

Bane NOR SF
Postboks 4350
2308 HAMAR

Postboks 7113 St. Olavs plass
NO-0130 Oslo

Besøksadresse:
Karl Johans gate 41 B, Oslo
Telefon: 22 99 59 00
Telefaks: 22 99 59 03
post@sjt.no
www.sjt.no

Att.: Jan Harald Dammen

Saksbehandler: Elisabeth Sand Gimming, 22995922
Vår ref.: 22/367-52 FELLES-71
Deres ref.:
Dato: 16.09.2022

Vedtak etter klage fra Vygruppen AS på Bane NORs føringer for kapasitetsfordelingsprosessen for rutetermin R23

Statens jernbanetilsyn (SJT) viser til klage fra Vygruppen AS (Vy) av 14. februar 2022, varsel om vedtak av 4. juli 2022 og øvrig korrespondanse i saken.

Klagen gjelder føringer Bane NOR SF (Bane NOR) har satt for søknader om infrastrukturkapasitet for ruteplanperioden R23. Føringene gjelder for trafikkavviklingen på strekningen Drammen-Asker under ombygging av Drammen stasjon i forbindelse med utbyggingsprosjektet Drammen-Kobberviksdalen (UDK-prosjektet).

Vår vurdering av klagen er at Bane NOR har brutt jernbaneforskriften¹ vedlegg IV punkt 17 ved å oppstille bindende føringer for kapasitetsfordelingsprosessen for R23 i forbindelse med kapasitetsbegrensningen på Drammen stasjon. Bane NOR har også gjort en feilaktig foreløpig tildeling ved å fordele infrastrukturkapasitet på et mer detaljert nivå enn punkt 17 åpner for.

For å rette opp i bruddene på regelverket treffer SJT vedtak hvor vi pålegger Bane NOR å:

1. Gå gjennom sine rutiner for foreløpig tildeling av restkapasitet for å sikre at dette blir gjort på riktig nivå for ulike typer togtjenester ved fremtidige midlertidige kapasitetsbegrensninger etter vedlegg IV.
2. Ikke bruke den foreløpige tildelingen av restkapasitet etter vedlegg IV som bindende føring for søknader i den årlige kapasitetsfordelingsprosessen fremover.

I varselet om vedtak påla vi også Bane NOR å informere om og gi alle aktuelle søkere anledning til å søke om ruteleier, innen en rimelig frist, uten føringene angitt i oppstartbrevet for R23 punkt 3.4. I tillegg måtte Bane NOR sende dokumentasjon til SJT på at denne informasjonen var sendt til søkerne innen fristen. Bane NOR oppfylte disse to påleggspunktene etter at de mottok varsel om vedtak, og sendte 7. juli brev til søkerne og ga alle søkere mulighet til å endre sine opprinnelige søknader som måtte være bundet av føringene i oppstartbrevet. Bane NOR har også dokumentert for SJT at alle søkerne er informert om at føringene er fjernet. Dermed er disse påleggspunktene allerede oppfylt av Bane NOR.

¹ Forskrift om jernbanevirksomhet, serviceanlegg, avgifter og fordeling av infrastrukturkapasitet mv. av 30. juni 2021 nr. 2315.

1 Sakens bakgrunn og SJTs saksbehandling

Klagen gjelder føringer som Bane NOR som infrastrukturforvalter har satt for søknader om infrastrukturkapasitet for ruteplanperioden R23 i henhold til jernbaneforskriften vedlegg IV, punkt 17. Føringene omfatter kriterier for omdirigering og en foreløpig tildeling av restkapasitet på strekningen Drammen-Asker som følge av kapasitetsbegrensninger i forbindelse med UDK-prosjektet. Føringene er publisert som et trafikktilbud på strekningen Drammen-Asker, og er nærmere beskrevet i kapittel 3.5.

Vy klager på resultatet av Bane NORs foreløpige tildeling av restkapasitet for ruteplanperioden R23, og den samfunnsøkonomiske metodikken den foreløpige tildelingen er basert på. Vy mener at den foreløpige tildelingen istedenfor burde vært basert på prioriteringskriteriene i jernbaneforskriften § 9-5 første ledd. Vy mener også at innholdet i nettveiledningen for 2023 (NS23) som beskriver hvordan Bane NOR vil gjennomføre bestemmelsene i vedlegg IV ble fastsatt uten involvering av togoperatørene. I tillegg mener Vy at det mangler prosessbeskrivelser for samråd generelt og for involvering av togoperatørene i forbindelse med punkt 16 i vedlegget.

Vi har i saksbehandlingen innhentet informasjon og kommentarer fra Bane NOR og Vy. I tillegg har vi innhentet kommentarer fra Flytoget, ettersom vi vurderer at Flytoget også er part i saken etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e)² i tillegg til Vy. Bane NOR, Vy og Flytoget har i løpet av saksbehandlingen hatt anledning til å gi og har gitt kommentarer til skriftlige dokumenter i saken. SJT sendte ut varsel om vedtak til partene 5. juli 2022. Varselet ble også sendt i kopi til alle mottakere av Bane NORs oppstartbrev for ruteplanperioden R23.

SJT mottok kommentarer til varselet fra Bane NOR 13. juli, fra Vy 4. august og fra Flytoget 8. august. Videre mottok vi 16. august kommentarer fra Vy til Flytogets merknader. I tillegg har Jernbanedirektoratet kommet med merknader til det varslede vedtaket.

2 SJTs kompetanse i saken

SJT er markedsovervåkingsorgan etter jernbaneloven § 11 a,³ jf. jernbaneforskriften § 1-3 første ledd. Vi overvåker og fører tilsyn med bestemmelsene om konkurranse i markedene for jernbanetransport, og behandler klager innenfor vårt myndighetsområde. Dette følger av jernbaneloven § 11 a første ledd og jernbaneforskriften § 1-3 første ledd. Vi er et uavhengig organ og våre enkeltvedtak kan ikke bli påklaget eller omgjort av overordnet myndighet, se jernbaneloven § 11 a andre og tredje ledd. Vi kan også gi pålegg om korrigerende tiltak, se jernbaneloven § 11 a første ledd jf. § 11 femte ledd.

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. De relevante klagepunktene i denne saken er jernbaneforskriften § 11-3 første ledd bokstav b, c og i. Vi vil understreke at denne listen over hva det kan klages over ikke er uttømmende. Vy klager over resultatet av Bane NORs foreløpige tildeling av restkapasitet i kapasitetsfordelingsprosessen for ruteplanperioden R23, og innholdet i nettveiledningen knyttet til kapasitetsbegrensninger og bestemmelsene i jernbaneforskriftens vedlegg IV.

² Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967 (forvaltningsloven).

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

Etter jernbaneforskriften § 11-3 andre ledd kan vi om nødvendig 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.

SJT som markedsovervåker 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 konkurransevridding 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 brudd på regelverket på eget initiativ som klagen ikke direkte 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 Vys klagegrunner og partenes kommentarer

3.1 Vys klagegrunner og beskrivelse av saken

Vy klager på den foreløpige tildelingen av restkapasitet for rutetermin R23 som Bane NOR har foretatt for strekningen Asker-Drammen som følge av begrenset kapasitet ved Drammen stasjon, i henhold til punkt 17 i vedlegg IV til jernbaneforskriften. Klagen gjelder de vurderingene som Bane NOR har basert den foreløpige tildelingen på, herunder en samfunnsøkonomisk analyse som sammenligner ulempene ved to ulike trafikkeringsløsninger på strekningen Drammen-Asker for perioden med kapasitetsbegrensninger. Ifølge Vy er denne utarbeidet av Bane NOR i samarbeid med Vy og Flytoget i henhold til punkt 16 i vedlegg IV.

Vy mener at metodikken i den samfunnsøkonomiske analysen og Bane NORs bruk av den, har gitt feil resultat for den foreløpige fordelingen. Blant annet er Vy kritiske til at Bane NOR ikke har tatt med alle relevante virkninger i analysen og til flere av forutsetningen som Bane NOR har benyttet i analysen.⁵ Vy hevder at dette har medført at den samfunnsøkonomiske analysen feilaktig slår ut i Flytogets favør, og at Vy derfor har blitt uriktig behandlet.⁶ Videre mener Vy at den foreløpige tildelingen istedenfor skulle skjedd etter prioriteringskriteriene i § 9-5 første ledd. Vy hevder da at dette ville medført at Bane NORs alternativ 4, som er Vys foretrukne alternativ, ville blitt valgt som foreløpig kapasitetsfordeling for ruteplanperioden R23.⁷

Ifølge Vy hadde ikke Bane NOR fastsatt kriterier for prioritering av trafikk etter punkt 17 på det tidspunktet Bane NOR gjennomførte samråd med togoperatørene.⁸ Disse ble først fastsatt av Bane NOR med publisering av NS23 den 11. desember 2021, og uten involvering av togoperatørene og andre søkere. Vy mener også at det i NS23 mangler prosessbeskrivelser for samråd generelt og for involvering av togoperatørene i forbindelse med punkt 16.⁹

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

⁵ Herunder forutsetningen om operatørdelt marked for reisende mellom Drammen og Oslo lufthavn, samt de høye tidsverdiene for tilbringerreiser til/fra Gardermoen lufthavn.

