

Bane NOR SF
Postboks 4350
2308 HAMAR

Postboks 7113 St. Olavs plass
NO-0130 Oslo

Att.: Elling Olav Longva

Besøksadresse:
Karl Johans gate 41 B, Oslo
Telefon: 22 99 59 00
Telefaks: 22 99 59 03
post@sjt.no
www.sjt.no

Saksbehandler: Tonje Merete Andresen, 22995927
Vår ref.: 19/2-6 FELLES-71
Deres ref.:
Dato: 23.05.2019

Vedtak i klage fra Flytoget AS på Bane NOR SF sin innkreving av infrastrukturavgifter i 2017, 2018 og 2019

1 Innledning

Statens jernbanetilsyn («tilsynet») viser til varsel om vedtak av 29. juni 2018 etter klage fra Flytoget AS v/ Brækhus Advokatfirma DA («Flytoget») datert 19. desember 2017. Det vises også til kommentarer fra Bane NOR SF («Bane NOR»)¹ og Flytoget² til varselet.

Flytoget klager på Bane NORs innkreving av infrastrukturavgifter i 2017, 2018 og 2019. Flytoget mener at avgiftene ikke oppfyller vilkårene i jernbanelovgivningen og dermed mangler hjemmel for innkreving. Flytoget påklager Bane NORs innkreving av infrastrukturavgifter etter jernbaneforskriften § 6-2(3), § 6-2(4) og § 6-3, omtalt av tilsynet som henholdsvis avgift basert på direkte kostnad, kapasitetsavgift og påslag.

Klagen omhandler flere forhold i fordelingsforskriften³ og jernbaneforskriften⁴, herunder vilkår for innkreving av avgifter, infrastrukturforvalters plikter til å gi rettidig og tilstrekkelig informasjon om avgifter, samt rollefordelingen mellom Bane NOR og Samferdselsdepartementet ved fastsettelse av avgifter.

Tilsynet har i forbindelse med saksbehandlingen innhentet skriftlig informasjon fra Bane NOR⁵, Flytoget⁶ og Samferdselsdepartementet⁷. Det har vært avholdt møter med Flytoget 19. januar 2018, Bane NOR 25. april 2018 og Samferdselsdepartementet 16. august og 21. september 2018. Tilsynet har i tillegg til kommentarer fra Bane NOR og Flytoget, mottatt skriftlige kommentarer fra Samferdselsdepartementet⁸.

¹ Brev av 3. september 2018, 27. september 2018, 10. desember 2018 og 19. desember 2018.

² Brev av 17. september 2018, 1. oktober 2018 og 7. november 2018.

³ Forskrift om fordeling av jernbaneinfrastrukturkapasitet og innkreving av avgifter for bruk av det nasjonale jernbanenettet av 5. februar 2003 nr. 135.

⁴ Forskrift om jernbanevirksomhet, serviceanlegg, avgifter og fordeling av infrastrukturkapasitet mv. av 20. desember 2016 nr. 1771.

⁵ Brev av 19. februar 2018, 28. februar 2018 og 6. april 2018.

⁶ Brev av 16. mars 2018, 18. april 2018 og 13. juni 2018.

⁷ Brev av 9. april 2018.

⁸ Brev av 31. oktober 2018.

Etter tilsynets vurdering er det fordelingsforskriften som er gjeldende regelverk og hjemmelsgrunnlag for avgifter i ruteplanperiodene 2017 og 2018, mens jernbaneforskriften gjelder for avgifter i ruteplanperioden 2019, se nærmere utdypning i avsnitt 5.5.

Tilsynet finner at vilkår for innkreving av påslag etter fordelingsforskriften § 4-6 og jernbaneforskriften § 6-3 fra Flytoget ikke var/er oppfylt i 2017, 2018 og 2019. Tilsynet pålegger derfor Bane NOR tilbakebetaling og stans i videre innkreving av avgiften som Flytoget har blitt avkrevd i 2017 og 2018, og avkreves i 2019, som overstiger avgift basert på direkte kostnad og kapasitetsavgift. Flytoget gis ikke medhold i at avgift basert på direkte kostnad og kapasitetsavgift, jf. fordelingsforskriften § 4-5 annet og tredje ledd og jernbaneforskriften § 6-2(3) og (4), skulle vært beregnet på grunnlag av en analyse av markedssegmenter på tilsvarende måte som påslag.

Vedtaket er disponert slik:

1	Innledning	1
2	Sakens faktum	2
3	Partenes anførsler	6
4	Tilsynets rolle og myndighet	9
5	Rettslig grunnlag	15
6	Tilsynets vurdering av klagen	26
7	Vedtaket	42

2 Sakens faktum

2.1 Om infrastrukturavgifter i Norge

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 Jernbaneverket⁹ som underliggende etat. Jernbaneverket var infrastrukturforvalter på jernbanenettet, og beregnet og krevde inn avgiftene. Avgiftene ble frem til 31. desember 2016 kun avkrevd enkelte typer godstransport med jernbane¹⁰ og fra person- og godstransport for bruk av Gardermobanen¹¹. Avgiftene for øvrig var satt til kr. 0.

Fra og med 2017 har avgiftsordningen i Norge blitt gradvis utvidet og endret.

Den 1. januar 2017 trådte jernbaneforskriften i kraft. Blant endringene var overføringen av ansvaret for å fastsette infrastrukturavgifter fra Samferdselsdepartementet til infrastrukturforvalter, det vil si Bane NOR, som med jernbanereformen¹² fra 1. januar 2017 overtok oppgavene som infrastrukturforvalter fra Jernbaneverket. Tilsynet vil referere til Jernbaneverket som Bane NOR også i perioden frem til 2017.

⁹ Infrastrukturforvaltningen var frem til 1996 i NSB, da Jernbaneverket ble opprettet.

¹⁰ Det har vært ulik vektgrense og differensiert på vognlast og kombinerte godstransporter i perioden 1990-2017.

¹¹ Gardermobanen er avgrenset til strekningen mellom Etterstad og Eidsvoll.

¹² Meld. St. 27 (2014-2015) *På rett spor — Reform av jernbanesektoren*.

Samferdselsdepartementet ba i juli 2016 Bane NOR om å legge frem en implementeringsplan for gjennomføring av bestemmelsene i direktiv 2012/34/EU¹³ vedrørende infrastrukturavgifter.¹⁴ I dokumentet «Infrastrukturavgifter - implementeringsplan» (heretter «implementeringsplanen for infrastrukturavgifter» eller bare «implementeringsplanen») av 14. juli 2017 beskriver Bane NOR hvilke avgifter foretaket planlegger å innføre fra og med 1. januar 2018 og frem til 2021.

I 2017 ble også avgiftsordningen i Norge utvidet. Infrastrukturavgiftene som ble innkrevd i 2017 ble fastsatt av Stortinget i 2016, som i statsbudsjettet vedtok innføring av to nye avgifter. På hele jernbanenettet ble det innført en generell avgift for bruk av infrastruktur for alle typer jernbanetransporttjenester. De eksisterende avgiftsordningene, det vil si for bruk av Gardermobanen og for godstog med tillatt aksellast over 25 tonn, ble unntatt denne nye generelle infrastrukturavgiften. Det ble også innført en «kapasitetsavgift» for bruk av jernbaneinfrastrukturen rundt Oslo, Bergen, Trondheim og Stavanger.¹⁵

Etter hva tilsynet er kjent med ble infrastrukturavgifter i 2018 og 2019 fastsatt av Bane NOR. Infrastrukturavgiftene «brukeravgifter på Gardermobanen» i 2018 og «påslag» i 2019 ble imidlertid fastsatt av Samferdselsdepartementet.¹⁶

2.2 Bane NORs innkreving av infrastrukturavgifter fra Flytoget

Infrastrukturforvalter var et forvaltningsorgan underlagt Samferdselsdepartementet frem til 1. januar 2017, da Bane NOR ble etablert som et statsforetak som er heleid av staten ved Samferdselsdepartementet. Flytoget er aksjeselskap som er heleid av staten ved Nærings- og fiskeridepartementet. Flytoget driver persontransport på jernbanestrekningen mellom Drammen/Stabekk/Oslo S og Oslo lufthavn. På strekningen mellom Etterstad og Oslo lufthavn kjører Flytoget på Gardermobanen.

2.2.1 Avgiftsinnkreving fra Flytoget før 2017 – brukerbetaling på Gardermobanen

Fra 2000 til 2016 innkrevde Bane NOR fra Flytoget en avgift for bruk av Gardermobanen. Flytoget betalte ikke for å kjøre på øvrige deler av jernbaneinfrastrukturen.

Forslag om at Gardermoen skulle bygges ut som ny hovedflyplass for Oslo-området med ny jernbaneforbindelse fra Oslo til Eidsvoll ble lagt frem i St.prp. nr. 90 (1991-1992). Det het i proposisjonen at utbyggingen av jernbanen var en lønnsom investering som helt eller delvis kunne finansieres gjennom brukerbetaling fra NSB Gardermobanen AS (driftsdelen ble senere etablert som Flytoget AS).

Etter utbyggingen ble det i NOU 1999: 28 *Gardermoprojektet. Evaluering og gjennomføring* slått fast at Gardermobanen ikke var bedriftsøkonomisk lønnsom og at NSB Gardermobanen AS ikke ville være i stand til å tilbakebetale investeringskostnadene som forutsatt.

NOU 1999: 28 ble fulgt opp i St.prp. nr. 52 (1999-2000) *Om NSB Gardermobanen AS og oppfølging av NOU 1999: 28 Gardermoprojektet. Evaluering av planlegging og gjennomføring*. Samferdselsdepartementet viste her til at brukerbetaling var et viktig prinsipp for Stortingets

¹³ DIRECTIVE 2012/34/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 21 November 2012 establishing a single European railway area (recast).

¹⁴ Brev av 8. juli 2016 fra Samferdselsdepartementet til Bane NOR med tittel «Jernbanereformen – utvikling av incentiver til forretningsmessig drift og høy driftsstabilitet».

¹⁵ Prop. 1 S (2016-2017).

¹⁶ I henholdsvis Prop. 1 S (2017-2018) og i brev av 14. november 2018 fra Samferdselsdepartementet til Bane NOR med tittel «Fastsettelse av påslag på infrastrukturavgifter for visse markedssegmenter på jernbanen».

utbyggingsvedtak og at det derfor ville være prinsipielt galt å avvike fra dette prinsippet så lenge det forelå betalingsevne fra selskapene som skulle bruke banen.¹⁷

I tiden mellom utbyggingsproposisjonen i 1991-1992 og St.prp. nr. 52 (1999-2000) hadde EU-kommisjonen lagt frem første jernbanepakke med forslag til et nytt direktiv om infrastrukturavgifter. «Brukerfinansiering og forholdet til EUs jernbanepakke» var omtalt i kapittel 6.4 i St.prp. nr. 52 (1999-2000). Det ble her vist til direktivforslagets prinsipper om ikke-diskriminering i avgiftsfastsettelsen og til at forslaget åpnet for fastsettelse av avgiftsforhøyelser i, blant annet, individuelle markedssegmenter. I proposisjonen ble det lagt til grunn at EØS-regelverket forutsatte at operatørene på Gardermobanen, det vil si daværende NSB BA og Flytoget, ble behandlet likt ved innkreving av brukerbetaling. Gardermobanen ble nevnt som et eksempel på et markedssegment, uten videre omtale.¹⁸ Departementet foreslo innføring av brukerbetaling på Gardermobanen, og at denne skulle settes slik at den dekket drifts- og vedlikeholdskostnadene på banen.

Med Innst. S. nr. 237 (1999-2000) ble brukerbetaling innført under ny budsjettpost i kap. 4350 post 07 Betaling for bruk av Gardermobanen.

Avgiften på Gardermobanen har siden innføringen i 2000 og frem til 2017 vært omtalt i Samferdselsdepartementets budsjettproposisjoner¹⁹ og Bane NORs nettveiledninger²⁰ som «betaling / avgift / pris for bruk av Gardermobanen», «brukerbetaling», «brukeravgift», «brukerfinansiering», «bruksbetaling for spesialbygget infrastruktur» og «særskilt pris for all togtransport på Gardermobanen». Det fremgår ikke av disse hva som har vært hjemmelsgrunnlaget i jernbanelovgivningen for brukerbetalingen. «Brukerbetaling» eller de tilsvarende begrepene som har blitt brukt om avgiften gjenfinnes ikke i det dagjeldende regelverket²¹ om infrastrukturavgifter.

2.2.2 Avgiftsinnkreving fra Flytoget etter 2017

Fra 2017 har som nevnt avgiftsordningen i Norge generelt blitt endret og utvidet. Fra og med 2017 har Bane NOR innkrevd tre ulike infrastrukturavgifter fra Flytoget:

- en avgift som skal reflektere kostnadene som oppstår som en direkte følge av togtjenesten (omtalt av Bane NOR som grunnpris, sporpris eller avgift basert på direkte kostnad)
- en avgift som skal reflektere knapp infrastrukturkapasitet (omtalt av Bane NOR som kapasitetspris eller kapasitetsavgift²²)
- en tilleggsavgift for bruk av Gardermobanen eller hele strekningen som Flytoget kjører på (tilleggsavgiften som ble innkrevd i 2017 og 2018 er omtalt av Bane NOR som brukerbetaling og påslag, mens tilleggsavgiften som innkreves i 2019 kun omtales av Bane NOR som påslag)

I 2017 og 2018 var tilleggsavgiften som Bane NOR innkrevde fra Flytoget utformet på tilsvarende måte som brukerbetalingen som ble innkrevd før 2017. Avgiften ble innkrevd for bruk av Gardermobanen og ifølge Bane NOR beregnet på grunnlag av drifts- og

¹⁷ Side 29.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Samferdselsdepartementets budsjettproposisjoner for budsjettårene fra 2001 til 2018.

²⁰ Bane NORs nettveiledning («Network Statement») for ruteplanperiodene fra 2005 til 2018.

²¹ FOR-2001-12-04-1332 (fordelingsforskriften for jernbanenettet), FOR-2003-02-05-135 (fordelingsforskriften for jernbanen), FOR-2006-01-24-70 (endr. i fordelingsforskriften) og FOR-2016-12-20-1771 (jernbaneforskriften).

²² Avgiftene var ulikt utformet i de aktuelle årene.

vedlikeholdskostnadene på banen. Avgiften ble avkrevd alle jernbaneforetak, både person- og godstrafikk, som kjørte på banestrekningen.

I 2019 har tilleggsavgiften som Flytoget betaler en annen utforming. Avgiften innkreves fra jernbaneforetak som Bane NOR har vurdert at tilhører et markedssegment som Bane NOR kaller «hovedflyplass»²³. Bane NOR definerer markedssegmentet som jernbaneforetak som driver persontransport på strekningen Drammen – Oslo lufthavn og som har rutemessig stopp på Oslo lufthavn. Ifølge Bane NOR fastsettes avgiften på grunnlag av Bane NORs faste og variable vedlikeholdskostnader i og rundt Oslo.²⁴

2.3 Klagen

Klagen fra Flytoget gjelder infrastrukturavgifter som Bane NOR har innkrevd i 2017 og 2018, og innkrever i 2019. Det er i hovedsak tilleggsavgiften som Bane NOR har innkrevd for bruk av Gardermobanen i 2017 og 2018, og innkrever på strekningen Drammen – Oslo lufthavn i 2019, som Flytoget påklager. Klagen gjelder også avgift basert på direkte kostnad og kapasitetsavgift. Flytoget mener at avgiftene ikke oppfyller jernbaneforskriftens vilkår og dermed mangler hjemmel for innkreving.

Vedrørende tilleggsavgiften for bruk av Gardermobanen i 2017 og 2018 viser Flytoget til at Bane NOR hevder at denne avgiften var et påslag etter jernbaneforskriften § 6-3. Flytoget mener at eventuelle påslag tidligst kunne innføres i 2019, og dermed ikke kunne innkreves i 2017 og 2018, som følge av jernbaneforskriftens krav til varsling ved innføring av påslag. Etter Flytogets oppfatning innebærer mangelen på overgangsbestemmelser i jernbaneforskriften at avgiften, uavhengig av hvor lik avgiften skulle være tidligere innkrevd avgift, måtte innføres på nytt etter jernbaneforskriftens ikrafttredelse. Flytoget mener at innføring av eventuelle påslag i henhold til jernbaneforskriften § 6-3(6) må varsles om i henhold til gitte tidsfrister, og at dette innebærer at påslag tidligst kunne innføres i 2019.

Flytoget viser til at Bane NOR i implementeringsplanen for infrastrukturavgifter selv ga uttrykk for at påslag ikke kunne innføres før i 2019 på grunn av varslingskravet i jernbaneforskriften. Den 10. oktober 2017 mottok Flytoget uten forvarsel brev fra Bane NOR om at Flytoget likevel ville bli avkrevd påslag allerede fra januar 2018, uten nærmere angivelse av hva som ville være beregningsgrunnlaget.

Flytoget mener at endringen ble pålagt Bane NOR av Samferdselsdepartementet i brev av 22. september 2017. I brevet viste departementet til at det i implementeringsplanen verken var lagt opp til innføring av påslag i 2018 eller til videreføring av avgiftsnivået for 2017 i 2018. Dette ville ifølge departementet medføre tapte inntekter for Bane NOR. Departementet skrev at de hadde lagt til grunn i statsbudsjettet for 2018 at Bane NOR ville kreve inn avgifter for bruk av Gardermobanen med tilhørende tjenester i 2018 på samme nivå som i 2017. Siden utgiftene til drift og vedlikehold av Gardermobanen er brukerbetalt og nettobudsjettet var dette ifølge departementet et viktig premiss for budsjettfremlegget.

Etter Flytogets oppfatning var fremgangsmåten for fastsettelse og varsling av avgifter for 2018 i strid med jernbaneforskriften § 6-1(1), § 6-2(1) og § 6-3.

²³ Bane NORs implementeringsplan av 14. juli 2017 side 38.

²⁴ Bane NORs Network Statement 2019 avsnitt 6.2.1.1.4.

Flytoget mener at tilleggsavgiften som Bane NOR innkrevde i 2017 og 2018 uansett ikke oppfylte jernbaneforskriftens vilkår for beregning og innkreving av påslag.

Vedrørende tilleggsavgiften som Bane NOR innkrever på strekningen Drammen – Oslo lufthavn i 2019, viser Flytoget tilsvarende til at Bane NOR hevder at denne avgiften er et påslag etter jernbaneforskriften § 6-3. Flytoget mener tilsvarende at flere av vilkårene som jernbaneforskriften stiller for innkreving av påslag, ikke er oppfylt. Etter Flytogets oppfatning hadde ikke Samferdselsdepartementet hjemmel til å fastsette avgiften. Flytoget anfører også at de ikke mottok informasjon om avgiften etter § 5-2 bokstav b i forkant av innkrevingen etter de tidsfristene som jernbaneforskriften stiller. Flytoget stiller derfor spørsmål ved om avgiften oppfyller vilkårene i jernbaneforskriften § 6-3 for beregning av påslag.

Flytoget mener videre at avgiften basert på direkte kostnad og kapasitetsavgiften som Bane NOR har innkrevd og innkrever i de aktuelle årene ikke er basert på korrekt beregningsgrunnlag. Etter Flytogets forståelse skulle beregningen av disse avgiftene vært basert på en analyse av markedssegmenter i henhold til jernbaneforskriften § 6-2(2), jf. § 6-3(3).

Flytoget påpeker at Bane NOR i etterkant av offentliggjøringen av nettveiledningen for ruteplan 2018 endret nettveiledningens opplysninger om infrastrukturavgifter. Flytoget mener at dette var i strid med jernbaneforskriften §§ 5-2 bokstav b og 6-2(1), hvor det stilles krav til at informasjon om infrastrukturavgifter skal fremgå i nettveiledningen.

Flytoget viser også til at jernbanereformen krever forutberegnelighet i priser og vilkår for tjenesteleveranser fra infrastrukturforvalter, for at kommersielle aktører skal kunne beregne lønnsomhet og justere kapasitet etter utviklingen i markedet.

3 Partenes anførsler

3.1 Flytogets anførsler

Flytoget anfører i klagen med senere korrespondanse at Bane NOR ikke hadde eller har hjemmel i 2017, 2018 og 2019 til å innkreve tilleggsavgift for bruk av hele/deler av strekningen de kjørte eller kjører på, avgift basert på direkte kostnad og kapasitetsavgift.

Flytoget anfører i det vesentlige:

1. Tilleggsavgiften som Bane NOR innkrevde i 2017 og 2018 for bruk av Gardermobanen oppfylte ikke vilkårene som jernbaneforskriften stiller for innkreving av påslag. Flere av de samme vilkårene er ikke oppfylt for tilleggsavgiften som Bane NOR innkrever i 2019 for kjøring mellom Drammen og Oslo lufthavn, og det er usikkert om de vilkårene som gjelder beregning av påslag er oppfylt. Flytoget viser til følgende vilkår for innkreving av påslag i jernbaneforskriften:
 - a. Infrastrukturforvalter skal fastsette avgiftsnivå, mens departementet skal fastsette struktur for avgiftssystemet, jf. §§ 6-2(1) og 1-2(3).
 - b. Infrastrukturforvalter skal analysere hvilke markedssegmenter påslag er relevante for før påslag fastsettes, jf. § 6-3(3).

