

Bane NOR SF  
Postboks 4350  
2308 HAMAR

Postboks 7113 St. Olavs plass  
NO-0130 Oslo

Att.:

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

Saksbehandler: Jon Loge Ramstad, 22995929  
Vår ref.: 19/2612-10  
Deres ref.:  
Dato: 01.09.2019

## **Vedtak om fastsettelse av frist for anmodning om økonomisk likevektsvurdering etter jernbaneforskriften § 2-6 (2)**

### **1. Innledning**

Vi viser til vårt brev av 13. august 2019 som inneholdt henholdsvis i) informasjon om en planlagt grensekryssende rute, og ii) varsel om vedtak om fastsettelse av en frist for anmodninger etter jernbaneforskriften § 2-6 (2).<sup>1</sup> Fristen for eventuelle merknader til det varslede vedtaket var videre satt til 23. august. Tilsynet har innen fristen ikke mottatt merknader fra noen av de som ble varslet om slik frist for anmodninger.

Det er i jernbaneforskriften § 2-6 fastsatt at tilsynet har myndighet til å avgjøre i) om hovedformålet med en persontransporttjeneste er internasjonal eller nasjonal transport, og ii) om tjenesten vil kunne skade den økonomiske likevekten i en kontrakt om offentlig tjenesteytelse. Mens det førstnevnte spørsmålet er avgjørende for om tjenesten er omfattet av tilgang retten for internasjonale persontransporttjenester som Samferdselsdepartementet (departementet) har etablert gjennom forskriften § 2-1 (1) bokstav d), er det sistnevnte spørsmålet avgjørende for om begrensningene som departementet har fastsatt i adgangen til å ta opp og sette av passasjerer ved norske stasjoner, jf. § 2-6 (2) første punktum, kommer til anvendelse.

Det er tilsynet som markedsovervåkingsorgan, jf. jernbaneloven § 11b, som skal fatte avgjørelsene etter jernbaneforskriften § 2-6.<sup>2</sup> Tilsynets avgjørelsesmyndighet er etter både første og andre ledd betinget av at det foreligger en anmodning fra en aktør som er berettiget til å anmode om den aktuelle avgjørelsen.

Vygruppen AS (Vy) og Jernbanedirektoratet kan anmode om avgjørelser etter både første og andre ledd i § 2-6, mens Bane NOR SF (Bane NOR) etter tilsynets vurdering vil kunne anmode om en avgjørelse etter andre ledd.

<sup>1</sup> Forskrift om jernbanevirksomhet, serviceanlegg, avgifter og fordeling av infrastrukturkapasitet mv. (jernbaneforskriften), FOR-2016-12-20-1771.

<sup>2</sup> Lov om anlegg og drift av jernbane, herunder sporvei, tunnelbane og forstadsbane m.m. (jernbaneloven), LOV-1993-06-11-100. Det er eksplisitt uttalt i departementets høringsnotat til jernbaneforskriften av 16. februar 2015 at det er tilsynet som markedsovervåker som skal foreta vurderingene, se pkt. 2 nedenfor.

Tilsynet anser at avgjørelsen om frist for en eventuell anmodning er truffet under utøvelse av offentlig myndighet og bestemmende for Bane NORs rettigheter og plikter, jf. forvaltningsloven § 2 (1) bokstav a) og b).<sup>3</sup> Bane NOR er som statsforetak i utgangspunktet ikke underlagt forvaltningsloven og har normalt partsstilling overfor offentlige myndigheter, jf. statsforetaksloven §§ 3 og 4.<sup>4</sup> I henhold til forvaltningsloven § 1 siste setning er et statsforetak likevel å regne som et forvaltningsorgan i saker hvor det treffer enkeltvedtak.

Det er ikke definert i jernbaneforskriften hvilke av Bane NORs interesser og funksjoner som begrunner at Bane NOR er berettiget til å anmode om tilsynets avgjørelse etter § 2-6 (2). Tilsynet har etter en helhetsvurdering derfor falt tilbake på statsforetakslovens utgangspunkt om at statsforetak normalt har partsstilling overfor offentlige myndigheter. Tilsynet legger derfor til grunn at Bane NOR er part til tilsynets enkeltvedtak om fristfastsettelse for Bane NORs eventuelle anmodning om en vurdering opp mot § 2-6 (2). I forlengelsen av dette vedtaket, har tilsynet som varslet også fattet en prosessledende avgjørelse om innholdsmessige krav til en eventuell anmodning.

