



## Borgarting lagmannsrett - Dom - LB-2020-164167

Instans	Borgarting lagmannsrett – Dom
Dato	2022-01-27
Publisert	LB-2020-164167
Stikkord	Forvaltningsrett. Gyldighet. Jernbaneloven § 11 og § 11b. Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/14/EF. Europaparlaments- og rådsdirektiv 2012/34/EF
Sammendrag	<p>Twisten gjaldt gyldigheten av vedtak truffet av Statens jernbanetilsyn hvor Bane NOR SF ble pålagt å betale tilbake deler av den kjørevegsavgift Flytoget hadde betalt for bruk av jernbanesporene på Gardermobanen i årene 2017, 2018 og 2019. Regelverket for fastsettelse og innkreving av kjørevegsavgift er gitt i norsk jernbanelovgivning og i EU-direktiv som har vært i utvikling siden betaling for bruk av jernbanesporene på Gardermobanen først ble innført i 2001. Saken reiste spørsmål om forholdet mellom direktivene og de norske reglene.</p> <p>Kjørevegsavgiften var de aktuelle årene fastsatt av Samferdselsdepartementet, og det var et spørsmål i saken om Jernbanetilsynet hadde kompetanse til å overprøve vedtak truffet av Samferdselsdepartementet. Lagmannsretten kom til at Jernbanetilsynet som uavhengig tilsynsmyndighet hadde slik kompetanse. Jernbanetilsynet hadde etter jernbaneloven kompetanse til å treffe «korrigerende tiltak». Lagmannsretten kom til at det også kunne gi kompetanse til å pålegge tilbakebetaling av for mye innkrevd avgift. Retten kan etter jernbaneloven § 11 a prøve alle sider av saken, også Jernbanetilsynets hensiktsmessighetsskjønn og reaksjonsvalg. Lagmannsretten kom til at for to av årene var begått feil ved fastsettelsen av avgiftene, men at pålegg om tilbakebetaling ikke var et hensiktsmessig eller forholdsmessig tiltak for å korrigere feilene. For det tredje året kom lagmannsretten til at det ikke var begått feil som kunne begrunnet Jernbanetilsynets vedtak. Vedtaket ble derfor opphevet for alle tre årene.</p>
Saksgang	Oslo tingrett TOSLO-2019-124547 – Borgarting lagmannsrett LB-2020-164167 (20-164167ASD-BORG/03).Anke til Høyesterett ikke tillatt fremmet, HR-2022-948-U.
Parter	Bane Nor Sf (advokat Kristian Brandt og advokat Kristin Veierød) mot Staten v/ Statens jernbanetilsyn (advokat Hanne Camilla Zimmer og advokat Kaare Andreas Shetelig).
Forfatter	Lagdommer Dag Arne Ruud, lagdommer Thom Arne Hellerslia og ekstraordinær lagdommer Jakob Wahl.
Sist oppdatert	2022-05-16

**Innholdsfortegnelse**

<b>Borgarting lagmannsrett - Dom - LB-2020-164167 .....</b>	<b>1</b>
<b>Innholdsfortegnelse .....</b>	<b>2</b>
<b>Bakgrunnen for saken er i hovedtrekk: .....</b>	<b>3</b>
<b>Den ankende part, Bane NOR SF, har i hovedtrekk anført:.....</b>	<b>4</b>
<b>Ankemotparten, staten v/Statens jernbanetilsyn, har i hovedtrekk anført: .....</b>	<b>6</b>
<b>Lagmannsrettens syn på saken: .....</b>	<b>7</b>
<b>1. Rettens prøvingskompetanse .....</b>	<b>7</b>
<b>2. Rammen for saken – Jernbanetilsynets vedtak.....</b>	<b>7</b>
<b>3. Kjørevegsavgifter, infrastrukturavgifter og påslag - rettslig ramme .....</b>	<b>9</b>
<b>3.1 Innføring av kjørevegsavgift for Gardermobanen .....</b>	<b>9</b>
<b>3.2 Avtaler mellom Flytoget AS og Jernbaneverket.....</b>	<b>11</b>
<b>3.3 Fastsettelse og innkreving av avgift i årene 2000 til 2016 .....</b>	<b>12</b>
<b>3.4 Rettslig regulering av infrastrukturavgifter etter innføringen av brukeravgift på Gardermobanen. ....</b>	<b>12</b>
<b>3.4.1 Forskriftsregulering i 2001 – fordelingsforskriften .....</b>	<b>12</b>
<b>3.4.2 Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/14/EF .....</b>	<b>12</b>
<b>3.4.3 Endringer i fordelingsforskriften.....</b>	<b>14</b>
<b>3.4.4 Europaparlaments- og rådsdirektiv 2012/34/EU.....</b>	<b>14</b>
<b>3.4.5 Jernbaneforskriften 2016.....</b>	<b>15</b>
<b>3.4.6 Oppsummering .....</b>	<b>16</b>
<b>3.5 Krav til nettveiledning.....</b>	<b>17</b>
<b>4. Jernbanetilsynets kompetanse. ....</b>	<b>17</b>
<b>4.1 Innledning.....</b>	<b>17</b>
<b>4.2 Hvorvidt påslagene er fastsatt av departementet .....</b>	<b>18</b>
<b>4.3 Forfatningsrettslige begrensninger .....</b>	<b>19</b>
<b>4.4 Kan det treffes vedtak som pålegger tilbakebetaling? .....</b>	<b>20</b>
<b>5. Hvorvidt det er feil ved fastsettelsen eller innkrevningen av påslagene .....</b>	<b>22</b>
<b>5.1 Innledning.....</b>	<b>22</b>
<b>5.2 Påslaget for 2017 .....</b>	<b>23</b>
<b>5.2.1 Innledning .....</b>	<b>23</b>
<b>5.2.2 Nettveiledningen for 2017. ....</b>	<b>23</b>
<b>5.2.3 Kravet til markedssegmentering – fordelingsforskriften § 4-6.....</b>	<b>25</b>
<b>5.2.4 Likebehandling .....</b>	<b>28</b>
<b>5.2.5 Full dekning for infrastrukturkostnaden.....</b>	<b>29</b>
<b>5.2.6 Grunnavgift som forutsetning for å kreve påslag .....</b>	<b>29</b>
<b>5.2.7 Konklusjon .....</b>	<b>30</b>
<b>5.3 Påslaget for 2018.....</b>	<b>30</b>
<b>5.3.1 Innledning .....</b>	<b>30</b>
<b>5.3.2 Nettveiledning for 2018.....</b>	<b>30</b>
<b>5.3.3 Implementeringsplan .....</b>	<b>32</b>
<b>5.3.4 Fastsettelsen av påslaget for 2018 .....</b>	<b>33</b>
<b>5.3.5 Endringen av nettveiledningen.....</b>	<b>34</b>
<b>5.3.6 Oppsummering og konklusjon .....</b>	<b>34</b>
<b>5.4 Påslaget for 2019 .....</b>	<b>35</b>
<b>5.4.1 Innledning .....</b>	<b>35</b>
<b>5.4.2 Nettveiledningen for 2019 .....</b>	<b>35</b>
<b>5.4.3 Fastsettelsen av avgiften for 2019 – segmentering og tåleevnevurdering .....</b>	<b>37</b>
<b>5.4.4 Kravet til likebehandling .....</b>	<b>41</b>
<b>5.4.5 Oppsummering og konklusjon .....</b>	<b>42</b>
<b>5.5 Alternativ hjemmel.....</b>	<b>42</b>
<b>6. Konsekvensene av feil – reaksjonsvalget .....</b>	<b>42</b>
<b>6.1 Feilene i nettveiledningene for 2017 og 2017 .....</b>	<b>42</b>
<b>6.2 Feil ved fastsettelse av brukerbetalingen/påslag for Gardermobanen for 2017 og 2018 .....</b>	<b>43</b>

**Sakskostnader.....44**

Saken gjelder gyldigheten av vedtak fra Statens jernbanetilsyn (Jernbanetilsynet) 23. mai 2019 der Bane NOR SF ble pålagt å betale tilbake deler av avgift Flytoget har betalt for bruk av jernbanesporene i årene 2017, 2018 og 2019. For 2019 ble det også pålagt stans i videre innkreving av deler av avgiften.

## Bakgrunnen for saken er i hovedtrekk:

Avgifter for bruk av jernbaneinfrastruktur ble innført i Norge i 1990. Avgiftssatsene ble fastsatt årlig i forbindelse med Stortingets vedtak av statsbudsjettet, etter fremlegg fra Samferdselsdepartementet. Departementets fremlegg var basert på innspill fra Jernbaneverket som underliggende etat. Jernbaneverket var infrastrukturforvalter på jernbanenettet frem til 1. januar 2017, og var ansvarlig for innkreving av avgiftene. Med virkning fra 1. januar 2017 ble oppgavene som infrastrukturforvalter overført til Bane NOR SF, som for de årene denne saken gjelder, også innkrevde avgiftene fra jernbaneforetakene.

Den alminnelige avgiften (grunnavgiften) for jernbaneforetaks bruk av jernbanesporene var frem til 31. desember 2016 satt til 0 kroner. Unntak var gjort for enkelte typer godstransport og for Gardermobanen.

Gardermobanen er en jernbanestrekning fra Etterstad i Oslo til Gardermoen som ble bygget i forbindelse med etablering av ny hovedflyplass på Gardermoen på 1990-tallet. Gardermobanen var opprinnelig eiet av NSB Gardermobanen AS som ble etablert som datterselskap av NSB i den forbindelse. Togtrafikken på banen startet i 1998, men med full trafikk gjennom ny tunell (Romeriksporten) først i 1999.

Opprinnelig var det forutsatt at utbyggingen av Gardermobanen ville være en lønnsom investering som helt eller delvis kunne finansieres gjennom brukerbetaling. Da dette viste seg ikke å holde, ble Gardermobanen, dvs. jernbanesporene med tilhørende anlegg (infrastrukturen), i 2000 overført til Jernbaneverket. Samtidig ble NSB Gardermobanen refinansiert. Det ble i den forbindelse avskrevet ca. 6,7 mrd. kroner i gjeld som selskapet hadde. NSB Gardermobanen skiftet navn til Flytoget AS, og eierskapet ble overført fra NSB til staten v/Samferdselsdepartementet – fra 2004 Næringsdepartementet. I forbindelse med denne omorganiseringen og refinansieringen forutsatte Stortinget at det ble innført en kjørevegsavgift for bruk av Gardermobanen som skulle dekke drifts- og vedlikeholdsutgifter (Innst.S.nr.237 (1999–2000) s. 14), og det var forutsatt inngått en forpliktende avtale mellom Flytoget og Jernbaneverket som sikret høy standard. Slik avtale ble inngått 26. februar 2001. Flytoget AS har etter hvert utvidet rutetilbudet slik at det i dag også kjøres avganger fra Drammen til Gardermoen og motsatt.

I tråd med Stortingets forutsetninger har Flytoget og andre jernbaneforetak fra 2001 betalt avgift til Jernbaneverket – nå Bane NOR – for bruk av Gardermobanen. Avgiften har hvert år vært foreslått av departementet og endelig fastsatt av Stortinget i forbindelse med behandlingen av statsbudsjettet.

Fra og med 2017 har avgiftsordningen i Norge blitt gradvis utvidet og endret bl.a. med det for øye at jernbaneforetakene skulle betale en andel av de faktiske infrastrukturkostnadene som ledd i implementering av nye EU-regler. Bane NOR utarbeidet i den forbindelse i 2017 også en særskilt implementeringsplan for omlegging av avgiftsordningen. Lagmannsretten kommer nærmere tilbake til regelverket for fastsettelse og innkreving av disse avgiftene i rettens merknader under.

Flytoget klaget 19. desember 2017 til Jernbanetilsynet over innkreving og fastsettelse av infrastrukturavgifter for 2017, 2018 og 2019 som Flytoget mente ikke oppfylte vilkårene i jernbanelovgivningen, og det ble anført at avgiftene manglet hjemmel. Klagen omfattet avgiftene i sin helhet. Etter en grundig saksforberedelse traff Jernbanetilsynet 23. mai 2019 slik vedtak:

Statens jernbanetilsyn pålegger med hjemmel i fordelingsforskriften § 9-5 annet ledd og jernbaneforskriften § 11-2 annet ledd Bane NOR:

- (1) å tilbakebetale den delen av innkrevd avgift for bruk av Gardermobanen som Flytoget har betalt for 2017 og 2018 som har oversteget avgift basert på direkte kostnad og kapasitetsavgift. Tilbakebetalingen skal være effektivt senest tre måneder etter tilsynets vedtak, og skal inkludere nødvendige økonomiske korrigeringer av beløpet.
- (2) å tilbakebetale den delen av innkrevd avgift som Flytoget har betalt hittil for 2019 som har oversteget avgift basert på direkte kostnad og kapasitetsavgift. Tilbakebetalingen skal være effektivt

senest tre måneder etter tilsynets vedtak, og skal inkludere nødvendige økonomiske korrigeringer av beløpet.

(3) å stanse videre innkreving av påslag på infrastrukturavgifter etter jernbaneforskriften § 6-3 fra Flytoget for resten av 2019 gjeldende fra og med tidspunktet for tilsynets vedtak.

Bane NOR bes sende dokumentasjon til tilsynet på at pålegg (1), (2) og (3) er oppfylt og tilbakebetalingen til Flytoget er gjennomført innen fire måneder fra tidspunkt for tilsynets vedtak.

Tilsynet ber Bane NOR vurdere implikasjonene av vedtaket for øvrig innkreving av påslag.

Det er opplyst at Bane NOR har foretatt tilbakebetaling i samsvar med vedtaket. Det er også foretatt tilbakebetaling til Vy (NSB). I alt er det tilbakebetalt mer enn 100 millioner kroner for de tre årene.

Bane NOR SF tok 23. august 2019 ut stevning mot staten v/Statens jernbanetilsyn med påstand om at vedtaket var ugyldig.

Oslo tingrett avsa 21. juli 2020 dom med slik domsslutning:

1. Statens jernbanetilsyns vedtak av 23. mai 2019 punkt 2 er ugyldig. For øvrig frifinnes Staten v/Statens jernbanetilsyn.
2. Hver av partene bærer egne saksomkostninger.

For nærmere detaljer vedrørende saksforholdet vises til tingrettens dom og lagmannsrettens bemerkninger nedenfor.

Bane NOR SF har anket den frifinnende delen av dommen til Borgarting lagmannsrett. Jernbanetilsynet har inngitt avledet anke for det punktet som ble kjent ugyldig. Ankeforhandling er holdt 16. – 24. november 2021 i Borgarting lagmannsretts hus. Partene møtte sammen med sine prosessfullmektiger. Det ble avhørt fire vitner. Om bevisføringen for øvrig vises til rettsboken.

## **Den ankende part, Bane NOR SF, har i hovedtrekk anført:**

Jernbanetilsynets vedtak er ugyldig.

For det første har ikke Jernbanetilsynet myndighet til å overprøve departementets vedtak. Det er Samferdselsdepartementet som etter fordelingsforskriften § 4-6 og jernbaneforskriften § 6-3 hadde kompetanse til å fastsette påslag i den aktuelle perioden, og som også faktisk gjorde det. Bane NORs innkreving av påslag er utledet av Samferdselsdepartementets vedtak. Jernbanetilsynet har ikke myndighet til å overprøve departementets vedtak om fastsettelse av påslag. Jernbanetilsynets vedtak er allerede av den grunn ugyldig.

Avgiftsfastsettelsen var under enhver omstendighet rettmessig. Fastsettelsen og innkrevingen av påslag for årene 2017-2019 oppfylder vilkårene i henholdsvis fordelings- og jernbaneforskriften. Fordelingsforskriften § 4-6 første ledd stilte ikke nærmere krav til analyse eller metode for markedssegmentering og heller ikke til metode for vurdering av markedets tåleevne. Jernbaneforskriften § 6-3 stiller krav til hvilke markedssegmenter som minimum må analyseres, men heller ikke den sier noe om hvilken metode som skal benyttes ved analysen av markedssegmenter og fastsetter heller ikke krav til metode for vurdering av tåleevne.

Fastsettelse av Gardermobanen som relevant markedssegment i 2017 og 2018 og tilbringertjeneste til Hovedflyplass i 2019, oppfylder vilkårene i henholdsvis fordelings- og jernbaneforskriften, herunder at markedet har tålt påslaget. Påslaget har ikke påvirket markedssegmentets konkurransevne eller produksjonen. Flytogets produksjon er i hovedsak bestemt av avtalene med staten, og Flytoget har hatt svært begrenset mulighet for å foreta endringer i tilbudet. Flytoget har i den relevante perioden levert solide overskudd. NSB/Vy står i en særstilling fordi selskapet i henhold til trafikkavtale med staten mottar vederlag fra staten, som er gjenstand for justeringer ved endringer i kostnadsbildet hos NSB/Vy, herunder endringer i avgiftsnivået.

Det foreligger ikke brudd på kravet til ikke-diskriminering hverken for 2017, 2018 eller 2019. Det ble foretatt en forskriftsmessig vurdering av alle relevante markedssegmenter i den aktuelle perioden. Det forelå frem til 2019 ikke grunnlag for påslag i andre segmenter enn Gardermobanen. Vurderingen av hvilke segmenter som kunne tåle påslag i 2019 oppfylder jernbaneforskriftens krav, herunder kravet til ikke-diskriminering.

Det forhold at det eventuelt skulle ha vært ilagt påslag i andre markedssegmenter, eller at påslagene i andre markedssegmenter skulle ha vært annerledes enn det som ble fastsatt, har uansett ikke hatt noen betydning for de påslagene som ble fastsatt på segmentet Gardermobanen/Hovedflyplass.

For det tilfellet at lagmannsretten skulle mene at avgiftene som ble fastsatt og innkrevd i årene 2017, 2018 og 2019 ikke kan anses som påslag eller ikke hadde hjemmel i fordelingsforskriften § 4-6 første ledd eller jernbaneforskriften § 6-3, gjøres gjeldende at avgiften kunne fastsettes og innkreves med hjemmel i fordelingsforskriften § 4-6 tredje ledd og jernbaneforskriften § 6-2 syvende ledd som et særskilt investeringsprosjekt.

Avgiften skulle i henhold til de relevante bestemmelsene «fremlegges» for departementet. At departementet i perioden har fastsatt avgiften er ikke i strid med bestemmelsen, og kan uansett ikke føre til at den aktuelle avgiften ikke kunne innkreves av Bane NOR. Nettveiledningene i den relevante perioden inneholdt forskriftsmessig informasjon og ble utformet i samsvar med innarbeidet praksis. Endringen i nettveiledningen for 2018 hadde hjemmel i fordelingsforskriften § 2-1 første ledd og jernbaneforskriften § 5-1 andre ledd. Nettveiledningen for 2019 var utformet i samråd med de berørte partene, jf. jernbaneforskriften § 5-1 første ledd, og øvrige krav til informasjon var oppfylt, herunder hadde Bane NOR varslet om endringen i avgiftsordningen, jf. jernbaneforskriften § 6-3 sjette ledd. Eventuell manglende informasjon mv. knyttet til nettveiledningene kan uansett ikke begrunne tilbakebetalingskravet eller pålegget om stans.

Jernbanetilsynet har heller ikke hjemmel til å pålegge tilbakebetaling eller stans i videre innkreving. Adgangen til å pålegge «korrigerende tiltak» etter jernbaneloven § 11 femte ledd gir ikke rett til å pålegge tilbakebetaling av innkrevd avgift eller stans i innkreving av avgift.

Subsidiært hadde Jernbanetilsynet under ingen omstendighet hjemmel til å treffe et vedtak med et slikt innhold i dette tilfellet. Jernbanetilsynets vedtak om tilbakebetaling bygger på at Bane NOR ikke skal ha foretatt de analysene Jernbanetilsynet mener regelverket oppstiller, uten at tilsynet har søkt å godtgjøre at påslaget er satt for høyt. Denne feilen korrigeres ikke ved å pålegge Bane NOR å tilbakebetale alt påslag i den relevante perioden, selv om tilsynet i utgangspunktet skulle ha hjemmel for å pålegge tilbakebetaling. Jernbanetilsynets myndighet er begrenset til å korrigere feil så langt feilen rekker. Den angivelige feilen kunne vært korrigert ved at Bane NOR ble pålagt å foreta de analyser mv. som Jernbanetilsynet mente var mangelfulle eller utilstrekkelige. Jernbanetilsynet har heller ikke hjemmel til å pålegge Bane NOR stans i innkrevingen av påslag for den resterende del av 2019, når vedtaket ikke samtidig åpner for at Bane NOR senere kunne innkreve påslag for denne perioden. Uansett kunne ikke Jernbanetilsynet treffe et vedtak med et slikt innhold i dette tilfellet, da pålegget om stans går lenger enn å korrigere de feil Jernbanetilsynet mente forelå.

Pålegget om tilbakebetaling for årene 2017, 2018 og 2019 er under enhver omstendighet uforholdsmessig og urimelig, noe domstolen i denne saken kan prøve fullt ut, jf. jernbaneloven § 11a tredje ledd siste punktum. Tilbakebetaling innebærer en betydelig avgiftslettelse og utilsiktet fordel som Flytoget, basert på gjeldende avtaler, forutsetningene for etablering av Gardermobanen, refinansieringen i 2000 og fordelings- og jernbaneforskriftens bestemmelser om infrastrukturavgifter, ikke har hatt noen berettiget forventning om å få.

Et eventuelt tilbakebetalingskrav må under enhver omstendighet begrenses til den delen av det Flytoget har betalt og som går ut over markedets tåleevne og som heller ikke oppfyller øvrige materielle vilkår. Dette følger også av statsstøttereglene. Også et pålegg om stans for den resterende del av 2019 er uforholdsmessig og urimelig av samme grunner.

Når Jernbaneverkets vedtak er ugyldig, er det heller ikke grunnlag for kravet i den avledede anken.

Skulle lagmannsretten komme til samme resultat som tingretten, anfører Bane NOR at tingretten i så fall korrekt har kommet til at begge parter har fått medhold av betydning, subsidiært at sakskostnadsansvaret må lempes etter tvisteloven § 20-2 tredje ledd.

Det er nedlagt slik påstand:

I hovedanken:

1. Statens jernbanetilsyns vedtak av 23. mai 2019 er ugyldig.

I Statens jernbanetilsyns avledede anke:

2. Den avledede anken forkastes.

I begge tilfeller:

## 3. Bane NOR SF tilkjennes sakskostnadene for tingretten og lagmannsretten.

**Ankemotparten, staten v/Statens jernbanetilsyn, har i hovedtrekk anført:**

Vedtaket til Jernbanetilsynet er gyldig. Jernbanetilsynet kan i hovedsak slutte seg til tingrettens begrunnelse, med unntak av det som er knyttet til domsslutningen punkt 2 og sakskostnadsavgjørelsen.

Vedtaket er truffet av Jernbanetilsynet som markedsovervåkningsorgan for jernbanesektoren etter jernbaneloven § 11. Jernbanetilsynet har hjemmel for å gripe inn når avgifter fastsettes, utformes eller innkreves i strid med regelverket. Dette omfatter også å pålegge tilbakebetaling av ulovlig innkrevet avgift.

Bane NOR har for lagmannsretten, som ny prinsippal anførsel, gjort gjeldende at Jernbanetilsynet ikke har kompetanse til å overprøve departementets fastsettelse av påslagene. Jernbanetilsynet bestrider dette. Jernbanetilsynets kompetanse er vid, og departementet er ikke unntatt fra Jernbanetilsynets kompetanse til å føre tilsyn. Dessuten lå ikke kompetansen til å fastsettes avgiften etter direktivet til departementet men til infrastrukturforvalter, dvs. Bane NOR. Endelig retter vedtaket seg ikke mot departementet, men mot Bane NOR som har innkrevd avgiftene. Det er klart ikke noe til hinder for at Jernbanetilsynet prejudisielt tar stilling til det rettslige grunnlaget for Bane NORs innkreving av avgiften.

Påslagene for 2017-2019 er ikke fastsatt i samsvar med fordelingsforskriften og jernbaneforskriften, og innkrevingen er uhjemlet. Fastsettelsen av påslagene bryter med en rekke tvingende bestemmelser i disse forskriftene. Beregning av påslag forutsetter at det er foretatt en analyse av alle jernbanens markedssegmenter, og det er i denne saken ikke foretatt noen tilstrekkelig analyse av dette for noen av årene. Det er heller ikke foretatt noen vurdering av samtlige markedssegmenters tåleevne. Det er heller ingen analyse som viser at jernbaneforetakenes egne produktivitetsøkninger er holdt utenfor ved vurderingen av tåleevnen. Kravet om at avgiftsordningen skal anvendes på en ikke-diskriminerende måte er heller ikke oppfylt.

En forutsetning for å innkreve påslag er uansett at det korrekt er innkrevd en grunnavgift. Det er ikke innkrevd grunnavgift for Gardermobanen i 2017.

