

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: Marte Fisknes, +4722995941  
Vår ref.: 15/1063-27  
Deres ref.:  
Dato: 14.06.2017

## **Vedtak etter klage vedrørende Gardermoen stasjon**

### **1. Innledning**

Statens jernbanetilsyn viser til varsel om vedtak av 2. mars 2017 etter klage fra NSB AS (NSB) datert 9. oktober 2015 angående vilkårene for tilgang ved Oslo lufthavn (Gardermoen) stasjon<sup>1</sup>. I klagen anfører NSB at Flytoget AS (Flytoget) sine avtalebaserte rettigheter med hensyn til utforming og ombyggingsarbeider ved Gardermoen stasjon er i strid med Bane NOR SF (det tidligere Jernbaneverket; i det videre «Bane NOR») sin plikt i henhold til den da gjeldende fordelingsforskriften § 3-2 til å yte tilgang til stasjoner uten forskjellsbehandling<sup>2</sup>.

Flytogets rettigheter ved Gardermoen stasjon er regulert i avtale inngått mellom Flytoget (tidligere NSB Gardermobanen AS) og Bane NOR i november 2000 (KD 134/avtalen). KD 134 er inngått på bakgrunn av politiske føringer, slik disse har kommet til uttrykk blant annet i St.prp. nr. 52 (1999-2000) og Innst. S. nr. 237 (1999-2000).

Fordelingsforskriften trådte i kraft i mars 2003, mer enn to år etter at KD 134 ble inngått.

Fordelingsforskriften har med virkning fra 1. januar 2017 blitt opphevet. Bestemmelsene som er relevante i denne saken er i hovedsak videreført i den nye jernbaneforskriften som trådte i kraft på samme tidspunkt. Forholdet mellom fordelingsforskriften og den nye jernbaneforskriften er omtalt i punkt 4 nedenfor.

Jernbaneverket har med virkning fra 1. januar 2017 blitt avviklet. Jernbaneverkets oppgaver som forvalter av infrastruktur og stasjoner mv. har fra samme tidspunkt blitt videreført av det nyetablerte statsforetaket Bane NOR. Tilsynet legger til grunn at Bane NOR overtar

---

<sup>1</sup> Stasjonen vil i det videre bli referert til som «Gardermoen stasjon».

<sup>2</sup> «[U]ten forskjellsbehandling» vil i denne sammenheng brukes synonymt med «likebehandling» og «ikke-diskriminerende».

Jernbaneverkets stilling i klagesaken.<sup>3</sup> Jernbaneverket vil i vedtaket bli referert til som Bane NOR også for perioden frem til 2017.

Tilsynet har etter å ha mottatt klagen innhentet ytterligere skriftlig informasjon fra NSB<sup>4</sup>, og kommentarer og dokumentasjon fra Bane NOR<sup>5</sup> og Flytoget<sup>6</sup>. Det har vært avholdt møter med Bane NOR 27. januar 2016, Flytoget 16. februar 2016 og NSB 25. februar 2016. Tilsynet har i etterkant av varselet mottatt skriftlige kommentarer fra Bane NOR<sup>7</sup>, NSB<sup>8</sup> og Flytoget<sup>9</sup>.

Saken og partenes anførsler har reist flere problemstillinger knyttet til fordelingsforskriften § 3-2<sup>10</sup>, herunder

- hva som inngår i begrepet "stasjoner, herunder bygninger og andre innretninger";
- hvorvidt avtalen innebærer en innskrenkning av i hvilken grad Bane NOR "rår over" Gardermoen stasjon;
- i hvilken grad Flytogets rettigheter etter KD 134 innebærer "forskjellsbehandling".

Disse problemstillingene er behandlet i punkt 5 nedenfor.

Før tilsynets vurderinger i punkt 5 omtales tilsynets myndighet i punkt 2, sakens faktum og partenes anførsler i punkt 3, og det rettslige grunnlaget for tilsynets vurderinger i punkt 4.

Tilsynets vedtak om pålegg fremgår av punkt 6.

## **2. Tilsynets myndighet**

I henhold til den nye jernbaneforskriften § 11-2 første ledd bokstav g kan beslutninger om tilgang til stasjoner innklages til tilsynet. Bestemmelsen viderefører den tidligere fordelingsforskriften § 9-4 første ledd, som NSBs klage er inngitt i medhold av.

Det følger av den nye jernbaneforskriften § 11-2 annet ledd at tilsynet har myndighet til å «om nødvendig treffe tiltak for å avhjelpe situasjonen» på bakgrunn av en klage. Bestemmelsen viderefører den tidligere fordelingsforskriften § 9-5 annet ledd, som anga at tilsynet kunne «gi pålegg om korrigerende tiltak». Den nye jernbaneforskriften § 11-2 annet ledd overlapper delvis med § 11-1 syvende ledd, som gir tilsynet myndighet til å «treffe beslutning om hensiktsmessige tiltak for å motvirke diskriminering mellom søkere, skadelig konkurransevridning og alle andre former for uønskede situasjoner i markedene for jernbanetjenester».

---

<sup>3</sup> Se brev fra det tidligere Jernbaneverket av 22. desember 2016 angående overføring av tillatelser mv. fra Jernbaneverket til Bane NOR. I brevet er det vist til at eiendeler, rettigheter og forpliktelser overføres til Bane NOR i medhold av statsforetaksloven § 55.

<sup>4</sup> Brev datert 2. november 2015

<sup>5</sup> Brev datert 30. november 2015

<sup>6</sup> Brev datert 5. november og 18. desember 2015. Vedlagt brevene fulgte notater fra advokatfirmaet Brækhus Dege av henholdsvis 28. oktober og 16. desember.

<sup>7</sup> Brev fra Bane NOR av 27. mars 2017

<sup>8</sup> E-post fra NSB av 29. mars 2017

<sup>9</sup> E-post fra Flytoget av 23. april 2017

<sup>10</sup> Fordelingsforskriften § 3-2 er erstattet av den nye jernbaneforskriften § 4-2. Bestemmelsens ordlyd er noe endret, men dens materielle innhold er i hovedsak videreført. Forholdet mellom tidligere og nytt regelverk er nærmere omtalt i punkt 4 nedenfor.

Tilsynet legger til grunn at det har myndighet til å pålegge nødvendige tiltak med sikte på å motvirke eventuell forskjellsbehandling ved Gardermoen stasjon.<sup>11</sup>

### 3. Sakens faktum og partenes anførsler

#### 3.1 Innledning

Tilgang til passasjerstasjoner er en nødvendig forutsetning for å kunne utføre persontransport med jernbane. Eierskapet til de ulike passasjerstasjonene i Norge var på klagetidspunktet delt mellom Bane NOR og NSB (ved datterselskapet ROM Eiendom AS). Bane NOR hadde imidlertid ansvar for publikumsarealene også ved de tidligere NSB-eide stasjonene. Fra 1. januar 2017 har eierskapet til de tidligere NSB-eide stasjonene blitt overført til Bane NOR. Gardermoen stasjon har siden 2001 vært eid og forvaltet i sin helhet av Bane NOR.

NSB (inkludert datterselskapet NSB Gjøvikbanen AS) og Flytoget er per i dag de eneste aktørene innenfor nasjonal persontransport med jernbane. I tillegg tilbyr SJ AB transport mellom stasjoner i Norge som del av sine internasjonale ruter via Ofofbanen og Kongsvingerbanen.

NSB har et tilnærmet rettslig monopol på å drive nasjonal persontransport med jernbane i Norge.<sup>12</sup> Den pågående jernbanereformen tar sikte på i større grad å tilrettelegge for konkurranse. Mesteparten av NSBs persontransport - herunder transport som passerer Gardermoen stasjon – utføres på grunnlag av offentlig trafikkavtale<sup>13</sup> inngått med Samferdselsdepartementet. Denne transporten er betydelig subsidiert. NSB betjener Gardermoen stasjon som del av sine lokal- og regionaltilbud.

NSB er heleid av staten ved Samferdselsdepartementet.

Flytoget har en geografisk avgrenset adgang til å drive persontransport mellom Drammen og Gardermoen. Flytoget har i henhold til trafikkavtale<sup>14</sup> inngått med Samferdselsdepartementet et særlig ansvar for tilbringertransporten til og fra Oslo lufthavn, og en fortrinnsrett til denne på strekningen Asker – Oslo lufthavn. Flytoget har i dag tre avganger per time fra Drammen og Asker, fem avganger per time fra Lysaker, Skøyen og Nationaltheatret og seks avganger per time fra Oslo S. Flytoget mottar ikke direkte subsidier til den operative driften.

Flytoget er heleid av staten ved Nærings- og fiskeridepartementet.

NSB har de siste årene økt antall ankomster og avganger ved Gardermoen stasjon, og er i foregående og gjeldende ruteplan tildelt tre avganger per time (med ujevn frekvens) til og fra stasjonen. Økningen er en følge av ny grunnrutemodell innført i 2012.

---

<sup>11</sup> Tilsynets myndighet til å pålegge tiltak er nærmere omtalt i punkt 5.5

<sup>12</sup> I henhold til den nye jernbaneforskriften § 2-1 første ledd er NSB gitt tilgang til å trafikkere hele jernbanenettet. Flytogets tilgang er begrenset til å gjelde i det omfang departementet bestemmer, mens eventuelle øvrige aktører er avhengige av offentlig avtale eller tillatelse i henhold til forskriften § 2-2. Bestemmelsene viderefører i all hovedsak den tidligere jernbaneforskriften §§ 2-1 og 2-2

<sup>13</sup> Avtale om utførelse av persontransport med tog som offentlig tjeneste i 2012-2017. Denne er tilgjengelig via følgende link:

<https://www.regjeringen.no/contentassets/05806a234d254506aeede855b9d60748/nsvkjopsavtale2012c3.pdf>

<sup>14</sup> Avtale om konsesjon for utførelse av persontransport med tog som offentlig tjeneste i 2013-2028

### 3.2 Nærmere om bakgrunnen for og innholdet i KD 134

KD 134 ble inngått mellom Bane NOR og Flytoget<sup>15</sup> i november 2000. Flytoget var på dette tidspunktet et datterselskap i NSB-konsernet. Flytoget ble skilt ut fra NSB-konsernet og etablert som et eget aksjeselskap med virkning fra januar 2003.

