

Arntzen deBesche Advokatfirma AS
Postboks 2734 Solli
0204 OSLO

Att.: Espen I. Bakken

Postboks 7113 St. Olavs plass
NO-0130 Oslo

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

Saksbehandler: Per Kristian Johansen,
Vår ref.: 15/1147-37 FELLES - 71
Deres ref.:
Dato: 04.10.2016

Vedtak i klagesak fra LKAB Malmtrafik AB vedrørende kjøreveisavgiften

1. Innledning

Statens jernbanetilsyn (tilsynet) viser til varsel om vedtak av 20. juli 2016 i klagesak fra LKAB Malmtrafik AB (LKAB) vedrørende Jernbaneverkets (JBV) innkreving av kjøreveisavgift fra LKAB, og JBV's tilsvarende svar til varsel i brev av 31. august 2016. LKAB klaget på at Jernbaneverket (JBV) har innkrevd for mye kjøreveisavgift¹ fra LKAB fra og med 2007. LKAB anfører at reglene for avgiftsordningen kun åpner for å innkreve avgift for *godstransporter utført med materiell som har faktisk aksellast over 25 tonn*, mens JBV har innkrevd avgift for alle LKABs godstransporter som er utført med *materiell som har tillatt aksellast over 25 tonn*.

LKAB Malmtrafik er et datterselskap av gruveselskapet LKAB og transporterer jernmalm med jernbane mellom Kiruna og Narvik. Frem til 2012 utførte LKAB Malmtrafik kun malmtransport mellom Kiruna og riksgrensen, mens transporten mellom riksgrensen og Narvik (Ofofbanen) ble utført av det norske datterselskapet Malmtrafikk AS (MTAS).

Tilsynet fikk klagen oversendt fra SD 2. november 2015, med anmodning om å behandle klagen i det omfanget fordelingsforskriften § 9-4 tilsier. Bakgrunnen for dette er at fordelingsforskriften² § 9-4 sier at "*avgiftsordningen, nivået på eller strukturen til infrastrukturavgifter [...] kan påklages til Statens jernbanetilsyn*", mens "*prinsippene for avgiftsordningen [...] kan påklages til departementet*". Etter vurdering av tilsynets myndighet som markedsovervåkningsorgan, har tilsynet kommet til at det har myndighet til å behandle alle deler av klagen etter fordelingsforskriften § 9-4. SD ble orientert om dette i brev av 11. desember 2015.

Tilsynet har innhentet skriftlig informasjon fra JBV, LKAB og SD i forbindelse med

¹ Begrepene "kjøreveisavgift" og "infrastrukturavgift" benyttes i dette dokumentet for å omtale avgifter for bruk av jernbaneinfrastruktur, jf. fordelingsforskriften § 4-5.

² Forskrift om fordeling av jernbaneinfrastrukturkapasitet og innkreving av avgifter for bruk av det nasjonale jernbanenettet av 5. februar 2003 nr. 135.

klagebehandlingen. I tillegg er det avholdt møte med LKAB og JBV, henholdsvis 16. mars og 5. april 2016.

2. Statens jernbanetilsyns myndighet i saken

Tilsynet behandler klagen etter fordelingsforskriften § 9-4. Det innebærer at tilsynet vil vurdere:

- (i) om JBV's innkreving av kjøreveisavgift fra LKAB er i tråd med satser og spesifikke regler som er fastsatt for avgiftsordningen, i tråd med fordelingsforskriften § 4-1, og
- (ii) om de fastsatte satsene og reglene for avgiftsordningen er i tråd med avgiftsprinsippene i fordelingsforskriften §§ 4-5 og 4-6.

I tillegg skal tilsynet sikre at avgiftene som er fastsatt av infrastrukturforvalteren ikke innebærer forskjellsbehandling, jf. fordelingsforskriften § 9-5.

3. Sakens faktum og partenes anførsler

3.1 Regler for avgiftsordningen i Norge og satser for kjøreveisavgift

Satser for kjøreveisavgift fastsettes årlig i forbindelse med Stortingets vedtakelse av statsbudsjettet. Fra og med 1990 har det eksistert en avgiftsordning for bruk av jernbaneinfrastruktur i Norge³, men passasjertransport har hele tiden vært fritatt fra kjøreveisavgift. Fra og med 1996⁴ ble kjøreveisavgiften for godstransport differensiert ved at avgiften ble økt for godstransport med aksellast over 22,5 tonn. Stortinget vedtok å fjerne kjøreveisavgiften for kombinerte godstransporter fra og med 1. januar 1998⁵, slik at kun transport med vognlast ble ilagt kjøreveisavgift. Fra og med 2006 ble også kjøreveisavgiften for transport med vognlast opp til 22,5 tonn aksellast fjernet, mens avgiften for transport med vognlast over 22,5 tonn aksellast ble videreført⁶. Fra og med 2007 ble grensen for fritak for kjøreveisavgift økt fra 22,5 tonn aksellast til 25 tonn aksellast⁷.

I St. prp. nr. 1 (2006-2007) står det at "*[f]or godstrafikk med tillatt aksellast over 22,5 tonn opprettholdes kjøreveisavgiften, og den prisjusteres til 1,97 øre pr. brutto tonnkilometer i 2007*". Ordlyden i proposisjonen ble dermed endret fra tidligere år ved at ordet "tillatt" ble inntatt. I St. prp. nr. 1 (2007-2008) var begrepet "tillatt aksellast" ikke benyttet, mens det igjen ble benyttet i 2009. Fra og med 2009 har systemet for innkreving av kjøreveisavgift vært uendret, mens satsen for kjøreveisavgift for godstransporter med tillatt aksellast over 25 tonn har vært økende. I 2016 er avgiften 4,50 øre ekskl. mva. per brutto tonnkilometer.

³ St. meld. nr. 46 (1999-2000).

⁴ St. prp. nr. 64 (1995-1996).

⁵ St. prp. nr. 1 (1997-98).

⁶ St. prp. nr. 1 (2005-2006).

⁷ St. prp. nr. 69 (2006-2007).

3.2 Jernbaneløstetets tolkning av kjøreveisavgiften

JBV har tolket endringen i avgiftsordningen i 2007 slik at kjøreveisavgiften skal omfatte *"alle godstog som har tillatelse til å ha aksellast over 25 tonn, uavhengig av om den faktiske aksellasten er over 25 tonn eller ikke"*.⁸ JBV har informert tilsynet⁹ om at et godstog etter deres syn har tillatelse til å ha aksellast over 25 tonn dersom både infrastrukturen og materiellet er godkjent for slik transport. På det norske jernbaneløstet er det kun Ofotbanen som er godkjent for aksellast over 25 tonn, mens det, etter det tilsynet har fått opplyst, kun er LKAB som benytter materiell som er godkjent for mer enn 25 tonn aksellast på denne strekningen. Basert på JBV's tolkning er det følgelig kun LKAB som kjører godstog med tillatt aksellast over 25 tonn i Norge.

JBV har siden 2007 fakturert kjøreveisavgift for alle LKABs godstransporter som er utført med materiell som har tillatt aksellast over 25 tonn, selv i tilfeller hvor transportene har hatt faktisk aksellast under 25 tonn. Som hovedregel transporterer LKAB tomme vogner fra Narvik til riksgrensen med aksellast under 25 tonn, mens materiellet ved transport av jernmalm fra riksgrensen til Narvik har aksellast over 25 tonn. Unntaket fra JBV's praksis var 2008, da JBV kun fakturerte kjøreveisavgift for LKABs godstransporter med faktisk aksellast over 25 tonn, siden begrepet "tillatt aksellast" ikke var benyttet i St. prp. nr. 1 (2007-2008).

3.3 LKABs anførsler

LKAB anfører at reglene for avgiftsordningen kun åpner for å innkreve avgift for godstransporter med faktisk aksellast over 25 tonn, basert på:

- at det er skjedd en plutselig og ugyldig endring i ordlyden til statsbudsjettet for 2007, jf. St. prp. nr. 1 (2006-2007),
- at det foreligger et krav om likebehandling for sammenliknbare tjenester, jf. fordelingsforskriften § 4-6 fjerde ledd,
- at det ikke foreligger stortingsbehandling av en slik endring i kjøreveisavgiften slik det fremgår av Network Statement 2016 kapittel 6.5¹⁰ og
- at det ikke er offentliggjort noen endring i kjøreveisavgiften som kreves i henhold til forskriften § 4-6 femte ledd.

