



OSLO TINGRETT

Dok 105

Efta Court
1.rue du Fort Thügnen
L-1499 Luxembourg

Luxembourg

Deres referanse

Vår referanse
22-132552TVI-TOSL/05

Dato
06.07.2023

Trannel International Ltd. - Staten v/ Kultur og Likestillingsdepartementet

I medhold av domstolloven § 51 a og Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA-avtalen) artikkel 34, anmoder Oslo tingrett om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen i sak 22-132552TVI-TOSL/05.

1. Sakens parter

| | |
|--|---|
| Saksøker: | Trannel International Limited Level 6 The Centre, Tigne Point, Sliema TPO 0001 Malta |
| Prosessfullmektig: Rettslig medhjelper: | Advokat Thomas Nordby Advokat Johanne Førde Advokatfirmaet Schjødt AS Postboks 2444 Solli 0201 OSLO |
| Saksøkte: | Staten v/Kultur- og likestillingsdepartementet |
| Prosessfullmektig: Rettslig medhjelper: | Regjeringsadvokaten v/advokat Kristine Møse Advokat Helge Røstum Postboks 8012 Dep, 0030 OSLO |

2. Innledning

Saken gjelder et fastsettelsessøksmål med krav om at saksøktes tildeling av enerett til å tilby pengespill på hest kjennes uten virkning etter anskaffelsesloven § 13. Bestemmelsen gjennomfører artikkel 2 d i Direktiv 2007/66/EF (håndhevelsesdirektivet), som åpner for at offentlige kontrakter kan kjennes uten virkning der de er inngått uten å ha vært kunngjort.

Saken har sammenheng med at den norske stat ved Kongen i statsråd, har tildelt stiftelsen Norsk Rikstoto enerett til å tilby pengespill på hest i Norge. Den 9. desember 2022 ble det gitt tillatelse for 10 år, med virkning fra 1. januar 2023. Saksøkte i saken er staten ved Kultur- og likestillingsdepartementet (KUD).

Saksøker, det internasjonale spillskapet Trannel International Limited, har søkt om tillatelse til å tilby totalisatorspill i Norge. Søknaden har ikke blitt realitetsbehandlet under henvisning til norsk forskrift om totalisatorspill, den konsesjon Norsk Rikstoto har i dag, og den etablerte enerettsmodellen på pengespillfeltet i Norge. Partene er uenige om tillatelsen som er gitt til Norsk Rikstoto, er i strid med EØS-retten.

Saken reiser blant annet spørsmål om Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/23/EU av 26. februar 2014 om tildeling av konsesjonskontrakter (konsesjonskontraktdirektivet) får anvendelse på tildelingen av en enerett til å tilby totalisatorspill til Norsk Rikstoto. Partene er uenige om eneretten til Norsk Rikstoto er tildelt gjennom en «koncessjon på tjenesteydelser» etter konsesjonskontraktdirektivet artikkel 5 nr. 1 bokstav b.

Under forutsetning av at den aktuelle tildelingen av eneretten skal anses som en tjenestekonsesjonskontrakt etter direktivet, er partene subsidiært også uenige om unntaket for tjenestekonsesjonskontrakter som inngås på grunnlag av en enerett, vil komme til anvendelse, jf. direktivets artikkel 10 (1).

På bakgrunn av tolkningstvilen knyttet til konsesjonskontraktdirektivets anvendelsesområde og unntaket i artikkel 10 nr. 1 første ledd, har retten besluttet å anmode EFTA-domstolen om en rådgivende tolkningsuttalelse.

Partene er også uenige om direktetildelingen av enerett til å drive pengespill på hest uansett er i strid med EØS-rettens grunnleggende prinsipper om likebehandling, ikke-diskriminering og gjennomsiktighet. Retten har besluttet å ikke forelegge denne delen av saken for EFTA-domstolen.

3. Begrunnelse for anmodning om rådgivende uttalelse

Foreleggende domstol mener det er tolkningstvill om tildeling av enerett til å tilby pengespill på hest til en stiftelse som Stiftelsen Norsk Rikstoto, er en «koncessjon på tjenesteydelser» etter direktiv 2014/23/EU artikkel 5 nr. 1 bokstav b. Rekkevidden av begrepet «koncessjon på tjenesteydelser» i direktivets artikkel 5 nr. 1 bokstav b, er etter foreleggende domstols syn ikke klarlagt gjennom EU-domstolens eller EFTA-domstolens avgjørelser.

Retten er i tvil om ikrafttreddelsen av direktiv 2014/23 innebærer at tildeling av en slik enerett skal anses som en tjenestekonsesjonskontrakt, og ikke som en administrativ tillatelsesordning. Retten kan ikke se at det foreligger avgjørelser som klargjør grensedragningen mellom en administrativ tillatelsesordning og en tjenestekonsesjonskontrakt omfattet av direktiv 2014/23, på området for spillvirksomhet.

Det foreligger flere avgjørelser fra EU-domstolen om kontraktsbegrepet i anskaffelsesdirektivene, se blant annet C-451/08 Helmut Müller og C-796/18 ISE (direktiv 2014/24) og C-486/21 Sharengo (direktiv 2014/23). Videre foreligger det flere avgjørelser som gjelder tildeling av enerett til spillvirksomhet, og hvor spørsmålet har vært om denne restriksjonen kunne rettferdiggjøres etter EØS-avtalens hoveddel, se blant annet C-203/08 Sporting Exchange og E-24/13 Casino Admiral. Det er uklart for retten hvordan avgjørelsene skal forstås ved tolkning av direktiv 2014/23.

Kjernen i rettens tolkningstvil er om tildelingen av en enerett til å tilby pengespill på hest til en stiftelse som er organisert på lignende måte som Stiftelsen Norsk Rikstoto kan sies å være en «gensidigt bebyrdende kontrakt» etter direktiv 2014/23 artikkel 5 nr. 1 bokstav b, herunder betydningen av at det eventuelle overskuddet fra spilltilbudet disponeres over av staten ved nasjonal forskrift til begunstiging for tredjeparter. Tolkningstvilen knytter seg også til om vedtakelsen av direktiv 2014/23 har medført noen endringer for hvordan grensen trekkes mellom administrative tillatelsesordninger og tjenestekonsesjonskontrakter.

Forutsatt at tildelingen anses som en «koncession på tjenesteydelser» etter konsesjonskontraktdirektivet, er partene også uenige om unntaket i direktiv 2014/23 artikkel 10 nr. 1 første ledd for tjenestekonsesjonskontrakter som inngås på grunnlag av en enerett, får anvendelse. Tolkningstvilen gjelder om det har betydning at lovgivningen ikke uttrykkelig navngir innehaveren av eneretten, men at en stiftelse pekes ut i forarbeidene. Retten er også i tvil om det har betydning at stiftelsen har blitt tildelt eneretten til å tilby pengespill på hest med hjemmel i tidligere nasjonal lovgivning uavbrutt frem til eneretten ble tildelt med hjemmel i ny lovgivning.

