

Samferdselsdepartementet
Postboks 8010 Dep
0030 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: Toril Elsa Torp, 22995915
Vår ref.: 20/1528-2 FELLES-008
Deres ref.:
Dato: 25.09.2020

Høringsinnspill - Utkast til nye jernbaneforskrifter

1. Innledning

Statens jernbanetilsyn (tilsynet) viser til Samferdselsdepartementets (SD) høringsbrev av 25. juni 2020 om utkast til ny jernbaneforskrift, ny forskrift om sikkerhet og tekniske forhold ved jernbanen og endringer i forskrift om gjennomføring av kollektivtransportforordningen. Forskriftene er foreslått endret som et ledd i arbeidet med å gjennomføre rettsaktene i EUs fjerde jernbanepakke i norsk rett.

Statens jernbanetilsyn er markedsovervåker på jernbaneområdet, og skal bidra til et effektivt jernbanemarked med sunn konkurranse og likeverdige vilkår. Det er gitt nærmere bestemmelser om markedsovervåkingsorganets oppgaver og kompetanse i jernbaneloven § 11b og jernbaneforskriften kapittel 11.

Dette dokumentet inneholder innspill fra tilsynet som markedsovervåker i del 2, og fra tilsynet som sikkerhetsmyndighet i del 3.

2. Merknader til utkast til ny jernbaneforskrift fra tilsynet som markedsovervåker

Tilsynet har tidligere gitt innspill til SDs arbeid med ny jernbaneforskrift. I det følgende gjentar vi noen av våre tidligere innspill, og kommer i tillegg med enkelte nye kommentarer.

Kommentarene følger forskriftens struktur, og er følgelig ikke rangert etter viktighet.

Kapittel 1

§ 1-1 Virkeområde

Det foreslås en justering i bestemmelsen om forskriftens virkeområde § 1-1 (2). Tilsynet gjør oppmerksom på at det kan være vanskelig å avgjøre hva som omfattes av begrepet «godsbane». Manglende definisjon av begrepet kan medføre at aktører som selv (feilaktig) definerer seg som godsbane faller utenfor jernbaneforskriften, selv om de etter

direktivet skulle vært omfattet av bestemmelsene. I direktivets artikkel 2 (3) bokstav c og d benyttes defineres godsbane som kan unntas direktivets bestemmelser. Tilsynet mener at fravær av en tilsvarende definisjon i jernbaneforskriften, medfører at avgrensningen av forskriftens virkeområde blir noe uklar.

§ 1-2 Samferdselsdepartementets oppgaver

Tilsynet finner formuleringen «Samferdselsdepartementet fastsetter rammene for infrastrukturavgiftene» noe uklar, og forutsetter at en slik systematikk anvendes i tråd med kravene til infrastrukturforvalters uavhengighet. EU-domstolen har i flere avgjørelser stadfestet at infrastrukturforvalter skal være uavhengig ved fastsettelse av infrastrukturavgifter.¹ Generaladvokaten i sak C-483/10 *EU-kommisjonen v. Spania* uttaler at det etter direktivet kun er det regulatoriske og budsjettmessige rammeverket som kan bestemmes av medlemsstaten.² Slik tilsynet forstår det kan dermed SD fastsette regulatoriske og budsjettmessige rammer, mens det er Bane NOR som infrastrukturforvalter som skal fastsette nivået for infrastrukturavgifter etter § 6-2 i jernbaneforskriften. Se også mer om dette i tilsynets vedtak av 23. mai 2019.³ Tilsynet mener det vil være positivt hvis denne rollefordelingen klart kommer frem i for eksempel kommentarer til forskriften.

§ 1-3 Statens jernbanetilsyns oppgaver som markedsovervåkingsorgan

I bestemmelsens annet ledd er det foreslått at tilsynet «vurderer etter anmodning vedkommende myndighets beslutninger om å tildele kontrakt om offentlig tjenesteyting direkte». Tilsynet er positiv til forslaget utfra det ansvaret, de oppgaver og den kompetanse tilsynet har som markedsovervåker. Tilsynet har merket seg at departementet legger opp til at «vurderingen» kun skal være rådgivende og ikke rettslig bindende. Det vises til at det bør være domstolene som fortsatt skal prøve vedkommende myndighets beslutninger. Vi har forståelse for denne tilnærmingen, men vil bemerke at det for aktører vil være betydelige kostnader forbundet med domstolsprøving, og at disse vil kunne dempe viljen og evnen til å gå videre i rettsapparatet med slike beslutning om direktetildeling.

