

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
DÁMASA RUIZ-JARABOJA COLOMERJA,
predstavljeni 24. maja 2007¹

I – Uvod

1. Danes nas trženje oblega in preži na nas na vsakem koraku. Mediji razširjajo oglase in nas obveščajo o promocijah ali ugodnih ponudbah. Revije, kino, televizija, radio, internet in celo telefoni se uporabljajo za izkazovanje odlik tega ali onega izdelka; uporabnika spodbujajo k njegovemu nakupu, saj naj bi mu nova pridobitev olajšala življenje ali ga še bolj osrečila, pri čemer so pripravljeni tvegati celo to, da se bo uporabnik teh sporočil naveličal ali da ga bodo ogrožala.² Pojav oglaševanja je spodbudil razvoj sodobne trgovine³, ki je prestopila svoj lokalni ali nacionalni okvir in se začela razvijati v smeri medsebojno odvisnega svetovnega trga. Hvalisavo prepričevanje šarlatanov, potujočih trgovcev, iznajdljivih

prevarantov, izumiteljev čarobnih napojev, maziv proti bolečinam ali izjemnih zelišč, zoboderov, prodajalcev izdelkov za ponovno rast las in čudežnih zdravil, kramarjev, krošnjarjev in drugih zvijačnih trgovcev, ki so nekoč hvalili svoje izdelke na sejmi in tržnicah, so nadomestile oglaševalske kampanje, ki dosežejo milijone potrošnikov.⁴

2. Skupaj s svetovnim računalniškim spletom je televizija morda najbolj napadalno sredstvo razširjanja reklamnih sporočil, tako glede učinkovitosti in prodorne moči kakor tudi sposobnosti stimulacije. S tem je mogoče pojasniti skrb, izraženo v Direktivi Sveta 89/552/EGS z dne 3. oktobra 1989 o usklajevanju nekaterih zakonov in drugih predpisov držav članic o opravljanju dejavnosti razširjanja televizijskih programov⁵,

1 — Jezik izvirnika: španščina.

2 — Beigbeder, F., *99 francs*, Ed. Grasset, Pariz, 2000 (v slovenščini: 2.999 SIT, Založba Vale Novak, Ljubljana, 2003), trdi, da je oglaševanje ena največjih katastrof, ki so v zadnjih dva tisoč letih prizadele ljubitelje književnosti.

3 — Zola, E., *Au bonheur des dames (Sreča žena)*, Ed. Gallimard, collection Folio, Pariz, 1980, str. 480, je o tem razmišljal takole: „Ze od jutra je gneča naraščala. Doslej ni še nobena trgovina mesta pretresla s tolikšnim oglaševalnim rompomom. Sreča je zdaj vsako leto zapravlja skoraj šeststo tisoč frankov za raznovrstne plakate, obvestila in oglase; število razposlanih katalogov se je povzpelo na štiristo tisoč in razrezali so za več kot sto tisoč frankov blaga, ki so ga porabili za vzorce. Časopisi, zidovi in ušesa javnosti so bili dokončno prenapolnjeni, kot da bi pošastna bronasta trobenta brez prestanka na vse štiri strani neba hrumeče trobila o velikih razprodajah.“

4 — Promocija novega operacijskega sistema ameriškega podjetja Microsoft je na primer potekala na 39.000 prodajnih mestih v 45 državah in je stala 500 milijonov dolarjev (<http://www.zdnet.fr/actualites/informatique/0,39040745,39366663,00.htm>).

5 — UL L 298, str. 23.

bolj znani pod imenom „Direktiva o televiziji brez meja“, ki ureja oglaševanje, tako da ga podreja določenim obveznim normam in merilom, medtem ko državam članicam Evropske unije dopušča svobodo določanja strožjih pravil (šestindvajseta uvodna izjava).

spremenjena z Direktivo 97/36. Ti vprašanji postavlja, ker mora v postopku v glavni stvari pravilno opredeliti televizijski vložek, predvajan znotraj drugega, časovno in vsebinsko obsežnejšega odseka, v katerem so televizijski gledalci povabljeni k sodelovanju v igri, tako da pokličejo komercialno telefonsko številko.⁷

3. Televizija je namreč okno, skozi katero življenje, pa naj bo resnično ali domišljjsko, pronica v vsa gospodinjstva, z njim pa tudi trgovina, saj ta medij omogoča nakup proizvodov in storitev, ne da bi nam bilo treba prestopiti domači prag. Oddaje, namenjene televizijski prodaji, se na številnih kanalih naglo širijo in s tem ustvarjajo velik trg, ki ga Skupnost ni mogla spregledati, zato je sprejela Direktivo 97/36/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 30. junija 1997⁶, s katero je spremenila Direktivo 89/552, ter tako odgovorila na ta pojav in zaščitila kupca z nadzorom nad obliko in vsebino teh programov, ki jih je ločila od tistih, namenjenih izključno oglaševanju (šestintrideseta in sedemintrideseta uvodna izjava Direktive 97/36).

4. V tem okviru in na podlagi člena 234 ES je avstrijski Bundeskommunikationssenat (višji zvezni svet za komunikacije) Sodišču v predhodno odločanje predložil vprašanji, da bi razjasnilo izraza „televizijsko oglaševanje“ in „televizijska prodaja“, uporabljena v členu 1(c) in (f) Direktive 89/552, kakor je bila

II – Pravni okvir

A – Pravo Skupnosti

5. Namen Direktive 89/552 je odstraniti ovire za prosto razširjanje ter pretok informacij in idej prek televizije. Če so, kar je običajno, ovire posledica razlik v nacionalnih zakonodajah, si Direktiva prizadeva za njihovo uskladitev in določitev skupnega imenovalca (deveta, enajsta in trinajsta uvodna izjava). Zato člen 3(1) državam članicam dopušča možnost, da od svojih izdajateljev televizijskih programov zahtevajo, naj se

6 — UL L 202, 30.7.1997, str. 60.

7 — Ti naročniki lahko od ponudnika telekomunikacijskih storitev prejmejo delež od obračunanega zneska.

ravnajo v skladu z natančnejšimi in s strožjimi pravili, kot jih določa ta direktiva.

oglas morajo ostati izjema (odstavek 2), medtem ko sta prikrito oglaševanje in prikrita televizijska prodaja ali oglaševanje in televizijska prodaja, ki uporabljata tehnike, ki vplivajo na podzavest, prepovedana (odstavka 3 in 4).

6. Člen 1(c) izraz „televizijsko oglaševanje“ opredeljuje kot „vsako obliko obvestila, ki ga javno ali zasebno podjetje oddaja bodisi za plačilo ali podobno nadomestilo bodisi v samopromocijske namene in ki zadeva trgovino, poslovno dejavnost, obrt ali stroko in je namenjena spodbujanju preskrbe z blagom in storitvami, vključno z nepremičninami ali pravicami in obveznostmi, za plačilo“.

9. Člena 18 in 18a⁹ omejujeta čas predvajanja vložkov in izloženih oken televizijske prodaje, tako da določata največji dnevni in urni delež predvajanja.

B – Avstrijska zakonodaja

7. V členu 1(f) je „televizijska prodaja“ definirana kot „neposredne ponudbe, ki se javnosti predvajajo zaradi spodbujanja preskrbe z blagom ali storitvami, vključno z nepremičninami ali pravicami in dolžnostmi, za plačilo.“

1. Organizacijska zakonodaja, ki se nanaša na Bundeskommunikationssenat

8. V skladu s členom 10⁸ morata biti ta izraza jasno razpoznavna kot takšna in morata biti z optičnimi oziroma akustičnimi sredstvi povsem ločena od drugih delov programske sheme (odstavek 1), izolirani

10. Ta organ, ki je podrejen uradu zveznega kanclerja, je bil ustanovljen z Bundesgesetz (zvezni zakon) über die Einrichtung einer Kommunikationsbehörde Austria und eines Bundeskommunikationssenates¹⁰ (v nadaljevanju: KOG) za izvajanje nadzora nad odločbami, ki jih sprejemata Kommunikationsbehörde Austria (avstrijski regulativni

8 — V skladu z besedilom po sprejetju Direktive 97/36.

