

Fra: [Thomas Berntsen](#)
Til: [Høyesterett \(postmottak\)](#)
Emne: Betenkning etter Grunnloven § 83 - innleggelse av den fjerde jernbanepakken i norsk rett
Dato: fredag 29. januar 2021 17.03.59
Vedlegg: [image001.png](#)

Det henvises til publisert artikkel på SJT.no vedrørende skriftlig innspill til Høyesterett om den fjerde jernbanepakken.

I tråd med opplysningene, om samme sak, gitt på domstol.no vil Flytoget AS (heretter Flytoget) gi våre innspill til Høyesteretts arbeid med en betenkning etter Grunnloven § 83.

Flytoget takker for muligheten til å fremme vårt syn på saken og gi våre innspill som operatør.

Innledning

Flytoget, som selvstendig AS heleiet av Nærings- og fiskeridepartementet, må anses som en direkte interessent i saken. Vår virksomhet vil utvilsomt kunne bli direkte påvirket av en eventuell innføring av den fjerde jernbanepakken i Norge. Vi vil derfor i det følgende formidle vårt syn på saken og de forhold som vi mener bør vektlegges ved en vurdering av omfanget av myndighetsoverførsel fra Norge til EU.

Flytoget er prinsipielt for et åpent marked med konkurranse, som jo er det overordnede målet med den fjerde jernbanepakken. Det er allikevel slik at man er nødt til å vurdere betydningen/effekten av den myndighetsavgivelsen som følger av den fjerde jernbanepakken opp mot det man oppnår innenfor åpning av jernbanemarkedet for konkurranse. Et sentralt spørsmål i denne sammenheng vil jo også være hva man eventuelt kan oppnå, innenfor dagens regelverk, uten å innlemme direktiv 2012/34 (EU) i EØS avtalen. Kan man oppnå akkurat det samme uten å innlemme direktivet som man vil ved å innlemme direktivet så taler dette for at man ikke burde gi fra seg noen myndighet overhode. På den annen side vil det være slik at hvis man risikere vesentlige hindre for gjennomføring av en virksom konkurranse på jernbane i Norge så kan det forsvare en noe større grad av myndighetsoverdragelse til EU.

Omfang

Den fjerde jernbanepakke er godt belyst i Prop. 101 LS (2019 –2020) og den består som kjent av en rekke direktiver og forordninger.

De mest sentrale er:

- Innføring av den tekniske pilaren som omfatter metoder for fastsettelse av felles sikkerhetsmål, utstedelse av felles sikkerhetssertifikat og kjøretøytillatelse mv.
- Endringsdirektivet (EU) 2016/2370 som endrer direktiv 2012/34/EU og dermed åpner det innenlandske jernbanemarkedet i Norge for aktører fra hele Europa.
- Endringsforordning (EU) 2016/2338 som endrer kollektivtransportforordningen (EF) 1370/2007 slik at unntaket for konkurranse på tradisjonell jernbane bortfaller.

Overordnet vil det altså være to områder hvor myndigheten helt eller delvis overføres til EU (som har bestemmende makt over ERA). Det ene er vilkår og rammebetingelser for tilgangen til norsk infrastruktur og eventuelle konkurranser om kontrakter om offentlig tjenesteyting og det andre er teknisk og administrative forhold knyttet til kjøretøy (tog) og sikkerhetsstyring (utstedelse av felles sikkerhetssertifikat).

Den tekniske pilaren

Det har inntil nylig vært noe usikkerhet knyttet til endelige reguleringer i ny sikkerhetsforskrift. Den er i disse dager ute på [høring](#) fra SJT og den svarer ut flere spørsmål rundt kjøretøy og sikkerhets sertifikat.

For å starte med det enkleste først kan man nå slå fast at det vil være mulig med en ren nasjonal behandling, av Statens Jernbanetilsyn (SJT), for både kjøretøystillatelser og sikkerhets sertifikat. Søknadsprosessen vil riktignok foregå gjennom ERA sin portal (One Stop Shop/OSS) men myndigheten til å fatte endelig beslutning ligger hos SJT og samferdselsdepartementet/de norske domstolene.

Det kan altså slås fast at for en norsk virksomhet som kun skal operere i Norge så forblir myndigheten i Norge. Ønsker man derimot å operere på tvers av landegrensene og inn i et EU land så forskyves myndigheten over til ERA/EU. Også dette anses som uproblematisk med tanke på myndighetsoverføring, skal man operere i EU må man forholde seg til de felleseuropeiske reglene. Dette er det samme som man finner i luftfarten, skal man fly i amerikansk luftrom må man forholde seg til FAA og ikke til luftfartstilsynet i Norge.