Den foreleggende domstol kan ikke se at EFTA-domstolen eller EU-domstolen på et tidligere tidspunkt har tatt stilling til disse tolkningsspørsmålene. Markedet for pengespilltjenester har et klart grenseoverskridende element i EØS. For å sikre en effektiv felles etterlevelse av det europeiske indre marked og det nevnte direktivet er det både hensiktsmessig og nødvendig at EFTA-domstolen gir sin rådgivende uttalelse om de aktuelle tolkningsspørsmål.

4. EØS retten

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/23/EU av 26. februar 2014 om tildeling av konsesjonskontrakter ble innlemmet ved EØS-komiteens beslutning nr. 97/2016 av 29. april 2016.

Direktivets fortale pkt. 11 lyder:

«Koncessioner er gensidigt bebyrdende aftaler, ifølge hvilke én eller flere ordregivende myndigheder eller ordregivende enheder overdrager udførelsen af bygge- og anlægsarbejder eller leveringen og forvaltningen af tjenesteydelser til én eller flere økonomiske aktører. Genstanden for sådanne kontrakter er indkøb af bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser gennem en koncession, som består i retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet eller tjenesteydelserne eller i denne ret sammen med betaling af en pris. Sådanne kontrakter kan, men indebærer ikke nødvendigvis, en overdragelse af ejendomsretten til de ordregivende myndigheder eller ordregivende enheder, men de ordregivende myndigheder eller enheder opnår altid fordelene ved de pågældende bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser.»

Direktivets fortale pkt. 14 lyder:

«Endvidere bør bestemte dokumenter fra medlemsstaterne som godkendelser eller tilladelser, hvorved medlemsstaten eller en af dens offentlige myndigheder fastlægger betingelserne for udøvelsen af en økonomisk aktivitet, herunder en betingelse for at udøve en given operation, der normalt gives på anmodning af den økonomiske aktør og ikke på initiativ af den ordregivende myndighed eller den ordregivende enhed, og hvor den økonomiske aktør frit kan trække sig tilbage fra at levere bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, ikke anses for koncessioner. I tilfælde af sådanne dokumenter fra medlemsstaterne kan de særlige bestemmelser i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/123/EF5 finde anvendelse. I modsætning til disse dokumenter fra medlemsstaterne fastlægger koncessionskontrakter gensidigt bindende forpligtelser, idet udførelsen af sådanne bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser er underlagt særlige krav, der fastlægges af den ordregivende myndighed eller den ordregivende enhed og har retsgyldighed.»

Direktivets fortale pkt. 18 lyder:

«Vanskeligheder ved fortolkningen af begrebet «koncession» og «offentlig kontrakt» har ført til vedvarende retlig usikkerhed blandt aktørerne og har givet anledning til talrige domme fra Den Europæiske Unions Domstol. Definitionen af begrebet «koncession» bør derfor præciseres, især ved at henvise til begrebet driftsrisiko. Hovedkendetegnet ved en koncession, nemlig retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, indebærer altid at der overføres en driftsrisiko af økonomisk karakter til koncessionshaver, hvilket indebærer en mulighed for, at denne ikke tjener sine investeringer og omkostninger til driften af det tildelte bygge- og anlægsarbejde eller de tildelte tjenesteydelser ind igen under normale driftsbetingelser, også selv om en del af risikoen bæres af den ordregivende myndighed eller ordregivende enhed. Anvendelsen af særlige regler for tildeling af koncessioner ville ikke være berettiget, hvis den ordregivende myndighed eller ordregivende enhed friholdt den økonomiske aktør for mulige tab ved at garantere en minimumsindtægt, der er lige så stor som eller større end den økonomiske aktørs investeringer og omkostninger i forbindelse med opfyldelsen af kontrakten. Samtidig bør det præciseres, at bestemte ordninger, som udelukkende betales af en ordregivende myndighed eller enhed, bør anses for at være koncessioner, når genindtjeningen af investeringer og omkostninger, som aktøren har afholdt ved udførelsen af bygge- eller anlægsarbejdet eller leveringen af tjenesteydelsen, afhænger af den konkrete efterspørgsel efter eller leveringen af tjenesteydelsen eller varen.»

Direktivets fortale pkt. 35 lyder:

«Dette direktiv bør ikke berøre medlemsstaternes frihed til i overensstemmelse med EU- retten at vælge metoder til tilrettelæggelse af og kontrol med drift af spil og væddemål, herunder gennem tilladelser. Det er hensigtsmæssigt, at der fra direktivets anvendelsesområde udelukkes koncessioner, der vedrører driften af lotteri, og som en medlemsstat tildeler en økonomisk aktør på grundlag af en eksklusiv rettighed givet gennem en procedure uden offentliggørelse i henhold til gældende national lovgivning eller offentliggjorte administrative bestemmelser i overensstemmelse med TEUF. Denne udelukkelse er begrundet i tildelingen af en eksklusiv rettighed til en økonomisk aktør, som umuliggør gennemførelsen af en udbudsprocedure, og i

nødvendigheden af at opretholde medlemsstaternes mulighed for at regulere spilsektoren på nationalt plan af hensyn til deres pligt til at beskytte den offentlige orden og samfundsordenen.»

Artikkel 1 nr. 1 og 2 lyder:

«1. I dette direktiv fastsættes reglerne for ordregivende myndigheders og ordregivende enheders udbudsprocedurer gennem en koncession, hvis værdi anslås ikke at være mindre end tærsklerne fastsat i artikel 8.

2. Dette direktiv finder anvendelse på af koncessioner på bygge- og anlægsarbejder eller på tjenesteydelser tildelt økonomiske aktører af:

- a) ordregivende myndigheder, eller
- b) ordregivende enheder, såfremt bygge- og anlægsarbejderne eller tjenesteydelserne er beregnet til gennemførelse af en af de aktiviteter, der er omhandlet i bilag II.»

Artikkel 5 nr. 1 bokstav b lyder:

«I dette direktiv forstås ved:

1) «koncessioner»: koncessioner på bygge- og anlægsarbejder eller på tjenesteydelser som defineret i litra a) og b):

...

b) »koncession på tjenesteydelser«: en gensidigt bebyrdende kontrakt, der indgås skriftligt, hvorved en eller flere ordregivende myndigheder eller kontraherende enheder overdrager ansvaret for levering og forvaltning af tjenesteydelser, som ikke omfatter de i litra a) omhandlede bygge- og anlægsarbejder, til en eller flere økonomiske aktører, hvor vederlaget for denne overdragelse enten udelukkende består i retten til at udnytte de tjenesteydelser, der er omfattet af kontrakten, eller i denne ret sammen med betaling af en pris.

Tildeling af en koncession på bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser indebærer, at der overføres en driftsrisiko til koncessionshaver ved udnyttelsen af disse bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, som omfatter en efterspørgsels- eller en udbudsrisiko eller begge dele. Koncessionshaveren anses for at påtage sig driftsrisikoen, hvis han under normale driftsbetingelser ikke er garanteret at tjene de foretagne investeringer og de afholdte omkostninger i forbindelse med driften af de bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, der er genstand for koncessionen, ind igen. Den del af risikoen, der overføres til koncessionshaveren, indebærer en reel eksponering for markedets omskiftelighed således, at ethvert potentielt anslået tab som koncessionshaveren måtte lide, ikke blot er rent nominelt eller ubetydeligt.»

