är inte en TV-tävling*

45. Den italienska regeringens välfunna synpunkter under det skriftliga skedet av målet om förhandsavgörande illustrerar på ett bra

sätt detta förhållande. Till skillnad från en tävling med frågor och svar där de medverkande, programledaren och de tävlande, kan se varandra och där publiken (såväl den i studion som den hemma framför TV-apparaterna) har en passiv roll, är ÖRF:s *Gewinnspiel* ett underhållningsprogram där den som tävlar, som alldeles nyss bara var en TV-tittare, befinner sig i andra änden av telefonledningen, samtidigt som de övriga tittarna hoppas på att få vara med i tävlingen och vinna ett pris.

46. Medan traditionella frågesportprogram bygger på att TV-mediet används för att sända ut en tävling som pågår på scenen i syfte att underhålla publiken, är avsikten med ÖRF:s inslag att locka folk att ringa genom att erbjuda dem en chans att vinna pris, antingen i det första momentet om man har turen att bli framkopplad och svarar rätt, eller i ett andra moment där man deltar i veckans utlottning.

47. Det kostar emellertid pengar att vara med i tävlingen, pengar som går till programföretaget. Ju fler som ringer ju större blir företagets intäkter, vilket i princip innebär att avsikten med det omtvistade inslaget är att få in direkt finansiering till

ÖRF (jag kommer att beröra detta närmare längre fram i detta förslag). Därmed föreligger sådan betalning som avses i artikel 1 c och artikel 1 f i direktiv 89/552.

48. När ÖRF sänder detta inslag av underhållning ägnar sig företaget således inte åt TV-sändning i den mening som avses i artikel 1 a i nämnda direktiv. ÖRF överför alltså inte ett program avsett för mottagning av allmänheten, utan använder snarare televisionen för en underordnad, om än viktig, uppgift: att få in kapital.

49. Som jag redan har varit inne på måste det utredas om denna underordnade uppgift innebär tillhandahållande av en tjänst mot betalning, vilket i sin tur betyder att man måste klarlägga den omtvistade sändningens art.

C — *Ett hasardspel*

50. I punkterna 92–97 i mitt förslag till avgörande i målet *Placanica m.fl.*³¹ tar jag

31 — Dom av den 6 mars 2007 i de förenade målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04, *Placanica m.fl.* (REG 2007, s. I-1891).

upp sambanden mellan hasard, spel och rätt. Dessa samband motiverar en gemenskapslagstiftning som skyddar individerna mot de risker som spelbegäret innebär för deras egendom och hälsa,³² samtidigt som den värnar om affärsintressena hos de företag och inrättningar där den här typen av nöjesverksamhet bedrivs. Därmed säkerställs, kort sagt, etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster.³³

51. Europeiska unionens rättsordning innehåller ingen närmare definition av begreppet hasardspel. Hur hasardspelen påverkar grunderna för den inre marknaden analyseras visserligen i redovisad rättspraxis, men begreppet i sig definieras inte. Enligt denna rättspraxis associeras begreppet emellertid i rättsligt hänseende med en satsning av ekonomisk karaktär, vars utgång är slumpartad.³⁴

52. Från denna, om än vaga, utgångspunkt får man sedan gå vidare och begrunda de

32 — I mitt förslag till avgörande av den 13 februari 2007 i mål C-374/05, *Gintec*, i vilket dom ännu inte hade meddelats då föreliggande förslag till avgörande lades fram, pekar jag på vilka risker för folkhälsan som det innebär att använda sig av metoder som hasardspel i marknadsföringen av läkemedel (punkt 72).

33 — I dom av den 6 november 2003 i mål C-243/01, *Gambelli m.fl.* (REG 2003, s. I-13031), fastställde domstolen att nationella — italienska — bestämmelser som föreskriver straffsanktionerade förbud mot verksamhet inom området hasardspel i frånvaro av koncession eller polistillstånd som beviljas av den berörda medlemsstaten, utgör en inskränkning i båda dessa friheter (punkt 59 och domslutet). Samma bedömning gjordes i den tidigare nämnda domen i de förenade målen *Placanica m.fl.* (punkt 71 och domslutet).

