

Bane NOR SF
Postboks 4350
2308 HAMAR

Att.: Jan Harald Dammen

Saksbehandler: Kemal Zulovic, 22995958
Vår ref.: 22/16-67
Deres ref.:
Dato: 13.12.2022

Vedtak etter klage fra Flytoget AS på Bane NORs tvisteløsning om sportilgang på Oslo S

1. Innledning

Denne versjonen av vedtaket inneholder en endring på side 28 hvor ordet "foreløpig" er slettet etter at det ved en inkurie ikke ble tatt ut fra vårt varsel om vedtak. Feilen er rettet i denne versjonen av vedtaket. Vedtaket er ellers uendret.

Statens jernbanetilsyn (SJT) mottok 23. desember 2021 en klage fra Flytoget AS (Flytoget) etter jernbaneforskriften § 11-3.¹ Flytoget klager på Bane NOR SFs (Bane NOR) tvisteløsning for ruteplanperioden R22 om bruk av plattformspor² på Oslo S.

Klagen gjelder Bane NORs beslutning om fordeling av plattformspor på Oslo S i forbindelse med flyttingen av Flytogterminalen til nye stasjonsarealer ved spor 10. For ruteplanperioden R22 har Flytoget på hverdager og lørdager fått tildelt fem avganger fra spor 10 på Oslo S og én avgang fra spor 14. På søndager har de blitt tildelt tre avganger fra spor 10 og tre avganger fra spor 14.

Ifølge Flytoget fører det at deres tog kjører fra forskjellige plattformer til negative kundeopplevelser og skaper en kundeflyt med stor friksjon. Flytoget mener derfor at sportilgangen på Oslo S som de er blitt tildelt av Bane NOR gjør det «ekstremt» krevende å oppfylle Flytogets transportoppdrag slik det følger av trafikkavtalen de har med staten ved Jernbanedirektoratet, særlig punkt 3 i avtalen.

Vi har i forbindelse med saksbehandlingen innhentet informasjon fra Flytoget og Bane NOR og har avholdt møter med begge parter. Klagen ble i sin helhet oversendt Bane NOR 7. januar

¹ Forskrift 30. juni 2021 nr. 2315 om jernbanevirksomhet, serviceanlegg, avgifter og fordeling av infrastrukturkapasitet mv (jernbaneforskriften). Forskriften trådte i kraft ved kunngjøring 5. juli 2021.

² Begrepet «plattformspor» brukes ikke i jernbaneforskriften. Det vi her mener med «plattformspor» er de delene av sporet som er plassert ved/tilhører en plattform på en passasjerstasjon.

2022. I brev av 14. mars 2022 mottok SJT merknader til klagen fra Bane NOR. Disse merknadene ble sendt til Flytoget, som ga sine kommentarer til Bane NORs merknader i brev av 27. april 2022. Bane NOR og Flytoget har løpende fått innsyn i og mulighet til å kommentere på øvrig korrespondansen i saken.

Varsel om vedtak ble sendt til Bane NOR og Flytoget 8. juli 2022. SJT mottok merknader til varsel om vedtak fra Bane NOR og Flytoget 19. august 2022. Varselet ble også 12. juli sendt til øvrige søkere til orientering og eventuelle kommentarer. Vi mottok ingen kommentarer fra øvrige søkere.

Det ble avholdt møte mellom SJT og Bane NOR 2. september 2022, hvor Bane NOR redegjorde nærmere for sine merknader til varsel om vedtak. Referatet fra møtet ble sendt til Flytoget 6. september 2022. Vi har ikke mottatt kommentarer til referatet fra Flytoget.

Vår vurdering av klagen er at Bane NOR har brutt jernbaneforskriften på flere punkter:

- Bane NOR har ikke tatt tilstrekkelig hensyn til de økonomiske konsekvensene for Flytoget ved fordelingen av spor på Oslo S. Dette er brudd på § 8-6 første ledd om behandling av søknader om infrastrukturkapasitet.
- Bane NOR unnlot å gjennomføre samordning av søknader om infrastrukturkapasitet i henhold til § 9-1.
- Bane NOR gjennomførte ikke tvisteløsningen i behandling av søknaden om spor på riktig måte etter § 9-2, ved å ikke involvere andre søkere i tvisteløsningen og ikke benytte ordningen som fremgikk av nettleidningen.

Vi vurderer også at for å oppfylle kravene til ikke-diskriminering i jernbaneforskriften § 4-1 bokstav a, må Bane NOR informere om og sørge for at alle aktørene har like forutsetninger for å søke om spesifikke spor på passasjerstasjoner.

Flytoget har også klaget over at Bane NOR ikke har tatt tilstrekkelig hensyn til Flytogets transportoppdrag eller tidligere inngåtte avtaler som fremdeles er rettslig bindende, og at dette utgjør en saksbehandlingsfeil ved Bane NORs beslutning om tildeling av stasjonsspor på Oslo S for R22. SJTs vurdering er at dette klagepunktet ikke tas til følge.

På bakgrunn av dette treffer vi et vedtak om pålegg om korrigerende tiltak slik at Bane NOR retter opp i bruddene og innretter seg etter regelverket i fremtiden. Vedtak med pålegg fremgår av punkt syv under.

2. SJTs kompetanse i saken

SJT er markedsovervåkingsorgan etter jernbaneloven (jbl.)³ § 11 a, jf. jernbaneforskriften § 1-3 første ledd. Vi påser at aktørene etterlever jernbanelovgivningens bestemmelser om konkurranse i markedene for jernbanetransport, og behandler klager innenfor vårt myndighetsområde, jf. jbl. § 11 a første ledd. Vår uavhengighet er sikret gjennom § 11 a andre og tredje ledd. Våre enkeltvedtak kan ikke bli påklaget eller omgjort av overordnet myndighet, og som uavhengig organ kan vi ikke bli instruert. Det følger videre av jbl. § 11 a første ledd jf. § 11 femte ledd at vi kan gi pålegg om korrigerende tiltak.

³ Lov 11. juni 1993 nr. 100 om anlegg og drift av jernbane, herunder sporvei, tunnelbane og forstadsbane m.m. (jernbaneloven – jbl.).

Jernbaneforskriften kapittel 11 inneholder nærmere regler om våre oppgaver. Etter jernbaneforskriften § 11-3 første ledd kan en søker som anser seg urettferdig behandlet, utsatt for forskjellsbehandling eller krenket på annen måte, klage til oss. Nærmere eksempler på beslutninger som særlig skal kunne påklages er gitt i § 11-3 første ledd bokstav a-k. Listen er ikke uttømmende. Av relevans for behandlingen av denne klagen er Bane NORs beslutninger som gjelder:

- bokstav b) kriterier som er fastsatt i nettveiledningen
- bokstav c) fordelingsprosessen og resultatet av denne

Når vi har mottatt en klage, innhenter vi relevante opplysninger og tar initiativ til høring av alle berørte parter innen en måned, se jernbaneforskriften § 11-3 andre ledd. Vi tar stilling til klagen og om det er nødvendig å treffe tiltak for å avhjelpe situasjonen. Dersom klagen gjelder søknad om infrastrukturkapasitet eller vilkårene for et tilbud om kapasitet, skal vi enten bekrefte at endring av infrastrukturforvalters beslutning ikke er nødvendig, eller kreve en endring etter nærmere retningslinjer. Se jernbaneforskriften § 11-3 tredje ledd.

Vi har også myndighet til å ta opp saker på eget initiativ, jf. jernbaneforskriften § 11-1 første ledd. Vi kan i denne forbindelse treffe beslutning om hensiktsmessige tiltak for å motvirke diskriminering, skadelig konkurransevridning og alle andre uønskede situasjoner i markedene for jernbanetjenester, jf. § 11-1 femte ledd. I vår tidligere praksis har vi lagt til grunn at vi i klagesaker også kan gripe inn mot blant annet brudd på regelverket på eget initiativ som klagen ikke gjelder.⁴ Dette er i tråd med formålsbestemmelsen i § 11-1 første ledd om at vi som markedsovervåker skal arbeide for et effektivt jernbanemarked med sunn konkurranse og likeverdige vilkår, og overvåke konkurransesituasjonen med dette for øye.

3. Sakens faktum, klagegrunner og partenes kommentarer

3.1. Nærmere om Flytogets klagegrunner og beskrivelse av saken

Flytoget klager på Bane NORs tvisteløsning for ruteplan R22. Klagen gjelder Bane NORs vurdering av sportilgang på Oslo S i forbindelse med flyttingen av Flytogterminalen. For R22 har Flytoget på hverdager og lørdager fått tildelt fem avganger fra spor 10 på Oslo S og en avgang fra spor 14. På søndager er de blitt tildelt tre avganger fra spor 10 og tre avganger fra spor 14. Ifølge Flytoget fører dette til negative kundeopplevelser og skaper en kundeflyt med stor friksjon. Flytoget mener derfor at sportilgangen på Oslo S som de har fått av Bane NOR gjør det «ekstremt» krevende å oppfylle deres transportoppdrag, hvor det i Flytogets trafikkavtale understrekes at «togtilbudet skal være pålitelig og oppleves som enkelt».

Flytoget mener at Bane NORs beslutning om å pålegge Flytoget å kjøre en avgang i timen fra spor 14, når Bane NOR har flyttet resten av avgangene til spor 10, ikke tar tilstrekkelig hensyn til Flytogets transportoppdrag eller tidligere inngåtte avtaler. Etter Flytogets oppfatning utgjør dette en saksbehandlingsfeil ved vedtaket. Flytoget ber derfor SJT kreve Bane NORs beslutning endret i henhold til jernbaneforskriften § 11-3 tredje ledd slik at siste avgang flyttes til spor 10, eventuelt at de avganger som i dag kjøres fra spor 10 flyttes tilbake til spor 13/14.⁵

Søknadsprosessen for R22 startet i desember 2020. I denne perioden blir også Flytogets klage på Bane NORs plassering av ny flytogterminal avgjort. [Vedtaket i saken om flytogterminalen](#)

⁴ Se blant annet tilsynets vedtak om bruk av Gardermoen stasjon av 14. juni 2017 pkt. 5.5.

⁵ Brev fra Brækhus Advokatfirma DA på vegne av Flytoget av 23. desember 2021, side 6.

kom etter tidspunkt for frist for å søke om infrastrukturkapasitet for R22. Da søknadsfristen for R22 utløp visste i utgangspunktet ikke Flytoget om det ble noen ny Flytogterminal ved spor 10. De hadde dermed ingen mulighet til å søke om å samle egne avganger ved dette sporet.⁶

Flytogterminalen ble flyttet i august 2021 og flytogene gikk fra spor 13 og 14 frem til den ble åpnet ved spor 10 mandag 9. august 2021. Etter flyttingen av Flytogterminalen, oppstod ifølge Flytoget negative kundeopplevelser, forvirring om avganger og kunder som ventet ved feil spor fra første dag. Det gjorde at Flytoget bestemte seg for å sende et tilleggsbrev for R22 om sporbruken på Oslo S til Bane NOR. Brevet ble sendt 12. august 2021, tre dager etter at Flytogterminalen ved spor 10 åpnet. Brevet var basert på de erfaringene som Flytoget allerede da kunne konstatere. Flytoget har også i klagen opplyst om at sportilgang ikke ble tatt opp med Bane NOR innen høringsfristen om utkast til ruteplan utløp 9. august 2021. Flytoget sier det skyldes at «datagrunnlaget» ikke var til stede siden den nye Flytogterminalen først åpnet samme dag som fristen utløp.⁷

Flytoget mener det er feil å forstå situasjonen i denne saken slik at Flytoget ikke hadde søkt om sportilgang i henhold til prosessen i Network Statement for 2022 (NS22). Flytoget mener de tok opp problemstillingen med Bane NOR så snart de hadde konkret foranledning til det.⁸

3.2. Bane NORs kommentarer og beskrivelse av saken

Bane NOR mener at jernbaneforskriften ikke gir hjemmel til å kunne ta hensyn til Flytogets transportoppdrag og avtalebaserte rettigheter ved fordeling av infrastrukturkapasitet. Slik Bane NOR forstår regelverket, så plikter Bane NOR å ta utgangspunkt i alle søknader om infrastrukturkapasitet, jf. jernbaneforskriften § 8-6 første ledd om at «[i]nfrastrukturforvalter skal så langt som mulig imøtekomme alle søknader om infrastrukturkapasitet». Riktignok skal infrastrukturforvalter «så langt som mulig ta hensyn til alle forhold søkerne kan bli stilt overfor, herunder de økonomiske virkningene for virksomheten», men etter Bane NORs syn må det innfortolkes en begrensning dersom ruteplanen ikke blir kjørbar og/eller det vil inntre vesentlige negative konsekvenser.⁹

Bane NOR mener at Flytogets transportoppdrag og avtalebaserte rettigheter ikke kan ha betydning for fordeling av infrastrukturkapasitet på Oslo S til Flytoget, men at dette styres fullt og helt av reglene i jernbaneforskriften kapittel 8. For det tilfellet at transportoppdraget eller slike rettigheter skal ha betydning ved fordelingen, så ber Bane NOR SJT om å klargjøre det.¹⁰

Videre anser Bane NOR at det i denne saken ikke er en konfliktsituasjon om spor på Oslo S, da de mener at alle søknader i denne saken er imøtekommet.¹¹

Bane NOR informerer om at det ikke ble gjennomført en samordning som gjaldt fordelingen av spor på Oslo S i denne saken. Grunnen er at det ikke var noen søkere som innen høringsfristen hadde bedt om det. Høringsfristen var 9. august 2021 kl. 09.00. Først 12. august 2021 mottok Bane NOR brev fra Flytoget hvor de tok opp dette punktet. Selv om høringsfristen var gått ut, valgte Bane NOR å gjennomføre tvisteløsning. Det var bare Flytoget som deltok i

⁶ Brev fra Brækhus Advokatfirma DA på vegne av Flytoget av 27. april 2022, side 1.

⁷ Brev fra Brækhus Advokatfirma DA på vegne av Flytoget av 27. april 2022, side 2.

⁸ Ibid.

⁹ Brev fra Bane NOR til SJT av 14. mars 2022, saksref. 202202172-2, side 5.

¹⁰ Ibid.

