
ALTERNATIV FINANSIERING AV INFRASTRUKTUR

Uppdrag 2 - Utredning av övergripande rättsliga frågor

MANNHEIMER SWARTLING ADVOKATBYRÅ

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

1. INLEDNING	1
1.1 Arbetsgrupp för alternativ finansiering av infrastruktur	1
1.2 Förslag till modell för tillhandahållande av infrastrukturtjänster inom väg- och järnvägssektorerna i Sverige	1
1.3 Uppdrag	5
2. VISSA RÄTTSLIGA FRÅGOR AVSEENDE VÄG	5
2.1 Politiska beslut mm	5
2.2 Väglagen	6
2.2.1 <u>Inledning</u>	6
2.2.2 <u>Väghållarbegreppet</u>	6
2.2.3 <u>Allmän väg som anläggs av enskild</u>	8
2.2.4 <u>Tillstånd mm</u>	9
2.2.5 <u>Markanskaffning</u>	11
2.2.6 <u>Äganderätt till väganläggningen</u>	13
2.2.7 <u>Ersättning till projektbolaget</u>	13
2.3 Upphandling	14
2.4 Inkomstskatterättsliga frågor	15
2.5 Mervärdesskatterättsliga frågor	17
2.6 Redovisningsfrågor	20
2.7 Säkerhetsrättsliga frågor	21
2.8 Aktiebolagsrättsliga frågor	22
2.9 Kommunalrättsliga frågor	23
3. VISSA RÄTTSLIGA FRÅGOR AVSEENDE JÄRNVÄG	24
3.1 Politiska beslut mm	24
3.2 Allmän järnväg (statens spåranläggningar) och enskild järnväg	25
3.2.1 <u>Inledning</u>	25
3.2.2 <u>Järnvägslagstiftningen</u>	26
3.2.3 <u>Tillstånd mm</u>	27
3.2.4 <u>Markanskaffning</u>	29
3.2.5 <u>Äganderätt till järnvägsanläggningen</u>	31
3.2.6 <u>Ersättning till projektbolaget</u>	31
3.3 Upphandling	33
3.4 Inkomstskatterättsliga frågor	33
3.5 Mervärdesskatterättsliga frågor	33
3.6 Redovisningsfrågor	33
3.7 Säkerhetsrättsliga frågor	33
3.8 Aktiebolagsrättsliga frågor	34
3.9 Kommunalrättsliga frågor	34

1. INLEDNING

1.1 Arbetsgrupp för alternativ finansiering av infrastruktur

Investeringar i infrastruktur inom väg - och järnvägssektorerna i Sverige finansieras traditionellt med anslag via offentlig budget. Detsamma gäller drift och underhåll av sådan infrastruktur.

För att pröva möjligheten till alternativ finansiering inom väg- och järnvägssektorerna i Sverige i syfte att effektivisera användningen av statliga medel har inom Regeringskansliet tillsatts en arbetsgrupp bestående av representanter för Näringsdepartementet och Finansdepartementet.

Arbetsgruppens arbete har utmynnat i ett förslag till en modell för tillhandahållande av infrastruktur tjänster inom väg- och järnvägssektorerna i Sverige.

1.2 Förslag till modell för tillhandahållande av infrastruktur tjänster inom väg- och järnvägssektorerna i Sverige

Den föreslagna modellen kan i sina huvuddrag sammanfattas enligt följande.

Staten uppdrar åt den privata sektorn att tillhandahålla infrastruktur tjänster inom väg- respektive järnvägssektorn. Ett projektavtal träffas mellan staten och ett särskilt projektbolag (aktiebolag) som bildas av den privata sektorn för genomförande av ett särskilt projekt. Projektavtalet reglerar ansvars- och riskfördelningen mellan staten och projektbolaget samt i övrigt parternas rättigheter och skyldigheter med avseende på projektet.

Nedan ges en kortfattad beskrivning av den ansvarsfördelning mellan staten och projektbolaget som arbetsgruppen förutsätter i projekt avseende väg respektive järnväg.

(a) Projektavtal avseende väg

Projektavtal avseende väg utformas så att vägen blir allmän väg enligt väglagen. Vägverket blir beställare samt formellt väghållare enligt väglagen.

Projektbolaget skall ansvara för:

- att anskaffa och vidmakthålla tillstånd som inte Vägverket ansvarar för enligt vad som anges nedan;
- att projektera, konstruera och bygga vägen i enlighet med uppställda krav;
- att driva och underhålla vägen i enlighet med uppställda krav;
- att finansiera vad som anges i de två närmast föregående att-satserna;
- att agera som väghållare (Vägverket är formellt väghållare enligt väglagen samt handhar myndighetsutövningen avseende vägen) samt ställa vägen till förfogande för allmän trafik; samt
- att överlämna vägen till Vägverket vid avtalstidens utgång i skick som överensstämmer med uppställda krav.

Vägverket skall ansvara för:

- att anskaffa och vidmakthålla tillstånd för byggande av vägen enligt väglagen (förstudie, vägutredning och arbetsplan) och annan tillämplig lagstiftning;

- att anskaffa mark (vägrätt) enligt väglagen samt ställa marken till projektbolagets förfogande;
- att erlægga periodisk ersättning till projektbolaget för utförandet av infrastruktur tjänst, inklusive tillhandahållandet av vägen; samt
- att bevaka statens intressen i projektet.

(b) Projektavtal avseende järnväg

Projektavtal avseende järnväg läggs i princip upp på samma sätt som projektavtal avseende väg. Banverket bli beställare men ansvaret för drift och underhåll av järnvägen utformas så att projektbolaget blir spårinnehavare.

Projektbolaget skall ansvara för:

- att anskaffa och vidmakthålla tillstånd som inte Banverket ansvarar för enligt vad som anges nedan, t ex drifttillstånd enligt järnvägssäkerhetslagen;
- att projektera, konstruera och bygga järnvägen i enlighet med uppställda krav;
- att driva och underhålla järnvägen i enlighet med uppställda krav;
- att finansiera vad som anges i de två närmast föregående att-satserna;
- att vara spårinnehavare samt ställa järnvägen till förfogande för allmän trafik; samt
- att överlämna järnvägen till Banverket vid avtalstidens utgång i skick som överensstämmer med uppställda krav.

Banverket skall ansvara för:

att anskaffa och vidmakthålla tillstånd för byggande av järnvägen enligt lagen om byggande av järnväg (förstudie, järnvägsutredning och järnvägsplan) och annan tillämplig lagstiftning;

att anskaffa mark (inlösen) enligt lagen om byggande av järnväg samt ställa marken till projektbolagets förfogande;

att uppbära avgifter från den som utnyttjar järnvägen;

att erlægga periodisk ersättning till projektbolaget för utförande av infrastrukturtjänst, inklusive tillhandahållande av järnvägen; samt

att bevaka statens intressen i projektet.

I en mer utvecklad form av den föreslagna modellen kan det bli aktuellt att föra över mer ansvar till projektbolaget när det gäller anskaffande av tillstånd och erforderlig mark.

Vägverket respektive Banverket skall inneha för respektive anläggning erforderlig mark med vägrätt respektive äganderätt samt tillhandahålla marken till projektbolaget. Vägverket respektive Banverket (staten) skall vara ägare till vägen respektive järnvägen samt ställa denna till projektbolagets förfogande för utförande av infrastrukturtjänsten.

Projektbolagets rättigheter enligt projektavtalet förutsätts utgöra säkerhet för kommersiell finansiering.

Kommun kan komma att bidra till den ersättning som staten betalar till projektbolaget för tillhandahållande av väg respektive järnväg.

Upphandling sker i form av förhandlad upphandling med föregående prekvalificering.

1.3 Uppdrag

Vi har fått i uppdrag av arbetsgruppen att utreda om det föreligger några rättsliga hinder mot genomförande av projekt inom väg- och järnvägssektorerna i Sverige på basis av den föreslagna modellen. Enligt vårt uppdrag skall utredningen ta sikte på vissa rättsliga frågor av mer principiell betydelse inom de områden som redovisas nedan. Det skall framhållas att beroende på hur ett projekt inom väg- eller järnvägssektorn slutligt struktureras i alla dess detaljer kan naturligtvis andra juridiska frågeställningar av mer eller mindre väsentlig natur komma att aktualiseras.