## **2. Nærmere om jernbaneforskriften § 2-6**

Jernbaneforskriften § 2-6 har følgende ordlyd:

### *§ 2-6. Rett til å ta med passasjerer innenlands ved internasjonal persontransport*

- (1) Ved utførelse av internasjonale persontransporttjenester har jernbaneforetaket rett til å ta med passasjerer fra en stasjon og sette dem av ved enhver annen stasjon i Norge. Statens jernbanetilsyn avgjør etter anmodning om hovedformålet med en ny internasjonal persontransporttjeneste er å transportere passasjerer mellom stasjoner i ulike EØS-stater.*
- (2) Retten etter første ledd er begrenset for tjenester mellom et avgangs- og ankomststed som omfattes av en eller flere kontrakter om offentlig tjenesteytelse hvis utøvelse av denne retten vil kunne skade den økonomiske likevekten i en kontrakt om offentlig tjenesteytelse. Statens jernbanetilsyn avgjør etter anmodning om den økonomiske likevekten i en kontrakt om offentlig tjenesteytelse vil kunne skades av en ny internasjonal persontransporttjeneste.*

Tilsynets avgjørelsesmyndighet etter § 2-6 omfatter som berørt innledningsvis to ulike tema. Det følger av første ledd at tilsynet etter anmodning skal avgjøre om hovedformålet med en ny internasjonal persontransporttjeneste er å transportere passasjerer mellom stasjoner i ulike EØS-stater. Dette spørsmålet er avgjørende for om jernbaneforetaket gjennom jernbaneforskriften § 2-1 (1) bokstav d) har tilgang til å trafikere jernbanenettet på rettferdige, åpne og ikke-diskriminerende vilkår. Det følger av den nevnte bestemmelsen i § 2-1 (1) bokstav d) at «*jernbaneforetak som har som hovedformål å drive internasjonal persontransport*», har rett til slik tilgang.

Den andre kategorien avgjørelser knytter seg til om begrensningene som er fastsatt i andre ledd for jernbaneforetakets rett til å ta opp og sette av passasjerer ved norske stasjoner som ledd i den internasjonale persontransporttjenesten, kommer til anvendelse. Det følger som nevnt av første ledd første punktum at jernbaneforetak, ved utførelse av internasjonale persontransporttjenester, har rett til å ta med passasjerer fra en stasjon og sette dem av ved

<sup>3</sup> Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven), LOV-1967-02-10.

<sup>4</sup> Lov om statsforetak, LOV-1991-08-30-71.

enhver annen stasjon i Norge. Departementet har imidlertid altså fastsatt en begrensning i andre ledd for tjenester mellom et avgangs- og ankomststed som omfattes av en eller flere kontrakter om offentlig tjenesteytelse, og som gjelder når utøvelsen av denne retten vil kunne skade den økonomiske likevekten i en kontrakt om offentlig tjenesteytelse. Det er som nevnt tilsynet som etter anmodning avgjør om begrensningen kommer til anvendelse.

Den tidligere jernbaneforskriften inneholdt regler i §§ 3-1 til 3-4 om testene som i den någjeldende jernbaneforskriften reguleres i § 2-6 (1) og (2).<sup>5</sup> Reguleringsreglene inneholdt både saksbehandlingsregler og nærmere materielle presiseringer. For så vidt gjelder økonomisk likevekts-testen var det i § 3-3 (2) understreket at «*Statens jernbanetilsyn skal, på forespørsel fra berørte myndigheter og jernbaneforetak, foreta en objektiv økonomisk analyse for å vurdere om den økonomiske likevekten i kontrakt om offentlig tjenesteytelse vil kunne skades*». Det var i tredje ledd videre pekt på momenter som inngår i den økonomiske analysen.

