

CargoNet AS
Postboks 1800 Sentrum
0048 OSLO

Att.: Carl Fredrik Karlsen

Saksbehandler: Mathilde K. Berg, 22995964
Vår ref.: 23/217-47
Deres ref.:
Dato: 20.09.2023

Avgjørelse etter klage fra CargoNet på Bane NORs beslutning om refordeling av ledig infrastrukturkapasitet

1. Overordnet om saken

Statens jernbanetilsyn (SJT) mottok 31. januar 2023 en klage fra CargoNet AS (CargoNet). Klagen gjelder Bane NOR SF (Bane NOR) sin refordeling av ruteleiene som fra og med 1. februar 2023 ble ledige som følger av at Green Cargo AS (Green Cargo) valgte å trekke seg ut av det norske godsmarkedet. Både CargoNet og Onrail AS (Onrail) søkte om flere av de samme ruteleiene etter Green Cargo. Bane NOR refordelte ruteleiene i beslutning av 13. januar 2023. Bane NOR tildelte alle ruteleiene som både Onrail og CargoNet hadde søkt på, til Onrail.

CargoNet mener at beslutningen til Bane NOR ikke er gjort i tråd med jernbaneforskriften¹ og [Network Statement 2023](#) (NS 2023 eller nettveiledningen) punkt 4.8.3.1. CargoNet valgte derfor å klage til SJT på Bane NORs beslutning, jf. jernbaneforskriften § 11-3, og ber SJT om å kreve endring av Bane NOR sin beslutning i saken.

Vår vurdering er at det ikke er nødvendig å kreve endring av Bane NOR sin beslutning i saken. Dette er fordi vi vurderer at Bane NOR har behandlet søknadene til Onrail og CargoNet på en ikke-diskriminerende måte ved vurderingen av kriteriene i nettveiledningen punkt 4.8.3.1. Videre mener vi at Bane NOR ikke har vektlagt konkurransehensyn i beslutningen. Se nærmere om våre vurderinger i punkt 7 nedenfor.

På denne bakgrunnen er det SJTs avgjørelse at klagen fra CargoNet ikke tas til følge.

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

2. SJTs saksbehandling

SJT mottok klagen fra CargoNet 31. januar 2023. Vi sendte bekreftelse på mottatt klage til CargoNet 3. februar. Videre sendte vi klagen til orientering til Bane NOR 8. februar, samtidig med pålegg om å gi opplysninger i saken. I tillegg sendte vi klagen til orientering til Onrail 9. februar.

Bane NOR oppfylte pålegget om å gi opplysninger innen fristen, og sendte oss dokumentasjonen 15. februar. Videre mottok vi kommentarer til klagen fra Bane NOR 22. februar.

Onrail sendte sine kommentarer til klagen i epost av 1. mars. CargoNet svarte på Bane NOR og Onrail sine kommentarer i henholdsvis brev av 2. og 8. mars. Onrail svarte på CargoNets brev av 8. mars, i epost 12. mars.

Det ble avholdt møte mellom SJT og Bane NOR 29. mars 2023, der Bane NOR utdypet og forklarte nærmere vurderingene de gjorde. I tillegg svarte de på noen av merknadene fra Onrail og CargoNet. CargoNet kommenterte referatet fra møtet med Bane NOR i epost av 14. april 2023.

Varsel om avgjørelse ble sendt til Bane NOR, CargoNet og Onrail 3. august 2023. Bane NOR sendte merknader til varselet 28. august. SJT mottok ikke kommentarer fra Onrail og CargoNet innen fristen, og sendte epost 30. august med spørsmål om de hadde kommentarer. Onrail svarte i e-post 30. august at de ikke hadde kommentarer til varselet. SJT mottok ikke svar fra CargoNet, og legger derfor til grunn at CargoNet ikke hadde kommentarer til varselet.

Vi har i saken praktisert løpende kontradiksjon og vurdert fortløpende partsinnsyn.

3. SJTs kompetanse i saken

SJT er markedsovervåkingsorgan etter jernbaneloven² § 11 a, jf. jernbaneforskriften § 1-3 (1). Vi overvåker og fører tilsyn med bestemmelsene i jernbaneloven om konkurranse i markedene for jernbanetransport, og behandler klager innenfor vårt myndighetsområde. Dette følger av jernbaneloven § 11 a (1) og jernbaneforskriften § 1-3 (1). Vi er et uavhengig organ og våre enkeltvedtak kan ikke bli påklaget eller bli omgjort av overordnet myndighet, se jernbaneloven § 11 a (2) og (3). Vi kan også gi pålegg om korrigerende tiltak, se jernbaneloven § 11 a (1) jf. § 11 (5) og jernbaneforskriften § 11-6 (1).

Etter jernbaneforskriften § 11-3 (1) kan en søker som anser seg urettferdig behandlet, utsatt for forskjellsbehandling eller krenket på annen måte, klage til oss. De relevante klagebestemmelsene i denne saken er jernbaneforskriften § 11-3 (1) bokstav b., kriterier fastsatt i nettveiledningen og c., fordelingsprosessen og resultatet av denne. CargoNet klager over Bane NORs beslutning om refordeling av ruteleier etter Green Cargo. Kriteriene for fordeling av ruteleier som er tilbakelevert til Bane NOR står i Network Statement 2023 punkt 4.8.3.1.

Etter jernbaneforskriften § 11-3 (2) kan vi om nødvendig treffe tiltak for å avhjelpe situasjonen. Dersom klagen gjelder søknad om infrastrukturkapasitet eller vilkårene for et tilbud om kapasitet, skal vi enten bekrefte at endring av infrastrukturforvalters beslutning ikke er

² Lov om anlegg og drift av jernbane, herunder sporvei, tunnelbane og forstadsbane m.m. av 11. juni 1993 nr. 100 (jernbaneloven).

nødvendig, eller kreve en endring etter nærmere retningslinjer. Se jernbaneforskriften § 11-3 (3). Vi skal også ved behov treffe avgjørelse om hensiktsmessige tiltak for å motvirke diskriminering mellom søkere, skadelig konkurransevridding og alle andre former for uønskede situasjoner i markedene for jernbanetjenester, også for forholdene i § 11-3 (1). Dette følger av § 11-1 (5).