LKAB krever å få tilbakeført urettmessig innkrevd kjøreveisavgift for samtlige godstransporter med faktisk aksellast under 25 tonn fra og med 2007.

3.4 Jernbaneløstetets anførsler

JBV har i det vesentlige anført at:

⁸ Brev fra JBV til LKAB 27. november 2014.

⁹ E-post fra JBV 1. mars 2016.

¹⁰ I klagen av 15. oktober 2015 anførte LKAB at stortingsbehandling kreves i henhold til fordelingsforskriften, men i brev av 12. april 2016 oppgir LKAB at det var ment å henvise til Network Statement kapittel 6.5, hvor det står at endring i dimensjoneringen av kjøreveisavgiften eller prinsippene for dette, vil bli gjenstand for egen stortingsbehandling.

- kjøreveisavgiften har blitt riktig beregnet i den aktuelle perioden,
- det er hjemmel i regelverket til å beregne kjøreveisavgiften på bakgrunn av togets tillatte aksellast (fordelingsforskriften § 4-1 og prop. 1. S (2013-2014) s. 155),
- JBV er forpliktet til å følge Stortingets vedtak om hvordan kjøreveisavgiften skal beregnes og hvilken sats som gjelder for kjøreveisavgiften,
- det er uten betydning at det ved tidligere statsbudsjett har vært varierende bruk av begrepene "faktisk aksellast" og "tillatt aksellast",
- kjøreveisavgiften ikke er i strid med fordelingsforskriften § 4-5, da bestemmelsen setter et øvre tak for hvor mye kjøreveisavgift infrastrukturforvalter kan kreve og ikke er til hinder for at avgiften settes lavere enn den kostnad som oppstår som en direkte følge av togtrafikken,
- dersom LKAB kun skal betale kjøreveisavgift når faktisk aksellast er over 25 tonn, må kjøreveisavgiften nesten fordobles for å opprettholde nivået på dekning av infrastrukturforvalters kostnader,
- JBV's beregning av kjøreveisavgift innebærer ikke forskjellsbehandling av togselskap, da avgiften beregnes etter samme prinsipper for alle togselskap som trafikkerer Ofotbanen og at
- det ikke er avgjørende hva ansatte i JBV tidligere har formidlet til LKAB om hvordan kjøreveisavgiften beregnes, men hva som følger av regelverket og statsbudsjettet.

I JBV's kommentar til tilsynets varsel om vedtak av 31. august 2016 anmoder JBV tilsynet om å vurdere hvorvidt forskjellen i prisfastsettelsen mellom LKAB og øvrige godstransporter på Ofotbanen er i samsvar med fordelingsforskriften, spesielt § 4-6 om prisforhøyelser for ulike markedssegmenter.

3.5 Tidligere klage vedrørende kjøreveisavgift på Ofotbanen

I 2007 klaget den daværende operatøren av malmtransport mellom riksgrensen og Narvik, MTAS, til SD på at JBV hadde innkrevet for mye kjøreveisavgift for 2006, da det var innkrevet avgift for alle MTAS sine godstransporter med tillatt aksellast over 22,5 tonn. Med bakgrunn i at begrepet "tillatt aksellast" først ble benyttet i statsbudsjettet for 2007, ga SD MTAS medhold i klagen og JBV tilbakebetalte for mye innbetalt avgift for 2005 og 2006.

4. Rettslig grunnlag

Kapittel 4 i fordelingsforskriften regulerer infrastrukturavgifter og priser på tjenester, og er i stor grad en implementering av kapittel 4 i direktiv 2001/14/EF (direktivet). Paragraf 4-5 fastsetter avgiftsprinsipper, hvor hovedregelen fremgår av annet ledd: *"avgiftene for den minste pakken med adgangstjenester [skal] fastsettes til den kostnad som oppstår*

som en direkte følge av å drive jernbanetjenesten"¹¹. Den minste pakken med adgangstjenester skal omfatte behandling av søknader om infrastrukturkapasitet, rett til å bruke kapasitet som tildeles, bruk av spor som er nødvendig for å utnytte tildelt kapasitet, trafikkstyring og alle andre opplysninger som er nødvendige for iverksetting eller drift av tjenesten det er tildelt kapasitet for, jf. fordelingsforskriften vedlegg I. I fordelingsforskriften § 3-1 fremgår det at infrastrukturforvalteren skal tilby den minste pakken med tjenester uten forskjellsbehandling.

I tillegg kan avgiften, i henhold til § 4-5 tredje og fjerde ledd, gjenspeile henholdsvis kapasitetsmangel på infrastrukturen som skal benyttes og miljøkostnader som oppstår som følge av en jernbanetjeneste.

Paragraf 4-8 sier: "*[i]nfrastrukturforvalteren skal uten forskjellsbehandling beregne og innkreve infrastrukturavgifter fra den som har fått tildelt infrastrukturkapasitet*". Tilsynet tolker bestemmelsen i § 4-8 slik at metoden for beregning og innkreving av avgift må være de samme for alle jernbaneforetak på alle deler av jernbanenettet, og ikke bare på enkelte strekninger isolert.

Paragraf 4-6 angir mulige unntak fra avgiftsprinsippene i § 4-5 basert på spesifikke forhold, bl. a. adgang til prisforhøyelser dersom markedet tåler det (første ledd) og for særskilte fremtidige investeringsprosjekter (tredje ledd). Avgiften på godstransporter med tillatt aksellast over 25 tonn synes ikke å være begrunnet i noen av disse unntakene. I Network Statement 2016 kapittel 6.1 Betalingsprinsipper opplyser JBV at kjøreveisavgiften inneholder hverken knapphetspris eller miljøavgifter, at det ikke innrømmes rabatter på fastsatte priser og at det kun ilegges prispåslag for Gardermobanen. Tilsynet legger derfor til grunn at ingen av unntaksbestemmelsene fra avgiftsprinsippene i fordelingsforskriften er anvendt, og dermed heller ikke direkte relevante for vurderingen av kjøreveisavgiften på Ofotbanen i denne saken.

Paragraf 4-1 slår fast at "*[d]epartementet fastsetter satser for infrastrukturavgifter og de spesifikke regler for slike avgifter*". Dette er en implementering av artikkel 4 nr. 1 i direktivet: "*Member States shall establish a charging framework [...]*". I SDs høringsnotat om forslag til endringer i forskrifter til jernbaneloven av 5. juli 2002 fremgår det at "*departementet (egentlig Stortinget) fastsetter infrastrukturavgiftene mens infrastrukturforvaltningen beregner og krever inn avgiften*". Tilsynet oppfatter at fastsettelsen av satser for infrastrukturavgifter og spesifikke regler for slike avgifter med bakgrunn i § 4-1, skal være innenfor rammene av hovedregelen for avgiftene i § 4-5, og unntakene fra denne i § 4-6. Dette tilsier at satser og spesifikke regler fastsatt i henhold til § 4-1 ikke i seg selv utgjør "prinsippe[r] for avgiftsordningen". Dette underbygges av kommentaren til fordelingsforskriften § 4-1, som slår fast at "*[d]epartementet fastsetter satser for infrastrukturavgifter på det nasjonale jernbanenettet innenfor rammen av direktiv 2001/14/EF*".

¹¹ Den minste pakken med adgangstjenester skal omfatte: behandling av søknader om infrastrukturkapasitet, rett til å bruke kapasitet som tildeles, bruk av spor som er nødvendig for å utnytte tildelt kapasitet, trafikkstyring og alle andre opplysninger som er nødvendige for iverksetting eller drift av tjenesten det er tildelt kapasitet for, jf. fordelingsforskriften § 3-1 og vedlegg I.

5. Tilsynets vurderinger

I det følgende vil tilsynet vurdere de relevante problemstillinger for LKABs klage etter fordelingsforskriften § 9-4, og ta stilling til om JBV har overholdt sine plikter, eventuelt om det er grunnlag for korrigerende tiltak fra tilsynets side, jf. fordelingsforskriften § 9-5 annet ledd.