¹¹ E-post fra Bane NOR av 31. mars 2022 med utfyllende svar til SJTs spørsmål syv i brev med pålegg om å gi opplysninger av 18. februar 2022.

tvisteløsningen og ingen andre søkere ble invitert eller deltok i prosessen.¹² Bane NOR mener at høringsfristen 9. august 2021 er en absolutt frist for å melde inn konflikter til samordning og at Flytoget var klar over denne fristen. Høringen sendes ut i begynnelsen av juli og Bane NOR mener at Flytoget dermed hadde anledning til å melde inn en konflikt om sporfordelingen på Oslo S innen fristen.¹³

Bane NORs vurdering er at konsekvensene ved å imøtekomme kravet fra Flytoget om at alle avganger fra Oslo S skal gå fra samme plattform er at dette ville skape en ny konflikt mot andre søkere (Vy), samtidig som dette ville fått betydelige negative konsekvenser. Ruteplanen ville ikke blitt kjørbart (ville gitt planlagte forsinkelser), og derfor gitt betydelige negative konsekvenser for robusthet og punktlighet. Utfordringen ligger i øvrig utnyttelse av sporkapasitet på stasjonen, samt økt antall kryssende togveier for Flytoget til/fra spor 10 i stedet for spor 14.¹⁴

Bane NOR mener at fordelingen av infrastrukturkapasitet på Oslo S var utført i henhold til søknadene, prinsippet om maksimal utnyttelse av infrastrukturkapasiteten og krav fra statsbudsjettet om en robust og punktlig ruteplan.¹⁵ Bane NORs tildeling i saken er begrunnet i at alle søkere har fått tildelt infrastrukturkapasitet ut fra opprinnelig søknad.¹⁶

3.3. Bakgrunnen for Bane NORs flytting av Flytogets avganger

Flytoget har informert SJT om at de var i dialog med Bane NOR våren 2020 om at det ville bli endringer i sporbruken på grunn av Follobanen.¹⁷ Ifølge Flytoget har de vært positive til tilretteleggingen av Follobanen på Oslo S, men har hele tiden vært klare på at det ikke skal gå på bekostning av Flytogets merkevare eller føre til svekket konkurransekraft. 24. juni 2020 fikk Flytoget tilbakemelding fra Bane NOR om hvilke spor de kunne bruke på Oslo S. Flytogets oppfatning var at sporendringen skulle vare i ett år, men 24. juni 2020 informerte Bane NOR om at sporendringen var en permanent løsning.¹⁸ Bane NOR har begrunnet flyttingen av Flytogets avganger med hensynet til innfasingen av økt trafikk på Østfoldbanen etter fullføringen av Follobane-tunnelen.

Bakgrunnen for Bane NORs beslutning er også beskrevet i SJTs vedtak av 8. juli 2021 etter klage fra Flytoget. Som en av sine merknader til varsel om vedtak i den saken, opplyste Bane NOR om at Flytogets togavganger ble flyttet for å tilrettelegge for Follobanen.¹⁹

3.4. Kommentarer til varsel om vedtak

3.4.1. Bane NORs kommentarer til varselet

I sine kommentarer til varsel om vedtak, bestrider Bane NOR at det foreligger brudd på jernbaneforskriften §§ 4-1, 8-6 første ledd, 9-1 og 9-2, og mener derfor at SJT ikke har hjemmel til å fatte det varslede vedtaket. Om SJT opprettholder synet på at Bane NOR har brutt disse bestemmelsene, mener Bane NOR likevel det ikke er noen grunn til å fatte det varslede vedtaket.

¹² Brev fra Bane NOR til SJT av 14. mars 2022, saksref. 202202172-2, side 2.

¹³ Referat av 27. april 2022 fra møte mellom Bane NOR og SJT 7. april 2022, saksnr. 22/16-23, side 4.

¹⁴ Brev fra Bane NOR til SJT av 14. mars 2022, saksref. 202202172-2, side 2.

¹⁵ Brev fra Bane NOR til SJT av 14. mars 2022, saksref. 202202172-2, side 3.

¹⁶ Brev fra Bane NOR til SJT av 14. mars 2022, saksref. 202202172-2, side 4.

¹⁷ Ifølge Flytoget ble de først oppmerksomme på at avgangene ville splittes mellom spor 10 og spor 14 i februar 2020, men da som midlertidig løsning.

¹⁸ Referat fra møte med Flytoget om klage på Bane NORs vedtak om sportilgang for R22, saksnr. 22/16-7, side 1.

¹⁹ Vedtak av 8. juli 2021 etter klage fra Flytoget AS - plassering av flytogterminalen på Oslo S, saksref. 21/6572-75, side 6.

Når det gjelder fordeling av kapasitet til plattformspor (punkt 5.2 i varselet), mener Bane NOR at det ikke er krav etter jernbaneforskriften §§ 4-1, 5-2 bokstav c eller 8-1 om at det skal opplyses i nettveiledningen om muligheten til å søke om spesifikke spor på stasjoner. Bane NOR mener det bør være opp til Bane NOR som infrastrukturforvalter å velge hvordan dette mest hensiktsmessig bør legges opp. Videre mener Bane NOR at det vil ha negative konsekvenser hvis det opplyses om at søkerne kan søke om spesifikke plattformspor. Bane NOR forventer da at togselskapene i større grad vil gjøre det, og det vil gi mindre fleksibilitet ved ruteplanleggingen, mindre optimal bruk av infrastrukturen, mer konflikter på stasjoner og at Bane NOR i større grad må erklære berørte deler av infrastrukturen som overbelastet. Bane NOR mener også at det vil fremstå som underlig om Norge går i front med å pålegge infrastrukturforvalter dette når det ikke er gjort i andre større jernbaneland. I tillegg mener Bane NOR det vil være uheldig om de vil måtte endre det som har vært praksis i alle år dersom pålegget opprettholdes.

Angående plikten til å ta hensyn til alle forhold søkerne kan bli stilt overfor (punkt 5.3 i varselet), stiller Bane NOR spørsmål ved om SJT har tolket regelverket riktig. Bane NOR mener jernbaneforskriften § 8-6 første ledd bør tolkes innskrenkende. Dette er fordi det bør stilles andre krav til hvilke opplysninger som må foreligge ved behandling av en søknad om infrastrukturkapasitet (søknadsstadiet), og ved løsning av interessekonflikter (konfliktstadiet). Bane NOR mener at de på søknadsstadiet bare trenger den informasjonen som er nødvendig for å konstruere en rute, altså det som er oppgitt i Network Statement punkt 4.2.5. Bane NOR finner etter deres vurdering støtte for den innskrenkende tolkningen i direktiv 2012/34/EU artikkel 45 nr. 1 og ordlyden «constraints».²⁰ Bane NOR forstår denne ordlyden som at det primært skal tas hensyn til operasjonelle forhold knyttet til togdriften på søknadsstadiet, herunder hvilke operasjonelle og tekniske begrensninger togselskapet står overfor når det gjelder å få konstruert en rute, og ikke alle økonomiske forhold som knytter seg til den aktuelle ønskede ruten. Videre poengterer Bane NOR at det vil være nærmest uhåndterlig å hensynta alle forhold søkerne kan bli stilt overfor på søknadsstadiet, og at Bane NORs ruteplanleggere ikke har kompetanse til å gjøre samfunnsøkonomiske vurderinger. Bane NOR anmoder også om at i den grad SJT anvender føringene fra SJTs vedtak av 7. april 2017 etter klage fra Green Cargo, må tilsynet også forholde seg til modifikasjonen av vedtaket som følger av dommen fra lagmannsretten.²¹

Bane NOR bestrider også at det foreligger brudd på jernbaneforskriften §§ 9-1 og 9-2 om samordning og tvisteløsning, og opprettholder sitt syn på at det ikke forelå noen interessekonflikt. Bane NOR valgte å se på Flytogets henvendelse selv om denne kom for sent, men saken ble ikke behandlet som en interessekonflikt og tatt inn i samordningsprosessen. Bane NOR opplever at de i dette tilfellet blir «straffet» for å ha forsøkt å være imøtekommende og løsningsorientert, selv om de ikke var pliktig til det.

Bane NOR sier også at de ikke har fått presentert noen løsninger som er nevnt på varselet side 15, hvor det står at Flytoget har uttalt til oss at de mener det er løsninger for å samle Flytogets nordgående avganger fra spor 10. Til dette, har Flytoget svart at de har tatt det opp med Bane NOR i høringssvaret til ruteplanprosessen for R23 og fulgt opp i møte med Bane NOR 15. august 2022.

Vi omtaler Bane NORs kommentarer til de enkelte påleggspunktene nedenfor i punkt 6.

²⁰ Direktiv 2012/34/EU er tatt inn i EØS-avtalen vedlegg XIII nr 37 og trådte i kraft 1. juni 2022, se EØS-Komitebeslutning nr. 247/2021.

²¹ LB-2019-19084.

3.4.2. Flytogets kommentarer til varselet

Flytoget er i det vesentlige enig i SJTs vurderinger, men har noen kommentarer til enkelte deler av varselet.

Etter Flytogets oppfatning reiser SJTs vurdering av samordningsplikten visse utfordringer mellom resultater etter tildeling i henhold til jernbaneforskriften og serviceanleggforskriften. Flytoget mener det er åpenbar fare for at Bane NOR som infrastrukturforvalter og som driver av serviceanlegg kan komme til å opptre uavhengig av hverandre dersom man gjennomfører tvisteløsningsprosedyrene i forskriftene på selvstendig vis. Videre ber Flytoget SJT om å redegjøre i vedtaket for hvordan koordineringsplikten etter serviceanleggforskriften skal forstås dersom det oppstår misforhold mellom samordning etter serviceanleggforskriften artikkel 10 og 11 om henholdsvis samordningsprosedyre og prioriteringskriterier og jernbaneforskriften kapittel 8 og 9 om henholdsvis fordeling av infrastrukturkapasitet og interessekonflikter og overbelastet infrastruktur.

Angående Flytogets avtalefestede rettigheter (punkt 5.4 i varselet) kommenterer Flytoget at de ikke er med på resonnetet om at hvis Bane NOR tar hensyn til inngåtte avtaler, utgjør dette en begrensning i søknadsprosessen. Flytogets avtaler må ses i sammenheng, og Flytoget mener at et spor ikke vil være «egnet» til å gi Flytoget fortrinnsrett til å kjøre Oslo S-Gardermoen seks ganger i timen med mindre det også gir tilgang til det areal som er definert i stasjonsavtalen. Ellers vil Flytogets transportoppdrag bli skadelidende.

4. Rettslig utgangspunkt - forholdet til relevant lovgivning

4.1. Reglene om fordeling av infrastrukturkapasitet

Bane NOR er infrastrukturforvalter på det statlige jernbanenettet. De skal etter jernbaneforskriften § 4-1 tilby søkere og jernbaneforetak tilgang til den såkalte minste pakken med tjenester på ikke-diskriminerende vilkår. Den minste pakken med tjenester omfatter blant annet behandling av søknader om infrastrukturkapasitet, rett til å bruke tildelt kapasitet og bruk av infrastruktur. Kapittel 8 i jernbaneforskriften inneholder regler om fordeling av infrastrukturkapasitet, og kapittel 9 inneholder regler om interessekonflikter og overbelastet infrastruktur. Disse reglene er sentrale for å sikre rettferdig og ikke-diskriminerende tilgang til ruteleier.

Jernbaneforskriften § 8-1 første ledd slår fast at Bane NOR skal fordele infrastrukturkapasitet ved tildeling av ruteleier. Ruteleier er definert i jernbaneforskriften § 1-7 bokstav w) som den infrastrukturkapasitet som trengs for å kjøre et tog mellom to steder i et gitt tidsrom. Infrastrukturkapasitet er nærmere definert i bestemmelsens bokstav u) som muligheten til å planlegge ruteleier det søkes om på en bestemt del av infrastrukturen i en viss periode. Ruteleier kan bare tildeles søkere for høyst én ruteplanperiode. Infrastrukturkapasiteten skal fordeles på en rettferdig og ikke-diskriminerende måte, i tråd med EØS-retten. Etter § 8-2 første ledd skal søknader om infrastrukturkapasitet sendes til Bane NOR. I § 8-2 tredje ledd står det at infrastrukturforvalter skal sette nærmere krav til søknadene i nettveiledningen. Disse kravene skal være rimelige, åpne og ikke innebære forskjellsbehandling.

Videre følger det av § 8-6 første ledd at Bane NOR så langt som mulig skal imøtekomme alle søknader, og skal så langt som mulig ta hensyn til alle forhold søkerne kan bli stilt overfor,

herunder økonomiske konsekvenser for virksomheten deres. Etter § 8-6 tredje ledd skal de rådføre seg med alle som har søkt om infrastrukturkapasitet om utkastet til ruteplan. Søkerne skal få en tidsfrist på en måned for å uttale seg. Deretter skal Bane NOR treffe nødvendige tiltak for å løse eventuelle problemer som påpekes av søkerne, jf. § 8-6 fjerde ledd.

I visse tilfeller er det ikke mulig å imøtekomme alle søknader om infrastrukturkapasitet. Jernbaneinfrastrukturen er et nettverk med begrenset kapasitet. Dersom det ikke er mulig for Bane NOR som infrastrukturforvalter å imøtekomme alle søknader fullt ut, oppstår det en interessekonflikt mellom søknader.

Etter jernbaneforskriften § 9-1 første ledd skal Bane NOR ved interessekonflikter forsøke å tilgodese alle søknader så langt det er mulig gjennom en samordning. I samordningsprosessen skal Bane NOR og søkerne forsøke å finne en løsning på situasjonen, jf. definisjonen i § 1-7 bokstav s. Prinsippene for samordningen skal fremgå av nettveiledningen, jf. § 9-1 femte ledd. For ruteplanperioden R22 fremgår disse kriteriene av punkt 4.5.4 i NS22.

Det er ikke alltid mulig å løse interessekonflikter gjennom samordning. Dersom søkerne ikke blir enige i samordningen, er neste steg i prosessen at Bane NOR skal forsøke å løse konflikten gjennom en tvisteløsningsordning. Denne ordningen er beskrevet i jernbaneforskriften § 9-2. Bane NOR skal opprette en ordning for hurtig løsning på tvister som oppstår i forbindelse med fordeling av infrastrukturkapasitet. Tvisteløsningsordningen skal også fremgå av nettveiledningen. For R22 følger dette av punkt 4.5.5 i NS22.