Artikkel 10 nr. 1 og nr. 9 lyder:

«Artikel 10 Undtagelser for koncessioner tildelt af ordregivende myndigheder og ordregivende enheder

1. Dette direktiv finder ikke anvendelse på tjenesteydelseskoncessioner, der tildeles en ordregivende myndighed eller en ordregivende enhed som omhandlet i artikel 7, stk. 1, litra a), eller en sammenslutning heraf på grundlag af en eksklusiv rettighed.

Dette direktiv finder ikke anvendelse på tjenesteydelseskoncessioner, der tildeles en økonomisk aktør på grundlag af en eksklusiv rettighed, som er tildelt i overensstemmelse med TEUF og EU-retsakter, der fastsætter fælles regler om markedsadgang i forbindelse med aktiviteterne i bilag II.

(...)

9. Dette direktiv finder ikke anvendelse på tjenesteydelseskoncessioner for lotteritjenester, der er omfattet af CPV-kode 92351100-7 tildelt af en medlemsstat til en økonomisk aktør på grundlag af en eksklusiv rettighed. I forbindelse med dette stykke dækker begrebet eksklusiv rettighed ikke de rettigheder, der henvises til i artikel 7, stk. 2, i dette direktiv. Tildeling af den eksklusive rettighed er betinget af offentliggørelse i Den Europæiske Unions Tidende»

5. Nasjonal rett

5.1. Gjennomføring av anskaffelsesregelverket

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 konsesjonskontraktforskriften 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.

Konsesjonskontraktforskriften § 1-2 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.

Forskriften § 2-3 oppstiller et unntak fra direktivets anvendelse:

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.

Forskriften § 1-3 lyder som følger:

1. Forskriften gjelder for følgende oppdragsgivere:
 - a) statlige myndigheter
 - b) fylkeskommunale og kommunale myndigheter
 - c) offentligrettslige organer
 - d) sammenslutninger med en eller flere oppdragsgivere som nevnt i bokstav a til c
 - e) offentlige foretak som definert i forsyningsforskriften § 1-2 tredje ledd
 - f) andre virksomheter som utøver forsyningsaktivitet på grunnlag av en enerett eller særrett som definert i forsyningsforskriften § 1-2 fjerde ledd.
2. Et offentligrettslig organ er et organ som
 - a) er opprettet for å tjene allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter,
 - b) er et selvstendig rettssubjekt og
 - c) har tilknytning til det offentlige ved at
 1. organet hovedsakelig er finansiert av offentlige myndigheter eller andre offentligrettslige organer,
 2. organets forvaltning er underlagt slike myndigheters eller organers ledelsesmessige kontroll eller
 3. organet har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av slike myndigheter eller organer.

5.2. Det spillregulatoriske rammeverket

Tidligere var tildeling av enerett til å tilby totalisatorspill regulert ved lov 1. juli 1927 nr. 3 om veddemål ved totalisator og forskrift 24. august 2007 nr. 1011 om totalisatorspill. Tildelingen ble gitt av Kongen for fem år av gangen.

Ny lov 18. mars 2022 nr. 12 om pengespill trådte i kraft 1. januar 2023. Loven erstattet totalisatorloven av 1927, samt lov 24. februar 1995 nr. 11 om lotterier mv. og lov 28. august 1992 nr. 103 om pengespill mv. Videre ble totalisatorforskriften av 2007 erstattet ved forskrift 13. mars 2023 nr. 327 om fordeling av overskuddet fra pengespill på hest. Den nye pengespilloven viderefører enerettsmodellen og moderniserer gjeldende regler. Samtidig ble det foretatt en modernisering og innført nye bestemmelser og strengere krav til pengespilltilbydere. I forbindelse med vedtakelsen av den nye pengespilloven vurderte departementet om totalisatorspillene som driftes av Norsk Rikstoto skulle overføres til Norsk Tipping. Departementet konkluderte med "at dagens modell for organisering av hestespill skulle videreføres, men at det burde tas noen grep i ny pengespillov for å øke ansvarligheten og den offentlige kontrollen med hestespillene", jf. Prop. 220 L (2021-2022) s. 90.

Pengespillovens formål er å forebygge spilleproblemer og andre negative konsekvenser av pengespill, å sikre at pengespill gjennomføres på en ansvarlig og trygg måte, samt å legge til rette for at overskudd fra pengespill går til ikke-fortjenestebaserte formål, jf. lovens § 1. Ifølge lovens forarbeider er de tre formålene ikke likeverdige. Formålet om å forebygge negative konsekvenser av pengespill og formålet om å legge til rette for et ansvarlig pengespilltilbud skal alltid gå foran formålet om overskudd til ikke-fortjenestebaserte formål, jf. Prop.220 L (2020-2021) s. 24. Ifølge loven er det forbudt å tilby pengespill uten tillatelse,

jf. pengespilloven § 4. Tillatelsen gis nå for ti år av gangen. Tildelingen av enerett til å tilby pengespill på hest er regulert i pengespilloven § 14, som 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 ti 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.»

Overskuddet fra tilbudet fordeles i sin helhet til organisasjoner som jobber med hestesport, hestehold og norsk hesteavl. Det er med hjemmel i fjerde ledd gitt en egen forskrift om fordeling av overskuddet fra pengespill på hest (forskrift 13. mars 2023 nr. 327). Forskriften fastsetter fordelingen av overskuddet (definert som driftsresultatet), slik at 97 % fordeles til forhåndsfastsatte organisasjoner uten søknad. Inntil 3 % av overskuddet kan fordeles til andre, jf. forskriftens § 5, som lyder slik:

«Etter søknad tildeles inntil 3 prosent av overskuddet omtalt i § 3 andre ledd til andre organisasjoner enn de som er nevnt i § 4. Tilskudd gis til ikke-fortjenestebaserte organisasjoner som arbeider for å fremme norsk hesteavl, hestehold og hestesport, og uansett i tråd med statsstøtteregelverket. Landbruks- og matdepartementet kan gi nærmere bestemmelser om tilskudd etter denne paragrafen».

Etter forskriften § 7 er det Landbruksdirektoratet som fatter vedtak om tilskudd etter forskriften. Landbruks- og matdepartementet er klageinstans. Konsekvensene av gjentatte eller vesentlige brudd på tillatelse etter § 14 er regulert i pengespilloven § 34 med overskriften «Tilbakekall av tillatelse eller godkjenning». Bestemmelsens første og fjerde ledd lyder slik:

«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.»

Enerettstilbyderens pengespilltilbud i Norge er regulert i pengespilloven § 15, som 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.»

Samtidig med innføring av ny pengespillov trådte forskrift 17. november 2022 nr. 1978 om pengespill (pengespillforskriften) i kraft. Forskriften presiserer reglene som følger av ny pengespillov, og oppstiller detaljerte krav til ulike pengespilltilbydernes pengespilltilbud, inkludert enerettstilbydernes enerettstilbud.