9 — Prav tako v skladu z besedilom Direktive 97/36.

10 — BGBl. št. 32 iz leta 2001.

organ na področju komunikacij, v nadaljevanju: KommAustria) in Österreichischer Rundfunk (v nadaljevanju: ÖRF).

11. Razen kazenskega področja mu člen 11(2) KOG podeljuje pristojnost, da na najvišji stopnji odloča o prijavah zoper kršitve odločb organa KommAustria.

12. Zoper odločbe Bundeskommunikationssenat je mogoče vložiti pravno sredstvo pred Verwaltungsgerichtshof¹¹ (upravno sodišče) (člen 11(3) KOG).

13. Mandat njegovih petih članov, od katerih so trije sodniki (eden od njih je hkrati predsednik), traja šest let in ga je mogoče podaljšati, razlogi za preoblikovanje pa so navedeni v členu 12 KOG, ki razglša njihovo neodvisnost in določa, da ne prejemajo nikakršnih navodil niti ukazov.

11 — To sodišče s sedežem na Dunaju izvaja sodni nadzor nad javno upravo. Na voljo ima izredna pravna sredstva, ki se nanašajo na zakonitost upravnih aktov, ne da bi pri tem obravnavalo dejstva. Ima vlogo upravnega kasacijskega sodišča, katerega pristojnost je omejena na varstvo pravnih pravil s podajanjem pravih razlag. Lahko razveljavi upravne akte, za katere ugotovi, da kršijo materialno ali procesno pravo oziroma da so prekoricali pristojnosti, ne more pa ponovno presojati dejstev.

14. Glede postopka se člen 14 sklicuje na Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz¹² (zakon o upravnem postopku, v nadaljevanju: AVG).

2. Zakon o razširjanju radiotelevizijskih programov

15. Bundesgesetz über den Österreichischen Rundfunk¹³ (avstrijski zvezni zakon o razširjanju radiotelevizijskih programov, v nadaljevanju: ÖRF-Gesetz) v členu 47(1) določa, da je njegov namen prenesti Direktivo 89/552, kot je bila spremenjena z Direktivo 97/36.

16. V skladu s členom 13(1) lahko ÖRF v okviru svojih programov dodeli čas oddajanja za komercialno oglaševanje, za katero prejme plačilo in ki je opredeljeno enako kot v členu 1(c) Direktive o televiziji brez meja.

17. Odstavek 2 prepoveduje dodelitev časa oddajanja za televizijsko prodajo, pri čemer je ta izraz opredeljen enako kot v členu 1(f) zgoraj navedene direktive.

12 — BGBl. št. 51 iz leta 1991.

13 — BGBl. št. 83 iz leta 2001, v različici BGBl. št. 159 iz leta 2005.

18. Nato pa, izključno glede oglaševanja, člen 3 ponavlja še besedilo člena 10(1) zgoraj navedene direktive.

niso bile izbrane, omogočeno sodelovanje v tedenskem nagradnem žrebanju, pri katerem je znova odločala sreča.

III – Dejstva, spor o glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

19. Med oddajo „Quiz Express“, ki jo je predvajal ÖRF 1. aprila 2005, je voditelj, medtem ko je bila na zaslonu izpisana telefonska številka, ki je omogočala dostop do storitve, obračunane po posebni tarifi, gledalce povabil k sodelovanju v nagradni igri (nemško „Gewinnspiel“), za kar je bilo treba poklicati navedeno številko. Družba, ponudnik telefonskih storitev, je za vsak klic prejela 0,70 EUR, od česar je del izplačala ÖRF.¹⁴

20. Razvedrilni program je bil sestavljen iz treh faz: med prvo je bil popolnoma na slepo izbran eden od klicateljev, s katerim je bila vzpostavljena neposredna zveza, med drugo je moral kandidat odgovarjati na vprašanja voditelja, med zadnjo pa je bilo osebam, ki

21. KommAustria je pri Bundeskommunikationssenat prijavil ÖRF, ker je ta po njegovem mnenju s tem, da je nekaj minut programa posvetil televizijski prodaji, kršil člen 13(2) ÖRF-Gesetz.

22. Da bi razrešil zadevo, je ta organ prekinil odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložil ti vprašanja:

„1. Ali je treba člen 1(f) Direktive 89/552 [...], kot je bila spremenjena z Direktivo 97/36 [...], razlagati tako, da se za „televizijsko prodajo“ štejejo tudi oddaje ali deli oddaj, v katerih izdajatelj televizijskega programa gledalcem ponuja možnost, da s takojšnjim klicem na komercialne številke in torej za plačilo sodelujejo v nagradni igri tega izdajatelja televizijskega programa?

¹⁴ — Bundeskommunikationssenat v predložitvenem sklepu (točka 41) navaja, da ÖRF ni predložil nikakršne številke o prejetih zneskih, vendar meni, da prihodki, ki jih je prejel na podlagi sporazuma, sklenjenega s telefonskim operaterjem, niso bili zanemarljivi.

2. Če je odgovor na prvo vprašanje nika-len: ali je treba člen 1(c) Direktive 89/552 [...], kot je bila spremenjena z Direk-

tivo 97/36 [...], razlagati tako, da se za televizijsko oglaševanje štejejo tudi tista obvestila v oddajah ali delih oddaj, pri katerih izdajatelj televizijskega programa gledalcem ponuja možnost, da s takojšnjim klicem na komercialne številke in torej za plačilo sodelujejo v nagradni igri tega izdajatelja televizijskega programa?“

nim, da je treba najprej preučiti, ali ima ta organ vse lastnosti „sodišča“ po členu 234 ES. Tudi ta avstrijski organ je menil, da mora v predložitvenem sklepu utemeljiti svoj položaj, in je v ta namen uporabil trditve, ki jih je Komisija potrdila v pisnih stališčih.

IV – Postopek pred Sodiščem

23. Predlog za sprejetje predhodne odločbe je bil sodnemu tajništvu predložen 27. aprila 2006. ÖRE, Komisija ter italijanska in portugalska vlada so predstavili pisna in ustna stališča; predstavniki prvih dveh so se 29. marca 2007 udeležili obravnave, na kateri so podali ustna stališča, obravnave pa so se udeležili tudi predstavniki britanske vlade in organa KommAustria.

25. Sodišče se je, da bi presodilo, ali ima predložitveni organ ta značaj, doslej omejilo na navajanje kazalcev, kot so zakonska podlaga, stalnost, neodvisnost njegovih članov, obvezujoč značaj njegove sodne pristojnosti, kontradiktornost postopka, sodni značaj njegovih odločb, uporaba pravnih pravil s strani organa in njegova neodvisnost.¹⁵

26. Bundeskommunikationssenat ima načeloma te lastnosti v naslednjem smislu:

V – Pristojnost Sodišča

24. Ker je ta zadeva prva, ki jo je Bundeskommunikationssenat predložil Sodišču, me-

a) njegova zakonska podlaga ni dvoumna, saj je bil ustanovljen s KOG; prav tako

15 — Glej zlasti sodbe z dne 30. junija 1966 v zadevi Vaassen-Göbbels (61/65, Recueil, str. 377); z dne 17. septembra 1997 v zadevi Dorsch Consult (C-54/96, Recueil, str. I-4961, točka 23) in z dne 2. marca 1999 v zadevi Nour Eddine El-Yassini (C-416/96, Recueil, str. I-1209, točka 17).