4. Bakgrunnen for refordelingen

I oktober 2022 ble det kjent at Green Cargo skulle avvikle innenriks godstrafikk i det norske markedet. Som følger av dette, leverte de 29. november 2022 tilbake ruteleiene de hadde fått tildelt for ruteplan R23. I tråd med prosessen beskrevet i Network Statement 2023 punkt 4.8.3.1 satte Bane NOR i gang med en prosess for refordeling av disse ruteleiene.

Bane NOR sendte 9. desember 2022 ut informasjon om ledig infrastrukturkapasitet til alle godsselskapene, med frist 19. desember 2022. Både Onrail og CargoNet søkte. Onrail søkte på noen flere ruteleier enn CargoNet, og fikk innvilget søknaden for disse. Flere av ruteleiene søkte både Onrail og CargoNet om. Både CargoNet og Onrail sendte inn en søknad med argumentasjon knyttet til kriteriene i NS 4.8.3.1, og fremla bevis på blant annet kundedokumentasjon.

Bane NOR avholdt møter med Onrail og CargoNet, henholdsvis 4. og 5. januar. Bane NOR har gitt to udaterte interne notater fra disse møtene. Det er ingen andre underlagsdokumenter vi har mottatt som viser vurderingene Bane NOR har gjort, utenom selve beslutningsbrevet. Bane NOR bekrefter også i møte med SJT at det ikke er utarbeidet noen flere underlagsdokumenter.

Onrail ble 10. januar 2023 tildelt de ruteleiene de hadde søkt på, som ikke CargoNet hadde søkt på. Bane NOR besluttet videre i brev av 13. januar å tildele alle ruteleiene både Onrail og CargoNet hadde søkt på, til Onrail. Begrunnelsen for beslutningen fremgår av Bane NORs beslutning om refordeling fra 13. januar 2023 (beslutningsbrevet).

I Network Statement 2023 punkt 4.8.3.1 har Bane NOR beskrevet en prosess og etablert kriterier for refordeling av tilbakeleverte ruteleier. Disse kriteriene ble utarbeidet etter pålegg fra SJT i [vedtak av 7. april 2017](#) etter klage fra Green Cargo AB på Bane NORs refordeling av ruteleier etter Cargolink. Refordelingen av ruteleiene som Green Cargo har levert tilbake i denne saken er første gang disse kriteriene i nettveiledningen blir brukt.

I nettveiledningen punkt 4.8.3.1 står det:

Når ruteleier tilbakeleveres til Bane NOR og refordelles i løpet av en ruteplanperiode, for eksempel som følge av at et JBF legges ned i en ruteplanperiode, vil Bane NOR kunngjøre når slike ruteleier blir tilgjengelig, og sette frist for å søke på infrastrukturkapasiteten.

Frigitt infrastrukturkapasitet søkes på som ad hoc-søknad. Bane NOR vil gjennomføre en prosess for tildelingen som innebærer at alle søkere som har interesse av å bruke infrastrukturkapasiteten får lik mulighet for å søke om denne. Følgende prinsipper og kriterier gjelder for slike tildelinger:

- *Søkers reelle behov for ruteleier, enten basert på inngåtte avtaler om transporttjenester, eller basert på søkers utsikt til å inngå slike avtaler. Dette kriteriet vektlegges 30 %.*
- *Kort- og langsiktige konsekvenser av tildelingen, der det blant annet legges vekt på forutsigbarhet for brukerne av transporttjenester og et robust og stabilt togtilbud. Dette kriteriet vektlegges 30 %.*
- *En best mulig utnyttelse av infrastrukturen, herunder blant annet i hvilken grad tidligere tildelte ruteleier har blitt benyttet. Dette kriteriet vektlegges 20 %.*
- *Miljøhensyn, herunder blant annet energieffektivt togmateriell. Dette kriteriet vektlegges 20 %.*

I tilfelle av søknadskonflikt, vil Bane NOR:

- *Foreta en objektiv gjennomgang og vurderinger av opplysninger og dokumentasjon mottatt i tilknytning til de respektive søknadene, herunder hente inn dokumentasjon eller på annen måte søke å få verifisert udokumenterte opplysninger fremlagt av søkerne, særlig dersom opplysningene er av sentral betydning for beslutningen om fordeling*
- *Utarbeide dokumentasjon under saksbehandlingen som redegjør for hvilke vurderinger som ligger til grunn for tildelingen*
- *Gi en skriftlig begrunnelse til søkerne om Bane NORs beslutning om tildeling og hvor det kommer frem at tildeling er foretatt i henhold til de oppstilte prinsippene og kriteriene for tildeling, herunder hvilke vurderinger som ligger til grunn for tildelingen*

5. Klagegrunner og kommentarer fra partene

5.1. CargoNets klagegrunner

CargoNet mener at Bane NORs beslutning bygger på et uriktig og mangelfullt faktagrunnlag, en uriktig vurdering av kriteriene i nettveiledningen. Bane NORs beslutning bygger i liten grad på objektive vurderinger av hva søkerne faktisk vil være i stand til å gjennomføre, men de har i stedet primært lagt vekt på ambisjonene for transportene søkerne har gitt uttrykk for i sine søknader, og utfra konkurransehensyn et ønske om å styrke Onrails posisjon i markedet. I tillegg mener CargoNet generelt at Bane NOR ikke underbygger sine påstander og vurderinger, verken i tildelingsbeslutningen eller i Bane NORs kommentarer til klagen.

