

## CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

présentées le 24 mai 2007<sup>1</sup>

### I — Introduction

1. De nos jours, en tout lieu, le marketing assiège et envahit. Tous les supports médiatiques diffusent des publicités, nous parlent de promotion ou de bonnes affaires. Les magazines, le cinéma, la télévision, la radio, l'Internet et même les téléphones font la réclame des mérites de tel produit, et incitent l'usager à l'acheter, dans la perspective de lui faciliter la vie ou de le rendre plus heureux, même au risque de le saturer de ces messages ou de l'agresser<sup>2</sup>. L'apparition de la publicité a favorisé le développement du commerce moderne<sup>3</sup>, lequel a dépassé son cadre local ou national, pour évoluer vers un marché mondial et interdépendant. Le boniment des charlatans, des vendeurs ambulants, des bateleurs, des découvreurs d'éli-

xirs, d'onguents contre la douleur ou d'herbes prodigieuses, des arracheurs de dents, des vendeurs de produits faisant repousser les cheveux et de remèdes miracles, des camelots, des colporteurs et autres margoulin, qui vantaient leurs articles sur les foires et les marchés d'autrefois, a laissé place aux campagnes publicitaires qui atteignent des millions de consommateurs<sup>4</sup>.

2. Avec le réseau informatique mondial, la télévision est peut-être le moyen de diffusion des messages publicitaires le plus agressif, tant par sa puissance que par sa force de pénétration et sa capacité de stimulation. Cela explique la préoccupation qui transparaît dans la directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle<sup>5</sup>, plus

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — Beigbeder, F., *99 francs*, éd. Grasset, Paris, 2000, déclare que la publicité est l'une des plus grandes catastrophes des 2000 dernières années pour ceux qui aiment la littérature.

3 — Zola, É., *Au bonheur des dames*, éd. Gallimard, collection Folio, Paris, 1980, p. 480, fait écho de cette réflexion: «Depuis le matin, la cohue augmentait. Aucun magasin n'avait encore remué la ville d'un tel fracas de publicité. Maintenant, le Bonheur dépensait chaque année près de six cent mille francs en affiches, en annonces, en appels de toutes sortes; le nombre des catalogues envoyés allait à quatre cent mille, on déchetait plus de cent mille francs d'étoffes pour les échantillons. C'était l'envahissement définitif des journaux, des murs, des oreilles du public, comme une monstrueuse trompette d'airain, qui, sans relâche, soufflait aux quatre coins de la terre le vacarme des grandes mises en vente».

4 — À titre d'exemple, la promotion du nouveau système d'exploitation de l'entreprise américaine Microsoft s'est faite dans 39 000 points de vente à travers 45 pays et a coûté 500 millions de dollars (<http://www.zdnet.fr/actualites/informatique/0,39040745,39366663,00.htm>).

5 — JO L 298, p. 23.

connue sous le nom de «directive télévision sans frontières», lorsqu'elle régit la publicité, en la soumettant à certaines normes et à certains critères impératifs, tout en laissant les pays de l'Union européenne libres d'imposer des règles plus strictes (vingt-sixième considérant).

3. Au demeurant, la télévision est une fenêtre par laquelle la vie, réelle ou imaginaire, entre dans tous les foyers, ainsi que le commerce, puisqu'elle permet d'acheter des biens et des services sans sortir de chez soi. Les émissions de télé-achat prolifèrent sur de nombreuses chaînes et créent un marché important que la Communauté ne pouvait ignorer, c'est pourquoi la directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 juin 1997<sup>6</sup>, a modifié la directive 89/552 pour répondre à ce phénomène et protéger l'acheteur, en contrôlant la forme et le contenu de ces émissions, de sorte à les distinguer de celles consacrées exclusivement à la publicité (trente-sixième et trente-septième considérants de la directive 97/36).

4. Dans ce contexte, et en vertu de l'article 234 CE, le Bundeskommunikationssenat (Conseil supérieur fédéral de la communication) autrichien a déféré à la Cour deux questions préjudicielles en vue de dégager les notions de «publicité télévisée» et de «téléachat», respectivement à l'ar-

ticle 1<sup>er</sup>, sous c) et f), de la directive 89/552, dans la rédaction que lui a donnée la directive 97/36. Il pose ces questions, car, dans l'affaire au principal, il doit qualifier correctement une séquence télévisée, insérée dans une autre séquence temporellement et matériellement plus importante, dans laquelle les téléspectateurs sont invités à participer à un jeu, en composant un numéro de téléphone surtaxé<sup>7</sup>.

## II — Le cadre juridique

### A — *Le droit communautaire*

5. La directive 89/552 vise à supprimer les entraves à la libre diffusion et à la circulation des informations et des idées par la télévision. Dans la mesure où, habituellement, les entraves résultent des disparités des législations nationales, la directive vise à harmoniser ces dernières et à fixer un dénominateur commun (neuvième, onzième et treizième considérants). C'est pourquoi l'article 3, paragraphe 1, reconnaît aux États membres la faculté d'exiger de leurs orga-

6 — JO L 202, p. 60.

7 — Ces abonnés peuvent recevoir du prestataire du service de télécommunications un pourcentage du montant de la communication facturée.

nismes de radiodiffusion de se conformer à des règles plus détaillées ou plus strictes que celles prévues par la directive elle-même.

6. L'article 1<sup>er</sup>, sous c) définit la publicité télévisée dans les termes suivants: «toute forme de message télévisé, que ce soit contre rémunération ou paiement similaire, ou de diffusion à des fins d'autopromotion par une entreprise publique ou privée dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou d'une profession libérale dans le but de promouvoir la fourniture, moyennant paiement, de biens ou de services, y compris les biens immeubles, ou de droits et d'obligations».

7. Aux termes de l'article 1<sup>er</sup>, sous f), le téléachat correspond à «la diffusion d'offres directes au public en vue de la fourniture, moyennant paiement, de biens ou de services, y compris les biens immeubles, ou de droits et d'obligations».

8. Selon l'article 10<sup>8</sup>, les deux notions doivent être aisément identifiables comme telles et être nettement distinguées du reste du programme par des moyens optiques et/ou acoustiques (paragraphe 1), les annonces

isolées devant être exceptionnelles (paragraphe 2), alors que la publicité et le téléachat clandestins ou utilisant des techniques subliminales sont interdits (paragraphe 3 et 4).

9. Les articles 18 et 18 bis<sup>9</sup> limitent le temps de transmission des spots et des créneaux réservés au téléachat, en fixant des pourcentages maximaux, quotidiens et par heure.

## B — *La législation autrichienne*

1. Législation organique relative au Bundeskommunikationssenat

10. Cette entité, qui dépend de la chancellerie fédérale, a été instaurée par la (la loi fédérale portant création de la Kommunikationsbehörde Austria et du Bundeskommunikationssenat (Bundesgesetz über die Einrichtung einer Kommunikationsbehörde Austria und eines Bundeskommunikationssenates, ci-après le «KOG»)<sup>10</sup>, pour contrôler les décisions de la Kommunikationsbehörde Austria (autorité autrichienne de régulation en matière de communication,

8 — Aux termes résultant de la directive 97/36.