- c. Vedrørende vilkår for beregning av påslag i § 6-3(1) og (2) viser Flytoget blant annet til at påslag bare kan fastsettes dersom markedet tåler det.
 - d. Nettveiledningen skal inneholde en liste over relevante markedssegmenter, jf. § 6-3(4). Utkast til og endelig versjon av nettveiledningen skal være utformet i henhold til krav i forskriftens kapittel 5, herunder inneholde opplysninger om påslagets størrelse og detaljert informasjon om beregningsmetode, jf. § 5-2 bokstav b.
 - e. Dersom en infrastrukturforvalter har til hensikt å endre de grunnleggende elementene i påslagene, skal endringene offentliggjøres senest tre måneder før fristen for offentliggjøringen av nettveiledningen, jf. § 6-3(6).
2. Avgiften basert på direkte kostnad og kapasitetsavgiften er ikke fastsatt på grunnlag av en analyse av markedssegmenter i henhold til jernbaneforskriften § 6-2(2), jf. 6-3(3).
 3. Bane NOR kan ikke endre opplysninger om avgifter i nettveiledningen etter tidsfristen i jernbaneforskriften for når nettveiledningen skal være offentliggjort, slik Bane NOR har gjort i nettveiledningen for ruteplan 2018. Slike endringer innebærer at de påkrevde opplysningene om avgiftsordningen ikke vil fremgå av nettveiledningen ved tidsfristen for offentliggjøring, i strid med jernbaneforskriften §§ 5-2 bokstav b og 6-2(1) siste punktum.

3.2 Bane NORs anførsler

Bane NOR mener at samtlige vilkår i jernbaneforskriften er oppfylt for infrastrukturavgiftene som Flytoget ble avkrevd i 2017 og 2018, og avkreves i 2019.

Bane NOR anfører i det vesentlige:

1. Tilleggsavgiften for bruk av Gardermobanen som Flytoget betalte 2017 og 2018 var et påslag etter jernbaneforskriften § 6-3, og har utgjort et påslag siden brukerbetaling på Gardermobanen ble innført i 2000. Det vises til St.prp. nr. 52 (1999-2000), hvor brukerbetalingen på Gardermobanen ble omtalt som en prisforhøyelse i et markedssegment. Tilleggsavgiften som Flytoget betaler for kjøring mellom Drammen og Oslo lufthavn i 2019 utgjør et påslag etter samme forskriftsbestemmelse. Vilårene i jernbaneforskriften for innkreving av påslag var og er oppfylt:
 - a. Påslaget på Gardermobanen ble opprinnelig innført av departementet / Stortinget i 2000 og det har vært dialog mellom Samferdselsdepartementet og Bane NOR om påslag gjeldende i 2017 og 2018. Departementet skal godkjenne fremtidige påslag før de innkreves.
 - b. Analysene av Gardermobanen som markedssegment som ligger til grunn for fastsettelse av påslag på Gardermobanen i 2017 og 2018, er de samme analysene som ble gjort i forkant av innføringen av avgiften i 2000. Analyse av markedssegmentet «hovedflyplass», som ligger til grunn for påslaget som Flytoget avkreves i 2019, er beskrevet i implementeringsplanen for infrastrukturavgifter av 14. juli 2017 og i Bane NORs dokument²⁵ datert 15. oktober 2017 «Infrastrukturavgifter: Påslag etter § 6-3 jernbaneforskriften».

²⁵ Dokumentet ble sendt til Samferdselsdepartementet i brev av 10. oktober 2017.

- c. Vurderinger av størrelsen på påslaget på Gardermobanen ble utført i forbindelse med innføringen av avgiften i 2000. Betalingen ble utformet slik at den oppfylte forskriftskravene til beregning av påslag, som er tilsvarende i 2017 og 2018 som i 2000. Det er dokumentert i Bane NORs dokument datert 15. oktober 2017 at påslaget som Flytoget avkreves i 2019 for kjøring mellom Drammen og Oslo lufthavn er beregnet i henhold til jernbaneforskriften § 6-3.
 - d. Nettveiledningen for ruteplan 2017 («Network Statement 2017») ble offentliggjort i desember 2015. På dette tidspunktet var ikke Bane NOR pålagt å inkludere en liste over markedssegmenter i nettveiledningen. Dette kravet ble først innført med jernbaneforskriften 1. januar 2017. En slik liste er inkludert i nettveiledningen for ruteplan 2018. Nettveiledningene for de aktuelle ruteplanene oppfyller jernbaneforskriftens innholds krav. Jernbaneforskriften stiller ikke et absolutt krav om at informasjon om avgiftsordningen etter § 5-2 bokstav b må være inntatt i høringsversjonen av nettveiledningen.
 - e. Det ble ikke gjort endringer i de grunnleggende elementene i påslaget som Flytoget betalte i 2017 og i 2018. Bane NOR var derfor ikke forpliktet til å varsle om disse påslagene etter varslingskravet i jernbaneforskriften § 6-3(6). Det er gjort grunnleggende endringer i påslaget som Flytoget betaler i 2019, og dette ble varslet i henhold til forskriftskravet.
2. Det er ikke like detaljerte krav til markedssegmentering ved fastsettelse av avgift basert på direkte kostnad og kapasitetsavgift som ved fastsettelse av påslag.
 3. Etter jernbaneforskriften § 5-1(2) siste punktum skal nettveiledningen ajourføres og endres ved behov. Opplysninger om avgifter i en nettveiledning kan derfor endres etter jernbaneforskriftens tidsfrist for offentliggjøring.

I tillegg har Bane NOR gitt følgende kommentarer etter tilsynets varsel om vedtak (hovedpunkter):

4. Det er Samferdselsdepartementet som har fastsatt påslaget som Flytoget avkreves, men varselet rettes mot Bane NOR. Bane NOR kan ikke holdes ansvarlig for regelverksbrudd som følger av instruks fra Samferdselsdepartementet, vedtak av Stortinget og av departementets uriktige implementering av direktivene.
5. Flytogets betaling for bruk av Gardermobanen ble formalisert gjennom en avtale²⁶ i 2001. Avtalen forplikter Flytoget når det gjelder flere sentrale forhold av betydning for klagen. Det er ikke gitt at en avtale er ugyldig selv om den strider mot regelverket.
6. Direktiv 2012/34/EU er ikke inntatt i EØS-avtalen. Direktiv 2001/14/EF²⁷ er opphevet i EU og det er dermed ingen EØS-rettslige forpliktelser til å ha regler som samsvarer med direktivet. Det EØS-rettslige presumsjonsprinsippet kan ikke strekkes så langt at det tilsidesetter en klar ordlyd.

²⁶ «Avtale mellom Jernbaneverket (JBV) og Flytoget AS (FT)» datert 26. februar 2001, bilag 1 til Bane NORs kommentarer av 27. september 2018 til varsel om vedtak.

²⁷ EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDS DIREKTIV 2001/14/EF av 26. februar 2001 om fordeling av jernbaneinfrastrukturkapasitet, innkreving av avgifter for bruk av jernbaneinfrastruktur og sikkerhetssertifisering.

7. Tilsynet har ikke eksplisitt hjemmel til å pålegge Bane NOR tilbakebetaling av allerede innkrevde avgifter, eller stans i fremtid innkreving. Læren om *condictio indebiti*²⁸ skulle tale mot tilbakebetaling.
8. Et vedtak som varslet vil ha negative konkurransemessige virkninger og innebære ulovlig statsstøtte.

3.3 Uttalelse fra Samferdselsdepartementet

Etter forespørsel²⁹ fra tilsynet bekrefter Samferdselsdepartementet i brev³⁰ til tilsynet at departementet anser tilleggsbetalingene på Gardermobanen i 2017, 2018 og 2019 som påslag etter jernbaneforskriften § 6-3.

4 Tilsynets rolle og myndighet

4.1 Tilsynet som markedsovervåkningsorgan

Jernbaneinfrastruktur er et såkalt naturlig monopol³¹. I mangel av konkurranse på tilbud av infrastrukturtenester er det i jernbanelovgivningen etablert en sektorspesifikk markedsregulering som blant annet skal forhindre monopolprising og sikre at infrastrukturforvalter som enetilbyder gir jernbaneforetak markedsadgang på ikke-diskriminerende³² vilkår.

Statens jernbanetilsyn er markedsovervåkingsorgan etter jernbaneloven³³ § 11b. Tilsynet overvåker og fører tilsyn med bestemmelser gitt i eller i medhold av jernbaneloven om konkurransen i markedene for jernbanetransport og behandler klager innenfor markedsovervåkingsorganets myndighetsområde, jf. § 11b første ledd.

Markedsovervåkingsorganets uavhengighet kommer til uttrykk i § 11b annet og tredje ledd, hvor det stadfestes at markedsovervåkingsorganet ikke kan instrueres, verken generelt eller i den enkelte sak. Videre kan ikke enkeltvedtak som markedsovervåker treffer påklages til eller omgjøres av overordnet myndighet.

Tilsynets oppgaver og myndighet som markedsovervåker er beskrevet i jernbaneforskriften kapittel 11. Etter jernbaneforskriften § 11-2(1) kan en søker som mener å ha blitt urettferdig behandlet, utsatt for forskjellsbehandling eller fått sine interesser krenket på annen måte, klage til Statens jernbanetilsyn. Nærmere angitte punkter for hva dette særlig gjelder er gitt i § 11-2(1) bokstav a-h. Særlig relevant for den aktuelle saken er følgende:

- a) utkast til og endelig versjon av nettveiledningen
- b) kriterier som er fastsatt i nettveiledningen
- d) avgiftsordningen
- e) nivået på eller strukturen til infrastrukturavgifter som søkeren må eller kan komme til å måtte betale

²⁸ *Condictio indebiti* (lat. «utsagn om ikke gjeld») er krav om tilbakebetaling av et beløp som betaleren ikke var forpliktet til å betale», se «Juridisk leksikon», 3. utgave 2007, av Jon Gisle med flere.

²⁹ Brev av 15. mars 2018.

³⁰ Brev av 9. april 2018 fra Samferdselsdepartementet til tilsynet med tittel «Forespørsel om informasjon ifm. klage på infrastrukturavgifter på Gardermoen som Bane NOR har innkrevd i 2017».

³¹ «Naturlig monopol» beskriver et marked hvor det er samfunnsøkonomisk mest effektivt med bare én markedsaktør, det vil si monopol. Det som kjennetegner denne typen virksomhet er at den ofte har høye faste kostnader og små marginale eller driftsavhengige kostnader. Eksempler på naturlige monopoler er blant annet kraftnett, veier, jernbane og havner. Se https://snl.no/naturlig_monopol.

³² «Ikke-diskriminering» brukes i vedtaket synonymt med «likebehandling» og «uten forskjellsbehandling».

³³ Lov om anlegg og drift av jernbane, herunder sporvei, tunnelbane og forstadsbane m.m. av 11. juni 1993 nr. 100.

Etter å ha mottatt en klage skal Statens jernbanetilsyn i henhold til § 11-2(2) ved behov innhente relevante opplysninger og ta initiativ til høring av alle berørte parter innen en måned. Tilsynet skal ta stilling til klagen og om nødvendig treffe tiltak for å avhjelpe situasjonen.

Tilsynet har etter § 11-1(1) og (7) også myndighet til å ta opp saker av eget initiativ og til å treffe beslutning om hensiktsmessige tiltak for å motvirke diskriminering, skadelig konkurransevridning og alle andre uønskede situasjoner i markedene for jernbanetjenester. Dette gjelder også ved klager fra søkere.

Tilsynets myndighet til å pålegge korrigerende tiltak er omtalt i større detalj i avsnitt 4.2 under.

De norske avgiftsbestemmelsene er, som omtalt senere i avsnitt 5.1, ment å gjennomføre i norsk rett EU-regelverket på området. I samsvar med jernbaneforskriften § 11-5 deltar tilsynet i samarbeidsfora med andre markedsovervåkningsorganer i EØS-området med sikte på harmonisert forståelse og praktisering av felles EØS-regelverk. Tilsynet deltar aktivt i arbeidsgrupper i Independent Regulators' Group – Rail (IRG-Rail) og i møter i European Network of Rail Regulatory Bodies (ENRRB) som er en ekspertgruppe under EU-kommisjonen.

Statlige tilsyn har en sentral rolle i gjennomføring av og kontroll med Norges EØS-forpliktelser. Statens jernbanetilsyn har som markedsovervåker dermed en viktig EU/EØS-funksjon med blant annet å påse at private og offentlige etater følger EU/EØS-reglene i sin virksomhet.³⁴

4.2 Tilsynets hjemmel til å gi pålegg om korrigerende tiltak, herunder tilbakebetaling og stans i fremtidig innkreving av avgifter

Tilsynsmyndigheten kan ifølge jernbaneloven § 11(5) gi pålegg om korrigerende tiltak. Det gjelder også tilsynsmyndigheten som markedsovervåkningsorgan. Som allerede nevnt i avsnitt 4.1 skal tilsynet ved behandling av en klage i henhold til jernbaneforskriften § 11-2(2) ta stilling til klagen og om nødvendig treffe tiltak for å avhjelpe situasjonen. Det følger av jernbaneforskriften § 11-2(3) at tilsynet i tilfelle av en klage på blant annet vilkårene for et tilbud om kapasitet, enten skal bekrefte at endring av infrastrukturforvalters beslutning ikke er nødvendig eller kreve en endring av den beslutningen etter nærmere retningslinjer.

Ifølge jernbaneforskriften § 11-1(7) skal tilsynet dessuten, som allerede nevnt, treffe beslutning om «hensiktsmessige tiltak for å motvirke diskriminering, skadelig konkurransevridning og alle andre former for uønskede situasjoner i markedene for jernbanetjenester.»

Det følger uttrykkelig av § 11-1(4) at tilsynet skal påse at avgifter som er fastsatt av infrastrukturforvalter er ikke-diskriminerende og i samsvar med kapittel 6. Kapittel 6 inneholder de konkrete bestemmelsene og vilkår som gjelder for beregning og innkreving av infrastrukturavgifter.

Tidligere fremgikk tilsynets myndighet til å treffe beslutning om nødvendige tiltak etter klage av fordelingsforskriften § 9-5 annet ledd («Statens jernbanetilsyn kan gi pålegg om korrigerende tiltak») og tidligere jernbaneforskrift³⁵ § 8-3. Den relevante formuleringen i tidligere jernbaneforskrift § 8-3 var beslutning om «nødvendige tiltak for å rette på en uønsket utvikling i markedet.»

³⁴ Se NOU 2012:2 «Utenfor og innenfor. Norges avtaler med EU» side 204.

³⁵ Forskrift om jernbanevirksomhet mv. på det nasjonale jernbanenettet av 10. desember 2012 nr. 1568.

Kjernen i det ulovfestede forvaltningsrettslige kravet til forholdsmessighet ved inngrep i den enkeltes rettigheter og plikter, er at forvaltningen kun skal bruke sin skjønnsmessige kompetanse der det er nødvendig, og der fordelene ved å gripe inn veier mer enn ulempene.³⁶ Tilsynet har derfor foretatt en vurdering av hvorvidt det er nødvendig å pålegge korrigerende tiltak i de tilfeller avgifter som infrastrukturforvalter innkrever for bruk av infrastruktur ikke oppfyller vilkårene i jernbanelovgivningen.

Reglene om avgifter i gjeldende jernbaneforskrift og i den tidligere fordelingsforskriften setter opp klare rammer for hvordan infrastrukturavgifter skal beregnes. Formålet med reglene om infrastrukturavgifter fremgår av fortalen til direktiv 2001/14/EF. Blant annet fremheves det i punkt 11 at avgiftsordningen må gi alle foretak lik adgang uten forskjellsbehandling. I punkt 16 heter det at avgiftsordningen må ta hensyn til rettferdig konkurranse. Det uttales også i punkt 40 at jernbaneinfrastruktur er et naturlig monopol, og at det derfor er nødvendig å oppmuntre til kostnadsreduksjon og effektiv forvaltning av infrastrukturen. Det aktuelle regelverket trekker med andre ord opp rammer for å legge til rette for effektiv utnyttelse av infrastrukturen og en rettferdig konkurranse på ikke-diskriminerende vilkår som følge av infrastrukturforvalters posisjon som naturlig monopolist. Tilsvarende formål og hensyn fremgår av direktiv 2012/34/EU.

Stans av ulovlig innkreving av avgifter anses av tilsynet å være et hensiktsmessig og nødvendig middel for å nå dette målet. Den strenge reguleringen av infrastrukturavgifter ville også uthules og oppnåelse av formålet med reglene hindres, hvis infrastrukturforvalter skulle kunne unnlate å forholde seg til reglene og likevel få beholde ulovlig innkrevde avgifter. Adgang til å pålegge tilbakebetaling anses derfor av tilsynet også for å være et nødvendig og hensiktsmessig middel for å oppnå formålet med reglene, og derfor også et nødvendig korrigerende tiltak etter jernbaneloven § 11(5) jf. jernbaneforskriften § 11-2(2) og § 11-2(3).

Reglene om tilsynets myndighet er utformet på bakgrunn av de tidligere nevnte EU-direktiver. EU-domstolens praksis om disse bestemmelsene er derfor relevant³⁷. I en prejudisiell avgjørelse av EU-domstolen fra 2017, sak C-489/15³⁸, legges det klart til grunn at å pålegge tilbakebetaling av uriktige innkrevde avgifter hører inn under tilsynsorganets myndighet.³⁹

Tilsynet mener på denne bakgrunn at dette er et hensiktsmessig, nødvendig og forholdsmessig korrigerende tiltak for å rette opp i feil fra infrastrukturforvalters side og nå målet med reglene.

Det kan også nevnes at Statens jernbanetilsyn tidligere har pålagt tilbakebetaling av infrastrukturavgifter, etter klage fra LKAB om avgifter på Ofotbanen.⁴⁰ Vedtaket i den nevnte saken er fra 2016, og på dette tidspunktet var det klageadgang på tilsynets vedtak som markedsovervåkingsorgan til Samferdselsdepartementet. Bane NOR klaget ikke den gang på vedtaket om tilbakebetaling, og tilsynets adgang til å gi slikt pålegg var ikke omstridt.

Videre nevnes for ordens skyld et eksempel fra forvaltningspraksis på at tilbakebetaling av avgifter også kan fremgå av mer generelle hjemler enn tilsynets konkrete hjemler nevnt ovenfor. Samferdselsdepartementet stadfestet ved vedtak av 3. mai 2017⁴¹ Kystverkets vedtak om

³⁶ Se «Alminnelig forvaltningsrett», 3. utgave 2007, av Hans Petter Graver, side 128.

³⁷ Se også avsnitt 5.2 nedenfor.

³⁸ Tilgjengelig her:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=196493&pageIndex=0&doclang=da&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2190787>

³⁹ Se blant annet premiss 95 flg.

⁴⁰ Vedtak av 04. oktober 2016 etter klage fra LKAB Malmtrafik AB vedrørende kjøreveisavgiften. Som omtalt i avsnitt 3.5 i dette vedtak har også Samferdselsdepartementet tidligere pålagt Bane NOR å tilbakebetale avgift.

⁴¹ Tilgjengelig her: <http://einnsyn.kystverket.no/einnsyn/RegistryEntry/ShowDocument?registryEntryId=296295&documentId=538143>.

tilbakebetaling som gyldig (kun størrelsen på pålegget ble noe justert). Kystverket fattet 27. juni 2016 vedtak med pålegg om at klager skulle stanse dagens praksis med å finansiere kostnader med anløpsavgift som ikke lovlig kan finansieres med slik avgift, rette tidligere innkrevet anløpsavgift, inntil kr. 18.098.013,- er tilbakeført til anløpsavgiftsområdet og identifisere og tilbakeføre overdekning i 2016. Kystverkets hjemmel til å pålegge tilbakebetaling av uriktig oppkrevde avgifter etter havne- og farvannsloven § 57, om at myndigheten etter loven kan pålegge den ansvarlige «å rette eller stanse forhold som er i strid med bestemmelser eller vedtak gitt i eller i medhold av loven», var ikke bestridt av klager. Klagers påstander rettet seg mot selve avgiftsfastsettelsen. Samferdselsdepartementet stilte ikke spørsmål ved Kystverkets adgang til å pålegge tilbakebetaling etter havne- og farvannsloven § 57.

4.3 Bane NORs plikter og ansvar når det gjelder regelverket for infrastrukturavgifter

Bane NOR anfører at de ikke kan holdes ansvarlig for regelverksbrudd som følger av instruksjer fra Samferdselsdepartementet, vedtak av Stortinget og av departementets uriktige implementering av direktivene. Herunder anfører Bane NOR at det ikke var mulig å ta inn avgifter i nettveiledningen i henhold til tidsfristen i jernbaneforskriften § 5-1(1), ettersom avgiftene først ble fastsatt av departementet i forbindelse med statsbudsjettet.

Tilsynet omtaler her Bane NORs status som pliktsubjekt etter jernbaneforskriftens bestemmelser om infrastrukturavgifter og Bane NORs selvstendige ansvar som utøver av offentlig myndighet for å tolke blant annet avgiftsreglene i tråd med EØS-retten.

4.3.1 Bane NOR som pliktsubjekt

Bane NOR anfører at de ikke kan holdes ansvarlig for regelverksbrudd som følger av instruksjer fra Samferdselsdepartementet, vedtak av Stortinget og av departementets uriktige implementering av direktivene. Herunder anfører Bane NOR at det ikke var mulig å ta inn avgifter i nettveiledningen i henhold til tidsfristen i jernbaneforskriften § 5-1(1), ettersom avgiftene først ble fastsatt av departementet i forbindelse med statsbudsjettet.

