

Bane NOR SF  
Postboks 4350  
2308 HAMAR

Postboks 7113 St. Olavs plass  
NO-0130 Oslo

Att.:

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

Saksbehandler: Toril Elsa Torp, 22995915  
Vår ref.: 20/1600-22  
Deres ref.:  
Dato: 11.12.2020

## Vedtak etter klage fra Vygruppen AS

### 1 Innledning

Statens jernbanetilsyn (tilsynet) mottok 2. juli 2020 en klage fra Vygruppen AS (Vy) etter jernbaneforskriften §11-2.<sup>1</sup> Klagen gjelder to føringer som Bane NOR SF (Bane NOR) som infrastrukturforvalter har satt for søknader om infrastrukturkapasitet forut for ruteplanperioden R21. Føringene omfatter begrensninger for ruteleier på

- i) strekningen Oslo S – Lysaker og
- ii) omladning av tog under planlagt vedlikeholdsarbeid.

Bane NOR har gjennomført kapasitetsfordelingsprosessen med utgangspunkt i de aktuelle føringene. Vy hevder i klagen at føringene strider mot jernbaneforskriftens regler om fordeling av infrastrukturkapasitet, og ber på denne bakgrunn tilsynet om å vurdere forholdet.

Tilsynet har i forbindelse med saksbehandlingen innhentet informasjon fra Vy, Bane NOR og Jernbanedirektoratet. Klagen ble i sin helhet oversendt Bane NOR 7. juli. I brev av 18. august mottok tilsynet merknader til klagen fra Bane NOR. I tillegg har tilsynet per telefon stilt enkelte korte oppfølgingsspørsmål til Bane NOR ved Jan Harald Dammen. Tilsynet sendte ut varsel om vedtak til partene 16. oktober. Varslet ble også sendt i kopi til alle mottakere av Bane NORs brev om oppstart ruteplan R21.<sup>2</sup>

Tilsynet mottok den 26. oktober merknader fra Vy på varsel om vedtak, og den 2. november merknader fra Bane NOR. I tillegg har Grenland Rail og Jernbanedirektoratet kommet med merknader til det varslede vedtaket.<sup>3</sup> Vy har også inngitt kommentarer til både Bane NOR og Jernbanedirektoratets merknader i brev av 16. november. Det har videre blitt avholdt møte mellom tilsynet og Bane NOR den 16. november, hvor Bane NOR redegjorde nærmere for sine merknader til varsel om vedtak. Tilsynet har innhentet ytterligere informasjon fra Vy, Bane NOR

<sup>1</sup> Forskrift om jernbanevirksomhet, serviceanlegg, avgifter og fordeling av infrastrukturkapasitet mv. (jernbaneforskriften), FOR-2016-12-20-1771.

<sup>2</sup> Brev av 19. desember 2019

<sup>3</sup> Henholdsvis brev av 23. oktober og brev av 03. november.

og Jernbanedirektoratet om konsekvensene av en eventuell ny kapasitetsfordeling som følge av en eventuell gjennomføring av tilsynets varslede vedtak om pålegg.

Tilsynets vurdering av klagen er at Bane NOR har brutt jernbaneforskriften §§ 4-1, 8-1 første ledd, 8-6-første og andre ledd og 8-8 første og andre ledd ved å innta og gjøre gjeldende de aktuelle føringene for søknader i kapasitetsfordelingsprosessen for ruteplan R21. Tilsynet pålegger derfor Bane NOR å fjerne disse føringene fra og med vedtakstidspunktet. Bane NOR pålegges også å gi alle potensielle søkere adgang til å søke om ruteleier for omlodning av tog om Roa, og til å behandle Vys søknad og eventuelle andre søknader uten den påklagde føringen.

## **2 Sakens faktum – om de aktuelle føringene og kapasitetsfordelingsprosessen for R21**

Klagen fra Vy gjelder som nevnt to føringar Bane NOR har stilt for søknader under kapasitetsfordelingsprosessen for ruteplanperioden R21. Føringene fremgår av oppstartsbrev til søkere av 19. desember 2019. Klagen gjelder følgende føringar om begrensningar for søknader om infrastrukturkapasitet for R21:

- For strekningen Oslo S – Lysaker kunngjøres det fast minuttall for fjerntog både med avgang og ankomst på minutt xx:25 hver time.<sup>4</sup>
- Bane NOR kan i ordinær kapasitetsfordelingsprosess kun motta søknader om omlodning av grenseoverstridende tog knyttet til stengeperioden på Østfoldbanen for påsken og sommeren 2021.<sup>5</sup>

Tilsynet vil i det følgende beskrive vår forståelse av føringene og begrunnelsen for disse noe nærmere. Det vises ellers til gjennomgangen av Bane NORs anførsler nedenfor.

Det første klagepunktet knytter seg til ruteleier på strekningen Oslo S – Lysaker. Bane NOR forutsetter at trafikkvirksomheten som de omtaler som «*fjerntog*» kun skal benytte ruteleier på minutt xx:25 både for ankomst på Oslo S fra Lysaker, og på avgang fra Oslo S mot Lysaker. Bane NOR begrunner føringen med at den er en forutsetning for å kunne oppnå 80 % kapasitetsutnyttelse i rushtrafikken på strekningen Oslo S – Lysaker, maksimalt 24 ruteleier pr. time og retning, og maksimalt sju tog etter hverandre med to minutter togfølgetid.

Det andre klagepunktet gjelder begrensningen om at Bane NOR, under det Bane NOR omtaler som «*ordinær kapasitetsfordelingsprosess*», bare vil motta søknader for omlodning av grenseoverskridende tog (vår understreking) for bestemte perioder med planlagte arbeider på Østfoldbanen. Søknader om omlodning av andre tog og for andre perioder med planlagte arbeider på andre strekninger, skal først sendes som en del av det Bane NOR kaller «*ad hoc-prosessen*». Bane NOR har i ettertid hevdet at føringen blant annet kan bidra til at ruteleier er tilgjengelige for godstog når jernbaneforetak er klare til å søke om ruteleier for slike.

Bane NOR er infrastrukturforvalter på det statlige jernbanenettet. Bane NOR skal behandle søknader og fordele infrastrukturkapasitet gjennom en søknads-, samordnings- og fordelingsprosess som er detaljert regulert i jernbaneforskriften kapittel 8 og 9. Bane NOR har i tråd med dette angitt en tidsplan for kapasitetsfordelingsprosessen for R21 i nettveiledningen

<sup>4</sup> Brev av 19.12.19 side 6, punkt 3.5

<sup>5</sup> Brev av 19.12.19 side 7

pkt. 4.3.1<sup>6</sup>. Ruteplan for R21 ble fastlagt 25. september 2020, og har blitt kunngjort til alle jernbaneforetak og øvrige søkere.<sup>7</sup>

### **3 Tilsynets rolle og myndighet**

Statens jernbanetilsyn er markedsovervåkingsorgan etter jernbaneloven<sup>8</sup> § 11b, jf. jernbaneforskriften § 1-2 fjerde ledd. Som markedsovervåker påser tilsynet at aktørene etterlever jernbanelovgivningens bestemmelser om konkurranse i markedene for jernbanetransport, og behandler klager innenfor markedsovervåkingsorganets myndighetsområde, jf. § 11b første ledd. Markedsovervåkingsorganets uavhengighet er sikret gjennom § 11b andre og tredje ledd hvor det stadfestes at markedsovervåkingsorganet ikke kan instrueres, og at enkeltvedtak som markedsovervåker treffer ikke kan påklages til eller omgjøres av overordnet myndighet. Det følger videre av jernbaneloven §§ 11b første ledd jf. 11 femte ledd at tilsynet som markedsovervåker kan gi pålegg om korrigerende tiltak.

Det er gitt nærmere bestemmelser om tilsynets oppgaver og myndighet som markedsovervåker i jernbaneforskriften kapittel 11. Etter jernbaneforskriften § 11-2 første ledd kan en søker som anser seg urettferdig behandlet, utsatt for forskjellsbehandling eller krenket på annen måte, klage til tilsynet. Nærmere eksempler på beslutninger som særlig skal kunne påklages er gitt i § 11-2 første ledd bokstav a-h. Av relevans for behandlingen av klagen er eksemplifiseringen av Bane NORs beslutninger som gjelder:

- a) utkast til og endelig versjon av nettveiledningen
- b) kriterier som er fastsatt i nettveiledningen
- c) fordelingsprosessen og resultatet av denne

Etter å ha mottatt en klage skal tilsynet i henhold til jernbaneforskriften § 11-2 andre ledd ved behov innhente relevante opplysninger og ta initiativ til høring av alle berørte parter innen én måned. Tilsynet skal ta stilling til klagen og om nødvendig treffe tiltak for å avhjelpe situasjonen. I tilfelle av en klage på søknad om infrastrukturkapasitet eller på vilkårene for et tilbud om kapasitet, skal tilsynet etter tredje ledd enten bekrefte at endring av infrastrukturforvalters beslutning ikke er nødvendig, eller kreve en endring etter nærmere retningslinjer.

Tilsynet har etter jernbaneforskriften videre myndighet til å ta opp saker på eget initiativ, jf. forskriften § 11-1 første ledd. Tilsynet 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. forskriften § 11-1 syvende ledd. Tilsynet har i tidligere praksis lagt til grunn at både §§ 11-2 om klage og 11-1 syvende ledd kan anvendes som ledd i behandlingen av en sak som har utgangspunkt i en klage, og at tilsynet kan ta opp og gripe inn mot forhold på eget initiativ som partene ikke har påberopt.<sup>9</sup> Dette er i tråd med formålsbestemmelsen i § 11-1 første ledd om at tilsynet som markedsovervåker skal arbeide for et effektivt jernbanemarked med sunn konkurranse og likeverdige vilkår, og overvåke konkurransesituasjonen med dette for øye.

<sup>6</sup> Network Statement 2020

<sup>7</sup> Brev fra Bane NOR til tilsynet av 2. november 2020. Tjenesterutebøker for R21 er tilgjengelig her: [banenor.no/kundeportal/ruter-og-sportilgang/tjenesteruteboker/](http://banenor.no/kundeportal/ruter-og-sportilgang/tjenesteruteboker/)

<sup>8</sup> Lov om anlegg og drift av jernbane, herunder sporvei, tunnelbane og forstadsbane m.m. av 11. juni 1993 nr. 100 (jernbaneloven).

<sup>9</sup> Se blant annet tilsynets vedtak om bruk av Gardermoen stasjon av 14. juni 2017 pkt. 5.5.

## 4 Partenes anførsler

### 4.1 Vys klagegrunner

#### 4.1.1 Ruteleier på strekningen Oslo S – Lysaker

Vy hevder i klagen at Bane NORs føring om at kun såkalte «*fjerntog*» skal kjøre på minuttall xx:25 i begge retninger, er i strid med bestemmelser i jernbaneforskriften kapittel 8 og 9. Vy mener Bane NOR, i henhold til jernbaneforskriften § 8-6 første ledd, så langt som mulig skal etterkomme alle søknader om infrastrukturkapasitet. Hvis det oppstår interessekonflikter i form av kolliderende søknader i ruteplanleggingen, må Bane NOR gjennomføre en samordningsprosess etter jernbaneforskriften § 9-1. Hvis denne prosessen ikke fører til et akseptabelt resultat, må Bane NOR erklære strekningen Oslo S – Lysaker for overbelastet iht. jernbaneforskriften § 9-3 og tildele infrastrukturkapasitet i henhold til prioriteringskriteriene i jernbaneforskriften § 9-5.