Når det gjelder kriteriet om søkers reelle behov for ruteleier, mener CargoNet at Bane NOR ikke begrunner hvordan de utfra objektive kriterier konkluderer med at det er større usikkerhet knyttet til CargoNet sin dokumentasjon av mulige avtaler med kunder, eller hvilken betydning det har at CargoNet har flere store kunder. Videre har Bane NOR har lagt vekt på at CargoNet ikke utnytter fullt den kapasiteten de har fått tildelt for R23, men tar ikke i betraktning at det er Bane NORs mangelfulle leveranser av løftetjenester på Alnabruterminalen som er en vesentlig årsak til dette. Dette er også feilaktig vurdert under dette kriteriet, men skulle vært vurdert under kriterium nr. 3. Det har gitt uriktig prosentvis vektning i den samlede vurderingen.

CargoNet mener at Bane NOR i vurderingen av kriteriet om kort- og langsiktige konsekvenser av tildelingen, ikke har tatt i betraktning at hovedårsaken til CargoNets innstillinger er manglende leveranser fra Bane NOR. Bane NOR har heller ikke tatt i betraktning CargoNets lange fartstid som godsoperatør.

I vurderingen av kriteriet om best mulig utnyttelse av infrastrukturen mener CargoNet at Bane NOR ikke kan legge vekt på at Onrail ønsker å kjøre lengre og tyngre tog som grunnlag for å konkludere med at Onrail vil sikre en bedre utnyttelse av infrastrukturen.

Når det gjelder miljøhensyn så mener CargoNet at de etter objektive kriterier skulle blitt vurdert som bedre enn Onrail på dette punktet, fordi Onrail vil benytte både eldre og nyere materiell.

Videre mener CargoNet at Bane NOR har lagt vekt på hensyn som ikke er gyldige vurderingskriterier etter kriteriene i nettveiledningen. CargoNet sier at i møtet med Bane NOR 5. januar la Bane NOR konkurransehensyn til grunn som et av kriteriene i vurderingen av tildeling. Bane NOR stilte blant annet spørsmål om hvordan CargoNet vurderte de konkurransemessige virkningene av en tildeling. CargoNet påpekte i møtet at konkurransehensyn ikke er et gyldig vurderingskriterie. CargoNet mener beslutningens mangelfulle beskrivelse av hvordan Bane NOR har anvendt og vurdert kriteriene i NS sammen med Bane NOR sin omtale av konkurransehensynet i søkeprosessen, gjør at det er grunn til å tro at vurderinger av konkurransemessige hensyn har påvirket Bane NORs beslutning. Dette opprettholder de selv om Bane NOR sier at konkurransehensyn ikke har vært lagt vekt på.

5.2. Bane NORs kommentarer

Bane NOR er ikke enig med CargoNet. De mener tildelingen har skjedd på grunnlag av et riktig faktagrunnlag, og i hovedsak på bakgrunn av riktig anvendelse av kriteriene i NS.

Bane NOR sendte den 9. desember ut informasjon om infrastrukturkapasitet som ville bli ledig etter Green Cargos uttreden av det norske markedet. Det fremgikk tydelig at kapasiteten ville fordeles etter kriteriene i NS. Bare Onrail og CargoNet søkte. Noen ruteleier søkte bare Onrail på. Ruteleiene som begge søkte på, fordelte Bane NOR etter kriteriene i NS. De gjorde en objektiv gjennomgang av søknadene, verifiserte fremlagt dokumentasjon og innhentet ytterligere dokumentasjon der det var behov for det.

Bane NOR er ikke enig i at de har lagt vekt på konkurranse i vurderingen. Bane NOR har gjennom prosessen med søkerne vært klare på at dette ikke er et relevant hensyn.

Bane NOR er enige i at noe av ikke-bruken av ruteleier til CargoNet skyldes Bane NORs sporbruksplan og forsinket leveranse av løftetjenester på Alnabru, men dette er ikke den eneste årsaken. Det har de også lagt til grunn i sin vurdering. De er også enige i at forholdet ikke-bruk skulle vært vurdert under kriterium nr. 3. og ikke nr. 1. Dette gjør likevel ikke noen endring av utfallet av tildelingen.

Den særskilte prosessen med refordeling av tilbakeleverte ruteleier tillater ikke at Bane NOR ivaretar CargoNets kapasitetsbehov ved bruk av kapasitet som var tilgjengelig, men ikke direkte søkt på av partene. I etterkant av tildelingen har CargoNet fått tildelt ekstra kapasitet.

Bane NOR bemerker også at kapasiteten som ble tildelt Onrail i den særskilte prosessen er satt i produksjon som planlagt fra 31. januar og 1. februar.

I kommentarer til varselet skriver Bane NOR at de støtter vurderingen om at det ikke er grunnlag for å pålegge Bane NOR å endre beslutningen om refordeling.

5.3. Onrails kommentarer

Til kriteriet om søkers reelle behov for ruteleier i CargoNet sin klage, skriver de at selv om CargoNet hadde avtale med Bring og Posten, så var dette kunder som CargoNet på søknadstidspunktet allerede hadde. Dermed var dette godsvolumet allerede på deres eksisterende tog. Søknaden skulle gjelde eventuelt nytt volum, ellers ville det samme volumet telles flere ganger. Videre viser Onrail til at CargoNet i tavlemøter med Bane NOR har oppgitt at mangel eller feil på lokomotiver og mangel på lokomotivførere har vært medvirkende årsaker til lav punktlighet hos CargoNet.

Til kriteriet om kort- og langsiktige konsekvenser av tildelingen i klagen viser Onrail til at de har høy punktlighet og ingen innstillinger, noe de også har vist den første måneden med drift av de nye togene. Onrail skriver også at de ikke har hatt lokførermangel, fordi lokførerne fra Green Cargo gikk til Onrail.

Angående kriteriene om best mulig utnyttelse av infrastrukturen og miljøhensyn, skriver Onrail at de kan kjøre lengre og tyngre tog fordi de har investert i hybridlokomotivene EuroDual, og at de har investert i moderne BR187 (Traxx) for bruk i R23.