9 — Également aux termes résultant de la directive 97/36.

10 — BGBl. I, 32/2001.

ci-après la «KommAustria») et de l'Österreichischer Rundfunk (service autrichien de radiodiffusion, ci-après l'«ÖRF»).

11. L'article 11, paragraphe 2, du KOG lui donne compétence pour statuer, en dernière instance, sur des recours contre des décisions de la KommAustria, sauf en matière pénale.

12. Les décisions du Bundeskommunikationssenat sont susceptibles de recours juridictionnel devant le Verwaltungsgerichtshof<sup>11</sup> (tribunal administratif) (article 11, paragraphe 3, du KOG).

13. Le mandat de ses cinq membres, dont trois sont issus de la magistrature (la présidence étant assurée par l'un de ces derniers), a une durée de six ans prorogeable et les motifs de remaniement sont fixés à l'article 12 de la KOG, qui proclame leur indépendance et précise qu'ils ne reçoivent ni instruction ni aucun ordre.

11 — Ce tribunal, dont le siège est à Vienne, exerce le contrôle juridictionnel de l'administration publique. Il connaît des recours extraordinaires, qui portent sur la légalité de l'activité administrative, sans aborder le terrain factuel. Il joue le rôle de cour administrative de cassation, qui se borne à défendre la règle juridique en en donnant l'interprétation correcte. Il a compétence pour annuler les actes administratifs pris en violation du droit, matériel ou procédural, ou par excès de pouvoir, mais ne peut pas réviser les faits.

14. S'agissant de la procédure, l'article 14 renvoie à la loi de procédure administrative (Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, ci-après «AVG»)<sup>12</sup>.

2. Loi sur la radiodiffusion

15. La loi fédérale relative à la radiodiffusion autrichienne (Bundesgesetz über den Österreichischen Rundfunk, ci-après l'«ÖRF-Gesetz»)<sup>13</sup> reconnaît, à l'article 47, paragraphe 1, qu'elle vise à transposer la directive 89/552, telle que modifiée par la directive 97/36.

16. L'article 13, paragraphe 1, permet à l'ÖRF, dans le cadre de ses programmes, d'octroyer des temps d'émission, moyennant paiement, pour de la publicité commerciale, qui est définie dans les mêmes termes que ceux de l'article 1<sup>er</sup>, sous c), de la directive télévision sans frontières.

17. Le paragraphe 2 interdit l'octroi de temps d'émission pour le téléachat, cette notion étant définie dans les mêmes termes que ceux de l'article 1<sup>er</sup>, sous f), de ladite directive.

12 — BGBl. 51/1991.

13 — BGBl. I, 83/2001, dans la version du BGBl. I, 159/2005

18. Enfin, le paragraphe 3 reproduit, exclusivement en ce qui concerne la publicité, l'article 10, paragraphe 1, de ladite directive.

été sélectionnées de participer à un tirage au sort mensuel, laissait le hasard décider de nouveau.

### III — Les faits, le litige au principal et les questions préjudicielles

19. Au cours de l'émission «Quiz Express», diffusée par l'ÖRF le 1<sup>er</sup> avril 2005, alors qu'apparaissait en surimpression à l'écran un numéro de téléphone donnant accès à un service à tarification spéciale, le présentateur a proposé au public de participer à un jeu doté d'un prix («Gewinnspiel» en allemand) en composant ledit numéro. La société prestataire du service téléphonique percevait 0,70 euro par communication et en reversait une partie à l'ÖRF<sup>14</sup>.

20. Le divertissement comportait trois phases: au cours de la première, une seule communication choisie totalement au hasard était prise en direct; lors de la deuxième, l'heureux candidat devait répondre aux questions de l'animateur; la dernière, qui permettait aux personnes qui n'avaient pas

21. La KommAustria a formé un recours contre l'ÖRF devant le Bundeskommunikationssenat parce que, selon elle, il avait violé l'article 13, paragraphe 2, de l'ÖRF-Gesetz, en consacrant quelques minutes de l'émission au téléachat.

22. Afin de résoudre la plainte, cet organisme a suspendu la procédure et déferé à la Cour les questions suivantes:

«1) L'article 1<sup>er</sup>, sous f), de la directive 89/552 [...], telle que modifiée par la directive 97/36 [...], doit-il être interprété en ce sens que les émissions ou les parties d'émissions dans lesquelles un organisme de radiodiffusion télévisuelle offre la possibilité aux téléspectateurs de participer à un jeu doté d'un prix organisé par ledit organisme, en composant immédiatement des numéros de téléphone spéciaux et donc moyennant paiement, doivent aussi être considérées comme étant des séquences de 'téléachat'?

2) En cas de réponse négative à cette question: l'article 1<sup>er</sup>, sous c), de la

14 — Le Bundeskommunikationssenat précise dans la décision de renvoi (point 41) que l'ÖRF n'a fourni aucun chiffre concernant les montants perçus, mais considère que, grâce à l'accord conclu avec l'opérateur téléphonique, celle-ci a bénéficié de recettes non négligeables.

directive 89/552 [...], telle que modifiée par la directive 97/36 [...], doit-il être interprété en ce sens que les messages diffusés dans des émissions ou des parties d'émissions dans lesquelles un organisme de radiodiffusion télévisuelle offre la possibilité aux téléspectateurs de participer à un jeu doté d'un prix organisé par ledit organisme, en composant immédiatement des numéros de téléphone spéciaux et donc moyennant paiement, doivent également être considérés comme de la 'publicité télévisée'?»

Cour; c'est pourquoi j'estime qu'il convient d'examiner s'il réunit les caractéristiques d'un «organe juridictionnel» aux fins de l'article 234 CE. L'instance autrichienne elle-même estime qu'elle doit justifier sa condition dans la décision de renvoi, et utilise à cet effet des arguments que la Commission a entérinés dans ses observations écrites.

#### IV — La procédure devant la Cour

23. La demande de décision à titre préjudiciel a été déposée au greffe de la Cour le 27 avril 2006. L'ÖRE, la Commission des Communautés européennes ainsi que les gouvernements italien et portugais ont présenté des observations écrites et orales, les représentants des deux premiers ayant assisté à l'audience tenue le 29 mars 2007 pour y être entendus dans leurs observations orales, à laquelle ont également assisté les représentants du gouvernement du Royaume-Uni et de la KommAustria.

25. Pour apprécier si l'organisme de renvoi possède ce caractère, la Cour s'est bornée, jusqu'à présent, à énumérer des indices tels que l'origine légale, la permanence, l'indépendance de ses membres, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, le caractère juridictionnel de ses décisions et l'application, par l'organe, des règles de droit, ainsi que son indépendance<sup>15</sup>.