Vy viser til at det er fremgangsmåten og prinsippene angitt i jernbaneforskriften som skal legges til grunn i kapasitetsfordelingsprosessen, og at Bane NOR ikke kan innskrenke søkeres rettigheter gjennom føringer i nettveiledningen eller supplementet til denne.

Vy viser i tillegg til at føringen verken er en forutsetning for å opprettholde en maksimal kapasitetsutnyttelse på 80% eller 24 tog per time på strekningen Oslo S – Lysaker i rush. Vy viser i så måte til at Bane NOR i alle ruteterminer de siste årene har kunnet fordele infrastrukturkapasitet på strekningen Oslo S – Lysaker uten at det ble gitt bindende føringer for bruk av bestemte ruteleier for bestemte togslag. Vy har også informert tilsynet om at rutemodell R2014 som ligger til grunn for rutetermin R21 i sin tid ble utarbeidet av NSB og forankret hos daværende Jernbaneverket. I brev til tilsynet skriver de at

*«Rutemodellen er tilrettelagt med tre ruteleier i timen for tog som har dårligere framføringsegenskaper enn vanlige lokaltog (f.eks. godstog og fjerntog). Ruteleiene har ankomst og avgang på Oslo S på minutt xx:05, xx:25 og xx:45 og kan sies å være en fleksibilitet som er bygd inn i rutemodellen, heller enn en forutsetning slik Bane NOR påstår. Etter vårt syn er det ingen grunn til at fordelingen av disse ruteleiene ikke kan foretas i ordinær kapasitetsfordelingsprosess iht. jernbaneforskriftens §§ 8-6, 9-1 og 9-5.»<sup>10</sup>*

Det er tilsynets forståelse at Vy ønsker at den aktuelle søknaden skal behandles uten at Bane NOR legger til grunn føringene som forbeholder tidspunktet for fjerntog. Tilsynet har i denne forbindelse fått opplyst fra både Bane NOR og Vy at det foreligger en konflikt mellom henholdsvis Vys søknad og søknaden fra selskapet Go-Ahead Norge AS (Go-Ahead) om ruteleier på strekningen. For rutetermin R21 søkte Vy om at tog 864 skulle få ankomsttid kl. 08:25 på Oslo S, og Go-Ahead søkte om samme ankomsttidspunkt for sitt tog 702. Under tvisteløsningsordningen fant Bane NOR at den aktuelle føringen på strekningen måtte medføre at ruteleiene med ankomst Oslo S kl. 08.25 ble tildelt Go-Aheads tog. Vy ble tilbudt et alternativt ruteleie for sitt tog med ankomst Oslo S kl. 09:05.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Brev fra Vy til tilsynet datert 16. november 2020.

<sup>11</sup> Brev fra Vy til tilsynet datert 18. november 2020

#### **4.1.2 Bane NORs avvisning av Vys søknad om ruteleier for omledning av tog på Bergensbanen om Roa**

Det rettslige grunnlaget for dette klagepunktet er det samme som for føringene knyttet til strekningen Oslo S - Lysaker. Vy mener at Bane NOR, som følge av jernbaneforskriften § 8-6 første ledd ikke kan nekte å ta imot søknader om ruteleier på visse strekninger og i bestemte tidsperioder. Med henvisning til Bane NORs begrunnelse for å nekte behandling av Vys søknad<sup>12</sup>, anfører Vy at jernbaneforskriften §§ 5-1 og 5-2 om henholdsvis krav om nettveiledning og innhold i nettveiledningen omhandler beskrivelsen av tilgjengelig fysisk jernbaneinfrastruktur og eventuelle fysiske begrensninger. Det er Vys oppfatning at disse bestemmelsene ikke utgjør rettslig grunnlag for Bane NOR til å begrense søkernes adgang til å søke om ruteleier. Ettersom det ikke foreligger relevante fysiske og tekniske hindringer for bruk av infrastrukturen, viser Vy til at fordelingen av infrastrukturkapasitet må skje etter prinsippene i jernbaneforskriften § 8-6 flg. om behandling av søknader og samordning ved interessekonflikter mv.

Vy uttalte også i søknaden om infrastrukturkapasitet av 14. april 2020 til Bane NOR at de ikke vil følge de aktuelle føringene.<sup>13</sup>

#### **4.2 Bane NORs anførsler**

Bane NOR ga i brev av 18. august til tilsynet sine kommentarer til klagen. Overordnet anfører Bane NOR at de lovlig kan stille og gjøre gjeldende de aktuelle føringene i oppstartsbrevet til den årlige ruteplanprosessen for R21. Bane NOR gir uttrykk for følgende prinsipielle standpunkt:

*«På generelt grunnlag er det vårt syn at forskriften åpner for å ha begrensninger knyttet til kapasitet det søkes om, så lenge slike begrensninger ikke er i strid med krav i forskriften og de er saklig begrunnet».*<sup>14</sup>

I tilknytning til søknaden om ruteleier på strekningen Oslo S – Lysaker bemerket Bane NOR følgende:

*«Denne begrensningen ligger som en forutsetning i grunnrutemodellen som gjelder fra 2012, men så lenge NSB/Vy var eneste personforetak som kjørte fjerntog på strekningen, kunne det gjøres avvik uten at det fikk negative konsekvenser for andre jernbaneforetak. Ettersom flere strekninger har blitt konkurranseutsatt og andre persontogforetak trafikkerer fjerntog på strekningen, må den opprinnelige forutsetningen praktiseres fra R21. Dette for å unngå forskjellsbehandling for de øvrige jernbaneforetakene som trafikkerer strekningen mellom Oslo S og Lysaker.*

*Det opplyses at Bane NOR behandler denne saken som en interessekonflikt og at Bane NOR er i prosess med å gjennomføre en samordning etter jernbaneforskriften § 9-1. Samordningsperioden for R21 går fra 10. august til 3. september 2020».*<sup>15</sup>

Hva gjelder den aktuelle begrensningen for søknader om ruteleier for omledning av tog, begrunner Bane NOR denne i likebehandling og behovet for å sørge for at det er tilgjengelig ruteleier for godstransport:

---

<sup>12</sup> Brev av 12. mai

<sup>13</sup> Vys søknad om infrastrukturkapasitet av 14. april 2020 på side 2 og 3.

<sup>14</sup> Brev av 18.08.20 punkt 3.2

<sup>15</sup> Brev av 18.08.20 punkt 2

*«Særlig for godsforetakene er det utfordrende å ha oversikt over endelig behov for slike ruteleier på tidspunktet for frist for å søke om kapasitet etter den årlige kapasitetsfordelingsprosessen. Godstogforetakene er, slik Bane NOR opplever det, rett og slett ikke forberedt på å søke på disse ruteleiene i forbindelse med ordinær prosess. Dette i motsetning til enkelte persontogforetak, som i større grad har denne oversikten i forkant av ordinær prosess, og derfor kan søke om dette».<sup>16</sup>*

Vedlagt Bane NORs brev av 18. august fulgte også en intern juridisk vurdering som ble utarbeidet under behandlingen av Vys søknad. Basert på denne vurderingen uttalte Bane NOR i brev av 12. mai til Vy:

*«Det er Bane NOR som infrastrukturforvalter som fastsetter hvilken infrastruktur som er tilgjengelig for søkerne og begrensninger knyttet til denne, altså at det er Bane NOR som definerer hva/hvilken kapasitet det kan søkes om. Dette fremgår ikke så tydelig av forskriften, men jernbaneforskriften §§ 5-1 (1) og 5-2 b) bygger på dette: om at det skal angis i nettveiledningen hvilken jernbaneinfrastruktur som står til rådighet for jernbaneforetakene og vilkårene for å få tilgang til denne. At det ikke kan søkes om «omledningstog» er ikke omtalt i nettveiledningen, men det følger av Network Statement kapittel 4.2.2.1 boks nr. 5 at Bane NOR skal «Oppdatere Network Statement med de endringer som har betydning for planprosessen. I dette inngår endringer av ytelsene i infrastrukturen av permanent eller midlertidig karakter i henhold til egen beskrivelse, samt eventuelle endringer av servicenivå (dieselfylling, varmeposter m.m.)». Dette gir uttrykk for at det i forkant av hver årlige kapasitetsfordelingsprosess legges inn de begrensninger mv. på hva det kan søkes om. Og selv om ikke begrensningen er tatt inn i nettveiledningen, så framgår begrensningen tydelig av oppstartbrevet som er en del av den formaliserte prosessen.*

*Det følger også av AST punkt 11 andre ledd at «Bane NOR kan innføre begrensninger knyttet til den jernbaneinfrastruktur og de tjenester jernbaneforetaket kan søke om infrastrukturkapasitet for.» Begrensningen i oppstartbrevet antas nettopp å være en slik type begrensning som vil omfattes av denne bestemmelsen i AST».*

Tilsynet viser for øvrig til fremstillingen i Bane NORs brev til tilsynet av 18. august med vedlegg, samt i brevet til Vy av 12. mai.

Bane NOR oversendte i brev av 2. november sine merknader til tilsynets varsel om vedtak av 16. oktober. Bane NOR skriver at selv om det er mulig at tilsynet har et korrekt utgangspunkt for hvordan jernbaneforskriften skal forstås, er det likevel ikke gitt at de foreligger brudd på regelverket i den grad tilsynet har gitt uttrykk for i varselet.<sup>17</sup> Videre anfører Bane NOR at de varslede påleggene både er uegnede og uforholdsmessige i forvaltningsrettslig forstand. Et vedtak om slike pålegg kan etter Bane NORs oppfatning få virkninger utover de to forholdene som Vy har tatt opp i klagen fordi varselet reiser prinsipielt viktige spørsmål for all kapasitetsfordeling på det norske jernbanenettet.<sup>18</sup>

Tilsynet vil i den videre fremstillingen ta stilling til de konkrete merknadene der de er relevant.

---

<sup>16</sup> Brev 18.08.20 punkt 3.1

<sup>17</sup> Brev av 02. november punkt 1

<sup>18</sup> Brev av 02. November punkt 1

## 5 Rettslige utgangspunkter

### 5.1 Innledning

Tilsynet vil nedenfor foreta en vurdering av klagen opp mot gjeldende bestemmelser i jernbanelovgivningen om å gi tilgang til den minste pakken med tjenester på ikke-diskriminerende vilkår (jernbaneforskriften § 4-1), om fordeling av infrastrukturkapasitet (jernbaneforskriften kap. 8) og om interessekonflikter og overbelastet infrastruktur (jernbaneforskriften kap. 9). På bakgrunn av Bane NORs henvisning til reglene om nettveiledning som rettslig utgangspunkt for lovligheten av de aktuelle føringer og begrensninger de har oppstilt for søknader, vil tilsynet også gjøre en vurdering opp mot reglene om nettveiledning (jernbaneforskriften kap. 5).

I det følgende har tilsynet disponert vurderingene etter forskriftens struktur. Dette medfører at reglene om nettveiledningen behandles før reglene om kapasitetsfordelingsprosessen, uten at tilsynet med dette signaliserer at de førstnevnte reglene er mest sentrale for saken.