I kapittel 5.1 vurderes hvorvidt JBV's innkreving av kjøreveisavgift fra LKAB er i tråd med avgiftsfastsettelsen som uttrykt i budsjettproposisjonen, mens det i kapittel 5.2 vurderes hvorvidt avgiftsordningen er i tråd med avgiftsprinsippene oppstilt i fordelingsforskriften, som tolket i lys av EU-lovgivningen som regelverket er ment å implementere. Kapittel 5.3 tar for seg hvorvidt JBV's innkreving av kjøreveisavgift innebærer forskjellsbehandling i strid med fordelingsforskriften, mens tilsynet i kapittel 5.4 tar stilling til spørsmålet om forrang ved motstrid mellom fordelingsforskriften og Stortingets vedtak om kjøreveisavgift. Basert på vurderingene i kapittel 5.1 – 5.4 konkluderer tilsynet i kapittel 5.5 vedrørende grunnlaget for LKABs krav om tilbakebetaling. I kapittel 5.6 berøres spørsmålet om foreldelse av deler av LKABs krav, mens kapittel 5.7 tar for seg hvordan aktørene i markedet har blitt informert om innholdet i avgiftsordningen og endringer i denne.

5.1 Hvorvidt kjøreveisavgiften for transport med tillatt aksellast over 25 tonn er i tråd med budsjettproposisjonen

Ved beregning og fakturering av kjøreveisavgift fra og med 2007 har JBV lagt til grunn forutsetningene om kjøreveisavgift slik disse har kommet til uttrykk i statsbudsjettene.

LKAB anfører i klagen at kjøreveisavgiften for transport med aksellast over 25 tonn, må tolkes innskrenkende til å gjelde faktisk aksellast fremfor tillatt aksellast. LKAB underbygger dette blant annet med at JBV's praktisering er basert på en ren ordlydsfortolkning av budsjettproposisjonen, uten at JBV har tatt høyde for andre relevante rettskilder.¹² LKAB hevder i den sammenheng at ordlyden ikke kan tillegges vekt av betydning på grunn av inkonsekvent språkbruk i ulike stortingsproposisjoner, og at inkluderingen av ordet "tillatt" tilsynelatende fremstår som tilfeldig.¹³ I etterfølgende brev antyder LKAB at ordlydsendringen er *"utilsiktet og aldri ment å innebære noen realitetsendring"*.¹⁴

Tilsynet legger til grunn at departementet med ordlydsendringen i St. prp. nr. 1 (2006-2007) hadde til hensikt å fremme forslag for Stortinget om å endre avgiften. Dette underbygges bl. a. av departementets brev til JBV av 8. april 2008. I brevet viser departementet til at *"det i budsjettproposisjonen for 2008 heller ikke er brukt formulering med tillatt aksellast slik som for 2007"*, og departementet ber JBV om å *"tilpasse størrelsen på innbetalinger i 2008 i samsvar med SDs tolkning av formuleringene i 2005- og 2006-budsjettet"*. I 2005- og 2006-budsjettet ble heller ikke formuleringen tillatt aksellast benyttet, og i forbindelse med klage fra MTAS kom SD til at JBV kun kunne kreve kjøreveisavgift for transporter utført med materiell med faktisk aksellast over 22,5

¹² Klagen avsnitt 10.

¹³ Klagen avsnitt 18 og 19. LKAB anfører også at språkbruken i de aktuelle stortingsproposisjonene er "feilaktig". Tilsynet har imidlertid vanskelig for å forstå hva som menes med dette.

¹⁴ Brev av 12. januar 2016, siste avsnitt under punkt 2.3.

tonn. Departementet legger dermed tilsynelatende til grunn at innbetalinger basert på tillatt aksellast for 2007 var korrekt i lys av at dette var ordlyden i budsjettproposisjonen for 2007.

At ordlydsendringen innebar en tilsiktet og materiell endring bekreftes videre i St.prp. nr. 24 (2008-2009) om endringer i statsbudsjettet for 2009, der departementet uttaler at "[i] 2005 og 2006 var kjørevegsavgifta knytt til faktisk aksellast og ikkje som no til tillate aksellast på godstoga".¹⁵ I Transport- og kommunikasjonskomiteens etterfølgende innstilling er LKAB-saken eksplisitt referert (uten at komiteen hadde merknader til saken)¹⁶, noe som kan tyde på at komiteen har merket seg departementets uttalelse.

LKAB har videre anført at formålsbetraktninger tilsier at innslagspunktet for kjøreveisavgiften må baseres på faktisk aksellast. Tilsynet anerkjenner at avgiftens opprinnelige formål og begrunnelse kan være relevant ved tolkningen av senere avgiftsfastsettelse. Som det fremgår ovenfor, fremstår imidlertid den aktuelle ordlydsendringen som tilsiktet og ment å innebære en realitetsendring. I et slikt tilfelle er det tilsynets vurdering at avgiftens opprinnelige formål og begrunnelse ikke kan tillegges avgjørende betydning.

Tilsynet vil i denne sammenheng nevne at det EØS-rettslige presumsjonsprinsippet, etter tilsynets oppfatning neppe kan lede til et annet resultat hva gjelder tolkningen av avgiften som uttrykt i budsjettproposisjonen. Som det fremgår ovenfor, er det tilsynets oppfatning at ordlyden "tillatt aksellast" er klar og tilsiktet/senere anerkjent. Etter tilsynets oppfatning tilsier dette at det ikke vil være rom for å tolke budsjettproposisjonen innskrenkende/delvis bort, jf. Rt.2000.1811 (Finanger I).

Formuleringen "tillatt aksellast" (eller lignende) er benyttet i budsjettproposisjonene som gjelder år 2007, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013 og 2014. I budsjettproposisjonene for 2015 og 2016 er innslagspunktet tillatt aksellast over 25 tonn ikke eksplisitt nevnt, men tilsynet har fått opplyst fra SD at de foregående årenes innslagspunkt med tillatt aksellast over 25 tonn er ment videreført. I lys av vurderingene ovenfor, finner tilsynet at JBV ved å legge til grunn at innslagspunktet er knyttet til tillatt aksellast ikke har tolket de nevnte proposisjonene uriktig.

Selv om JBV etter tilsynets oppfatning har forstått budsjettproposisjonene korrekt, innebærer ikke dette at JBV's anvendelse av avgiftsreglene som uttrykt i proposisjonene er i tråd med regelverket i fordelingsforskriften.

5.2 Hvorvidt kjøreveisavgiften er i tråd med regelverket i fordelingsforskriften

I kapittel 5.2.1 tolkes fordelingsforskriften §§ 4-5 og 4-6. I kapittel 5.2.2 – 5.2.4 vurderes hvorvidt kjøreveisavgiften for transport med *faktisk* aksellast over 25 tonn, for transport med *tillatt* aksellast over 25 tonn og for øvrig transport, er i tråd med avgiftsprinsippene i fordelingsforskriften.

5.2.1 Tilsynets forståelse av fordelingsforskriften §§ 4-5 og 4-6

¹⁵ https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/stprp-nr-24-2008-2009-/id535922/?q=LKAB&ch=6#match_0.

¹⁶ Innst. S. nr. 92 (2008-2009) punkt 6 om jernbaneformål.

Det følger av fordelingsforskriften § 4-5 annet ledd at kjøreveisavgiften *skal* fastsettes til den kostnad som oppstår som en direkte følge av å drive jernbanetjenesten. Dette er en implementering av artikkel 7 nr. 3 i direktivet: "*charges for the minimum access package [...] shall be set at the cost that is directly incurred as a result of operating the train service*".

Basert på ordlyden i forskriften og direktivet er det etter tilsynets vurdering ikke grunnlag for JBV's anførsel om at bestemmelsen i § 4-5 angir et øvre tak for hvor mye kjøreveisavgift infrastrukturforvalter kan kreve. Dermed er det i utgangspunktet ikke rom for at avgiften settes lavere enn den kostnad som oppstår som en direkte følge av togtrafikken.

Etter tilsynets vurdering kan avgiftsprinsippet i § 4-5 kun fravikes med bakgrunn i unntaksbestemmelsene i fordelingsforskriften. Tilsynet har ikke mottatt eller funnet informasjon som indikerer at JBV eller SD har begrunnet forskjeller mellom kjøreveisavgift og direkte kostnad i noen av disse unntakene, se også omtale i punkt 4. JBV anfører at for å opprettholde nivået på dekning av infrastrukturforvalters kostnader, må satsen for kjøreveisavgiften LKAB betaler nesten fordobles dersom LKAB kun skal betale kjøreveisavgift når faktisk aksellast er over 25 tonn. I og med at prisforhøyelser etter § 4-6 første ledd i henhold til mottatt dokumentasjon ikke er benyttet, mener tilsynet at JBV's anførsel ikke kan tillegges avgjørende betydning for denne klagesaken.