Videre skriver Onrail at de mener det er riktig av Bane NOR å vektlegge konkurranse i vurderingen. Dette argumenterte også Onrail for i søknaden til Bane NOR om ruter.

6. Rettslig utgangspunkt

CargoNet mener at Bane NORs beslutning er i strid med reglene i jernbaneforskriften og kriteriene i Network Statement. CargoNet har ikke presisert i klagen hvilke krav i jernbaneforskriften de mener ikke er oppfylt. Vi forstår klagen som at CargoNet mener Bane NOR ved feilaktig anvendelse av kriteriene i nettveiledningen og vektlegging av hensyn som det ikke er anledning til, mener at Bane NOR har brutt reglene om ikke-diskriminering i jernbaneforskriften.

Bane NOR er infrastrukturforvalter på det statlige jernbanenettet. De skal etter jernbaneforskriften § 4-1 tilby søkere og jernbaneforetak tilgang til den såkalte minste pakken med tjenester på ikke-diskriminerende vilkår. Den minste pakken med tjenester omfatter blant annet behandling av søknader om infrastrukturkapasitet, rett til å bruke tildelt kapasitet og bruk av infrastruktur. Kapittel 8 i jernbaneforskriften inneholder regler om fordeling av infrastrukturkapasitet, og kapittel 9 inneholder regler om interessekonflikter og overbelastet infrastruktur. Disse reglene er sentrale for å sikre rettferdig og ikke-diskriminerende tilgang til ruteleier. I jernbaneforskriften er det også regler om ad hoc-søknader om individuelle ruteleier, se jernbaneforskriften § 8-7.

Etter vår forståelse gir jernbaneforskriften § 4-1 om tilgang til den minste pakken med tjenester uttrykk for et overordnet prinsipp. Dette har vi også lagt til grunn i vår tidligere praksis.³ Bestemmelsen skal ivareta et av de sentrale formålene bak jernbaneforskriften, at aktørene får tilgang til jernbanenettet på ikke-diskriminerende vilkår. Vi mener at flere av de andre bestemmelsene i forskriften i stor grad har som funksjon å utfylle og supplere nettopp dette prinsippet. Dette gjelder blant annet kravet i jernbaneforskriften om at Bane NOR skal foreta kapasitetsfordelingen etter forutsigbare og transparente kriterier og gi alle aktører skal tilgang til

³ Se blant annet vedtak av 11. desember 2020 punkt 5.3.2 og vedtak av 7. april 2017 punkt 3.1.

informasjon om tilgjengelig kapasitet. En åpen og forutsigbar prosess, der søkerne gis reell anledning til å inngi relevante opplysninger og der disse vurderes på en objektiv måte, er etter vår oppfatning en nødvendig forutsetning for å sikre ikke-diskriminerende og riktige tildelinger.

Jernbaneforskriften gjennomfører direktiv 2012/34/EU⁴ i norsk rett. Direktivet er tatt inn i EØS-avtalen og trådte i kraft 1. juni 2022. Direktivet og praksis knyttet til dette er derfor relevant i forståelsen av jernbaneforskriften.

I punkt 42 og 43 i fortalet til direktiv 2012/34/EU presiseres det at kapasitetsfordelingsprosessen «should permit equal and non-discriminatory access for all undertakings» og «should allow fair competition». Dette belyser formålet med reglene for kapasitetsfordeling i jernbaneforskriften.

7. SJTs vurderinger

7.1. Bane NORs vurdering av kriteriene for refordeling av tilbakeleverte ruteleier i Network Statement 2023 punkt 4.8.3.1

7.1.1. Innledning

Når et jernbaneforetak leverer tilbake ruteleier i løpet av en ruteplanperiode, skal Bane NOR etter NS 4.8.3.1 kunngjøre de ledige ruteleiene og sette en frist for å søke på kapasiteten. Dette søkes på som ad hoc-søknad. Dersom flere søkere søker på samme kapasitet, skal Bane NOR gjøre en objektiv gjennomgang og vurdering av søknadene i tråd med kriteriene i NS 4.8.3.1. Kriteriene er søkers reelle behov for ruteleier, kort- og langsiktige konsekvenser av tildelingen, best mulig utnyttelse av infrastrukturen og miljøhensyn.

I nettveiledningen er det angitt en prosentvis vektning av kriteriene. De to første kriteriene vektet 30 prosent hver, og de to siste 20 prosent hver. Bane NOR sa i møte med SJT at prosentandelen ikke tilsier en matematisk utregning fra Bane NORs side, men skal vise hvilke kriterier som blir lagt mest vekt på i helhetsvurderingen.

CargoNet klager på Bane NORs vurdering av kriteriene i nettveiledningen punkt 4.8.3.1. De mener at Bane NORs beslutning ikke har vært basert på objektive vurderinger opp mot kriteriene i nettveiledningen, og at de har lagt vekt på konkurransehensyn selv om det ikke var anledning til det utfra kriteriene i nettveiledningen. Vi forstår CargoNets klage slik at de mener Bane NOR har behandlet deres søknad om infrastrukturkapasitet på en diskriminerende måte, i strid med kravet om ikke-diskriminering i jernbaneforskriften § 4-1 bokstav a. Vi vil derfor vurdere om Bane NOR har behandlet søknadene til Onrail og CargoNet på en ikke-diskriminerende måte ved vurderingen av kriteriene i nettveiledningen punkt 4.8.3.1. Dette gjør vi ved å se om Bane NORs beslutning og vurdering fremstår som objektivt begrunnet utfra dokumentasjonen og søknadene Bane NOR mottok fra CargoNet og Onrail. Vi går først gjennom kriteriene separat, og deretter ser på den samlede vurderingen som Bane NOR gjorde.