2. VISSA RÄTTSLIGA FRÅGOR AVSEENDE VÄG

2.1 Politiska beslut mm

För att kunna genomföra projekt inom vägsektorn i Sverige på basis av den föreslagna modellen krävs vissa politiska beslut. Den föreslagna modellen skiljer sig i detta hänseende inte från mer traditionella modeller för infrastrukturprojekt inom vägsektorn i Sverige.

I detta sammanhang skall noteras att vi - i enlighet med begränsningarna för vårt uppdrag - inte har analyserat rättsliga frågor rörande statsbudget och anslagshantering.

Vägverkets verksamhet regleras bland annat av förordningen (1997:652) med instruktion för Vägverket. Vi bedömer att den föreslagna modellen kan genomföras utan att sagda förordning behöver ändras.

Det skall noteras att lämnande av statliga bidrag till enskild för byggande av väg i vissa fall kan vara otillåtet enligt EG-rättsliga regler om otillåtet statsstöd. Detta gäller bland annat om bidraget snedvrider konkurrensen på marknaden genom att gynna vissa företag eller viss produktion och

detta påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Motsvarande gäller vid utställande av statliga garantier. Vi har i nuläget inte något underlag för att bedöma huruvida reglerna om otillåtet statsstöd kan komma att aktualiseras men reglerna bör uppmärksammas vid genomförande av projekt inom vägsektorn på basis av den föreslagna modellen.

2.2 Väglagen

2.2.1 Inledning

I lagstiftningen görs en åtskillnad mellan allmän väg och enskild väg. Den föreslagna modellen innebär att den väg som projektbolaget skall bygga, driva, underhålla och finansiera skall vara allmän väg.

Frågor rörande allmän väg regleras i väglagen (1971:948).

Vad som är allmän väg definieras i väglagen (1 §). Enligt denna definition är allmän väg bland annat sådan väg som anläggs enligt väglagen eller som enligt reglerna i väglagen förändras till allmän väg.

2.2.2 Väghållarbegreppet

En fråga som uppkommer är hur projektbolagets ansvar enligt den föreslagna modellen för konstruktion, byggande, drift, underhåll och finansiering av väg förhåller sig till begreppet väghållare enligt väglagen.

Enligt väglagen är staten genom Vägverket väghållare för allmänna vägar (5 §). Under vissa förhållanden får det beslutas att en kommun skall vara väghållare inom kommunens område.

Enligt väglagens nuvarande lydelse kan enskild inte formellt vara väghållare för allmän väg. Inte heller kan ett statligt ägt bolag eller annat offentligt organ än kommun vara väghållare för allmän väg. Om det skall vara möjligt, krävs en ändring av väglagen. Exempelvis skulle regeringen kunna ges rätt att förordna att annan än Vägverket (eller kommun) skall vara väghållare för viss allmän väg.

Fråga uppkommer då om staten (Vägverket) helt eller delvis kan delegera ansvaret för de uppgifter som följer med väghållarskapet enligt väglagen till ett projektbolag.

En grundläggande princip enligt svensk rätt är att förvaltningsuppgift som ålagts viss förvaltningsmyndighet kan överlämnas till en enskild i den mån uppgiften inte innefattar myndighetsutövning (jfr 11 kap 6 § regeringsformen). För att uppgift som innefattar myndighetsutövning skall kunna överlämnas till enskild krävs särskilt stöd i lag. Med myndighetsutövning förstås i allmänhet utövande av en befogenhet att för enskild bestämma om förmån, rättighet, skyldighet etc. Myndighetsutövning är ett uttryck för samhällets ”makt-befogenhet” i förhållande till medborgarna.

I väglagen görs en distinktion mellan begreppen väghållare och väghållningsmyndighet. Väghållningsmyndighet är, då staten är väghållare, den till Vägverket hörande regionala förvaltning som regeringen bestämmer och, då kommun är väghållare, den kommunala nämnd som kommunfullmäktige utser därtill. De uppgifter och befogenheter enligt väglagen som innefattar myndighetsutövning synes ha tilldelats väghållningsmyndigheten och inte väghållaren. Bland de uppgifter och befogenheter som innefattar myndighetsutövning finns exempelvis de som anges i 39-54 §§ väglagen. Befogenheten att med vägrätt ta i anspråk mark för väg tillkommer dock väghållaren. (Se mer om detta nedan under punkt 2.2.5.) Att utöva denna befogenhet gentemot en markägare kan anses som en form av myndighetsutövning.

Något särskilt lagstöd för att överlämna uppgifter som innefattar myndighetsutövning inom vägsektorn till enskild finns inte.

Begreppet väghållning omfattar enligt väglagen byggande av väg och drift av väg (4 §). Några uppgifter eller befogenheter som innefattar myndighetsutövning synes, med undantag av vad ovan sagts avseende vägrätt, inte tillkomma Vägverket eller kommun enligt väglagen i dess egenskap av väghållare. Inte heller i annan lagstiftning synes väghållaren ha tilldelats uppgifter eller befogenheter som utgör myndighetsutövning. Vägverket och kommun synes dock även enligt annan lagstiftning, exempelvis trafikförordningen (1998:1276), ha tilldelats uppgifter inom väg- och trafikområdet som innefattar myndighetsutövning i annan egenskap än väghållare.

Sammanfattningsvis bedömer vi det vara möjligt för Vägverket att, med undantag av vad ovan sagts avseende vägrätt, delegera de uppgifter som åvilar Vägverket i egenskap väghållare till ett projektbolag. I detta sammanhang skall noteras att Vägverket redan idag i stor utsträckning uppträder åt enskild att svara för byggande och drift av allmän väg. Det förhållandet att den föreslagna modellen bygger på att projektbolaget ansvarar även för finansieringen förändrar inte bedömningen. Vägverket kan emellertid inte delegera uppgifter som innefattar myndighetsutövning inom vägsektorn till ett projektbolag, eftersom lagstöd för sådan delegation saknas.

Även om Vägverket delegerar väghållansvaret för allmän väg till ett projektbolag enligt den föreslagna modellen, kommer Vägverket i juridisk mening att kvarstå som formellt ansvarig väghållare. Det innebär exempelvis att Vägverket gentemot tredje man kan bli ansvarigt för skador som orsakas tredje man på grund av försumligt underhåll av vägen. Det är emellertid möjligt för Vägverket att genom avtal med projektbolaget bestämma att bolaget skall hålla Vägverket skadeslöst från skadestånd och andra ersättningar som Vägverket i egenskap av väghållare enligt väglagen får utge på grund av brister i väghållningen.

2.2.3 Allmän väg som anläggs av enskild

Enligt den ovan beskrivna definitionen av allmän väg följer att en väg som anläggs enligt väglagen blir allmän väg redan i samband med att den anläggs. Någon omvandling från enskild väg till allmän

väg behöver inte ske. Det förhållandet att Vägverket till ett projektbolag delegerar uppgifter som omfattas av väghållarskapet påverkar inte i sig en vägs status som allmän väg.

2.2.4 Tillstånd mm

Det kan bli aktuellt att senare i en mer utvecklad form av den föreslagna modellen utöka projektbolagets ansvar för att anskaffa tillstånd för en väg. En fråga som uppkommit är om detta är möjligt enligt nu gällande lagstiftning.

Vidare har fråga uppkommit om i vilken utsträckning projektbolaget kan avvika från meddelade tillstånd för det fall projektbolaget skulle finna en mer ändamålsenlig lösning för vägen än den som legat till grund för de tillstånd som Vägverket anskaffat i enlighet med den föreslagna modellen.

En allmän väg kräver tillstånd enligt väglagen. Tillstånd ges genom att det upprättas en arbetsplan som sedan fastställs av Vägverket (5 §). Fastställelse av arbetsplan enligt väglagen jämföras med meddelande av tillstånd enligt miljöbalken (3a §).