### 5.2 Forholdet til EØS-retten

Gjeldende jernbaneforskrift gjennomfører relevante deler av *direktiv 2012/34/EU av 21. november 2012 om etablering av et felles europeisk jernbaneområde* i norsk rett i påvente av at det inntas i EØS-avtalen.<sup>19</sup>

Direktivet er per dags dato fortsatt ikke inntatt i EØS-avtalen. Da formålet med jernbaneforskriften er å gjennomføre direktivets regler i norsk rett før det etablerer EØS-rettslige forpliktelser, legger tilsynet likevel til grunn at direktivet er en relevant rettskilde ved tolkingen av jernbaneforskriften. Forskriften må så langt som det er grunnlag for tolkes i tråd med forpliktelsene som vil følge av direktivet hvis det tas inn i EØS-avtalen.

Norges relevante eksisterende EØS-rettslige forpliktelser følger av direktiv som er inntatt i EØS-avtalen Vedlegg XIII.<sup>20</sup> Jernbaneforskriften gjennomfører per i dag disse forpliktelsene. At jernbaneforskriften både kan gjennomføre direktiv 2012/34/EU nasjonalt, og Norges eksisterende EØS-forpliktelser etter tidligere direktiv, er uttrykk for at direktiv 2012/34/EU er en videreføring og utdypning av tidligere regler. Bestemmelsene om tildeling av infrastrukturkapasitet i direktiv 2012/34/EU er i hovedsak en videreføring av de eksisterende forpliktelsene etter direktiv 2001/14/EF. Tilsynet legger etter dette til grunn at praksis knyttet til begge direktiver, og nasjonale gjennomføringer av disse, er relevante for saken.

<sup>19</sup> I Prop. 8 L (2016–2017) Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak), *Endringer i jernbaneloven og jernbaneundersøkelsesloven (gjennomføring av direktiv 2012/34/EU mv.)*, uttalte Samferdselsdepartementet at «[d]irektivet er ikke ennå tatt inn i EØS-avtalen, men departementet finner det hensiktsmessig å likevel gjennomføre direktivet i norsk rett nå». <sup>19</sup> Transport- og kommunikasjonskomiteén støttet dette i Innst. 93 L (2016–2017) Innstilling fra transport- og kommunikasjonskomiteén om *Endringer i jernbaneloven og jernbaneundersøkelsesloven (gjennomføring av direktiv 2012/34/EU mv.)*<sup>19</sup>, og Stortinget vedtok på denne bakgrunn de nødvendige endringene i jernbaneloven for å kunne gjennomføre direktivet.

<sup>20</sup> De aktuelle direktivforpliktelsene følger av direktiv 91/440/EØF, endret gjennom direktiv 2001/12/EF, direktiv 2004/51/EF og direktiv 2007/58/EF, samt av direktiv 2001/14/EF som endret ved vedtak 2002/844/EF og direktiv 2004/49/EF.

Det pågår for tiden et lov- og forskriftsarbeid som kan medføre endringer av regelverket i Norge i fremtiden.<sup>21</sup>

### 5.3 Gjennomgang av aktuelle regler

#### 5.3.1 Reglene om informasjon gjennom nettveiledningen

For at jernbaneforetak og andre søkere skal ha grunnlag for å foreta rasjonelle markedsmessige beslutninger om søknader om infrastrukturkapasitet, er det en forutsetning at de har tilstrekkelig informasjon om fordelingsprosessen, infrastrukturen, og vilkårene for å få tilgang til og bruke denne. Det heter i fortalen til direktiv 2012/34/EU at:

*«To ensure transparency and non-discriminatory access to rail infrastructure, and to services in service facilities, for all railway undertakings, all the information necessary to use access rights shall be published in a network statement».*<sup>22</sup>

Jernbaneforskriften inneholder derfor nærmere regler om informasjonskrav som Bane NOR som infrastrukturforvalter skal oppfylle for å sikre at nødvendig informasjon for jernbaneforetak og andre søkere er tilgjengelig gjennom den såkalte nettveiledningen. Disse reglene finnes i jernbaneforskriften kapittel fem. Av jernbaneforskriften § 5-1 første ledd følger det blant annet at nettveiledningen skal angi hvilken type jernbaneinfrastruktur som er tilgjengelig for jernbaneforetak samt informasjon om vilkårene for adgang til denne infrastrukturen.

Det sistnevnte kravet er nærmere utpenslet i § 5-2 om innhold i nettveiledningen. For opplysningene om hvilken type jernbaneinfrastruktur som står til rådighet for jernbaneforetakene, og vilkårene for å få adgang til denne, etablerer bokstav a) en sammenheng med det såkalte infrastruktureregisteret nevnt i samtrafikkforskriften<sup>23</sup> § 34:

*«Et avsnitt som viser hvilken type jernbaneinfrastruktur som står til rådighet for jernbaneforetakene, og vilkårene for å få adgang til denne. Opplysningene i dette avsnittet skal hvert år oppdateres mot eller vise til infrastruktureregisteret nevnt i samtrafikkforskriften § 34».*

Kravene til informasjon om prinsipper og kriterier for kapasitetsfordeling er videre spesifisert i § 5-2 bokstav c). Det heter i andre setning at avsnittet skal inneholde en redegjørelse for de generelle kapasitetssegenskaper ved jernbaneinfrastrukturen som er tilgjengelig for jernbaneforetak, og for eventuelle begrensninger når det gjelder bruk av den. Bestemmelsen inneholder krav som er viktige for å sikre en transparent, forutsigbar og ikke-diskriminerende kapasitetsfordelingsprosess.

#### 5.3.2 Reglene om fordeling av infrastrukturkapasitet

Det følger av jernbaneforskriften § 4-1 at Bane NOR som infrastrukturforvalter skal tilby jernbaneforetak og søkere 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. Tilsynet har i tidligere saker lagt til grunn at bestemmelsen gir uttrykk for et grunnleggende

<sup>21</sup> Prop. 101 LS (2019–2020), Endringer i jernbaneloven mv. (fjerde jernbanepakke) og samtykke til deltakelse i to beslutninger i EØS-komiteen om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2012/34/EU om et felles europeisk jernbaneområde og rettsaktene som utgjør fjerde jernbanepakke, ble behandlet og godkjent i statsråd 7. mai 2020.

<sup>22</sup> Avsnitt 34. En lignende formulering finnes i fortalen til Direktiv EF/2001/14 punkt 5

<sup>23</sup> Forskrift om samtrafikkveien i jernbanesystemet (samtrafikkforskriften), FOR-2010-06-16-820.



prinsipp og at de nærmere reglene om blant annet kapasitetsfordeling utfyller og supplerer dette prinsippet.<sup>24</sup>

Det følger av jernbaneforskriften § 1-2 tiende ledd at:

*«For infrastrukturforvalters beslutninger om tildeling av infrastrukturkapasitet på statens jernbaneinfrastruktur etter kapittel 8 og 9 gjelder forvaltningslovens regler om enkeltvedtak når ikke annet følger av forskriften her.»*

Forvaltningsloven gjelder dermed for beslutninger om tildeling av infrastrukturkapasitet, men bare så langt ikke annet følger av forskriften. Jernbaneforskriften inneholder detaljerte regler om fordeling av infrastrukturkapasitet som stiller strengere og mer presise krav enn hva som vil ha fulgt av forvaltningsloven.

Reglene om fordeling av infrastrukturkapasitet er sentrale for å sikre rettferdig og ikke-diskriminerende tilgang til ruteleier, og derigjennom bidra til en effektiv bruk av jernbaneinfrastrukturen. I avsnitt 42 i fortalen til Direktiv 2012/34/EU er det understreket at:

*“The charging and capacity-allocation schemes should 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 nondiscriminatory manner. Such schemes should allow fair competition in the provision of railway services”.*<sup>25</sup>

I Samferdselsdepartementets høringsnotat av 17. februar 2015 til gjeldende jernbaneforskrift, er reglene om kapasitetsfordeling i tråd med dette viet betydelig oppmerksomhet.

Jernbaneforskriften § 8-1 om rett til kapasitet, slår fast at infrastrukturforvalter skal fordele infrastrukturkapasitet ved tildeling av ruteleier.<sup>26</sup> Ruteleier kan tildeles søkere for høyest én ruteplanperiode. Infrastrukturforvalter skal videre sikre at kapasiteten fordeles på en rettferdig og ikke-diskriminerende måte, og i samsvar med EØS-retten.

Jernbaneforskriften § 8-2 bestemmer i tråd med dette at søknader om kapasitet skal sendes til infrastrukturforvalter. Det følger av annet ledd at søknader om kapasitet for å utføre planlagt vedlikehold også skal inngis som ledd i den alminnelige ruteplanleggingsprosessen. I bestemmelsens tredje ledd fremgår det at infrastrukturforvalter skal fastsette nærmere krav til søknadene i nettveiledningen.

Når det gjelder behandlingen av søknader, er utgangspunktet etter jernbaneforskriften § 8-6 at søknader om infrastrukturkapasitet skal imøtekommes «så langt som mulig», og videre at infrastrukturforvalter så langt som mulig skal ta hensyn til alle forhold søkerne kan bli stilt overfor, herunder de økonomiske konsekvenser for virksomheten deres. Det følger av annet ledd i samme bestemmelse at det bare er adgang til å prioritere visse tjenester i tilfeller som nevnt i §§ 8-8 og 9-5.

Jernbaneforskriften § 8-8 regulerer adgangen til å reservere jernbaneinfrastruktur for bestemte typer trafikk. Utgangspunktet i første ledd er at *«infrastrukturkapasitet skal anses tilgjengelig for*

<sup>24</sup> Se blant annet tilsynets vedtak etter klage fra Green Cargo AB av 7. april 2017 på side 6.

<sup>25</sup> Fortalen, avsnitt 42.

<sup>26</sup> De sentrale begrepene «infrastrukturkapasitet» og «ruteleier» er definert i § 1-3 bokstav o) og q).

bruk for alle typer transporttjenester som har de nødvendige egenskaper for å kunne utnytte det aktuelle ruteleiet». Det er unntaksvis adgang til å reservere infrastruktur for bestemte typer trafikk på vilkårene som følger av andre ledd:

*«Der det finnes egnede alternative ruter kan infrastrukturforvalteren, etter samråd med berørte parter, reservere jernbaneinfrastruktur til bruk for bestemte typer trafikk. Slik reservasjon skal ikke være til hinder for at den aktuelle jernbaneinfrastrukturen kan utnyttes av andre typer trafikk dersom det finnes tilgjengelig kapasitet. Opplysninger om reservert jernbaneinfrastruktur skal fremgå av nettveiledningen».*

Jernbaneinfrastrukturen utgjør et nettverk med begrenset kapasitet, og det er en praktisk situasjon at søkere ønsker seg infrastrukturkapasitet som er innbyrdes uforenlig. Søkerne har i slike tilfeller en interessekonflikt ved at det er ikke er mulig å imøtekomme deres søknader fullt ut. Jernbaneforskriften inneholder nærmere regler om hvordan slike interessekonflikter skal håndteres under kapasitetsfordelingsprosessen.

Utgangspunktet er etter § 9-1 *frivillighet*, hvor interessekonflikter forsøkes løst gjennom såkalt samordning. Konfliktløsning skal i medhold av tredje ledd ta utgangspunkt i et samråd med de berørte søkerne. Infrastrukturforvalter kan etter annet ledd foreslå kapasitet som er forskjellig fra den det ble søkt om, men alle søknader skal samtidig forsøkes tilgodesett så langt det er mulig, jf. bestemmelsens første ledd.