26. Le Bundeskommunikationssenat possède, en principe, ces caractéristiques, étant entendu que:

- a) son origine légale ne fait aucun doute, puisqu'il a été instauré par le KOG, de

#### V — Sur la compétence de la Cour

24. Le présent renvoi est le premier que le Bundeskommunikationssenat adresse à la

15 — Voir, notamment, les arrêts du 30 juin 1966, Vaassen-Göbbels (61/65, Rec. p. 377); du 17 septembre 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Rec. p. I-4961, point 23), et du 2 mars 1999, Eddline El-Yassini (C-416/96, Rec. p. I-1209, point 17).

même que son caractère permanent et stable, qui résulte de l'article 11 de cette loi, qui lui confère la mission de contrôler la KommAustria et de protéger juridiquement l'ÖRF;

- b) son intervention n'est pas facultative, mais obligatoire, parce qu'il statue sur les recours contre les décisions de la KommAustria, à l'exception de celles qui ont un caractère pénal;
- c) l'indépendance fonctionnelle de ce conseil supérieur de l'audiovisuel semble incontestable: il est composé de cinq membres, dont trois sont des juges (parmi lesquels sont élus le président et son suppléant), qui exercent leurs fonctions sans recevoir aucune instruction ni aucun ordre<sup>16</sup>. La nomination, pour un mandat de six ans, incombe au président fédéral sur proposition du gouvernement;
- d) la procédure prévoit un débat contradictoire, dans la mesure où les parties font valoir leurs arguments (article 37

de l'AVG), y compris au cours d'une audience, accordée d'office ou à leur demande (article 39, paragraphe 2, de l'AVG). L'administration motive par écrit sa position (article 38 de l'AVG), cite les témoins et les experts à comparaître au cours d'une audience avec les intéressés (articles 40 et 41 de l'AVG), lors de laquelle les droits de la défense sont reconnus (article 43, paragraphe 3, de l'AVG);

- e) enfin, il n'est pas non plus contesté qu'il statue en droit.

27. Toutefois, il convient de ne pas se laisser aveugler par cette apparence initiale. Dans les conclusions du 28 juin 2001, dans l'affaire *De Coster*<sup>17</sup>, je soutiens que l'attitude de la Cour concernant cette notion d'organe juridictionnel d'un État membre a donné lieu à une jurisprudence flexible à l'excès et dénuée de cohérence, c'est pourquoi je propose de donner un coup de barre vers des routes plus sûres et sérieuses, qui, orientées vers la raison d'être de l'instrument préjudiciel, alimentent une fructueuse coopération entre les juges.

28. C'est dans cet état d'esprit que je propose, dans les conclusions précitées,

16 — La Constitution autrichienne garantit l'indépendance des membres qui ne relèvent pas de l'ordre judiciaire, lorsqu'elle dispose, à l'article 20, paragraphe 2, que, «si une loi fédérale ou de Land a institué une autorité collégiale appelée à statuer en dernière instance, dont les décisions ne sont pas soumises à annulation ou à modification par voie administrative et à laquelle appartient au moins un juge, les autres membres de cette autorité collégiale ne sont pas non plus soumis à des instructions dans l'exercice de leurs fonctions».

17 — Arrêt du 29 novembre 2001 (C-17/00, Rec. p. I-9445).

que, à titre de règle générale, soient compris dans l'article 234 CE les organes faisant partie du pouvoir judiciaire de chaque État, lorsqu'ils exercent leurs fonctions purement juridictionnelles, et d'y incorporer, à titre d'exception, ceux qui, sans faire partie de cette structure, ont le dernier mot dans l'ordre juridique national, dès lors qu'ils remplissent les critères dégagés par la jurisprudence, en particulier, concernant l'indépendance et la procédure contradictoire.

29. En ce sens, davantage restrictif, j'estime que le Bundeskommunikationssenat ne saurait relever de cette notion, puisqu'il ne fait pas partie de l'organisation judiciaire autrichienne.

30. À l'évidence entrent dans la catégorie des «autorités collégiales ayant une composante juridictionnelle»<sup>18</sup> celles qui sont visées à l'article 133, paragraphe 4, de la Constitution de ce pays<sup>19</sup>, s'agissant desquelles j'ai moi-même reconnu qu'elles

étaient des organes juridictionnels dans une affaire précédente<sup>20</sup>.

31. Bien que l'attribution de ce caractère juridictionnel, en droit interne, soit un indice, elle ne saurait être déterminante<sup>21</sup>. Toutefois, dès lors que, selon ce que je défends depuis les conclusions dans l'affaire De Coster précitées, la notion doit être définie dans le cadre du droit communautaire, en fonction de ses nécessités structurelles propres, il convient d'examiner plus rigoureusement le cas du Bundeskommunikationssenat, de sorte à s'assurer qu'il peut effectivement poser une question préjudicielle.

32. Cette analyse plus rigoureuse révèle que, contrairement aux autres autorités visées à l'article 133 de la Constitution autrichienne, telles que l'Oberster Patent- und Markensenat de l'affaire Häupl, dont les décisions sont insusceptibles de recours tant par la voie administrative que judiciaire, le Bundeskommunikationssenat prend des décisions sus-

18 — «Weisungsfreie Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag», en allemand.

19 — Cette disposition fait échapper à la compétence du Verwaltungsgerichtshof «les affaires tranchées en dernière instance par une autorité collégiale, si, d'après les lois de la Fédération ou des Länder portant organisation de ces autorités, ses membres comptent au moins un juge, si les autres membres ne sont pas non plus soumis à aucune instruction dans l'exercice de leurs fonctions, si les décisions de cette autorité ne peuvent être annulées ou modifiées par des instances administratives supérieures et si, nonobstant le fait que toutes ces conditions soient réunies, la recevabilité d'un recours devant la Cour administrative n'est pas stipulée expressément».

20 — Conclusions du 26 octobre 2006, dans l'affaire Häupl (C-246/05, pendante devant la Cour), concernant l'Oberster Patent- und Markensenat (chambre supérieure des brevets et des marques).

21 — Eu égard à la diversité des autorités collégiales en Autriche et à l'hétérogénéité des règles qui les régissent, il convient de se garder de tout automatisme. La Cour a admis des questions préjudicielles déferées par certaines de ces autorités: l'arrêt du 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. (C-44/96, Rec. p. I-73), concernait le Bundesvergabeamt, instance connaissant des litiges relatifs aux marchés publics, sans examiner sa qualité d'organe juridictionnel; l'arrêt du 4 février 1999, Köllensperger et Atzwanger (C-103/97, Rec. p. I-551), a attribué cette qualité au Tiroler Landesvergabeamt (office des adjudications du Land du Tyrol), tout comme l'arrêt du 18 juin 2002, HI (C-92/00, Rec. p. I-5553), au Vergabekontrollsenat (commission de contrôle des adjudications) du Land de Vienne.

ceptibles d'être contrôlées par le Verwaltungsgerichtshof.