ni dvoma o njegovi stalnosti in trajnosti, ki izhajata iz člena 11 tega zakona, na podlagi katerega mu je dodeljena naloga nadzora nad organa KommAustria in sodnega varstva ÖRF;

na obravnavi, ki je odrejena po uradni dolžnosti ali na njihovo zahtevo (člen 39(2) AVG). Uprava pisno obrazloži stališče (člen 38 AVG) ter povabi priče in izvedence na obravnavo z zainteresiranimi strankami (člena 40 in 41 AVG), med katero se priznajo pravice do obrambe (člen 43(3) AVG);

b) njegova intervencija ni fakultativna, ampak obvezna, saj razen kazenskega področja odloča o prijavah zoper odločbe organa KommAustria;

e) nobenega dvoma ni niti o tem, da odloča v skladu s pravnimi načeli.

c) prav tako se zdi, da ni sporna operativna neodvisnost tega višjega sveta za avdiovizualno področje: sestavlja ga pet članov, med katerimi so trije sodniki (izmed katerih sta izvoljena predsednik in njegov namestnik), ki opravljajo funkcije, ne da bi prejeli kakršna koli navodila ali ukaze.¹⁶ Za šestletni mandat jih imenuje zvezni predsednik na predlog vlade;

27. Vendar ne smemo dopustiti, da bi nas zaslepil prvi vtis. V sklepnih predlogih z dne 28. junija 2001 v zadevi De Coster¹⁷ sem trdil, da je stališče Sodišča do izraza sodišče določene države članice privedlo do preveč prilagodljive in nedosledne sodne prakse; zato predlagam preusmeritev na varnejša in resnejša pota, ki bi s poudarkom na razlogu za obstoj instrumenta predhodnega odločanja spodbudila plodno sodelovanje med sodišči.

d) postopek predvideva kontradiktorno razpravo, če stranke predložijo svoje utemeljitve (člen 37 AVG), lahko tudi

28. V tem duhu v zgoraj navedenih sklepnih predlogih predlagam, naj se praviloma na

16 — Avstrijska ustava zagotavlja neodvisnost članom, ki niso sodniki, ko s členom 20(2) določa, da „če je z zveznim ali deželnim zakonom ustanovljen kolegijski organ, ki odloča na zadnji stopnji, katerega odločb ni mogoče razveljaviti ali spremeniti v upravnem postopku in med člani katerega je vsaj en sodnik, drugih članov tega kolegijskega organa pri opravljanju njihovih funkcij prav tako ne zavezujejo nikakršna navodila“.

17 — V kateri je bila izrečena sodba z dne 29. novembra 2001 (C-17/00, Recueil, str. I-9445).

področje člena 234 ES šteje organe, ki so del sodne oblasti določene države, če opravljajo strogo sodne funkcije, in da se mednje izjemoma vključi tiste, ki imajo, ne da bi bili del te strukture, zadnjo besedo v nacionalnem pravnem redu, če izpolnjujejo merila, ki izhajajo iz sodne prakse in zadevajo predvsem neodvisnost in kontradiktorni postopek.

29. Mislim, da v tem dodatno omejevalnem smislu Bundeskommunikationssenat ni mogoče označiti s tem izrazom, saj ni del avstrijskega sodnega sistema.

30. Očitno sodijo v kategorijo „kolegijskih organov s sodno komponento“¹⁸ tisti iz člena 133(4) ustave te države¹⁹, za katere sem se

v neki predhodni zadevi²⁰ tudi sam strinjal, da so to sodni organi.

31. Čeprav je dodelitev sodnega značaja v nacionalni zakonodaji določen kazalec, ta ne more biti odločilen.²¹ Vendar je treba (ob upoštevanju, da je treba v skladu s tem, kar zagovarjam od zgoraj navedenih sklepnih predlogov v zadevi De Coster dalje, izraz opredeliti v okviru prava Skupnosti, na podlagi njegovih strukturnih potreb) primer Bundeskommunikationssenat natančneje preučiti in se tako prepričati, da ima ta organ dejansko pravico do postavljanja vprašanj za predhodno odločanje.

32. Ta natančnejša analiza pokaže, da Bundeskommunikationssenat, v nasprotju z drugimi organi iz člena 133 avstrijske ustave, kot je Oberster Patent- und Markensenat iz zadeve Häupl, zoper odločbe katerih ni mogoče vložiti pritožbe niti po upravni niti

18 — V nemščini „Weisungsfreie Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag“.

19 — V skladu s to določbo v pristojnost Verwaltungsgerichtshof ne sodijo „zadeve, o katerih na zadnji stopnji odloča kolegijski organ, če je v skladu z zveznim ali deželnim zakonom, ki ureja ta organ, med njegovimi člani vsaj en sodnik, čeprav drugih članov pri opravljanju njihovih funkcij ne zavezujejo nikakršna navodila, če odločb tega organa ne more razveljaviti ali spremeniti noben višji administrativni organ in če, čeprav so izpolnjeni vsi pogoji, ni izrecno določena dopustnost tožbe pred upravnim sodiščem“.

20 — Sklepni predlogi z dne 26. oktobra 2006 v zadevi Häupl (C-246/05, sodba z dne 14. junija 2007, ZOdl., str. I-4673), ki zadeva Oberster Patent- und Markensenat (visoki senat za patente in znamke).

21 — Glede na raznolikost kolegijskih organov v Avstriji in raznovrstnost pravil, ki jih urejajo, je treba izključiti kakršen koli avtomatizem. Sodišče je odobrilo vprašanja za predhodno odločanje, ki so jih predložili nekateri od teh organov: v sodbi z dne 15. januarja 1998 v zadevi Mannesmann Anlagenbau Austria in drugi (C-44/96, Recueil, str. I-73), ki je zadevala Bundesvergabeamt (organ, ki se ukvarja s spori, ki zadevajo javna naročila), ne da bi preučila njegov značaj sodnega organa; v sodbi z dne 4. februarja 1999 v zadevi Köllensperger in Atzwanger (C-103/97, Recueil, str. I-551) je ta značaj priznalo Tiroler Landesvergabeamt (urad za izdajitve zvezne dežele Tirolske); enako v sodbi z dne 18. junija 2002 v zadevi HI (C-92/00, Recueil, str. I-5553) Vergabekontrollsenat (komisija za nadzor nad izdajitvami zvezne dežele Dunaj).

po sodni poti, sprejema odločbe, ki jih lahko nadzira Verwaltungsgerichtshof.

tako, da se je vključila možnost pravnega sredstva pred Verwaltungsgerichtshof, medtem ko je ostal preostanek določbe še naprej v veljavi. Ko je bila zadeva znova predložena ustavnemu sodišču, je to potrdilo, da je pomanjkljivost še vedno prisotna, saj dejstvo, da Privatrundfunkbehörde deluje prek vlade kot izključni organ, ni v skladu z ustavnimi načeli.²⁴ Zakonodajalec se je moral odzvati, zato je ustanovil Bundeskommunikationssenat, upravni nadzorni organ, ne da bi se pri tem dotaknil možnosti sodnega varstva pred Verwaltungsgerichtshof, kar je ustavno sodišče končno potrdilo.²⁵

33. To lastnost je mogoče pojasniti z zgodovinskimi razlogi. Pred sprejetjem KOG je v Avstriji razširjanje radiotelevizijskih programov urejal Privatrundfunkbehörde (organ za področje zasebnega razširjanja programov) v skladu z Regionalradio-Gesetz (zakon o regijskem razširjanju programa), ki je bil ustanovljen kot kolegijski organ v smislu člena 133(4) ustave, pri čemer zoper njegove odločbe ni bilo izpodbijati pred Verwaltungsgerichtshof. Vendar je Verfassungsgerichtshof (ustavno sodišče) v sodbi z dne 29. junija 2000²² razsodilo, da Privatrundfunkbehörde ni ustaven, ker z vidika zgoraj navedenega člena 133(4) nezmožnost izvajanja sodnega nadzora in zasnova tega organa kot edinega upravnega organa nista dopustna. Ta sodba je, v skladu s sodno prakso²³, upoštevala strogo razlago možnosti ustanavljanja kolegijskih organov, ker ta predpostavlja posebno odstopanje od splošnega načela, v skladu s katerim je za kakršen koli upravni akt mogoče uporabiti sodni nadzor; zato ga je treba utemeljiti od primera do primera, vendar ta zahteva pri Privatrundfunkbehörde ni bila izpolnjena. Za izvajanje te odločbe je bil člen 13 Regionalradio-Gesetz spremenjen

34. Vendar pa dejstvo, da je Bundeskommunikationssenat podvržen nadzoru upravnega sodišča, spremeni dani položaj, saj mu glede na to ni mogoče priznati statusa sodišča v smislu člena 234 ES.