Tilsynet anser videre at en frist for saksbehandlingstiden på fire uker fra anmodning ankommer for disse vurderingene, slik det foreslås i utkast til ny § 1 a i forskrift om endring av forskrift 17. desember 2010 nr. 1673, som gjennomfører kollektivtransportforordningen, kan være for kort. Det kan oppstå situasjoner der tilsynet ikke får all nødvendig informasjon når anmodningen ankommer og fristen begynner å løpe for vurderingen av beslutning om direktetildeling opp mot vilkårene for dette. Dersom det er nødvendig å innhente ytterligere opplysninger fra for eksempel tildelende myndighet, vil en frist på fire uker kunne være urealistisk kort. Forordningen inneholder ingen fristangivelse etter det tilsynet kan se. Tilsynet foreslår at fristen for vurdering endres til «innen seks uker etter å ha mottatt alle relevante opplysninger», slik som gjelder for klage etter høringsforlaget § 11-3(2).

§ 1-7 Definisjoner

¹ C-483/10 *EU-kommisjonen v. Spania*, C-556/10 *EU-kommisjonen v. Tyskland*, C-369/11 *EU-kommisjonen v. Italia*.

² C-483/10 *EU-kommisjonen v. Spania* premiss 50

³ https://sjt.no/globalassets/02_jernbane/pdf-jernbane/markedsovervaking/vedtak-i-klage-fra-flytoget-as-pa-bane-nor-sf-sin-innkrevning-av-infrastrukturavgifter-i-2017-2018-og-2019.pdf pkt. 6.4.2

Vi legger merke til at følgende definisjoner fra direktiv 2016/2370 ikke er med i utkast til ny jernbaneforskrift:

- Vertikalt integrerte foretak
- Offentlig privat samarbeid
- Gjennomgående billett

Tilsynet mener at alle direktivets definisjoner bør inntas i forskriften for å unngå usikkerhet om begrepene. Selv om ikke alle begrepene er praktiske i dag, kan de bli anvendelige i fremtiden. For eksempel kan det finnes flere infrastrukturforvaltere enn Bane NOR i Norge i jernbanelovgivningens forstand, jf. § 1-7 bokstav c i utkast til ny jernbaneforskrift. Det kan derfor være nyttig med regler og definisjoner som gjelder vertikalt integrerte foretak – jf. særlig direktivet artikkel 7a flg.

I lys av at flere aktører kan være å anse som infrastrukturforvalter i Norge, mener tilsynet at det kan være hensiktsmessig at det fremgår av forskriften (eller kommentarer til denne) hvem en bestemmelse retter seg mot.

Kapittel 2

§ 2-1 (4) Krav til tilknytting til felles bransjeforening

Tilsynet som markedsovervåkingsorgan stiller spørsmålstegn ved om tvunget deltakelse i en bransjeforening kan utgjøre en etableringsbarriere, og om SD derfor bør vurdere om deltakelse skal være frivillig. Slik tilsynet forstår det er det ikke lenger et krav om deltakelse i bransjeforeningen i Sverige.

§ 2-2 (1) Unntak fra tilgangsretten for passasjertransport

Statens jernbanetilsyn merker seg at det i § 2-2 (1) er foreslått at tilgangsretten etter § 2-1 (1) «er» begrenset, altså at den skal begrenses dersom utøvelse av retten etter § 2-1 (1) vil kunne skade den økonomiske likevekten i en kontrakt om offentlig tjenesteyting. Tilsynet forstår forslaget slik at en eventuell avgjørelse fra markedsovervåkingsorganet etter ny foreslått § 1-3 (4), om at en ny persontransporttjeneste skader den økonomiske likevekten i en kontrakt om offentlig tjenesteyting, får som virkning at tilgang til den nye persontransporttjenesten *automatisk* nektes.

Tilsynet oppfordrer departementet til å vurdere om dette bør utformes som en kan-bestemmelse som åpner opp for at tjenester som skader den økonomiske likevekten i en kontrakt om offentlig tjenesteyting, men som likevel har stor positiv samfunnsøkonomisk verdi, fortsatt kan få tilgang. Det kan for eksempel tenkes tilfeller hvor den samfunnsøkonomiske verdien av en ny persontransporttjeneste er større enn skaden som potensielt kan oppstå på likevekten i en kontrakt om offentlig tjenesteyting. Tilsynet mener derfor at det bør være ett ytterligere steg i vurderingsprosessen som tar hensyn til dette før ny tjeneste endelig nektes tilgang. Dette kan eksempelvis gjøres ved at markedsovervåkingsorganet får anledning til å overlate den endelige beslutningen om tilgangsnekt til SD dersom det oppdages at den samfunnsøkonomiske verdien av den nye persontransporttjenesten er større enn det samfunnsøkonomiske tapet av at den økonomiske likevekten skades.