⁶ Brev fra Vy av 14. februar 2022 (Klagen), side 1 og 2.

⁷ Klagen, side 3.

⁸ Brev fra Vy av 27. april 2022

⁹ Klagen, side 5.

3.2 Flytogets kommentarer

Flytoget kjenner seg igjen i beskrivelsen og fremgangsmåten for samrådet som Vy har beskrevet og påpeker at både Flytoget og Vy ønsket at Bane NOR skulle gjennomføre en samfunnsøkonomisk analyse av de to foretrukne alternativene, slik at denne kunne være retningsgivende for hvilket utfall som skulle komme senere i prosessen.¹⁰

Flytoget ser det som viktig å få avklart de grunnleggende forutsetningene for fordeling av tilgjengelig kapasitet ved midlertidige kapasitetsbegrensning. Til Vys klagegrunn om at foreløpig tildelingen av restkapasitet skulle skjedd etter jernbaneforskriften § 9-5 første ledd, mener Flytoget at dette ikke er riktig og at tildelingen av restkapasitet istedenfor er hjemlet i vedlegg IV punkt 17.

Til Bane NORs kommentar om at de ikke har foretatt en foreløpig tildeling av restkapasitet mener Flytoget at det er åpenbart at Bane NOR har gjort en foreløpig tildeling etter jernbaneforskriften vedlegg IV punkt 17, og viser til teksten i oppstartbrevet for R23.¹¹

Til Vys kommentar om metodiske svakheter med den samfunnsøkonomiske analysen, er Flytoget uenig og oppfatter resultatene fra den samfunnsøkonomiske analysen som tydelige. Flytoget kan ikke se at det har skjedd en metodisk feil fra Bane NOR i dette tilfellet.¹²

3.3 Bane NORs kommentarer og beskrivelse av saken

Bane NOR er kritisk til kommentarene til Vy om at interessekonflikten skulle vært løst etter § 9-5 første ledd. Bane NOR mener at reglene om overbelastning og prioritering først kommer til anvendelse i den ordinære kapasitetsfordelingsprosessen. Videre opplyser Bane NOR om at hensikten med denne arbeidsgruppen har vært å unngå at en konflikt mellom søknader oppstår i den ordinære kapasitetsfordelingsprosessen.

Bane NOR opplyser at de i oppstartbrevet for søkere for ruteplanperioden R23 (oppstartbrevet for R23)¹³ har kunngjort et trafikkopplegg med kriterier for hvilke tog som skal omdirigeres/få endring. Kriteriene for hvilke tog som skal omdirigeres er at det benyttes en samfunnsøkonomisk analyse for fordelingen.¹⁴ Videre mener Bane NOR at de ikke har foretatt en foreløpig tildeling av restkapasitet for R23.¹⁵

Om den samfunnsøkonomiske analysen mener Bane NOR at følsomhetsberegningene viser at analysen er tilstrekkelig robust, og eventuelle endringer i forutsetningene ikke påvirker resultatet av den samfunnsøkonomiske analysen.¹⁶

3.4 Partenes kommentarer til varsel om vedtak

Bane NOR har ingen merknader til innholdet i varselet, og skriver at de vil ta SJTs forståelse av regelverket til etterretning.

¹⁰ Brev fra Flytoget av 17. mars 2022.

¹¹ E-post fra Flytoget av 7. juni 2022

¹² Brev fra Flytoget av 17. mars, side 2 og 3

¹³ R23 – Oppstart planlegging, supplement til Network Statement 2023 av 21. desember 2021 (oppstartbrevet for R23)

¹⁴ Referat fra møte med Bane NOR 9. mars 2022

¹⁵ Pålegg om å gi opplysninger – Bane NOR – Klage fra Vy om føringer for kapasitetsfordelingsprosessen for rutetermin R23. (Bane NORs svarbrev), 21. april 2022

¹⁶ Møtereferat fra møte med Bane NOR og SJT, 31. mars 2022

Vy har heller ingen vesentlige kommentarer til varselet. Likevel mener Vy at siden deres innvendinger mot Bane NORs metodikk for samfunnsøkonomisk metode er av mer generell karakter, bør SJT ta stilling til denne selv om det ikke er nødvendig for denne konkrete saken.

Flytogets kommentarer er i hovedsak knyttet til definisjonen av ulike typer tjenester i jernbaneforskriftens vedlegg IV punkt 17 og vår tolkning av grensen mellom beslutninger innenfor og utenfor den årlige kapasitetsfordelingsprosessen.

I sine kommentarer til varselet skriver Flytoget at det er naturlig å skille mellom tilbringertjenester (Flytoget) og regionale tjenester (Vy) i definisjonen av ulike typer tjenester, og viser til at Bane NOR allerede har inndelt persontrafikk i kjøpsavtale og hovedflyplass i nettveiledningen kapittel 5.2.5. Flytoget oppfatter SJTs definisjon som for grov og ikke tilpasset norske forhold.

Videre stiller Flytoget spørsmål til om vår tolkning av grensen mellom bestemmelsene i vedlegg IV og den årlige kapasitetsfordelingsprosessen er etter beste praksis, og viser til at prosessene i vedlegg IV legger til grunn at søkerne til en viss grad må kunne forutsi hvilke produksjonsløsninger som er sannsynlig. Ifølge Flytoget var det omforente formålet med arbeidsgruppen å finne en løsning på kapasitetsbegrensningen i god tid før kapasitetsfordelingsprosessen for å skape forutberegnelighet. Flytoget mener også at Vy ikke har klaget på prosessen, men utfallet av denne.

Ifølge Flytoget er det heller ikke forholdsmessighet mellom vedtakets utforming og de formalovertridelser som er fastsatt. Siden prosessen tok utgangspunkt i hvordan problemstillingen hadde blitt løst i den ordinære prosessen, og at det ikke er nye aktører på strekningen, mener Flytoget at det ikke er noe som skulle tilsi at vedtaket skaper et annet resultat enn det foreliggende.

Til Flytogets merknader, kommenterer Vy at forutsigbarhet i kapasitetsfordelingsprosessen skapes ved at alle involverte parter forholder seg til gjeldende regelverk, og ikke ved at kapasitetsfordelingsprosessen gjennomføres basert på føringer fra Bane NOR i strid med jernbaneforskriften. Vy peker også på at det i den norske jernbanesektoren er naturlig at den årlige kapasitetsfordelingsprosessen er noe usikker. Siden Vy har vært åpne om at de er uenige i Bane NORs metodikk som ble bruke for å komme frem til den foreløpige tildelingen av restkapasitet, mener Vy at Flytoget kunne regnet med en viss uforutsigbarhet. Vy presiserer også at de i tillegg til å klage på utfallet av saksbehandlingen også har klaget på prosessen.

3.5 Om de aktuelle føringene for søknadsprosessen og Bane NORs prosess for å bestemme disse

Føringene for rutesøknader fremgår av oppstartbrevet for R23.¹⁷ Bane NOR har vurdert at kapasitetsbegrensningene i forbindelse med ombygging av Drammen stasjon er en kapasitetsbegrensning som er omfattet av jernbaneforskriften vedlegg IV punkt 16 og 17, og har med hjemmel i punkt 17 fastsatt kriterier for omdirigering og en foreløpig tildeling. Disse er i oppstartbrevet for R23 angitt som et trafikktilbud på strekningen Asker-Drammen:

- Flytoget vender på Brakerøya (med unntak av første/siste tog som kjøres fra/til Drammen)

¹⁷ Oppstartbrevet for R23, side 4 og 5

- Vys linje L13 vender i Drammen med 11 minutt snutid. Tog i retning Oslo får ikke passasjerutveksling på Brakerøya.
- Vys linje RE10 (med unntak av første/siste tog som kjøres fra/til Drammen) må vende i Asker.
- Godstog mellom Brakerøya (Lierstranda) og Drammen må kjøres i tidsrommet kl 00.30-04.00

Utgangspunktet for disse føringene er som nevnt UDK-prosjektet og kapasitetsbegrensningen som følge av ombygging av Drammen stasjon. Bane NOR publiserte kapasitetsbegrensningen 4. februar 2019 i ARBIS, og oppdaterte den i 2020. De har siden 2019 gjennomført flere møter med berørte jernbaneforetak om avvikling av jernbaneforetakenes trafikk med Drammen som avgangs- og ankomststasjon og øvrige konsekvenser for denne trafikken. Her har Bane NOR presentert flere alternative forslag og det er gjennomført en samfunnsøkonomisk analyse, tilsvarende som ville vært gjennomført i ordinær kapasitetsfordelingsprosess, for å vurdere alternativet som gir høyest nytteverdi for samfunnet. Det trafikktilbudet som ga høyest nytteverdi etter Bane NORs samfunnsøkonomiske analyser er angitt som foreløpig tildeling etter punkt 17. Dette trafikktilbudet er Flytogets foretrukne alternativ (alternativ 5). Vy ønsket et annet alternativ (alternativ 4) der Vys linje L13 stopper på Brakerøya i begge retninger, noe som medfører at alle Flytog må vende i Asker.