35. Očitno je, da lahko vmešavanje upravnega organa v dialog med sodišči povzroči določene težave, ki sem jih obravnaval v točkah od 75 do 79 sklepnih predlogov v zadevi De Coster. Ne glede na to, kakšna je sodna in tehnična pristojnost tega vladnega organa, lahko Verwaltungsgerichtshof med postopkom nadzora upravne odločbe, potem ko bo Sodišče že podalo odgovor na vprašanje za predhodno odločanje, oceni, da

22 — G175/95, VfSlg. 15.886.

23 — Sodba z dne 24. februarja 1999 (B1625/98-32, VfSlg. 15.427).

24 — Sodba z dne 13. junija 2001 (G141/00, VfSlg. 16.189).

25 — Sodba z dne 25. septembra 2002 (B110/02 e.a., VfSlg. 16.625).

predlog za sprejetje predhodne odločbe ni bil potreben, ali pa meni, da bi ga bilo treba obravnavati drugače. Če bi Verwaltungsgerichtshof zatrdno ugotovilo, da se predmet razprave ne nanaša na razlago ali uporabo pravil iz pravnega reda Skupnosti, vprašanje za predhodno odločanje in trud, ki je bil vložen v odgovor, ne bi bila potrebna, hkrati pa bi dejstvo, da se njegovih sodb ne upošteva, za Sodišče pomenilo tudi izgubo legitimnosti. Če bi ta organ menil, da bi bilo treba vprašanje za predhodno odločanje postaviti drugače, bi bil omejen z okvirom, ki bi mu ga vsilila postavljeno vprašanje in prejeti odgovor, in mogoče je, da bi se zaradi ekonomičnosti postopka prilagodil posvetovanju, predvidenem v upravnem okviru, in že od začetka razveljavljenemu odgovoru, zaradi česar bi bil moten dejanski „dialog med sodišči“.

36. Poseganje upravnega organa v sodelovanje med sodišči, ki ga uvaja člen 234 ES, se mi zdi vedno resno, saj njegovo vmešavanje, pa naj bo še tako dobronamerno, močno zmoti postopek. V sklepnih predlogih v zadevi De Coster (opombi 36 in 98) sem pojasnil, da lahko besedilo vprašanja za predhodno odločanje odloči o rešitvi, ki jo poda Sodišče, zato je pomembno, da se ohrani dejanski sodni značaj organov, ki sodelujejo v postopku predhodnega odločanja. Če bi vprašanje predložil upravni organ, bi bilo morebitno sodno sredstvo, uporabljeno po tem, že na začetku pogojeno z obliko ali s časovnim okvirom, v katerem je bilo vprašanje podano, zaradi česar bi se

dejanskemu sodnemu organu zdelo, da je prikrajšan za možnost uporabe predloga za sprejetje predhodne odločbe; čeprav bi teoretično lahko podal novo vprašanje, bi to za stranke pomenilo dodatno zamudo postopka v glavni stvari, kar za delovanje sodnega sistema, ki je že tako dokaj počasno, ne bi bilo dopustno.

37. Zaradi teh pomislov bi morali dovoljevati, da se nesodni organi vmešavajo v ta dialog le, če za njihove odločbe ni mogoč sodni nadzor in tako zadnja beseda ne pripade nacionalnemu pravnemu redu; to bi moral biti pogoj, da lahko določen organ predloži vprašanje za predhodno odločanje, saj se s tem prepreči nevarnost, da bi nekateri sektorji prava Skupnosti ostali zunaj povezovalne intervencije Sodišča.

38. V zadnjem času razvoj sodne prakse²⁶ teži predvsem k opredelitvi lastnosti pojma sodnega organa, zlasti glede neodvisnosti, s čimer se približuje stališču, predstavljenem v sklepnih predlogih v zadevi De Coster. Tako je v sodbi Schmid²⁷ Sodišče razsodilo, da ni pristojno za odločanje o vprašanjih, ki mu jih je predložil Berufungssenat V der Finanzlandesdirektion (peti pritožbeni senat regijskega direktorata za finance) za Dunaj, Spodnjo Avstrijo in Burgenland; enako je razsodilo v

26 — Kot sem poudaril že v sklepnih predlogih v zadevi Emanuel, v kateri je bila izrečena sodba z dne 30. marca 2006 (C-259/04, ZOdl., str. I-3089, točka 26).

27 — Sodba z dne 30. maja 2002 (C-516/99, Recueil, str. I-4573).

sodbi Syfait in drugi²⁸ glede vprašanj, ki mu jih je predložila Epitropi Antagonismou (grška komisija za konkurenco).

sprejetje predhodne odločbe in s tem izpolnil svojo dolžnost, da javno ter povsem nepristransko in neodvisno predstavim obrazložene sklepne predloge glede postavljenih vprašanj (člen 222(2) ES).

39. Ta težnja se jasno kaže ob upoštevanju zgodnejših sklepov Sodišča glede vprašanj za predhodno odločanje, ki so jih predložili organi, podobni zgoraj navedenim, po zgledu španskih gospodarskih in upravnih sodišč²⁹ ter španskega sodišča za varstvo konkurence³⁰.

VI – Podredna analiza vprašanj za predhodno odločanje

A – Postavljeni vprašanja

40. Moje stališče se od zadeve De Coster ni spremenilo, zato trdim, ne le zaradi doslednosti, ampak tudi preprosto zato, ker sem o tem prepričan, da Bundeskommunikationssenat ni sodišče v smislu člena 234 ES, zato Sodišču predlagam, naj se izreče za nepristojno za odgovarjanje na vprašanja, ki mu jih je predložil.

41. Upam, da bodo sodniki, na katere se obračam, ocenili, da je predlog iz zadeve De Coster ustrezen, vendar bom, če se morda ne bi strinjali z menoj, v nadaljevanju analiziral stvarno vsebino tega predloga za

42. Bundeskommunikationssenat Sodišče naproša, naj natančno pojasni izraza „televizijska prodaja“ in „televizijsko oglaševanje“, ki se pojavita v pravu Skupnosti, da bi lahko na podlagi tega opredelil minivložek, predvajan v oddaji „Quiz Express“. Po njegovem mnenju bo, če bi Sodišče ugotovilo, da gre za pojem „televizijske prodaje“, minivložek v Avstriji prepovedan, ker člen 13(2) ÖRF-Gesetz, na podlagi člena 3(1) Direktive 89/552, nasprotuje tej obliki komercialne televizije; s tem bi se pritrdilo trditvi organa KommAustria. Če je po drugi strani ta vložek mogoče razumeti kot samopredstavitev, bo treba za odločanje uporabiti druge parametre, saj je oglaševanje dovoljeno, če je jasno razpoznavno kot takšno in je z optičnimi oziroma akustičnimi sredstvi povsem ločeno od drugih delov programske sheme (člen 13(3) zgoraj navedenega zakona).