34 — Enligt artikel 1.5 d i Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden (direktivet om elektronisk handel) (EUT L 178, s. 1), skall direktivet inte tillämpas på "spelverksamhet som innebär att penningvärdens satsas på hasardspel, inbegripet lotterier och vadslagningar".

många olika slag av hasardspel som finns eftersom människans uppfinningsrikedom är oändlig när det gäller att roa sig och tävla.³⁵ Jag kan emellertid skönja tre parametrar för att precisera begreppet: den ekonomiska kostnaden, osäkerheten och önskan att vinna.³⁶

53. Den osäkra utgången ligger i själva hasardspelets väsen eftersom slumpen finns med i samtliga moment. Samtidigt tillsätts något slags krydda för att skapa en förförisk smak och det är chansen att erhålla en vinst som överstiger det satsade beloppet som utgör lockbetet för den penninghungrande spelaren. Vidare är det den ekonomiska aspekten som rättfärdigar att juridiken fångar in denna sociala företeelse: för att rättsordningen skall ta sig an saken krävs det uppenbarligen att den påverkar människors egendom.³⁷ Ett spel utan insatser, utan någon inverkan på spelarens kapital, är vars och ens ensak och kräver inte lagens skydd.

35 — Huizinga, J., hävdar i *Homo ludens* (Ed. Alianza, Madrid, 1990) att den mänskliga kulturen har sitt ursprung och utvecklas i leken. Han skriver att när man insåg att beteckningen *homo sapiens* inte var så passande för denna art som man från början hade trott, eftersom människan när allt kommer omkring inte är så förnuftig som man föreställde sig på det naivt optimistiska 1700-talet, tillfogade man benämningen *homo faber*. Enligt Huizingas uppfattning är denna beteckning emellertid ännu olämpligare eftersom den passar in på många olika djur. Följaktligen föreslår han beteckningen *homo ludens*, för även om det finns djur som leker så är lekens funktion hos människan lika central som produktionens och allt som människan gör handlar egentligen om avkoppling.

36 — I dom av den 24 mars 1994 i mål C-275/92, Schindler (REG 1994, s. I-1039), beskrevs lotteriverksamheten som den som anordnaren utför, genom att låta de personer som köper lottsedlar delta i ett hasardspel som ger dem chans till vinst och genom att för detta ändamål säkerställa insamlandet av insatserna, anordna slumpartade dragningar, samt fastställa och betala ut priser eller vinster. Motprestationen utgörs av priset för att delta (punkterna 27 och 28).

37 — Denna tanke genomsyrar punkterna 95–98 i mitt tidigare nämnda förslag till avgörande i de förenade målen Placanica m.fl.

54. Utan tvivel spelar slumpen in i inslaget i programmet Quiz Express. Deltagarna får pröva sin lycka i två olika moment: ett där ett av de inkomna samtalen väljs ut och där den utvalde "hamnar i direktsändning" och får prata med programledaren och ett moment där veckans vinst lottas ut och där övriga tävlande har chansen att vinna. Tittarnas skicklighet, kunskaper eller snabbtänktethet är av underordnad betydelse när det gäller möjligheterna att vinna.

55. Vad som får tittarna att ringa in till programmet är alltså önskan att vinna ett pris, antingen i det första momentet eller i det andra, där en utlottning sker.

56. I det första momentet förbinder sig den som ringer att betala ett belopp (0,70 euro) som visserligen inte är speciellt högt, men som ändå är avsevärt högre än kostnaden för ett vanligt telefonsamtal i Österrike. Detta ger chansen till en vinst på mellan 200 och 330 euro, vilket med råge överstiger det satsade beloppet.

57. De särdrag som kännetecknar tävlingen i sändningen Quiz Express gör sålunda att den kan betecknas som ett hasardspel.

D — Tillhandahållande av tjänster

58. När detta väl har fastslagits är det inga svårigheter att se att ÖRF tillhandahåller en tjänst mot betalning.

59. EG-domstolen har inte tvekat att beteckna anordnande av lotterier (domen i målet Schindler),³⁸ användande av spelautomater mot betalning (domen i målet Läärä m.fl.),³⁹ samt andra hasardspel och spel om pengar (domen i målet Anomar m.fl.),⁴⁰ som tjänster i den mening som avses i artikel 50 i EG-fördraget.⁴¹