I brev med kommentarer til tilsynets varsel om vedtak av 31. august 2016, fremholder JBV at tilsynet ikke har vurdert "*i hvilken grad det kan differensieres ved prisfastsettelsen mellom ulike typer godstransporter og markedssegmenter på Ofotbanen*". Videre er JBV, med bakgrunn i fordelingsforskriften § 4-6, av den oppfatning at "*det er tillatt å differensiere pris for godstransporter i forskjellige markedssegmenter*", og at det eksisterer tre ulike markedssegmenter på Ofotbanen; *volumtransport av malm, transport av varer med container og persontransport*. LKAB er det eneste selskapet som utfører volumtransport av malm på Ofotbanen. På denne bakgrunn anmoder JBV tilsynet om å vurdere hvorvidt forskjellen i prisfastsettelsen mellom LKAB og øvrige godstransporter på Ofotbanen er i samsvar med fordelingsforskriften.

Fordelingsforskriften § 4-6 åpner for prisforhøyelser for å oppnå full dekning for infrastrukturforvalters kostnader, dersom markedet tåler det (første ledd) og avgiftsnivået ikke utelukker fra å bruke infrastrukturen i de markedssegmenter som kan betale i det minste kostnaden som oppstår som en direkte følge av jernbanedriften (annet ledd). Regelverket åpner således for at det under visse forutsetninger "*er tillatt å differensiere pris for godstransporter i forskjellige markedssegmenter*", slik JBV fremholder.

Fjerde ledd i fordelingsforskriften § 4-6 stiller krav om at infrastrukturforvalters gjennomsnittlige og marginale avgifter for tilsvarende bruk av infrastrukturen er forenlige og at sammenliknbare tjenester innenfor samme markedssegment pålegges de samme avgiftene. Videre er det krav om at infrastrukturforvalter i netterklæringen skal vise at avgiftsordningen oppfyller disse kravene så langt det er mulig uten å avsløre forretningshemmeligheter.

For å sørge for at avgiftsnivået ikke utelukker markedssegmenter som kan betale direkte kostnad som en direkte følge av jernbanedriften og at sammenliknbare tjenester innenfor samme markedssegment pålegges de samme avgiftene, må de ulike markedssegmenter i jernbanemarkedet defineres. Etter tilsynets oppfatning inneholder ikke JBV's Network Statement, eller annen dokumentasjon tilsynet har mottatt, noe informasjon om at slike markedssegmenter er definert, eller hvilke vurderinger en slik avgrensning av segmenter eventuelt er basert på. Det er heller ikke redegjort for at prisforhøyelser er basert på etablering av slike markedssegmenter, eller hvordan det sikres at prisforhøyelser ikke innebærer forskjellsbehandling.

I sitt brev av 31. august 2016 redegjør JBV for hvilke markedssegmenter det mener transporterer på Ofofbanen. Det er etter tilsynets oppfatning ikke nødvendigvis slik at et markedssegment skal begrenses til sammenliknbar trafikk på én enkelt strekning eller et begrenset geografisk område, slik JBV virker å legge til grunn. Eksempelvis utføres det volumtransport av malm også på andre deler av jernbanenettet, og dersom det skal defineres markedssegmenter blant brukere av infrastrukturen, må det etter tilsynets mening gjøres en grundig vurdering hvor alle aktører på jernbanenettet tas i betraktning. Uansett forstår tilsynet regelverket slik at en vurdering av markedssegmenter må utføres og redegjøres for i forkant av at prisforhøyelser fastsettes. Tilsynet kan ikke se at dette har blitt gjort av verken SD eller JBV ved fastsettelsen av avgift for transport på Ofofbanen.

Ut fra regelverkets oppbygning er det etter tilsynets oppfatning naturlig å forstå prisforhøyelser etter fordelingsforskriften § 4-6 som prisforhøyelser utover avgiften som pålegges som følge av kostnaden som oppstår som en direkte følge av å drive en jernbanetjeneste, jf. fordelingsforskriften § 4-5 annet ledd. I Norge er kjøreveisavgiften som hovedregel satt til 0, slik at jernbaneforetakene ikke betaler en avgift tilsvarende direkte kostnad ved bruk av infrastrukturen i utgangspunktet. Basert på dette mener tilsynet at det er naturlig å innføre en generell kjøreveisavgift i tråd med hovedregelen i § 4-5 før prisforhøyelser benyttes. Videre har ikke JBV behov for å bruke prisforhøyelser for å oppnå full dekning av dets kostnader, jf. fordelingsforskriften § 4-6 første ledd. Dersom det ble ilagt kjøreveisavgift i tråd med hovedregelen for avgiftfastsettelse i § 4-5 annet ledd ville JBV's inntekter fra kjøreveisavgiften vært betydelig høyere enn med dagens avgiftsordning.

Basert på diskusjonen over og mottatt dokumentasjon i saken er tilsynet av den oppfatning at prisforhøyelser etter § 4-6 første ledd ikke er benyttet ved fastsettelse av kjøreveisavgift på Ofofbanen. All den tid forskriftens unntaksbestemmelser for fastsettelse av kjøreveisavgift ikke er anvendt, skal kjøreveisavgiften fastsettes til den enkelte transports direkte kostnad, og infrastrukturforvalter kan kun øke avgiften for en transport dersom dette kan begrunnes i direkte kostnader som følge av den spesifikke transporten.

I og med at unntaksbestemmelsene i § 4-6 ikke er benyttet, og i lys av tilsynets vurderinger knyttet til likebehandling i kapittel 5.3 nedenfor, vil LKABs anførsler knyttet til § 4-6 fjerde og femte ledd ikke behandles nærmere.

5.2.2 Kjøreveisavgift for transport med aksellast over 25 tonn

I JBV's rapport "Kjøreveisavgift Ofotbanen" datert 25. juni 2012, beregnes marginalkostnaden per brutto tonnkilometer for Ofotbanen til 11,45 øre i 2011.¹⁷ I prop. 1 S for Samferdselsdepartementet (2015-2016) står det: *"Basert på de beregninger som Jernbaneverket har gjennomført de siste årene, er det faglig grunnlag for å anta at marginalkostnadene på Ofotbanen ligger mellom 10 og 20 øre pr. brutto tonnkm"*. I 2016 er avgiften for transport med tillatt aksellast over 25 tonn 4,50 øre per brutto tonnkilometer. JBV's beregninger av marginalkostnader er etter tilsynets vurdering ikke tilstrekkelig detaljerte til å fastslå nøyaktig hva den direkte kostnaden som følge av transporten er. Basert på JBV's beregninger er det etter tilsynets vurdering allikevel rimelig grunn til å anta at avgiften som innkreves for godstransporter med aksellast over 25 tonn er lavere enn de direkte kostnadene som oppstår som en følge av transportene.

Siden kjøreveisavgiften på Ofotbanen er betydelig lavere enn JBV's anslag på de direkte kostnadene som følge av den enkelte transporttjeneste, finner tilsynet at satsen for kjøreveisavgift for godstransporter med aksellast over 25 tonn ikke er i tråd med fordelingsforskriften § 4-5 annet ledd. For at kjøreveisavgiften skulle tilsvare den direkte kostnad som følge av transporten på Ofotbanen, måtte avgiften være høyere enn 4,50 øre per brutto tonnkilometer.

5.2.3 Kjøreveisavgift for transport med tillatt aksellast over 25 tonn

Videre er det, etter tilsynets vurdering, rimelig å legge til grunn at den direkte kostnaden som oppstår som følge av LKABs godstransporter med henholdsvis fulle og tomme tog er signifikant forskjellig.

I henhold til prop. 1 S for Samferdselsdepartementet (2015-2016) er det *"faglig grunnlag for å anta at marginalkostnadene på Ofotbanen ligger mellom 10 og 20 øre pr. brutto tonnkm, og at den er stigende med økt transportvolum"*. Når prinsippet som legges til grunn i regelverket er at det er kostnaden som følge av slitasje på infrastrukturen av den enkelte transport som bestemmer satsen for kjøreveisavgiften, og slitasjen i stor grad varierer med transportvolum (transportens vekt), må avgiftssatsene differensieres basert på transportenes *faktiske* vekt for å tilfredsstille avgiftsprinsippet i fordelingsforskriften § 4-5 annet ledd.

Basert på dette vurderer tilsynet at regelverket ikke åpner for at satsen for kjøreveisavgift kan være lik for LKABs transportert med faktisk aksellast over og under 25 tonn, kun fordi materiellet som benyttes har tillatelse til å kjøre med aksellast over 25 tonn.

