



EFTA-DOMSTOLENS DOM

13. mai 2024*

(Direktiv 2014/23/EU – Artikkel 5 nr. 1 bokstav b) – Enerett – Pengespill på hest – Tjenestekonsesjoner – Gjensidig bebyrdende kontrakt – Administrativ tillatelsesordning)

I sak E-8/23,

ANMODNING til EFTA-domstolen etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Oslo tingrett i saken mellom

Trannel International Limited

og

Staten v/Kultur- og likestillingsdepartementet,

om tolkningen av europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/23/EF av 26. februar 2014 om godkjenning av konsesjonskontrakter, særlig artikkel 5 nr. 1 bokstav b) og artikkel 10 nr. 1, avsier

DOMSTOLEN,

sammensatt av: Páll Hreinsson, president, og dommerne Bernd Hammermann og Michael Reiertsen (saksforberedende dommer),

justissekretær: Ólafur Jóhannes Einarsson,

etter å ha tatt i betraktning de skriftlige innleggene inngitt på vegne av:

- Trannel International Limited («Trannel International»), representert ved advokatene Johanne Førde og Thomas Nordby,

* Språket i anmodningen om rådgivende uttalelse: norsk. Engelske oversettelser av nasjonale bestemmelser er uoffisielle og er basert på oversettelsene i sakens dokumenter.

- den norske stat, representert ved Kultur- og likestillingsdepartementet, representert ved Kristine Møse og Helge Røstum, som partsrepresentanter,
- Østerrikes regjering, representert ved dr. Albert Posch og dr. Julia Schmoll, som partsrepresentanter,
- Belgias regjering, representert ved Liesbet Van den Broeck, Antoine De Brouwer og Aurélie Van Baelen, som partsrepresentanter, og advokatene Philippe Vlaemminck, Robbe Verbeke og Valentin Ramognino,
- EFTAs overvåkingsorgan («ESA»), representert ved Kyrre Isaksen, Ewa Gromnicka og Melpo-Menie Joséphidès, som partsrepresentanter, og
- Europakommisjonen («Kommisjonen»), representert ved Geert Wils og Giacomo Gattinara, som partsrepresentanter,

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt muntlige innlegg fra Tranel International, representert ved Johanne Førde; den norske stat, representert ved Kultur- og likestillingsdepartementet, representert ved Kristine Møse og Helge Røstum; Belgias regjering, representert ved Philippe Vlaemminck; ESA, representert ved Ewa Gromnicka; og Kommisjonen, representert ved Geert Wils og Giacomo Gattinara, i rettsmøtet 14. desember 2023,

slik

Dom

I RETTSLIG BAKGRUNN

EØS-rett

- 1 Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/23/EU av 26. februar 2014 om tildeling av konsesjonskontrakter (EUT 2014 L 94, s. 1, og EØS-tillegg 2018 nr. 84, s. 509 («direktivet») ble innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. 97/2016 av 29. april 2016 (EUT 2017 L 300, s. 49, og EØS-tillegg 2017 nr. 73, s. 53). Direktivet ble innlemmet i EØS-avtalen vedlegg XVI (Offentlige innkjøp) nr. 6f. Forfatningsrettslige krav ble angitt av Island, Liechtenstein og Norge. Kravene ble oppfylt 14. november 2016, og beslutningen trådte i kraft 1. januar 2017.
- 2 Direktivets fortale avsnitt 11 lyder:

Konsesjoner er gjensidig bebyrdende kontrakter der én eller flere offentlige oppdragsgivere eller oppdragsgivere overdrar utførelsen av bygge- og anleggsarbeider eller yting og forvaltning av tjenester til én eller flere markedsdeltakere. Formålet med slike kontrakter er innkjøp av bygge- og

anleggsarbeider eller tjenester gjennom en konsesjon som består av retten til å utnytte bygge- og anleggsarbeidene eller tjenestene, eller av denne retten sammen med en betaling. Slike kontrakter kan innebære, men innebærer ikke nødvendigvis, en overføring av eiendomsretten til de offentlige oppdragsgiverne eller oppdragsgiverne, men de offentlige oppdragsgiverne eller oppdragsgiverne oppnår alltid fordelene ved de aktuelle bygge- og anleggsarbeidene eller tjenestene.

3 Direktivets fortale avsnitt 14 lyder:

Videre bør visse dokumenter fra medlemsstatene, som godkjenninger eller lisenser, der medlemsstaten eller en offentlig myndighet fastsetter vilkårene for utøvelse av økonomisk virksomhet, herunder et vilkår for å utøve en bestemt form for virksomhet, som normalt gis på anmodning fra markedsdeltakeren og ikke på initiativ fra den offentlige oppdragsgiveren eller oppdragsgiveren, og der markedsdeltakeren fritt kan slutte å utføre bygge- og anleggsarbeider eller yte tjenester, ikke anses som konsesjoner. Når det gjelder slike dokumenter fra medlemsstatene, får de særlige bestemmelsene i europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/123/EF anvendelse. I motsetning til disse dokumentene fra medlemsstatene fastsetter konsesjonskontrakter gjensidig bindende forpliktelser der utførelsen av bygge- og anleggsarbeider eller tjenesteyting er omfattet av særlige krav som fastlegges av den offentlige oppdragsgiveren eller oppdragsgiveren, og som kan tvangsfullbyrdes.