KD 134 er inngått på bakgrunn av føringer fra Samferdselsdepartementet og Stortinget, slik disse har kommet til uttrykk blant annet i St.prp. nr. 52 (1999-2000) og Innst. S. nr. 237 (1999-2000). I proposisjonen uttaler Samferdselsdepartementet at «[s]tandarden på Flytogterminalene er av stor betydning for Flytogets merkevarebygging mot de reisende», og at Flytogets innflytelse over profileringen ved Gardermoen stasjon «best kan sikres [gjennom avtale med Bane NOR] om spesielle krav til leieforholdet».<sup>16</sup> Stortingets samferdselskomite uttaler i innstillingen at den «slutter seg til at Flytoget får reell innflytelse over tilbud og utforming av terminalene på Oslo S og Oslo Lufthavn Gardermoen gjennom at Flytoget inngår avtaler med eierne».<sup>17</sup>

KD 134 regulerer Flytogets rettigheter ved ulike deler av Gardermoen stasjon. Etter hva tilsynet har forstått er NSBs klage rettet mot Flytogets rettigheter knyttet til forhold på stasjonsnivå D. Stasjonsområde D ligger i enden av rulletrappene til/fra stasjonsplattformene, og er der Flytoget og NSBs billettautomater mv. er plassert. I tråd med klagen vil tilsynets videre vurderinger knytte seg til rettigheter ved stasjonsområde D.<sup>18</sup>

KD 134 angir for det første i punkt 2.1 at enkelte stasjonsarealer på nivå D skal disponeres eksklusivt av Flytoget for billettsalg. De eksklusive arealene er avmerket i avtalens vedlegg 1.<sup>19</sup>

For det andre gir KD 134 punkt 2.2 andre avsnitt Flytoget særlige rettigheter knyttet til Flytogets egne forhold (som installasjoner, profilering, informasjon) ved stasjonsarealer som Flytoget ikke disponerer eksklusivt (omtalt som «[t]rafikkarealer»). Dette omfatter rett til å føre opp egne installasjoner; rett til at stasjonsarealene avgrenses slik at Flytogets installasjoner/billettssystemer fungerer som forutsatt; og rett til å ha spesielle profileringseffekter og informasjonsinstallasjoner «som markerer at dette er en flytogterminal».

Bane NOR vil imidlertid kunne nekte installasjoner på stasjonsområdene dersom de vil skape «uakseptable trafikkforhold».<sup>20</sup>

For det tredje gir KD 134 punkt 2.2 tredje avsnitt Flytoget særlige rettigheter knyttet til øvrige aktørers (per i dag i praksis NSBs) forhold i trafikkarealene.<sup>21</sup> Dette omfatter rett til å bli forelagt andre aktørers planer om å etablere installasjoner eller drive aktiviteter, og rett til å nekte planene gjennomført «dersom disse vil svekke inntrykket av at dette primært er en flytogterminal».

---

<sup>15</sup> Den gang NSB Gardermobanen AS

<sup>16</sup> Punkt 6.3, proposisjonen side 28

<sup>17</sup> Innst. S. nr. 237 (1999-2000) side 15

<sup>18</sup> KD 134 omfatter også arealer på nivåene B, E og F, jf. avtalens punkt 2 innledningsvis. Arealer på disse nivåene faller utenfor tilsynets vurdering av forskjellsbehandling.

<sup>19</sup> På bakgrunn av plantegninger mottatt under klagebehandlingen er det tilsynets inntrykk at vedlegg 1 til KD 134 ikke gir et fullt ut representativt bilde av eksklusivt disponerte arealer per i dag. Dette omtales i punkt 5.4 nedenfor.

<sup>20</sup> KD 134 punkt 2.2 fjerde avsnitt

<sup>21</sup> KD 134 punkt 2.2 tredje avsnitt

Videre er det i avtalen punkt 3 tredje avsnitt presisert at Flytoget ved eventuelle endringer av stasjonen skal ha rett til å godkjenne planlagte endringer før de iverksettes og til å nekte endringene gjennomført dersom disse «ikke i tilstrekkelig grad tar hensyn til [...] at terminalen primært er en flytogterminal».<sup>22</sup>

Avtalens innhold, partenes praktisering av avtalen og den gjeldende løsningen på stasjonsnivå er nærmere behandlet under punkt 5 nedenfor.

### **3.3 Partenes anførsler**

#### **3.3.1 Hvem som er sakens parter**

I henhold til forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e anses den som en avgjørelse «retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder» som part.

Klagen gjelder i realiteten NSBs rett til stasjonstilgang i medhold av den tidligere fordelingsforskriften § 3-2 og ny jernbaneforskrift § 4-2. Tilsynet anser at en eventuell avgjørelse direkte vil gjelde NSB.

Grunnlaget for den anførte forskjellsbehandlingen overfor NSB er Flytogets rettigheter i medhold av KD 134. NSB ber i klagen om at tilsynet vurderer om Flytogets rettigheter etter avtalen er forenelige med den tidligere fordelingsforskriften. Dersom NSB gis helt eller delvis medhold i klagen vil en eventuell avgjørelse kunne rette seg mot og gripe inn i avtaleforholdet mellom Flytoget og Bane NOR, og dermed få direkte betydning også for Flytoget.

På denne bakgrunn anser tilsynet Flytoget og NSB for å ha partsstilling i saken.

Et eventuelt vedtak i saken vil rettes mot Bane NOR og berøre Bane NORs plikter i henhold til KD 134. Bane NOR er som statsforetak i utgangspunktet ikke underlagt forvaltningsloven og har normalt partsstilling overfor offentlige myndigheter, jf. statsforetaksloven §§ 3 og 4.<sup>23</sup>

I henhold til forvaltningsloven § 1 siste setning er et statsforetak allikevel å regne som et forvaltningsorgan i saker hvor det treffer enkeltvedtak. Dersom Bane NORs ytelse av stasjonstilgang er å anse som et enkeltvedtak, med den følge at Bane NOR ved ytelsen opptrer som et forvaltningsorgan, vil Bane NOR i denne sammenheng ikke være å anse som part i forvaltningsrettslig forstand.

Det følger av jernbaneforskriften § 1-2 tiende ledd at Bane NORs tildeling av infrastrukturkapasitet skal anses som enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Hvorvidt andre beslutninger fattet av Bane NOR, herunder om stasjonstilgang, er å anse som enkeltvedtak må i henhold til departementet vurderes konkret «opp mot kriteriene i forvaltningslova».<sup>24</sup>

Karakteriseringen av tildeling av infrastrukturkapasitet som enkeltvedtak er i høringsnotat til forskriften begrunnet med at infrastrukturen er offentlig eiendom og at retten til å bruke den har

---

<sup>22</sup> KD 134 punkt 3

<sup>23</sup> Det tidligere Jernbaneverket var organisert som en etat og dermed gjenstand for forvaltningslovens regler. Det følger av tilsynets videre vurdering at den endrede organiseringen ikke påvirker det tidligere Jernbaneverkets/Bane NORs partsstatus i saken.

<sup>24</sup> Høringsnotat om revidert utkast til jernbaneforskrift av 8. november 2016

«avgjørende betydning for søkeres interesser og utøvelse av jernbaneforetaks virksomhet».<sup>25</sup> Etter tilsynets oppfatning gjør de samme hensynene seg gjeldende for Gardermoen stasjon; stasjonen er indirekte eid av og forvaltes på vegne av staten, og tilgang til stasjonen er avgjørende for å kunne utføre persontransporttjenester på strekningen. Etter tilsynets oppfatning tilsier dette at Bane NORs ytelse av stasjonstilgang må være å anse som et enkeltvedtak, og at Bane NOR for sakens vedkommende ikke er å anse som en part.<sup>26</sup>

Bane NOR har i kommentarer til varselet gitt uttrykk for at ytelse av stasjonstilgang ikke er å anse som enkeltvedtak, og at Bane NOR er en part i saken på linje med NSB og Flytoget.<sup>27</sup> Bane NOR har blant annet anført at det er en prinsipiell forskjell mellom ytelse av infrastrukturkapasitet og tilgang til servicefasiliteter ettersom førstnevnte kun gjelder infrastrukturforvalter, mens sistnevnte i utgangspunktet gjelder for enhver innehaver av serviceanlegg.<sup>28</sup>

Som det fremgår ovenfor må vurderingen av hva som utgjør et enkeltvedtak foretas konkret og på bakgrunn av forvaltningsloven. Denne saken er begrenset til å gjelde ytelse av stasjonstilgang, og tilsynet tar ikke stilling til hvorvidt andre servicefasiliteter dekket av jernbaneforskriften § 4-2 vil kunne være gjenstand for enkeltvedtak fra Bane NORs side. Etter tilsynets oppfatning har tilgang til stasjoner flere fellestrekk med tilgang til infrastruktur, og da særlig på grunn av det offentlige eierskapet og fraværet av alternative fasiliteter for jernbaneforetak som driver persontransport. Tilsynet viser også til at samtlige stasjoner i Norge er forvaltet av Bane NOR, og at det i praksis ikke finnes andre/private operatører av stasjoner som yter tilsvarende tjenester. Dette underbygger etter tilsynets oppfatning at Bane NORs ytelse av stasjonstilgang er å anse som enkeltvedtak.

Tilsynet finner på denne bakgrunn at Bane NOR for denne sakens vedkommende formelt sett ikke er å anse som part. Bane NOR er imidlertid like fullt gitt anledning til å uttale seg og gjøre seg kjent med sakens dokumenter på linje med NSB og Flytoget.

### **3.3.2 NSBs vesentligste anførsler**

NSB anfører i klagen at Flytogets avtalebaserte innflytelse over utformingen og disponeringen av arealene ved Gardermoen stasjon er i strid med kravet i fordelingsforskriften § 3-2 om at Bane NOR skal yte tilgang til stasjoner uten forskjellsbehandling.

NSB hevder i den sammenheng at Flytoget anser seg berettiget til "å bestemme den totale løsningen" ved Gardermoen stasjon, herunder at disponering og utforming av stasjonsarealene skal godkjennes av Flytoget. I brev datert 2. november 2015 skriver NSB at Bane NOR i henhold til KD 134 har gitt fra seg "styringsretten" knyttet til Gardermoen stasjon til Flytoget, og viser til et referat av 19. august 2015 der Bane NOR uttaler at "Flytoget og JBV har hatt et møte der Flytoget har presisert innholdet i KD 134 som gir Flytoget styringsrett i forhold til utformingen av stasjonen på Oslo Lufthavn". Etter NSBs oppfatning undergraver dette Bane NORs uavhengighet som tjenesteyter ved Gardermoen stasjon.

<sup>25</sup> Høringsnotat om ny jernbaneforskrift av 17. februar 2015 er tilgjengelig via følgende link: [https://www.regjeringen.no/contentassets/e6d1c86af00341d998d95149140d8500/jernbaneforskrift\\_horingsnotat.pdf](https://www.regjeringen.no/contentassets/e6d1c86af00341d998d95149140d8500/jernbaneforskrift_horingsnotat.pdf)

<sup>26</sup> Det følger av dette at Bane NORs interesse eller stilling i saken ikke er den samme som en privat part typisk vil ha, jf. forvaltningsloven § 2 fjerde ledd.