5.2.4 Kjøreveisavgift for øvrig transport på det nasjonale jernbanenettet

I JBV's rapport "Kjøreveisavgift for norsk jernbane – Metodikk og resultater" datert 27. mars 2014, fremgår estimerte marginalkostnader for baneområde Nord, Midt, Vest, Sør, Oslo og Øst av tabell 2. Tabellen viser at de estimerte marginalkostnadene varierer mellom 8,91 øre per brutto tonnkilometer for baneområde Øst og 20,06 øre per brutto

¹⁷ Tabell 5.-1, side 13.

tonnkilometer for baneområde Sør. JBV's estimering må betraktes som et gjennomsnitt for de ulike baneområdene, og ikke marginalkostnad for enkeltstrekninger eller for ulike typer transporter.

Dersom marginalkostnadene benyttes som en tilnærming for den direkte kostnaden som oppstår som følge av én enkelt transporttjeneste, følger det av JBV's estimering at denne kostnaden er vesentlig større enn 0 for alle baneområder. Kombinerte godstransporter og godstransport med vognlast opp til 22,5 tonn¹⁸ har ikke betalt kjøreveisavgift siden henholdsvis 1998 og 2006. Etter tilsynets vurdering er følgelig nivået på kjøreveisavgiften for godstransport for lavt, og ikke i tråd med fordelingsforskriften § 4-5 annet ledd på noen deler av det nasjonale jernbanenettet.

I henhold til gjennomføringsforordning 2015/909, som forventes implementert som forskrift i norsk rett 1. januar 2017, skal infrastrukturforvalter fremlegge en avgiftsordning i tråd med regelverket for markedsovervåkingsorganet innen 3. juli 2017. Det er signalisert fra JBV og i forbindelse med jernbanereformen at det tas sikte på å utarbeide et nytt avgiftssystem i tråd med EU-regelverket innen denne fristen. På denne bakgrunn vil tilsynet i den videre behandlingen av denne klagen begrense vurderingene til kjøreveisavgift for transport på Ofotbanen.

Tilsynet vil imidlertid på eget initiativ følge opp revideringen av avgiftsordningen. Av hensyn til transparens og like vilkår for etablerte og potensielle aktører i jernbanemarkedet er det avgjørende at kjøreveisavgiften fastsettes etter de samme prinsippene på hele jernbanenettet, og at disse prinsippene er i tråd med regelverkets bestemmelser. Tilsynet anser at det kreves en grunnleggende omlegging av hele avgiftsordningen for at en ny avgiftsordning skal være i tråd med regelverket.

5.3 Hvorvidt kjøreveisavgiften innebærer forskjellsbehandling i strid med fordelingsforskriften

5.3.1 Hvorvidt fordelingsforskriften oppstiller et krav om likebehandling ved avgiftsfastsettelsen

LKAB har i klagen anført at JBV's innkreving av avgift for tomme returtransporter er i strid med *"krav om likebehandling for sammenlignbare tjenester"*.¹⁹ JBV har gitt uttrykk for at deres beregning av avgiften ikke innebærer forskjellsbehandling idet JBV *"praktiserer samme måte å beregne kjørevegsavgift på for alle togselskap som trafikkerer Ofotbanen"*.²⁰ JBV har videre uttalt at det anser seg "forpliktet" til å følge det Stortinget har vedtatt om hvordan avgiften skal beregnes og hvilken sats som skal gjelde.²¹

I henhold til fordelingsforskriften § 4-1 er myndigheten til å "fastsette [...] satser for infrastrukturavgifter og de spesifikke reglene for slike avgifter" tillagt departementet. Satsene fastsettes i praksis i forbindelse med det årlige statsbudsjettet, og inngår således som forutsetninger for Stortingets budsjettvedtak.

¹⁸ Endret til 25 tonn i 2007.

¹⁹ Klagen avsnitt 27.

²⁰ E-post fra JBV ved Elzbieta Maria Jankowski av 16. desember 2015.

²¹ Ibid.

I henhold til § 4-8 skal JBV uten forskjellsbehandling "beregne og innkreve" infrastrukturavgifter.

I det videre vil tilsynet vurdere hvorvidt fordelingsforskriften oppstiller et krav om likebehandling ved avgiftsfastsettelsen. Tilsynet vil i den anledning først vurdere hvorvidt det kan utledes et krav om likebehandling fra reglene om avgiftsprinsipper med unntak i forskriften §§ 4-5 og 4-6. Tilsynet vil deretter adressere betydningen av fordelingsforskriften § 3-1 og myndighetsfordelingen mellom JBV og departementet/Stortinget i forbindelse med avgiftsfastsettelsen. Tilsynet vil avslutningsvis under dette punktet knytte noen kommentarer til formålsbetraktninger og tilsynets rolle og oppgaver som uttrykt i forskriften § 9-5.

Tilsynet nevner innledningsvis at det EØS-rettslige presumsjonsprinsippet innebærer at forskriften – der det er rom for tolkning – må forstås i tråd med det bakenforliggende direktivet og Norges EØS-rettslige forpliktelser. Tilsynets vurderinger vil følgelig også omfatte enkelte bestemmelser i direktivet.

Hvorvidt det kan utledes et krav om likebehandling fra reglene om avgiftsprinsipper med unntak i forskriften §§ 4-5 og 4-6

Fordelingsforskriften oppstiller i §§ 4-5 og 4-6 avgiftsprinsipper og unntak fra disse. Avgiftsprinsippene med unntak er en implementering av direktivets artikler 7 og 8, og danner følgelig rammer for departementets fastsettelse av avgiftssatser og spesifikke avgiftsregler. Dette er også påpekt i departementets kommentarer til forskriften.²²

Hovedregelen for fastsettelse av avgift fremgår av fordelingsforskriften § 4-5 annet ledd. I henhold til bestemmelsen skal avgifter for bruk av tildelt kapasitet fastsettes "til den kostnad som oppstår som en direkte følge av å drive jernbanetjenesten". Bestemmelsen legger følgelig opp til at avgiften skal fastsettes basert på objektive kriterier knyttet til kostnader ved transporten, og uavhengig av karakteristika ved transporten som ikke påvirker den direkte kostnaden. Hovedregelen gir således etter tilsynets vurdering uttrykk for en forutsetning om at avgiftssatsene materielt sett skal fastsettes uten forskjellsbehandling.

I fordelingsforskriften § 4-5 tredje til sjette ledd og § 4-6 oppstilles flere spesifikke grunnlag for å gjøre unntak fra hovedregelen om fastsettelse basert på direkte kostnader. Tilsynet forstår de oppstilte grunnlagene som et uttrykk for hvilke unntak som kan anses objektivt begrunnet og legitime innenfor rammen av fordelingsforskriften. Etter tilsynets oppfatning må forskriftens spesifisering av alternative unntaksgrunnlag forstås som at nasjonale myndigheter (medlemsstater og infrastrukturforvaltere) ikke har anledning til å benytte seg av andre og mer selektive unntak. Angivelsen av spesifikke unntak underbygger dermed etter tilsynets oppfatning at avgiftsprinsippene gir uttrykk for et krav om likebehandling. Tilsynet finner støtte for dette ved at det i § 4-6 første og fjerde ledd er eksplisitt vist til at anvendelse av unntakene skal baseres på likebehandling.

²² Kommentarene er elektronisk tilgjengelige via følgende link:
<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/Kommentarer-til-de-enkelte-bestemmelsene-i-fordelingsforskriften/id107365/>

På denne bakgrunn er det tilsynets vurdering at det av fordelingsforskriften kan utledes et overordnet krav om likebehandling ved fastsettelse av kjøreveisavgiften, som også gjør seg gjeldende overfor departementet ved fastsettelse av avgiftssatser og spesifikke avgiftsregler i medhold av forskriften § 4-1.

Fordelingsforskriften § 3-1 og myndighetsfordelingen i forbindelse med avgiftsfastsettelsen

Som nevnt ovenfor skal departementet i henhold til fordelingsforskriften § 4-1 *"fastsette [...] satser for infrastrukturavgifter og de spesifikke reglene for slike avgifter"*. I henhold til § 4-8 skal JBV uten forskjellsbehandling "beregne og innkreve" infrastrukturavgifter. Bestemmelsene sett i sammenheng kan gi inntrykk av at JBV's kompetanse etter forskriften er begrenset til en ren kalkulering av avgifter basert på satser og spesifikke regler utarbeidet og fastsatt av departementet/Stortinget.