Dersom interessekonflikten ikke blir løst gjennom samordnings- og tvisteløsningsprosessen, skal Bane NOR erklære den berørte infrastrukturen for overbelastet, jf. § 9-3 første ledd. Den aktuelle infrastrukturen skal da fordeles etter prioriteringskriteriene i § 9-5.

For ytterligere gjennomgang av reglene om fordeling av infrastrukturkapasitet, viser vi til vårt [vedtak av 11. desember 2020](#) punkt 5.3.2.

4.2. Fordeling av plattformspor

Som nevnt ovenfor skal Bane NOR tilby den minste pakken med tjenester til alle søkere på ikke-diskriminerende vilkår, og infrastrukturkapasitet skal fordeles ved tildeling av ruteleier. Når Bane NOR fordeler ruteleier, skal søkeren dermed også få tilgang til alt som hører til den minste pakken med tjenester, herunder rett til å bruke jernbaneinfrastrukturen.

Vedlegg I i jernbaneforskriften inneholder en liste over hva som omfattes av jernbaneinfrastrukturanlegg, jf. definisjonen av «jernbaneinfrastruktur» i § 1-7 bokstav j. Det følger av tredje strekpunkt i vedlegg I at «spor» er jernbaneinfrastruktur. Det samme gjelder perronger på stasjoner for passasjerer. Det er også slått fast av EU-domstolen i sak C-210/18 at bruk av perronger på stasjoner for passasjerer omfattes av den minste pakken med tjenester.²²

Se også [SJT's vedtak fra 8. juni 2022 etter klage fra Onrail](#) punkt 9.1 hvor det redegjøres for at terminalspor er jernbaneinfrastruktur.

²² I saken hadde kategoriseringen betydning for om infrastrukturforvalter i Østerrike hadde satt for høye avgifter for bruk av passasjerplattformene. Avgjørelsen er også fulgt opp av generaladvokaten i sak C-453/20, hvor generaladvokaten fastslår at plattformspor på godsterminaler også er en del av jernbaneinfrastrukturen, se avsnitt 59-70. I sistnevnte sak ble imidlertid ikke dette spørsmålet behandlet, ettersom domstolen konkluderte med at den tsjekkiske markedsovervåkeren ikke hadde kompetanse til å fremme saken for EU-domstolen.

5. SJTs vurderinger og konklusjoner

5.1. Innledning og overordnet gjennomgang av vurderinger og konklusjoner

For å vurdere klagen fra Flytoget, må vi ta stilling til om søkere har rett til å søke om spesifikke spor på stasjoner i den årlige fordelingsprosessen. Vi tar derfor først stilling til dette under del 5.2. Vår konklusjon er at søkere har rett til å søke om spesifikke spor i den årlige fordelingsprosessen.

Under del 5.3 vurderer vi Flytogets klage over at Bane NOR ikke har tatt hensyn til de økonomiske konsekvensene for Flytoget slik de har plikt til å gjøre etter jernbaneforskriften § 8-6 om behandling av søknader. Vår konklusjon er at Bane NOR har brutt jernbaneforskriften § 8-6 første ledd ved å ikke tilstrekkelig ta hensyn til de økonomiske konsekvensene for Flytoget ved fordelingen av plattformspor på Oslo S. Videre mener vi at Bane NORs nåværende praksis knyttet til behandling av søknader ikke oppfyller kravene i § 8-6 første ledd.

Flytogets klage over at Bane NOR ikke har tatt hensyn til og ivaretatt deres transportoppdrag, vurderer vi under del 5.4. Vår konklusjon er at Flytogets avtalebaserte rettigheter ikke gir fortrinnsrett til spesifikke plattformspor på Oslo S i den årlige kapasitetsfordelingsprosessen. Vi mener likevel at avtalene og Flytogets samfunnsoppdrag kan være relevante «forhold» som Bane NOR må ta hensyn til i kapasitetsfordelingsprosessen, jf. § 8-6 første ledd, og ved bruk av prioriteringskriterier etter § 9-5 første ledd punkt 1.

I del 5.5 vurderer vi om Bane NORs behandling av interessekonflikten har vært i tråd med kravene i jernbaneforskriften. Det er først nødvendig å ta stilling til Bane NORs kommentar til klagen om at de ikke anser at det har vært en interessekonflikt i tildelingen av spor på Oslo S, fordi Flytoget ikke meldte om konflikten innen fristen for dette i NS22. Siden Bane NOR selv har behandlet spørsmålet som en interessekonflikt mellom søknader, er det etter vår oppfatning ikke relevant at Flytoget meldte fra om konflikten etter at fristen hadde utløpt.

Videre vurderer vi om Bane NOR har gjennomført samordning og tvisteløsning i tråd med kravene i jernbaneforskriften kapittel 9 om interessekonflikter og overbelastet infrastruktur. Vår konklusjon er at Bane NOR har brutt jernbaneforskriften § 9-1 ved å ikke gjennomføre en samordning. I tillegg konkluderer vi med at Bane NOR har brutt jernbaneforskriften § 9-2 ved å ikke involvere andre søkere og ikke gjennomføre tvisteløsningen etter beskrivelsen av tvisteløsningsordningen i nettveiledningen.

Under i del 5.5.4. tar vi stilling til Bane NORs kommentarer som gjelder erklæringer av overbelastning i forbindelse med søknader om spesifikke spor på stasjoner. Vi finner at erklæringer av overbelastning etter jernbaneforskriften § 9-3 om overbelastet infrastruktur kun gjelder «den berørte jernbaneinfrastrukturen» og ikke alle plattformspor på Oslo S.

I punkt 5.5.5 vurderer vi Flytogets klage over manglende koordinering mellom Bane NOR som både infrastrukturforvalter og driver av serviceanlegg/stasjonsarealene på Oslo S. Vår oppfatning er at så lenge Flytoget har tilgang til stasjonsområder ved både spor 10 og 14, er tilgangen til serviceanlegget Oslo S og Flytogets tildelte infrastruktur i form av plattformspor koordinert. Skulle Flytoget få avganger fra andre plattformer i fremtiden, har Bane NOR en plikt til å sikre at Flytogets tilgang til infrastrukturkapasitet er koordinert med Flytogets tilgang til kapasitet inne på Oslo S, altså sikre nærhet mellom stasjonsområder og plattformer.

5.2. Har søkere rett til å søke om spesifikke plattformspor på stasjoner?

Ovenfor i punkt 4.2 har vi redegjort for at jernbaneforetakene skal ha tilgang til spor og plattformer på stasjoner som en del av den minste pakken med tjenester. Spørsmålet i vår sak er om jernbaneforetakene har rett til å søke om spesifikke spor med plattformer på stasjoner i den årlige ruteplanprosessen. I dette tilfellet ønsker Flytoget at alle avganger skal gå fra plattformen ved spor 9 og 10 på Oslo S.

Jernbaneforetakene og andre søkere skal søke om «infrastrukturkapasitet» etter jernbaneforskriften § 8-2 første ledd. Dette begrepet er som nevnt definert i § 1-7 bokstav u som «muligheten til å planlegge ruteleier det søkes om, på en bestemt del av infrastrukturen i en viss periode». Videre skal infrastrukturforvalter fordele infrastrukturkapasitet ved å tildele «ruteleier» etter § 8-1 første ledd. Det kan umiddelbart virke som om det er noe forskjell mellom det jernbaneforetakene skal søke om, og det infrastrukturforvalter skal fordele. Definisjonen av «infrastrukturkapasitet» forutsetter imidlertid at det er ruteleier som jernbaneforetakene skal søke om.

Et ruteleie består av den infrastrukturkapasitet som trengs for å kjøre et tog mellom to steder i et gitt tidsrom, jf. definisjonen i jernbaneforskriften § 1-7 bokstav w). Dette omfatter blant annet spor, se tredje strekpunkt i listen over jernbaneinfrastrukturanlegg i vedlegg I til jernbaneforskriften. Ordlyden «spor» er ikke avgrenset i vedlegg I. Følgelig må spor også på stasjoner være omfattet av denne definisjonen. Dette vil være en naturlig forståelse av ordlyden spor, ettersom perronger (eller plattformer som vi bruker) på stasjoner for passasjerer også er en del av jernbaneinfrastrukturen. Uten sporene ville ikke dette tillegget hatt selvstendig betydning eller gitt mening.

I forbindelse med behandlingen av denne klagesaken, sendte vi skriftlig spørsmål til de andre markedsovervåkerne i Europa (IRG-Rail), der vi stilte spørsmål om deres erfaringer eller praksis med muligheten for å søke om spesifikke spor med tilhørende plattformer på stasjoner for passasjerer i den årlige ruteplanprosessen. Ingen av de vi fikk svar fra hadde hatt noen saker der dette kom på spissen. De fleste svarte at det ikke er et krav at jernbaneforetakene må søke om spesifikke plattformspor, men dersom noen gjør det vil det bli behandlet etter reglene om kapasitetsfordeling. Ingen markedsovervåkere svarte at de vurderte at søkere er avskåret fra å søke om spesifikke spor og plattformer på stasjoner i den årlige fordelingsprosessen.

Etter det vi har fått opplyst fra Bane NOR og Flytoget i saken, har det ikke tidligere vært vanlig praksis blant jernbaneforetakene å søke om spesifikke plattformspor på stasjoner. Bane NOR har imidlertid opplyst at enhver kan søke på de spor og plattformer de ønsker, og at en slik søknad eventuelt må sendes i eget brev eller som kommentar til søknaden. Videre har Bane NOR opplyst om at i tilfelle interessekonflikt som gjelder spor og plattformer, følger Bane NOR reglene i jernbaneforskriften kapittel 9.²³

Etter SJTs oppfatning er det viktig at alle søkere får like forutsetninger i søknadsprosessen, slik at det for eksempel ikke blir en fordel for enkelte selskaper å vite om denne muligheten til å søke om spesifikke plattformspor, mens andre selskaper ikke er kjent med dette. Bane NOR er forpliktet til å behandle søknader om infrastrukturkapasitet på ikke-diskriminerende vilkår, jf. jernbaneforskriften § 4-1 bokstav a. Dette støttes også av forarbeidene til bestemmelsen hvor

²³ Brev fra Bane NOR til SJT av 14. mars 2022, saksref. 202202172-2, side 3.

det står at formålet er «å sørge for et velfungerende marked innenfor tjenester som ofte ligger til et naturlig monopol eller som kontrolleres av et dominerende, nasjonalt jernbaneforetak (...) og som er avgjørende støttetjenester for å kunne kjøre tog på jernbanenettet. For at nye jernbaneforetak ikke skal møte konkurransehemmende etableringshindre, må alle jernbaneforetak ha tilgang til disse tjenestene på ikke-diskriminerende vilkår (...)».²⁴ Videre er det viktig med transparens og forutsigbarhet om hva som ligger til grunn for Bane NORs fordeling av spesifikke plattformspor på stasjoner. Dette er for å sikre at fordelingen av spor skjer på rettferdig og ikke-diskriminerende måte i tråd med § 8-1 første ledd om infrastrukturforvalters plikter når det gjelder fordeling av infrastrukturkapasitet.

Nettveiledningen skal blant annet inneholde «prinsipper og kriterier for kapasitetsfordeling», og «fremgangsmåtene for inngivelse av søknader om kapasitet til infrastrukturforvalter», se jernbaneforskriften § 5-2 bokstav c nr. 1 om krav til innhold i nettveiledningen. Slik nettveiledningen er i dag, står det ikke noe om muligheter for å søke om spesifikke spor på stasjoner, eller fremgangsmåten for dette. Etter vår vurdering er dette en mangel ved innholdet i nettveiledningen.

I Bane NORs kommentarer til varsel om vedtak skriver Bane NOR at de mener jernbaneforskriften §§ 4-1 om infrastrukturforvalters plikt til å gi tilgang til den minste pakke med tjenester og 5-2 bokstav c ikke gir hjemmel til å pålegge at Bane NOR må opplyse om adgangen til å søke om spor i nettveiledningen. Bane NOR mener det er mest hensiktsmessig om det ikke opplyses om muligheten til å søke om spesifikke spor på stasjoner, da det vil få negative konsekvenser dersom flere aktører velger å søke om spor. Dette er SJT ikke enige i. Bane NOR har selv opplyst om at enhver kan søke om de spor og plattformer de ønsker, selv om dette ikke er et krav til søknaden. Dere har også opplyst om at i tilfelle interessekonflikter som gjelder spor og plattformer, følger dere reglene i jernbaneforskriften kapittel 9. Etter vår vurdering vil det ikke være mulig for Bane NOR å behandle søknader om infrastrukturkapasitet på ikke-diskriminerende vilkår i tråd § 4-1 bokstav a og § 8-1 første ledd, dersom ikke alle søkerne er klar over muligheten til å søke om spesifikke spor på stasjoner. Søknadsprosessen vil ikke være rettferdig dersom ikke alle har de samme forutsetningene i prosessen. Som nevnt har ikke dette vært praksis tidligere, og det er dermed rimelig å anta at ikke alle søkerne er klar over denne muligheten etter regelverket.

Vi understreker at det kun er en plikt for Bane NOR til å opplyse om muligheten til å søke om det. Det er ingen krav til at aktørene er nødt til å søke om det, eller at Bane NOR må innhente denne informasjonen. Vi antar at det vil variere om selskapene har behov for å søke om spesifikke plattformspor.

Nettveiledningen skal inneholde vilkårene for adgang til jernbaneinfrastrukturen, jf. § 5-1 første ledd, og opplysninger om fremgangsmåter for inngivelse av søknader om kapasitet, jf. § 5-2 bokstav c nr. 1. Fortalen til direktiv 2012/34/EU punkt 34 understreker at for å sikre transparens og ikke-diskriminerende tilgang til jernbaneinfrastrukturen for alle jernbaneforetak, skal all informasjon nødvendig for å bruke tilgangsretten publiseres i nettveiledningen. For å søke om spesifikke spor på stasjoner, og dermed få tilgangsrett til det ønskede sporet, er det nødvendig å få informasjon om at det kan søkes om dette og hvordan det skal gjøres. Tolket i lys av formålet som kommer frem av fortalen, mener vi derfor at bestemmelsene i jernbaneforskriften gir hjemmel for å pålegge Bane NOR å ta inn denne informasjonen i nettveiledningen.