7.1.2. Søkers reelle behov for ruteleier

Det første kriteriet er «[s]økers reelle behov for ruteleier, enten basert på inngåtte avtaler om transporttjenester, eller basert på søkers utsikt til å inngå slike avtaler». Bane NOR informerte om at de i vurderingen av dette kriteriet ser på dokumentasjonen som søkerne legger ved, og om foretakene har inngått avtaler eller intensjonsavtaler med kunder.

⁴ Europaparlaments- og rådsdirektiv 2012/34/EU av 21. november 2012 om opprettelse av et felles europeisk jernbaneanråde.

I beslutningen om refordeling av 13. januar 2023 skriver Bane NOR i vurderingen av CargoNets dokumentasjon at CargoNet har dokumentert avtaler med flere store kunder, men at det kan se ut som om flere av Green Cargo sine kunder garderer seg i tilfelle kapasiteten fordeles på flere søkere. I vurderingen av Onrails dokumentasjon skriver Bane NOR at Onrail vurderes «noe høyere enn CargoNet i forhold til reelt behov», og at Onrail overtar store deler av kundemassen etter Green Cargo. I møte med SJT utdypet Bane NOR at Onrail sin dokumentasjon inneholdt vesentlig høyere volumer enn det CargoNet hadde dokumentert, spesielt fra [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] og [REDACTED].

I vurderingen av CargoNet skriver også Bane NOR i beslutningsbrevet at Bane NOR har observert at CargoNet ikke utnytter fullt ut den infrastrukturkapasiteten som de er tildelt i den ordinære årlige fordelingsprosess for ruteplan R23. CargoNet påpekte i klagen at dette er vurdert under vurderingskriteriet om reelle behov for ruteleier, som vektet 30 prosent, men skulle vært lagt vekt på i kriteriet best mulig utnyttelse av infrastrukturen, som vektet 20 prosent. Bane NOR skriver i deres kommentarer til klagen i brev av 22. februar 2023 at de er enige i at dette skulle vært vurdert under kriteriet om best mulig utnyttelse. Likevel mener Bane NOR at dette ikke endrer utfallet av tildelingene. Se mer om dette i vurderingen av kriterium 3 i punkt 7.1.4 nedenfor.

I dokumentasjonen som Onrail og CargoNet sendte til Bane NOR, fremgår det at Onrail hadde inngått intensjonsavtaler med store volumer med [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] og [REDACTED] [REDACTED]. I intensjonsavtalene Onrail inngikk fremgår det at de hadde avtalt følgende volumer med disse kundene (per uke):

- [REDACTED] [REDACTED] (twenty-foot equivalent unit), samme volum motsatt vei ([REDACTED] Alnabru-Bergen, [REDACTED] Alnabru-Heimdal, [REDACTED] Alnabru-Stavanger)
- [REDACTED] <25 fot
- [REDACTED]
- [REDACTED] :

CargoNets dokumentasjon for intensjonsavtale med Posten viser ikke nøyaktig antall volum, men i epost fra Posten til CargoNet skriver de at Posten og Bring har ca 40 prosent av Green Cargo sitt volum, som videreføres til CargoNet. Vi antar at dette er et stort volum. I tillegg er det relativt store volumer i CargoNets avtale med [REDACTED] (totalt [REDACTED] daglig), og tilsynelatende store volumer med [REDACTED]. Likevel er CargoNet sin dokumentasjon uoversiktlig og det er vanskelig å se om det er inngått intensjonsavtaler, og nøyaktig volum som kundene har behov for å få transportert.

CargoNet mener at det ikke har blitt objektivt og tilstrekkelig vektlagt av Bane NOR at CargoNet viderefører det de anslår til 40 prosent av trafikken til Green Cargo. Ettersom dette momentet er en del av en helhetsvurdering, vil ikke dette etter vår vurdering nødvendigvis «sikre» at CargoNet skulle fått ruteleier etter Green Cargo. Slik vi oppfatter begrunnelsen til Bane NOR har de vurdert det slik at Onrail hadde størst reelt behov for ruteleier basert på den dokumentasjonen de mottok fra Onrail og CargoNet, og at dette kriteriet derfor talte i favør av Onrail.

Vi mener Bane NORs vurdering av dette kriteriet fremstår som objektivt begrunnet basert på den dokumentasjonen Bane NOR hadde mottatt fra selskapene. Onrail har etter det vi kan se fremlagt dokumentasjon på intensjonsavtaler om høyere volumer enn det CargoNet

dokumenterte. Dette tilsier etter vår oppfatning at Bane NOR har gjort en korrekt vurdering av at Onrail hadde et større reelt behov for ruteleiene enn det CargoNet hadde.

Slik vi ser det er det også sannsynlig at mange av godskundene ønsker å opprettholde en viss grad av konkurranse blant godsforetakene som utfører kombitransport på jernbane og derfor har valgt å inngå avtale også med Onrail. Dette for å ha valgmuligheter og for å kunne spille selskapene ut mot hverandre for blant annet få best mulig pris og kvalitet.

7.1.3. Kort- og langsiktige konsekvenser av tildeling

Det andre kriteriet i nettveiledningen punkt 4.8.3.1 er «[k]ort- og langsiktige konsekvenser av tildelingen, der det blant annet legges vekt på forutsigbarhet for brukerne av transporttjenester og et robust og stabilt togtilbud». Bane NOR forklarer at hensikten bak dette kriteriet er at det er viktig for Bane NOR å opprettholde godsvolumer på jernbanen.

I beslutningsbrevet skriver Bane NOR at de vurderer at CargoNet har utfordringer på kort sikt med å sikre at godsvolumer forblir på jernbane. Dette begrunner de blant annet med at CargoNet informerte muntlig i møte 5. januar om at de er usikre på om de ville ha nok lokførere på plass fra 1. februar. Bane NOR fant derfor at en refordeling til CargoNet kunne medføre flere innstillinger og at godsvolumer dermed kan bli overflyttet til veitransport. Bane NOR utdypet dette i møtet med SJT, og sa at CargoNet av ulike grunner hadde hatt problemer med produksjon over en lengre periode. Blant annet har de hatt utfordringer med kjøretøy, bytte av verksted og kursing av personale. I tillegg så hadde Bane NOR erfart at CargoNet i senere tid hadde innstilt flere tog en normalt til Bergen, Bodø og Tromsø.