Påslagene er dessuten ikke for noen av årene opplyst på en tilstrekkelig måte i nettveiledningen i samsvar med forskriftenes krav. For 2018 ble det først i forbindelse med departementets budsjettbehandling høsten 2017 klart at det ville bli innkrevd påslag også for det året, noe som er alt for sent i henhold til fordelingsforskriftens krav. Bane NOR hadde ikke adgang til å endre nettveiledningen på dette tidspunktet.

Høringsversjonen til nettveiledning 2019 har heller ikke forskriftsmessig informasjon om avgiftsmetoder og takster, og Bane NOR varslet heller ikke Flytoget om endringer i grunnleggende elementer i den avgift selskapet skulle betale i samsvar med jernbaneforskriftens krav. Reglene om forhåndsvarsling og forhåndsdrøfting ble ikke fulgt. Manglende forskriftsmessig informasjon i nettveiledningene har ikke bare prosessuell, men også materiell betydning.

De feilene som er begått kan ikke repareres i ettertid. Den eneste reelle muligheten for å korrigere for feilene, er å pålegge tilbakebetaling av påslagene. Tilbakebetaling er hverken uforholdsmessig eller urimelig.

Jernbanetilsynet bestrider at det er grunnlag for å benytte særregelen i forskriftene for «bestemte investeringsobjekter» som alternativt hjemmelsgrunnlag for avgiften som Flytoget er pålagt å betale. Avgiften som er pålagt tilbakebetalt, er innkrevd som påslag.

Når det gjelder den avledede anken, mener Jernbanetilsynet at tingretten har tatt feil når den kom til at det ikke var behov for å pålegge tilbakebetaling av påslaget for 2019 frem til vedtakstidspunktet. Feilene som er begått virker fullt ut for den perioden og kan ikke korrigeres på annen måte enn ved tilbakebetaling.

Med det resultat tingretten kom til, var det uriktig med delte sakskostnader. Jernbanetilsynet fikk medhold i det vesentlige og skulle ha blitt tilkjent sakskostnader etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2.

I hovedanken:

1. Anken forkastes

I avledet anke:

2. Staten ved Statens jernbanetilsyn frifinnes.

I begge tilfeller:

3. Bane NOR SF dømmes til å betale saksomkostninger for tingrett og lagmannsrett.

## Lagmannsrettens syn på saken:

### 1. Rettens prøvingskompetanse

Jernbanetilsynet er opprettet som tilsynsorgan for jernbanesektoren. Opprinnelig var tilsynsoppgavene knyttet til jernbanesikkerhet, mens markedsovervåkning var Samferdselsdepartementets ansvar. I 2009 ble oppgaven som markedsovervåker delegert fra Samferdselsdepartementet til Jernbanetilsynet ved en endring i lisensforskriften. Etter lisensforskriften § 1-3 syvende ledd skulle Jernbanetilsynet overvåke markedet for jernbanetransport «i henhold til direktiv 91/440/EØF artikkel 10 punkt 7, endret ved direktiv 2001/12/EF». Den som mente seg «urettferdig behandlet, utsatt for forskjellsbehandling eller krenket på andre måter» kunne klage til Jernbanetilsynet. Jernbanetilsynets vedtak kunne da påklages videre til Samferdselsdepartementet.

Etter endring i jernbaneloven i 2016, som bl.a. tok sikte på å styrke tilsynets uavhengighet, kan Jernbanetilsynet som markedsovervåkningsorgan ikke lenger instrueres, hverken generelt eller i den enkelte sak, jf. jernbaneloven § 11 b (nå § 11 a) annet ledd. Vedtak Jernbanetilsynet treffer som markedsovervåkningsorgan, kan heller ikke påklages til departementet. Den som ønsker å angripe et slikt vedtak er derfor nå henvist til å reise sak for domstolene.

Det fremgår av jernbaneloven § 11 b (nå § 11 a) tredje ledd siste punktum at «[r]etten kan prøve alle sider av saken». Av forarbeidene – Prop.8 L (2016–2017) – fremgår at det i høringsutkastet ble uttalt bl.a. følgende om rettens prøvingskompetanse:

[...] Forslaget innebærer at domstolene i tillegg til å prøve om et inngrep er rettmessig kan prøve det forvaltningsmessige skjønnet, det vil si om inngrepet er hensiktsmessig og rimelig, og treffe realitetsavgjørelse i saken. Domstolenes kompetanse vil dermed tilsvare departementets kompetanse som klageorgan i tradisjonelle forvaltningssaker. Konkurranseloven § 29 har en tilsvarende bestemmelse vedrørende klage på vedtak om overtredelsesgebyr. Det samme har lov om akvakultur § 30 (ikrafttredelse 1. januar 2014).

Departementet sluttet seg til forslaget om å avskjære den forvaltningsmessige klageadgangen og at domstolene skulle kunne prøve alle sider av saken. I merknaden til § 11 b uttalte departementet bl.a.:

Den foreslåtte hjemmelen i *tredje ledd tredje punktum* innebærer at domstolene gis kompetanse til å prøve alle sider av saken, herunder det forvaltningsmessige skjønnet. Kompetansen omfatter avgjørelser nevnt i både første og annet punktum.

Retten har dermed full prøvingskompetanse og kan også prøve Jernbanetilsynets hensiktsmessighetsskjønn og reaksjonsvalg. Etter lagmannsrettens syn innebærer likevel ikke dette at retten fullt ut skal ta et klageorgans rolle etter forvaltningsloven § 34, som åpner for at klageorganet kan ta hensyn til nye omstendigheter og også kan ta opp forhold som ikke er berørt av klageren. Det ligger en begrensning i at det er den saken som er brakt inn for domstolene som skal prøves, dvs. gyldigheten av Jernbanetilsynets vedtak. Retten vil være bundet av de prosessuelle begrensningene tvisteloven oppstiller, jf. bl.a. tvisteloven §§ 11-1 og 11-2 og ved anke også § 29-4.

### 2. Rammen for saken – Jernbanetilsynets vedtak

Jernbanetilsynets vedtak 23. mai 2019 avgjorde klagen fra Flytoget av 19. desember 2017. Klagen rettet seg mot infrastrukturavgiftene Bane NOR ila Flytoget for 2017, 2018 og 2019. Det ble i klagen anført at avgiftene ikke var fastsatt i samsvar med jernbaneforskriftens krav og at innkrevingen var uhjemlet, og det var påberopt en rekke feil ved avgiftsfastsettelsen. Klagen rettet seg både mot grunnavgiften og påslaget for disse årene. Lagmannsretten oppfatter det slik at Flytogets syn var at selskapet ikke skulle betale noen avgift i det hele tatt for disse årene.



Jernbanetilsynet kom til at klagen over grunnavgiftene for de aktuelle årene ikke førte frem, men at tilleggsavgiften (påslagene) manglet hjemmel. Jernbanetilsynet oppsummerte i vedtaket sine konklusjoner slik:

**Vedrørende klage på Bane NORs endring av nettveiledningen for 2018 etter tidsfrist for offentliggjøring:**

1. Det fremgår av avsnitt 6.2 over at tilsynet har kommet til at nettveiledningen for ruteplan 2018 som ble offentliggjort i desember 2016 ikke inneholdt forskriftsmessig informasjon om avgifter etter fordelingsforskriften §§ 2-1 og 2-2 første ledd nr. 2. Bane NOR hadde ikke adgang til å endre informasjon som var nødvendig for å søke om infrastrukturkapasitet etter offentliggjøringen av nettveiledningen.

**Vedrørende klage på tilleggsavgift innkrevd av Bane NOR fra Flytoget i 2017 og 2018:**

2. Det fremgår av avsnitt 6.3.2 over at tilsynet har kommet til at tilleggsavgiften for bruk av Gardermobanen i 2017 og 2018 ikke oppfylte grunnleggende vilkår i fordelingsforskriften § 4-6 (analyse av markedssegmenter) og § 4-8 (ikkediskriminering) for innkreving av påslag, og at Bane NOR på dette grunnlaget ikke hadde hjemmel til å innkreve denne avgiften fra Flytoget.

**Vedrørende klage på tilleggsavgift som Bane NOR innkrever fra Flytoget i 2019:**

3. Det fremgår av avsnitt 6.4.2 over at tilsynet har kommet til at det etter jernbaneforskriften § 6-2(1) kun er Bane NOR som infrastrukturforvalter som har myndighet til å fastsette avgifter for bruk av jernbaneinfrastruktur, herunder påslag. Tilleggsavgiften som Flytoget blir avkrevd i 2019 ble ikke fastsatt av Bane NOR.
4. Det fremgår av avsnitt 6.4.3 over at tilsynet har kommet til at høringsversjonen av nettveiledningen for ruteplan 2019 ikke inneholder forskriftsmessig informasjon om avgiftsmetoder og takster etter jernbaneforskriften § 5-1(1) jf. § 5-2 bokstav b.

Mangelen på slik informasjon i høringsversjonen innebærer etter tilsynets vurdering at nettveiledningen for ruteplan 2019 ikke ble utarbeidet etter samråd med berørte parter, som forutsatt i jernbaneforskriften § 5-1(1).

5. Det fremgår av avsnitt 6.4.4 over at tilsynet har kommet til at Bane NOR ikke varslet Flytoget om endringer av grunnleggende elementer i påslaget som Flytoget skulle betale i 2019 i tråd med jernbaneforskriften § 6-3(6).
6. Det fremgår av avsnitt 6.4.5 over at tilsynet har kommet til at tilleggsavgiften som Bane NOR innkrever fra Flytoget i 2019 ikke oppfylder grunnleggende vilkår i jernbaneforskriften § 6-3(3) (analyse av markedssegmenter) og § 6-2(2) (ikkediskriminering) for innkreving av påslag, og at Bane NOR på dette grunnlaget ikke har hjemmel til å innkreve denne avgiften fra Flytoget.

**Vedrørende klage på fastsettelse av avgift basert på direkte kostnad og kapasitetsavgift:**

7. Det fremgår av avsnitt 6.5 over at tilsynet har kommet til at regelverket ikke stiller krav til at avgifter basert på direkte kostnad og kapasitetsavgift skal være basert på en analyse av markedssegmenter på tilsvarende måte som påslag.

Som det fremgår foran, går selve vedtaket ut på pålegg om tilbakebetaling for årene 2017, 2018 og 2019 samt stans i videre innkreving for 2019, og det er gyldigheten av dette pålegget som er til behandling. Feil ved Bane NORs behandling av infrastrukturavgifter og påslag, herunder feil ved nettveiledningen, som Jernbanetilsynet mener foreligger, er i utgangspunktet bare til behandling i den utstrekning det har betydning for Jernbanetilsynets pålegg. Lagmannsretten omtaler nettveiledningene nærmere under drøftelsene for de enkelte årene.

Jernbanetilsynet la til grunn at den eneste muligheten for å korrigere de feilene som tilsynet mente var begått, var å pålegge tilbakebetaling av påslaget som var betalt av Flytoget for 2017, 2018 og frem til vedtaksdato i 2019, samt å forby videre innkreving i 2019. Tilsynet mente at pålegg om tilbakebetaling lå innenfor dets kompetanse til å treffe korrigerende tiltak etter jernbaneloven § 11. Slik tilbakebetaling ble ikke ansett uforholdsmessig.

Bane NOR brakte spørsmålet om gyldigheten av Jernbanetilsynets vedtak om tilbakebetaling av påslaget for 2017 til 2019 samt stans i videre innkreving for 2019 inn for tingretten. Innkrevingen av grunnavgiften (avgifter basert på direktekostnader) og kapasitetsavgifter var ikke gjenstand for behandling i tingretten. Gjennom anke og avledet anke står saken i samme stilling for lagmannsretten som for tingretten.

### 3. Kjørevegsavgifter, infrastrukturavgifter og påslag - rettslig ramme

#### 3.1 Innføring av kjørevegsavgift for Gardermobanen

Som det fremgår innledningsvis, ble Gardermobanen fra Etterstad til Gardermoen bygget i forbindelse med etableringen av ny hovedflyplass på Gardermoen. Banen er Norges eneste høyhastighetsbane og er dimensjonert for en kjørehastighet på 200 km/t. Av St.prp.nr.90 (1991–1992) – Utbygging og finansiering av ny hovedflyplass for Oslo-området på Gardermoen med tilhørende tilbringersystem – fremgår bl.a. av sammendraget på side 1 at «[u]tbyggingen av flyplassenlegget, jernbanen og vegene er lønnsomme investeringer som helt eller delvis kan finansieres gjennom brukerbetaling». I proposisjonen punkt 1.4 fremgår bl.a.:

Utbyggingen av Gardermobanen (kjørevegen) vil bli organisert gjennom et aksjeselskap som i sin helhet eies av Norges Statsbaner. Utbyggingen av Gardermobanen er en lønnsom investering med en beregnet realavkastning av investeringene på 8 %. Driften av banen vil de første årene kunne betjene en gjeld på ca 4,2 mrd. kroner. For bygging av hele strekningen fram til Gardermoen er det behov for at aksjeselskapet tilføres en kapital på 1,1 mrd. kroner, ved bl.a. at NSB erverver grunn, som skjøtes over til aksjeselskapet som egenkapital.

I 1998 oppnevnte regjeringen en gruppe med mandat til å foreta en bred gjennomgang av utbyggingen av Gardermobanen og Oslo Lufthavn Gardermoen. Gruppen avga sin utredning i NOU 1999:28 Gardermoprojektet. I utredningen punkt 0.3.1.3 uttales det bl.a.:

Etter Evalueringsgruppens syn kan en helt utelukke at Gardermobanen, med eller uten forlengelsen til Eidsvoll, kan bli et bedriftsøkonomisk lønnsomt prosjekt og med en avkastning på 8% som lovet i St.prp.nr.90 (1991–1992). I St.prp.nr.90 (1991–1992) ble det lovet at investeringene i Gardermobanen, inklusive forlengelsen til Eidsvoll og innkjøp av flytog, kunne bli finansiert av billettinntekter og i tillegg gi en realavkastning på 8%. I St.prp.nr.90 (1991–1992) ble det derfor uttalt at investeringene i Gardermoprojektet ikke skulle belaste fremtidige statsbudsjett. De reisende skulle gjennom sine billettkjøp finansiere innkjøp av flytog og investeringer i infrastruktur fra Oslo til Eidsvoll. Dette løftet vil Gardermobanen ikke makte å innfri. Spørsmålet vil heller bli hvor stor del av de samlede investeringer som må dekkes over statsbudsjettet.

I 1999 ba Samferdselsdepartementet NSB fremskaffe grunnlagsmateriale for departementets videre behandling av spørsmålet om ny åpningsbalanse for NSB Gardermobanen AS, samt gi en vurdering av, og anbefaling om, fremtidig valg av organisasjons- og eierstruktur. I dette arbeidet søkte NSB bistand hos Orkla Finans som 28. januar 2000 avga en omfattende rapport med bl.a. vurdering av kjørevegsavgifter og konkurransesituasjonen. Som vedlegg til rapporten var det en markedsanalyse foretatt av professor Steinar Strøm (vedlegg 2) og en analyse av konkurrerende tilbringersystemer (vedlegg 4). Rapporten ble oversendt departementet i brev fra NSB 28. januar 2000 hvor også NSBs vurderinger fremgår. I brevet uttales bl.a.:

Prinsipper for fastsettelse av kjøreveisavgift vil være avgjørende for lønnsomheten i både Flytoget og Gardermobanen. Rapporten bruker som en beregningsmessig forutsetning at samlet kjøreveisavgift fra Flytoget og NSB BA skal dekke budsjettet nivå i 2000 på de variable driftskostnader (driftskostnader ekskl. avskrivninger) knyttet til driften av infrastrukturen. For 2000 er Flytogets andel (basert på kjørte togkilometer på Gardermobanen på hverdager) anslått til ca 67 mill kr, stigende med 3,8% p.a. Basert på samme prinsipper vil NSB BA betale ca 22 mill kr. De bedriftsøkonomiske krav eieren stiller til NSB BA og datterselskaper kan ikke forenes med å påta seg ansvar for å eie kjøreveien. Et prinsipp for beregning av kjøreveisavgift basert på langsiktig forutsigbarhet er avgjørende for Flytogets økonomi.

Det fremgår også at NSB mente at størrelsen på, og prinsippene for, kjøreveisavgift er en samferdselspolitisk beslutning og at NSB var kjent med at departementet hadde engasjert Transportøkonomisk Institutt (TØI) for å vurdere dette.

TØI avga en rapport om «Jernbanens kjørevegsavgift» i februar 2000. Av sammendraget fremgår at «[g]jeldende og foreslåtte EØS-direktiver setter rammer for utformingen av avgiften. Våre forslag til utforming av avgiftene er i tråd med dem». I TØI-rapporten var det anbefalt at nivået på kjørevegsavgiften for

persontransport generelt skulle være 0 kroner av hensyn til konkurransen med biltrafikk. Gardermobanen er i rapporten omtalt særskilt, men det er ikke gitt noen konkrete anbefalinger om egen kjørevegsavgift for Gardermobanen.

Som ledd i oppfølgingen av St.prp.nr.52 (1999–2000) og NOU 1999:28, stilte Samferdselskomitéen i brev 10. mai 2000 en rekke spørsmål til Samferdselsdepartementet, herunder spørsmål om kjørevegsavgiftene for Gardermobanen. I departementets svar 23. mai 2000 er det bl.a. gitt slik redegjørelse for kjørevegsavgiftene for Gardermobanen:

Som det framgår av St.prp.nr.52 (1999–2000), pkt. 6.4, er oppbyggingen av kjørevegsavgiftssystemet basert på de prinsipper for kjørevegsavgifter som er lagt til grunn i EU-kommisjonens forslag, den såkalte «jernbanepakken». Dette innebærer at avgiften som hovedregel skal baseres på kortidsmarginale kostnader der eksterne kostnader er internalisert, dvs. de samfunnsøkonomiske kostnadene som en liten økning i togdriften medfører, herunder volumavhengige drifts- og vedlikeholdskostnader og eksterne miljø-, ulykkes- og trengselskostnader. Det er likevel åpnet for at det i avgrensede markedssegmenter kan tillegges en tilleggsavgift, såkalte «marks-ups», så lenge denne er objektiv, ensartet og ikke-diskriminerende mellom ulike jernbaneforetak. Betaling for bruk av Gardermobanen er i så måte å anse som en «marks-ups» og er ment som en «brukerfinansiering» av driften og vedlikeholdet av banen.

Som det framgår av St.prp.nr.52 (1999–2000), pkt. 6.6, har TØI foretatt beregninger av kjørevegsavgiftssatsen for det norske jernbanenettet basert på prinsippet om kortidsmarginal kostnadsdekning, samtidig som hensynet til like konkurransevilkår i forhold til konkurrerende transportformer ivaretas. Denne avgiften er ment å ligge til grunn for all trafikk på det norske jernbanenettet før evt. «marks-ups». Dette gjelder også på Gardermobanen.

I beregningene av satsen for den ordinære kjørevegssatsen er det foretatt separate beregninger for gods- og persontog, samtidig som det er gjort skille på el- og dieseldrevne tog. I den forbindelse er det bl.a. søkt å ivareta disse togenes større eller mindre grad av slitasje på jernbanenettet. Hvorvidt det vil være hensiktsmessig med en ytterligere differensiering av denne avgiften bl.a. mellom ulike typer materiell ut fra slitasje og støy, samt mellom byområder og lite bebodde områder mht. internalisering av miljø- og trengselskostnader, må vurderes opp mot ønsket om å ha et enkelt operasjonelt avgiftssystem.

En «marks-ups»-avgift basert på en sats pr. togkm vil innebærer at operatørene blir belastet avgift etter i hvor stor grad de legger beslag på banen og er etter departementets mening et rimelig rettferdig system.

Et tilsvarende syn er lagt til grunn i et brev fra departementet til Jernbaneverket 30. mai 2000 hvor det bl.a. uttales at «[b]etaling for bruk av Gardermobanen er i så måte å anse som en marks-ups» og er ment som en «brukerfinansiering» av driften og vedlikeholdet av banen. Denne betalingen for bruken av Gardermobanen kommer derfor i tillegg til den ordinære kjørevegsavgiften som baseres på det kortidsmarginale kostnadsprinsippet.»

I Innst.S.nr.237 (1999–2000) «Innstilling fra samferdselskomiteen om NSB Gardermobanen AS og oppfølging av NOU 1999:28 Gardermoprojektet. Evaluering av planlegging og gjennomføring», sluttet samferdselskomitéens flertall seg til forslaget om omorganiseringen av Gardermobanen med overføringen av banen (infrastrukturen) til Jernbaneverket og refinansiering av NSB Gardermobanen AS (Flytoget AS). I den forbindelse uttalte komitéens flertall bl.a. (innstillingen s. 14-15):

K o m i t e e n s f l e r t a l l , alle unntatt medlemmet fra Sosialistisk Venstreparti, har merket seg at departementet bl.a. trekker fram at en organisering der NSB Gardermobanen AS' infrastruktur overføres til Jernbaneverket, gir staten større innflytelse på graden av brukerfinansiering av banen. En slik organisering gir anledning til å innføre kjørevegsavgift som kan dekke drifts- og vedlikeholdskostnader, men også noe av utbyggingskostnadene om trafikktutviklingen gir grunnlag for dette. F l e r t a l l e t vil derfor understreke at satsen for kjørevegsavgiften ikke må låses fast til et gitt nivå som kun kan reguleres i tråd med prisstigningen.

K o m i t e e n s f l e r t a l l , alle unntatt medlemmene fra Høyre, slutter seg til at det skal inngås en forpliktende avtale mellom Flytoget og Jernbaneverket for å sikre at banen holder en høy standard. Dette er en grunnleggende forutsetning for overføringen av infrastrukturen fra NSB Gardermobanen AS til Jernbaneverket. Det er svært viktig at det legges stor vekt på et godt drifts- og

vedlikeholdsopplegg for Gardermobanen. Høy hastighet er et av Flytogets største fortrinn, og dette krever godt vedlikehold.

Flertallet er kjent med at NSB Gardermobanen AS i dag har et vedlikeholdsopplegg som fremmer preventivt vedlikehold, og forutsetter at dette blir videreført. Tillit i markedet er avgjørende for Flytogets markedsandel, ikke minst blant de forretningsreisende. Derfor er tillit også helt avgjørende for Flytogets inntekspotensial. Et fåtall av episoder med innstilte eller forsinkede avganger vil raskt få store konsekvenser for selskapet, langt ut over det beløp Flytoget betaler i årlig kjørevegsavgift.

Komiteéns flertall var enig i at det ble innført «en ikke-diskriminerende kjørevegsavgift idet Flytoget og NSB BAs tog belastes etter like prinsipper» (innstillingen s. 14).

Etter lagmannsrettens syn viser denne gjennomgangen at Gardermobanen opprinnelig ble finansiert og bygget som et særskilt investeringsprosjekt med hastighet og punktlighet som sentrale konkurransefortrinn. Kostnadene ved bygging av drift av Gardermobanen var da banen ble bygget forutsatt dekket av NSB Gardermobanen AS gjennom billettinntekter. Ved endringen av eierstrukturen og refinansieringen av NSB Gardermobanen AS i 2000 ble betydelige økonomiske forpliktelser løftet ut av selskapet. En gjeld på ca. 6,7 mrd. kroner ble slettet og selskapet ble tilført ny egenkapital. I den forbindelse var det forutsatt at drifts- og vedlikeholdskostnader for Gardermobanen skulle dekkes gjennom en brukerbetaling som i flere sammenhenger er omtalt som en «mark-up» – et påslag – som var ansett forenlig med de EU-regler som det på det tidspunktet var forslag om. Gardermobanen ble etter denne omorganiseringen både driftsmessig, kostnadsmessig og i statsbudsjettet holdt adskilt fra det øvrige jernbanenettet.

Lagmannsretten oppfatter det også slik at norske myndigheter hadde full frihet til å innføre brukerbetaling for Gardermobanen da dette ble besluttet i 2000. Hverken nasjonale regler eller internasjonale forpliktelser var til hinder for dette da. Det sentrale spørsmålet i saken er derfor om senere rettslig regulering begrenser adgangen til å fortsette brukerbetalingen på Gardermobanen som var forutsatt av Stortinget i 2000.

### 3.2 Avtaler mellom Flytoget AS og Jernbaneverket

Det var ved omorganiseringen av NSB Gardermobanen AS (Flytoget AS) i 2000 forutsatt at Flytoget skulle ha prioritet på Gardermobanen. Det ble 15. februar 2001 inngått en 30-årsavtale (regnet fra 1. januar 2000) mellom Flytoget AS og Jernbaneverket om dette. Flytoget fikk prioritet for regelmessige avganger inntil seks ganger i timer i hver retning på Gardermobanen. Avtalen kan bare sies opp av Jernbaneverket i avtaleperioden «dersom det fattes politiske beslutninger om utviklingen innen jernbanesektoren som betinger at denne avtalen opphører». Det ble inngått ny avtale med samme innhold i 2003.