Arbetsplanen skall föregås av en förstudie (14a §). Syftet med förstudien är att inventera projektet och klarlägga om en utförligare utredning måste göras. Under förstudien skall den som planerar vägbygget samråda med berörda länsstyrelser, kommuner, ideella naturskydds- och miljöskyddsföreningar samt berörd allmänhet (markägare och närboende). Länsstyrelsen skall därefter besluta om projektet kan antas medföra en så betydande miljöpåverkan att en mer ingående miljökonsekvensbeskrivning måste upprättas.

Om förstudien visar att alternativa vägsträckningar bör studeras innan en arbetsplan upprättas, skall en vägutredning genomföras (14b §). Vägutredningen skall utgöra underlag för val av vägsträckning och teknisk standard. Den skall innehålla en miljökonsekvensbeskrivning.

Motorvägar och motortrafikleder samt andra vägar med minst fyra körfält och en sträckning av minst tio kilometer skall enligt miljöbalken (17 kap 1 §) prövas av regeringen innan de får byggas. Regeringen får även i vissa andra fall förbehålla sig rätten till prövning enligt miljöbalken. Om regeringen skall pröva tillåtligheten av verksamheten enligt reglerna i miljöbalken, skall Vägverket överlämna ärendet till regeringen med eget yttrande. Regeringens prövning skall ske på grundval av en upprättad vägutredning.

I vägkungörelsen (1971:954) föreskrivs att arbetsplan skall upprättas ”genom väghållningsmyndighetens försorg” (24 §).

En arbetsplan skall utarbetas med noggrannhet. Den skall bland annat innehålla uppgifter om berörda fastigheter, uppgifter om den mark som skall tas i anspråk, sträckning och byggnadssätt samt beräknade kostnader för projektet. I arbetsplanen skall tas in en miljökonsekvensbeskrivning. Miljökonsekvensbeskrivningen skall godkännas av berörda länsstyrelser innan den tas in i arbetsplanen.

Vid utarbetande av arbetsplanen skall samråd ske med berörda parter. Planen måste därtill i regel ställas ut för granskning, såvida vägen inte redan är förutsatt i en detaljplan eller i områdesbestämmelser. Undantag från att ställa ut arbetsplanen för granskning gäller även i vissa fall om projektet enbart avser ombyggnad av väg.

Vägverket skall fastställa arbetsplanen i samråd med länsstyrelsen. Om Vägverket och länsstyrelsen har olika uppfattning, skall frågan om fastställelse av arbetsplanen hänskjutas till regeringen.

Inom område som omfattas av detaljplan eller områdesbestämmelser får väg inte byggas i strid mot planen eller bestämmelserna. Detta innebär att ändring av detaljplan eller områdesbestämmelser enligt reglerna i plan- och bygglagen (1987:10) kan aktualiseras i samband med vägprojekt.

Dessutom kan det, oavsett vad som sägs om miljöbalken i inledningen till detta avsnitt, för ett vägprojekt krävas miljödomstolens tillstånd enligt miljöbalkens regler om vattenverksamhet. Det kan exempelvis gälla om en vägbank måste anläggas.

Den föreslagna modellen innebär att Vägverket skall ansvara för att anskaffa och vidmakthålla tillstånd till byggande av allmän väg enligt väglagen och annan tillämplig lagstiftning samt att den enskilde skall bygga vägen på basis av och i enlighet med dessa tillstånd. Enligt vår bedömning är detta förenligt med gällande tillståndsregler. Emellertid synes det inte vara förenligt med väglagen att låta projektbolaget självständigt anskaffa tillstånd för allmän väg. Arbetsplan skall upprättas genom väghållningsmyndighetens försorg. Av detta torde följa att det är väghållningsmyndigheten som ansvarar för att den upprättas. Inget torde dock förhindra att ett projektbolag utför det faktiska arbetet med utarbetandet av planen.

Vid byggande av allmän väg får enligt väglagen endast oväsentlig avvikelse göras från en fastställd arbetsplan (20 §). När det gäller övriga tillstånd saknar lagstiftningen bestämmelser om rätt att avvika från tillstånd. Som utgångspunkt torde gälla att någon avvikelse inte får ske från meddelade tillstånd. Om så sker, torde tillstånden kunna återkallas eller innehavaren drabbas av rättsliga påföljder. Det innebär att en begränsning kan föreligga såvitt avser möjligheterna att - efter det att en arbetsplan fastställts samt andra tillstånd erhållits för en allmän väg - lägga en ny lösning till grund för utförande av vägen.

2.2.5 Markanskaffning

I en mer utvecklad form av den föreslagna modellen kan det bli aktuellt att utöka projektbolagets ansvar för att anskaffa erforderlig mark för allmän väg enligt väglagen. En fråga som uppkommit är om detta är möjligt enligt nu gällande lagstiftning.

Dessutom har fråga uppkommit om i vilken utsträckning projektbolaget kan ianspråka ytterligare eller annan mark enligt väglagen för det fall projektbolaget skulle finna en mer ändamålsenlig

lösning för vägen än den som legat till grund för Vägverkets anskaffning av mark i enlighet med den föreslagna modellen.

Väglagen innehåller regler för såväl tillfälligt ianspråktagande av mark under planerings- och byggnationstiden som en mer bestående form av nyttjanderätt till mark genom institutet vägrätt.

Vägrätt är en befogenhet som ger innehavaren rätt att, utan hinder av den rätt som annan kan äga till en fastighet, nyttja mark som behövs för väg och även i övrigt i fastighetsägaren ställe bestämma över markens användning under den tid vägrätten består (30 §). Vägrätten ger inte innehavaren en äganderätt till marken men däremot en långtgående nyttjanderätt.

Vägrätt är en rättighet som enligt väglagen tillkommer väghållaren, d v s staten genom Vägverket eller i vissa fall kommun.

Vägrätt uppkommer genom att väghållaren tar i anspråk mark för väg med stöd av en arbetsplan. Det innebär att endast sådan mark som angetts i arbetsplanen får tas i anspråk.

Ett projektbolag kan inte vara innehavare av vägrätt. Enligt vår bedömning innebär väglagen emellertid inte något hinder mot att Vägverket såsom väghållare tar i anspråk mark med vägrätt samt att ett projektbolag därefter på uppdrag av Vägverket anlägger en allmän väg på den ianspråktagna marken.

Ägaren till den fastighet på vilken mark tagits i anspråk med vägrätt är berättigad till ersättning. Om frivillig överenskommelse om ersättning till fastighetsägaren inte kan träffas, har fastighetsägaren rätt att få sitt krav på ersättning prövat av fastighetsdomstol. Staten genom Vägverket (och alltså inte det projektbolag som fått i uppdrag att bygga och driva allmän väg) kommer att vara part i ett sådant mål.

Någon flexibilitet när det gäller mark som tagits i anspråk enligt reglerna om vägrätt torde knappast föreligga. Om ytterligare eller annan mark behöver tas i anspråk, erfordras en ändring av arbetsplanen.

2.2.6 Äganderätt till väganläggningen

Det får bedömas som oklart huruvida en enskild kan vara ägare av en väg som skall utgöra allmän väg. Definitionen i väglagen (1 §) av vad som utgör allmän väg uppställer i och för sig inte något krav på att en väg skall ägas av det allmänna för att den skall kunna utgöra allmän väg. Däremot kan endast staten (eller i vissa fall kommun) vara väghållare avseende allmän väg. Likaså gäller att endast väghållare kan ta i anspråk mark för allmän väg med stöd av vägrättsinstitutet. Dessa regleringar tyder på att man vid utformning av väglagen utgått från att allmän väg skall ägas av staten.

En allmän väg som byggs på basis av den föreslagna modellen skall ägas av staten genom Vägverket. Enligt vår bedömning är det möjligt och, som ovan sagts, synes det också vara den princip som ligger till grund för väglagen.

2.2.7 Ersättning till projektbolaget

Ersättning till projektbolaget skall utgå från staten. Det kan i framtiden också bli aktuellt att projektbolaget ges rätt att ta ut avgifter direkt av trafikanterna.