Kommentar angående fjerning av dagens § 2-2 første ledd bokstav c og ny § 13-4

Tilsynet merker seg at SD i høringsnotatet på side 11 skriver at den nåværende bestemmelsen i § 2-2 første ledd bokstav c om tilgang for foretak som vil drive museumsvirksomhet er foreslått tatt ut. Vi er enig i at det ikke kommer til å være behov for en slik bestemmelse når det åpnes opp for fri tilgang til det statlige jernbanenettet for jernbaneforetak.

Vi har merket oss at departementet i høringsnotatet sier at museumstogsvirksomhet i stedet kan søke departementet om unntak etter 13-4, som åpner for unntak fra forskriften når det ikke er i strid med internasjonale avtaler. Det er uklart for oss hvordan ny § 13-4 er tenkt å fungere, samt hva det er SD kan gi unntak fra. Etter tilsynets forståelse vil alle foretak som har status som jernbaneforetak i utgangspunktet ha rett til å trafikkere jernbanenettet, med unntak av eventuelle tilfeller der den økonomiske likevekten i en kontrakt om offentlig tjenesteyting vil kunne skades. Det vil si at jernbaneforetak som ønsker å drive museumsvirksomhet på det statlige jernbanenettet vil kunne gjøre det på lik linje med andre jernbaneforetak som for eksempel ønsker å drive turisttog. Dette innebærer blant annet rett til å søke om infrastrukturkapasitet etter jernbaneforskriften § 8-1 og plikt til å betale infrastrukturavgift etter § 6-2 som andre aktører på det statlige jernbanenettet. Etter vårt syn er tilgangen for jernbaneforetak som ønsker å drive museumsvirksomhet på jernbanenettet allerede ivarettatt gjennom det nye forslaget til ny jernbaneforskrift. Etter tilsynets oppfatning er det viktig at en slik parallell inngang til å trafikkere jernbanenettet enn de som er beskrevet i forskriften ikke gir uheldige virkninger som for eksempel ulike vilkår for tilgang til markedet.

§ 2-2 (3) Unntak fra tilgangsretten for passasjertransport

Tilsynet mener at «vil kunne bringes i fare» ikke er et godt begrep, og foreslår for eksempel «skader» i stedet.

Kapittel 3

§ 3-1 Transportvilkår for passasjertransport

Tilsynet foreslår at denne bestemmelsen tas ut, da offentlig persontransport reguleres gjennom annet regelverk.⁴ Videre mener tilsynet at det er lite hensiktsmessig at departementet kan regulere prisene for kommersielle passasjertransporttjenester, i lys av at markedet nå skal åpnes.

§ 3-2 Avtale mellom myndigheten og infrastrukturforvalter

I høringsnotatet til forskriften står det at Statens jernbanetilsyn kan føre tilsyn med § 3-2, men det er uklart om et slikt tilsyn faller innenfor oppgavene etter jernbaneloven § 11b. Det er derfor behov for å avklare hvorvidt tilsynet opptrer som markedsovervåker ved et eventuelt tilsyn med denne bestemmelsen.

Videre gjør tilsynet oppmerksom på at avtaler - slik som avtale mellom myndighet og infrastrukturforvalter - ikke kan inneholde vilkår som er i strid med preseptoriske regler i jernbaneforskriften (eller andre ufravikelige bestemmelser i nasjonalt eller EØS-regelverk) som tilsynet som markedsovervåker har som oppgave å påse at etterleves.

⁴ FOR-2010-12-17-1673 om gjennomføring i norsk rett av EØS-avtalen vedlegg XIII nr. 4a (forordning (EF) nr. 1370/2007) om offentlig persontransport med jernbane og på vei

Slike avtalevilkår vil være ugyldige i den utstrekning de er i strid med bestemmelsene. Tilsynet vil derfor kunne håndheve regelverket uavhengig av hva som står i en avtale. Videre antar tilsynet at det vil være aktuelt å pålegge at eventuelle avtalevilkår som strider med forskriften fjernes eller endres, slik det også nevnes i høringsnotatet.⁵ Tilsynet mener det vil være en fordel at det skrives uttrykkelig i for eksempel kommentarer til forskriften at man ikke kan avtale seg bort fra preseptoriske regler i jernbaneforskriften, slik at aktørene i bransjen blir klar over dette.