Det er i forlengelsen av dette etablert en tvisteløsningsordning etter jernbaneforskriften § 9-2. Det finnes informasjon om denne ordningen i nettveiledningen. Ordningen berører ikke søkeres rett til å klage til tilsynet i medhold av § 11-2.

Det vil etter omstendighetene ikke alltid være grunnlag for å løse en interessekonflikt gjennom samordning. Dette innebærer at jernbaneforskriften også må opprette alternative mekanismer til samordning for løsning av interessekonflikter.

Hvis det ikke lar seg gjøre å løse interessekonflikten basert på samordning eller ved hjelp av tvisteløsningsordningen, skal infrastrukturforvalter erklære den berørte infrastrukturen som overbelastet. Dette følger av jernbaneforskriften § 9-3 første ledd.

En erklæring om overbelastning utløser plikter for Bane NOR som infrastrukturforvalter og enkelte rettigheter for jernbaneforetak. Infrastrukturforvalter skal blant annet utarbeide en kapasitetsanalyse innenfor en nærmere angitt frist. Reglene om kapasitetsanalyse er gitt i § 9-6. Med grunnlag i kapasitetsanalysen skal det utarbeides en kapasitetsforbedringsplan. Nærmere regler om kapasitetsforbedringsplanen finnes i § 9-7.

Det er videre gitt regler om bruk av prioriteringskriterier i jernbaneforskriften § 9-5. Det følger av første ledd første punktum at kriteriene bare kommer til anvendelse i tilfeller hvor infrastrukturforvalter ikke har innkrevd kapasitetsavgifter etter § 6-2 fjerde ledd, eller innkreving av slike avgifter ikke har gitt et tilfredsstillende resultat. Det er videre et grunnvilkår at den aktuelle infrastrukturen er erklært overbelastet. Såfremt disse to vilkårene er oppfylt, skal infrastrukturforvalter tildele kapasiteten det er knapphet på som følge av kolliderende søknader i henhold til prioriteringskriteriene i § 9-5 første ledd. Infrastrukturforvalter kan likevel tildele kapasitet etter en annen rekkefølge på vilkårene som fremgår av annet ledd.

## 6 Tilsynets vurdering av klagen

### 6.1 Kan Bane NOR begrense adgangen til å søke om ruteleier med støtte i bestemmelsene om nettveiledning?

Bane NOR viser i brevet til Vy av 12. mai til bestemmelser i jernbaneforskriften kapittel 5 om nettveiledning til støtte for sin praksis med å etablere begrensninger for adgangen til å søke om å bli tildelt ruteleier for ulike typer trafikk. Tilsynet vil i det følgende vurdere om de aktuelle bestemmelsene er relevante ved vurderingen av om Bane NOR hadde adgang til å oppstille de aktuelle begrensningene for søknader.

Det heter i jernbaneforskriften § 5-1 første ledd annen setning at nettveiledningen skal angi hvilken type jernbaneinfrastruktur som er tilgjengelig for jernbaneforetak, og inneholde informasjon om vilkårene for adgang til den relevante jernbaneinfrastrukturen. Bane NOR har vist til denne bestemmelsen i brevet til Vy. Spørsmålet er altså om den kan sies å regulere Bane NORs adgang til å oppstille begrensningene Vy har påklaget.

Som nevnt ovenfor må «jernbaneinfrastruktur» forstås med bakgrunn i definisjonen i jernbaneforskriften § 1-3 bokstav d), og omfatter de objektene som er opplistet i vedlegg i) til jernbaneforskriften. Begrepet jernbaneinfrastruktur er altså objektmessig, men ikke tidsmessig, avgrenset. Tilsynet vurderer på denne bakgrunn, etter en alminnelig ordlydsfortolking, at infrastrukturforvaltere ikke selv kan fastsette *når* jernbaneinfrastrukturen er tilgjengelig med støtte i passusen om at nettveiledningen skal angi *hvilken type* jernbaneinfrastruktur som er tilgjengelig for jernbaneforetak.

Det står i samme bestemmelse andre setning at nettveiledningen skal inneholde informasjon om vilkårene for adgang til den relevante jernbaneinfrastrukturen. Spørsmålet er om det her er anerkjent en generell adgang for infrastrukturforvalter til å innføre vilkår denne vurderer som saklige, herunder knyttet til hvilke typer trafikkvirksomhet/hvilke togtyper det kan søkes om infrastrukturkapasitet for på spesifikke tidspunkter.

Uttrykksmåten «*vilkårene for adgang til den relevante jernbaneinfrastrukturen*» synes isolert sett å kunne omfatte begrensninger av typen som vurderes i denne saken. Bestemmelsen må imidlertid forstås i sin rette kontekst.

Den aktuelle setningen i jernbaneforskriften § 5-1 regulerer etter forskriftens systematikk *informasjonskrav*, det vil si hvilken informasjon som skal finnes i nettveiledningen. Bestemmelsen regulerer derimot ikke lovligheten av de vilkår som det skal opplyses om. Tilsynets vurdering er derfor at § 5-1 ikke utgjør et relevant grunnlag for å innføre begrensninger og vilkår, men at det i stedet må vurderes om andre regler innskrenker infrastrukturforvalters adgang til dette. Det rettslige utgangspunktet må tas i at infrastrukturforvalter kan råde over infrastrukturen så langt det ellers er rettslig grunnlag for, men at denne kompetansen er avgrenset av jernbaneforskriftens preseptoriske regler.

Utgangspunktet blir etter tilsynets vurdering det samme ved tolkningen av bestemmelsene Bane NOR har vist til i jernbaneforskriften § 5-2. Av bokstav c) fremgår det at avsnittet i nettveiledningen om prinsipper og kriterier for kapasitetsfordeling skal redegjøre for de generelle kapasitetsegenskaper ved jernbaneinfrastrukturen som er tilgjengelig for jernbaneforetak, og for

eventuelle begrensninger når det gjelder bruk av den. Videre stilles det en rekke krav til innhold av informasjon i nettveiledningen om kapasitetsfordelingsprosessen.

Selv om informasjonskravene i § 5-2 tar høyde for at kapasiteten på jernbaneinfrastrukturen er begrenset, må de krav og vilkår som Bane NOR som infrastrukturforvalter stiller i kapasitetsfordelingsprosessen være lovlige vurdert opp mot de øvrige bestemmelsene i jernbaneforskriften. Denne systematikken kommer også til uttrykk gjennom at det i henhold til § 5-2 bokstav c) annet punktum skal opplyses om forventet behov for kapasitet til vedlikehold. Dette informasjonskravet innebærer etter tilsynets vurdering ikke at Bane NOR ensidig kan definere at infrastrukturkapasitet er utilgjengelig å søke på som følge av at vedlikehold er planlagt på det aktuelle tidspunktet. Det er i stedet reglene om fordeling av infrastrukturkapasitet i § 8-1 flg. som regulerer hvordan kapasitet til vedlikehold skal tildeles. Det fremgår eksplisitt av § 8-2 andre ledd at det skal søkes om infrastrukturkapasitet til planlagt vedlikehold under den alminnelige ruteplanleggingsprosessen, før det gis prinsipper for fordeling etter slik søknad. Hvis Bane NOR ensidig hadde kunnet reservere kapasitet til vedlikehold ved å informere om begrensninger for bruk av infrastrukturen, hadde det ikke vært behov for disse reglene. Infrastrukturforvalter kan heller ikke oppstille andre begrensninger som er uforenlige med andre bestemmelser i jernbaneforskriften med støtte i § 5-2 bokstav c).

Tilsynets vurdering er etter dette at bestemmelsene som Bane NOR har vist til i jernbaneforskriften kapittel 5 om nettveiledning, ikke er relevante for problemstillingene som vurderes i denne saken. Bestemmelsene regulerer informasjonskrav, ikke Bane NORs adgang til å fastsette vilkår og begrensninger for tilgang til infrastrukturkapasitet.

### **Konklusjon:**

Bane NOR kunne ikke begrense jernbaneforetak og andre søkeres mulighet til å søke om ruteleier med støtte i bestemmelsene om krav til nettveiledning mv. i jernbaneforskriften §§ 5-1 og 5-2. Disse bestemmelsene regulerer krav til innhold i nettveiledningen, ikke Bane NORs adgang til å innføre begrensninger for søknads- og kapasitetsfordelingsprosessen.

## **6.2 Klagegrunn 1: Ruteleier på strekningen Oslo S - Lysaker**

Vys klage gjelder som nevnt ovenfor en begrensning som Bane NOR har oppstilt for når tog som kategoriseres som «fjerntog»<sup>27</sup> skal kjøre på strekningen Oslo S - Lysaker. Fjerntog skal i henhold til Bane NORs begrensning benytte ruteleier på minutt xx:25 hver time, i begge retninger. Begrensningen etablerer etter sin ordlyd en føring for søknads- og kapasitetsfordelingsprosessen, og at infrastrukturkapasitet på strekningen er forbeholdt/ reservert for andre typer trafikkvirksomhet/andre togslag for øvrige tidspunkter.

### **6.2.1 Tilsynets vurdering av reglene om fordeling av infrastrukturkapasitet og Bane NORs etterlevelse av disse**

Tilsynet vil i det følgende vurdere hvorvidt reglene om fordeling av infrastrukturkapasitet og løsning av interessekonflikter mv. i jernbaneforskriften kapittel 8 og 9, innskrenker adgangen Bane NOR har til å oppstille og gjøre gjeldende den aktuelle begrensningen. Hvis dette er tilfelle, vil tilsynet vurdere om Bane NOR har brutt disse reglene.

---

<sup>27</sup> Tilsynet presiserer at begrepet «fjerntog» ikke benyttes i jernbaneforskriften. Den videre vurderingen vil derfor ta utgangspunkt i jernbaneforskriftens alminnelige regler om fordeling av infrastrukturkapasitet.

Det følger av jernbaneforskriften § 4-1 at Bane NOR som infrastrukturforvalter skal tilby jernbaneforetak og søkere tilgang til den såkalte minste pakken med tjenester på ikke-diskriminerende vilkår. Utgangspunktet for de nærmere fordelingsreglene i jernbaneforskriften kapittel 8 er etter § 8-1 om «rett til kapasitet» at kapasitet skal fordeles på en rettferdig og ikke-diskriminerende måte og i samsvar med EØS-retten. Det følger videre av § 8-6 første ledd at infrastrukturforvalter «så langt som mulig» skal «imøtekomme alle søknader om infrastrukturkapasitet». Det fremgår likevel av annet ledd at infrastrukturforvalter kan prioritere visse tjenester i forbindelse med ruteplan- og samordningsprosessen, men bare i tilfeller som nevnt i § 8-8 om jernbaneinfrastruktur til bestemte formål og § 9-5 om prioriteringskriterier. Jernbaneforskriften § 8-8 første ledd slår i tråd med dette fast at infrastrukturkapasitet skal anses som tilgjengelig for bruk for alle typer transporttjenester som har de nødvendige egenskaper for å kunne utnytte det aktuelle ruteleiet, mens kapittel 9 inneholder nærmere bestemmelser om løsning av interessekonflikter og overbelastet infrastruktur dersom det er søkt om flere ruteleier enn det er kapasitet til.