Förutom vad som kan följa av reglerna om riksdagens finansmakt föreligger enligt vår bedömning inte några hinder mot att staten betalar ersättning till ett projektbolag för att detta bygger och driver en allmän väg. Ersättning kan betalas direkt för utfört arbete eller i form av skuggtullar eller liknande periodisk ersättning för tillhandahållande av vägtjänst.

Regeringen kan enligt väglagen bestämma att avgift får tas ut för begagnande av allmän väg (29 §). Inget synes hindra att det är ett projektbolag som uppbär vägavgiften. Väglagen innehåller inte några riktlinjer för hur en vägavgift skall fastställas.

2.3 Upphandling

I lagen (1992:1528) om offentlig upphandling förekommer ett antal olika upphandlingsformer.

Enligt arbetsgruppen är förhandlad upphandling med föregående prekvalificering den upphandlingsform som framstår som mest ändamålsenlig när det gäller vägprojekt som bygger på den föreslagna modellen.

En förhandlad upphandling är enligt lagen om offentlig upphandling en upphandling där den upphandlande enheten inbjuder vissa anbudsgivare att lämna anbud och tar upp förhandling med en eller flera av dem (5 §).

Vid upphandling av byggtreprenader kan förhandlad upphandling normalt inte tillämpas. Detta gäller dock inte om en byggtreprenad betraktas som en koncession enligt lagen om offentlig upphandling. Koncession definieras enligt lagen om offentlig upphandling som ”ett upphandlingskontrakt avseende byggtreprenad där ersättning för arbetet utgår i form av en rätt att utnyttja anläggningen eller i form av dels en sådan rätt, dels betalning” (5 §).

En koncession enligt lagen om offentlig upphandling föreligger exempelvis när ett projektbolag bygger en väg och erhåller betalning helt eller delvis genom att få driva vägen och uppbära avgifter från dem som trafikerar vägen.

Det avgörande för om det är fråga om en koncession i den mening som avses i lagen om offentlig upphandling är om koncessionshavaren tar en ekonomisk risk i samband med nyttjandet av anläggningen. Även om det är fråga om skuggtullar som betalas av koncessionsgivaren, anses det föreligga en ekonomisk risk om ersättningen är beroende av antalet användare. Hur stort det ekonomiska risktagandet måste vara för att det skall vara fråga om en koncession är inte klarlagt men risken kan i vart fall inte vara obetydlig. Att en viss del av ersättningen kan utgöra fast ersättning synes emellertid klart. Om ersättningsystemet är utformat så att den upphandlande

enheten garanterar full återbetalning av investeringen, är dock riskmomentet borta och det står i ett sådant fall klart att det inte är fråga om någon koncession i lagens mening.

En upphandlande enhet som upplåter en koncession inom vägsektorn måste följa annonseringsregler och tidsfrister i lagen om offentlig upphandling men är i övrigt fri att exempelvis bestämma upphandlingsform.

Enligt vår bedömning är det möjligt att vid upphandling av vägprojekt på basis av den föreslagna modellen tillämpa upphandlingsformen förhandlad upphandling med föregående prekvalificering, förutsatt att projektbolagets ekonomiska risktagande i samband med nyttjandet av anläggningen är tillräckligt stort för att en koncession i den mening som avses i lagen om offentlig upphandling skall anses föreligga.

2.4 Inkomstskatterättsliga frågor

Enligt den föreslagna modellen skall staten betala periodisk ersättning till projektbolaget i takt med och förutsatt att projektbolaget tillhandahåller vägtjänster enligt projektavtalet.

En fråga som uppkommit är vid vilken tidpunkt projektbolaget skall beskattas till inkomstskatt för den ersättning som erhålls.

I kommunalskattelagen (1928:370) (liksom i den nya inkomstskattelagen (1999:1229)) finns regler om när beskattningstidpunkten inträder för bland annat byggnads- och anläggningsföretag. Utgångspunkten är att sådana företag utför arbeten antingen på löpande räkning eller till fast pris. Enligt den föreslagna modellen kommer projektbolaget varken att utföra arbete på löpande räkning eller till fast pris. Ersättning till projektbolaget kommer endast att utgå i form av avgifter under driftfasen, d v s efter det att väganläggningen färdigställts och tagits i bruk. Ersättningen

kommer att avse tillhandahållande av en vägtjänst och förutsätta att tjänsten tillhandahålls i enlighet med projektavtalet.

Om man i stället ser till allmänna regler om när beskattningstidpunkten inträder för näringsidkare, skall sk bokföringsmässiga grunder tillämpas. Det innebär att redovisningen, dvs god redovisningssed, skall läggas till grund för beskattningen. I normalfallet torde en säljare av en vara eller tjänst fakturera i samband med eller kort tid efter leverans och om detta sker så baseras beskattningen härpå. Skatterättsligt godtas det dock inte att man väntar med faktureringen osedvanligt länge i syfte att skjuta på beskattningen.

När det gäller entreprenader sker normalt en slutbesiktning. Om vägen hade utförts som en ”normal” entreprenad, hade projektbolaget sannolikt slutfakturerat beställaren inom ett par månader efter slutbesiktningen eller motsvarande. Som nämnts ovan accepteras det inte skatterättsligt att man väntar osedvanligt länge med faktureringen.

I ett vägprojekt som bygger på den föreslagna modellen skulle det således kunna hävdas att skattskyldighet för projektbolaget inträder i samband med att byggarbetena är färdigställda och projektet övergår till driftfasen och inte enbart vid de senare tidpunkter under driftfasen då projektbolaget fakturerar beställaren i enlighet med föreliggande projektavtal.

Det borde dock kunna hävdas att det i ett projekt som bygger på den föreslagna modellen inte går att fakturera på ”vanligt” sätt, eftersom den framtida ersättningsnivån är okänd och kommer att vara beroende av om projektbolaget under avtalstiden tillhandahåller en fungerande väg i enlighet med avtalade krav samt, om skuggtullar eller liknande ersättning tillämpas, av antalet fordon som trafikerar vägen. Vidare borde det kunna hävdas att det inte är möjligt att särskilja byggfasen från driftfasen och definiera det som två skilda entreprenader. De båda hänger samman som en enhet på så sätt att byggnation är en förutsättning för tillhandahållande av vägtjänsten samt fortlöpande drift en förutsättning för att projektbolaget skall få någon ersättning överhuvudtaget. Det är inte aktuellt att ersätta projektbolaget separat för byggarbetena. Därför bör det vara förenligt med

god redovisningssed att projektbolaget fakturerar ersättningen allteftersom den förfaller under driftfasen i enlighet med det projektavtal som projektbolaget ingått med beställaren. Beskattningstidpunkten bör inte inträffa tidigare än den tidpunkt då projektbolaget utställer faktura enligt god redovisningssed.

Om projektbolaget är garanterat ett visst minimibelopp i projektet, skulle det dock möjligen kunna hävdas att en del av detta är hänförligt till byggarbetena och det är god redovisningssed att fakturera detta belopp i samband med att byggarbetena är färdigställda.

Det kan inte med säkerhet uttalas att skattemyndigheterna kommer att godta ovanstående resonemang. Därför bör ett förhandsbesked sökas hos Skatterättsnämnden. I ett fall som detta, där besvärliga redovisningsfrågor behöver bedömas och där frågan rör något som ligger långt fram i tiden, brukar det dock vara svårt att erhålla förhandsbesked.

Fråga har också uppkommit huruvida sk uttagsbeskattning kan aktualiseras. Enligt den föreslagna modellen kommer projektbolaget inte att erhålla äganderätt till vägen utan äganderätten tillfaller staten allteftersom anläggningen byggs i enlighet med sedvanliga entreprenadrättsliga principer. I ett sådant fall torde uttagsbeskattning inte aktualiseras.

Bedömningen av ovanstående frågor är också beroende av de närmare detaljerna kring utformningen av den föreslagna modellen och av hur projektavtalet slutligt utformas. En fördjupad analys bör därför göras när dessa förhållanden blir kända.

2.5 Mervärdesskatterättsliga frågor

Den föreslagna modellen ger upphov till ett antal mervärdesskatterättsliga frågor.