I den samfunnsøkonomiske analysen har Bane NOR benyttet sin metode for samfunnsøkonomisk verdsetting av ruteleier beskrevet i NS23.¹⁸ Bane NORs case er knyttet til de to alternative løsningene, og er som følger: Hvis Vy får ruteleiet må alle Flytog kjøre buss for tog mellom Asker og Drammen, og hvis Flytoget får ruteleiet må alle Flytog kjøre buss mellom Drammen og Brakerøya og alle Vys tog kjøre buss for tog mellom Lier og Drammen. SJT forstår det slik at Bane NOR her har basert seg på at togene kjører i henhold til den såkalte grunnrutemodellen, og at ruteleiene i denne er lagt til grunn i utforming av alternativene. Bane NOR har gjennomført en følsomhetsvurdering, hvor de reduserer Flytogets tidsverdi til samme tidsverdi for Vys reisende

Bane NOR har i NS23 kapittel 4.3.2.1 angitt kriterier for omdirigering ved kapasitetsbegrensninger omfattet av punkt 16 og 17 i vedlegg IV til jernbaneforskriften. Kort oppsummert fremgår kriteriene slik:

Ved reduksjon i trafikken tar Bane NOR hensyn til:

- Gjeldende plan – Bane NOR tar utgangspunkt i trafikk på strekningen og eventuelt utvikling av togtilbudet for å sikre å ivareta de ulike typene trafikk og koordinerer fordelingen med potensielle søkere for å oppnå enighet
- Hensyn til erstatningstrafikk – hvordan mulighetene er for å erstatte tog med alternativ transport. Bane NOR tar hensyn til ulike faktorer. For eksempel muligheten til å erstatte persontog med buss eller annen alternativ transport, muligheten til å omdirigere tog med videre.
- Tidsfølsomhet for ulike typer trafikk – hvor tidskritisk enkelte transporter er.

Dersom potensielle søkere ikke blir enige, vil Bane NOR benytte gjeldende modell for samfunnsøkonomisk verdsetting av ruteleier.

¹⁸ NS23, vedlegg 4.4.2

4 Rettslig grunnlag – forholdet til relevant lovgivning

4.1 Vedlegg IV i jernbaneforskriften

Vedlegg IV inneholder regler om tidsplanen for kapasitetsfordelingsprosessen, jf. jernbaneforskriften § 8-5.¹⁹ Det er punktene 8-17 i vedlegget som er relevant i denne saken. Disse punktene gjelder kravene som Bane NOR som infrastrukturforvalter må oppfylle i forbindelse med planlagte kapasitetsbegrensninger.²⁰ Det stilles blant annet krav til at infrastrukturforvalter skal informere og konsultere berørte søkere innen visse tidspunkt før en kapasitetsbegrensning. I det følgende redegjør vi for bestemmelsene i vedlegg IV som er relevante for den typen kapasitetsbegrensninger som denne klagesaken gjelder.

Det følger av punkt 8 i vedlegg IV at infrastrukturforvalter skal konsultere berørte søkere og publisere kapasitetsbegrensninger minst 24 måneder før endringene i den berørte ruteplanen (heretter kalt X-24) i den utstrekning kapasitetsbegrensningen er kjent. I tillegg skal infrastrukturforvalter gjøre dette for andre gang minst 12 måneder før endringene i ruteplanen (X-12). Dette gjelder generelt for kapasitetsbegrensninger som varer mer enn syv sammenhengende dager og hvor mer enn 30 % av det beregnede trafikkvolumet av en jernbanestrekning per dag blir kansellert, omdirigert eller erstattet av andre transportformer.

Etter punkt 10 skal infrastrukturforvalter i første konsultasjonsrunde (X-24) også konsultere søkere og de største berørte driverne av serviceanlegg om kapasitetsbegrensningen. Videre følger det av punkt 14 at infrastrukturforvalter kan beslutte å ikke følge fristene i punkt 8-12 i visse situasjoner. Bane NOR skal likevel konsultere søkere og berørte drivere av serviceanlegg på egnet måte.

Punkt 15 inneholder kravene til informasjonen som infrastrukturforvalter skal gi om kapasitetsbegrensningen. Informasjonen skal «minst omhandle:

- a. planlagt dag,
- b. tidspunkt på dagen og, så langt det kan fastsettes, start- og endetidspunkt for kapasitetsbegrensningen,
- c. hvilken del av strekningen som er berørt av begrensningen, og
- d. hvis aktuelt, kapasitet på omkjøringslinjer».

Det er også krav til at infrastrukturforvalter skal publisere denne oppdaterte informasjonen i nettveiledningen jf. jernbaneforskriften § 5-2 bokstav c.

For kapasitetsbegrensninger som varer mer enn 30 påfølgende dager og berører mer enn 50 % av det beregnede trafikkvolumet på en jernbanestrekning, stiller punkt 16 og 17 enkelte tilleggskrav til Bane NOR involvering av søkere og håndtering av prosessen.

Etter punkt 16 skal infrastrukturforvalter gi søkere en sammenlikning av betingelser for alternative kapasitetsbegrensninger i første konsultasjonsrunde (X-24). Disse alternativene skal utformes etter innspill fra og i samråd med søkerne når de ber om det, og infrastrukturforvalter skal konsultere interesserte søkere og ta hensyn til hvordan søkerne og deres kunder blir

¹⁹ Vedlegg IV i forskriften implementerer Annex VII til Direktiv 2012/34/EU i norsk rett. Annex VII ble tatt inn i direktivet ved Kommisjonsbeslutning 2017/2075. Se Samferdselsdepartementets [posisjonsnotat](#).

²⁰ Med «kapasitetsbegrensninger» mener vi definisjonen lagt til grunn i punkt 8 i vedlegg IV: «midlertidige kapasitetsbegrensninger på jernbanestrekninger på grunn av f.eks. infrastrukturarbeider, herunder tilhørende begrensninger på hastighet, aksellast, tog lengde, trekkraft eller profil».

berørt, før det treffes en beslutning om alternative kapasitetsbegrensninger. I punkt 16 er det også angitt hva sammenlikningen av hvert alternativ skal inneholde:

- a. varigheten på kapasitetsbegrensningen,
- b. de forventede infrastrukturavgiftene,
- c. tilgjengelig kapasitet på omkjøringsstrekninger,
- d. tilgjengelige alternative ruter, og
- e. forventede reisetider.

Etter punkt 17 skal infrastrukturforvalter for disse mest omfattende kapasitetsbegrensningene, fastsette kriterier for hvilke tog innenfor hver type tjeneste som skal omdirigeres. Når de fastsetter disse kriteriene må infrastrukturforvalter ta hensyn til kommersielle og operative konsekvenser. I tillegg må infrastrukturforvalter ta hensyn til jernbaneforskriften § 6-1 første ledd. Disse kriteriene skal publiseres i nettveiledningen sammen med en foreløpig tildeling av restkapasiteten for ulike typer togtjenester i henhold til punkt 8. Når konsultasjonen er ferdig skal infrastrukturforvalter gi de berørte jernbaneforetakene en foreløpig angivelse av restkapasitet, basert på tilbakemeldinger fra søkerne.

4.2 Forholdet mellom vedlegg IV og reglene for kapasitetsfordeling og konfliktløsning i kapittel 8 og 9 i jernbaneforskriften

Bane NOR er infrastrukturforvalter på det statlige jernbanenettet, og skal fordele infrastrukturkapasitet i tråd med reglene i jernbaneforskriften kapittel 8 og 9. Disse kapitlene i forskriften inneholder regler for fordeling av infrastrukturkapasitet og interessekonflikter og overbelastet infrastruktur. Reglene om fordeling av infrastrukturkapasitet er sentrale for å sikre jernbaneforetak og andre søkere tilgang til ruteleier på rettferdig og ikke-diskriminerende vilkår, et krav som fremgår av jernbaneforskriften § 4-1 bokstav a, b og c. Vi viser til [SJTs vedtak av 11. desember 2020 etter klage fra Vygruppen](#), punkt 5.3.2 for en grundig gjennomgang av disse reglene.