28 — Sodba z dne 31. maja 2005 (C-53/03, ZOdl., str. I-4609).

29 — Sodba z dne 21. marca 2000 v zadevi Gabalfria in drugi (od C-110/98 do C-147/98, Recueil, str. I-1577).

30 — Sodba z dne 16. julija 1992 v zadevi Asociación Española de Banca Privada in drugi (C-67/91, Recueil, str. I-4785).

43. Vendar upravni predložitveni organ svojih skrbi ni izrazil abstraktno, ampak v povezavi z vrsto razvedrilnega programa, ki bi jo bilo treba še opredeliti, saj je v skladu s členom 1(c) in (f) Direktive o televiziji brez meja namen televizijskega oglaševanja ter televizijske prodaje preskrba z blagom in opravljanje storitev. Zato je treba preučiti, ali zadevna oddaja ponuja opravljanje storitev (očitno ne gre za dobavo blaga), in v tem smislu najprej oceniti, ali ima značilnosti igre na srečo, in če se izkaže, da to drži, določiti njen dejanski obseg, da jo bo mogoče označiti kot televizijsko prodajo ali, v skrajnem primeru, kot oglaševanje.

44. Vendar je treba, preden nadaljujemo, predvideti tudi drugo možnost, ki se implicitno pojavi v vprašanjih, ki jih je postavil Bundeskommunikationssenat: da namreč ne gre niti za oglaševanje niti za televizijsko prodajo, ampak preprosto za oddajo, ki spada v „televizijski program“ v smislu člena 1(a) zgoraj navedene direktive.

B – Sporna igra „Gewinnspiel“ ni televizijsko tekmovalje

45. Glede tega so zgledna stališča, ki jih je podala italijanska vlada med pisnim postopkom. V nasprotju s tekmovaljem tipa

„vprašanje-odgovor“, ki poteka na odru, kjer je mogoče protagoniste, tj. voditelja igre in kandidate, fizično videti ter kjer občinstvo (v studiu in doma) igra le pasivno vlogo, je igra „Gewinnspiel“ ÖRF razvedrilna oddaja, v kateri eden od sodelujočih v igri, ki je bil še do pred nekaj trenutki navaden televizijski gledalec, nenadoma postane tisti na drugi strani telefonske linije, medtem ko lahko ostali televizijski gledalci še naprej upajo, da bodo sodelovali v igri in bodo prejeli nagrado.

46. Ta konfiguracija dokazuje, da si v nasprotju s tradicionalnim „kvizvložkom“, pri katerem je televizija sredstvo za prikaz igre, kakršna se običajno igra, torej za razvedritev občinstva, minivložek, predvajan na ÖRF, prizadeva, da bi pritegnil zainteresirane tako, da jim ponudi mamljivo nagrado, ki jo lahko priigrajo ali v prvi fazi, če imajo srečo, da je izbran prav njihov klic, in če povejo pravilno rešitev, ali naknadno, s sodelovanjem v tedenskem žrebanju.

47. Vendar je treba za sodelovanje plačati določeno vsoto denarja, od katerega ima dobiček televizijski kanal, kar pomeni, da je njegov dobiček toliko večji, kolikor več je telefonskih klicev; zato lahko načeloma in ne glede na poglobljeno analizo tega vprašanja v nadaljnjih točkah teh sklepnih predlogov trdimo, da je cilj zadevnega razvedrilnega programa neposredno financiranje ÖRF.

Tako trčimo ob plačilo iz člena 1(c) in (f) Direktive 89/552.

48. In ne nazadnje, s predvajanjem tega razvedrilnega vložka ÖRF ne izvaja „razširjanja televizijskih programskih vsebin“ v smislu člena 1(a) zgoraj navedene direktive, saj ne oddaja programa, namenjenega javnosti, temveč televizijo uporablja za doseg pomožnega, čeprav pomembnega cilja: zagotovitve prihodkov.

49. Kot sem že napovedal, je treba v tem okviru preučiti, ali je ta pomožna funkcija opravljanje storitev za plačilo, za kar je treba najprej razjasniti značaj zadevnega prenašanja.

C – Igra na srečo

50. V točkah od 92 do 97 sklepnih predlogov v zadevi Placanica in drugi³¹ preučujem

31 — Sodba z dne 6. marca 2007 (C-338/04, C-359/04 in C-360/04, ZOdl., str. I-1891).

odnose med srečo, igro in pravom. Te vezi utemeljujejo obstoj zakonodaje Skupnosti, ki posameznike ščiti pred tveganjem, ki bi ga lahko imela strast do igranja za njihovo premoženje in zdravje³², vendar hkrati ščiti gospodarske interese podjetij in centrov, v katerih poteka takšno razvedrilo, ter s tem zagotavlja tudi svobodo ustanavljanja in svobodo opravljanja storitev.³³

51. Čeprav zgoraj navedena sodna praksa analizira posredne učinke iger na srečo na temelje skupnega trga, pravo Evropske unije nikjer natančno ne določi tega izraza in zanj ne poda nikakršne opredelitve. Vendar se priznava, da izraz v pravnem smislu zaobjema stavo finančne narave, katere rezultat je odvisen od sreče.³⁴

52. Na podlagi tega uvoda, ki je nedvomno precej ohlapen, bi si lahko predstavljali

32 — V sklepnih predlogih z dne 13. februarja 2007 v zadevi Gintec (C-374/05), za katero v času branja pričujočih sklepnih predlogov še ni bila izrečena sodba, sem opozoril na nevarnosti za javno zdravje, ki izhajajo iz uporabe metod, kakršne so igre na srečo, na področju oglaševanja zdravil (točka 72).

33 — V sodbi z dne 6. novembra 2003 v zadevi Gambelli in drugi (C-243/01, Recueil, str. I-13031) je navedeno, da je nacionalna zakonodaja (italijanski zakon), ki pod grožnjo kazenskih sankcij prepoveduje opravljanje dejavnosti v sektorju iger na srečo brez koncesije ali odobritve s strani državne policije, omejitev svobode ustanavljanja in opravljanja storitev (točka 59 in izrek). Ta ocena se ponovi v zgoraj navedeni sodbi Placanica in drugi, točka 71 in izrek.

34 — Člen 1(5)(d) Direktive 2000/31/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija 2000 o nekaterih pravnih vidikih storitev informacijske družbe, zlasti elektronskega poslovanja na notranjem trgu (Direktiva o elektronskem poslovanju, UL L 178, str. 1) s svojega področja uporabe izključuje „dejavnosti igralništva, pri katerih gre za vložke denarne vrednosti v igrah na srečo, vključno z loterijami in s transakcijami v zvezi s stavami“.

neskončno število vrst iger na srečo, saj človeška domišljija, ko gre za igro in tekmovanje, resnično ne pozna meja.³⁵ Vendar kljub vsemu za opredelitev pojma razločujem tri parametre: finančni vložek, negotovost in želja po zmagi.³⁶

53. Negotovost rezultata je neločljiva sestavina igre na srečo, saj je naključje prisotno na vseh stopnjah, je kot začimba, ki da jedi pravi okus, medtem ko je za igralca iluzija, da bo zadel nagrado, vrednejšo od prvotnega vložka, vaba, ki spodbuja njegovo poželjivost. Poleg tega se je ta družbeni pojav zaradi svoje gospodarske plati znašel tudi na področju prava, ki se zanj zanima zato, ker se zdijo posledice na premoženje posameznikov neizbežne.³⁷ Igra brez stave, ki ne vpliva na igralčev kapital, je izključno njegova zasebna zadeva, za katero ne potrebuje zakonskega varstva.