Tilsynet overvåker og fører tilsyn med at pliktsubjektene overholder bestemmelsene innenfor markedsovervåkingsorganets myndighetsområde. Bane NOR er som infrastrukturforvalter ett av pliktsubjektene. Det er Bane NOR som infrastrukturforvalter som innkrever avgifter fra jernbaneforetakene og som har myndighet til å fastsette avgifter for bruk av jernbaneinfrastruktur, herunder påslag. Videre plikter Bane NOR å oppfylle transparenskravene i regelverket. Bane NOR plikter med andre ord å overholde reglene blant annet i jernbaneforskriften kapittel 5 og 6 ved utarbeidelse av nettveiledning og fastsetting og innkreving av avgifter. Det vises til redegjørelsen for og vurderingen av disse bestemmelsene nedenfor i avsnitt 5.3 flg.

Bane NOR må som rettsanvender forholde seg til det samlede rettskildebildet, herunder fordelingsforskriften og jernbaneforskriften, samt presumsjonsprinsippet, som omtalt i avsnitt 5.2 under, og ikke kun til føringer fra departement og Storting. Tilsynet påpekte dette også i LKAB-vedtaket, se fotnote 40 over.

4.3.2 Bane NOR som offentlig myndighet

Det kan også nevnes at Bane NORs forgjenger Jernbaneverket var et forvaltningsorgan direkte underlagt Samferdselsdepartementet. Jernbaneverket var infrastrukturforvalter på det tidspunkt hvor nettveiledningen for ruteplan 2017 og 2018 ble offentliggjort henholdsvis i desember 2015

og 2016. Jernbaneverket hadde som myndighetsutøver et selvstendig ansvar for å tolke reglene i tråd med EØS-retten.

Bane NOR ble opprettet 1. januar 2017, er et statsforetak 100 % eid av staten ved Samferdselsdepartementet og er i all hovedsak finansiert med bevilgninger fra statsbudsjettet via Jernbanedirektoratet. Foretaket har også en monopolstilling som forvalter av det nasjonale jernbanenettet som eies av staten. Bane NOR er som statsforetak en del av statsforvaltningen og driver offentlig virksomhet. Utgangspunktet for valg av organisering av offentlig myndighet utenfor forvaltningen, er om organiseringen skal avspeile om selskapets virksomhet skal ivareta viktige samfunnsmessige oppgaver, typisk statsforetak, eller om det i hovedsak skal drive forretning, typisk aksjeselskap.⁴² En av forvaltningens hovedoppgaver er å fordele ytelser mellom private, herunder naturalytelser som jernbaner.⁴³ Det kan også nevnes at til og med en bedrift som er et eget rettssubjekt og driver vanlig forretningsmessig virksomhet vil kunne bli ansett som «organ for stat eller kommune». I en slik vurdering må det blant annet legges vekt på virksomhetens art, særlig om den er kombinert med en viss utøvelse av offentlig myndighet, på hvor sterk organisatorisk tilknytning den har til stat eller kommune, om den har monopol og om den tjener som redskap for offentlig politikk.⁴⁴ Også etter en slik helhetsvurdering må Bane NOR anses som offentlig myndighet, i hvert fall når det gjelder tildeling av infrastrukturkapasitet og fastsettelse av avgifter.

Bane NORs formål er ifølge opplysningene i Enhetsregisteret å sørge for tilgjengelig jernbaneinfrastruktur og effektive og brukervennlige jernbaneinfrastrukturtenester (inkludert knutepunkts- og terminalutvikling) som grunnlag for transport av personer og gods på det nasjonale jernbanenettet. Videre fremgår det at foretakets «samfunnspålagte oppgaver er planlegging, utbygging, forvaltning, drift og vedlikehold av det nasjonale jernbanenettet, trafikkstyring og forvaltning av jernbaneeiendom, som foretaket etter avtale med jernbanedirektoratet har påtatt seg ansvar for.» «Forvaltning, drift og vedlikehold av det nasjonale jernbanenettet» er med andre ord blant Bane NORs samfunnspålagte oppgaver.

Videre fremgår det av Nærings- og fiskeridepartementets oversikt over statlig eierskap at Bane NOR er et selskap i kategori 4.⁴⁵ Selskapene er inndelt i fire kategorier med tydelige mål – forretningsmessig eller sektorpolitisk.⁴⁶ Kategori 4 er selskaper med sektorpolitiske formål. Statens mål med eierskapet i selskaper i kategori 4 har hovedsakelige sektorpolitiske formål. Som eier vektlegger staten at de sektorpolitiske målene nås mest mulig effektivt.

Bane NOR er som statsforetak i utgangspunktet ikke underlagt forvaltningsloven jf. statsforetaksloven § 4. I henhold til forvaltningsloven § 1 siste setning er et statsforetak allikevel å regne som et forvaltningsorgan i saker hvor det treffer enkeltvedtak eller utferdiger forskrifter.

Det følger av jernbaneforskriften § 1-2(10) at Bane NORs tildeling av infrastrukturkapasitet skal anses som enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Hvorvidt andre beslutninger fattet av Bane NOR, herunder om fastsettelse av avgifter for bruk av jernbaneinfrastruktur, er å anse som

⁴² Se «Alminnelig forvaltningsrett», 3. utgave 2007, av Hans Petter Graver side 157-158 og 185.

⁴³ Se «Forvaltningsrett», 9. utgave, 2010 av Torstein Eckhoff og Eivind Smith ved Smith, side 73 og 278.

⁴⁴ Se Ot. prp. nr. 102 (2004-2005) om offentleglova pkt. 4.1 og se «Forvaltningsrett», 9. utgave, 2010 av Torstein Eckhoff og Eivind Smith ved Smith, side 214-215.

⁴⁵ <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/statlig-eierskap/selskaper---ny/id2604524/?expand=factbox2607476>.

⁴⁶ <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/statlig-eierskap/statlig-eierskap1/id2009187/>.

enkeltvedtak må ifølge departementet vurderes konkret «opp mot kriteriene i forvaltningslova».⁴⁷

Karakteriseringen av tildeling av infrastrukturkapasitet som enkeltvedtak er i høringsnotat til forskriften begrunnet med at infrastrukturen er offentlig eiendom og at retten til å bruke den har «avgjørende betydning for søkeres interesser og utøvelse av jernbaneforetaks virksomhet».⁴⁸ Etter tilsynets oppfatning gjør de samme hensynene seg gjeldende for vilkårene for tilgang til infrastrukturkapasitet, herunder fastsettelse av avgifter som derved også er vilkår for å benytte den tildelte kapasiteten. Som det fremgår av avsnitt 6.4.2 under finner tilsynet 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.

Avgiftsfastsetting er en «avgjørelse» som er «bestemmende for rettigheter og plikter» til private personer, nærmere bestemt søkere etter jernbaneforskriften § 1-3 bokstav j som søker om infrastrukturkapasitet etter § 8-2, jf. § 8-1. Avgjørelsen treffes som allerede nevnt «under utøving av offentlig myndighet».

Også vilkåret om at vedtaket må gjelde rettigheter eller plikter til «en eller flere bestemte personer», er etter tilsynets oppfatning oppfylt i hvert fall når det gjelder fastsetting av påslag på Gardermobanen som retter seg mot en begrenset gruppe av jernbaneforetak. Det avgjørende er ikke om avgjørelsen er generelt utformet, når rettssubjektene vedtaket får anvendelse på er så lite at en like gjerne kunne spesifisert hvem det gjelder for.⁴⁹ Påslaget i 2019 i Bane NORs segment «hovedflyplass» gjelder jernbaneforetak som driver persontransport på strekningen Drammen – Oslo Lufthavn og som har rutemessig stopp på Oslo Lufthavn, det vil si Vy Tog AS og Flytoget. Tilleggsavgiften for bruk av Gardermobanen i 2017 og 2018 ble avkrevd alle jernbaneforetak, både person- og godstrafikk, noe som i tillegg omfattet CargoNet AS og SJ AB. Det vises til avsnitt 2.2.2 når det gjelder utformingen av tilleggsavgiften på Gardermobanen. Det er imidlertid ikke avgjørende for tilsynets vedtak i denne saken hvorvidt avgiftsfastsettelsen er et enkeltvedtak eller anses som et vedtak som gjelder rettigheter eller plikter til et ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer.

Det sentrale er at etter tilsynets oppfatning må Bane NOR på denne bakgrunn uansett anses som offentlig myndighet når det gjelder tildeling av infrastrukturkapasitet og fastsettelse av avgifter som er vilkår for bruk av den tildelte infrastrukturkapasitet. Bane NOR har som myndighetsutøver et selvstendig ansvar for å tolke reglene i tråd med EØS-retten.

Heller ikke vurderingen av Bane NOR som offentlig myndighet er nødvendig for avgjørelse av denne klagesaken, men medtas som bakgrunn for mer subsidiære begrunnelser i avsnitt 5.6 om avtalen mellom Bane NOR og Flytoget og avsnitt 6.4.2 om Samferdselsdepartementets fastsettelse av avgifter, herunder påslag.

⁴⁷ Høringsnotat om revidert utkast til jernbaneforskrift av 8. november 2016 er tilgjengelig via følgende link:

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---revidert-utkast-til-ny-jernbaneforskrift-og-lisensforskrift/id2519580/>

⁴⁸ Høringsnotat om ny jernbaneforskrift av 17. februar 2015 er tilgjengelig via følgende link:

https://www.regjeringen.no/contentassets/e6d1c86af00341d998d95149140d8500/jernbaneforskrift_horingsnotat.pdf

⁴⁹ Se «Forvaltningsrett», 9. utgave, 2010 av Torstein Eckhoff og Eivind Smith ved Smith, side 280 og «Forvaltningsloven med kommentarer», 5. utgave 2011, av Geir Woxholth, side 98.

5 Rettslig grunnlag

5.1 Relevant regelverk

Infrastrukturavgifter er regulert i kapittel 6 i jernbaneforskriften. Krav til at infrastrukturforvalter skal offentliggjøre en nettveiledning, og til dennes innhold, er gitt i jernbaneforskriften kapittel 5. Jernbaneforskriften er utformet med sikte på å gjennomføre⁵⁰ i nasjonal lovgivning direktiv 2012/34/EU, som ennå ikke er tatt inn i EØS-avtalen.

Infrastrukturavgifter ble frem til ikrafttredelsen av jernbaneforskriften 1. januar 2017 regulert gjennom fordelingsforskriften. Innholdet i de ovennevnte kapitlene i jernbaneforskriften er i hovedsak videreført fra henholdsvis kapittel 4 og 2 i fordelingsforskriften. Fordelingsforskriften var i stor grad en gjennomføring i norsk rett av direktiv 2001/14/EF, som er tatt inn i EØS-avtalen.

5.2 Rettskildestatusen til direktiv 2001/14/EF og direktiv 2012/34/EU

Bane NOR anfører til tilsynets varsel om vedtak at direktiv 2001/14/EF er opphevet i EU og at det dermed ikke er noen EØS-rettslige forpliktelser til å ha regler som samsvarer med direktivet. Bane NOR viser også til at direktiv 2012/34/EU ikke er tatt inn i EØS-avtalen.

Det følger av artikkel 7 i EØS-avtalen at «[r]ettsakter som er omhandlet i eller inntatt i vedlegg til denne avtale eller i EØS-komiteens vedtak, skal være bindende for avtalepartene og skal være eller gjøres til del av deres interne rettsorden».

Direktiv 2001/14/EF fremkommer i oversikten under annex XIII Transport⁵¹ oppdatert 8. mai 2019. Direktiv 2012/34/EU som opphever direktiv 2001/14/EF er foreløpig ikke innlemmet i EØS-avtalen. Direktiv 2001/14/EF er følgelig ikke opphevet i EØS-avtalen.

Det følger av dette at direktiv 2001/14/EF, som er erstattet av direktiv 2012/34/EU i EU, vil være gjeldende for Norge, inntil direktiv 2012/34/EU er inntatt i EØS-avtalen.

Både fordelingsforskriften og jernbaneforskriften har direktiv 2001/14/EF som EØS-henvisning. Fordelingsforskriften og jernbaneforskriften tjener følgelig til å oppfylle Norges EØS-rettslige forpliktelser når det gjelder de aktuelle bestemmelsene i denne saken. Dette innebærer at det EØS-rettslige prinsippet for tolkning (presumsjonsprinsippet) gjør seg gjeldende. Det EØS-rettslige presumsjonsprinsippet innebærer at forskriftene, der det er rom for tolkning, må forstås i tråd med det bakenforliggende direktivet og Norges EØS-rettslige forpliktelser.

Som allerede nevnt ovenfor i avsnitt 5.1, er jernbaneforskriften utformet med sikte på å gjennomføre i nasjonal lovgivning direktiv 2012/34/EU. I den forutgående proposisjonen, Prop. 8 L (2016–2017) *Endringer i jernbaneloven og jernbaneundersøkelsesloven (gjennomføring av direktiv 2012/34/EU mv.)*, fremmet Samferdselsdepartementet forslag om lovendringer for å muliggjøre gjennomføring av direktiv 2012/34/EU i norsk rett. Det fremgikk av proposisjonen at direktivet ennå ikke var tatt inn i EØS-avtalen, men at departementet fant det hensiktsmessig å likevel gjennomføre direktivet i norsk rett på det tidspunktet. Begrunnelsen ble oppgitt å være at det var sentralt å ha tydelige regler om strukturen i jernbanesektoren, rollefordeling, tilgang til

⁵⁰ Se Prop. 8 L (2016-2017), Innst. 93 L (2016-2017) og Samferdselsdepartementets «HØRINGSNOTAT – Utkast til ny jernbaneforskrift». Tilgjengelig her:

https://www.regjeringen.no/contentassets/e6d1c86af00341d998d95149140d8500/jernbaneforskrift_horningsnotat.pdf.

⁵¹ Se punkt 41 b. på side 44 på følgende link <https://www.efta.int/media/documents/legal-texts/eea/the-eea-agreement/Annexes%20to%20the%20Agreement/annex13a.pdf>.

jernbanerelaterte tjenester og markedsovervåkingsorganets stilling for å få utnyttet flere av de tiltenkte effektene av den pågående jernbanereformen. Stortingets transport- og kommunikasjonskomite støttet i sin innstilling av 22. november 2016⁵² uttrykkelig Samferdselsdepartementets anbefaling om å innta bestemmelsene i direktiv 2012/34/EU i lov og forskrift forut for at det var tatt inn i EØS-avtalen.

De aktuelle bestemmelsene i direktiv 2012/34/EU har dessuten uansett tilsvarende ordlyd som de aktuelle bestemmelsene i direktiv 2001/14/EF.

På denne bakgrunn er det naturlig å se hen til EU-domstolens praksis også etter direktiv 2012/34/EU i tolkningen av regelverket. Det vises i denne forbindelse også til avsnitt 6.4.2 nedenfor.

5.3 Infrastrukturavgifter

Bane NOR er infrastrukturforvalter på jernbanenettet i Norge. Etter jernbaneforskriften § 6-1(1) kan infrastrukturforvalter kreve inn avgifter for bruk av jernbaneinfrastrukturen for å finansiere sin virksomhet. Det er infrastrukturforvalter som både fastsetter og innkrever avgiftene etter § 6-2(1)⁵³.

Prinsippene for avgiftsordningen er gitt i jernbaneforskriften § 6-2(1) og (2). Infrastrukturforvalter skal anvende avgiftsordningen på en ikke-diskriminerende måte.⁵⁴ Avgiftsordningen skal fremgå av nettveiledningen og være basert på de samme prinsippene over hele jernbanenettet.

Hovedregelen i avgiftsordningen er at jernbaneforetakene betaler en avgift basert på direkte kostnad, jf. jernbaneforskriften § 6-2(3)⁵⁵. I tillegg åpner jernbaneforskriften for at andre avgiftskomponenter «kan» fastsettes:

- Infrastrukturavgiftene kan omfatte en avgift som gjenspeiler kapasitetsmangel (§ 6-2(4))⁵⁶
- Avgiftene kan ta hensyn til miljøkostnadene som følger av togkjøring (§6-2(5))⁵⁷
- For bestemte investeringsprosjekter kan det fastsettes høyere avgifter på grunnlag av langsiktig kostnad (§ 6-2(7))⁵⁸
- Det kan fastsettes påslag for å oppnå full dekning for infrastrukturforvalters kostnader (§ 6-3)⁵⁹
- Det kan gis rabatter (§ 6-4)
- Det kan innføres en tidsbegrenset ordning som kompenserer for bruk av jernbaneinfrastruktur (§ 6-5)
- Det kan innkreves en avgift for kapasitet som er tildelt, men ikke brukes (§ 6-7)

I det følgende omtales i større detalj avgiftskomponentene som klagen fra Flytoget omhandler.

⁵² Innst. 93 L (2016-2017) *Innstilling om endringer i jernbaneloven og jernbaneundersøkelsesloven (gjennomføring av direktiv 2012/34/EU mv)*.

⁵³ Etter fordelingsforskriften var det departementet som fastsatte avgifter, jf. § 4-1, mens infrastrukturforvalter skulle innkreve avgiftene, jf. § 4-8.

⁵⁴ Vilkåret om ikke-diskriminering var formulert slik i fordelingsforskriften § 4-8: «Infrastrukturforvalter skal uten forskjellsbehandling beregne og innkreve infrastrukturavgifter fra den som har fått tildelt infrastrukturkapasitet.»

⁵⁵ Tilsvarende bestemmelse var i fordelingsforskriften § 4-5 annet ledd.

⁵⁶ Tilsvarende bestemmelse var i fordelingsforskriften § 4-5 tredje ledd.

⁵⁷ Tilsvarende bestemmelse var i fordelingsforskriften § 4-5 fjerde ledd.

⁵⁸ Tilsvarende bestemmelse var i fordelingsforskriften § 4-6 tredje ledd.

⁵⁹ Tilsvarende bestemmelse var i fordelingsforskriften § 4-5 første og annet ledd.

5.3.1 Avgift basert på direkte kostnad og kapasitetsavgift

Infrastrukturforvalter skal etter jernbaneforskriften § 4-1⁶⁰ tilby tilgang til «den minste pakken med tjenester» til alle jernbaneforetak og andre søkere på ikke-diskriminerende vilkår. Den minste pakken med tjenester inkluderer grunnleggende tjenester som et jernbaneforetak vil trenge for å kunne utøve sin virksomhet. Infrastrukturforvalter skal blant annet tilby behandling av søknader om infrastrukturkapasitet, retten til å bruke kapasitet som tildeles og bruk av jernbaneinfrastrukturen.

Ifølge jernbaneforskriften § 6-2(3) skal avgiftene for bruk av tjenester i den minste tjenestepakken, samt for tilgang til jernbaneinfrastruktur som knytter sammen serviceanlegg, fastsettes til kostnaden som oppstår som en direkte følge av den enkelte togtjenesten («avgift basert på direkte kostnad»). Betaling av en avgift som tilsvarer kostnaden som togtjenesten påfører infrastrukturen, skal altså gi tilgang til den minste pakken med tjenester og til jernbaneinfrastruktur som knytter sammen serviceanlegg.

Etter § 6-2(4) kan infrastrukturavgiftene omfatte en avgift som gjenspeiler kapasitetsmangelen i en identifiserbar del av jernbanenettet i perioder med overbelastning. Tilsynet refererer til denne type avgift som «kapasitetsavgift».

5.3.2 Påslag på infrastrukturavgifter

Etter jernbaneforskriften § 6-3 kan departementet fastsette «påslag på infrastrukturavgifter» for å oppnå full dekning for infrastrukturforvalters kostnader, forutsatt oppfyllelse av gitte vilkår. Tilsynet omtaler denne type avgift kun som «påslag». Paragraf 6-3 lyder i sin helhet som følger:

(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 konkurranseevne 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.*

⁶⁰ Tilsvarende bestemmelse var i fordelingsforskriften § 3-1.

(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.

Det heter også i § 6-2(2)⁶¹ siste punktum at «[d]et skal innkreves like avgifter for sammenlignbare tjenester innenfor samme markedssegment».

Tredje, fjerde og femte ledd er nye med jernbaneforskriften, mens første, annet og sjette ledd i § 6-3 samt § 6-2(2) siste punktum er videreført fra den tidligere fordelingsforskriften § 4-6. Som nevnt var fordelingsforskriften ment å gjennomføre direktiv 2001/14/EF i norsk rett, der den tilsvarende bestemmelsen om påslag («mark-ups») finnes i artikkel 8. De øvrige bestemmelsene i direktivet, direktivets forarbeider⁶² og fortale, samt EU-kommisjonens utkast til retningslinjer⁶³ for direktivet, bidrar til å kaste lys over intensjonen med påslag og vilkårene som stilles for fastsettelse og innkreving. I det følgende gir tilsynet en nærmere omtale av disse vilkårene.

Full dekning for infrastrukturforvalters kostnader

Jernbaneinfrastrukturen har kostnadsstrukturen til et naturlig monopol, med store faste kostnader og relativt lave variable kostnader. En avgift lik kostnadene som oppstår som en direkte følge av togtjenesten vil ikke være tilstrekkelig for å dekke de samlede kostnadene som infrastrukturforvalteren har ved å forvalte hele jernbaneinfrastrukturen som den er ansvarlig for.