Reglene i vedlegg IV til jernbaneforskriften stiller en rekke krav til hvilken informasjon Bane NOR skal gi til søkerne om planlagte kapasitetsbegrensninger, når denne informasjonen skal bli gitt og når Bane NOR må konsultere søkerne. Disse kravene gjelder for prosessen før den årlige kapasitetsfordelingen. Når Bane NOR skal fordele ruteleier etter søknader fra jernbaneforetakene i den årlige ruteplanprosessen, gjelder reglene i kapittel 8 i jernbaneforskriften. Dersom det oppstår konflikter mellom søknader om ruteleier, gjelder reglene i kapittel 9. Formålet med reglene i vedlegg IV er å gjøre kapasitetsfordelingsprosessen transparent, effektiv og forutsigbar for jernbaneforetakene ved planlegging av nødvendig vedlikehold, infrastrukturtiltak og lignende. SJT viser til at reglene i kapittel 8 og 9 i jernbaneforskriften gjelder også for fordeling av ruteleier omfattet av kapasitetsbegrensninger etter vedlegg IV. Det vil derfor ikke bli noen konflikt mellom reglene i vedlegg IV og reglene i kapittel 8 og 9 når det gjelder fordeling av infrastrukturkapasitet som berøres av midlertidige kapasitetsbegrensninger.

For øvrig nevner vi også at jernbaneforskriften § 3-5 har regler som Bane NOR som infrastrukturforvalter må følge om upartiskhet ved trafikkstyring og vedlikeholdsplanlegging. Etter § 3-5 tredje og fjerde ledd, skal Bane NOR sørge for at søkere blir hørt ved planlegging av omfattende vedlikehold eller fornyelse, og skal i videst mulig omfang ta hensyn til søkeres bekymringer eller innvendinger. I tillegg har Bane NOR plikt til å planlegge vedlikeholdsarbeid på en ikke-diskriminerende måte. Videre følger det av § 3-8 at søkeres behov i forbindelse med vedlikehold og utvikling av infrastrukturkapasitet særlig skal berøres i

koordineringsmekanismen. Bane NOR skal etablere en koordineringsmekanisme for å sikre samordning mellom infrastrukturforvalter og søkere, og koordineringen skal skje minst en gang i året.

5 SJTs vurderinger av Vys klage

5.1 Innledning og overordnet gjennomgang av våre vurderinger og konklusjoner

Vy klager på den foreløpige tildelingen av kapasitet som Bane NOR har satt som føringer for trafikkavvikling i oppstartbrevet for rutetermin R23, og vurderingene som er lagt til grunn for denne. Bane NOR har fastsatt kriterier for omdirigering av trafikk og gjort en foreløpig tildeling av restkapasitet som de mener er i henhold til punkt 17 i vedlegg IV. For å vurdere klagen fra Vy må SJT først ta stilling til spørsmålet om Bane NOR har fastsatt kriterier for omdirigering og foretatt en foreløpig tildeling av restkapasitet på riktig måte etter punkt 17. Vi må da vurdere om kriteriene og tildelingen oppfyller vilkårene i punkt 17. Som beskrevet i kapittel 2, har SJT anledning til å vurdere forhold på eget initiativ selv om disse ikke er en del av klagen. Basert på våre vurderinger knyttet til om Bane NOR har oppfylt vilkårene i punkt 17, vil vi svare ut klagepunktene til Vy.

I del 5.3 vurderer vi om Bane NOR har oppfylt vilkåret i punkt 17 om at det skal fastsettes kriterier for hvilke tog innenfor hver type tjeneste som skal omdirigeres. Vår vurdering er at Bane NOR ikke har angitt kriterier for omdirigering i forbindelse med kapasitetsrestriksjonen på Drammen stasjon på en riktig måte etter regelverket.

I del 5.4 og 5.5 vurderer vi om Bane NOR har oppfylt kravene i punkt 17 om at de skal foreta en «foreløpig fordeling» av restkapasiteten for «ulike typer togtenester», og etter tilbakemelding fra søkerne fra konsultasjonsrunden gi jernbaneforetakene en foreløpig angivelse av restkapasiteten for ulike typer togtenester. Vår vurdering er at Bane NOR ikke har gjort den foreløpige vurderingen for «ulike typer togtenester» på overordnet nivå som reglene krever, men på et mer detaljert selskapsspesifikt nivå enn det er anledning til. Videre er vår konklusjon i del 5.5 at Bane NOR ikke har gjort en foreløpig fordeling, men gjort en fordeling som jernbaneforetakene med stor sannsynlighet vil oppfatte som bindende.

Vys klagepunkt om at kriteriene for omdirigering i NS23 punkt 4.3.2.1 skulle vært sendt på høring, vurderer vi i del 5.6. Vår konklusjon er at Bane NOR i denne saken ikke har brutt jernbaneforskriftens bestemmelser om konsultasjon selv om disse kriteriene i nettveiledningen ikke ble sendt på høring.

I del 5.7 vurderer vi Vys klagepunkt om at Bane NORs samfunnsøkonomiske analyse er uriktig og har ført til at Vy har blitt urettferdig behandlet. Vår vurdering er at det i denne saken ikke er nødvendig å ta stilling til om den samfunnsøkonomiske analysen er korrekt, fordi det på dette stadiet av kapasitetsfordelingsprosessen som klagen gjelder, ikke oppstår interessekonflikter mellom søknader om ruteleier.

5.2 Er kapasitetsbegrensningen på Drammen stasjon omfattet av punkt 17 i vedlegg IV til jernbaneforskriften?

For at en kapasitetsbegrensning skal være omfattet av punkt 16 og 17 i vedlegg IV er det et krav om at den varer mer enn 30 påfølgende dager og berører mer enn 50 % av trafikkvolumet.

Drammen stasjon består av fem spor til plattform. Stasjonen benyttes både for ankomst og avgang av Flytoget og persontogpendler på Østlandet. I tillegg til gjennomgående

persontogpendler, fjerntog og godstog. Ifølge de opplysningene vi har mottatt i saken, vil stasjonen i perioden fra påsken 2023 til høsten 2025 kun ha tre spor med plattform tilgjengelig.²¹ Bane NOR vurderer at det er først og fremst persontogpendlene som snur i Drammen som blir berørt av kapasitetsbegrensningen fordi snuing opptar ekstra kapasitet. Bane NOR har beregnet at disse utgjør 54,5 prosent av trafikkvolumet i en makstime.²²

I denne saken har vi lagt til grunn at Bane NORs beslutning om at dette er en kapasitetsbegrensning omfattet av punkt 17 i vedlegg IV, er riktig. Bane NOR skal da oppfylle kravene i punkt 17 i vedlegg IV, i tillegg til kravene til konsultasjon som gjelder alle kapasitetsbegrensninger, jf. blant annet punkt 8 i vedlegget.

5.3 Har Bane NOR for denne kapasitetsbegrensningen fastsatt kriterier for omdirigering i henhold til punkt 17 i vedlegg IV til jernbaneforskriften?

Etter ordlyden i punkt 17 skal Bane NOR fastsette kriterier for hvilke tog innenfor hver type togteneste som skal omdirigeres.²³ Kriteriene som Bane NOR har angitt i oppstartbrevet for ruteplanperioden R23 i forbindelse med UDK-prosjektet sier hvordan trafikkeringsmønsteret²⁴ for Flytoget og Vys linjer L13 og RE10 skal være under prosjektet. Etter den informasjonen vi har fått, skal ikke noen av disse togene omdirigeres. Vi mener derfor det er et brudd på reglene at Bane NOR bruker dette trafikkeringsmønsteret som kriterier for omdirigering.

Slik vi forstår punkt 17 i vedlegg IV, skal Bane NOR i nettveiledningen angi kriterier for hvilke tog innenfor hver type tjeneste som skal omdirigeres i forbindelse med kapasitetsbegrensningen. Disse kriteriene kan gjelde generelt for alle kapasitetsbegrensninger, eller variere etter hver enkelt kapasitetsbegrensning, se avsnitt 7 i fortalen til Kommisjonsbeslutning 2017/2075.

Bane NORs beskrivelse av trafikkavvikling/trafikkeringsmønster i oppstartbrevet er etter vår vurdering ikke «kriterier». Kriterier er slik vi tolker det, visse egenskaper som ulike tog innenfor hver type tjeneste bør oppfylle for å omdirigeres. Formålet med disse kriteriene er slik vi forstår vedlegg IV, at søkerne skal kunne vurdere utfra de angitte kriteriene, hvilke ruteleier de skal søke om å få omdirigert i søknaden i den årlige ruteplanprosessen.²⁵ Erfaringer fra andre land i Europa viser at det i praksis varierer hvilken type kriterier som infrastrukturforvalter benytter.²⁶ Enkelte infrastrukturforvaltere baserer seg på prioriteringskriterier eller samfunnsøkonomisk analyse. SJT tar forbehold om at infrastrukturforvalternes praksis, slik den er beskrevet i rapporten, ikke nødvendigvis er i samsvar med regelverket. Det skyldes at det er en deskriptiv rapport og det er ikke gitt at praksisen har vært vurdert og klarert av markedsovervåkingsorganene i de ulike landene eller prøvd i retten. Det er uansett etter vår forståelse klart at kriteriene ikke skal være en beskrivelse av eller føringer for selskapenes tilbud av konkrete togtenester som blir påvirket av kapasitetsbegrensningen.