35 — Huizinga, J., v *Homo ludens*, Ed. Alianza, Madrid, 1990, trdi, da človeška kultura izhaja iz igre in da se v njej tudi razvija. Pojasnjuje, da je bil izraz *homo sapiens*, potem ko je bilo ugotovljeno, da tej vrsti ne ustreza tako zelo, kot so menili na začetku, saj človeško bitje naposled niti ni tako razumsko, kot so si to domišljali v duhu naivnega optimizma 18. stoletja, dodan izraz *homo faber*. Vendar meni, da je ta oznaka manj primerna, saj se lahko nanaša tudi na nekatere živali. Zato predlaga, da bi dodali izraz *homo ludens*, saj je kljub temu, da obstajajo tudi živali igralke, funkcija iger tako posebna, da je proizvodnje izdelkov in človeško obnašanje v splošnem le igra.

36 — V sodbi z dne 24. marca 1994 v zadevi Schindler (C-275/92, Recueil, str. I-1039) je pojasnjeno, da so dejavnosti loterije tiste, ki jih pripravi organizator, tako da kupcem igralnih listkov zagotovi sodelovanje v nagradni igri in jim ponudi upanje, da bodo zadel nagrado; v ta namen zagotovi zbiranje vložkov, organizacijo naključnih žrebanj, končno odločitev in podelitev dobitkov. Za sodelovanje je treba plačati loterijski listek (točki 27 in 28).

37 — Ta misel je nakazana v točkah od 95 do 98 mojih zgoraj navedenih sklepnih predlogov Placanica in drugi.

54. Očitno je, da je v vložku iz oddaje „Quiz Express“ prisotna sreča. Koliko je naklonjena udeležencem, se pokaže ob dveh priložnostih: ko je med prejetimi klici izbran eden od klicateljev, ki se lahko nato „v živo“ pogovarja z voditeljem oddaje, in nato še enkrat med tedenskim žrebanjem, ki daje drugim tekmečem upanje, da bodo zadel nagrado. Spособnosti gledalca, njegovo znanje ali preprosto njegova umska spretnost igrajo v sanjah o zmagi le stransko vlogo.

55. V bistvu si televizijski gledalec, ko vtipka telefonsko številko, želi, da bi zadel dobitnik ali v prvi fazi ali v drugi fazi, ko poteka žreb.

56. Za to se najprej obveže, da bo plačal določen znesek (0,70 EUR), ki čeprav je nizek, bistveno presega ceno običajnega telefonskega klica v Avstriji; s plačilom se strinja v upanju, da bo zadel nagrado v vrednosti med 200 in 330 EUR, s katero bi več kot pokril prvotni vložek.

57. Zato nas značilnosti igre, ki poteka v okviru programa „Quiz Express“, napeljujejo k temu, da jo označimo kot igro na srečo.

D – *Opravljanje storitev*

58. Ko smo že razrešili to točko, je mogoče preprosto ugotoviti, da ÖRF ponuja storitev za plačilo.

59. Sodišče je brez obotavljanja uvrstilo organizacijo loterij (sodba Schindler)³⁸, dajanje na voljo igralnih avtomatov za plačilo (sodba Läära in drugi)³⁹ in tudi igre na srečo ali za denar (sodba Anomar in drugi)⁴⁰ med storitve v smislu člena 50 ES⁴¹.

60. Res je, da jih je kot take opredelilo med preučevanjem iger na srečo kot celote, kjer jih je obravnavalo kot samostojno in glavno dejavnost, v okviru nacionalnih ukrepov, katerih namen je bil omejevanje njihove organizacije zaradi uresničevanja ciljev v splošnem interesu, kot sta zaščita družbenega reda ali boj proti kriminalu in goljufijam.⁴²

61. Te sodne odločbe se ne ukvarjajo s položajem, v katerem je igra vključena v širši okvir, kakršen je primer spora o glavni stvari, kakor tudi tistega, ki ga je Sodišče preučevalo v zadevi Familiapress⁴³, ki je zadevala podoben položaj: nemški tednik „Laura“, katerega distribucija je potekala v Avstriji, je namreč objavljala križanke in uganke, ki so jih morali bralci razrešiti, ter nato na podlagi žrebanja podeljeval denarne dobitke osebam, ki so poslale pravilne odgovore. ÖRF in portugalska vlada imata povsem prav, ko trdita, da v zgoraj navedeni sodbi te tombole, organizirane v majhnem obsegu, ne predstavljajo samostojne gospodarske dejavnosti, ampak le enega od elementov redakcijske vsebine revije (točka 23), zato jih ne bi mogli označiti kot opravljanje storitev v smislu člena 50 ES. Vendar Komisija povsem ustrezno opozarja, da je bila ta ocena podana zaradi razlikovanja od sodbe Schindler, izrečeni v okviru nadzora sorazmernosti nacionalnih ukrepov, ki omejujejo igre na srečo v velikem obsegu, kot so npr. loterije.

62. Če torej povzamem, sodna praksa Skupnosti z ničimer ne preprečuje razvrstitve minivložka, predvajanega na ÖRF, med igre na srečo in posledično tudi med storitve.

63. Preden nadaljujem, je treba podati še repliko na trditve, ki jo je v stališčih podal

38 — Zgoraj navedena sodba Schindler, točke 19, 25 in 34.

39 — Sodba z dne 21. septembra 1999 v zadevi Läära in drugi (C-124/97, Recueil, str. I-6067, točki 18 in 27).

40 — Sodba z dne 11. septembra 2003 v zadevi Anomar in drugi (C-6/01, Recueil, str. I-8621, točki 48 in 52).

41 — Za podrobnejši seznam glej točko 97 mojih sklepnih predlogov Placanica in drugi.

42 — Nekateri od teh ciljev so navedeni v točkah 14 in 15 sodbe z dne 21. oktobra 1999 v zadevi Zenatti (C-67/98, Recueil, str. I-7289).

43 — Sodba z dne 26. junija 1997 (C-368/95, Recueil, str. I-3689).

ÖRF (točka 4), in poudariti, da dejstvo, da je sprejem oddaje „Quiz Express“ mogoč samo v Avstriji, ni bistveno, saj ima ta okoliščina vpliv samo v okviru uporabe člena 49 ES in ne more biti v nobenem primeru razlog za zanikanje katere od značilnosti oddaje. Treba je upoštevati, da Direktiva o televiziji brez meja uporablja izraz „opravljanje storitev“ za opredelitev določene dejavnosti in ne za zagotovitev njenega prostega pretoka. Z drugimi besedami, storitev, kakršna izhaja iz točke 27 sodbe Läära in drugi⁴⁴, ostaja storitev, tudi če ne prestopi državnih meja.

65. Člen 1(f) Direktive o televiziji brez meja omenja štiri elemente: (1.) predvajanje (2.) neposredne ponudbe javnosti zaradi (3.) preskrbe z blagom ali storitvami (4.) za plačilo.

66. Prvi in zadnja dva elementa v obravnavanem primeru ne povzročata nikakršnih težav. Nihče ne spodbija dejstva, da je „Quiz Express“ televizijska oddaja, ki ponuja igro za nagrado: osebe, ki pokličejo, plačajo določen znesek (ki ga prejme ÖRF), da lahko sodelujejo in uporabljajo to storitev, ki jim daje možnost, da v eni od obeh faz razvedrilnega programa zadenejo nagrado.

E – Televizijska prodaja proti oglaševanju

64. Takšen je torej gordijski vozle tega predloga za sprejetje predhodne odločbe, ki si prizadeva ugotoviti, ali ima razvedrilni vložek iz programa „Quiz Express“, v katerem se ponudi nagrada, in v širšem pomenu tudi sam program tipične značilnosti oddaje televizijske prodaje.

67. Najprej je tu izraz „neposredna ponudba javnosti“, ki pomaga pri enostavnejšem razločevanju med televizijsko prodajo in oglaševanjem, saj je zadnje namenjeno predvsem promociji za preskrbo in ne njeni dejanski izvedbi.