Ordlyden i jernbaneforskriften § 8-6 første og andre ledd og § 8-8 første og andre ledd taler etter tilsynets vurdering for at Bane NOR ikke kan definere infrastrukturkapasitet som utilgjengelig å søke på. Utgangspunktet for Bane NORs årlige fordeling er derimot den enkelte søkers behov slik dette kommer til uttrykk gjennom søknaden om infrastrukturkapasitet, og at det etter reglene i jernbaneforskriften er infrastrukturforvalters oppgave å imøtekomme dette behovet så langt som mulig. Det er videre uttrykkelig slått fast i § 8-8 første ledd at utgangspunktet er at ruteleier er tilgjengelige for alle typer transporttjenester.

Denne tolkingen støttes etter tilsynets vurdering også av system- og formålsbetraktninger. Jernbaneforskriftens bestemmelser etablerer, når de leses i sammenheng, en systematikk som er ment å støtte opp under formålet om effektiv utnyttelse av jernbaneinfrastrukturen, rasjonelle markedsmessige beslutninger og sunn konkurranse på ikke-diskriminerende vilkår i markedene for jernbanetransporttjenester. Synspunktet er at det er søkerne selv som best vet hvilken infrastrukturkapasitet de har behov for, og dermed at infrastrukturforvalters fordeling av ruteleier må ta utgangspunkt i de innkomne søknadene. Denne kunnskapen reflekterer igjen søkerens vurderinger av kundenes/markedets behov for jernbanetransporttjenester. Utgangspunktet er på denne bakgrunn, slik det kommer til uttrykk i overskriften til § 8-1, at søkerne har rett på kapasitet, og videre at kapasitetsfordelingen i henhold til § 8-6 må ta utgangspunkt i de innkomne søknadene. Forskriftens systematikk tar videre høyde for at ettersom utgangspunktet for fordelingen skal være søkerens behov, så er det nødvendig med omfattende reguleringer om interessekonflikter og overbelastet infrastruktur. Disse reglene finnes i jernbaneforskriften § 9-1 flg.

Tilsynet vurderer på denne bakgrunn at infrastrukturforvalter ikke kan innføre den type begrensninger klagen gjelder for hvilke type transportvirksomhet det kan søkes om infrastrukturkapasitet for, og for hvordan kapasiteten vil fordeles til ulike typer transport, med mindre det foreligger hjemmel for dette. Reglene i forskriften er derimot at fordelingen skal skje med utgangspunkt i søkerens ønsker slik disse uttrykkes i søknadene, og at Bane NOR som infrastrukturforvalter skal imøtekomme disse så langt som mulig. Dette har tilsynet også tidligere lagt til grunn i sitt vedtak fra 2013 etter klage fra Flytoget. I den saken vurderte tilsynet at

*“Etter tilsynets vurdering er det vesentlig at ruteleier faktisk fordeles i den årlige, ordinære ruteplanprosessen, og at det ikke eksiterer noen form for “grand-fathers rights”.<sup>28</sup>*

Hvis det oppstår eller forventes interessekonflikter under den årlige kapasitetsfordelingsprosessen, skal disse ikke defineres bort av Bane NOR som infrastrukturforvalter. Bane NOR skal derimot finne løsninger på eventuelle konflikter gjennom å bruke de formelle stegene i prosessen, som kan betegnes som:

1. frivillighet,
2. samordning,
3. tvisteløsning,
4. overbelastning, og
5. anvendelse av prioriteringskriterier.

Den svenske markedsovervåkeren Transportstyrelsen har i sin vedtakspraksis også understreket at det er viktig å følge systemet for kapasitetsfordeling som følger av regelverket, og fremhevet at dette sørger for samfunnsøkonomisk effektiv utnyttelse av jernbanen. Etter klage fra SJ AB uttalte Trafikverket blant annet:

*“Trafikverket har dock inte, efter tvistelösning för att lösa kapacitetskonflikten med annan sökande, förklarat infrastrukturen som överbelastad och gjort en kapacitetsanalys och en kapacitetsförstärkningsplan. Trafikverket har inte heller tilldelat kapacitet med hjälp av avgifter eller i enighet med prioriteringskriterier som medför ett samhällsekonomiskt effektivt nyttjande av infrastrukturen. Trafikverket kan mot denne bakgrund inte anses ha följt järnvägslagen vid sin kapacitetstilldelning. Det innebär att Trafikverket inte tillämpat de i järnvägslagen stipulerade stegen med frivillighet, samordning, tvistlösning, överbelastning och tillämpning av prioriteringskriterier.”<sup>29</sup>*

Denne praksisen ble fulgt opp i vedtak etter klage fra Skandinaviske Jernbaner AB (SKAB) samme år, hvor Transportstyrelsen fremhevet viktigheten av å tildele infrastrukturkapasitet i henhold til regelverket, og dermed på en konkurransenøytral og ikke-diskriminerende måte:

*“En infrastrukturförvaltare är skyldig att behandla en ansökan om infrastrukturkapacitet från den som enligt 5 kap. har rätt att utföra eller organisera trafik på svenska järnvägsnät och att på ett konkurrensneutralt och icke diskriminerande sätt mot avgift tilldela denne infrastrukturkapacitet i enlighet med bestämmelserna i denna lag.”<sup>30</sup>*

Tilsynet vil i det følgende vurdere Bane NORs praksis opp mot bestemmelsene i jernbaneforskriften §§ 8-8 andre ledd om reservering av infrastruktur til spesielle typer trafikk og 9-5 om prioriteringskriterier, som etter forskriften § 8-6 andre ledd utgjør de relevante grunnlagene for å prioritere visse tjenester. Tilsynet vil i denne forbindelse også kommentere betydningen av at den aktuelle strekningen tidligere har blitt erklært overbelastet.

Jernbaneforskriften § 8-8 oppstiller flere vilkår for å reservere infrastruktur til bruk for bestemte typer trafikk. Når disse vilkårene *ikke* er oppfylte, skal jernbaneinfrastrukturen i henhold til første ledd anses tilgjengelig for bruk for alle typer transporttjenester som har de nødvendige

<sup>28</sup> Vedtak 12/3255-35, punkt 3.4, side 16.

<sup>29</sup> TSJ-2012-1599 side 10, fjerde avsnitt

<sup>30</sup> TSJ-2012-1688 side 7

egenskaper for å kunne utnytte det aktuelle ruteleiet.<sup>31</sup> Dette er som nevnt i tråd med utgangspunktet i § 8-6 første ledd om at alle søknader om infrastrukturkapasitet skal imøtekommes så langt som mulig.

Bane NOR har i saken ikke anført at vilkårene for reservering i § 8-8 er oppfylte. Tilsynet kan heller ikke se at det er sannsynliggjort at bestemmelsens vilkår om «*egnede alternative ruter*» er oppfylt. Videre er forskriftens krav om fremgangsmåte gjennom samråd og forutgående informasjon i nettveiledningen uansett ikke fulgt. Utgangspunktet må da etter tilsynets vurdering være at infrastrukturkapasiteten skulle ha vært tilgjengelig for alle jernbaneforetak og søkere for alle typer transporttjenester, jf. § 8-8 første ledd og § 8-6 første og andre ledd lest i sammenheng med § 8-1 om rett til kapasitet.

Som nevnt over har Bane NOR tidligere erklært strekningen mellom Oslo S og Lysaker som overbelastet på visse tidspunkter. Spørsmålet er om dette, sett i sammenheng med tiltak Bane NOR har gjort i forbindelse med erklæringen, gir Bane NOR rett til å oppstille den aktuelle begrensningen for søknader. Det vises i denne sammenheng til tiltakene som infrastrukturforvalter skal overveie i henhold til jernbaneforskriften § 9-6 om kapasitetsanalyse.

Bane NOR utarbeidet for flere år siden en kapasitetsforbedringsplan etter de dagjeldende reglene i fordelingsforskriften.<sup>32</sup> Det er uklart for tilsynet om denne planen fortsatt er grunnlaget for Bane NORs arbeid med forbedring av kapasiteten på strekningen. Tilsynet kan uansett ikke se at den aktuelle begrensningen er omtalt i denne kapasitetsforbedringsplanen, eller for øvrig knyttet opp til reglene for håndtering av interessekonflikter og overbelastet infrastruktur i jernbaneforskriften kapittel 9. Tilsynet kan heller ikke se at det er opplyst om begrensningen i nettveiledningen for 2021 eller utkastet til denne. Begrensningen er i stedet nevnt i Bane NORs oppstartbrev av 19. desember 2019 for ruteplan R21. Tilsynet konkluderer dermed med at begrensningen ikke er forankret i reglene i jernbaneforskriften om overbelastet infrastruktur mv.

Tilsynet bemerker i denne forbindelse at begrensningen medfører en prioritering av visse tjenester på visse tidspunkter. Bane NOR har etablert en føring om at «fjerntog» skal benytte ruteleier på xx:25, mens andre typer trafikk da forutsetningsvis skal kjøre på andre tidspunkter. Denne fremgangsmåten bryter med systematikken etter § 8-6 andre ledd hvor det er angitt at visse tjenester bare kan prioriteres i tilfellene som fremgår av § 8-8 og 9-5.

Vy har i klagen uttalt at den aktuelle begrensningen ikke er nødvendig for å opprettholde en maksimal kapasitetsutnyttelse på 80%/maks 24 tog per time på strekningen Oslo S – Lysaker i rush. Vy har i denne forbindelse pekt på at denne typen føring for søknadsprosessen ikke har vært benyttet overfor Vy i tidligere år. Bane NOR bekrefter i brev av 18. august til tilsynet at det tidligere ikke har vært praktisert en absolutt begrensning etter den såkalte «grunnrutemodellen», men at en slik begrensning nå må benyttes. Bane NOR mener at begrensningen vil motvirke forskjellsbehandling av de øvrige jernbaneforetakene som trafikkerer Oslo S - Lysaker, og at dette er nødvendig nå som flere persontogforetak enn NSB/Vy trafikkerer fjerntog på strekningen.

På bakgrunn av dokumentasjonen som er fremlagt i saken, kan tilsynet ikke se at det er sannsynliggjort at en innplassering av ruteleier for fjerntog på de aktuelle minuttallene vil bidra til å sikre effektiv utnyttelse av (den overbelastede) infrastrukturen og likebehandling mellom

<sup>31</sup> Se i denne forbindelse også den svenske Transportstyrelsens beslutning TSJ 2020- 25 på side 12.

<sup>32</sup> Se tilsynets vedtak 12-3255-35. Tilsynet fikk oversendt planen i brev datert 20.mai 2014.

søkere.<sup>33</sup> Etter tilsynets vurdering er det heller ikke nødvendig å ta stilling til dette ettersom forskriftens system uansett ikke er fulgt.

### **6.2.2 Bruk av rutemodellen ved fordeling av infrastrukturkapasitet**

Bane NOR viser til i kommentarene til varsel om vedtak at deres årlige kapasitetsfordeling er basert på et system med at de enkelte ruteleiene er forbeholdt bestemte typer trafikk, f. eks. lokaltog, regiontog, fjerntog eller godstog. Hvilke ruteleier som er forbeholdt hvilken type trafikk følger av rutemodellen<sup>34</sup>, og ansvaret og forvaltningen for rutemodellen ligger hos Jernbanedirektoratet. Bane NOR viser videre til at rutemodellen er grunnlaget for effektiv utnyttelse av det norske jernbanenettet, samt at den baserer seg på grundige samfunnsøkonomiske og matematiske analyser. Bane NOR sier også at den er et sentralt virkemiddel for implementering av regjeringens samferdselspolitikk. På bakgrunn av dette mener Bane NOR at et vedtak fra tilsynets side som avskjærer adgangen til å legge til grunn rutemodellen ved den årlige kapasitetsfordelingsprosessen, vil føre til mindre forutsigbarhet for aktørene i jernbanesektoren. Bane NOR mener at det ikke foreligger regelverksbrudd på dette klagepunktet ettersom kapasiteten er fordelt etter føringer Bane NOR har fått av Jernbanedirektoratet, gjennom rutemodellen.