Konklusjon: Etter SJTs vurdering har ikke Bane NOR på korrekt måte angitt kriterier for omdirigering i oppstartbrevet for R23, da «kriteriene» som er brukt kun er en beskrivelse av

²¹ Punkt 1 i Bane NORs svarbrev av 21. april 2022. Fra UDK-prosjektets planfase 20-40 vil Bane NOR rive dagens spor 4 og 5 med plattformer og spor 6, og bygger samtidig nye spor 1-3. Disse blir satt i drift fra prosjektets planfase 40. Da river de resten og bygger nye spor 4-6.

²² Punkt 2 i Bane NORs svarbrev av 21. april 2022. I en makstime utgjør dette seks av elleve tog.

²³ Med omdirigering mener vi at tog kjøres på en alternativ rute til samme ankomststasjon på en annen bestemt jernbanestrekning.

²⁴ Med trafikkeringsmønster mener vi avvikling av jernbaneforetakenes trafikk på en strekning. Bane NOR har også omtalt dette som et trafikktilbud på strekningen Drammen-Asker i oppstartbrevet.

²⁵ Dette stemmer også overens med fortalen til Kommisjonsbeslutning 2017/2075 avsnitt 5 og 7.

²⁶ Se «Overview of the implementation of current rules relating to Temporary Capacity Restrictions (TCRs) under Delegated Decision (EU) 2017/2075», IRG Rail (2021)

trafikktilbudet som Bane NOR har bestemt for Flytogets avganger og Vys ruter L13 og RE10 for R23. I tillegg er det etter vår kjennskap ikke aktuelt med omdirigering for noen av disse togene. Vår konklusjon er derfor at Bane NOR ikke har oppfylt jernbaneforskriften vedlegg IV punkt 17 på riktig måte på dette punkt.

5.4 Er den foreløpige tildelingen av restkapasitet gjort for «ulike typer togtenester»?

I tillegg til å angi kriterier for omdirigering, skal Bane NOR gjøre en foreløpig tildeling av restkapasitet for «ulike typer togtenester». Det oppstår dermed et spørsmål om hvilket nivå den foreløpige tildelingen skal være på. I denne saken har vi fått opplyst at Bane NOR har hatt dialog med Flytoget og Vy, og foretatt en foreløpig tildeling på selskapsspesifikt rutenivå. Det vi mener med «rutenivå» her er at Bane NOR har foretatt en «foreløpig fordeling» av Flytogets avganger og Vys linjer L13 og RE10 for R23.

Begrepet «typer togtenester» er ikke definert i jernbaneforskriften eller i direktivet. Ordlyden tilsier en differensiering mellom ulike kategorier av tjenester som tilbys i jernbanemarkedet, og ikke de selskapsspesifikke tjenestene.

Direktiv 2012/34/EU inneholder noen eksempler på definisjoner av ulike togtenester, se artikkel 3 (4) til (7). Her er blant annet begrepene internasjonale godstjenester, internasjonale passasjertransporttjenester og regionale tjenester definert. Definisjonene er ikke tatt inn i jernbaneforskriften, men kan være eksempler på ulike typer togtenester.²⁷

Videre er godstjenester og internasjonale godstjenester i artikkel 47 (5) omtalt som tjenester prioriteringskriteriene særlig skal ta hensyn til. I jernbaneforskriften § 9-5 første ledd som omhandler prioriteringskriterier brukes begrepet «tjenester» om blant annet PSO-tjenester og nasjonal og internasjonal godstransport. Formålet med prioriteringskriteriene er derimot å bestemme hvordan konflikter mellom søknader på ruteleienivå skal løses, og det er derfor ikke gitt at inndelingen i § 9-5 første ledd er egnet til å sammenlikne med vedlegg IV punkt 17.

Etter vår vurdering tilsier systemet i forskriften og direktivet og den naturlige ordlydsforståelsen av «typer togtenester», at den foreløpige tildelingen skal gjøres på et mer overordnet tjenestenivå enn på selskapsspesifikt rutenivå. Slik vi forstår vedlegg IV, er ikke formålet at ulike jernbaneforetak i forkant skal kunne vite hva de skal søke om på strekningen berørt av kapasitetsbegrensningen, eller at Vy, Flytoget og Bane NOR på forhånd skal bli enige om hvordan de ulike selskapenes ulike togtilbud skal tilpasses kapasitetsbegrensningen. Formålet er at jernbaneforetakene og andre søkere skal være tilstrekkelig informert om kapasitetsbegrensningen i forkant av søknadsprosessen for å kunne planlegge og søke ruteleier ut fra denne informasjonen. For å oppfylle dette formålet krever punkt 17 at jernbaneforetakene får vite på forhånd hvordan Bane NOR som infrastrukturforvalter mener at restkapasiteten bør fordeles på de ulike type togtenestene, og infrastrukturforvalter må i denne vurderingen ta hensyn til jernbaneforetakenes innspill. Denne forståelsen av punkt 17 sikrer også at eventuelle nye aktører får behandlet sine søknader på en ikke-diskriminerende måte i den årlige kapasitetsfordelingsprosessen slik § 8-1 første ledd i jernbaneforskriften sier, og får tilgang til den minste pakken med tjenester på ikke-diskriminerende vilkår i tråd med jernbaneforskriften § 4-1.

²⁷ Direktiv 2012/34/EU er tatt inn i EØS-avtalen med ikrafttredelse 1. juni 2022.

Flytoget sier i sine kommentarer til varsel om vedtak at definisjonen av «type togteneste» ovenfor er svært grov og lite relevant for det norske markedet. Videre mener de at det er mer hensiktsmessig å bruke inndelingen som fremgår av nettveiledningen kapittel 5.2.5, og ber oss om å undersøke praksis i andre land knyttet til dette. Vi understreker at de nevnte definisjonene i Direktiv 2012/34/EU artikkel 3 (4) til (7) kun er mulige eksempler på ulike typer togtenester, og at det er Bane NORs oppgave å avgjøre hva som skal være en type togteneste i tilknytning til kapasitetsbegrensningen. Avgjørende i denne saken er at den foreløpige fordelingen som Bane NOR har gjort, er på et mer detaljert nivå enn det er adgang til etter regelverket. Bane NOR kan ikke sette som kriterier at spesifikke selskaper skal få de forskjellige ruteleiene i forkant av den årlige fordelingsprosessen. Vi samarbeider kontinuerlig med andre markedsovervåkere i Europa gjennom Independent Regulators' Group-Rail (IRG-Rail), hvor blant annet markedsovervåkerens tolkning av bestemmelsene i Direktiv 2012/34/EU Annex VII²⁸ samt deres praksis i konkrete klagesaker og lignende er på dagsordenen. Det er på nåværende tidspunkt lite eller ingen praksis i Europa knyttet til vedlegg IV punkt 17 og «type togteneste». Praksis fra EU-domstolen og annen utvikling vil kunne få betydning for vår forståelse av jernbaneforskriften vedlegg IV i fremtiden.

Konklusjon: Bane NOR har foretatt en foreløpig tildeling på selskapsspesifikt rutenivå i stedet for å gjøre en foreløpig tildeling til ulike typer jernbanetransporttjenester. Bane NORs foreløpige tildeling skal etter SJTs oppfatning være på et mer overordnet nivå enn det som er gjort i denne saken. Vår konklusjon er derfor at Bane NOR har brutt jernbaneforskriften vedlegg IV punkt 17 på dette punkt.

5.5 Har Bane NOR gjort en «foreløpig» tildeling av restkapasiteten?

Ordlyden «foreløpig tildeling» og «foreløpig angivelse» i punkt 17 tilsier etter SJTs oppfatning at den foreløpige tildelingen av restkapasitet ikke skal være bindende. Det innebærer at den endelige fordelingen skjer i den ordinære kapasitetsfordelingsprosessen, i tråd med kapittel 8 i jernbaneforskriften. Dette stemmer også overens med formålet som fremgår av punkt 5 i fortalet til Kommisjonsbeslutning 2017/2075:

Applicants should receive early information on upcoming capacity restrictions allowing them to adapt their operations and transport needs in accordance with restrictions in infrastructure capacity. If information on upcoming capacity restrictions is already published at the beginning of the period for submitting requests for the incorporation of capacity into the annual timetable, there should be less need to reschedule already allocated trains paths.

Dette er også beskrevet i Kommisjonens Explanatory Note på s. 2:

The Commission Delegated Decision aims to promote timely coordination, consultation and information exchange, in particular where traffic restrictions affect simultaneously different parts of the network, including potential diversionary routes. (vår understreking).

Formålet er altså å sikre koordinering, informasjonsutveksling og konsultasjon om kommende planlagte kapasitetsbegrensninger, blant annet for å skape forutberegnelighet for aktørene.