33. Cette caractéristique s'explique pour des raisons historiques. Avant l'adoption du KOG, la régulation en matière de radiodiffusion était exercée en Autriche par la Privatrundfunkbehörde (autorité en matière de radiodiffusion privée), en vertu de la loi relative à la radiodiffusion régionale (Regionalradio-Gesetz), qui était née en tant qu'organe collégial au sens de l'article 133, paragraphe 4, de la Constitution, et ses décisions étaient insusceptibles de recours devant le Verwaltungsgerichtshof. Or, le Verfassungsgerichtshof (cour constitutionnelle), dans un arrêt du 29 juin 2000<sup>22</sup>, a déclaré que la Privatrundfunkbehörde était inconstitutionnelle, parce que, à la lumière de l'article 133, paragraphe 4, précité, l'impossibilité d'exercer un contrôle judiciaire et la conception de cet organisme en tant qu'instance administrative unique n'étaient pas admissibles. Cet arrêt, conformément à la jurisprudence<sup>23</sup>, a retenu une interprétation stricte de la possibilité de créer des autorités collégiales, parce qu'elle implique une dérogation singulière au principe général selon lequel toute activité administrative est susceptible de recours judiciaire, par conséquent, celle-ci doit être justifiée au cas par cas, exigence qui n'est pas remplie s'agissant de la Privatrundfunkbehörde. En vue d'exécuter cette décision, l'article 13 de la loi relative à la radiodiffusion régionale a été modifié, en intro-

duisant la possibilité de recours devant le Verwaltungsgerichtshof, mais le reste de la disposition a été maintenu. Appelée de nouveau à intervenir, la Cour constitutionnelle a soutenu que le vice persistait, parce que le fait que la Privatrundfunkbehörde agissait par la voie gouvernementale en tant qu'instance exclusive était incompatible avec les principes constitutionnels<sup>24</sup>. Le législateur a dû réagir, instaurant le Bundeskommunikationssenat, organe administratif de contrôle, sans toucher à la voie judiciaire devant le Verwaltungsgerichtshof, construction que le Verfassungsgerichtshof a finalement validée<sup>25</sup>.

34. Or, le fait que les décisions du Bundeskommunikationssenat soient contrôlées par une juridiction administrative change la donne et empêche de lui reconnaître le titre d'organe juridictionnel au sens de l'article 234 CE.

35. Le risque de problèmes causés par l'immixtion d'une autorité administrative dans un dialogue entre les juges, que j'ai traité aux points 75 à 79 des conclusions dans l'affaire De Coster, est évident. Quelle que soit la compétence juridique et technique de cette entité gouvernementale, à l'occasion du contrôle de la décision administrative rendue après la réponse de la Cour à la question préjudicielle, le Verwaltungsge-

22 — G175/95, VfSlg. 15.886.

23 — Arrêt du 24 février 1999 (B1625/98-32, VfSlg. 15.427).

24 — Arrêt du 13 juin 2001 (G141/00, VfSlg. 16.189).

25 — Arrêt du 25 septembre 2002 (B110/02 e.a., VfSlg. 16.625).

richtshof peut considérer que le renvoi préjudiciel était inutile ou estimer qu'il aurait dû insister sur un autre aspect. S'il parvenait à la certitude que l'objet du débat ne portait pas sur l'interprétation ou l'application de règles s'inscrivant dans l'ordre juridique communautaire, la question préjudicielle et les efforts consentis pour y répondre auraient été inutiles, avec la perte de légitimité qu'impliquerait pour la Cour le fait qu'il ne soit pas tenu compte de ses arrêts. S'il estimait que la question préjudicielle aurait dû être formulée autrement, il se trouverait prisonnier des termes imposés de la question soumise et de la réponse reçue, et il est probable que, par souci d'économie de procédure, il se conformerait à une consultation envisagée dans le cadre administratif et à une réponse viciée d'emblée, qui perturberait la réalisation d'un réel «dialogue entre les juges».

36. L'ingérence d'un organe administratif dans la collaboration judiciaire instaurée par l'article 234 CE me semble toujours grave, puisque son intervention, fût-elle bien intentionnée, bouleverse le processus. Dans les conclusions dans l'affaire De Coster (notes 36 et 98), j'explique que la rédaction de la question préjudicielle peut déterminer la solution dégagée par la Cour, de sorte qu'il importe de préserver le caractère effectivement juridictionnel des organes qui interviennent dans le renvoi préjudiciel. Si la question était soumise par une instance administrative, le recours juridictionnel éventuellement introduit par la suite serait d'emblée conditionné par la forme ou par le moment où elle aurait été soulevée, de sorte

que l'organe véritablement judiciaire se sentirait privé de la faculté d'utiliser le renvoi préjudiciel, car, même s'il pouvait en théorie soumettre une nouvelle question, il imposerait aux parties un retard supplémentaire de la procédure au principal qui serait insupportable pour une administration de la justice déjà assez lente.

37. Ces réflexions expliquent qu'il y a lieu de n'accepter l'intervention des organes non judiciaires dans ce dialogue que lorsque leurs décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel laissant le dernier mot à l'ordre juridique national, condition qui leur ouvre l'accès à la voie préjudicielle, afin de conjurer le risque de laisser des secteurs du droit communautaire en dehors de l'intervention uniformisatrice de la Cour.

38. L'évolution récente de la jurisprudence<sup>26</sup> tend plutôt à définir les caractéristiques de la notion d'organe juridictionnel, en particulier concernant l'indépendance, ce qui se rapproche de la position exposée dans les conclusions dans l'affaire De Coster. Ainsi, dans l'arrêt Schmid<sup>27</sup>, la Cour s'est déclarée incompétente pour statuer sur les renvois du *Berufungssenat V der Finanzlandesdirektion* (cinquième chambre d'appel de la direction régionale des finances) pour Vienne, la Basse-Autriche et le Burgenland, de même

26 — Comme je l'ai souligné dans les conclusions dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 30 mars 2006, *Emanuel* (C-259/04, Rec. p. I-3089), point 26.

27 — Arrêt du 30 mai 2002 (C-516/99, Rec. p. I-4573).

dans l'arrêt *Syfait e.a.*<sup>28</sup> concernant un renvoi de l'*Epitropi Antagonismou* (commission hellénique de la concurrence).

contenu matériel de ce renvoi préjudiciel, afin de répondre à mon devoir de présenter publiquement, en toute impartialité et en toute indépendance, des conclusions motivées sur les questions posées (article 222, second alinéa, CE).

39. Cette tendance apparaît clairement au regard des décisions antérieures de la Cour concernant les questions préjudicielles posées par des organismes analogues aux organismes précités, à l'instar des tribunaux économiques et administratifs espagnols<sup>29</sup> ainsi que du tribunal de défense de la concurrence espagnol<sup>30</sup>.

## VI — Analyse subsidiaire des questions préjudicielles

40. Ma position n'a pas varié depuis les conclusions dans l'affaire *De Coster*, c'est pourquoi, non seulement pour une question de cohérence, mais également par simple conviction, je soutiens que le *Bundeskommunikationssenat* n'est pas un organe juridictionnel au sens de l'article 234 CE et je suggère à la Cour de se déclarer incompétente pour lui répondre.

### A — Les questions posées

41. J'ai bon espoir que les juges auxquels je m'adresse reconnaîtront les mérites de la proposition qui a été faite dans l'affaire *De Coster*, mais, dans le cas où ils ne me suivraient pas, j'analyserai ci-après le

42. Le *Bundeskommunikationssenat* demande à la Cour de préciser les notions communautaires de «télé-achat» et de «publicité télévisée», afin de qualifier la mini séquence comprise dans l'émission «Quiz Express». Selon lui, si la Cour considérait qu'elle relève de la notion de «téléachat», la miniséquence serait interdite dans son pays, parce que, s'appuyant sur l'article 3, paragraphe 1, de la directive 89/552, l'article 13, paragraphe 2, du *ÖRF-Gesetz* s'opposerait à cette forme de télévision commerciale, soutenant ainsi la thèse de la *KommAustria*. Si, au contraire, celle-ci était considérée comme de l'autopromotion, d'autres paramètres seraient nécessaires pour statuer, puisque la publicité est autorisée dès lors qu'elle est facilement identifiable et se distingue aisément du reste du programme par des moyens optiques ou acoustiques (article 13, paragraphe 3, de la loi précitée).