Etter pengespillforskriften § 21 har den som gis enerett til å tilby pengespill på hest, enerett til å tilby pengespill knyttet til fysiske arrangementer eller konkurranser med hest.

Vesentlige endringer i pengespilltilbud må ifølge pengespillforskriften § 22 godkjennes av Lotteritilsynet. Ifølge pengespillforskriften § 23 har enerettshaveren ansvar for å fastsette spilleregler for pengespillene som tilbys. Forskriftens kapittel 6 fastsetter nærmere regler for spilltilbudet. Blant annet oppstiller forskriften krav om at spill skal skje registrert, jf. pengespilloven § 25. Det oppstilles en øvre tapsgrense per spiller per måned, jf. lovens § 26. Det stilles videre krav om at spilleren, innenfor den totale tapsgrensen, selv skal sette personlige tapsgrenser per dag og per måned, jf. § 28, samt krav om verktøy som gir spilleren oversikt over eget spillemønster og tapets størrelse i løpet av det siste året og måneden, jf. § 29.

Stiftelsen kan ikke tilby andre spillprodukter enn det som er i tråd med pengespilloven og pengespillforskriften, og Norsk Rikstoto kan ikke foreta vesentlige endringer i det eksisterende pengespilltilbudet uten tillatelse fra det norske Lotteritilsynet, jf. pengespilloven § 15 annet ledd. Norsk Rikstotos pengespill kan bare markedsføres så langt det er nødvendig for å informere om spilltilbudet og å lede spillelysten i samfunnet til ansvarlige og trygge spilltilbud, jf. pengespilloven § 6.

6. Nærmere om sakens faktiske side

6.1. Norsk Rikstoto og eneretten til å tilby pengespill på hest i Norge

Stiftelsen Norsk Rikstoto er i henhold til vedtektene § 1 en næringsdrivende stiftelse. Stiftelsen ble opprettet av Det Norske Travselsskap og Norsk Jockeyklubb i 1982 og har siden fått enerett til å tilby totalisatorspill i Norge. Stiftelser er selvstendige og selveiende rettssubjekter, jf. lov 15. juni 2001 nr. 59 om stiftelser. Siden 1982 har stiftelsen hatt enerett til å tilby totalisatorspill (hesteveddeløp) med hjemmel i den nå opphevede totalisatorloven av 1927. Etter totalisatorloven ble eneretten tildelt av Kongen for fem år av gangen.

Stiftelsens tillatelse etter den gamle loven løp ut den 31. desember 2022. Med hjemmel i den nye pengespilloven, kunngjort 18. mars 2022, fikk Norsk Rikstoto, uten forutgående søknad,

en ny, utvidet tillatelse til å tilby pengespill på hest fra 1. januar 2023. Norsk Rikstoto er en stiftelse som ikke kan pålegges å drive pengespillvirksomhet, og stiftelsen er ikke eksplisitt navngitt i pengespilloven. Ifølge pengespillovens forarbeider er det Norsk Rikstoto som er tiltenkt rollen som enerettstilbyder av pengespill på hest i Norge, forutsatt at stiftelsen selv ønsker dette, jf. Prop.220 L (2020-2021) s. 92. Forarbeidene utpeker Norsk Rikstoto som aktuell enerettstilbyder på følgende måte, jf. Prop.220 L (2020-2021) s. 91-92:

«[...] Departementet ser ikke at det har kommet nye forhold av betydning siden departementet vurderte organiseringen av tilbudet av hestespill våren 2020. Departementet foreslår derfor at det legges til grunn at Kongens tillatelse gis til stiftelsen Norsk Rikstoto.

En stiftelse er et selvstendig og selveiende rettssubjekt, jf. stiftelsesloven § 2. Departementet pekte i høringen på at det vil være vanskelig å pålegge i lov at en konkret navngitt stiftelse skal ha en plikt til å tilby pengespill. For Norsk Tipping, som er et heleid statlig selskap, stiller dette seg annerledes, og Norsk Tippings virksomhet er derfor regulert med navn gjennomgående i lovforslaget. Det Norske Travselsskap og Norsk Jockeyklubb har i sin felles høringsuttalelse pekt på at Norsk Rikstoto bør navngis i loven, slik Norsk Tipping er. Departementet holder fast ved at forskjellen mellom Norsk Rikstoto som stiftelse og Norsk Tipping som et statlig eid selskap er vesentlig i dette spørsmålet. Det vil være opp til en stiftelse selv å beslutte om den ønsker å utføre pengespillvirksomhet, innenfor de rammene som fastsettes i regelverket. Departementet vil ikke pålegge stiftelsen gjennom lov å gjennomføre en slik oppgave. Departementet viderefører derfor forslaget fra høringen og foreslår i § 14 en generell bestemmelse som vil gjelde for den som får tillatelse til å tilby pengespill på hest, uten å knytte bestemmelsen direkte til Norsk Rikstoto. Departementet presiserer at det også i framtiden er Norsk Rikstoto som er tiltenkt rollen som enerettstilbyder for hestespill, forutsatt at stiftelsen selv ønsker dette.»

Det vises også til samme forarbeider s. 191–192:

«Første ledd gir Kongen mulighet til å gi enerett til å tilby pengespill på hest til en tilbyder som oppfyller vilkårene i § 14. Av ordet «enerett» følger det at det er snakk om kun én tilbyder, og det legges til grunn at denne tilbyderen skal være Norsk Rikstoto [...]»

Tillatelsen ble tildelt den 9. desember 2022. Tillatelsen gjelder i ti år. Bakgrunnen for tillatelsen er utdypet i tildelingsbrevet, og er i punkt 1 oppsummert slik:

«Ny pengespillov trer i kraft 1. januar 2023. Loven viderefører enerettsmodellen og samler ansvaret for reguleringen av pengespill hos Kultur- og likestillingsdepartementet. Stiftelsen Norsk Rikstoto (heretter NR) har i dag konsesjon til å arrangere totalisatorveddemål i Norge. Konsesjonen utløper 31. desember 2022 og ny tillatelse til å tilby pengespill på hest må tildeles en tilbyder fra 1. januar 2023. Det er Kongen som kan gi en tilbyder enerett til å tilby pengespill på hest etter ny pengespillov. Tillatelsen gis for ti år av gangen. Kongen kan også sette vilkår i tillatelsen for å bidra til at pengespillovens formål oppfylles. Kultur- og likestillingsdepartementet foreslår at en ny tillatelse til å tilby pengespill på hest tildeles direkte til NR. Kultur- og likestillingsdepartementet foreslår videre at det

settes vilkår for tillatelsen. Forslag til tildeling og vilkår for tillatelsen er nedfelt i vedlegg til resolusjonen.»

Forholdet til EØS-retten er vurdert i punkt 3, der det blant annet står:

«Departementet vurderer det slik at kravene som stilles til enerettstilbyderen av pengespill på hest i ny pengespillov sikrer en tilstrekkelig streng kontroll med tilbyderen i tråd med EØS-retten. En direktetildeling av tillatelse til å tilby pengespill på hest til NR vurderes dermed som lovlig.»

