

## RETTSMØTERAPPORT

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.

### I Innledning

1. Ved brev 6. juli 2023, registrert ved EFTA-domstolen 13. juli 2023, fremsatte Oslo tingrett en anmodning om rådgivende uttalelse i en sak den har til behandling mellom Trannel International Limited og Staten v/Kultur- og likestillingsdepartementet.

2. Saken for tingretten gjelder et fastsettelsessøksmål fra Trannel International Limiteds med krav om at tildelingen av enerett til å tilby pengespill på hest til Stiftelsen Norsk Rikstoto kjennes uten virkning etter anskaffelsesloven § 13. Spørsmålet er om tildelingen av enerett til å tilby pengespill på hest til Stiftelsen Norsk Rikstoto utgjør en «tjenestekonsesjon» etter direktiv 2014/23/EU artikkel 5 nr. 1 bokstav b), og i så fall om unntaket for tjenestekonsesjonskontrakter inngått på grunnlag av en enerett etter direktivet artikkel 10 nr. 1, kommer til anvendelse.

### II Rettslig bakgrunn

#### *EØS-rett*

3. 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 («konsesjonskontraktdirektivet») 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). Konesjonskontraktdirektivet 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.

4. Direktivet betraktning 11 lyder:

*Konesjoner 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 konesjon 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.*

5. Direktivet betraktning 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 konesjoner. 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 konesjonskontrakter 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.*

6. Direktivet betraktning 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 konesjoner 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 konkurranse-*

*framgangsmåte, 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.*

7. 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.*

8. Direktivet artikkel 5 nr. 1 bokstav b), med overskriften «Definisjoner», lyder:

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

[...]

b) «tjenestekonsesjon» «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.

9. Direktivet artikkel 10 nr. 1 og 9, med overskriften «Unntak for konsesjoner tildelt av offentlige oppdragsgivere og oppdragsgivere», lyder:

*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.*

*Dette direktiv får ikke anvendelse på tjenestekonsesjoner som tildeles en markedsdeltaker på grunnlag av en enerett som er tildelt i samsvar med*

*TEUV og unionsrettsakter som fastsetter felles regler for markedsadgang som gjelder for virksomhet nevnt i vedlegg II.*

*[...]*

*9. Dette direktiv får ikke anvendelse på tjenestekonsesjoner for lotteritjenester som omfattes av CPV-kode 92351100-7, som en medlemsstat tildeler en markedsdeltaker på grunnlag av en enerett. Ved anvendelsen av dette nummer omfatter begrepet enerett ikke enerett som nevnt i artikkel 7 nr. 2.*

*Tildelingen av en slik enerett skal offentliggjøres i Den europeiske unions tidende.*

#### *Nasjonal rett*

10. Direktiv 2014/23/EU 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 ekskl. merverdiavgift, jf. anskaffelsesloven § 2 og konsesjonskontraktforskriften § 1-1 første ledd.

11. 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..*

12. Konsesjonskontraktforskriften § 2-3, med overskriften «Unntak for konsesjonskontrakter som inngås på grunnlag av en enerett», lyder:

*Anskaffelsesloven og forskriften gjelder ikke for tjenestekonsesjonskontrakter 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.*

13. 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»).

14. 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 av 2007 ble erstattet ved forskrift 13. mars 2023 nr. 327 om fordeling av overskuddet fra pengespill på hest.

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

16. 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.*

17. 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.*

18. 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.*

### **III Faktum og saksgang**

19. Stiftelsen 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 av 1927. Etter totalisatorloven ble eneretten tildelt av Kongen for fem år av gangen.

20. 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.

21. Trannel International Limited 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 norsk forskrift om totalisatorspill, den konsesjon Norsk Rikstoto har i dag, og den etablerte enerettsmodell som regulerer pengespillfeltet i Norge.

22. Trannel International Limited anla fastsettelsessøksmål for Oslo tingrett med krav om at tildelingen av enerett til å tilby pengespill på hest kjennes uten virkning.

Trannel International anfører at tildelingen er i strid med EØS-retten, særlig konsesjonskontraktdirektivet og EØS-rettens grunnleggende prinsipper om likebehandling, ikke-diskriminering og gjennomsiktighet.

23. På denne bakgrunn har Oslo tingrett besluttet å forelegge 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 ikrafttredelsen av direktiv 2014/23 og dens regulering av konsesjonskontrakter endret på grensdragningen 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?**

#### IV Skriftlige innlegg

24. I medhold av artikkel 20 i EFTA-domstolens vedtekter og artikkel 90 nr. 1 i EFTA-domstolens rettergangsordning er skriftlige innlegg inngitt av:

- Trannel International Limited, representert ved advokatene Johanne Førde og Thomas Nordby,
- 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.