Ansvar for å sikre at infrastrukturforvalterens inntekter og kostnader går i balanse er i direktiv 2001/14/EF artikkel 6 nr. 1 tildelt medlemsstaten:

Medlemsstatene skal fastsette vilkår, herunder eventuell forskuddsbetaling, for under normale forretningsforhold og i et rimelig tidsrom å sikre balanse i en infrastrukturforvaltnings regnskaper, slik at inntekter fra infrastrukturavgifter, overskudd fra annen forretningsvirksomhet og statlig finansiering i det minste utligner infrastrukturavgiftene.

Når medlemsstaten skal sikre at infrastrukturforvalterens inntekter og kostnader går i balanse, må blant annet overføringer fra staten og innkreving av infrastrukturavgifter fra jernbaneforetakene avveies som finansieringskilder. Medlemsstaten skal etter direktivets artikkel 4 nr. 1 «fastsette en ramme for avgifter», samt «spesifikke regler for avgifter eller delegere slik myndighet til infrastrukturforvaltningen». Etter direktivets fortale kan

⁶¹ Tilsvarende bestemmelse var i fordelingsforskriften § 4-6 fjerde ledd.

⁶² COM(1998) 480 final av 22. juli 1998. Tilgjengelig her: <http://aei.pitt.edu/5425/1/5425.pdf>.

⁶³ «Implementing Key Provisions of Directive 2001/14. Draft of 22 July 2009». Se vedlegg 1.

medlemsstatene i varierende grad kreve at de samlede kostnadene dekkes gjennom innkreving av infrastrukturavgifter, herunder «prisforhøyelser»:

39) 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 (...).

Anledningen for en medlemsstat til å kreve at hele eller deler av infrastrukturforvalters kostnader skal dekkes gjennom prisforhøyelser, heretter omtalt som «påslag» som er benevnelsen som brukes i jernbaneforskriften, er gitt i artikkel 8 nr. 1 i direktivet. Etter denne kan en medlemsstat fastsette påslag «for å oppnå full dekning for infrastrukturforvaltningens kostnader». På grunnlag av det ovenstående er det tilsynets forståelse at kostnadene som kan dekkes med påslag består av den resterende delen av kostnadene til infrastrukturforvalteren som ikke blir dekket gjennom statlig finansiering, overskudd fra annen forretningsvirksomhet og øvrige inntekter fra infrastrukturavgifter.

En tilsvarende forståelse av intensjonen med påslag kommer til uttrykk i EU-kommisjonens utkast til retningslinjer for direktiv 2001/14/EF fra 2009. Selv om retningslinjene ikke ble vedtatt eller publisert⁶⁴, kan de likevel gi innsikt i hvordan EU-kommisjonen mente at bestemmelsene i direktivet skulle forstås:

Is it the Infrastructure Manager or Member State who levies the mark-up?

It is the Infrastructure Manager who actually levies the charge, but it is the Member State who decides as part of the Charging Framework the level of cost recovery and therefore whether a mark-up must be levied. Article 6(1) contains the obligation on a Member State to ensure that an Infrastructure Manager's accounts are balanced and Article 4(1) enables the Member State to establish the Charging Framework. Through these the Member State determines how much of the Infrastructure Manager's fixed costs must be recovered through infrastructure charges.⁶⁵

Markedssegmenter

Vedrørende forståelsen av hva et markedssegment i jernbanelovgivningens forstand er, heter det i EU-kommisjonens utkast til retningslinjer til direktiv 2001/14/EF at et markedssegment ikke er relatert til en bestemt rute, del av nettverket, reise eller et bestemt jernbaneforetak.⁶⁶ Det heter videre at:

A market segment should be defined from the user's point of view, based on the type of rail service and the region. If the user, which will normally be the railway undertaking or the shipper, can change from one market segment to another one, or from rail to another mode of transport, at suffering only a small lasting increase in cost, th[er]e these two segments would have to be considered as one. Conversely, if this change involved a lasting price increase of more than 5 or 10 % two different market segments could be assumed. This definition of the relevant market has been in use for many years in interpreting competition policy.

⁶⁴ Forespørsel til Directorate General Mobility and Transport (DG MOVE) i EU-kommisjonen og svar 5. april 2019. Se vedlegg 2.

⁶⁵ «Implementing Key Provisions of Directive 2001/14. Draft of 22 July 2009» side 20.

⁶⁶ Ibid. side 22-23.

For informasjon om hvordan relevante markeder avgrenses i konkurranseretten viser tilsynet til EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om avgrensning av det relevante marked.⁶⁷

I fortalen til direktiv 2012/34/EU gis det også veiledning for inndeling av markedssegmenter ved innkreving av påslag:

(41) When levying mark-ups, distinct market segments should be defined by the infrastructure manager where the costs of providing the transport services, their market prices or their requirements for service quality differ considerably.

En nærmere angivelse av analysen av markedssegmenter som infrastrukturforvalter skal utføre før påslag fastsettes ble inntatt med jernbaneforskriften § 6-3. Det stilles her krav til en minimumsanalyse som skal utføres, samtidig som at det åpnes for at markedssegmentene kan deles opp ytterligere ut fra hvilke varer eller passasjerer som transporteres. Infrastrukturforvalters liste over relevante markedssegmenter skal fremgå av nettveiledningen og revurderes minst hvert femte år. Infrastrukturforvalter skal også definere markedssegmenter som for tiden er inaktive.

Den konkrete metoden som infrastrukturforvalter velger å anvende for å analysere markedssegmenter skal etter § 5-2 bokstav b beskrives i detalj i nettveiledningen.

Beregning av påslag

Effektiv utnyttelse av infrastrukturen er et viktig formål med regelverket.⁶⁸ I jernbaneforskriften angis ikke en spesifikk metode for beregning av påslag, men det stilles vilkår for fastsettelsen som bygger opp under denne målsetningen.

For det første kan påslag fastsettes dersom «markedet tåler det». Jernbanens markedssegmenter vil ha ulik evne til å betale avgifter høyere enn avgift basert på direkte kostnad. Det er et vilkår at avgiftsnivået ikke settes slik at markedssegmenter som i det minste kan betale avgift basert på direkte kostnad blir utelukket fra å bruke infrastrukturen, jf. § 6-3(2)⁶⁹.

For det andre må fastsettelse av påslag «sikre optimal konkurranseevne for jernbanens markedssegmenter». I direktiv 2001/14/EF er tilsvarende ordlyd at «det særlig for internasjonal godstransport med jernbane [må] sikres størst mulig konkurranseevne».⁷⁰ Et avgiftsnivå over avgift basert på direkte kostnad kan medføre konkurransevridende virkninger mot andre transportformer, som vei-, sjø- og flytransport. Konkurransevridende virkninger mellom og innad i transportsektorer på grunn av ulike avgiftsprinsipper er et sentralt tema i EU-kommisjonens White Paper fra 1998.⁷¹ Direktiv 2001/14/EF er delvis ment som en gjennomføring av denne kommunikasjonen.⁷² Hensynet kommer også til uttrykk i direktivets fortale:

32) Det er viktig å redusere til et minimum konkurransevridning som kan oppstå mellom forskjellige jernbaneinfrastrukturer eller transportmåter på grunn av vesentlige forskjeller i avgiftsprinsippene.

⁶⁷ Tilgjengelig her: <https://www.efta.int/sites/default/files/documents/eea-supplements/norwegian/1998-no/98SU28NO.PDF>.

⁶⁸ Dette fremgår av direktivets artikkel 1 nr. 1 annet ledd, direktivets fortale punkt 7 og 12, og av direktivets forarbeider (COM(1998) 480 final), se for eksempel annet avsnitt side 3.

⁶⁹ Tilsvarende bestemmelse var i fordelingsforskriften § 4-6 annet ledd.

⁷⁰ Artikkel 8 nr. 1.

⁷¹ COM(1998) 466 final av 2. juli 1998: "Fair Payment for Infrastructure Use: A phased approach to a common transport infrastructure charging framework in the EU. White Paper." Se for eksempel første to avsnitt under «executive summary». Tilgjengelig her:

http://aei.pitt.edu/1136/1/transport_infra_wp_COM_98_466.pdf.

⁷² COM(1998) 480 final punkt 14 side 25-26.

For det tredje skal «[j]ernbaneforetakenes egne produktivitetsøkninger holdes utenfor» ved fastsettelse av påslag. I utgangspunktet vil jernbaneforetak få disinsentiver til å drive effektivt, eller til å fortsette drift på jernbanen, dersom produktivitetsøkningene deres blir tatt ut i form av høyere påslag. Det stilles i bestemmelsen et vilkår om at påslag ikke kan økes på grunnlag av økt produktivitet hos jernbaneforetakene.

Påslagenes størrelse er dermed oppad begrenset til markedssegmentenes tåle- og konkurranseevne, jf. jernbaneforskriften § 6-3(1) og (2). De samlede inntektene infrastrukturforvalter innkrever gjennom påslag er oppad begrenset til full dekning av infrastrukturforvalters kostnader, jf. § 6-3(1).

I forarbeidene til direktiv 2001/14/EF fremgår det at påslag kan beregnes på ulike måter innenfor de vilkårene som bestemmelsen stiller. Det heter imidlertid at Ramsey-prising burde minimere påvirkningen på det totale trafikkvolumet.⁷³ Ramsey-prising innebærer at påslag fastsettes som invers proporsjonal til etterspørselastisiteten, altså at påslaget settes lavere jo høyere etterspørselastisiteten (prislefølsomheten) er, og omvendt, slik at etterspørsel påvirkes i minst mulig grad av innkrevningen. Markedsovervåkningsorganene i IRG-Rail anser også Ramsey-prising som en aktuell metode for fastsettelse av påslag.⁷⁴

Den konkrete metoden som infrastrukturforvalter velger å anvende for å beregne påslag skal etter § 5-2 bokstav b beskrives i detalj i nettveiledningen.

Varsling om grunnleggende endringer

Dersom infrastrukturforvalteren har til hensikt å endre de grunnleggende elementene i påslagene, følger det av jernbaneforskriften § 6-3(6) at infrastrukturforvalteren skal offentliggjøre endringene «senest tre måneder før fristen for offentliggjøringen av nettveiledningen». Etter tilsynets forståelse angir bestemmelsen en eksplisitt tidsfrist for når berørte parter senest skal ha mottatt informasjon om infrastrukturforvalters planlagte endringer av grunnleggende elementer i påslag. Ettersom denne varslingsfristen er knyttet til tidsfristen for offentliggjøringen av nettveiledningen, ser tilsynet varslingskravet i § 6-3(6) i sammenheng med formålet med en nettveiledning slik den kommer til uttrykk i fortalen til direktiv 2001/14/EF punkt 5:

For å sikre innsyn og adgang uten forskjellsbehandling til infrastrukturen for alle jernbaneforetak, skal all nødvendig informasjon som kreves for å benytte adgangsrett, offentliggjøres i en netterklæring.

Ikke-diskriminering

Påslag må i tillegg til vilkårene som stilles til utforming i § 6-3 være fastsatt etter jernbaneforskriftens generelle prinsipper for avgiftsfastssettelse i § 6-2 knyttet til ikke-diskriminering og transparens, som omtalt i innledningsvis i avsnitt 5.3. I direktiv 2001/14/EF er det presisert i artikkel 8 nr. 1 at påslag skal være fastsatt «på grunnlag av prinsipper om effektivitet, innsyn og likebehandling».

⁷³ COM(1998) 480 final punkt 35 side 76.

⁷⁴ IRG-Rail (9. november 2016): *Initial approach to market segment definition and criteria for an assessment of mark-ups in consideration of Directive 2012/34/EU*. Tilgjengelig her: https://www.irg-rail.eu/irg/documents/position-papers/22_2016.html.

5.4 Om krav til innhold i og offentliggjøring av en nettveiledning

5.4.1 Om nettveiledningen – generelle innholdskrav og formål

Jernbaneforetakene og andre aktuelle søkere⁷⁵ (heretter kun referert til som «jernbaneforetak») søker hvert år om infrastrukturkapasitet gjennom søknad på ruteleier i en kommende ruteplan. Etter jernbaneforskriften § 8-5(1)-(2)⁷⁶ skal ruteplanen fastsettes en gang hvert kalenderår, og overgangen til ny ruteplan skal finne sted ved midnatt den andre lørdag i desember. En ruteplanperiode varer dermed i ett år, fra desember i ett år til desember året etter.

Minst fire måneder innen tidsfristen for søknader om infrastrukturkapasitet skal infrastrukturforvalter offentliggjøre en nettveiledning, som skal være utarbeidet i samråd med berørte parter, jf. jernbaneforskriften § 5-1(1)⁷⁷. Som definert i jernbaneforskriften § 1-3 bokstav p⁷⁸ er en nettveiledning «en detaljert oversikt over alminnelige regler, tidsfrister, framgangsmåter og kriterier for avgifter og kapasitetsfordeling og annen nødvendig informasjon for å kunne søke om infrastrukturkapasitet».

Det heter videre i § 5-1(1) at nettveiledningen skal angi hvilken type jernbaneinfrastruktur som er tilgjengelig for jernbaneforetak, og inneholde informasjon om vilkårene for adgang til den relevante jernbaneinfrastrukturen og tilgang til serviceanlegg, jf. § 5-1(3).

Hvilke opplysninger som nettveiledningen skal inneholde er angitt i jernbaneforskriften § 5-2⁷⁹. Her gjengis innholdskravene kort:

- a) *Et avsnitt som viser hvilken type jernbaneinfrastruktur som står til rådighet for jernbaneforetakene, og vilkårene for å få adgang til denne. (...)*
- b) *Et avsnitt om avgiftsprinsipper og takster. (...)*
- c) *Et avsnitt om prinsipper og kriterier for kapasitetsfordeling. (...)*
- d) *Den skal redegjøre i detalj for hvilke tiltak som er truffet for å sikre en forsvarlig behandling av godstransport, internasjonale transporttjenester og søknader som behandles ad hoc. (...)*
- e) *Et avsnitt med opplysninger om søknad om lisens og sikkerhets sertifikat som nevnt i lisensforskriften (...)*
- f) *Et avsnitt med opplysninger om framgangsmåter for tvisteløsning og klager (...)*
- g) *Et avsnitt om opplysninger om adgang til og innkreving av betaling for bruk av serviceanlegg (...).*
- h) *En avtalemal for inngåelse av rammeavtale mellom en infrastrukturforvalter og en søker (...).*

5.4.2 Særskilt om krav til opplysninger om avgifter i nettveiledningen for en ruteplan

I henhold til jernbaneforskriften § 5-2 bokstav b⁸⁰ skal følgende opplysninger om avgifter gis i nettveiledningen for en ruteplan:

⁷⁵ I jernbaneforskriften § 1-3 bokstav j er en søker definert som «et jernbaneforetak eller en internasjonal sammenslutning av jernbaneforetak eller fysiske eller juridiske personer, for eksempel vedkommende myndigheter i henhold til forordning (EF) nr. 1370/2007 og utskipere, speditører og operatører innenfor kombinert transport, som har en allmenntilgjengelig eller forretningsmessig interesse av å bli tildelt infrastrukturkapasitet». I fordelingsforskriften § 1-2 bokstav n var en søker definert som «et jernbaneforetak med lisens og/eller en internasjonal sammenslutning av jernbaneforetak med lisens».

⁷⁶ Tilsvarende bestemmelse var i fordelingsforskriften § 7-3 første ledd nr. 1 og nr. 2.

⁷⁷ Tilsvarende bestemmelse var i fordelingsforskriften § 2-1 første ledd.

⁷⁸ Tilsvarende definisjon var i fordelingsforskriften § 1-2 bokstav h.

⁷⁹ Innholdskrav i en nettveiledning var i fordelingsforskriften § 2-2. Ytterligere innholdskrav er tilført med jernbaneforskriften. Innholdskrav vedrørende avgifter er likelydende i de to forskriftene.

⁸⁰ Tilsvarende bestemmelse var i fordelingsforskriften § 2-2 første ledd nr. 2.

Et avsnitt om avgiftsprinsipper og takster. Dette skal inneholde hensiktsmessige opplysninger om avgiftsordningen og tilstrekkelig informasjon om pris for tjenestene og andre relevante opplysninger om adgang til tjenestene nevnt i kapittel 4 som ytes av bare en leverandør. Det skal i detalj beskrive de metoder, regler og eventuelt skalaer som brukes for anvendelsen av kapittel 6 med hensyn til både kostnader og avgifter. Det skal inneholde opplysninger om allerede vedtatte eller planlagte avgiftsendringer for de neste fem år, dersom disse opplysninger er tilgjengelige.

Nettveiledningen for en bestemt ruteplan skal dermed inneholde opplysninger om hvilke avgifter som vil være gjeldende i den aktuelle ruteplanen, og størrelsene på disse. Det vil etter bestemmelsen ikke være tilstrekkelig å opplyse kun om dette, ettersom nettveiledningen også skal inneholde *detaljerte beskrivelser* av de metoder, regler og eventuelt skalaer som brukes for anvendelsen av avgiftsordningen i kapittel 6 i jernbaneforskriften. Nettveiledningen skal også inneholde informasjon om fremtidige avgiftsendringer, vedtatte eller planlagte, for de neste fem år, gitt at slik informasjon er tilgjengelig.

Det er gjentatt i jernbaneforskriften § 6-2(1) at «[a]vgiftsordningen skal fremgå av nettveiledningen».

5.5 Vurdering av hjemmelsgrunnlag for fastsettelse av avgifter gjeldende i 2017, 2018 og i 2019

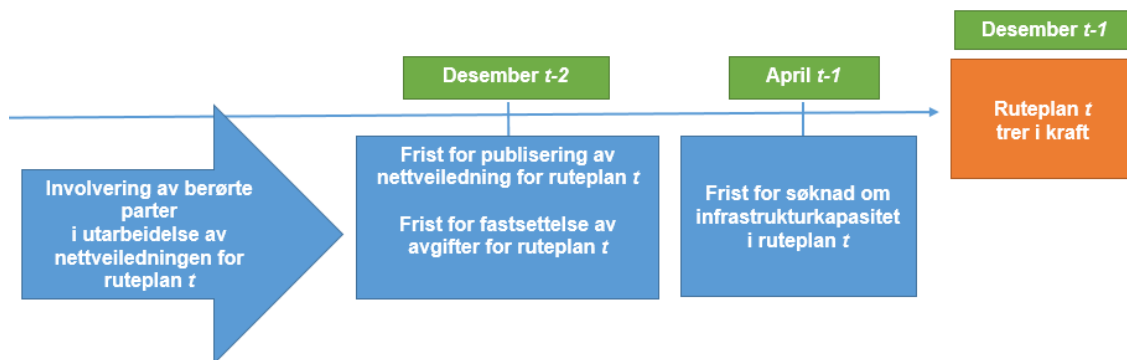
Lovligheten av infrastrukturavgifter må vurderes etter regelverket som var gjeldende på det tidspunktet da avgiftene skulle ha vært fastsatt. I det følgende gjengis jernbaneforskriftens bestemmelser vedrørende tidsfrister for fastsettelse av avgifter, før det vurderes når avgiftene som Bane NOR innkrever og innkrever fra Flytoget i 2017-2019 skulle vært fastsatt, og hvilket regelverk som var gjeldende på disse tidspunktene.

Etttersom nettveiledningen etter jernbaneforskriften § 5-2 bokstav b skal inneholde opplysninger om avgiftsprinsipper og takster, følger det at avgifter som skal være gjeldende i en bestemt ruteplan senest kan endelig fastsettes når nettveiledningen for den aktuelle ruteplanen offentliggjøres. Dersom avgiftene ikke er endelig fastsatt ved offentliggjøringen av nettveiledningen, vil ikke opplysninger om avgifter kunne gis i nettveiledningen, slik regelverket krever. Tidsfristene for fastsettelse av avgifter må dermed følge tidsfristene som regelverket stiller for offentliggjøring av nettveiledningen.

Nettveiledningen skal etter § 5-1(1) offentliggjøres minst fire måneder innen tidsfristen for søknader om infrastrukturkapasitet. I henhold til § 8-5(3)⁸¹ skal denne søknadsfristen ikke være tidligere enn 12 måneder før ruteplanen trer i kraft, som etter § 8-5(2) skal finne sted ved midnatt den andre lørdag i desember. Som medlem av RailNetEurope (RNE) følger Bane NOR datoene som RNE fastlegger for ruteplanperioden.⁸² RNEs praksis er å sette fristen for søknad om infrastrukturkapasitet i en ruteplan til en dato i april hvert år. Videre følger det av § 5-1(1) at nettveiledningen skal være utarbeidet etter samråd med berørte parter. Tidsfrister som følger av regelverket vedrørende offentliggjøring av nettveiledningen for en ruteplan, og dermed for fastsettelse av avgifter, er illustrert i figur 1:

⁸¹ Tilsvarende bestemmelse var i fordelingsforskriften § 7-3 første ledd nr. 3.

⁸² Network Statement 2017 avsnitt 4.1.1.



Figur 1: Illustrasjon av tidsfrister i jernbaneforskriften vedrørende offentliggjøring av en nettveiledning som skal være gjeldende i en ruteplan, gitt praksisen med å sette fristen for søknad om infrastrukturkapasitet i en ruteplan til en dato i april hvert år.

Søknadsfristen for ruteleier i ruteplan 2017 og ruteplan 2018 ble satt til midten av april i henholdsvis 2016 og 2017. Det følger dermed av de ovennevnte tidsfristene at avgifter gjeldende i ruteplan 2017 og ruteplan 2018 senest skulle vært endelig fastsatt i midten av henholdsvis desember 2015 og desember 2016. Kravet til at infrastrukturforvalteren skal utarbeide nettveiledningen etter samråd med berørte parter innebærer at Bane NORs utarbeidelse av nettveiledningen skulle ha startet på et enda tidligere tidspunkt.