Departementets myndighet til å fastsette avgiftssatser etter forskriften, og JBV's korresponderende begrensede myndighet, avviker etter tilsynets oppfatning fra direktivet. Etter direktivet har infrastrukturforvalter en videre myndighet med hensyn til avgiftsfastsettelsen. Det følger av direktivet artikkel 4 nr. 1 at medlemsstatene (departementet) har adgang til å fastsette et "charging framework" og "specific charging rules". Imidlertid slås det fast at *"[t]he determination of the charge for the use of infrastructure and the collection of this charge shall be performed by the infrastructure manager"*. Ordlyden tilsier etter tilsynets oppfatning at spesifikke satser for kjøreveisavgift *ikke* kan fastsettes av infrastrukturforvalters overordnede myndighet.

En slik tolkning av direktivet underbygges etter tilsynets oppfatning av EU-domstolens avgjørelse i sak C-483/10 mot Spania. I dommen gis EU-kommisjonen medhold i at *"the spanish legislation [...] does not comply with Article 4(1) of Directive 2001/14 in so far as [...], it empowers the Ministry [...] to set the amount of charges by means of ministerial order, so that the sole task of [...] the infrastructure manager, is to collect the charges"*. Videre finner domstolen at det er *"[Infrastructure managers] responsibility, first, to determine the charge for use of the infrastructure and, second, to collect that charge"*.

Direktivet artikkel 4 nr. 1 om avgiftsfastsettelse må etter tilsynets oppfatning ses i sammenheng med direktivet artikkel 5 nr. 1. Det følger av sistnevnte at alle jernbaneforetak "shall, on a non-discriminatory basis, be entitled to the minimum access package". Den såkalte minste pakken fremgår av direktivets vedlegg II, som omfatter blant annet "the right to utilise capacity which is granted". Tilsynet bemerker at både artikkel 4 og artikkel 5 er plassert i direktivets andre kapittel om infrastrukturavgifter.

Etter tilsynets forståelse retter kravet om likebehandling i direktivet artikkel 5 nr. 1 seg både mot medlemsstatenes fastsettelse av spesifikke avgiftsregler og infrastrukturforvalters fastsettelse ("determination") av avgifter.

Direktivet artikkel 5 nr. 1 er søkt implementert i norsk rett ved fordelingsforskriften § 3-1, jf. forskriftens vedlegg I nr. 1. Bestemmelsen sier at "[i]nfrastrukturforvalteren skal uten forskjellsbehandling tilby den minste pakken med tjenester", herunder "rett til å bruke

kapasitet som tildeles". Plikten til å gi jernbaneforetak rett til å bruke tildelt kapasitet "uten forskjellsbehandling" er etter forskriften – i motsetning til etter direktivet - eksplisitt rettet mot infrastrukturforvalter. Ordlyden kan dermed isolert sett tale mot at det kan utledes et krav om likebehandling ved departementets avgiftsfastsettelse fra bestemmelsen.

En slik forståelse av fordelingsforskriften § 3-1 vil etter tilsynets oppfatning være lite forenlig med direktivets krav om likebehandling. For det første er kravet om likebehandling etter direktivet artikkel 5 nr. 1 rettet mot samtlige myndigheter, og ikke avgrenset til å gjelde overfor infrastrukturforvalter. For det andre er (som drøftet ovenfor) JBV's myndighet etter forskriften § 4-8 etter tilsynets oppfatning innskrenket sammenlignet med hva som følger av direktivet artikkel 4 nr. 1, ved at departementet er tillagt oppgaven med å fastsette avgiftssatser. Samlet sett innebærer dette at direktivets krav om likebehandling ved avgiftsfastsettelsen hadde blitt vesentlig undergravet dersom departementet skulle anses ubundet av et slikt krav etter forskriften.

Tilsynet bemerker for øvrig at det i § 4-1 er uttrykkelig vist til § 3-1, og presisert at infrastrukturavgiften gjelder for tjenester som inngår i den minste pakken. Henvisningen kan etter tilsynets oppfatning bidra til å underbygge sammenhengen mellom kravet om likebehandling etter § 3-1 og departementets avgiftsfastsettelse etter § 4-1.

Det foregående taler etter tilsynets oppfatning for at det er gode grunner for å anvende fordelingsforskriften § 3-1 analogisk med den følge at kravet om likebehandling ble ansett for å gjøre seg gjeldende ved departementets avgiftsfastsettelse. I lys av tilsynets vurdering av at det av forskriften §§ 4-5 og 4-6 kan utledes et generelt krav om likebehandling ved avgiftsfastsettelsen, finner tilsynet at det ikke er nødvendig å ta endelig stilling til den direkte betydningen av § 3-1. Tilsynet finner allikevel at kravet om likebehandling i § 3-1 sett på bakgrunn av direktivets regler om avgiftsfastsettelse bidrar til å underbygge at departementets avgiftsfastsettelse er gjenstand for et krav om likebehandling.

Tilsynets rolle og oppgave etter fordelingsforskriften § 9-5 og formålsbetraktninger

I henhold til fordelingsforskriften § 9-5 skal tilsynet blant annet "sikre at avgiftene som er fastsatt av infrastrukturforvalteren er i samsvar med bestemmelsene i kapittel 4, og ikke innebærer forskjellsbehandling".

Som nevnt ovenfor, kan sammenhengen mellom §§ 4-1 og 4-8 etter tilsynets oppfatning tale for at JBV's myndighet i forbindelse med avgiftsfastsettelse er begrenset til ren kalkulering og innkreving basert på satser fastsatt av departementet. På bakgrunn av en slik forståelse, ville forutsetningen om likebehandling ved fastsettelse av avgifter som uttrykt i forskriften § 9-5 hatt liten reell betydning med mindre den myndigheten som faktisk fastsetter avgiften – nemlig departementet/Stortinget også var gjenstand for et krav om likebehandling. Forskriften § 9-5 underbygger dermed etter tilsynets oppfatning hva som ovenfor er utledet om et krav om likebehandling.

Tilsynet vil avslutningsvis nevne at et av de primære formålene med direktivet er å skape et felles europeisk jernbaneområde. Å sikre ulike operatører tilgang til nødvendig infrastrukturkapasitet på like vilkår er en forutsetning for dette. Dersom nasjonale

myndigheter skulle stå fritt til å avvike fra de felles vedtatte avgiftsprinsippene med unntak, med den virkning at nasjonale myndigheter i praksis kan pålegge enkeltaktører betydelig større betalingsbyrder enn andre på et mer eller mindre selektivt og skjønnsmessig grunnlag utenfor direktivets rammer, ville dette kunne bidra til å undergrave direktivets formål. Også formålsbetraktninger taler etter tilsynets oppfatning for at avgiftsfastsettelsen må anses for å være underlagt et generelt krav om likebehandling.

Oppsummering

Tilsynet finner på bakgrunn av det foregående at fordelingsforskriften oppstiller et krav om at kjøreveisavgiften, satser fastsatt av departementet i medhold av forskriften § 4-1, må utformes uten forskjellsbehandling. Dette kravet har etter tilsynets oppfatning bakgrunn i direktiv 2001/14/EF.

5.3.2 Hvorvidt avgiften ilagt LKAB er i strid med kravet om likebehandling

Som det fremgår ovenfor, er det tilsynets oppfatning at kjøreveisavgiften, herunder avgiftssatsene, i henhold til fordelingsforskriften må fastsettes uten forskjellsbehandling. I det følgende drøftes det hvorvidt avgiften ilagt LKAB for transport med faktisk aksellast under 25 tonn innebærer forskjellsbehandling

Informasjon tilsynet har innhentet fra LKAB indikerer at vognene i LKABs tog som kjører fra Narvik til riksgrensen har aksellast på rundt 5 tonn, som etter tilsynets kjennskap ikke er høyere enn aksellasten for transporter utført av Green Cargo og CargoNet på samme strekning. Imidlertid har lokomotivene (IORE) LKAB benytter en aksellast på 30 tonn, som basert på tilsynets opplysninger er betydelig høyere enn lokomotivene andre selskaper benytter på strekningen, som ikke har aksellast som overstiger 21 tonn.