Derimot ser det ut til at samferdselsdepartementet, slik vi ser det, undervurderer rettigheten et annet lands selskap vil få i Norge. Et togselskap som får utstedt et felles sikkerhets sertifikat av ERA vil uten videre prosess automatisk ha rett til å trafikere norsk infrastruktur. SJT skal riktignok konsulteres i prosessen, men det vil kun være i forhold til nasjonale krav som allerede er tatt inn og akseptert av ERA på forhånd. Her er det altså ERA som fatter beslutning og gir en rettighet på norsk jord. SJT har selvfølgelig mulighet til å motsette seg utstedelsen og klage avgjørelsen inn for ERAs klageorgan, men det vil til syvende og sist være EU-domstolen som bestemmer.

Dette reiser et interessant spørsmål om hvilken myndighet SJT vil ha over en operatør med et felles sikkerhets sertifikat utstedt av ERA gjennom OSS. SJT skal føre tilsyn med jernbanevirksomhetene i Norge, men et slikt tilsyn vil jo være avgrenset til å føre tilsyn med de vilkårene som sertifikatet er utstedt på. For ordens skyld kan det også nevnes at lisensen (altså det som omhandler faglig dyktighet og økonomisk evne) utstedes av det landet foretaket hører hjemme i. En lises utstedt av et annet land som er med i EØS skal automatisk aksepteres i Norge.

Det er i flere sammenhenger lagt betydelig vekt på hva som vil skje under prosessen med søknad og utstedelse av et felles sikkerhets sertifikat (bla. i Grunnlovsvorderingen fra justis- og beredskapsdepartementet, ref. 16/1378). Det som derimot virker å være noe svakere utredet er hvilken myndighet SJT vil ha til å frata et selskap, som opererer i Norge, sitt sikkerhets sertifikat.

Slik vi leser regelverket har SJT, gjennom jernbaneloven, myndighet til å innføre en midlertidig stans. Men den vil være avgrenset til 3 måneder og etter det vil det være opptil ERA, og til syvende og sist EU-domstolen, å bestemme om sertifikatet skal inndras eller begrenses. Hva som eventuelt skjer etter det er ikke beskrevet, men det er et faktum at Norge ikke har noen besluttende myndighet i ERA. Og det kan derfor ikke utelukkes at man i ytterste konsekvens faktisk ikke vil kunne forhindre en jernbanevirksomhet fra å operere i Norge uten å bryte EØS avtalen.

Med hensyn på kjøretøytillatelser er det mange av de samme forholdene som gjelder, men her

anses overføringen å stå i et rimelig forhold til det man faktisk oppnår. Skal et tog benyttes kun i Norge (som vil gjelde mer enn 99 % av alle tog som skal gå på norsk infrastruktur) så har SJT fortsatt myndigheten til å bestemme. Skal toget benyttes i hele Europa så får man forholde seg til det europeiske regelverket. I tillegg vil det nok på sikt gå mere og mer i retning av at det er togprodusentene som selv søker om tillatelse (etter samme prinsipp som for passasjerfly).

Den tekniske pilaren – på lang sikt

De ovennevnte betraktningene må ses på som en vurdering av hvordan situasjonen vil bli på kort sikt, altså rett etter en eventuell implementering av den fjerde jernbanepakken. Det som derimot ser ut til å være fraværende i de dokumenter vi har fått innsyn i er drøftingene rundt de langsiktige effektene av myndighetsoverføringen.

Justis- og beredskapsdepartementets Grunnlovsvurdering slår på side 6/11 fast følgende: *Videre er situasjonen at Norge ikke har noen formell innflytelse på beslutningsstadiet i ERA. En kan dermed ikke tale om at Norge deltar på like vilkår med EU-statene.* Konsekvensen av dette vil i praksis være at enhver ny bestemmelse som kommer fra ERA automatisk kan bli gjeldende innenfor de områdene hvor myndigheten er overført, uten at Norge vil kunne ha reell medvirkning i utformingen av bestemmelsen.

Dagens bestemmelse om at kjøretøytillatelse og utstedelse av felles sikkerhets sertifikat er regulert av hhv. (EU) 2016/797 og (EU) 2016/798. Hva hvis noen av disse i fremtiden endres slik at det ikke lenger vil være mulig med nasjonal bestemmelse? En slik utvikling er ikke bare et hypotetisk spørsmål, men faktisk en reell mulighet etter hvert som OSS befester sin posisjon. Muligheten for nasjonal godkjenning kan lett tolkes som et unntak og dermed være noe som det kan være ønske om å endre. Vil man da være bundet av dette hvis man allerede har akseptert myndighetsoverførselen til ERA? Vil ikke da situasjonen bli at det som i utgangspunktet så ut til å være en lite inngripende myndighetsoverførsel endres til en inngripende myndighetsoverførsel over natten.