§ 3-4 (1) *Infrastrukturforvalters uavhengighet*

Tilsynet mener at inntakelse av direktivet art. 4 nr. 2 i § 3-4 første ledd vil tydeliggjøre infrastrukturforvalters uavhengige rolle:

While respecting the charging and allocation framework and the specific rules established by the Member States, the infrastructure manager shall be responsible for its own management, administration and internal control.

Som nevnt i kommentar til § 1-2 over, er tilsynets forståelse at medlemsstaten kan fastsette regulatoriske og budsjettmessige rammer, mens infrastrukturforvalter selv skal fastsette nivået for infrastrukturavgifter. Tilsynet mener derfor at uavhengigheten mellom medlemsstat og infrastrukturforvalter klart bør fremgå av regelverket.

§ 3-5 (4) *Infrastrukturforvalters upartiskhet ved trafikkstyring og vedlikeholdsplanlegging*

Tilsynet mener at artikkel 7c i direktiv 2016/2370/EU (om *Outsourcing and sharing the infrastructure manager's functions*) også bør gjennomføres i forskriften, i tilfelle det skulle bli aktuelt med deling av funksjoner og integrerte foretak i Norge i fremtiden.

§ 3-6 (1) *Særskilte krav til infrastrukturforvalters drift*

Ordlyden i § 3-6 første ledd om at infrastrukturforvalter skal utarbeide en plan som omfatter investerings- og finansieringsprogrammer bygger på direktivet art. 8 nr. 3 første og annet punktum. Siste punktum i art. 8 nr. 3 er per nå ikke tatt inn i gjeldende forskrift:

(...) The infrastructure manager shall ensure that known applicants and, upon their request, potential applicants have access to the relevant information and are given the opportunity to express their views on the content of the business plan regarding the conditions for access and use and the nature, provision and development of the infrastructure before its approval by the infrastructure manager.

Tilsynet foreslår at bestemmelsen tas inn i forskriften for å gi større forutberegnelighet og mulighet for påvirkning for søkerne på infrastrukturkapasitet. Det vil også være i tråd med formålet om å etablere et kunde/-leverandørforhold mellom søkere og infrastrukturforvalter.

Kapittel 4

Tilsynet synes det er bra at «jernbaneforetak» gjennomgående er byttet ut med «søkere» i forskriften når det gjelder tilgang til serviceanlegg. Denne endringen bidrar til å klargjøre hvem

⁵ Høringsnotat - utkast til ny jernbaneforskrift, ny forskrift om sikkerhet og tekniske forhold ved jernbanen og endringer i forskrift om gjennomføring av kollektivtransportforordningen s. 11

som har adgang til å klage etter ny § 11-3 første ledd, samt skaper bedre harmoni mellom reglene om sportilgang og tilgang til serviceanlegg og tjenester i disse.

Kapittel 5

§ 5-2 bokstav a

For å gjøre forskriften mer brukervennlig mener tilsynet at "infrastrukturregisteret" som omtales i § 5-2 bokstav a bør defineres i § 1-7, eller at det henvises til et sted hvor definisjonen fremgår, eksempelvis direktiv 2016/797/EU artikkel 49. I dagens jernbaneforskrift § 5-2 bokstav a vises det til samtrafikkforskriften § 34.

Kapittel 6

§ 6-3 Myndighet til å fastsette påslag for bruk av jernbaneinfrastruktur

Som departementet er kjent med er tilsynets tolkning av utkast til ny jernbaneforskrift § 6-1 (1) at det er infrastrukturforvalter som har myndighet til å fastsette avgifter for bruk av jernbaneinfrastruktur, herunder påslag etter utkastets 6-3. Infrastrukturforvalters uavhengighet ved fastsettelse av infrastrukturavgifter følger av flere avgjørelser fra EU-domstolen⁶, og er utdypet i tilsynets vedtak av 23. mai 2019.⁷ Kravet til direktivkonform tolkning i EØS-loven § 2 medfører etter vårt syn også at denne forståelsen skal legges til grunn. Det foreslås å tydeliggjøre dette overfor brukerne av forskriften ved at «departementet» erstattes med «infrastrukturforvalter» innledningsvis i § 6-3(1).

I direktiv 2012/34/EU artikkel 32 nr. 1 heter det at påslag kan fastsettes «*on the basis of efficient, transparent and non-discriminatory principles*». Tilsynet mener at det er hensiktsmessig å presisere dette også i § 6-3 (1) jernbaneforskriften for å ligge tett opp til ordlyden i direktivet.