Enligt 1 kap 11 § mervärdesskattelagen (1994:200) ("ML") förstås med fastighet bland annat byggnader, ledningar, stängsel och liknande anläggningar som för stadigvarande bruk anbragts i

eller ovan jord och som tillhör någon annan än ägaren till jorden. Enligt bestämmelserna i 8a kap ML skall ske jämkning av avdrag för ingående mervärdesskatt bland annat om fastigheter som varit föremål för ny-, till- eller ombyggnad överläts och avdrag gjorts eller återbetalning erhållits för ingående mervärdesskatt avseende utgifterna för ny-, till- eller ombyggnaden. Jämkning skall ske under en korrigeringsperiod, som är tio år från det avdraget gjorts. Vid överlåtelse av fastighet kan överlåtaren och förvärvaren avtala om att förvärvaren övertar överlåtarens skyldighet att vidkännas jämkning, förutsatt att förvärvaren är skattskyldig till mervärdesskatt eller har rätt till återbetalning.

Dessa bestämmelser ger bland annat upphov till följande frågor. Har projektbolaget rätt till återbetalning eller avdrag för ingående mervärdesskatt på byggutgifterna? Kommer projektbolaget att anses vara ägare till de anläggningar som byggs och en överlåtelse till staten därför anses ske (varvid jämkning enligt vad ovan sagts skall göras), eller kommer projektbolaget inte att anses vara ägare till de anläggningar som byggs och någon överlåtelse därmed inte heller ske (varvid jämkning enligt vad ovan sagts inte skulle behöva göras)?

Det går inte att på detta stadium lämna något entydigt svar på dessa frågor. Emellertid skulle man kunna resonera på följande sätt.

De tjänster som skall utföras av projektbolaget faller inte in under de särskilda undantag på fastighetsområdet som anges i 3 kap 2 § ML (eller något annat undantag). Projektbolaget kommer därför att bedriva mervärdesskattepliktig verksamhet.

Om man anlägger synsättet att den tjänst som projektbolaget skall tillhandahålla är en odelbar enhet och att byggfasen inte kan särskiljas från driftfasen, kommer inte någon skattepliktig omsättning att äga rum förrän lång tid (kanske flera år) efter det att projektbolaget påbörjat sin verksamhet. För att projektbolaget skall få kompensation för ingående mervärdesskatt på byggutgifterna torde därför krävas att bolaget medges rätt till återbetalning av ingående skatt enligt 10 kap 9 § ML. Enligt denna bestämmelse kan skattemyndigheten om det finns särskilda skäl

besluta att den som påbörjat en verksamhet skall ha rätt till återbetalning av ingående mervärdesskatt i verksamheten innan en skattepliktig omsättning förekommer.

Om projektbolaget har rätt till återbetalning av ingående skatt, uppkommer skyldighet att vidkännas jämkning om de anläggningar som utförs överläts. Enligt den föreslagna modellen skall projektbolaget emellertid inte erhålla någon äganderätt till anläggningen utan äganderätten skall tillfalla beställaren, d v s staten, allteftersom anläggningen byggs. Det borde därför kunna hävdas att ingen överlåtelse sker och att således ingen skyldighet att vidkännas jämkning uppkommer.

Om ovanstående resonemang kan godtas, borde det kunna hävdas att projektbolaget skall redovisa och betala mervärdesskatt i takt med att intäkterna flyter in under driftsfasen.

Det kan inte uteslutas att skattemyndigheterna i stället kan betrakta projektbolagets tillhandahållande av tjänster som två separata tjänster, dels en entreprenadtjänst, dels en tjänst som utförs under driftsfasen.

För entreprenadarbeten anses tillhandahållandet ske vid tidpunkten för godkänd slutbesiktning. Om ingen slutbesiktning sker eller har avtalats, anses tillhandahållandet ha ägt rum när beställaren godkänt den utförda tjänsten (exempelvis genom ibruktagande). En entreprenad slutfaktureras normalt kort tid efter slutbesiktningen, varvid skattskyldigheten inträder. Om faktureringen medvetet senareläggs så att den sker onormalt lång tid efter slutbesiktningen, inträder skattskyldigheten vid den tidpunkt då fakturering borde ha skett. Om ett sådant synsätt anläggs, finns således risk att skattskyldighet för entreprenaden inträder i samband med att anläggningen slutbesiktigats. Det belopp varmed projektbolaget kommer att ersättas av staten är inte känt vid den tidpunkten men möjligen skulle nedlagda kostnader i så fall utgöra grund för beskattningen. Hur detta sedan skulle lösas när ersättningen - som ju avser såväl byggfasen som driftsfasen - börjar inflyta går inte att säkert uttala sig om.

Bedömningen av ovanstående frågor är sålunda osäker och också beroende av de närmare detaljerna kring utformningen av den föreslagna modellen och av hur projektavtalet slutligt utformas. En fördjupad analys måste därför göras när dessa förhållanden blir kända.

Det är osäkert huruvida någon ändring i ML kan behövas för att väg- och järnvägsprojekt enligt den föreslagna modellen skall kunna genomföras. Om skyldighet att vidkännas jämkning skulle uppkomma för projektbolaget och denna skyldighet inte skulle kunna överföras på staten, kan sannolikt den ytterligare finansiering som i så fall skulle krävas avsevärt försvåra ett genomförande av ett vägprojekt på basis av den föreslagna modellen. Detsamma gäller om skattskyldighet för byggfasen inträder vid den tidpunkt då anläggningen är klar, såvida inte staten då erlägger mervärdesskattebeloppet kontant till projektbolaget.

2.6 Redovisningsfrågor

Enligt den föreslagna modellen skall projektbolaget inte erhålla äganderätt till anläggningen utan äganderätten skall tillfalla beställaren, d v s staten, allteftersom anläggningen byggs i enlighet med sedvanliga entreprenadrättsliga principer.

Eftersom projektbolaget inte kommer att äga anläggningen, kan projektbolaget inte ta upp denna som en materiell anläggningstillgång i sin balansräkning. Fråga uppstår då om vad som skall utgöra projektbolagets tillgång i dess balansräkning och där ”matcha” den investering som projektbolaget svarar för i form av utgifter för byggandet av anläggningen. Om projektbolagets utgifter för byggandet av anläggningen kostnadsförs i sin helhet det/de år de uppstår, kommer projektbolaget vara tvunget att redovisa förlust samt riskera att bli likvidationspliktigt enligt reglerna i aktiebolagslagen.

Om ett projektbolag i ett projekt som bygger på den föreslagna modellen inte kan ta upp utgifterna för byggandet av anläggningen som en materiell anläggningstillgång i sin balansräkning, uppkommer frågan om dessa utgifter istället kan tas upp som en s k immateriell anläggningstillgång.

Enligt reglerna i årsredovisningslagen (1995:1554) får utgifter för utvecklingsarbeten och forskningsarbeten och andra liknande arbeten som är av väsentligt värde för rörelsen under kommande år tas upp som immateriell anläggningstillgång (4 kap 2 §). Detsamma gäller utgifter för koncessioner, hyresrätter och liknande rättigheter och tillgångar. Av lagförarbetena framgår att med ”liknande rättigheter” avses bland annat olika slag av särskilda rättigheter till fast egendom. Ett väsentligt värde anses föreligga bland annat om utgifterna kan förutses föranleda intäkter för bolaget under kommande år.

För att bedöma huruvida reglerna om immateriella anläggningstillgångar kan tillämpas i projekt som bygger på den föreslagna modellen har vi inhämtat synpunkter från auktoriserad revisor. Enligt revisorns bedömning bör ett projektbolag i ett projekt som bygger på den föreslagna modellen kunna ta upp utgifterna för byggandet av anläggningen som en immateriell anläggningstillgång. Tillgången bör bli föremål för avskrivning under en tid som motsvarar avtalstiden i projektavtalet.

Bedömningen av ovanstående frågor är också beroende av de närmare detaljerna kring utformningen av den föreslagna modellen och av hur projektavtalet slutligt utformas. En fördjupad analys bör därför göras när dessa förhållanden blir kända.