Tilsynets vurdering er at det er av underordnet betydning i hvilken grad grunnrutemodell er egnet til å optimalisere utnyttelsen av infrastrukturen. Tilsynet viser til at det er jernbaneforskriftens regelbaserte prosess for fordeling av ruteleier som skal bidra til samfunns effektiv fordeling med utgangspunkt i søkerens behov. Trinnene i dette systemet skal, sett i sammenheng med reglene om informasjon gjennom nettveiledningen og krav om at alle ruteleier fordeles for ett år av gangen, også ivareta prinsippene om ikke-diskriminering, transparens og forutsigbarhet.<sup>35</sup> Bane NOR må på denne bakgrunn følge prosessen for fordeling av jernbaneinfrastrukturkapasitet som følger av jernbaneforskriften, og ikke eventuelle føringer fra Jernbanedirektoratet. Bane NOR kan ikke selv forhåndsdefinere og praktisere begrensninger som strider mot jernbaneforskriftens preseptoriske regler.

Tilsynet stiller også spørsmålsteget ved om en rutemodell som er basert på R2012-2014 virkelig er egnet til å optimalisere bruken av infrastrukturen og jernbanetransporten 8-10 år senere. I løpet av denne tidsperioden har det skjedd omfattende endringer i markeds- og konkurranseforholdene som kan ha påvirket hva som er en samfunnsøkonomisk effektiv utnyttelse av infrastrukturen.

Tilsynet vurderer i forlengelsen av dette at Bane NORs praksis med å reservere kapasitet for en bestemt type trafikk (jernbanetog) uten at det er hjemmel for dette, samt å utelukke søknader for denne togtypen på øvrig infrastrukturkapasitet på strekningen/prioritere andre tjenester på øvrige tidspunkter, også er i strid med det grunnleggende prinsippet i jernbaneforskriften § 4-1. Praksisen innebærer at Bane NOR ikke tilbyr den minste pakken med tjenester på ikke-diskriminerende vilkår. Praksisen er etter tilsynets vurdering heller ikke forenlig med jernbaneforskriften § 8-1 første ledd hvor det fremgår at Bane NOR skal sikre at infrastrukturkapasiteten fordeles på en rettferdig og ikke-diskriminerende måte, og i samsvar med EØS-retten. Det er etter tilsynets vurdering ikke i samsvar med disse kravene å reservere

<sup>33</sup> VY har også fremholdt i brev til tilsynet datert 16. november at ankomst og avgang på Oslo S på minutt xx:05, xx:25 og xx:45 for fjerntog er en «fleksibilitet» som er bygd inn i rutemodellen, og ikke en forutsetning for å kunne tildele ruteleier.

<sup>34</sup> Brev av 2. november, punkt 2.2

<sup>35</sup> Se i denne forbindelse den svenske Transportstyrelsens beslutning TSJ 2012-1599 på side 11.



kapasitet for en viss trafikktype, og prioritere andre typer trafikk på øvrige tidspunkter, uten at det foreligger hjemmel for dette.

### **6.2.3 Hensynet til formåls- og systembetraktninger, samt reelle hensyn**

Bane NOR fremholder i sine merknader til varsel om vedtak<sup>36</sup> at tilsynets forståelse av reglene om fordeling av infrastrukturkapasitet er for ordlydstro, og mener at det er andre rettskilddefaktorer som tilsier at tilsynet må fravike forskriftens ordlyd. Bane NOR viser i denne sammenheng til formåls- og systembetraktninger, samt reelle hensyn. De trekker særlig frem bruken av rutemodellen som en effektiv måte å optimalisere bruken og utviklingen av jernbaneinfrastrukturen. En ordlydstro fortolkning av regelverket vil innebære at rutemodellen ikke kan anvendes slik den gjør i dag, og mye arbeid med dette vil gå tapt.<sup>37</sup>

Bane NOR understreket denne forståelsen i møte med tilsynet den 15. november.

Vy fremholder i sine kommentarer til Bane NORs merknader at EU-rettsaktene og forskriften som implementerer disse i norsk rett, må tillegges betydelig større vekt som rettskilder enn det Bane NOR omtaler som reelle hensyn i form av formåls- eller systembetraktninger. Vy mener videre at Bane NOR har forholdt seg til kravene i jernbaneforskriften på en måte som står i direkte motstrid til forskriftens krav om at fordeling av ruteleier skal skje på en transparent, forutsigbar og ikke-diskriminerende måte.<sup>38</sup>

Tilsynets vurdering er at det skal mye til for at reelle hensyn innebærer at en klar ordlyd settes til side.<sup>39</sup> I dette tilfellet leder både bestemmelsenes ordlyd og regelverkets system til samme løsning for fordeling av infrastrukturavgifter. Videre er også direktivets bestemmelser i samsvar med tilsynets regelverksforståelse<sup>40</sup>, og hensynet til en direktivkonform forståelse av jernbaneforskriften taler også for at tilsynets ordlydstro forståelse av regelverket legges til grunn. De reelle hensyn Bane NOR trekker frem her kan etter dette ikke anses som tilstrekkelig vektige momenter til å fravike jernbaneforskriftens tydelige system for fordeling av infrastrukturkapasitet.

Tilsynet kan heller ikke se at resultatet av den praksis Bane NOR har lagt seg på vil innebære at man når et riktigere resultat enn ved å følge jernbaneforskriftens system. Tvert imot, forskriftens bestemmelser skal sikre effektiv utnyttelse av jernbaneinfrastrukturen og ikke-diskriminerende behandling av alle søkere. At Bane NOR baserer seg på en grunnrutemodell utarbeidet av én søker kan ikke sies å være i tråd med forskriftens krav til ikke-diskriminering. Tilsynet viser i denne sammenheng til vårt tidligere vedtak i klagesaken fra Flytoget om tildeling og prioritering i ruteplanen R162 fra 2013. Her ble det presisert at det etter tilsynets oppfatning var av underordnet betydning i hvilken grad NSBs forslag til ny grunnrutemodell var egnet til å optimalisere utnyttelsen av infrastrukturen, men at det sentrale var prosessen som blir lagt til grunn for ruteplanprosessen.<sup>41</sup> Tilsynet påpekte blant annet at

---

<sup>36</sup> Brev av 02. november punkt 2.1

<sup>37</sup> Brev av 02. november punkt 1

<sup>38</sup> Brev fra Vy til tilsynet av 16. november 2020

<sup>39</sup> Eckhoff skriver i boken *Rettskildelære* at "Hvis det foreligger klare lovbestemmelser, og verken forarbeider eller andre autoritative rettskilder gir grunnlag for å tolke dem i strid med ordlyden, pleier Høyesterett å bøye seg for dem – selv om den finner resultatet mindre rimelig", se Eckhoff, *Rettskildelære* 5. utgave Universitetsforlaget 2001 s. 378

<sup>40</sup> Direktivteksten i EU/2012/34 artikkel 27 nummer 2 har tilnærmet likt innhold som jernbaneforskriftens § 5-1 første ledd annen setning.

<sup>41</sup> Vedtak 12/3255-35 punkt 3.4 side 16.

*“[...] et forslag til grunnrutemodell fra et enkelt jernbaneforetak må forventes i første rekke å ta hensyn til hva som er lønnsomt og ønskelig ut fra dette foretakets behov, og ikke samme grad ta hensyn til hva som er lønnsomt og ønskelig for samfunnet som helhet, herunder for brukerne av transporttjenester og andre jernbaneforetak.”<sup>42</sup>*

Tilsynet fant på bakgrunn av dette at det omfattende samarbeidet mellom NSB og Jernbaneverket om ruteopplegg på Østlandet innebar at grunnrutemodellen og ruteplanen ble utarbeidet på en diskriminerende måte, i stedet for at Jernbaneverket hadde lagt premisene for ruteplanen i tråd med den dagjeldende fordelingsforskriftens regler om fordeling av infrastrukturkapasitet. Ifølge Bane NOR er det i dag Jernbanedirektoratet som utarbeider grunnrutemodellen eller gir føringer basert på modellen fra 2012-2014, men samme hensyn gjør seg fortsatt gjeldende. Jernbanedirektoratet kan være en søker om infrastrukturkapasitet<sup>43</sup>, og det er derfor ikke gitt at Jernbanedirektoratet i tilstrekkelig grad tar hensyn til andre søkers markedsmessige behov eller hva som vil være en samfunnsøkonomisk effektiv utnyttelse av infrastrukturen ved utarbeidelse av modell og føringer. Bane NOR må sørge for at jernbaneforskriftens krav til ikke-diskriminering blir ivarettatt ved en eventuell utarbeidelse av rutemodell, og hvis Bane NOR ønsker å benytte en rutemodell så kan ikke denne gå foran eller være i strid med reglene i jernbaneforskriften.

#### **Konklusjon:**

Tilsynets vurdering er at føringen knyttet til at «fjerntog» skal kjøre på minuttall xx:25 i begge retninger som Bane NOR har innført og praktisert i forbindelse med søknads- og kapasitetsfordelingsprosessen for ruteplanperiode R21, er i strid med jernbaneforskriften §§ 4-1, 8-1 første ledd, 8-6 første og andre ledd, og 8-8 første og andre ledd.

### **6.3 Klagegrunn 2: Ruteleier for fjerntog om Roa**

Vys andre klagegrunn gjelder begrensninger Bane NOR har stilt opp for jernbaneforetakene og andre søkers mulighet for å søke om ruteleier for omlodning av fjerntog. Søkeres behov for ruteleier for omlodning<sup>44</sup> er slik tilsynet forstår det et resultat av Bane NORs planlagte (vedlikeholds)arbeider.

Behandlingen av den andre klagegrunnen og Bane NORs anførsler knyttet til denne, reiser tilsvarende spørsmål som for den første klagegrunnen. Spørsmålet er i hvilken grad infrastrukturforvalter kan definere at det for visse typer trafikkvirksomhet ikke er adgang til å søke om infrastrukturkapasitet på bestemte tidspunkter eller for bestemte strekninger. Problemstillingen kan også formuleres som et spørsmål om i hvilken grad Bane NOR i henhold til reglene i jernbaneforskriften kan definere infrastrukturkapasitet som utilgjengelig for søkere som har behov for ruteleier for å utføre visse transporttjenester/visse typer transportvirksomhet. Tilsynet anser at konklusjonen, etter en vurdering med bakgrunn i de samme regler og utgangspunkter som under punk 6.2, må bli tilsvarende som for den første klagegrunnen. Den videre fremstillingen er derfor relativt kortfattet. Det vises for øvrig til fremstillingen over.

Utgangspunktet etter jernbaneforskriften § 8-6 første ledd er som nevnt at infrastrukturforvalter «så langt som mulig» skal «*imøtekomme alle søknader om infrastrukturkapasitet*».

<sup>42</sup> Vedtak 12/3255-35 punkt 3.4 side 16.

<sup>43</sup> I henhold til jernbaneforskriftens § 1-3 bokstav j og kollektivtransportfordringen, forordning (EF) nr. 1370/2007.