I tråd med Samferdselskomiteéns forutsetninger i Innst.S.nr.237 (1999–2000) ble det 26. februar 2001 inngått forpliktende avtale mellom Jernbaneverket og Flytoget om bl.a. vedlikeholdsnivået på Gardermobanen og brukeravgifter. Det fremgår at formålet med avtalen var å sikre at forutsetningene i St.prp.nr.52 og Innst.S.nr.237 ble oppfylt, og det er også vist til at det ved overtakelse av infrastrukturen var forutsatt at Flytoget og andre operatører «skal betale bruksavgift (tidligere kalt kjøreveisavgift)» for sin bruk av Gardermobanen. I avtalens punkt 3 fremgår bl.a.:

Bruksavgiften som trafikkutøverne skal betale for å bruke Gardermobanen fastsettes av Stortinget.

I forbindelse med sine innspill til statsbudsjettet skal JBV foreslå en bruksavgift som gjør at den totale innbetaling fra alle trafikkutøverne samsvarer best mulig med de årlige drifts- og vedlikeholdskostnadene for Gardermobanen.

Etter avtalens punkt 4 skulle det også opprettes et felles planleggings- og oppfølgingsorgan. Avtalen har ikke bestemmelse om varighet eller oppsigelse, men det fremgår at «[d]e forutsetninger og føringer som Stortinget har lagt til grunn skal ikke endres med mindre slike endringer blir bestemt av Stortinget selv eller av Samferdselsdepartementet».

Det er ikke opplyst at partene i avtalene – Flytoget AS og Jernbaneverket – på noe tidspunkt har ment at avtalene ikke fortsatt gjelder. Det er imidlertid et spørsmål i saken om disse må stå tilbake for senere rettslig regulering.

### 3.3 Fastsettelse og innkreving av avgift i årene 2000 til 2016

I tråd med Stortingets forutsetninger har brukerbetalingen for Gardermobanen i årene 2001-2016 blitt fastsatt gjennom de årlige budsjettprosessene og endelig besluttet ved Stortingets behandling av statsbudsjettet. Gardermobanen ble da behandlet som egen budsjettpost. Det er som eksempel fremlagt utdrag av St.prp.nr.1 (2004-2005) hvor det under posten «Drift og vedlikehold av Gardermobanen» bl.a. fremgår:

Da Jernbaneverket overtok eierskap, forpliktelser og driftsansvar for Gardermobanen, ble det vedtatt at drift og vedlikehold av denne banen skal brukerfinansieres, og at drifts- og vedlikeholdsutgiftene skal føres særskilt på kap. 1350, post 25, mens brukerbetalingen føres på kap. 4350, post 07. Dette er gjort for å synliggjøre sammenhengen mellom utgifter og inntekter, samtidig som det sikrer Gardermobanen som høyhastighetsbane med særskilte drifts- og vedlikeholdsbehov, uavhengighet i forhold til drifts- og vedlikeholdsnivået på det øvrige jernbanenettet.

Lagmannsretten er ikke kjent med at det har vært reist innsigelser mot adgangen til å kreve brukerbetalning på Gardermobanen for årene 2001-2016.

Fastsettelsen av brukerbetalning for Gardermobanen for årene 2017 til 2019 som saken gjelder, kommer lagmannsretten tilbake til.

### 3.4 Rettslig regulering av infrastrukturavgifter etter innføringen av brukeravgift på Gardermobanen.

#### 3.4.1 Forskriftsregulering i 2001 – fordelingsforskriften

I 2001 (med virkning fra 1. januar 2002) ble det gitt ny forskrift om fordeling av jernbaneinfrastrukturkapasitet og innkreving av avgifter for bruk av det nasjonale jernbanenettet (fordelingsforskriften). Etter at Gardermobanen var overtatt av Jernbaneverket, inngikk den også i det nasjonale jernbanenettet som var regulert i forskriften, men det var ikke gitt særbestemmelser for Gardermobanen. Bestemmelsen om kjørevegsavgift i § 3-1 lød da slik:

Kjøreveisavgift skal fastsettes ut fra de prinsipper som er nedfelt i direktiv 95/19/EF, der det særlig kan tas hensyn til tjenestens art og varighet, markedssituasjon og jernbaneinfrastrukturens art og grad av slitasje.

Avgift for tjenester av tilsvarende art i samme marked skal innkreves uten diskriminering.

Avgjørelsen kan påklages til departementet, jf. § 4-2.

Avgiften skal betales til infrastrukturforvaltningen.

Lagmannsretten legger til grunn at fastsettelse og innkreving av brukeravgift for Gardermobanen ikke var i strid med fordelingsforskriften slik den da lød.

#### 3.4.2 Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/14/EF

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2001/14/EF ble vedtatt 26. februar 2001 og innlemmet i EØS-avtalen vedlegg XIII om transport, nr. 41 b, 28. september 2001. Direktivet omhandler de prinsipper og fremgangsmåter som skal anvendes ved fastsettelse og innkreving av infrastrukturavgifter og fordeling av jernbanekapasitet (artikkel 1 nr. 1 første ledd), og inneholder nokså detaljerte bestemmelser om avgiftsprinsipper (artikkel 7).

I artikkel 7 nr. 3 er det fastslått som utgangspunkt at avgiften for tilgang til jernbanenettet («den minste pakken med adgangstjenester») skal fastsettes til den kostnad som direkte følger av å drive jernbanetjenester. Denne infrastrukturavgiften er i saken også omtalt som grunnavgiften og skal som utgangspunkt betales av alle som har tilgang til jernbanenettet.

Artikkel 8 har unntak fra avgiftsprinsippene. Av artikkel 8 nr. 1 første ledd fremgår adgangen til å kreve påslag til grunnavgiften. Bestemmelsen lyder:

For å oppnå full dekning for infrastrukturforvaltningens kostnader, kan en medlemsstat, dersom markedet tåler det, fastsette prisforhøyelser på grunnlag av prinsipper om effektivitet, innsyn og likebehandling, samtidig med at det særlig for internasjonal godstransport med jernbane sikres størst mulig konkurranseevne. Avgiftsordningen skal respektere de produktivitetsøkninger som jernbaneforetakene oppnår.

Av artikkel 8 nr. 2 fremgår også at det er adgang til å fastsette høyere avgift for særskilte investeringsprosjekter.

I brev 31. januar 2003 tok ESA opp spørsmålet om hvordan direktiv 2001/14/EF (blant flere) var implementert i norsk rett. I brev til ESA 5. februar 2003 svarte Samferdselsdepartementet at dette direktivet ville være fullt implementert i norsk rett pr. 15. mars 2003, som var fristen for implementering, og det var bl.a. vist til fordelingsforskriften. Fordelingsforskriften ble endret 5. februar 2003, og forskriftsteksten var vedlagt svaret til ESA. I svarskjemaet («Table of correspondence») er Gardermobanen angitt som spesielt investeringsobjekt etter artikkel 8 nr. 2.

I nytt brev 12. oktober 2004 ba ESA om ytterligere informasjon for å kunne vurdere om de norske tiltakene oppfylte direktivets krav, og det ble bedt om en detaljert redegjørelse for hvordan implementeringen var foretatt. Dette omfattet bl.a. unntaksbestemmelsene i artikkel 8. I departementets svar er det redegjort for at avgiften for Gardermobanen er høyere enn avgiften basert på marginalkost, men da som en del av svaret på spørsmål knyttet til artikkel 7 (grunnavgiften) og ikke til unntaksbestemmelsen i artikkel 8 nr. 2. Spørsmålene knyttet til artikkel 8 ble besvart med at «[t]he systems according to Article 8 and Article 9, as we see them, are not introduced in Norway».

ESA sendte 4. mai 2005 nytt brev vedrørende implementering av bl.a. direktiv 2001/14/EF i norsk rett. Et av spørsmålene som ble reist var følgende:

Norway was requested to inform the Directorate whether the mentioned charges are averaged in line with Article 7 (6) of the Directive. It should be demonstrated that the relative magnitudes of the infrastructure charges are related to the costs attributable to the services.

In its reply Norway has stated that the charges are based on marginal costs, which are not calculated for each section but as an average level. The charges for Ofofbanen and Gardermobanen are, however, stated to be higher than the average level.

According to Article 4 (4) of the Directive, the infrastructure manager shall ensure that the charging scheme is based on the same principles over the whole of their network except where specific arrangements are made under article 8 (2). Norway has stated that no exceptions to charging principles «as we see them» are introduced in Norway.

Based on the reply provided by Norway, the Directorate cannot see that the relevant provision of Article 7 (6) is implemented in Norwegian legislation. The Directorate is of the opinion that Norway should correct this, or provide further explanation regarding the matter.

Furthermore, Norway is requested to demonstrate that the same principles apply over the whole network. The reasons for higher charges on Ofofbanen and Gardemobanen should be justified in a transparent manner.

I Samferdselsdepartementets svar 17. juni 2005, ble det gitt uttrykk for at departementet mente at de direktivene henvendelsen gjaldt var implementert på en korrekt måte, og når det gjaldt direktiv 2001/14/EF uttalte departementet:

The questions from ESA concerning this directive are very comprehensive and detailed. We will also in this connection draw ESA's attention to the Commissions WG/task force concerning infrastructure charging systems mentioned above. For that reason the Ministry will assess this further, including consultation with our experts such as the infrastructure manager and the regulatory body.

Ut fra det som er opplyst for lagmannsretten, kom det ikke ytterligere henvendelser eller uttalelser fra ESA i saken. Etter lagmannsrettens syn viser imidlertid de forhold ESA tok opp at direktiv 2001/14/EF ikke var korrekt implementert i norsk rett på den tiden. Det skjedde først i 2006 ved endring i fordelingsforskriften.

### 3.4.3 Endringer i fordelingsforskriften

I 2003 ble fordelingsforskriften endret med sikte på å implementere direktiv 2001/14/EF slik det også fremgår over. Forskriften har en henvisning bl.a. til dette direktivet, men bestemmelsene om prinsippene for fastsettelse av avgifter var ikke implementert i forskriften. Av forskriften § 4-1 fremgikk kun at «[d]epartementet fastsetter satser for infrastrukturavgifter og de spesifikke regler for slike avgifter. I infrastrukturavgiften inngår avgifter for tilgangstjenester som nevnt i § 3-1». Tilgangstjenestene i § 3-1 er «den minste pakken med tjenester» og tilgang til serviceanlegg. I § 4-4 fremgikk at «[i]nfrastrukturforvalteren skal uten forskjellsbehandling beregne og innkreve infrastrukturavgifter ...».

Etter korrespondansen med ESA som det er redegjort for over, ble fordelingsforskriften endret 21. januar 2006. Det ble da gitt detaljerte regler for infrastrukturavgifter og priser på tjenester som i alle fall i hovedsak tilsvare det som følger av direktivet. Disse forskriftsbestemmelsene gjaldt frem til de ble avløst av jernbaneforskriften. De bestemmelsene som for den foreliggende saken er sentrale, lyder:

#### § 4-5. Avgiftsprinsipper

Avgifter for bruk av jernbaneinfrastruktur skal betales til infrastrukturforvaltningen, som skal benytte dem til å finansiere sin virksomhet.

Uten at tredje til sjette ledd eller § 4-6 berøres, skal avgiftene for den minste pakken med adgangstjenester og adgang via jernbanenettet til serviceanlegg, fastsettes til den kostnad som oppstår som en direkte følge av å drive jernbanetjenesten.

Infrastrukturavgiften kan omfatte en avgift som gjenspeiler kapasitetsmangelen i en identifiserbar del av infrastrukturen i perioder med overbelastning.

[---]

#### § 4-6. Unntak fra avgiftsprinsippene

For å oppnå full dekning for infrastrukturforvalterens kostnader, kan departementet hvis markedet tåler det, fastsette prisforhøyelser på grunnlag av prinsipper om effektivitet, innsyn og likebehandling, samtidig med at det særlig for internasjonal godstransport med jernbane sikres størst mulig konkurransevne. Avgiftsordningen skal respektere de produktivitetsøkninger som jernbaneforetakene oppnår.

Avgiftsnivået må imidlertid ikke utelukke fra å bruke infrastrukturen i de markedssegmenter som kan betale i det minste kostnaden som oppstår som en direkte følge av jernbanedriften, samt en avkastningsprosent som markedet kan bære.

For særskilte fremtidige investeringsprosjekter, eller som er fullført høyst 15 år før 15. mars 2001, kan infrastrukturforvalteren etter fremlegg for departementet, jf. § 4-1, fastsette eller fortsette å fastsette høyere avgifter på grunnlag av den langsiktige kostnaden ved slike prosjekter, dersom de øker effektiviteten og/eller kostnadseffektiviteten og ellers ikke kan eller ikke kunne iverksettes. En slik avgiftsordning kan også omfatte avtaler om deling av risikoen knyttet til nye investeringer.

For å unngå forskjellsbehandling skal det sikres at hver infrastrukturforvalters gjennomsnittlige og marginale avgifter for tilsvarende bruk av infrastrukturen er forenlige og at sammenlignbare tjenester innenfor samme markedssegment pålegges de samme avgiftene.

Infrastrukturforvalteren skal i netterklæringen vise at avgiftsordningen oppfyller disse kravene så langt det er mulig uten å avsløre forretningshemmeligheter.

Dersom infrastrukturforvalteren har til hensikt å endre de grunnleggende elementene i avgiftsordningen nevnt i første ledd, skal endringene offentliggjøres senest tre måneder i forveien.

Det er i Jernbanetilsynets vedtak i saken lagt til grunn at fordelingsforskriften, slik den lød etter endringen i 2006, gjaldt for avgiftsfastsettelsen i 2017 og 2018, og partene har under saken være enige om dette. Også lagmannsretten legger dette til grunn.

### 3.4.4 Europaparlaments- og rådsdirektiv 2012/34/EU

Direktiv 2012/34/EU, som gjaldt «establishing a single European railway area», ble vedtatt 21. november 2012. Direktivet inneholder bl.a. ny og mer detaljert regulering av infrastruktur- og serviceavgifter.

Dette EU-direktivet ble ikke innlemmet i EØS-avtalen før høsten 2021. For de spørsmål som er til behandling nå, har derfor ikke dette EU-direktivet direkte rettslig betydning. Direktivet har likevel betydning for utviklingen av det norske regelverket.

Samferdselsdepartementet sendte ut høringsutkast til endringer i jernbaneloven 2. desember 2013. I høringsnotatet er bakgrunnen for dette angitt slik.

Direktiv 2012/34/EU er en sammenslåing og omarbeiding av tre direktiver i jernbanepakke I med senere endringer som allerede er implementert i norsk rett. I tillegg er det foretatt en del presiseringer og moderniseringer, herunder tatt ut foreldede bestemmelser. Direktivet har til hensikt å løse problemer for at jernbanen skal kunne bli mer konkurransedyktig, og relaterer seg særlig til uhensiktsmessig finansiering og prising av infrastrukturen, fortsatte konkurransehindringer samt mangel på et velfungerende markedsovervåkingsorgan.

[...]

Direktivet vurderes tatt inn i EØS-avtalen. En innlemmelse av direktivet i EØS-avtalen vil imidlertid kreve visse endringer og presiseringer i jernbaneloven av 11. juni 1993 nr. 100.

Dette arbeidet resulterte i at jernbaneloven ble endret i 2016 slik det er omtalt i punkt 1 foran. Blant annet kom bestemmelsen om tilsynsmyndigheten som overvåkingsorgan inn i ny § 11 b.

Direktiv 2012/34/EU er bakgrunnen for at jernbaneforskriften, som avløste fordelingsforskriften, ble vedtatt i 2016. Det ble også i 2017 laget en plan for implementering av direktivet som lagmannsretten kommer tilbake til.

### 3.4.5 Jernbaneforskriften 2016

Samferdselsdepartementet sendte 18. mai 2015 forslag til ny jernbaneforskrift på høring. Det fremgår av høringsnotatet at forskriftsutkastet tok sikte på å gjennomføre direktiv 2012/34/EU «under forutsetning om at direktivet tas inn i EØS-avtalen og at tilhørende lovendring blir godkjent av Stortinget». Det fremgår videre av høringsnotatet at «[r]eglene om avgifter for bruk av jernbaneinfrastruktur er i det store og hele videreført fra dagens fordelingsforskrift kapittel 4.» Videre fremgår at bestemmelsene er omarbeidet noe for å gjøre dem mer tilgjengelige for leseren, og at enkelte bestemmelser er nye.

Jernbaneforskriften ble vedtatt 20. desember 2016 og trådte i kraft 1. januar 2017. De deler av avgiftsbestemmelsene som er sentrale for denne saken, lyder:

#### **§ 6-2. Infrastrukturavgifter**

(1) Infrastrukturforvalter fastsetter og innkrever avgifter for bruk av jernbaneinfrastruktur. Avgiftsordningen skal være basert på de samme prinsippene over hele jernbanenettet. Avgiftsordningen skal fremgå av nettveiledningen.

(2) Infrastrukturforvalter skal anvende avgiftsordningen på en ikke-diskriminerende måte. Infrastrukturforvalters gjennomsnittlige og marginale avgifter for tilsvarende bruk av deres jernbaneinfrastruktur skal være sammenlignbare. Det skal innkreves like avgifter for sammenlignbare tjenester innenfor samme markedssegment.

(3) Avgiftene for bruk av tjenester nevnt i § 4-1 og for tilgang til jernbaneinfrastruktur som knytter sammen serviceanlegg, skal fastsettes til kostnaden som oppstår som en direkte følge av den enkelte togtjenesten. Avgiftene kan endres som angitt i fjerde og femte ledd og § 6-3.

[...]

(7) For bestemte investeringsprosjekter kan infrastrukturforvalter, etter fremlegg for departementet, fastsette høyere avgifter på grunnlag av den langsiktige kostnaden ved slike prosjekter, dersom avgiftene øker produktiviteten og/eller effektiviteten og prosjektet ellers ikke kan iverksettes. En slik avgiftsordning kan også omfatte avtaler om deling av risikoen knyttet til nye investeringer.

#### **§ 6-3. Påslag på infrastrukturavgifter**



- (1) Departementet kan fastsette påslag på infrastrukturavgifter for å oppnå full dekning for infrastrukturforvalters kostnader. Påslag kan bare fastsettes hvis markedet tåler det. Fastsettelse av påslag må sikre optimal konkurransevne for jernbanens markedssegmenter. Jernbaneforetakenes egne produktivitetsøkninger skal holdes utenfor.
- (2) Avgiftsnivået skal ikke være så høyt at et markedssegment som ellers kan betale avgifter fastsatt etter § 6-2 tredje ledd, hindres i å bruke den aktuelle jernbaneinfrastrukturen.
- (3) Før påslag på infrastrukturavgifter fastsettes, skal infrastrukturforvalter analysere hvilke markedssegmenter de er relevante for. Denne analysen må minst omfatte godstransport, persontransport som er omfattet av en offentlig tjenesteytelse og annen persontransport, men markedssegmentene kan deles opp ytterligere ut fra hvilke varer eller passasjerer som transporteres. Markedssegmentene skal analyseres ut fra minst følgende par:
  - a) persontransport og godstransport
  - b) tog som transporterer farlig gods og andre godstog
  - c) innenlands trafikk og internasjonal trafikk
  - d) kombinert transport og direktetog
  - e) persontransport i byer eller regioner og persontransport mellom byer
  - f) blokkto og tog hvor vogner lastes eller losses enkeltvis
  - g) regelmessig og sporadisk togtrafikk.
- (4) Listen over relevante markedssegmenter skal fremgå av nettveiledningen. Listen må revurderes minst hvert femte år. Statens jernbanetilsyn fører tilsyn med listen i samsvar med kapittel 11.
- (5) Infrastrukturforvalter skal også definere markedssegmenter som for tiden er inaktive, men der jernbaneforetak kan starte opp tjenester i avgiftsordningens gyldighetsperiode. Disse markedssegmentene skal ikke ilegges påslag på infrastrukturavgiftene.
- (6) Dersom en infrastrukturforvalter har til hensikt å endre de grunnleggende elementene i påslagene på infrastrukturavgiftene, skal endringene offentliggjøres senest tre måneder før fristen for offentliggjøringen av nettveiledningen.

Partene er enige om at det er jernbaneforskriften som får anvendelse for avgiften for 2019. Lagmannsretten legger også dette til grunn.

### 3.4.6 Oppsummering

Da innkreving av kjørevegsavgifter for Gardermobanen ble bestemt og først innkrevd i 2000, og da avtalen mellom Jernbaneverket og Flytoget ble inngått i 2001, var det ingen rettslig regulering av adgangen til å fastsette slike kjørevegsavgifter.

I perioden 2001 – 2006 var det jernbaneloven og fordelingsforskriften som regulerte fastsettelse og innkreving av avgiftene.

I 2001 ble direktiv 2001/14/EF vedtatt, og innlemmet i EØS-avtalen samme år, men det ble ikke implementert i norsk rett på en korrekt måte.

I 2006 ble direktiv 2001/14/EF i hovedsak implementert i norsk rett ved endringer i fordelingsforskriften. Dette var gjeldende for årene 2017 og 2018.

Fra 1. januar 2017 gjelder jernbaneforskriften som er ment å implementere direktiv 2012/34/EU, før direktivet ble innlemmet i EØS-avtalen. Jernbaneforskriften får full anvendelse for året 2019.

Direktiv 2012/34/EU ble først gjort til en del av EØS-avtalen høsten 2021 og får ikke direkte anvendelse i saken. I hvilken utstrekning dette direktivet får betydning som tolkningsmoment, kommer lagmannsretten tilbake til.

### 3.5 Krav til nettveiledning

Både fordelingsforskriften og jernbaneforskriften har bestemmelser som pålegger infrastrukturforvalter å utarbeide en nettveiledning. Nettveiledningen skal bl.a. inneholde informasjon om infrastruktur som står til rådighet, prinsipper og kriterier for kapasitetsfordeling og også opplysninger om avgiftsprinsipper og takster. Det er korresponderende bestemmelser om nettveiledning i både direktiv 2001/14/EF og 2012/34/EU.

Krav til nettveiledning må ses i sammenheng med at jernbaneforetakene hvert år skal søke infrastrukturkapasitet, dvs. tillatelse til å bruke jernbanenettverket. Formålet med nettveiledningen slik det kommer til uttrykk i nettveiledningens punkt 1.2 (for 2017) er «å gi jernbaneforetak, myndigheter og andre interessenter informasjon om jernbaneinfrastrukturen i Norge og betingelsene for å kunne benytte denne». Tilsvarende er opplyst i nettveiledningen for 2018 punkt 1.2. Nettveiledning skal utarbeides i samråd med de berørte parter etter fordelingsforskriften §§ 2-1 og 5-1. Det gjennomføres derfor en høringsrunde før nettveiledningene blir utgitt.

Det er opplyst at fristen for søknad om infrastrukturkapasitet i Norge har vært i april året før tildelingen gjelder for. Det fremgår av fordelingsforskriften § 2-1 og jernbaneforskriften § 5-1 at nettveiledning skal publiseres minst fire måneder før fristen for å søke infrastrukturkapasitet, dvs. i desember året før. Nettveiledning for 2017 ble publisert i desember 2015, for 2018 i desember 2016 og for 2019 i desember 2017.

Det fremgår ikke av forskriftene eller av direktivene hvilken rettslig status nettveiledningene har, og hvilke konsekvenser det har at bestemmelsene om utarbeidelse og publisering av nettveiledninger ikke overholdes. I nettveiledningene er det imidlertid innledningsvis egne punkter om «rettslig forankring» (punkt 1.3) og «rettslig status» (punkt 1.4). Av punkt 1.4.1 (2017) fremgår at nettveiledningen («Network Statement») er «et rent informativt dokument». Av punkt 1.4.2 fremgår at Jernbaneverket ikke påtar seg ansvar for eventuelle feil. Tilsvarende bestemmelser er det i nettveiledningen for 2018. Lagmannsretten oppfatter at det ikke er i strid med direktivet at det i nettveiledningen klargjøres hvilken rettslig status den har i nasjonal rett.

Selv om det uttrykkelig angis i nettveiledningen at denne er rent informativ, er det plikt for infrastrukturforvalter til å utarbeide denne, og det er i fordelingsforskriften og særlig i jernbaneforskriften gitt nokså detaljerte bestemmelser om hva den skal inneholde. Lagmannsretten oppfatter at det er et formål med å pålegge utarbeidelse av nettveiledning at den skal sørge for at jernbaneforetakene får et grunnlag for rasjonelle beslutninger før infrastrukturkapasitet søkes, jf. bl.a. fortalen til direktiv 2001/14/EF punkt 35. Hensikten med nettveiledningen tilsier at uriktige opplysninger eller andre feil ved utarbeidelse av denne etter forholdene kan få betydning for adgangen til å innkreve infrastrukturavgiften. Betydningen av eventuelle feil må imidlertid undergis en konkret vurdering. For at feil ved nettveiledningen skal være av betydning for adgangen til innkreve avgift, må det etter lagmannsrettens syn som utgangspunkt være et krav at de som er berørt har innrettet seg etter de uriktige eller mangelfulle opplysningene.