Markedspilaren

De to hovedelementene i markedspilaren er at jernbanen i Norge åpnes opp for hele Europa og at det ikke lenger skal være et unntak for konkurranseutsetting av tradisjonell jernbane. I ytterste konsekvens medfører dette at alle jernbanevirksomheter, med felles sikkerhets sertifikat og tog som er tillatt satt i omsetning i EU, fritt frem kan starte en operasjon i Norge. Nå er dette satt litt på spissen og det vil være flere forutsetninger som må være på plass, bla. må virksomheten ikke forrykke balanse i en offentlig kjøpt tjeneste, det må være ledige ruteleier, det må inngås avtaler med infrastrukturforvalter osv. Men rent formelt så åpnes markedet og dette gir alle den samme retten til å utøve den tjenesten de ønsker å tilby kundene på norsk infrastruktur.

I praksis vil sannsynligvis ikke problemstillingen bli særlig aktuell før det er en vesentlig bedre kapasitet på jernbaneinfrastrukturen enn det vi ser i dag. Samtidig så stiller det jo et stort spørsmål ved om det virkelig er behov for åpne markedet, med den myndighetsoverførselen det innebærer, når det strengt tatt ikke er kapasitet til nye aktører i overskuelig fremtid.

Så hvilken myndighetsoverførsel er det da snakk om? I bunn og grunn handler det om at hovedregelen blir at alle kontrakter om offentlig tjenesteyting (for persontransport med tog) skal konkurranseutsettes. Det argumenteres for at det fortsatt i stor grad vil være opptil den norske

stat å bestemme hva som skal konkurransen utsettes og på hvilke vilkår. Dette er ikke et syn Flytoget deler. Vår tolkning er at unntaket fra konkurranse blir snevert. Det vil slik vi ser det kun være to muligheter for direkte tildeling uten konkurranse 1) at oppdraget tildeles en operatør som er under full kontroll av myndighetene eller 2) at det kan dokumenteres at det vil bli et bedre resultat uten konkurranse. Det vil uansett bli mulig for alle, som måtte ha en interesse av å delta, å klage på enhver tildeling.

Som nevnt innledningsvis er Flytoget tilhenger av konkurranse på likeverdige vilkår. Men det mener vi at er fullt ut oppnåelig uten at den fjerde jernbanepakken tas inn nå. Den pågående jernbanereformen har med all mulig tydelighet vist at det kan etableres virksom konkurranse innenfor de regler som gjelder i dag uten at myndigheten til å bestemme overføres til EU.

Både kollektivtransportforordningen og direktiv 2012/34 har i dag flere unntak som begrenser handlingsrommet til EU og dermed sikrer en viss grad av nasjonal kontroll. Spørsmålet her blir det samme som for den tekniske pilaren. Hvordan skal man sikre at en myndighetsoverførsel som i utgangspunktet kanskje blir vurdert til å være lite inngripende ikke utvikler seg til å bli inngripende når man ikke er en del utviklingen av det regelverket som i første omgang muliggjorde myndighetsoverførselen.

På den annen side kan man jo hevde at man er nødt til å akseptere en viss grad av myndighetsoverførsel til EU for å få tilgang til markedet. Men her kan jo den grenseoverskridende trafikken gi en god indikasjon. Den utgjør i dag ca. en promille av det totale volumet for persontransport med tog i Norge, til tross for at det allerede er åpent for konkurranse på slik trafikk. Videre har vi allerede fått operatører fra både England og Sverige i Norge under dagens regelverk. Vy har også vunnet konkurranser i Sverige. Det virker altså ikke til å være slik at konkurransen i Norge, eller de Norske selskaperes muligheter til å by på anbud i andre land, avhenger av den fjerde jernbanepakken.

Oppsummering

Oppsummert virker det på oss som at graden av myndighetsoverførsel som følger av både den tekniske pilaren og markedspilaren på det nåværende tidspunkt ikke står i forhold til nytten som oppstår. De nye muligheten som Norge måtte få av å innlemme den fjerde jernbanepakken i norsk rett virker å være begrensede, samtidig vil det skje en ikke ubetydelig og ikke reverserbar overførsel av myndighet til EU på flere områder.

Et annet og muligens relevant spørsmål i denne sammenheng vil også være hvordan man kan sikre at de forutsetningene som legges til grunn for å bestemme om det er en lite inngripende myndighetsoverførsel ikke i ettertid enkelt kan endres slik at hele begrunnelsen for beslutningen blir feil. Det er et faktum at EU selv kan bestemme endringer i egne regler, de enkelte endringene kan i seg selv virke som lite inngripende og dermed finne veien gjennom EØS komiteen og inn i norsk rett, men hvordan fanger man opp summen av endringene når de ofte behandles hver for seg?

Sett fra Flytogets ståsted så er vi altså av den oppfatning at de samfunnsmessige og politiske konsekvensen som vil oppstå som følge av en innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2012/34 akkurat nå vil medføre en ikke ubetydelig myndighetsoverførsel med til dels betydelige og ikke reverserbare konsekvenser.

THOMAS BERNTSEN

anbudsdirektør

Flytoget AS

Biskop Gunnerus gate 14A

Postboks 19 Sentrum, 0101 Oslo

+47 90 01 42 83

thomas.berntsen@flytoget.no