60. Det stämmer visserligen att hasardspelen har betecknats så vid en helhetsbedömning, som en självständig och huvudsaklig verksamhet, inom ramen för nationella åtgärder för att begränsa anordnandet av sådana spel vilka motiveras med mål av allmänt intresse, såsom skyddet för ordningen i samhället eller bekämpning av brott och bedrägerier.⁴²

61. Dessa bedömningar gäller alltså inte situationer där nöjesverksamheten ingår i ett större sammanhang, vilket är fallet i den aktuella tvisten och i domen i målet Familiapress,⁴³ där omständigheterna var likartade. Där publicerade en tysk veckotidning, *Laura*, med spridning i Österrike korsord och gåtor som läsarna fick lösa och lottade sedan ut penningpriser bland dem som skickade in rätta svar. ÖRF och den portugisiska regeringen hävdar med rätta med avseende på nämnda dom att lotterier av detta slag, i liten skala, inte utgör någon oberoende ekonomisk verksamhet, utan är ett inslag bland andra i tidskriftens redaktionella innehåll (punkt 23), och att det inte är att betrakta som tillhandahållande av tjänster enligt artikel 50 EG. Kommissionen menar dock skarpsynt att domstolen med denna bedömning syftade till att distansera sig från domen i målet Schindler, vilken rörde proportionalitetskontrollen av de nationella åtgärder som begränsar hasardspel i stor skala, exempelvis lotterier.

62. Sammanfattningsvis finns det inget i gemenskapens rättspraxis som hindrar att man klassificerar ÖRF:s inslag som ett hasardspel och därmed som en tjänst.

63. Innan jag går vidare är det på sin plats att bemöta ett argument som ÖRF framför i

38 — Den tidigare nämnda domen i målet Schindler, punkterna 19, 25 och 34.

39 — Dom av den 21 september 1999 i mål C-124/97, Läärä m.fl. (REG 1999, s. I-6067), punkterna 18 och 27.

40 — Dom av den 11 september 2003 i mål C-6/01, Anomar m.fl. (REG 2003, s. I-8621), punkterna 48 och 52.

41 — För ett mer utförligt anförande hänvisar jag till punkt 97 i mitt förslag till avgörande i de förenade målen Placanica m.fl.

42 — Vissa av dessa mål beskrivs i punkterna 14 och 15 i dom av den 21 oktober 1999 i mål C-67/98, Zenatti (REG 1999, s. I-7289).

43 — Dom av den 26 juni 1997 i mål C-368/95, Familiapress (REG 1997, s. I-3689).

sitt skriftliga yttrande (punkt 4) och understycka att det inte spelar någon roll att programmet Quiz Express bara sänds i Österrike. Detta påverkar enbart tillämpningen av artikel 49 EG, men inte själva programmets karaktär. Notera att det betydelsebärande uttrycket "tillhandahållande av tjänster" används i direktivet om television utan gränser för att avgränsa en verksamhet och inte för att säkerställa dess fria rörlighet. Med andra ord är en tjänst en tjänst även om den stannar inom landets gränser, vilket framgår av punkt 27 i domen i målet Läära m.fl.⁴⁴

65. Artikel 1 f i direktivet om television utan gränser innehåller fyra komponenter: 1) sändning av 2) direkta erbjudanden till allmänheten 3) rörande varor eller tjänster 4) mot betalning.

66. Det råder ingen tvekan om att den första och de två sista komponenterna föreligger i det här fallet. Ingen ifrågasätter att Quiz Express är en TV-sändning där man kan delta i en tävling i utbyte mot en ersättning: de som ringer betalar ett belopp (som tillfaller ÖRF) för att få delta och få tillgång till denna tjänst, vilken består i att vara med och tävla om en vinst i något av de två momenten i detta underhållningsprogram.

E — Begreppen TV-köp och TV-reklam

64. Vi är nu framme vid den gordiska knuten när det gäller denna begäran om förhandsavgörande. Det handlar om att avgöra huruvida den pristävling som fanns med i programmet Quiz Express, och i förlängningen programmet som helhet, har de typiska drag som kännetecknar en TV-köpsändning.

67. Erbjudandet omfattas av begreppet direkt erbjudande till allmänheten, ett begrepp som dessutom gör det möjligt att skilja TV-köp från reklam, som ju syftar till att främja tillhandahållande men inte att utföra det.