2.7 Säkerhetsrättsliga frågor

Som angetts ovan skall projektbolaget enligt den föreslagna modellen inte erhålla äganderätt till väganläggningen. Projektbolaget torde således inte kunna använda anläggningen som säkerhet vid upptagande av lån för projekt som genomförs på basis av den föreslagna modellen.

Den föreslagna modellen bygger på att projektbolagets rättigheter enligt projektavtalet, främst rätten till ersättning för tillhandahållna tjänster, skall kunna utgöra säkerhet vid långivningen.

Enligt vår bedömning är det möjligt för projektbolaget att lämna sådan säkerhet. I projektet avseende Arlandabanan har lämnats säkerhet av detta slag.

Säkerheten regleras ofta i form av ett s k direktavtal mellan beställaren (d v s staten), långivarna och projektbolaget. Enligt direktavtalet brukar långivarna medges rätt att träda in och avhjälpa avtalsbrott som projektbolaget gjort sig skyldigt till och att ta över projektbolagets samtliga rättigheter och skyldigheter enligt projektavtalet för det fall projektbolaget av någon anledning skulle förlora förmågan att fullgöra avtalet. Syftet med dessa regleringar är att långivarna skall ha möjlighet att förhindra att intäktsströmmen upphör och att deras möjlighet att erhålla amorteringar eller räntebetalningar därigenom försämras.

2.8 Aktiebolagsrättsliga frågor

Som redovisats ovan bygger den föreslagna modellen på att projektbolaget skall bygga, driva och underhålla väganläggningen samt svara för finansieringen av detta. Ersättning till projektbolaget kommer att utgå i form av periodiska ersättningar under driftfasen, d v s efter det att väganläggningen färdigställts och tagits i bruk. Det är inte aktuellt att ersätta projektbolaget separat för byggarbetena. Projektbolaget skall inte erhålla äganderätt till väganläggningen utan äganderätten skall tillfalla staten allteftersom anläggningen byggs.

Vid utgången av projektavtalet skall projektbolaget överlämna driften av anläggningen till staten.

Fråga har uppkommit om den valda konstruktionen innefattar något som riskerar att strida mot aktiebolagslagens regler om kapitalanvändning (12 kap 1-2 §§). Enligt dessa regler kan vinstutdelningar och andra frånhändanden av värden vara otillåtna om de inkräktar på bolagets bundna kapital eller strider mot den s k försiktighetsregeln.

Det förhållandet att projektbolaget inte ersätts separat för byggnationen av väganläggningen och inte heller erhåller äganderätt till anläggningen bör inte i sig innebära ett sådant frångående av värde som omfattas av de ovannämnda reglerna i aktiebolagslagen. Projektbolagets utgifter för byggnationen av anläggningen är en investering som syftar till att generera vinst på längre sikt genom periodiska ersättningar under projektets driftsfas.

Ett aktiebolagsrättsligt problem skulle eventuellt kunna uppkomma om ett projektbolag överlåter en anläggning till staten utan vederlag före det att den är helt avskriven i bolagets balansräkning eller för ett vederlag som understiger anläggningens bokförda värde vid tidpunkten för överlåtelsen. Under sådana förhållanden skulle en överlåtelse kunna riskera att vara att betrakta som ett frångående av värde som omfattas av de ovannämnda reglerna i aktiebolagslagen. Som angetts ovan innefattar emellertid den föreslagna modellen inte någon sådan överlåtelse från projektbolaget till staten.

Sammanfattningsvis bör enligt vår bedömning den konstruktion som ligger till grund för den föreslagna modellen inte innefatta något som riskerar att strida mot aktiebolagslagens regler om kapitalanvändning.

2.9 Kommunalrättsliga frågor

Enligt den föreslagna modellen kan det bli aktuellt att kommun bidrar med medel till finansiering av ersättning som staten har att erlagga till projektbolaget i form av skuggtull eller annan liknande periodisk ersättning.

Det framgår uttryckligen av väglagen att kommun får lämna bidrag till byggande av allmän väg (9 §). Lämnande av sådant bidrag omfattas således av den kommunala kompetensen. Av kommunallagen torde dock följa att kommunen inte får bidra till verksamhet som inte har anknytning till kommunens område. Det är dock inte nödvändigt - och ej heller tillräckligt - att den verksamhet som främjas av kommunen bedrivs inom kommunens gränser, utan det avgörande är att intresset av verksamheten är knutet till kommunen. En kommun anses kunna engagera sig i

verksamheter inom annan kommuns område när anläggningarna i fråga behövs och varit till nytta för den egna kommunen och dess invånare.

3. VISSA RÄTTSLIGA FRÅGOR AVSEENDE JÄRNVÄG

3.1 Politiska beslut mm

För att kunna genomföra projekt inom järnvägssektorn i Sverige på basis av den föreslagna modellen krävs vissa politiska beslut. Den föreslagna modellen skiljer sig i detta hänseende inte från mer traditionella modeller för infrastrukturprojekt inom järnvägssektorn i Sverige.

I detta sammanhang skall noteras att vi - i enlighet med begränsningarna för vårt uppdrag - inte har analyserat rättsliga frågor rörande statsbudget och anslagshantering.

I förordningen (1998:1392) med instruktion för Banverket anges att Banverket skall ansvara för drift och förvaltning av statens spåranläggningar. Det är osäkert om detta innebär att Banverket är förhindrat att medverka vid drift av järnväg som inte utgör statens spår anläggning på så sätt att Banverket inte har befogenhet att uppdra åt enskild att bygga och driva en järnväg som inte kommer att utgöra del av statens spåranläggningar. Som redovisas nedan råder osäkerhet om huruvida en järnväg som byggs på basis av den föreslagna modellen kommer att utgöra del av statens spåranläggningar såsom detta begrepp definieras i lagstiftningen.

Som angetts under punkt 2.1 ovan kan lämnande av statliga bidrag till enskild för byggande av väg eller utställande av garantier för sådant ändamål i vissa fall vara otillåtet enligt EG-rättsliga regler om otillåtet statsstöd. Motsvarande regler gäller ifråga om byggande av järnväg. Hänvisning i denna del sker därför till framställningen ovan.

3.2 Allmän järnväg (statens spåranläggningar) och enskild järnväg

3.2.1 Inledning

På järnvägssidan görs en åtskillnad mellan allmänna järnvägar (statens spår anläggningar) och enskilda järnvägar.

Enligt förordningen (1996:734) om statens spåranläggningar utgörs statens spåranläggningar av de spåranläggningar som tillhör staten och som drivs och förvaltas av Banverket (1 §).

Banverket kan, om ägaren av en spåranläggning begär det, med stöd av förordningen om statens spåranläggningar (6 §) besluta att anläggningen eller del därav skall ingå i statens spår anläggningar. Det synes inte vara helt klart huruvida detta innebär att den enskilde kan fortsätta att äga och driva järnvägen eller om ägandet och driften i en sådan situation skall övergå till Banverket. Mycket talar för att det senare är fallet. Det synes inte ändamålsenligt att en järnvägsanläggning klassificeras såsom tillhörande statens spåranläggningar om den alltjämt ägs och drivs av en enskild. Sannolikt är det så att en järnväg som tillhör statens spår anläggningar inte kan ägas av en enskild. Detta är dock inte heller aktuellt enligt den föreslagna modellen.

Fråga uppkommer vidare om en spåranläggning som ägs av staten men drivs av en enskild kan utgöra del av statens spåranläggningar. Enligt den ovan redovisade definitionen skall en spåranläggning för att tillhöra statens spåranläggningar drivas och förvaltas av Banverket. Att äganderätten till anläggningen tillkommer staten är således möjligen inte en tillräcklig förutsättning för att anläggningen skall tillhöra statens spåranläggningar.

Det är inte klart om Banverket måste vara den som faktiskt utför drift- och förvaltningsåtgärderna, d v s är spårinnehavare, eller om är det tillräckligt att Banverket har det formella ansvaret med möjlighet att uppdra åt en privat part att utföra det faktiska arbetet. Om det senare är fallet, kan

den spåranläggning som projektbolaget bygger och driver utgöra en del av statens spåranläggningar.