²⁸ Vedlegg IV i forskriften implementerer Annex VII til Direktiv 2012/34/EU i norsk rett

Reglene er etter vår forståelse ikke ment å erstatte de ordinære reglene for kapasitetsfordeling, men skal være et supplement.²⁹

I oppstartbrevet fra 21. desember 2021 punkt 3.4 skriver Bane NOR at beskrivelsen av trafikktilbudet utgjør kriterier for omdirigering og foreløpig tildeling etter punkt 17, og at «[e]ndelig fordeling vil skje i ordinær kapasitetsfordelingsprosess». Samtidig skriver Bane NOR at den trafikkavviklingen som ble bestemt etter samfunnsøkonomisk analyse er fastsatte kriterier for gjennomføring av trafikkavviklingen i forbindelse med ombyggingen på Drammen stasjon, og at dette utgjør en foreløpig tildeling etter vedlegg IV punkt 17.

I brev av 21. april 2022 skriver Bane NOR i svar på spørsmål 5 at Bane NOR har som utgangspunkt at søkerne sender inn sine søknader i henhold til føringene i oppstartbrevet. Samtidig skriver de i svar på spørsmål 6 at Bane NOR ikke har foretatt noen foreløpig tildeling av restkapasitet for R23.

Bane NOR har altså gitt uklar og motstridende informasjon om dette. Etter vår mening er det avgjørende om søkerne kan ha oppfattet trafikktilbudet i oppstartbrevet som bindende føringer, slik at føringene kan ha påvirket deres søknader for R23. Vår oppfatning er at det er stor sannsynlighet for at foretakene kan ha oppfattet denne trafikkavviklingen som en bindende tildeling. Flytoget skriver for eksempel i sine kommentarer til referat fra møtet med Bane NOR at deres oppfatning er at «[e]nten må Bane NOR mene at konflikten skal løses gjennom jbf. kap. 8 og 9 eller så mener de det vil være riktig å benytte jbf. kap IV. Mellom disse har Bane NOR allerede kommet frem til at kap. IV skal benyttes, slik det kommer frem av brev av 21. desember 2021 punkt 3.4.» Flytoget oppfatter altså, slik vi forstår det, dette som en bindende tildeling.

Vi mener det er stor sannsynlighet for at også andre aktører oppfatter oppstartbrevet på samme måte. I punkt 3.4 i oppstartbrevet skriver Bane NOR at «[t]rafikktilbudet bygger på ett av Bane NOR sine alternativer». Når det er beskrevet som et trafikktilbud, og som kriterier for gjennomføring av trafikkavvikling, fremstår det som at føringene i oppstartbrevet i realiteten er en bindende fordeling av restkapasiteten, selv om det også er presisert at endelig fordeling skjer i ordinær kapasitetsfordelingsprosess.

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 hvilken type transportvirksomhet det kan søkes om og for hvordan kapasiteten vil fordeles til ulike transporttyper, uten hjemmel for dette.³⁰ I dette vedtaket skrev vi også at Bane NOR ikke kan forhåndsdefinere og praktisere begrensninger ved fordeling av infrastruktur som strider mot jernbaneforskriftens ufravikelige regler.³¹ En slik forhåndsfordeling vil også etter SJTs mening være i strid med jernbaneforskriften § 8-1 første ledd om at ruteleier kun skal tildeles for høyst én ruteplanperiode. Vedlegg IV punkt 17 gir ikke hjemmel for å oppstille bindende føringer for hva det kan søkes om. Vår oppfatning i denne saken er at «trafikktilbudet» som Bane NOR har beskrevet i oppstartbrevet for R23, med stor sannsynlighet kan ha blitt oppfattet som bindende føringer av jernbaneforetakene og andre søkere. Bane NOR har dermed ikke foretatt en «foreløpig» tildeling av restkapasiteten.

²⁹ Dette understrekes også i kommisjonens Explanatory note s. 7 hvor det står at Annex VII «sets out the schedule of the *process leading up to the allocation*».

³⁰ Se vedtaket s. 13

³¹ Vedtaket s. 16

I Flytogets kommentarer til varselet stiller Flytoget spørsmål ved om SJT har tolket grensen mellom beslutninger innenfor og utenfor kapasitetsfordelingsprosessen for «binært». De peker på at mesteparten av produksjonen i Norge er identisk fra år til år, og mener at vedlegg IV punkt 8 krever at søkerne har en viss formening om hvilken produksjonsløsning som er sannsynlig om 24 måneder for at søkerne skal ha noe å tilføre i prosessen. Videre skriver de at Flytoget, Vy og Bane NOR hadde alle interesse av at arbeidsgruppen skulle komme frem til en tidlig avklaring i spørsmålet om den aktuelle kapasitetsbegrensningen. Tilslutt etterlyser Flytoget en beskrivelse fra SJT om hvordan prosessen for tildeling av gjenværende ruteleier på en strekning med kapasitetsbegrensninger skulle vært løst.

Vi forstår aktørenes behov for forutsigbarhet i fordelingsprosessen også i situasjoner med kapasitetsbegrensninger. Vi mener vedlegg IV i jernbaneforskriften bidrar til forutsigbarhet ved at samtlige aktører på et tidlig stadium blir involvert og får informasjon om den midlertidige kapasitetsbegrensningen. Kravene om konsultasjon om kapasitetsbegrensninger i punkt 8, og tilleggskravene i punkt 16 og 17, er knyttet til selve kapasitetsbegrensningen, ikke for å bestemme hvilke ruteleier de ulike selskapene skal få i den aktuelle perioden. Selv om Bane NOR, Vy og Flytoget ble enige om å gjennomføre prosessen etter de regler som gjelder for ordinære interessekonflikter i jernbaneforskriften kapittel 9, betyr ikke det at dette er i tråd med jernbaneforskriftens regler. Vi mener fordelingen av gjenværende ruteleier på en strekning med kapasitetsbegrensning skal skje i den årlige kapasitetsfordelingsprosessen etter reglene i jernbaneforskriften kapittel 8. Dette gjelder også for strekninger med kapasitetsbegrensninger. Som nevnt ovenfor kan vi ikke se at reglene i vedlegg IV er i konflikt med dette.³² Etter vår forståelse skal den foreløpige tildelingen av restkapasitet skje på et mer overordnet tjenestenivå, hvor det ikke vil oppstå konflikter mellom selskapenes søknader om ruteleier. Videre skal også søkerne bli involvert i den årlige koordineringsmekanismen etter jernbaneforskriften § 3-8, hvor søkerens behov i forbindelse med vedlikehold skal tas opp.

Konklusjon: Vedlegg IV til jernbaneforskriften gir ikke hjemmel for å oppstille bindende føringer for kapasitetsfordelingsprosessen. Dette følger av ordlyden i vedlegg IV punkt 17 og bestemmelsens formål. I denne saken fremstår den foreløpige fordelingen som bindende. En slik forhåndsfordeling vil også være i strid med jernbaneforskriften § 8-1 første ledd. Den endelige fordelingen skal skje etter reglene i kapittel 8. SJTs konklusjon er derfor at Bane NOR har brutt jernbaneforskriften vedlegg IV punkt 17 ved å foreta en bindende fordeling av restkapasiteten.

5.6 Skulle kriteriene for omdirigering i NS23 punkt 4.3.2.1 vært sendt på høring?

Et av klagepunktene til Vy er at Bane NOR har fastsatt kriterier for omdirigering i Network Statement 2023 punkt 4.3.2.1 uten at disse har blitt sendt på høring. I tillegg påpeker Vy innholdsmessige svakheter ved kriteriene. Disse kriteriene er beskrevet i del 3.5 ovenfor.

Som det fremgår av fortalen til Kommisjonsbeslutning 2017/2075 punkt 7, kan infrastrukturforvalter angi kriterier for omdirigering «jointly or individually for their capacity restrictions». Dette innebærer etter vår forståelse at Bane NOR kan velge om de ønsker å lage generelle kriterier for omdirigering ved denne typen midlertidige kapasitetsrestriksjoner, eller individuelt ved hver enkelt kapasitetsbegrensning som er omfattet av punkt 16 og 17 i vedlegg IV.

³² Se punkt 4.2 ovenfor.

Når det gjelder kriteriene i punkt 4.3.2.1 i NS23, oppfatter vi disse som generelle kriterier som vil kunne gjelde for fremtidige kapasitetsbegrensninger omfattet av punkt 16 og 17 i vedlegg IV. Ved fremtidige kapasitetsbegrensninger hvor disse kriteriene skal brukes, vil punkt 8 og 17 i vedlegg IV kreve at disse kriteriene konsulteres med alle berørte søkere i første og andre konsultasjonsrunde.