1. Direkt erbjudande

44 — I domen står det: "Vad för det andra gäller fördragets bestämmelser om friheten att tillhandahålla tjänster är de, såsom domstolen framhöll i domen i målet Schindler, i fråga om anordnandet av lotterier tillämpliga på en verksamhet där deltagarna mot betalning får delta i ett penningsspel. En sådan verksamhet faller likväl inom tillämpningsområdet för artikel 59 i fördraget (nu artikel 49 EG i ändrad lydelse), när åtminstone en av dem som tillhandahåller tjänster är etablerad i en annan medlemsstat än den i vilken tjänsten tillhandahålls."

68. I domen i de förenade målen RTI m.fl.⁴⁵ beskrivs omfattningen av detta begrepp i

45 — Dom av den 12 december 1996 i de förenade målen C-320/94, C-328/94, C-329/94, C-337/94, C-338/94 och C-339/94 (REG 1996, s. I-6471).

avsikt att tolka direktiv 89/552 i den lydelse det hade innan företeelsen TV-köp fördes in i direktivet. Tanken fanns emellertid underliggande i artikel 18.3 som innehåller en tidsgräns för annan "reklam" och där det föreskrivs att "direkta erbjudanden till allmänheten om försäljning, köp eller hyra av produkter eller tillhandahållande av tjänster inte skall överstiga en timme om dagen".

69. I punkt 31 i nämnda dom beskrevs dessa erbjudanden som "sändningar där det sker en presentation av produkter som kan beställas direkt per telefon, brevledes eller via text-TV och som är avsedda att levereras hem till TV-tittarna". Vanligtvis presenterar den programansvarige under sändningen varor och tjänster som är till försäljning, framhåller deras kvaliteter och fördelar, anger pris och betalningssätt, samt visar telefonnummer, webbadress eller andra uppgifter som behövs för att göra en beställning. Den avtalstyp som då tillämpas är den som gäller för distansköp⁴⁶ enligt direktiv 97/7/EG.⁴⁷

70. Reklam däremot uttrycker ett "indirekt" erbjudande. Även om den liksom TV-köp syftar till att få tittarna att köpa de mark-

nadsförda varorna och tjänsterna genom att framhålla deras goda egenskaper, ligger slutmomentet i affären utanför dess omedelbara syften. Det infaller i stället i ett senare skede, då konsumenten vänder sig till den aktuella distributionskanalen för att fullfölja köpet.

71. TV-köp går ett steg längre än reklamen, eftersom man vid TV-köp inte bara annonserar ut utan även marknadsför och säljer.

72. Ovanstående redogörelse visar att programmet Quiz Express erbjuder TV-tittarna att delta i ett hasardspel samtidigt som de får den information som de behöver för att komma i kontakt med telefonisten och få möjlighet att vara med i sändningen eller, om de inte lyckas med det, för att delta i veckans utlottning, samtidigt som de erlagger en ersättning, åtminstone indirekt,⁴⁸ genom att ringa till ett särskilt betalnummer.

73. Programledaren uppmanar tittarna och skriva upp det nummer som visas i bild och som de måste ringa för att få vara med i programmet. Affärsidén bygger på att framhålla de priser som står på spel. Användaren

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

47 — Europaparlamentets och rådets direktiv av den 20 maj 1997 om konsumentskydd vid distansavtal (EUT L 144, s. 19).

48 — Det framgår inte om kostnaden för samtalet anges.

går med på att delta när han eller hon slår numret och ÖRF:s personal svarar. Samtidigt sätts betalningsprocessen i gång och kostnaden påförs kundens telefonräkning. Denne får då möjlighet att vara med och tävla i direktsändning eller att delta i den efterföljande utlottningen.