4 Direktivets fortale avsnitt 18 lyder:

Vanskeligheter med å tolke begrepet «konsesjon» og «offentlig kontrakt» har skapt vedvarende rettslig usikkerhet blant de berørte partene og har ført til en lang rekke dommer i Den europeiske unions domstol. Derfor bør definisjonen av konsesjon presiseres, særlig ved å vise til begrepet driftsrisiko. Den viktigste funksjonen til en konsesjon, som er å gi rett til å utnytte bygge- og anleggsarbeider eller tjenester, betyr alltid at det overføres en driftsrisiko av økonomisk art til konsesjonsinnehaveren som innebærer en mulighet for at vedkommende ikke tjener inn igjen investeringene og kostnadene til driften av de tildelte bygge- og anleggsarbeidene eller tjenestene under normale driftsforhold, selv om den offentlige oppdragsgiveren eller oppdragsgiveren bærer en del av risikoen. Anvendelsen av særlige regler for tildeling av konsesjoner ville ikke være berettiget dersom den offentlige oppdragsgiveren eller oppdragsgiveren kompenserte markedsdeltakeren for mulige tap ved å garantere en inntekt som er minst like høy som markedsdeltakerens investeringer og kostnader i forbindelse med gjennomføringen av kontrakten. Samtidig bør det presiseres at visse ordninger som betales utelukkende av en offentlig oppdragsgiver eller oppdragsgiver, bør anses som konsesjoner dersom inntjeningen av de investeringene som markedsdeltakeren har gjort, og de kostnadene som vedkommende har hatt i forbindelse med utførelsen av bygge- og

anleggsarbeidet eller tjenesteytingen, avhenger av den faktiske etterspørselen etter eller tilbudet av tjenesten eller eiendelen.

5 Direktivets fortale avsnitt 35 lyder:

Dette direktiv bør ikke påvirke medlemsstatenes frihet til i samsvar med unionsretten å velge metoder for å organisere og kontrollere driften av pengespill og veddemål, herunder gjennom tillatelser. Det er hensiktsmessig å unnta fra direktivets virkeområde konsesjoner som gjelder driften av lotterier, og som en medlemsstat har tildelt en markedsdeltaker på grunnlag av en enerett som er gitt gjennom en framgangsmåte uten offentliggjøring i henhold til gjeldende nasjonale lover og offentliggjorte forskrifter i samsvar med TEUV. Dette unntaket er berettiget fordi tildelingen av en enerett til en markedsdeltaker gjør det umulig å gjennomføre en konkurranseframgangsmåte, og det er også nødvendig å opprettholde medlemsstatenes mulighet til å regulere pengespillsektoren på nasjonalt plan på grunn av deres forpliktelse til å beskytte den offentlige orden og samfunnsordenen.

6 Direktivet artikkel 1 nr. 1 og 2, med overskriften «Formål og virkeområde», lyder:

1. Ved dette direktiv fastsettes det regler for framgangsmåter for innkjøp foretatt av offentlige oppdragsgivere og oppdragsgivere, hvis verdi anslås ikke å være lavere enn terskelverdien fastsatt i artikkel 8.

2. Dette direktiv får anvendelse på bygge- og anleggskonsesjoner eller tjenestekonsesjoner til markedsdeltakere som tildeles av

a) offentlige oppdragsgivere eller

b) oppdragsgivere, forutsatt at bygge- og anleggsarbeidene eller tjenestene er beregnet på utøvelse av en av formene for virksomhet som er nevnt i vedlegg II.

7 Direktivet artikkel 5 nr. 1 og nr. 10, med overskriften «Definisjoner», lyder i utdrag:

1) «konsesjoner» bygge- og anleggskonsesjoner eller tjenestekonsesjoner som definert i bokstav a) og b):

[...]

b) «tjenestekonsesjon» en gjensidig bebyrdende kontrakt som inngås skriftlig, der én eller flere offentlige oppdragsgivere eller oppdragsgivere overdrar yting og forvaltning av andre tjenester enn utførelsen av bygge- og anleggsarbeidene som er nevnt i bokstav a), til én eller flere markedsdeltakere, der vederlaget for denne overdragelsen består enten utelukkende av retten til å

utnytte tjenestene som er omfattet av kontrakten, eller av denne retten sammen med en betaling.

Tildeling av en bygge- og anleggskonsesjon eller tjenestekonsesjon skal innebære at det overføres en driftsrisiko til konsesjonsinnehaveren ved utnyttelsen av disse bygge- og anleggsarbeidene eller tjenestene, som omfatter en etterspørsels- eller tilbudsrisiko eller begge deler. Konsesjonsinnehaveren skal anses å påta seg driftsrisikoen dersom vedkommende under normale driftsforhold ikke er garantert å tjene inn igjen investeringene som er foretatt, og kostnadene som er påløpt i forbindelse med driften av bygge- og anleggsarbeidene eller tjenestene som er konsesjonens gjenstand. Den delen av risikoen som overføres til konsesjonsinnehaveren, skal innebære en reell eksponering for markedets svingninger, slik at et mulig anslått tap som konsesjonsinnehaveren påføres, ikke skal være bare nominelt eller ubetydelig,

- 10) *«enerett» en rettighet som er gitt av en vedkommende myndighet i en medlemsstat i henhold til en lov eller offentliggjort forskrift som er forenlig med traktatene, som medfører at utøvelsen av en virksomhet forbeholdes én enkelt markedsdeltaker, og som i vesentlig grad påvirker andre markedsdeltakeres muligheter til å utøve slik virksomhet,*

8 Direktivet artikkel 6, med overskriften «Offentlige oppdragsgivere», lyder:

1. I dette direktiv menes med «offentlige oppdragsgivere» statlige, regionale eller lokale myndigheter, offentligrettslige organer eller sammenslutninger dannet av én eller flere slike myndigheter eller ett eller flere slike offentligrettslige organer, unntatt de myndighetene, organene eller sammenslutningene som utøver en av formene for virksomhet som er nevnt i vedlegg II, og tildeler en konsesjon for utøvelse av en av disse formene for virksomhet.

2. «Regionale myndigheter» omfatter alle myndigheter i de administrative enhetene som er oppført på den ikke-uttømmende listen i NUTS 1 og 2, som nevnt i europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 1059/2003.

3. «Lokale myndigheter» omfatter alle myndigheter i de administrative enhetene som hører inn under NUTS 3 og mindre administrative enheter, som nevnt i forordning (EF) nr. 1059/2003.