Selve tillatelsen lyder slik:

«Tillatelse til å tilby pengespill på hest
Ved kongelig resolusjon av 9. desember 2022, i medhold av lov 18. mars 2022 nr. 12 om pengespill (pengespilloven) § 14, er det bestemt følgende:

Stiftelsen Norsk Rikstoto (NR) gis enerett til å tilby pengespill på hest for en periode på ti år fra 01.01.2023 til 31.12.2032. Kongen kan trekke tilbake tillatelsene dersom forutsetningene for den endres. For øvrig gjelder pengespilloven § 34.

Som enerettstilbyder av pengespill på hest er det NRs ansvar å sørge for at pengespilltilbudet følger de kravene som gjelder for enerettstilbyderne og deres pengespilltilbud slik de til enhver tid lyder i pengespilloven, pengespillforskriften og andre bestemmelser gitt i eller med hjemmel i pengespilloven.

Følgende vilkår vil i tillegg gjelde for tillatelsen:

1. Det skal minimum to ganger årlig avholdes møte mellom Kultur- og likestillingsdepartementet (departementet) og NR for å opprettholde en løpende dialog om NRs virksomhet og pengespilltilbud sett opp mot pengespillovens formål og krav som stilles til enerettstilbyderne. Departementet innkaller til møtene, og det skal føres referat fra dem.

2. NR skal hvert år innen utgangen av januar utarbeide og sende til Lotteritilsynet en rapport om kanaliseringsevne og ansvarlighetstiltak. Rapporten skal inneholde en vurdering av hvordan NR balanserer kanalisering av spillere med et ansvarlig spilltilbud. Rapporten skal også oversendes departementet. Departementet kan gi utsatt frist for innlevering.

3. NR skal hvert år innen utgang av oktober måned utarbeide og sende til departementet en rapport om hvordan NR etterlever pengespillovens krav om effektiv drift.

4. Kongen kan endre vilkårene i denne tillatelsen dersom det er nødvendig for å sikre oppfyllelse av pengespillovens formål.»

6.2. Norsk Rikstotos formål

Etter den nye pengespilloven § 14 skal tilbyderen som tildeles enerett ha som formål å legge til rette for et ansvarlig pengespilltilbud, å forebygge negative konsekvenser av pengespill, samt å støtte hestehold, hestesport og hesteavl. I lovens forarbeider Prop.220 L (2020-2021) fremkommer at den nye loven innebar et behov for endringer i Norsk Rikstotos vedtektsfestede formål, se side 92:

«Lovforslaget innebærer altså at Norsk Rikstoto, dersom stiftelsen ønsker å få tillatelse til å tilby pengespill på hest etter ny pengespillov, må gjøre endringer i sitt vedtektsfestede formål for å oppfylle kravet i lovforslaget § 14 første ledd bokstav a og b».

Norsk Rikstoto endret sitt vedtektsfestede formål. Vedtektene § 4 ble endret 23. september 2022, og lyder nå slik:

"Norsk Rikstoto sitt hovedformål er å legge til rette for ansvarlige pengespill på hest og å forebygge negative konsekvenser av pengespill. Norsk Rikstoto har for øvrig til formål å støtte hestehold, hestesport og hesteavl. Stiftelsen skal drives effektivt, slik at mest mulig av inntektene kommer formålene til gode".

Pengespilloven og den norske pengespillpolitikken bygger på at hensynet til ansvarlige pengespill og forebygging av negative konsekvenser av pengespill skal gå foran hensynet til inntekter til overskuddsformålene. Dette betyr at dersom hensynet til å forebygge problematisk spilleatferd kolliderer med hensynet til å maksimere overskuddet, skal hensynet til å forebygge negative konsekvenser av pengespill gå foran hensynet til inntekter til overskuddsformålene.

6.3. Norsk Rikstotos organisering

Styret i Norsk Rikstoto er stiftelsens øverste organ og skal sørge for «forvaltningen av stiftelsen» og «sørge for at stiftelsens formål ivaretas», jfr. lov 15. juni 2001 nr. 59 om stiftelser § 30.

Det følger av pengespilloven § 14 annet ledd at departementet skal ha rett til å oppnevne et flertall av medlemmene i tilbyderens styre. Bakgrunnen for innføringen av dette vilkåret var å styrke den offentlige kontrollen med den som skal tilby hestespill. Også på dette punkt har Norsk Rikstoto endret vedtektene slik at de er i overensstemmelse med lovens krav. Vedtektene § 6 lyder nå slik:

«Stiftelsen skal ha et styre på syv medlemmer. Styresammensetningen skal være som følger:

- Fire medlemmer og to numeriske varamedlemmer oppnevnes av staten. Staten velger styrets leder blant disse.

- Ett medlem og ett varamedlem oppnevnes av stifterne. Den enkelte stifterorganisasjon skal kunne oppnevne enten medlemmet eller varamedlemmet. Norsk Jockeyklub skal ha rett til å oppnevne medlemmet minst ved hver femte styreoppnevning.

- To styremedlemmer med varamedlemmer velges ved direkte valg av og blant de ansatte i Norsk Rikstoto.

Varamedlem oppnevnt av stifterne har rett til å delta i styrets møter, men uten stemmerett med mindre medlem oppnevnt av stifterne har forfall.

Styret bør til enhver tid ha styremedlemmer med kompetanse innen hestesport. Styrets medlemmer og varamedlemmer kan ikke inneha styreverv i banenes driftsselskaper

eller eiendomsselskaper tilknyttet driftsselskapene, Det Norske Travselsskap eller Norsk Jockeyklub.

Funksjonstiden er to år. Styremedlemmene kan gjenoppnevnes.»

Stiftelsen er underlagt tilsyn av det norske Lotteri- og stiftelsestilsynet, jf. pengespilloven § 24.

6.4. Norsk Rikstotos omsetning og overskudd

Norske myndigheter har ikke oppstilt en garanti for at Norsk Rikstoto skal tjene inn kostnadene som påløper ved driften av pengespilltjenestene. Norsk Rikstotos regnskapstall viser at stiftelsen hadde negativt driftsresultat blant annet i 2011, 2013, 2015 og 2018. Ifølge Norsk Rikstotos årsrapporter fra 2020 og 2021 omsatte Norsk Rikstoto for i overkant av NOK 3,64 milliarder i 2020, og for NOK 3,23 milliarder i 2021. Gjennom fordelingen av overskuddet til Norsk Rikstoto tilgodeses en rekke organisasjoner. Ifølge Norsk Rikstotos årsrapport for 2021 gikk 507 millioner kroner til formålmottakerne. Midlene er fordelt på premier og transportstøtte til eiere av løpshester, premier til hesteoppdrettere, driftsstøtte til Det Norske Travselsskap og Norsk Jockeyklubb, overføringer til driftsselskapene som arrangerer trav- og galoppløp, overføring til Norsk Hestesenter og tilskudd til Rikstotoklinikken Bjerke, jf. Prop.220 L (2020–2021) s. 86. I årsrapporten står det at overskuddet fra Norsk Rikstoto bidrar til arbeidsplasser, avl, hestevelferd, utdanning ved norsk hestesenter samt bedret psykisk helse og integrering.