§ 6-3 (3) Bestemmelsen samsvarer ikke helt med direktiv 2012/34/EU

Etter tilsynets vurdering samsvarer ikke denne bestemmelsen helt med direktiv 2012/34/EU artikkel 32 (1) tredje og fjerde ledd lest i sammenheng med vedlegg VI. Dette kan etter vår vurdering lede til misforståelser om kravene til markedssegmentering før påslag fastsettes:

Direktivet artikkel 32 (1) tredje ledd første punktum:

Before approving the levy of such mark-ups, Member States shall ensure that the infrastructure managers evaluate their relevance for specific market segments, considering at least the pairs listed in point 1 of Annex VI and retaining the relevant ones. (..)

Direktivet vedlegg VI (1):

⁶ C-483/10 EU-kommisjonen v. Spania, C-556/10 EU-kommisjonen v. Tyskland, C-369/11 EU-kommisjonen v. Italia,

⁷ https://sjt.no/globalassets/02_jernbane/pdf-jernbane/markedsovervaking/vedtak-i-klage-fra-flytoget-as-pa-bane-nor-sf-sin-innkreving-av-infrastrukturavgifter-i-2017-2018-og-2019.pdf s. 34-36

The pairs to be considered by infrastructure managers when they define a list of market segments with a view to introducing mark-ups in the charging system according to Article 32(1) include at least the following:

- (a) passenger versus freight services;*
- (b) trains carrying dangerous goods versus other freight trains;*
- (c) domestic versus international services;*
- (d) combined transport versus direct trains;*
- (e) urban or regional versus interurban passenger services;*
- (f) block trains versus single wagon load trains;*
- (g) regular versus occasional train services.*

Direktivet artikkel 32 (1) tredje ledd annet punktum samt fjerde ledd):

The list of market segments defined by infrastructure managers shall contain at least the three following segments: freight services, passenger services within the framework of a public service contract and other passenger services.

Infrastructure managers may further distinguish market segments according to commodity or passengers transported.

Tilsynet foreslår at ordlyden i forskriften legges nærmere opp til direktiv 2012/34/EU. Dette kan for eksempel gjøres ved at ny jernbaneforskrift § 6-3 (3) endres til:

Før påslag på infrastrukturavgifter fastsettes, skal infrastrukturforvalter analysere hvilke markedssegmenter de er relevante for. Denne analysen må minst omfatte disse parene av togtenester:

- a) persontransport og godstransport*
- b) tog som transporterer farlig gods og andre godstog*
- c) innenlands trafikk og internasjonal trafikk*
- d) kombinert transport og direktetog*
- e) persontransport i byer eller regioner og persontransport mellom byer*
- f) blokkto og tog hvor vogner lastes eller losses enkeltvis*
- g) regelmessig og sporadisk togtrafikk.*

Infrastrukturforvalterens endelige liste med definerte markedssegmenter skal minst inneholde egne markedssegmenter for godstransport, persontransport som er omfattet av en offentlig tjenesteytelse og annen persontransport. Infrastrukturforvalteren kan dele markedssegmentene opp ytterligere ut fra hvilke varer eller passasjerer som transporteres.

Fjerning av tekst i dagens jernbaneforskrift § 6-2

Tilsynet ønsker å gjøre oppmerksom på at setningene «Infrastrukturforvalters gjennomsnittlige og marginale avgifter for tilsvarende bruk av deres jernbaneinfrastruktur skal være sammenlignbare. Det skal innkreves like avgifter for sammenlignbare tjenester innenfor samme markedssegment», som i dag er å finne i jernbaneforskriften § 6-2 (2), ikke er med i SDs forslag til ny § 6-2. Den er heller ikke tatt med i § 6-3. Etter tilsynets forståelse er hensikten med bestemmelsene i dagens jernbaneforskrift å implementere artikkel 32 (5) i direktiv 2012/34/EU:

To prevent discrimination, Member States shall ensure that any given infrastructure

manager's average and marginal charges for equivalent use of its infrastructure are comparable and that comparable services in the same market segment are subject to the same charges. The infrastructure manager shall show in the network statement that the charging system meets these requirements in so far as this can be done without disclosing confidential business information.

Tilsynet foreslår at bestemmelsene tas inn igjen, men at de plasseres under jernbaneforskriften § 6-3 for å følge oppsettet i direktiv 2012/34/EU hvor artikkel 32 (5) er plassert under unntak fra avgiftsprinsipper.