4. «Offentligrettslige organer» er organer som har alle følgende egenskaper:

- a) *de er opprettet for det bestemte formål å imøtekomme allmennhetens behov, men ikke behov av industriell eller forretningsmessig art,*

- b) *de er et rettssubjekt og*
- c) *de er i hovedsak finansiert av staten, regionale eller lokale myndigheter eller andre offentligrettslige organer; eller deres forvaltning er underlagt en av disse myndighetenes eller et av disse organenes tilsyn; eller de har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er utpekt av staten, regionale eller lokale myndigheter eller andre offentligrettslige organer.*

9 Direktivet artikkel 7 nr. 1 bokstav a), med overskriften «Oppdragsgivere», lyder:

1. I dette direktiv menes med «oppdragsgivere» enheter som utøver en av formene for virksomhet som er nevnt i vedlegg II, og tildeler en konsesjon for utøvelse av en av disse formene for virksomhet, og som er en av følgende:

- a) *statlige, regionale eller lokale myndigheter, offentligrettslige organer eller sammenslutninger dannet av én eller flere slike myndigheter eller ett eller flere slike offentligrettslige organer;*

10 Direktivet artikkel 10 nr. 1, med overskriften «Unntak for konsesjoner tildelt av offentlige oppdragsgivere og oppdragsgivere», lyder i utdrag:

1. Dette direktiv får ikke anvendelse på tjenestekonsesjoner som tildeles en offentlig oppdragsgiver eller oppdragsgiver som nevnt i artikkel 7 nr. 1 bokstav a), eller en sammenslutning av slike på grunnlag av en enerett.

[...]

Nasjonal rett

11 Direktivet er gjennomført i norsk rett ved lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser («anskaffelsesloven») § 2 og forskrift 12. august 2016 nr. 976 om konsesjonskontrakter («konsesjonskontraktforskriften»). Anskaffelsesloven og konsesjonsforskriften gjelder for offentlige myndigheter som inngår konsesjonskontrakter om tjenester med en anslått verdi som er lik eller overstiger 100 000 kroner eksklusive merverdiavgift, jf. anskaffelsesloven § 2 og konsesjonskontraktforskriften § 1-1 første ledd.

12 Konsesjonskontraktforskriften § 1-2, med overskriften «Konsesjonskontrakt», lyder:

1. En konsesjonskontrakt er en tjenestekontrakt eller en bygge- og anleggskontrakt der vederlaget består enten utelukkende av retten til å utnytte tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene eller en slik rett sammen med betaling, og der driftsrisikoen er overført fra oppdragsgiveren til leverandøren.

2. Driftsrisikoen knyttet til tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene kan enten gjelde etterspørsels- eller leveringsrisikoen eller begge deler. Driftsrisikoen anses overført når leverandøren under normale driftsforhold ikke er garantert å tjene inn sine investeringer eller få dekket kostnader som påløper i driften. Risikoen som overføres til leverandøren, skal innebære en reell eksponering for svingningene i markedet, slik at det anslåtte potensielle tapet for leverandøren ikke skal være ubetydelig.

- 13 Konesjonskontraktforskriften § 2-3, med overskriften «Unntak for konesjonskontrakter som inngås på grunnlag av en enerett», lyder:

Anskaffelsesloven og forskriften gjelder ikke for tjenestekonesjonskontrakter som oppdragsgiveren inngår med

a) en oppdragsgiver som nevnt i § 1-3 første ledd bokstav a til d som har en enerett til å utføre tjenesten, eller

b) leverandører som har en enerett til å utføre tjenesten. Dette gjelder bare når eneretten er tildelt i samsvar med EØS-regler om adgang til å utøve forsyningsaktiviteter. Dersom reglene ikke fastsetter krav til gjennomsiktighet, skal oppdragsgiveren kunngjøre kontraktsinngåelsen etter § 9-4.

- 14 Tildelingen av enerett til å tilby totalisatorspill var tidligere regulert ved lov 1. juli 1927 nr. 3 om veddemål ved totalisator («totalisatorloven») og forskrift 24. august 2007 nr. 1011 om totalisatorspill («totalisatorforskriften»).

- 15 Ny lov 18. mars 2022 nr. 12 om pengespill («pengespilloven») trådte i kraft 1. januar 2023. Loven erstattet totalisatorloven av 1927, lov 24. februar 1995 nr. 11 om lotterier mv. («lotteriloven») og lov 28. august 1992 nr. 103 om pengespill mv. Totalisatorforskriften ble videre erstattet ved forskrift 13. mars 2023 nr. 327 om fordeling av overskuddet fra pengespill på hest.

- 16 Ifølge pengespilloven § 4 er det forbudt å tilby pengespill uten tillatelse.

- 17 Pengespilloven § 14, med overskriften «Enerett til å tilby pengespill på hest», lyder:

Kongen kan gi enerett til å tilby pengespill på hest til en tilbyder som har som formål

a. å legge til rette for et ansvarlig pengespilltilbud

b. å forebygge negative konsekvenser av pengespill

c. å støtte hestehold, hestesport og hesteavl.

Departementet skal ha rett til å oppnevne et flertall av medlemmene i tilbyderens styre.

Kongen kan sette vilkår i tillatelsen for å bidra til at lovens formål oppfylles. Tillatelsen gis for 10 år av gangen.

Overskuddet fra pengespill på hest skal gå til organisasjoner som fremmer hestesporten, hesteholdet og norsk hesteavl. Tilbyderen skal drive effektivt, slik at mest mulig av inntektene fra tilbyderens pengespill går til disse formålene. Departementet gir forskrift om fordelingen av overskuddet fra pengespill på hest.

- 18 Pengespilloven § 15, med overskriften «Enerettstilbydernes pengespilltilbud», lyder:

Norsk Tipping og den som har tillatelse til å tilby pengespill på hest etter § 14, kan ikke tilby eller markedsføre pengespill på vegne av andre.

Departementet gir forskrift om hvilke pengespill enerettstilbyderne kan tilby for å oppfylle lovens formål nevnt i § 1 bokstav a og b, og hvilke pengespill som krever tillatelse fra Lotteritilsynet.