28 — Arrêt du 31 mai 2005 (C-53/03, Rec. p. I-4609).

29 — Arrêt du 21 mars 2000, *Gaballfrisa e.a.* (C-110/98 à C-147/98, Rec. p. I-1577).

30 — Arrêt du 16 juillet 1992, *Asociación Española de Banca Privada e.a.* (C-67/91, Rec. p. I-4785).

43. Toutefois, l'organisme administratif de renvoi ne soumet pas ses craintes de façon abstraite, mais en liaison avec un type de divertissement, qu'il n'est pas inutile de caractériser, dans la mesure où, aux termes de l'article 1<sup>er</sup>, sous c) et f), de la directive télévision sans frontières, tant la publicité télévisée que le téléachat ont pour objet la fourniture de biens et la prestation de services. Dès lors, il convient d'examiner si l'émission en cause fournit une prestation de services (à l'évidence, il ne s'agit pas d'une livraison de biens), en ce sens, il convient d'abord d'apprécier si elle réunit les caractéristiques d'un jeu de hasard et, s'il s'avère que oui, de découvrir sa vraie portée, afin de lui attribuer la qualité de téléachat ou, le cas échéant, de publicité.

44. Toutefois, avant de poursuivre, il convient d'envisager une autre possibilité, qui apparaît de façon sous-jacente dans les questions du Bundeskommunikationssenat: qu'il ne s'agisse ni de publicité ni de téléachat, mais d'une simple émission, relevant de la notion de «programme télévisé» au sens de l'article 1<sup>er</sup>, sous a), de la directive 89/552.

B — *Le «Gewinnspiel» litigieux n'est pas un concours télévisé*

45. À cet égard, les observations pertinentes que le gouvernement italien a formulées lors de la phase écrite de la procédure sont

exemplaires. Contrairement à un concours de questions-réponses sur le plateau, où les protagonistes, à savoir le présentateur du jeu et les candidats, se voient physiquement et où le public (tant invité dans le studio que chez lui) ne joue qu'un rôle passif, le «Gewinnspiel» de l'ÖRF est un divertissement où le joueur, qui était un simple téléspectateur quelques instants plus tôt, se retrouve à l'autre bout du fil et où les autres téléspectateurs peuvent espérer devenir des acteurs de la partie et obtenir une récompense.

46. Cette configuration démontre que, si dans une séquence de «quiz» traditionnelle, la télévision est un moyen de présenter le jeu tel qu'il se joue normalement, dans le but de distraire le public, la mini séquence de l'ÖRF vise à attirer les intéressés en leur faisant miroiter un prix, soit dans un premier temps, s'ils ont la chance de voir leur appel sélectionné et s'ils trouvent la solution, soit dans un deuxième temps, en participant au tirage au sort hebdomadaire.

47. Cependant, pour participer, il convient de payer une somme d'argent, qui revient à la chaîne de télévision, partant, plus le nombre de communications téléphoniques est important, plus grands sont ses bénéfices, c'est pourquoi, en principe et sans préjudice d'une analyse approfondie de cette question dans les points ultérieurs de ces conclusions, nous pouvons affirmer que l'objet du diver-

tissement en cause vise à financer directement l'ÖRF. Surgit ainsi la rémunération, visée à l'article 1<sup>er</sup>, sous c) et f), de la directive 89/552.

48. Enfin, en diffusant à l'antenne cette séquence de divertissement, l'ÖRF ne fait pas de la «radiodiffusion télévisée» au sens de l'article 1<sup>er</sup>, sous a), de la directive précitée, à savoir qu'elle n'émet pas un programme destiné au public, mais utilise la télévision dans un but accessoire, bien qu'important: lui procurer des recettes.

49. C'est dans ce contexte qu'il convient d'examiner, comme je l'ai annoncé, si cette fonction accessoire est une prestation de services contre rémunération, examen qui requiert une clarification de la nature de la retransmission en cause.

### C — *Un jeu de hasard*

50. Aux points 92 à 97 des conclusions dans l'affaire Placanica e.a.<sup>31</sup>, j'examine les rela-

tions entre le hasard, le jeu et le droit. Ces liens justifient l'existence d'une législation communautaire qui protège les personnes des risques de la passion du jeu pour leur patrimoine et leur santé<sup>32</sup>, mais qui, en même temps, sauvegarde les intérêts commerciaux des entreprises et des centres où ce type de divertissements se pratique, garante, en somme, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services<sup>33</sup>.

51. Le droit de l'Union européenne ne précise pas la notion de jeux de hasard, même si la jurisprudence précitée analyse ses répercussions sur les fondements du marché unique, et n'en donne aucune définition. Toutefois, il est admis que, au sens juridique, la notion évoque un pari économique dont le résultat dépend du hasard<sup>34</sup>.

52. Eu égard à cette introduction, assurément vague, on pourrait imaginer d'innom-

32 — Dans les conclusions du 13 février 2007, dans l'affaire Gintec (C-374/05), non encore jugée à la date de lecture des présentes conclusions, j'ai attiré l'attention sur les dangers pour la santé publique résultant de l'utilisation de méthodes telles que les jeux de hasard dans la publicité à l'égard des médicaments (point 72).

33 — Dans l'arrêt du 6 novembre 2003, Gambelli e.a. (C-243/01, Rec. p. I-13031), il est énoncé qu'une législation nationale — la loi italienne — qui interdit, sous peine de sanctions pénales, l'exercice d'activités dans le secteur des jeux de hasard en l'absence de concession ou d'autorisation de police de l'État, est une restriction à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services (point 59 et dispositif). Cette appréciation est itérée dans l'arrêt Placanica et autres, précité (point 71 et dispositif).

34 — L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 5, sous d), de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique») (JO L 178, p. 1), exclut de son champ d'application «les activités de jeux d'argent impliquant des mises ayant une valeur monétaire dans des jeux de hasard, y compris les loteries et les transactions portant sur des paris».

31 — Arrêt du 6 mars 2007 (C-338/04, C-359/04 et C-360/04, Rec. p. I-1891).

brables types de jeux de hasard, tant la fertilité de la pensée humaine, quand il s'agit de jouer et de se mesurer, est sans limites<sup>35</sup>. Cependant, je distingue trois paramètres pour définir la notion: le coût financier, l'incertitude et l'envie de gagner<sup>36</sup>.

53. L'incertitude du résultat est inhérente au jeu de hasard, puisque l'aléa intervient à tous les stades, apportant le condiment qui lui donne toute sa saveur, et l'illusion de gagner un prix supérieur à la mise initiale constitue l'appât qui attise la convoitise du joueur. De surcroît, l'existence de l'aspect économique permet de s'emparer de ce phénomène social: pour que le droit s'intéresse à la matière, l'incidence sur le patrimoine des personnes semble indispensable<sup>37</sup>. Un jeu sans pari, sans aucune importance pour le capital du joueur, ne relève que de son domaine privé et ne nécessite pas la protection de la loi.