Kommentar til kapittel 6

Tilsynet vil for øvrig peke på at den foreslåtte strukturen i kapittel 6 avviker noe fra strukturen i direktivet og kan skape forvirring rundt hva som er hovedregelen og hva som er unntak for innkreving av avgifter. I den gamle fordelingsforskriftens §§ 4-5 og 4-6 gikk det klart frem av overskriftene hva som var hovedregel og unntak, og tilsynet mener en slik løsning vil være mer brukervennlig, og i samsvar med strukturen i direktiv 2012/34/EU artikkel 31 og 32. Da vil det blant annet fremgå tydeligere at avgifter basert på såkalt direkte kost er hovedregelen og at påslag i infrastrukturavgifter er et unntak.

Kapittel 9

§ 9-5 Prioriteringskriterier

Statens jernbanetilsyn merker seg endringene som SD foreslår i § 9-5 og ønsker å gjenta høringsinnspill⁸ som vi hadde til dagens jernbaneforskrift når den var på høring. Tilsynet er fortsatt av den oppfatning at bruk av en prioriteringsliste, slik SD foreslår, ikke nødvendigvis sikrer effektiv bruk av infrastrukturkapasitet.

Når det først fastsettes prioriteringskriterier i forskriften, er vi derimot positiv til at SD foreslår å ta inn en kategori som relaterer seg til planlagt vedlikehold. Slik vi forstår det, er hensikten med en slik kategori å ta hensyn til at det kan oppstå interessekonflikter mellom søknader om ruteleier til ulike typer transporttjenester og søknader om infrastrukturkapasitet som båndlegges for å utføre planlagt vedlikehold, og angi hvordan disse skal løses. Dette fordi infrastrukturforvalter etter utkastets § 8-2 (2) har plikt til å inngi søknader om infrastrukturkapasitet for å utføre planlagt vedlikehold under ruteplanleggingen. Etter den samme bestemmelsen skal infrastrukturforvalter ved fordeling av infrastrukturkapasitet til nødvendig planlagt vedlikehold så langt det er mulig redusere innvirkningen overfor andre søkere. Gitt at tilsynet har forstått hensikten bak den nye kategorien riktig, stiller vi spørsmål ved om det er fare for at den foreslåtte ordlyden «transport i forbindelse med vedlikeholdsarbeider» kan misforstås. Tilsynet foreslår at ordlyden fra jernbaneforskriften § 8-2 (2) benyttes. Nytt punkt fem i § 9-5 (1) bør derfor lyde slik:

5) utføring av planlagt vedlikehold

Som nevnt innledningsvis i avsnittet, er tilsynet fortsatt av den oppfatning at bruk av en prioriteringsliste med en forskriftsfestet rekkefølge ikke er en hensiktsmessig måte å løse interessekonflikter om ruteleier på.

⁸ Se side 11-12 i tilsynets brev av 13. mai 2015 med referansenummer 15/208-3. Brevet er også tilgjengelig på tilsynets nettside: https://sjt.no/globalassets/02_jernbane/pdf-jernbane/markedsovervaking/horingsinnspill---utkast-til-nye-jernbaneforskrifter.pdf

Det gjelder selv om infrastrukturforvalter etter § 9-5 (2) er gitt adgang til å likevel tildele ruteleier etter en annen rekkefølge hvis transporttjenesten har en vesentlig større betydning for samfunnet enn andre tjenester som derved utelukkes. Tilsynet er ikke kjent med at annet ledd noen gang er blitt benyttet i praksis for å løse interessekonflikter mellom tjenester som er plassert i forskjellige kategorier.

Tilsynet er av den oppfatning at hensikten med prioriteringen mellom søknader ved interessekonflikter om ruteleier bør være å sikre en samfunnsøkonomisk effektiv utnyttelse av statens jernbaneinfrastruktur. Det vil si at jernbaneinfrastrukturen utnyttes på en slik måte at den transporten som er mest lønnsom for samfunnet blir prioritert.

En slik forståelse er i tråd med direktiv 2012/34/EU artikkel 47 nr. 4. første ledd som lyder: "*The priority criteria shall take account of the importance of a service to society relative to any other service which will consequently be excluded*".

For å sikre at den transporten som har størst verdi for samfunnet prioriteres, mener tilsynet at det i hver enkelt søknadskonflikt må gjennomføres en *konkret analyse* av de ulike transportenes betydning for samfunnet, i stedet for å basere seg på en forhåndsgitt prioritering. Ved å gi kategorier av transporttjenester prioritet fremfor andre kategorier, slik som i § 9-5 første ledd, vil muligheten for å prioritere tjenestene med størst betydning for samfunnet innskrenkes. Eksempelvis kan ikke et fullastet godstog med stor lastverdi og betalingsvilje for prioriteres fremfor et persontog under offentlig tjeneste som er tomt eller med et fåtall passasjerer.