## **V Fremsatte forslag til svar**

### *Trannel International Limited*

25. Trannel International Limited anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmål på følgende måte:

- I. Når det gjelder det andre spørsmål, har vedtakelsen og ikrafttredelsen av direktiv 2014/23/EU ikke medført noen endringer på grensedragningen mellom tjenestekonsesjonskontrakter på den ene side og administrative tillatelser på den annen, i forhold til direktiv 2004/18/EF.*
- II. Når det gjelder det første spørsmål, må tildelingen av en enerett til å tilby spilltjenester i en medlemsstat på lignende måte som i den foreliggende sak anses som en «tjenestekonsesjon» etter direktiv 2014/23/EU artikkel 5 nr. 1 bokstav b).*
- III. Når det gjelder det tredje og fjerde spørsmål, utgjør tildelingen av en enerett til å tilby pengespill på hest til en næringsdrivende stiftelse som er organisert på lignende måte som Stiftelsen Norsk Rikstoto, der overskuddet for innehaveren av eneretten disponeres over av staten gjennom forskriftsregulering, en «tjenestekonsesjon» etter direktiv 2014/23/EU artikkel 5 nr. 1 bokstav b).*
- IV. Når det gjelder det femte og sjette spørsmål, får unntaket i direktiv 2014/23/EU artikkel 10 nr. 1 ikke anvendelse på tildelingen av en tjenestekonsesjon med mindre det forut for tildelingen av tjenestekonsesjonen foreligger en lov eller offentliggjort forskrift som gir enerett, altså er det irrelevant om en enkelt tilbyder har blitt utpekt i*



*forarbeidene til den nasjonale spilllovgivning så lenge dette ikke gjenspeiles i den endelige lovgivning, og det har ingen betydning at mottakeren har blitt tildelt denne enerett uavbrutt i fortiden.*

*Den norske stat*

26. Den norske stat anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmål på følgende måte:

- 1. For at tildeling av en enerett til å tilby hasardspill på hest skal være en «tjenestekonsesjon» etter direktiv 2014/23 artikkel 5 nr. 1 bokstav b), må den fastsette gjensidig bindende forpliktelser der utførelsen av tjenesten er underlagt særlige krav som kan tvangsfullbyrdes. Den offentlige oppdragsgiver må motta en tjeneste i henhold til kontrakten mot vederlag, idet tjenesten er til direkte økonomisk fordel for den offentlige oppdragsgiver. En tillatelsesordning fastsetter på den annen side ikke gjensidig bindende forpliktelser som kan tvangsfullbyrdes, men regulerer utøvelsen av en økonomisk virksomhet ved å fastsette vilkårene for utøvelsen av den.*
- 2. Vedtakelsen av direktiv 2014/23 og dens regulering av konsesjonskontrakter har ikke endret på skillet mellom tjenestekonsesjoner på den ene side og administrative tillatelsesordninger på den annen.*
- 3. Ved vurderingen av om en står overfor en administrativ tillatelsesordning eller en tjenestekonsesjon, tyder det faktum at et eventuelt overskudd for innehaveren av eneretten disponeres over av staten gjennom forskriftsregulering og fordeles til gode for tredjeparter, at ordningen ikke er en tjenestekonsesjon som faller inn under direktiv 2014/23, men en forskriftsordning som sikrer streng kontroll med utøvelsen av den økonomiske virksomhet.*
- 4. Tildelingen av en enerett til å tilby hasardspill på hest til en stiftelse som er organisert på lignende måte som Stiftelsen Norsk Rikstoto, er ikke en «tjenestekonsesjon» etter direktiv 2014/23/EU artikkel 5 nr. 1 bokstav b).*
- 5. Kravet i artikkel 10 nr. 1 første ledd om at tjenestekonsesjonen må være tildelt «på grunnlag av en enerett», innebærer at det må foreligge et annet rettslig grunnlag for eneretten enn bare tildelingen av selve konsesjonen. Dette grunnlaget kan være «en lov eller offentliggjort forskrift».*

*Det avgjørende ved vurderingen av om det foreligger et slikt grunnlag i nasjonal lovgivning, er om nasjonal lovgivning faktisk fastsetter en enerett for den offentlige oppdragsgiver eller oppdragsgiveren, som i vesentlig grad påvirker andre markedsdeltakeres evne til å utøve samme virksomhet. Dette må bero på en konkret vurdering og en analyse av nasjonal lovgivning. Konteksten og rammereglene i nasjonal lovgivning er av relevans, herunder om den offentlige oppdragsgiver eller oppdragsgiveren har hatt en enerett*