35 — Huizinga, J., dans *Homo ludens*, éd. Alianza, Madrid, 1990, prétend que la culture humaine est issue du jeu et qu'elle s'y développe. Il énonce que, lorsqu'on a compris que l'expression homo sapiens convenait moins bien à cette espèce que ce que l'on pensait initialement, parce que, en définitive, l'être humain n'est pas aussi raisonnable que ce que l'on s'imaginait au XVIII<sup>e</sup> siècle avec un optimisme ingénu, l'expression homo faber lui a été ajoutée. Toutefois, selon lui, ce qualificatif se révèle moins approprié, parce qu'il peut s'appliquer à nombre d'animaux. Par conséquent, il propose d'ajouter l'expression homo ludens, en effet, même s'il existe aussi des animaux joueurs, la fonction du jeu est aussi spéciale que celle de la fabrication et le comportement humain dans son ensemble n'est qu'un jeu.

36 — Dans l'arrêt du 24 mars 1994, Schindler (C-275/92, Rec. p. I-1039), il est expliqué que les activités de loterie sont celles que fournit l'organisateur en faisant participer les acheteurs de billets à un jeu de hasard leur offrant une espérance de gain, en assurant, à cette fin, la collecte des enjeux, l'organisation des tirages aléatoires, la détermination et le versement des lots. La contre-prestation est constituée du prix du billet de loterie (points 27 et 28).

37 — Cette idée est latente aux points 95 à 98 de mes conclusions dans l'affaire Placanica e.a., précitée.

54. À l'évidence, le hasard est présent dans la séquence comprise dans l'émission «Quiz Express». La bonne fortune des participants se manifeste à deux occasions: lors de la sélection d'un appel parmi tous ceux qui ont été reçus, qui permet au privilégié de communiquer «en direct» avec le présentateur de l'émission; et lors du tirage au sort hebdomadaire, qui permet aux autres concurrents d'espérer gagner un prix. La capacité du spectateur, ses connaissances ou, tout simplement, sa rapidité mentale jouent un rôle secondaire dans le rêve de victoire.

55. En substance, lorsqu'il compose le numéro de téléphone, le téléspectateur cherche à gagner le lot, soit lors de la première phase, soit lors de la seconde, à l'occasion de la loterie.

56. D'abord il s'engage à verser un montant (0,70 euro), qui, bien que faible, est bien supérieur au prix d'une communication ordinaire en Autriche, et il accepte de le verser dans l'espoir de gagner un prix, d'une valeur comprise entre 200 et 330 euros, qui compense largement l'investissement.

57. Dès lors, les caractéristiques de l'épreuve qui se déroule lors du programme «Quiz Express» conduisent à la qualifier de jeu de hasard.

## D — Une prestation de services

58. Ce point étant résolu, il est facile de reconnaître que l'ÖRF fournit un service contre une rémunération.

59. La Cour n'a pas hésité à qualifier l'organisation de loteries (arrêt Schindler<sup>38</sup>), l'utilisation de machines à sous contre prestation (arrêt Läära e.a.<sup>39</sup>) et, au surplus, les jeux de hasard ou d'argent (arrêt Anomar e.a.<sup>40</sup>), de services au sens de l'article 50 CE<sup>41</sup>.

60. Il est vrai qu'elle les a qualifiés ainsi à l'occasion de l'examen des jeux de hasard dans leur ensemble, considérés comme une activité autonome et principale, dans le cadre de mesures nationales visant à restreindre leur organisation, pour les justifier au regard d'objectifs d'intérêt général, tels que la protection de l'ordre social ou la lutte contre la criminalité et la fraude<sup>42</sup>.

61. Ces décisions n'abordent pas une situation dans laquelle le jeu s'insère dans un cadre plus vaste, comme dans le cas du litige au principal et de celui examiné dans l'affaire Familiapress<sup>43</sup>, qui concernait une situation semblable, à savoir qu'un hebdomadaire allemand, «Laura», distribué en Autriche, publiait des mots-croisés et des énigmes, que les lecteurs devaient résoudre, et attribuait au sort des lots en argent parmi les personnes qui envoyaient les réponses correctes. L'ÖRF et le gouvernement portugais ont parfaitement raison d'alléguer que, dans l'arrêt précité, ces tombolas organisées à petite échelle, ne constituent pas une activité économique indépendante, mais seulement un élément, parmi d'autres, du contenu rédactionnel de la revue (point 23) et ne sauraient relever des prestations de services au sens de l'article 50 CE. Cependant, la Commission signale pertinemment que cette appréciation visait à se démarquer de l'arrêt Schindler, rendu dans le cadre du contrôle de proportionnalité des mesures nationales limitant les jeux de hasard à grande échelle, tels que les loteries.

62. En résumé, la jurisprudence communautaire ne fait nullement obstacle au classement de la miniséquence de l'ÖRF dans les jeux de hasard et, par conséquent, dans les services.

63. Avant de poursuivre, il convient de répliquer à un argument exposé dans les

38 — Arrêt, précité, points 19, 25 et 34.

39 — Arrêt du 21 septembre 1999 (C-124/97, Rec. p. I-6067, points 18 et 27).

40 — Arrêt du 11 septembre 2003 (C-6/01, Rec. p. I-8621, points 48 et 52).

41 — Pour une liste plus détaillée, je renvoie au point 97 de mes conclusions dans l'affaire Placanica e.a.

42 — Quelques-uns de ces objectifs sont énumérés aux points 14 et 15 de l'arrêt du 21 octobre 1999, Zenatti (C-67/98, Rec. p. I-7289).

43 — Arrêt du 26 juin 1997 (C-368/95, Rec. p. I-3689).

observations écrites de l'ÖRF (point 4) et de souligner que le fait que l'émission «Quiz Express» ne soit captée qu'en Autriche est dénué de pertinence, dans la mesure où cette circonstance n'a d'incidence que dans le cadre de l'application de l'article 49 CE, mais ne peut jamais être un motif pour lui nier une caractéristique qui lui est propre. Il convient de tenir compte du fait que la directive télévision sans frontières emploie l'expression «prestation de services» pour délimiter une activité et non pour garantir la libre circulation de ces derniers. En d'autres termes, un service, ainsi qu'il ressort du point 27 de l'arrêt Läära e.a.<sup>44</sup>, reste un service même si les frontières nationales ne sont pas franchies.

E — *Téléachat contre publicité*

64. Tel est le nœud gordien de ce renvoi à titre préjudiciel, qui consiste à savoir si le divertissement comprenant un prix, inséré dans le programme «Quiz Express», et, par extension, le programme lui-même, réunissent les caractéristiques typiques d'une émission de téléachat.