I 2015 og 2016, da avgiftene i ruteplan 2017 og ruteplan 2018 skulle vært beregnet og fastsatt, var det fordelingsforskriften som var gjeldende. Dette innebærer etter tilsynets vurdering at hjemmelsgrunnlaget for avgifter i disse ruteplanperiodene er kapittel 4 i fordelingsforskriften. Dersom det nye regelverket blir anvendt på avgifter som skulle vært beregnet og fastsatt da det tidligere regelverket var gjeldende, vil det medføre at det nye regelverket gis tilbakevirkende kraft.

På tilsvarende måte var fristen for fastsettelse av avgifter som er gjeldende i ruteplan 2019 i desember 2017. På dette tidspunktet var det jernbaneforskriften fastsatt av Samferdselsdepartementet 20. desember 2016 som var gjeldende. For avgifter som vil innkreves fra og med ruteplanen 2019 er det etter tilsynets vurdering jernbaneforskriften kapittel 6 som gir relevant hjemmel for beregning, fastsettelse og innkreving av avgifter.

5.6 Avtale mellom Flytoget og Bane NOR

Bane NOR hevder i sine kommentarer til varsel om vedtak av 27. september 2018 at Flytogets betaling for bruk av Gardermobanen ble formalisert gjennom en avtale mellom Bane NOR og Flytoget 26. februar 2001. Bane NOR mener avtalen er en formalisering av styringssignaler fra Stortinget og Samferdselsdepartementet, og at avtalen forplikter Flytoget når det gjelder flere sentrale forhold av betydning for klagen. Bane NOR mener på generelt grunnlag at det ikke er gitt at en avtale er ugyldig selv om den strider mot regelverket.

Tilsynet nevner innledningsvis på generell basis at partene i en rettslig bindende avtale i utgangspunktet er forpliktet til å følge de rettigheter og plikter som fremgår av avtalen. Tilsynet tar ikke stilling til gyldigheten av avtalen mellom Bane NOR og Flytoget.

Avtaler må uansett forholde seg til gjeldende rett. Dette innebærer at i den grad avtalen eller enkelte bestemmelser i avtalen skulle anses for å være i strid med gjeldende regelverk, slik

dette kommer til uttrykk blant annet i fordelingsforskriften og den nye jernbaneforskriften, vil avtalen og/eller praktiseringen av den kunne måtte modifiseres tilsvarende.

Utgangspunktet er at lover og forskrifter er ufravikelige og skal overholdes med mindre det er særskilt angitt, typisk i vedkommende rettsakt, at man kan avtale seg bort fra vedkommende bestemmelse(r).

Når det gjelder spørsmålet om eventuell modifisering av en avtale, tar tilsynet utgangspunkt i vurderingen av om en avtale kan anses for ugyldig. Det fremgår av juridisk litteratur at det avgjørende for om det er grunn til å reagere med ugyldighet når avtalen er i strid med ufravikelig lov, «vil være om gjennomføringen av avtalen så til de grader motvirker lovbestemmelsens formål at det etter en helhetsvurdering er grunn til å reagere med ugyldighet».⁸³

Det er i avsnitt 5.3 redegjort for formålet med og rammene for infrastrukturavgiftene. Regelverket trekker opp rammer for å legge til rette for effektiv utnyttelse av infrastrukturen og en sunn konkurranse på likeverdige vilkår, i en situasjon der infrastrukturforvalter er en naturlig monopolist. Dersom infrastrukturforvalter (monopolisten) ved avtalebestemmelser skulle kunne omgå og tilsidesette disse bestemmelsene i regelverket, ville avtalebestemmelsene «så til de grader motvirke bestemmelsens formål».

Kontrakter som er samfunnsmessig uheldige eller skadelige, kan lovgivningen ikke være forhindret fra å gripe inn i, selv om de ikke kunne rammes etter lovgivningen på tiden for inngåelsen.⁸⁴ Et eksempel som nevnes i juridisk litteratur er Konkurransetilsynets adgang til blant annet å gripe inn overfor avtaler mellom foretak som er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål, jf. konkurranseloven § 12.

Når det gjelder forbudet mot tilbakevirkende lover i Grunnlovens § 97, må det trekkes en grense mellom den tilbakevirkning som rammes av § 97, og den som går klar. Bakgrunnen for tilbakevirkningsforbudet er dessuten først og fremst at det er et *rettferdighetskrav* at borgerne ikke risikerer at nye lover trekker dem til ansvar for eldre handlinger eller griper inn i bestående rettigheter eller etablerte rettsposisjoner. Dertil kommer at det skaper *trygghet og forutberegnelighet* når borgerne vet hva de har å forholde seg til og kan innrette seg etter det. Av formålet med forbudet følger at det bare retter seg mot den tilbakevirkning som er til *skade* for individet.⁸⁵

I denne saken dreier det seg ikke om inngrep i borgernes bestående rettigheter eller etablerte rettsposisjoner, men om eventuelt å tilsidesette eller innskrenke avtalebaserte rettigheter for Bane NOR som er et statsforetak, en del av statsforvaltningen og driver offentlig virksomhet⁸⁶, i hvert fall når det gjelder oppgavene som infrastrukturforvalter, se omtalen i avsnitt 4.3.2. Etter tilsynets forståelse er blant annet statlig heleide selskaper i mindre grad enn privateide foretak beskyttet mot at etterfølgende lovgivning gjør inngrep i deres rettsstilling.⁸⁷

⁸³ Se Woxholth, «Avtalerett» 10. utgave, 2017, av Geir Woxholth side 308.

⁸⁴ Se «Statsforfatningen i Norge», 11. utgave 2017, av Johs. Andenæs ved Arne Fliflet side 588.

⁸⁵ Se «Statsforfatningen i Norge», 11. utgave 2017, av Johs. Andenæs ved Arne Fliflet, side 575-576.

⁸⁶ Se «Alminnelig forvaltningsrett», 3. utgave 2007, av Hans Petter Graver side 157 og 185.

⁸⁷ Se lovavdelingens tolkningsuttalelse av 7. april 2000 angående overføring av Oslo Børs' formue og forpliktelser til et nydannet allmennaksjeselskap, tilgjengelig via følgende link: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/-105---grunnloven--105/id455955/>. Se også «Statsforfatningen i Norge», 11. utgave, 2017, av Johs. Andenæs ved Arne Fliflet, side 574 om relevansen av Grl. § 97 og § 105 i slike tilfelle.

Videre kan det nevnes at de aktuelle årene som er gjenstand for klagebehandling dessuten gjelder en periode da regelverket allerede hadde vært gjeldende også i Norge, i mange år. Utkast til ny fordelingsforskrift ble sendt på høring 5. juli 2002. Forskriften ble fastsatt 5. februar 2003. De konkrete bestemmelsene om påslag, ble inntatt i § 4-6 i fordelingsforskriften ved endringsforskrift av 24. januar 2006 nr. 70.

Slik tilsynet ser det kommer derfor forbudet mot tilbakevirkende kraft ikke til anvendelse i denne saken.

På denne bakgrunn finner tilsynet at avtalen mellom Flytoget og Bane NOR må vike i den utstrekning den strider mot henholdsvis fordelingsforskriften og jernbaneforskriften av 2017.

Tilsynet bemerker også at det fremgår av siste avsnitt under «Bakgrunn» i avtalen 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.» Tilsynet viser i den forbindelse til ovennevnte fastsettelse og endring av fordelingsforskriften, samt omtalen av lovproposisjonen og innstillingen i forbindelse med gjennomføring av direktiv 2012/34/EU i Norge ovenfor i avsnitt 5.2.

6 Tilsynets vurdering av klagen

6.1 Innledende presiseringer og disposisjon

Tilsynet legger til grunn at klagen fra Flytoget handler om at tilleggsavgiften som Bane NOR innkrevde fra Flytoget i 2017, 2018 og 2019 ikke oppfylder vilkårene som regelverket stiller for innkreving av påslag. Klagen handler også om at vilkår for innkreving av avgift basert på direkte kostnad og kapasitetsavgift ikke er oppfylt.

Flytogets klage gjelder infrastrukturavgifter i 2017-2019, og tilsynet vil begrense sine vurderinger til disse årene. Tilsynet vil vurdere tilleggsavgiften som Flytoget ble avkrevd i 2017-2018 og blir avkrevd i 2019 adskilt da disse avgiftene må vurderes etter ulikt regelverk, som omtalt over i avsnitt 5.5.

Tilsynet vil starte med Flytogets tredje klagepunkt, om hvorvidt Bane NOR har anledning til å endre avgiftsopplysninger i nettveiledningen for en kommende ruteplan etter at nettveiledningen er offentliggjort.

Tilsynets vurderinger av klagen er disponert som følger:

- 6.2 Endring av opplysninger om avgifter i nettveiledningen for ruteplan 2018 etter offentliggjøring
- 6.3 Tilleggsavgift for bruk av Gardermobanen i 2017 og 2018
- 6.4 Tilleggsavgift på strekningen Drammen – Oslo lufthavn i 2019
- 6.5 Avgifter basert på direkte kostnad og kapasitetsavgift

6.2 Endring av opplysninger om avgifter i nettveiledningen for ruteplan 2018 etter offentliggjøring

Flytoget klager på at Bane NOR etter tidsfristen for offentliggjøring har endret opplysninger om avgifter i nettveiledningen for ruteplan 2018. Flytoget skriver følgende:

Innledningsvis kan man konstatere at nettveiledningen for 2018 som opprinnelig kunngjort legger opp til en to-komponentsavgift basert på en sporpris på NOK 0,625 per faktisk kjørte togkilometer og en kapasitetspris på NOK 675 per togavgang. Nettveiledningens reviderte kapittel 6, som oversendt per e-post 24.november, innfører en «grunnpris» på 1,47 øre basert på brutto tonnkilometer – med andre ord et helt annet beregningsgrunnlag. Videre innfører dokumentet også en særlig grunnpris på 0,97 øre per brutto tonnkilometer for et område definert som «Oslo lokal,» men dette har også kapasitetspris på 500 kroner per tog.⁸⁸

Flytoget mener at nettveiledningen som ble offentliggjort i desember 2016 dermed ikke inneholdt opplysninger om avgiftene som skulle bli gjeldende i ruteplan 2018, i strid med i jernbaneforskriften §§ 5-2 bokstav b og 6-2(1).

Bane NOR anfører at de hadde anledning til å endre nettveiledningen for ruteplan 2018 etter tidsfristen for offentliggjøring. Det vises til jernbaneforskriften § 5-1(2), hvor det heter at nettveiledningen skal ajourføres og endres ved behov. Bane NOR mener at de har ansett seg forpliktet til å gjennomføre endringer i avgiftsordningen etter offentliggjøringen av nettveiledningen, særlig som følge av tilsynets vedtak av 4. oktober 2016 i klage fra LKAB Malmtrafik AB.

Flytoget mener at Bane NORs forståelse av § 5-1(2) er i strid med formålet med kapittel 5 og sammenhengen i forskriften, og at Bane NOR generelt ikke har anledning til å endre avgiftsopplysninger i en nettveiledning etter tidsfrist for offentliggjøring.

Tilsynet gir sine vurderinger på grunnlag av relevante bestemmelser i fordelingsforskriften ettersom det særskilt er endringer i nettveiledningen for ruteplan 2018 som påklages. Vurderingene vil likevel gjelde uavhengig av om det er fordelingsforskriften eller jernbaneforskriften som legges til grunn, ettersom de relevante kravene i de to forskriftene i hovedsak er likelydende.

I henhold til fordelingsforskriften § 2-2 første ledd nr. 2 skulle en nettveiledning inneholde et avsnitt med detaljert informasjon om avgiftsprinsipper og takster, herunder informasjon om planlagte eller vedtatte fremtidige avgiftsendringer. Etter § 2-1 første ledd skulle en nettveiledning offentliggjøres «minst fire måneder innen tidsfristen for søknad om infrastrukturkapasitet».

Bane NORs endring av opplysninger om avgifter i nettveiledningen for ruteplan 2018 etter tidsfristen for offentliggjøring innebar at nettveiledningen som ble offentliggjort i henhold til tidsfristen ikke inneholdt informasjon om avgiftene som skulle være gjeldende i ruteplan 2018. Etter tilsynets vurdering var dette i strid med fordelingsforskriften §§ 2-1 første ledd og 2-2 første ledd nr. 2. Nettveiledningen for en ruteplan skulle på tidspunkt for offentliggjøring inneholdt detaljert informasjon om endelig fastsatte avgifter for den aktuelle ruteplanen.

Mer generelt er det tilsynets vurdering at endring av avgiftsopplysninger i en nettveiledning etter tidsfrist for offentliggjøring vil undergrave intensjonen med en nettveiledning.

⁸⁸ Klagen side 8.

En nettveiledning skulle etter fordelingsforskriften § 1-2 bokstav h være «en detaljert oversikt over alminnelige regler, tidsfrister, framgangsmåter og kriterier for avgifts- og kapasitetsfordelingsordningene». Den skulle også inneholde annen informasjon som kreves for å kunne søke om infrastrukturkapasitet, og offentliggjøres minst fire måneder innen søknadstidsfristen for dette, jf. § 2-1.

Informasjon om relevante avgifter for kommende ruteplan er sentralt for jernbaneforetakenes beslutning om å søke på infrastrukturkapasitet. For at jernbaneforetakene skal kunne utnytte informasjonen om avgifter og tilpasse seg prissignalene, må korrekt og tilstrekkelig informasjon gis i forkant av den økonomiske beslutningen om hvilke og hvor mange ruteleier de skal bestille. Som omtalt i fortalen til direktiv 2001/14/EF punkt 35 er det viktig at de økonomiske signalene som avgiftsordningene sender til jernbaneforetakene er konsekvente og kan danne grunnlag for rasjonelle beslutninger.

Rettidig informasjon til jernbaneforetakene om avgifter er etter tilsynets oppfatning en nødvendig forutsetning for effektiv utnyttelse av infrastrukturen, blant annet på grunn av de lange ledetidene når det gjelder inngivelse og behandling av søknader om infrastrukturkapasitet i den årlige fordelingsprosessen, jf. jernbaneforskriften § 8-5.

At nettveiledningen skulle og skal offentliggjøres med nødvendig informasjon for å benytte adgangsrett, herunder informasjon om avgifter, skal også sikre innsyn og ikke-diskriminerende tilgang til infrastrukturen, som omtalt i fortalen til direktiv 2001/14/EF punkt 5.

Gitt intensjonen med en nettveiledning, er det tilsynets oppfatning at bestemmelsen om at nettveiledningen skal ajourføres og endres ved behov, innebærer en forpliktelse som Bane NOR som infrastrukturforvalter og monopolist har overfor jernbaneforetakene, og ikke en rett. Etter tilsynets forståelse innebærer infrastrukturforvalters ajourføringsplikt kun en stadfestelse av at all nødvendig informasjon for å søke om infrastrukturkapasitet og for å bruke adgangsrettigheter⁸⁹ skal fremgå av nettveiledningen. Intensjonen er slik tilsynet ser det å forhindre at infrastrukturforvalter innfører andre eller ytterligere adgangsvilkår, uten at disse innarbeides og blir gjort offentlige i nettveiledningen. Ajourføringsplikten medfører at infrastrukturforvalter ikke bare kan offentliggjøre den samme nettveiledningen som ble offentliggjort året før, uten å påse at også innholdet er oppdatert.

Etter tilsynets vurdering har ikke Bane NOR anledning til å endre informasjon som er nødvendig for å søke om infrastrukturkapasitet, slik som avgifter, etter offentliggjøring. Dette vil innebære en endring av de faktiske vilkårene for tilgang til infrastrukturen for den kommende ruteplanen.

Endringer i avgiftsordningen må gjøres på en slik måte at prosessuelle krav i regelverket følges. Det kan ikke utelukkes at vedtak fattet av tilsynet eller domstolsavgjørelser kan medføre at Bane NOR må gjøre umiddelbare endringer i avgiftspraktiseringen, slik som å stanse en avgiftsinnkreving som er funnet regelverksstridig. Øvrige endringer i avgiftsordningen må imidlertid Bane NOR varsle jernbaneforetakene om gjennom samråd om, og offentliggjøring av, nettveiledningen etter tidsfristene i regelverket, før endringene trer i kraft.

⁸⁹ Jf. fortalen til direktiv 2001/14/EF punkt 5.

Tilsynet ba i brev av 19. november 2018 om en skriftlig uttalelse fra Kommissjonens representant⁹⁰ i ENRRB om Kommissjonens forståelse av infrastrukturforvalters endringsanledning etter den likelydende bestemmelsen⁹¹ i direktiv 2012/34/EU. I en uformell uttalelse⁹² fra EU-kommissjonens *Directorate General Mobility and Transport* (DG MOVE) får tilsynet støtte for ovenstående vurdering:

On this basis we conclude that Bane NOR is obliged to display its charging systems and rules in detail in the network statement respecting the deadlines due to path requests and allocation. The Directive demands this in such detail to allow the user of the network to plan their business well in advance knowing the necessary conditions.

(...)

According to our assessment minor changes to the network statement could be published with the approval of the regulatory body after the deadlines mentioned in the European law (referring to changes in format, smaller corrections to the content that do not affect or change in bigger scale the access conditions for applicants or even mistakes of the IM that hinder competition to the detriment of users). Nevertheless all major changes to content, and this includes all elements of the charging scheme, need to follow the publication and consultation deadlines set out in European law.

Tilsynet har merket seg Bane NORs kommentarer i brev av 10. desember 2018 til denne uttalelsen, hvor Bane NOR mener at uttalelsen vanskelig kan tillegges særlig vekt ved tolkning av en norsk forskrift. Tilsynet vil understreke at vår tolkning av regelverket ikke er basert på denne uttalelsen. Uttalelsen underbygger imidlertid tilsynets vurdering ved at samme regelforståelse legges til grunn av DG MOVE i EU-Kommissjonen.

Konklusjon:

Tilsynet finner 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.

6.3 Tilleggsavgift for bruk av Gardermobanen i 2017 og 2018

6.3.1 Innledende presiseringer

I sine anførsler vedrørende tilleggsavgiften for bruk av Gardermobanen i 2017 og 2018 viser Flytoget og Bane NOR til bestemmelser i jernbaneforskriften. Tilsynet har i avsnitt 5.5 vurdert at det er fordelingsforskriften som er det relevante regelverket for avgifter innkrevd før 2019. Nedenfor gir tilsynet sine vurderinger av klagen på grunnlag av de tilsvarende bestemmelsene i fordelingsforskriften.

Tilsynets vurderinger av klagen på tilleggsavgiften for bruk av Gardermobanen i 2017 og 2018 er disponert som følger:

6.3.2 Analyse av markedssegmenter som grunnlag for beregning av påslag

6.3.3 Flytogets øvrige anførsler

⁹⁰ Christiane Trampisch, *Seconded National Expert* i DG MOVE, deltar fra Kommissjonen i ENRRB og den tilsvarende møterekken for infrastrukturforvaltere, PRIME, som Bane NOR opplyses å være medlem av på hjemmesiden til PRIME.

⁹¹ Artikkel 27 punkt 3.

⁹² Brev av 27. november 2018 til tilsynet.

6.3.2 Analyse av markedssegmenter som grunnlag for beregning av påslag

Flytoget anfører at innkreving av påslag etter jernbaneforskriften § 6-3 forutsetter en analyse av markedssegmenter, og at Bane NOR ikke gjorde en slik analyse i forkant av innkrevingen av tilleggsavgiften for bruk av Gardermobanen i 2017 og 2018. Flytoget mener at definisjonen av markedssegmenter er helt avgjørende for å beregne påslag innenfor rammen av markedets tåleevne, slik regelverket krever.

Bane NOR anfører at Gardermobanen som markedssegment ble vurdert i forkant av innføring av avgiften på Gardermobanen i 2000. Bane NOR viser til St.prp. nr. 52 (1999-2000) og analyser utført i den forbindelse, særlig til en rapport⁹³ av Transportøkonomisk institutt. Frem til 2019 har det ikke blitt fastsatt nye påslag på Gardermobanen, og dermed har ikke kravet om ytterligere analyser blitt utløst, ifølge Bane NOR. Avgiften ble i henhold til nevnte stortingsproposisjon satt til drifts- og vedlikeholdskostnadene på banen, og har ikke hindret Flytoget i å bruke infrastrukturen. Bane NOR mener for øvrig at det ikke kan utledes fra fordelingsforskriften § 4-6 at en analyse av markedssegmenter var et vilkår for fastsettelse av påslag.

I henhold til forarbeidene til direktiv 2001/14/EF kan påslag utformes på ulike måter. Bane NOR anfører at tilleggsavgiften på Gardermobanen var et påslag i et markedssegment.

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 innkreving. 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 konkurranseevne. 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."⁹⁴

For det andre ville det ikke være mulig å oppfylle fordelingsforskriftens krav til ikke-diskriminering 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

⁹³ TØI-rapport 472a/2000.

⁹⁴ Sak C-556/10 EU-kommisjonen v. Tyskland, premiss 87. Tilgjengelig her:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=6DCB911F58C81943FCFA964CEE01BC69?text=&docid=134373&pageIdex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4939257>

dersom påslag skulle innkreves, skulle det innkreves fra alle jernbanens markedssegmenter, med mindre tåleevne eller konkurranseevne 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.