Basert på togenes faktiske aksellast virker det rimelig å legge til grunn at den direkte kostnaden som oppstår som følge av vognene i LKABs tog fra Narvik til riksgrensen og øvrige selskapers tog er tilnærmet lik.²³ For at avgiftsordningen skal være i tråd med fordelingsforskriften § 4-5, må dermed også avgiften per brutto tonnkilometer være tilnærmet lik for LKABs returtrafikk og øvrig trafikk på strekningen. Slik avgiftsordningen praktiseres i dag betaler LKAB 4,5 øre i kjøreveisavgift per brutto tonnkilometer for disse vognene, mens det for andre godstog på strekningen ikke betales noen avgift. Når det gjelder lokomotivene kan den direkte kostnaden som påføres ved transport være ulik for LKAB og øvrige selskaper, da lokomotivene LKAB benytter har betydelig høyere aksellast. Dersom dette er tilfellet vil det i henhold til regelverket være grunnlag for at avgiften per brutto tonnkilometer for lokomotivene er ulik.

Når regelen om å ilegge kjøreveisavgift basert på *tillatt* aksellast over 25 tonn får den konsekvens at transport som faktisk har lavere aksellast enn 25 tonn må betale en høyere avgift enn sammenliknbare tog på samme strekning, kan ikke denne regelen sies å være i tråd med § 4-5 i fordelingsforskriften. Tilsynet finner på denne bakgrunn at JBV's innkreving av avgift for LKABs transporter utført med materiell med faktisk aksellast under 25 tonn innebærer en forskjellsbehandling i henhold til fordelingsforskriften.

²³ Andre forhold som materiellets egenskaper, togenes hastighet etc. kan også påvirke kostnadene.

Basert på tilsynets forståelse av regelverket, vil det også kunne innebære en forskjellbehandling dersom LKAB må betale en høyere avgift enn togselskap som opererer på andre strekninger hvor den direkte kostnaden ved transporten er sammenlignbar med LKABs transport på Ofotbanen. Tilsynet deler dermed ikke JBV's oppfatning om at vurderingen av forskjellsbehandling må avgrenses til trafikk på samme strekning.

Tilsynet stiller spørsmål ved om de direkte kostnadene for transport med aksellast over 25 tonn på Ofotbanen faktisk er høyere enn for godstransport på resten av jernbanenettet. I henhold til JBV's rapport "Kjøreveisavgift Ofotbanen" datert 25. juni 2012, var marginalkostnaden per brutto tonnkilometer på Ofotbanen 11,45 øre i 2011, mens JBV's rapport "Kjøreveisavgift for norsk jernbane – Metodikk og resultater" datert 27. mars 2014, viser at de estimerte marginalkostnadene for baneområdene i Norge varierer mellom 8,91 øre (Øst) og 20,06 øre (Sør). Basert på disse beregningene ser det ut til at marginalkostnadene på Ofotbanen ikke skiller seg ut som spesielt høye, til tross for at en stor andel av transporten har aksellast over 25 tonn.²⁴

Ut fra forelagt informasjon i saken, vurderer imidlertid tilsynet at opplysningene om JBV's beregninger av marginalkostnader ved transport på ulike deler av jernbanenettet, ikke er tilstrekkelig detaljerte for å avgjøre om LKAB har blitt forskjellsbehandlet sammenliknet med andre togselskap på andre strekninger.

Basert på diskusjonen over er det etter tilsynets vurdering motstrid mellom fordelingsforskriften og statsbudsjettets forutsetninger når det gjelder fastsettelse av kjøreveisavgift. I kapittel 5.4 vil det på bakgrunn av det EØS-rettslige forrangsprinsippet vurderes hvorvidt fordelingsforskriften har en materiell betydning for tilsynets behandling av denne saken.

5.4 Om forrang ved motstrid mellom fordelingsforskriften og statsbudsjettets forutsetninger

Som det fremgår av kapittel 5.1 – 5.3 er avgiftsordningen slik den har kommet til uttrykk i de årlige statsbudsjettene etter tilsynets vurdering ikke i tråd med bestemmelsene om fastsettelse av kjøreveisavgift i fordelingsforskriften. Det er følgelig motstrid mellom fordelingsforskriften og statsbudsjettets forutsetninger om innkreving av kjøreveisavgift.

Fastsettelsen av kjøreveisavgift – herunder innslagspunktet basert på tillatt aksellast – har kommet til uttrykk i SDs fagproposisjon i forbindelse med de årlige statsbudsjettene. Avgiftsfastsettelsen ligger til grunn for beregningen av inntekstposten "[k]jørevegsavgift" under statsbudsjettets kapittel 4350. Fagproposisjonen inngår som en del av statsbudsjettet som vedtas av Stortinget i form av plenarvedtak.

Den videre drøftelsen er direkte knyttet til motstrid mellom plenarvedtak fattet av Stortinget og en EØS-rettslig forskrift. På bakgrunn av det foregående vil imidlertid tilsynets slutning med hensyn til forrang også gjøre seg gjeldende ved motstrid mellom,

²⁴ Marginalkostnader beregnet for én enkelt strekning og for hele baneområder er imidlertid ikke direkte sammenliknbare. I tillegg opplyser JBV i e-post av 28. april 2016 at metoden som er benyttet ved de ulike beregningene ikke er den samme.

på den ene siden, forutsetninger i budsjettproposisjonen som ligger til grunn for Stortingets plenarvedtak og, på den andre siden, en EØS-rettslig forskrift.

I henhold til norsk rettskildelære har plenarvedtak fattet av Stortinget i utgangspunktet forrang fremfor forskrifter. Dette utgangspunktet er imidlertid fraveket på EØS-rettens område.

De i denne saken aktuelle bestemmelsene i fordelingsforskriften er en implementering av direktiv 2001/14/EF. Direktivet er inntatt i EØS-avtalen²⁵, og Norge er følgelig EØS-rettslig forpliktet til å gjennomføre direktivet i norsk rett.²⁶

I medhold av EØS-loven § 2 andre setning har EØS-rettslige forskrifter forrang fremfor "senere lov". Bestemmelsen nevner ikke eksplisitt budsjett- eller bevilgningsvedtak eller andre plenarvedtak som fattes av Stortinget. I henhold til alminnelig rettskildelære har imidlertid formell lov trinnhøyde over Stortingets plenarvedtak. Det er dermed naturlig å slutte (utfra "fra det mer til det mindre"-betraktninger) at også plenarvedtak må vike ved motstrid med en tidligere vedtatt EØS-rettslig forskrift.

Tilsynet finner støtte for denne tolkningen i Borgarting lagmannsretts dom av 20. august 2007 i sak mellom KLM Royal Dutch Airlines (KLM) og staten.²⁷

Tilsynet finner etter dette at avgiftsnivået for infrastrukturavgifter, slik dette har kommet til uttrykk i budsjettproposisjonen og komiteinnstillingene som ligger til grunn for Stortingets budsjettvedtak, må justeres i den grad det er i strid med hva som følger av fordelingsforskriften kapittel 4.

Det presiseres at JBV som rettsanvender må forholde seg til det samlede rettskildebildet, inkludert fordelingsforskriften og forrangsprinsippet, og ikke kun til avgiftsfastsettelsen slik den uttrykkes i statsbudsjettet. Basert på vurderingene i kapittel 5.3 har tilsynet funnet at avgiftene som JBV har ilagt LKAB for transporter med faktisk aksellast under 25 tonn er i strid med fordelingsforskriftens krav om likebehandling. Avgiftsinnbetalingene vil dermed i utgangspunktet kunne bli gjenstand for et krav om tilbakebetaling.

5.5 LKABs krav på tilbakebetaling av kjøreveisavgift

Tilsynet har funnet at kjøreveisavgiften for godstransport med tillatt aksellast over 25 tonn, fastsatt i forbindelse med statsbudsjettet, innebærer forskjellbehandling i strid med fordelingsforskriften § 4-5, og at fordelingsforskriften har forrang ved motstrid med statsbudsjettets forutsetninger om innkreving av kjøreveisavgift.

Med hjemmel i fordelingsforskriften § 9-4 finner derfor tilsynet at LKAB har fått sine rettigheter etter forskriften krenket, og dermed i utgangspunktet har krav på tilbakebetaling fra JBV av urettmessig innkrevd kjøreveisavgift for godstransporter utført med materiell med faktisk aksellast under 25 tonn fra og med 2007.

²⁵ EØS-avtalen vedlegg XIII nr. 41b.

²⁶ Forpliktelsen har kommet til uttrykk i EØS-avtalen artikkel 3.

²⁷ Saksnummer LB-2004-59978.