I Jernbanetilsynets vedtak er det i egne avsnitt konkludert med at nettveiledningene i 2018 og 2019 ikke oppfylte forskriftenes krav. Det synes imidlertid ikke som om dette er tillagt selvstendig betydning for vedtaket om tilbakebetaling. Slik lagmannsretten leser vedtaket, er det manglende markedssegmentering og brudd på likebehandlingsprinsippet som i vedtaket begrunner påleggene om tilbakebetaling. I prosedyren for lagmannsretten er det imidlertid anført at feilene ved nettveiledningene ikke bare har prosessuell, men også materiell betydning. Dette vil lagmannsretten komme nærmere tilbake til under den konkrete vurderingen for de aktuelle årene.

## 4. Jernbanetilsynets kompetanse.

### 4.1 Innledning

Bane NORs prinsipale anførsel er at påslagene for årene 2017 – 2019 er fastsatt av departementet og at Jernbanetilsynet ikke har kompetanse til å overprøve departementets avgjørelser. Synspunktet er at det vil stride mot forfatningsrettslige prinsipper hvis Jernbanetilsynet uten klar hjemmel kan overprøve departementets (og Stortingets) utøvelse av offentlig myndighet.

Dette var anført i klageomgangen, men ikke for tingretten. Tingretten har således ikke tatt stilling til spørsmålet, uten at det er til hinder for at spørsmålet prøves nå.

Bane NOR har som en subsidiær anførsel gjort gjeldende at Jernbanetilsynets kompetanse ikke omfatter pålegg om tilbakebetaling av innkrevd avgift.

## 4.2 Hvorvidt påslagene er fastsatt av departementet

For 2017 og 2018 ble ordningen som var blitt etablert for brukerbetaling for Gardermobanen fra 2000, videreført. Kjørevegsavgiften – som i flere sammenhenger er omtalt som påslag – ble endelig fastsatt ved behandlingen av det årlige budsjettvedtaket etter innspill fra Samferdselsdepartementet. Dette var en videreføring av den ordningen som ble etablert i samsvar med Stortingets forutsetninger i 2000. Etter direktiv 2001/14/EF artikkel 8 nr. 1 er det *medlemstaten* som kan fastsette påslag. Av fordelingsforskriften § 4-6 første ledd fremgår også at det er departementet som kan fastsette påslag. Denne kompetansen er ikke i fordelingsforskriften lagt til infrastrukturforvalter.

Departementet – som har gitt forskriften – har heller ikke oppfattet det slik at forskriften legger kompetansen til å fastsette påslaget til infrastrukturforvalter. Det samme synes å ha vært lagt til grunn av Jernbanetilsynet i vedtaket på side 32.

Jernbanetilsynet har for lagmannsretten anført at departementet bare har fastsatt *rammen* for påslaget, og at det er Bane NOR som har fastsatt og innkrevd avgiften for 2017 og 2018, jf. fordelingsforskriften § 4-8. Det er for så vidt riktig at det er Bane NOR som infrastrukturforvalter som beregner og innkrever avgiften, men det er ikke av betydning for lagmannsrettens vurdering. Det er departementets fastsettelse av påslaget som i realiteten er angrepet. Det er ikke anført å være feil ved beregningen eller innkrevingen i seg selv hvis departementets fastsettelse av påslaget er gyldig.

Jernbanetilsynet har anført at departementet ikke hadde kompetanse til å fastsette påslag for 2019 og at det bare er Bane NOR som har slik kompetanse etter jernbaneforskriften § 6-3, jf. § 6-2. Det er også lagt til grunn i Jernbanetilsynets vedtak punkt 6.4.3. Jernbanetilsynet mener det følger av direktiv 2012/34/EU at det er infrastrukturforvalter som fastsetter påslaget, og at jernbaneforskriften må tolkes i samsvar med direktivet. At påslaget er besluttet av feil organ har Jernbanetilsynet for lagmannsretten anført som en selvstendig feil, men samtidig gitt uttrykk for at feilen neppe har selvstendig betydning for utfallet av saken.

Det er ingen tvil om at påslaget for 2019 faktisk ble fastsatt av departementet. Dette ble gjort i vedtak 14. november 2018 som har slik konklusjon:

Departementet anser Bane NORs forslag til påslag på infrastrukturavgiftene for å være i tråd med jernbaneforskriften, og fastsetter herved påslag for 2019 som foreslått.

Det er denne fastsettelsen av påslaget som i realiteten er angrepet. I forhold til det forfatningsrettslige spørsmålet – om Jernbanetilsynet kan overprøve departementets vedtak – er det ikke av betydning hvorvidt påslaget skulle ha vært fastsatt av Bane NOR. Lagmannsretten bemerker likevel at jernbaneforskriften entydig legger kompetansen for fastsettelse av påslag til departementet også i 2019. Forskriften er også av departementet – som har gitt forskriften – forstått og praktisert slik for det året. Det er ingen holdepunkter for at departementet har ment noe annet enn det som direkte fremgår av forskriften.

Jernbanetilsynet synes i vedtaket å ha lagt betydelig vekt på direktiv 2012/34/EU ved sin tolkning av jernbaneforskriften. Lagmannsretten bemerker at et EU-direktiv ikke er automatisk bindende i Norge etter EØS-loven § 1 og har heller ikke automatisk forrang etter EØS-loven § 2. Etter EØS-avtalen artikkel 7 overlates det til avtalepartenes myndigheter å bestemme formen og midlene for gjennomføringen. Det er sikker rett at et direktiv som ikke er gjennomført i nasjonal lovgivning ikke er bindende i vedkommende land. Imidlertid er det et prinsipp om direktivkonform fortolkning og en presumsjon for at norske regler er i samsvar med våre internasjonale forpliktelser, jf. bl.a. Rt-2000-1811 (Finanger) side 1829 flg.

Som det fremgår foran, var direktiv 2012/34/EU ikke gjort til en del av EØS-avtalen da påslaget for 2019 ble fastsatt. Selv om jernbaneforskriften hadde som formål å implementere bestemmelsene i direktivet, er det ikke grunnlag for å fravike en klar kompetansebestemmelse i forskriften. Direktivet utgjorde ikke en del av våre internasjonale forpliktelser på det tidspunktet og presumsjonsprinsippet får ikke selvstendig vekt av særlig betydning. Lagmannsretten bemerker for øvrig at jernbaneforskriften senere er endret slik at det nå er infrastrukturforvalter som fastsetter påslagene.

Jernbanetilsynet har også anført at departementet bare har fastsatt en ramme for påslaget og at det er Bane NOR som har fastsatt og innkrevd avgiften. Etter lagmannsrettens syn er det for 2019 ikke dekkende at departementet bare har fastsatt en ramme. Departementet har foretatt en konkret vurdering av det fremsatte forslaget til påslag, herunder vurdert forslaget til segmentering og tåleevne og fastsatt påslagens størrelse i samsvar med forslag fra Bane NOR. Dette er så igjen lagt til grunn for budsjettinnspillet. Det er, som påpekt over, i realiteten departementets fastsettelse av påslaget for 2019 som er angrepet.

Lagmannsretten legger til grunn at kompetansen til å fastsette påslag for alle de tre årene lå til Samferdselsdepartementet og at påslagene også ble fastsatt av departementet.

### 4.3 Forfatningsrettslige begrensninger

Bane NOR har prinsipielt anført at Jernbanetilsynet ikke har kompetanse til å overprøve departementets fastsettelse av påslag.

Jernbanetilsynet er et uavhengig kontrollorgan som ved utøvelse av markedskontroll ikke kan instrueres av departementet i enkeltsaker, og tilsynets vedtak i slike saker kan heller ikke påklages til departementet. Spørsmålet om et slikt uavhengig kontrollorgan kan tillegges myndighet til å treffe avgjørelse som binder regjeringens (og departementenes) utøvelse av offentlig myndighet, har vært omdiskutert, jf. bl.a. forvaltningslovutvalgets utredning av spørsmålet i NOU 2019:5 s. 6.

Den forfatningsrettslige siden er ikke problematisert i forarbeidene til jernbaneloven. Ved opprettelse av andre uavhengige organer – som Diskrimineringsnemnda, Trykderetten og Personvernemnda – har dette vært vurdert. Lovavdelingen avga 17. oktober 2016 en uttalelse om Diskrimineringsnemndas kompetanse til å treffe rettslig bindende vedtak overfor Kongen og departementene i deres utøvelse av arbeidsgiverfunksjoner. I uttalelsen er det en omfattende drøftelse av problemstillingen, og det konkluderes slik:

Etter vårt syn er det, særlig med sikte på konsekvensene, klare betenkeligheter ved å legge kompetanse til å overprøve Kongens og departementenes avgjørelser til et uavhengig forvaltningsorgan. Selv om Grunnloven ikke er bygget på et strengt gjennomført maktfordelingsprinsipp, er det et viktig trekk ved det konstitusjonelle systemet at det er Stortingets og domstolenes oppgave å føre kontroll med forvaltningens myndighetsutøvelse.

Vi peker videre på at nemnda uansett, som i dag, utvilsomt vil kunne uttale seg om hvorvidt Kongen har opptrådt i strid med de relevante bestemmelsene i likestillings- og diskrimineringslovgivningen. Reelt sett innebærer ikke dette noe betydelig skår i individets muligheter for å ta opp spørsmål om brudd på likestillings- og diskrimineringslovgivningen. Kongen vil uansett måtte forholde seg til en klar uttalelse fra nemnda. De kontrollmulighetene som i henhold til det konstitusjonelle systemet vanligvis gjelder, vil foreligge på vanlig måte. En uttalelse fra nemnda vil kunne gi et godt faktisk grunnlag for videre domstolskontroll eller kontroll i regi av Stortinget.

Vi nevner endelig at lovgivningen ikke har etablert ordninger der hjelpeorganer for Stortinget med rettslig bindende virkning kan overprøve vedtak som Kongen har truffet. Det gjelder både for Riksrevisjonen og Sivilombudsmannen. Uten at vi finner grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet, synes det å ligge konstitusjonelle hensyn også bak dette standpunktet.

I likhet med Eivind Smith er vi i tvil om løsningen. Vi er alt i alt tilbøyelig til å mene at de konstitusjonelle innvendingene som gjør seg gjeldende, ikke er tvingende i den forstand at det er umulig å innføre en ordning på diskrimineringsfeltet der nemnda kan treffe vedtak som binder Kongen. Eivind Smiths utredning viser imidlertid at det kan være delte meninger.

Hvorvidt det er forfatningsrettslig adgang til å la Jernbanetilsynet treffe vedtak som direkte overprøver, og har rettslig virkning for, departementets (og Stortingets) fastsettelse av kjørevegsavgift/påslag for Gardermobanen i 2017 og 2018, og for segmentet «Hovedflyplass» for 2019, er usikkert. Spørsmålet er som nevnt ikke behandlet i forarbeidene til Jernbaneloven, og noe klart hjemmelsgrunnlag for at Jernbanetilsynet er gitt en slik kompetanse, foreligger ikke. I denne situasjonen heller lagmannsretten til at Jernbanetilsynet ikke kan treffe vedtak som har direkte rettslig bindende virkning for departementets myndighetsutøvelse, men det er ikke avgjørende slik denne saken ligger an.

Jernbanetilsynet har anført at vedtaket retter seg mot Bane NOR og ikke mot departementet, og at det ved utøvelse av tilsynsmyndigheten må være adgang til prejudisielt å ta stilling til hvorvidt avgiftsordningen og den innkrevde avgiften er lovlig.

Heller ikke dette spørsmålet er opplagt etter lagmannsrettens syn. Det er en nær sammenheng mellom departementets fastsettelse av kjørevegsavgiften/påslaget for de tre årene saken gjelder, og det Jernbanetilsynets vedtak i realiteten retter seg mot. Vedtaket får indirekte betydning for finansieringen av Gardermobanen. Det griper også inn i Stortingets forutsetninger for brukerbetaling da Gardermobanen ble overtatt av Jernbaneverket i 2000 og Stortingets oppfølging av dette i de årlige budsjettvedtakene. Vedtaket er imidlertid rettet mot Bane NOR, som er et statsforetak eid av staten, og ikke et forvaltningsorgan direkte underlagt Samferdselsdepartementet. Tilbakebetalingsplikten er pålagt dette foretaket, og virkningen av vedtaket – hvordan tilbakebetalingen virker inn på Bane NORs resultater og hvordan inntektsbortfallet skal finansieres – får bare indirekte virkning for staten som eier.

Det er i andre sammenhenger akseptert at uavhengige kontrollorganer prejudisielt prøver lovligheten av hjemmelsgrunnlagene for vedtak de har til behandling. Dette gjelder bl.a. for Trygderetten, jf. Prop.193 L (2014–2015) Endringer i lov om anke til Trygderetten punkt 3.1 [skal vel være Prop.139 L (2014–2015) Endringer i lov om anke til Trygderetten punkt 3.1, Lovdatas anm.], hvor det uttales:

Trygderetten har for øvrig antatt at den prejudisielt kan prøve lovligheten av forskrift som Kongen eller departementet gir, det vil si at Trygderetten tar stilling til om forskriften er gyldig før retten tar stilling til kravet i saken. Trygderetten har også antatt at den prejudisielt kan prøve grunnlovmessigheten av en lov.

Lagmannsretten er ikke kjent med at dette har vært omtvistet. Etter lagmannsrettens syn er det nærliggende å legge en tilsvarende betraktning til grunn for Jernbanetilsynets kontroll. Det harmonerer best med de oppgaver Jernbanetilsynet er tillagt bl.a. til å avgjøre klager, jf. også punkt 4.4 under.

#### **4.4 Kan det treffes vedtak som pålegger tilbakebetaling?**

Det er et naturlig utgangspunkt at den som har krevd og fått betalt en ulovlig avgift, ikke skal ha rett til å beholde den. Spørsmålet er likevel om det er den som har betalt for mye, som må forfølge sitt krav på tilbakebetaling basert på Jernbanetilsynets vedtak, eller om Jernbanetilsynet har kompetanse til å gi rettslig bindende pålegg om slik tilbakebetaling.

Etter lagmannsrettens syn er utgangspunktet at tilsynsorganet ikke uten hjemmel i lov kan pålegge tilbakebetaling. Det er ikke noen andre generelle rettsgrunnlag som åpner for dette.

Hjemmelsgrunnlaget er i denne saken jernbaneloven § 11 femte ledd. Det følger av denne bestemmelsen at tilsynsmyndigheten kan gi pålegg om «korrigerende tiltak». Spørsmålet er om det også omfatter pålegg om tilbakebetaling.

Det er lagmannsrettens syn at formuleringen «korrigerende tiltak» etter sin ordlyd gir en vid kompetanse til å pålegge tiltak for å rette på en regelstridig tilstand. Ordlyden i seg selv tilsier ikke at tiltaket bare kan virke fremover i tid slik Bane NOR har anført, og heller ikke at tiltaket ikke kan være pålegg om tilbakebetaling hvis det er nødvendig for å rette på tilstanden.

Formuleringen i jernbaneloven § 11 femte ledd kom inn ved lovendringen i 2001. På det tidspunktet var tilsynet begrenset til jernbanesikkerhet, og Samferdselsdepartementet var da også klageinstans. I forarbeidene – Ot.prp.nr.73 (2000–2001) punkt 3.2 – er det gjengitt bl.a. følgende fra høringsnotatet:

Statens jernbanetilsyn har i forbindelse med utøvelse av sin virksomhet anført at det ikke eksplisitt i jernbaneloven finnes regler som gir tilsynet adgang til å fatte vedtak om at den som driver jernbanevirksomhet må korrigere en tilstand som er i strid med bestemmelsene i eller i medhold av jernbaneloven, eller bestemmelser som gir tilsynet en eksplisitt rett til fysisk adgang til virksomheter som er underlagt jernbanelovens bestemmelser. Samferdselsdepartementet anser at gjeldende lov gir tilstrekkelig hjemmel for tilsynet (etter delegert myndighet) å gi slike pålegg. Dette har sin bakgrunn i at virksomhet etter jernbaneloven krever tillatelse og at det i forbindelse med slike tillatelser kan settes vilkår både i forskrift og ved enkeltvedtak for å oppfylle kravene til en sikker og hensiktsmessig trafikkavvikling, samt miljø, jf jernbaneloven § 6. Vi har likevel valgt å foreslå en presisering i § 11

slik at det ikke skal være noen tvil forbundet med tilsynsmyndighetens rett til å gi pålegg m.v. og gå inn å sjekke at tilsynsobjektet oppfyller kravene som er satt i jernbanelovgivningen.

Noen nærmere omtale av bestemmelsen er det ikke i forarbeidene. Slik lagmannsretten ser det, vil korrigerende tiltak til ivaretagelse av jernbanesikkerheten nødvendigvis være tiltak som skal utføres fremover i tid for å rette en tilstand som er i strid med regelverket. Det omfatter ikke adgang til å fastsette kompensasjon eller økonomiske sanksjoner for tiden før vedtaket treffes. Tilsynsmyndigheten ble imidlertid i jernbaneloven § 13, som ble vedtatt samtidig, gitt mulighet for å pålegge tvangsmulkt hvis pålegg ikke ble oppfylt innen den frist som var satt. Jernbanetilsynet ble dermed gitt et virkemiddel for å gjennomtvinge et pålegg.

Jernbanetilsynet ble markedsovervåkingsorgan først i 2009 uten at det ble gjort endringer i jernbaneloven i den forbindelse. Som det fremgår i punkt 1 over, ble loven endret i 2016. I Prop.8 L (2016–2017) er det i tilknytning til ny § 11 b uttalt:

I første ledd foreslås angitt de oppgavene som tilsynsmyndigheten som markedsovervåkingsorgan skal ivareta. Henvisningen til § 11 er tatt inn slik at det ikke skal være tvil om at de håndhevingsbestemmelsene som gjelder for tilsynsmyndigheten generelt, også gjelder for markedsovervåkingsorganet. Forskriftsmyndigheten til å gi nærmere forskrifter om innholdet i disse oppgavene og organisering av markedsovervåkingsorganet legges til departementet, da Kongens myndighet til å utpeke markedsovervåkingsorganet anses å sikre nødvendig uavhengighet for markedsovervåkingsorganet.

Det fremgikk imidlertid heller ikke da av forarbeidene hva «korrigerende tiltak» kan gå ut på ved utøvelse av myndigheten som markedsovervåkingsorgan. Etter lagmannsrettens syn er det naturlig å se hvilke «korrigerende tiltak» som kan pålegges, i sammenheng med tilsynsmyndighetens rolle som markedsovervåkingsorgan.

Av jernbaneloven § 11 b (nå § 11 a) første ledd fremgår at tilsynsorganet «overvåker og fører tilsyn med bestemmelser gitt i eller i medhold av loven her om konkurransen i markedet for jernbanetransport og behandler klager innenfor tilsynsorganets myndighetsområde». Det fremgår også at departementet kan gi nærmere bestemmelser bl.a. om markedsovervåkingsorganets oppgaver i forskrift.

Både i fordelingsforskriften, slik den lød etter endringen i 2016, og i jernbaneforskriften er det gitt bestemmelser om tilsynsorganets oppgaver.

I *fordelingsforskriften* § 9-4 fremgår at bl.a. «avgiftsordningen, nivået på eller strukturen til infrastrukturavgifter som søkeren må eller kan komme til å måtte betale, inngåtte rammeavtaler eller andre forhold der søkeren mener å ha fått sine rettigheter etter denne forskriften krenket, kan påklages til Statens jernbanetilsyn...».

Av § 9-5 fremgår bl.a. at:

[...] Statens jernbanetilsyn utøver tilsyn og kontroll, og skal gis adgang til innsyn i nødvendige dokumenter for å påse at vilkårene i forskriften er oppfylt [...] Statens jernbanetilsyn skal herunder sikre at avgiftene som er fastsatt av infrastrukturforvalteren er i samsvar med bestemmelsene i kapittel 4, og ikke innebærer forskjellsbehandling.

Statens jernbanetilsyn kan gi pålegg om korrigerende tiltak.

*Jernbaneforskriften* har i kapittel 11 mer detaljerte regler enn i fordelingsforskriften.

Markedsovervåkingsorganets oppgaver og myndighet er regulert i § 11-1. I annet ledd fremgår:

Markedsovervåkingsorganet skal påse at avgifter som er fastsatt av infrastrukturforvalter er ikke-diskriminerende og i samsvar med kapittel 6. Forhandlinger mellom søkere og en infrastrukturforvalter om nivået på infrastrukturavgiftene er bare tillatt dersom de gjennomføres under tilsyn av markedsovervåkingsorganet. Markedsovervåkingsorganet skal gripe inn dersom forhandlingene kan tenkes å være i strid med kapittel 6.

Videre fremgår i femte ledd:

Markedsovervåkingsorganet skal ved behov treffe avgjørelse om hensiktsmessige tiltak for å motvirke diskriminering mellom søkere, skadelig konkurransevridning og alle andre former for uønskede situasjoner i markedene for jernbanetjenester. Dette gjelder også forholdene nevnt i § 11-3 første ledd.

Klageretten er regulert i jernbaneforskriften § 11-3 hvor det i første ledd fremgår at søker som mener seg «urettferdig behandlet, utsatt for forskjellsbehandling eller [har] fått sine interesser krenket på annen måte», kan klage til markedsovervåkningsorganet. Av forhold det kan klages over, er etter første ledd bokstav d «avgiftsordningen» og etter bokstav e «nivået på eller strukturen til infrastrukturavgifter som søkeren må eller kan komme til å måtte betale».

Etter lagmannsrettens syn tilsier formålsbetraktninger – hensynet til en effektiv håndhevelse og utførelse av markedsovervåkningsorganets oppgaver – at infrastrukturforvalter som «korrigerende tiltak» kan pålegges å tilbakebetale avgifter som er fastsatt eller innkrevd i strid med regelverket. Hvis tilbakebetaling bare skal kunne fastsettes av domstolene, vil bare den konkrete saken som er brakt inn for domstolen bli prøvd. En dom på tilbakebetaling til én aktør vil kunne medføre at aktørene forskjellsbehandles i strid med likebehandlingsprinsippet som er nedfelt i jernbaneloven, forskriftene og EU-retten, herunder direktiv 2001/14/EF. Jernbanetilsynet er ikke underlagt samme prosessuelle begrensning og kan også ta opp saker på eget initiativ.

Departementet har ikke uttalt seg om den foreliggende saken, men synes tidligere å ha vært av den oppfatning at tilsynsorganet kan pålegge tilbakebetaling av uriktig innkrevd avgift. I 2016 traff Jernbanetilsynet – etter klage fra LKAB – vedtak om at Jernbaneverket skulle betale tilbake deler av innkrevd kjørevegsavgift (grunnavgift) til LKAB for bruk av Ofofbanen til malmtransport. Vedtaket kunne på det tidspunktet påklages til Samferdselsdepartementet, men Jernbaneverket unnlot å klage. Departementet har derfor ikke tatt direkte stilling til spørsmålet.

I brev 17. mars 2017 ba Bane NOR om avklaringer fra Samferdselsdepartementet på diverse forhold av betydning for fastsettelse av infrastrukturavgifter. Det ble bl.a. reist spørsmål om Jernbanetilsynets syn på fastsettelse av infrastrukturavgifter etter jernbaneforskriften § 6-2 tredje ledd bl.a. i LKAB-vedtaket, skulle legges til grunn. Departementet uttalte da at det ikke hadde noen merknader til Jernbanetilsynets regelforståelse i vedtaket. Det ble ikke reist spørsmål om Jernbanetilsynet hadde kompetanse til å pålegge tilbakebetaling, og det er heller ikke behandlet i departementets svar. Etter lagmannsrettens syn er det likevel naturlig å forvente at dette kompetansespørsmålet hadde vært tatt opp hvis Bane NOR eller departementet hadde ment at vedtaket var uhjemlet. Stor vekt har imidlertid ikke dette som tolkningsmoment.

Fordelingsforskriften implementerer etter endringen i 2006 direktiv 2001/14/EF. Direktivet har ikke bestemmelser som direkte løser spørsmålet om tilbakebetaling kan pålegges av tilsynsorganet. Praksis fra EU-domstolen knyttet til dette direktivet er av betydning. EU-domstolen synes i sak C-489/15 å bygge på at tilsynsorganet hadde myndighet til å pålegge tilbakebetaling, men det kan neppe utledes mer av denne avgjørelsen enn at hvis tilsynet er tillagt myndighet til å pålegge tilbakebetaling etter nasjonal rett, er dette ikke i strid med direktivet, jf. avgjørelsens avsnitt 95-97. Direktivet oppstiller ikke som krav at tilsynet skal ha kompetanse til å pålegge tilbakebetaling.