Enerettstilbyderne skal fastsette spilleregler for pengespillene de tilbyr.

Lotteritilsynet kan gi tillatelse til midlertidig utprøving av nye pengespill og andre tiltak som skal bidra til å oppfylle lovens formål nevnt i § 1 bokstav a og b. Departementet kan gi forskrift om adgangen til midlertidig utprøving.

- 19 Pengespilloven § 34 første og fjerde ledd, med overskriften «Tilbakekall av tillatelse eller godkjenning», lyder:

Ved gjentatte eller vesentlige brudd på bestemmelser gitt i eller med hjemmel i denne loven, kan Lotteritilsynet sette vilkår for fortsatt drift eller kalle en tillatelse eller godkjenning tilbake. Er tillatelsen gitt av Kongen etter § 14, skal Kongen bekrefte et tilbakekall før det gjennomføres. En tillatelse eller godkjenning kan kalles tilbake for maksimalt to år.

[...]

Kalles en tillatelse eller godkjenning tilbake, skal Lotteritilsynet bestemme hvordan berørte pengespill skal avvikles.

II FAKTUM OG SAKSGANG

- 20 Stiftelsen Norsk Rikstoto («Norsk Rikstoto») er en næringsdrivende stiftelse opprettet av Det Norske Travselsskap og Norsk Jockeyklubb i 1982. Stiftelser er selvstendige og selveiende rettssubjekter, jf. lov 15. juni 2001 nr. 59 om stiftelser («stiftelsesloven»).

Norsk Rikstoto har siden 1982 hatt enerett til å tilby totalisatorspill (hesteløp) med hjemmel i den nå opphevede totalisatorloven. Etter totalisatorloven ble eneretten tildelt av Kongen for fem år av gangen.

- 21 Den 9. desember 2022 tildelte Kongen i statsråd Norsk Rikstoto enerett til å tilby pengespill på hest i Norge. Tillatelsen ble gitt for 10 år, med virkning fra 1. januar 2023.
- 22 Trannel International har søkt om tillatelse til å tilby pengespill på hest i Norge. I sitt svar informerte Kultur- og likestillingsdepartementet Trannel International om at søknaden ikke ville bli realitetsbehandlet under henvisning til totalisatorforskriften, den konsesjonen Norsk Rikstoto har i dag, og den etablerte enerettsmodellen som regulerer pengespillfeltet i Norge.
- 23 Trannel International anla deretter søksmål for Oslo tingrett med krav om at tildelingen av enerett til å tilby pengespill på hest kjennes uten virkning. Trannel International anførte at tildelingen var i strid med EØS-retten, særlig direktivet og EØS-rettens prinsipper om likebehandling, ikke-diskriminering og gjennomsiktighet.
- 24 På denne bakgrunn besluttet Oslo tingrett å anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse. Anmodningen var datert 6. juli 2023 og ble registrert ved EFTA-domstolen 13. juli 2023. Oslo tingrett forela EFTA-domstolen følgende spørsmål:
 1. *Hvilke momenter er etter EØS-retten sentrale for vurderingen av om en tildeling av en enerett til pengespill skal betraktes som en administrativ tillatelsesordning, som faller utenfor anskaffelsesregelverket, eller om den skal betraktes som en tildeling av en «koncession på tjenesteydelser», i henhold til direktiv 2014/23 artikkel 5 nr. 1 b?*
 2. *Har vedtakelsen og ikrafttreddelsen av direktiv 2014/23 og dens regulering av konsesjonskontrakter endret på grensedragningen mellom offentlige kontrakter i form av tjenestekonsesjonskontrakter på den ene siden, og administrative tillatelsesordninger på den andre siden?*
 3. *Hvilken betydning har det for vurderingen av om en står overfor en administrativ tillatelsesordning eller en tjenestekonsesjonskontrakt at et eventuelt overskudd til den som tildeles eneretten disponeres over av staten gjennom forskriftsregulering til gode for tredjeparter?*
 4. *Er tildeling av en enerett til å tilby pengespill på hest til en stiftelse som er organisert på lignende måte som Stiftelsen Norsk Rikstoto, en «koncession på tjenesteydelser» etter direktiv 2014/23/EU artikkel 5 nr. 1 bokstav b?*
 5. *Har det betydning for om unntaket i direktiv 2014/23 artikkel 10 nr. 1 første ledd kommer til anvendelse at den nasjonale lovgivningen ikke uttrykkelig navngir innehaveren av eneretten, men at lovforarbeidene legger til grunn at eneretten skal tildeles en bestemt enerettstilbyder uten at dette lovfestes fordi stiftelsen ikke kan pålegges en plikt til å tilby pengespill?*

6. *Har det betydning for om unntaket i direktiv 2014/23 artikkel 10 nr. 1 første ledd kommer til anvendelse at stiftelsen også ble tildelt eneretten med hjemmel i tidligere nasjonal lovgivning, herunder at stiftelsen har blitt tildelt enerett til pengespill på hest uavbrutt etter denne tidligere nasjonale lovgivningen, men for fem år av gangen, frem til eneretten ble tildelt på nytt etter at ny lovgivning trådte i kraft 1. januar 2023?*

25 Det vises til rettsmøterapporten for en mer utførlig redegjørelse for den rettslige bakgrunnen, de faktiske forholdene, saksgangen og forslagene til svar som er inngitt til EFTA-domstolen. Partenes argumenter nevnes eller drøftes i det følgende bare så langt det er nødvendig for EFTA-domstolens begrunnelse.

III EFTA-DOMSTOLENS SVAR

Spørsmål 1 til 4

26 Ved spørsmål 1 til 4 spør den anmodende domstol i hovedsak (1) hvilke momenter som er sentrale ved vurderingen av om en enerett til pengespill skal betraktes som en administrativ tillatelsesordning, som faller utenfor direktivets virkeområde; (2) om vedtakelsen og ikrafttredelsen av direktivet medførte noen endring i grensdragningen mellom offentlige kontrakter i form av tjenestekonsesjonskontrakter og administrative tillatelsesordninger; (3) hvilken betydning det har ved vurderingen av om en står overfor en administrativ tillatelsesordning eller en tjenestekonsesjonskontrakt at et eventuelt overskudd hos den som er tildelt eneretten, disponeres over av staten gjennom forskriftsregulering til gode for tredjeparter; og (4) om tildelingen av en enerett til å tilby pengespill på hest til en stiftelse som er organisert på lignende måte som Norsk Rikstoto, er en tjenestekonsesjon.