74. I enlighet med formuleringen i artikel 1 f i direktivet om television utan gränser, uppmanas följaktligen publiken i det omtvistade programmet öppet att träffa avtal om en tjänst mot betalning, varvid samtliga nödvändiga förutsättningar för att ingå ett distansavtal föreligger.⁴⁹

75. Det finns således i princip inget hinder för att klassificera den granskade sändningen som en form av TV-köp.

2. Tävlingsens betydelse i programmet Quiz Express

76. Man kan emellertid inte med automatik beteckna en sändning som TV-köp. Jämför

49 — I artikel 2.1 i direktiv 97/7 definieras distansavtal som "avtal om varor och tjänster som ingås mellan en leverantör och en konsument inom ramen för ett system för distansförsäljning eller erbjudande av tjänster på distans, organiserat av leverantören, vid vilket avtal, ända fram till avtalets ingående, inbegripet ingåendet av själva avtalet, endast en eller flera tekniker för distanskommunikation används".

man definitionerna av begreppen TV-köp och TV-reklam i artikel 1 i direktivet om television utan gränser med kapitel 4 i direktivet, finner man att det finns en önskan att dessa företeelser ramas in och identifieras (artikel 10) genom att infogas mellan program och endast i undantagsfall i program, på sådant sätt och med hänsyn till naturliga pauser, fristående delar eller pauser, att programmets integritet och värde inte kränks.

77. Lagstiftaren behandlar tydligen inte den situation när de är infogade i sändningen, vilket är fallet i målet i den nationella domstolen. Det är denna avsaknad av bestämmelser som är förklaringen till det hänskjutande organets tvivelsmål om hur de skall klassificeras.

78. Vilken "mängd och kvalitet" i en sändning krävs det då för att den skall betraktas som TV-köp? Det kan här vara på sin plats att återknyta till synsättet i domen i målet Familiapress, vari den betydelse som verksamheten har för produktionen behandlades. Om den enbart är sekundär, en av flera delar i programmet som syftar till att uppnå dess ändamål, smälter den in i programmets övriga innehåll. Är den mer framträdande och utgör programmets *leitmotiv*, präglar den resten av programmet och gör att det blir TV-köp. Mellan dessa båda ytterligheter rymms det naturligtvis mellanliggande varianter.

79. När allt kommer omkring är det inte EG-domstolens sak att försöka klarlägga den omtvistade tävlingens beskaffenhet, särskilt som domstolen i det aktuella fallet inte har den kännedom om de faktiska omständigheterna som krävs för att den med säkerhet skall kunna gå i land med det. Domstolen kan emellertid ge det nationella organet vissa riktlinjer, om än med den försiktighet som företrädaren för Förenade kungariket manade till under den muntliga förhandlingen.

80. Det första kriteriet som bör beaktas är avsikten med programmet där tävlingen ingick. Uppenbarligen handlar det om att bedöma om tävlingen ingick i ett magasinprogram, i ett underhållningsprogram med det övergripande syftet att roa publiken,⁵⁰ vilket också innefattade tävlingen, eller i en helt annan typ av sändning som inte hade något alls med tävlingen att göra, exempelvis en nyhetssändning eller ett religiöst program.⁵¹ Utanför denna bedömning faller sådana program där tittarna, även om det sker mot betalning, medverkar i programmet och påverkar dess utveckling, exempelvis "realityprogram" som "Big Brother", "Idol" eller "Let's dance".

50 — Sätter man sig och "zappar" en stund mellan TV-kanalerna blir man snabbt trött på alla sport- och underhållningsprogram där tittarna uppmanas att delta i olika pristävlingar som inte har något alls med programmet att göra.

51 — Denna tanke är hämtad från artikel 11.5 i direktivet om television utan gränser, enligt vilken det är förbjudet att infoga reklam i religiösa program, nyhetsprogram, dokumentärprogram och barnprogram om deras sändningstid är mindre än 30 minuter.

81. Vidare kan man inte bortse från den ekonomiska betydelse som tävlingen har för programmet, direkt eller indirekt. Vad gäller den direkta betydelsen är den andel av programmets sammanlagda intäkter, reklamen inberäknad, som samtalen till betalnumret står för, en viktig aspekt att ta hänsyn till vid bedömningen.

82. Vid bedömningen av den indirekta betydelsen måste man även ta hänsyn till hur lång tid som används för att presentera tävlingen och locka tittarna att delta genom att ringa till det nummer som visas i bild, och för att välja ut den vinnare som skall få vara med och svara på frågor i programmet; det vill säga den möda som läggs ner på att "sälja produkten". Artikel 18 och 18 a i direktivet om television utan gränser, vilken innehåller bestämmelser om maximala sändningstider för reklaminslag och TV-köpsinslag, visar en användbar metod när det gäller detta.

83. För att uppskatta tävlingens ekonomiska betydelse, är det också av intresse att se vilken typ av frågor som ställs. Ju lättare dessa är desto fler personer ringer in till programmet och därmed ökar intäkterna.