Når det gjelder beløpet LKAB har krav på å få tilbakebetalt vil dette i utgangspunktet tilsvare summen av all avgift LKAB har betalt for godstransporter utført med materiell med faktisk aksellast under 25 tonn fra og med 2007, korrigert for prisvekst fra innbetalingstidspunktet til tilbakebetalingstidspunktet for hver enkelt innbetaling. Dette vil omfatte vognene LKAB har transportert fra Narvik til riksgrensen, men ikke lokomotivene. Tilsynet vil pålegge JBV å betale tilbake for mye innbetalt avgift fra LKAB, men vil overlate til JBV å beregne det konkrete beløpet som skal tilbakebetales basert på de føringer som tilsynets vedtak gir.

5.6 Foreldelse

Tilsynet har ansvar for å håndheve jernbaneregelverket, inkludert fordelingsforskriften. Etter tilsynets vurdering ligger det utenfor tilsynets ansvarsområde å ta stilling til hvorvidt deler av LKABs krav på tilbakebetaling i medhold av fordelingsforskriften er foreldet. Tilsynet antar at JBV selv vil foreta en slik vurdering i forbindelse med en eventuell tilbakebetaling til LKAB.

5.7 Transparens

Av hensyn til transparens og like vilkår for etablerte og potensielle aktører i jernbanemarkedet, er tydelig og lettfattelig informasjon om hvilke prinsipper som er gjeldende for tilgang til infrastrukturen, herunder avgiftsordningen, avgjørende. Dette er bakgrunnen for kravet om at infrastrukturforvalter skal utarbeide Network Statement, jf. fordelingsforskriften § 2-1. For å oppnå like vilkår er det en forutsetning at alle aktører som søker om infrastrukturkapasitet har tilgang på samme informasjon. Dette er viktig for å unngå forskjellsbehandling og legge til rette for fungerende konkurranse.

Kommunikasjon fra Jernbaneverket til aktørene

I sin klage fremhever LKAB at "*det har hersket stor usikkerhet internt i Jernbaneverket omkring tolkningen av kjørevegsavgiften*". LKAB henviser til diverse korrespondanse per e-post mellom Green Cargo og JBV i 2013 og 2014, hvor JBV gir motstridende informasjon om hvorvidt det skal betales kjøreveisavgift for transport med faktisk aksellast under 25 tonn på Ofotbanen eller ikke.

JBV fremholder i kommentarer til klagen at det ikke er avgjørende hva ansatte i JBV tidligere har formidlet om hvordan kjøreveisavgiften beregnes, men hva som følger av regelverket og statsbudsjettet. Selv om JBV's formidling til aktørene ikke er avgjørende for hva som følger av regelverket om kjøreveisavgift, eller for tilsynets avgjørelse i denne klagesaken, er det tilsynets oppfatning at uklar kommunikasjon er uheldig av hensyn til transparens og forutsigbarhet for aktørene.

Tilsynet påpeker at fordelingsforskriften § 2-2 pålegger JBV krav om innholdet i Network Statement, bl. a. opplysninger om avgiftsprinsipper og takster. Det er krav om at Network Statement skal inneholde opplysninger om allerede vedtatte eller planlagte avgiftsendringer. Videre skal det foreligge hensiktsmessige opplysninger om avgiftsordningen. Etter tilsynets vurdering er det hensiktsmessig at informasjonen om priser for bruk av infrastrukturen i Network Statement er fullstendig og utvetydig, slik at det ikke oppstår tolkningstvil i JBV eller blant aktørene. Hensikten med nettveiledningen er å gi aktørene all informasjon om prosessen og vilkårene for å få tilgang til infrastrukturen.

Informasjon om avgiftsordningen i statsbudsjettet

Selv om tilsynet mener at JBV har forstått informasjonen om avgiftsordningen i statsbudsjettet korrekt, er tilsynet av den oppfatning at informasjonen er kortfattet, uklar og vanskelig tilgjengelig. Dette gjelder særlig endringen av avgiftsordningen i 2007, hvor innslagspunktet for betaling av kjøreveisavgift endres fra (faktisk) aksellast til tillatt aksellast. Denne endringen omtales ikke i St. prp. nr. 1 (2006-2007) utover den faktiske endringen i ordlyden, og LKAB beskriver i sin klage at endringen av avgiftsordningen i statsbudsjettet ved inntakelse av ordet "tillatt" fremstår som tilfeldig. LKAB påpeker også at det er inkonsekvent språkbruk knyttet til avgiftsordningen i ulike stortingsproposisjoner, f. eks. ved at endringen til "tillatt aksellast" ikke nevnes i St. prp. nr. 69 (2006-2007), hvor grensen for fritak for kjøreveisavgift økes fra 22,5 til 25 tonn aksellast.

Videre er ikke innslagspunktet på tillatt aksellast på 25 tonn for illeggelse av avgift nevnt eksplisitt i budsjettproposisjonene for årene 2015 og 2016. Dette er etter tilsynets oppfatning egnet til å skape uklarhet rundt hvorvidt det er ment å foreta en endring med hensyn til innslagspunkt for disse årene eller ikke. Tilsynet har fått opplyst fra SD at innslagspunktet på tillatt aksellast på 25 tonn ikke er ment endret, men dette fremstår ikke klart ut fra teksten. Beskrivelsen av avgiftsordningen i proposisjonene for disse årene kan etter tilsynets vurdering tolkes slik at all transport på Ofotbanen skal betale kjøreveisavgift på 4,5 øre per brutto tonnkilometer.

Basert på eksemplene over er det forståelig for tilsynet at informasjonen om avgiftsordningen i statsbudsjettet kan fremstå som utydelig og vilkårlig for aktørene. Dette bidrar til uklare rammevilkår for aktørene og kan bidra til et mindre fungerende marked for jernbanetransport.

6. Vedtak

Ved behandling av klage fra LKAB på JBV's innkreving av kjøreveisavgift fra selskapet siden 2007, har tilsynet funnet at nivået på kjøreveisavgiften ikke tilfredsstillende regelverket i fordelingsforskriften på noen deler av jernbanenettet eller for noen kategorier av transport. Tilsynet har også funnet at kjøreveisavgiften for godstransport med tillatt aksellast over 25 tonn innebærer forskjellbehandling i henhold til fordelingsforskriften § 4-5.

Tilsynets vedtak i saken begrenser seg imidlertid til forhold som direkte berører LKABs klage, det vil si JBV's innkreving av kjøreveisavgift for godstransport med faktisk aksellast under 25 tonn på Ofotbanen.

Klage etter fordelingsforskriften § 9-4 fra LKAB Malmtrafik AB på at Jernbaneverket urettmessig har innkrevd kjøreveisavgift for godstransporter med faktisk aksellast under 25 tonn tas til følge. På bakgrunn av vurderingene ovenfor treffer Statens jernbanetilsyn følgende vedtak:

Statens jernbanetilsyn pålegger med hjemmel i fordelingsforskriften § 9-5 annet ledd Jernbaneverket å

- (1) betale tilbake innkrevd kjøreveisavgift fra LKAB Malmtrafik AB for godstransporter på Ofotbanen med faktisk aksellast under 25 tonn fra og med 2007, for krav som ikke er foreldet. Tilbakebetalingen av LKABs innbetalinger skal være korrigert for prisvekst fra innbetalingstidspunktet til tilbakebetalingstidspunktet for hver enkelt innbetaling og skal være effektivert senest 3 måneder etter tilsynets vedtak.*
- (2) endre innkrevingen av kjøreveisavgift fra og med tidspunktet for tilsynets vedtak, slik at avgift som ilegges godstransporter på Ofotbanen utført med materiell med faktisk aksellast under 25 tonn ikke differensieres i henhold til materiellets tillatte aksellast.*

Vedtaket kan påklages til Samferdselsdepartementet etter reglene i forvaltningsloven § 28 flg. En eventuell klage stiles til Samferdselsdepartementet, men sendes til Statens jernbanetilsyn. Klagefrist er tre uker fra mottakelse av dette brevet. Det vises for øvrig til retten etter forvaltningsloven § 18, jf. § 19 til å se sakens dokumenter. Blankett 0073 (Klage på forvaltningsvedtak) gir nærmere opplysninger om klagerett og ligger på våre nettsider www.sjt.no.

Med hilsen

Erik Ø. Reiersøl-Johnsen
Direktør

Dokumentet er elektronisk godkjent og sendes uten signatur