²⁴ Se [Samferdselsdepartementets høringsnotat](#) til jernbaneforskriften (2016) § 4-1, s. 8. Bestemmelsen er videreført i jernbaneforskriften (2021) § 4-1.

Vi ønsker også å understreke at Bane NOR selv kan bestemme hvordan de mener det er mest hensiktsmessig at denne informasjonen blir gitt i nettveiledningen. Bane NOR kan for eksempel legge inn en mulighet for å oppgi opplysninger om konkrete plattformspor i søknadsskjemaet om infrastrukturkapasitet. Dette gjøres blant annet i Tyskland og delvis i Kroatia.²⁵ Etter det vi er kjent med har Bane NOR gitt godsforetakene en mulighet til å søke om konkrete terminalspor i søknadsskjema om infrastrukturkapasitet. Bane NOR kan for eksempel løse det på tilsvarende måte for spor på passasjerstasjoner.

Konklusjon: Jernbaneforetakene har rett til å søke om spesifikke plattformspor på stasjoner for passasjerer, jf. jernbaneforskriften § 8-2 første ledd og vedlegg I. Bane NOR har ikke overholdt kravene til innhold i nettveiledningen da de ikke har informert om denne muligheten til å søke om spesifikke plattformspor på stasjoner. For å sikre ikke-diskriminerende behandling av søknader om infrastrukturkapasitet og fordeling av spor, må Bane NOR opplyse om denne muligheten i nettveiledningen, jf. § 5-2 bokstav c.

5.3. Plikten til å ta hensyn til forhold søkerne kan bli stilt overfor

5.3.1 Interessekonflikten om sporbruk på Oslo S for R22

Når Bane NOR behandler søknader om infrastruktur, har de plikt til å så langt som mulig «ta hensyn til alle forhold søkerne kan bli stilt overfor, herunder de økonomiske konsekvenser for virksomheten deres», se jernbaneforskriften § 8-6 første ledd om behandling av søknader. Dette henger sammen med plikten til å imøtekomme alle søknader om infrastrukturkapasitet så langt som mulig, som også følger av § 8-6 første ledd. Slik SJT forstår denne bestemmelsen, har Bane NOR plikt til å ta hensyn til forhold slik som økonomiske konsekvenser for søkerne gjennom hele prosessen med behandling av søknader og tildeling av infrastrukturkapasitet.

I Flytogets tilleggsbrev til Bane NOR av 12. august 2021 ber de om å få alle sine avganger fra spor 9 og 10. I brevet poengterer de flere konsekvenser av at de har avganger fra både spor 10 og 14. De skriver at kundestrømmen har blitt forverret, noe som medfører frustrasjon og misnøye blant kundene. I tillegg må Flytoget ha billett- og betalingsløsninger, informasjon og medarbeidere på stasjonsarealene på begge steder. Dette innebærer økte kostnader for Flytoget.

Flytoget ble i forkant av tvisteløsningsmøtet bedt av Bane NOR om å sende inn all informasjon som de anså som relevant for tvisten, inkludert relevante økonomiske sider av tvistene.²⁶ Flytoget skrev til Bane NOR at det er vanskelig å estimere de økonomiske konsekvensene av at Flytogets avganger går både fra spor 10 og spor 14. De viste til at det var vanskelig å estimere et referansenivå grunnet pandemien. Flytoget opplyste om at de måtte bruke overtid og leie inn personale for å kunne betjene stasjonsarealene både ved spor 13/14 og spor 10/11. I tillegg viste Flytoget til at delingen av avganger på flere stasjonsspor kunne få konsekvenser for kundene som vil oppleve en mindre smidig reisehverdag.

I Bane NORs beslutning av 17. september 2021 om tvister i den årlige ruteplanprosessen for R22 viser de til at de har «vurdert mulighetene for en endret sporbruk og konsekvensene [som] ble presentert for Flytoget i tvistemøtet», og begrunner avslaget med at det vil få store

²⁵ Ifølge Bundesnetzagentur (markedsovervåkeren i Tyskland) er det en egen boks i det tyske søknadsskjema hvor søkerne kan ta med passasjerplattformer i ruteleiet. Hakom i Kroatia svarte at det i søknadsskjema for ruteleie er et «Annet»-felt, og i instruksjonene for hvordan søkerne skal fylle ut skjemaet er det nevnt at ønsket plattform kan legges inn i dette feltet.

²⁶ Se brev fra Flytoget fra 15. september 2021 «Oppfølging av tvistesak for tognummer 3520 og flytogplattform» s. 1.

konsekvenser for Oslo S som stasjon og ruteplanens robusthet og punktlighet om sporbruken ble endret. Etter det SJT kan se er ikke de økonomiske konsekvensene for Flytoget reflektert i denne begrunnelsen. Ut fra begrunnelsen og dokumentasjonen vi har mottatt, fremstår det som at Bane NOR ikke har vurdert de økonomiske konsekvensene for Flytoget i denne beslutningen, men kun hvilke konsekvenser det vil ha for Oslo S og ruteplanen. Dette er etter vår vurdering ikke i tråd med jernbaneforskriften § 8-6 første ledd ettersom Bane NOR «skal» ta hensyn til alle forhold så langt som mulig.

Konklusjon: Bane NOR har brutt jernbaneforskriften § 8-6 første ledd ved å ikke ta hensyn til de økonomiske konsekvensene for Flytoget.

5.3.2 Plikten til å ta hensyn til alle forhold gjelder gjennom hele søknadsprosessen

I møte med Bane NOR den 7. april 2022 stilte SJT spørsmål om de har tatt hensyn til de økonomiske konsekvensene for Flytoget av sporfordelingen på Oslo S for R22. Bane NOR svarte at de ville ha tatt hensyn til de økonomiske konsekvensene i samordningsprosessen, dersom Flytoget hadde opplyst om disse.²⁷ Det har i behandlingen av denne saken blitt klart for SJT at Bane NOR praktiserer bestemmelsen i § 8-6 slik at plikten bare gjelder etter det har oppstått en interessekonflikt. Vi ser derfor behov for å vurdere Bane NORs opprettholdelse av pliktene i § 8-6 første ledd på noe mer generelt grunnlag.

Etter vår forståelse av ordlyden i jernbaneforskriften § 8-6 første ledd og direktiv 2012/34/EU artikkel 45 nr. 1²⁸ gjelder plikten til å ta hensyn til alle forhold søkerne kan bli stilt overfor så langt som mulig gjennom hele prosessen med å behandle søknader. Ordlyden eller andre kilder avgrenser ikke plikten til å gjelde kun etter det har oppstått en interessekonflikt. Dette støttes også av forarbeidene, hvor det står at denne bestemmelsen «determines how the draft timetable shall be created»²⁹ (vår understreking).

I Bane NORs kommentarer til varsel om vedtak, skriver de at det er forskjell på hvilken informasjon Bane NOR har behov for på «søknadsstadiet» av kapasitetsfordelingsprosessen, det vil si før det har oppstått en interessekonflikt, og på «konfliktstadiet», etter det har oppstått interessekonflikt. Det er SJT enige i. Likevel mener vi det kan være informasjon som er relevant på «søknadsstadiet», utover det Bane NOR rent teknisk trenger for å kunne tegne inn ruteleiene i utkast til ruteplan.

Bane NOR skriver i sine merknader til varsel om vedtak at ordlyden «constraints» i direktiv 2012/34/EU artikkel 45 nr. 1 tilsier at «forhold» i jernbaneforskriften § 8-6 første ledd bør tolkes innskrenkende. Bane NOR forstår det slik at det primært skal tas hensyn til operasjonelle forhold på søknadsstadiet, og ikke alle økonomiske forhold som knytter seg til den aktuelle ønskede ruten. SJT mener det er klart at ordlyden «herunder de økonomiske konsekvenser for virksomheten deres» i jernbaneforskriften § 8-6 første ledd, og tilsvarende ordlyd i direktivet, tilsier at det er mer enn bare tekniske og operasjonelle forhold som Bane NOR må ta hensyn til etter denne bestemmelsen. For eksempel kan det tenkes at selskapenes trafikkavtaler og antatt behov for kapasitet i serviceanlegg er relevante forhold, i tillegg til andre økonomiske konsekvenser.

²⁷ Referat fra møte med Bane NOR 7. april 2022 s. 4, saksnr. 22/16-7.

²⁸ Jernbaneforskriften § 8-6 første ledd implementerer denne bestemmelsen i norsk rett.

²⁹ Se EU-kommisjonens "Proposal for a Council Directive relating to the allocation of railway infrastructure capacity and the levying of charges for the use of railway infrastructure and safety certification" (1998) s. 83. Kommisjonens forslag er forarbeidet til Direktiv 2001/14/EC. Artikkel 45 nr. 1 i Direktiv 2012/34/EU inneholder samme bestemmelse som artikkel 20 nr. 1 i Direktiv 2001/14/EC.

Ordlyden «alle forhold søkerne kan bli stilt overfor» i § 8-6 første ledd er veldig vid, og bestemmelsen gir ingen indikasjon på hvilke opplysninger som er relevante for Bane NOR i fordelingen utenom at det blant annet omfatter økonomiske konsekvenser for søkeres virksomheter. Dette kan føre til at aktørene har ulik oppfatning av hvilke opplysninger som er relevante. Ettersom Bane NORs praksis i dag er å ta hensyn til disse forholdene først etter det har oppstått en interessekonflikt, er det også sannsynlig at søkerne ikke er klar over muligheten for å gi disse opplysningene sammen med ruteleiesøknadene. Dersom søkerne ikke er klar over muligheten til å sende inn dokumentasjon, eller vet noe om hvilken informasjon som er relevant å sende inn, vil ikke Bane NOR kunne oppfylle plikten til å ta hensyn til disse forholdene.

Dette stemmer også overens med fortalen til direktiv 2012/34 avsnitt 42, som sier at kapasitetsfordelingsprosessen skal “permit equal and non-discriminatory access for all undertakings and should attempt, as far as possible, to meet the needs of all users and traffic types in a fair and non-discriminatory manner.” I tillegg er det viktig at søkerne får denne informasjonen for å sikre ikke-diskriminerende behandling av søknader om infrastrukturkapasitet og bruk av kapasiteten etter jernbaneforskriften § 4-1 a og b.

Verken nettveiledningen for 2022 eller 2023 inneholder informasjon om denne retten som jernbaneforetakene har til å gi relevant informasjon i søknaden. NS 2022 og 2023 inneholder bare en generell henvisning til jernbaneforskriften kapittel 8. Det samme gjelder for høringsutkastet til NS 2024.

Det følger av jernbaneforskriften § 5-2 bokstav c fjerde setning at nettveiledningen skal inneholde «særlige kriterier som anvendes» i kapasitetsfordelingsprosessen. Det er videre listet opp flere ting som særlig skal beskrives i den forbindelse, se § 5-2 bokstav c nr. 1 til nr. 7. Denne listen er derimot ikke uttømmende, jf. ordlyden «særlig». Etter vår vurdering vil relevante forhold som Bane NOR må ta hensyn til etter § 8-6 første ledd være kriterier som Bane NOR skal bruke i kapasitetsfordelingsprosessen. Det er fordi Bane NOR er pliktet til å ta hensyn til disse forholdene så langt som mulig i behandlingen av søknadene. Vi mener derfor at nettveiledningen bør inneholde noe mer informasjon om hvilke forhold som Bane NOR anser som relevante etter § 8-6 første ledd, og hvordan søkerne kan inkludere disse opplysningene i søknaden sin.

Vi understreker at det er søkeres ansvar å sende inn relevant informasjon, og at det er opp til Bane NOR å avgjøre hvordan dette fremstilles i nettveiledningen. Ordlyden i § 8-6 første ledd er som nevnt veldig bred, og det må etter vårt syn kunne innfortolkes en viss begrensning som gjør det håndterlig for Bane NOR å ivareta denne plikten. I sine merknader til varsel om vedtak skrev Bane NOR at deres ruteplanleggere ikke har kompetanse til å gjøre samfunnsøkonomiske vurderinger på søknadsstadiet. Det er etter SJs syn ikke det regelverket krever. For at det skal være mulig for Bane NOR å ivareta denne plikten, vil det etter vår vurdering være anledning for Bane NOR til å stille krav til informasjonens omfang og relevans på søknadsstadiet, slik at informasjonen blir mulig å håndtere og Bane NOR kan oppfylle plikten. Det viktigste er at Bane NOR kan vise at de har tatt hensyn til de relevante forhold som søkerne har anført så langt som mulig.

For ordens skyld nevner vi at i dom LB-2019-19084 vurderte lagmannsretten om Green Cargo hadde krav på erstatning fra Bane NOR/Jernbaneverket som følger av et vedtak om tildeling av ruteleier var ugyldig fordi det bygde på feil faktum. Herunder vurderte retten om Bane NOR/Jernbaneverket hadde brutt utrednings- eller veiledningsplikten etter forvaltningsloven.

Retten kommenterte blant annet i punkt 4.1 at den var uenig med SJTs forståelse av fordelingsforskriften § 7-4 (videreført i jernbaneforskriften § 8-6) i [vårt vedtak av 7. april 2017](#) etter klage fra Green Cargo. Dette var en prejudisiell vurdering i saken, og SJTs vedtak var ikke gjenstand for prøving i dommen. Spørsmålet i dommen var imidlertid ikke om Bane NOR/Jernbaneverket hadde brutt bestemmelsen i fordelingsforskriften. Selv om lagmannsretten bemerker at de er uenige med deler av SJTs vedtak som gjaldt denne bestemmelsen i fordelingsforskriften, er dette rettet mot den konkrete saken som forelå for domstolene. I saken for domstolene hadde søkerne fått informasjon fra Bane NOR om hvilke momenter som var av betydning i vurderingen av hvem som skulle få ruteleiene. Klagesaken vi behandler nå dreier seg om at Bane NOR ikke har gitt noen informasjon om hvilke forhold som er relevante på «søknadsstadiet», og ordlyden i jernbaneforskriften § 8-6 gir ingen anvisning på dette. I tillegg dreier ikke denne saken seg om hvorvidt Bane NOR har plikt til å innhente eller kontrollere informasjon fra søkerne, men kun plikten til å opplyse søkerne. Vi mener derfor ikke lagmannsrettsdommen har noen avgjørende innvirkning på vurderingene i denne klagesaken.