<sup>27</sup> Kommentarer fra Bane NOR av 27. mars 2017 side 4

<sup>28</sup> I henhold til jernbaneforskriften § 4-2 er stasjonstilgang en blant flere typer servicefasiliteter omfattet av bestemmelsen.

NSB har i møte med tilsynet 25. februar 2016 gitt uttrykk for praktiseringen av KD 134 og Flytogets innflytelse har blitt modifisert i etterkant av at NSB klaget til tilsynet, og at Bane NOR siden da i større grad har hensyntatt NSB ved utformingen av Gardermoen stasjon enn hva som var situasjonen på klagetidspunktet.

NSBs opplevelse av Flytogets innflytelse og ombyggingsprosessen før og etter klagetidspunktet er gjentatt i etterkant av varselet.<sup>29</sup>

### **3.3.3 Bane NORs vesentligste anførsler**

Bane NOR uttaler at det har vært utfordringer knyttet til KD 134 ved at Flytoget «i en viss utstrekning kan bestemme egen og andre togselskapers møblering og profilering/informasjon på stasjonen», og at avtalen dermed "i en viss utstrekning setter Flytoget i infrastrukturforvalters posisjon".<sup>30</sup> Bane NOR åpner for at KD 134 kan være i strid med fordelingsforskriften § 3-2, men mener at en eventuell oppsigelse eller endringer av avtalen må avklares med overordnede myndigheter i lys av de klare politiske føringene som ligger til grunn for avtalen.<sup>31</sup>

I tilsynets møte med Bane NOR 27. januar 2016 ble det gitt uttrykk for at Flytogets innflytelse ved Gardermoen stasjon i praksis har vært mer begrenset enn hva ordlyden i KD 134 skulle tilsi, og at løsningene ved Gardermoen stasjon i stor grad fastlegges etter forhandlinger mellom de involverte partene. Bane NOR opplyste at det på flere punkter ikke har tatt Flytogets innspill til følge til tross for hva ordlyden i KD 134 kan gi inntrykk av. Bane NOR presenterte i møtet tegninger av hvordan Gardermoen stasjon ville se ut etter ombyggingen, noe som etter Bane NORs oppfatning viste at NSB har blitt hensyntatt.

Bane NOR har i etterkant av varselet stilt spørsmål ved om tilsynet har adgang til å pålegge tiltak som varslet. Dette er nærmere behandlet under punkt 5.5 nedenfor.

### **3.3.4 Flytogets vesentligste anførsler**

Flytoget anfører at avtalen må anses som en rammeavtale for infrastrukturkapasitet.<sup>32</sup> Når det gjelder fordelingsforskriften § 3-2, anfører Flytoget at Flytoget og NSB opererer i ulike markeder, og at dette legitimerer at partene gis ulik tilgang ved Gardermoen stasjon.<sup>33</sup> Etter Flytogets oppfatning er Flytogets rettigheter etter KD 134 ikke i strid med fordelingsforskriften.<sup>34</sup>

I møtet 16. februar 2016 ga Flytoget uttrykk for at KD 134 er viktig med sikte på å sikre at Flytoget kan opprettholde et kunderettet og strømlinjeformet konsept. Etter Flytogets oppfatning er deres konsept og profilering ved Gardermoen stasjon et viktig element for å unngå tap av kunder til andre transportformer, herunder bil og buss, noe som igjen bidrar til at Flytoget kan oppfylle sitt samfunnsoppdrag om å sikre en høy andel kollektivreisende til og fra Oslo Lufthavn.

---

<sup>29</sup> E-post fra NSB til tilsynet av 29. mars 2017

<sup>30</sup> Brev fra Bane NOR av 30. november side 3

<sup>31</sup> Brev fra Bane NOR av 30. november side 3

<sup>32</sup> Notat fra Brækhus Dege av 28. oktober 2015 punkt 1 og 2 og notat av 16. desember 2015 punkt 2

<sup>33</sup> Notat fra Brækhus Dege av 26. desember 2015 punkt 3

<sup>34</sup> Notat fra Brækhus Dege av 26. desember 2015 punkt 3 avslutningsvis

#### 4. Rettslig grunnlag

Klagen knytter seg primært til den tidligere fordelingsforskriften § 3-2. Bestemmelsen lyder som følger:

Infrastrukturforvalteren skal yte tjenester i henhold til vedlegg I punkt 2 i den grad den rår over de nevnte fasiliteter. Tjenestene skal ytes uten forskjellsbehandling og søknader kan bare avvises dersom det foreligger gjennomførbare alternativer på markedsvilkår.

Vedlegg I punkt 2 sier følgende:

Adgang via jernbanenettet til serviceanlegg og ytelser av tjenester der skal omfatte:  
[...] c) stasjoner for passasjerer, herunder bygninger og andre innretninger

Fordelingsforskriften § 3-2 har med virkning fra 1. januar 2017 blitt opphevet. Bestemmelsen er i all hovedsak videreført i ny jernbaneforskrift § 4-2.<sup>35</sup>

Klagen fra NSB legger etter tilsynets oppfatning opp til både tilbakeskuende og fremadskuende vurderinger. Hvorvidt Bane NOR faktisk har forskjellsbehandlet NSB i forbindelse med ombyggingen av Gardermoen stasjon må vurderes på bakgrunn av omstendighetene og gjeldende regelverk på det aktuelle tidspunktet, altså fordelingsforskriften § 3-2. Idet KD 134 er en løpende avtale som fortsetter å gjelde også etter at den nye jernbaneforskriften har trådt i kraft, anser tilsynet at den nye jernbaneforskriften § 4-2 får betydning for hvorvidt KD 134 per i dag og fremover kan anses forenelig med Bane NORs plikt til å yte stasjonstilgang.

Ettersom de relevante delene av de respektive forskriftene i all hovedsak har det samme materielle innholdet, finner tilsynet at opphevelsen av den tidligere fordelingsforskriften og ikrafttreddelsen av den nye jernbaneforskriften ikke får noen praktisk betydning for tilsynets vurderinger i denne saken. I tilsynets videre vurderinger er det i tråd med NSBs klage hovedsakelig vist til fordelingsforskriften § 3-2. Med mindre noe annet fremgår eksplisitt eller av sammenhengen legger imidlertid tilsynet til grunn at tilsynets vurderinger og konklusjoner vil gjøre seg gjeldende også med hensyn til den nye jernbaneforskriften § 4-2.

Fordelingsforskriften er delvis en implementering av direktiv 2001/14/EF, og forskriftens § 3-2 korresponderer i stor grad til direktivets artikkel 5 første ledd. Selv om direktivet ikke har direkte virkning i norsk rett, vil det kunne utgjøre et tolkningsmoment ved anvendelsen av fordelingsforskriften. Videre vil praksis fra øvrige EØS-stater knyttet til direktivet og korresponderende nasjonale bestemmelser kunne være relevante.

Direktiv 2001/14/EF er innenfor EU erstattet av direktiv 2012/34/EU.<sup>36</sup> Direktiv 2012/34/EU forventes å bli inntatt i EØS-avtalen, og ligger til grunn for de fleste endringene i den nye

---

<sup>35</sup> Som nevnt under punkt 5.3 nedenfor er formuleringen «i den grad [infrastrukturforvalter] rår over» ikke inntatt i den nye jernbaneforskriften § 4-2. På bakgrunn av tilsynets vurderinger antas dette ikke å ha noen praktisk betydning for saken. Den nye jernbaneforskriften § 4-2 retter seg mot en noe videre krets enn den tidligere fordelingsforskriften 3-2, idet sistnevnte etter ordlyden kun gjaldt «infrastrukturforvalteren». Ettersom Bane NOR var infrastrukturforvalter i fordelingsforskriftens forstand, har endringen ingen betydning for saken.

<sup>36</sup> Direktiv 2012/34/EU er tilgjengelig via følgende link: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=OJ%3AL%3A2012%3A343%3ATOC>



jernbaneforskriften. Direktiv 2012/34/EU vil etter tilsynets oppfatning kunne være et tolkningsmoment av relevans for fordelingsforskriften § 3-2.

I tillegg til fordelingsforskriften § 3-2 anfører NSB i klagen at Bane NOR er underlagt et krav om uavhengighet. Tilsynet er enig i at Bane NOR som stasjonsansvarlig i henhold til fordelingsforskriften skal opptre saklig, rettferdig og uavhengig av enkeltaktørers særinteresser. Tilsynet anser imidlertid at kravet om uavhengighet inngår som et element i fordelingsforskriften § 3-2, og at en vurdering knyttet til denne bestemmelsen vil ta høyde for uavhengighetskravet. Tilsynet finner derfor at det for denne sakens vedkommende er mest hensiktsmessig å ta utgangspunkt i en konkret anvendelse av § 3-2. Hvorvidt avtalen er i strid med et overordnet krav om at Bane NOR skal opptre uavhengig vil følgelig ikke bli vurdert på selvstendig grunnlag.

## **5. Tilsynets vurderinger**

### **5.1 Utgangspunkter og vurderingstemaer**

KD 134 er en rettslig bindende avtale inngått mellom Bane NOR og Flytoget, og partene er i utgangspunktet forpliktet til å følge de rettigheter og plikter som fremgår av avtalen. Avtalens bindende virkning gjelder uavhengig av partenes organisasjonsform og eierforhold.

Avtaler må imidlertid forholde seg til gjeldende rett. Dette innebærer at i den grad KD 134 skulle anses for å være i strid med gjeldende regelverk, slik dette kommer til uttrykk blant annet i fordelingsforskriften og den nye jernbaneforskriften, vil avtalen og/eller praktiseringen av den kunne måtte modifiseres tilsvarende.<sup>37</sup>

Tilsynet vil presisere at eventuelle pålegg om endringer av KD 134 kun vil gjelde de delene som anses i strid med bestemmelser i forskriften. Utover dette må (de resterende delene av) avtalen anses fortsatt bindende mellom partene inntil avtalen eventuelt oppheves eller revideres på et annet grunnlag.<sup>38</sup>

Det sentrale spørsmålet i saken er hvorvidt KD 134 er i strid med fordelingsforskriften § 3-2.

Fordelingsforskriften § 3-2 legger opp til tre primære vurderingstemaer av betydning for denne saken, nemlig (i) hva som omfattes av stasjonsbegrepet og som dermed er dekket av bestemmelsens virkeområde; (ii) hvorvidt det foreligger noen begrensninger med hensyn til i hvilken grad Bane NOR rår over Gardermoen stasjon (og dermed i Bane NORs plikt til å yte tilgang), og (iii) hvorvidt og eventuelt i hvilken utstrekning KD 134 og praktiseringen av denne medfører forskjellsbehandling av NSB og Flytoget.