<sup>44</sup> Som presisert under punkt 6.2 finnes ikke begrepet “omledningstog” i jernbaneforskriften, dermed vil også denne vurderingen ta utgangspunkt i de alminnelige reglene i forskriften.

Kapasitetsfordelingen skal i henhold til bestemmelsens ordlyd og plassering ta utgangspunkt i de innkomne søknadene, jf. også det som tidligere er sagt om jernbaneforskriftens systematikk og formål. Bane NOR har i stedet avvist Vys søknad og henvist Vy til å søke på ad-hoc basis. Det er etter § 8-6 andre ledd bare adgang til å prioritere visse tjenester i forbindelse med kapasitetsfordelingsprosessen på vilkårene som følger av §§ 8-8 andre ledd om reservering av jernbaneinfrastruktur på visse vilkår til bestemte typer trafikk og etter 9-5 i forbindelse med interessekonflikter.

Det følger eksplisitt av jernbaneforskriften § 8-8 første ledd at infrastrukturkapasitet skal anses som tilgjengelig for bruk for alle typer transporttjenester, og at vilkårene etter annet ledd må være oppfylte for at infrastrukturforvalter skal kunne reservere jernbaneinfrastruktur for bestemte typer trafikk. Tilsynet kan ikke se at hjemmelen i § 8-8 andre ledd passer eller er anført som grunnlag for begrensningen. Tilsynet kan heller ikke se at Bane NOR har anført eller sannsynliggjort at reglene om overbelastet infrastruktur mv. gir grunnlag for praksisen. Bane NOR har avvist søknaden fra Vy forut for interessekonflikt har oppstått. Utgangspunktet er derimot etter § 9-3 at infrastrukturen skal erklæres overbelastet hvis det etter samordning og samråd ikke er mulig å etterkomme alle søknader, og at det etter en slik erklæring kan være adgang til å prioritere visse tjenester på vilkårene som fremgår av § 9-5.

Tilsynet vurderer videre at Bane NORs praksis med å stenge for søknader uten at det er hjemmel for dette, også er i strid med det grunnleggende prinsippet i jernbaneforskriften § 4-1. Praksisen innebærer at Bane NOR ikke tilbyr den minste pakken med tjenester på ikke-diskriminerende vilkår. Praksisen er etter tilsynets vurdering heller ikke forenlig med jernbaneforskriften § 8-1 første ledd som sier at Bane NOR skal sikre at infrastrukturkapasiteten fordeles på en rettferdig og ikke-diskriminerende måte, og i samsvar med EØS-retten. Det er etter tilsynets vurdering ikke i samsvar med disse kravene å reservere kapasitet for en viss trafikktype, og prioritere andre typer trafikk på øvrige tidspunkter, uten at det foreligger hjemmel for dette.

Når det gjelder Bane NORs henvisning til det såkalte reviderte vedlegg VII til direktiv 2012/34/EU, er reglene i denne rettsakten verken tatt inn i EØS-avtalen eller gjennomført i norsk rett. Bane NORs avvising av Vys søknad om infrastrukturkapasitet må vurderes opp mot reglene som er i kraft og som regulerer kapasitetsfordelingsprosessen for ruteplanperioden R21. Disse reglene finnes i gjeldende jernbaneforskrift. Tilsynet ser da ikke behov for å gå nærmere inn på innholdet av regelverk som eventuelt kan komme til å gjelde i fremtiden.

Siden Bane NOR viser til godsforetaks behov, og at disse ofte ønsker å søke senere enn i den alminnelige, årlige kapasitetsfordelingsprosessen, vil tilsynet vise til jernbaneforskriften § 8-7 andre ledd om ad-hoc-søknader:

*«Infrastrukturforvalter skal om nødvendig foreta en vurdering av behovet for reservekapasitet som skal være tilgjengelig innenfor rammen av den endelige ruteplanen, slik at de kan svare hurtig på forventede ad hoc-søknader om kapasitet. Dette gjelder også i tilfeller av overbelastet infrastruktur».*

I brev av 2. november anfører Bane NOR at selv om de ikke reserverte kapasitet i Network Statement i medhold av jernbaneforskriften § 8-7 andre ledd, var det reelt sett det de gjorde ved å ikke behandle Vys søknad. På bakgrunn av dette er det deres oppfatning at Vy ikke ble stilt noe dårligere i praksis enn hva de hadde blitt om kapasiteten hadde blitt reservert etter

jernbaneforskriftens regler.<sup>45</sup> Tilsynets vurdering er at hvis Bane NOR mente at det var behov for reservekapasitet, skulle Bane NOR ha gjort en vurdering av dette opp mot regelen i § 8-7 andre ledd. Tilsynet kan ikke se at dette er gjort. Bane NOR har i stedet på generelt grunnlag henvist søknader om omladningstog til ad-hoc prosessen og avvist Vys søknad under den ordinære, årlige kapasitetsfordelingsprosessen.

### **Konklusjon:**

Tilsynets vurdering er på bakgrunn av det ovenstående at Bane NOR har brutt jernbaneforskriften §§ 4-1 om infrastrukturforvalters plikt til å tilby den minste pakke, herunder behandling av søknader, 8-1 første ledd om søkeres rett til kapasitet, 8-6 første og andre ledd om behandling av søknader, og 8-8 første og andre ledd om reservering ved å nekte og behandle Vys søknad om infrastrukturkapasitet for fjerntog om Roa, og i stedet henvise Vy til prosessen for ad hoc-søknader.

## **7 Vurdering av aktuelle korrigerende tiltak**

### **7.1 Tiltak rettet mot fremtidige ruteplanprosesser**

Statens jernbanetilsyn som markedsovervåker kan i klagesaker pålegge korrigerende tiltak for å avhjelpe situasjonen, jf. jernbaneforskriften § 11-2 andre ledd og jernbaneloven §§ 11b første ledd jf. 11 femte ledd. Tilsynet kan videre pålegge korrigerende tiltak på eget initiativ for å motvirke uønskete situasjoner markedene for jernbanetjenester, herunder også forhold som er nevnt i § 11-2 første ledd, jf. jernbaneforskriften § 11-1 syvende ledd og jernbaneloven §§ 11b første ledd jf. 11 femte ledd. I tilfelle av en 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, jf. jernbaneforskriften § 11-2 tredje ledd.

Det følger av kapittel seks ovenfor at Bane NOR etter tilsynets vurdering har innført og gjort gjeldende ulovlige begrensninger for jernbaneforetaks og andre søkeres adgang til å søke om å bli tildelt infrastrukturkapasitet. Begrensningene har slik tilsynet forstår det medført i) at Vys søknad behandles med den ulovlige begrensningen som forutsetning på strekningen Lysaker – Oslo S (klagegrunn 1) og ii) at Vys søknad om ruteleier for omladningstog som Vy har rett på å inngi og få behandlet, blir avvist av Bane NOR (klagegrunn 2).

Bane NOR som infrastrukturforvalter er underlagt omfattende regler om blant annet fordeling av infrastrukturkapasitet på det statlige jernbanenettet. Disse reglene er et sentralt virkemiddel for å sikre effektiv forvaltning og utnyttelse av infrastrukturen. For jernbaneforetak og andre søkere som opererer i jernbanetransportmarkedene, er det vesentlig at fordeling av ruteleier skjer på en transparent, forutsigbar og ikke-diskriminerende måte. Samlet sett vil dette bidra til en effektiv bruk av samfunnets ressurser.

I varsel om vedtak varslet tilsynet pålegg om at Bane NOR må gjennomgå sine rutiner for kapasitetsfordeling for å sikre at ulovlige føringer og begrensninger for søknader om infrastrukturkapasitet ikke innarbeides eller formidles i oppstartsbrief eller på annen måte i fremtidige årlige prosesser for fordeling av infrastrukturkapasitet, fra og med R22 (påleggspunkt 1 i varselet).

---

<sup>45</sup> Brev av 2. november side 2, punkt 2.3.

Bane NOR har i brev av 2. november gitt uttrykk for at det vil kreve for omfattende omlegging og tilpassing dersom kapasitetsfordelingsprosessen skal skje i tråd med regelansvaret tilsynet har gitt uttrykk for, og at denne prosessen derfor vil ta lenger tid enn oppstart for kapasitetsfordelingsprosessen for R22.<sup>46</sup> Dersom påleggspunkt 1 derimot kun gjelder de to begrensningene Vy tok opp i klagen, vil det etter Bane NORs oppfatning være mulig å oppfylle vedtak før oppstart av R22.<sup>47</sup> Ettersom oppstart av R22 begynner 18. desember, mener Bane NOR at det er behov for en rimelig frist i 2021 for å kunne foreta en «tilstrekkelig grundig gjennomgang». <sup>48</sup> Samtidig mener Bane NOR at dette uansett ikke er et egnet pålegg ettersom formålet med de aktuelle føringene er å sikre en optimal utnyttelse av jernbaneinfrastrukturen.

På bakgrunn av de avdekte bruddene på regelverket er det fortsatt tilsynets vurdering at det er behov for å pålegge Bane NOR å fjerne føringene Vy har tatt opp i klagen fra og med R22. Tilsynet kan ikke se at det vil være et uegnet eller uforholdsmessig pålegg å kreve at Bane NOR etterlever det gjeldende regelverket. At Bane NOR mener at føringene vil sikre en optimal utnyttelse av jernbaneinfrastrukturen endrer ikke dette. Som nevnt i del 6.2 over er det jernbaneforskriftens regelbaserte prosess for fordeling av ruteleier som skal sørge for samfunns effektiv fordeling av ruteleier med utgangspunkt i søkerens behov. Infrastrukturforvalter har ikke adgang til å selv utarbeide et alternativt system for fordeling av ruteleier som ikke er i samsvar med reglene.

Tilsynet forstår det slik at Bane NOR mener at det vil være mulig å fjerne de påklagde føringene, men at de må ha en rimelig frist i 2021 for å kunne foreta en «tilstrekkelig grundig gjennomgang». <sup>49</sup> Bane NOR redegjør ikke nærmere for hva denne gjennomgangen vil gå ut på. Tilsynet vurderer uansett at det ikke kan fatte et vedtak som tillater at Bane NOR opererer med ulovlige føringer i R22. Dette støttes også av at Bane NOR har hatt lang tid til å ta inn over seg konsekvensene av et pålegg om å fjerne de aktuelle føringene. Klagen ble oversendt Bane NOR 7. juli 2020, og varsel om vedtak ble sendt Bane NOR 16. oktober 2020. Videre har tilsynet i sitt vedtak fra 2013 gitt uttrykk for tilsvarende regelverksforståelse som i dette vedtaket, og Bane NOR har følgelig hatt lang tid til å innrette seg etter denne. <sup>50</sup> Tilsynet finner derfor at føringene på strekningen Oslo S - Lysaker og for omladningstog om Roa må fjernes fra og med vedtakstidspunktet. Føringene må herunder fjernes fra oppstartsbrevet for R22, og som grunnlag for søknads- og fordelingsprosessen.

Bane NOR spør også i merknader til varselet om varslets påleggspunkt 1 skal forstås slik at Bane NOR må innrette hele sin kapasitetsfordelingsprosess i samsvar med regelansvaret som det gis uttrykk for i varselet. Bane NOR mener at dette vil ha betydelige implikasjoner for kapasitetsfordelingsprosessen, da man i praksis vil være avskåret fra å la rutemodeller legge føringer på den årlige kapasitetsfordelingen. Bane NOR hevder at Jernbanedirektoratet i så fall fratras et av de mest sentrale styringsverktøyene for en effektiv utnyttelse av norsk jernbanesektor. <sup>51</sup>

Tilsynet mener at Bane NOR må tilpasse seg jernbaneforskriftens regler og system for kapasitetsfordeling, og hvilke begrensninger dette legger på Bane NORs bruk av rutemodeller.