Konklusjon: Bane NORs nåværende praksis knyttet til behandling av søknader er ikke i tråd med kravene i § 8-6 første ledd om behandling av søknader. Bane NOR må opplyse i nettveiledningen om hvilke «forhold» som er relevante også på søknadsstadiet etter jernbaneforskriften § 8-6 første ledd, og fremgangsmåten for å inkludere denne informasjonen i søknaden, jf. § 5-2 bokstav c.

5.4. Flytogets transportoppdrag og avtalefestede rettigheter

Utgangspunktet for Flytogets klage er at de mener Bane NOR ikke har respektert de avtalene som ligger til grunn for Flytogets transportoppdrag eller [vårt vedtak fra 8. juli 2021 om flytogterminalen](#).³⁰ Se nærmere om Flytogets klagegrunner i punkt 3.1 ovenfor.

Bane NORs kommentarer til dette er at jernbaneforskriften ikke gir hjemmel for å ta hensyn til Flytogets transportoppdrag ved fordelingen av infrastrukturkapasitet, jf. også [vårt vedtak fra 11. desember 2020](#), og det har derfor ikke blitt gjort. I tillegg viser Bane NOR til [vårt vedtak om Gardermoen stasjon av 14. juni 2017](#) og sier at etter dette vedtaket skal Flytogets transportoppdrag hensyntas ved deling av stasjonstjenesten jf. jernbaneforskriften § 4-2 bokstav a.³¹

Vårt vedtak fra 8. juli 2021 gjaldt klage over Bane NORs avslag på flytting av Flytogets installasjoner på flytogterminalen ved spor 13 og 14 til området mellom spor 10 og 11. Bane NOR begrunnet avslaget med at eksklusivitet til arealet mellom spor 10 og 11 er brudd på ikke-diskrimineringsforbudet etter jernbaneforskriften § 4-2. Vedtaket gjaldt Flytogets tilgang til serviceanlegg (tjenester i stasjoner for passasjerer). Det er ulike regler for tilgang til serviceanlegg og tilgang til infrastrukturen. Som nevnt ovenfor i punkt 4.2, er plattformspor en del av jernbaneinfrastrukturen og retten til å bruke disse er omfattet av reglene i jernbaneforskriften § 4-1 og kapittel 8 og 9. Disse reglene gjelder ikke for søknader om tilgang til serviceanlegg og tjenester i disse.

Reglene for deling av infrastrukturkapasitet inneholder egne bestemmelser som angir i hvilke tilfeller Bane NOR kan prioritere tjenester i fordelingsprosessen. Det gjelder adgangen til å

³⁰ Vedtak av 8. juli 2021 etter klage fra Flytoget om plassering av flytogterminalen på Oslo S.

³¹ Brev fra Bane NOR til SJT av 14. mars 2022, saksref. 202202172-2, side 4-5.

reservere kapasitet i visse tilfeller etter § 8-8 andre ledd, og ved bruk av prioriteringskriteriene i § 9-5. Dette følger av § 8-6 andre ledd.

I vedtak fra 11. desember 2020 etter klage fra Vy presiserte vi at vår forståelse av jernbaneforskriften er at Bane NOR ikke kan innføre begrensninger for hva det kan søkes om og hvordan kapasiteten vil fordeles på ulike transporttyper uten hjemmel for dette.³² I dette vedtaket skrev vi også at Bane NOR ikke kan forhåndsdefinere og praktisere begrensninger ved fordeling av infrastruktur som strider mot jernbaneforskriftens ufravelige regler.³³ Etter SJTs vurdering kan ikke Bane NOR reservere infrastrukturkapasitet til Flytoget i kapasitetsfordelingsprosessen med mindre det finnes hjemmel for dette.

I Flytogets merknader til varsel om vedtak skriver de at de ikke er enig i at dersom Bane NOR tar hensyn til inngåtte avtaler, er dette en begrensning i søknadsprosessen. Vårt poeng er at dersom Bane NOR reserverer visse deler av infrastrukturkapasiteten til Flytoget i fordelingsprosessen, vil det gjøre denne infrastrukturkapasiteten utilgjengelig for andre søkere. Dette vil være i strid med § 8-6 første ledd og § 8-8 første ledd. Det er heller ikke mulig å avtale seg bort fra jernbaneforskriftens preceptoriske (ufravelige) regler om kapasitetsfordeling.

Flytogets avtalebaserte rettigheter består av [trafikkavtalen](#) med Samferdselsdepartementet fra 2013,³⁴ avtale om fortrinnsrett ved ruteplanleggingen for strekningen Etterstad-Gardermoen³⁵ og avtale om flytogterminalen på Oslo S.³⁶ Se SJTs vedtak fra 8. juli 2021 punkt 9.2 til 9.4 for ytterligere gjennomgang av Flytogets avtalebaserte rettigheter.

I St.prp. nr. 53 (1999-2000) punkt 6.3 står det at standarden på flytogterminalene har stor betydning for Flytogets merkevarebygging og at Flytoget bør inngå avtaler med eierne om spesielle krav til leieforholdet.³⁷ Med bakgrunn i dette ble det inngått en avtale mellom Flytoget og NSB BA Eiendom om flytogterminalen på Oslo S. Avtalen angir krav til drift og vedlikehold av flytogterminalen, hvilke arealer Flytoget disponerer eksklusivt og sammen med andre, hvilken medbestemmelse Flytoget har på hvordan terminalen disponeres og hvilke økonomiske forpliktelser som gjelder, se avtalens punkt 1. Avtalen regulerer Flytogets rettigheter når det gjelder tilgang til stasjonstjenester inne på Oslo S, men avtalen regulerer ikke Flytogets rett til jernbaneinfrastrukturen som er tilknyttet stasjonen. Som nevnt ovenfor gjelder det ulike regler for tilgang til infrastruktur, og tilgang til serviceanlegg som stasjoner.

Trafikkavtalen fra 2013 gir Flytoget fortrinnsrett til tilbringertransport med tog på strekningen Oslo Lufthavn-Oslo S og Oslo S-Asker, jf. avtalens punkt 7.1. Avtalen baserer seg på krav i forordning (EU) 1370/2007 (kollektivtransportforordningen). I henhold til trafikkavtalen skal Flytoget kontinuerlig arbeide for at kollektivandelen i tilbringertransporten til OSL skal økes i relasjon til andre transportformer. Videre skal Flytogets tilbud være pålitelig og oppleves som enkelt, og driften skal være effektiv og lønnsom. Tilgang til plattformer og egnede plattformspor på Oslo S er en forutsetning for å kunne frakte passasjerer fra Oslo S til og fra Oslo Lufthavn. Det fremgår også av punkt 7.2 i avtalen at Flytogets plikt til å utføre persontransporten bygger på forutsetningen om at Jernbaneverket (nå Bane NOR) gir Flytoget infrastrukturkapasitet i

³² Vedtaket s. 13

³³ Vedtaket s.16

³⁴ [Avtale om konsesjon for utførelse av persontransport med tog som offentlig tjeneste i 2013-2028](#) inngått mellom Samferdselsdepartementet og Flytoget AS.

³⁵ Avtale mellom tidligere Jernbaneverket og Flytoget av 6. februar 2003 vedrørende prioritet på strekningen Etterstad-Gardermoen (Gardermoenbanen).

³⁶ Avtale mellom NSB BA Eiendom (NSB) og Flytoget AS vedrørende flytogterminalen på Oslo S datert 25. januar 2001.

³⁷ <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/stprp-nr-52-1999-2000/-id203026/>

samsvar med kravene i trafikkavtalen. Videre skriver Flytoget i sin klage at forvirringen blant kundene på Oslo S gjør det veldig vanskelig for Flytoget å oppfylle transportoppdraget. Vi mener likevel at avtalen ikke gir fortrinnsrett til spesifikke plattformspor på stasjoner. Selv om det kan være en konsekvens av sporfordelingen på Oslo S at Flytogets transportoppdrag kan bli skadelidende, innebærer ikke dette at avtalen gir Flytoget fortrinnsrett på spesifikke spor.

Avtalen om fortrinnsrett ved ruteplanleggingen på strekningen Etterstad-Gardermoen, omfatter i utgangspunktet ikke rettigheter på Oslo S etter avtalens ordlyd. Etterstad er imidlertid ikke en stasjon, så det er rimelig å anta at formålet med avtalen var at Flytoget skulle få prioritet på strekningen Oslo S-Gardermoen. Bane NOR legger til grunn at avtalen også gjelder strekningen Etterstad-Oslo S, se NS 2022 punkt 4.4.1. Avtalen gir Flytoget «fortrinnsrett ved ruteplanlegging for strekningen Etterstad-Gardermoen», slik at de «kan ha regelmessige avganger inntil 6 ganger i timen i hver retning». Denne avtalen er i Network Statement 2022 punkt 4.4.1 omtalt som en rammeavtale. Rammeavtaler er definert i jernbaneforskriften § 1-7 bokstav t. som «en rettslig bindende generell avtale inngått på offentlig- eller privatrettslig grunnlag som fastsetter rettighetene og pliktene til en søker og infrastrukturforvalter med hensyn til den infrastrukturkapasitet som skal fordeles (...)». Betydningen av at det er en rammeavtale er imidlertid etter vårt syn underordnet i denne saken, ettersom vi mener innholdet i avtalen uansett er avgrenset til å gjelde fortrinnsrett til å kjøre inntil 6 ganger i timen mellom Oslo S og Gardermoen. Så lenge Flytoget får tildelt et spor som er egnet til å oppfylle dette kravet, følger det etter vår tolkning av avtalen ikke noen ytterligere fortrinnsrett til den øvrige fordelingen av infrastrukturen.

Flytoget skriver i kommentarene til varselet at deres avtaleverk må ses i sammenheng, slik at et egnet spor kun vil være et spor som er tilknyttet flytogterminalen. Etter det SJT har fått fremlagt av dokumentasjon er det ingen tegn til at noen av partene i avtalene hadde sett for seg eller tatt høyde for situasjonen som har oppstått i dag ved inngåelsen av avtalene. Etter vår vurdering er problemstillingen som har oppstått i denne saken noe som faller utenfor Flytogets avtaler. I stasjonsavtalen punkt 5 forutsettes det at endringer i terminalen skal tas opp til drøfting før planlegging iverksettes og godkjennes av Flytoget. Det er mulig at det ved avtaleinngåelsen var tenkt at problemer som følger av flytting av terminalen, ville blitt fanget opp i prosessen med endring av flytogterminalen. SJT finner uansett ikke grunnlag for å tolke noen av Flytogets avtaler, verken isolert eller i sammenheng, slik at Flytoget har fortrinnsrett til spesifikke spor i kapasitetsfordelingsprosessen. Reglene for fordeling av infrastrukturkapasitet i jernbaneforskriften stiller som nevnt strenge krav til Bane NOR når det gjelder fordeling og prioritering av ruteleier. Som redegjort for i punkt 5.2 ovenfor kan Flytoget søke om spesifikke plattformspor på Oslo S i den årlige kapasitetsfordelingsprosessen, og det følger av § 8-6 første ledd at Bane NOR så langt som mulig skal imøtekomme alle søknader om infrastrukturkapasitet.

Flytogets transportoppdrag og avtalefestede rettigheter skal etter vår vurdering tas hensyn til i andre deler av i kapasitetsfordelingsprosessen. For eksempel er dette «forhold» Bane NOR må ta hensyn til etter § 8-6 første ledd, og i samordnings- og tvisteløsningsprosessen ved interessekonflikter. I tillegg vil Flytogets ruteleier som inngår i kontrakt med staten om offentlig tjenesteyting falle inn under punkt 1 i prioriteringslisten i § 9-5 første ledd.

Konklusjon: Flytogets avtalebaserte rettigheter og transportoppdrag gir ikke fortrinnsrett til spesifikke plattformspor på Oslo S i den årlige kapasitetsfordelingsprosessen. Avtalene og oppdraget er likevel relevante «forhold» som Bane NOR må ta hensyn til i

kapasitetsfordelingsprosessen, jf. § 8-6 første ledd og ved bruk av prioriteringskriterier etter § 9-5 første ledd punkt 1. SJT tar ikke til følge Flytogets klage over at Bane NOR ikke har tatt tilstrekkelig hensyn til Flytogets transportoppdrag og at dette utgjør en saksbehandlingsfeil ved Bane NORs beslutning om tildeling av spor.

5.5. Har interessekonflikten i denne saken blitt behandlet i tråd med reglene i jernbaneforskriften kapittel 9?

5.5.1. Skal klagen ikke tas til følge siden Flytoget sendte informasjon etter at fristen for å melde om interessekonflikter utløp?

I møte med SJT 7. april 2022 forklarte Bane NOR at de har behov for en absolutt frist for å melde om interessekonflikter under kapasitetsfordelingsprosessen og at fristen for å sende kommentarer til forslag til ruteplan er en slik frist.³⁸ Siden Flytoget sendte sitt brev om behov for å samle alle Flytogets avganger fra spor 10 12. august 2021, tre dager etter at Bane NORs frist for å melde om interessekonflikter utløp, mener Bane NOR at det ikke foreligger en interessekonflikt mellom søknader og at alle søknader fra Flytoget er imøtekommet. SJT forstår dette som at Bane NOR mener at klagen fra Flytoget til SJT derfor ikke skal tas til følge. Det at Flytoget sendte sitt brev etter at fristen 9. august utløp førte videre ifølge Bane NOR til at de vurderte at det ikke var behov for en samordning. Høringen av utkast til ruteplan sendes ut i begynnelsen av juli og Bane NOR mener at Flytoget dermed hadde anledning til å melde inn en interessekonflikt innen fristen.³⁹

Flytoget har opplyst om at sportilgang på Oslo S ikke ble tatt opp med Bane NORs innen fristen for å melde om interessekonflikter. De har forklart at det er fordi «datagrunnlaget» ikke var til stede da den nye Flytogterminalen først åpnet samme dag som fristen utløp.⁴⁰

I denne saken finner vi ikke noe som taler for at Bane NOR i praksis har lagt til grunn at fristen er absolutt. I de tidsnære brevene og møtereferatene som Bane NOR sendte til Flytoget etter 9. august 2021, kan vi ikke se at Bane NOR har hevdet at fristen er absolutt. Det er heller ikke sagt til Flytoget at de har overskredet en frist. Tvert imot har Bane NOR behandlet Flytogets melding av 3. september 2021 om tvist i saken i tvisteløsningsordningen og gjort en beslutning i tvisten. Dette selv om en samordning ikke ble gjennomført. Siden Bane NOR selv ikke har behandlet fristen som absolutt, kan vi ikke se at det i vår klagesak er relevant at Flytoget sendte sitt brev om sportilgang til Bane NOR først 12. august 2021.