De nevnte vurderingstemaene vil behandles under punktene 5.2, 5.3 og 5.4 i det følgende. I punkt 5.5 vurderes eventuelle tiltak og forholdsmessighet. I punkt 5.6 kommenteres avtalens varighet særskilt, mens det i punkt 5.7 gis en oppsummering av tilsynets vurderinger og konklusjon.

---

<sup>37</sup> Betydningen av at forskriftene trådte i kraft etter avtalens inngåelse er behandlet i punkt 5.3.

<sup>38</sup> Eventuelle pålagte modifikasjoner kan tenkes å lede til at avtaleforholdet blir ubalansert sammenlignet med hva som opprinnelig var forutsatt mellom partene. Eventuelle avtalerettslige implikasjoner foranlediget av tilsynets vedtak faller utenfor tilsynets vurderinger.

## 5.2 Hva som omfattes av stasjonsbegrepet og retten til stasjonstilgang

NSBs klage retter seg mot Flytogets avtalebaserte rettigheter knyttet til områdene på stasjonsnivå D ved Gardermoen stasjon.<sup>39</sup> På dette nivået er billettautomater, salgsskranker og Flytogets slusesystem plassert.

Fordelingsforskriften § 3-2, jf. forskriftens vedlegg I gjelder tilgang til «stasjoner for passasjerer, herunder bygninger og andre innretninger». I den nye jernbaneforskriften § 4-2 er det presisert at dette omfatter bygninger og anlegg «også for formidling av reiseinformasjon og egnede lokaler for billettsalg».<sup>40</sup>

Det synes for tilsynet klart at stasjonsområde D ved Gardermoen stasjon i sin helhet faller innenfor stasjonsbegrepet.

Flytoget har i kommentarer til klagen anført at KD 134 er å anse som en rammeavtale om infrastrukturkapasitet og dermed underlagt reglene som gjelder for slike avtaler.<sup>41</sup> Det følger av tilsynets konklusjon i forrige avsnitt at tilsynet ikke slutter seg til en slik betraktning.<sup>42</sup>

Etter tilsynets vurdering er retten til stasjonsadgang ikke begrenset til kun å gjelde fysisk tilgang og installasjon av billettautomater, men omfatter også muligheten til i nødvendig grad å kunne synliggjøre tjenestene sine overfor de reisende. Tilsynet antar at adgangen for en aktør til å synliggjøre tjenestene sine i noen grad vil følge av retten til å informere om reiser og til plass for installasjon av billettautomater. Tilsynet finner støtte for at retten til stasjonstilgang omfatter nødvendig synliggjøring i praksis fra den italienske markedsovervåkningsmyndigheten L'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART) knyttet til korresponderende regelverk basert på direktiv 2012/34/EU. ART har behandlet spørsmålet om stasjonstilgang i vedtak 70 av 31. oktober 2014.<sup>43</sup> Tilsynet viser særlig til vedtakets punkt 10.6.2, der det uttales at ethvert jernbaneforetak som utfører persontransport skal kunne promotere sine tjenester og ha tilgang til annonseplasser ved den aktuelle passasjerstasjonen.<sup>44</sup>

## 5.3 Hvorvidt KD 134 utgjør en relevant innskrenkning i Bane NORs råderett

Plikten til å yte tilgang til passasjerstasjoner i henhold til fordelingsforskriften § 3-2 gjelder i den grad Bane NOR "rår over" stasjonene. Formuleringen er ikke videreført i den nye jernbaneforskriften § 4-2.

En råderett kan etableres på ulike grunnlag, herunder gjennom eierskap eller på avtalerettslig grunnlag. Tilsvarende kan det også etableres innskrenkninger i en (hoved)disponents råderett på avtalerettslig grunnlag. Ettersom fordelingsforskriften trådte i kraft etter at KD 134 ble inngått<sup>45</sup>, kan det stilles spørsmål ved om Flytogets rettigheter i henhold til KD 134 må anses

---

<sup>39</sup> At det er dette som er klagens fokus er bekreftet av NSB i møte 25. februar 2016. KD 134 har et noe videre dekningsområde, idet også enkelte områder/lokaler utenfor det aktuelle området på stasjonsnivå D er regulert i avtalen. Bane NOR har i møte 27. januar 2016 gitt uttrykk for det samme, og forklart at det per i dag ikke er kapasitetsmangel knyttet til kontorlokaler, personalrom mv. som togselskapene disponerer ved Gardermoen stasjon/Oslo Lufthavn.

<sup>40</sup> Som omtalt under punkt 5.2.3 nedenfor innebærer dette etter tilsynets oppfatning ingen realitetsendring.

<sup>41</sup> Notater fra Brækhus Dege av 28. oktober 2015 og 16. desember 2015

<sup>42</sup> Avgrensningen mellom henholdsvis stasjoner og infrastruktur er nærmere behandlet i varselet av 2. mars 2017.

<sup>43</sup> Vedtaket er tilgjengelig på italiensk via følgende link: <http://www.autorita-trasporti.it/wp-content/uploads/2014/11/Allegato.pdf>.

<sup>44</sup> Tilsynets uoffisielle oversettelse.

<sup>45</sup> KD 134 ble inngått i november 2000, mens fordelingsforskriften trådte i kraft i januar 2003.

som en relevant innskrenkning i Bane NORs adgang til å råde over stasjonsområdene i fordelingsforskriftens forstand.

Bane NORs råderett har ikke vært problematisert av noen av partene i klagesaken. Flytoget legger snarere til grunn at Bane NOR "rår over de aktuelle fasilitetene på OSL, idet eierskapet ble overført fra Flytoget til Bane NOR ved stortingsvedtak av 15. juni 2000".<sup>46</sup> Tilsvarende har Bane NOR i møte 27. januar 2016 gitt uttrykk for at de ikke anser KD 134 for å innebære en innskrenkning i deres råderett i forskriftens betydning.

Tilsynet er enig i at KD 134 ikke utgjør noen relevant innskrenkning i Bane NORs råderett ved Gardermoen stasjon. Etter tilsynets oppfatning må fordelingsforskriften § 3-2 tolkes i lys av forskriftens og den aktuelle bestemmelsens formål om å tilrettelegge for ikke-diskriminerende tilgang til stasjoner (og andre servicefasiliteter) i en situasjon der jernbanemarkedene tradisjonelt har vært preget av et fåtalls nasjonale aktører som i praksis har hatt en prioritert adgang til viktige innsatsfaktorer. Dersom en tidligere inngått og langvarig avtale skulle anses som en relevant innskrenkning i Bane NORs råderett – og dermed i Bane NORs plikt til å yte ikke-diskriminerende tilgang i henhold til fordelingsforskriften § 3-2 – ville dette kunne lede til en sementering av etablerte markedsposisjoner i strid med bestemmelsens formål.

Tilsynet bemerker for øvrig at det i denne saken er tale om eventuelt å tilsidesette eller innskrenke avtalebaserte rettigheter tilhørende et statlig heleid selskap (Flytoget). Etter tilsynets forståelse er statlig heleide selskaper i mindre grad enn privateide foretak beskyttet mot at etterfølgende lovgivning gjør inngrep i deres rettsstilling.<sup>47</sup>

Tilsynet finner etter dette at KD 134 ikke innebærer noen innskrenkning med hensyn til i hvilken grad Bane NOR «rår over» Gardermoen stasjon i fordelingsforskriftens forstand.

## **5.4 Hvorvidt KD 134 innebærer forskjellsbehandling**

### **5.4.1 Innledning**

NSB har anført at KD 134 er i strid med Bane NORs plikt i medhold av fordelingsforskriften § 3-2 til å yte tilgang til stasjoner «uten forskjellsbehandling», idet avtalen gir Flytoget rettigheter ved stasjonen som andre aktører (i praksis NSB) ikke har.

Som det fremgår av punkt 3.2 om avtalens bakgrunn og innhold ovenfor, inneholder KD 134 både rettigheter knyttet til Flytogets egne forhold ved Gardermoen stasjon og rettigheter knyttet til andre aktørers forhold ved stasjonen. Tilsynet finner det hensiktsmessig å legge denne sonderingen til grunn for sine videre vurderinger etter fordelingsforskriften § 3-2.

Flytoget og NSB er per i dag de eneste aktørene innenfor persontransport med jernbane som betjener Gardermoen stasjon. Tilsynets vurderinger vil i all hovedsak være knyttet til eventuell forskjellsbehandling av Flytoget og NSB. Tilsynet legger imidlertid til grunn at vurderingene også vil være relevante med hensyn til eventuelle andre aktører som kan komme til å betjene stasjonen i fremtiden.

---

<sup>46</sup> Notat utarbeidet av Brækhus Dege av 28. oktober 2015, fotnote 4 på side 2.

<sup>47</sup> Se lovavdelingens tolkningsuttalelse av 7. april 2000 angående overføring av Oslo børs' formue og forpliktelser til et nydannet allmennaksjeselskap, tilgjengelig via følgende link:  
<https://lovdata.no/pro/#document/JDLOV/avgjorelse/jdlov-2000-3630?searchResultContext=1815>

Før de konkrete vurderingene av hvorvidt Flytogets rettigheter innebærer forskjellbehandling i punktene 5.4.4 og 5.4.5 nedenfor, finner tilsynet det hensiktsmessig å kommentere tilsynets generelle forståelse av kravet til ikke-diskriminering og betydningen av aktørens transportoppdrag under dagens markedssituasjon i punkt 5.4.2, og relevansen av en eventuell markedsavgrensning i punkt 5.4.3.

#### **5.4.2 Generelt om kravet til ikke-diskriminering<sup>48</sup> og betydningen av aktørens transportoppdrag**

Fordelingsforskriften § 3-2 er en implementering av direktiv 2001/14/EF artikkel 5 første ledd, og det er etter tilsynets oppfatning naturlig å tolke forskriftsbestemmelsen i lys av den bakenforliggende EØS-retten. I EØS-retten er det anerkjent at ikke-diskrimineringsprinsippet åpner for at ulike tilfeller kan (og i enkelte tilfeller skal) behandles ulikt i den grad det er objektivt begrunnet.<sup>49</sup> Det samme har kommet til uttrykk i norsk sektorregulering.<sup>50</sup>

At ulikheter med hensyn til stasjonstilgang på jernbaneområdet kan være objektivt begrunnet er lagt til grunn i praksis fra øvrige markedsovervåkningsorganer i EØS-området. Det britiske Office of Rail and Road har uttalt at tilgang til terminaler (som er gjenstand for den samme reguleringen av servicefasiliteter etter direktiv 2001/14/EF og direktiv 2012/34/EU som passasjerstasjoner) ikke kan underlegges «restrictions» med mindre disse «can be objectively justified».<sup>51</sup> Det tyske Bundesnetzagentur har i en avgjørelse om prising av stasjonstjenester forutsatt at ikke-diskrimineringsprinsippet åpner for prisdifferensiering såfremt differensieringen er «objectively justified».<sup>52</sup>

Tilsynet legger etter dette til grunn at kravet om likebehandling etter fordelingsforskriften og den nye jernbaneforskriften ikke er til hinder for differensiering på objektivt grunnlag.