I förordningen om statens spåranläggningar (10 §) anges att Banverket får upplåta nyttjanderätt till annan till del av statens spåranläggningar som Banverket inte avser att underhålla. Av bestämmelsen framgår dock inte huruvida anläggningen efter en sådan upplåtelse behåller sin status såsom tillhörande statens spåranläggningar.

Sammanfattningsvis får det enligt vår bedömning anses oklart om en spåranläggning som tillkommer enligt den föreslagna modellen kommer att utgöra del av statens spåranläggningar.

Enskild järnväg kan definieras som en järnväg som inte utgör del av statens spåranläggningar.

I de flesta avseenden gör järnvägslagstiftningen inte någon åtskillnad mellan enskild järnväg och statens spåranläggningar. Som anges nedan gäller exempelvis lagen (1995:1649) om byggande av järnväg för ”den som avser att bygga en järnväg”. Samma regler är således i stor utsträckning tillämpliga oavsett om det är en enskild järnväg eller en järnväg som utgör del av statens spåranläggningar.

3.2.2 Järnvägslagstiftningen

Byggande av järnväg regleras i huvudsak i lagen om byggande av järnväg. Förutom denna lag finns flera ytterligare författningar som reglerar byggande och drift av järnvägar samt järnvägstrafik. Bland dessa kan nämnas (i) lagen (1985:1075) om rätt att anlägga enskilda järnvägar mm, som föreskriver att var och en rätt att anlägga enskild järnväg för allmän trafik utan att detta kräver särskilt tillstånd (koncession) från regeringen, (ii) järnvägssäkerhetslagen (1990:1157), enligt vilken tillstånd krävs för annan än Banverket och Statens järnvägar att driva spåranläggning, spårtrafik eller trafikledningsverksamhet, (iii) lagen (1997:756) om tilldelning av spårkapacitet, enligt vilken enskild part kan upplåta spåranläggning mot avgift samt (iv)

järnvägstrafiklagen (1985:192) som bland annat reglerar järnvägens ansvar mot resande och avsändare av gods.

3.2.3 Tillstånd mm

I likhet med vad som gäller allmän väg kan det bli aktuellt att senare i en mer utvecklad form av den föreslagna modellen utöka projektbolagets ansvar för att anskaffa tillstånd för järnväg. En fråga som uppkommit är om detta är möjligt enligt nu gällande lagstiftning.

Dessutom har fråga uppkommit om i vilken utsträckning projektbolaget kan avvika från meddelade tillstånd för det fall projektbolaget skulle finna en mer ändamålsenlig lösning för järnvägen än den som legat till grund för de tillstånd som Banverket anskaffat i enlighet med den föreslagna modellen.

Tillstånd för byggande av järnväg krävs enligt lagen om byggande av järnväg. Tillståndet ges genom att det upprättas en järnvägsplan som sedan fastställs av Banverket (2 kap 1c §). Fastställelse av järnvägsplan enligt lagen om byggande av järnväg jämställs med meddelande av tillstånd enligt miljöbalken (1 kap 3 §).

Den process som föreskrivs för upprättande och fastställande av järnvägsplaner överensstämmer i allt väsentligt med den process som gäller enligt väglagen för arbetsplaner. Järnvägsplanen skall föregås av en förstudie (2 kap 1 §). Om förstudien visar att alternativa sträckningar bör studeras innan en järnvägsplan upprättas, skall en järnvägsutredning genomföras (2 kap 1a §). En järnvägsutredning skall innehålla en miljökonsekvensbeskrivning och de uppgifter i övrigt som behövs för att kunna utvärdera och välja alternativ.

Beroende på byggprojektets art och spårens sträckning kan det bli nödvändigt med ytterligare tillstånd. Enligt miljöbalken krävs regeringens tillstånd för vissa omfattande järnvägsprojekt. Detta gäller beträffande järnvägar avsedda för fjärrdrift och anläggande av nytt spår på en sträcka av

minst fem kilometer för befintliga järnvägar för fjärtrafik (17 kap 1 §). Regeringen får även i vissa andra fall förbehålla sig rätten till prövning enligt miljöbalken.

En järnvägsplan skall enligt lagen om byggande av järnväg upprättas av ”den som avser att bygga en järnväg” (2 kap 1c §).

En järnvägsplan skall utarbetas med noggrannhet. Den skall bland annat innehålla uppgifter om berörda fastigheter, uppgifter om den mark som skall tas i anspråk, sträckning och byggnadsätt samt beräknade kostnader för projektet. I planen skall tas in en miljökonsekvensbeskrivning. Miljökonsekvensbeskrivningen skall godkännas av berörda länsstyrelser innan den tas in i järnvägsplanen.

Vid utarbetande av järnvägsplanen skall samråd med berörda parter ske. Banverket skall därtill i regel ställa ut planen för granskning. Undantag från att ställa ut järnvägsplanen för granskning gäller dock i vissa fall om projektet enbart avser ombyggnad av järnväg.

Banverket skall fastställa järnvägsplanen i samråd med länsstyrelsen. Om Banverket och länsstyrelsen har olika uppfattning, skall frågan om fastställelse av planen hänskjutas till regeringen för dess prövning.

Oavsett vad som sägs om miljöbalken i inledningen till detta avsnitt gäller att det för ett järnvägsprojekt kan krävas miljödomstolens tillstånd enligt miljöbalkens regler om vattenverksamhet.

Annan än Banverket och Statens järnvägar måste ha tillstånd enligt järnvägssäkerhetslagen för att driva spåranläggning eller spårtrafik (4 §). Tillstånd enligt lagen krävs även för att utöva trafikledningsverksamhet. Tillstånd meddelas av Järnvägsinspektionen. För att få tillstånd måste den enskilde visa att han tillsett, antingen genom att bygga upp en egen organisation härför eller genom att i avtal uppdra åt annan, att de åtgärder som omfattas av verksamheten enligt lagen kan utföras på ett godtagbart sätt.

Den föreslagna modellen innebär att Banverket skall ansvara för att anskaffa och vidmakthålla tillstånd enligt lagen om byggande av järnväg och andra tillstånd för anläggande av järnvägen enligt annan tillämplig lagstiftning. Projektbolaget skall ansvara för att anskaffa och vidmakthålla övriga tillstånd. Enligt vår bedömning är detta förenligt med gällande tillståndsregler. Det är enligt vår bedömning också förenligt med lagen om byggande av järnväg att låta projektbolaget självständigt anskaffa tillstånd för byggande av järnväg. Enligt lagen om byggande av järnväg skall järnvägsplan upprättas av den som avser att bygga en järnväg. Av detta följer att det inte föreligger något hinder mot att projektbolaget ansvarar för upprättande av järnvägsplanen.

När en järnväg byggs får enligt lagen om byggande av järnväg endast oväsentlig avvikelse göras från en fastställd järnvägsplan (2 kap 11 §). Denna reglering överensstämmer med den som gäller avseende arbetsplan enligt väglagen. När det gäller övriga tillstånd för järnväg synes lagstiftningen sakna bestämmelser om rätt att avvika från tillstånd. I likhet med vad som sagts ovan ifråga om vägar torde som utgångspunkt gälla att någon avvikelse inte får ske från meddelade tillstånd. Även ifråga om järnväg kan detta innebära att en begränsning föreligger såvitt avser möjligheterna att efter det att en järnvägsplan fastställts samt andra tillstånd erhållits för en järnväg lägga en ny lösning till grund för utförande av järnvägen.

3.2.4 Markanskaffning

I likhet med vad som gäller för väg kan det i en mer utvecklad form av den föreslagna modellen bli aktuellt att utöka projektbolagets ansvar för att anskaffa erforderlig mark för järnväg. En fråga som uppkommit är om detta är möjligt enligt nu gällande lagstiftning.

Vidare har fråga uppkommit om i vilken utsträckning projektbolaget kan ianspråka ytterligare eller annan mark för det fall projektbolaget skulle finna en mer ändamålsenlig lösning för järnvägen än den som legat till grund för Banverkets anskaffning av mark i enlighet med den föreslagna modellen.

Lagen om byggande av järnväg möjliggör både inlösen av mark samt tillfälligt ianspråktagande av mark under planerings- och byggnationstiden (3 kap 1 § och 4 kap 1 §).