7. Partenes EØS-rettslige hovedansforsler

7.1. Saksøkers ansforsler

7.1.1. Overordnet

Direktiv 2014/23/EU om tildeling av konsesjonskontrakter gjelder for KUDs tildeling 9. desember 2022 av enerett til å tilby totalisatorspill til Norsk Rikstoto. Direktiv 2014/23/EU kommer til anvendelse ved tildelingen av en "tjenestekonsesjon", jf. artikkel 5 nr. 1 bokstav b. En "tjenestekonsesjon" er definert som en "gjensidig bebyrdende kontrakt" om utførelsen av "tjenester", der vederlaget består "utelukkende av retten til å utnytte tjenestene", og konsesjonshaveren påtar seg "driftsrisikoen" for utøvelsen av tjenestene. Etter saksøkers syn oppfyller tildelingen av eneretten til å tilby pengespill på hest til Stiftelsen Norsk Rikstoto disse vilkårene, slik at tildelingen er en tjenestekonsesjon. At konsesjonstildelingen til Rikstoto må anses som en "tjenestekonsesjon", har den virkning at tildelingen av eneretten til å drive pengespill på hest i Norge skulle vært konkurranseutsatt i samsvar med direktiv 2014/23/EU. Unntaket i direktivets artikkel 10 nr 1 første ledd, for tjenestekonsesjonskontrakter som inngås på grunnlag av en enerett, kommer ikke til anvendelse.

7.1.2. Begrepet «koncessioner på tjenesteydelser».

Eneretten til å tilby pengespill på hest er en gjensidig bebyrdende kontrakt. En gjensidig bebyrdende kontrakt kjennetegnes av at en offentlig myndighet gir konsesjonshaveren en ytelse, og at konsesjonshaveren gir myndigheten en motytelse til gjengjeld. Det gjensidig bebyrdende elementet i en tjenestekonsesjonskontrakt kjennetegnes av at konsesjonshaveren får en rett til å utøve en nærmere bestemt aktivitet på vegne av staten, mens den offentlige oppdragsgiveren oppnår fordelene ved at aktiviteten blir gjennomført, jf. fortalepunkt 11 til

direktiv 2014/23/EU. Gjensidig bebyrdende kontrakter avgrenses mot alminnelige tillatelsesordninger. I fortalepunkt 14 til direktiv 2014/23/EU presiseres det at en tjenestekonsesjon, i motsetning til en tillatelsesordning, kjennetegnes av at oppdragsgiveren tar initiativ til å finne en leverandør som kan yte en tjeneste, hvor vilkårene for utførelsen av tjenestene er angitt av oppdragsgiveren med mulighet for å gjøre gjeldende misligholdsbeføyelser.

Beskrivelsen av faktum i denne saken viser at tildelingen av eneretten til å tilby pengespill på hest til Stiftelsen Norsk Rikstoto må anses som en gjensidig bebyrdende kontrakt. For det første tok staten initiativet til å tildele eneretten til å tilby pengespill på hest til Norsk Rikstoto. Stiftelsen har ikke søkt om å bli tildelt eneretten. For det andre er Norsk Rikstotos virksomhet detaljregulert i den norske pengespilloven, totalisatorforskriften, og i selve tildelingsbrevet. For det tredje kan konsesjonen kalles tilbake ifølge pengespilloven § 34 ved alvorlige eller gjentatte brudd på Rikstotos plikter, og ifølge tildelingsbrevet hvis forutsetningene bak tildelingen endrer seg. For det fjerde bidrar Norsk Rikstoto, som konsesjonsinnehaver, med betydelige inntekter til norsk hestesport, hestehold og hesteavl. Dette er utgifter staten måtte ha dekket gjennom statsbudsjettet hvis konsesjonen hadde vært tenkt borte. Dermed innebærer konsesjonstildelingen en betydelig besparelse for staten. Staten oppnår ytterligere besparelser ved at den slipper å foreta investeringer for å oppfylle det ovennevnte politiske målet om å tilby pengespill under forsvarlige rammer. Slike investeringer er ikke risikofrie. At staten har en interesse i at pengespill på hest skal foregå under betryggende rammer, følger av pengespilloven § 1. Når Rikstoto bidrar til å oppfylle denne interessen, etablerer det et gjensidig bebyrdende forhold til staten i direktivet artikkel 5. nr. 1 sin forstand. Samlet er det klart at formålet med kontrakten som er inngått med Norsk Rikstoto er å dekke behov som staten har. For det femte er det kontraktfestet et vederlag for tjenesten Norsk Rikstoto yter til staten ved at stiftelsen har rett til å utnytte tjenestene. Dersom staten hadde tildelt eneretten til å tilby pengespill på hest, men hadde betalt Norsk Rikstoto med penger i stedet for med retten til å utnytte det økonomiske potensialet i eneretten, ville det ikke vært tvil om at tildelingen hadde utgjort en alminnelig offentlig kontrakt etter direktiv 2014/24/EU. At staten i stedet har valgt å gi Norsk Rikstoto retten til å utnytte retten til å tilby pengespilltjenester som vederlag, endrer ikke på den gjensidig bebyrdende karakteren av kontrakten, ut over at den må betegnes som en konsesjonskontrakt som er underlagt direktiv 2014/23/EU.

Tildelingen av eneretten til å tilby pengespill på hest i Norge innebærer en kontrakt om utførelsen av tjenester, ettersom eneretten går ut på å gjøre en særskilt type pengespill tilgjengelige for tredjepersoner mot betaling. Stiftelsen Norsk Rikstoto har enerett til å drifte alt totalisatorspill i Norge. At dette er en tjeneste, understøttes av Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 2195/2002 av 5. november 2002 om en felles klassifikasjon for offentlige innkjøp (CPV) vedlegg I, der CPV-koden 92352100-4 benytter betegnelsen "Drift av totalisator tjenester." Dessuten omtales tildelingen av en konsesjon for drift av pengespill på hest som en *tjenestekonsesjon* i EU-domstolens sak C-203/08 *Sporting Exchange*, og i EFTA-domstolens sak E-24/13 *Casino Admiral* omtales tildelingen av en konsesjon om drift av et kasino som en *tjenestekonsesjon*.

Tildelingen av eneretten til Stiftelsen Norsk Rikstoto innebærer en enerett til å tilby pengespill på hest i Norge, og til å ta betalt av kunder for tilbudet av slike totalisatorspill.

Statens vederlag til konsesjonshaveren består dermed utelukkende av retten til å utnytte tilbudet. Videre er driftsrisikoen for utnyttelsen av tjenestene overført fra staten til Stiftelsen Norsk Rikstoto. Driftsrisikoen skal alltid anses for å være overført hvis konsesjonshaveren ikke er garantert å tjene inn igjen investeringene som er foretatt i forbindelse med driften av tjenestene, jf. direktiv 2014/23/EU artikkel 5 nr. 1 andre ledd andre punktum.