Den någjeldende jernbaneforskriften er innenfor sitt område ment å gjennomføre direktiv 2012/34/EU (direktivet) i norsk rett. I *Prop. 8 L (2016–2017) Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak), Endringer i jernbaneloven og jernbaneundersøkelsesloven (gjennomføring av direktiv 2012/34/EU mv.)*, uttalte departementet at «*[d]irektivet er ikke ennå tatt inn i EØS-avtalen, men departementet finner det hensiktsmessig å likevel gjennomføre direktivet i norsk rett nå*».<sup>6</sup> Stortingets transportkomité støttet dette i *Innst. 93 L (2016–2017) Innstilling fra transport- og kommunikasjonskomiteen om Endringer i jernbaneloven og jernbaneundersøkelsesloven (gjennomføring av direktiv 2012/34/EU mv.)*<sup>7</sup>, og Stortinget vedtok på denne bakgrunn de nødvendige endringene i jernbaneloven for å kunne gjennomføre direktivet.<sup>8</sup> Det fremgår i tråd med dette av høringsnotatet til forskriftsforslaget som senere ble vedtatt at «*en stor del av forslaget går ut på å gjennomføre direktiv 2012/34/EU av 21. november 2012 om etablering av et felles europeisk jernbaneområde (heretter direktivet) i norsk rett*».<sup>9</sup> Det endelige forskriftsforslaget gjorde bare mindre endringer i utkastet som ble sendt på høring forut for høringen av lovendringene, og som forutsatte at Stortinget vedtok nødvendige endringer for å gjennomføre direktivet.<sup>10</sup>

Bestemmelsene i direktivet om hovedformåls- og økonomisk likevekt-testene, jf. jernbaneforskriften § 2-6 (1) og (2), finnes i artikkel 10 nr. 2 og 3 og 11 nr. 1 til 3. Det var imidlertid allerede da forslaget til den någjeldende jernbaneforskriften ble sendt på høring vedtatt en gjennomføringsforordning i EU om nye passasjertjenester (forordningen) hvor direktivets regler om hovedformåls- og økonomisk likevekt-testene ble utpenslet.<sup>11</sup> Forordningen inneholder både saksbehandlingsregler og materielle presiseringer innenfor rammen som direktivet trekker opp.

Som følge av denne forordningen, fant departementet det ikke hensiktsmessig å gi mer detaljerte regler etter modell av de som fantes i den tidligere jernbaneforskriften og som finnes i direktivet. Departementet la i stedet opp til at forordningen skulle inntas som et nytt tredje ledd

<sup>5</sup> Forskrift om jernbanevirksomhet mv. på det nasjonale jernbanenet (jernbaneforskriften), 1. januar 2011, FOR-2010-12-10-1568.

<sup>6</sup> På side 5 under punkt 1, *Proposisjonens hovedinnhold*.

<sup>7</sup> På side 2.

<sup>8</sup> Lov om anlegg og drift av jernbane, herunder sporvei, tunnelbane og forstadsbane m.m. (jernbaneloven), LOV-1993-06-11-100.

<sup>9</sup> Samferdselsdepartementets høringsnotat av 8. november 2016 på side 1. Direktivbestemmelsene knyttet til lisens mv. er gjennomført gjennom *forskrift om lisens, sikkerhets sertifikat, sikkerhetsgodkjenning og andre forhold relatert til sikkerheten på jernbanen* (lisensforskriften), FOR-2016-12-20-1747.

<sup>10</sup> Det opprinnelige forskriftsforslaget ble sendt på høring 17. februar 2015. Det var vedlagt et forskriftsspeil som viser hvordan de ulike direktivbestemmelsene er gjennomført.

<sup>11</sup> KOMMISSIONENS GENNEMFØRELSESFORORDNING (EU) Nr. 869/2014 af 11. august 2014 om nye jernbanepassagerutter, EUT L 239/1, 12.8.2014.

til § 2-6. Hensynet til å unngå gjentakelser, tilsa etter departementets syn at første og andre ledd ble utformet slik at de begrenset seg til å gi de overordnede materielle reglene på området. Det heter videre i departementets høringsnotat til jernbaneforskriften av 16. februar 2015 at:

*«Det er markedsovervåkingsorganet som skal foreta disse vurderingene når noen ber om det. Fremgangsmåtene og kriteriene for disse vurderingene er nærmere regulert i forordning (EU) nr. 869/2014 [forordningen]. Denne forordningen foreslås gjennomført i utkastet § 2-6 tredje ledd (under forutsetning av at forordningen tas inn i EØS-avtalen før forskriften fastsettes). Da en del av direktivets bestemmelser også er skrevet inn i forordningen, er ikke disse bestemmelsene gjentatt i forskriftsutkastet».*

Det har etter at jernbaneforskriften ble vedtatt oppstått en langvarig forsinkelse knyttet til innarbeidelsen av markedsrettslige EU-rettsakter på jernbaneområdet i EØS-avtalen. Forsinkelsen har medført at forordningen ennå ikke er inntatt i norsk rett, noe som gjør at § 2-6 fortsatt fremstår som ufullstendig. Bestemmelsen mangler vesentlige presiseringer som departementet la til grunn at ville følge av innarbeidelsen av forordningen i tredje ledd. En tilnærming hvor bestemmelsen anvendes med bakgrunn i en isolert ordlydsfortolkning vil dermed verken være i tråd med departementets formål eller ivareta aktørenes behov for forutberegnelighet.