Tillstånd till tillfälligt ianspråktagande av mark meddelas av länsstyrelsen. Tillståndet skall avse det tillträde som behövs för att verkställa mätning eller stakning, undersökning av grund eller annan förberedande åtgärd för byggande av järnvägen.

Mark som behövs permanent för en järnväg som tillgodoser ett allmänt transportbehov kan inlösas. Inlösen (till skillnad från institutet vägrätt enligt väglagen) innebär att den som skall bygga järnväg får äganderätt till marken och inte endast nyttjanderätt. Om inlösen aktualiseras, skall det behandlas i järnvägsplanen. Rätten att lösa mark skall framgå av beslutet att fastställa järnvägsplanen. I övrigt skall frågan om inlösen behandlas och ersättningen bestämmas med tillämpning av motsvarande regler som gäller för expropriation. Detta innebär bland annat att det blir fastighetsdomstol som avgör frågan om tillstånd till inlösen samt ersättningen för den inlösta marken om frivillig överenskommelse inte kan träffas.

Enligt vår bedömning innebär lagen om byggande av järnväg inte något hinder mot att Banverket enligt den föreslagna modellen inlöser mark samt att ett projektbolag därefter anlägger järnväg på den inlösta marken. Lagen om byggande av järnväg föreskriver att det är den som skall bygga en järnväg som har rätt att inlösa eller tillfälligt ta i anspråk mark (3 kap 1 § och 4 kap 1 §). Av detta torde följa att ett projektbolag på egen hand också kan utnyttja de möjligheter som medges enligt lagen om byggande av järnväg att tvångsvis inlösa eller tillfälligt ta i anspråk mark.

Som nämnts ovan torde någon flexibilitet när det gäller vilken mark som får tas i anspråk knappast medges enligt regler om tvångsvisa ianspråktaganden. När det gäller mark som erhållits med stöd av lagen om byggande av järnväg torde det innebära att en ändring i järnvägsplanen erfordras som ett första steg om ytterligare eller annan mark erfordras för byggande av järnväg.

3.2.5 Äganderätt till järnvägsanläggningen

Enligt den föreslagna modellen skall staten äga den spåranläggning som projektbolaget bygger.

Att ett projektbolag kan inneha äganderätt till en spåranläggning som utgör enskild järnväg råder det naturligtvis inte någon tvekan om. Inte heller torde det finnas något hinder mot att staten är ägare av en sådan spåranläggning. Att staten äger en spåranläggning torde inte utan vidare innebära att den kommer att tillhöra statens spåranläggningar. Som nämnts ovan är det inte helt klart huruvida en spåranläggning som ägs av staten utgör del av statens spår anläggningar om den drivs av ett projektbolag.

En spårinnehavare kan genom avtal överföra till annan, helt eller delvis, ansvara för driften eller underhållet av järnvägsanläggningen utan att för den skull behöva avhända sig äganderätten till järnvägsanläggningen. Banverket kan således överföra hela eller delar av ansvaret för driften av järnvägsanläggningen till annan men trots det kvarstå som ägare av anläggningen. Ett begränsat överförande av driftansvar synes dock innebära att Banverket kvarstår som spårinnehavare.

3.2.6 Ersättning till projektbolaget

Ersättning till projektbolaget skall utgå från staten enligt den föreslagna modellen. Det kan också bli aktuellt att projektbolaget ges rätt att ta ut avgift direkt av trafikanterna.

Förutom vad som kan följa av reglerna om riksdagens finansmakt torde inte föreligga några hinder mot att staten betalar ersättning till ett projektbolag för att detta bygger och driver en järnväg. Ersättning kan betalas direkt för utfört arbete eller i form av skuggtullar eller liknande periodisk ersättning. Att en järnvägsanläggning juridiskt är att definiera som enskild järnväg synes principiellt sett inte hindra att staten erlägger ersättning till ett projektbolag för byggande och drift av anläggningen.

Förordningen (1998:1827) om avgifter för trafik på statens spåranläggningar reglerar de trafikavgifter Banverket tar ut för trafik på statens spåranläggningar. Förordningen gör skillnad mellan trafik på stom- och länsjärnvägar och trafik på övriga järnvägar.

I förordningen anges att avgifter för trafik på statens spåranläggningar skall betalas till Banverket. Inget torde emellertid hindra att ett projektbolag uppbär avgifterna för Banverkets räkning och sedan redovisar dessa till Banverket. Det är dock osäkert huruvida en privat part kan uppbära avgifterna och tillgodogöra sig dessa för egen räkning. Sannolikt kräver detta en ändring av förordningen.

Det får också bedömas som osäkert huruvida en privat part som erhållit rätt att uppbära avgifter från trafikanter på statens spåranläggningar kan frångå de avgiftsbelopp som fastställts i förordningen. Sannolikt är så inte fallet. I förordningen anges att trafikavgifter skall betalas ”enligt vad som föreskrivs i denna förordning” (1 §). Om avvikelser skall kunna ske, krävs förmodligen en ändring av förordningen.

Enligt lagen om tilldelning av spårkapacitet får innehavaren av en enskild spåranläggning ta ut avgifter för utnyttjande av spåranläggningen (5 §). Avgifterna skall bestämmas så att de tillsammans med de statsbidrag som kan utges täcker spårinnehavarens utgifter för spår anläggningen på grund av investeringar, underhåll och drift samt så att de förräntar kapital som investerats i spåranläggningen. Avgifterna får i övrigt bestämmas med hänsyn till det slags trafik som avgiften avser, marknadssituationen samt arten och graden av slitage på spåranläggningen.

Vid uttag av avgifter för likvärdiga tjänster får ingen diskriminering ske. Spårinnehavaren är skyldig att till Tågtrafikledningen (en enhet inom Banverket med ansvar för bland annat banfördelning, trafikledning och tilldelning av tåglägen) lämna de uppgifter som behövs för kontroll av att avgifterna tas ut på icke-diskriminerande grunder.

Trafikutövaren och spårinnehavaren skall enligt lagen ingå de avtal av administrativ, teknisk och finansiell natur som behövs. Kommer parterna inte överens om villkoren får Tågtrafikledningen på

begäran av någon part fastställa de administrativa, tekniska och finansiella villkor som skall gälla för den aktuella trafiken i den utsträckning det är nödvändigt för att avtalsvillkoren skall vara i enlighet med lagen om tilldelning av spårkapacitet.

3.3 Upphandling

Vid upphandling aktualiseras samma problemställningar även om det är fråga om järnväg.

I denna del hänvisas därför till punkt 2.3 ovan. Koncessioner inom försörjningssektorerna, d v s inom det område där Banverket agerar, faller dock utanför EU:s upphandlingsregler. Endast de grundläggande principerna i Romfördraget (d v s regler om icke-diskriminering, likabehandling mm) är tillämpliga på sådana koncessioner.

3.4 Inkomstskatterättsliga frågor

I denna del hänvisas till punkt 2.4 ovan.

3.5 Mervärdesskatterättsliga frågor

I denna del hänvisas till punkt 2.5 ovan.

3.6 Redovisningsfrågor

I denna del hänvisas till punkt 2.6 ovan.

3.7 Säkerhetsrättsliga frågor

I denna del hänvisas till punkt 2.7 ovan.

3.8 Aktiebolagsrättsliga frågor

I denna del hänvisas till punkt 2.8 ovan.

3.9 Kommunalrättsliga frågor

Huruvida en kommun får bidra till byggande av järnväg framgår inte av lagen om byggande av järnväg. Inte heller synes frågan behandlas i annan författning. Det förhållandet att det ansetts nödvändigt att införa en bestämmelse i väglagen om att kommun får bidra till byggande av allmän väg kan tala för att detta annars inte hade ansetts omfattas av den kommunala kompetensen. Det får därför bedömas som osäkert om lämnande av bidrag för byggande av järnväg omfattas av den kommunala kompetensen.

Malmö den 31 augusti 2000

MANNHEIMER SWARTLING ADVOKATBYRÅ AB

Jan Kansmark

Johan Granehult