27 Alle disse spørsmålene gjelder tolkningen og anvendelsen av begrepet tjenestekonsesjoner etter direktivet artikkel 5 nr. 1 bokstav b). EFTA-domstolen finner det hensiktsmessig å besvare spørsmålene samlet.

28 Begrepet «konsesjon» etter direktivet artikkel 5 nr. 1 bokstav b) er et autonomt begrep i EØS-retten og må på dette grunnlag tolkes på en ensartet måte i EØS-retten (jf. dommen 10. november 2022 i *SHARENGO*, C-486/21, EU:C:2022:868, avsnitt 57 og rettspraksis som det vises til der).

29 Som angitt i artikkel 1 nr. 1, fastsetter direktivet regler for fremgangsmåter for innkjøp foretatt av offentlige oppdragsgivere og oppdragsgivere gjennom en konsesjon. En tjenestekonsesjon er i artikkel 5 nr. 1 bokstav b) definert som en gjensidig bebyrdende kontrakt som inngås skriftlig, der én eller flere offentlige oppdragsgivere eller oppdragsgivere overdrar ytelse og forvaltning av andre tjenester enn utførelsen av bygge- og anleggsarbeidene som er nevnt i bokstav a), til én eller flere markedsdeltakere, der vederlaget for denne overdragelsen består enten utelukkende av retten til å utnytte tjenestene som er omfattet av kontrakten, eller av denne retten sammen med en betaling.

- 30 Det følger av ordlyden i artikkel 5 nr. 1 bokstav b) at tjenestekonsesjonen må være en gjensidig bebyrdende kontrakt som inngås skriftlig. Formålet med konsesjonskontrakten, slik det blant annet følger av direktivets fortale avsnitt 11, er at den offentlige oppdragsgiveren skal oppnå den tjenesten som den offentlige oppdragsgiveren har til hensikt å dra fordel av (jf. dommen 25. mars 2010 i *Helmut Müller*, C-451/08, EU:C: 2010:168, avsnitt 48 og rettspraksis som det vises til der).
- 31 I denne sammenhengen følger det av artikkel 1 nr. 1 og 2, særlig henvisningen til «innkjøp» i artikkel 1 nr. 1, at direktivet kun gjelder anskaffelser av bygge- og anleggsarbeider eller tjenester foretatt av offentlige oppdragsgivere og oppdragsgivere gjennom en konsesjon. Følgelig må den offentlige oppdragsgiveren eller oppdragsgiveren som sådan anskaffe bygge- og anleggsarbeider eller tjenester til gode for seg selv.
- 32 Det er videre fastslått at begrepet «gjensidig bebyrdende kontrakt» forutsetter en kontrakt mellom én eller flere markedsdeltakere og én eller flere offentlige oppdragsgivere, som har utførelse av bygge- og anleggsarbeider, levering av varer eller yting av tjenester som formål. Dette begrepet bygger på premisset om at en markedsdeltaker forplikter seg til å utføre tjenesten som er omfattet av kontrakten, mot vederlag. Ved å inngå en kontrakt om offentlig tjenesteyting forplikter markedsdeltakeren seg derfor til å utføre eller besørge utført de tjenestene kontrakten gjelder. Følgelig forplikter hver av partene seg til å yte en form for vederlag i bytte for et annet. Kontraktens gjensidig forpliktende karakter er således et vesentlig element i en offentlig kontrakt (jf. dommene i *Helmut Müller*, C-451/08, sitert over, avsnitt 48 og 60 og rettspraksis som det vises til der, og dommen 10. september 2020 i *Tax-Fin-Lex*, C-367/19, EU:C:2020:685, avsnitt 24 og 25 og rettspraksis som det vises til der).
- 33 Som angitt i direktivet artikkel 5 nr. 1 annet ledd, skal videre «tildeling av en bygge- og anleggskonsesjon eller tjenestekonsesjon [...] innebære at det overføres en driftsrisiko til konsesjonsinnehaveren ved utnyttelsen av disse bygge- og anleggsarbeidene eller tjenestene, som omfatter en etterspørsels- eller tilbudsrisiko eller begge deler. Konsesjonsinnehaveren skal anses å påta seg driftsrisikoen dersom vedkommende under normale driftsforhold ikke er garantert å tjene inn igjen investeringene som er foretatt, og kostnadene som er påløpt i forbindelse med driften av bygge- og anleggsarbeidene eller tjenestene som er konsesjonens gjenstand. Den delen av risikoen som overføres til konsesjonsinnehaveren, skal innebære en reell eksponering for markedets svingninger, slik at et mulig anslått tap som konsesjonsinnehaveren påføres, ikke skal være bare nominelt eller ubetydelig».
- 34 Når det gjelder vederlaget som kreves som en motytelse for tjenesten, følger det direkte av direktivet artikkel 5 nr. 1 bokstav b) at vederlaget markedsdeltakeren mottar, kan bestå utelukkende av retten til å utnytte tjenestene som er omfattet av kontrakten, eller av denne retten sammen med en betaling. Kontrakten er imidlertid likevel gjensidig bebyrdende selv om vederlaget til markedsdeltakeren begrenser seg til godtgjøring for utgifter påløpt for å yte den avtalte tjenesten (jf. dommen 18. oktober 2018 i *IBA Molecular Italy*, C-606/17, EU:C:2018:843, avsnitt 29).