Norsk Rikstoto har overordnet ansvar for alt totalisatorspill og overordnet økonomisk styring. Driftsansvaret Rikstoto har pådratt seg innebærer betydelige kostnader knyttet til blant annet drift av spillplattformer, markedsføring, betalingssystemer og kontaktpunkt for kundeforespørsler. Den samlede størrelsen på disse kostnadene medfører at Rikstoto ikke er garantert å tjene inn sine investeringer eller få dekket kostnader som påløper i driften. Den norske staten yter dessuten ingen pengeoverføringer eller investeringer til Norsk Rikstoto, og har ikke oppstilt en garanti for at Norsk Rikstoto skal tjene inn kostnadene som påløper ved driften av pengespilltjenestene. Norske myndigheter har ingen plikt til å dekke inn Rikstotos løpende underskudd. Dette underbygges av at Norsk Rikstotos regnskapstall viser at stiftelsen hadde et negativt driftsresultat blant annet i 2011, 2013, 2015 og 2018.

Etter direktiv 2014/23/EU artikkel 5 nr. 1 andre ledd tredje punktum stilles det krav om at risikoen som overføres til leverandøren, skal innebære en reell eksponering for markedssvingninger slik at det anslåtte potensielle tapet for leverandøren ikke skal være ubetydelig. Tildelingen av eneretten til å tilby pengespill på hest i Norge innebærer at Rikstoto påtar seg etterspørselsrisikoen for tjenesten, og at det er Rikstoto som må bære eventuelle tap som følge av redusert etterspørsel etter pengespill på hest. Denne tapsrisikoen kan heller ikke anses som ubetydelig, som de overnevnte underskuddene i en rekke regnskapsår viser. Siden det er konsesjonshaveren som må bære risikoen for svingninger i markedet, uten noen garanti for å tjene inn igjen investeringene som foretas ved utnyttelsen av tjenesten, utgjør tildelingen en overføring av driftsrisiko fra oppdragsgiveren til konsesjonshaveren etter direktiv 2014/23/EU artikkel 5 nr. 1 andre ledd.

Tildelingen av eneretten til å tilby pengespill på hest til Stiftelsen Norsk Rikstoto må etter dette forstås som en "tjenestekonsesjon" etter direktiv 2014/23/EU artikkel 5 nr. 1 bokstav b.

Ifølge direktiv 2014/23/EU artikkel 8 nr. 1 og 2 får direktivet anvendelse på konsesjoner hvor konsesjonsinnehaveren mottar en samlet omsetning på minst 5 186 000 euro som vederlag for de tjenestene som er omfattet av konsesjonen, beregnet over hele kontraktens løpetid. Årsregnskapene fra Norsk Rikstoto fra 2020 og 2021 viser at stiftelsen har en årlig omsetning på over 3 milliarder norske kroner som følge av inntekter fra pengespilltilbud på hest. Dette overstiger terskelverdien i direktiv 2014/23/EU artikkel 8.

Direktiv 2014/23/EU kommer derfor til anvendelse ved tildelingen av enerett til å tilby pengespill på hest i Norge.

Tidligere praksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen viser at tildelingen av en enerett til å tilby pengespill på hest til en privat virksomhet er en «tjenestekonsesjon» etter direktiv 2014/23/EU. I sak E-24/13 Casino Admiral omtaler EFTA-domstolen en rett til å drive et kasino for å tilby pengespill i Liechtenstein som en «service concession», jf. blant annet avsnitt 47 i dommen. Tilsvarende omtaler EU-domstolen tildelingen av rettigheter til å drifte

ulike typer pengespill som en «services concession» eller en «concession contract» i saker slik som C-64/98 Engelmann og C-375/17 Stanleybet.

Når norske myndigheter ved tildelingen av eneretten til å tilby pengespill på hest unnlater å følge direktiv 2014/23/EU, skjer det under henvisning til et unntak etablert ved EU-domstolens sak C-203/08 Sporting Exchange i 2010. Myndighetene tar likevel ikke hensyn til at det var en forutsetning for resultatet i Sporting Exchange at tjenestekonsesjoner på domstidspunktet falt utenfor anskaffelsesregelverket. Det var først ved ikrafttreddelsen av direktiv 2014/23/EU i 2016, at tjenestekonsesjoner ble omfattet av anskaffelsesregelverket. Dette direktivet trådte først i kraft under EØS-avtalen i 2017. Uansett omtaler EU-domstolen i Sporting Exchange en nederlandsk enerettsordning for pengespill på hest som en «service concession», jf. blant annet avsnitt 39, slik EU-domstolen også gjorde i de ovennevnte sakene.

7.1.3. Enerettsunntaket

Unntaket i direktiv 2014/23/EU artikkel 10 nr. 1 første ledd kommer ikke til anvendelse. Dette er både fordi Stiftelsen Norsk Rikstoto ikke er et «offentligrettslig organ» ifølge konsesjonskontraktordningen artikkel 6 nr. 4, og fordi vilkåret om at Norsk Rikstoto «har» en enerett ikke var oppfylt på tildelingstidspunktet.

Beskrivelsen av faktum i denne saken viser at Norsk Rikstoto er av forretningsmessig karakter. Stiftelsen driver kommersiell virksomhet i et konkurransepreget marked og har mål om fortjeneste. Dette er kjennetegn som tilsier at stiftelsen mangler preg av å være opprettet i allmennhetens interesse, og dermed ikke utgjør et offentligrettslig organ etter anskaffelsesregelverket.

Unntaket gjelder uansett bare for tildelinger av konsesjonskontrakter hvor konsesjonsmottakeren allerede «har» en enerett til å utføre tjenestene under kontrakten før konsesjonen tildeles. Vilkåret er ikke oppfylt hvis enerettsmottakeren først får eneretten som en følge av tildelingen av konsesjonskontrakten, slik som i denne saken. En slik forståelse vil utgjøre en omgåelse i strid med artikkel 3 i direktivet.

Det er irrelevant at Norsk Rikstoto har hatt enerett i fortiden. Forrige konsesjon utløp 31. desember 2022, som betyr at en tildeling av konsesjonskontrakt med virkning fra og med 1. januar 2023 måtte utlyses etter reglene i direktiv 2014/23/EU. Direktivet var ikke trådt i kraft i EØS da forrige konsesjon ble tildelt Norsk Rikstoto i 2016.

7.2. Saksøktes anførsler

7.2.1. Overordnet

Den aktuelle tildelingen av en enerett til å tilby pengespill på hest til Norsk Rikstoto er ingen tjenestekonsesjonskontrakt som omfattes av anskaffelsesregelverket. Eneretten er tildelt ved en eksklusiv administrativ tillatelse innenfor strenge rammer og sterk offentlig kontroll, hvor hovedformålet er å sørge for ansvarlig spill på hest, og forebygge negative konsekvenser av pengespill. Det følger av EU-domstolens praksis at tildeling av en slik enerett til å tilby pengespill, uten åpen konkurranse fra andre aktører, kan rettferdiggjøres etter reglene om fri

bevegelighet, så lenge myndighetene har tilstrekkelige kontrollmuligheter med aktøren, jf. blant annet C-203/08 Sporting Exchange avsnitt 59.