Bane NOR vurderte at Onrail ville ha tilstrekkelig personell og materiell tilgjengelig for å starte opp fra 1. februar, blant annet fordi Onrail dokumenterte at de hadde inngått avtaler med Green Cargo om overtakelse av materiell og personell.⁵

CargoNet sier at årsaken til innstillingene og forsinkelsene hos CargoNet skyldes forhold hos Bane NOR. CargoNet sier også at årsaken til at CargoNet har måttet innstille mange tog på Nordlandsbanen er skader og slitasje på materiellet som følge av mangelfullt vedlikehold fra Bane NOR. CargoNet har dokumentert at Bane NOR har erkjent erstatningsansvar for dette. Vi mener likevel at dette ikke er relevant i denne saken, ettersom ingen av ruteleiene det var konflikt om i refordelingen gjaldt Nordlandsbanen.

Vi legger til grunn at en del av innstillingene og forsinkelsene hos CargoNet i tiden før Bane NORs beslutning, skyldes forhold hos Bane NOR. Likevel mener også det er klart at innstillingene ikke bare skyldes Bane NORs drift, men også interne forhold hos CargoNet. Etter dokumentasjonen vi har mottatt i denne saken fremstår det som sannsynlig at CargoNet har hatt mangel på lokførere, og det er grunn til å anta at dette også har påvirket omfanget av innstillingene og forsinkelsene hos CargoNet.

Det er også dokumentert at Onrail hadde inngått avtale om overtakelse av Green Cargo sitt togmateriell og personale.

⁵ Se e-post fra Onrail 1.3.23 og 12.3.23 med kommentar til punkt 2.2 i CargoNets klage. Dokumentasjon på leie av Green Cargos materiell er vedlagt i Bane NORs svar på pålegg om å gi opplysninger av 16.2.23, se vedlegg 10 til 10.4.

Det fremstår for oss som Bane NORs vurdering om at tildeling til Onrail var noe bedre enn til CargoNet når det gjelder kort- og langsiktige konsekvenser, også er objektivt begrunnet i de dokumenterte opplysningene Bane NOR hadde på beslutningstidspunktet. Vi anser derfor at dette ikke var diskriminerende overfor CargoNet.

7.1.4. Best mulig utnyttelse av infrastrukturen

Det tredje kriteriet er «[e]n best mulig utnyttelse av infrastrukturen, herunder blant annet i hvilken grad tidligere tildelte ruteleier har blitt benyttet». Bane NOR sa at de i vurderingen av dette kriteriet ser på hvordan foretakene har brukt den kapasiteten de har fått tildelt i den ordinære årlige kapasitetsfordelingsprosessen for ruteplanperioden R23, og hvordan togselskapene ønsker å videreutvikle togproduksjonen. Bane NOR la til grunn de gjeldende planforutsetningene i vurderingen av dette kriteriet, det vil si hvilken vekt og lengde som vil være mulig å kjøre innenfor Green Cargos ruteleier.

Bane NOR vurderte Onrail sin søknad som «noe mer offensiv» på dette punktet, fordi Onrail opplyste om at de ønsket å kjøre lengre og tyngre tog der det ville vært mulig innenfor gjeldende ruteleier som var til refordeling. Når det gjelder CargoNet skriver Bane NOR i beslutningsbrevet at CargoNet ikke benytter kapasiteten de har fått tildelt fullt ut, og at de i søknaden om Green Cargos ruteleier har lagt opp til å videreføre gjeldende planforutsetninger (vekt og lengde) gjennom hele ruteplanperioden og kun ett togpar på hver strekning.

Bane NOR forklarte i møte med SJT 29. mars 2023 at de la størst vekt på selskapenes utnyttelse av kapasiteten de hadde fått tildelt i den ordinære ruteplanprosessen for 2023. Dette ble som nevnt ovenfor feilaktig lagt vekt på under vurderingen av kriterium nr. 1, og skulle vært lagt vekt på under dette kriteriet om best mulig utnyttelse av infrastrukturen.

På tidspunktet Bane NOR vurderte søknadene til Onrail og CargoNet, hadde Onrail svært få avganger sammenliknet med CargoNet. Dette gjør at det er vanskelig sammenlikne for å vurdere hvilken av aktørene som har utnyttet tidligere kapasitet på best mulig måte. Likevel bør det ikke være en ulempe for en mindre aktør i markedet at det er enklere å opprettholde punktlighet med få avganger.

Etter de opplysningene Bane NOR hadde på beslutningstidspunktet for refordeling av ruteleier, hadde CargoNet utfordringer med å fullt ut utnytte kapasiteten de hadde fått tildelt i den årlige ruteplanprosessen for ruteplanen for 2023, og Onrail hadde ikke tilsvarende utfordringer. På bakgrunn av dette mener vi at Bane NORs vurdering av dette kriteriet ikke var diskriminerende overfor CargoNet.

7.1.5. Miljøhensyn

Det fjerde kriteriet er «[m]iljøhensyn herunder blant annet energieffektivt togmateriell». Bane NOR har forklart i møte at de vurderte hvilket kjøretøy søkerne indikerte at de skulle bruke på de ruteleiene de søkte om. Dette er ifølge Bane NOR et vanskelig kriterium å vurdere.

Bane NOR skriver i beslutningen at Onrail og CargoNet vurderes likt under dette punktet. Begge vurderes likt på å ha fokus på miljø og energieffektivt materiell. Både CargoNet og Onrail opplyste i søknaden å ha nye kjøretøy i anskaffelse, blant annet EuroDural.