Etter tilsynets oppfatning må retten til stasjonstilgang ses i sammenheng med hvordan markedene for persontransport med jernbane er organisert i Norge. Per i dag er det nasjonale markedet for persontransport med jernbane ikke åpnet for konkurranse. De ulike aktørens tilbud om persontransporttjenester fastlegges i stor grad av myndighetene i form av spesifiserte transportoppdrag. Flytoget og NSBs transportoppdrag er beskrevet i deres respektive trafikkavtaler med Samferdselsdepartementet.<sup>53</sup>

Transportoppdragene legger føringer for hvilke strekninger og stasjoner henholdsvis NSB og Flytoget skal betjene, og til hvilke tider og i hvilket omfang. Ulikheter med hensyn til aktørens

---

<sup>48</sup> I fordelingsforskriften er som nevnt kravet om likebehandling formulert som at tilgang skal gis «uten forskjellsbehandling». Disse begrepene og uttrykket «ikke-diskriminerende» brukes som tidligere nevnt synonymt i tilsynets vurderinger.

<sup>49</sup> Se som eksempel fra den generelle konkurransereettens område Kommissjonens veiledning om prioriteringskriterier med hensyn til misbruk av dominerende stilling avsnitt 28 flg.

<sup>50</sup> Innenfor kraftsektoren fremgår det av kontrollforskriften (1999) § 13-1 bokstavene c og e at krav om ikke-diskriminerende vilkår ikke er til hinder for differensiering «etter objektive og kontrollerbare kriterier».

<sup>51</sup> ORRs "Guidance on Appeals" fra mars 2006 avsnitt 2.11, tilgjengelig via [http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20161007163555/http://orr.gov.uk/\\_\\_data/assets/pdf\\_file/0018/1692/275.pdf](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20161007163555/http://orr.gov.uk/__data/assets/pdf_file/0018/1692/275.pdf)

<sup>52</sup> Bundesnetzagentur sine uttalelser i sak angående Deutsche Bahns stasjonstjenester omtalt via følgende link: [http://www.bundesnetzagentur.de/cln\\_1412/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2009/091211DBStationUserServiceTationPrices.html](http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1412/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2009/091211DBStationUserServiceTationPrices.html).

<sup>53</sup> For Flytoget gjelder «Avtale om konsesjon for utførelse av persontransport med tog som offentlig tjeneste i 2013-2028»; for NSB gjelder «Avtale om utførelse av persontransport med tog som offentlig tjeneste i 2012-2017». Disse omtales i det videre som henholdsvis «Flytogets trafikkavtale» og «NSBs trafikkavtale».

roller og oppdrag knyttet til bestemte strekninger og stasjoner vil også kunne ha betydning for aktørenes respektive behov for stasjonstilgang. Dersom et oppdrag gir en aktør en mer omfattende transportaktivitet ved eller en særlig rolle knyttet til en bestemt stasjon, vil dette kunne innebære at vedkommende aktør må anses for et tilsvarende større behov for tilstedeværelse og profilering ved stasjonen. En tilnærming basert på behov som følge av tildelt transportoppdrag vil etter tilsynets oppfatning kunne lede til at korresponderende ulikheter med hensyn til stasjonstilgang må anses objektivt begrunnet og dermed forenelige med fordelingsforskriften § 3-2.

I lys av dagens markedssituasjon, der aktørenes aktiviteter i stor grad fastlegges gjennom transportoppdrag fra myndighetene, og på bakgrunn av tilsynets vurdering av at retten til stasjonstilgang må ses i sammenheng med aktørenes behov som følge av deres respektive transportoppdrag, mener tilsynet at det er naturlig at trafikkavtalene og øvrige føringer fra Samferdselsdepartementet og Stortinget tillegges betydning ved vurderingen av retten til stasjonstilgang.

Dette innebærer for det første at Flytogets særlige rolle knyttet til tilbringertrafikken i noen grad kan legitimere at Flytogets særlige rettigheter etter KD 134 opprettholdes. På den annen side vil deler av avtalen samtidig kunne være uforenelig med fordelingsforskriften § 3-2 i den grad den er egnet til å undergrave andre aktørers (per i dag NSBs) legitime behov for stasjonstilgang på bakgrunn av deres aktiviteter og transportoppdrag. Dette er nærmere behandlet i punktene 5.4.4 og 5.4.5 nedenfor.

#### **5.4.3 Betydningen av markedsavgrensning**

Flytoget har under henvisning til det EØS-rettslige ikke-diskrimineringsprinsippet anført at kravet om at stasjonstilgang skal ytes uten forskjellsbehandling kun/primært gjør seg gjeldende overfor togoperatører som er aktive på samme (nedstrøms) marked eller innenfor samme «kategori».<sup>54</sup> Flytoget uttaler i den sammenheng at "det [vil] være naturlig å vurdere forbudet mot forskjellsbehandling som et forbud mot å forskjellsbehandle trafikk av samme kategori".<sup>55</sup> Flytoget mener videre at Flytoget og NSB opererer i ulike markeder.<sup>56</sup>

Etter tilsynets oppfatning er Bane NORs plikt til å yte tilgang til stasjoner uten forskjellsbehandling ikke avhengig av at de aktuelle aktørene opererer i samme marked. Som omtalt i punkt 5.4.2 mener tilsynet at retten til stasjonstilgang må ses i sammenheng med den enkelte aktørs behov som følge av dennes transportoppdrag. At to aktører opererer i ulike markeder/markedssegmenter, for eksempel på ulike strekninger som betjenes av den samme stasjonen, innebærer ikke nødvendigvis at den ene aktørens behov for stasjonstilgang kan nedprioriteres til fordel for den andre aktøren.

Idet plikten til å yte stasjonstilgang uten forskjellsbehandling ikke kan anses avhengig av at aktørene opererer i det samme nedstrømsmarkedet, finner tilsynet det ikke nødvendig å foreta en markedsavgrensning. Tilsynet konstaterer imidlertid at det uavhengig av

---

<sup>54</sup> Notat fra Brækhus Dege av 16. desember 2015 punkt 2.1. Flytoget ser for ut til å bruke begrepene "marked" og "kategori" synonymt, jf. nevnte punkt tredje avsnitt.

<sup>55</sup> Notat fra Brækhus Dege av 16. desember 2015 punkt 2.1 tredje avsnitt. Tilsvarende ser ut til å legges til grunn i punkt 1 tredje avsnitt.

<sup>56</sup> Notat fra Brækhus Dege av 16. desember 2015 punkt 2 andre avsnitt og punkt 2.1 tredje avsnitt.

markedsavgrensning ser ut til å eksistere en konkurranseflate mellom Flytoget og NSB, og at konkurransepresset fra sistnevnte har økt de senere årene.<sup>57</sup>

Som det fremgår nedenfor, vil ulikheter mellom aktørene med hensyn til aktiviteter/transportoppdrag allikevel kunne være av betydning for hva som etter en nærmere vurdering anses for å utgjøre forskjellsbehandling etter fordelingsforskriften § 3-2.

#### **5.4.4 Hvorvidt Flytogets rettigheter knyttet til egne forhold ved Gardermoen stasjon medfører forskjellsbehandling**

KD 134 punkt 2.1 gir Flytoget rett til å disponere over enkelte arealer ved Gardermoen stasjon eksklusivt. På stasjonsnivå D gjelder dette arealer for billettsalg som avmerket i vedlegg 1 til avtalen.

På bakgrunn av tegninger mottatt fra Bane NOR etter møte 27. januar 2016 er det tilsynets inntrykk at avmerkingene i vedlegg 1 til KD 134 ikke gir et fullt ut representativt bilde av arealer som i praksis disponeres eksklusivt per i dag. Tegningene tyder på at Flytoget i tillegg til de opprinnelig avmerkede arealene, som ligger på den stasjonssiden som i dag er nærmest terminalen for utlandsflyvninger, også disponerer enkelte arealer eksklusivt på den stasjonssiden som ligger nærmest terminalen for innlandsflyvninger.<sup>58</sup>

I tillegg har Flytoget i henhold til avtalens punkt 2.2 rettigheter knyttet til egen profilering og egne installasjoner i de såkalte trafikkarealene, som ikke disponeres eksklusivt. Flytoget har således «rett til å ha egne installasjoner», og til at arealene «disponeres/avgrenses på en måte som er nødvendig for at passasjerstrømmer og billetteringsløsninger skal fungere som forutsatt». I tillegg har Flytoget «rett til å ha spesielle profileringseffekter og informasjonsinstallasjoner som markerer at dette er en flytogterminal».

Flytogets rettigheter knyttet til egne forhold har også kommet til uttrykk i avtalens punkt 3, der det blant annet fremgår at Flytoget har rett til å nekte endringer gjennomført hvis de ikke i tilstrekkelig grad tar hensyn til at stasjonen overordnet skal fremstå som en flytogterminal.

NSB er ikke gitt tilsvarende avtalebaserte rettigheter med hensyn til tilstedeværelse, installasjoner og profilering ved Gardermoen stasjon. Etter tilsynets forståelse disponerer NSB i praksis enkelte arealer eksklusivt til sine installasjoner ved stasjonen. Disse er imidlertid mindre enn arealene som disponeres av Flytoget. At Flytoget er gitt mer vidtrekkende eksklusivitet og avtalefestet innflytelse over egne forhold ved Gardermoen stasjon kan tilsa at KD 134 i utgangspunktet legger opp til forskjellsbehandling av Flytoget og NSB.

Som omtalt i punkt 5.4.2 ovenfor, må det imidlertid vurderes om Flytogets rettigheter knyttet til egne forhold ved stasjonen kan anses objektivt begrunnet på bakgrunn av Flytogets tildelte offentlige transportoppdrag og aktiviteter.

Flytogets transportoppdrag er beskrevet i Flytogets trafikkavtale med Samferdselsdepartementet. Der fremgår det at Flytoget skal levere tilbringertransport med tog

---

<sup>57</sup> Se f.eks. TØI-rapport 1082/2010 under forordet og Avinors nettside: <https://ekstranett-beta.avinor.no/en/oslo-airport/flyplassinformasjon/nyheter/rekordhoy-kollektivandel/>.