SJT oppfordrer Bane NOR til å gi tydelig informasjon i fremtidige nettveiledninger om fristen for når interessekonflikter skal meldes om under den årlige fordelingsprosessen og om fristen er absolutt. Etter vår oppfatning er ikke informasjon om fristen tydelig i nettveiledningen for 2022. Konsekvensene av å overskride fristen kommer heller ikke frem. Ifølge jernbaneforskriften § 5-2 c) skal nettveiledningen inneholde nærmere opplysninger om framgangsmåter og frister i forbindelse med kapasitetsfordelingsprosessen. I tillegg til å opplyse om frister, bør Bane NOR opplyse om hvordan de vil behandle nye opplysninger som er relevante og utenfor søkeres kontroll, slik som var tilfellet i denne saken.

³⁸ I nettveiledningen for 2022 står fristen 9. august i del 4.5.1.4 Tidsplan for kapasitetsfordelingsprosessen. I kommentaren til fristen står det at forslag til ruteplan og oppdatert forslag BTP R22 skal være Bane NOR i hende innen kl. 09.00 9. august 2021. Under del 4.5.1.3 Beskrivelse av kommentarer til forslag til ruteplan i nettveiledningen for 2022 står følgende: *Merk: Dersom høringskommentarene medfører en interessekonflikt, starter en samordningsprosess.*

³⁹ Referat av 27. april 2022 fra møte mellom Bane NOR og SJT 7. april 2022, saksnr. 22/16-23, side 4.

⁴⁰ Brev fra Brækhus Advokatfirma DA på vegne av Flytoget av 27. april 2022, side 2.

Konklusjon: Vi kan ikke se at Bane NOR i denne saken har praktisert en absolutt frist. Vår vurdering er derfor at selv om Flytoget sendte informasjon etter at fristen 9. august 2021 utløp, fører ikke dette til at Flytogets klage ikke skal tas til følge.

5.5.2. Bane NORs bruk av tvisteløsningsordning

Flytoget klager på Bane NORs tvisteløsning for ruteplan R22. Klagen gjelder Bane NORs vurdering av sportilgang på Oslo S i forbindelse med flyttingen av Flytogterminalen. For R22 har Flytoget på hverdager fått tildelt fem avganger fra spor 10 på Oslo S og en avgang fra spor 14. På søndager har de blitt tildelt tre avganger fra spor 10 og tre avganger fra spor 14. Ifølge Flytoget fører det at deres tog kjører fra forskjellige plattformer til negative kundeopplevelser og skaper en kundeflyt med stor friksjon. Flytoget mener derfor at sportilgangen på Oslo S som de har fått av Bane NOR gjør det «ekstremt» krevende å oppfylle Flytogets transportoppdrag, hvor det i Flytogets trafikkavtale understrekes at «togtilbudet skal være pålitelig og oppleves som enkelt».

Bane NOR skal i henhold til jernbaneforskriften § 9-2 opprette en ordning for å finne en hurtig løsning på tvister som oppstår i forbindelse med fordeling av infrastrukturkapasitet. Ordningen skal fremgå av nettveiledningen.⁴¹

I denne saken meldte Flytoget om tvist 3. september 2021, det ble avholdt et tvisteløsningsmøte mellom Bane NOR og Flytoget 16. september 2021 og Bane NOR fattet sin beslutning i tvisten 17. september 2021. Andre søkere ble ikke involvert i tvisten.

Bane NOR har i sine merknader til varsel omtalt Flytogets brev av 3. september 2021 som en «henvendelse» som de valgte å se på og behandlet parallelt med den øvrige tvisteløsningen. Slik vi forstår dette, mener Bane NOR at de ikke har gjennomført en tvisteløsning. For SJT er det klart at Flytoget meldte om to tvister i sitt brev av 3. september, en tvist som gjaldt konflikt for avgang 3520 og en tvist som gjaldt «forholdet til flytogplattform». I sitt brev av 17. september 2021 bekrefter også Bane NOR at de har «mottatt to saker som ønskes behandlet gjennom tvisteløsningsordningen», konflikt for avgang 3520 og «forholdet til flytogplattform / sporbruk Oslo S». Vi opprettholder derfor vår vurdering av at Bane NOR i denne saken har gjennomført en tvisteløsning.

Siden tvisteløsningen i saken kun foregikk mellom Bane NOR og Flytoget, vurderer vi at Bane NOR ikke gjennomførte tvisteløsningen i henhold til jernbaneforskriften og hvordan ordningen er beskrevet i nettveiledningen. Tvisteløsningen er en forlengelse av samordningsprosessen, og samordning forutsetter en interessekonflikt mellom «innbyrdes motstridende søknader», jf. definisjonen av samordning i § 1-7 bokstav s. Dette forutsetter konflikt mellom minst to søkere. Vi kan ikke se at Bane NOR sendte en kopi av Flytogets brev av 3. september 2021 til søkere som «vil få sin infrastrukturkapasitet endret dersom søkers klage imøtekommes», eller på andre måter søkte å involvere andre søkere i tvisten. Samtidig presenterte Bane NOR en rekke konsekvenser av å imøtekomme Flytogets krav i møtet 16. september 2021. Disse konsekvensene ble ikke tatt med i Bane NORs endelige beslutning i tvisten, men det ble vist til dem i Bane NORs beslutningsbrev. I referatet fra tvisteløsningsmøtet er de oppstilt slik:

⁴¹ Bane NORs tvisteløsningsordning er i nettveiledningen for 2022 beskrevet i del 4.5.5. Der står det at tvisteløsningsordningen trer i kraft etter skriftlig krav fra søker som er uenig i forslag til ruteplan etter gjennomført samordning. I del 4.5.5.3 står det at søkere som vil få sin infrastrukturkapasitet endret dersom søkers klage imøtekommes, må innen to virkedager etter mottatt kopi av klage ha levert sitt eventuelle tilsvarende til første søkers klage. I del 4.5.5.4 står det videre at Bane NOR vurderer kravet og eventuelle tilsvarende og fatter sin beslutning på grunnlag av føringer gitt i lov, forskrift og Network Statement, samt krav og tilsvarende.

- Lokaltog til Lillestrøm får ulik sporbruk (spor 9, 11, 12 og 13).
- Tett trafikk i spor 13. Det er teoretisk mulig, men lite robust.
- Spor 9 som også er mye brukt til gjennomkjørspor for godstog o.a. blir belagt så å si hele tiden.
- OBS! Tog 854 ank. kl. 07.45 må kjøre til nordre sporgruppe (spor 4, kryssende togvei)
- Det er mer 'krevende' å kjøre fra Lodalen til spor 10 enn å kjøre til spor 14. Gjelder togene 3887, 3895 og 3899
- Flytogene taper litt tid ved å kjøre fra spor 9, de kommer senere opp i full hastighet p.g.a overkjøring fra HB til GMB i Brynsbakken.
- Det samme i Brynsbakken gjelder for ankommende tog til spor 9.
- Til slutt det verste: Det blir veldig mange tilfeller med bare ett minutt forskjell og kryssende togvei mellom avg. lokaltog til HB og tog til GMB (Flytog fra spor 9/10 og lokaltog fra spor 12/13).

Bane NOR presenterte disse konsekvensene i møte med SJT den 7. april 2022.⁴² Som en kommentar til Bane NORs presentasjon og referatet fra møtet, uttalte Flytoget at de mener at det kan finnes i hvert fall to mulige løsninger for å samle Flytogets nordgående avganger på spor 10 uten de problemene Bane NOR skisserer.⁴³ I sine merknader til varsel gir Bane NOR uttrykk for at de ikke kan se slike mulige løsninger og at de mener at disse ikke er blitt presentert for dem. I sine kommentarer til Bane NORs merknader til varsel, skriver Flytoget at de i rutefordelingsprosessen for R23 allerede har fått gjennomslag for at enkelte tog kan løses på den eksakte måten som skisseres. Flytoget mener fortsatt det er flere tog som skal løses på tilsvarende måte.⁴⁴ SJT tar ikke stilling til hvilke mulige løsninger som finnes, men mener at uenigheten mellom Bane NOR og Flytoget illustrerer viktigheten av at det gjøres reelle vurderinger av alternative løsninger av interessekonflikter som en del av samordningen og tvisteløsningen. For at det skal være mulig, må alle berørte søkere inkluderes i samordningen og tvisteløsningen.

Ifølge Bane NORs beskrivelse av tvisteløsningsordningen i nettveiledningen, skal Bane NOR treffe sin beslutning «på grunnlag av føringer gitt i lov, forskrift og Network Statement, samt krav og tilsvaer». Bane NOR mottok ikke tilsvaer fra andre søkere i tvisten og de opplistede konsekvensene kommer ikke av føringer gitt i lov, forskrift og Network Statement. Det fremstår derfor for oss som at Bane NOR har truffet sin beslutning i tvisten på grunnlag av føringer og hensyn som det etter Bane NORs egen beskrivelse ikke er anledning til.

Vår vurdering er at Bane NOR ikke gjennomførte tvisteløsning i saken i tråd med jernbaneforskriften § 9-2 om tvisteløsningsordningen. Det er på bakgrunn av at Bane NOR ikke involverte andre søkere i tvisteløsningen om tildelingen av plattformspor på Oslo S. I tillegg er beslutningen fattet på andre grunnlag enn føringer gitt i lov, forskrift og NS2022 og Flytogets melding om tvist og andre søkeres tilsvaer til denne.

Konklusjon: Bane NORs gjennomføring av tvisteløsning om tildeling av plattformspor på Oslo S ble ikke gjort i tråd med tvisteløsningsordningen beskrevet i nettveiledningen og er dermed ikke i tråd med jernbaneforskriften § 9-2. Tvisteløsningen involverte heller ikke andre søkere enn Flytoget. Vår konklusjon er derfor at Bane NOR har brutt jernbaneforskriften § 9-2.

⁴² Referat av 27. april 2022 fra møte mellom Bane NOR og SJT 7. april 2022, saksnr. 22/16-23, side 2.

⁴³ E-post fra Brækhus Advokatfirma DA av 1. juli 2022.

⁴⁴ E-post fra Brækhus Advokatfirma DA til SJT av 26. august 2022.

5.5.3. Manglende gjennomføring av samordning

Bane NOR har opplyst SJT om at det ikke ble gjennomført en samordning av søknader om plattformspor på Oslo S i forbindelse med den årlige fordelingsprosessen for R22. Grunnen er at Flytoget ikke rakk høringsfristen.⁴⁵ Selv om det ikke ble gjennomført en samordning, valgte Bane NOR å gjennomføre tvisteløsning.

Som nevnt over i punkt 5.5.1, mener vi at Bane NOR ikke har praktisert en absolutt frist for å melde om interessekonflikter. Av dokumentasjonen som vi har mottatt i saken, kan vi heller ikke se at det er kommunisert at grunnen for at det ikke gjennomføres en samordning er at Flytoget har overskredet fristen 9. august 2021. Det ble heller ikke kommunisert i forbindelse med Flytogets melding om tvist av 3. september 2021. Tvert imot valgte Bane NOR å gjennomføre en tvisteløsning i saken.

I sine merknader til varsel opprettholder Bane NOR sitt syn om at det i dette tilfellet ikke forelå interessekonflikt. Bane NOR mener at SJT synes å legge avgjørende vekt på at Bane NOR valgte å behandle Flytogets henvendelse, og at det ble gjort i forbindelse med tvisteløsningen. Vi ønsker her å presisere at vår vurdering er at siden Bane NOR valgte å gjennomføre en tvisteløsning om tildelingen av plattformspor, tilsier dette at Bane NOR behandlet saken som en interessekonflikt. Reglene for hvordan Bane NOR skal behandle interessekonflikter fremgår av jernbaneforskriften kapittel 9. Siden Bane NOR ikke gjennomførte en samordning for interessekonflikten, er det SJTs oppfatning at interessekonflikten om tildeling av plattformspor på Oslo S ikke ble behandlet i tråd med kravene i jernbaneforskriften. I tilfelle interessekonflikt, skal en samordning alltid gjennomføres som et første skritt for å løse konflikten.⁴⁶

Bane NOR gir i sine merknader til varsel uttrykk for at de mener at de heller ikke gjennomførte en tvisteløsning i denne saken, men at de håndterte Flytogets henvendelse «parallelt med den øvrige tvisteløsningen». I de tidsnære brevene og møtereferatene som Bane NOR sendte til Flytoget etter at Flytoget meldte om tvist, kan vi ikke se at Bane NOR ga uttrykk for at Flytogets melding om tvist ikke kom til å bli behandlet eller at prosessen som ble gjennomført ikke var ment som en ordinær tvisteløsning. Vi opprettholder derfor vår vurdering av at Bane NOR i denne saken har gjennomført en tvisteløsning uten å først ha gjennomført en samordning.

Konklusjon: Siden Bane NOR valgte å ikke gjennomføre en samordning, ble ikke interessekonflikten om tildeling av plattformspor på Oslo S for ruteplanperioden R22 behandlet i tråd med kravene for behandling av interessekonflikter i jernbaneforskriften. Vår konklusjon er derfor at Bane NOR har brutt jernbaneforskriften § 9-1 om samordning.

5.5.4. Erklæringer av overbelastning i forbindelse med interessekonflikter hvor det er søkt om spesifikke spor på stasjoner

Vi har ovenfor i punkt 5.5.3 og 5.5.2 konkludert med at Bane NOR har brutt jernbaneforskriften ved å ikke gjennomføre en samordning og ved å ikke bruke tvisteløsningsordningen på riktig måte. Videre løste ikke tvisteløsningen interessekonflikten om tildelingen av plattformspor på Oslo S. Dette står i Bane NORs beslutning i tvisten av 17. september 2021, hvor Bane NOR skriver «Bane NOR kan ikke, begrunnet i det ovenstående, imøtekomme Flytoget sitt ønske om at alle flytog vil ha avgang fra samme plattform».⁴⁷

⁴⁵ Brev fra Bane NOR til SJT av 14. mars 2022, saksref. 202202172-2, side 2.