Tilsynet kan ikke se at Bane NOR i forkant av innkrevingen av tilleggsavgiften fra Flytoget i 2017 og 2018 utførte en analyse av markedssegmenter og av disse segmentenes evne til å betale påslag. Tilsynet kan ikke se at Bane NOR identifiserte ulike markedssegmenter, delte jernbaneforetakene som opererte på infrastrukturen som Bane NOR forvaltet inn i disse, og vurderte segmentenes evne til å bidra til dekning av Bane NORs samlede kostnader knyttet til forvaltningen av det samme statlige jernbanenettet. St.prp. nr. 52 (1999-2000) og utredningene utført i forbindelse med denne, som Bane NOR viser til i sine kommentarer til klagen, handler kun om organisering og finansiering av Gardermobanen.

Tilsynet kan heller ikke se at Bane NOR i forkant av innkrevingen av tilleggsavgiften fra Flytoget i 2017 og 2018 gjennomførte vurderinger av om enkeltstrekningen Gardermobanen utgjorde et markedssegment. Tilsynet kan ikke se av St.prp. nr. 52 (1999-2000), eller av rapportene Bane NOR viser til i den forbindelse, at slike vurderinger ble gjort. I stortingsproposisjonen er det omtale av verdivurderinger i forbindelse med fastsettelse av åpningsbalansen til Flytoget AS som skulle skilles ut fra NSB BA. I denne sammenhengen ble det utført vurderinger av Flytogets markedsandeler mot andre transportformer i transport av passasjerer til Oslo lufthavn. Disse analysene kan ikke anses som et grunnlag for etablering av Gardermobanen som et markedssegment i fordelingsforskriftens forstand.

Tilsynet viser til at Gardermobanen i St.prp. nr. 52 (1999-2000) kun ble nevnt som et eksempel på et markedssegment, uten videre begrunnelse. Det kan ikke på dette grunnlaget legges til grunn at avgiften som Flytoget betalte i 2017 og 2018 utgjorde et påslag i et markedssegment etter jernbaneregelverket, slik Bane NOR gjør. Formålet med innføringen av avgiften var å innføre en brukerbetaling på Gardermobanen som forutsatt i St.prp. nr. 90 (1991-1992), ikke å gi full dekning for infrastrukturforvalters samlede kostnader knyttet til forvaltning av det statlige jernbanenettet. Gardermobanen blir etter hva tilsynet kan se ikke omtalt som et markedssegment igjen før høsten 2017, etter Samferdselsdepartementets brev av 22. september 2017 til Bane NOR om videreføring av brukerbetalingen på Gardermobanen i 2018. Tilsynet kan tilsvarende ikke se at selve avgiften omtales som et påslag igjen før i 2017. På spørsmål fra ESA i 2004 vedrørende den nasjonale gjennomføringen av direktiv 2001/14/EF, skrev Samferdselsdepartementet selv at påslag ikke var introdusert i Norge slik de så det.⁹⁵

Tilsynet kan heller ikke se at Gardermobanen *de facto* utgjorde et markedssegment. Det fremgår av nettveiledningene for ruteplan 2017 og 2018 at «særskilt pris» for bruk av Gardermobanen ble innkrevd fra «all togtransport på Gardermobanen».⁹⁶ Både person- og godstrafikk (flydrivstoff) brukte Gardermobanen i 2017 og 2018 og ble avkrevet avgiften. Kriteriet for Bane NORs innkreving av avgiften var at jernbaneforetaket kjørte på banen, og ikke hvilke varer eller typer passasjerer som ble fraktet. Etter tilsynets oppfatning er det klart at disse aktørene ikke opererte i samme marked med like betingelser når det gjelder kostnader, priser

⁹⁵ Brev fra Samferdselsdepartementet til ESA (brevet er ikke datert). Samferdselsdepartementets referanse 02/1786-53, dokument med tittel «Svar», side 11. Se vedlegg 3.

⁹⁶ Network Statement 2017 side 67 og Network Statement 2018 side 67.

og krav til kvalitet. Tilsynet viser til nærmere omtale av definisjonen av markedssegmenter i avsnitt 5.3.2.

Mangelen på ovennevnte analyser av markedssegmenter innebærer etter tilsynets vurdering at tilleggsavgiften som Flytoget ble avkrevd på Gardermobanen i 2017 og 2018 ikke kunne være et påslag i et markedssegment etter fordelingsforskriften § 4-6 første og annet ledd. Analyse av markedssegmenter var en grunnleggende forutsetning for oppfyllelse av fordelingsforskriftens krav til beregning av påslag i markedssegmenter etter § 4-6 første og annet ledd, og til likebehandling etter §§ 4-6 og 4-8. Tilsynet legger at avgiften ble innkrevd som en brukerbetaling for å dekke drift- og vedlikeholdskostnadene på Gardermobanen, og ikke som et påslag på grunnlag av jernbanens markedssegmenters tåle- og konkurranseevne for å dekke infrastrukturforvalters samlede kostnader knyttet til hele jernbanenettet som det forvalter. Tilsynet finner at Bane NOR ikke hadde hjemmel til å innkreve tilleggsavgiften for bruk av Gardermobanen fra Flytoget i 2017 og 2018.

Konklusjon:

Tilsynet finner at tilleggsavgiften for bruk av Gardermobanen i 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 på dette grunnlaget ikke hadde hjemmel til å innkreve denne avgiften fra Flytoget.

6.3.3 Flytogets øvrige anførsler

I klagen fra Flytoget anføres det også at tilleggsavgiften for bruk av Gardermobanen i 2017 og 2018 ikke oppfylte jernbaneforskriftens vilkår for innkreving av påslag når det gjelder Samferdselsdepartementets rolle i fastsettelsen, informasjon i nettveiledningen og særskilt varslings ved grunnleggende endringer i påslagsordningen. Tilsynet behandlet disse anførselene i varselet.

Tilsynet har over i avsnitt 6.3.2 konkludert med at tilleggsavgiften for bruk av Gardermobanen i 2017 og 2018 ikke var et påslag i et markedssegment etter fordelingsforskriften § 4-6, og at Bane NOR ikke hadde hjemmel til å innkreve avgiften fra Flytoget. Tilsynet finner derfor ikke grunn til å vurdere i vedtaket om øvrige vilkår som fordelingsforskriften stilte for innkreving av påslag var oppfylt i 2017 og 2018.

6.4 Tilleggsavgift på strekningen Drammen – Oslo lufthavn i 2019

6.4.1 Innledende presiseringer

Tilsynet vil som nevnt vurdere klagepunktene som gjelder tilleggsavgiften som Bane NOR innkrever fra Flytoget på strekningen Drammen – Oslo lufthavn i 2019 etter jernbaneforskriften.

Flytoget anfører at tilleggsavgiften ikke oppfylder vilkår i jernbaneforskriften for innkreving av påslag, blant annet når det gjelder informasjonskrav. Flytoget ber om tilsynets vurdering av avgiftens hjemmel, herunder om vilkårene i jernbaneforskriften for innkreving av påslag er oppfylt.

Tilsynets vurderinger er disponert som følger på dette klagepunktet:

6.4.2 Departementets fastsettelse av avgifter, herunder påslag

6.4.3 Informasjon om påslag i høringsversjonen av nettveiledningen for ruteplan 2019

6.4.4 Særskilt varslings ved endring av grunnleggende elementer i påslag

6.4.5 Oppfyllelse av vilkår for innkreving av påslag

6.4.2 Departementets fastsettelse av avgifter, herunder påslag

Flytoget mener at jernbaneforskriften angir en rollefordeling der infrastrukturforvalter fastsetter nivå, mens Samferdselsdepartementet fastsetter struktur for avgiftssystemet. Etter tilsynets forståelse av klagen mener Flytoget at departementet ikke hadde hjemmel til å fastsette tilleggsavgiften som Bane NOR innkrever fra Flytoget i 2019. Vedrørende strukturen for avgiftssystemet som departementet skal fastsette, mener Flytoget at departementet må kunne dokumentere at fremtidige påslag oppfyller kravene til beregning i jernbaneforskriften § 6-3(1) og (2). Hittil er det ifølge Flytoget ikke offentliggjort noen retningslinjer eller varslet noen prinsipper for fastsettelse av påslag for fremtidige terminer i henhold til forskriftens krav.

Bane NOR mener det følger av jernbaneforskriften § 6-3(1) at det er departementet som fastsetter påslag.

Bane NORs forslag til markedssegmentering og påslag gjeldende i 2019 ble som nevnt i avsnitt 2.1 endelig fastsatt av Samferdselsdepartementet 14. november 2018.

Etter den tidligere fordelingsforskriften § 4-1 var det departementet som fastsatte satser for infrastrukturavgifter. Infrastrukturforvalter skulle etter § 4-8 beregne og innkreve avgiftene. Etter jernbaneforskriften som trådte i kraft 1. januar 2017 er det nå infrastrukturforvalter som fastsetter avgifter, jf. § 6-2(1) første punktum. Rollefordelingen mellom infrastrukturforvalter og departementet/ medlemsstaten er nå tilsvarende i jernbaneforskriften, direktiv 2001/14/EF og direktiv 2012/34/EU. Departementet/medlemsstaten fastsetter en ramme for avgifter.⁹⁷ Infrastrukturforvalter fastsetter og innkrever avgifter.⁹⁸ Når det gjelder påslag, er det ifølge ordlyden departementet/medlemsstaten som skal «fastsette» denne avgiften.⁹⁹

Ordlyden i en forskriftsbestemmelse må etter alminnelige rettskildesprinsipper tolkes på bakgrunn av blant annet forarbeider og andre bakgrunnskilder, formålet og sammenholdes med øvrige bestemmelser i forskriften. Forskriften må på denne bakgrunn forstås i tråd med bakenforliggende direktiv, som i dette tilfellet er både direktiv 2001/14/EF og direktiv 2012/34/EU, som omtalt i avsnitt 5.2. Tilsynet gir i det følgende sin fortolkning av rollefordelingen i jernbaneforskriften mellom infrastrukturforvalter og departementet ved fastsettelse av påslag etter direktiv 2001/14/EF («direktivet»).

Rollefordelingen mellom infrastrukturforvalter og medlemsstaten når det gjelder infrastrukturavgifter fremgår av direktivet artikkel 4 nr. 1. I henhold til denne bestemmelsen er det infrastrukturforvalter som skal fastsette («determine»¹⁰⁰) og innkreve avgifter for bruk av infrastruktur. Medlemsstatens rolle er avgrenset til å fastsette en ramme for avgifter, og til å fastsette spesifikke regler for avgifter dersom dette ikke delegeres til infrastrukturforvalter. Det er presisert i bestemmelsen at medlemsstaten i fastsettelsen av rammen for avgifter skal hensynta («while respecting»¹⁰¹) infrastrukturforvalters administrative uavhengighet.

At infrastrukturforvalter skal ha uavhengighet i avgiftsfastsettelsen er også en forutsetning for å nå målsetningen med regelverket. Det heter i artikkel 1 nr. 1 om direktivets virkeområde, at

⁹⁷ Jernbaneforskriften § 1-2(3), direktiv 2001/14/EF artikkel 4 nr. 1 og direktiv 2012/34/EU artikkel 29 nr. 1.

⁹⁸ Jernbaneforskriften § 6-2(1), direktiv 2001/14/EF artikkel 4 nr. 1 og direktiv 2012/34/EU artikkel 29 nr. 1.

⁹⁹ Jernbaneforskriften § 6-3(1), direktiv 2001/14/EF artikkel 8 nr. 1 og direktiv 2012/34/EU artikkel 32 nr. 1.

¹⁰⁰ Ordlyden i den engelske versjonen av direktivet (Directive 2001/14/EC).

¹⁰¹ Ordlyden i den engelske versjonen av direktivet.

medlemsstatene skal sikre at avgifts- og kapasitetsfordelingsordningene for jernbaneinfrastruktur overholder prinsippene fastsatt i direktivet, slik at infrastrukturforvalteren får mulighet til å markedsføre («to market») den tilgjengelige infrastrukturkapasiteten, og utnytte den så effektivt som mulig. Etter tilsynets vurdering vil det i begrenset grad være mulig for infrastrukturforvalter å anvende avgiftsordningen som et virkemiddel for å sikre mest mulig effektiv utnyttelse av infrastrukturen uten den uavhengighet som forutsettes i direktivets artikkel 4.¹⁰²

EU-domstolen har i flere avgjørelser stadfestet infrastrukturforvalters uavhengighet ved fastsettelse av infrastrukturavgifter.¹⁰³

Vedrørende rammen for avgifter som medlemsstaten kan fastsette etter artikkel 4, uttaler generaladvokaten i sak C-483/10 EU-kommisjonen v. Spania at det etter direktivet kun er det regulatoriske og budsjettmessige rammeverket som kan bestemmes av medlemsstaten.¹⁰⁴ Tilsynet tillegger, uten at det er avgjørende for vurderingen, at det samme fremgår av EU-kommisjonens utkast til retningslinjer til direktivet. Etter disse relaterer rammeverket som medlemsstaten kan fastsette seg til, blant annet, ansvarsfordeling, maksimal kostnadsdekning, anvendelse av inntekter fra miljøavgifter og om det skal være en kompensasjonsordning for bruk av jernbanen.¹⁰⁵ De spesifikke avgiftsreglene som medlemsstaten kan fastsette relaterer seg til hvilke av avgiftskapittelets «kan-bestemmelser» infrastrukturforvalter skal anvende.¹⁰⁶

Tilsynet viser til at påslag er en avgift for bruk av jernbaneinfrastruktur. Direktivets rollefordeling i artikkel 4 nr. 1 ved fastsettelse av avgifter kommer dermed til anvendelse også ved fastsettelse av påslag.¹⁰⁷

Som nevnt i avsnitt 5.3.2 må ordlyden i artikkel 8 nr. 1 i direktivet, om at medlemsstaten kan fastsette påslag, ses i sammenheng med at formålet med innkreving av påslag er full dekning av infrastrukturforvalters kostnader, og at medlemsstaten etter artikkel 6 nr. 1 har et ansvar for å sikre balanse i infrastrukturforvalterens regnskaper. Medlemsstaten kan kreve at infrastrukturforvalter innkrever påslag av finansieringshensyn, jf. fortalen punkt 39, men staten må respektere infrastrukturforvalters uavhengighet i selve avgiftsfastsettelsen, jf. artikkel 4 nr. 1.

I forarbeidene til direktivet var ordlyden i tilsvarende artikkel «[w]here a Member State wishes to allow higher revenue than that produced by the charges permitted by Article 8, the infrastructure manager may, if the market can bear this, levy mark-ups (...)».¹⁰⁸ Ordlyden ble endret til dagens formulering etter den andre høringen i Europaparlamentet. Det fremgår av kommentarene til endringen at intensjonen var å forenkle, altså ikke å endre dens innhold.¹⁰⁹

¹⁰² Se også sak C-483/10 EU-kommisjonen v. Spania paragraf 49. Tilgjengelig her: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=126387&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=5073739>.

¹⁰³ C-483/10 EU-kommisjonen v. Spania, C-556/10 EU-kommisjonen v. Tyskland, C-369/11 EU-kommisjonen v. Italia.

¹⁰⁴ C-483/10 EU-kommisjonen v. Spania premiss 50.

¹⁰⁵ «Implementing Key Provisions of Directive 2001/14. Draft of 22 July 2009» side 3.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Infrastrukturforvalters uavhengighet ved fastsettelse av infrastrukturavgifter, herunder påslag, er omtalt i sak C-556/10 EC v. Tyskland.

¹⁰⁸ COM(1999) 616 final Volume III, artikkel 9. Dokumentet er tilgjengelig her: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:C2000/116E/10&from=EN>.

¹⁰⁹ A5-0171/2000, side 12. Dokumentet er tilgjengelig her: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2000-0171+0+DOC+PDF+V0//EN>.

Direktiv 2001/14/EF er fortsatt gjeldende i EØS-området. Direktivets artikkel 4 nr. 1 er videreført i direktiv 2012/34/EU artikkel 29 nr. 1 fjerde ledd. I Samferdselsdepartementets forskriftsspeil¹¹⁰ fremgår det at denne bestemmelsen er ment tatt inn i jernbaneforskriften § 6-2(1).

Ordlyden i de aktuelle bestemmelsene i jernbaneforskriften, direktiv 2001/14/EF og direktiv 2012/34/EU er som omtalt tilsvarende. Etter tilsynets vurdering er ordlyden i jernbaneforskriften § 6-3(1), om at departementet kan fastsette påslag for oppnå full dekning for infrastrukturforvalters kostnader, med andre ord ikke i strid med ordlyden i direktivbestemmelsene. Det er tolkningen og praktiseringen av § 6-3(1) som er strid med direktivet.

Ordlyden i jernbaneforskriften § 6-3(1) om at departementet fastsetter påslag må etter tilsynets vurdering på denne bakgrunn tolkes i overensstemmelse med forskriften § 6-2(1) om at infrastrukturforvalter fastsetter og innkrever avgifter.

Tilsynet finner på dette grunnlaget at det etter jernbaneforskriften § 6-2(1) kun er Bane NOR som infrastrukturforvalter som har hjemmel til å fastsette avgifter for bruk av jernbaneinfrastruktur, herunder påslag. Tilleggsavgiften som Flytoget avkreves i 2019 ble ikke fastsatt av Bane NOR. Infrastrukturforvalter skal ha uavhengighet i avgiftsfastsettelsen for å blant annet sikre optimal utnyttelse av infrastrukturen. Infrastrukturforvalters uavhengighet innebærer etter tilsynets vurdering at departementet heller ikke kan godkjenne avgifter.

Tilsynet nevner også at en tolkning i tråd med EØS-forpliktelsene i denne saken ikke gjør inngrep i privates rettsstilling. Det er Samferdselsdepartementet som overordnet sektormyndighet og Bane NOR som forvalter av det statlige jernbanenettet, det vil si offentlige myndigheter, som påvirkes av tilsynets vedtak.¹¹¹ Det er heller ikke indikasjoner på at departementet har ment å sette EØS-forpliktelsen til side, se omtalen av opplysningene i forskriftsspeilet ovenfor. Det fremgår tvert imot av lovproposisjonen og Stortingets innstilling, som omtalt foran i avsnitt 5.2, at hensikten var å innta bestemmelsene i direktiv 2012/34/EU i lov og forskrift forut for at det er tatt inn i EØS-avtalen. Dessuten er ordlyden i § 6-3(1) etter tilsynets vurdering ikke klar når den tolkes i et større rettskildebilde som nevnt foran.

Flytoget mener at departementet må kunne dokumentere at fremtidige påslag oppfyller kravene til beregning i jernbaneforskriften § 6-3(1) og (2). Tilsynet legger til grunn at infrastrukturforvalters uavhengighet ved fastsettelse av avgifter innebærer at departementet ikke kan ha en slik rolle, se EU-domstolens avgjørelse i sak C-369/11 EU-kommisjonen v. Italia.¹¹²

Tilsynet vil i denne sammenhengen tillegge at rammen som departementet fastsetter etter vår forståelse skal være offentlig tilgjengelig. Etter direktiv 2012/34/EU artikkel 29 nr. 1 tredje ledd skal medlemsstaten sikre at nettveiledningen eller en internettside inneholder rammen for avgifter og avgiftsreglene som medlemsstaten skal fastsette etter artikkelens første og annet ledd. I departementets forskriftsspeil fremgår det at artikkel 29 nr. 1 tredje ledd er ment tatt inn i jernbaneforskriften § 6-2(1) siste punktum, hvor det heter at avgiftsordningen skal fremgå av nettveiledningen.

¹¹⁰ «Forskriftsspeil – Fra utkast til ny jernbaneforskrift til direktivet og tidligere bestemmelser». Tilgjengelig her:

https://www.regjeringen.no/contentassets/e6d1c86af00341d998d95149140d8500/forskriftsspeil_jernbaneforskrift.pdf

¹¹¹ Se «EØS-rett», 3. utgave 2011, av Sejersted, Arnesen, Rognstad og Kolstad side 267, 270 og se Rt. 2000.1811 Finnanger.

¹¹² Se premiss 46. Tilgjengelig her:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=142604&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1436949>

Konklusjon:

Tilsynet finner 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.

6.4.3 Informasjon om påslag i høringsversjonen av nettveiledningen for ruteplan 2019

Flytoget mener at høringsversjonen av Bane NORs nettveiledning for ruteplan 2019 ikke inneholdt foreløpig beregnede takster eller detaljerte beskrivelser av metodene som Bane NOR ville anvende for å beregne tilleggsavgiften på strekningen Drammen – Oslo lufthavn. Flytoget mener at dette var i strid med jernbaneforskriften § 5-2 bokstav b.

Bane NOR mener at jernbaneforskriften ikke stiller et absolutt krav om at slik informasjon må være inntatt i høringsversjonen.