<sup>58</sup> Som omtalt i punkt 5.4.5 nedenfor, tyder de samme tegningene på at også NSB per i dag i praksis disponerer enkelte arealer eksklusivt til sine billettløsninger.

på strekningen mellom Oslo lufthavn (Gardermoen) og Asker, og at oppdraget er ansett som en offentlig tjenesteforpliktelse av allmenn samfunnsmessig betydning.

I henhold til trafikkavtalen skal Flytoget «kontinuerlig arbeide for at kollektivandelen i tilbringer tjenesten til OSL skal økes i relasjon til andre transportformer». Videre skal Flytogets tilbud være pålitelig og «oppleves som enkelt», og driften skal være «effektiv og lønnsom».<sup>59</sup>

Flytoget skal i henhold til avtalen ha fortrinnsrett til tilbringertransport på strekningen mellom Asker og Oslo lufthavn.<sup>60</sup> Samtidig har Flytoget plikt til å opprettholde en angitt rutefrekvens i og utenfor rushtid, og Flytogets (første og siste) avganger skal tilpasses flyplassens åpningstider.<sup>61</sup>

Flytoget er således gitt en særlig rolle med hensyn til tilbringertrafikken til og fra Oslo lufthavn/ Gardermoen stasjon. NSB er gjennom sitt transportoppdrag fra Samferdselsdepartementet ikke gitt et tilsvarende ansvar.<sup>62</sup>

Flytoget har i møte med tilsynet gitt uttrykk for at Flytogets tilstedeværelse, profilering og løsninger ved Gardermoen stasjon er viktige med sikte på å skape et kunderettet og strømlinjeformet konsept, for derigjennom å kunne oppfylle Flytogets trafikkoppdrag som beskrevet i trafikkavtalen. Flytoget har fremhevet at tydelig profilering og enkle løsninger ved Gardermoen stasjon er særlig viktig med hensyn til å tiltrekke seg kunder fra alternative transportformer som bil, buss og taxi.

Betydningen av Flytogets profilering og tilstedeværelse ved Gardermoen stasjon er omtalt i St.prp. nr. 52 (1999-2000) om Flytoget (tidligere NSB Gardermobanen AS) og Gardermoprojektet. I proposisjonen uttaler Samferdselsdepartementet at «[s]tandarden på Flytogterminalene er av stor betydning for Flytogets merkevarebygging mot de reisende», og at Flytogets innflytelse over profileringen ved Gardermoen stasjon best kan sikres gjennom avtale med Bane NOR.<sup>63</sup> Departementets betraktninger har fått tilslutning fra Stortingets samferdselskomite.<sup>64</sup>

Flytoget har siden virksomheten ble etablert utviklet seg til å bli en sterk merkevare som genererer høy kundetilfredshet.<sup>65</sup> Flytoget er per i dag den største enkeltleverandøren av transporttjenester til og fra Oslo lufthavn, med en passasjerandel på 35-38%.<sup>66</sup> Flytogets andel har sunket noe de siste årene, tilsynelatende hovedsakelig på grunn av sterkere konkurranse fra NSB<sup>67</sup>, men har holdt seg høy til tross for at Flytogets ikke-subsidierte billettpriser er betydelig høyere enn NSBs.<sup>68</sup> I henhold til analyser foretatt av Transportøkonomisk institutt for

---

<sup>59</sup> Flytogets trafikkavtale punkt 3

<sup>60</sup> Flytogets trafikkavtale punkt 7.1

<sup>61</sup> Flytogets trafikkavtale punkt 7.7.1

<sup>62</sup> NSBs transport oppdrag er nærmere omtalt i punkt 5.4.5 nedenfor

<sup>63</sup> Punkt 6.3, proposisjonen side 28

<sup>64</sup> Innst. S. nr. 237 (1999-2000) side 15

<sup>65</sup> I henhold til Norsk Kundebarometer har Flytoget i flere år vært blant de tre selskapene med høyest kundetilfredshet. Resultatene er tilgjengelige via følgende link: <https://www.bi.no/forskning/norsk-kundebarometer/>

<sup>66</sup> Andelen er opplyst på Avinors nettside, tilgjengelig via følgende link: <https://ekstranett-beta.avinor.no/osl/flyplassinformasjon/nyheter/rekordhoy-kollektivandel>

<sup>67</sup> Se omtale i Aftenposten via følgende link: <http://www.aftenposten.no/norge/For-forste-gang-taper-Flytoget-passasjerer---hundretusenvis-flere-kjorer-med-NSB-til-Oslo-Lufthavn-15297b.html>

<sup>68</sup> NSBs billettpriser på strekningen mellom Drammen og Gardermoen inngår som del av NSBs offentlig subsidierte tilbud. Flytogets billettpriser er derimot ikke subsidierte.

perioden 2005-2009 har Flytogets høye passasjerandel særlig gått på bekostning av drosjetrafikk og bruk av privatbil.<sup>69</sup>

Tilsynet finner det i tråd med det foregående sannsynlig at en tydelig tilstedeværelse ved Gardermoen stasjon og enkle kunderettede løsninger har bidratt til å styrke Flytogets merkevare og konkurransekraft overfor andre transportmidler, inkludert privatbil og taxi. En sterk merkevare og konkurransekraft overfor andre transportmidler bidrar igjen til at Flytoget kan oppfylle sitt transportoppdrag og formålet om en høy andel kollektivreisende til og fra Gardermoen stasjon. Det foregående taler etter tilsynets oppfatning for at Flytogets rettigheter knyttet til egne forhold ved Gardermoen stasjon må anses objektivt begrunnet.

Tilsynet vil for øvrig bemerke at det anser Flytogets rettigheter knyttet til egne forhold ved Gardermoen stasjon for å være mindre vidtrekkende og egnet til å utgjøre forskjellsbehandling enn hva Flytogets rettigheter knyttet til øvrige aktører i utgangspunktet må anses for å være. Dette tilsier at det skal tilsvarende mindre omfattende objektive grunner til for å legitimere Flytogets rettigheter knyttet til egne forhold ved stasjonen i medhold av KD 134.

Tilsynet finner etter en samlet vurdering at Flytogets rettigheter knyttet til egne forhold ved Gardermoen stasjon må anses objektivt begrunnet på bakgrunn av Flytogets tildelte transportoppdrag. Dette innebærer at Flytogets rettigheter knyttet til Flytogets egne forhold ved Gardermoen stasjon ikke anses for å utgjøre forskjellsbehandling i henhold til fordelingsforskriften § 3-2.

Som omtalt under punkt 4 ovenfor gjør tilsynets vurderinger av forskjellsbehandling knyttet til fordelingsforskriften § 3-2 seg også gjeldende for den nye jernbaneforskriften § 4-2.

**Konklusjon:** Flytogets rettigheter knyttet til egne forhold ved Gardermoen stasjon er ikke i strid med fordelingsforskriften § 3-2/den nye jernbaneforskriften § 4-2.

#### **5.4.5 Hvorvidt Flytogets rettigheter knyttet til andre aktørers/NSBs forhold ved Gardermoen stasjon medfører forskjellsbehandling**

I henhold til KD 132 punkt 2.2 tredje avsnitt har Flytoget rett til å bli forelagt alle henvendelser til Bane NOR «om å etablere installasjoner eller drive aktiviteter» ved de såkalte fellesarealene ved Gardermoen stasjon, og slike installasjoner og aktiviteter må godkjennes av Flytoget før de kan gjennomføres. Flytoget kan nekte installasjoner og aktiviteter gjennomført «dersom disse vil svekke inntrykket av at dette primært er en flytogterminal».

Flytogets rettigheter knyttet til andre aktørers forhold er også reflektert i avtalens punkt 3 tredje avsnitt, hvor det er angitt at Flytoget har rett til å nekte endringer gjennomført dersom de ikke i tilstrekkelig grad tar hensyn til at stasjonen overordnet skal fremstå som en flytogterminal.

NSB er ikke gitt en tilsvarende rett til å gjøre seg kjent med Flytogets stasjonsplaner, nekte slike gjennomført eller påvirke hvordan de skal gjennomføres.

I henhold til fordelingsforskriften § 3-2 har Bane NOR plikt til å yte stasjonstilgang uten forskjellsbehandling. Bestemmelsen forutsetter etter tilsynets oppfatning at Bane NOR skal foreta en uavhengig og objektiv vurdering av den enkelte aktørs behov for stasjonstilgang med

---

<sup>69</sup> TØI-rapport 1133/2011 – «Oslo lufthavn Gardermoen – trafikk og betydning for regional utvikling» side 16



utgangspunkt i vedkommende aktørs tildelte transportoppdrag. Som det fremgår av punkt 5.2 ovenfor, må Bane NOR ved denne vurderingen ta hensyn til at retten til stasjonstilgang i utgangspunktet omfatter både plass for installasjon av billettsalgspunkter/-automater og mulighet til å informere om og synliggjøre egne tjenester ved stasjonen.

Flytogets rettigheter etter KD 134 legger etter tilsynets vurdering opp til at Bane NORs plikt til å foreta en selvstendig og objektiv vurdering av NSBs rett til stasjonstilgang på grunnlag av NSBs eget behov i noen grad tilsidesettes til fordel for Flytogets subjektive interesser. Tilsynet anser at en slik tilsidesettelse normalt ikke vil være forenelig med retten til stasjonstilgang på ikke-diskriminerende vilkår i medhold av fordelingsforskriften § 3-2.

Det må imidlertid også i denne sammenheng vurderes hvorvidt Flytogets rettigheter knyttet til NSBs forhold kan anses objektivt begrunnet, og dermed allikevel forenelige med kravet om likebehandling.

Flytogets rettigheter knyttet til NSBs forhold må i utgangspunktet anses for å være mer vidtrekkende og egnet til å utgjøre forskjellsbehandling overfor NSB enn hva Flytogets rettigheter knyttet til egne forhold er. Dette tilsier at det må tilsvarende sterkere objektive grunner til for at Flytogets rett til å utøve innflytelse over NSBs forhold kan anses forenelig med fordelingsforskriften § 3-2 sammenlignet med hvilke objektive grunner som kan legitimere Flytogets rettigheter knyttet til egne forhold.

Tilsynet antar at NSBs tilstedeværelse ved Gardermoen stasjon vil kunne ha en viss betydning for hvorvidt stasjonen overordnet fremstår på en måte som styrker Flytogets merkevare og konkurransekraft overfor alternative transportformer. Dette tilsier at Flytogets rettigheter knyttet til NSBs forhold ved Gardermoen i noen grad vil kunne påvirke Flytogets evne til å bidra til en høy kollektivandel til/fra Oslo lufthavn i tråd med Flytogets transportoppdrag og politiske målsetninger. En slik påvirkning vil i prinsippet kunne utgjøre en objektiv grunn etter fordelingsforskriften § 3-2.