⁴⁶ Se vårt vedtak fra 11. desember 2020 s. 14.

⁴⁷ Brev med saksref. 202012686-17 fra Bane NOR til Flytoget av 17. september 2021, side 3.

Jernbaneforskriften har klare bestemmelser om hva konsekvensene skal være av at infrastrukturforvalter og involverte søkere ikke blir enige når det har oppstått en interessekonflikt, se jernbaneforskriften § 9-3. Bane NOR skal umiddelbart erklære den berørte jernbaneinfrastrukturen som overbelastet dersom det etter samordning og samråd med søkerne ikke er mulig å imøtekomme alle søknader om infrastrukturkapasitet i tilstrekkelig omfang. Etter at den berørte jernbaneinfrastrukturen har blitt erklært overbelastet, skal Bane NOR i henhold til jernbaneforskriften § 9-5 fordele infrastrukturkapasitet på den berørte jernbaneinfrastrukturen ved bruk av prioriteringskriterier.

Bane NOR erklærte ikke den berørte infrastrukturen på Oslo S for overbelastet, selv om Flytogets søknad om spor ikke ble imøtekommet. Dette kan vurderes som et mulig brudd på jernbaneforskriften, men vi vurderer ikke dette nærmere da det ligger utenfor det Flytoget har klaget over.

Vi vil likevel veilede Bane NOR om hvordan reglene om erklæring av overbelastning skal forstås. Det er på grunn av at Bane NOR i møte med 7. april 2022 forklarte at det i saken ikke ble gjort en vurdering av om det var behov for en erklæring av overbelastning, og at det uansett ikke ville ha endret noe i forhold til den allerede erklærte overbelastningen på Oslo S etter konflikten fra R21. I det samme møtet ga Bane NOR uttrykk for at dersom Flytoget søker om spesifikke spor for R23 vil det etter samordning og tvisteløsning sannsynligvis ende med at hele Oslo S blir erklært overbelastet hele døgnet.⁴⁸

I punkt 5.2 har vi konkludert med at søkere har rett til å søke som spesifikke plattformspor på stasjoner. Vi har videre også konkludert med at dersom det oppstår interessekonflikter i forbindelse med søknader hvor det er søkt om spesifikke spor på stasjoner, så skal disse interessekonfliktene håndteres ved bruk av «oppskriften» i jernbaneforskriften kapittel 9. Rekkefølgen i kapittel 9 er at det først skal gjennomføres en samordning, deretter en tvisteløsning dersom søkere ber om det og til slutt en erklæring av overbelastning og bruk av prioriteringskriterier.⁴⁹ Siden søkere har rett til å søke om spesifikke plattformspor på stasjoner, skal samordning, tvisteløsning og bruk av prioriteringskriterier også brukes når det oppstår interessekonflikter i forbindelse med søknader om spesifikke spor. Bane NORs forståelse av hva konsekvensene vil være av en erklæring av overbelastning i denne saken, tar vi som et uttrykk for at Bane NORs gjeldende fordelingsprosess ikke er tilpasset til å håndtere mulige interessekonflikter mellom søknader om spesifikke plattformspor i stasjoner.

Vi vil presisere at erklæringer av overbelastning etter jernbaneforskriften § 9-3 gjelder «den berørte jernbaneinfrastrukturen» (vår understreking). I denne saken synes den «berørte jernbaneinfrastrukturen» å ha vært spor 9 på Oslo S, som Flytoget ønsker å benytte som vendespor for sine flytog mellom Oslo S og Oslo Lufthavn, men som Bane NOR har tildelt Vy som ønsker å bruke sporet som gjennomskjøringsspor for trafikk som skal igjennom Oslo-tunnelen. Dersom spor 9 er «den berørte infrastrukturen», betyr det sannsynligvis at en erklæring av overbelastning kun vil gjelde dette sporet og at infrastrukturkapasiteten på sporet etter erklæringen skal fordeles ved bruk av jernbaneforskriften § 9-5. Siden alle de aktuelle togene i konflikten er tog som inngår i kontrakt med staten om offentlig tjenesteyting, vil en slik konflikt sannsynligvis måtte løses ved bruk av jernbaneforskriften § 9-5 andre ledd (samfunnsøkonomisk analyse).

⁴⁸ Referat med saksref. 22/16-23 av 27. april 2022 fra møte 7. april 2022 mellom Bane NOR og SJT, side 4.

⁴⁹ Jernbaneforskriftens prosess for håndtering av interessekonflikter er også beskrevet nærmere i SJTs vedtak av 11. desember 2020 etter klage fra Vygruppen AS, hvor SJT også ga veiledning om hvordan regelverket er å forstå. Se blant annet side 14 i vedtaket.

Vi mener det er viktig for en effektiv utvikling av jernbanenettet som Bane NOR forvalter at faktiske overbelastninger i infrastrukturen blir gjort synlige. Det vil gi incentiver til å gjøre investeringer i infrastrukturen der hvor søkere faktisk etterspør kapasitet som ikke kan imøtekommes på grunn av manglende tilbud på kapasitet. En erklæring av overbelastning kan være en uønsket løsning både for søkere og Bane NOR, men skal blant annet sikre at fordelingen av den knappe kapasiteten på den berørte infrastrukturen fordeles til det beste for samfunnet i påvente av at overbelastningen reduseres eller kapasiteten økes. Den eneste måten å unngå en erklæring om overbelastning på, er at Bane NOR og søkere blir enige om akseptable løsninger for alle gjennom samordningsprosessen og tvisteløsningen. Det krever at samordningsprosessen gjennomføres på en måte som involverer alle søkere med «innbyrdes motstridende» søknader, og at alternative tildelinger vurderes i prosessen. I denne saken fremstår det for oss som at Bane NOR kun har vurdert om en allerede etablert/historisk ruteplan er mulig å gjenskape dersom Flytoget får sine avganger samlet fra en plattform på Oslo S.

Oppsummering: Erklæringer av overbelastning etter jernbaneforskriften § 9-3 gjelder «den berørte jernbaneinfrastrukturen». I forbindelse med interessekonflikter som gjelder spesifikke spor og plattformer på stasjoner, mener vi at «den berørte jernbaneinfrastrukturen» kan være de spesifikke sporene og plattformene som interessekonflikten gjelder. Når en interessekonflikt ikke lar seg løse, skal Bane NOR erklære «den berørte jernbaneinfrastrukturen» overbelastet i tråd med jernbaneforskriften § 9-3.

5.5.5. Koordineringsplikt mellom infrastrukturforvalter og driver av serviceanlegg

Flytoget har i denne saken vist til SJTs vedtak av 8. juli 2021 punkt 9.3 hvor SJT skrev at «Bane NOR som driver av serviceanlegg og Bane NOR som infrastrukturforvalter må koordinere sine prosesser på en måte som gjør at jernbaneforetakene får nødvendig forutsigbarhet i serviceanlegget når det skjer sporendringer». Denne plikten følger blant annet av forskrift om gjennomføring av forordning (EU) 2017/2177 om tilgang til serviceanlegg og jernbanerelaterte tjenester (serviceanleggforskriften).⁵⁰ I forordningen er koordineringsplikten beskrevet i artikkel 7 nr. 2. Der står det at drivere av serviceanlegg og infrastrukturforvaltere skal om nødvendig samarbeide med sikte på å sikre at tildelingene av infrastrukturkapasitet og kapasitet i serviceanlegg er forenlige.

Bane NOR mener på sin side at enhver fordeling av infrastrukturkapasitet skal skje strengt etter reglene i jernbaneforskriften kapittel 8 og 9, og at det ikke er anledning til å hensynta annet enn det er hjemmelsgrunnlag for der. Bane NOR viser her til SJTs vedtak av 11. desember 2020 etter klage fra Vygruppen AS.

Vi mener at bestemmelsene i serviceanleggforskriften og i jernbaneforskriften kapittel 4, 8 og 9 må sees i sammenheng. Poenget med bestemmelsene er å hindre at infrastrukturforvalter og driver av serviceanlegg fordeler infrastrukturkapasitet og kapasitet inne på serviceanlegg uavhengig av hverandres beslutninger. Dette fremgår blant annet av punkt 10 i fortalen til serviceanleggforordningen, som understreker at det er viktig at driver av serviceanlegg og infrastrukturforvalter kommuniserer, for å sikre at «scheduled train paths and scheduled slots in service facilities are consistent so as to enable smooth and efficient train operations». Etter

⁵⁰ Forskrift 8. juli 2021 nr. 2364 om gjennomføring av forordning (EU) 2017/2177 om tilgang til serviceanlegg og jernbanerelaterte tjenester.

jernbaneforskriften § 8-6 første ledd skal også Bane NOR ta hensyn til alle forhold søkerne kan bli stilt overfor, noe som inkluderer konsekvenser for søkerens tilgang til serviceanlegg.

Det er viktig at Bane NOR er bevisst denne plikten. Etter vårt syn virker det ikke som at Bane NOR tok dette i betraktning i forbindelse med beslutningen om å flytte på Flytogets avganger på Oslo S. Bakgrunnen for beslutningen var Follobanens tilkobling til Oslo S, og beslutningen ble tatt lenge før det var avklart om det ville være mulig å flytte på Flytogterminalen. Det kan fremstå som at Bane NOR tok beslutningen utfra en antagelse om at det ikke var behov for en nærhet mellom Flytogterminalen og Flytogets plattformer. Det kan derfor synes som at det var en mangel på koordinering mellom infrastrukturforvalter og driver av serviceanlegg i forbindelse med Bane NORs beslutning om å flytte på Flytogets avganger.

Manglende kobling mellom Flytogets plattformer og stasjonsområder ble rettet opp med SJTs vedtak av 8. juli 2021. Resultatet etter vedtaket var at Flytoget fikk stasjonsområder i nærheten av både spor 10 og spor 14. Så lenge dette er tilfellet, kan det vanskelig sies at Bane NOR fortsatt bryter koordineringsplikten.

Ovenfor i punkt 5.2 har vi konkludert med at alle søkere har rett til å søke om tilgang til spesifikke plattformspor. Det vil si at Flytoget har rett til å søke om å få alle avganger samlet fra samme plattformspor. Dette er uavhengig av hvilken plattform Flytoget ønsker å få samlet sine avganger fra, og gjelder også om de ønsker å få alle sine avganger flyttet tilbake til plattformspor 13 og 14. Bane NOR har uansett plikt til å behandle Flytogets søknad om infrastrukturkapasitet slik at jernbaneforskriften § 8-6 oppfylles. Flytoget bør i den forbindelse begrunne behovet for spesifikke plattformspor og plattformer i søknaden om infrastrukturkapasitet i den årlige ruteplanprosessen, og Bane NOR må ta med dette i sin vurdering etter § 8-6 av «forhold» søkerne kan bli stilt overfor.

Dersom det oppstår interessekonflikter med søknader fra andre jernbaneforetak, er det derimot ingen automatikk i at Flytoget skal få innvilget en søknad om infrastrukturkapasitet som innebærer at avgangene samles. Når Bane NOR har fulgt prosessen for interessekonflikter i kapittel 9 fullt ut og fordelt ruteleiene etter jernbaneforskriften § 9-5, slår koordineringsplikten mellom infrastrukturforvalter og driver av serviceanlegg igjen inn ved at det må sikres en sammenheng mellom stasjonsområder og plattformspor for de søkerne som søker om dette. Eksempelvis ved at Flytogets tilstedeværelse ved to områder inne på Oslo S opprettholdes dersom resultatet fortsatt er spor 10 og 14.

Videre har Flytoget i sine merknader til varsel om vedtak gitt uttrykk for at de mener vedtaket i denne saken bør tydeliggjøre hvordan koordineringsplikten til Bane NOR skal forstås dersom det oppstår misforhold mellom samordning etter serviceanleggforskriften artikkel 10 og 11 og jernbaneforskriften kapittel 8 og 9. Flytoget mener at dersom disse fordelingsprosessene kjøres isolert kan man havne i en situasjon hvor samarbeidsplikten etter serviceanleggforskriften artikkel 7 blir tilnærmet umulig å overholde.

Reglene i jernbaneforskriften kapittel 8 og 9 er redegjort for over i del 4.1.

Når det gjelder fordeling av kapasitet i serviceanlegg, skal driver av serviceanlegg etter artikkel 10 i forordningen forsøke å samordne eventuelle kolliderende søknader. Bestemmelsen stiller detaljerte krav til hvordan samordningen skal gjøres. Dersom søkerne ikke blir enige i samordningen, kan driveren av serviceanlegget bestemme prioriteringskriterier som da avgjør

hvordan kapasiteten på serviceanlegget skal fordeles. Dette følger av artikkel 11 i forordningen, som også stiller krav til at prioriteringskriteriene skal være ikke-diskriminerende og objektive.

I serviceanleggsbeskrivelsen skal driver av serviceanlegget angi en beskrivelse av samordningsprosedyren omtalt i artikkel 10, og prioriteringskriterier angitt i artikkel 11. Dette følger av artikkel 4 nr. 2 bokstav k. i serviceanleggforskriften. Så vidt vi vet, er serviceanleggsbeskrivelsen til Oslo S⁵¹ mangelfull på dette punkt. Bane NOR som driver av Oslo S oppfyller per i dag trolig ikke kravene til serviceanleggsbeskrivelsen i artikkel 4 i forordningen.

Ettersom prosedyren for samordning og prioriteringskriteriene for Oslo S ikke er på plass, vil vi i denne saken ikke å gå nærmere inn på hva utfallet av et eventuelt misforhold mellom prioriteringskriteriene etter serviceanleggforskriften og etter jernbaneforskriften ville blitt. Etter artikkel 11 i serviceanleggforordningen kan driveren selv bestemme hvilke prioriteringskriterier som skal gjelde, innenfor rammene bestemmelsen setter. Dermed kan det variere fra serviceanlegg til serviceanlegg hvordan denne prioriteringen skal gjøres. Vi oppfordrer Bane NOR til å sørge for at serviceanleggsbeskrivelsene for deres serviceanlegg, inkludert Oslo S, blir i tråd med serviceanleggforskriften så fort som mulig.