- 35 Dette vederlaget må ikke nødvendigvis bestå i betaling av et pengebeløp, men det at en offentlig kontrakt er gjensidig bebyrdende, må nødvendigvis medføre opprettelsen av rettslig bindende forpliktelser for begge kontraktsparter som må kunne håndheves rettslig. Omvendt kommer en kontrakt der en offentlig oppdragsgiver ikke er juridisk forpliktet til å yte noe vederlag for det den andre kontraktsparten har forpliktet seg til å yte, ikke inn under begrepet «gjensidig bebyrdende kontrakt» (jf. dommene i *Helmut Müller*, C-451/08, sitert over, avsnitt 62 og 63, og *Tax-Fin-Lex*, C-367/19, sitert over, avsnitt 27).
- 36 Ved vurderingen av om en kontrakt er gjensidig bebyrdende, må det skilles mellom kontrakter om tjenestekonsesjoner, som omfattes av direktivet, og administrative tillatelsesordninger, som ikke omfattes av direktivet. Som det blant annet følger av direktivets fortale avsnitt 12 og 14, fastsetter konsesjonskontrakter gjensidig bindende forpliktelser der utførelsen av bygge- og anleggsarbeider eller tjenesteyting er omfattet av særlige krav som fastlegges av den offentlige oppdragsgiveren eller oppdragsgiveren, og som kan håndheves rettslig. På den annen side vil ren finansiering av en virksomhet, særlig gjennom tilskudd, som ofte er knyttet til plikten til å tilbakebetale mottatte beløp som ikke blir brukt til de tiltenkte formålene, ikke falle inn under direktivets virkeområde. Tilsvarende bør visse godkjenninger og lisenser, der medlemsstaten eller en offentlig myndighet fastsetter vilkårene for utøvelse av økonomisk virksomhet, herunder et vilkår for å utøve en bestemt form for virksomhet, som normalt gis på anmodning fra markedsdeltakeren og ikke på initiativ fra den offentlige oppdragsgiveren eller oppdragsgiveren, og der markedsdeltakeren fritt kan slutte å utføre bygge- og anleggsarbeider eller yte tjenester, ikke anses som konsesjoner.
- 37 Domstolen minner om at de store moralske, religiøse og kulturelle forskjellene mellom EØS-statene og de moralsk og økonomisk skadelige konsekvensene veddemål og pengespill medfører for den enkelte og for samfunnet, kan berettige en skjønnsmargin for nasjonale myndigheter som er tilstrekkelig til at de kan fastsette, i samsvar med egne verddivurderinger, hva som kreves for å sikre forbrukervern og opprettholdelsen av offentlig orden (jf. dommen 14. mars 2007 i *ESA mot Norge*, E-1/06, avsnitt 29, og dommene 8. september 2010 i *Markus Stoß m.fl.*, C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 og C-410/07, EU:C:2010:504, avsnitt 76, og dommen 8. september 2009 i *Liga Portuguesa*, C-42/07, EU:C:2009:519, avsnitt 57).
- 38 EØS-statene står derfor fritt til å fastsette målene for sin politikk når det gjelder tipping og pengespill, og hvis hensiktsmessig, fastsette i detalj hvilket beskyttelsesnivå som søkes, og kan velge en lisensordning med én enkelt markedsdeltaker, forutsatt at de oppfyller kravene etter EFTA-domstolens rettspraksis med hensyn til deres forholdsmessighet (se dommen 29. august 2014 i *Casino Admiral AG*, E-24/13, avsnitt 48 til 50 og rettspraksis som det vises til der, jf. dommen 3. juni 2010 i *Sporting Exchange*, C-203/08, EU:C: 2010:307, avsnitt 28 og 59 og rettspraksis som det vises til der).
- 39 Det er på denne bakgrunn at det i direktivets fortale avsnitt 35 fremkommer at direktivet ikke bør berøre EØS-statenes frihet til i samsvar med unionsretten å velge metoder for å organisere og kontrollere driften av pengespill og veddemål, herunder gjennom

tillatelser. Derfor er konsesjoner som gjelder driften av lotterier, og som en medlemsstat har tildelt en markedsdeltaker på grunnlag av en enerett som er gitt gjennom en fremgangsmåte uten offentliggjøring i henhold til gjeldende nasjonale lover og offentliggjorte forskrifter i samsvar med EØS-retten, unntatt fra direktivets virkeområde. Dette unntaket er berettiget fordi tildelingen av en enerett til en markedsdeltaker gjør det umulig å gjennomføre en konkurransefremgangsmåte, og også fordi det er nødvendig å opprettholde EØS-statenes mulighet til å regulere pengespillsektoren på nasjonalt plan på grunn av deres forpliktelse til å beskytte den offentlige orden og samfunnsordenen.