Tilsynet legger imidlertid til grunn at en innflytelse over NSBs forhold ved Gardermoen stasjon generelt sett vil være av mindre betydning for Flytogets merkevarebygging og kundeløsninger enn hva Flytogets innflytelse over og anledning til å fremheve egne forhold og tilbud vil være. Tilsynet antar at en mindre tydelig tilstedeværelse av NSB ved Gardermoen stasjon primært vil være egnet til å bidra til at en større andel togreisende velger Flytoget fremfor NSB, men uten at dette nødvendigvis bidrar til å øke den totale andelen togreisende på bekostning av øvrige transportformer i henhold til Flytogets transportoppdrag. Flytogets transportoppdrag som beskrevet i avtalen fokuserer på økt kollektivandel sammenlignet med andre transportformer, og utnyttelse av togets egenskaper for å dekke transportbehovet til og fra flyplassen. Dette tilsier at utøvelse av innflytelse ved Gardermoen stasjon som primært har som formål eller virkning å øke Flytogets konkurransekraft overfor NSB som togoperatør ikke kan anses objektivt begrunnet på bakgrunn av Flytogets transportoppdrag.

Etter tilsynets oppfatning vil hensynet til Flytogets merkevarebygging ved Gardermoen stasjon videre måtte avveies mot NSBs behov for stasjonstilgang som følge av NSBs transportoppdrag.

NSB har betjent Gardermoen stasjon siden før KD 134 ble inngått. NSBs transportomfang har imidlertid økt betydelig siden innføringen av ny ruteplan fra 2012. I henhold til gjeldende trafikkavtale mellom NSB og Samferdselsdepartementet har NSB per i dag rett og plikt til å

betjene Gardermoen stasjon som del av både InterCity-trafikken og nærtrafikken i Oslo-området. For at NSB skal kunne betjene de reisende som ønsker å benytte seg av NSB som transportmiddel fra Gardermoen stasjon er det naturlig at NSB gis adgang til å sette opp egne installasjoner på stasjonen.<sup>70</sup> Dette tilsier at en rett for Flytoget til å hindre aktiviteter og installasjoner som bidrar til å synliggjøre NSB ved stasjonen ikke er forenelig med at NSBs rett til stasjonstilgang i utgangspunktet må baseres på NSBs egne behov som følge av deres transportoppdrag. Etter tilsynets oppfatning gjelder dette selv om de aktuelle aktivitetene og installasjonene i noen grad skulle bidra til å «svække inntrykket av at [Gardermoen stasjon] primært er en flytogterminal».<sup>71</sup>

Det foregående tilsier etter tilsynets vurdering at Flytogets interesser i å utøve direkte innflytelse over NSBs forhold ved Gardermoen stasjon ikke kan anses mer tungtveiende enn NSBs interesse i en objektivt basert rett til stasjonstilgang på bakgrunn av NSBs eget trafikkoppdrag.

Tilsynet kan for øvrig ikke se at det er forutsatt i de politiske føringene som ligger til grunn for KD 134 at Flytoget skal gis direkte innflytelse over andre aktørers forhold ved Gardermoen stasjon. I st.prp. nr. 52 (1999-2000) er det snarere presisert at «[f]lytogterminalen ved Oslo lufthavn er åpnet for andre tog enn Flytoget», og at stasjonen under henvisning til fjern- og intercitytogtrafikken «inngår derfor som en viktig stasjon på det nasjonale jernbanenettet som staten v/Jernbaneverket har forvaltningsansvaret for».<sup>72</sup> I samme punkt er det vist til at Bane NOR disponerer fellesarealer ved stasjoner (som på det aktuelle tidspunktet var eid av NSB) av «hensyn til en eventuell åpning for konkurranse på sporet». Uttalelsene underbygger etter tilsynets oppfatning at Bane NOR forutsettes å ha ansvaret for og endelig bestemmelsesrett over andre aktørers tilgang til fellesarealene ved Gardermoen stasjon, til tross for det uttalte hensynet til Flytogets merkevarerbygging og tildelte trafikkoppdrag med fortrinnsrett til tilbringertransporten.

På denne bakgrunn er det tilsynets vurdering at det ikke foreligger tilstrekkelige objektive grunner til å legitimere Flytogets avtalebaserte rettigheter knyttet til NSBs forhold ved Gardermoen stasjon. Dette tilsier at Flytogets rettigheter knyttet til NSBs forhold ved stasjonen slik disse fremgår av KD 134 punkt 2.2 tredje avsnitt og punkt 3 tredje avsnitt i utgangspunktet må anses for å være i strid med fordelingsforskriften § 3-2.

Som nevnt ovenfor er det tilsynets oppfatning at KD 134 har blitt praktisert mer lempelig og pragmatisk enn hva avtalens ordlyd legger opp til. De endelige løsningene ved Gardermoen stasjon – både i forbindelse med den pågående ombyggingen og ved tidligere anledninger – er etter hva tilsynet har forstått delvis basert på dialog og forhandlinger mellom avtalepartene, der også NSBs interesser har blitt vektlagt. NSB har blant annet deltatt i arbeidsmøter for ombyggingsprosjektet sammen med Bane NOR og Flytoget, og har fremsatt forslag til løsninger for Bane NOR. Samtidig fremgår det av tegninger tilsynet har mottatt fra Bane NOR at Flytoget ikke har fått ubetinget gjennomslag for alle sine løsningsforslag ved stasjonen og at NSB også har blitt hensyntatt ved den endelige utformingen.

---

<sup>70</sup> En del reisende antas imidlertid å benytte seg av periodebilletter og elektroniske billettløsninger (som f.eks. NSB- eller Ruter-appene) og kjøp av billetter på tog. Disse vil dermed i mindre grad forholde seg til fysiske billettinstallasjoner ved stasjonen.

<sup>71</sup> Jf. formuleringen brukt i KD 134 punkt 2.2 tredje avsnitt

<sup>72</sup> St.prp. nr. 52 (1999-2000) side 27

Basert på fremlagte tegninger og observasjoner ved Gardermoen stasjon er det tilsynets inntrykk at NSB per i dag har en synlig tilstedeværelse og ikke ubetydelig rom for sine aktiviteter og installasjoner i trafikkearealene ved Gardermoen stasjon, inkludert enkelte eksklusivt disponerte arealer. Dagens stasjonsløsning tyder dermed på at NSB i praksis har blitt hensyntatt ved stasjonen, og at NSBs behov for stasjonstilgang med sikte på å kunne ivareta NSBs transportoppdrag per i dag er imøtekommet.

På denne bakgrunn anser tilsynet at Bane NOR i praksis har overholdt plikten til å yte NSB stasjonstilgang uten forskjellsbehandling i medhold av fordelingsforskriften § 3-2 hva gjelder den endelige utformingen av Gardermoen stasjon etter den nylige ombyggingen.

Bane NOR har i kommentarer til varselet gitt uttrykk for at avtalen i seg selv ikke kan utgjøre et brudd på fordelingsforskriften § 3-2 eller jernbaneforskriften § 4-2 all den tid tilsynet har funnet at Bane NOR i praksis ikke har forskjellsbehandlet NSB ved stasjonsutformingen.<sup>73</sup> Bane NOR har videre uttalt at Bane NOR ved motstrid så langt har latt og i fremtiden vil la den forskriftsbaserte plikten til å yte ikke-diskriminerende stasjonstilgang gå foran Flytogets rettigheter etter avtalen.<sup>74</sup>

NSB har i respons til Bane NORs kommentarer til varselet uttalt at prosessen frem mot den nåværende utformingen av Gardermoen stasjon bar preg av at Bane NOR følte seg bundet av KD 134, og at NSBs forslag underveis i prosessen har måttet godkjennes av Flytoget.<sup>75</sup> NSB har vist til et møtereferat utarbeidet av Bane NOR under utformingsprosessen, hvor det uttales at Flytoget overfor Bane NOR har «presisert innholdet i KD 134 som gir Flytoget styringsrett i forhold til utformingen av stasjonen» og at det må finnes frem til en løsning «som er innenfor rammen av KD 134».<sup>76</sup> NSB har videre gitt uttrykk for at det først var etter at klagesaken ble innledet at Bane NOR «rent faktisk begynte å forholde seg til kravene i fordelingsforskriften».<sup>77</sup> NSBs inntrykk støttes av at Bane NOR selv har uttalt at Flytoget «i en viss utstrekning kan bestemme egen og andre togselskapers møblering og profilering/ informasjon på stasjonen».<sup>78</sup>

Etter tilsynets oppfatning tilsier NSBs beskrivelse av ombyggingsprosessen og partenes omtale av KD 134 at det ikke kan legges til grunn at praktiseringen av KD 134 fullt ut avbøter på den forskjellsbehandlingen som avtalens punkt 2.2 tredje avsnitt og punkt 3 tredje avsnitt etter sitt innhold legger opp til. Selv om tilsynet finner at den endelige utformingen av Gardermoen stasjon per i dag materielt sett ivaretar NSBs rett til stasjonstilgang, fremstår det for tilsynet som usikkert om utfallet hadde vært det samme dersom klagesaken ikke hadde blitt innledet. KD 134 punkt 2.2 tredje avsnitt og punkt 3 tredje avsnitt er etter tilsynets oppfatning fremdeles egnet til å legge reelle og diskriminerende føringer for NSB og andre aktørers fremtidige stasjonstilgang. Dette innebærer etter tilsynets oppfatning at KD 134 punkt 2.2 tredje avsnitt og punkt 3 tredje avsnitt i seg selv må anses for å være i strid med fordelingsforskriften § 3-2.

**Konklusjon:** Flytogets rettigheter knyttet til NSBs forhold ved Gardermoen stasjon i medhold av KD 134 punkt 2.2 tredje avsnitt og punkt 3 tredje avsnitt er i strid med fordelingsforskriften § 3-2 og den nye jernbaneforskriften § 4-2. Basert på den endelige løsningen ved Gardermoen

---

<sup>73</sup> Kommentarer fra Bane NOR av 27. mars 2017 punkt 2.2 femte avsnitt

<sup>74</sup> Kommentarer fra Bane NOR av 27. mars 2017 punkt 2.3 andre og tredje avsnitt

<sup>75</sup> E-post fra NSB til tilsynet av 29. mars

<sup>76</sup> Vedlegg 1 til klagen

<sup>77</sup> E-post fra NSB til tilsynet av 29. mars

<sup>78</sup> Bane NORs brev av 30. november 2015 side 3

stasjon anses imidlertid Bane NOR for i praksis å ha gitt NSB tilgang i tråd med fordelingsforskriften § 3-2 med hensyn til utfallet av den nylige ombyggingen av stasjonen.