1. Neposredna ponudba

68. Obseg tega izraza je bil opredeljen v sodbi RTI in drugi⁴⁵ v okviru razlage

⁴⁴ — Sodba določa: „Drugič, ker gre za določbe Pogodbe, ki se nanašajo na svobodo opravljanja storitev, se te, kot je Sodišče odločilo v zadevi Schindler glede organizacije loterij, uporabljajo za dejavnost, katere namen je uporabnikom omogočiti, da za plačilo sodelujejo v denarni igri. Zato sodi takšna dejavnost na področje uporabe člena 59 Pogodbe [ki je postal člen 49 ES], takoj ko ima vsaj eden od ponudnikov storitev sedež v državi članici, ki ni država, v kateri se storitev ponuja.“

⁴⁵ — Sodba z dne 12. decembra 1996 (C-320/94, C-328/94, C-329/94, C-337/94, C-338/94 in C-339/94, Recueil, str. I-6471).

Direktive 89/552, kakršna je bila pred spremembo in ki ni obravnavala televizijske prodaje, čeprav je bila ideja implicitno podana v členu 18(3), ki je urejal najdaljše trajanje drugih „oblik oglaševanja“, saj je določal, da „neposredne ponudbe za prodajo, nakup ali najem izdelkov ali opravljanje storitev ne smejo trajati več kot eno uro dnevno“.

69. V točki 31 te sodbe je ta kategorija opisana na naslednji način: „programske vsebine, ki predstavljajo proizvode, ki jih je mogoče neposredno naročiti prek telefona, po pošti ali prek teleteksta in ki naj bi se dobavili televizijskim gledalcem na dom“. Izvajalec med predvajanjem običajno predstavi proizvode in storitve za prodajo, izpostavi njihove prednosti in vrline ter navede ceno in način plačila, medtem ko se na zaslonu izpišejo še telefonske številke, naslov spletne strani ali drugi koristni podatki, ki omogočajo naročilo. Pogodba je urejena v skladu s pravili prodaje na daljavo⁴⁶, ki jo predvideva Direktiva 97/7/ES⁴⁷.

70. V nasprotju s tem gre pri oglaševanju za „posredno“ ponudbo, saj poskuša ta dejavnost po zgledu televizijske prodaje gledalce

prepričati, naj kupijo določeno blago ali storitev, ki ju oglašuje, tako da predstavlja njune lastnosti, vendar ostaja končna faza transakcije na robu njenih neposrednih ciljev in je preložena na kasnejše obdobje, ko se potrošnik obrne na ustrezen distribucijski kanal, kjer lahko opravi nakup.

71. Televizijska prodaja gre namreč nekoliko dlje kot oglaševanje, saj se ne omeji samo na oglas, ampak zagotavlja tudi promocijo in prodajo.

72. Ta razmišljanja potrjujejo domnevo, da oddaja „Quiz Express“ ponuja televizijskim gledalcem sodelovanje v igri na srečo, pri čemer jim ponuja vse podatke, potrebne za to, da stopijo v stik z voditeljem in se v živo vključijo v program, ali če jim to ne uspe, da se vpišejo med kandidate v tedenskem žrebanju, za kar, vsaj posredno, tudi plačajo⁴⁸ s klicem telefonske številke po višji tarifi.

73. Voditelj programa televizijskim gledalcem predlaga, naj si zabeležijo številke, ki se izpišejo na zaslonu, da bodo lahko sodelovali v tekmovanju te oddaje. Komercialna plat

46 — Retterer, S.: *Le télé-achat: une vente aux apparences publicitaires protégée des réglementations nationales* (Televizijska prodaja: prodaja v oglaševalni preobleki, zaščitena z nacionalnimi predpisi), „Droit de la consommation“, Ed. Juris-Classeur, zunaj serije, december 2000, str. 306.

47 — Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. maja 1997 o varstvu potrošnikov glede sklepanja pogodb pri prodaji na daljavo (UL L 144, str. 19).

48 — Ni podatka o tem, ali je bila navedena cena pogovora.

sestoji iz poudarjanja vrednosti nagrad, ki so v igri. „Povabilo“ je sprejeto, ko uporabnik pokliče številko in mu operator ÖRF odgovori, saj se v tem trenutku sproži postopek plačila in se strošek pogovora zabeleži na telefonski račun stranke, ki se je s klicem odločila, da bo sodelovala v igri v živo ali da bo, če ji to ne bo uspelo, pridobila pravico do sodelovanja v naknadnem žrebanju.

branje opredelitev pojmov televizijske prodaje in oglaševanja iz člena 1 Direktive o televiziji brez meja in Poglavja IV te direktive dokazuje željo po tem, da bi bili ti dejavnosti ločeni in razpoznavni (člen 10), zato se v program vstavi samo med posameznimi oddajami in izjemoma znotraj oddaje, če s tem ne posegata v njeno celovitost in pomen ter upoštevata naravne premore in samostojne dele ter intervale.

74. Tako je v skladu s členom 1(f) Direktive o televiziji brez meja javnost odprto povabljen k nakupu storitve za plačilo, s čimer so izpolnjeni vsi pogoji, potrebni za sklenitev pogodbe pri prodaji na daljavo.⁴⁹

75. Torej lahko z gotovostjo trdimo, da je zadevni vložek neke vrste televizijske prodaje.

77. Očitno zakonodajalec ne predvideva, da bi se katera od njiju lahko vstavila v oddajo na način, s kakršnim imamo opravka v sporu o glavni stvari, kar pojasnjuje dvome, ki jih je izrazil predložitveni organ glede natančne opredelitve tega programa.

2. Poseben pomen igre v oddaji „Quiz Express“

76. Vendar oznake „televizijska prodaja“ ni mogoče dodeliti kar avtomatično. Povezano

78. Treba je oceniti „količino in kakovost televizijske prodaje“, vstavljene v oddajo, da jo je mogoče opredeliti kot tako. Na tem mestu je treba upoštevati opredelitev, izraženo v sodbi Familiapress: pomembnost te dejavnosti v oddaji. Če je drugotnega pomena in je v oddajo vstavljena le kot dodatni element, ki pripomore k doseganju cilja oddaje, se razvoden v njeni splošni vsebini; če pa je njen pomen veliko večji in postane celo vodilni motiv oddaje, se s posebnim značajem te dejavnosti izenači vse prenašanje, ki se tako spremeni v oddajo televizijske prodaje. Povsem jasno je, da so med tema skrajnostma tudi vmesne možnosti.

49 — V skladu s členom 2(1) Direktive 97/7 pogodba pri prodaji na daljavo pomeni „vsako pogodbo, ki zadeva blago ali storitve ter je bila sklenjena med ponudnikom in potrošnikom po organiziranem programu za prodajo ali preskrbo storitev, ki ga vodi ponudnik in zaradi pogodbe uporablja izključno eno ali več sredstev za komuniciranje na daljavo, vse do takrat in vključno s trenutkom, ko je pogodba sklenjena“.

79. Vsebinsko se Sodišču ni treba spuščati v pustolovščino razpoznavanja narave zadevne igre, še toliko manj zato, ker v tem primeru ne razpolaga z dejstvi, ki bi jih potrebovalo, da bi se lahko uspešno spopadlo s to problematiko. Lahko pa nacionalnemu organu dejansko poda nekaj pravil, vendar s preudarnostjo, ki jo je na obravnavi pokazal predstavnik Združenega kraljestva.