44 — L'arrêt précise: «S'agissant, en second lieu, des dispositions du traité relatives à la libre prestation des services, elles s'appliquent, ainsi que la Cour l'a retenu dans l'arrêt Schindler au sujet de l'organisation des loteries, à une activité qui consiste à permettre aux utilisateurs de participer, contre rémunération, à un jeu d'argent. Partant, une telle activité relève du champ d'application de l'article 59 du traité [devenu article 49 CE], dès lors que l'un au moins des prestataires est établi dans un État membre autre que celui dans lequel le service est offert».

65. L'article 1<sup>er</sup>, sous f), de la directive télévision sans frontières mentionne quatre éléments: 1) la diffusion 2) d'offres directes au public en vue de 3) la fourniture de biens ou de services 4) moyennant paiement.

66. Le premier et les deux derniers éléments ne posent aucun problème en l'espèce. Personne ne conteste que le «Quiz Express» est une émission de télévision qui propose un jeu moyennant rémunération: les personnes qui appellent paient un montant (que reçoit l'ÖRF) pour participer et bénéficier de ce service, qui consiste à offrir la chance de gagner un prix lors d'une des deux phases du divertissement.

67. En ouverture, il y a la notion d'«offre directe au public», remarque qui, de surcroît, permet de distinguer plus aisément le téléachat de la publicité, laquelle est destinée à promouvoir la fourniture et non à la réaliser.

1. L'offre directe

68. Les contours de cette notion ont été définis dans l'arrêt RTI e.a.<sup>45</sup>, dans le cadre

45 — Arrêt du 12 décembre 1996 (C-320/94, C-328/94, C-329/94 et C-337/94 à C-339/94, Rec. p. I-6471).

de l'interprétation de la directive 89/552 dans sa rédaction antérieure, qui ne comprenait pas de référence au télé-achat, bien que l'idée était sous-jacente à l'article 18, paragraphe 3, lequel, en régissant la durée maximale d'autres «formes de publicité», disposait que «les offres faites directement au public en vue soit de vendre, d'acheter ou de louer des produits, soit de fournir des services, ne [devaient] pas dépasser une heure par jour».

69. Au point 31 de cet arrêt, cette catégorie d'offres est décrite de la façon suivante: «des émissions présentant des produits qui peuvent être directement commandés par téléphone, par courrier ou par vidéotexte et qui sont destinés à être livrés au domicile des téléspectateurs». D'habitude, le réalisateur montre à l'antenne des biens et des services mis en vente, fait valoir leurs qualités et leurs mérites, indique le prix et les modes de paiement avec, en surimpression à l'écran, les numéros de téléphone, le site Internet ou d'autres données utiles permettant de passer commande. Le régime du contrat est celui de la vente à distance<sup>46</sup> prévu par la directive 97/7/CE<sup>47</sup>.

70. Au contraire, la publicité est une offre «indirecte», car, si, à l'instar du télé-achat, elle vise à faire acheter par le téléspectateur

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

47 — Directive du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (JO L 144, p. 19).

les biens ou les services dont il est fait la promotion, en les convainquant au moyen de l'exposition de leurs propriétés, la phase finale du négoce reste en marge de ses objectifs immédiats et est renvoyée à plus tard, lorsque le consommateur se tourne vers le canal de distribution pertinent pour effectuer l'acquisition.

71. En effet, le téléachat va plus loin que la publicité, puisqu'il ne se borne pas à l'annonce, mais il assure la promotion et la vente.

72. Ces réflexions appuient l'hypothèse selon laquelle l'émission «Quiz Express» propose aux téléspectateurs de participer à un jeu de hasard, en leur fournissant les informations indispensables pour contacter le présentateur et passer à l'antenne ou, à défaut, pour s'inscrire au tirage au sort hebdomadaire, en payant la contre-prestation, au moins indirectement<sup>48</sup>, en composant le numéro de téléphone spécial à coût majoré.

73. Le présentateur du programme invite le téléspectateur à prendre note des numéros affichés en surimpression à l'écran pour pouvoir participer au concours de l'émission. La démonstration commerciale consiste à

48 — Il n'est pas précisé si le coût de la communication est indiqué.

faire valoir les prix en jeu. L'acceptation de l'invitation a lieu lorsque l'utilisateur compose le numéro et que les services de l'ÖRF lui répondent, instant auquel, simultanément, le processus de paiement se met en marche, le coût de la communication étant porté sur la facture téléphonique du client qui, à cet instant, choisit de jouer en direct ou, le cas échéant, acquiert le droit de participer au tirage au sort résiduel.

combinée des définitions du téléachat et de la publicité, visées à l'article 1<sup>er</sup> de la directive télévision sans frontières, et de son chapitre IV prouve la volonté de voir ces deux activités se démarquer et être identifiables (article 10), c'est pourquoi elles ne s'insèrent qu'entre les émissions et, à titre exceptionnel, dans une émission si elles ne portent pas atteinte à son intégrité ou à sa valeur, en tenant compte de ses interruptions naturelles, de ses parties autonomes ou de ses intervalles.

74. Ainsi, aux termes de l'article 1<sup>er</sup>, sous f), de la directive télévision sans frontières, le public est ouvertement invité à acquérir un service moyennant une rémunération, tous les éléments nécessaires pour conclure un contrat à distance étant fournis<sup>49</sup>.

77. Apparemment, le législateur ne prévoit pas qu'elle puisse s'insérer dans l'émission, comme c'est le cas dans le litige au principal, ce qui explique les doutes exprimés par l'organisme de renvoi quant à sa qualification exacte.

75. Rien n'empêche donc de considérer que la séquence en cause est une sorte de téléachat.

## 2. Le poids spécifique du jeu dans l'émission «Quiz Express»

76. Toutefois, ce caractère de téléachat n'est pas attribué automatiquement. La lecture

78. Il convient d'apprécier «la quantité et la qualité du téléachat» inséré dans une émission afin de la qualifier comme tel. Il y a lieu ici de reprendre la vision exprimée dans l'arrêt Familiapress, précité: l'importance de cette activité dans l'émission. Si elle est simplement accessoire, un élément de plus dans l'émission au service de l'objectif de cette dernière, elle se dilue dans le contenu général de l'émission elle-même; lorsqu'elle représente une part plus importante, au point d'être son leitmotiv, le reste de la retransmission est contaminé par sa condition particulière, et elle transforme celle-ci en une émission de télé-achat. Entre ces deux extrêmes, il y a bien évidemment des situations intermédiaires.

49 — Aux termes de l'article 2, paragraphe 1, de la directive 97/7, on entend par contrat à distance «tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même».

79. En substance, la Cour n'a pas à s'embarquer dans l'aventure de percer la nature du jeu en cause; d'autant moins lorsque, comme en l'espèce, elle n'a pas les éléments de fait nécessaires pour l'aborder en ayant une garantie de réussite. Toutefois, elle peut effectivement fournir à l'organe national certaines règles, mais avec la prudence que le représentant du Royaume-Uni a invoquée lors de l'audience.