Bane NOR har anført at det må foreligge en *klar hjemmel* for å pålegge tilbakebetaling. Lagmannsretten kan ikke se at det er grunnlag for å oppstille noe skjerpet hjemmelskrav i dette tilfellet. Legalitetsprinsippet får anvendelse generelt når det offentlige gjør inngrep overfor den enkelte, men får ikke samme betydning i et tilfelle som det foreliggende, hvor det er en offentlig aktør som pålegges en tilbakebetalingsplikt. Etter lagmannsrettens syn må hjemmelsspørsmålet avgjøres ut fra det som er best i samsvar med alle rettskildefaktorer. Lagmannsretten kan i hovedsak slutte seg til tingrettens vurdering av dette spørsmålet i tingrettens dom på side 49.

Etter en samlet vurdering har lagmannsretten kommet til at kompetansen til å treffe «korrigerende tiltak» etter jernbaneloven § 11 b også omfatter det å kunne pålegge tilbakebetaling av avgift som er fastsatt og innkrevd i strid med regelverket.

## 5. Hvorvidt det er feil ved fastsettelsen eller innkrevingen av påslagene

### 5.1 Innledning

Vedtaket om tilbakebetaling for alle de tre årene bygger på at tilleggsavgiften for bruk av Gardermobanen/påslag for segment Hovedflyplass ikke oppfyller «grunnleggende vilkår» for innkreving av

påslag og at Bane NOR derfor «ikke hadde hjemmel» til å innkreve avgiften. Dette må vurderes for hvert av de tre årene vedtaket gjelder, og vurderingen er ikke nødvendigvis den samme for hvert av årene.

Fastsettelsen av avgiften for 2017 var i hovedtrekk en ren fortsettelse av den ordningen som var praktisert siden brukeravgift for Gardermobanen ble innført i 2000. Avgiften er regulert av fordelingsforskriften. Det var fastsatt en grunnavgift for hele jernbanenettet, men Gardermobanen var unntatt.

Også for 2018 var avgiften regulert av fordelingsforskriften, men dette var et overgangsår mot ny jernbaneforskrift som fullt ut var ment å få virkning for 2019. Grunnavgiften som ble fastsatt omfattet også Gardermobanen. Som lagmannsretten kommer tilbake til, la Bane NOR på et tidspunkt opp til at påslag på grunnavgiften først skulle innkreves i 2019, men departementet besluttet å videreføre den tidligere ordningen med brukerbetaling også for dette året.

Avgiften for 2019 er i sin helhet fastsatt og innkrevd etter reglene i jernbaneforskriften.

## 5.2 Påslaget for 2017

### 5.2.1 Innledning

Jernbanetilsynet har i vedtaket konkludert med at «tilleggsavgiften for 2017 (og 2018) ikke oppfylte grunnleggende vilkår i fordelingsforskriften § 4-6 (analyse av markedssegmenter) og § 4-8 (ikke-diskriminering) for innkreving av påslag», og at Bane NOR av den grunn ikke hadde hjemmel til å innkreve tilleggsavgift fra Flytoget. Øvrige forhold som var påberopt i Flytogets klage for disse to årene, ble ikke vurdert av tilsynet.

Bane NOR har for lagmannsretten anført at det ikke var noen feil ved fastsettelsen av påslaget for 2017. Jernbanetilsynet har fastholdt at påslaget manglet hjemmel og har i tillegg til det som begrunnet vedtaket, anført at det ikke fremgår at avgiftsordningen respekterer de produktivitetsøkninger som jernbaneforetakene oppnår, jf. fordelingsforskriften § 4-6 første ledd tredje punktum.

Jernbanetilsynet har under prosedyren også gitt uttrykk for at nettveiledningen for 2017 ikke oppfylte forskriftens krav. Det er imidlertid uklart for lagmannsretten hvilken betydning Jernbanetilsynet mener dette har for plikten til å betale de innkrevde avgiftene for 2017.

### 5.2.2 Nettveiledningen for 2017.

I nettveiledningen for 2017 er det gitt opplysninger om betalingsprinsipper og avgiftsfastsettelse både generelt og for Gardermobanen spesielt. Nettveiledningen for 2017 er publisert i desember 2015. Det fremgår der bl.a.:

#### 6.1 Betalingsprinsipper

Se fordelingsforskriften kapittel 4 og vedlegg 1.3.

Tilgangstjenester skal marginalkostnadspriser.

Prisen skal i utgangspunktet reflektere samfunnsøkonomisk korttidsmarginalkostnad, men er justert relativt sett i forhold til hvordan dieselavgiften reflekterer tilsvarende kostnader på vegsiden.

Det fakturerbare beløp fremkommer ved å multiplisere prisen med en faktor som reflekterer det enkelte togs vekt og/eller tilbakelagt distanse. Det er gjort følgende unntak fra ovenstående:

For Gardermobanen (strekningen Etterstad-Gardermoen), har Stortinget besluttet at prisen over tid skal dekke alle utgifter til drift og vedlikehold av banens infrastruktur.

[...]

#### 6.2 Prissystem

Jf. fordelingsforskriften kapittel 4 og vedlegg 1.3. Det svares kun én pris for basispakken.

Unntak: Gardermobanen (strekningen Etterstad-Gardermoen), hvor pris for bruk av Gardermobanen kommer i tillegg til prisen for basispakken.



**Formel for beregning av fakturerbart beløp for godstransport.**

Fakturerbart beløp = pris x produsert bruttotonnkm. Antall bruttotonkilometer beregnes uavhengig av tog- og/eller vogntype.

**Formel for beregning av betaling for bruk av Gardermobanen.**

Gardermobanen er strekningen Etterstad – Gardermoen.

Betaling = pris x bestilt antall togkilometer

Antall togkilometer beregnes ut fra antall kilometer toget har tilbakelagt uavhengig av togets lengde, antall vogner mv.

Bestilt antall togkilometer beregnes ut fra tildelt infrastrukturkapasitet i de ulike ruteterminene. Prisen fastsettes av Stortinget ifm behandlingen av de årlige statsbudsjett.

Bruksbetalingen for Gardermobanen kommer i tillegg til prisen for den minste pakken med tilgangstjenester og gjelder for alle tog på strekningene.

Videre er det for ulike kategorier av transport oppgitt tabeller for betaling tidligere år frem til 2016 og samtidig oppgitt at alle priser vedrørende bruk av infrastruktur blir fastsatt i forbindelse med statsbudsjettet i oktober hvert år. For Gardermobanen er følgende opplyst:

**Bruksbetaling for spesialbygget infrastruktur****Særskilt pris for all togtransport på Gardermobanen (strekningen Etterstad-Gardermoen)**

Prisen for bruk av Gardermobanen skal dekke Jernbaneverkets drifts- og vedlikeholdskostnader på banen.

Fakturering for bruk av Gardermobanen finner sted på basis av planlagt togproduksjon, dvs. antall togkilometer som jernbaneforetakene tildeles i kapasitetsfordelingsprosessen.

År	Pris i NOK	
2002	Kr. 15,90	
2003	Kr. 16,30	
2004	Kr. 20,85	
2005	Kr. 13,90	eks. mva.
2006	Kr. 14,30	eks. mva.
2007	Kr. 14,80	eks. mva.
2008	Kr. 14,80	eks. mva.
2009	Kr. 13,30	eks. mva.
2010	Kr. 13,60	eks. mva.
2011	Kr. 13,90	eks. mva.
2012	Kr. 16,90	eks. mva.
2013	Kr. 17,50	eks.

		mva.
2014	Kr. 19,60	eks. mva.
2015	Kr. 20,90	eks. mva.
<b>2016</b>	<b>Kr. 21,80</b>	<b>eks. mva.</b>

I punkt 6.5 under overskriften «Prisendringer», er det også opplyst følgende:

Kjørevegsavgiften fastsettes vanligvis i forbindelse med framleggelse av de årlige statsbudsjetter for Stortinget. Grunnlaget for endring av satsene for kjørevegsavgiften er i hovedsak den årlige prisregulering av statsbudsjettet.

Lagmannsretten oppfatter at dette er en videreføring av den ordningen for fastsettelse av kjørevegsavgift for Gardermoen som ble etablert i 2000. Det er en avgiftsordning som Flytoget – og de øvrige operatørene på Gardermobanen – må antas å ha vært godt kjent med. Metoden for fastsettelse av avgiften innebærer at endringen i avgiftens størrelse fra år til år er forholdsvis liten, slik tabellen ovenfor viser. Det er ikke gitt opplysninger om den konkrete størrelsen av kjørevegsavgiften for 2017, men det er opplyst om prinsippene for fastsettelsen, og det er ellers gitt opplysninger så langt det var mulig.

Det er ingen bevisførsel som tilsier at det er mangler ved nettveiledningen for 2017 som har hatt betydning for Flytogets disposisjoner, og det er for lagmannsretten klart at det heller ikke er tilfellet. Slik lagmannsrettens oppfatter Jernbanetilsynets vedtak, inngår heller ikke eventuelle feil i nettveiledningen i begrunnelsen for vedtaket om tilbakebetaling.

Lagmannsrettens konklusjon er etter dette at det for 2017 ikke er mangler ved nettveiledningen som har materiell betydning for spørsmålet om den innkrevde avgiften er uhjemlet.

### 5.2.3 Kravet til markedssegmentering – fordelingsforskriften § 4-6.

Det følger av fordelingsforskriften § 4-6 første ledd at det kan fastsettes påslag «hvis markedet tåler det». Fordelingsforskriften har ingen nærmere bestemmelser om markedssegment eller krav til hvordan markedene og tåleevnen skal vurderes. Fordelingsforskriften stiller heller ikke noen uttrykkelige krav til begrunnelse for markedssegmenteringen.

Av fortalen til direktiv 2001/14/EF punkt 39 fremgår:

Det generelle nivå for kostnadsdekningen gjennom infrastrukturavgifter påvirker nivået for offentlig støtte. Medlemsstatene kan i varierende grad kreve at de samlede kostnadene dekkes gjennom avgifter, herunder prisforhøyelser eller en avkastningsprosent som markedet kan tåle, samtidig som kostnadsdekningen veies mot konkurranseevnen godstransport med jernbane har sammenlignet med andre transportmåter. Alle avgiftsordninger for infrastruktur bør imidlertid sikre at trafikk som i det minste kan dekke tilleggskostnadene den medfører, kan bruke jernbanenettet.

Heller ikke direktivet har nærmere beskrivelse av hvordan markedssegmenteringen skal foretas og hvilke analyser som skal gjøres for å kunne fastsette påslag. Direktivet har bestemmelser om kapasitetsanalyser, men ikke bestemmelser om analyser av markedssegmenter.

Jernbanetilsynet har innfortolket et krav til analyse av markedssegmenter og begrunnet dette bl.a. slik i vedtaket på s. 30:

For å oppfylle fordelingsforskriftens vilkår for beregning av påslag i markedssegmenter, var det etter tilsynets vurdering på generelt grunnlag helt nødvendig å gjøre en analyse av jernbanens markedssegmenter i forkant av innkrevning. Med analyse forstås her identifisering av markedssegmenter og inndeling av alle jernbaneforetakene som utførte person- eller godstransport på det norske jernbanenettet i disse markedssegmentene, slik at hvert enkelt jernbaneforetak var plassert i et markedssegment.

For det første ville det ikke være mulig å oppfylle forskriftens vilkår for beregning av påslag uten en slik analyse. Påslagene skulle etter § 4-6 første og annet ledd beregnes på grunnlag av markedssegmentenes tåle- og konkurransevne. Hvis markedssegmentene ikke var identifisert og avgrenset, ville dette ikke være mulig. Tilsvarende ble lagt til grunn av EU-domstolen i sak C-556/10 EU-kommisjonen v. Tyskland: «The system provided for in Article 8(1) of Directive 2001/14 may be used only if the market can bear this, a market study being required in order to verify whether that is the case.»

For det andre ville det ikke være mulig å oppfylle fordelingsforskriftens krav til ikkediskriminering uten en slik analyse. Innkreving av påslag uten at det i forkant ble utført en analyse av markedssegmenter, med en påfølgende vurdering av disse segmentenes evne til å betale påslag, ville i prinsippet medført at enkelte aktører, eller grupper av aktører, hadde blitt pålagt høyere avgifter enn andre, uten at alle aktører var plassert i et markedssegment og beregnet eventuelle påslag for etter like kriterier. Som nevnt skulle infrastrukturforvalter etter fordelingsforskriften § 4-8 beregne og innkreve infrastrukturavgifter uten forskjellsbehandling. Det var presisert i § 4-6 første ledd at påslag skulle fastsettes på grunnlag av prinsipper om likebehandling. Etter tilsynets vurdering innebar likebehandlingskravet i fordelingsforskriften at dersom påslag skulle innkreves, skulle det innkreves fra alle jernbanens markedssegmenter, med mindre tåleevne eller konkurransevne tilsa noe annet.

Tilsynet legger derfor til grunn at en analyse av markedssegmenter var en helt grunnleggende forutsetning for beregning og innkreving av påslag etter fordelingsforskriften § 4-6 første og annet ledd.

Det fremgår ikke klart hvor omfattende en analyse av markedssegmentene etter Jernbanetilsynets syn må være. Lagmannsretten er enig med Jernbanetilsynet at det nødvendigvis må foreligge en form for analyse av de ulike markedene som er på jernbanenettet i Norge for å kunne foreta en segmentering. Det er nødvendig også for å kunne foreta en vurdering av markedenes tåleevne. Hvor detaljert og omfattende en slik analyse må være, er imidlertid uklart.

Kravene til markedssegmentering er detaljert regulert i direktiv 2012/34/EU og i jernbaneforskriften, men det kan ikke være grunnlag for å la disse bestemmelsene få anvendelse for 2017. Hva som kan kreves må ta utgangspunkt i fordelingsforskriften og direktiv 2001/14/EF. Der oppstilles som sagt ingen konkrete krav.

Jernbanetilsynet har for lagmannsretten vist til et utkast til veiledning for implementering av direktiv 2001/14/EF som er opplyst å være utarbeidet av EU-kommisjonen i 2009, dvs. ca. tre år før nytt direktiv ble gitt. Utkastet er et omfattende dokument som også behandler markedssegmentering og tåleevne. Det er uklart for lagmannsretten hvordan dette dokumentet er behandlet i EU-systemet, men det er opplyst at utkastet ikke ble ferdigstilt og at det ikke er publisert. Det er da ikke noe medlemstatene kan forholde seg til, og lagmannsretten kan ikke se at dette utkastet til veiledning har noen selvstendig betydning for forståelsen av de krav fordelingsforskriften og direktivet stiller.

Jernbanetilsynet har vist til EU-domstolens avgjørelse i sak C-556/10 EU-kommisjonen v. Tyskland. Den avgjørelsen sier etter lagmannsrettens oppfatning ikke så mye mer enn at det må foretas en vurdering – en studie – av markedet for fastslå hvorvidt markedet tåler et påslag, jf. avsnitt 87, og gir ikke noen føringer for hvordan dette skal gjøres eller hvor omfattende en slik studie må være.

Kravene til analyse av markedssegmenter og tåleevne må ses i sammenheng med den informasjon infrastrukturforvalter har plikt til å gi i nettveiledningen etter fordelingsforskriften § 2-2 nr. 2. Det sentrale må etter lagmannsrettens syn være at vedkommende myndighet må sikre et tilstrekkelig faktisk grunnlag for å foreta en forsvarlig begrunnet markedssegmentering og vurdering av markedenes tåleevne. Det må også være mulig for aktørene å se hvordan vurderingen er foretatt og hvilke kriterier som er lagt til grunn. Hvor omfattende en studie og analyse av markedet og tåleevnen må være, må etter lagmannsrettens syn også ses i sammenheng med hvor komplisert jernbanestrukturen er, hvor mange aktører som har etablert seg – eller kan tenkes å etablere seg – og ellers konkurransesituasjonen for det norske jernbanemarkedet.

Det sakkyndige vitnet som Bane NOR har engasjert, Nils-Henrik M. von der Fehr, professor i samfunnsøkonomi ved Universitetet i Oslo, beskrev det norske jernbanemarkedet som svært oversiktlig med få aktører. Lagmannsretten anser det som en dekkende beskrivelse. Etter det som er opplyst i saken, er det en målsetning med jernbanereformen at det bl.a. skal bli økt konkurranse om persontogtrafikk, jf. bl.a. Meld.St.27 (2014–2015) «På rett spor – reform av jernbanesektoren» og behandlingen av denne i Innst.386 S (2014–2015)

s. 12 og 13. På det tidspunktet nettveiledningen for 2017 ble publisert, var det imidlertid ingen aktuell konkurranse om persontogtrafikk, med unntak av på Gardermobanen som var trafikkert både av NSB og av Flytoget. I Meld.St.27 (2014–2015) s.13 er konkurransesituasjonen under overskriften «Manglende konkurranse om å drive togtilbud» beskrevet slik:

Godstransportmarkedet på jernbane ble åpnet for full konkurranse i 2007. I dag er det åtte godsselskaper som har sikkerhets sertifikat til å drive godstransport på bane i Norge. Markedet domineres fremdeles av én stor aktør (CargoNet som eies av NSB), og flere av de øvrige aktørene har svake økonomiske resultater. Godstransporten med tog er i sterk konkurranse med vegtransport og har de siste årene tapt markedsandeler på mellomlange strekninger. Internasjonal persontrafikk med tog ble åpnet for konkurranse i 2010, men omfanget av konkurranse i det norske jernbanemarkedet er fortsatt meget beskjedent. Persontrafikken i Norge domineres av transportkonsernet NSB og Flytoget. Flytoget har imidlertid bare en liten andel av de totale reisende med tog (ca. 10 pst. av antall reiser og persontogkilometer i 2013 ifølge SSB). NSB er tildelt en seksårig tjenestekonsesjonskontrakt med staten om å drive et avtalefestet persontogtilbud på det norske jernbanenettet. Flytoget er gjennom en tjenestekonsesjonskontrakt tildelt en fortrinnsrett til å tilby en nærmere bestemt tilbringertjeneste til Oslo Lufthavn frem til 2028. [...]

Etter lagmannsrettens syn tilsier den oversiktlige konkurransesituasjonen for togtrafikk i Norge at det ikke kan stilles særlig strenge krav til analyse av – og begrunnelse for – en markedssegmentering når det ikke er gitt spesifikke regler for dette.

Etter det som er opplyst, var det på dette tidspunktet heller ikke noen enhetlig praksis i EU/EØS for markedssegmentering og påslag, slik det bl.a. er beskrevet i rapport fra 9. november 2016 utgitt av IRG-Rail (Independent Regulators Group – Rail) som også Jernbanetilsynet er tilknyttet. Lagmannsretten oppfatter det slik at ett av formålene med å erstatte direktiv 2001/14/EF med direktiv 2012/34/EU nettopp var å oppnå en mer enhetlig europeisk praksis for fastsettelse av infrastrukturavgifter og påslag, men den nevnte IRG-Rail-rapporten viser at det fortsatt var et pågående arbeid for å få realisert dette i slutten av 2016 – også i de land som hadde implementert 2012-direktivet.

Spørsmålet er så om det i det foreliggende tilfellet er foretatt en tilstrekkelig undersøkelse og analyse av markedet før fastsettelsen av påslaget for 2017.

Lagmannsretten finner det naturlig å ta utgangspunkt i den historiske begrunnelsen for brukerbetalingen for Gardermobanen og de vurderingene som da ble gjort. Brukerbetalingen var en forutsetning for at infrastrukturen ble overført til Jernbaneverket og at Flytoget AS ble refinansiert i 2000. Den har vært fastsatt ved Stortingets behandling av statsbudsjettet frem til jernbaneforskriften trådte i kraft. Flytoget er også avtaleforpliktet til å betale. Som det fremgår over, mener lagmannsretten at hverken nasjonal rett eller internasjonale forpliktelser var til hinder for ordningen da den ble innført.

Både direktiv 2001/14/EF og fordelingsforskriften stiller krav til markedssegmentering og tåleevnevurderinger. Det må oppfattes slik at det skal foretas en vurdering av alle segmenter i jernbanenettet. En slik segmentering og tåleevnevurdering for hele jernbanenettet kan ikke lagmannsretten se at er foretatt for 2017 og 2018. Lagmannsretten er enig med Jernbanetilsynet i at fordelingsforskriftens forutsetninger for fastsettelse av påslag ikke fullt ut er oppfylt. Det er likevel et spørsmål om dette har fått betydning for den avgiften Flytoget er pålagt å betale.

Lagmannsretten er enig med Bane NOR i at Gardermobanen fra 2000 har vært ansett som et eget segment. Den geografiske avgrensning av Gardermobanen gjør den ikke i seg selv til et segment. Ved markedssegmentering må det ses hen til hvordan brukerne ser på tilbudet – om tilbudet oppfattes som å utgjøre et marked som skiller seg fra øvrige tilbud. Etter lagmannsrettens vurdering er også formålet med segmenteringen sentralt. Oslo Economics har i sin rapport punkt 2.6.1 angitt formålet med markedssegmenteringen slik:

Hva som er fornuftig markedssegmentering avhenger av formålet med segmenteringen. I denne sammenhengen er formålet å kunne differensiere prisene for bruk av infrastruktur på det norske jernbanenettet på en måte som sikrer en viss grad av kostnadsdekning uten at vesentlig togetterspørsel forenges [...].

Lagmannsretten anser dette som en rimelig dekkende beskrivelse, og oppfattet at det heller ikke var uenighet om dette blant de sakkyndige vitnene.

Gardermobanen skiller seg fra jernbanenettet for øvrig ved at det er landets eneste høyhastighetsbane som spesifikt er bygget for tilbringertransport til og fra hovedflyplassen på Gardermoen, og persontogtilbudet på banen retter seg mot en egen kundegruppe. Kundene er i stor grad personer som skal reise med fly fra Gardermoen eller kommer hjem fra flyreise, noe som gjør at denne trafikken skiller seg fra vanlig pendlertrafikk og øvrig persontransport. Hastighet og pålitelighet er de viktigste konkurransefortrinnene for transport på Gardermobanen. For å realisere dette konkurransefortrinnet, er det også fastsatt egne vedlikeholdsplaner for Gardermobanen, og det er brukermedvirkning for Flytoget i forbindelse med disse. På denne bakgrunn kan lagmannsretten vanskelig se at det er noe å innvende mot at operatørene på Gardermobanen – primært Flytoget og NSB – har vært ansett å operere i et eget markedssegment ved persontransport til og fra Gardermoen. Dette gjaldt også i 2017.

Jernbanetilsynet har innvendt at brukerbetalingen på Gardermobanen ikke kan være påslag i et markedssegment fordi godstransport på banen er likt behandlet som persontransport. Lagmannsretten er enig med Jernbanetilsynet i at godstransport og persontransport ikke er samme markedssegment. Dette er en mangel ved segmenteringen og fastsettelse av påslaget. Imidlertid kan ikke lagmannsretten se at dette får betydning for det påslaget Flytoget skal betale. Det kan eventuelt ha hatt som konsekvens at brukergiften har blitt feil fastsatt for de aktørene som driver godstransport, men det har som sagt ikke betydning for Flytoget.

Jernbanetilsynet har også anført at det ikke er mulig å vurdere markedets tåleevne uten en mer omfattende analyse. Lagmannsretten er enig i at det ikke fremstår som om det er foretatt noen egentlig tåleevnevurdering for 2017 og 2018. Samtidig fremstår det som nokså åpenbart at påslaget ikke har gått ut over dette markedets tåleevne. NSB får gjennom sin driftsavtale med staten dekket påslaget (kjørevegsavgiften). Det er Flytogets tåleevne som i realiteten er avgjørende. Flytoget har levd under samme avgiftsordning siden selskapet ble refinansiert i 2000. Lagmannsretten er av den oppfatning at dette har gitt stabile og forutsigbare rammevilkår for Flytogets drift. Flytoget har også selv vært med på påvirke kostnadene til drift og vedlikehold på Gardermobanen – og derved kjørevegsavgiftens størrelse – gjennom samarbeidet med Jernbaneverket, nå Bane NOR. Flytogets billettpriser er markedsbaserte og fastsatt med sikte på å oppnå best mulig resultat for selskapet. Lagmannsretten oppfatter det slik at Flytoget gjennom årene – også i 2017 – har opprettholdt en sterk markedsposisjon i forhold til andre konkurrerende kommunikasjonsmidler som privatbil, buss og taxi. Flytoget har under den tidligere avgiftsordningen hvert år levert gode resultater og gjorde det også i 2017. Sett i lys av dette kan det etter lagmannsrettens syn ikke ha betydning at det ikke er foretatt noen mer inngående analyse av tåleevnen for persontrafikk på Gardermobanen.