På denne bakgrunn mener tilsynet at bestemmelsen i § 9-5 annet ledd bør være hovedregelen og at § 9-5 første ledd bør fjernes, da prioriteringskategoriene som er angitt ikke er egnet til å sikre en effektiv utnyttelse av jernbaneinfrastrukturen.

Departementet skriver i høringsnotat at prioriteringsrekkefølgen er basert på presumert samfunnsnytte, hvor persontransporttjenester utført under offentlig avtale anses å ha størst samfunnsnytte. Tilsynet stiller spørsmål ved denne presumsjonen om at transport som er kategorisert som «offentlig persontransport», eller inngår i kontrakt med staten om offentlig tjenesteyting, på forhånd kan antas å ha større samfunnsnytte enn godstransport eller persontransport som ikke inngår i kontrakt med staten om offentlig tjenesteyting. Slik tilsynet forstår det, er hensikten med kontrakter om offentlig tjenesteyting å sikre utførelse av persontransport av allmenn betydning som en aktør av egen forretningsmessig interesse ikke vil påta seg, jf. kollektivtransportforordningen artikkel 2 bokstav e. Sagt på en annen måte er hensikten med slike kontrakter å sikre at tjenester som er samfunnsøkonomisk lønnsomme, men ikke bedriftsøkonomisk lønnsomme blir utført. Dette innebærer ikke at transporttjenester som aktører utfører av egen forretningsmessig interesse har lavere samfunnsnytte enn tjenester som inngår i kontrakter med staten. For å avgjøre det spørsmålet, må det gjennomføres en konkret analyse i hvert enkelt tilfelle.

Videre begrunner SD prioriteringslisten med å si at den vil skape forutberegnelighet for de involverte aktørene, slik at man kan tilrettelegge for et hensiktsmessig togtilbud i et lengre tidsperspektiv. Tilsynet er bekymret for at et slikt formål med prioriteringskriteriene kan føre til at øvrige bestemmelser i jernbaneforskriften om fordeling av infrastrukturkapasitet i kapittel åtte og interessekonflikter og overbelastet infrastruktur i kapittel ni undergraves. Det fremgår av utkastets § 8-1(1) at ruteleier kan tildeles søkere for et tidsrom som tilsvarer høyest en ruteplanperiode. Hensikten med bruk av prioriteringskriterier er at de skal være absolutt siste utvei for å løse en interessekonflikt mellom to eller flere søknader om ruterleier som har oppstått

under den årlige ruteplanprosessen. Hvordan den årlige ruteplanprosessen skal foregå er detaljert regulert i forskriften. Prioriteringskriteriene skal altså løse interessekonflikter som gjelder nær fremtid. Det er først etter at infrastrukturen er erklært overbelastet⁹ at Bane NOR som infrastrukturforvalter skal bruke prioriteringskriterier til å løse en konflikt mellom kolliderende søknader. Etter at en strekning er erklært overbelastet, skal Bane NOR som infrastrukturforvalter gjøre en kapasitetsanalyse og lage en Kapasitetsforbedringsplan, jf. jernbaneforskriften § 9-6 og 9-7. Det er de to sistnevnte som er verktøyene for å løse kapasitetsproblemer i et lengre tidsperspektiv.

Tilsynet mener at prioriteringslisten, slik den er satt opp av SD, kan sende uheldige signaler til aktørene i markedet. Resultatet kan bli at aktører ikke søker om ruteleier hvor de kan forvente å få en interessekonflikt med en tjeneste som er plassert i en kategori som er høyere på listen.

Kapittel 11

§ 11-3 Klage

Tilsynet opplever at aktørene i varierende grad er klar over at de opererer i et regulert marked, hvor tilsynet som markedsovervåker er klageinstans. Tilsynet mener det vil være hensiktsmessig å presisere, for eksempel i kommentar til forskriften, at tilsynet er eksklusiv klageinstans for beslutninger truffet av infrastrukturforvalter, jernbaneforetak eller den som driver serviceanlegg og som omfattes av forskriften § 11-3, også der slike beslutninger eventuelt måtte være å anse som enkeltvedtak som følge av myndighetsutøvelse. En slik presisering vil kunne tydeliggjøre at forvaltningslovens alminnelige regel for utpekning av klageinstans er fraveket i disse tilfellene.