80. Prvo merilo presoje je cilj oddaje, v kateri je bilo predvajano minitekmovanje. Zdi se jasno, da se presoja razlikuje glede na to, ali igra poteka v okviru katerega od zabavnih programov, kot sta npr. magazin ali variete, katerih glavni namen je razvedrilo⁵⁰, in tako pripomore k dosegu njenega cilja, ali v popolnoma drugačni oddaji, na primer televizijskega dnevnika ali verskega programa⁵¹. Na podlagi te presoje v okvir izraza televizijske prodaje ne sodijo primeri, v katerih se udeležba televizijskih gledalcev, čeprav za plačilo, vključuje v uredniško vsebino oddaje in je njen namen usmerjati potek oddaje, kot na primer v „resničnostnih šovih“ tipa „Big Brother“, „Star Academy“ ali „Mira quien baila“.

81. Drugi kazalec, ki ga ne bi smeli zanemariti, je torej ekonomska pomembnost igre v televizijski oddaji, tako neposredna kot tudi posredna. Neposredno igra pomembno vlogo pri oceni delež, ki ga predstavljajo dohodki, pridobljeni s klici posebne telefonske številke, znotraj vseh prihodkov programa, vključno z oglaševanjem.

82. Poleg tega je treba upoštevati tudi posredni dejavnik, torej čas, ki je posvečen predstavitvi igre in prepričevanju televizijskih gledalcev, naj se je udeležijo s klicem številke, ki so se izpisale na njihovem zaslonu, ter tudi iskanju osebe, ki bo morala neposredno odgovoriti na vprašanje: tj. trud, vložen v „prodajo izdelka“. Koristno metodo na tem področju najdemo v členih 18 in 18a Direktive o televiziji brez meja, ki urejata trajanje oglaševanja in vložkov televizijske prodaje.

83. Pri izračunavanju ekonomskih posledic igre je pomembnih več vprašanj, ki se običajno postavljajo: lažja ko so vprašanja, več je potencialnih kandidatov, s čimer se povečajo prihodki iz tega vira.

50 — Že po nekaj minutah „sprehajanja po daljinskem upravljavcu“ lahko naletimo na vrsto športnih in zabavnih oddaj, v katerih so gledalci povabljeni k sodelovanju v nagradni igri, ne da bi zaradi tega oddaja izgubila svoj prvotni značaj.

51 — Ta misel izhaja iz člena 11(5) Direktive o televiziji brez meja, ki prepoveduje predvajanje reklamnih sporočil med verskimi oddajami, televizijskimi dnevniki, dokumentarci in otroškimi programi, ki trajajo manj kot trideset minut.

84. Ob upoštevanju teh meril lahko vsaka preudarna oseba brez težav ugotovi, ali je cilj

priprava razvedrilnega programa ali preprosto financiranje avdiovizualnega podjetja s prodajo storitve.

F – V vsakem primeru neobstoj elementa oglaševanja

85. In ne nazadnje je mogoče pravo naravo programa razkriti tudi na podlagi števila gledalcev oddaje, ki pokličejo telefonsko številko, da bi sodelovali v razvedrilnem programu.

87. Če bi bil odgovor na prvo vprašanje nikalen, predložitveni organ podredno sprašuje, ali dejstva spora v vsakem primeru napeljujejo na pojem oglaševanja v obliki samopredstavitve, to je dejavnosti, ki jo izdajatelj televizijskih programov izvaja zaradi promocije svojih izdelkov, storitev, programov ali kanalov (devetintrideseta uvodna izjava Direktive 97/36).

88. Med tem in prvim vprašanjem za predhodno odločanje obstaja bistvena razlika, ki ni bila obravnavana v pisnih stališčih in zadeva stvarno razmejitve, saj se vprašanje ne nanaša na program ali na enega od njegovih delov, temveč na sporočilo samo, saj lahko tudi neoglaševalna oddaja vsebuje tovrstne oglase.⁵² Ta točka je bistvenega pomena za odgovor na drugo vprašanje.

86. Na podlagi predstavljenih razmišljanj Sodišču predlagam, naj na prvo vprašanje odgovori: na podlagi člena 1(f) Direktive 89/552 je treba oddaje ali dele oddaj, v katerih izdajatelj televizijskih programov gledalcem ponuja možnost, da sodelujejo v nagradni igri, tako da neposredno pokličejo posebno telefonsko številko in torej za storitev plačajo, šteti za vložke „televizijske prodaje“, če je glavni cilj prodaja pravice do sodelovanja v tekmovanju. Zato mora nacionalno sodišče uravnotežiti merila, predstavljena v točkah od 77 do 82 teh sklepnih predlogov, torej: (a) glavni namen oddaje, (b) ekonomski pomen igre, (c) čas, ki ji je posvečen, in (d) število televizijskih gledalcev, ki pokličejo.

89. Če se oceni, da oddaja „Quiz Express“ ne sodi v kategorijo televizijske prodaje, bi ji bilo treba priznati značaj zabavnega programa.⁵³

52 — Komisija je to možnost omenila v točkah 21 in 41 razlagalnega sporočila Komisije o nekaterih vidikih določb o televizijskem oglaševanju v Direktivi o „televiziji brez meja“ (UL C 102, str. 2), pri čemer je mislila na minivložke in deljeni zaslon, pri katerem gre za sočasno predvajanje uredniške in oglaševalne vsebine.

53 — V točkah od 41 do 44 teh sklepnih predlogov sem izpostavil težave, povezane s tem, da bi igro „Gewinnspiel“ iz postopka v glavni stvari označili za televizijsko tekmovanje.

Tako sporočila s telefonsko številko in način sodelovanja v igri niso namenjeni oglaševanju igre, ampak gre za predstavitev podatka, ki je nujen za sodelovanje in bistvenega pomena za oddajo; tako lahko taki podatki televizijskemu gledalcu koristijo samo v okviru oddaje, ki jo trenutno gleda. Z drugimi besedami: obvestilo s telefonsko številko je po naravi informacija, ki je nerazdružljivo povezana z oddajo in katere namen je poenostavitev njenega nemotenega poteka, ne pa ponujanje dodatne storitve.

90. Skratka, obvestilo, ki se izpiše na zaslonu med oddajo „Quiz Express“ in vsebuje telefonsko številko, ki jo je treba poklicati za sodelovanje v igri na srečo, ne prikriva nikakršnega oglaševalnega namena in zato ne sodi na področje uporabe člena 1(c) Direktive o televiziji brez meja.

VII – Predlog

91. Glede na zgoraj povedano, predlagam Sodišču, naj:

1. se izreče za nepristojno za odgovarjanje na vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je postavil avstrijski Bundeskommunikationssenat, ker le-ta ni sodišče v smislu člena 234 ES;
2. podredno, če se vprašanje za predhodno odločanje šteje za dopustno, odgovori:
 - a) Na podlagi člena 1(f) Direktive Sveta 89/552/EGS z dne 3. oktobra 1989 o usklajevanju nekaterih zakonov in drugih predpisov držav članic o

opravljanju dejavnosti razširjanja televizijskih programov, kot je bila spremenjena z Direktivo 97/36/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 30. junija 1997, je treba oddaje ali dele oddaj, v katerih izdajatelj televizijskega programa gledalcem ponuja možnost, da sodelujejo v nagradni igri, če takoj pokličejo na komercialne številke, torej za plačilo, šteti za vložke „televizijske prodaje“, če je glavni cilj prodaja pravice do sodelovanja v igri. V zvezi s tem mora nacionalno sodišče pretehtati zlasti naslednja merila: (a) glavni namen oddaje, (b) ekonomski pomen igre, (c) čas, ki ji je posvečen, in (d) število televizijskih gledalcev, ki pokličejo;

- b) obvestilo, ki se izpiše na zaslonu med oddajo in vsebuje komercialne telefonske številke, ki jih morajo televizijski gledalci poklicati, če želijo sodelovati v žrebanju, ki ga organizira televizijski kanal v okviru te oddaje, ni namenjeno oglaševanju, ampak samo informiranju, zato ne sodi na področje uporabe člena 1(c) Direktive 89/552.