Jernbanetilsynet har for lagmannsretten anført at Flytogets resultater ikke alene sier noe om tåleevnen. Det er også anført at avgiftsordningen skal respektere de produktivitetsøkninger som jernbaneforetakene oppnår på egen hånd, og at det ikke er mulig å se at dette er oppfylt ved fastsettelse av påslaget for 2017. Etter lagmannsrettens syn er dette mer teoretiske enn reelle problemstillinger. Det er ikke i forskriften noe særskilt krav til at infrastrukturforvalter skal analysere jernbaneforetakenes produktivitetsøkning. Det er nærliggende at jernbaneforetakene selv gir innspill til dette hvis de mener påslagene er så store at de krenker deres egne produktivitetsøkninger. Det er ikke noen holdepunkter for at ikke Flytoget godt tåler den kjørevegsavgiften som selskapet ble pålagt å betale for 2017, og det er heller ikke noen holdepunkter for at kjørevegsavgiften ikke respekterer Flytogets produktivitetsøkninger.

## 5.2.4 Likebehandling

Direktiv 2001/14/EF og fordelingsforskriften bygger på et likebehandlingsprinsipp, jf. bl.a. fordelingsforskriften § 4-6 første ledd og § 4-8. Lagmannsretten oppfatter det slik at Jernbanetilsynet mener mangelfull segmentering medfører at likebehandlingsprinsippet er brutt.

Etter lagmannsrettens syn følger det av det overordnede konkurranseformålet at likebehandlingsprinsippet først og fremst innebærer at aktører innen samme segment skal behandles likt. Det vises i denne forbindelse til fordelingsforskriften § 4-6 fjerde ledd, der det heter at for å unngå forskjellsbehandling skal det sikres at «sammenlignbare tjenester innenfor samme markedssegment pålegges de samme avgiftene». Feil segmentering kan føre til at jernbaneforetak som reelt sett opererer i samme marked blir ulikt behandlet, og det vil i så fall være et brudd på likebehandlingsprinsippet. Det er imidlertid ingen opplysninger som tilsier at det er tilfellet for brukerbetalingen på Gardermobanen, som denne saken gjelder. Sammenlignbare tjenester for segmentet persontrafikk Gardermobanen vil være Flytoget og NSB, som er pålagt samme avgifter.

Manglende segmentering av hele jernbanemarkedet kan innebære at andre segmenter som kunne tålt påslag ikke er blitt ilagt dette. Det følger av direktiv 2001/14/EF artikkel 4 nr. 5 at infrastrukturforvalter skal sikre at anvendelsen av avgiftsordningen fører til «tilsvarende avgifter uten forskjellsbehandling for ulike jernbaneforetak som utfører samme form for tjenester i en lignende del av markedet». Det er imidlertid ikke andre deler av det norske jernbanemarkedet som kan sammenlignes med segmentet persontrafikk Gardermobanen.

Likebehandlingskravet rekker også lenger enn dette, jf. artikkel 4 nr. 4, som med unntak for særlige investeringsprosjekter iht. artikkel 8 nr. 2, krever at infrastrukturforvalter skal sikre at avgiftsordningen «er basert på samme prinsipper over hele jernbanenettet». Også for at dette kravet skal sikres, må det foretas en segmentering av hele jernbanenettet. Ut fra de opplysninger lagmannsretten har fått fremlagt, er det imidlertid praktisk sett ikke andre persontrafikksegmenter i Norge som vil tåle påslag, men i tilfelle kun enkelte smale segmenter for godstransport, der enkelte av disse i 2017 var gitt et påslag, jf. nærmere nedenfor under avgiftsåret 2019. Slik lagmannsretten ser det, var derfor avgiftsordningen i stor grad basert på samme prinsipper over hele jernbanenettet, selv om det ikke var gjennomført en fullstendig segmentering. Den omstendighet at enkelte smale segmenter for godstransport som eventuelt kunne tålt påslag, ikke var ilagt dette, vil etter lagmannsrettens oppfatning ikke uten videre innebære at det ikke er rettslig adgang til å opprettholde påslag i persontrafikksegmenter der det ble funnet grunnlag for dette. I denne forbindelse kan det også vises til unntaket i artikkel 4 nr. 4 og Gardermobanens bakgrunn som særlig investeringsprosjekt.

### 5.2.5 Full dekning for infrastrukturkostnaden

Jernbanetilsynet har anført at regelverket legger opp til at det er «full dekning for infrastrukturforvalters kostnader» som er rammen for hva som kan kreves ved påslag, og at dette henviser til kostnadene på hele jernbanenettet – ikke bare på geografisk begrensede områder. Det er anført at det derfor er feil når påslaget for Gardermobanen er fastsatt ut fra drifts- og vedlikeholdskostnadene for Gardermobanen isolert.

Etter lagmannsrettens syn er Jernbanetilsynets regelforståelse som utgangspunkt riktig. At det gjennom påslag kan søkes full dekning for infrastrukturforvalters kostnader er imidlertid den ytre rammen for hva som kan kreves inn av påslag. Den rammen er vesentlig høyere enn kostnadsrammen for Gardermobanen. Det er ingen plikt for infrastrukturforvalter til å innkreve fulle kostnader, jf. at påslag *kan* fastsettes. Dette i motsetning til grunnavgiften som infrastrukturforvalter *skal* innkreve. Lagmannsretten ser det ikke som tvilsomt at kostnadsrammen som er lagt til grunn for innkreving av brukeravgift/påslag for Gardermobanen ligger godt innenfor den rammen som følger av påslagsbestemmelsen i fordelingsforskriften og direktiv 2001/14/EF. Lagmannsretten kan derfor ikke se at denne feilen kan gi støtte for Jernbanetilsynets vedtak i saken.

### 5.2.6 Grunnavgift som forutsetning for å kreve påslag

Jernbanetilsynet har for lagmannsretten anført at det er en forutsetning for å kunne kreve påslag at det er betalt grunnavgift av alle i nettet. Synspunktet er etter det lagmannsretten har oppfattet basert på den omstendighet at Flytoget ikke har betalt grunnavgift for 2017 og at det da ikke kan kreves påslag på grunnavgiften.

Brukerbetalingen for Gardermobanen er ikke bygget opp i samsvar med prinsippene i fordelingsforskriften og direktiv 2001/14/EF. Det er ikke skilt mellom grunnavgift og påslag. For årene før 2017 ble det ikke betalt grunnavgift for persontog på noen deler av jernbanenettet i Norge, og brukerbetalingen for Gardermobanen kunne da i sin helhet ses på som et påslag. I 2017 ble det innført to nye kjørevegsavgifter ved behandlingen av statsbudsjettet for 2017 høsten 2016 – en generell kjørevegsavgift pr. kjørte tog og en kapasitetsavgift. Dette omfattet ikke Gardermobanen som fortsatt fikk kjørevegsavgiften fastsatt som i tidligere år.

Brukerbetalingen på Gardermobanen omfatter i realiteten både avgift basert på direkte kostnad, som er det som ellers dekkes av grunnavgiften, og et påslag som dekker kostnader ut over direkte kostnad opp til fulle drifts- og vedlikeholdskostnader for Gardermobanen. Det er bare det siste elementet som Jernbanetilsynets vedtak pålegger tilbakebetaling av. Lagmannsretten har vanskelig for å se at det er av selvstendig betydning for saken at brukerbetalingen for Gardermobanen ikke er delt i grunnavgift og påslag hvis det ellers er materiell adgang til å innkreve avgiften.

## 5.2.7 Konklusjon

Fordelingsforskriften og direktiv 2001/14/EF gir som utgangspunkt hjemmel for å innkreve brukeravgift for Gardermobanen gjennom reglene om grunnavgift og påslag, jf. fordelingsforskriften § 4-5 og § 4-6. Spørsmålet er om avgiften for bruk av Gardermobanen er fastsatt i samsvar med disse bestemmelsene.

Lagmannsretten har kommet til at det er mangler ved den markedssegmenteringen som er foretatt for 2017. Det er ikke foretatt en analyse og vurdering av markedssegmentene og markedenes tåleevne for hele jernbanenettet. Det er også begått enkelte andre feil slik det fremgår over.

Lagmannsretten har imidlertid kommet til at det ikke er feil å anse Gardermobanen som et eget segment som kan tåle kjørevegavgift/påslag i den størrelse som er fastsatt.

Lagmannsretten har ikke funnet at likebehandlingsprinsippet er brutt på en måte som innebærer at fastsettelsen av kjørevegavgiften for persontransport på Gardermobanen mangler rettslig grunnlag.

Betydningen av feilene kommer lagmannsretten tilbake til i en samlet vurdering i punkt 6.

## 5.3 Påslaget for 2018

### 5.3.1 Innledning

Jernbanetilsynet har for 2018, som for 2017, konkludert med at tilleggsavgiften «ikke oppfylte grunnleggende vilkår i fordelingsforskriften § 4-6 (analyse av markedssegmentering) og § 4-8 (ikke-diskriminering) for innkreving av påslag» og at Bane NOR av den grunn ikke hadde hjemmel til å innkreve tilleggsavgift fra Flytoget.

Også fastsettelsen og innkrevingen av tilleggsavgiften for 2018 var basert på reglene i fordelingsforskriften. Kravene til utarbeidelse av nettveiledning, markedssegmentering og likebehandling er de samme. For disse spørsmålene viser lagmannsretten til drøftelsen for 2017 som gjelder tilsvarende for 2018.

Spørsmålet er om det er forhold ved fastsettelsen av avgiften for 2018 som tilsier et annet resultat enn for 2017. Fra 2017 til 2019 var det en overgang fra fordelingsforskriften til jernbaneforskriften som tok sikte på delvis implementering av de nye reglene, og 2018 var et «mellomår». Det ga seg bl.a. utslag i utformingen av nettveiledningen for 2018 og hvordan påslaget ble behandlet og fastsatt.

### 5.3.2 Nettveiledning for 2018

Nettveiledningen for 2018 som ble publisert i desember 2016, gir i punkt 6.1 følgende opplysninger om avgiftsprinsippene:

Avgiftsprinsippene for den minste pakken med tjenester kan oppsummeres på følgende måte:

- a) Avgiftene fastsettes til den kostnad som oppstår som en direkte følge av den enkelte togtjenesten; et marginalkostnadsprinsipp
- b) Avgiftene kan gjenspeile kapasitetsmangelen i en identifiserbar del av jernbanenettet i perioder med overbelastning
- c) Det kan tas hensyn til miljøkostnader som følger av den enkelte togtjenesten, herunder også støy

Det finnes noen unntak fra de generelle bestemmelsene:

- d) Full dekning av IFs kostnader kan aksepteres hvis markedet tåler dette, og at det er forenlig med prinsipper om effektivitet, innsyn og likebehandling
- e) For særskilte investeringsprosjekter kan det tas hensyn til den langsiktige kostnaden ved slike prosjekter. Det kan også tas hensyn til deling av risiko knyttet til nye investeringer.
- f) Avgiftene kan differensieres mellom markedssegmenter

Ut fra reglene vil det være mulig å skille mellom ulike markeder. Men innenfor det enkelte marked må det praktiseres likebehandling. Videre kan det innføres rabattordninger, men disse kan bare gjelde avgifter som innkreves for en bestemt del av infrastrukturen.

I Kommissjonsforordning 2015/909/EU er det definert hvordan kostnadene i punkt a) ovenfor skal fastlegges. Bane NOR skal i henhold til artikkel 9 i forordningen legge fram sin metode for beregningen av de direkte kostnadene og innfasingsplan for SJT innen 3. juli 2017.

Avgiftsordningen i 2017 vil følgelig være en overgangsordning fra avgiftsregimet i 2016 og tidligere, og den nye avgiftsordningen som vil innføres fra og med 2018.

Det fremgår videre i punkt 6.1.1 at «Den minste pakken med tjenester (infrastrukturavgifter) vil bli marginalkostnadspriset ...» og at «[d]et betales kun en avgift for den minste pakken med tjenester: infrastrukturavgifter». Av punkt 6.2.1 fremgår at infrastrukturavgiften omfatter to komponenter – kapasitetspris og sporpris. Det heter der bl.a.:

**Avgrensning av avgiftsordningen mot avgiftssystemet for Gardermobanen og godstog med aksellast over 25 tonn.**

Eksisterende avgiftssystem for Gardermobanen og for godstog med tillatt akseltrykk på over 25 tonn skal opprettholdes som i dag.

Denne beskrevne avgiftsordningen omfatter derfor ikke disse ordningene.

I punkt 6.3 er prisene nærmere opplyst for tidligere år til og med 2017. Infrastrukturavgiften (sporprisen og kapasitetsavgiften) er opplyst bare for 2017 som var første året dette ble innkrevd.

Betalingen for bruk av Gardermobanen er opplyst under overskriften «bruksbetaling for spesialbygget infrastruktur», og det er oppgitt historiske priser fra 2002 til og med 2017. Videre fremgår at det er særskilt pris for all togtransport på Gardermobanen. Det er heller ikke for 2018 skilt mellom godstrafikk og persontrafikk.

I punkt 6.6 er det bestemmelser om avgiftsendringer hvor det bl.a. fremgår:

Infrastrukturavgift på jernbanenettet fastsettes og innkreves av Bane NOR innenfor rammen av direktiv 2012/34/EU med eventuelle senere endringer, jf. jernbaneforskriften §§ 6-1 til 6-5.

Bane NOR kan beslutte å endre etablert avgiftsordning. Slike endringer kan gjelde alle elementer i den gjeldende avgiftsordning, herunder prinsippene for fastsettelse av avgiften, hvilke komponenter som skal inngå i avgiftsmodellen (trekke ut eksisterende eller legge til nye komponenter), de satser (enhetspriser) som skal være gjeldende, etablerte rabattordninger, øket grad av markedsdifferensiering samt enhver annen endring Bane NOR måtte beslutte.

Endringene må ligge innenfor de rammer som er trukket opp i styrende regelverk referert ovenfor. Dersom endringen(e) er vesentlig(e), herunder endrer grunnleggende elementer i avgiftsordningen, skal endringene meddeles JBF (offentliggjøres) senest tre måneder før fristen for offentliggjøringen av Network Statement. Bane NOR plikter i disse tilfellene å gjennomføre høring av endringen(e) i samsvar med reguleringene i AST punkt 6, tredje ledd.

Det fremgår at Bane NOR på dette tidspunktet la til grunn direktiv 2012/34/EU, samt jernbaneforskriften, som ikke hadde trådt i kraft på dette tidspunktet. Partene er nå enige om at det var direktiv 2001/14/EF og fordelingsforskriften som var gjeldende for 2018.

Det fremgår også at Bane NOR la til grunn at det var Bane NOR som skulle «fastsette og innkreve» infrastrukturavgifter. Henvisningen til jernbaneforskriften §§ 6-1 til 6-5 tyder på at Bane NOR mente at dette også omfattet påslag som er regulert i jernbaneforskriften § 6-2. Dette er ikke i samsvar med fordelingsforskriften, jf. punkt 4.2 foran, og heller ikke i samsvar med hvordan infrastrukturavgiften faktisk ble fastsatt det året. Det var heller ikke tatt forbehold om at avgiftene skulle fastsettes i forbindelse med fremleggelse av statsbudsjettet. Etter lagmannsrettens oppfatning var det derfor feil og mangler ved nettveiledningen for 2018, og den oppfylte ikke fordelingsforskriftens krav fullt ut da den ble publisert. Etter lagmannsrettens vurdering var imidlertid ikke feilene av en slik art at de var av betydning for Flytogets disposisjoner. For Gardermobanen var det opplyst at eksisterende avgiftsordning skulle videreføres, og den ordningen var Flytoget godt kjent med. Som det fremgår av punkt 5.3.4 under, ble det imidlertid senere gjort endringer i nettveiledningen for 2018, og det er et særskilt spørsmål om adgangen til å foreta slike endringer og betydningen av dette.



### 5.3.3 Implementeringsplan

Samferdselsdepartementet tok i brev 8. juli 2016 til Jernbanedirektoratet og infrastrukturforvalter opp en rekke spørsmål om oppfølging av jernbanereformen – Meld.St.27 (2014–2015). Av brevet fremgår bl.a.:

Utvidelse av kjørevegsavgiften er et viktig tiltak for både å synliggjøre kostnadene ved bruk av infrastrukturen og for å skape et kunde-leverandør-forhold i sektoren. Innen sommeren 2017 må infrastrukturforetaket (Jernbaneinfrastrukturforetaket SF) legge fram en implementeringsplan for gjennomføring av det nye EU-regelverket knyttet til kjørevegsavgift, jf. EU-direktiv 2012/34/EU, som forventes tatt inn i EØS-avtalen i nær framtid og gjennomført i norsk rett [...]

Bane NOR sendte høringsversjon av implementeringsplanen til bl.a. Flytoget og Jernbanetilsynet 25. april 2017. Høringsversjonen omhandlet bl.a. forslag til ny kostnadsstruktur, forslag til markedssegmentering (markedsområder) og forslag til fremtidig avgiftsstruktur og -satser. Det fremgår at Bane NOR tok utgangspunkt i jernbaneforskriften 6-3 tredje ledd og kravet der til analyse av markedssegmenter.

Ved inndeling av markedsområder ble det foreslått et hovedskille mellom godstrafikk og persontrafikk. For persontrafikk var det foreslått å skille mellom jernbaneforetak med kjøpsavtale (PSO), hovedflyplass og andre. I punkt 6.2.2 som gjelder persontrafikk, fremgår:

Som jernbaneforskriften § 6-3 legger opptil er en differensiering mellom den trafikken som inngår i avtale med statlige og/eller regionale trafikkorganer, og hvor det er knyttet en betaling for tjenesten(e); her kalt «Kjøpsavtale»; og annen persontrafikk. Innenfor annen persontrafikk vil det også være aktuelt å differensiere mellom togprodukter som har rutemessig stopp på hovedflyplass; her kalt «Hovedflyplass»; og annen persontransport.

Dagens persontransport til Oslo Lufthavn Gardermoen dekkes både av tog med kjøpsavtale og tog uten kjøpsavtale. En utskillelse av denne trafikken som eget markedsområde må innebære samme avgift for alle tog som betjener Gardermoen.

Markedsområdet «Hovedflyplass» omfattet mer enn selve Gardermobanen. Det er i høringsversjonen til implementeringsplan definert som togprodukter som har rutemessig stopp på hovedflyplassen.

Flytoget avga høringsuttalelse 26. mai 2017 og var positiv til at det ble etablert et avgiftssystem som fullt ut erstattet det tidligere. Det ble også gitt uttrykk for at «Flytoget er av den oppfatning at den foreslåtte modellen for fordeling og implementering av infrastrukturavgifter er i tråd med forutsetningene i jernbanereformen, gjeldende forskrifter og kommende EØS reguleringer». Flytoget ga videre uttrykk for at det i praksis ville bli svært utfordrende å foreta en markedssegmentering og tåleevnevurdering som grunnlag for påslag.

Også Jernbanetilsynet ga høringsuttalelse i brev 1. juni 2017 hvor det bl.a. uttales følgende:

Bane NOR foreslår påslag for markedssegmentene *persontransport med kjøpsavtale med Jernbanedirektoratet, persontrafikk som betjener hovedflyplassen på Gardermoen, og malm/mineraltransporter*.

Det er tilsynets forståelse at det ikke er tilstrekkelig å gjøre en vurdering av om et markedssegment kan tåle et påslag, men at også påslagens størrelse er av vesentlig betydning for om «markedet tåler det». Ifølge Bane NOR er påslagene basert på vurderinger av etterspørselastisitet og betalingsevne, men tilsynet kan ikke se at det gis en beskrivelse av metoden i høringsutkastet. Tilsynet vil be om at Bane NOR forklarer utvalg av markedssegmenter og hvordan disse påslagene er beregnet i et kommende møte. Tilsynet savner blant annet en vurdering av om andre aktører på de samme togstrekningene som dette vil gjelde, også vil kunne tåle et påslag.

Det ble holdt møte mellom Bane NOR og Jernbanetilsynet 22. juni 2017. Av Bane NORs interne notat fra møtet fremgår følgende knyttet til påslag og markedssegmentering:

Ut fra høringen og møtet med SJT synes som det er en aksept for hvordan Bane NOR har delt inn markedet. Tilsynet ønsker å se en nærmere redegjørelse for fastsettelsen av påslaget for de 3 angitt markedssegmentene, særlig knyttet til:

- priselastisiteter
- betalingsevne

Selve markedssegmenteringen kunngjøres i høringen til Network statement 2019, mens selve satsene kan fastsettes på et senere tidspunkt.

Lagmannsretten oppfatter det slik at notatet ikke er sendt Jernbanetilsynet og at innholdet ikke er omforent. Det er uttrykk for Bane NORs oppfatning på det tidspunktet.

Bane NOR sendte svar til alle som hadde gitt høringsuttalelser. I brev til Flytoget 26. juni 2017, med bl.a. Jernbanetilsynet som kopiadressat, fremgår bl.a.:

Når det gjelder markedsinndeling og påslag for noen av markedsområdene, vil Bane NOR etter råd fra Statens jernbanetilsyn gjennomgå på nytt og dokumentere forslagene til påslag – da særlig ut fra priselastisiteter og betalingsevne. Flytoget må legge til grunn at trafikken til/fra Hovedflyplassen vil få et påslag, men at endelig fastsettelse av dette utsettes til høsten 2017. Slik forslaget lå i høringsutkastet, ville Flytoget fått lavere avgifter enn hva som er tilfelle i 2017.

Endelig implementeringsplan ble sendt ut 14. juni 2017. Det var da foretatt enkelte endringer i planen basert på innspillene som var mottatt. Det var foreslått en grunnpris for hele jernbanenettet samt en kapasitetspris for det som ble omtalt «Oslo lokal». Med noen språklige justeringer var markedssegmenteringen opprettholdt. I punkt 7.1.2. under overskriften «Påslag for enkelte markedssegmenter» uttales det:

Jernbaneforskriften § 6-3 (6) fastslår: «Dersom en infrastrukturforvalter har til hensikt å endre de grunnleggende elementene i påslagene på infrastrukturavgiftene, skal endringene offentliggjøres senest tre måneder før fristen for offentliggjøringen av nettveiledningen». Dette innebærer varsling om lag 15 måneder før ruteterminen prisen gjelder for. Bane NOR tolker regelen slik at den også gjelder situasjonen hvor man nå foreslår å etablere slike påslag på infrastrukturprisene. En innføring av påslag ut fra en markedsdifferensiering kan følgelig tidligst innføres for ruteterminen 2019 (R19).

Av punkt 8.2.2 fremgår følgende for «Hovedflyplass»:

Grunnprisen og kapasitetsprisen innføres fullt ut fra og med 1.1.2018. Tillegget basert på markedsdifferensieringen i henhold til § 6-3 i jernbaneforskriften innføres fullt ut fra og med 1.1.2019 (R19).

Høringsutkast til nettveiledning for 2019 ble sendt ut i september 2017 hvor også avgiftsomleggingen er omtalt.

### 5.3.4 Fastsettelsen av påslaget for 2018

Som det fremgår over, la Bane NOR i implementeringsplanen til grunn at det for 2018 skulle innkreves grunnavgift for hele jernbanenettet, men at påslag først skulle innkreves i 2019. Dette gjaldt også for Gardermobanen. Det ville gitt en lavere avgift for Flytoget for bruk av Gardermobanen i 2018 enn tidligere år, og tilsvarende lavere kostnadsdekning for Bane NOR. Departementet tok opp dette i forbindelse med budsjettinnspillene for 2018. I brev til Bane NOR 22. september 2017 het det bl.a.:

I Jernbanedirektoratet sitt budsjettinnspill for 2018 er det ikke lagt opp til en innføring av påslag, men departementet kan heller ikke se at det er lagt opp til en videreføring av avgiftsnivået for 2017. Dette medfører slik departementet forstår det tapte inntekter for Bane NOR i 2018 på om lag 130 mill. kr (ekskl. prisomregning fra 2017 til 2018) knyttet til tilleggsavgifter.

Samferdselsdepartementet har derfor lagt til grunn for 2018 at Bane NOR vil kreve inn avgifter for bruk av Gardermobanen med tilhørende tjenester på samme nivå som i 2017, justert for prisstigning. Siden utgiftene til drift og vedlikehold av Gardermobanen er brukerbetalt og nettobudsjettet er dette et viktig premiss for budsjettframlegget. På samme måte som tidligere legger departementet opp til å legge fram avgiftene for bruk av Gardermobanen i statsbudsjettet for 2018.

Dette er også videreført i Prop.1 S (2017–2018) hvor det bl.a. fremgår:

Samferdselsdepartementet legger videre til grunn at brukerbetalingen av Gardermobanen i 2018 skal videreføres reelt sett uendret fra saldert budsjett 2017, og en uendret avgiftsstruktur.

