

Vygruppen AS  
Postboks 1800 Sentrum  
0048 OSLO

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.: 19/2612-9  
Deres ref.:  
Dato: 02.09.2019

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

### **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.<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.

I brev av 23. august anmodet Vygruppen AS (Vy) om at tilsynet vurderer om den aktuelle trafikken som SJ AB (SJ) har søkt om ruteleier for, vil kunne skade den økonomiske likevekten i Vys kontrakt om offentlige tjenesteytelse. Vi oppfatter dermed at brevet ikke primært er ment å utgjøre en merknad til det varslede vedtaket om fristfastsettelse, men en anmodning som i henhold til dette forhåndsvarslede vedtaket må inngis innen 10. september d.å. Mer presist oppfatter vi at Vy i sitt brev anmoder om en avgjørelse av hvorvidt den nye internasjonale tjenesten til SJ vil kunne skade den økonomiske likevekten i en kontrakt om offentlig tjenesteyting som Vy har inngått med Jernbanedirektoratet, jf. jernbaneforskriften § 2-6 (2).

I brevet fremsetter Vy avslutningsvis også enkelte merknader knyttet til «formell kompetanse» og «prosessuelle og materielle regler». Vi oppfatter at Vy her ber om en presisering av det rettslige rammeverket for avgjørelser etter § 2-6, herunder av om det er tilsynet som markedsovervåker som vil fatte slike avgjørelser, og har funnet det riktig å innarbeide de etterspurte presiseringene i dette vedtaket. For så vidt gjelder Vys anmodning, vil vi komme tilbake til om det er behov for ytterligere opplysninger i denne saken.

### **2. Jernbaneforskriften § 2-6**

Jernbaneforskriften § 2-6 har altså 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*

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

*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 i forhåndsvarslet 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 trafikkere 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 altså 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 enhver annen stasjon i Norge. Samferdselsdepartementet (departementet) har imidlertid 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.

I brevet av 23. august ber Vy for det første om en redegjørelse for om tilsynets avgjørelser etter § 2-6 første og/eller andre ledd, vil kunne påklages etter forvaltningslovens regler.<sup>2</sup>

Vi redegjorde i forhåndsvarslet for at den nåværende jernbaneforskriften innenfor sitt område er ment å gjennomføre direktiv 2012/34/EU. I *Prop. 8 L (2016 –2017) Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak), Endringer i jernbaneloven og jernbaneundersøkellesloven (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>3</sup> Stortingets transportkomité støttet dette i *Innst. 93 L (2016–2017) Innstilling fra transport- og kommunikasjonskomiteen om Endringer i jernbaneloven og jernbaneundersøkellesloven (gjennomføring av direktiv 2012/34/EU mv.)*<sup>4</sup>, og Stortinget vedtok på denne bakgrunn de nødvendige endringene i jernbaneloven for å kunne gjennomføre direktivet.<sup>5</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.*

<sup>2</sup> Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven), LOV-1967-02-10.

<sup>3</sup> På side 5 under punkt 1, *Proposisjonens hovedinnhold*.

<sup>4</sup> På side 2.

<sup>5</sup> Lov om anlegg og drift av jernbane, herunder sporvei, tunnelbane og forstadsbane m.m. (jernbaneloven), LOV-1993-06-11-100.

november 2012 om etablering av et felles europeisk jernbaneområde (heretter direktivet) i norsk rett».<sup>6</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>7</sup>

Det følger av direktivet artikkel 10 nr. 3 og 11 nr. 2 at henholdsvis hovedformåls- og økonomisk likevekts-testen skal foretas av markedsovervåkingsorganet. Det heter i tråd med dette i departementets høringsnotat til jernbaneforskriften av 18. mai 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. 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».*<sup>8</sup>

Tilsynet legger på denne bakgrunn til grunn at avgjørelser etter § 2-6 skal fattes av tilsynet som markedsovervåker. Dette innebærer at klageadgangen for enkeltvedtak som fattes med hjemmel i jernbaneforskriften § 2-6 er avskåret gjennom jernbaneloven § 11b (3).<sup>9</sup>

Under overskriften «prosessuelle og materielle regler» viser Vy til at gjennomføringsforordningen om nye passasjertjenester (forordningen)<sup>10</sup> ikke er inntatt i norsk rett, og at reglene i den tidligere jernbaneforskriften §§ 3-1 til 3-4 heller ikke er i kraft.<sup>11</sup> Vy ber også om redegjørelse for hvilke prosessuelle regler som gjelder for behandlingen av saker etter jernbaneforskriften § 2-6.

Tilsynet understreker at jernbaneforskriften § 2-6 utgjør en gjeldende forskriftsbestemmelse. Det er ikke fastsatt særskilte saksbehandlingsregler, men tilsynet må – når dette er relevant – forholde seg til forvaltningsloven, herunder reglene for saksbehandling av enkeltvedtak.

Når det gjelder forordningen og reglene i den tidligere jernbaneforskriften, er disse som nevnt ikke gjeldende. Tilsynet har imidlertid skjønnsfrihet til å hente inspirasjon fra disse innenfor rammene som trekkes opp av den någjeldende § 2-6. Tilsynets formål vil i så måte også være å sikre forsvarlig saksbehandling.

Som varslet i vårt brev av 13. august, har tilsynet som markedsovervåker i denne forbindelse ansett det nødvendig å fatte vedtak om frist for anmodninger etter § 2-6 om tester/avgjørelser på bakgrunn av SJs planlagte tjeneste. Dette vedtaket er inntatt i pkt. 3 like nedenfor.

<sup>6</sup> Samferdselsdepartementets høringsnotat av 8. november 2016 på side 1. Direktivbestemmelsene knyttet til lisens mv. er gjennomført gjennom forskrift om lisens, sikkerhetssertifikat, sikkerhetsgodkjenning og andre forhold relatert til sikkerheten på jernbanen (lisensforskriften), FOR-2016-12-20-1747.

<sup>7</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>8</sup> Høringsnotatet er tilgjengelig på følgende lenke: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-nye-jernbaneforskrift/id2396466/?expand=høringsnotater>.

<sup>9</sup> Lov om anlegg og drift av jernbane, herunder sporvei, tunnelbane og forstadsbane m.m. (jernbaneloven), LOV-1993-06-11-100.

<sup>10</sup> KOMMISSIONENS GENNEMFØRELSESFORORDNING (EU) Nr. 869/2014 af 11. august 2014 om nye jernbanepassageruter, EUT L 239/1, 12.8.2014.

<sup>11</sup> Forskrift om jernbanevirksomhet mv. på det nasjonale jernbanenettet (jernbaneforskriften), FOR-2010-12-10-1568.

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

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 ivarettatt 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 eventuelle anmodninger om en avgjørelse etter § 2-6.

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 konkurransevridding 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 Vy:

*«1. Fristen for å anmode om tilsynets avgjørelse som nevnt i jernbaneforskriften § 2-6 (1) og (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 Vy er kjent med 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 av hovedformål etter jernbaneforskriften § 2-6 (1)*

*I anmodningen skal Vy gi følgende opplysninger:*

- a) en redegjørelse for Vys interesse i en avgjørelse av den foreslåtte nye rutens hovedformål*
- b) en redegjørelse for hvorfor Vy mener at hovedformålet med den foreslåtte nye ruten ikke er å frakte passasjerer mellom stasjoner i ulike EØS-stater*
- c) opplysninger og dokumentasjon som understøtter redegjørelsene som nevnt i bokstav a) og b).*

*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 Vy gi følgende opplysninger:*

- a) en redegjørelse for Vys 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).*

*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***