SJT viser til at det er et generelt krav til at infrastrukturforvalter skal utarbeide nettveiledningen «etter samråd med de berørte parter», se jernbaneforskriften § 5-1 første ledd. I utgangspunktet skulle derfor kriteriene for omdirigering som er beskrevet i NS23 punkt 4.3.2.1 blitt sendt på høring før publisering i nettveiledningen, men det ble de ikke. Vedlegg IV trådte i kraft juni 2021, og NS23 ble sendt på høring høsten 2021. I utgangspunktet skulle derfor Bane NOR hatt med kriteriene i høringsversjonen av nettveiledningen.

I realiteten vil vedlegg IV punkt 8 og 17 som nevnt kreve at berørte søkere konsulteres om disse kriteriene i prosessen opp mot kommende kapasitetsbegrensninger omfattet av punkt 16 og 17 i vedlegg IV. Så vidt vi er klar over, er det ikke noen flere kapasitetsbegrensninger omfattet av punkt 16 og 17 planlagt for R23. Dermed vil alle berørte søkere få anledning til å kommentere de generelle kriteriene i høringsversjonen av nettveiledningen for R24, og kriteriene vil etter det SJT legger til grunn tidligst kunne brukes ved kapasitetsbegrensninger som starter opp i ruteplanperioden R24. Selv om kriteriene er angitt for ruteplan R23, vil de altså i realiteten ikke benyttes før tidligst R24. Dette, sammen med at berørte søkere uansett har krav på konsultasjon i første og andre konsultasjonsrunde etter vedlegg IV punkt 8 og 17, tilsier etter vår vurdering at Bane NOR ikke har brutt jernbaneforskriften § 5-1 første ledd. Formålet med nettveiledningen, å sikre transparent og ikke-diskriminerende tilgang til jernbaneinfrastruktur for alle jernbaneforetak og andre berørte søkere,³³ vil derfor ivaretas gjennom Bane NORs oppfyllelse av kravene til konsultasjon i vedlegg IV.

Vi ønsker likevel å gi noen bemerkninger til kriteriene beskrevet i punkt 4.3.2.1 i NS23. I klagen skriver Vy at de mener kriteriene i nettveiledningen er vagt beskrevet. Dette er vi enige i. Det er for eksempel vanskelig å forstå at Bane NOR oppstiller «omdirigere tog via andre banestrekninger» som et kriterie for hvilke tog som skal omdirigeres. I tillegg er det uklart i hvilke tilfeller kriteriene er samfunnsøkonomisk verdsetting av ruteleier. Bane NOR har i møte informert om at de har benyttet samfunnsøkonomisk analyse for omdirigering siden de ikke oppnådde enighet i dialogen med berørte jernbaneforetak. Samtidig har de i oppstartbrevet angitt kriterier som en beskrivelse av et trafikktilbud. Vi oppfordrer derfor Bane NOR til å formulere kriteriene på en klar og tydelig måte.

Videre skriver Bane NOR at de vil ta utgangspunkt «i gjeldende plan» som et av kriteriene for omdirigering. Ifølge informasjonen vi har fra dialogen Bane NOR har hatt med jernbaneforetakene, ser det ut til at Bane NOR allerede flere år før kapasitetsbegrensningen vet hvilke tog som kommer til å bli kjørt på den aktuelle strekningen, på gitte tidspunkt.³⁴ Som SJT har påpekt i tidligere vedtak,³⁵ mener vi at å bruke en bestemt rutemodell eller gjeldende ruteplan i praksis innebærer at Bane NOR reserverer kapasitet for en bestemt type trafikk eller for en søker. Vi har lagt til grunn at dette er i strid med det grunnleggende prinsippet i jernbaneforskriften § 4-1 om ikke-diskriminerende tilgang til jernbanenettet, og § 8-1 første ledd som sier at ruteleier kun kan tildeles søkere for et tidsrom som tilsvarer høyst en

³³ Formålet fremgår blant annet av avsnitt 34 i fortalen til direktiv 2012/34/EU.

³⁴ Se eksempelvis møtereferat med tilhørende presentasjon fra møte mellom Bane NOR, Vy og Flytoget 12. april 2019.

³⁵ Se blant annet vedtak fra 11. desember 2020 etter klage fra Vy, side 16.

ruteplanperiode. Vi oppfordrer derfor Bane NOR til å se til at både etablerte og eventuelt nye søkere blir tatt hensyn til ved fastsettelsen av kriteriene for omdirigering. Dette er for å sikre at alle søkere, også nye søkere, får tilgang til infrastrukturen på ikke-diskriminerende vilkår og har like forutsetninger i kapasitetsfordelingsprosessen i tråd med § 4-1, også ved midlertidige kapasitetsbegrensninger.

Konklusjon: Vys klagepunkt tas ikke til følge. Bane NOR har i dette tilfellet ikke brutt jernbaneforskriften § 5-1 første ledd selv om «kriteriene» for omdirigering angitt i NS23 punkt 4.3.2.1 ikke ble sendt på høring.

5.7 Har Bane NORs metodikk for samfunnsøkonomisk analyse medført at Vy er blitt uriktig behandlet i Bane NORs foreløpige tildeling av restkapasitet?

Som nevnt i punkt 3.1 over klager Vy over Bane NORs bruk av samfunnsøkonomisk metode. Hensikten med den samfunnsøkonomiske vurderingen som Bane NOR har gjort i denne saken, var å løse en konflikt mellom Vy og Flytoget om alternative trafikkeringsmønstre.³⁶ Metoden som ble brukt er tilsvarende metoden som er beskrevet i NS22 vedlegg 4.4.2, metode for samfunnsøkonomisk verdsetting av ruteleietildeling. Denne metoden blir vanligvis brukt til å vurdere hvilket konkret ruteleie som har størst betydning for samfunnet etter jernbaneforskriften § 9-5 andre ledd. Ruteleier skal kun fordeles på grunnlag av § 9-5 andre ledd når det grunnet overbelastet infrastruktur er nødvendig å tildele ruteleiet ved bruk av prioriteringskriterier.

Som nevnt ovenfor i punkt 5.3 er det flere land som tar utgangspunkt i samfunnsøkonomisk analyse ved bruk av kriterier for omdirigering ved kapasitetsbegrensninger. For Vy og Flytogets tog som denne klagesaken gjelder er det etter den informasjon vi har fått ikke mulig eller aktuelt med omdirigering. Det som den samfunnsøkonomiske analysen ble brukt til, var den foreløpige tildelingen (angivelsen) av restkapasitet for ulike typer togtenester, som vi ovenfor har konkludert med var på et mer detaljert nivå enn punkt 17 angir og gir adgang til.

Etter vår forståelse av punkt 17, er det ikke relevant å bruke en slik type samfunnsøkonomisk analyse for verdsetting av ruteleier ved foreløpig tildeling av restkapasitet. Dette er fordi den foreløpige tildelingen skal skje for ulike typer togtenester, og ikke til de forskjellige jernbaneselskaperes konkrete togtenester. Det vil derfor heller ikke oppstå konflikter mellom selskaperes togtenester om bruk av infrastrukturkapasitet i denne perioden som ligger før den årlige søknads- og kapasitetsfordelingsprosessen. Eventuelle konflikter mellom søknader om ruteleier vil behandles på ordinær måte i samordnings- og tvisteløsningsprosessen, og løses etter reglene i jernbaneforskriften kapittel 9. I utgangspunktet er det derfor ikke nødvendig for SJT i denne saken å vurdere om Bane NORs bruk av den samfunnsøkonomiske modellen har gitt korrekt resultat eller ikke. Vi er derfor enige med Bane NORs synspunkt om at reglene om overbelastning og prioritering først kommer til anvendelse i den ordinære, årlige kapasitetsfordelingsprosessen.

Av denne grunn, og fordi Bane NOR nå arbeider med en ny samfunnsøkonomisk modell for verdsetting av ruteleier, vil vi ikke gå nærmere inn på metoden som ble brukt i denne saken. Dersom Bane NOR på et senere tidspunkt skal benytte samfunnsøkonomisk analyse som kriterier for hvilke tog innenfor hver type tjeneste som skal omdirigeres, oppfordrer vi Bane NOR til en ny gjennomgang for å sikre at modellen er på riktig nivå for denne type vurdering. Videre bør Bane NOR være tydelig på hvilke forutsetninger som gjelder i forventningsscenario

³⁶ Se «Dokumentasjon av verdsetting ruteleietildeling R23».

og gjennomføre en dokumenterbar usikkerhetsvurdering som er tydelig på hvordan denne påvirker resultatet.

Vy sier i sine merknader til varselet at SJT likevel bør ta stilling til Bane NORs metodikk for samfunnsøkonomiske analyse, og påpeker at Vys innvendinger er av generell karakter. At vi i varselet ikke har tatt dette klagepunktet til følge kan ifølge Vy medføre at Bane NOR benytter samme modell ved en eventuell konflikt i den påfølgende ruteplanprosessen for R23.