*uavbrutt under både tidligere og gjeldende rammeregler. Det er ikke et vilkår at innehaveren av eneretten etter nasjonal lovgivning er uttrykkelig navngitt i lov- eller forskriftsteksten.*

#### *Østerrikes regjering*

27. Østerrikes regjering anmoder EFTA-domstolen om å besvare første til fjerde spørsmål på følgende måte:

- 1. En tillatelse gis vanligvis etter søknad fra markedsdeltakeren og gjør det mulig for markedsdeltakeren å «gå inn» i et (bestemt) marked, noe som betyr at uten tillatelsen kan den aktuelle økonomiske virksomhet ikke utøves i det hele tatt. En tillatelse fastsetter vilkårene for utøvelse av en økonomisk virksomhet og forplikter vanligvis ikke markedsdeltakeren til å utøve den tillatte virksomhet. Uansett kan de tildelende myndigheter ikke tvinge markedsdeltakeren til å utøve virksomheten. Konsekvensen av manglende utøvelse vil være tilbakekall av tillatelsen. En tillatelse kan gis gjennom en forskrift (formell eller implisitt ensidig erklæring) eller en (offentlig) avtale.*

*En tjenestekonsesjon etter direktiv 2014/23/EU er derimot en gjensidig bebyrdende kontrakt der vederlaget for ytingen av tjenestene består i retten til å utnytte tjenesten. For å anses som en konsesjon er det videre vesentlig at en driftsrisiko overføres til markedsdeltakeren, selv om den kan være svært begrenset. Rettslige eller avtalefestede ordninger for å kompensere markedsdeltakeren for tap knyttet til utførelsen av tjenesten, indikerer at ingen driftsrisiko er overført. I motsetning til tillatelser har markedsdeltakeren her også en forpliktelse til å drive den aktuelle virksomhet, som kan tvangsfullbyrdes av domstolen. Konsesjoner kan bare gis gjennom en kontrakt.*

- 2. Tildelingen av enerett til å tilby pengespill på hest til en stiftelse som er organisert på lignende måte som Stiftelsen Norsk Rikstoto, må anses som en tillatelse og ikke som en tjenestekonsesjon etter direktiv 2014/23/EU artikkel 5 nr. 1 bokstav b).*
- 3. Vedtakelsen av direktiv 2014/23/EU har ikke medført noen endringer med hensyn til skillet mellom tillatelser og tjenestekonsesjoner.*
- 4. Det faktum at overskuddet som genereres av pengespill på hest, skal brukes for et bestemt formål, har ingen relevans for om tildelingen av eneretten klassifiseres som tillatelse eller tjenestekonsesjon.*

#### *Belgias regjering*

28. Belgias regjering anmoder EFTA-domstolen om å besvare første til tredje spørsmål og femte og sjette spørsmål på følgende måte:

Det første, annet og tredje spørsmål

*EU-retten krever at begrepet «tjenestekonsesjon» skilles fra «administrativ tillatelse» basert på følgende faktorer:*

- *Tjenestekonsesjoner er gjensidig bebyrdende kontrakter der en offentlig oppdragsgiver overdrar utførelsen og forvaltningen av tjenester til en eller flere markedsdeltakere.*
  - a) *Det må foreligge et vederlag, enten utelukkende for retten til å utnytte tjenestene som er gjenstand for kontrakten, eller for denne rett ledsaget av en pris.*
  - b) *Driftsrisikoen overføres til konsesjonsinnehaveren.*
  - c) *Konsesjonskontrakter innebærer gjensidig bindende forpliktelser der utførelsen av tjenester er omfattet av særlige krav som fastlegges av den offentlige oppdragsgiver, og disse krav kan tvangsfullbyrdes av domstolene.*
- *Administrative tillatelser er tillatelser der markedsdeltakeren får tillatelse til å drifte en tjeneste, men ikke er forpliktet til å gjøre det.*
  - a) *Tillatelser har intet kontraktsrettslig grunnlag.*
  - b) *Når det gjelder en tillatelse gitt til en enkelt markedsdeltaker, må markedsdeltakeren være underlagt tilstrekkelig kontroll av myndighetene, noe som det er opp til den nasjonale domstol å vurdere, herunder det faktum at et eventuelt overskudd for tjenesteyteren med enerett disponeres over av staten.*