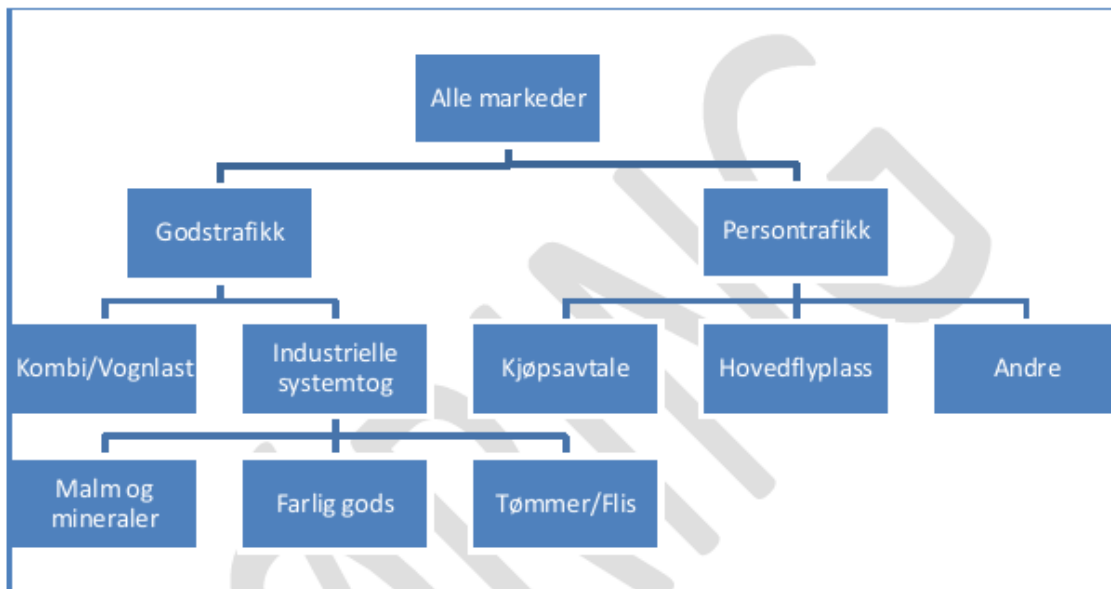
Tilsynet mener at bestemmelsene i jernbaneforskriften må leses i sammenheng. Nettveiledningen er etter jernbaneforskriften § 1-3 bokstav p «en detaljert oversikt» med «nødvendig informasjon for å kunne søke om infrastrukturkapasitet», som skal offentliggjøres «minst fire måneder innen tidsfristen for søknader om infrastrukturkapasitet», jf. § 5-1(1). Etter § 5-2 bokstav b skal nettveiledningen inneholde et avsnitt om avgiftsprinsipper og takster. Nettveiledningen skal etter § 5-1(1) være utarbeidet «etter samråd med berørte parter».

Tilsynet legger til grunn at det følger av sistnevnte bestemmelse at informasjon om planlagte beregningsmetoder og takster etter § 5-2 bokstav b må legges frem for berørte parter i forkant av offentliggjøringen av nettveiledningen. Bane NOR opplyser at de involverer berørte parter ved å sende utkast av nettveiledningen på høring. Dermed må slik informasjon være inntatt i høringsversjonen. Dersom høringsversjonen av nettveiledningen generelt ikke utgjør et utkast til det som vil bli endelig versjon, mener tilsynet at intensjonen med kravet til at nettveiledningen skal utarbeides i samråd med berørte parter, undergraves. En høring av en nettveiledning med ufullstendig informasjon vil ha begrenset verdi for de berørte partene, og ikke utgjøre en reell høring av nettveiledningen for den kommende ruteplanen. Jernbaneforetakene vil i et slikt tilfelle ikke få mulighet til å påpeke eventuelle negative virkninger av avgiftsordningen for blant annet vilkåret om ikke-diskriminering og utnyttelsen av infrastrukturkapasiteten, i forkant av at avgiftene blir endelig fastsatt. For påslag spesifikt vil det ikke være mulig for aktørene å gi tilbakemeldinger på for eksempel tåle- og konkurranseevne før påslagene blir endelig fastsatt. At det i jernbaneforskriften § 11-2(1) bokstav a er presisert at både utkast til og endelig versjon av nettveiledningen kan påklages til tilsynet, underbygger at slik informasjon skal fremgå av høringsversjonen.

Som omtalt i avsnitt 6.3.2 forutsetter innkreving av påslag en analyse av markedssegmenter og av markedssegmentenes tåle- og konkurranseevne. Det følger av § 5-2 bokstav b at metodene som infrastrukturforvalter planlegger å anvende til markedssegmentering og beregning av påslag må beskrives i detalj i høringsversjonen av nettveiledningen. Også foreløpig beregnede påslagstakster må fremgå. I det følgende vil tilsynet vurdere om Bane NORs høringsversjon av nettveiledningen for ruteplan 2019 av 1. september 2017 inneholder denne informasjonen.

Beskrivelse av planlagt metode for markedssegmentering

I Bane NORs høringsversjon av nettveiledningen for ruteplan 2019 er inndelingen av markedssegmenter gjengitt i en figur¹¹³. Bane NOR har tatt utgangspunkt i gods- og persontrafikk, og inndelt disse igjen i underkategorier:



Figur 2: Bane NORs inndeling av jernbanens markedssegmenter i 2019.

Tilsynet kan ikke se at høringsversjonen inneholder en beskrivelse av hva slags metode Bane NOR har brukt for å komme frem til denne inndelingen. Inndelingen fremgår utfra beskrivelsen å være basert på hva Bane NOR mener at det er aktuelt å inndele i.¹¹⁴ Hvordan Bane NOR har gått frem for å kartlegge jernbanens markedssegmenter, herunder hvilke kriterier som er lagt til grunn, fremgår ikke. Tilsynet kan generelt ikke se at det gis informasjon som kan sannsynliggjøre overfor de berørte partene, eller for tilsynet, at alle relevante markedssegmenter er identifisert og at de er blitt vurdert etter objektive og like kriterier. I en rapport¹¹⁵ utarbeidet for Bane NOR i juni 2018 identifiserte Oslo Economics flere markedssegmenter enn det Bane NOR har gjort. Oslo Economics vurderte også at flere av disse ville kunne tåle påslag.

Når det gjelder definisjonen av markedssegmentet «hovedflyplass» konkret, er angivelsen av markedssegmentet i høringsversjonen at den inkluderer alle persontog med rutemessig stopp på Oslo lufthavn Gardermoen.¹¹⁶ Det gis ikke en begrunnelse for hvorfor Bane NOR mener at alle persontog som betjener Gardermoen, som tilsynet forstår inkluderer Flytoget og lokal- og regiontogene til Vy Tog AS, er i samme markedssegment.

Tilsynet kan dermed ikke se at metoden for markedssegmentering generelt, eller for etablering av «hovedflyplass» som et markedssegment spesielt, er beskrevet i detalj i høringsversjonen av nettveiledningen for ruteplan 2019, slik jernbaneforskriften § 5-1(1) jf. § 5-2 bokstav b krever.

¹¹³ Bane NORs høringsversjon av Network Statement 2019 av 1. september 2017, figur side 66.

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Oslo Economics (25. juni 2018): *Segmenter i persontrafikk og godstrafikk på norsk jernbane*.

¹¹⁶ Bane NORs høringsversjon av Network Statement 2019 av 1. september 2017 side 66-67.

Informasjon om foreløpig beregnede påslagstakster og beskrivelse av planlagt
beregningssmetode

Det opplyses i høringsversjonen av nettveiledningen for ruteplan 2019 om at påslag vil fastsettes på et senere tidspunkt.¹¹⁷ Høringsversjonen inneholder dermed ikke angivelse av foreløpig beregnede påslagstakster. Det gis heller ikke en beskrivelse av metoden Bane NOR ville anvende for beregning av påslag. Tilsynet finner derfor at høringsversjonen ikke inneholder informasjonen som jernbaneforskriften §§ 5-1(1) jf. 5-2 bokstav b krever.

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

Konklusjon:

Tilsynet finner 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).

6.4.4 Særskilt varsling ved endring av grunnleggende elementer i påslagene

Etter Flytogets oppfatning av jernbaneforskriften § 6-3(6) forutsetter innføring av påslag varsling senest tre måneder før fristen for offentliggjøringen av nettveiledningen. Etter tilsynets forståelse av klagen mener Flytoget at tilleggsavgiften mellom Drammen og Oslo lufthavn Gardermoen skulle vært varslet etter § 6-3(6), og at Bane NOR ikke gjorde dette. Bestemmelsen kommer til anvendelse dersom infrastrukturforvalter har til hensikt å endre grunnleggende elementer i påslagene.

Bane NOR mener at de grunnleggende elementene i påslaget som Flytoget betaler ble endret med ruteplan 2019, og at de varslet i henhold til § 6-3(6) med høringsversjonen av implementeringsplanen for infrastrukturavgifter av 25. april 2017.¹¹⁸

Tilsynet anser at innføring av påslag innebærer endringer av grunnleggende elementer i påslagene, og dermed at også innføring av påslag skal varsles etter jernbaneforskriften § 6-3(6). Det legges til grunn at Flytoget og Bane NOR er enige om at påslag i 2019 skulle varsles etter § 6-3(6), og at spørsmålet er om Bane NORs høringsversjon av implementeringsplanen oppfylder vilkårene til varsling i denne bestemmelsen.

Tilsynet legger til grunn at jernbaneforskriften § 6-3(6) stiller krav både til tidspunkt for varsling og til varslingens innhold. Varslingen skal skje senest tre måneder før fristen for offentliggjøring av nettveiledningen, altså senest tre måneder før påslagene etter jernbaneforskriften må være endelig fastsatt. Etter ordlyden i bestemmelsen er det «endringene» infrastrukturforvalter skal varsle om. Det vil dermed ikke være tilstrekkelig å kun varsle om at det vil gjennomføres endringer uten nærmere angivelse av hva disse endringene vil være.

¹¹⁷ Ibid. side 67 og 69.

¹¹⁸ Bane NOR (25. april 2017): *Infrastrukturavgifter – Implementeringsplan – Høring*.

Tilsynet ser kravet til å gi informasjon om grunnleggende endringer i påslag i jernbaneforskriften § 6-3(6) i sammenheng med det generelle kravet til å gi jernbaneforetakene informasjon om avgifter i nettveiledningen etter § 5-2 bokstav b. Jernbaneforskriften pålegger som nevnt infrastrukturforvalter å offentliggjøre en nettveiledning som blant annet skal inneholde detaljert informasjon om avgifter. Formålet er å sikre innsyn og adgang uten forskjellsbehandling, jf. fortalen til direktiv 2001/14/EF punkt 5. Når det i § 6-3(6) angis at informasjon om endring av grunnleggende elementer i påslagene skal gjøres offentlig tilgjengelig senest tre måneder før fristen for offentliggjøring av nettveiledningen, legger tilsynet til grunn at varsling etter § 6-3(6) i det minste må inneholde informasjon som angitt i § 5-2 bokstav b for å oppfylle kravet til og formålet med varsling. Etter tilsynets oppfatning angir § 6-3(6) en eksplisitt tidsfrist for infrastrukturforvalters involvering av berørte parter i utarbeidelsen av nettveiledningen, jf. § 5-1(1), dersom de grunnleggende elementene i påslagene skal endres.

Bane NORs høringsversjon av implementeringsplanen er datert 25. april 2017, det vil si i underkant av åtte måneder før fristen for offentliggjøringen av nettveiledningen. I det følgende vurderer tilsynet om høringsversjonen oppfylte innholds krav etter jernbaneforskriften §6-3(6), jf. § 5-2 bokstav b.

Når det gjelder informasjon om markedssegmentering, inneholder høringsversjonen av implementeringsplanen en kort omtale av Bane NORs vurdering av parene av markedssegmenter som infrastrukturforvalter minst skal analysere etter jernbaneforskriften § 6-3(3) ved fastsettelse av påslag. Omtalen av markedssegmenteringen Bane NOR har gjort er for øvrig tilsvarende som i høringsversjonen av nettveiledningen for 2019.¹¹⁹ Tilsynet fant i avsnitt 6.4.3 at denne ikke inneholdt detaljert informasjon om metoden Bane NOR hadde anvendt for markedssegmentering i tråd med jernbaneforskriften § 5-2 bokstav b. Det samme gjelder for høringsversjonen av implementeringsplanen som inneholder samme beskrivelse.

Vedørende informasjon om takster opplyses det i høringsversjonen av implementeringsplanen at påslaget for «hovedflyplass» i 2019 vil være 2 øre per brutto tonnkilometer.¹²⁰ Som omtalt i avsnitt 6.4.3 inneholdt høringsversjonen av nettveiledningen for ruteplan 2019, som ble sendt på høring rundt fire måneder senere, ikke slik informasjon. Tilsynet kan ikke se at høringsversjonen av implementeringsplanen inneholder en beskrivelse av metoden som Bane NOR hadde anvendt for å komme frem til påslaget.

Tilsynet kan ikke se at Bane NORs høringsversjon av implementeringsplanen inneholdt beskrivelser av metodene Bane NOR planla å anvende for å beregne påslag i 2019, og dermed hva endringene av de grunnleggende elementene i påslaget faktisk bestod av. På dette grunnlaget finner tilsynet at Bane NOR ikke varslet om påslag i tråd med jernbaneforskriften § 6-3(6).

Konklusjon:

Tilsynet kan ikke se at Bane NOR varslet om endringer av grunnleggende elementer i påslaget som Flytoget skulle betale i 2019 i tråd med jernbaneforskriften § 6-3(6).

6.4.5 Oppfyllelse av vilkår for innkreving av påslag

Flytoget ber om tilsynets vurdering av tilleggsavgiftens hjemmel, herunder om vilkårene i jernbaneforskriften for innkreving av påslag er oppfylt.

¹¹⁹ Bane NOR (25. april 2017): *Infrastrukturavgifter – Implementeringsplan – Høring*, side 37-38.

¹²⁰ *Ibid.*, side 41.

Bane NOR mener at det er dokumentert i implementeringsplanen for infrastrukturavgifter og i et dokument om påslag datert 15. oktober 2017, at tilleggssavgiften som Flytoget betaler på strekningen Drammen – Oslo lufthavn i 2019 oppfyller vilkårene som jernbaneforskriften stiller for innkreving av påslag.

Påslag kan som nevnt i avsnitt 5.3.2 fastsettes for å oppnå full dekning for infrastrukturforvalters samlede kostnader. Før påslag fastsettes, skal infrastrukturforvalter analysere hvilke markedssegmenter de er relevante for, jf. jernbaneforskriften § 6-3(3). Etter § 6-2(2) skal infrastrukturforvalter anvende avgiftsordningen på en ikke-diskriminerende måte. Tilsynet gir i det følgende sin vurdering av om grunnleggende forutsetninger for innkreving av påslag fra Flytoget i 2019 er oppfylt.

Markedssegmenteringen for 2019 er ifølge Bane NOR beskrevet i implementeringsplanen av 14. juli 2017. Beskrivelsen som gis her er den samme som i høringsversjonen av 25. april 2017, som tilsynet vurderte i avsnitt 6.4.3 og 6.4.4.

Tilsvarende som for høringsversjonen kan ikke tilsynet se av beskrivelsen som gis i den endelige versjonen av implementeringsplanen, at Bane NOR anvendte objektive kriterier for å identifisere markedssegmenter i 2019. Markedssegmenteringen fremgår etter beskrivelsen å være basert på en skjønnsmessig vurdering av hva Bane NOR mener det er aktuelt å inndele i. Tilsynet mener at den allerede nevnte rapporten til Oslo Economics av juni 2018, hvor det identifiseres ytterligere markedssegmenter hvorav flere blir vurdert å kunne tåle påslag, viser at Bane NORs markedssegmentering var utilstrekkelig. Tilsynet er positive til at Bane NOR har bestilt en ekstern utredning som grunnlag for sin analyse av markedssegmenter, men mener at dette forarbeidet skulle vært utført i forkant av varsling av påslag etter jernbaneforskriften § 6-3(6). På denne måten kunne aktørene fått rettidig og forskriftsmessig informasjon om markedssegmenter og metoden som ville bli anvendt til dette.

Oslo Economics gir etter hva tilsynet kan se ikke støtte for Bane NORs avgrensning av «hovedflyplass» i sin rapport. De skriver at det for dem er uklart om det er selve hovedflyplassen eller egenskaper ved Gardermobanen og Flytoget som gjør at produktene skilles ut i et eget segment.¹²¹ Videre skriver de at kategorien virker å være historisk betinget da dette er én av to strekninger som tidligere var avgiftsbelastet.¹²² Oslo Economics kommer også frem til en annen avgrensning av markedssegmentet.¹²³

Mangelen på bruk av objektive kriterier for å kartlegge jernbanens markedssegmenter innebærer etter tilsynets vurdering at Bane NORs inndeling av markedssegmenter ikke kan anses som en forskriftsmessig holdbar analyse av «hvilke markedssegmenter påslag er relevante for», jf. jernbaneforskriften § 6-3(3). Tilsynet mener at innkreving av et påslag fra Flytoget i 2019 på dette grunnlaget innebærer at avgiftsordningen blir anvendt på en diskriminerende måte, i strid med § 6-2(2).

At kravet til ikke-diskriminering ikke er oppfylt, mener tilsynet også fremgår av dokumentet til Bane NOR om påslag. I dokumentet fremgår det at Bane NOR kun har vurdert tåleevnen til et utvalg av de markedssegmentene som de har identifisert. Av de syv markedssegmentene Bane

¹²¹ Oslo Economics (25. juni 2018): *Segmenter i persontrafikk og godstrafikk på norsk jernbane*. Side 36.

¹²² Ibid.

¹²³ Ibid. side 40.

NOR har definert, er det kun vurdert om tre av segmentene, der «hovedflyplass» er én av disse, kan tåle påslag. Utvalget er ikke begrunnet. Etter tilsynets vurdering innebærer kravet til ikke-diskriminering i jernbaneforskriften § 6-2(2) at alle markedssegmentenes evne til å betale påslag må vurderes etter like kriterier.

Oppsummert finner tilsynet at Bane NORs inndeling i markedssegmenter ikke kan anses som en analyse av markedssegmenter, slik fastsettelse av påslag etter jernbaneforskriften § 6-3(3) forutsetter. Tilsynet finner videre at innkreving av påslag fra Flytoget i 2019 på dette grunnlaget ikke oppfyller kravet til ikke-diskriminering i § 6-2(2). Etter tilsynets vurdering oppfyller dermed tilleggsavgiften som Bane NOR innkrever fra Flytoget i 2019 ikke grunnleggende vilkår som jernbaneforskriften stiller for innkreving av påslag. I avsnitt 6.4.2-6.4.4 har tilsynet også vurdert at avgiften ikke ble endelig fastsatt av Bane NOR som forutsatt i § 6-2(1), og at Bane NOR ikke ga Flytoget forskriftsmessig informasjon om takster og metoder i høringen av nettveiledningen for 2019 etter § 5-1(1), eller etter særskilt varslingskrav i § 6-3(6).

Tilsynet bemerker for øvrig at Bane NORs geografiske differensiering av påslag i 2019 innenfor samme markedssegment, medfører at aktører som er vurdert å være i samme markedssegment avkreves ulike påslag.¹²⁴ For eksempel betaler aktører i markedssegmentet «malm og mineraler» ulike påslag avhengig av om de kjører på Ofotbanen (5,26 øre pr. brutto tonnkm) eller på «øvrige strekninger» (3,54 øre pr. brutto tonnkm). Tilsvarende gjelder for markedssegmentet «PSO». Etter tilsynets syn er innkreving av ulike påslag fra foretak i samme markedssegment i strid med jernbaneforskriften § 6-2(2) siste punktum, om at det skal innkreves like avgifter for sammenliknbare tjenester innenfor samme markedssegment. De ulike påslagene som Bane NOR innkrever er ikke differensiert etter tjenestene som aktørene utfører, men strekningene de kjører på. Den geografiske differensieringen sammen med en mangelfull vurdering av markedssegmenter innebærer etter tilsynets oppfatning at påslagene som Bane NOR innkrever i 2019 er beregnet på et uriktig grunnlag.

Konklusjon:

Tilsynet finner at tilleggsavgiften som Bane NOR innkrever fra Flytoget i 2019 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 på dette grunnlaget ikke har hjemmel til å innkreve denne avgiften fra Flytoget.

6.5 Avgift basert på direkte kostnad og kapasitetsavgift

Flytoget mener at det følger av jernbaneforskriften § 6-2(2) siste punktum at også avgifter basert på direkte kostnad og kapasitetsavgift skal være beregnet på grunnlag av en analyse av markedssegmenter, på tilsvarende måte som påslag etter § 6-3(3). Tilsynet forstår det slik at det primært er beregningen av nevnte avgifter i 2018 som Flytoget klager på.

Bane NOR mener at det ikke er like detaljerte krav til markedssegmentering ved beregning av avgift basert på direkte kostnad og kapasitetsavgift som ved beregning av påslag. Vurderinger av hva som var «sammenliknbare tjenester» eller «markedssegmenter» ble foretatt i samsvar med § 6-2(2) da disse avgiftene ble beregnet, ifølge Bane NOR.

¹²⁴ Dokument av Bane NOR datert 15. oktober 2017 med tittel «Infrastrukturavgifter: Påslag etter § 6-3 jernbaneforskriften» side 6 og Network Statement 2019 tabell 0-2 i avsnitt 6.3.1.

Etter jernbaneforskriften § 6-2(2) skal det «innkreves like avgifter for sammenlignbare tjenester innenfor samme markedssegment». Betingelsen er plassert sammen med andre avgiftsprinsipper i § 6-2 *Infrastrukturavgifter* (1) og (2).

Fastsettelse av avgifter i 2018 må vurderes etter de relevante bestemmelsene i fordelingsforskriften, se avsnitt 5.5.