Vi viser til at den årlige kapasitetsfordelingsprosessen i jernbaneforskriften er en regelstyrt prosess med faste frister. Når infrastruktur er erklært overbelastet, skal den infrastrukturkapasiteten på denne delen fordeles etter prioriteringsreglene i jernbaneforskriften § 9-5. Når det gjelder samordning og prioriteringskriteriene for serviceanlegg er det noe mer fleksibilitet i disse reglene, ettersom driveren kan fastsette prioriteringskriteriene selv innenfor rammene i bestemmelsen. Driveren av serviceanlegget kan dermed tilpasse prioriteringskriteriene til reglene i jernbaneforskriften.

Uansett er det viktig at både driver av serviceanlegg og infrastrukturforvalter tar koordineringsplikten i betraktning gjennom hele fordelingsprosessen. Dette er også noe markedsovervåker kan følge med på, siden vi etter serviceanleggforordningen artikkel 4 nr. 4 kan kreve at en driver av serviceanlegg viser skriftlig hvordan de har ivaretatt samarbeidsplikten de siste tre årene.

I tillegg nevner vi at dersom Flytoget eller andre søkere er uenig med Bane NOR (eller andre drivere av serviceanlegg) i resultatet av en fordeling av kapasitet inne på stasjonsområder, så kan Flytoget klage over resultatet til oss etter reglene i jernbaneforskriften §§ 4-3 fjerde ledd og 11-3 første ledd bokstav f. I tillegg er det i artikkel 14 i forordningen utfyllende regler om hva markedsovervåker skal ta i betraktning i behandling av denne typen klager.

Oppsummering: Bestemmelsene i forskrift om tilgang til serviceanlegg og jernbanerelaterte tjenester og i jernbaneforskriften kapittel 4, 8 og 9 må sees i sammenheng. Så lenge Flytoget har tilgang til stasjonsområder ved både spor 10 og 14, er det en koordinering mellom serviceanlegget Oslo S og Flytogets plattformer. Utfallet av et eventuelt misforhold mellom prioriteringskriteriene i jernbaneforskriften § 9-5 og serviceanlegget etter serviceanleggforordningen artikkel 11, vil avhenge av hvordan prioriteringskriteriene til serviceanlegget er utformet.

⁵¹ https://networkstatement.banenor.no/doku.php?id=stasjoner.oslo_s

Dersom Flytoget ikke er enig med Bane NOR i resultatet av en fordeling av kapasitet inne på stasjonsområder, kan Flytoget klage over resultatet til SJT som markedsovervåker etter reglene i § 11-3 i jernbaneforskriften. SJT skal i så tilfelle undersøke saken og eventuelt treffe tiltak for å sikre at en hensiktsmessig del av kapasiteten tildeles Flytoget.

6. Vurdering av aktuelle korrigerende tiltak

6.1. Tiltak for gjeldende ruteplan (R22)

Vår vurdering i punkt 5.2 til 5.5.3 er at Bane NOR har brutt jernbaneforskriften § 8-6 første ledd ved å ikke ta i betraktning økonomiske konsekvenser for Flytoget, og §§ 9-1 og 9-2 ved å ikke gjennomføre samordnings- og tvisteløsningsprosessen på riktig måte. Bruddene skjedde i kapasitetsfordelingsprosessen for R22. Det oppstår dermed spørsmål om det er forholdsmessig å pålegge korrigerende tiltak for å rette opp i feilene allerede i gjeldende ruteplan for R22.

SJT som markedsovervåker kan i klagesaker pålegge korrigerende tiltak for å avhjelpe situasjonen. Dette følger av jernbaneloven § 11 femte ledd jf. § 11 a første ledd. Vi kan videre pålegge korrigerende tiltak på eget initiativ for å motvirke uønskede situasjoner markedene for jernbanetjenester, herunder også forhold som er nevnt i § 11-3 første ledd, jf. jernbaneforskriften § 11-1 femte ledd.

Ved klage på et avslag på en søknad om infrastrukturkapasitet eller på vilkårene for et tilbud om kapasitet, skal SJT enten bekrefte at endring av infrastrukturforvalters beslutning ikke er nødvendig eller kreve en endring av beslutningen. Se jernbaneforskriften § 11-3 tredje ledd. Bestemmelsen innebærer at nødvendige endringer i Bane NORs tildeling av infrastrukturkapasitet kan skje etter at den ordinære kapasitetsfordelingsprosessen er gjennomført, i denne saken for ruteplan R22.

Den årlige kapasitetsfordelingsprosessen er en regelstyrt prosess hvor forutsetningene skal være klarlagt på forhånd. Det er høy terskel for å gripe inn i en ruteplan som snart er over. Dersom vi pålegger Bane NOR å foreta en ny fordeling av spor på Oslo S for R22, vil dette forskyve behandlingen av søknadene slik at fristene for fordelingsprosessen overskrides i stor grad.

Reglene for gjennomføring av samordning og tvisteløsning er sentrale for å løse interessekonflikter på en ikke-diskriminerende måte. Derfor er det viktig at Bane NOR overholder disse reglene, noe som ikke er blitt gjort i denne saken. Reglene er viktige for å sikre at kapasitetsfordelingsprosessen er en søkerstyrt prosess, og viktige for å ivareta søkeres rettigheter i fordelingsprosessen. Likevel har Bane NOR innrømmet at dette var feil og burde ikke blitt gjort.⁵² Videre har Flytoget i møte med SJT uttrykt forståelse for at R22 har trådt i kraft, og at det vil være uforholdsmessig å gripe inn i R22.⁵³

I denne saken anser vi det ikke som forholdsmessig å pålegge endringer som berører ruteplan R22, fordi det ikke er et egnet korrigerende tiltak som er nødvendig for å avhjelpe situasjonen. Vi mener derfor at det ikke er nødvendig å kreve endring av Bane NORs beslutning om avslag på Flytogets søknad om spor på Oslo S, jf. § 11-3 tredje ledd.

⁵² Referat fra møte med Bane NOR 7. april 2022 s. 3, saksref 22/16-23.

⁵³ Referat fra møte med Flytoget 26. januar 2022 s. 4, saksref 22/16-7.

6.2. Tiltak mot gjeldende kapasitetsfordelingsprosess fremover i tid

Etter vår vurdering er det viktig at Bane NOR ikke gjentar de nevnte bruddene i kapasitetsfordelingsprosessen fremover i tid. For å sikre at søkere får behandlet søknadene sine på ikke-diskriminerende vilkår i tråd med jernbaneforskriften § 4-1, anser vi det som nødvendig å pålegge enkelte korrigerende tiltak.

I varsel om vedtak varslet vi korrigerende tiltak for kapasitetsfordelingsprosessen for R23. Vi anser det ikke som forholdsmessig å pålegge korrigerende tiltak for R23 i denne saken. Det er fordi denne kapasitetsfordelingsprosessen nå er ferdig og ruteplan R23 snart settes i gang, og som nevnt er dette en regelstyrt prosess hvor forutsetningene skal være klarlagt på forhånd. Vi utelukker likevel ikke at det kan bli aktuelt med pålegg om korrigerende tiltak for R23 i eventuelle senere saker.

Vi vurderer det likevel som et nødvendig og forholdsmessig tiltak å pålegge Bane NOR å sikre at alle aktørene får kjennskap til, og lik tilgang til å søke om spesifikke plattformspor på stasjoner for R24 og fremover i tid i den årlige kapasitetsfordelingsprosessen. Etter vår vurdering vil ikke dette være et uforholdsmessig inngripende vedtak. Søkerne blir ikke pålagt å foreta seg noe dersom de ikke har behov eller ønsker det. Dette påleggspunktet krever kun at Bane NOR opplyser søkerne om en rettighet de allerede har etter jernbaneforskriften.

Videre må Bane NOR endre praksis for hvordan de tar hensyn til alle forhold søkerne kan bli stilt overfor gjennom hele rutefordelingsprosessen, slik at praksisen blir i tråd med § 8-6 første ledd. Som nevnt ovenfor i punkt 5.3, er dette informasjon som skal tas inn i nettveiledningen, jf. § 5-2 bokstav c. Vi understreker igjen at dette ikke innebærer noen plikt for Bane NOR til å innhente informasjon. Påleggspunktet gjelder en plikt til å informere om hva slags informasjon som er relevant å ta hensyn til på «søknadsstadiet» etter § 8-6 første ledd, og hvordan søkerne kan sende inn denne informasjonen sammen med søknadene sine.

I Bane NORs merknader til varsel om vedtak skriver de at Bane NOR vil kunne oppfylle påleggspunktene som gjelder endring av nettveiledningen for 2024 dersom endelig vedtak kommer noe før denne sendes på høring 1. september 2022. Vi mener det er forholdsmessig å pålegge endring av nettveiledningen for 2024 selv om høringsfristen for NS 2024 har gått ut. Utfra den informasjonen⁵⁴ vi har fått om hvordan Bane NOR har håndtert Flytogets søknad om spor for R23, mener vi det er viktig at Bane NOR retter opp nettveiledningen for R24 slik at alle søkerne blir informert om sine rettigheter og får like forutsetninger for kapasitetsfordelingsprosessen for R24.⁵⁵

Det følger av jernbaneforskriften § 5-1 andre ledd siste setning at nettveiledningen skal «endres ved behov». Bane NOR har derfor adgang til å endre nettveiledningen etter høringsfristen er utløpt i den grad dette er nødvendig, se også punkt 3.5 i lagmannsrettens dom i LB-2020-164167. Et pålegg fra SJT er utenfor Bane NORs kontroll og vi anser det dermed som rimelig å pålegge Bane NOR å endre nettveiledningen selv om høringsfristen har gått ut.

Etter vår vurdering er det viktig at aktørene får mulighet til å gi innspill til praksisen, jf. også kravet i jernbaneforskriften § 5-1 første ledd om at nettveiledningen skal utarbeides «etter samråd med de berørte parter». Bane NOR må derfor sende disse delene av nettveiledningen på høring til berørte parter, slik at de får muligheten til å uttale seg.

⁵⁴ Bane NOR møtereferat av 30. august 2022 fra R23 Samordningsmøte med Flytoget.

⁵⁵ Se også [vedtak av 19. desember 2017](#) om pålegg om endring av Network Statement for 2021 s. 2.

Pålegget vil kunne føre til noe merarbeid og økte kostnader for Bane NOR, men tatt i betraktning at Bane NOR er pliktsubjekt etter regelverket og at pålegget sannsynligvis ikke vil påføre Bane NOR betydelige kostnader, anser vi ikke pålegget som uforholdsmessig av denne grunn. Jernbaneforskriften § 11-3 tredje ledd gir forutsetter også at vi kan kreve endringer av Bane NORs beslutninger i en påbegynt kapasitetsfordelingsprosess.

Til slutt pålegger vi Bane NOR å behandle interessekonflikter i tråd med reglene i jernbaneforskriften. Dette gjelder for kapasitetsfordelingsprosessen for R24 og fremover i tid, og vi anser dette som et forholdsmessig pålegg.

7. SJTs vedtak

Med bakgrunn i begrunnelsen ovenfor, er vår vurdering av klagen at Bane NOR har brutt jernbaneforskriften på flere punkter:

- Bane NOR har ikke tatt tilstrekkelig hensyn til de økonomiske konsekvensene for Flytoget ved fordelingen av spor på Oslo S. Dette er brudd på § 8-6 første ledd om behandling av søknader om infrastrukturkapasitet.
- Bane NOR unnlot å gjennomføre samordning av søknader om infrastrukturkapasitet i henhold til § 9-1.
- Bane NOR gjennomførte ikke tvisteløsningen i behandling av søknaden om spor på riktig måte etter § 9-2, ved å ikke involvere andre søkere i tvisteløsningen og ikke benytte ordningen som fremgikk av nettveiledningen.

Vi vurderer også at for å oppfylle kravene til ikke-diskriminering i jernbaneforskriften § 4-1 bokstav a, må Bane NOR sørge for at alle aktørene har like forutsetninger for å søke om spesifikke spor på passasjerstasjoner.

Flytogets anførsel om at Bane NOR ikke har tatt tilstrekkelig hensyn til Flytogets transportoppdrag og at dette utgjør en saksbehandlingsfeil ved vedtaket, tas ikke til følge.

Vår vurdering er videre at det er behov for korrigerende tiltak for å rette opp i brudd på jernbaneforskriften samt ivareta Flytogets, og andre berørte jernbaneforetak og søkeres rettigheter etter forskriften. Flytogets klage tas delvis til følge. Hjemmelen for pålegget vil være jernbaneforskriften § 11-3 andre og tredje ledd, § 11-1 første og femte ledd, samt jernbaneloven § 11 første ledd og femte ledd og § 11 a første ledd.

Med bakgrunn i vurderingene ovenfor, er vår vurdering at vi pålegger Bane NOR:

- 1) å sørge for at alle søkere får informasjon om og anledning til å søke om spesifikke plattformspor på stasjoner for ruteplan R24. Informasjonen om dette skal tas inn i nettveiledningen for 2024 innen 20. mars 2023 og utarbeides i samråd med berørte parter i tråd med jernbaneforskriften § 5-1 første ledd.
- 2) å endre praksis for hvordan Bane NOR tar hensyn til alle forhold søkerne kan bli stilt overfor gjennom hele rutefordelingsprosessen i fremtidige kapasitetsfordelingsprosesser, slik at praksisen blir i tråd med § 8-6 første ledd. Beskrivelse av praksisen skal fremgå av nettveiledningen innen 20. mars 2023. Bane NOR må sikre at dette blir gjort etter samråd med berørte parter i tråd med jernbaneforskriften § 5-1 om krav om nettveiledning.

- 3) å fremover behandle interessekonflikter, herunder konflikter om spesifikke spor på stasjoner, i tråd med reglene i jernbaneforskriften kapittel 9 om interessekonflikter og overbelastet infrastruktur.
- 4) å redegjøre for SJT hvordan pålegg (1) og (2) er oppfylt innen 28. april 2023.

Vedtaket kan ikke påklages. Retten kan imidlertid prøve alle sider av saken. Dette følger av jernbaneloven § 11 a tredje ledd.

Med hilsen

Mona Ljunggren
avdelingsdirektør, markedsovervåking

Dokumentet er elektronisk godkjent og sendes uten signatur

Kopi til:

Bane NOR SF

Bane NOR SF

Brækhus Advokatfirma DA

Flytoget AS

Postboks 19 Sentrum

0101

OSLO