Etter vår vurdering fremstår det heller ikke som om Bane NORs vurdering av dette er diskriminerende overfor CargoNet. Begge søkerne bruker energieffektivt togmateriell og er i ferd med å anskaffe materiell som ikke skiller seg fra hverandre under dette punktet.

7.1.6. Samlet vurdering og konklusjon

Bane NORs kriterier i nettveiledningen er i utgangspunktet ganske vage. Dette gjør det også utfordrende for SJT å vurdere om Bane NOR har benyttet kriteriene på riktig måte, ettersom de slik de står i dag åpner for relativt stor grad av skjønn. I tillegg er det gjort en helhetsvurdering av Bane NOR, blant annet når det gjelder vektning av kriteriene. Vi oppfatter også at det har vært utfordrende for Bane NOR å vurdere enkelte av kriteriene.

Basert på gjennomgangen av Bane NORs vurdering av kriteriene ovenfor, mener vi likevel at Bane NOR i denne saken samlet sett har gjort en objektivt forsvarlig helhetsvurdering av søknadene opp mot kriteriene de har oppstilt i nettveiledningen for 2023. Følgelig er det vår oppfatning at Bane NOR i sin vurdering og beslutning om refordeling av Green Cargos ruteleier ikke har behandlet CargoNets søknad i strid med kravet til ikke-diskriminering i jernbaneforskriften § 4-1.

7.2. Har Bane NOR lagt vekt på konkurransehensyn?

CargoNet klager også over at Bane NOR har lagt vekt på konkurransehensyn ved å tildele alle de omtvistede ruteleiene i refordelingsprosessen til Onrail, og at Bane NOR ikke hadde adgang til å legge vekt på dette. CargoNet viser til at Onrail i søknaden viste til konkurransehensyn og mente Bane NOR burde legge vekt på dette i refordelingen. Bane NOR mener imidlertid i likhet med CargoNet at de ikke hadde anledning til å legge vekt på konkurransehensyn, og at de heller ikke gjorde det.

Bane NOR sa i møte med SJT at de i møtene som de hadde med Onrail og CargoNet i prosessen, understreket at konkurransehensyn ikke var relevant. CargoNet sier imidlertid at Bane NOR i møtet 5. januar 2023 stilte spørsmål om hvordan CargoNet vurderte de konkurransemessige virkningene av en tildeling. Ettersom det ikke er utarbeidet et omforent referat fra møtet så er det vanskelig for oss å vite nøyaktig hva som ble sagt på møtet.

Vi mener likevel at det etter den dokumentasjonen vi har mottatt i saken, ikke er noe som tilsier at Bane NOR har lagt vekt på konkurranse i vurderingen. Det er ikke noe i begrunnelsen eller andre dokumenter som tilsier at Bane NOR har lagt vekt på konkurransehensyn. Bane NOR forklarte som sagt over også i møte med SJT at de etter deres vurdering ikke hadde anledning til å vektlegge dette.

7.3. Prosessuelle krav til refordelingen

I vårt vedtak fra 7. april 2017 i klagesaken om refordeling av ruteleier etter Cargolink påla vi Bane NOR å utarbeide kriterier for refordeling av tilbakeleverte ruteleier (påleggspunkt 1). Videre påla vi Bane NOR å foreta en objektiv gjennomgang og vurdering av dokumentasjonen i søknadene ved behandling av søknadskonflikter i disse tilfellene (påleggspunkt 2), og utarbeide dokumentasjon under saksbehandlingen som redegjør for hvordan Bane NOR har vurdert søknadene (påleggspunkt 3). I tillegg påla vi Bane NOR å gi skriftlig begrunnelse for beslutningen om refordeling (påleggspunkt 4). Disse påleggspunktene er reflektert i punkt 4.8.3.1 i nettveiledningen for 2023.

Vi mener at Bane NOR har overholdt påleggspunkt 1, 2 og 4 i denne saken. Bane NOR har imidlertid etter vår oppfatning ikke utarbeidet tilstrekkelig dokumentasjon under saksbehandlingen som redegjør for de vurderingene opp mot kriteriene som ligger til grunn for tildelingen, utenom det som kommer frem av begrunnelsen. Begrunnelsen for refordelingsbeslutningen i seg selv er også ganske knapp.

Et av formålene med å pålegge Bane NOR å utarbeide vurderingsnotater underveis i prosessen er at jernbaneforetakene skal forstå bakgrunnen for avgjørelsene som Bane NOR tar. Det er derfor viktig at Bane NOR gjør dette.

Selv om dette ikke er et klagepunkt fra CargoNet ønsker vi å påpeke at vi mener Bane NOR ikke har oppfylt påleggspunkt 3 i SJTs vedtak av 7. april 2017 i denne saken. Bane NOR har dermed heller ikke oppfylt kravene i nettveiledningen på dette punktet, ettersom dette er et krav til vurderingen i Network Statement punkt 4.8.3.1.

Bane NOR skriver i sine kommentarer til varselet at de tar våre vurderinger på dette punkt til etterretning.

8. SJTs kommentarer til kriteriene i Network Statement punkt 4.8.3.1 om fordeling av tilbakeleverte ruteleier

Selv om vi mener at Bane NOR har vurdert søknadene opp mot kriteriene i nettveiledningen på en tilstrekkelig objektiv og ikke-diskriminerende måte, ønsker vi å peke på noen svakheter i kriteriene slik de står i dag. Vi har også gitt kommentarer til kriteriene tidligere i forbindelse med oppfølging av vårt vedtak fra 7. april 2017, se SJTs brev til Bane NOR av 6. juni 2018.

Det grunnleggende vilkåret Bane NOR har plikt til å oppfylle i slike refordelingsprosesser er jernbaneforskriften § 4-1 om at alle jernbaneforetak og andre søkere har rett på tilgang til den minste pakken med tjenester på ikke-diskriminerende vilkår. Som nevnt er denne bestemmelsen ment å ivareta de mest sentrale formålene bak jernbaneforskriften, nemlig å sikre aktørene tilgang til jernbanenettet på ikke-diskriminerende vilkår.