I fordelingsforskriften er bestemmelsen om at «[d]et skal innkreves like avgifter for sammenlignbare tjenester innenfor samme markedssegment» ikke plassert under § 4-5 *Avgiftsprinsipper*, som er den tilsvarende bestemmelsen som § 6-2 *Infrastrukturavgifter* i jernbaneforskriften. Bestemmelsen er plassert i fjerde ledd i § 4-6 *Unntak fra avgiftsprinsipper*.

På samme måte er den tilsvarende bestemmelsen i direktiv 2001/14/EF og 2012/34/EU plassert under «exceptions to charging principles» i henholdsvis artikkel 8 og 32, og ikke under «principles of charging» i henholdsvis artikkel 7 og 31.

I fordelingsforskriften, direktiv 2001/14/EF og direktiv 2012/34/EU står dermed bestemmelsen om at det skal innkreves like avgifter for sammenlignbare tjenester innenfor samme markedssegment sammen med de øvrige påslagsbestemmelsene under *unntak til avgiftsprinsipper*. Bestemmelsen må etter tilsynets oppfatning forstås som en bestemmelse relatert til påslag og andre unntak til avgiftsprinsippene, og ikke som et generelt avgiftsprinsipp.

Beregning av avgifter basert på direkte kostnad og kapasitetsavgift etter et prinsipp om at det skal innkreves like avgifter for sammenlignbare tjenester innenfor samme markedssegment, vil etter tilsynets vurdering ikke være i samsvar med hvordan slike avgifter skal beregnes etter regelverket. Avgift basert på direkte kostnad skal fastsettes til kostnaden som oppstår som en direkte følge av den enkelte togtjenesten, jf. jernbaneforskriften 6-2(3). Kapasitetsavgift skal fastsettes slik at den gjenspeiler kapasitetsmangelen i en identifiserbar del av jernbanenettet i perioder med overbelastning, jf. jernbaneforskriften § 6-2(4). Disse avgiftene skal dermed settes slik at de gjenspeiler en kostnad. Dette i motsetning til påslag, der intensjonen ikke er at påslaget skal gjenspeile en kostnad, men å skaffe inntekter til infrastrukturforvalter.

Konklusjon:

Etter tilsynets vurdering stiller ikke regelverket krav til at avgifter basert på direkte kostnad og kapasitetsavgift skal være basert på en analyse av markedssegmenter på tilsvarende måte som påslag.

7 Vedtak

7.1 Oppsummering av tilsynets konklusjoner

Statens jernbanetilsyn har i det ovenstående konkludert med følgende i klage fra Flytoget:

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 (ikke-diskriminering) 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) (ikke-diskriminering) 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.

7.2 Tilsynets vurdering av nødvendige tiltak

I tilfelle av en klage skal tilsynet etter jernbaneforskriften § 11-2(2) ta stilling til klagen og om nødvendig treffe tiltak for å avhjelpe situasjonen. Dersom klagen gjelder vilkårene for et tilbud om kapasitet, skal tilsynet etter § 11-2(3) enten bekrefte at endring av infrastrukturforvalters beslutning ikke er nødvendig eller kreve en endring av den beslutningen etter nærmere retningslinjer.

Som det fremgår over har tilsynet konkludert med at Bane NOR ikke har overholdt jernbanelovgivningens regler om varsling, beregning og innkreving av påslag i forbindelse med innkreving av avgifter fra Flytoget for årene 2017, 2018 og 2019, som klagen gjelder. Tilsynet

finner på dette grunnlaget at Bane NOR ikke hadde hjemmel til å kreve inn påslag i 2017 og 2018 og har heller ikke hjemmel til å innkreve påslag i 2019 fra Flytoget. Tilsynet kan ikke se at det finnes mindre inngripende tiltak enn at Bane NOR tilbakebetaler beløpet de ikke hadde hjemmel for å innkreve. Videre kan tilsynet ikke se at tiltaket går lenger enn det som er nødvendig for å korrigere for manglende etterlevelse av kravene i fordelingsforskriften og jernbaneforskriften.

Statens jernbanetilsyn opprettholder det varslede vedtaket der Bane NOR pålegges å tilbakebetale og stanse fremtidig innkreving av den delen av avgiften som Flytoget betalte for bruk av Gardermobanen i 2017 og 2018, og betaler på strekningen Drammen – Oslo lufthavn i 2019, som overstiger kapasitetsavgift og avgift basert på direkte kostnad.

I 2017 ble det innkrevd en generell infrastrukturavgift pålydende 0,625 kr pr. kjørte togkm på hele jernbanenettet, med unntak av Gardermobanen hvor brukerbetalingen som nevnt ble videreført. I 2018 og 2019 var og er «grunnprisen» som Flytoget betalte og betaler for kjøring på strekningen Drammen og Oslo lufthavn lik som for «Oslo-lokal» og satt til henholdsvis 0,97 og 1,02 øre pr. brutto tonnkm for persontog.

Etter tilsynets forståelse var og er hjemmelsgrunnlaget for innkrevingen av de ovennevnte avgiftene fordelingsforskriften § 4-5(2) og jernbaneforskriften § 6-2(3), det vil si avgift basert på direkte kostnad. Bestemmelsen om avgift basert på direkte kostnad var og er en «skal-bestemmelse».

Tilsynet fatter med dette vedtak om tilbakebetaling, samt stans i fremtidig innkreving, av den delen av avgiften som Bane NOR har innkrevd og innkrever fra Flytoget i 2017, 2018 og 2019 som overstiger avgift basert på direkte kostnad lik avgiftssatsene i forrige avsnitt og kapasitetsavgift.

7.2.1 Tilsynets hjemmel for pålegget

Bane NOR anfører i sine kommentarer til varselet at tilsynet ikke har eksplisitt hjemmel til å pålegge Bane NOR tilbakebetaling av allerede innkrevde avgifter, eller stans i fremtid innkreving, og at læren om *condictio indebiti* skulle tale mot tilbakebetaling.

Vedrørende tilsynets hjemmel for det aktuelle pålegget viser tilsynet til avsnitt 4.2.

Tilsynet bemerker også at læren om *condictio indebiti*, slik den er utviklet i rettspraksis, innebærer at hvorvidt betaleren kan kreve tilbakebetalt et uriktig betalt beløp vil avhenge av hvilket resultat som under de konkrete omstendigheter anses å være det mest rettferdige. Hva som er det rettferdige, avgjøres etter en helhetsvurdering basert på rimelighet.¹²⁵

Bane NOR informerte Flytoget i brev av 10. oktober 2017 om at Flytoget ville bli avkrevd påslag for bruk av Gardermobanen fra 1. januar 2018. Tilsynet mottok Flytogets klage 19. desember 2017. De strenge reglene som gjelder for fastsettelse og innkreving av påslag og som skal sikre at infrastrukturforvalter som monopolist innkrever påslag på en ikke-diskriminerende måte og for å oppnå rettferdig konkurranse, er ikke fulgt i denne saken. Korreksjonshensynet er det mest tungtveiende hensynet i rimelighetsvurderingen i denne saken: Bane NOR har ikke oppfylt vilkårene for innkreving av påslag. Feilen er begått av statsforvaltningen. Det ville ikke være

¹²⁵ Se «Obligasjonsrett», 2. utgave 2013, av Viggo Hagstrøm side 702 og 704.

rimelig hvis infrastrukturforvalter skulle kunne unnlate å forholde seg til reglene og likevel få beholde ulovlig innkrevde avgifter. Det vil stride mot formålet med reglene og heller ikke være rimelig, om den som er utsatt for innkreving av ulovlige påslag ikke skal få dette tilbakebetalt ved medhold i en klage til tilsynsmyndigheten.

7.2.2 Virkninger av vedtaket

Bane NOR kommenterer virkninger av vedtaket i sine kommentarer til tilsynets varsel om vedtak.

Bane NOR hevder for det første at det ikke er bestridt fra tilsynets side at Bane NOR *kunne* krevd inn beløpene som har vært krevd inn, så lenge dette hadde blitt gjort i tråd med de prosessuelle kravene.

Tilsynet bemerker at Bane NOR verken har oppfylt de materielle vilkårene i regelverket, se avsnitt 6.3.2 og 6.4.5, eller det som omtales som de prosessuelle vilkårene. Det kan tillegges at oppfyllelse av sistnevnte vilkår er av vesentlig betydning for å sikre transparens i markedet, og videre er nødvendige for at jernbaneforetakene skal kunne fatte rasjonelle økonomiske beslutninger og kontrollere at de ikke blir utsatt for diskriminering.

Bane NOR hevder for det andre at tilsynet må ha kjent til avgiftssystemet på Gardermobanen, og at tilsynet derfor av eget initiativ burde ha vurdert dette avgiftssystemet tidligere og før klage og pålegg om tilbakebetaling.

Tilsynet mener at denne anførselen ikke kan tas til følge. Bane NOR må som infrastrukturforvalter selv påse at de oppfyller sine plikter etter regelverket, se avsnitt 4.3.

Bane NOR hevder for det tredje at kravet om tilbakebetaling ikke vil korrigere markedssituasjonen, men tvert imot innebære at Flytoget får en betydelig fordel.

Som Bane NOR viser til ber tilsynet Bane NOR vurdere implikasjonene av vedtaket for øvrig innkreving av påslag. Tilsynet legger med andre ord til grunn at feilen også skal rettes opp overfor andre aktuelle aktører der det er nødvendig og derigjennom sørge for at aktørene i markedet ikke forskjellsbehandles.

Bane NOR opplyser at påslagene uten fratrukk av direkte kostnader, for 2017, 2018 og 2019 utgjør kr. MNOK 146 for Flytoget, MNOK 89,7 for kommersielle aktører som SJ AB og LKAB. og MNOK 310 for de ikke-kommersielle aktørene Vy Tog AS og Vy Gjøvikbanen AS.¹²⁶ I likhet med Flytoget vil altså også disse selskapene få tilbakeført eventuelle ulovlig innkrevde påslag når Bane NOR oppfyller vedtaket og oppfordringen til å vurdere implikasjonene av dette.

Tilsynet kan på denne bakgrunn ikke se at vedtaket har en konkurransevridende virkning.

Bane NOR hevder for det fjerde at «[e]t vedtak som angitt i varselet vil innebære ulovlig statsstøtte». Bane NOR begrunner dette blant annet slik:

Utgangspunktet er at Flytoget har betalt en avgift for bruk av Gardermobanen. Denne avgiften har gått til drift og vedlikehold av Gardermobanen som ellers ikke ville blitt

¹²⁶ Henholdsvis NSB AS og NSB Gjøvikbanen AS frem til 24. april 2019.

utført dersom Bane NOR ikke hadde innkrevd avgiften. Dersom Bane NOR nå må betale tilbake avgiftene, vil Flytoget ha mottatt en tjeneste vederlagsfritt de tre siste årene. Dette vil således klart utgjøre en fordel for Flytoget.¹²⁷

Bane NOR anfører i den forbindelse også at avtalen mellom Bane NOR og Flytoget av 26. februar 2001 underbygger at det vil være i strid med statsstøtteregelverket å pålegge Bane NOR å tilbakebetale avgiftene som har vært innkrevd, da avtalen innebærer at avgiftene har utgjort et vederlag for drift og vedlikehold av banen.

Tilsynet har i avsnitt 5.6 vurdert at avtalen mellom Bane NOR og Flytoget må vike i den utstrekning den strider mot fordelingsforskriften og gjeldende jernbaneforskrift.

Forbudet mot statsstøtte skal forhindre at konkurransen vris som følge av at EUs medlemsstater eller EFTA-statene gir støtte til foretak som setter disse i en gunstig konkurransesituasjon i forhold til foretak som ikke nyter godt av slik støtte. Det sentrale spørsmålet i vurderingen av om en beslutning innebærer ulovlig statsstøtte er med andre ord den potensielle grenseoverskridende konkurransevridende effekten av en beslutning.

Det fremgår av vurderingen ovenfor at vedtaket etter tilsynets vurdering ikke vil virke konkurransevridende, verken nasjonalt eller overfor virksomheter i andre EFTA-stater. Bane NOR er som infrastrukturforvalter dessuten ansvarlig for drift og vedlikehold på hele jernbanenettet som det forvalter.¹²⁸ Flytoget har ikke vært eneste bruker av Gardermobanen, og drift og vedlikehold på banen har dermed kommet også alle øvrige brukere av banen til gode. Disse andre jernbaneforetakene er også klageberettigede, dersom Bane NOR ikke vurderer og følger opp vedtakets implikasjoner for andre virksomheter.

Tilsynet mener allerede på denne bakgrunn at vedtaket ikke innebærer ulovlig statsstøtte, jf. EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1. Dersom ikke alle vilkårene i artikkel 61 nr. 1 er oppfylt, foreligger ikke offentlig støtte.¹²⁹

Tre av vilkårene som må være oppfylt for at forbudet skal komme til anvendelse og for å kunne konkludere med ulovlig statsstøtte, er begunstigelse av enkelte foretak, konkurransevridning og påvirkning på samhandelen mellom avtalepartene. Når det gjelder kravet til selektivitet, må det i forhold til artikkel 61 nr. 1 trekkes et skille mellom bestemte eller selektive ytelser rettet mot konkrete foretak, og ytelser som ikke er rettet mot noen bestemt, men kommer en uspesifisert gruppe til gode.¹³⁰ Konkurransevridning foreligger når statsstøtte, faktisk eller potensielt, griper inn i et bestående eller mulig konkurranseforhold mellom foretak eller bransjer og endrer konkurransens utvikling.¹³¹ For å oppfylle kravet må det foreligge en begunstigelse fra staten som innebærer en forskjellsbehandling til fordel for bestemte foretak. Samhandlingskriteriet innebærer at støtten må ha en grenseoverskridende virkning og påvirke samhandelen mellom avtalepartene i EØS-området¹³². Slik tilsynet vurderer det er ingen av disse vilkårene oppfylt.

¹²⁷ Bane NORs kommentarer av 3. september 2018 til varsel om vedtak, side 22.

¹²⁸ Se lisensforskriften § 24 bokstav b og jernbaneinfrastrukturforskriften § 2-4.

¹²⁹ Se også Nærings- og fiskeridepartementets Veileder om offentlig støtte side 7 på følgende link:

https://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/nfd/dokumenter/veiledninger/veileder_offentlig-stotte.pdf.

¹³⁰ Se «EØS-rett», 3. utgave 2011, av Sejersted, Arnesen, Rognstad og Kolstad side 594.

¹³¹ Se «EØS-rett», 3. utgave 2011, av Sejersted, Arnesen, Rognstad og Kolstad side 596 flg.

¹³² Ibid. side 599.

Manglende oppfyllelse av ett av disse vilkårene er som nevnt uansett tilstrekkelig til at man er utenfor virkeområdet til art. 61 nr. 1. Tilsynets vedtak innebærer med andre ord ikke offentlig støtte.

Tilsynet bemerker i tillegg til vurderingen ovenfor, at vedtaket går ut på at Bane NOR pålegges å tilbakebetale og ikke innkreve nærmere angitte avgifter som ikke oppfyller kravene i jernbaneregelverket. Det er en avgjørelse av en klage fra Flytoget etter jernbaneforskriften § 11-2(1). Ifølge § 11-2(1) kan, som tidligere nevnt, en søker «som mener å ha blitt urettferdig behandlet, utsatt for forskjellsbehandling eller fått sine interesser krenket på annen måte» klage til tilsynet.

Det er dessuten opp til den enkelte klageberettigede om de vil klage på forhold som faller inn under bestemmelsen. Med andre ord har også andre søkere rett til å innklage samme forhold med samme resultat når vilkårene er oppfylt. Den klageberettigede kan enten være den som først innklager problemstillingen til tilsynet eller den som inngir en egen klage til tilsynet på sin sak, dersom Bane NOR ikke vurderer og følger opp vedtakets implikasjoner for andre virksomheter. Det gjelder også utenlandske søkere.

Videre plikter tilsynet etter § 11-2(3) i en sak som den foreliggende å enten bekrefte at endring av infrastrukturforvalters beslutning ikke er nødvendig eller kreve en endring av den beslutningen etter nærmere retningslinjer.

7.2.3 Vedtakets forholdsmessighet

Tilsynet finner på denne bakgrunn at vedtaket om tilbakebetaling ikke innebærer konkurransevridninger til fordel for Flytoget eller ulovlig statsstøtte. Sett i sammenheng med avsnitt 4.2 om tilsynets hjemmel for pålegg om tilbakebetaling og stans i fremtidig innkreving, finner tilsynet på denne bakgrunn at vedtaket er forholdsmessig.

7.3 Vurdering av spørsmålet om nytt varsel om vedtak

Bane NOR anfører i sine kommentarer til varsel om vedtak at de i disse kommentarene tar opp flere forhold som ikke tidligere har vært tatt opp i saken. Bane NOR forutsetter derfor at det gis et nytt varsel om vedtak hvor de nye forholdene er behandlet. Bane NOR viser særskilt til (I) tilsynets hjemmel for vedtaket, (II) forholdsmessigheten og nødvendigheten av tilbakebetaling, (III) forholdet til statsstøtteregelverket og (IV) forholdet til presumsjonsprinsippet.

Når det gjelder Bane NORs kommentar om virkningen av eventuelle saksbehandlingsfeil og forholdet til presumsjonsprinsippet, har tilsynet som tidligere nevnt uansett i vedtaket avgjort spørsmålet om tilbakebetaling for 2017 og 2018 alene ut fra manglende oppfyllelse av de grunnleggende vilkår i fordelingsforskriften §§ 4-6 og 4-8. Det avgjørende er som tidligere nevnt at Bane NOR som infrastrukturforvalter selv må påse at de oppfyller sine plikter etter regelverket, selv om Samferdselsdepartementet etablerer en ordning for påslag. Når det gjelder kommentaren om avtalens betydning, vises det til vurderingen i avsnitt 5.6. Selv om tilsynet ikke eksplisitt har drøftet hjemmelen for og nødvendigheten av tilbakebetalingen og stans i innkreving og forholdsmessigheten av vedtaket i varselet, har tilsynet også hele tiden vært av den oppfatning at vedtaket oppfyller disse kravene. Tilsvarende gjelder forholdet til statsstøtteregelverket og virkningen av vedtaket på konkurransen. Tilsynet kan som tidligere nevnt ikke se at vedtaket kan være konkurransevridende eller er et brudd på statsstøttereglene. Tilsynet kan ikke se at disse innspillene fra Bane NORs bringer noe vesentlig nytt i saken.

Andre endringer fra varsel til vedtak, som omstrukturering og presisering av vurderingene og utdyping av hjemmelsgrunnlag og annen begrunnelse for vedtaket, skyldes i all hovedsak Bane NORs kommentarer eller påstander som fremkommer i Bane NORs kommentarer. Påstandene har etter tilsynets vurdering også gjort det nødvendig med mer prinsipielle redegjørelser på enkelte punkter som bakgrunn for de konkrete vurderingene, for eksempel i avsnitt 6.4.2 og 6.4.3. Tilsynet kan ikke se at dette gjør det nødvendig med nytt varsel om vedtak.

Det avgjørende for spørsmålet om plikt til å varsle på nytt overfor en part som allerede har mottatt et varsel og fått anledning til å uttale seg, er i utgangspunktet om man står overfor et nytt vedtak i en sak¹³³. Dette er uansett ikke tilfellet her.

Tilsynet skal som forvaltningsorgan påse at saken er så godt opplyst som mulig¹³⁴ før vedtak treffes, jf. fvl § 17. Bane NOR har allerede uttalt seg om disse forholdene og forholdene som Flytoget påklager mer generelt, og Bane NORs kommentarer er forelagt Flytoget for eventuelle kommentarer. Tilsynet har redegjort for sin vurdering av Bane NORs nye anførsler og kan ikke se at de fører frem.

Tilsynet mener på denne bakgrunn at saken er forsvarlig opplyst. Tilsynet kan ikke se at et nytt varsel er påkrevet eller ville ført til et annet resultat.

7.4 Tilsynets 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 effektuert 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 effektuert 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.

¹³³ Se «Forvaltningsloven med kommentarer», 5. utgave 2011, av Geir Woxholth, side 342.

¹³⁴ Tilsynet nevner også for ordens skyld at kravet «så godt opplyst som mulig» ikke kan tas bokstavelig, se «Forvaltningsrett», 9. utgave 2010 av Torstein Eckhoff og Eivind Smith ved Smith side 286.

Vedtaket kan ikke påklages, jf. jernbaneloven § 11b tredje ledd.¹³⁵ Retten kan imidlertid prøve alle sider av saken.

Med hilsen

Mona Ljunggren
Avdelingsdirektør

Dokumentet er elektronisk godkjent og sendes uten signatur

Vedlegg

Vedlegg 1 - Implementing Key Provisions of Directive 2001 14 - Draft of 22 July 2009

Vedlegg 2 - E-postkorrespondanse med DG MOVE

Vedlegg 3 - Svar fra Samferdselsdepartementet til ESA

¹³⁵ For ordens skyld nevnes at det gjelder også den delen av vedtaket hvor fordelingsforskriften er hjemmelsgrunlaget. Slik tilsynet ser det kommer ikke forbudet mot tilbakevirkende kraft til anvendelse på anvendelsen av prosessbestemmelsen i jernbaneloven § 11b tredje ledd i denne saken, se «Forbud mot tilbakevirkende lover», 2010, av Benedikte Moltumyr Høgberg særlig side 146, 176-177, 183-184, 197-198 og 212-213.