Bane NOR orienterte Flytoget om videreføringen av avgiftsnivået i brev 10. oktober 2017, og at det ville bli gjennomført ved et påslag i tillegg til grunnprisen slik at påslag pluss grunnpris ville være det samme som før.

I brev 6. november 2017 bestred Flytoget gjennom sin advokat at det var adgang til å innkreve påslag for 2018, og det ble også reist spørsmål om hjemmelen for innkreving av avgiftene for 2017. Det var starten på denne saken som er til behandling nå.

### 5.3.5 Endringen av nettveiledningen

Nettveiledningen for 2018 ble i slutten av november 2017 endret med bakgrunn i departementets beslutning om videreføringen av avgiftsnivået fra tidligere år. Etter endringen var det fastsatt en grunnpris på 0,97 øre pr. brutto tonn/km for Oslo Lokal og en kapasitetspris på 500 kroner pr. tog. For andre strekninger enn Oslo Lokal var det fastsatt en grunnpris på 1,47 øre pr. brutto tonn/km. Det ble fastsatt et påslag på Gardermobanen som i punkt 6.3.1.2 er beskrevet slik:

Det vises til omtalen av St.prp.nr.52 (1999–2000) i avsnitt 6.1. Avgiftspåslaget som i 2000 ble definert gjennom denne proposisjonen, ble etablert før EU-direktiv 2001/14 som fordelingsforskriften var basert på. EU-direktiv 2012/34 som jernbaneforskriften er bygget på, har tilsvarende bestemmelser som den tidligere fordelingsforskriften. Bane NOR konkluderer med at denne markedssegmenteringen og det påslaget som ble definert i St.prp.nr.52 (1999–2000) skal defineres som et segment/påslag etter § 6-3 i jernbaneforskriften.

Dette vil ha som konsekvens at gjeldende markedssegmentering og påslag videreføres inntil endring gjennomføres i 2019. Da Gardermobanen i 2018 også vil få en generell positiv infrastrukturavgift (grunnpris) i motsetning til tidligere, er det behov for å justere selve påslagets størrelse, slik at grunnpris + påslag vil være på linje med tidligere. Prisjustering fra 2017 til 2018 er inkludert.

Med dette utgangspunktet i vil Bane NOR ilegge et påslag i infrastrukturavgiften avgrenset til Gardermobanen (Oslo – Lillestrøm – Gardermoen) på NOK 0,075 pr. brutto tonnkilometer i 2018.

Jernbanetilsynet la i sitt vedtak til grunn at dette var en endring i nettveiledningen som Bane NOR ikke hadde adgang til å gjennomføre.

Av fordelingsforskriften § 2-1 fremgår at «[n]ettveiledningen skal ajourføres og endres ved behov». Det er ellers ikke gitt særlige regler om adgangen til å endre nettveiledningen i fordelingsforskriften, men hvis infrastrukturforvalter har til hensikt å endre de grunnleggende elementene i avgiftsordningen skal endringen offentliggjøres senest tre måneder i forveien, jf. fordelingsforskriften § 4-6 siste ledd. Hensett til hensikten med nettveiledningen, er det etter lagmannsrettens syn gode grunner til å kreve at den informasjon som skal gis i samsvar med kravene i fordelingsforskriften § 5-2, er mest mulig fullstendige og korrekt på det tidspunktet opplysningene gis. Skjer det endringer i de forhold det er gitt opplysninger om, må imidlertid infrastrukturforvalter både ha rett og plikt til å endre informasjonen i nettveiledningen. Nettveiledningen er informativ og ikke rettslig bindende. Målsetningen må være at den til enhver tid inneholder riktig informasjon.

Slik lagmannsretten ser det, er det sentrale spørsmålet i den foreliggende saken derfor først og fremst hvorvidt det er materiell adgang til å innkreve kjørevegsavgiften/påslaget for 2018. Hvis det var materiell adgang til å innkreve kjørevegsavgiften slik den til slutt ble fastlagt, vil det også være adgang til å endre informasjonen i nettveiledningen slik at den blir korrekt.

### 5.3.6 Oppsummering og konklusjon

Kjørevegsavgiften for Gardermobanen er reelt sett en videreføring av avgiftsnivået fra tidligere år. Dette ble opplyst i nettveiledningen som ble publisert i desember 2016. Arbeidet med implementeringsplanen og opplysninger som ble gitt i den forbindelse om påslag, ga Flytoget grunn til å tro at innkrevd avgift ville bli lavere i 2018 enn i 2017, men de opplysningene kan etter lagmannsrettens syn ikke tillegges rettslig betydning for om nettveiledningen ga tilstrekkelige opplysninger og om det var grunnlag for å endre denne.

Etter lagmannsrettens vurdering står spørsmålet om det var rettslig adgang til å innkreve avgiften for 2018 i samme stilling som for 2017. Det vises til punkt 5.2.7.

Betydningen av de feil lagmannsretten mener er begått, blir også for 2018 behandlet i punkt 6 under.

## 5.4 Påslaget for 2019

### 5.4.1 Innledning

For 2019 gjelder jernbaneforskriften. Jernbanetilsynet har i sitt vedtak konkludert med at tilleggsavgiften «ikke oppfyller grunnleggende vilkår i jernbaneforskriften § 6-3 (3) (analyse av markedssegmenter) og § 6-2 (2) (ikke-diskriminering) for innkreving av påslag», og at Bane NOR av den grunn ikke hadde hjemmel til å innkreve tilleggsavgift fra Flytoget.

For 2019 konkluderte Jernbanetilsynet også med at Bane NOR ikke hadde varslet om endringer av grunnleggende elementer i påslaget som Flytoget skulle betale slik jernbaneforskriften § 6-3 (6) krever.

Jernbanetilsynet har også anført feil ved nettveiledningen og at den ikke var blitt til etter samråd med berørte parter slik jernbaneforskriften § 5-1 krever.

### 5.4.2 Nettveiledningen for 2019

Nettveiledningen for 2019 ble publisert i desember 2017. Om prisprinsippene er det i punkt 6.1 bl.a. opplyst:

Prisprinsippene for den minste pakken med tjenester kan oppsummeres på følgende måte:

- a) Prisene fastsettes til den kostnad som oppstår som en direkte følge av den enkelte togtjenesten; et marginalkostnadsprinsipp – jf. jernbaneforskriften § 6-2 (3)
- b) Prisene kan gjenspeile kapasitetsmangelen i en identifiserbar del av jernbanenettet i perioder med overbelastning – jf. jernbaneforskriften § 6-2 (4)
- c) Det kan tas hensyn til miljøkostnader som følger av den enkelte togtjenesten, herunder også støy – jf. jernbaneforskriften § 6-2 (5).

Det finnes noen unntak fra de generelle bestemmelsene:

- d) Full dekning av IFs kostnader kan aksepteres hvis markedet tåler dette, og at det er forenlig med prinsipper om effektivitet, innsyn og likebehandling – jf. jernbaneforskriften § 6-3
- e) For særskilte investeringsprosjekter kan det tas hensyn til den langsiktige kostnaden ved slike prosjekter. Det kan også tas hensyn til deling av risiko knyttet til nye investeringer – jf. jernbaneforskriften § 6-2 (7)
- f) Rabatter knyttet enten for stimulans av nye tjenester eller oppmuntring til trafikk på underutnyttede banestrekninger – jf. jernbaneforskriften § 6-4

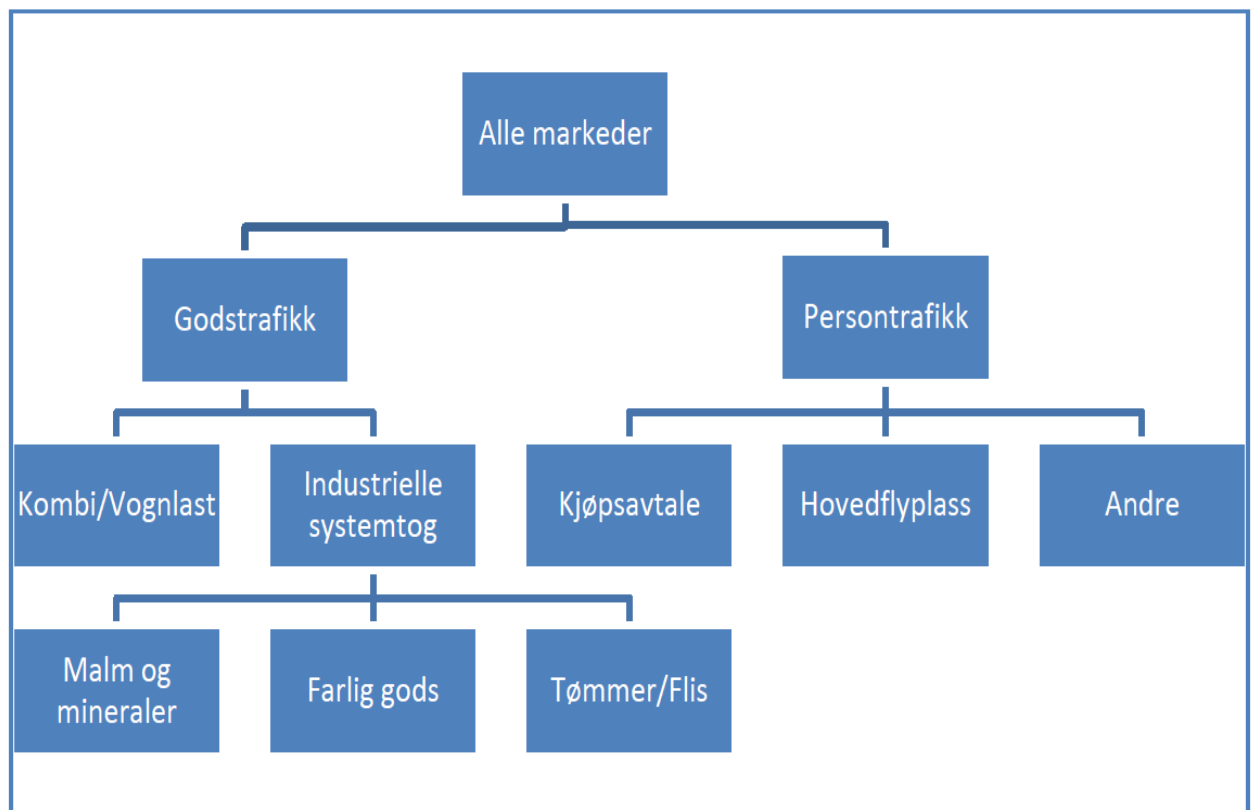
Ut fra reglene vil det være mulig å skille mellom ulike markeder. Men innenfor det enkelte marked må det praktiseres likebehandling. Videre kan det innføres rabattordninger etter jernbaneforskriften § 6-4, men disse kan bare gjelde priser som innkreves for en bestemt del av infrastrukturen.

I tråd med EU-forordning 2015/909 Artikkel 6 har Bane NOR valgt en økonometrisk metode for å beregne de direkte enhetskostnadene/marginalkostnadene knyttet til levering av den minste pakken av tjenester og tilgang til serviceanlegg. For nærmere informasjon vises det til Bane NORs implementeringsplan som ble sendt Statens jernbanetilsyn 14. juli 2017.

Nettveiledningen inneholder opplysninger om grunnavgiften og et eget avsnitt i punkt 6.2.1.1.4 om full kostnadsdekning hvor følgende fremgår:

Det fastsettes påslag for å oppnå full kostnadsdekning dersom markedet tåler det. Med full kostnadsdekning forstås dekning av både faste og variable (indirekte og direkte) vedlikeholdskostnader. Avgiftene kan ikke få større påslag slik at et eller flere markedssegment «faller fra». Ved eventuelle påslag skal Bane NOR analysere hvilke markedssegmenter dette er relevant for. Forskriften gir nærmere regler for hvordan markedssegmentene kan deles opp. Markedssegmenteringen skal revideres minst hvert femte år.

Bane NOR har vurdert de markedsområder som er aktuelle i en norsk sammenheng. Områdene tar utgangspunkt i et skille mellom gods- og persontrafikk. Nedenstående figur viser de vurderte områdene.



[...]

### Innen persontrafikk

Som jernbaneforskriften § 6-3 legger opp til er en differensiering mellom den trafikken som inngår i avtale med statlige og/eller regionale trafikkorganer, og hvor det er knyttet en betaling for tjenesten(e); her kalt «PSO»; og annen persontrafikk. Innenfor annen persontrafikk vil det også være aktuelt å differensiere mellom togprodukter som har rutemessig stopp på hovedflyplass; her kalt «Hovedflyplass»; og annen persontransport.

Dagens persontransport til Oslo Lufthavn Gardermoen dekkes både av tog med kjøpsavtale og tog uten kjøpsavtale. En utskillelse av denne trafikken som eget markedsområde må innebære samme avgift for alle tog som betjener Hovedflyplassen.

I punkt 6.3 er det gitt opplysninger om priser og det er bl.a. opplyst:

Banestrekning	Grunnpris (§ 6-2 (3))		Kapasitetspris § 6-2(4) (Kroner pr. tog)	Påslag for følgende markedsområder (§ 6-3) – Blir gjeldende fra og med R19		
	Persontog (Øre pr.brutto tonnkm)	Godstog (Ørepr. brutto tonnkm)		PSO (Øre pr. brutto tonnkm)	Hovedflyplass (Øre pr. brutto tonnkm)	Malm og mineraler (Øre pr.brutto tonnkm)
Oslo Lokal <sup>4</sup>	0,97	0,47	500,00	2,06	2,06	
Ofofbanen	2,50	2,50		5,00		5,00
Øvrige strekninger	1,47	1,06		3,75		3,36

Nettveiledningen for 2019 har således opplysninger både om avgiftsprinsippene og konkrete opplysninger om avgiftsnivået.

Jernbanetilsynet har anført at nettveiledningen for 2019 ikke er utarbeidet etter samråd med berørte parter fordi høringsutkastet til nettveiledningen ikke inneholdt forskriftsmessig informasjon om avgiftsmetoder og takster etter jernbaneforskriften § 5-1 (1) og § 5-2 bokstav b. Etter lagmannsrettens syn må dette ses i sammenheng med implementeringsplanen og arbeidet med nytt avgiftsregime som ble gjennomført i 2017. Nettveiledningen har også henvisning til implementeringsplanen. De berørte parter var involvert i dette arbeidet og har gitt høringsuttalelser til implementeringsplanen. Nettveiledningen for 2019, med beskrivelse av avgiftsordningen, var også sendt på høring 1. september 2017. Etter lagmannsrettens syn er det ikke grunnlag for å si at ikke nettveiledningen for 2019 var utarbeidet i samråd med de berørte parter. Det kan uansett ikke ha betydning for vedtaket om å pålegge tilbakebetaling, og det synes heller ikke å ha vært lagt til grunn av Jernbanetilsynet.

Etter lagmannsrettens oppfatning har Flytoget og andre berørte parter også vært tilstrekkelig varslet om endringer i grunnleggende elementer i påslaget gjennom arbeidet med implementeringsplanen og høringsutkastet til nettveiledningen for 2019, og kravet i jernbaneforskriften § 6-3 sjette ledd må anses oppfylt.

Lagmannsretten kan ikke se at det er feil av betydning i nettveiledningen for 2019. Det avgjørende er etter lagmannsrettens syn hvorvidt Bane NOR hadde materielt grunnlag for å innkreve avgiften og om det foreligger feil ved fastsettelsen av avgiften som er av betydning for dette spørsmålet.

### 5.4.3 Fastsettelsen av avgiften for 2019 – segmentering og tåleevnevurdering

Som det er redegjort for i punkt 5.3.3 over, ble det i 2016 og 2017 arbeidet med en implementeringsplan for gjennomføring av direktiv 2012/34/EU. Jernbaneforskriften ble utarbeidet med sikte på å implementere dette direktivet.

I forbindelse med implementeringsarbeidet ble det også arbeidet med markedssegmenteringen med bakgrunn i direktivets krav og jernbaneforskriften 6-3 tredje ledd.

I høringsversjonen til implementeringsplanen som ble sendt ut 25. april 2017 ble det angitt i alt syv markedssegmenter og foreslått tre markeder med tillegg i prisen. Dette var persontrafikk med offentlig kjøpsavtale, hovedflyplass og malm- og mineraltransport. Både Flytoget, Jernbanetilsynet og Samferdselsdepartementet ga uttalelse til høringsutkastet. Jernbanetilsynet reiste i sin høringsuttalelse spørsmål om markedssegmenteringen slik det fremgår i punkt 5.3.3 over.

På bakgrunn av høringsuttalelse utarbeidet Bane NOR et «påslagsdokument» 15. oktober 2017 med forslag til markedssegmenter og en mer inngående analyse og begrunnelse for segmenteringen. Det var bl.a. foretatt en priselastisitetstvurdering for Gardermobanen som viste en relativt uelastisk etterspørsel. Det er uomtvistet for lagmannsretten at denne priselastisitetstvurderingen er uriktig, noe også vitnet Gunnar Marcussen, som hadde ansvaret for utarbeidelsen av dokumentet, erkjente i sin forklaring for lagmannsretten. Han fastholdt imidlertid at konklusjonen – en relativt uelastisk etterspørsel – var korrekt. Dette påslagsdokumentet ble bare sendt departementet.

I brev 8. juni 2017 ba departementet Jernbanedirektoratet vurdere om vilkårene for å fastsette påslag som Bane NOR foreslo, var oppfylt for de foreslåtte markedssegmentene. Jernbanedirektoratet engasjert i den forbindelse Oslo Economics som avga en rapport om dette 15. november 2017. Av rapporten fremgår bl.a. følgende:

Påslag skal kun settes dersom den økonomisk tåleevne til markedet tillater det. I planen er det lagt opp til å sette påslag for segmentene Offentlig tjeneste (PSO), Hovedflyplass og Malm og mineraler.

Hva som er fornuftig markedssegmentering avhenger av formålet med segmenteringen. I denne sammenhengen er formålet å kunne differensiere prisene for bruk av infrastruktur på det norske jernbanenettet på en måte som sikrer en viss grad av kostnadsdekning uten at vesentlig togetterspørsel fortreges. Segmenteringen som skal muliggjøre prisdifferensiering kan gjøres ut fra tre hensyn: 1) prisen skal reflektere den faktiske marginalkostnaden ved bruk av infrastrukturen, 2) påslag utover marginalkostnaden skal hensynta den økonomiske tåleevnen til togoperatøren/markedet og 3) praktiske hensyn – unngå at segmenteringen påfører Bane NOR og markedsaktørene unødige administrative kostnader. Spørsmålet er derfor om Bane NORs inndeling kan forventes å ivareta disse hensynene.

Bane NORs markedssegmentering som ligger til grunn for infrastrukturprisen er etter vårt syn et godt utgangspunkt. Segmenteringen er gjort av personer med god kunnskap om norsk togtrafikk, og balanserer hensynet til togoperatørene, til oppfølging av regelverket og til administrasjon av ordningen

på en god måte. Markedssegmenteringen har flere likhetstrekk med hvordan tilsvarende deling er gjort for infrastrukturavgiften i Sverige. I Sverige er det noenlunde like mange markedssegmenter (8 mot 7 i Norge), og det er lagt opp til at avgiften på persontog har en større kostnadsdekning enn godstog – som i Norge.

Vi har imidlertid noen innspill til hvordan segmenteringen som er gjort i implementeringsplanen kunne vært gjort annerledes:

Begrunnelsen som er gitt for markedssegmenteringen er knapp. Det er vanskelig å forstå hvilke vurderinger som ligger bak de valgene som er gjort. Det er for eksempel vanskelig å skille segmentering som er gjort på bakgrunn av forskjeller i marginalkostnader, på forskjeller i økonomisk tåleevne og av praktiske hensyn.

I praksis vil en markedssegmentering måtte veie hensynet til treffsikkerhet på den ene siden og praktiske hensyn på den andre siden. Det er mange forhold som tilsier at det er stor variasjon i marginalkostnaden for bruk av infrastrukturen avhengig av; togets vekt, om det er kapasitetsbegrensninger eller ikke på strekningen, om strekningen er befolket eller ikke, om strekningen er kupert eller ikke osv. Dersom ambisjonen er å sette priser som i størst grad reflekterer togoperatørens marginalkostnader, vil det trolig være behov for en mer finmasket markedssegmentering enn det Bane NOR legger opp til.

Etter det vi forstår har Bane NOR vektlagt de praktiske hensynene, og derfor foretatt en relativt grovmasket innledning i 6 kategorier. I et utkast til implementeringsplanen var det lagt opp til en mer finmasket inndeling i 12 geografiske områder. Høringsuttalelser fra flere togoperatører var kritisk til en så finmasket segmentering. Disse uttalelsene ser ut til å ha blitt lyttet til i den oppdaterte implementeringsplanen. Fordelen med en grovmasket grunnprissegmentering er at den er oversiktlig og lett å forstå, og trolig enkel å administrere. Ulempen er at enkelte operatører blir stilt overfor priser som enten overstiger eller ikke dekker marginalkostnaden. Det kan ha negative virkninger.

Bane NOR har begrunnet differensieringen av grunnprisen, og fastsettelsen av nivået på grunnprisen med analyser av kostnadstall for fornyelse og vedlikehold av jernbanenettet. Det har ligget utenfor mandatet til dette oppdraget å vurdere grunnlaget for disse analysene.

Ved fastsettelsen av markedssegmenter som skal danne utgangspunkt for påslag, ser også Bane NOR ut til å ha vektlagt praktiske hensyn. Det legges som nevnt opp til å sette et påslag for tre av syv grupper (PSO, Hovedflyplass og Malm og mineraler). I de øvrige 4 gruppene settes påslaget til 0. Det er mange forhold som tilsier en større variasjon i den økonomiske tåleevnen enn det den foreslåtte markedssegmenteringen fanger opp. Den økonomiske tåleevnen avhenger av markedsforholdene i bransjen til vareeieren (kjøperen av den aktuelle transporten) og konkurransen fra andre transportformer. Hvis prisdifferensieringen som markedssegmenteringen legger opp til skal være så treffsikker som mulig, vil det være behov for en mer finmasket inndeling enn det Bane NOR legger opp til. Det vil også være behov for å justere segmentene over tid, siden markedsforholdene i ulike bransjer og konkurranseflatene mot ulike transportformer varierer over tid. I segmentene det er foreslått påslag, er det særlig innenfor Malm og andre mineraler at det kan være relativt stor variasjon i økonomisk bæreevne. Den økonomiske bæreevnen til malmtransport på henholdsvis Ofofbanen (LKAB) og Nordlandsbanen (Rana Gruver) kan for eksempel være forskjellig. Hvis påslaget settes ut fra den økonomiske bæreevnen til vareeieren med best økonomi eller den uten mulighet til å bruke andre transportformer enn tog, er det fare for at etterspørselen etter togtjenester skades på en uønsket måte.

I markedssegmentene der påslaget er satt til 0 (4 av de 7 foreslåtte segmentene), vil konsekvensene av å ha for vide markedssegment være mindre skadelige. Bane NOR kan imidlertid gå glipp av inntektsmuligheter. Det kan tenkes at det finnes områder innen kombi/vognlast, Farlig gods, Tømmer/flis og persontogsegmentet Andre hvor det er rom for å ta et påslag.

Dersom det er et ønske å få dekket en større andel av infrastrukturkostnaden, vil det være fornuftig å vurdere en findeling på enkelte områder. Innenfor godssegmentet kan det vurderes skille mellom vognlast og kombilast, mellom korte og lange kombilastruter, mellom ulike typer malm og mineraltransport og mellom ulike typer farlig gods – for eksempel flydrivstoff og syre. Innenfor persontogsegmentet kan det vurderes å dele gruppen Andre (såkalte kommersielle strekninger) i undergrupper, for eksempel skille ut strekninger med overvekt av «opplevelsesreiser».

Jernbanedirektoratet ga i brev til Samferdselsdepartementet 21. desember 2017 sin vurdering av infrastrukturavgifter mv. etter å ha mottatt rapporten fra Oslo Economics. Om segmentering uttalte Jernbanedirektoratet:

*Segmentering* Tilbakemeldingene fra sektoren og Oslo Economics' sammenligninger med andre land antyder at den foreslåtte segmenteringen representerer et rimelig kompromiss mellom behovet for å differensiere infrastrukturavgiftene (etter marginalkostnader og bæreevne) og gjennomsiktighet for togselskapene. Oslo Economics viser at en mer finmasket segmentering kan gi høyere inntekter for Bane NOR og økt belastning for togselskapene. Etter en samlet vurdering og av praktiske hensyn støtter direktoratet Bane NORs forslag til segmentering.

[...]

*Påslag* Bane NOR foreslår påslag for markedssegmentene Offentlig tjeneste (PSO), Hovedflyplass og Malm og mineraler. Ifølge analysene til Bane NOR og Oslo Economics, er det ikke grunnlag for å fastsette påslag for segmentene Kombi-/vognlast og Tømmer og flis. For disse segmentene viser analysene at innføringen av grunnprisen alene vil kunne resultere i nedgang i transportvolumet og tapte markedsandeler.