§ 11-6 Pålegg og tvangsmulkt

Tilsynet er positive til at markedsovervåkers adgang til å treffe vedtak med pålegg om korrigerende tiltak nå også kommer uttrykkelig frem i forskriften.

Tilsynet mener bestemmelsens overskrift med fordel kan endres til for eksempel «Pålegg om korrigerende tiltak og tvangsmulkt» for å tydeliggjøre hvilke pålegg bestemmelsen omhandler.

§11-7 Overtredelsesgebyr

I forslaget til ny bestemmelse om overtredelsesgebyr heter det at «*Markedsovervåkingsorganet kan illegge overtredelsesgebyr til en virksomhet som overtrer bestemmelser i denne loven eller vedtak gitt i medhold av denne loven.*» Tilsynet antar at «denne loven» er ment å være en henvisning til bestemmelsene i jernbaneforskriften.

Videre fremgår det at SD fastsetter «*satser og øvre rammer for slike overtredelsesgebyr*». Tilsynet mener at det kan være problematisk med tanke på tilsynets uavhengighet hvis SD skal oppstille faste gebyrsatser for ulike overtredelser. Av direktiv 2012/34/EU artikkel 56 avsnitt 9 fremgår det at «*...the regulatory body shall, where appropriate, decide on its own initiative on appropriate measures to correct discrimination against applicants, market distortion and any*

⁹ En erklæring om overbelastet infrastruktur kan kun skje dersom det etter samordning av søknader om ruteleier og etter samråd med søkerne ikke er mulig å imøtekomme alle søknader om infrastrukturkapasitet i tilstrekkelig omfang, eller dersom det finnes jernbaneinfrastruktur der det forventes kapasitetsmangel i nær fremtid, jf. jernbaneforskriften § 9-3 (1).

other undesirable developments in these markets...A decision of the regulatory body shall be binding on all parties and shall not be subject to the control of another administrative instance. The regulatory body shall be able to enforce its decisions with appropriate penalties including fines.”. Tilsynet mener derfor det er tilstrekkelig at SD fastsetter en øvre ramme for gebyrene, og eventuelt oppstiller retningslinjer for utmålingen av gebyret. Tilsynet mener at bestemmelsene om overtredelsesgebyr i konkurranseloven § 29 med underliggende forskrift, ekomforskriften § 10-3 a og energiloven § 10-7 kan tjene som eksempler for hvordan retningslinjer for utmåling kan oppstilles.

Vedlegg IV om tidsplan for fordelingsprosessen

Vi viser til vedlegg IV i forskriftsutkastet som er ment å innta nytt vedlegg VII til direktiv 2012/34/EU.

Tilsynet gjør oppmerksom på at det i fortalet til beslutningen som gjennomfører vedlegget i EU uttales at «*a Delegated Decision is the appropriate legal instrument as it imposes clear and detailed rules which do not require transposition by Member States ensuring rapid uniform implementation throughout the Union*».¹⁰ Tilsynet er usikre på om dette innebærer at nytt vedlegg VII til direktiv 2012/34/EU bør gjennomføres som en forordning i Norge og ikke som et direktiv, slik høringsutkastet etter tilsynets forståelse legger opp til. Vi har merket oss at teksten i forskriftsutkastet avviker noe fra ordlyden i nytt vedlegg VII til direktiv 2012/34/EU.

Avsluttende kommentar om infrastrukturforvalter

Tilsynet mener at det i noen sammenhenger er uklart om det er Jernbanedirektoratet eller Bane NOR som fungerer som infrastrukturforvalter. Tilsynet gjør oppmerksom på at begrepet «infrastrukturforvalter» er funksjonelt, slik det er definert i utkast til ny § 1-7 bokstav c. Det innebærer at det er den som utøver funksjonene til infrastrukturforvalter må oppfylle kravene regelverket stiller til infrastrukturforvalter.

Videre mener tilsynet at det er viktig at infrastrukturforvalters uavhengighet kommer klart frem i regelverket og i praksis.

Merknader til utkast til ny jernbaneforskrift fra tilsynet som sikkerhetsmyndighet

Statens jernbanetilsyn har når det gjelder den tekniske delens ingen ytterligere kommentarer til forskriftsutkastene. Det vises i denne sammenheng til tidligere dialog, og at våre synspunkter synes ivarettatt i forskriftsutkastene.

Med hilsen

Mona Ljunggren

Avdelingsdirektør, Markedsovervåking

Dokumentet er elektronisk godkjent og sendes uten signatur

¹⁰ Commission Delegated Decision (EU) 2017/2075