80. Le but de l'émission dans laquelle le miniconcours s'inscrit est le premier critère d'évaluation. Il semble clair que l'appréciation varie selon que le jeu se déroule dans le cadre d'un magazine, d'un spectacle de variété ayant une finalité globale de divertissement<sup>50</sup>, finalité à laquelle il contribue, ou dans une émission qui lui est absolument étrangère, comme un journal télévisé ou une manifestation culturelle<sup>51</sup>. Cette appréciation laisse hors de la notion de téléachat les cas dans lesquels l'intervention des téléspectateurs, bien qu'onéreuse et moyennant paiement, s'intègre dans le contenu éditorial de l'émission, en vue d'orienter son déroulement, comme dans le cas des «reality shows» du genre de «Big Brother», «Star Academy» ou «Mira quien baila».

50 — Il suffit de «zapper» quelques minutes pour être saturé d'émissions sportives et de variétés dans lesquelles les téléspectateurs sont invités à jouer et à gagner un cadeau, sans que l'émission en soit dénaturée.

51 — Cette idée émane de l'article 11, paragraphe 5, de la directive télévision sans frontières, qui interdit d'insérer de la publicité dans les émissions religieuses, ainsi que dans les journaux télévisés, les documentaires et les programmes pour enfants de moins de 30 minutes.

81. Ainsi, l'importance économique du jeu dans l'émission télévisée, tant en termes directs qu'indirects, est un autre indice qui ne saurait être négligé. Ainsi, directement, la part que représentent les revenus procurés par les communications vers le numéro de téléphone spécial dans les recettes totales du programme, publicité comprise, joue un rôle important dans l'évaluation.

82. Par ailleurs, indirectement, il y a lieu de tenir compte du temps consacré à la présentation du jeu et à convaincre les téléspectateurs d'intervenir, en composant les numéros qui apparaissent sur leur écran, ainsi qu'à trouver la personne qui devra répondre en direct; à savoir, l'effort consenti pour «vendre le produit». Les articles 18 et 18 bis de la directive télévision sans frontières, qui régissent la durée des publicités et des espaces de téléachat, montrent une méthode utile à cet égard.

83. La nature des questions qui sont habituellement posées présente un intérêt lorsqu'il y a lieu de calculer l'incidence sur le budget du jeu, en effet, plus celles-ci sont simples, plus le nombre de candidats potentiels est important, ce qui augmente d'autant les recettes obtenues par cette voie.

84. À la lumière de ces critères, toute personne avisée détecte facilement si l'ob-

jectif est d'organiser un divertissement ou simplement de financer l'entreprise audiovisuelle, en vendant un service.

F — *En tout état de cause, absence d'esprit publicitaire*

85. Enfin, le nombre de téléspectateurs de l'émission qui composent le numéro de téléphone en vue de prendre part au divertissement permet de deviner la vraie nature du programme.

87. Si la première question mérite une réponse négative, l'organe de renvoi demande, à titre subsidiaire, si, en tout état de cause, les faits du litige relèvent de la notion de publicité, sous forme d'autopromotion, à savoir une activité réalisée par l'organisme de radiodiffusion télévisuelle en vue de promouvoir ses propres produits, services, programmes ou chaînes (trente-neuvième considérant de la directive 97/36).

86. Ces réflexions étant exposées, je propose à la Cour de répondre à la première question de la façon suivante: en vertu de l'article 1<sup>er</sup>, sous f), de la directive 89/552, les émissions ou les parties d'émissions dans lesquelles un organisme de radiodiffusion télévisuelle offre la possibilité aux téléspectateurs de participer à un jeu doté d'un prix, en composant immédiatement des numéros de téléphone spéciaux et donc moyennant paiement, doivent être considérées comme étant des séquences de téléachat si l'objectif principal est de vendre le droit de participer au concours. Ainsi, le juge national doit mettre en balance les critères exposés aux points 77 à 82 des présentes conclusions, à savoir: a) la finalité principale de l'émission, b) le poids économique du jeu, c) le temps qui lui est consacré et d) le nombre de téléspectateurs qui appellent.

88. Cette question préjudicielle présente une différence sensible, qui n'est pas abordée dans les observations écrites, par rapport à la première concernant sa délimitation matérielle, dans la mesure où elle ne fait pas référence au programme ou à l'une de ses séquences, mais au message lui-même, puisqu'une émission non publicitaire peut comporter des annonces de cette nature<sup>52</sup>. Ce point est essentiel pour la réponse à cette seconde question.

89. S'il est estimé que le «Quiz Express» ne relève pas du télé-achat, il conviendrait de lui reconnaître le caractère d'une production récréative<sup>53</sup>. Ainsi, les messages qui indi-

52 — La Commission a évoqué cette possibilité aux points 21 et 41 de la communication interprétative de la Commission relative à certains aspects des dispositions de la directive «Télévision sans frontières» concernant la publicité télévisée (JO C 102, p. 2), en faisant allusion aux minispots et à l'écran partagé qui consiste en une diffusion simultanée de contenu rédactionnel et de contenu publicitaire.

53 — Aux points 41 à 44 des présentes conclusions, j'ai souligné les difficultés pour qualifier le «Gewinnspiel» du litige au principal de concours télévisé.

quent le numéro de téléphone et la façon d'intervenir dans le jeu ne visent pas à faire de la publicité pour celui-ci, mais à présenter une information indispensable pour participer, et primordiale pour l'émission; par définition, les données ne sont utiles pour le téléspectateur que dans le cadre de l'émission actuelle. En d'autres termes: le message comportant les numéros de téléphone est par nature une information indissociable de l'émission, qui vise à en faciliter le bon déroulement et non à fournir un service complémentaire.

90. En somme, la communication apparaissant en surimpression à l'écran à l'occasion du «Quiz Express», indiquant le numéro de téléphone qu'il convient de composer pour participer à un jeu de hasard, ne dissimule aucune intention publicitaire, ainsi, elle ne relève pas de l'article 1<sup>er</sup>, sous c), de la directive télévision sans frontières.

## VII — Conclusion

91. Conformément aux considérations qui précèdent, je suggère à la Cour de:

- 1) se déclarer incompétente pour répondre aux questions préjudicielles posées par le Bundeskommunikationssenat, parce qu'il n'est pas un organe juridictionnel au sens de l'article 234 CE;
- 2) à titre subsidiaire, si le renvoi est considéré recevable, déclarer que:

«a) En vertu de l'article 1<sup>er</sup>, sous f), de la directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives,

réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, dans la rédaction que lui a donnée la directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 juin 1997, les émissions ou les parties d'émissions dans lesquelles un organisme de radiodiffusion télévisuelle offre la possibilité aux téléspectateurs de participer à un jeu doté d'un prix, en composant immédiatement des numéros de téléphone spéciaux et donc moyennant paiement, doivent être considérées comme étant des séquences de téléachat si l'objectif principal est de vendre le droit de participer au jeu. À cet égard, le juge national doit mettre en balance, notamment, les critères suivants: a) la finalité principale de l'émission, b) le poids économique du jeu, c) le temps qui lui est consacré et d) le nombre de téléspectateurs qui appellent;

- b) le message apparaissant en surimpression à l'écran pendant l'émission, indiquant les numéros de téléphone spéciaux que les téléspectateurs doivent composer pour participer à un tirage au sort organisé par la chaîne de télévision dans le cadre de cette émission, n'a pas d'objectif publicitaire, et vise uniquement à informer, il ne relève donc pas de l'article 1<sup>er</sup>, sous c), de la directive 89/552».