Vi forstår Vys behov for å få vår generelle vurdering av modellen. Likevel finner vi det som mer hensiktsmessig å ta stilling til Bane NORs metodikk for samfunnsøkonomisk analyse i en eventuell klage hvor denne metodikken er avgjørende for utfallet i klagesaken. Derfor vil vi ikke gå nærmere inn på Bane NORs metode for samfunnsøkonomisk analyse i denne saken. Vi presiserer likevel at dette ikke innebærer at vi har forhåndsgodkjent modellen. Avslutningsvis gjør vi oppmerksom på at vi vil gi høringsinnspill til Bane NORs forslag til justert samfunnsøkonomisk modell som Bane NOR nå har sendt på høring sammen med utkast til nettveiledningen for 2024.

Konklusjon: Etter SJTs oppfatning er det i denne saken ikke nødvendig å ta stilling til Bane NORs metode for samfunnsøkonomiske analyse og resultatet av denne. Som nevnt over er det ikke i samsvar med punkt 17 i vedlegg IV til jernbaneforskriften å vurdere samfunnsøkonomisk verdi på ruteleienivå etter punkt 17. Klagepunktet tas derfor ikke til følge.

6 Vurdering av aktuelle korrigerende tiltak

Ovenfor har vi konkludert med at Bane NOR har brutt jernbaneforskriften ved å ikke følge punkt 17 i vedlegg IV på riktig måte. Bane NOR har ikke angitt kriterier for omdirigering i samsvar med korrekt forståelse av reglene. Videre har Bane NOR oppstilt bindende føringer om hvilke ruteleier de enkelte selskapene kan søke på i den årlige fordelingsprosessen for R23 i forbindelse med kapasitetsbegrensningen på Drammen stasjon. Disse er angitt i oppstartbrevet for R23 punkt 3.4. I tillegg har SJT konkludert med at Bane NOR har gjort den foreløpige tildelingen på selskapsspesifikt rutenivå (fordelt ruter til de etablerte selskapene på strekningen) i strid med reglene i punkt 17 i vedlegg IV, i stedet for en foreløpig tildeling basert på ulike typer togtenester.

Statens jernbanetilsyn 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 uønskete 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 tilsynet enten bekrefte at endring av infrastrukturforvalters beslutning ikke er nødvendig eller kreve en endring av beslutningen. Se jernbaneforskriften § 11-3 tredje ledd. Sistnevnte bestemmelse innebærer at nødvendige endringer i Bane NORs tildeling av infrastrukturkapasitet kan skje etter at den ordinære kapasitetsfordelingsprosessen er gjennomført.

Når det gjelder Bane NORs brudd på regelverket knyttet til kriteriene for omdirigering, er det etter vår vurdering ikke hensiktsmessig å pålegge noen korrigerende tiltak, ettersom det i denne saken ikke er aktuelt med omdirigering. I praksis har det derfor ikke blitt benyttet kriterier for omdirigering. Vår forståelse utfra mottatte opplysninger er likevel at Bane NOR har blandet sammen kriteriene for omdirigering og den foreløpige fordelingen av restkapasitet.

Om den foreløpige fordelingen av restkapasitet, mener vi som beskrevet ovenfor i del 5.5, at Bane NORs beskrivelse av trafikktilbudet i punkt 3.4 i oppstartbrevet for R23 sannsynligvis vil bli oppfattet av søkerne som bindende føringer for den årlige fordelingsprosessen for R23. Det er mulig å rette opp i dette ved å pålegge Bane NOR å fjerne disse forskriftsstridige føringene, opplyse søkerne om dette og å behandle søknader uten hensyn til føringene. Dette vil sikre at alle jernbaneforetakene og andre søkere får tilgang til den minste pakken med tjenester på ikke-diskriminerende vilkår i tråd med jernbaneforskriften § 4-1.

Flytoget skriver i kommentarene til varselet at det ikke er noe som tilsier at vedtaket skaper noe annet resultat enn det foreliggende, ettersom prosessen har tatt utgangspunkt i hvordan problemstillingen ville blitt løst i den ordinære kapasitetsfordelingsprosessen, og at det ikke har kommet nye aktører på strekningen. Derfor mener Flytoget at det ikke er forholdsmessighet mellom vedtakets utforming og overtredelsene.

Etter vårt syn er det ikke nødvendig å påvise at vedtaket vil skape et annet resultat i fordelingsprosessen. Selv om det ikke er sikkert at det er søkere som er blitt påvirket av føringene i oppstartbrevet i sin søknad om ruteleier for R23, kan SJT ikke konstatere dette med sikkerhet uten at alle søkerne og potensielle søkere blir gjort kjent med at føringene ikke var bindende.

Samlet sett vurderer vi at det er et egnet, nødvendig og forholdsmessig korrigerende tiltak å pålegge Bane NOR å fjerne de forskriftsstridige føringene angitt i oppstartbrevet for R23 punkt 3.4. Som nevnt ovenfor har Bane NOR også allerede gjort dette, etter å ha mottatt varsel om vedtak.

Flytoget skriver også i sine kommentarer til varselet at det er uklart for dem hvorfor SJT mener at Bane NOR må kjøre prosessen på nytt. De viser til at de ikke tolker at Vy har klaget på prosessen, men utfallet av den. Vår forståelse av klagen er imidlertid at Vy klaget på både prosessen og utfallet av denne, og Vy har bekreftet dette.

I behandlingen av denne klagesaken har det også etter vårt syn blitt klart at det er mye forvirring og ulike forståelser av hvordan punkt 16 og 17 i vedlegg IV skal tolkes. På bakgrunn av dette, og bruddene på punkt 17 som vi har gjennomgått ovenfor, er vår vurdering at det er behov for å pålegge Bane NOR og gjennomgå sine rutiner for foreløpig tildeling av restkapasitet som gjøres i forkant av den årlige fordelingsprosessen i forbindelse med langvarige og omfattende kapasitetsbegrensninger, i tillegg til å ikke bruke den foreløpige tildelingen av restkapasitet som bindende føringer for søknader. Dette er for å sikre at den foreløpige fordelingen blir gjort til ulike typer togtenester og ikke til konkrete selskapers rutetilbud, og for å sikre at det ikke holdes av kapasitet i strid med § 8-1 første ledd. Et slikt tiltak vil være et forholdsmessig korrigerende tiltak siden det bare pålegger Bane NOR å utføre det som uansett er nødvendig for å etterleve reglene i fremtiden.

7 SJTs vedtak

Med bakgrunn i vurderingene ovenfor, er vår konklusjon at Bane NOR har brutt jernbaneforskriften vedlegg IV punkt 17 ved å:

- feilaktig oppstille «kriterier» for hvilke tog innenfor hver type tjeneste som skal omdirigeres

- oppstille bindende føringer for kapasitetsfordelingsprosessen for R23 i forbindelse med kapasitetsrestriksjonen på Drammen stasjon.
- foreta en feilaktig foreløpig fordeling ved å fordele på selskapsspesifikt rutenivå i stedet for en foreløpig fordeling basert på ulike typer togtjenester.

Vår vurdering er at det er behov for korrigerende tiltak for å rette opp brudd på jernbaneforskriften, og for å ivareta Vy, Flytoget og andre jernbaneforetak og søkeres rettigheter etter forskriften. Hjemmelen for pålegget er 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. Vys klage over at Bane NORs samfunnsøkonomiske analyse har gjort at Vy har blitt uriktig behandlet, tas ikke til følge. Dermed tas Vys klage delvis til følge.

For å rette opp i bruddene på regelverket treffer SJT vedtak hvor vi pålegger Bane NOR å:

1. Gå gjennom sine rutiner for foreløpig tildeling av restkapasitet for å sikre at dette blir gjort på riktig nivå for ulike typer togtjenester ved fremtidige midlertidige kapasitetsbegrensninger etter vedlegg IV.
2. Ikke bruke den foreløpige tildelingen av restkapasitet etter vedlegg IV som bindende føring for søknader i den årlige kapasitetsfordelingsprosessen fremover.

I varselet om vedtak påla vi også Bane NOR å informere om og gi alle aktuelle søkere anledning til å søke om ruteleier, innen en rimelig frist, uten føringene angitt i oppstartbrevet for R23 punkt 3.4. I tillegg måtte Bane NOR sende dokumentasjon til SJT på at denne informasjonen var sendt til søkerne innen fristen. Bane NOR oppfylte disse to påleggspunktene etter at de mottok varsel om vedtak, og sendte 7. juli brev til søkerne og ga alle søkere mulighet til å endre sine opprinnelige søknader som måtte være bundet av føringene i oppstartbrevet. Bane NOR har også dokumentert for SJT at alle søkerne er informert om at føringene er fjernet. Dermed er disse påleggspunktene allerede oppfylt av Bane NOR.

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:

Flytoget AS	Postboks 19 Sentrum	0101	OSLO
Vygruppen AS	Postboks 1800 Sentrum	0048	OSLO