---

<sup>46</sup> Brev av 02. november punkt 3.2.3.

<sup>47</sup> Brev av 02. november punkt 3.2.3.

<sup>48</sup> Brev av 02. november punkt 3.2.3.

<sup>49</sup> Brev av 02. november punkt 3.2.3.

<sup>50</sup> Som også nevnt i del 6.2.1 ovenfor, se Vedtak 12/3255-35, punkt 3.4.

<sup>51</sup> Brev fra Bane NOR til tilsynet datert 2. november 2020 punkt 3.2.2 på side 5.

Bane NOR som infrastrukturforvalter har et selvstendig ansvar for å sørge for at kapasitetsfordelingsprosessen er i samsvar med jernbaneforskriftens regler, og må påse at disse bestemmelsene etterleves i alle de årlige ruteplanprosessene. Bane NOR kan ikke opprettholde en praksis som er i strid med forskriften. I lys av dette vedtaket, og av tilsynets vedtak fra 2013<sup>52</sup>, må Bane NOR selv vurdere og gjennomføre de tiltak som er nødvendige for å sikre at kapasitetsfordelingen fremover skjer på en ikke-diskriminerende måte, og for øvrig i samsvar med jernbaneforskriftens regler.

## **7.2 Forholdsmessig tiltak rettet mot den pågående ruteplanprosessen for 2021**

Etter tilsynets vurderinger har Bane NOR innført og gjort gjeldende ulovlige føringer for søknader om infrastrukturkapasitet for ruteplanperioden R21.

I varsel om vedtak varslet tilsynet pålegg om at Bane NOR å fjerne de forskriftsstridige begrensningene i R21, opplyse søkerne om dette og behandle søknader på nytt uten hensyn til begrensningene.<sup>53</sup> Bane NOR har i sine merknader til varselet anført at det ikke er mulig for dem å gjennomføre disse påleggene fordi ruteplanprosessen er avsluttet, og endelig fordeling av ruteleier er utført. Bane NOR viser til at de ikke har prosesser for gjenåpning av ruteplanprosesser, og at en eventuell slik prosess vil ta så lang tid at endelig rutefordeling ikke vil være på plass før i begynnelsen av 2021.<sup>54</sup> R21 trer i kraft 13. desember 2020.

Tilsynet bemerker at Bane NOR formelt kunngjorde og publiserte ruteplan R21 den 19. oktober, tre dager etter at varsel om vedtak ble sendt fra tilsynet til Bane NOR. Som Vy påpeker i brev av 16. november kunne Bane NOR ha kunngjort kapasitetsfordelingen med forbehold om tilsynets endelige vedtak og forberedt en eventuell ny prosess for tildeling av infrastruktur.<sup>55</sup>

Videre bemerker tilsynet at jernbaneforskriften § 11-2 tredje ledd om klage på avslag på søknad om infrastrukturkapasitet, legger opp til at nødvendige endringer i infrastrukturforvalters tildeling av infrastrukturkapasitet kan finne sted etter at den alminnelige kapasitetsfordelingsprosessen er gjennomført. Tilsynet mener derfor at det ikke kan være avgjørende her at ruteplanprosessen er avsluttet.

Det er samtidig klart at den årlige kapasitetsfordelingsprosessen er en regelstyrt prosess hvor forutsetningene skal være klarlagt på forhånd og hvor det gjelder tidsfrister, jf. jernbaneforskriften §§ 5-2 bokstav c og 8-5 om nettveiledning og tidsplan for fordelingsprosessen. Dersom tilsynet pålegger Bane NOR å foreta en ny fordeling for R21 uten de lovstridige føringene, vil dette forskyve behandlingen av søknadene slik at fristene for fordelingsprosessen som er satt i nettveiledningen overskrides. Tilsynet kan heller ikke se at dette kan være avgjørende her, så lenge alle aktuelle søkere får informasjon om den nye søknadsprosessen og alle får adgang til å søke om ruteleier på lik linje. Hensynet til at ruteleiene for R21 tildeles på riktig måte må etter dette veie tyngst.

For omledningstog om Roa forstår tilsynet det slik at det er holdt av ad hoc-kapasitet som enda ikke er fordelt. Det vil dermed heller ikke direkte gå ut over andre aktører hvis noe av denne kapasiteten tildeles Vy og/eller eventuelle andre nye søkere. Samlet sett finner derfor tilsynet at

<sup>52</sup> Som også nevnt i del 6.2.1 ovenfor, se Vedtak 12/3255-35

<sup>53</sup> Pålegg 2 og 3 i varsel om vedtak av 16. oktober 202

<sup>55</sup> Brev av 16. november side 2

det er et egnet og forholdsmessig tiltak å pålegge Bane NOR å behandle Vys, og eventuelt også andre søkeres, søknad om de aktuelle ruteleiene om Roa.

For ruteleiet Oslo S – Lysaker, har tilsynet mottatt informasjon fra Bane NOR om at hvis den aktuelle søknaden fra Vy behandles på nytt uten den ulovlige føringen, vil dette medføre at ruteleiet som i dag er tildelt Go-Ahead tilfaller Vy. Go-Ahead vil i stedet få tilbud om ruteleiet med ankomst 09:05.<sup>56</sup> Tilsynet har fått bekreftet av Jernbanedirektoratet at de aktuelle togrutene for både Vy og Go-Ahead inngår i kontrakt med staten om offentlig tjenesteyting<sup>57</sup>, og at begge dermed har høyest prioritert i henhold til bestemmelsen om prioriteringskriterier i jernbaneforskriften § 9-5. Bane NOR vil da måtte løse konflikten ved bruk av en samfunnsøkonomisk modell for verdsetting av ruteleier, og har informert tilsynet om at de antar at Vys pendlertog fra Vestfold vil få en høyere verdi enn Go-Ahead sitt fjerntog fra Kristiansand.<sup>58</sup> I lys av at tilsynets vedtak gjøres nær oppstart av R21, legger tilsynet til grunn at det vil være svært belastende for Go-Ahead å forskyve sin avgang med 40 minutter. Selv om Vy har krav på å få behandlet sin søknad i henhold til jernbaneforskriftens regler, og også ifølge Bane NOR antageligvis har krav på å få tildelt det aktuelle ruteleiet, finner tilsynet etter en helhetsvurdering at hensynet til de negative konsekvensene for Go-Ahead må veie tyngst her.<sup>59</sup> Det vil være uforholdsmessig dersom tilsynet pålegger Bane NOR å frata en aktør som ikke har vært part i saken de aktuelle ruteleiene. Tilsynet opprettholder derfor ikke det varslede pålegget for ruteleiet Oslo S – Lysaker.

Tilsynet vurderer samlet sett at det vil være et egnet, nødvendig og forholdsmessig korrigerende tiltak å pålegge Bane NOR å fjerne de ulovlige begrensningene for søknader om ruteleier om Roa i ruteplanperioden R21, på en egnet måte informere jernbaneforetak og andre søkere om dette, samt å behandle (reviderte) søknader for R21 fra Vy og eventuelle andre som ville ha vært rammet av de ulovlige forutsetningene. Et slikt tiltak vil bidra til å rette opp det aktuelle bruddet på jernbaneforskriften og til å ivareta søkeres rettigheter etter regelverket.

## 8 Tilsynets vedtak

Med bakgrunn i begrunnelsen ovenfor, er det tilsynets vurdering at Bane NOR har brutt jernbaneforskriften §§ 4-1, 8-1 første ledd, 8-6-første og andre ledd, og 8-8 første og andre ledd ved å innta og gjøre gjeldende føringene i brevet om «oppstart planlegging» for rutetermin R21 av 19. desember 2019 om:

- i) At fjerntog forutsettes å benytte ruteleier på minutt xx:25 både for ankomst på Oslo S fra Lysaker, og på avgang fra Oslo S mot Lysaker; og
- ii) At Bane NOR i ordinær kapasitetsfordelingsprosess bare vil motta søknader for omlodning av grenseoverskridende tog for bestemte perioder med planlagte arbeider på Østfoldbanen, og at søknader om omlodning av andre tog og for andre perioder med planlagte arbeider først kan sendes som en del av ad hoc-prosessen.

<sup>56</sup> Brev fra Bane NOR til tilsynet av 18. november 2020.

<sup>57</sup> E-post fra Jernbanedirektoratet til tilsynet datert 3. desember 2020.

<sup>58</sup> E-post fra Bane NOR til tilsynet datert 21. november 2020.

<sup>59</sup> Go-Ahead har fått kopi av varsel om vedtak, men ikke uttalt seg om dette. Tilsynet fikk informasjon om det sannsynlige utfallet av eventuell ny kapasitetsfordeling sent i saksbehandlingsprosessen, og har i lys av tidsaspektet i saken ikke hatt anledning til å bringe Go-Ahead inn i saken som en direkte berørt part.

Tilsynets vurdering er videre at det er behov for korrigerende tiltak for å rette opp i brudd på jernbaneforskriften samt ivareta Vys, og eventuelle andre berørte jernbaneforetak og søkeres rettigheter etter forskriften. Hjemmelen for pålegget er jernbaneforskriften §§ 11-2 andre og tredje ledd og 11-1 første jf. syvende ledd, jf. jernbaneloven §§ 11b første ledd jf. 11 femte ledd.

Tilsynet fatter derfor, slik det har blitt redegjort for ovenfor, vedtak hvor Bane NOR pålegges å:

- (1) Fjerne de ulovlige føringene på strekningen Oslo S – Lysaker og for omledning av tog om Roa fra og med vedtakstidspunktet.
- (2) Fjerne de aktuelle føringene for omledning om Roa for R21. Informere om og gi alle aktuelle søkere anledning til å søke om ruteleier uten de ulovlige begrensningene, innen en rimelig frist og senest innen 15. januar 2021. Informasjon om adgangen til å søke, og om den nye fristen, skal også inntas i nettveiledningen.
- (3) Behandle aktuelle deler av Vys søknad om omledning om Roa og eventuelle andre eksisterende eller nye/reviderte søknader som ville ha vært rammet av den påklagede føringen. Behandlingen skal foretas uten hensyn til føringen og i henhold til jernbaneforskriftens regler som skissert i vedtakets punkt 5.3.2.
- (4) Sende dokumentasjon til tilsynet på at pålegg (1) og (2) er oppfylt innen 5 uker fra tidspunktet for tilsynets vedtak. Bane NOR pålegges også å sende dokumentasjon på at pålegg (3) er oppfylt så snart ny kapasitetsfordeling er gjennomført.

Tilsynet ber Bane NOR ta inn over seg vurderingene og konklusjonene i vedtaket, og hvilke konsekvenser dette kan ha for Bane NORs gjennomføring av kapasitetsfordelingsprosessen for øvrig.

Vedtaket kan ikke påklages, jf. Jernbaneloven § 11b tredje ledd. Retten kan imidlertid prøve alle sider av saken.

Med hilsen

Mona Ljunggren  
Avdelingsdirektør, Markedsovervåking  
*Dokumentet er elektronisk godkjent og sendes uten signatur*