Det femte og sjette spørsmål

*Det faktum at nasjonal lovgivning uttrykkelig navngir innehaveren av eneretten, er i seg selv ikke relevant. Derimot er det vesentlig at lovforarbeidene legger til grunn at eneretten skal tildeles en bestemt enerettstilbyder for at unntaket i direktiv 2014/23/EU artikkel 10 nr. 1 første ledd skal komme til anvendelse.*

*Videre er det relevant at stiftelsen var blitt tildelt enerett med hjemmel i tidligere nasjonal lovgivning, herunder at stiftelsen var blitt tildelt enerett til pengespill på hest uavbrutt etter denne tidligere nasjonale lovgivning, dog for fem år av gangen, frem til eneretten ble tildelt på nytt etter at ny lovgivning trådte i kraft 1. januar 2023, men det er ikke avgjørende for at unntaket i direktiv 2014/23/EU artikkel 10 nr. 1 første ledd skal komme til anvendelse.*

ESA

29. ESA anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmål på følgende måte:

1. *Faktorene som avgjør om en tildeling av en enerett til pengespill skal anses som en administrativ tillatelsesordning eller en tjenestekonsesjon etter konsesjonsdirektivet artikkel 5 nr. 1 bokstav b), er fastsatt i nevnte bestemmelse samt i direktivet betraktning 14.*
2. *EU-domstolenes rettspraksis fra før konsesjonsdirektivet ble vedtatt, er i utgangspunktet fortsatt relevant for vurderingen av om en tildeling av en enerett skal anses som en administrativ tillatelsesordning, som faller utenfor direktivets virkeområde, eller som tildeling av en tjenestekonsesjon etter direktivet.*
3. *At overskuddet disponeres over av staten gjennom forskriftsregulering og fordeles til gode for tredjeparter, har ingen betydning for vurderingen av om avtalen er en konsesjon eller en administrativ tillatelse.*
4. *Tildelingen av enerett til å tilby pengespill på hest til en stiftelse som er organisert på lignende måte som Stiftelsen Norsk Rikstoto, er ikke en tjenestekonsesjon etter konsesjonsdirektivet artikkel 5 nr. 1 bokstav b).*
5. *Det har ingen betydning for om unntaket i konsesjonsdirektivet artikkel 10 nr. 1 første ledd kommer til anvendelse, at den nasjonale lovgivning ikke uttrykkelig navngir innehaveren av eneretten.*
6. *Det har ingen betydning etter konsesjonsdirektivet artikkel 10 nr. 1 første ledd at Rikstoto var blitt tildelt enerett uavbrutt etter tidligere nasjonal lovgivning.*

*Kommisjonen*

30. Kommisjonen anmoder EFTA-domstolen om å besvare de forelagte spørsmål på følgende måte:

*Når det gjelder første og fjerde spørsmål:*

*Forutsatt at det ikke foreligger noen økonomisk interesse, og at det ikke er fastsatt noen gjensidig bindende forpliktelser, noe kun den anmodende domstol kan vurdere, kan avtalen i hovedsaken ikke anses som en tjenestekonsesjon etter artikkel 5 nr. 1 bokstav b) i europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/23/EU av 26. februar 2014 om tildeling av konsesjonskontrakter (EUT L 94 av 28.3.2014, s. 1–64).*

*Når det gjelder det andre spørsmål:*

*Vedtakelsen og ikrafttredelsen av direktiv 2014/23 og dets regulering av konsesjonskontrakter har ikke medført noen endringer på grensedragningen mellom offentlige kontrakter i form av tjenestekonsesjonskontrakter på den ene side og administrative tillatelsesordninger på den annen.*

*Når det gjelder det tredje spørsmål:*

*Ved vurderingen av om en står overfor en administrativ tillatelsesordning eller en tjenestekonsesjonskontrakt, er det uten betydning at et eventuelt overskudd for den part som er tildelt eneretten, disponeres over av staten gjennom forskriftsregulering til gode for tredjeparter, så lenge statens forskriftsregulering verken påvirker den faktiske genereringen av overskudd eller mottakelsen av det hos den part som er tildelt eneretten.*

*Når det gjelder det femte og sjette spørsmål:*

*For anvendelsen av direktiv 2014/23 artikkel 10 nr. 1 er det uvesentlig at den nasjonale lovgivning ikke uttrykkelig navngir innehaveren av eneretten, men at lovforarbeidene legger til grunn at eneretten skal tildeles en bestemt enerettstilbyder, selv om dette ikke er lovfestet, fordi stiftelsen ikke kan pålegges en plikt til å tilby pengespill; for samme formål er det også uvesentlig at stiftelsen tidligere var gitt enerett.*

Michael Reiertsen  
Saksforberedende dommer