Kriteriene i NS 4.8.3.1 er skjønnsmessige og vagt formulert. Dette gjør det vanskelig å forutse utfallet av fordelingen. Vi mener klare og forutsigbare prinsipper og kriterier for kapasitetsfordeling er et viktig element for å sikre likebehandling i tråd med jernbaneforskriften § 4-1. Generelt oppfordrer vi derfor Bane NOR til å formulere tydeligere kriterier, eventuelt med en mer detaljert beskrivelse av innholdet i kriteriene. Vi anbefaler også at Bane NOR inkluderer analyse av samfunnsøkonomisk verdi i kriteriene, da dette gjør at flere samfunnsøkonomiske faktorer kan tas med i vurderingen av søknadene.

Når det gjelder det første kriteriet om reelle behov for ruteleier, er det vanskelig å vite hvordan Bane NOR vil veie avtaler med kunder eller brukere som benyttet seg av togtenestene som blir påvirket av tilbakeleveringen av ruteleier, opp mot avtaler med nye kunder eller brukere som ikke tidligere benyttet seg av disse. Vi mener det blant annet bør tas hensyn til eksisterende kunder som vil rammes direkte av en konkurs eller uttreden av markedet.

Etter SJTs oppfatning er det under det andre kriteriet om kort- og langsiktige konsekvenser, naturlig også å ta hensyn til og vektlegge eventuelle konkurransemessige virkninger av rutetildelingen. Dersom det er få aktører i markedet og den markedsledende aktøren tildeles alle

ruteleiene i refordelingen, vil dette kunne få store konsekvenser for konkurransen, effektivitet og kundenes valgmuligheter i markedet. Konkurransen er et av hovedhensynene bak reglene i jernbaneforskriften og direktiv 2012/34/EU, se blant annet punkt 3, 5 og 42 i fortalen til direktivet. Selv om denne typen tilfeller hvor Bane NOR må refordele tilbakeleverte ruteleier ikke er direkte regulert i direktivet eller i jernbaneforskriften, mener vi det er viktig at Bane NOR ser hen til det sentrale formålet med regelverket, nemlig et effektivt marked med sunn konkurranse og ikke-diskriminerende vilkår for tilgang til spor og jernbanerelaterte tjenester.

Videre kan det etter vår vurdering stilles spørsmål ved om det siste kriteriet, miljøhensyn, bør telle 20 prosent i denne vurderingen. Dette er et vagt kriterium, og det bør eventuelt klargjøres hva Bane NOR vil legge vekt på under dette kriteriet.

Vi anbefaler derfor Bane NOR å evaluere og eventuelt endre kriteriene for refordeling av tilbakeleverte ruteleier i nettveiledningen. Bane NOR skriver i sine kommentarer til varselet om at de vil foreta en grundig gjennomgang/evaluering av disse kriteriene.

9. Vurdering av korrigerende tiltak

CargoNet ber SJT om å kreve en endring av Bane NORs beslutning i saken, med hjemmel i jernbaneforskriften § 11-3. Etter § 11-3 (3) skal vi i klagesaker som gjelder avslag på en søknad om infrastrukturkapasitet eller på vilkårene for et tilbud om kapasitet, enten bekrefte at endring av infrastrukturforvalters beslutning ikke er nødvendig eller kreve en endring av den beslutningen etter nærmere retningslinjer.

Vår vurdering er at det i denne saken ikke er grunnlag for å pålegge Bane NOR å endre beslutningen om refordeling av ruteleier. Som redegjort ovenfor mener vi at Bane NOR har gjort en tilstrekkelig objektiv vurdering av CargoNet og Onrail sine søknader opp mot kriteriene i nettveiledningen, og at Bane NOR ikke har behandlet søknaden til CargoNet på en diskriminerende måte i strid med jernbaneforskriften § 4-1.

Selv om vi mener at Bane NOR ikke fullt ut har overholdt alle påleggene i vårt tidligere vedtak av 7. april 2017, blant annet kravene for dokumentasjon av vurderinger, er det ikke hensiktsmessige korrigerende tiltak som kan rette opp i dette. Dersom vi pålegger Bane NOR å rette opp i manglende og mangelfulle referater, vurderingsnotater og annen underlagsdokumentasjon, vil dette likevel ikke endre vurderingen og beslutningen Bane NOR har gjort i denne saken. Bane NOR må ved neste refordeling også oppfylle kravene i vårt tidligere vedtak, ettersom dette gjelder for alle fremtidige prosesser for refordeling av tilbakeleverte ruteleier

Vår vurdering er dermed også at det ikke nødvendig å kreve endring i Bane NORs beslutning etter jernbaneforskriften § 11-3 (3).

10. SJTs avgjørelse i saken

Vår vurdering er at det i denne saken ikke er grunnlag for å pålegge Bane NOR å endre beslutningen om refordeling av ruteleier. Som redegjort ovenfor mener vi at Bane NOR har gjort en tilstrekkelig objektiv vurdering av CargoNet og Onrail sine søknader opp mot kriteriene i nettveiledningen, og at Bane NOR ikke har behandlet søknaden til CargoNet på en diskriminerende måte i strid med jernbaneforskriften § 4-1. Selv om vi mener Bane NOR ikke

har oppfylt alle de prosessuelle kravene til refordelingsprosessen som følger av nettveiledningen og SJTs tidligere vedtak, vurderer vi at det ikke er nødvendig å pålegge korrigerende tiltak.

Vår avgjørelse er at CargoNets klage ikke tas til følge.

Vedtaket kan ikke påklages. Retten kan imidlertid prøver alle sider av saken. Dette følger av jernbaneloven § 11 a (3).

Med hilsen

Mona Ljunggren
avdelingsdirektør, markedsovervåking
Dokumentet er elektronisk godkjent og sendes uten signatur