### 5.5 Tiltak og forholdsmessighet

Tilsynet har i henhold til den nye jernbaneforskriften § 11-2 annet ledd myndighet til å «om nødvendig treffe tiltak for å avhjelpe situasjonen» etter klage angående blant annet tilgang til passasjerstasjoner, jf. første ledd bokstav g og § 4-2. Bestemmelsen overlapper delvis med § 11-1 syvende ledd, som gir tilsynet myndighet til å «treffe beslutning om hensiktsmessige tiltak for [bl.a.] å motvirke diskriminering mellom søkere»<sup>79</sup>.

Tilsynet har ovenfor i punkt 5.4.5 funnet at KD 134 punkt 2.2 tredje avsnitt og punkt 3 tredje avsnitt er i strid med fordelingsforskriften § 3-2 og den nye jernbaneforskriften § 4-2 for så vidt gjelder Flytogets rettigheter knyttet til NSBs tilstedeværelse ved Gardermoen stasjon. Tilsynet har varslet at det for å avbøte på dette anses som nødvendig at de aktuelle delene av KD 134 med virkning fremover endres eller fjernes.

Bane NOR har i kommentarer til varselet<sup>80</sup> stilt spørsmål ved om tilsynet i medhold av jernbaneforskriften § 11-2 annet ledd har adgang til å pålegge endring av de aktuelle avtalebestemmelsene all den tid tilsynet har funnet at den endelige utformingen ved Gardermoen stasjon ivaretar NSBs rett til stasjonstilgang etter fordelingsforskriften § 3-2 og jernbaneforskriften § 4-2. Bane NOR har gitt uttrykk for at tilsynets kompetanse til å fatte vedtak etter jernbaneforskriften § 11-2 annet ledd forutsetter at det foreligger brudd på forskriften, og har vist til at det er Bane NOR (og ikke Flytoget) som er pliktsubjekt etter fordelingsforskriften § 3-2 og jernbaneforskriften § 4-2. Bane NOR har anmodet tilsynet om å vurdere hvorvidt et eventuelt pålegg som varslet kan hjemles i jernbaneforskriften § 11-1 syvende ledd.

Som det fremgår ovenfor, mener tilsynet at KD 134 punkt 2.2 tredje avsnitt og punkt 3 tredje avsnitt i seg selv er i strid med forskriften. Tilsynet anser at det ligger innenfor dets myndighet etter både jernbaneforskriften § 11-1 syvende ledd og 11-2 annet ledd å pålegge at forskriftsstridige avtalebestemmelser endres eller fjernes.

På Bakgrunn av Bane NORs innspill, og særlig med tanke på Flytogets stilling som medadressat for varselet, finner tilsynet grunn til å kommentere jernbaneforskriften §§ 11-2 og 11-1 syvende ledd noe nærmere.

Myndigheten til å treffe tiltak etter jernbaneforskriften § 11-2 annet ledd er relatert til en forutgående klage etter bestemmelsens første ledd. Hvilke typer forhold og situasjoner det kan klages over etter første ledd er dermed etter tilsynets oppfatning relevant for forståelsen av hvilke forhold og situasjoner som kan være gjenstand for tiltak i medhold av bestemmelsens annet ledd.

Av jernbaneforskriften §§ 11-2 første ledd følger det at søkere kan klage til tilsynet over «urettferdig» behandling, forskjellsbehandling eller dersom de «på annen måte [...] har fått sine interesser krenket». Det er presisert at både infrastrukturforvalter og jernbaneforetak kan stå bak slik behandling eller interessekrenkelse. Som eksempler på forhold som det kan klages

---

<sup>79</sup> Begrepet «søkere» er definert i den nye jernbaneforskriften 1-3 bokstav j og omfatter blant annet jernbaneforetak.

<sup>80</sup> Kommentarer fra Bane NOR av 27. mars 2017

over nevnes blant annet utkast til Bane NORs nettveiledning, kriterier fastsatt i nettveiledningen og nivået på avgifter som søkeren «kan komme til å måtte betale».

Jernbaneforskriften § 11-2 første ledd har en vid formulering og dekker en rekke situasjoner av ulik karakter. I det opprinnelige forskriftsutkastet var begrepet «rettigheter» benyttet i stedet for «interesser». At begrepet «interesser» bevisst er inntatt i stedet for det snevrere «rettigheter» må etter tilsynets oppfatning forstås som et uttrykk for at klageadgangen favner videre enn rene rettighetskrenkelser.

Av den refererte eksemplifisering fremgår det videre at også forhold og situasjoner som ikke i seg selv utgjør regelverksbrudd og som kun potensielt vil få betydning for en søker i fremtiden kan være gjenstand for en klage etter jernbaneforskriften § 11-2 første ledd. Dette tilsier etter tilsynets oppfatning at adgangen til å treffe tiltak etter annet ledd på tilsvarende måte ikke forutsetter at det konstateres et konkret brudd på forskriften fra adressatens side, og at tiltak etter annet ledd også kan anvendes med sikte på å hindre overtredelse av forskriften og andre interessekrenkelser i fremtiden.

Som nevnt ovenfor delvis overlapper jernbaneforskriften § 11-2 annet ledd med og suppleres av forskriften § 11-1 syvende ledd. Etter sistnevnte bestemmelse har tilsynet adgang til å pålegge «hensiktsmessige tiltak» for å motvirke diskriminering, skadelig konkurransevridning eller «andre former for uønskede situasjoner i markedene for jernbanetjenester». Det er presisert at myndigheten etter § 11-1 syvende ledd «også» gjelder forhold som nevnt i § 11-2 første ledd, noe som tyder på at § 11-1 syvende ledd har et videre virkeområde enn § 11-2 annet ledd. Ordlyden og henvisningen til § 11-2 første ledd tilsier etter tilsynets oppfatning at bestemmelsen gir grunnlag for tiltak rettet mot både infrastrukturforvalter, jernbaneforetak og andre aktører, og at bestemmelsen også dekker uønskede forhold og situasjoner uten at adressaten for tiltakene nødvendigvis har handlet i strid med sine plikter etter forskriften.

Som konstatert ovenfor er det følgelig tilsynets oppfatning at både jernbaneforskriften § 11-1 syvende ledd og § 11-2 annet ledd gir grunnlag for å fatte vedtak rettet mot Bane NOR og Flytoget i tråd med punkt 6 nedenfor.

Tilsynets myndighet til å ilegge tiltak etter både jernbaneforskriften § 11-1 syvende ledd og § 11-2 annet ledd er underlagt det alminnelige forholdsmessighetsprinsippet. Tilsynet har vurdert om et pålegg om å endre eller fjerne de nevnte avtalebestemmelsene er forholdsmessig. Tilsynet har som nevnt funnet at en tilsidesettelse er egnet til å avbøte på den forskriftsstridigheten som de aktuelle delene av KD 134 innebærer. Tilsynet har ikke identifisert mindre vidtrekkende tiltak som i tilstrekkelig grad vil ivareta hensynet til å unngå forskjellsbehandling. Tilsynet anser at et pålegg om tilsidesettelse av KD 134 punkt 2.2 tredje avsnitt og punkt 3 tredje avsnitt ikke er urimelig inngripende overfor Flytoget sammenlignet med hensynet til å sikre NSB og eventuelle øvrige aktører stasjonstilgang i henhold til den nye jernbaneforskriften § 4-2. Tilsynet mener etter dette at pålegget er forholdsmessig.

Tilsynet legger til at det ikke tar stilling til hvilken betydning en endring eller tilsidesettelse av de angitte bestemmelsene får for øvrige deler av avtaleforholdet mellom Flytoget og Bane NOR. Tilsynet anser dette for å ligge utenfor tilsynets myndighet, og antar at eventuelle endringer med sikte på å gjenopprette balanseforholdet mellom avtalepartene må baseres på avtalerettslige betraktninger.

## 5.6 Særlig om avtalens varighet

KD 134 inneholder ingen bestemmelser om varighet.

Det følger av tilsynets vurderinger ovenfor at KD 134 sin forenelighet med den tidligere fordelingsforskriften § 3-2/den nye jernbaneforskriften § 4-2 er betinget av Flytogets særlige transportoppdrag knyttet til Gardermoen stasjon. Dette vil også få betydning for avtalens lovlighet og opprettholdelse i fremtiden.

Tilsynet finner det på denne bakgrunn ikke nødvendig å gå nærmere inn på avtalens varighet.

## 5.7 Oppsummering og konklusjon

Tilsynet har ovenfor funnet at Flytogets rettigheter i medhold av KD 134 punktene 2.1, 2.2 og 3 knyttet til Flytogets egne forhold ved Gardermoen stasjon ikke er i strid med fordelingsforskriften § 3-2 eller jernbaneforskriften § 4-2.

Tilsynet har videre funnet at Flytogets rettigheter i medhold av KD 134 punktene 2.2 tredje avsnitt og punkt 3 tredje avsnitt knyttet til NSBs forhold ved Gardermoen stasjon er i strid med fordelingsforskriften § 3-2 og den nye jernbaneforskriften § 4-2.

Tilsynet har imidlertid også funnet at den endelige løsningen ved Gardermoen stasjon som følge av den nylige ombyggingen per i dag ivaretar NSBs rett til stasjonstilgang i henhold til fordelingsforskriften § 3-2 og jernbaneforskriften § 4-2.

På denne bakgrunn har tilsynet funnet at det er grunnlag for å pålegge Bane NOR og Flytoget å endre eller fjerne KD 134 punkt 2.2 tredje avsnitt og punkt 3 tredje avsnitt for så vidt angår Flytogets rettigheter knyttet til andre aktørers forhold ved Gardermoen stasjon.

## 6. Vedtak

Statens jernbanetilsyn fatter med hjemmel i jernbaneforskriften § 11-2 annet ledd jf. § 11-1 syvende ledd følgende vedtak:

- (1) Bane NOR og Flytoget pålegges å endre eller fjerne KD 134 punkt 2.2 tredje avsnitt og punkt 3 tredje avsnitt for så vidt angår Flytogets rettigheter knyttet til øvrige aktørers forhold ved Gardermoen stasjon.
- (2) Bane NOR og Flytoget pålegges innen seks måneder etter vedtakets dato å fremlegge en revidert avtale for å dokumentere overfor tilsynet at endringen er gjennomført.

Med hilsen

Erik Ø. Reiersøl-Johnsen  
Direktør

*Dokumentet er elektronisk godkjent og sendes uten signatur*