- 40 I motsetning til en tjenestekonsesjonskontrakt, som er basert på en avtale, kan en markedsdeltaker gis en administrativ tillatelse der vilkårene for utøvelse av virksomheten fastsettes, samtidig som markedsdeltakeren fritt kan slutte å utføre bygge- og anleggsarbeidene eller yte tjenestene. En tillatelsesordning regulerer utøvelsen av en virksomhet, ikke innkjøp av en tjeneste som er til økonomisk fordel for den offentlige myndighet, og gjør det mulig for EØS-statene, i forbindelse med pengespill og hasardspill, å regulere og organisere pengespillsektoren slik de ønsker. Mens tildelingen av en enerett, som en tillatelse, bare gir en rett til å drive en bestemt virksomhet, utgjør tildelingen av en kontrakt om offentlig tjenesteyting en kontrakt med gjensidig bindende forpliktelser som kan håndheves rettslig.
- 41 Når det gjelder betydningen av at et eventuelt overskudd hos den som er tildelt eneretten, disponeres over av staten gjennom forskriftsregulering til gode for tredjeparter, minner EFTA-domstolen om at det relevante rettslige vurderingstemaet er om tildelingen medfører en «gjensidig bebyrdende kontrakt». Som allerede nevnt, er det en forutsetning for en gjensidig bebyrdende kontrakt at kontrakten innebærer en faktisk utveksling av vederlag mellom partene. I denne sammenhengen er ikke disponeringen av overskudd som sådan avgjørende.
- 42 På lignende vis, siden det relevante rettslige vurderingstemaet er om tildelingen utgjør en gjensidig bebyrdende kontrakt, er organisasjonsstrukturen til enheten som er tildelt eneretten, i seg selv ikke relevant for denne vurderingen.
- 43 Når det gjelder spørsmålet om direktivet og reguleringen av konsesjonskontrakter har endret på skillet mellom tjenestekonsesjonskontrakter og tillatelser, peker EFTA-domstolen på at det følger av blant annet artikkel 1 nr. 1 og direktivets fortale avsnitt 14 og 35 at direktivet skiller mellom konsesjonskontrakter og tillatelser. Videre presiseres det i fortalen avsnitt 1 og 18 at direktivet var ment å klargjøre hva som utgjør en tjenestekonsesjonskontrakt basert på tidligere rettspraksis og direktiver, og dermed å kodifisere definisjonen av tjenestekonsesjon slik den fulgte av rettspraksis. Direktivets ikrafttredelse har følgelig ikke endret på skillet mellom tjenestekonsesjonskontrakter og administrative tillatelsesordninger.
- 44 Tranel International gjør gjeldende at lisenser på drift av spilltjenester på den måten de er organisert i den foreliggende sak, generelt vil bli ansett som «tjenestekonsesjoner» etter direktivet, og hevder at dommen 13. september 2007 i *Kommisjonen mot Italia*, C-260/04, EU:C:2007:508, dommen 9. september 2010 i *Engelmann*, C-64/08,

EU:C:2010:506, og dommen i *Sporting Exchange*, C-203/08, sitert over, underbygger denne vurderingen. EFTA-domstolen peker imidlertid på at disse dommene må leses i sin rette sammenheng. Ingen av dem gjaldt skillet mellom tjenestekonsesjonskontrakter og administrative tillatelser, og de kan derfor ikke tolkes slik at pengespill på hest generelt alltid må organiseres i form av en tjenestekonsesjon. Når det er sagt, og selv om pengespill og hasardspill kan organiseres gjennom en konsesjonskontrakt, er det med hensyn til anvendelsen av direktivet et spørsmål om ordningen i det enkelte tilfelle utgjør en gjensidig bebyrdende kontrakt.

- 45 Ved vurderingen av om tildelingen av en enerett til å tilby pengespill på hest til en stiftelse som i den foreliggende sak, utgjør en tjenestekonsesjonskontrakt etter direktivet artikkel 5 nr. 1 bokstav b), må det følgelig tas hensyn til om denne retten er underlagt en gjensidig bebyrdende kontrakt mellom én eller flere markedsdeltakere og én eller flere offentlige oppdragsgivere som har en tjenestekonsesjon som formål, er inngått skriftlig, mot vederlag og til fordel for innkjøpsmyndigheten, og som er rettslig bindende for begge parter og kan håndheves rettslig. På den annen side er administrative tillatelsesordninger der en markedsdeltaker gis en tillatelse, og som regulerer og fastsetter vilkårene for utøvelse av virksomheten, samtidig som markedsdeltakeren fritt kan slutte å utføre bygge- og anleggsarbeidene eller yte tjenesten, men som ikke kan håndheves rettslig, ikke omfattet av direktivet.
- 46 Det er opp til den anmodende domstol å vurdere om tildelingen av eneretten til å tilby pengespill på hest til Norsk Rikstoto, som saken den har til behandling gjelder, har egenskaper som gjør den til en gjensidig bebyrdende kontrakt.
- 47 I lys av det ovenstående må svarene på spørsmål 1 til 4 bli at det ved vurderingen av om tildelingen av en enerett til å tilby pengespill på hest til en stiftelse som i den foreliggende saken, utgjør en kontrakt om en tjenestekonsesjon etter direktivet artikkel 5 nr. 1 bokstav b), må tas hensyn til om denne retten er underlagt en gjensidig bebyrdende kontrakt mellom én eller flere markedsdeltakere og én eller flere offentlige oppdragsgivere, som har en tjenestekonsesjon som formål, er inngått skriftlig, mot vederlag og til fordel for innkjøpsmyndigheten, og som er rettslig bindende for begge parter og kan håndheves rettslig. Administrative tillatelsesordninger der en markedsdeltaker gis en tillatelse, og som regulerer og fastsetter vilkårene for utøvelse av virksomheten, samtidig som markedsdeltakeren fritt kan slutte å utføre bygge- og anleggsarbeidene eller yte tjenesten, men som ikke kan håndheves rettslig, er ikke omfattet av direktivet. Direktivets ikrafttredelse har ikke endret på skillet mellom kontrakter om tjenestekonsesjoner, som omfattes av direktivet, og administrative tillatelsesordninger, som ikke omfattes av direktivet. At et eventuelt overskudd for den som er tildelt eneretten, disponeres over av staten gjennom forskriftsregulering til gode for tredjeparter, er ikke i seg selv relevant for vurderingen av om den aktuelle ordningen utgjør en tjenestekonsesjon etter direktivet. Organisasjonsstrukturen til enheten som er tildelt en enerett til å tilby pengespill på hest, som en stiftelse som er organisert på lignende måte som Norsk Rikstoto, er ikke relevant for vurderingen av om ordningen utgjør en tjenestekonsesjon etter direktivet.