Det er ikke tale om en gjensidig bebyrdende avtale hvor formålet er å anskaffe en tjenesteytelse. Det er heller ikke tale om et vederlag til leverandøren som består i retten til å utnytte tjenesten, sammenlign artikkel 5 nr. 1 b i direktiv 2014/23.

Under forutsetning av at tillatelsen skal regnes som en tjenestekonsesjonskontrakt etter direktiv 2014/23, er det statens syn at unntaket i direktivets artikkel 10 nr. 1 første ledd, som gjelder tildeling til et offentligrettslig organ som har en enerett, får anvendelse.

7.2.2. Begrepet «koncessjoner på tjenesteydelser».

Konsesjonskontraktdirektivet gjelder blant annet for «koncessjoner på tjenesteydelser». Artikkel 5 nr. 1 bokstav b gir en definisjon av begrepet. Begrepet er autonomt og skal utelukkende vurderes etter EU-retten, jf. C-486/21 Sharengo avsnitt 57. Bestemmelsen stiller et helt grunnleggende vilkår om at oppdragsgiver har inngått «en gjensidig bebyrdende kontrakt» med en leverandør. Dette er tilfellet når en leverandør påtar seg å utføre en tjeneste på vegne av en oppdragsgiver, og partene er underlagt rettslig bindende forpliktelser som kan håndheves for domstolene, jf. C-451/08 Helmut Müller avsnitt 60–62. Kontraktsbegrepet er nærmere utpenslet i EU-domstolens rettspraksis, og Domstolen har lenge operert med et grunnleggende skille mellom kontrakter på den ene siden og tillatelser på den andre siden. Tidligere var begge metoder for tildeling av enerett omfattet av reglene om fri bevegelighet, jf. C-203/08 Sporting Exchange avsnitt 46. Ved innføringen av konsesjonskontraktdirektivet i 2014 ble konsesjonskontrakter innlemmet i anskaffelsesregelverket. Tildeling av eneretter ved administrative tillatelser ble det derimot uttrykkelig avgrenset mot. Dette omfattes ikke av anskaffelsesregelverket. Det vises til direktivets fortale pkt. 14.

Medlemsstatene står fritt til å velge metode for tilrettelegging av og kontroll med drift av spill og veddemål, herunder gjennom tildeling av tillatelser, jf. direktivets fortale pkt. 35 første setning. I norsk rett er eneretten til å tilby pengespill på hest tildelt Stiftelsen Norsk Rikstoto ved en «klassisk» forvaltningsrettslig tillatelse.

Tillatelsen har ingen gjensidig bebyrdende elementer. Tildelende myndighet og stiftelsen er ikke underlagt rettslig bindende forpliktelser som kan håndheves for domstolene. Et eventuelt brudd på vilkårene i tillatelsen kan håndheves ved forvaltningsrettslige reaksjoner i form av bl.a. tilbakekall, ikke ved misligholdsbeføyelser. Stiftelsen er gitt tillatelse til å drive pengespill på hest, men den er ikke forpliktet til å gjøre det. Den dekker heller ikke et behov for en tjeneste hos staten som sådan. Ordningen med direktetildelingen av enerett til Norsk Rikstoto er primært et virkemiddel for å ivareta de samfunnsmessige hensynene i spillpolitikken. Videre gis tillatelsen ved kongelig resolusjon på nærmere bestemte vilkår med hjemmel i lov og har intet kontraktsrettslig grunnlag. Tillatelsens innhold er ikke gjenstand for forutgående forhandling, men det er staten som ensidig fastsetter vilkårene.

Konsesjonskontraktbegrepet er autonomt, og nasjonal terminologi er ikke avgjørende. Bruken av begrepet «konsesjon» i den nå opphevede totalisatorloven må ikke misforstås som en henvisning til regelverket om konsesjonskontrakter i anskaffelsesretten. Begrepet «konsesjon» er i norsk språk synonymt med begrepet «tillatelse». I ny pengespillov brukes i

stedet begrepet «tillatelse», og endringen var ikke ment som en realitetsendring, men å harmonisere begrepsbruken i pengespiloven.

Heller ikke de øvrige vilkår i direktivets artikkel 5 nr. 1 bokstav b om overdragelse av utnyttelsesrett og driftsrisiko, er oppfylt. Det er tale om en tillatelsesordning med formål om å opprettholde et ansvarlig spilltilbud. Stiftelsen står for øvrig ikke igjen med noe overskudd, da dette utbetales i sin helhet til hesteformål. Det er riktignok Norsk Rikstoto som drifter spillvirksomheten, og inntektene stammer fra spillerne. Likevel er det ikke riktig å betrakte spillinntektene som et substitutt for et «vederlag» fra departementet, og det skjer ingen overføring av «driftsrisiko» for en kommersiell drift. Bakgrunnen for det negative driftsresultatet i enkelte år, skyldes at Norsk Rikstoto har vedtatt utdelinger til formålmottakerne som overstiger overskuddet fra driften.

Når det gjelder reglene om fordeling av overskuddet er det gitt en egen forskrift med bestemmelser om dette, som fastsettes av myndighetene. Også dette skiller ordningen fra en tjenestekonsesjonskontrakt.

7.2.3. Enerettsunntaket

Under forutsetning av at tillatelsen skal regnes som en tjenestekonsesjonskontrakt etter direktiv 2014/23, er det statens syn at unntaket i direktivets artikkel 10 nr. 1 første ledd får anvendelse. Det følger av denne bestemmelsen at tjenestekonsesjonskontrakter som tildeles en «ordregivende myndighet [...] på grundlag af en eksklusiv rettighed» er unntatt fra direktivets anvendelsesområde.

Norsk Rikstoto er en «ordregivende myndighet» etter direktivets artikkel 6. Norsk Rikstoto er et «offentligretlig organ» etter artikkel 6 nr. 4 bokstav a til c. Det er en «juridisk person» med tilknytning til det offentlige, og er opprettet «med henblikk på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter».

En eventuell tjenestekonsesjonskontrakt er i så fall tildelt «på grundlag af en eksklusiv rettighed», jf. direktivets artikkel 10 nr. 1 første ledd. Dette er i direktivets artikkel 5 nr. 10 definert som «rettigheder, som er meddelt af en kompetent myndighed [...] i henhold til en lov eller offentliggjort administrativ bestemmelse». Norsk Rikstoto har en slik enerett i kraft av nasjonal lov.

Det er ikke til hinder for anvendelse av unntaket at eneretten tildeles samtidig med at den lovgivningen som gir organet enerett, trer i kraft. Det kan heller ikke stilles krav om at lovgivningen eksplisitt navngir den aktuelle enerettstilbyderen. Forarbeidene til ny lov utpekte Norsk Rikstoto som eneste tilbyder. Norsk Rikstoto hadde også enerett til å tilby pengespill på hest etter tidligere lovgivning.

8. *Spørsmål til EFTA-domstolen*

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 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?

Oslo tingrett

Lena Skjold Rafoss
tingrettsdommer