Tilsynet finner det på denne bakgrunn riktig så langt som mulig å gå frem i henhold til forordningen og direktivet artikkel 10 og 11 ved håndhevelsen av någjeldende § 2-6. Tilsynet vil innenfor rammene av forskriftsbestemmelsen også hente inspirasjon fra reguleringene i den tidligere jernbaneforskriften. Tilsynets formål vil i så måte også være å sikre forsvarlig saksbehandling.

Det følger av direktivet artikkel 10 nr. 3 og 11 nr. 2, og forordningen artikkel 5 og 10, at infrastrukturforvalter på den berørte strekningen har rett til å anmode om en avgjørelse vedrørende påvirkning av den økonomiske likevekten, men ikke om en avgjørelse av hovedformålet. I lys av at lovgiver og departementet altså har hatt til hensikt å gjennomføre direktivet, og at departementet i denne forbindelse så for seg å innarbeide forordningen i § 2-6 (3), legger tilsynet til grunn at Bane NOR kan anmode om en avgjørelse etter § 2-6 (2), men ikke etter § 2-6 (1).

### **3. Vedtak om frist for anmodning om tilsynets avgjørelse etter jernbaneforskriften § 2-6 (2)**

Både forordningen og § 3-4 i den tidligere jernbaneforskriften inneholder reguleringer av fristen for å fremsette anmodninger om avgjørelser som nevnt i jernbaneforskriften § 2-6.

Reguleringene reflekterer at det både fra et markeds- og ressursmessig synspunkt vil være uheldig hvis regelverket legger opp til at det kan anmodes om vurdering av en internasjonal tjeneste som allerede har gjennomført en suksessfull etablering. Det har derfor de beste grunner for seg at avgjørelsen, så langt det er praktisk mulig, i stedet foretas forut for oppstart av den aktuelle tjenesten. Dette vil gi aktører som ønsker å etablere seg nødvendig trygghet for sine investeringer, og derfor kunne bidra til å fjerne etableringshindre, og samtidig motvirke at det faktisk foretas investeringer som senere viser seg verdiløse. Tilnærmingen vil også være positiv for kundene ettersom det vil være uheldig for disse hvis nye populære, etterspurte tjenester må legges ned. Hensynet til de relevante berørte aktørene vil videre være ivaretatt i tilstrekkelig grad ved at de får anledning til å anmode om tilsynets avgjørelse innenfor en frist.

Forordningen og den tidligere jernbaneforskriften § 3-4 oppstiller i tillegg innholdsmessige krav til eventuelle anmodninger som skal bidra til at tilsynet får tilgang til nødvendige opplysninger for å kunne gjennomføre testen det anmodes om. Disse kravene reflekterer at aktørene selv i stor grad er nærmest til å besitte opplysningene som det må ses hen til ved avgjørelser etter § 2-6. Tilsynet vurderer på denne bakgrunn at det også er behov for å oppstille innholdsmessige krav til en eventuell anmodning om en avgjørelse etter § 2-6 (2).

Det følger av jernbaneforskriften § 11-1 (7) at tilsynet som markedsovervåker [...] «ved behov [skal] treffe beslutning om hensiktsmessige tiltak for å motvirke diskriminering mellom søkere, skadelig konkurransevridning og alle andre former for uønskede situasjoner i markedene for jernbanetjenester». Tilsynet vurderer at denne bestemmelsen gir nødvendig hjemmel for enkeltvedtak om fristfastsettelse for anmodninger om tester etter § 2-6. Det vises i denne forbindelse til det som er sagt ovenfor om de uheldige konsekvensene ved avgjørelser etter tidspunktet for investeringer i og/eller oppstart av ruten. De negative konsekvensene vil bli større desto lengre ruten har vært operativ før det eventuelt fattes vedtak etter § 2-6 første eller annet ledd som begrenser videre virksomhet.

Disse forholdene vil etter tilsynets vurdering kunne karakteriseres som en uønsket utvikling etter § 11-1 (7), og er nettopp grunnen til at det både etter forordningen og den tidligere jernbaneforskriften er lagt opp til at det skal gjelde en frist for anmodninger som avskjærer anmodninger etter fristens utløp. Tilsynet vurderer i lys av fristens karakter videre altså at fristfastsettelsen vil utgjøre et enkeltvedtak.