Spørsmål 5 og 6

- 48 Ved spørsmål 5 og 6 spør den anmodende domstolen i hovedsak om det har betydning for unntaket i direktivet artikkel 10 nr. 1 at den nasjonale lovgivningen ikke uttrykkelig navngir innehaveren av eneretten, men at lovforarbeidene legger til grunn at eneretten skal tildeles en bestemt enerettstilbyder, og videre om det har betydning at stiftelsen også ble tildelt enerett med hjemmel i tidligere nasjonal lovgivning.
- 49 Etter direktivet artikkel 10 nr. 1 er tjenestekonsesjoner tildelt en offentlig oppdragsgiver eller oppdragsgiver som nevnt i artikkel 7 nr. 1 bokstav a), på grunnlag av en enerett, ikke omfattet av direktivet.
- 50 Innledningsvis peker EFTA-domstolen på at direktivet artikkel 10 nr. 1 kun fastsetter unntak for kontrakter om tjenestekonsesjoner etter artikkel 5 nr. 1 bokstav b). Dersom den anmodende domstolen kommer til at den aktuelle eneretten er gitt på grunnlag av en administrativ tillatelsesordning som kun søker å regulere og kontrollere driften av pengespill og veddemål, faller den følgelig utenfor direktivets virkeområde, noe som gjør det unødvendig å vurdere om vilkårene for unntaket i artikkel 10 nr. 1 er oppfylt.
- 51 Videre gjelder unntaket i direktivet artikkel 10 nr. 1 kun for kontrakter om tjenestekonsesjoner tildelt en «offentlig oppdragsgiver» eller en «oppdragsgiver» som definert i henholdsvis artikkel 6 og artikkel 7 nr. 1 bokstav a) i direktivet. Det følger blant annet av direktivets fortale avsnitt 32 at dette unntaket retter seg mot tilfeller der en statlig, regional eller lokal myndighet eller et offentligrettslig organ eller en bestemt sammenslutning av disse kan være den eneste kilden til en bestemt tjeneste, som den har enerett til å yte i henhold til nasjonale lover og offentliggjorte forskrifter som er forenlige med EØS-retten.
- 52 Dessuten må den aktuelle kontrakten om tjenestekonsesjon være tildelt «på grunnlag av en enerett», som i direktivet artikkel 5 nr. 10 er definert som en rettighet som er gitt av en vedkommende myndighet i en EØS-stat i henhold til en lov eller offentliggjort forskrift som er forenlig med EØS-avtalen, som medfører at utøvelsen av en virksomhet forbeholdes én enkelt markedsdeltaker, og som i vesentlig grad påvirker andre markedsdeltakeres muligheter til å utøve slik virksomhet.
- 53 Etersom kriteriet for å anvende unntaket er tildelingen av en enerett, ikke det rettslige grunnlaget for en slik tildeling, er det ikke relevant for vurderingen om den nasjonale lovgivningen som rettigheten er tildelt med hjemmel i, ikke uttrykkelig navngir rettighetshaveren. Det påvirker heller ikke denne vurderingen at rettigheten har blitt tildelt samme innehaver uavbrutt etter den tidligere lovgivningen.
- 54 I lys av det ovenstående må svaret på spørsmål 5 og 6 bli at det ikke har betydning for unntaket i direktivet artikkel 10 nr. 1 at den nasjonale lovgivningen som eneretten er tildelt med hjemmel i, ikke uttrykkelig navngir rettighetshaveren, eller at den stiftelsen som er tildelt eneretten, også har blitt tildelt denne retten uavbrutt etter tidligere nasjonal lovgivning.

IV SAKSOMKOSTNINGER

55 Ettersom foreleggelsen for EFTA-domstolen er en del av behandlingen av saken som står for den nasjonale domstolen, ligger det til denne domstolen å ta en eventuell avgjørelse om saksomkostninger for partene. Omkostninger som er påløpt i forbindelse med inngivelse av innlegg for EFTA-domstolen, annet enn partenes omkostninger, kan ikke kreves dekket.

På dette grunnlag avgir

EFTA-DOMSTOLEN

som svar på spørsmålene forelagt den av Oslo tingrett, følgende rådgivende uttalelse:

- 1. Ved vurderingen av om tildelingen av en enerett til å tilby pengespill på hest til en stiftelse som er organisert på lignende måte som Stiftelsen Norsk Rikstoto, utgjør en tjenestekonsesjon etter artikkel 5 nr. 1 bokstav b) i direktiv 2014/23/EU om tildeling av konsesjonskontrakter, må det tas hensyn til om rettigheten er underlagt en gjensidig bebyrdende kontrakt mellom én eller flere markedsdeltakere og én eller flere offentlige oppdragsgivere, som har en tjenestekonsesjon som formål, er inngått skriftlig, mot vederlag og til fordel for innkjøpsmyndigheten, og som er rettslig bindende for begge parter og kan håndheves rettslig. Administrative tillatelsesordninger der en markedsdeltaker gis en tillatelse, og som regulerer og fastsetter vilkårene for utøvelse av virksomheten, samtidig som markedsdeltakeren fritt kan slutte å yte tjenesten, men som ikke kan håndheves rettslig, er ikke omfattet av direktiv 2014/23/EU.**
- 2. Ikrafttredelsen av direktiv 2014/23/EU har ikke endret på skillet mellom tjenestekonsesjoner, som omfattes av direktiv 2014/23/EU, og administrative tillatelsesordninger, som ikke omfattes av direktivet.**
- 3. At et eventuelt overskudd for den som er tildelt eneretten, disponeres over av staten gjennom forskriftsregulering til gode for tredjeparter, er ikke i seg selv relevant for vurderingen av om den aktuelle ordningen utgjør en tjenestekonsesjon etter direktiv 2014/23/EU.**
- 4. Organisasjonsstrukturen til enheten som er tildelt en enerett til å tilby pengespill på hest, som en stiftelse som i den foreliggende saken, er ikke relevant for vurderingen av om ordningen utgjør en tjenestekonsesjon etter direktiv 2014/23/EU.**
- 5. Det har ikke betydning for unntaket i artikkel 10 nr. 1 i direktiv 2014/23/EU at den nasjonale lovgivningen som eneretten er tildelt med hjemmel i, ikke uttrykkelig navngir rettighetshaveren, eller at den stiftelsen som er tildelt eneretten, også har blitt tildelt denne retten uavbrutt etter tidligere nasjonal lovgivning.**

Páll Hreinsson

Bernd Hammermann

Michael Reiertsen

Avsagt i åpen rett i Luxembourg, 13. mai 2024.

Ólafur Jóhannes Einarsson
Justissekretær

Páll Hreinsson
President