Den økonomiske bæreevnen til malmtransporten på Ofotbanen (LKAB) og det øvrige jernbanenettet (Nordlandsbanen ved Rana Gruber og kalktransporten på Brevikbanen) er vurdert til å være forskjellig. Bane NOR foreslår et påslag på henholdsvis 5 øre (Ofotbanen) og 3,36 øre (Nordlandsbanen og Brevikbanen) per brutto tonnkm. Ifølge Oslo Economics, kan det stilles spørsmål ved vurderingen om den finansielle bæreevnen til Rana Gruber. De konkluderer med at det ikke er grunnlag for å fastsette påslag for denne trafikken.

I følge Oslo Economics kan det finnes områder (relasjoner) innen markedssegmentene Kombi-/vognlast, Farlig gods, Tømmer/flis og Persontrafikk hvor det er rom for påslag. Innføring av slike påslag forutsetter imidlertid en mer finmasket markedssegmentering. Videre påpekes det at frakt av flydrivstoff til Gardermoen er sterkt konkurranseutsatt.

Direktoratet slutter seg til hovedtrekkene i Bane NORs forslag om påslag. Infrastrukturavgifter for persontrafikk innføres etter Bane NORs forslag. Det kan vurderes om det er rom for påslag for frakt av flydrivstoff.

Jernbanedirektoratets brev og rapporten fra Oslo Economics ble sendt Jernbanetilsynet, og det var bl.a. et møte mellom departementet og Jernbanetilsynet 21. januar 2018 hvor Jernbanetilsynet ga sine kommentarer til forslaget.

Jernbanetilsynet holdt også en presentasjon for Bane NOR og Jernbanedirektoratet i januar 2018 om markedssegmentering.

Bane NOR innhentet selv en rapport fra Oslo Economics som ble avgitt 25. juni 2018. I den rapporten har Oslo Economics identifisert flere andre mulige markedssegmenter og disse segmentenes tåleevne ble vurdert.

Rapporten har slik segmentering sammenliknet med Bane NORs implementeringsplan:

#### **Tabell 5-1: Vår segmentering sammenliknet med Bane NORs implementeringsplan**

##### **Segment Bane NORs implementeringsplan    Vår inndeling**

##### **Godstrafikk**

Kombi- og vognlast	Segmentet deles i 3 segmenter med ulik prislefølsomhet: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Kombi- og vognlast til og fra Nord-Norge</li> <li>• Kombi- og vognlast militært utstyr</li> <li>• Annen kombi- og vognlast</li> </ul>
Malm og mineraler	Beholdes
Farlig gods	Beholdes
Tømmer og flis	Beholdes



**Persontrafikk**

Offentlig tjeneste (PSO)	Innskrenkes til offentlig kjøp, fordi en infrastrukturavgift i PSO uten offentlig kjøp kan veltes over på trafikantene i motsetning til PSO med offentlig kjøp der avgiften kan veltes over på det offentlige.
Hovedflyplass	Utvides til segment uten offentlig kjøp, transport til hovedflyplass og andre tilbud med høy hastighet relativt til bil. Dette gir en klarere avgrensning av Flytogets virksomhet, og fanger også opp andre sammenlignbare tilbud, der det er aktuelt.
Andre Segmentet deles i to segmenter med ulik prisfølsomhet:	
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Uten offentlig kjøp uten veitilknytning</li> <li>• Andre tilbud uten offentlig kjøp</li> </ul>

Departementet fastsatte påslaget i brev til Bane NOR 14. november 2018. Departementet vurderte segmentene og påslagene slik:

**Segmenter påslaget gjelder for**

Før fastsettelse av påslag, må det ifølge § 6-3 tredje ledd foretas en analyse av hvilke markedssegmenter dette er aktuelt for. En slik analyse fremgår av kapittel 6 i Bane NORs plan av 14. juli 2017, og en videre utredning bekrefter at jernbanemarkedene kan deles inn i segmenter på denne måten.

Departementet finner at følgende segmenter er egnet for påslag:

- Transport av malm og mineraler. Transporttjenestene som utføres innenfor dette segmentet ligner på hverandre, selv om sluttbrukermarkedet kan være ulikt, og det er til dels ulike produkter som transporteres (jernmalm med ulik anrikingsgrad og kalk). Påslagene vil omfatte: o Transport på Ofofbanen av anriket jernmalm fra LKABs gruver i Kiruna for utskipping i Narvik. o Transport på Nordlandsbanen av jernmalm fra Rana Gruber i Ørtfjell til Gullsmedvik i Mo i Rana for anriking og utskipping. o Transport på Brevikbanen av kalk for Norcem.
- Hovedflyplass. Transporttjenestene som utføres innenfor dette segmentet omfatter tog som frakter flyplassreisende til og fra Oslo lufthavn på strekningen Drammen – Oslo lufthavn. Påslagene vil omfatte: o Flytoget. o NSB sine tog på strekningen som betjener Oslo lufthavn, unntatt fjerntog som betjener markedet nord for lufthavnen.
- PSO. Segmentet omfatter offentlige tjenesteytelser i henhold til avtale med staten på alle strekninger, inkludert Gjøvikbanen, med unntak av tjenester som faller inn under segmentet Hovedflyplass.

**Differensiering av påslag** Det er sentralt for departementet at det ikke foregår noen form for diskriminering mellom de ulike aktørene som det innkreves avgifter for, herunder påslag, i strid med forskriften. Som et generelt prinsipp for avgiftsfastsettelsen fremgår det derfor bl.a. av jernbaneforskriften § 6-2 at det skal innkreves «like avgifter for sammenlignbare tjenester innenfor samme markedssegment».

Bane NOR har foreslått ulike satser for påslagene, avhengig av om transporttjenestene utføres på strekning/strekningssområde Oslo lokal, Ofofbanen eller det øvrige jernbanenettet. Det er, bl.a. i Bane NORs brev av 3. april 2018 redegjort for hvordan ulike kostnadsnivåer på ulike strekninger/strekningssområder påvirker beregningen av påslaget. Det er ikke tilstrekkelig å vurdere segmentet isolert til typen tjeneste som utføres. Man må også ta hensyn til ulike forutsetninger for etableringen av tjenestene, fordi transportkjøperen er avhengig av at den utføres på en bestemt strekning. Dette gjelder også for segmentet «hovedflyplass», fordi brukerne av tjenesten skal til eller fra Oslo lufthavn. Segmenteringen inneholder etter omstendighetene derfor også et geografisk element. Siden formålet med påslag er å dekke infrastrukturforvalters kostnader, mener departementet det etter

omstendighetene kan være berettiget å fastsette ulike satser for påslag for ulike strekninger innenfor samme segment.

Bane NOR har foreslått ulike satser for påslaget innenfor segmentet om transport av malm og mineraler for transport på ulike strekninger, og dermed også for de ulike tjenestene nevnt ovenfor. Departementet slutter seg til Bane NORs vurdering av at de tre nevnte transporttjenestene ikke er fullt ut sammenlignbare. Transportene utføres med samme type togmateriell og på samme type infrastruktur, og kan derfor i teorien utføres av alle jernbaneforetak som er innrettet for å utføre denne typen transporter. Likevel er kjøperen av de tre typene tjenestene avhengige av at tjenestene utføres på en bestemt strekning, der formålet er å transportere en råvare fra utvinningsstedet til en utskipingshavn. Disse forholdene har betydning for hvem som er sluttbrukere av produktet som transporteres, og det påvirker priselastisiteten for transportene. Etter departementets syn er det derfor innenfor segmentet malm og mineraler rom for å differensiere påslaget på ulike strekninger, uten at dette innebærer forskriftsstridig forskjellsbehandling, fordi de ulike tjenestene ikke er fullt ut sammenlignbare.

**Tåleevne** Som nevnt ovenfor er det grunnleggende vilkåret i jernbaneforskriften § 6-3 for å fastsette påslag at «markedet tåler det». Bane NOR har vist for departementet at det for de nevnte markedssegmentene er grunnlag for å slå fast at dette vilkåret er oppfylt, slik at påslag kan fastsettes og innkreves.

Påslaget for 2019 er fastsatt etter en omfattende prosess hvor alle berørte parter har vært hørt. Som det er pekt på i rapporten fra Oslo Economics fra 2018, kan det tenkes flere segmenter enn det som departementet har lagt til grunn, men lagmannsretten kan ikke se at dette innebærer at det er gjort feil ved segmenteringen. Jernbaneforskriften § 6-3 tredje ledd pålegger bare en analyse som minst må omfatte godstransport, persontransport som er omfattet av en offentlig tjenesteytelse (PSO) og annen persontransport, og det fremgår at markedssegmentene skal analyseres ut fra nærmere angitte par. Det *kan* foretas ytterligere markedssegmentering, men det er ikke et pålegg. Det innebærer at det i en viss grad er adgang til å bestemme hvor finmasket eller grovmasket segmenteringen skal være uten at det vil være i strid med jernbaneforskriften eller det bakenforliggende EU-direktivet. Etter det som er opplyst, var det på det aktuelle tidspunktet heller ikke noen ensartet segmenteringspraksis i EU, og det var store variasjoner i hvor mange markedssegmenter det enkelte land opererte med.

Jernbanetilsynet har i sitt vedtak lagt til grunn at Oslo Economics ikke gir noen støtte for Bane NORs avgrensning av «hovedflyplass» i sin rapport. Ove Skaug Halsos fra Oslo Economics ga i sin forklaring for lagmannsretten uttrykk for at Jernbanetilsynet ikke har grunnlag for et slikt syn, og at det ikke er noe i deres rapporter som kan tas til inntekt for at Bane NORs segmentering er uriktig. Han pekte på at togene til Oslo Lufthavn har høy hastighet og at det skiller dem fra annen jernbanetransport. Etter hans vurdering var det ingen risiko for at etterspørselen vil bli påvirket negativt ved betaling av slikt påslag som er bestemt for segmentet «hovedflyplass». Han opplyste at også Sverige har et segment for høyhastighetstog. Lagmannsretten oppfatter det slik at Jernbanetilsynet her har tillagt rapportene fra Oslo Economics et annet innhold enn det er grunnlag for.

Det sakkyndige vitnet som Jernbanetilsynet har engasjert i saken, Christian Riis som er professor i samfunnsøkonomi ved Handelshøyskolen BI, har i sin forklaring vært kritisk til flere av de vurderinger som er foretatt av Bane NOR og Oslo Economics, mens professor von der Fehr i hovedsak har funnet vurderingene forsvarlige. Det er lagmannsrettens syn at faglig uenighet på et høyt faglig nivå om kvaliteten på markedssegmenteringen og tåleevnevurderingen ikke betyr at segmenteringen er utilstrekkelig eller uriktig. Den segmentering og tåleevnevurdering som Bane NOR har foretatt for 2019 har vært undergitt en omfattende behandling og kvalitetssikring. Slik saken er opplyst, kan ikke lagmannsretten se at det hefter feil ved denne som er av betydning for Flytogets plikt til å betale påslaget for 2019.

#### 5.4.4 Kravet til likebehandling

Jernbanetilsynet har lagt til grunn at kravet til likebehandling ikke er oppfylt. Begrunnelsen for dette er svært knapp. Det kan synes som om Jernbanetilsynet mener at vilkåret ikke er oppfylt fordi det er foretatt mangelfull analyse av markedssegmentene.

Som det fremgår av punkt 5.2.4 mener lagmannsretten at det ikke er noen nødvendig sammenheng mellom disse spørsmålene. Lagmannsretten kan ikke se at det er noen konkrete forhold som tilsier at

likebehandlingsprinsippet er brutt for 2019. Det er ingen konkurranse mellom segmentene. Det er ikke påvist noen forskjellsbehandling hverken mellom segmentene eller innen det enkelte segment – i alle fall ikke av en karakter som lagmannsretten finner må tillegges betydning for påslaget som er pålagt Flytoget.

### 5.4.5 Oppsummering og konklusjon

Etter lagmannsrettens vurdering er avgiftene for 2019 basert på en forsvarlig vurdering av aktuelle markedssegmenter og vurdering av tålegrensen for disse. Lagmannsretten kan ikke se at det er grunnlag for å reise innvendinger mot at «hovedflyplass» er vurdert som et eget segment og den avgrensningen som er foretatt av dette segmentet ved departementets fastsettelse av påslagene for 2019.

Lagmannsretten kan heller ikke se at det er påvist noen forskjellsbehandling av aktørene innen segment «hovedflyplass» som saken gjelder, eller noen forskjellsbehandling for øvrig som får betydning for påslaget som er ilagt Flytoget.

Det er ikke påvist feil som kan begrunne Jernbanetilsynets konklusjon om at påslaget for 2019 var uhjemlet. Jernbanetilsynets vedtak for så vidt gjelder påslaget for 2019 må derfor oppheves. Det gjelder også pålegget om stans i videre innkreving for 2019.

## 5.5 Alternativ hjemmel

Bane NOR har som alternativ hjemmel påberopt at det også ville ha vært grunnlag for brukerbetaling for Gardermobanen etter fordelingsforskriften § 4-6 tredje ledd som særskilt investeringsprosjekt. Selv om dette er et nærliggende alternativt hjemmelsgrunnlag, både ut fra historikken til Gardermobanen, senere karakteristikker av brukerbetalingen, og ikke minst fordi avgiften for 2018 i nettveilederen som ble publisert i desember 2016 er omtalt under overskriften «bruksbetaling for spesialbygget infrastruktur», har Jernbanetilsynet ikke vurdert dette i sitt vedtak. Når Jernbanetilsynet har konkludert med at brukerbetalingen for 2017 og 2018 «manglet hjemmel» og påla tilbakebetaling, burde etter lagmannsrettens syn også dette alternative hjemmelsgrunnlaget vært vurdert. Lagmannsretten mener dette burde vært gjort selv om Bane NOR i klageomgangen har behandlet brukerbetalingen som «påslag», og at Samferdselsdepartementet har gitt uttrykk for samme forståelse i brev 9. april 2018. Slik lagmannsretten har vurdert tilbakebetalingsspørsmålet, er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette.

## 6. Konsekvensene av feil – reaksjonsvalget

Som det fremgår av punkt 5.4.5 over, mener lagmannsretten at det ikke er påvist feil som kan begrunne Jernbanetilsynets konklusjon om at påslaget for 2019 var uhjemlet, og at vedtaket derfor må oppheves for dette året.

For 2017 og 2018 er det imidlertid flere feil, og spørsmålet er hvilke konsekvenser dette skal ha for Flytogets betalingsplikt – om det som «korrigerende tiltak» skal pålegges Bane NOR en plikt til å betale tilbake det som overstiger avgift basert på direkte kostnad.

### 6.1 Feilene i nettveiledningene for 2017 og 2018

Som det fremgår over, er lagmannsretten av den oppfatning at nettveiledningene for 2017 og 2018 inneholdt feil. Den informasjonen som er gitt om infrastrukturavgifter og påslag, oppfylte ikke fullt ut fordelingsforskriftens krav eller kravene i direktiv 2001/14/EF. Dette gjelder både den generelle informasjonen om infrastrukturavgifter og om påslag/brukerbetaling for Gardermobanen. Det er imidlertid lagmannsrettens oppfatning at disse feilene i seg selv ikke kan få som konsekvens at Bane NOR skal pålegges å tilbakebetale deler av innbetalt avgift. Feilene er ikke av en slik art at de kan ha hatt betydning for Flytogets disposisjoner, og det er heller ikke andre forhold som tilsier at Flytoget kan bygge noen rettigheter på disse feilene.

Etter lagmannsrettens syn er det avgjørende for utfallet av saken hvorvidt den innkrevde avgiften for de tre årene var materielt berettiget.

## 6.2 Feil ved fastsettelse av brukerbetalingen/påslag for Gardermobanen for 2017 og 2018

Som det fremgår over, mener lagmannsretten at det er flere feil ved departementets fastsettelse av infrastrukturavgifter og påslag for årene 2017 og 2018. Dette er særlig knyttet til at det ikke er foretatt en fullstendig analyse av alle markedssegmenter og deres tåleevne.

Spørsmålet er hvorvidt de påviste feilene ved markedssegmenteringen gir tilstrekkelig grunn til å pålegge Bane NOR å tilbakebetale den del av avgiften som overstiger direktekostnaden (dvs. grunnavgiften) for de to årene.

Som det fremgår i punkt 4.4 over, er lagmannsretten av den oppfatning at Jernbanetilsynet etter omstendighetene har kompetanse til å pålegge tilbakebetaling. Hvorvidt det i dette tilfellet skal pålegges tilbakebetaling, må bero på en konkret vurdering. Lagmannsretten står fritt til å overprøve Jernbanetilsynets vurdering – også hensiktsmessighetskjønnet.

Lagmannsretten har kommet til et annet resultat enn tingretten og mener det ikke er tilstrekkelig grunnlag for å pålegge tilbakebetaling for noen av årene.

Innledningsvis bemerker lagmannsretten at det er hjemmel både i fordelingsforskriften og jernbaneforskriften, og i de to tilhørende EU-direktivene, for å innkreve avgift i tillegg til den alminnelige brukeravgiften. Dette kan enten skje som påslag til den generelle brukeravgiften eller som betaling for særskilt infrastruktur. De feilene som lagmannsretten mener Bane NOR har begått, er først og fremst av prosessuell art. Lagmannsretten er ikke i tvil om at det ved en riktig og fullstendig analyse av alle segmenter og deres tåleevne fortsatt ville vært grunnlag for påslag for Gardermobanen av den størrelse som er innkrevd.

Det er etter lagmannsrettens syn riktig som Jernbanetilsynet har anført, at regelverket legger opp til at det er «full dekning for infrastrukturforvalters kostnader» som er rammen for hva som kan kreves ved påslag, og at dette henviser til kostnadene på hele jernbanenettet – ikke bare på geografisk begrensede områder. Det innebærer imidlertid bare at rammen for hva som kan kreves inn som påslag er vesentlig høyere enn kostnadsrammen for Gardermobanen. Det er ingen plikt for infrastrukturforvalter til å innkreve fulle kostnader, jf. at påslag *kan* fastsettes. Dette i motsetning til grunnavgiften som infrastrukturforvalter *skal* innkreve. Lagmannsretten ser det ikke tvilsomt at kostnadsrammen som er lagt til grunn for innkreving av brukeravgift/påslag for Gardermobanen ligger godt innenfor den rammen som følger av påslagsbestemmelsen i hhv. fordelingsforskriften og jernbaneforskriften.

Lagmannsretten bemerker også at vurdering av hvilke konsekvenser de feilene som er begått skal ha for Flytogets betalingsplikt, må veies opp mot andre sentrale hensyn bak EU-direktivene og de norske avgiftsreglene. Det er en uttalt målsetning ved jernbanereformen i Norge at brukerne i større grad skal betale de faktiske kostnadene. Det er også et av hovedhensynene bak omleggingen av avgiftssystemet ved implementeringen av direktiv 2012/34/EU i jernbaneforskriften som trådte i kraft 1. januar 2017. Konsekvensen av en tilbakebetaling vil være at Flytoget betaler en vesentlig mindre andel av de faktiske kostnadene enn tidligere.

Ved vurderingen av hvilke konsekvenser feilene som er begått skal ha for Flytogets betalingsplikt, er det etter lagmannsrettens syn også relevant til å se hen til den historiske begrunnelsen for brukerbetalingen. Gardermobanen ble bygget som et særlig infrastrukturtiltak for å betjene hovedflyplassen. Banen var opprinnelig eiet av NSB Gardermobanen AS – nå Flytoget, som uten den omorganiseringen som ble gjennomført i 2000, selv hadde vært infrastrukturforvalter for Gardermobanen. Flytoget hadde da måttet bære alle kostnadene – både investeringskostnader og driftskostnader – i den utstrekning disse ikke hadde kunnet vært veltet over på andre ved innkreving av infrastrukturavgift og påslag. Stortingets forutsetning for omorganiseringen og refinansieringen av Flytoget i 2000 var at kostnadene til drift og vedlikehold skulle dekkes gjennom brukerbetalning, noe også Flytoget er avtalemessig forpliktet til gjennom avtalen fra 2001. Brukeravgiften har vært fastsatt i forbindelse med Stortingets budsjettbehandling hvert år kort før det aktuelle avgiftsåret, men de økonomiske rammevilkårene har likevel vært stabile og forutsigbare for Flytoget.

Det er heller ingen opplysninger om at den praksisen som har vært fulgt – og som også ble fulgt i 2017 og 2018 – har påvirket Flytogets søknader om infrastrukturtilgang eller andre disposisjoner. Dette har i stor grad vært styrt av de langsiktige avtalene Flytoget har inngått om prioritert tilgang til Gardermobanen. Lagmannsretten er

enig med Jernbanetilsynet i at avtalene må vike for senere bindende regulering i norsk rett og i implementerte EU-direktiver. Bakgrunnen for innføringen av brukerbetalingen på Gardermobanen og de langsiktige avtaleforpliktelser Flytoget har, er etter lagmannsrettens syn likevel av betydning for hva som er en hensiktsmessig og rimelig reaksjon.

Lagmannsretten bemerker også at Flytoget selv har vært med på å påvirke kostnadsnivået gjennom medvirkning til fastsettelse av vedlikeholdsplanen for banen i samsvar med avtalen som i sin tid ble inngått med Jernbaneverket. I denne situasjonen fremstår det etter lagmannsrettens syn lite rimelig at Flytoget fritas for å betale deler av drifts- og vedlikeholdskostnadene som Bane NOR allerede har brukt på drift og vedlikehold for å oppfylle sine avtaleforpliktelser.

Etter lagmannsrettens syn er heller ikke tilbakebetalingsplikt et nødvendig tiltak for å rette de aktuelle feilene. Feilene er knyttet til Bane NORs etterlevelse av avgiftsbestemmelsene for hele jernbanenettet – ikke bare for Flytoget. Som det fremgår over, er lagmannsretten av den oppfatning at avgiften som er innkrevd fra Flytoget ikke overstiger det som kunne vært innkrevd fra Flytoget ved riktig anvendelse av avgiftsbestemmelsene. Feilene kan ha hatt betydning for aktører i andre segmenter, men det er ikke avgjørende ved vurderingen av hvilken betydning feilene skal ha for Flytogets betalingsplikt.

Selv om den mangelfulle segmenteringen innebærer at det ikke kan utelukkes at andre aktører også skulle vært ilagt et påslag, framstår dette ikke som et vesentlig brudd på likebehandlingsprinsippet, i og med at det ikke framstår som sannsynlig at annen persontrafikk ville vært ilagt påslag. Lagmannsretten er derfor ikke enig med Jernbanetilsynet i at likebehandlingsprinsippet er brutt på en slik at det ikke var grunnlag, faktisk og rettslig, for å ilegge brukerbetalning for Flytoget og NSB på Gardermobanen. Lagmannsretten viser her til gjennomgangen i pkt. 5.2.4 ovenfor.

Etter lagmannsrettens syn er en fullt mulig reaksjon for å rette på de feilene som er begått å pålegge en annen segmentering eller en annen analyse. Det er etter lagmannsrettens syn innenfor Jernbanetilsynets kompetanse som tilsynsorgan å gi anvisning på hvordan analysen av segmenter og markedenes tåleevne konkret skal gjøres for å oppnå samsvar med forskriftene og direktivene. Det griper ikke inn i Jernbanetilsynets uavhengighet som tilsynsorgan. Jernbanetilsynet har i stor grad begrenset seg til å påpeke feil uten å si hvordan Bane NOR på riktig måte skal etterleve forskriftene og direktivene.

Etter en samlet vurdering har lagmannsretten kommet til at pålegg om tilbakebetaling ikke er et hensiktsmessig eller forholdsmessig tiltak for å korrigere de feil som er påvist. Jernbanetilsynets vedtak for 2017 og 2018 må derfor oppheves også for disse to årene.

## Sakskostnader

Bane NOR har vunnet saken og har som utgangspunkt krav på å få erstattet sine sakskostnader etter tvisteloven § 20-2 første og andre ledd, jf. også § 20-9 andre ledd. Lagmannsretten har likevel kommet til at tungtveiende grunner gjør det rimelig å frita Jernbanetilsynet fra sakskostnadsansvaret for begge instanser, jf. § 20-2 tredje ledd. Saken har reist flere prinsipielle spørsmål, og har budt på slik tvil at det har vært god grunn for Jernbanetilsynet å få den prøvd for retten.

Partene bærer derfor hver sine sakskostnader.

Dommen er enstemmig.

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist på grunn av sakens kompleksitet og omfang, samt dommernes øvrige gjøremål.

### DOMSSLUTNING

1. Vedtak truffet av Statens jernbanetilsyn 23. mai 2019 oppheves.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke, hverken for tingretten eller lagmannsretten.