Tilsynet fastsetter på denne bakgrunn, og i tråd med vårt forhåndsvarsel av 13. august, følgende vedtak rettet mot Bane NOR:

*«1. Fristen for å anmode om tilsynets avgjørelse som nevnt i jernbaneforskriften § 2-6 (2) settes, med hjemmel i jernbaneforskriften § 11-1 (7), til 10. september 2019. Tilsynet vil i en eventuell avgjørelse presisere hvilke forhold som kan berettige til en fornyet vurdering og avgjørelse».*

Tilsynet har ved fristangivelsen sett hen til vedtakets innhold, herunder at det omfatter krav som er kjent gjennom reguleringene i den tidligere jernbaneforskriften §§ 3-1 til 3-4. Forordningen om nye passasjertransporttjenester ble videre omtalt i høringen forut for fastsettelsen av den någjeldende jernbaneforskriften.

Siden enkeltvedtaket er truffet av tilsynet som markedsovervåker kan det ikke påklages, jf. jernbaneloven § 11b (3).

Når det gjelder de innholdsmessige kravene til en eventuell anmodning, er det tilsynets vurdering at disse har hjemmel i jernbaneforskriften § 11-1 (6) jf. jernbaneloven § 11. Tilsynet som markedsovervåker kan etter denne bestemmelsen kreve fremlagt alle relevante opplysninger som ledd i ivaretagelsen av sine oppgaver. Tilsynet ser det slik at fastsettelsen av de innholdsmessige kravene utgjør en prosessledende avgjørelse i motsetning til et enkeltvedtak. Siden den prosessledende avgjørelsen knytter seg til vedtaket i pkt. 1, er den nummerert som pkt. 2 flg:

2. En eventuell anmodning om tilsynets avgjørelse skal videre inneholde opplysninger som spesifisert i dette punkt 2. Pålegget gis med hjemmel i jernbaneforskriften § 11-1 (6) jf. jernbaneloven § 11.

Opplysninger som skal gis i en eventuell anmodning om prøving etter § 2-6 (2) av om den økonomiske likevekten i en kontrakt om offentlig tjenesteyting vil kunne skades

I anmodningen skal Bane NOR gi følgende opplysninger:

- a) en redegjørelse for Bane NORs interesse i en avgjørelse av om den økonomiske likevekten i en kontrakt om offentlig tjenesteyting vil kunne skades
- b) en redegjørelse for hvorfor den nye ruten vil kunne skade den økonomiske likevekten i en eksisterende kontrakt om offentlig tjenesteyting
- c) opplysninger og dokumentasjon som underbygger redegjørelsene som nevnt i bokstav a) og b).

3. Tilsynet gjør videre oppmerksom på at vi i tillegg vil kunne kreve fremlagt ytterligere opplysninger som er relevante for eventuelle avgjørelser etter jernbaneforskriften § 2-6. Pålegg om utgivelse av slike opplysninger vil kunne gis med hjemmel i jernbaneforskriften § 11-1 (6) jf. jernbaneloven § 11.

#### 4. Innsyn

Som ledd i tilsynets utrednings- og informasjonsplikt og ivaretagelse av kontradiksjonsprinsippet, vil tilsynet under saksforberedelsen av et vedtak som hovedregel oversende alle opplysninger som mottas i forbindelse med saken til de/n andre parten/partene for uttalelse. Unntak fremgår av forvaltningsloven § 17. Partene har rett til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter, jf. forvaltningsloven § 18. Unntak fra partsinnsyn fremgår av forvaltningsloven § 19. Dersom dere mener at enkelte av de dokumentene som oversendes inneholder forretningshemmeligheter eller av andre grunner skal eller kan unntas fra innsyn, bes dere ved oversendelsen presist angi hvilke opplysninger dette gjelder med kort begrunnelse. Det samme gjelder dersom dere mener at ytterligere opplysninger er unntatt fra offentlighet etter offentleglova. Tilsynet gjør imidlertid oppmerksom på at tilsynet ikke er bundet av deres vurdering, og at vi vil foreta en selvstendig vurdering av grunnlaget for å unnta opplysningene fra innsyn.

Med hilsen

Mona Ljunggren  
Avdelingsdirektør, Markedsovervåking  
*Dokumentet er elektronisk godkjent og sendes uten signatur*