84. Tar man hänsyn till detta är det inte svårt att se om det är underhållning som

eftersträvas eller om radio- och TV-företaget helt enkelt vill finansiera sin verksamhet genom att sälja en tjänst.

F — *Under alla förhållanden, avsaknad av reklamsyfte*

85. Slutligen är andelen tittare som ringer in till programmet för att få vara med en indikation på vilken typ av program det handlar om.

87. Om svaret på den första frågan är nekande, frågar den hänskjutande domstolen i andra hand om omständigheterna i tvisten vid den nationella domstolen i vart fall faller inom ramen för begreppet TV-reklam, i form av egenreklam, det vill säga en verksamhet där programföretaget gör reklam för sina egna produkter, tjänster, program eller kanaler (skäl 39 i direktiv 97/36).

86. Mot bakgrund av dessa överväganden föreslår jag att EG-domstolen besvarar den första tolkningsfrågan på följande sätt: "Enligt artikel 1 f i direktiv 89/552 skall med 'TV-köp' förstås sändningar eller delar av sändningar där ett programföretag uppmuntrar tittarna att omedelbart ringa ett betalnummer och således mot betalning delta i en pristävling, om huvudsyftet är att sälja deltagandet i tävlingen. I detta avseende bör den nationella domstolen överväga de kriterier som anges i punkterna 77–82 i detta förslag till avgörande, nämligen: a) sändningens huvudsyfte, b) tävlingens ekonomiska betydelse, c) tävlingens tidsmässiga omfattning och d) antalet TV-tittare som ringer."

88. Det har inte uppmärksammats i de skriftliga yttrandena att denna tolkningsfråga innehåller en påtaglig skillnad jämfört med den första när det gäller den materiella avgränsningen. Här handlar det inte om programmet eller någon av dess delar utan om själva meddelandet, eftersom en sändning som inte är en reklamsändning ändå kan innehålla tillkännagivanden av det slaget.⁵² Denna nyans är av avgörande betydelse när det gäller att besvara den andra frågan.

89. Om det fastställs att Quiz Express inte är en form av TV-köp, måste det betecknas som en nöjesproduktion.⁵³ I så fall syftar inte

52 — Kommissionen har gett uttryck för denna möjlighet i punkterna 21 och 41 i tolkningsmeddelande om vissa aspekter på bestämmelserna om TV-reklam i direktivet om television utan gränser (EUT C 102, s. 2), som tar upp reklamslag i miniformat och delad skärm, där redaktionellt innehåll och reklamnehåll sänds samtidigt.

53 — I punkterna 41–44 i detta förslag till avgörande har jag påtalat svårigheterna med att beteckna detta *Gewinnspiel* i målet i den nationella domstolen som en TV-tävling.

meddelandet med telefonnumret och beskrivningen av hur man deltar i tävlingen till att sprida kännedom om programmet, utan innebär en nödvändig information för att man skall kunna delta. Därmed är den oundgänglig i produktionen. Uppgifterna är per definition bara till gagn för TV-tittarna i samband med den aktuella sändningen. Med andra ord är budskapet med telefonnumret att betrakta såsom oupplösligt förbundet med sändningen och det syftar till att möjliggöra genomförandet av den och inte till att marknadsföra en kompletterande tjänst.

90. Sammanfattningsvis döljer inte det meddelande som visas i bild i samband med Quiz Express och som innehåller det telefonnummer som man måste ha tillgång till för att kunna delta i ett hasardspel, en avsikt att göra reklam, och det kan därför inte anses omfattas av artikel 1 c i direktivet om television utan gränser.

VII — Förslag till avgörande

91. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag:

1. Att domstolen förklarar sig sakna behörighet att besvara de tolkningsfrågor som ställts av Bundeskommunikationssenat i Österrike, eftersom Bundeskommunikationssenat inte är en domstol i den mening som avses i artikel 234 EG.
2. Att domstolen, alternativt, om domstolen beslutar att ta upp hänskjutandet till sakprövning, besvarar tolkningsfrågorna på följande sätt:

”a) Enligt artikel 1 f i rådets direktiv 89/552 av den 3 oktober 1989 om samordning av vissa bestämmelser som fastställts i medlemsstaternas lagar

